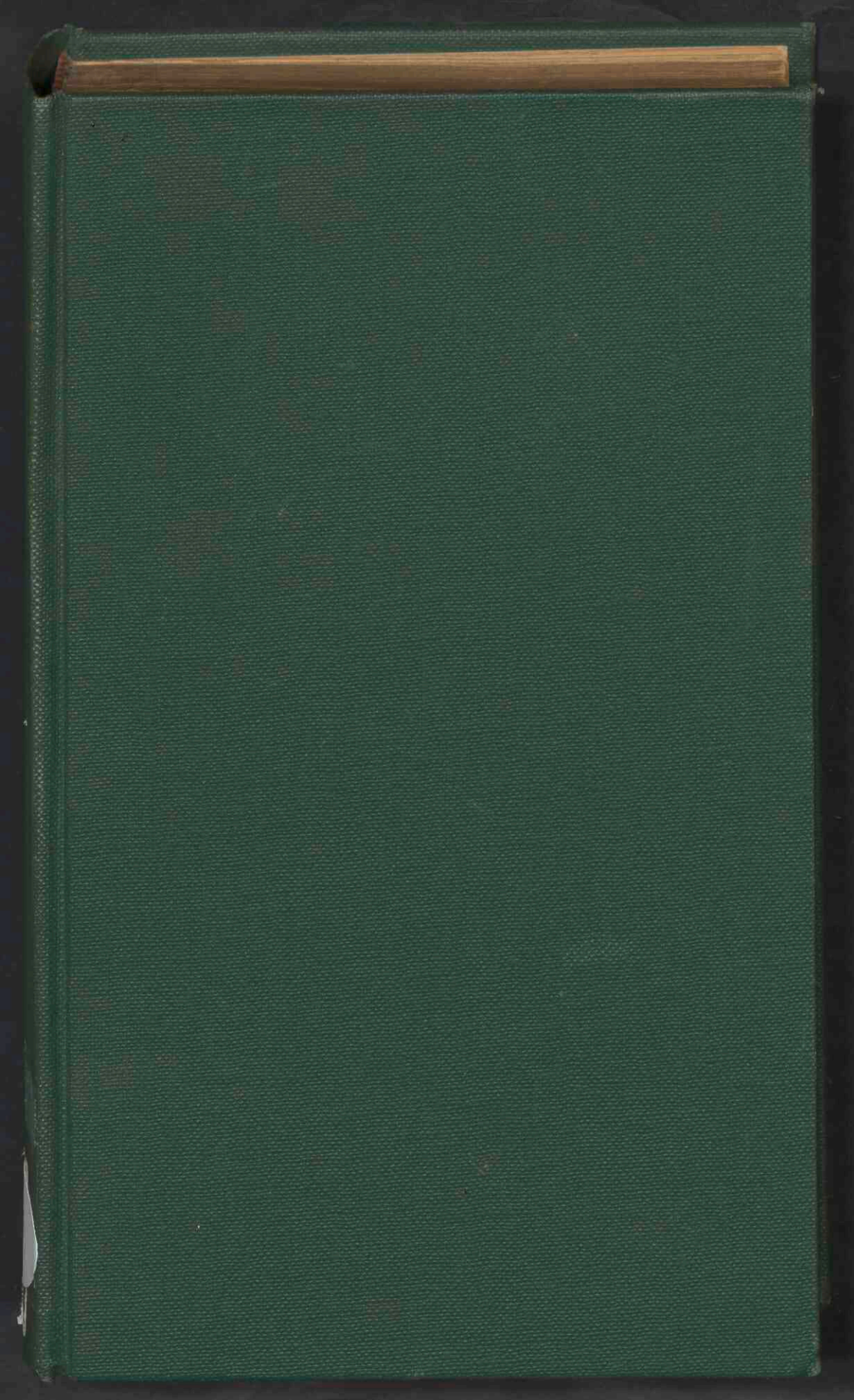


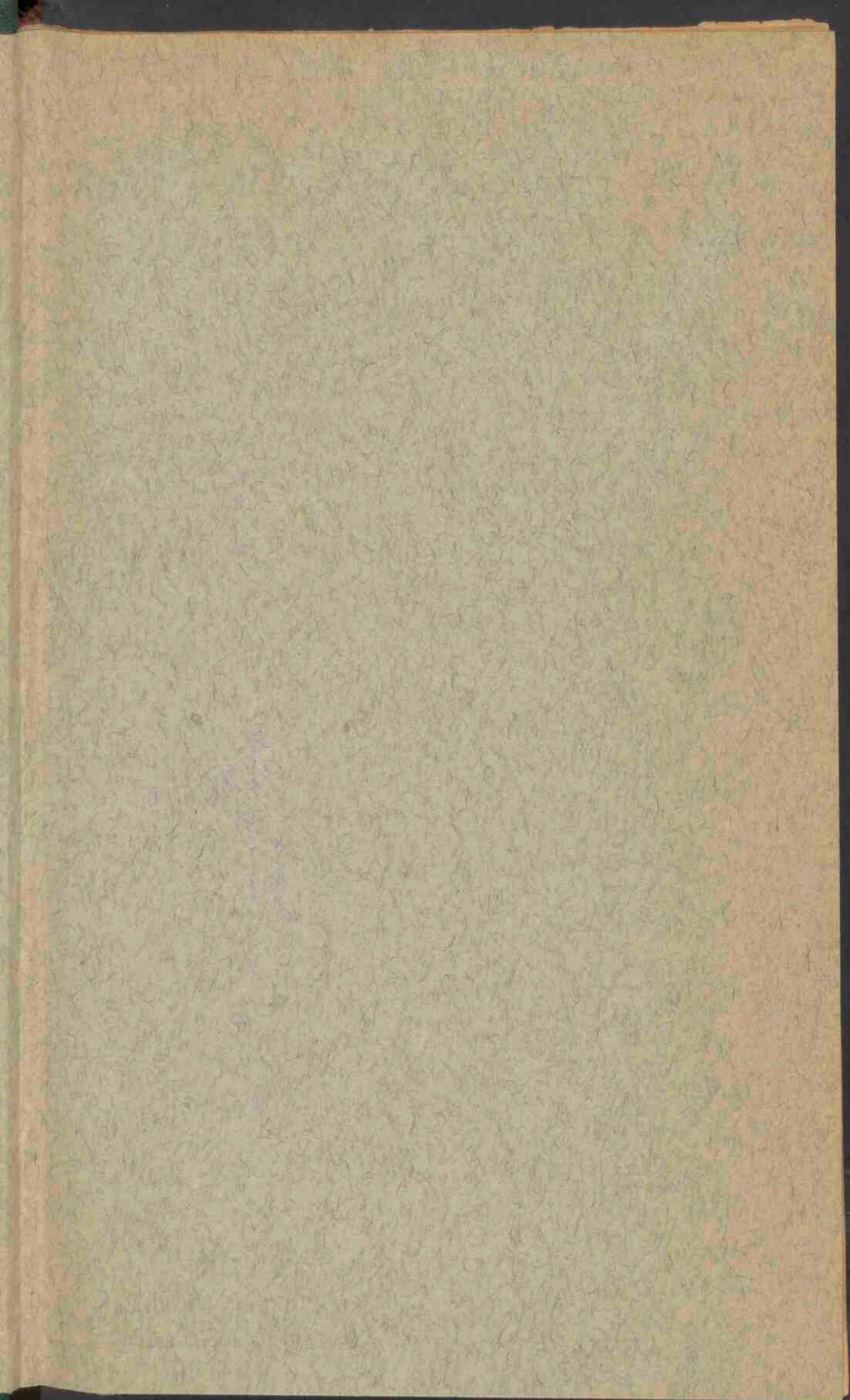


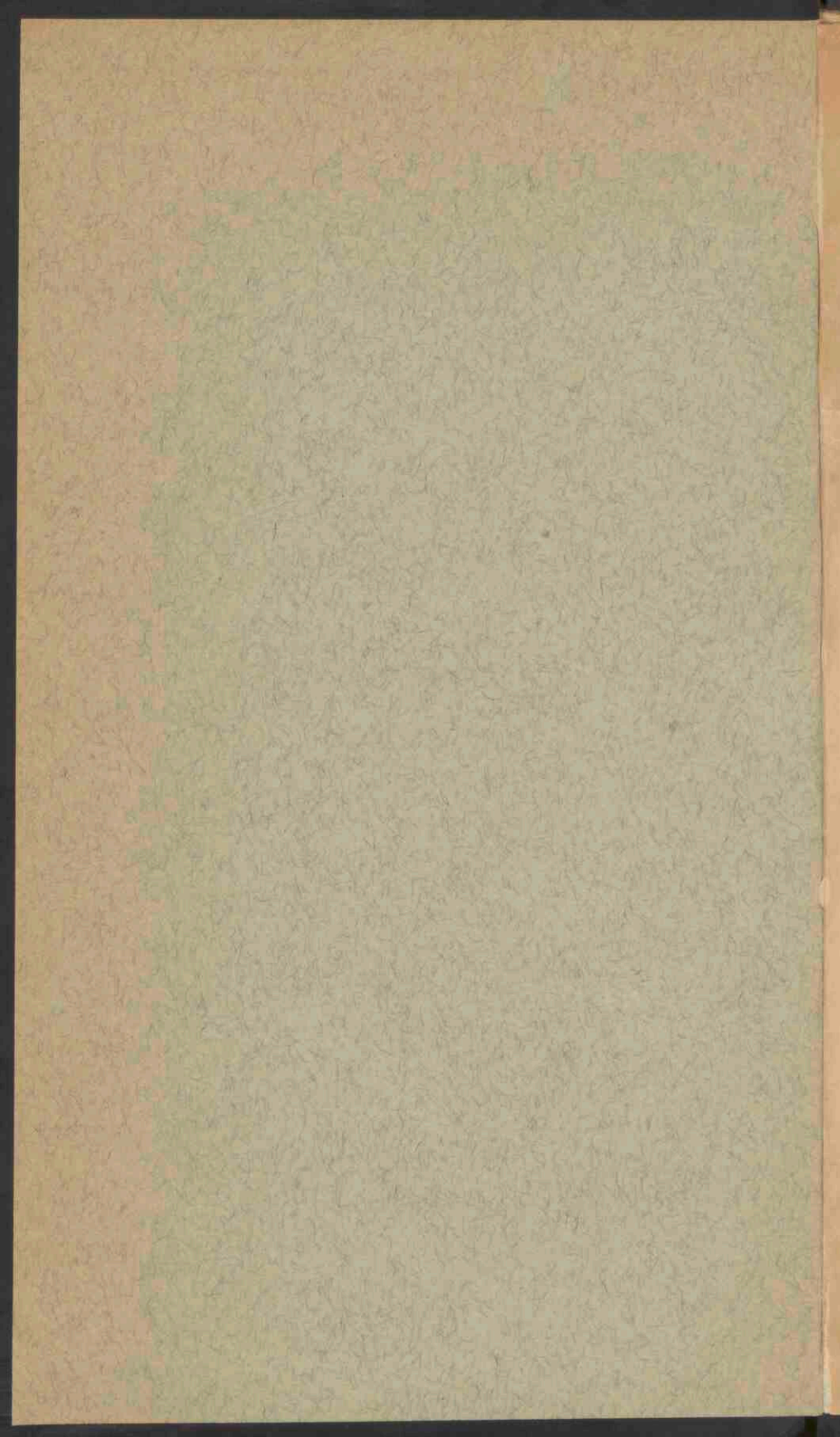
# **Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.**

<https://hdl.handle.net/1874/433944>









THEMIS.

Boekdrukkerij GEBROEDERS DELINFANTE,  
te Gravenhage.

RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT



2158 7468

Ts. 27.

**THEMIS,**  
**REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT,**

DOOR

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

---

TWEEDE VERZAMELING, VIERDE DEEL.  
1857.

---



's Gravenhage,  
GEBROEDERS BELINFANTE.  
—  
1857.

Instituut voor staats- en  
administratierecht der  
Rijksuniversiteit Utrecht



# ALPHABETHISCHE LIJST

VAN

## MEDE - A R B E I D E R S .

- Mr. M. M. VON BAUMHAUER, referendaris bij het departement van binnenland-  
sche zaken, te 's Gravenhage.
- Mr. C. VAN BELL, advoc., te 's Gravenhage.
- Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, substi-  
tuut-officier van justitie bij de arron-  
dissements-regtbank te Assen.
- 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. FORKER, lid van gedeputeerde  
staten van Zeeland, te Middelburg.
- Mr. J. A. FRUIN, advocaat, te Rotterdam.
- Mr. J. E. GOEDSMIT, advocaat, te Leiden.
- Mr. B. J. GRATAMA, referendaris bij het  
departement van justitie, te 's Gra-  
venhage.
- Mr. L. OLDBENHUIS GRATAMA, lid van de  
arrondissements-regtbank, te Assen.
- Jhr. Mr. W. A. C. DE JONGE, secretaris-  
generaal bij het departement van  
justitie, te 's Gravenhage.
- Mr. J. G. KIST, kantonregter, te Gouda.
- Mr. H. G. LAGEMANS, advocaat, te  
's Gravenhage.
- Mr. P. A. DE LANGE, advocaat en bur-  
gemeester van Alkmaar.
- Jhr. Mr. J. C. VAN NISPE TOT PANNERDEN,  
officier van justitie bij de arrondis-  
sements-regtbank, te Middelburg.
- Mr. C. W. OPZOOMER, hoogleeraar, te  
Utrecht.
- Mr. A. PHILIPS, advocaat, te Amsterdam.
- Mr. A. A. DE PINTO, advocaat, te  
's Gravenhage.
- Mr. W. SIEWERTSZ VAN REESEMA, ad-  
vocaat, te Rotterdam.
- Mr. A. M. DE ROUVILLE, procureur des  
Konings en lid van den kolonialen raad  
van Curaçao.
- Mr. W. SASSEN, advocaat, te Maastricht.
- Mr. I. TELTING, advocaat, te Leeuwar-  
den.
- Mr. S. VISSERING, hoogleeraar, te Lei-  
den.
- Mr. J. DE VRIES Jzn., kantonregter, te  
Amsterdam.
- Mr. F. A. T. WEVE, advocaat, te 's Gra-  
venhage.
- Mr. E. ZILCKEN, commies bij het departement van  
buitenlandse zaken, te  
's Gravenhage.

# I N H O U D.

## STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

	Bladz.
STAATSREGT. — <i>De wetgeving op de nationale militie en de bevolking-statistiek</i> , door Mr. M. M. VON BAUMHAUER, Referendaris bij het Dep. v. Binnenl. Zaken te 's Gravenhage.	145
<i>Eenige opmerkingen over de grenzen der beroegdheid des Konings tot het sluiten van tractaten onder vigeur der Grondcotten van 1815 en 1840</i> , door Mr. H. G. LAGEMANS, Advocaat te 's Gravenhage . . . . .	309
<i>Arrestatie op politiek gezag. Korte beschouwing van artt. 151 en 152 der Grondwet</i> , door Mr. I. J. H. BOUMAN, Advocaat te Rotterdam. . . . .	326
<i>Beschouwingen over een paar punten van bevoegdheid van de Provinciale Staten:</i>	
1°. <i>zijn de Provinciale Staten bevoegd in hunne reglementen de subsidiaire gevangenisstraf te bedreigen?</i>	
2°. <i>zijn de Provinciale Staten bevoegd in hunne reglementen te bepalen, dat de in die reglementen bedreigde boete komt ten voordeele van de gemeenten?</i> — door Mr. L. OLDENHUIS GRATAMA, Lid van de Arr. Regtbank te Assen. . . . .	501
BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — <i>Wat verstaat de burger ijke wet door de woorden: in strijd met de goede zeden?</i> door Mr. DAV. H. LEVYSSOHN NORMAN, Advocaat te 's Gravenhage . . . . .	1
<i>Over het holograaf testament, en meer bepaald de in bewaaring, aanbidding en terugneming van hetzelfde</i> , door Mr. H. J. SCHURMAN, Advocaat te Rijswijk . . . . .	12
<i>Aanmerkingen op het Burgerlijk Wetboek</i> , door Mr. G. J. VAN ASSEN, hoogleeraar te Leiden. (Vervolg van <i>Themis</i> , eerste verz., XI, 1—18, XII, 104—157, XIII, 566—610) . . . . .	156
<i>Verschijsning van partijen in persoon voor den regter</i> , door Mr. V. D. S. . . . .	188
<i>Id. Id.</i> , door Mr. A. DE PISTO, Advocaat te 's Gravenhage. . . . .	317
<i>Is het, om tot de rechtsvordering van art. 1505 B. W. bevoegd en ontrankelijk te zijn, een vereischte dat de eischer van zijne zijde bereids aan de hem door de overeenkomst opgelegde verplichtingen vo daan, of althans de voldoening daaraan aangeboden hebbe</i> , door Mr. J. A. FRUIN, Advocaat te Rotterdam . . . . .	345
KOOPHANDELS-REGT. — <i>Zijn wisselbrieven na het faillissement van den betrokkene vatbaar voor endossement?</i> door Mr. J. G. KIST, Kantonregter te Dordrecht . . . . .	21

<i>De vergelijking van door faillissement opeischbaar geworden schuld</i> , door Mr. F. A. T. WEVE, Advocaat te 's Gravenhage.	30
ROMEINSCH REGT. — <i>Bijdragen tot de leer van het vadimonium</i> , door Mr. I. TELTING, Advocaat te Leedwarden.	47 en 371
<i>Iets over het rijker worden van den begiftigde, als essentiële der schenking</i> , door Mr. J. A. FEUIN . . . . .	71
<i>Hebben de Romeinen de executeuren testamentair gekend?</i> beantwoord door Mr. B. E. COLAÇO BELMONTE, JUC. ROM. et Hod. Doctor . . . . .	199, 413
<i>Over de oorzaak van schuldvoordering in het Romeinsche Regt</i> , door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPELLO, Advocaat te 's Gravenhage . . . . .	242 en 522
<i>Een vijftal opmerkingen. het Romeinsche regt betreffende</i> , door Mr. J. E. GOUDSMIT, Advocaat te Leiden. . . . .	438

## BOEKBEORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

### Nederlandsche Literatuur.

A. HALBERSTADT. <i>Vrijverklaring der slaven in Suriname en opheffing van het meesterschap, volgens de Staats-commissie</i> . Amsterdam, H. C. MEIJER, 1856. 115 bl. in 8 <sup>o</sup> .; — door Dr. W. R. VAN HOËVELL . . . . .	79
Mr. C. M. VAN DER KEMP, Kantonrechter te 's Gravenhage. <i>Ontwikkeling van het regt betrekkelijk de Kantongerechten</i> . Tweede veel vermeerderde en verbeterde druk. Rotterdam 1855; — door Mr. P. G. TEN ZELDAH GANSWIJK. . . . .	82
<i>Wet tot regeling van het Armbestuur in het Koninkrijk der Nederlanden, enz.</i> , bewerkt en zamengesteld door H. VERVOERT, Amsterdam, 1857; — door Mr. M. M. VON BAUMHAUER, te 's Gravenhage . . . . .	271
<i>Burgerlijk Wetboek voor Nederlandsch Indië</i> , met aantekeningen, getrokken uit de werken van de heeren VOORDUIN, ASSER, DE PINTO, DIEPHUIS, LOKE, OUDEMAN, MERLIN TOULLIER, DURANTON, DALLOZ, TROPLONG en anderen, met aanduiding van overeenkomst en verschil tusschen de artikelen van dit Wetboek en het Nederlandsche, en aanhaling van de tot ieder artikel betrekkelijke Nederlandsch Indische wetsbepalingen, benevens vermelding van ariesten van den hoogen raad der Nederlanden, het hof van cassatie in Frankrijk, de provinciale Gerechtsboven in Nederland en Frankrijk en van het hoog gerechtshof van Nederlandsch-Indië, door Mr. C. A. DE JONGH, vice president van het hoog gerechtshof van Nederlandsch-Indië, enz. Zalt-Bommel, JOH. NOLAN EN ZONN, 1857. 669 blz. in gr. 8 <sup>o</sup> .; — door Mr. A. DE PINTO. . . . .	274
<i>Het Nederlandsch Burgerlijk Regt</i> , naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, door Mr. G. DIEPHUIS, Raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof van Groningen. Tweede herziene druk.	

- Eerste deel, VIII en 462 bladz., tweede deel, IV en 512 bladz., in gr. 8°. Groningen, bij J. B. WOLTERS, 1856 en 1857; — door Mr. A. A. DE PINTO, Advocaat te 's Gravenhage. 471
- Wets-ontwerp op de Regterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie*, met eene memorie van toelichting, door Mr. F. J. A. FLES, Advocaat bij de Arrondissements-Regtbank te Breda, Leyden, D. NOOTHOVEN VAN GOOR, 1856, 75 bladz. in 8°. — door Mr. H. G. LAGEMANS . . . . . 480
- Handleiding tot de kennis van de algemeene beginselen der belasting*, door Mr. JAN LUZAC. — Leiden, bij JAC HAZENBERG Cz. 1857; — door Mr. G. A. FORKKER. . . . . 566
- Vijfde verzameling van Regtsgeleerde Adviezen*. (Met een register over de vijf verzamelingen.) Te 's Gravenhage, bij GEBR. BELINFANTE, 1857. XVIII en 281 blz. in 8°. — door Jhr. Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS, Advocaat te 's Gravenhage . . . 576
- Strafwetten*. — *Opgave van speciale wetten en Koninklyke besluiten, als algemeene maatregelen van inwendig bestuur, welke onderwerpen behelzen, waarop strafbepalingen zijn vastgesteld of betrekking hebben, en welke met en benevens het Wetboek van Strafrecht regtsgeldende zijn, met aantekeningen, verzameld door Mr. A. J. VAN DEINSE, raadsheer in het Prov. Ger. v. Zeeland — Middelburg, bij J. C. en W. ALTORFFER, 1857, VIII, 262 blz. in 8°. — door Mr. H. G. LAGEMANS. 580*

**Buitenlandsche Literatuur.**

- Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts, herausgegeben von Dr. ERNST IMMANUEL BEKKER, Professor in Halle, und Dr THEODOR MÜLLER, Professor in Königsberg. Erster Band. Erstes und zweytes Heft. Leipzig, HIRZEL, 1857; — door Mr. J. KAPPRYNE VAN DE COPPELLO . . . . . 489*
- Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr. Beiträge zur Geschichte der Entwicklung des Rechts bei den Römern*, von Dr. H. A. A. DANZ, ordent. Professor u. Oberappellationsrath zu Jena. — Jena 1857. VIII en 248 bl. in 8°; door Mr. I. TELTING 584

**Academische Literatuur.**

- D. VAN HOGENDORP. *Commentatio de Juris Gentium studio in Patria post Hugonem Grotium*. Lugd. Bat. 1856. 186 pag. in 8°. — door Mr. B. O. T. H. WESTENBERG. . . . . 115
- J. P. METMAN, *de nonnullis locis in quibus differat methodus procedendi in foro civili ex codice Indo Neerlandico a codice nostro*. Lugd. Bat. MDCCCLV; — door Mr. G. M. VAN DER LINDEN, Advocaat te 's Gravenhage . . . . . 121
- H. J. BROUWERS *Academisch proefschrift over den staatsregtelijken toestand van Limburg in betrekking tot den Duitschen Bond*. Leyden, J. W. VAN LEEUWEN, VIII en 179 bl. in 8°. — door Jhr. Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS. . . . . 126

M. J. C. DE KONING, <i>Academisch proefschrift over de verbind-</i> <i>tenis onder eene opschortende voorwaarde.</i> Leiden, 1856. 146 blz.; — door Mr. C. VAN BELL, Advocaat te 's Gravenhage.	137
<i>Over de oorzaken van den strijd tusschen Engeland en zijne</i> <i>Amerikaansche kolonien in de vorige eeuw.</i> Academisch proefschrift door J. P. SHELL, 's Gravenhage, C. H. SUZAN, Jz. 1856. 449 blz. in 8°; — door Jhr. Mr. W. QUARLES VAN UFFORD	277
B. C. DE JONGE, <i>over de possessoire actien van het Oud-</i> <i>Hollandsch regt, in verband met die van het Burgerlijk</i> <i>Wetboek,</i> 180 blz. in 8°. Leyden, 1857, bij JAC. HAZEN- BERG CORN. ZONN; — door Mr. H. G. LAGEMANS.	283
F. A. J. VAN LANSCHOT, <i>stichtingen als Rechtspersonen beschouwd,</i> X en 146 pag. 8°. Leyden 1856; — door Mr. A. A. DE PINTO	287
Mr. B. E. COLAÇO BELMONTE, <i>Over de hervorming van het Rege-</i> <i>ringstelsel in Nederlandsch West-Indië.</i> Leiden bij P. H. VAN DEN HEUVELL. 1857. XIV en 244 bladz.; — door Mr. C. VAN BELL.	495
H. M. VAN ANDEL, <i>over de onteigening ten algemeenen nutte</i> <i>volgens de wet van 28 Augustus 1851,</i> Leiden, 1857, 169 blz.; — door Mr. F. A. T. WEVE.	610
G. J. R. HENRY, <i>De bekentenis, volgens de Nederlandsche wet-</i> <i>geving.</i> — Leiden 1857. 44 blz. in 8°; — door Mr. A. DE PINTO	616
<i>Onderzoek naar den aard en de geschiedenis der Vicarie-</i> <i>goederen in Nederland,</i> door Mr. F. G. W. KOKER. Utrecht, J. GREEVEN, 1857, 170 en 22 blz., in 8°; — door Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS	618
<i>Over den invloed der kerkelijke wetgeving der middeleeuwen op</i> <i>den regtstoestand in Nederland.</i> door N. J. VAN IJSSELSTEIJN. — Leiden, 102 blz. in 8°; — door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO	624
BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD . 140, 304, 498, 628	
<i>Statistiek der werken over Regtsgel. en Wetgeving van Nederl.</i>	140
<i>Hooger onderwijs, 1855—56</i>	140
<i>Cellulair stelsel in Nederland</i>	628
<i>Brievenposten</i>	629
<i>Geregtelijke Statistiek betrekkelijk Ned.-Indië, 1854 en 55.</i>	504
<i>Prijsvraag d. Academie v. Staat- en Zedek. Wetens. in Frankr.</i>	307
<i>Statistiek der Strafrechtspleging in Frankrijk, over 1855.</i>	141
<i>Id. vergel. met die in Ned.,</i> door den heer KOENIGWÄRTER, te Parijs.	498
<i>Berigten uit Groot-Brittannië. Deportatie-stelsel, Statist. enz.</i>	144
<i>Militaire Strafwetgeving in België</i>	508
<i>Statistiek Congres te Weenen</i>	500
<i>Archieven van Wetzlar</i>	631

THEMIS,  
REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Vierde Deel.

---

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Wat verstaat de burgerlijke wet door de woorden: in strijd met de goede zeden?* door Mr. DAV. H. LEVYSSOHN NORMAN, Advocaat te 's Gravenhage.

---

Bonorum morum ratio, NON TAMEN  
NIMIA, in omni bene temperata  
civitate est habenda.

J. M. KEMPER.

---

Zoo dikwijls ik in de wet bloot zedelijke voorschriften ontmoet, en bijv. in art. 353 B. W. lees: *een kind, van welken ouderdom ook, is eerbied en ontzag aan zijne ouders verschuldigd*, rijst bij mij de vraag, of dat wel in een positief Wetboek eene plaats behoort in te nemen; en ik aarzel niet, als mijne overtuiging voorop te zetten, dat het daar vreemd behoorde te blijven. Er is eene algemeene zedeleer, en deze worde in de scholen ingeprent aan allen die aan de wetten van den Lande ondergeschiktheid moeten toonen; en zoo

zal het kind reeds van daar medebrengen wat het niet in het Wetboek behoeft te zoeken. Die zedeleer behoeft niet te worden gespecialiseerd en gesignaleerd, omdat zij algemeen is, of behoort te zijn; — en zij zal, als op zuivere en eeuwige beginselen rustend, een echt godvruchtig gevoel brengen ter plaatse waar, buiten de school, de dogmata der kerk worden geleerd. Zoo zullen onderwijs, godsdienstleer en wetgeving binnen hun eigen kring blijven, de onderwijzer geen kerkleeraar worden, de kerkleeraar niet van het belangrijkste gedeelte zijner roeping worden ontslagen, zoo zal de wetgever in geen zedeleeraar worden hervormd.

Verre van mij, dat ik in den wetgever eene verzaaking of verwaarloozing van zedelijke beginselen zou wenschen, — hij geve slechts geene voorschriften in de wet, omdat de opneming van hetgeen niet verbindend is en straffeloos kan worden overtreden, in de wet niet anders is dan eene ijdele vertooning.

Elk voorschrift der wet nogtans, dat met 's menschen pligten in verband staat, ademe den zedelijken geest; en daarmede kan en behoort, naar de regelen eener goede codificatie, elke wet te volstaan.

Bepaalden de Romeinen, die 'grootte voorgangers in wetgeving, zich hierbij niet, en wemelen met name de Instituten en Pandecten van die zoogenaamde praecepta moralia, het was, en dat vergete men niet, in het leerboek der jeugd (de Instituten), het was in de regtsgeleerde geschriften (waarvan de Pandecten slechts uittreksels zijn), dat zij eene geschikte plaats hebben mogen vinden, terwijl zij ook in den Codex niet te onpas voorkomen, waar zij veelal als het motif der Keizerlijke dispositien gevonden worden. De Romeinen mogen nog lang met hun regt de vraagbaak voor eene goede legislatie blijven, zij zullen niet leeren, wat tot eene goede codificatie gevorderd wordt.

Wanneer ik mij met nadruk verzet tegen de inlashing van bloot zedelijke voorschriften in de wet, en daarin nogtans den geest der zedelijkheid verlang te zien doorstralen, dan verklaar ik mij daarom geen vriend van zedeloze bepalingen (1), zelfs geen vijand van zoodanige imperative bepalingen die de verpligting opleggen, om bijv. als een goed huisvader te gebruiken of te genieten, zorg te dragen of te besturen, omdat daarmede tegelijk gewaakt wordt tegen vermindering of verwaarloozing met de daarmede verbonden wettelijke gevolgen. Evenmin behoef ik daarom de voorregten aan de altijd veronderstelde goede trouw toegekend te laken. Integendeel, deze en soortgelijke bepalingen zijn juist die, welke ik onder de zedelijken geest ademende be- doelde.

Zoo eindelijk eerbiedig ik de wet, die de eer en den goeden naam in hare bescherming neemt, omdat zij dadelijk betering van het daarin geleden nadeel wil.

Hoe is het met de «goede zeden» de uitdrukking aan het hoofd van dit opstel geplaatst, gelegen?

Een wel geordende Staat heeft het grootste belang bij de zedelijkheid des volks, maar in het bevorderen dezer volksdeugd behoort voorzigtig te worden te werk gegaan, want ook hier, gelijk in alles, kan te ver gedreven ijver schaden.

Onze Grondwetgever wil in art. 156 openbaarheid der teregtzittingen behoudens de uitzonderingen in het belang der openbare orde en *zedelijkheid* door de wet vast te stellen, om aanstoot te vermijden, vooral in de gevallen bij artt. 330—340 G. P. voorzien. De regter moet, zoowel in burgerlijke als in strafzaken, op de zeden der getuigen letten, artt. 1945 B. W. en 435 Strv.,

(1) Deze opmerking is noodig, om de malicieuse uitlegging der te kwader ure uitgedachte benaming van godsdienstloze scholen, als of bare voorstanders anti-godsdienstige scholen zouden wenschen.



omdat het getuigenbewijs *zuiver* moet zijn (zie *Themis*, 1<sup>e</sup> verz. V. 40 en volgg.). De zeden staan daar in de beteekenis van zedelijk of onzedelijk leven of levensgedrag, en de vraag is, gelijk CALLISTRATUS in l. 3 pr. D. de testibus (XXII. 5) zich uitlaat, an honestae et inculpatae vitae sit, an vero notatus et reprehensibilis. Mr. A. DE PINTO vraagt terecht in zijne *Handleiding*, of de voorschriften dier beide artikelen, die bijna letterlijk zijn ontleend aan het uittreksel uit CALLISTRATUS werk de cognitionibus, zich in eene wet wel op hare plaats bevinden?

Het woord *zedes*, *mores*, is, gelijk de plaats van den Romeinschen regtsgeleerde reeds aantoot, een vocabulum anceps, niet minder dan zoovele andere en daaronder het woord *dolus*, gelijk wij op het gezag, vooral van GELLIUS, Noct. Act. XII, 9 hebben aangetoond in *Themis*, 1<sup>e</sup> verz. VIII. 370 en volgg., alwaar wij over den *dolus bonus* hebben gehandeld.

Boni mores sunt viri honesti et probi, zegt BIJNKERSHOEK obs. jus. Rom. VI, 25. 11. De *goede zeden* betreffen de behoorlijke levenswijze, en het is omtrent deze, dat de grootste der Romeinsche regtsgeleerden spreekt, maar zich te sterk uitlaat, als hij zegt: Quae contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse, credendum est! (1)

Als men begrijpt, dat door goede zeden wordt verstaan, hetgeen zoo juist bij de ouden door vita honesta werd uitgedrukt, en waarin het humanum is begrepen in den verheven zin waarin het bij TERENTIUS voorkomt, dan kan het niemand verwonderen, dat de wetgever, die geen zedemeester is, geene voorschriften voor dat

(1) PAPINIANUS in l. 15 D. de cond. inst. (XXVII, 7). Had hij gezegd: « nec facere me posse credendum est, » zijn dood zou dit schitterend bevestigd hebben. Zie het uitmuntend Akademisch proefschrift van Mr. J. C. DE KONING over de verbindtenissen onder eene opschortende voorwaarde, Leiden, 1856, p. 39, nota 1.

eerbare leven geeft of behoort te geven, te meer omdat hij de magt niet bezit, tot zoodanig leven te verplichten. Daarom verbaast het ons, gelijk wij zeiden, het vijfde Gebod in art. 355 B. W. te zien overgenomen.

De Wetgever moet echter die *vita honesta* aannemen als het beginsel, waarvan hij bij zijne bepalingen uitgaat: en ofschoon hij tot de inachtneming der hoofddeugden niet kan verplichten en hare verwaarloozing naar streng regt geoorloofd moge zijn, en ofschoon die verwaarloozing schandelijk, althans onbehoorlijk is, zoo kan hij nogtans voorzien, dat niet tegen de goede zeden in dien zin worde gehandeld.

Het is hierover, of liever het is over de toepassing der bepalingen die zoodanige voorziening met zich brengen, dat het mij lust, mijn gevoelen mede te deelen.

Wat de goede zeden vorderen, wat de *honestas* verlangt, hangt van het individueel volkskarakter af, en het is na *NEPOS* of *AEMILIUS PROBUS* honderde malen herhaald: *non omnibus eadem honesta sunt atque turpia*. De wetten eens volks die met zijne goede zeden strijden, zijn ongeschikte wetten en kunnen daarom niet duurzaam zijn.

Het is droevig, dat de burgerlijke wet verplicht is tot zedelijke pligtsbetrachting te noodzaken, gelijk b. v. in art. 316, B. W. waar het geldt onderhoud van behoeftige ouders.

Het is noodig en nuttig zelfs in het maatschappelijk belang, dat de wetgever het strenge regt voor hoogere beginselen doe wijken. Dat doet onze wetgever, om van geene andere plaatsen te spreken, bij voorbeeld ontrent de door hem zelven gewaarborgde regten der schuldeischers, bijv. in art. 1302, 4de lid, 1797 B. W. 900 en volg. W. Kh., hij doet dat nog sterker in art. 848 W. Kh.

Wil de wet de goede zeden bevorderen, doet zij dat reeds zelve daar, waar zij hare uitoefening gebiedt, wat wonder dan, dat zij verbiedt hetgeen hiermede strijdt: verbieden

toch is niet minder gebieden, maar van hetgeen moet worden nagelaten.

Het is echter geene gemakkelijke vraag: wat strijdt tegen de goede zeden? of strijdt deze of gene omstandigheid in een bepaald geval tegen de goede zeden?

Zie hier de plaatsen waar in de burgerlijke wetgeving, behalve in de vroeger reeds aangehaalde artikelen, de handelingen tegen de goede zeden met dien algemeenen term worden gewraakt.

Art. 14 A. B. Door geene handelingen of overeenkomsten kan aan de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, hare kracht ontnomen worden.

Art. 134 B. W. De aanstaande echtgenooten kunnen door huwelijksche voorwaarden afwijken van de regelen, opzigtelijk de wettelijke gemeenschap vastgesteld, mits dezelve niet met de goede zeden of met de openbare orde strijdig zijn.

Art. 935 B. W. In alle uiterste wilsbeschikkingen worden de voorwaarden die onverstaanbaar of onmogelijk zijn of die met de wetten en goede zeden strijden, voor niet geschreven gehouden.

Art. 938. B. W. De vermelding van eene, hetzij ware hetzij valsche beweegreden, die echter met de wetten of de goede zeden strijdt, maakt de erfstelling of het legaat nietig.

Art. 1290 B. W. Alle voorwaarden om iets te doen dat onmogelijk, met de goede zeden strijdig of bij de wet verboden is, zijn nietig, en maken de overeenkomst, die men daarvan heeft doen afhangen, van onwaarde.

Art. 1373 B. W. Eene oorzaak is ongeoorloofd wanneer dezelve bij de wet verboden is, of wanneer dezelve strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde.

Art. 1690 B. W. Behalve de eigenlijke maatschap, erkent de wet ook vereenigingen van personen als zedelijke lichamen, hetzij dezelve op openbaar gezag als zoodanig zijn

ingesteld of erkend, hetzij als geoorloofd zijn toegelaten, of alleen tot een bepaald oogmerk, niet strijdig met de wetten of met de *goede zeden* zijn zamengesteld.

Art. 37 Kh. Indien de (naamlooze) vennootschap niet strijdt met de *goede zeden* of de openbare orde, en de acte geene bepalingen tegen al hetgeen bij art. 38 tot en met art. 55 is voorgeschreven, wordt de koninklijke bewilliging verleend.

In deze artikelen wordt *uitdrukkelijk* van het strijden tegen de goede zeden gewaagd, en daarom is het buiten twiifel, dat de hùwelijkse voorwaarden, de voorwaarden of beweegredenen in uiterste willen, de voorwaarden en oorzaak der overeenkomsten, het oogmerk waartoe een zedelijk ligchaam is ingesteld, erkend of toegelaten, en de naamlooze vennootschap van koophandel de gevolgen zullen ondervinden die de wet aan den strijd tegen de goede zeden verbindt. De uitdrukkelijke vermelding wordt echter niet zoo volstrekt vereischt, dat zonder deze, iedere handeling die daartegen zondigt, van kracht zou zijn. Integendeel het aangehaalde artikel 14 der wet houdende algemeene bepalingen wil niet, dat aan eenige *wet die op de goede zeden betrekking heeft*, hare kracht worde ontnomen. Welke zijn deze wetten? De heer J. TIELENTS KRUYTHOFF in zijne belangrijke dissertatie ad articulum 14 legis generalia continentis praecepta, L. B. 1852, pag. 122, zegt, uit hoofde van het gebruik van het woord *wetten* in het door hem behandelde artikel, van *goede zeden*: tantum spectare videntur illa facta illamque agendi rationem, de quibus lex civilis cavit. Dat art. vordert echter, mijns inziens, de expresse vermelding daarvan in de daarbij bedoelde wetten niet. Het is dus onverschillig, of er in de wet van die goede zeden en het strijden tegen deze al of niet worde gewaagd. Het is voldoende, wanneer de wet op de goede zeden betrekking heeft en de handeling of overeenkomst tegen deze strijdt. Zoo zal het wel geen

twijfel lijden, of de bepaling van art. 384 B. W. medebrengende, dat alle overeenkomsten, waarbij zoude worden afgezien van het regt om onderhoud te genieten, nietig en van onwaarde zijn, is hare geboorte verschuldigd aan den strijd tegen de goede zeden, dien de wetgever in zoodanige overeenkomsten ziet, en zulks niet minder dan in den afstand van eene nog niet opengevallen erfenis, waartoe de artt. 1370, 1109, 196 betrekking hebben. Zoo zal het huwelijk eener vrouw binnen de 300 dagen na de ontbinding van haar vroegeren echt aangegaan, nietig kunnen worden verklaard, omdat de voltrekking van dat tweede huwelijk binnen dien gestelden termijn is tegen de goede zeden. De ambtenaar van den Burgerlijken Stand zou het niet ligt voltrekken, al ware het alleen om de prohibitive bewoordingen waarin het artikel is vervat: hij zou het niet mogen doen omdat de ratio legis in de vrees voor verwarring des bloeds bestaat; hij zou het eindelijk niet vermogen te doen, ook al ware door eene kort na de ontbinding des huwelijks plaats gehad hebbende bevalling die vrees geweken, *omdat het strijdt tegen de goede zeden*. Zie hierbij vooral AVERANIUS, interpr. juris Lib. V cap. 10, n<sup>o</sup>. 2 et 3, waar deze scherpzinnige schrijver, wien men teregt mathematicus inter Jetos heet, het cessante ratione legis, saepe non cessat ipsa lex behandelt, en met voorbeelden staaft, zie ook J. M. KEMPER in zijne na te melden disputatio, p. 11, nota 1.

Waar dus de wet zonder vermelding harer beweegreden aan bepaalde handelingen kracht en werking ontnemt, is het veelal ligt na te gaan, of die ratio in den strijd tegen de goede zeden is gelegen, en al moge men zich soms daarin vergissen, de positive bepaling is daar en beslist. Wanneer echter de wet voorwaarden bij handelingen, of soms om de voorwaarden de handelingen zelve van onwaarde verklaart, die tegen de goede zeden strijden, dan is het zoo gemakkelijk nog niet, om in elk speciaal

geval het al of niet bestaan van dien strijd te ontdekken. De wetgever spreekt met die woorden zeer onbepaald, hij voorziet in het algemeen tegen onzedelijke handelingen, en laat de beoordeeling van dat al of niet bestaan aan den regter over. *Contra bonos mores est, quod vel revera turpe est vel juris aut facti infamia pro tali notatum est.* Bij de te betreuren onkunde van hetgeen de wetgever door goede zeden verstaat, van de wetten die hij bedoelt, als hij van de zoodanige spreekt die op de goede zeden betrekking hebben, en mitsdien ook bij de onkunde van hetgeen als in strijd met die goede zeden moet worden beschouwd, houden wij ons aan die, onzes inziens, juiste omschrijving door KEMPER (1) gegeven; wij brengen tot de daartoe betrekkelijke wetten alle de zoodanige, waartoe de *praecepta moralia direct* hebben geleid. Door de wraking der handelingen, die in strijd kunnen geacht worden met de goede zeden, bevordert de wet ongetwijfeld de goede zeden zelve. *Quid leges sine moribus?* Het gemis eener definitie van goede zeden zelve, misschien om het moeilijke en gevaarlijke, (zie DE KONING in het aangehaalde proefschrift, p. 67 en volg.) kan nogtans in de praktijk tot groote zwaarigheid aanleiding geven. De regter ja, onderzoekt de zaak, hij toetst die aan de wet, en past de wet toe; hij doet dat naar zijne juridieke overtuiging en op de stukken die in het geding zijn gebragt. Zijn vonnis kan in hooger beroep vernietigd, en zoo lang er nog cassatie bestaat in burgerlijke zaken, kan het arrest worden vernietigd, ofschoon het wel eene feitelijke beslissing zal heeten, dat er al of niet tegen de goede zeden is gehandeld.

Is de taak des gemoedelijken raadsmans niet even zwaar, is zij niet moeilijker veelal, en zal hij niet angstvalliger

(1) In *disputatione juris de Jctorum Romanorum*; principio: quod contra bonos mores fiat, id jure ratum esse non oportere; Amst. 1796, p. 49 et 50.

in zijn oordeel zijn, omdat hij *ontwerpt* hetgeen de regter beoordeelt. Zie hier een voorbeeld: Iemand kwam onlangs bij een mijner collega's met deze vraag: Kan ik gerust op de naleving van mijn uitersten wil sterven, wanneer ik ten behoeve mijner reeds geboren en nog geboren wordende kleinkinderen, over het disponibel gedeelte mijner nalatenschap beschik, met de bijvoeging: mits zij niet van godsdienst veranderd zijn. Mijn kundige vriend heeft die vraag *bevestigend* beantwoord, maar voorzigtigheidshalve de verandering van het woord *mits* in *indien* aangeraden.

Ik geloof, dat hij juist heeft geoordeeld en wel heeft gedaan, die verandering voor te stellen, ofschoon ik er om eene bijzondere reden niet gerust op ben. De wet toch vergunt in art. 1020 B. W. zoodanige beschikking ten behoeve *der*, dat is van alle reeds geborene en nog geboren wordende kleinkinderen, en nu rijst bij mij de vraag omtrent de bevoegdheid tot zoodanige bijvoeging, omdat, wanneer niet *alle* tot die godsdienst behooren, niet alle in de geoorloofde substitutie zijn begrepen, en zij daarom reeds zou kunnen caduceren. Immers hij wil beschikken ten behoeve der kleinkinderen, die niet van godsdienst veranderd zijn.

Is dat het geval niet, dan is de beschikking, mijns inziens, zeer bestaanbaar, want 's mans liberaliteit omtrent de aangeduide personen is afhankelijk gemaakt van eene bepaalde omstandigheid, die men naauwelijks eene voorwaarde zou kunnen noemen. Art. 925 B. W. bepaalt, dat de uiterste wilsbeschikking ten voordeele van de armen, *zonder andere aanduiding*, wordt geacht gemaakt te zijn ten behoeve van alle de noodlijdenden zonder onderscheid van godsdienst, welke in de plaats, alwaar de erfenis is opengevallen, door armen-inrigtingen bedeed worden. Hoe ik over dit artikel denk, vindt men in *Themis*, 1e verz. VI, 374 en volgg. In

het artikel ligt opgesloten, dat zich in de beschikking eene nadere aanduiding mag bevinden; en gelijk het nu geoorloofd is, armen van eene bepaalde godsdienst tot erfgenamen in te stellen, zoo zal dit ook wel van toepassing zijn op elk anderen gebeneficieerde. De bijvoeging dus, zoo als zij luidt na de gemaakte wijziging, is mijns inziens zeer bestaanbaar, omdat zij niet tegen de goede zeden strijdt, en althans naar onze wet, het si religionem *non mutaverit*, niet als zoodanig bij ons mag beschouwd worden. —

Ik weet, dat zich vele andere gevallen kunnen voordoen, waarin de beslissing niet zoo gemakkelijk zal zijn, wanneer zij het teedere punt der godsdienst betreffen. Ik zal, even als de Heer DE KONING t. a. p., bl. 68, bij die gevallen niet stil staan, vooral omdat de algemeene beschouwing er van meestal zeer onvruchtbaar is, daar de beslissing grootendeels afhangt van de omstandigheden, waaronder zij zich voordoen.

De regsgeleerde onzer dagen kan zich in quaestien van dien aard verdiepen, hij zal het er niet ver mede brengen. Het jus in causa positum zal daarbij wel altijd de regel blijven. De wetgever moet de beslissing omtrent den strijd tegen de goede zeden, in elk bijzonder geval den regter overlaten, en de regter zal naar zijn eigen begrip en zijne eigen overtuiging moeten beslissen, of *hetgeen* is bepaald of overeengekomen tegen de goede zeden strijdt. Moge hij zich daarbij dit herinneren: de religione, re penitus interna atque privati arbitrii, nullius est iudicium.

Men zie voorts over deze stof SIREY, Recueil général des Lois et des arrêts, IX, 2, 245 en volgg., alwaar eenige beginselen worden gevonden omtrent de vraag, welke wetten al of niet de goede zeden betreffen. Ik verwijs ten slotte omtrent den invloed der godsdienst op de burgerlijke wetgeving, met name bij de Romei-



nen, naar de dissertatien van J. DE BAS de vi religionis in jus Romanorum civile usque ad Constantini Magni tempora L. B. 1831 en C. W. DE RHOER de effectu religionis Christianae in jurisprudentiam Romanam, Gron. 1776, waarbij nog kan worden gevoegd Influence du Christianisme sur le droit Civil des Romains van TROPLONG.

Ik eindig dit opstel, onder verwijzing slechts naar de l. 28 Cod. Th. de jud. met den wensch, dat nimmer overdreven godsdienstijver tot heillooze opvatting van het burgerlijk regt en daarmee van de altijd onbepaalde woorden: *strijdig met de goede zeden*, moge leiden!

---

*Over het holograaf testament, en meer bepaald de in bewaargeving, aanbidding en terugneming van hetzelfde, door Mr. H. J. SCHUURMAN, Advocaat te Rijswijk.*

Ik heb mij geenszins voorgesteld, in dit stukje over den oorsprong van het holograaf testament uit te weiden. Wie daaromtrent en omtrent de *historia juris* van deze hoogst gewigtige wijze van testeren au fait wil geraken, leze de doorwrochte Academische verhandeling van den tegenwoordigen President van den Hoogen Raad Mr. F. DE GREVE, *de testamenti holographi historia et de hodierno ejus usu*. L. B. 1825. In de lex 21, Cod. de testamentis (VI. 23), bevattende eene constitutie der Keizers THEODOSIUS en VALENTINIANUS, vindt men reeds melding gemaakt van het *ipsius testatoris manu conscriptum testamentum*. Het Fransche holograaf testament of liever de Fransche wetgeving daaromtrent mag al zeer gevaarlijk heeten. Bij den Code Napoleon was deze wijze van uitersten wilsverklaring aan slechts weinige formaliteiten onder-

worpen. De eenige, welke bij het leven van den testateur moest in acht genomen worden, was, dat de acte, op straffe van nietigheid, geheel geschreven, gedagteekend en onderteekend moest zijn door den testateur. Van hier de benaming *holograaf*. Overigens zegt art. 970 C. N.: *il n'est assujetti à aucune autre forme.*

Na den dood des erflaters evenwel moest het testament worden aangeboden aan den President van de regtbank van eersten aanleg van het arrondissement, waar de erfenis was opengevalven en op diens bevel bij een notaris gedeponceerd, art. 1007 C. N. Deze wijze van testeren leverde echter weinig waarborg tegen valscheheid in of verduistering van dusdanig geschrift op.

De herroeping was, even als de making, hoogst eenvoudig. De erflater kon, wanneer hij wilde, zijn uitersten wil verbranden, verscheuren of op welke wijze ook vernietigen.

Onze wet daarentegen heeft en tot de wording en tot de herroeping van een holograaf *testament* een strengcr beginsel aangenomen. In beide gevallen wordt de tusschenkomst van een publiek ambtenaar, den notaris, gevorderd. Wil men aan eene door den erflater geheel geschrevene en onderteekende acte kracht van testament, en dezelfde kracht als die van een publiek testament geven, men biede haar aan een notaris ter bewaring aan, waarna, ten blijke van deze in bewaarstelling door den erflater en in bewaarneming door den notaris, wordt opgemaakt eene acte van bewaargeving (acte van *dépôt*). In de daad der in bewaarstelling en van het opmaken der acte van *dépôt* bestaat dus de *testamenti factio* bij holograaf testament. Het aangeboden testament, dat tot dien tijd toe slechts een onderhandsch stuk is, wordt eerst door die acte van *dépôt* een testament, waaraan dezelfde kracht wordt toegekend als aan een uitersten wil bij openbare acte verleden,

Een holograaf testament, dat *niet* is gedeponceerd, is geen testament, maar slechts te beschouwen als een codicil; en de beschikkingen, voor zooveel zij niet verder gaan dan die in art. 982 Burgerlijk Wetboek voorkomen, zijn mitsdien geldende (1), mits het stuk zij gedagteekend.

Een ander notabel gevolg van het opmaken dezer acte van dépôt is, dat het testament gerekend wordt gemaakt te zijn op den dag, waarop die acte is verleden zonder aanzien der dagteekening, welke zich in den uitersten wil mogt bevinden.

Men heeft gevraagd, tot welke soort van notariële acten deze acte van dépôt moest worden gebracht, tot de minuten dan wel tot de eenvoudige acten (brevets), waarvan de afgifte in originali bij de speciale wet op het notarisambt is toegestaan? De afgifte eener minuut, met uitzondering van een holograaf testament, is den notaris uitdrukkelijk verboden, anders dan in de gevallen bij art. 41 der wet van 9 Julij 1842 (*Stbl.* n°. 20), voorzien, en dan nog alleen met in achtneeming der bepalingen bij het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering en Strafvordering voorgeschreven. Na den dood echter kan *de vertooning* der oorspronkelijke acte, volgens art. 1925 Burgerlijk Wetboek, ten allen tijde worden gevorderd. Dat artikel voegt er niet bij door wien? Men mag evenwel uit art. 42 der wet op het notariaat opmaken, dat de inzage door niemand dan door de onmiddellijk belanghebbende personen kan worden gevorderd (altijd voor den notaris moeilijk te beslissen, wie daardoor verstaan worden). De bepalingen aangaande de afgifte van oorspronkelijke notariële acten worden in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering te vergeefs gezocht. Wel wordt er bij art. 833 v. van dwanguitgifte van afschriften of uittreksels gehandeld, maar van oorspronkelijke acten wordt ge-

(1) Zie *Weekblad van het Regt* n°. 615.

zwegen. Art. 292 v. van het Wetboek van Strafvordering schrijft de procesorde voor in materie van valsheid. Behalve de minuten echter kent de wet op het Notariaat nog andere eenvoudige acten, waarvan de uitgifte in originali geoorloofd is. De wet noemt eenige dier acten in art. 38 op, doch brengt daartoe niet de acte van *dépôt*, ten zij men deze bij de laatste woorden: *en andere eenvoudige acten, waarvan de uitgifte in originali bij de wetten is toegestaan*, mag voegen. Ik geloof, dat men tot deze categorie de acte van *dépôt* zonder enig bezwaar kan brengen. De acte van *dépôt* is eene eenvoudige acte, behelzende de bloote constatering van een feit, het in bewaargeven des uitersten wils. De acte van *dépôt* maakt met het aangeboden stuk een geheel uit, want het geval kan zich daarenboven voordoen, dat deze acte aan den voet van het testament wordende geschreven (eene bevoegdheid van den notaris volgens art. 979), het testament zonder die acte onmogelijk kan worden afgegeven. De voorzigtigheid gebiedt echter in den regel geene andere acten, dan de bij art. 38 genoemde, in brevet te verlijden, daar de notaris, volgens art. 585 Burgerlijke Regtsvordering, zelfs bij lijfswang voor de vertooning zijner minuten aansprakelijk is, wanneer die in regten wordt bevolen. De aangeboden uiterste wil kan of open of gesloten aan den notaris ter bewaring worden gegeven. Is de uiterste wil open aangeboden, en weet hij dus wie de daarbij belanghebbende personen zijn, dan is hij verplicht aan deze, na den dood des erflaters, daarvan kennis te geven. Deze verplichting in algemeene termen door het Burgerlijk Wetboek opgelegd, is bij de wet op het notariaat meer geëxtendeerd, echter in zulke onbestemde bewoordingen, dat het misschien beter ware geweest, de geheele bepaling achterwege te laten. De notarissen, heet het daar, zijn gehouden,

om, in geval van overlijden of afwezig-verklaring van den testateur, binnen veertig dagen, nadat zij daarvan kennis dragen, de belanghebbenden te verwittigen, dat de uiterste wilsbeschikkingen van den overledene of afwezige onder hunne minuten berusten.

Vooreerst is het bij een gesloten holograaf testament eene onmogelijkheid te weten, wie de daarbij belanghebbende personen zijn. Ten andere kent onze wet volstrekt geene *afwezig-verklaring*, gelijk de Fransche, en schijnt de wetgever hier de verklaring van vermoedelijk overlijden van art. 528 v. Burgerlijk Wetboek te bedoelen. Ten derde kan de notaris de geheele bepaling krachteloos maken door steeds vol te houden, dat hij van het overlijden des testateurs geene kennis heeft gedragen, of deze wetenschap naar willekeur vroeger of later stellen. Ten vierde bestaat er volstrekt geene poenale sanctie, die den notaris tot deze kennisgeving verplicht.

Is de holografe uiterste wil daarentegen gesloten aan den notaris aangeboden, dan moet hij dezen, ingevolge art. 984 Burgerlijk Wetboek, na den dood des erfatters (zonder dat is bepaald, binnen hoeveel tijds zulks zal moeten geschieden), aan den kantonregter aanbieden, die daarmede zal handelen overeenkomstig het bepaalde bij art. 989 Burgerlijk Wetboek.

Deze bepaling is sinds lang voor vele notarissen een steen des aanstoets. De moeilijkheid is, welke kantonregter hier wordt bedoeld?

Bij art. 983, handelende over het zoogenaamd codicil, en art. 989, handelende over het mystiek testament, wordt bepaald gesproken van den regter van het kanton, *alwaar de erfenis is opengevallen*. In art. 984 evenwel wordt slechts van den kantonregter gesproken. Ik geloof, dat er geene aannemelijke reden bestaat, waarom hier niet door den wetgever dezelfde kantonregter zou bedoeld zijn, vooral daar in art. 989 naar art. 984 wordt ver-

wezen. Maar dan blijft altijd nog eene tweede moeilijkheid bestaan in de woorden: *waar de erfenis is opengevallen*; hoe namelijk behoort te worden gehandeld in het geval dat de notaris, bij wien het testament is gedeponeerd, aldaar niet resideert. De notaris bij voorbeeld te Groningen, die het gesloten holograaf testament van N. onder zijne minuten heeft, kan of onkundig blijven, dat N. te Middelburg is gestorven, of zou, indien hij van het overlijden kennis droeg, verplicht zijn, het testament den kantonregter te Middelburg aan te bieden, indien N. daar zijne laatste woonplaats heeft gehad. Maar hoe dit te doen? De Groningsche notaris mag, volgens art. 7, wet 9 Julij 1842, buiten zijn ressort zijne ambtsbediening niet uitoefenen. Buiten zijn ressort is hij geen notaris, immers niet als zoodanig bekend. Zijne minuten mag hij niet verplaatsen; hij kan ze niet aan derden ter overbrenging of aan eenig middel van vervoer toevertrouwen, veel minder nog verplicht worden van het eene gedeelte des lands naar het andere te trekken. Ter ontwijking dezer moeilijkheden heeft men verschillende middelen uitgedacht, vele in lijnregten strijd met de bedoeling des wetgevers, andere met de bepalingen der wet zelve. Het aannemelijkst komt mij voor het middel door professor NIENHUIS, Regtsgeleerd Bijblad, IV, bl. 366 en volg., voorgesteld. Bij art. 25 der Wet op de Regterlijke Organisatie (Art. 43, Ontwerp 5 Januarij 1857) zijn de regterlijke collegiën en ambtenaren onderling verplicht aan letteren requisitoriaal ten dienste der justitie gevolg te geven. Door toepassing nu van dit art. zegt prof. NIENHUIS, schijnt mij de zaak een regelmatigen afloop te kunnen hebben. De erfgenamen, of andere belanghebbenden, kennis dragende van het bestaan van het testament, en wetende onder welken notaris hetzelfde berust, verzoeken van den regter van het kanton, *alwaar de erfenis is opengevallen*, letteren requisitoriaal aan den kantonregter *van de plaats*

*alwaar de notaris, bij wien het testament berustende is, resideert*, waarbij laatstgenoemde kantonregter, ter rigtge uitvoering der wet, en alzoo ten dienste der justitie, verzocht wordt, het testament, hetwelk hem door dien notaris zal worden aangeboden, te openen, en voorts daarmede te handelen naar het voorschrift van art. 989. Wanneer nu de kantouregter, gelijk hij volgens het genoemde 25ste art. daartoe verplicht is, aan deze letteren requisitoiriaal voldoet, is alle zwaarigheid uit den weg geruimd, en de verplaatsing zoowel der minute als de kosten van verplaatsing van den notaris en de moeilijkheid omtrent het geoorloofde van het een of ander, zijn voorgekomen. Ofschoon professor NIENHUIS meer bepaald het oog heeft op art. 989, vindt zijne leer nogtans gave toepassing in art. 984, waarop wij bepaaldelijk doelen, omdat aldaar naar eerstgemeld artikel wordt verwezen. Tot zooverre over de bewaargaving bij den notaris en aanbieding aan den kantonregter.

Wat is er van de herroeping door terugneming?

De vrijheid, den testateur bij de Fransche wet toegestaan, om zijn holograaf testament ten allen tijde te herroepen, is hem bij onze wetgeving niet benomen. Echter is deze herroeping aan bepaalde vormen gebonden. De herroeping geschiedt, in afwijking van den algemeenen regel in art. 1039 Burgerlijk Wetboek gesteld, door de terugvordering van het testament van den notaris, gevolgd van het opmaken eener authentieke acte, waaruit de herroeping blijkt, en die den notaris als authentiek reçu door den erflater wordt gegeven. Door de teruggave, dat is door de teruggave vergezeld van bovengenoemde formaliteit, wordt het holograaf testament als herroepen beschouwd. Deze acte dient, volgens de bewoordingen der wet, *ter verantwoording van den notaris* en wordt bij VOORDIEN (1) genoemd een *behoedmiddel ter verantwoording*

(1) VOORDIEN, Geschiedenis en beginselen enz., D. 4, p. 130.

*van den notaris*. De vraag is dus: aan welke verantwoording stelt de notaris zich door de afgifte van het holograaf testament bloot? Voor de afgifte der minuut is de notaris hoegenaamd geene verantwoording schuldig. Art. 41 der wet op het notariaat staat hem de afgifte van een in bewaring gegeven holografen uitersten wil met name toe. Doch de erfster kon de herroeping van zijn testament ontkennen, en het bewijs van herroeping ligt dus in de authentieke acte. Het opmaken der acte van *teruggave* (gelijk de wetgever haar noemt) is, omdat zij het bewijs levert der herroeping van het holograaf testament, hoedanig die *teruggave* wordt beschouwd, volstrekt niet facultatief, gelijk men dit uit de woorden *ter verantwoording van den notaris* zou kunnen opmaken, en afleiden uit eene gelijke uitdrukking ten aanzien van den voogd in art. 461 B. W.

Men heeft de vraag gedaan, of *dezelfde* notaris bij wien het holograaf testament is gedeponneerd, ook deze authentieke acte kan passeren? Bij de speciale wet op het notariaat komen bepalingen voor, waarbij het onpartijdig karakter der notariële acten wordt verzekerd. Behoudens de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek omtrent uiterste willen, worden alle beschikkingen of bepalingen ten voordeele van personen, waarvoor de notaris eene bijzondere genegenheid moet hebben of waarbij zijn persoonlijk belang in het spel is, wanneer zij in notariële acten voorkomen, volgens art. 22 der wet van 9 Julij 1842 voor niet geschreven gehouden. Vooral bij het leerstuk der testamenten, vindt men den Romeinschen regtsregel «*scripturae, quam tibi facis, nulla fides habetur,*» met naauwgezetheit toegepast. Zie art. 954 B. W., S. VAN LEEUWEN, Rooms Hollands regt, VI. 3. 15. — Tit. Cod. de his, qui sibi adscribunt in testamento, (IX. 23). Men kan echter gerustelijk vaststellen, dat deze acte geene zoodanige beschikking ten zijnen voordeele



(en sa faveur) bevat. Zie SCHULLER, bij art. 981 B. W. DIEPHUIS, D. 4, p. 582.

Ter zake der afgifte der minute is hij tot geene verantwoording gehouden. De wet ontzegt hem die niet, volgens art. 41 wet 9 Julij 1842, gelijk hiervoren reeds is opgemerkt. Geldelijk voordeel heeft hij er volstrekt niet bij. Alleen heeft hij in handen het bewijs, dat een zijner minuten, op eene bij de wet geoorloofde wijze, uit zijn protocol is genomen.

*Partij* is hij bij de acte volstrekt niet. Hij constateert blootelijk eene eenzijdige handeling des testateurs, de terugneming van een holograaf testament.

Eindelijk, gelijk het wel boven alle bedenking zal zijn verheven, dat de acte van *inbewaargeving*, kan, ja ik zou bijna zeggen, moet worden opgemaakt door den notaris, bij wien die inbewaargeving geschiedt, en door welke acte die notaris aan een onderhandsch stuk kracht van *publiek testament* GEEFT, zoo bestaat er, mijns inziens, geen grond om *dienzelfden* notaris de bevoegdheid te ontzeggen, om, door het opmaken der acte van terug-gave, die belangrijke kracht te ONTNEMEN. Hij constateert de terugneming door den testateur; en men hecht, mijns inziens, te veel aan het woord *teruggave* in art. 981 voorkomende, als men de bevoegdheid van dien notaris zou willen bestrijden, als zoude hij voor zich eene acte van décharge opmaken. Ik herhaal, hij, openbaar ambtenaar, constateert in tegenwoordigheid van getuigen het feit der terugneming, en daartoe is hij bevoegd.

Hoezeer van de weinige waarde van dit opstel, meer dan iemand, zelf overtuigd, heb ik den moed gehad, het der redactie aan te bieden, omdat de belangrijkheid des onderwerps misschien eene grondige bearbeiding konde uitlokken.

---

KOOPHANDELS-REGT. — *Zijn wisselbrieven na het faillissement van den betrokkene vatbaar voor endossement?* door Mr. J. G. KIST, Kantonregter te Dordrecht.

Bij arrest van 17 November 1854 (1) heeft de Hooge Raad eene belangrijke quaestie van wisselregt beslist en uitgemaakt, dat wissels, ook na het faillissement van den betrokkene of acceptant, vatbaar zijn voor endossement. Die beslissing wordt in *Themis* van 1855, n<sup>o</sup>. 3, bl. 440, bestreden door Mr. J. G. ROCHUSSEN, die van oordeel is, dat gemelde uitspraak niet overeenkomt met de bepalingen onzer wet, en ofschoon de uitspraken van den Hoogen Raad mijne verdediging niet behoeven, heeft echter de belangrijkheid der vraag mij uitgelokt, om ook mijne gronden voor de beslissende beantwoording der bovenstaande vraag uit een te zellen. Ik hoop dat de redactie van *Themis*, niettegenstaande er reeds een geruimen tijd sinds de uitspraak van het Arrest en sinds de bestrijding van Mr. ROCHUSSEN is verlopen, mij daartoe wel eene kleine plaats in haar tijdschrift zal willen afstaan.

Naar mijne overtuiging strekt de bovenstaande uitspraak van den Hoogen Raad tot handhaving van de ware beginselen van wisselregt, terwijl door de toepassing van het gevoelen van Mr. ROCHUSSEN aan den wissel een groot deel van zijn nut zou worden ontnomen. Ofschoon men toch niet met EINERT (2) moge zeggen: « De wissel is het papieren geld der kooplieden », en dat gezegde niet als hoofdbeginsel van het wisselregt moge aannemen, kan het echter niet worden ontkend, dat het nut van den wissel vooral ook daarin bestaat, dat hij gemakkelijk verhandelbaar is en tot het doen van betalingen enz. als

(1) *Weekblad* n<sup>o</sup>. 1609.

(2) *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnisse des Wechselgeschäfts*, Leipsig 1849.

een representant van geld kan worden gebruikt. Die verhandelbaarheid zoude, volgens ons regt, indien het gevoelen van Mr. ROCHUSSEN op de wet gegrond was, grootelijks worden belemmerd.

Aan hem toch, die een' wissel op crediet des trekkers of der endossanten koopen wilde, zoude een nieuw onderzoek worden opgelegd, namelijk of de betrokkene of acceptant misschien ook is gefailleerd, daar hij, in dit geval, geen eigenaar van den wissel, geen wettige houder zoude kunnen worden. Onze wet bepaalt dit echter niet en ontneemt, evenmin als andere wisselwetten, wanneer de betrokkene is gefailleerd, aan den wissel zijne vatbaarheid voor endossement.

Mijne gronden voor dat gevoelen zijn de vier volgende: 1<sup>o</sup>. De woorden der wet. 2<sup>o</sup>. Het beginsel in art. 155 opgenomen. 3<sup>o</sup>. De reden, waarom de vatbaarheid voor endossement aan wisselbrieven, waarvan de vervaldag is verstreken, is ontnomen, bestaat niet voor wissels, wanneer de betrokkene is gefailleerd. 4<sup>o</sup>. De belangen van den wisselhandel vorderen de vatbaarheid voor endossement.

1<sup>o</sup>. Het hoofdargument van Mr. ROCHUSSEN bestaat in de woorden van art. 155: *worden voor vervallen gehouden*. Hij wil op de wissels, die *voor vervallen gehouden worden*, al de bepalingen toepassen, welke volgens de wet op werkelijk *vervallen* wissels toepasselijk zijn, en breidt door die te letterlijke of liever te consequente opvatting der woorden: *worden voor vervallen gehouden* de bepaling van art. 155 buiten de bedoeling des wetgevers uit. Zijne redenering is deze: *Voor vervallen gehouden* is gelijk aan *vervallen*; *vervallen* wissels kunnen, volgens art. 133, niet worden geëndosseerd, ergo ook geen wissels, die voor yervallen gehouden worden.

Indien men voor een oogenblik wilde toegeven, dat vervallen wissels gelijk staan met wissels, die, ingevolge art. 155, voor vervallen gehouden worden, dan volgt

daar toch nog niet uit, dat voor vervallen gehouden wissels, *wanneer de vervaldag nog niet is verstreken*, niet voor endossement vatbaar zijn. Wel zegt art. 133, dat de eigendom van wissels «zoolang dezelve nog niet vervallen zijn» door endossement kan worden overgedragen, doch dit artikel bevat alleen maar een beginsel, waarvan men de toepassing en ontwikkeling vindt in art. 137. Dit artikel zegt: «Wisselbrieven, *waarvan de vervaldag is verstreken, zijn niet vatbaar voor endossement.*» De onvatbaarheid voor endossement ontstaat dus door het verstrijken van den vervaldag, die dag is echter in het door ons gestelde geval van faillissement des betrokkenen nog niet verstreken, en de wissel blijft dus ook in dit geval, tot op den vervaldag, voor endossement vatbaar. De wetgever schijnt met opzet deze woorden gebruikt te hebben, juist opdat de bepaling in art. 155 niet tegen zijne bedoeling zoude worden uitgebreid.

Wanneer men de geschiedenis van art. 137 nagaat, dan ziet men, dat in het oorspronkelijke ontwerp gelezen werd: «*Wissels, die vervallen zijn*» (1) en dat daarop in November 1834 door de Tweede Afdeeling deze aanmerking is gemaakt, dat de woorden *wisselbrieven, die vervallen zijn*, niet juist het denkbeeld aangeven hetwelk in dezelve ligt opgesloten. De Afdeeling stelde dus voor te lezen: «*wisselbrieven, waarvan de vervaldag is verlopen.*»

Bij die nieuwe redactie werd dit artikel door de Regering voorgesteld zoo als het thans luidt en door de Vertegenwoordiging aangenomen: «*wisselbrieven, waarvan de vervaldag is verstreken.*»

Het blijkt dus dat én de Regering, én de Kamer verschil zagen tusschen de beide uitdrukkingen, en dat zij daarom de eene tegen de andere verwisselden. Dit verschil kan m. i. alleen daarin bestaan, dat men door de thans

(1) VOORDELIJN, ad art. 137, VIII, 629.

in de wet opgenomene woorden aan de wissels, die voor vervallen gehouden worden, hoezeer de vervaldag nog niet is verstreken, de vatbaarheid voor endossement niet ontnam, en belette, dat art. 155 in zijne gevolgen ook tot het endossement wordt uitgebreid.

2°. Dat art. 155 door de verklaring van Mr. ROCHUSSEN buiten zijne bedoeling wordt uitgebreid, blijkt, wanneer men nagaat op welk beginsel die bepaling rust. Art. 155 toch is de toepassing van art. 1307 B. W. en art. 778 W. K. op wissels. «De schuldenaar kan het voorregt «eener bijgevoegde tijdsbepaling niet meer inroepen, «indien hij in staat van faillissement verklaard is.» Art. 1307. «Door het faillissement worden de nog niet vervallen «schulden, ten laste van den schuldenaar loopende, op-«eischbaar, voor zooveel hem betreft.» Die beide artt. bevatten eene bepaling van handelsregt<sup>3</sup>, welke haren oorsprong neemt uit eene decisie van de Rota van Genua, n°. 107, aldus luidende: «Secuta ruptura seu decoc-  
«tione creditores possunt pro debitis agere ante diem»(1). Men heeft gemeend, dat de wet moest zorgen voor den schuldeischer, die, bij faillissement van zijnen schuldenaar door eene bij de verbindtenis gevoegde tijdsbepaling verhinderd werd, om voor zich zelve te zorgen, en hem, zooals de Hoogleeraar HOLTIVUS in zijn straks aangehaald *Faillitenregt*, bl. 172, het uitdrukt, «in de weldaden van het faillissement-beheer» willen doen deelen. Men verklaarde daarom de schulden op tijd dadelijk opeischbaar. Die opeischbaarheid is echter in twee opzichten beperkt. 1°. Het wordt aan den schuldeischer overgelaten of hij van het hem gegeven voorregt wil gebruik maken. 2°. De schuld is alleen opeischbaar ten aanzien van den gefailleerde, voor zooveel hem betreft, en dus niet ten aanzien van de medeschuldenaars of borgen.

Dit beginsel heeft men in art. 155 op wissels toege-

(1) HOLTIVUS, *Faillitenregt*, bl. 170.

past. Men heeft aan den houder de bevoegdheid willen geven, om, indien hij zulks mogt verkiezen, den wissel van den gefailleerden betrokkene op te vorderen, zonder dat men hem evenwel de bevoegdheid heeft willen verleenen om ook van de overige wisselschuldenaars eene vervroegde betaling te eischen; tegen deze gaf men hem alleen het regt om zekerheid te vragen, terwijl men hun de keus liet of zij zekerheid, dan wel betaling wilden geven.

Deze bepaling is in onze wet nieuw en verschilt veel met die van art. 163 C. de Comm., waarbij aan den houder, ingeval van faillissement van den betrokkene, gewoon regres-regt werd toegestaan. Onze wet heeft zich consequent aan het beginsel gehouden. Onze wet toch wilde in art. 155, evenmin als in art. 778, de opeischbaarheid der nog niet vervallen schulden tot anderen uitbreiden, dan tot den gefailleerde zelven. De beraadslagingen zijn hieromtrent zeer afdoende. Op eene aanmerking toch van eene der Afdelingen, die de bepaling van art. 163 C. de Com. wilde behouden, antwoordde de Regering: «Het tweede lid behelst eene zeer heilzame bepaling, omdat daarbij «is vastgesteld, dat, hoezeer de wisselbrief *ten opzichte van den gefailleerden acceptant is vervallen, de trekker en de endossanten* daardoor niet tot eene vervroegde betaling verplicht zijn, indien zij borgtocht stellen» (1).

Uit alles blijkt dus, dat men met art. 155 niets anders bedoeld heeft, doch dat de wissel voor vervallen zoude worden gehouden, voor zooveel den gefailleerden acceptant of betrokkene betreft. Zoowel uit de aangehaalde beraadslagingen, als uit de woorden, den zamenhang en de plaatsing van het artikel, blijkt, dat men alleen het regt van den houder heeft willen regelen, om den wissel, ingeval van faillissement van den betrokkene of

(1) Cf. VOORDUYN, ad art. 155, VIII, 609

acceptant, te laten protesteren en regres te nemen tot zekerheid-stelling, en dat men het geheel aan den houder heeft willen overlaten, of hij van die bevoegdheid gebruik wilde maken of niet. Men heeft volstrekt geene bedoeling gehad om aan het faillissement van den betrokkene eenig gevolg toe te kennen ten aanzien van de vatbaarheid van den wissel voor endossement.

Misschien ware het duidelijker geweest achter de woorden: «voor vervallen gehouden» in te voegen: «ten aanzien van den betrokkene» doch men heeft waarschijnlijk gemeend, dat dit onnoodig was, daar uit de bijvoeging: «en kunnen door den houder dadelijk om wanbetaling worden geprotesteerd,» blijkt dat de wet hier niet als algemeen beginsel heeft willen nederschrijven, dat wissels, wanneer de betrokkene is gefailleerd, geheel met vervallen wissels gelijk staan, maar alleen heeft willen bepalen, dat de wissel ten opzichte van den betrokkene als vervallen wordt beschouwd, waarvan het eenige gevolg is, dat de houder kan laten protesteren en zekerheid vragen van trekker en endossanten.

Men heeft dus de regten des houders willen vermeerderen en de betaling des wissels ten vervaldage willen verzekeren, en heeft er in het geheel niet aan gedacht om den wissel zijne vatbaarheid voor circulatie te ontnemen, waartoe dan ook in het faillissement des betrokkenen geene reden is te vinden, integendeel door de zekerheidstelling is de betaling des wissels te meer gewaarborgd en de wissel derhalve te geschikter om te circuleren.

Een punt kan ik toegeven, namelijk dat de houder den wissel in een toestand kan brengen, dat hij onvatbaar is voor endossement, niet echter dat het faillissement van den betrokkene den wissel die vatbaarheid voor endossement ontnemt.

De houder heeft de keus tusschen drie handelwijzen: 1°. hij kan als crediteur opkomen in den boedel en zich

laten verifiëren, 2°. hij kan protest opmaken en regres nemen tot zekerheid, en 3°. hij kan den verval dag afwachten.

In het eerste geval is het endossement onmogelijk, niet op grond van de bepaling van art. 155, maar omdat de houder, gebruik makende van zijne bevoegdheid om den wissel als vervallen te beschouwen, de onbepaalde wisselverbindtenis des betrokkenen *aan nemer of order*, welke *order* natuurlijk tot op den verval dag onbepaald en veranderlijk zijn zal, heeft veranderd in eene bepaalde verbindtenis aan hem *houder*. Indien hij de regten uit die verbindtenis spruitende mogt willen overdragen, dan zal hij dit niet meer kunnen doen bij endossement, maar dan zal hij den weg van cessie moeten inslaan en dan zal de betrokkene of diens boedel tegen zijnen cessionaris al dief exceptien kunnen doen gelden, welke hij tegen den cedent had, hetgeen bij endossement geene plaats heeft.

In de beide andere gevallen wordt de valbaarheid des wissels voor endossement in het geheel niet gestoord. Het protest en het regres in geval van faillissement des betrokkenen of acceptants staat eigenlijk geheel gelijk met het protest en regres in geval van non-acceptatie. De gevallen zijn geheel dezelfde, en men kan even goed zeggen, dat een protest van non-acceptatie de verhandelbaarheid des wissels opheft, als men aan een protest van non-betaling in geval van faillissement dat gevolg kan toekennen. Aan het protest wegens non-acceptatie schijnt Mr. ROCHUSSEN op art. 149 niet gedacht te hebben.

Ingeval de houder niet als crediteur opkomt, noch protest laat maken, spreekt het van zelve dat niets de verhandelbaarheid van den wissel in den weg staat.

3. Er bestaat bovendien geen de minste reden, die den wetgever zoude hebben kunnen overhalen om de valbaarheid voor endossement aan wissels, waarvan de betrokkene is gefailleerd, te ontzeggen.

Welke toch is de reden, waarom wissels, wanneer de



vervaldag is verstreken, niet meer kunnen worden geëndosseerd (1)? Die reden is eenvoudig de boven reeds met een woord genoemde. De trekker, endossant en acceptant beloven de betaling van den wissel op den vervaldag aan den nemer of order, d. i. aan hem, die op dien dag de order des nemers zijn zal. De verbindtenis is dus onbepaald tot op den vervaldag, of liever de persoon aan wien de wissel zal moeten worden betaald is tot den vervaldag toe onzeker, omdat ieder geëndosseerde den wissel weder verder zal kunnen endosseren. Op den vervaldag echter wordt de verbindtenis bepaald. De persoon aan wien volgens de wisselverbindtenis moet betaald worden is dan *zeker*. Het is de order des nemers op dien dag, de houder. Trekker, acceptant en endossanten zijn aan dien persoon verbonden. Deze moet op dien dag betaling vragen en bij gebreke daarvan laten protesteren. Indien hij de bevoegdheid had om nog verder te endosseren en den wissel nog langer te laten loopen, zoude hij niet alleen de verbindtenis der wisselschuldenaars verzwaren door hen langer verbonden te houden, maar hij zou hen ook op andere wijze kunnen benadeelen, daar de wisselschuldenaars tegen hem exceptien kunnen hebben, welke zij, volgens de gewone regelen van wisselregt, niet tegen den geëndosseerde kunnen gebruiken, vermits geene exceptien *ex persona indossantis* worden toegelaten. Wil dus de houder den wissel na den vervaldag, hetzij geprotesteerd, hetzij ongeprotesteerd overdragen, dan zal hij dit moeten doen bij gewone cessie, als wanneer de cessionaris niet meer regt verkrijgt dan de cedent had. Deze reden schijnt enkele wetgevers overgehaald te hebben, om het endossement na den vervaldag te verbieden (2); voor alle is

(1) Cl. Mijne *Beginselen van Wisselregt*, Amsterdam, 1852, bl. 46.

(2) B. v. *Braunschweig, W. O.* v. 1715. Art. 12 *Hamburg, W. O.* art. 35. Zie ook *Allg. Deutsche W. O.* § 16.

hij echter niet gewigtig genoeg geweest om dit verbod op te nemen, want de meeste wisselwetten spreken er in het geheel niet van, terwijl zelfs andere endossementen na den verval dag voor geldig houden (1). Ingeval van faillissement van den betrokkene bestaat die reden natuurlijk niet. De verval dag is er dan nog niet, en de persoon aan wien betaald moet worden is dan nog onzeker, behalve wanneer hij zelf in het faillissement opkomt. Er is mij dan ook geene wisselwet bekend, welke eene bepaling bevat gelijk aan die, welke Mr. ROCHUSSEN in ons art. 155 meent te vinden.

4°. Behalve de drie opgenoemde gronden, welke op ons jus constitutum gegrond zijn, bestaat er bij mij nog een, die wel is waar meer het jus constituendum betreft en dus alleen niet als argument gebruikt zoude mogen worden, maar die toch, m. i., niet kan worden voorbijgegaan en wel eenigzins tot versterking der andere mag dienen. Ik bedoel het belang van den wisselhandel. Neemt men het gevoelen van Mr. ROCHUSSEN aan, dan zal die handel grootelijks worden belemmerd, vooral wat de buitenlandsche wissels aangaat, waar de betrokkene op grooten afstand woont. De geëndosseerde, op Java b. v., zal niet altijd zeker kunnen weten of de betrokkene te Amsterdam mogelijk niet is gefailleerd, zelfs op naderbij gelegene plaatsen zal het zeer hinderlijk zijn. De openbaarmaking van het faillissement in de dagbladen helpt hier niets, vermits bekendmaking nog niet hetzelfde is als bekend zijn en daarenboven tusschen die bekendmaking en het faillissement dagen kunnen verlopen, gedurende welke verscheidene endossementen op den wissel kunnen gesteld worden, die allen nietig zouden zijn, omdat b. v. de houder op den dag van het faillissement eene som

(1) *Allg. Preuss. Landr.*, II; Th. III, §§ 325 en 326, *Weim. W. O.* § 41, *Bremer W. O.* Art. 29,

gelds aan den betrokkene schuldig was, waardoor de wissel zoude zijn gecompenseerd.

Ik meen dus dat het gemelde arrest niet alleen grond is op de wet, maar ook geheel met de belangen van den wisselhandel overeenkomt.

---

*De vergelijking van door faillissement opeischbaar geworden schuld; door Mr. F. A. T. WEVE, Advocaat te 's Gravenhage.*

In het vorige nummer van dit tijdschrift wordt de vraag behandeld, of er vergelijking van schuld (1) plaats heeft, wanneer de schuld eerst opeischbaar is geworden door het faillissement van den schuldenaar.

Die vraag wordt door Mr. LAGEMANS ontkennend beantwoord, hoofdzakelijk op grond, dat de aldus opeischbaar geworden schuld evenwel niet meer li-

Ook, afgescheiden van de regtsvraag, ziet Mr. L. quide is.

in de toelating der schuldvergelijking eene groote onregtvaardigheid ten opzichte van de overige schuldeischers, daar den schuldeischer, wiens schuld in vergelijking wordt gebragt, door die vergelijking alleen, en zonder dat zijne schuldvordering door voorregt, pand of hypotheek gedekt is, een exorbitant voordeel boven zijne mede-schuldeischers toegekend wordt.

Tot dus verre heeft men ten onzent geene zwaarigheid gemaakt de schuldvergelijking in het gemelde geval

(1) Vergelijking van schuld (verlijkinge) is, wel is waar, de oudtijds reeds gebruikelijke benaming, maar waarom bezigde de Ned. wetgever niet liever het juistere en voor een ieder verstaanbare woord *schuldopweging* (compensatie)?

plaats te doen hebben, en de wettigheid en billijkheid daarvan ook niet in twijfel getrokken.

Ik voor mij geloof dan ook, dat de schuldvergelijking in zoodanig geval plaats grijpt niet alleen, maar ook dat zulks volkomen met de billijkheid strookt.

Daar nu de vraag zich dikwijls kan voordoen, acht ik het niet ondienstig de gronden van mijn gevoelen kortelijk uiteen te zetten.

Ik stel hetzelfde geval, door Mr. L. behandeld, nml. dat iemand *f* 1000 aan den gefailleerde schuldig is, en dat deze hem wederkeerig eene gelijke som schuldig is, evenwel eerst na een tijdsverloop van vier jaren betaalbaar gesteld.

Vóór het faillissement kon er derhalve geene schuldvergelijking plaats hebben, omdat (en dit was de eenige reden van verhindering) niet beide schulden opeischbaar waren.

Maar nu heeft er faillissement plaats. Wat is daarvan het gevolg? Dat het voordeel der bijgevoegde tijdsbepaling niet meer kan worden ingeropen (1), d. i. dat ook de schuld van den gefailleerde dadelijk opeischbaar is geworden. Vg. art. 778 W. K.

De eenige reden, welke der schuldvergelijking in den weg stond, is alzoo door het faillissement vervalten; het noodwendige gevolg daarvan is, dat de schuldvergelijking alsnu van regtswege plaats heeft.

Wordt de schuldenaar van den gefailleerde hierdoor nu bevoordeeld, of wordt hem alleen toegekend, wat hem billijk toekomt? Voorzeker het laatste.

Inderdaad toch was den gefailleerde niets verschuldigd; alleenlijk genoot hij het voordeel eene gelijke som,

(1) Zie art. 1307 B.W., waarin de uitdrukking *voorregt* verkeerdelijk is gebezigd in plaats van *voordeel*, *bénéfice*. Vgl. art. 1183 C. C., 1333 Wb. v. 1830, Holl. en Fr. text, en 1099 Wb. Lod.

als hij zelf wederkeerig schuldig was, op te kunnen eischen, om die later weder terug te geven. Maar nu verliest hij door zijn faillissement dat voordeel; nu is zijne schuld evenzeer opeischbaar geworden. Zoude het nu met de billijkheid strooken den schuldenaar te doen betalen, wat de gefailleerde, wiens boedel thans door een' curator wordt vereffend, zelf niet meer zoude kunnen invorderen? Zoude het billijk zijn hem te doen betalen, wat hij in der daad niet schuldig is, om hem het betaalde misschien slechts voor een uiterst gering gedeelte terug te betalen?

Eer men zulk eene schreeuwende onbillijkheid bega, behoort men althans op een uitdrukkelijk voorschrift der wet te kunnen wijzen.

Zoodanige onregtvaardigheid heeft de wet gelukkig niet gewild, veelmin bevolen. Ik zal dit, met bestrijding der gronden, door Mr. L. voor zijne stelling aangevoerd, naar ik vertrouw, volledig kunnen bewijzen.

Dat de tijdsbepaling een voordeel is, den schuldenaar toegestaan in het vertrouwen op zijn vermogen om te betalen, en daarom vervallende zoodra deze in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen verklaard is, of ook wanneer de gestelde zekerheid door zijn toedoen op eenigerlei wijze is verminderd, erkent Mr. L. — Welk gevolg moet zulks nu hebben voor den schuldeischer, vraagt hij verder, en hij antwoordt daarop: niet, dat de thans opeischbaar geworden schuld noodwendig voldaan moet worden tot haar volle bedrag. De wet heeft de vorderingen met tijdsbepaling niet willen bevoorregten, maar alleen gewild, dat de schuldeischer niet het slagtoffer worde van zijn vertrouwen.

Zeer juist: ook ik beweet niet, dat het opeischbaar worden der schuldvordering hare voldoening tot het volle bedrag *noodwendig* medebrengt. Als er geene tegenvordering, geene wederzijdsche schuldvordering

bestaat, zal het gevolg alleen zijn, dat de schuldeischer met zijne opeischbaar geworden vordering opkome in het faillissement, en gelijkelijk met de overige schuldeischers deele in de te doene uitdeelingen. Maar is het het geval, dat er (gelijk Mr. L. ten voorbeeld stelt) eene wederkeerige vordering bestaat, dan heeft er, ten gevolge der nu wederzijdsche opeischbaarheid, van regtswege schuldvergelijking plaats, en dan zal, indien de schulden niet, even als in het gestelde geval, juist tegen elkander opwegen, het niet-gecompenseerde gedeelte of wel door den curator worden geïnd, of wel door den schuldeischer pondspondsgewijze worden genoten. Alleen in het door Mr. L. gestelde geval dat de beide schuldvorderingen juist tegen elkander opwegen, kan het den schijn hebben als of het volledige vrijwaren voor verlies aan de zijde van den schuldeischer een noodwendig gevolg der opeischbaarwording zijner vordering is.

De schuldeischer, wiens vordering opeischbaar is geworden, wordt dan ook in der daad niet ten koste der mede-schuldeischers bevoordeeld. Werkelijk sloot, in het gegevene geval, het credit en debet tusschen den gefailleerde en diens schuldeischer; alleenlijk was de vordering van den laatstgenoemden niet terstond opeischbaar, maar zulks thans geworden zijnde doordien het faillissement voor den gefailleerde en derhalve ook voor diens regtverkrijgenden (1) dat voordeel, hetwelk

(1) De bloote lezing van art. 1307 B. W. maakt het m. i. reeds duidelijk, dat de compensatie moet plaats hebben. Dat *de schuldenaar* het voorrecht (voordeel) der bijgevoegde tijdsbepaling niet meer kan inroepen, *wanneer hij in staat van faill. is verklaard*, kan toch wel niets anders beteekenen, dan dat de curator zulks mede niet kan doen; de gefailleerde toch heeft door het faillissement van regtswege reeds het beheer en de beschikking over zijne goederen verloren.

Art. 1211 Wb. Lod. bepaalde dan ook in het algemeen (ofschoon geheel ten overvloede) dat insolventie geene compensatie verhindert.

*Themis*, D. IV. 1ste St. [1857].

tot dusverre der schuldvergelijking in den weg stond, deed verloren gaan, zoo is er geene enkele reden, welke bij het bestaan van zoodanige wederzijdsche schuldvoordering de schuldvergelijking kan beletten (1).

Mr. L. erkent, dat in het door hem behandelde geval, buiten de wederkeerige opeischbaarheid, al de vereischten tot schuldvergelijking reeds voor het faillissement aanwezig waren. De wederzijdsche opeischbaarheid, die voor het faillissement niet bestond, en die het eenige ontbrekende vereischte was, is, ook dit erkent Mr. L., door het faillissement geboren.

Maar juist nu wij zouden vermeenen tot dezelfde slot-som te moeten geraken en het geheel eens te zijn, zien wij ons gevoelen op eens lijnrecht tegen over elkander staan. — De vordering, zegt Mr. L., is niet liquide; zij *was* het te voren wel is waar, maar zij heeft die hoedanigheid door het faillissement verloren.

Hoe nu? Eene schuldvoordering, die liquide was, verliest die hoedanigheid door de enkele omstandigheid, dat de schuldenaar faillieert! Wat kunnen de veranderde geldelijke omstandigheden van den gefailleerde gemeens hebben met de hoedanigheden, die aan zijne schulden verknocht zijn? De geldelijke waarde eener vordering tegen den gefailleerde moge door zijn faillissement verminderd zijn, hare vereffening moge door het faillissement zijn vertraagd, maar ik vat niet, hoe het faillissement aan eene schuldvoordering eene hoedanigheid

Ook de oorsprong van art. 1307 B. W., waarop Mr. L. zich beroept, belet de compensatie niet. Aangenomen eens, dat inderdaad door het faillissement het vermogen van den schuldenaar op zijne schuldeischers overgaat, dan zoude er in ons geval *schuldvermenging* plaats hebben (1472 B. W.)

(1) Het is voldoende dat de bevoegdheid om bij tijd en wijle te compenseren voor de opening van het faillissement reeds geboren was. Zie TOULLIER, *Dr. civ.*, VII, § 330 sq., *Pruiss. Landr.*, 1, 16, § 320 sqq.

kan ontnemen, hoe het een bestaand vereischte tot schuldvergelijking kan doen verloren gaan.

De schuldvordering tegen den gefailleerde, hoewel thans opeischbaar, zou niet meer liquide zijn. Mr. L. zelf doet opmerken, dat dit een bij den eersten oogopslag vreemd gevolg is, hetwelk hij alleen verklaarbaar acht door den kunstmatigen regtstoestand van het faillissement. En evenwel hoofdzakelijk op die stelling, dat de schuld niet meer liquide is, berust, gelijk ik reeds bij den aanvang aanstipte, zijne meening dat de schuldvergelijking in het gegevene geval geene plaats heeft.

Wij zullen derhalve mede moeten onderzoeken, wat eene liquide schuldvordering is.

Het antwoord van Mr. L. op die vraag luidt aldus: «Even als met zooveel 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 daartoo behoort.» (1)

De wetgever kan voorzeker niet van ieder woord, dat hij bezigt, de door hem bedoelde beteekenis opgeven: de wet zou daarbij zeker ook niet in duidelijkheid winnen; al die omschrijvingen zouden eene bron te meer tot verschil van meening opleveren.

Doch hoewel nu al eene juiste omschrijving der beteekenis van liquiditeit mogt ontbreken, heeft zulks evenwel noch onder het Romeinsche regt, waaraan het

(1) Ik laat de reden, die Mr. L. voor het vermeende stilzwijgen van den wetgever opgeeft, geheel voor zijne rekening. Zij is gewis niet ernstig gemeend. Of zoude Mr. L. anders de pen hebben opgevat?



woord ontleend is, noch onder de werking van het Fransche Wetboek, tot vele moeilijkheden aanleiding gegeven. In het Nederlandsche wetboek is echter dat woord niet gebezigd, maar is deszelfs beteekenis zeer juist wedergegeven in de meerdere omschrijving « voor eene dadelijke vereffening vatbaar.» (art. 1463 B. W.)

Wat is nu vatbaar voor eene dadelijke vereffening?

De vatbaarheid, welke hier bedoeld wordt, het behoeft geen betoog, is de inwendige vatbaarheid, niet de uitwendige; de geschiktheid tot vereffening, de aanwezigheid der vereischten daartoe, niet de uitvoerbaarheid der vereffening, de fysieke mogelijkheid om inderdaad de vereffening tot stand te brengen. Eene schuldvordering blijft liquide, d. i. vatbaar voor eene dadelijke vereffening, ofschoon zij b. v. wegens volslagen armoede van den schuldenaar, voor het tegenwoordige althans, niet op hem verhaald kan worden.

Eene schuldvordering is liquide, vatbaar voor eene dadelijke vereffening, wanneer zij niet wettiglijk kan worden tegengesproken en geen omslagtig onderzoek vereischt. Tegenspraak op zich zelve kan eene bestaande hoedanigheid niet wegnemen: alleen dan als de tegenspraak wettiglijk (*légitiment*) plaats heeft, wordt de schuld onvatbaar voor eene dadelijke vereffening. Mr. L., beweerende dat elke schuldvordering bij gelegenheid der verificatie in het faillissement op eene *wettige* wijze kan worden betwist, en zoodanige vordering mitsdien *onzeker* is (1), zag het verschil tusschen

(1) Mr. L. verstaat onder de *zekerheid* der schuldvordering alleen die van haar bestaan, niet die van haar bedrag, welke laatste hij bare *vereffening* noemt. Ik meen dat de *zekerheid* zoowel het bestaan als het bedrag der vordering geldt, welke dubbele zekerheid haar vatbaar maakt voor vereffening (liquide, *liquet an et quantum debeatur*), en dat onder *vereffening* is te verstaan de afdoening, de afrekening. In dien zin wordt het woord dan ook gebezigd tot opschrift van 5<sup>o</sup> Afd., tit. I, B. III, als-

eene *wettige* en eene *wettelijke* handeling over het hoofd. Elke vordering gewis kan wettelijk, d. i. in wettelijken vorm (*légalement*), worden betwist, maar die tegenspraak is daarom nog niet wettig, geschiedt niet ingevolge de wet (*légitimement*) (1). Dat een of ander schuldeischer goed kan vinden mijne vordering ten onregte, misschien op zeer ongerijmde gronden, te betwisten, kan mijne liquide vordering niet illiquide maken. Te regt zegt TOULLIER (2): « Mais il ne suffit pas de soutenir qu'une dette n'est pas liquide pour empêcher l'effet de la compensation; et quand POTHIER dit qu'une dette contestée n'est pas liquide, cela ne doit s'entendre que d'une contestation fondée sur des motifs raisonnables, qui rendent la dette vraiment douteuse; autrement la chicane ne manquerait jamais d'éluder la compensation par des contestations sans fondement. »

Maar al ware de vordering zeker wat haar bestaan betreft, laat Mr. L. volgen, daarom is zij nog niet *vereffend*.

Ik antwoord: de wet vordert ook niet, dat de vor-

mede in de artt. 32 en 56 W.v.K.; dezen zin hecht de koopman daar ook aan. Vg. voorts nog art. 1079 B. W. en art. 1111 B. W. van 1830, Holl. en Fr. text.

In art. 779 W.v.K. treft men een belangrijk voorbeeld aan van vereffening eener niet liquide schuldvordering. Als het *bestaan*, de *hoegrootheid* en de *opeischbaarheid* afhangt van de al- of niet-ervulling eener voorwaarde, wordt een of ander der in de volgende artikelen vermelde middelen van *beeindiging* (vereffening) toegepast. Zeer juist zijn bij dat art. de omstandigheden opgesomd, welke eene vordering illiquide maken.

(1) Niet alleen dat de mogelijkheid van de betwisting der toelating van den schuldeischer ter verificatie volgens Mr. L. de vordering illiquide maakt, maar hij gaat nog verder, en zegt: « de schuldvordering is niet geverifieerd, ergo moet zij geacht worden niet wettig te bestaan. » Eene bloote verwijzing op de artt. 817, 2° lid, 819, 821—823, 825—827 W. v. K., zal voldoende zijn om aan te toonen, dat de wet eene nog niet geverifieerde schuldvordering volstrekt niet als niet wettig bestaande aanmerkt.

(2) *Dr. Civ.*, VII, § 371.

dering reeds *is vereffend* (1), maar slechts dat zij voor eene dadelijke *vereffening vatbaar* is, d. i. dat hare vereffening geen ingewikkeld onderzoek vereischt. De woorden van POTHIER (2), door Mr. L. zelven aangehaald: «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» geven dit mede te kennen. POTHIER beweert niet, dat elke onzekerheid van het bedrag, maar alleen eene zoodanige, als slechts door een langdurig onderzoek kan worden opgeheven, de vordering illiquide maakt. Nog duidelijker zelfs drukt hij zich, ter zelfde plaatse, uit als hij zegt: «Une dette contestée n'est donc pas liquide et ne peut être opposée en compensation, à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve à la main et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement.»

Zoo zegt dan ook TOULLIER (3): «Si la contestation élevée sur le point de savoir si l'une des dettes est ou n'est pas liquide, ne se trouve ni compliquée ni d'une longue discussion, nul doute que le juge doit la décider de suite, et si la contestation n'était pas fondée, prononcer que la compensation s'est opérée nonobstant la contestation» (4).

(1) Ik heb zoo even aangeteekend, dat Mr. L. door *vereffend*, *vereffening* verstaat, *zekerheid van het bedrag* der vordering; duidelijks-halve meen ik hier, bij zijne bestrijding, het woord ook in die beteekenis te moeten gebruiken.

(2) *Tr. des Oblig.*, II, n<sup>o</sup>. 592.

(3) *Dr. Civ.*, VII, § 371.

(4) Eveneens wordt volgens het Pruiss. Landregt, 1, 16, § 359, de compensatie toegelaten «als die bestrittne Gegenforderung nach Vorschrift der Proceßordnung sofort liquide gemacht werden kann.»

Hetzelfde leerde reeds DE GROOT, *Inleid.*, III, 40, § 8. «De tegenstelling vereischt dat *zonder moeyte* blijkt, dat het eene zoo veel

Noch eene willekeurige betwisting, noch een voorafgaand, weinig omslagtig onderzoek kan alzoo beletten, dat eene vordering liquide, d. i., voor dadelijke vereffening (verrekening) valbaar is.

In het gegevene geval derhalve kan de betwisting van het bestaan of het bedrag der vordering door een' of anderen schuldeischer niet verhinderen, dat de schuldvergelijking van regtswege plaats grijpt.

Mr. L. noemt het bedrag der vordering onzeker, omdat de schuld, die eerst na drie jaren opvorderbaar zou zijn geworden en geene interessen voortbragt, naar gelang der uit die omstandigheden voortvloeiende mindere waarde door den regter zal worden gewaardeerd (1); maar die waardering (die trouwens alleen te pas komt in het geval dat de schuld eerst na 3 jaren opeischbaar zou zijn geworden en *geene renten* afwierp, zie art. 778 W. K.), zal den regter zeer weinig moeite kosten, en mag gerust onder de beslissingen geteld worden, die geen ingewikkeld noch langdurig onderzoek vereischen, en de vatbaarheid voor eene dadelijke vereffening niet in den weg staan.

Dat eene *dadelijke vereffening* slechts beteekent eene vereffening die geen langwijlig onderzoek vereischt, blijkt ook uit art. 1468 B. W. Ingeval de wederzijdsche schulden niet ter zelfde plaatse betaalbaar zijn, kunnen zij niet in vergelijking gebragt worden dan met vergoewaerd zij als het ander. »

Ita tamen compensationes obijci jubemus, si causa, ex qua compensationatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. l. ult. § 1 C. de Comp.

(1) Zal, in het tegenovergestelde geval dat er bijberekening van interessen moet geschieden, het iemand in de gedachte komen te beweren, dat de vordering daarom illiquide is?

Mag het trouwens van het al of niet verschuldigd zijn van interessen der niet opeisbare schuld, of van de kortere of langere bijgevoegde tijdsbepaling afhangen of zij al of niet liquide is?

ding van de kosten der overmaking. Wil men vergoeding dier kosten toestaan, dan is er geen beletsel voor de schuldvergelijking. Eveneens als de schuldeischer vergoeding wil toestaan voor het in vergelijking brengen van eene nog niet opeischbare en niet rentegevende schuld (1).

Vroeger stipte ik reeds aan, dat onder vatbaarheid voor vereffening alleen de inwendige vatbaarheid is te verstaan, en dat het tot het bestaan van zoodanige vatbaarheid er niets toe doet, of de vordering al of niet inbaar is.

hoevele percenten de schuldvordering waard is, is derhalve eene geheel onverschillige zaak. Het bedrag der vordering zelve wordt daardoor niet gewijzigd.

Dat bij het houden der verificatie het bedrag der later te doene uitdeeling onbekend is, brengt alzoo ook geene verandering in de zaak. Trouwens het bedrag dier uitdeeling blijkt ook niet bij de verificatie, maar eerst later bij de vereffening van den faillieten boedel.

Mr. L. gevoelde het zelf, dat de vordering zelve blijft bestaan, al moet de schuldeischer zich dan ook voor het oogenblik (en gewoonlijk wel voor altijd) met de uitdeeling van eenige percenten vergenoegen. Hij vermeent evenwel, dat de schuld desniettemin als onzeker mag beschouwd worden, omdat er een accoord kan tot stand komen.

Ja, er *kan* een accoord tot stand komen, maar juist dit is nog geheel onzeker; en nu kan dat accoord, dat

(1) In het Pruss. Landregt, dat, bij faillissement van den schuldenaar, de schuld mede opeischbaar doet worden, wordt de compensatie dan ook dien ten gevolge uitdrukkelijk toegelaten (1, 16 § 353 en 354), en wordt er slechts, als noodzakelijk gevolg, bijgevoegd: «Doch musz ein solcher Schuldner der Masse derselben wegen die Zinsen für die Zwischenzeit bis seine Forderung fällig wird, gerecht werden» (§ 355).

Bij ons wordt zulks niet eens *zoo algemeen* gevorderd. Zie art. 778 2<sup>o</sup> lid, W. K.

welligt nooit geboren zal worden, toch vóór zijn bestaan wel geene gevolgen te weeg brengen.

Het is ook waar, dat, wanneer er een accoord tot stand komt, het niet uitbetaald wordende gedeelte der schuld gedelgd wordt, maar op welke wijze? Door kwijtschelding, hetzij eene vrijwillige, als de schuldeischer is toegetreden tot het accoord, hetzij eene gedwongene, als hij niet is toegetreden (art. 848 W. K.) Maar dit later tot stand komen van een accoord kan toch waarlijk geen invloed uitoefenen op de hoedanigheid der vordering bij de opening van het faillissement, kan het bestaan of het bedrag der vordering op dat tijdstip niet onzeker maken.

Mr. L. beweert, dat er, ook buitendien, nog meerdere gronden zijn, waarom vergelijking van schuld in het gestelde geval onaannemelijk is. — Binnen 40 dagen vóór de opening van het faillissement mogt de schuldenaar zich niet doen betalen, en schuldvergelijking is betaling (1). Hij moet derhalve, overeenkomstig art. 773 W. K., de ontvangene waarde in den boedel terugbrengen, [en zich met eene percentsgewijze uitdeeling te vrede stellen.

Het is zeker waar, dat de betaling van eene niet-opeischbare schuld binnen 40 dagen vóór de opening van het faillissement ongeldig is en in den boedel moet worden terug gebragt. De wet bepaalt zulks, omdat zij, en niet zonder reden, eene onregtmatische bevoordeeling van den te vroeg betaalden schuldeischer veronderstelt.

(1) Schuldvergelijking is wel geene betaling, doch slechts eene soort van betaling of liever van schulddelging. Zoo behandelde DE GROOT in zijne *Inleid.* (III, 4<sup>o</sup>.) als *betalingsgelyk*: onderregtlegging, vermenging, verlijkinge.

DURANTON, op wien Mr. L. zich o. a. beroept, noemt de compensatie ook slechts *l'image d'un payement*.

Maar in het gestelde geval is er geene sprake van, dat de handeling, waardoor de gefailleerde wederkeerig schuldeischer is geworden van zijnen schuldeischer, binnen de 40 dagen vóór de opening van het faillissement heeft plaats gehad. Uit het gestelde geval ontstaat alleen de vraag, of er compensatie plaats heeft tusschen twee schuldvorderingen, waarvan de eene eerst door het faillissement van den schuldenaar opeischbaar is geworden. Op de beantwoording dezer vraag nu kan art. 773 W. K. van geen' invloed zijn.

Maar ook, wanneer dat geval, nml. dat de handeling, waardoor de gefailleerde wederkeerig schuldenaar is geworden, mogt hebben plaats gehad binnen dat tijdsverloop van 40 dagen, dan nog is de redenering, gedeeltelijk althans, onjuist.

De bepaling van art. 773 W. K. is algemeen. Daarom is de betaling, binnen 40 dagen voor de opening van het faillissement gedaan, van onwaarde.

Maar de gefailleerde heeft niet *betaald*. Hij heeft goederen op crediet verkocht en geleverd, of is op eenige andere wijze wederkeerig schuldeischer geworden van zijnen schuldeischer. En nu verbiedt de wet alleen *betaling* binnen de 40 dagen voor de opening van het faillissement, *niet* dat de gefailleerde binnen dien tijd wederkeerig schuldeischer worde, *niet* dat hij handel drijve met zijnen schuldeischer. Wil men dergelijke handelingen mede onder *betaling* begrijpen, dan moet men daartoe op eene uitdrukkelijke wetsbepaling kunnen wijzen.

Ik beweew evenwel niet, dat de schuldvergelijking onvoorwaardelijk moet worden toegelaten. Zelfs dan als de handeling, waaruit de schuldvergelijking zou geboren zijn, meer dan 40 dagen vóór de opening van het faillissement heeft plaats gehad, kan zij op de vordering der schuldeischers vernietigd worden, als bewezen

wordt, dat zij van beide zijden ter bedrieglijke verkorting hunner regten is gedaan (art. 777 W. K.). Maar wanneer niet blijkt van het bedrieglijke oogmerk van den schuldeischer, zou ik het eene schreeuwende onbillijkheid achten hem het genot der schuldvergelijking te ontzeggen, en dit te meer, daar de termijn van art. 777 W. K. zeer ruim is en het vierdubbele van den in het Fransche regt gestelden.

Het bedrieglijke oogmerk zal dan ook juist vooral hieruit kunnen blijken, of de gefailleerde, bij het overdoen van koopwaren of goederen of soortgelijke handeling, de omstandigheid dat de schuldvordering niet opeischbaar was in aanmerking heeft genomen, of hij nml. eene behoorlijke korting daarvoor op zijne schuld heeft bedongen, dan wel eene waarde voor het volle bedrag der schuld heeft afgestaan, in welk laatste geval de kwade trouw vrij tastbaar wordt.

De aard der schuldopweging of schuldvergelijking verbiedt zeer zeker in het gestelde geval hare toepassing niet. — Ook het wederzijdsche belang der partijen gebiedt hare toepassing, die trouwens, bij het door het faillissement aangevulde eenig ontbrekende vereischte daartoe, van regtswege plaats grijpt. Het strijdt toch geenszins met het belang van den gefailleerde of diens regtverkrijgenden, dat den schuldeischer, onder terug-gave, waar het noodig is, van het te veel genotene, schuldvergelijking worde toegestaan. Deed men dit niet, men zou, hem latende betalen en hem wederkeerig billijk willende behandelen, ook zijne vordering later op den vervalldag gaaf moeten uitbetalen. Dit evenwel laat eene behoorlijke vereffening van den boedel niet toe, maar daartoe behoeft men zijne toevlugt dan ook niet te nemen, nu de wet daarin voorzien heeft en alle niet-opeischbare schulden opeischbaar verklaart ten gevolge



van het faillissement, en alzoo de schuldvergelijking *van regtswege* doet plaats grijpen.

Schuldvergelijking heeft, bij het aanwezig zijn der vereischten, in artt. 1461—1464 B. W. voorgeschreven, van regtswege plaats. Men kan zich het voordeel van schuldvergelijking ook door regtsmiddelen (1) verzekeren. Wanneer b. v. het bestaan of het bedrag der tegenvordering betwist wordt, en men tot betaling eener schuld gedagvaard is, stelle men eene reconventionele vordering in.

Als de betwiste tegenvordering slechts een weinig omslagtig onderzoek vereischt, zal de zaak in conventie en in reconventie bij hetzelfde eindvonnis beslist worden (2), en het genot der compensatie alzoo behouden blijven. Vordert de beslissing der reconventionele vordering een meer ingewikkeld onderzoek, dan, ja, kan de zaak in conventie bij voorafgaand vonnis worden afgedaan, en is alsdan het regt tot vergelijking der schuld verloren.

Te regt, wel is waar, heeft de Nederlandsche wetgever, op het voetspoor van JUSTINIANUS (l. ult. C. de Comp.) gewaakt tegen het misbruik van het instellen van een' reconventionelen eisch, maar hij heeft verzuimd den schuldenaar te waarborgen tegen het misbruik, dat zijn schuldeischer kan maken van de omstandigheid, dat hetgeen deze hem wederkeerig schuldig is, niet voor eene dadelijke vereffening vatbaar is (3). Art. 1471 B. W.

(1) Ik ga met stilzwijgen voorbij de *compensatio ope exceptionis*. Zie TOULLIER, *Dr. Civ.*, VII, § 345 en 346.

(2) Zie art. 252 B. R. Vg. TOULLIER, *Dr. Civ.*, VII, § 350; PARDESSUS, *Cours de dr. Comm.*, n<sup>o</sup>. 232.

(3) Men mist in onze wet, zoowel als in den C. C. de allezins billijke bepaling in het Pruis. Landr., 1, 16, § 361 voorkomende, die de eerst later uitgemaakte zekerheid (liquiditeit) der schuld terugwerkt, en de compensatie alsnog als reeds van regtswege geschied doet beschouwen. Zie voorts t. a. p. § 260, j<sup>o</sup>. 218 en 219.

toch baat hier niet, als slechts handelende over het geval dat er tijdens de betaling reeds van regtswege schuldvergelijking had plaats gehad, d. i., dat de beide schulden toen reeds wederkeerig voor eene dadelijke vereffening vatbaar waren.

Ten slotte beroept Mr. L. zich op auteurs en jurisprudentie. Ten onzent is de vraag alleen behandeld door Mr. DIEPHEUIS, die teregt zijn gevoelen grondt op art. 1307 B. W., dat, gelijk ik hierboven reeds deed opmerken, inderdaad beslissend is. De Fransche schrijvers, die een tegenovergesteld gevoelen omhelzen, zoo mede de arresten van het Hof van Cassatie, beroepen zich op de omstandigheid, dat de gefailleerde binnen 10 dagen voor de opening van het faillissement geene handelsschulden betalen mag, en willen daarom de compensatie, als eerst bij de opening van het faillissement plaats grijpende, zien nitgesloten.

Volgens het tegenwoordige art. 446 C. d. G. is zulks inderdaad het geval, als de handeling, waaraan de compensatie zijn' oorsprong ontleenen moet, binnen gemeld tijdsverloop heeft plaats gehad, onverschillig dan ook op welke wijze, omdat bij het zoo even genoemde artikel elke betaling, 't zij in geld, 't zij door overdragt, verkoop, compensatie of anderzins, uitdrukkelijk nietig en van geener waarde is verklaard. Maar vóór dat de wet van 28 Mei 1838 dat artikel gewijzigd had, was de compensatie niet uitgesloten, onverschillig of de handeling reeds vroeger of eerst binnen het tijdsverloop van 10 dagen vóór de opening van het faillissement had plaats gehad. Art. 1188 C. C. toch bevat dezelfde beslissende bepaling als ons art. 1307 B. W., terwijl het voormalige art. 446 C. d. G., even als ons art. 773 W. K., slechts *betaling* verbood, en dat hier mede alleen *betaling in geld* bedoeld was, bleek daaruit nog duidelijker dan uit art. 773 W. K., daar het luidde: « Toutes *sommes payées* —

pour dettes commerciales non échues sont rapportées» (1).

Mr. L. zegt, dat alle Fransche schrijvers van zijn gevoelen zijn, althans dat hem niet gebleken is, dat een eenige een ander gevoelen is toegedaan. Ook dit is niet geheel juist. TOULLIER toch, wien hij mede geraadpleegd heeft, is kennelijk van een ander gevoelen. Hij sluit de compensatie in geval van faillissement niet uit; zelfs leert hij, dat zij ook na de opening van het faillissement nog plaats kan vinden, mits de bevoegdheid om haar eenmaal te doen gelden slechts steune op eene vóór dat tijdstip ter goeder trouw met den gefailleerde aangegane overeenkomst (2). En dat hij het door Mr. L. geopperde bezwaar, dat alle schuldvorderingen tegen den gefailleerde door het faillissement illiquide zouden zijn geworden, mede niet deelt, heb ik vroeger doen opmerken. (3)

(1) Dat ons art. 773 W. K. mede in geene andere beteekenis mag worden opgevat, wordt nog verduidelijkt door de vergelijking met het genoegzaam gelijklopende art. 668 B. W. van 1830, waarvan de Fransche text mede luidt: «Toutes sommes payées, etc. BOULAY-PATY, *Tr. des faill. et banq.*, § 39, is hieromtrent evenwel van een ander gevoelen.

(2) TOULLIER, *Dr. Civ.*, VII, n<sup>o</sup>. 381. PARDESSUS, die in slotsom met Mr. L. van hetzelfde gevoelen is, zag zich evenwel door het gevoel van billijkheid gedrongen, de compensatie, in sommige gevallen althans, toe te laten. Zie zijn *Cours de dr. Comm.*, n<sup>o</sup>. 1126.

(3) TOULLIER, *Dr. Civ.*, VII, n<sup>o</sup>. 371.

---

*Bijdragen tot de leer van het vadimonium*, door  
Mr. I. TELTING, Advocaat te Leeuwarden.

## II. *Vadimonium praetorium*.

In mijne eerste bijdrage tot de leer van het vadimonium trachtte ik aan te toonen, dat de decemvirale wetgeving een civielrechtelijk vadimonium kende, hetwelk ik in navolging van ZENGER *legitimum* noemde, en dat waarschijnlijk strekte om den gedaagde te verplichten tot eene verschijning in jure in tweeden termijn. Dit vadimonium legitimum geraakte met de legis actiones, door de invoering van het formulierproces, in onbruik en bleef alleen nog in die gevallen bestaan, waarin legis actione geïncedeerd werd.

Afgescheiden hiervan ontwikkelde zich later uit het jus honorarium een nieuw vadimonium, hetwelk men naar zijn oorsprong praetorium zou kunnen noemen. Dit vadimonium was volgens de thans heerschende meening (1) tweeledig, *geregtelijk* en *buitengeregtelijk*. Het streng civielrecht schreef den gedaagde, gelijk wij reeds vroeger opmerkten, verplichtend voor om op de in jus vocatio onmiddellijk te volgen en gaf zelfs den eischer de magt om hem bij tegenstreving hiertoe door geweld te dwingen. Alleen transactio of het stellen van een vindex kon den gedaagde bevrijden. Dit strookte niet met latere mildere rechtsbeschouwingen en scheen hard en onbillijk toe; daarom gaf de praetor in zijn edict den gedaagde

(1) Verg. ZENGER, § 11 fg., vooral § 20. ZIMMERN, § 112. Dezelfde in zijne recensie van ZENGER's geschrift, geplaatst in SCHUNCK, *Jahrb. d. jur. Lit.* 1828, S. 240. REIN, *Röm. Privatr.*, S. 466 a. E., 468 a. E. Dezelfde in *Real-Encycl. für klass. Alterthumswiss.* in v. vadimonium. SCHLATER, *die Lehre von den Caut. im Civilpr.* in *Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess.* Band IX. 1851, § 5 S. 16. fg. KELLER *Röm. Civilpr.* § 47.

de vrijheid tot het aangaan van een vadimonium, waardoor hij zich verbond om tegen den daarbij bepaalden tijd in jure te verschijnen, terwijl hij hierdoor natuurlijk bevrijd werd van de verpligting om onmiddellijk te volgen. Dit was het *buitengeregteijk* vadimonium, de *cautio judicio sisti* van het latere regt (2), en had eenige analogie met het stellen van een vindex, gelijk de decemvirale wetgeving had toegelaten, in zoo verre door beide middelen de bevrijding van den gedaagde om op de in *jus vocatio* te volgen werd uitgewerkt (3).

Behalve dat dit buitengeregteijk vadimonium met de billijkheid overeenstemde, had het ook nog het proces-suaal voordeel, dat het tot bespoediging van den gang van zaken strekte; immers kon daardoor dikwijls een geheele termijn voor den praetor worden bespaard; daar de eischer niet verplicht was terstond bij de in *jus vocatio* zijne actio te ederen, en de gedaagde niet kon worden genoodzaakt om onmiddellijk te antwoorden, was het mogelijk, dat de eerste termijn bloot met de *editio actionis* en het stellen van vadimonium verliep, en dit nu kon door buitengeregteijk vadimonium worden voorgekomen (4).

Het *geregteijk* vadimonium had ten doel om den verweerder tot eene verschijning in tweeden termijn te verplichten, hetzij de verhandelingen voor den praetor op den eersten dag niet ten einde konden worden gebracht, hetzij de verweerder uitstel verlangde om zich

(2) Sporen van interpolatie vindt men b. v. in *l. ult. D. qui satisd. cog.* (II, 3) en *l. 4 § 4 D. si quis caut.* (II, 11). Verg. SALMAS, *de mod. usur.* c. 16. p. 702 sq. VOORDA, II, § 3. KELLER, *Civilpr.* § 47 Not. 553, *Litiscont.* S. 65 fg. ZIMMERN, § 112 Not. 5 en in de aangehaalde recensie S. 242. SCHLAYER, a. a. O. § 20. Not. 168. HARTMANN S. 246, 249. Slechts eenmaal komt in het Justiniaansch regt de benaming *vadimonium* voor.

(3) Verg. mijne eerste bijdrage, noot 36a.

(4) KELLER, *Civilpr.* § 47. S. 194. PUCHTA, § 160. S. 31. HARTMANN, S. 234.

op zijne verdediging voor te bereiden. Het kwam dus in strekking overeen met het oude vadimonium legitimum, gelijk wij ons dat voorstellen. Evenwel moet men den oorsprong van dit vadimonium niet tot de twaalf tafelen terug voeren, maar dien even als bij het buitengereg- telijk vadimonium in het edict zoeken, hoezeer het mogelijk is dat de herinnering aan het vadimonium legitimum nog voortleefde en den praetor bij het op- stellen zijner bepalingen in het edict zal hebben voor- gezweefd.

Voor het buitengeregteijk vadimonium strekt CICEERO's rede *pro Quinctio* ten bewijze, waar hij verhaalt, dat partijen, na vruchteloze pogingen tot transactie, dus vóórdat de zaak nog bij den praetor was aangebragt, een vadimonium gesloten hadden. Hij zegt c. 5 § 21: «Res convenire nullo modo poterat: propterea quod hic mediocre jacturam facere cupiebat; iste mediocri praeda contentus non erat. Itaque ex eo tempore res esse in vadimonium coepit» (5).

Aan het bestaan van een geregtelijk vadimonium kan, na het terugvinden van GAJUS, niet getwijfeld worden. Deze laat er zich aldus over uit IV § 184: «Qui autem in jus vocatus fuerit (ab) adversario, ni eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti» (6).

(5) Verg. ook aldaar c. 6 § 23, 25, 19 § 61. *pro Tull.* c. 20 en aldaar de noot in de editie van CAR. BEIER, Lips. 1825, p. 35. HARTMANN S. 233 fg.

(6) Zoo leest, op voorslag van SAVIGNY, o. a. de tweede editie van GÖSCHEEN en de editie door BÜCKING bezorgd in de uitgave van het corpus juris romani antejustiniani van de Bonnische hooggeleerden. De editio princeps van GÖSCHEEN las: «Qui autem in jus vocatus fuerit (ab) adversario, nisi eo die finis venerit negotio.» Anderen lezen wederom «adversarius.» Men zie over de kritiek dezer plaats, behalve de noten van GÖSCHEEN, ZENGER S. 26 (daartegen ZIMMERN in de aangehaalde

*Themis*, D. IV, 1ste St. [1857]

Ik geloof daarom mij gerustelijk te kunnen vereenigen met de tegenwoordig heerschende meening. In vroegeren tijd evenwel, toen de echte GAIUS niet bekend was, was de zaak betwist, en zelfs nog na het terugvinden van onzen jurist deelen enkelen eene andere meening. Het is mijns inziens niet onbelangrijk, tot juiste waardering der literatuur over dit onderwerp, den vroeger gevoerden strijd kortelijk in het licht te stellen, alvorens over te gaan tot de beoordeeling van hen, die aan een vadi-monium, hetwelk op het iudicium betrekking zou hebben gehad, gedacht hebben.

Het gewone gevoelen der oudere schrijvers was, dat het vadi-monium gesteld werd op den dies postulationum, nadat de editio en postulatio actionis van den kant des eischers had plaats gehad en de praetor de actio had toegestaan, tegen den dies perendinus, welke de dies cognitionum was (7).

Dit gevoelen wordt door VOORDA (8) bestreden. Men neemt hierdoor, zegt hij, eene dubbele cautio iudicio sisti aan, waar slechts het bestaan van eene enkele kan worden bewezen, vooreerst de cautio, welke de gedaagde bij de in jus vocatio stelde, wanneer hij niet dadelijk verkoos te volgen, en ten andere die, welke na het toestaan der actio gesteld werd. Het bestaan dezer laatste cautie blijkt nergens uit. Wel gelaste de praetor in zijn

recensie S. 242), HUSCHKE in *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.* XIII 336. ZIMMERN, §112, Not. 19. SCHLAYER, §5, Not. 61. HARTMANN, S. 233, Not. 4.

(7) Verg. RAEVVRD. *protrib.* c. 4, 9. SIGON. *de iud.* I. 20. NIEFFPOORT, *rit. Rom.* s. III c. 1 § 1. ROSINI. *antiq.* IX. 12. HEINECC., *Ant.* IV. 6, § 19, allen aangehaald bij VOORDA c. II § 2, bovendien J. L. ALBRECHT, *Diss. de ver. iurisd. vet. indole.* Lips. 1752 § 11 p. 23, die bijkans woordelijk SIGONIUS teruggreeft. Over de vraag overigens of er werkelijk bepaalde dies postulationum en cognitionum bestonden, welke wel een opzettelijk onderzoek waardig schijnt, heb ik mij hier niet uit te laten.

(8) c. II § 2.

edict, dat de gedaagde op de in jus vocatio volgen of satisfactio geven moest, doch dat hij, die in gevolge dier cautie verschenen was, nog wederom eene cautie zou moeten stellen, heeft hij nooit bevolen (9).

Alles wat men aanvoert om het bestaan dier tweede cautie te bewijzen, heeft slechts betrekking tot de eerste en wordt daaraan onttrokken. Zoo heeft b. v. de pandectentitel *si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit* (II, 11) alleen die cautie op het oog, welke bij de in jus vocatio gesteld werd. Dit blijkt uit de volgorde der verschillende titels van dit boek, met name wanneer men den onderhavigen titel beschouwt met den zesden, den achtsten en den tienden.

Voorda wil daarom, in navolging van Polletus (10), alleen een buitengeregteeljk vadimonium erkennen (11). Hij beroept zich daarbij op Cicero's rede *pro Quinctio* (12). Deze plaatst het vadimonium naast de transactie en kent daaraan dus dezelfde plaats toe, welke de cautio iudicio sisti innam; deze cautie immers, welke de in jus vocatio verving, volgde het naast op de vruchteloze pogingen tot transactie. Zoo hebben ook de Romeinsche juristen de latere cautio iudicio sisti met den naam van vadimonium bestempeld, en, waren de plaatsen, welke daarover handelen, niet door interpolatie veranderd, dan zou dit nog

(9) Onbegrijpelijk is het hoe deze bewering van Voorda zich laat vereenigen met hetgeen hij zelf op eene andere plaats erkent; in c. III § 12 nl. erkent hij, dat somwijlen de actie eerst in jure geëdeerd werd en dat in dat geval de gedaagde mittel verkrijgen kon om zich op zijne verdediging voor te bereiden. Was er dan in dat geval geen vadimonium noodig om den eischer zekerheid te geven voor eene verschijning in tweeden termijn?

(10) *Hist. for. rom.* V 1.

(11) c. II § 3. Voor den lateren tijd schijnt van Hees § 43 het met hem eens te zijn.

(12) Zie de boven aangehaalde plaats c. 5 § 21.



kunnen blijken. Wel nu, hoe konden dezen de *cautio judicio sisti vadimonium* noemen, en hoe kon *TRIBONIANUS* overal, waar hij dit *vadimonium* ontmoette, daarvoor deze cautie in de plaats stellen, wanneer niet inderdaad die cautie en het *vadimonium* eene en dezelfde zaak was?

*GLÜCK* is wederom ter bestrijding van *VOORDA* opgestaan (13). Het eerste argument van *VOORDA* kwam hierop neêr: *CICERO* laat op de vruchteloos beproefde transactie het *vadimonium* volgen; op eene vruchteloos beproefde transactie volgde de in *jus vocatio* van den kant des eischers, en van den kant des gedaagden, zoo hij niet onmiddellijk volgen wilde, eene *cautio judicio sisti*; alzo kon het *vadimonium* niets anders zijn, dan die cautie, welke bij de in *jus vocatio* gesteld werd. Zou deze redenering opgaan, zegt *GLÜCK*, dan had *VOORDA* eerst moeten bewijzen, dat na eene vruchteloos beproefde transactie altijd en alleen die eerste *cautio judicio sisti* volgde, met andere woorden, dat eene transactie alleen buiten regten vóór de in *jus vocatio* kon plaats hebben; doch nu belet niets om aan te nemen, dat ook nog in *jure* partijen pogingen konden aanwenden om de zaak te schikken, en dat dit inderdaad somwijlen gebeurde blijkt uit *PLINIUS V ep. 1.*

Daarenboven wordt de meening van *VOORDA* genoegzaam wederlegd door denzelfden redenaar, dien hij in zijn voordeel aanhaalt. Leest men een weinig verder, dan zal men zien, dat *CICERO* niet alleen een buitengereg-  
telijk *vadimonium* erkende, maar dat bij hem ook sprake is van de mogelijkheid om in *jure vadimonium* te stellen. «*Cum vadimonia saepe dilata essent, et cum aliquantum temporis in ea re esset consumptum, neque quidquam perfectum esset, venit ad vadimonium Nae-  
vius. — Ait se auctionatum esse in Gallia: quod sibi videretur, se vendidisse, curasse, ne quid sibi societas*

(13) l. l. § 13.

deberet: se jam neque vadari amplius neque vadimonium promittere. Si quid agere secum velit Quinctius, non recusare. Hic cum rem Gallicanam cuperet revisere, hominem in praesentia non vadatur, ita sine vadimonio disceditur.» QUINCTIUS en NÆVIUS hadden, na vruchteloze pogingen tot transactie, een vadimonium aangegaan (14); dat vadimonium was meermalen uitgesteld (15); eindelijk verschijnen partijen op het gestelde vadimonium in jure (16); hier verklaart NÆVIUS dat hij geen vadimonium meer verlangen noch beloven zal (17) en ook QUINCTIUS, die naar zijne goederen in Gallie wenschte terug te keeren, vordert van zijne partij geen vadimonium (18), zoodat partijen zonder vadimonium te stellen scheiden (19). Er is hier dus sprake van een vadimonium, dat partijen in jure hadden kunnen aangaan.

Het tweede argument van VOORDA is eene petitio principii. Om te bewijzen, dat het vadimonium en de cautio iudicio sisti eene en dezelfde cautie was, gaat hij van de veronderstelling uit, dat de pandectenplaatsen, waar deze cautie voorkomt, geïnterpoleerd zijn, en deze veronderstelling zou alleen kunnen worden bewezen door het bewijs van de waarheid der gevolgtrekking, die daaruit wordt opgemaakt. Doch ook al

(14) «Res convenire nullo modo poterat — — — Itaque ex eo tempore res esse in vadimonium coepit.»

(15) «Cum vadimonia saepe dilata essent, et cum aliquantum temporis in ea re esset consumtum, neque quidquam profectum esset.»

(16) Venit ad vadimonium Naevius; » dat ook Quinctius tegenwoordig was blijkt uit de woorden «Hic (Quinctius) hominem in praesentia non vadatur.»

(17) «Se jam neque vadari amplius, neque vadimonium promittere »

(18) «Hic, cum rem Gallicanam cuperet revisere, hominem in praesentia non vadatur.»

(19) «Ita sine vadimonio disceditur.»

neemt men aan, dat overal, waar men in de pandecten gewag vindt gemaakt van eene cautio judicio sisti, deze door interpolatie het woord vadimonium vervangen heeft, dan zoude dit nog geen voldoende bewijs opleveren. Want blijkens het opschrift van den elfden titel: *si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit*, kende het Romeinsche regt meer dan ééne cautio judicio sisti. Ware dus de meening van VoORDA, die slechts ééne zoodanige cautie aanneemt, welke bij de in jus vocatio gesteld werd, overeenkomstig de waarheid, dan zou dat opschrift moeten luiden: *si quis cautioni* etc.

Het derde argument, dat nergens eene tweede cautie, welke in jure gesteld werd, voorkomt, tracht GLÜCK te wederleggen door de aanhaling van DIONYSIUS HALICARNASSENSIS X, p. 633 en XI, p. 711. Deze plaatsen evenwel kunnen hier niet in aanmerking komen, daar, zoo als wij vroeger reeds betoogden, de eerste het vadimonium in criminele zaken op het oog heeft, de tweede bij het vadimonium legitimum te huis behoort (20). In eene noot worden nog aangevoerd PLAUTUS, *Aulularia*, Act. II, sc. 4, vs. 37 en GELLIUS, *Noct. Att.*, l. VII, c. 3. Ik geloof dat de eerste plaats van den blijspel-dichter op geen groot gezag aanspraak maken kan, vooral omdat hetgeen daar voorkomt omtrent het verlot van den praetor, dat men noodig zoude hebben om van zijne partij vadimonium te vorderen, in hooge mate de waarschijnlijkheid tegen zich heeft (21). De plaats van

(20) Zie wat ik over beide plaatsen gezegd heb in mijne eerste bijdrage. *Themis*, Dl. III bl. 499—502.

(21) In het algemeen kan men met het beroep op de oude blijspel-dichters niet te voorzigtig zijn. Wel schilderen zij levenstoestanden en hebben door het aanschouwelijke der voorstelling groote waarde voor de kennis der oudheid, maar zij zijn dichters en nemen het dikwijls niet zoo naauw als de gemoedelijke historieschrijver of naauwkeurige

GELLIUS, hoewel zij voorzeker eene van den gewonen regel afwijkende procedure beschrijft, schijnt van meer gewigt (22).

Wat eindelijk het vierde argument betreft, blijkt genoegzaam uit het opschrift van den elfden titel: *si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit*, dat deze niet eeniglijk en alleen in verbinding moet worden gebragt met het edict des praetors: *in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent*.

GLÜCK vereenigt zich alzoo niet met het eenzijdig gevoelen van VOORDA, maar neemt, even als tegenwoordig algemeen gedaan wordt, een tweeledig, een geregteijk en een buitengeregteijk, vadimonium aan.

Na het terugvinden van GAJUS kan hieromtrent geen twijfel meer bestaan, en DUPONT heeft dan ook te regt van dezen jurist gebruik gemaakt tot wederlegging van VOORDA. Hij is echter aan den anderen kant te ver gegaan en tot eene tegenovergestelde eenzijdigheid vervallen, door het bestaan van een buitengeregteijk vadimonium te ontkennen (23). De verwijzing naar de boven aangehaalde plaatsen van CICERO zal voldoende zijn ter wederlegging.

In lateren tijd is nog weder het gevoelen van VOORDA verdedigd tegen RAEVARDUS, SIGONIUS en HEINECCIUS, t. w. in de inaugurele dissertatie van STIEBER (24). Hij gaat evenwel niet zoo ver als zijn voorganger, en ontkent niet ten eenemale het bestaan van een geregteijk vadimonium. Wanneer de magistraat op den bepaalden dag alle zaken niet gevoegelijk kon afdoen, bestond er

jurist. Daarenboven geven PLAUTUS en TERENCEUS dikwijls meer Grieksche dan Romeinsche toestanden.

(22) Zie over beide plaatsen VOORDA c. III § 1 en 3.

(23) *Disquis. in comm. IV inst. Gaji* § 11 p. 141.

(24) *Diss. de bonor. emt. ap. vet. rom.* Lips. 1827 § 12 p. 39.

voor zoodanig vadimonium gelegenheid. Hij beroept zich daarbij op GELLIUS l. VII. c. 1 en VALERIUS MAXIMUS l. III c. 7 § 1, doch schijnt, tot mijne verwondering, de alles beslissende plaats van GAJUS te hebben voorbijgezien.

Eene andere vraag, tot welke beantwoording ik thans overga, is deze: bestond er behalve het geregteijk en buitengeregteijk vadimonium, dat de verschijning van den gedaagde in jure ten doel had, ook nog eene derde soort van vadimonium, waardoor deze zich verbond om voor den judex te verschijnen? Voor het vadimonium legitimum is die vraag in mijne eerste bijdrage ontkenkend beantwoord, ik wil thans nagaan in welken zin zij voor het vadimonium praetorium moet worden beslist.

De eerste die dit gevoelen bestreden heeft is VOORDA (25). Hij bedient zich daartoe van twee argumenten. Vooreerst zou uit eene plaats van (PSEUDO-) ASCONIUS *ad Cic. in Verr. I. 9* blijken, dat na de litiscontestatie niet eene stipulatie, maar eene denuntiatio tusschen partijen plaats had, «litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promissis, sed denuntiatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud judicem.» Ten anderen bestond de straf wegens desertum vadimonium voor den eischer in het verlies zijner zaak (*causa cadebat*), voor den verweerder in eene *missio in bona*. Geene van beide straffen kon na de litiscontestatie toepassing vinden, omdat dan de zaak in staat van wijzen was en de regter in allen gevalle het vonnis uitspreken moest.

Hel gevoelen van VOORDA wordt omhelsd door GLÜCK (26), die zich echter alleen op het eerste argument beroept. Bij hem zijn de vermeende woorden van PSEUDO-ASCONIUS cursief gedrukt. Latere schrijvers be-

(25) c. II § 1. Verg. mijne eerste bijdrage in *Themis*, Dl. III bl. 486—488.

(26) l. I. § 13.

roepen zich eveneens op deze plaats, gelijk die bij VOORDA en GLÜCK voorkomt (27).

Intusschen heeft reeds SELL (28) te kennen gegeven, dat hij die plaats, gelijk zij opgegeven wordt, niet heeft kunnen vinden, en bij later onderzoek is het gebleken, dat zij inderdaad ook niet in die gedaante bestaat, maar integendeel aldus luidt: « Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Namque quum in rem aliquam agerent litigatores, et poena se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem, quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant » (29).

Het eerste argument tegen een vadimonium na de litiscontestatie vervalt dus; het tweede behoudt evenwel zijne volle kracht. VOORDA is geheel in zijn regt door te beweren, dat de straffen van desertum vadimonium na de litiscontestatie niet meer van toepassing zijn; de eischer had er zelfs geen belang bij, dat de gedaagde in judicio verscheen. In het vroegere regt gold het beginsel: praesenti litem addicito, gelijk wij in onze eerste bijdrage aantoonden (30). Wel werd dit later uit een oogpunt van billijkheid in zooverre gewijzigd, dat de eischer in allen gevallen zijne vordering bewijzen moest (31), maar het bleef niettemin voor hem volkomen onverschillig of de gedaagde al dan niet tegenwoordig was (32).

(27) ZIMMERN § 112 Not. 1. Verg. § 110 Not. 4. REIN S. 446 Not. BETTMANN-HOLLWEG, *Gerichtsverf.* S. 285 Not. 28. SCHLAYER § 20 Not. 169. Vreemd is het dat hij in § 4 de plaats juist opgeeft.

(28) *Die Recuperatio der Römer*, S. 244 Not. 1.

(29) ORELL. *M. Tullii Ciceronis scholiastae* p. 164. Verg. HARTMANN S. 235—237.

(30) *Themis*, Dl. III bl. 504 noot 48.

(31) Zie *l. 1 C. quomodo* (VII 43), *l. 13 § 3 C. de jud.* (III 1), *l. 52 § 18 D. pro socio* (XVII 2), *l. 73 pr. D. de jud.* (V 1). Verg. WETZELL. S. 87 fg. KELLER § 69 en *Themis* t. a. pl. noot 48.

(32) Verg. HARTMANN, S. 251. Zoo schijnt ook ten opzichte van het vadimonium praetorium te oordeelen SCHLAYER § 20 Not. 169.

Ik geloof daarom, evenmin als voor het oudere procesregt, voor het nieuwere een vadimonium na de litiscontestatatie te mogen aannemen.

Ik zal thans nog nagaan, in navolging van HARTMANN (33), wat voor die meening is te berde gebracht, of zou kunnen worden aangevoerd.

Even als ZENGER uit de combinatie van MACROBIUS, *Saturn.* I. 16, GAJUS IV § 15, PSEUDO-ASCONIUS *ad Cic. in Verr.* I. 9 en FESTUS in *v. res* een vadimonium legitimum ontwikkelde, dat na de litiscontestatatie zou zijn gesloten, en gestrekt zou hebben om den gedaagde te verplichten tot eene verschijning voor den iudex (34), wordt dit voor het latere regt gedaan door RUDORFF (35). Wij hebben in onze eerste bijdrage reeds breedvoerig over deze argumentatie gesproken en behoeven daarop dus niet terug te komen (36).

TIGERSTRÖM (37) beroept zich op VARRO, *de ling. lat.* V (p. 42 ed. Gothofr.) en ACRON *ad Horat. Sat.* I. 9.

(33) a. a. O. S. 237—250.

(34) Verg. mijne eerste bijdrage in *Themis*, Dl. III bl. 490—492.

(35) In zijne uitgave van PUCHTA, *Inst.* 1854 Bd. II § 160 Not. 1.

(36) *Themis* t. a. pl. bl. 502 vgg.

(37) *De judic. ap Rom.* § 5. *Innere Gesch. d. Röm. Rechts*, § 54 S. 168 vgg. Hij spreekt van het vroegere, het latere en het nieuwste Romeinsche regt; in het latere en nieuwste Romeinsche regt kwam de benaming *vadimonium* niet meer voor, wel nog de *cautio* zelf. Het is dus blijkbaar, dat de schrijver hiermede den tijd na GAJUS op het oog heeft, daar bij dezen nog de benaming zelve voorkomt, en met het vroegere regt zal dan de tijd der classici tot GAJUS bedoeld worden, in allen gevalle zal hij wel niet onder de benaming van het vroegere regt de twaalf tafelen en het legis-actionenproces, maar het formulier-proces hebben begrepen, daar de onmiddellijk voorafgaande § 53 zijner *Geschichte* over de formula handelt. Ook in zijn werk *de iudicibus* handelt hij eerst over de legis actiones, terwijl § 5, waar het vadimonium behandeld wordt, voorkomt onder de afdeling; *posteriora tempora*. Dit strekke tot aanvulling en betrekkelijk ter verbetering van hetgeen ik in mijne eerste bijdrage noot 7 aanmerkte.

(vs. 35) tot bewijs voor zijne meening, dat het vadimonium strekte om de verschijning van den verweerder in judicio te verzekeren. Die plaatsen zijn in zijn werk *de judiciis* in den tekst afgedrukt, in zijn *Geschiede des Röm. Rechts* worden zij alleen in eene noot aangehaald. Beide plaatsen evenwel worden bij hem geheel anders opgegeven, dan zij inderdaad luiden. Omtrent de eerste is dit reeds opgemerkt door STIEBER. Die plaats wordt bij TIGERSTRÖM in dezer voege gevonden: «vadibus, id est, sponsoribus, a vadimonio, quod promittit is, qui ad judicem provocatur, certo die affuturum.» Men vergelijk de plaats, gelijk zij in onze eerste bijdrage afgedrukt is (38), en men zal ligtelijk het groote onderscheid ontwaren. De plaats van ACRON luidt bij hem aldus: «vadibus, sponsoribus, a vadimonio, quod promittit is, qui ad iudicium vocatur, certo die affuturum». Hier heeft wederom blijkbaar eene vergissing plaats gehad, gelijk men reeds bij voorraad daaruit zou kunnen opmaken, dat volgens TIGERSTRÖM's opgave de beide plaatsen van VARRO en ACRON bijkans woordelijk overeenstemmen. Inderdaad zegt dan ook ACRON in zijn scholion op het woord *vadato* geheel iets anders en wel het volgende: «*vadato* in iudicio, quia vadatus eum fuerat, vel quia eum vadio obligaverat. Participium est ab eo, quod est vador vadaris, et est verbum commune; i. e. voco te et vocor a te ad iudicium. Respondere ergo debet ei a quo vocatus est ad iudicium aut ei quem ipse vocasset.»

Reeds STIEBER (39), wien ik zoo even noemde, heeft zich tegen het gevoelen van TIGERSTRÖM verklaard, zooals hij dat in zijn werk *de iudicibus* had uitgesproken; zijne regtsgeschiedenis, waarin hij hetzelfde gevoelen is blijven aankleven, is eerst geruimen tijd na STIEBER's

(38) *Themis*, Dl. III bl. 490.

(39) *Diss.* I. p. 40.



dissertatie verschenen. De plaats van VARRO, zegt deze, en te regt, gelijk wij reeds opmerkten, luidt geheel anders, dan zij bij TIGERSTRÖM wordt opgegeven; ACRON, waaromtrent hij dezelfde opmerking had kunnen maken, behoort tot de ijzeren eeuw der letterkunde en heeft daarom weinig aanspraak op gezag; de overige plaatsen bewijzen zoo weinig, dat ze gerust achterwege hadden kunnen blijven. Welke plaatsen hier overigens door STIEBER bedoeld worden, is mij niet regt duidelijk, die welke bij TIGERSTRÖM in zijn werk *de iudiciibus* in noot 9 voorkomen, als in het algemeen melding makende van het vadimonium, of de in den tekst afgedrukte plaatsen van MACROBIUS en GELLIUS, die alleen dienen moeten om te bewijzen, dat gewoonlijk tegen den dies perendinus vadimonium werd gesteld?

Wat nu de plaats van VARRO betreft, wanneer men die leest, gelijk ze in waarheid luidt, en niet zooals TIGERSTRÖM haar opgeeft, dan bewijst zij inderdaad weinig of niets voor zijn stelsel. De plaats van ACRON wordt meer opzettelijk beschouwd door HARTMANN (40), wiens gevoelen ik daaromtrent wil mededeelen. Ik merk evenwel vooraf op, dat hij die plaats behandelt, gelijk zij inderdaad luidt en bij hem is afgedrukt. De geheel onjuiste lezing bij TIGERSTRÖM komt hij hem niet ter sprake en ik meen hieruit te mogen opmaken, dat hij wel diens regtsgeschiedenis, waar de plaats alleen wordt aangehaald, maar niet de commentatie de iudiciis, bij de beoordeeling van TIGERSTRÖM's stelsel, onder oogen heeft gehad.

Daargelaten dan het gezag, dat ACRON verdient, bewijst hij niets voor TIGERSTRÖM's stelsel; er wordt wel door hem gezegd, dat de vadatus ad iudicium geroepen was, en zijne partij in iudicio antwoorden moest, maar daaruit volgt nog geenszins, dat hij hier bepaal-

delijk de behandeling der zaak voor den judex op het oog had. Immers hoe gewichtig ook de tegenstelling tusschen jus en judicium moge zijn, het zou toch onjuist zijn die ook daar te pas te willen brengen, waar het daarop volstrekt niet aankomt; want de uitdrukking *judicium* is geenszins beperkt tot de verhandelingen voor den judex, maar omvat evenzeer de geheele procedure (41). Zoo is in de pandecten sprake van een *ad judicium venire, occurere, in judicium vocare, in judicio sisti* enz, waar de geheele behandeling der zaak bedoeld wordt, omdat volgens den samenhang de actie nog moet worden ingesteld en partijen eerst voor den magistraat verschijnen moeten. Blijkbaar is op die plaatsen vooral dit de bedoeling, dat de gedaagde op dien tijd en die plaats verschijnen moet, waar de magistraat en de judex zamen zijn om gerigt te houden. Naar zijn wezenlijk doel wordt dat zamenzijn *judicium* genoemd.

Welnu, met hetzelfde recht als de pandecten van een *in judicio stare*, kan ACROX van een *in judicio respondere* spreken, zonder dat wij bevoegd zijn hieruit tot de verhandeling na de litiscontestatie te besluiten.

De schrijvers door TIGERSTRÖM aangehaald, bewijzen dus weinig of niets voor zijn stelsel.

Een meer schijnbaar argument voor een vadimonium na de litiscontestatie zou men kunnen trekken uit de boven reeds aangehaalde plaats van GAJUS, IV, § 184: «Qui autem in jus vocatus fuerit ab adversario, ni eo die finiverit *negotium*, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti.» Wil men hier, zegt HARTMANN (42), *negotium* van de geheele procedure verstaan, dan zou het vadimonium ook dan gesteld moeten worden, wanneer partijen zich na de litiscon-

(41) Verg. KELLER, *Litiscont.* S. 65 Not. 10. ZIMMERN, § 112 Not 4.

(42) a. a. O. S. 244 fg.

testatie van den praetor verwijderen, om voor den iudex datus te verschijnen, want de procedure is nog niet geëindigd. Voor deze uitlegging zou zelfs pleiten, dat GAJUS kort te voren de uitdrukking *negotium* werkelijk voor de geheele procedure bezigt (43). Intusschen laat het zich taalkundig verdedigen, om onder die uitdrukking in de eerst aangehaalde plaats alleen de verhandelingen in jure te verstaan. Had er werkelijk een vadimonium na de litiscontestatie bestaan, dan had GAJUS daarvan, bij de behandeling der satisfationes, noodzakelijk melding moeten maken. Hij geeft daar twee verschillende oorzaken op, waarom partijen genoodzaakt konden worden elkander satisfatio te geven (44); het vadimonium werd dikwijls door satisfatio gesteld; wanneer nu bij de litiscontestatie een nieuw vadimonium had moeten worden aangegaan, dan zou GAJUS niet wel hebben kunnen nalaten, deze omstandigheid als eene derde causa satisfationis te vermelden. Met dit laatste argument kan ik mij evenwel niet vereenigen, daar het mijns inziens te veel en daardoor niets bewijst; immers zou men hetzelfde kunnen toepassen op het vadimonium, dat in jure gesteld werd, en men zoude in het algemeen kunnen beweren, dat GAJUS, waar hij over de causae satisfationis spreekt, als eene derde causa had moeten noemen de zekerheid, welke de eischer behoefde voor de verschijning zijner partij in regten, hetzij dan in jure, hetzij in iudicio.

Sedert lang heeft men aangenomen, dat de cautio iudicio sisti in de hoofdpunten met het vadimonium overeenstemt; zelfs mag men stellen, dat op de meeste plaatsen, waar deze cautio voorkomt, zij door interpolatie in de plaats van het vadimonium getreden is (45).

(43) IV § 141.

(44) IV § 102. Verg. IV § 88.

(45) Verg. boven noot 2.

De plaatsen nu, waar deze cautie behandeld wordt, kunnen volstrekt niet anders worden verstaan, dan van het tijdpunt voor de litiscontestatie, of waar dit niet bepaald uit de plaats zelve blijkt, is er althans niets, wat zoodanige uitlegging verhindert.

Twijfelachtig kunnen, volgens HARTMANN, alleen de volgende plaatsen schijnen: *l. 2, § 3. D. si quis caut.* (II. 11): «Si quis iudicio se sisti promiserit, et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adjuvatur, nec immerito: quum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum potuit se sistere, qui adversa valetudine impeditus est? Et ideo etiam lex duodecim tabularum, si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo sonto impediatur, jubet diem iudicii esse diffisum.» Omdat hier in de laatste periode waarschijnlijk slechts sprake is van de verhandeling na de litiscontestatie, heeft men hieruit opgemaakt, dat ULPIANUS deze ook in het voorafgaande op het oog had. Intusschen blijkt het duidelijk uit den overgang met *Et ideo*, dat het voorschrift der twaalf tafelen hier analogiesch gebruikt wordt, en het onderscheid tusschen het geval van ULPIANUS en dat der twaalf tafelen kan zeer wel hierin bestaan hebben, dat de eerste de verhandeling in jure, de decemvirale wet die in iudicio bedoelde (46).

Verder *l. 8 pr. D. qui satisd. cog.* (II. 8): «De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire; et si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc a iudice statuendo.» Bij verschil van partijen bepaalt de iudex den duur van den termijn. Daar nu de iudex vóór de litiscontestatie niets te doen, alzoo ook geene termijnen te bepalen heeft, zou men hieruit kunnen opmaken, dat de stipu-

(46) Voorde c II § 1. WETZELL S. 55 fg. HARTMANN S. 247. Verg. ook mijne eerste bijdrage in *Themis*, Dl III, bl. 487 noot 12.

latie, waarvan hier sprake is, eerst na de litiscontestatie gesloten werd. CUJACIUS verklaart de woorden: *moderato spatio de hoc a judice statuendo* voor geïnterpoleerd (47). Deze meening is echter bedenkelijk; want PAULUS gaat van de veronderstelling uit, dat de stipulatie tot stand komt; bij verschil van meening tusschen partijen is dit niet anders mogelijk, dan wanneer een derde de beslissing heeft; de aangehaalde woorden passen alzoo volkomen in den samenhang der plaats (48). Men versta hier alzoo onder den *judex* den magistraat, gelijk op meer plaatsen met de benaming van *judex* deze wordt bedoeld, en hiermede vervalt de geheele zwarigheid (49).

Eindelijk *l. 10 § 2 D. si quis caut* (II 11): «*Qui injuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam, ut adversarius suus judicio sistat, commissa stipulatione mortuus est; non competere heredi ejus ex stipulatu actionem placuit, quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur. Injuriarum autem actio heredi non competit; quamvis enim haec stipulatio judicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est; nam et defunctus si vellet omissa injuriarum actione ex stipulatu agere, non permetteretur ei. Idem dicendum esse, et si is, cum quo injuriarum agere volebam, stipulatione tali commissa decesserit: nam non competit mihi adversus heredem ejus ex stipulatu actio. Et hoc JULIANUS scribit; secundum quod etsi fidejussores dati erant, minime dabitur in*

(47) *Obs. l. XXII c. 26. A. FABER, rational. ad Pand. ad h. l. n. 3.*

(48) HARTMANN, S. 243.

(49) Zie PAULUS, *rec. sent. V Tit. 5 a § 7. l. 1, l. 31 D. de jud. (V 1)*. Verg. BACHOV. *ad τὰ πρότερα Pand. ad l. 3 pr. D. qui satisd. cog.*, dezelfde *ad Treutl. Vol. I Disp. 5 Th. 1 Litt. B. HUBER, eunomrom. ad h. l. p. 95. VOORDA c. III § 3. SCHLAYER, § 5 Not. 63. HARTMANN a. a. O. en S. 123, 141. Verg. ook BRISSON. *de V. S. in V. judex.**

eos actio mortuo reo. Idem POMPONIUS, si non post longum tempus decesserit, quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset. »

Het schijnt niet twijfelachtig, dat men hier eene interpolatie aannemen moet en dat de plaats oorspronkelijk in dezer voege luidde: « Injuriarum autem actio heredi non competit; quamvis enim *vadimonium* ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est. » Niet alleen toch is de uitdrukking *haec stipulatio iudicio sistendi causa facta* stootend, maar vooral bij het volgende *tamen in hac causa danda non est* de suppletie van het woord *actio*, terwijl onmiddelijk vroeger van eene *stipulatio* sprake was, gedwongen. Daarbij komt nog dat PAULUS, van wien deze plaats is, elders, juist bij de actio injuriarum, over het *vadimonium* spreekt (50).

ZENGER (51) houdt ook de woorden *ante litem contestatam* voor geïnterpoleerd. Daarvoor bestaat evenwel volgens HARTMANN geen grond. Zij passen in den zamenhang en de compilatoren hadden geen reden om ze later in te voegen, omdat in het Justiniaansch regt de cautio iudicio sisti in allen gevalle vóór de litiscontestatie gesteld werd. Zijn nu die woorden inderdaad van PAULUS afkomstig, dan zou men daaruit kunnen opmaken, dat er werkelijk ook een *vadimonium post litem contestatam* moet zijn voorgekomen, omdat, wanneer er slechts een *vadimonium ante litem contestatam* bekend was, er geen reden bestond voor den jurist om die omstandigheid bepaald uit te drukken.

Intusschen, zegt HARTMANN, merke men op, dat in de andere aangehaalde plaats van PAULUS het *vadimonium* stellig beperkt wordt tot het tijdstip vóór de litiscontestatie (52), en dat men om hier het argu-

(50) *Coll. leg. Mos. et Rom.* Tit. II c. 6.

(51) a. a. O. S. 71 not. z.

(52) HARTMANN, S. 234.

*Themis*, D. IV, 1ste St. [1357].

mentum a contrario te pas te brengen een zeer nadrukkelijk gewigt moet leggen op de woorden *ante litem contestatam*, terwijl PAULUS, wien het hier minder op de werking van het vadimonium, dan wel op de eigenschappen der litiscontestatie aankomt, zeer gemakkelijk die toevoeging kan hebben gemaakt, hoewel zij strikt genomen van zelf sprak (53).

Anderen, SCHULTING (54) en VOORDA (55), willen de woorden *ante litem contestatam* verplaatsen achter *mortuus est*; zoo schijnt ook HUSCHKE (56) te lezen. Zij hebben de Basilica in hun voordeel.

Ik zou mij liefst met de laatsten vereenigen, hoewel ook dan nog de plaats niet zonder moeijelijkheid blijft. Men zou dan het fragment op deze wijze kunnen omschrijven: De jurist stelt hier het geval, dat iemand van plan is (57) eene actio injuriarum in te stellen, de zaak wordt door in jus vocatio aanhangig gemaakt, doch partij, die liever niet onmiddelijk voor den praetor wil volgen, stelt tegen een bepaalden dag vadimonium; die dag, tegen welken vadimonium was gesteld, verloopt zonder gevolg, stipulatio committitur, en hierop overlijdt de eischer. Nu is het de vraag, of zijne erfgenamen ex stipulatu ageren konden tegen den gedaagde, wegens zijne niet-verschijning. In den regel, zegt de jurist, gaat die actio ex stipulatu op de erfgenamen over, in dit geval evenwel niet, omdat zij ten naauwste samenhangt met de principale actie (58) en deze, de actio injuria-

(53) HARTMANN, S. 243—250.

(54) *Enarr. part. prim. Dig. ad h. tit. § 3 en Not. ad Dig. ed. SMALLENBURG*, ad h. l.

(55) l. l. c. IV § 5.

(56) *Beitr. zur Krit. u. zum Verständn. d. Gajus* S. 136.

(57) Deze zin ligt in de woorden: «acturus est.»

(58) Dit is m. i. de zin der woorden: «quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur.» De stipulatie *judicio sisti* werd niet aange-

rum, niet op de erven overgaat (59). Zoo zou ook de eischer zelf, in geval hij de actio injuriarum opgegeven had (60), of, gelijk anderen lezen willen, indien die actie door praescriptie verloren was (61), wegens dit naauw verband tusschen principale en accessoire actie de actio ex stipulatu niet meer kunnen instellen. Volgens hetzelfde beginsel verviel ook, bij overlijden des gedaagden na commissa stipulatio, die actie tegen de erfgenamen van dezen en tegen zijne borgen (62). Door het vervallen der principale actie, het zij door den dood van eene der partijen, het zij door vrijwilligen afstand, het zij door praescriptie, vervalt ook de accessoire. Nu blijft door litiscontestatie de principale actie leven en gaat ook bij den dood van eene der partijen op en tegen

gaan om zich zelve, maar met het oog op het object van de principale actie, zij was eene praeparatoire handeling om de eindbeslissing mogelijk te maken. Verscheen partij niet ingevolge de stipulatie, dan had die niet-verschijning voor den eischer eene schade ten gevolge, gelijkstaande met het object der principale actie, en deze moest hij door de actio ex stipulatu op den afwezig geblevenen gedaagde of diens borgen kunnen verhalen.

(59) Zie ook § 1 *Inst. de perpet. et temp. act.* (IV. 12), l. 1 § 1 *D. de priv. del.* (XLVII. 1), l. 13 *pr. l. 23 D. de injur.* (XLVII 10).

(60) Zoo verstaan het o. a. de glossatoren, BACHOVIVS *ad τὰ πρώτα Pand.* ad h. l. en HOSCHKE a. a. O. Verg l. 11 § 1, l. 17 § 6 *D. de injur.* (XLVII 10).

(61) Zoo A. FABER, *rat.* ad h. l. SCHULTING l. l. VOORDA l. l. die lezen willen: « amissa. »

(62) De hierop gemaakte uitzondering in het slot van ons fragment: « si non post longum tempus decesserit, quia si ad judicium venisset, litem cum eo actor contestari potuisset, » moet ik ronduit verklaren, dat mij niet duidelijk is. Ik zie niet in hoe, bij overlijden van den gedaagde na commissa stipulatio, op het voortbestaan der actio ex stipulatu eenigzins van invloed kan zijn de langere of kortere tijd tusschen de niet-ervulling der stipulatie en het overlijden des gedaagden verlopen. Aangenaam zal het mij zijn, zoo een der lezers van dit tijdschrift mij daaromtrent opheldering geven kan.



de erfgenamen over (63). Wanneer dus eischer of ge-  
daagde na de litiscontestatie gestorven was, zou èn  
hoofd- èn accessoire actie op en tegen de erven zijn  
overgegaan en hierom zeide de jurist «*commissa stipu-  
latione mortuus est ante litem contestatam.*»

Evenwel blijven er ook bij deze lezing geene geringe  
moeijelikheden over. De stipulatie was niet vervuld, en  
daardoor de *actio ex stipulatu* geboren; die actie was  
door den dood des eischers voor de litiscontestatie ver-  
vallen; zij zou, wanneer er litiscontestatie had plaats  
gehad, zijn blijven voortleven; maar hoe was na *com-  
missa stipulatio* door *desertum vadimonium* eene ver-  
schijning in *jure* en litiscontestatie mogelijk, en, had  
er werkelijk litiscontestatie plaats gehad, wat grond kon  
er dan nog bestaan om *ex stipulatu* te ageren, omdat  
toch ten gevolge der litiscontestatie eene beslissing op de  
principale actie zou moeten volgen? In ieder geval schijnen  
dus die woorden *ante litem contestatam* overbodig.

Ik geloof, dat de jurist zich dit alles niet levendig  
heeft voorgesteld; hij stelde zich waarschijnlijk de vraag:  
gaat de *actio ex stipulatu* op en tegen de erven over?  
Die vraag werd in het algemeen toestemmend be-  
antwoord; eene uitzondering daarop maakt evenwel het  
geval, dat de principale actie niet op en tegen de erven  
overgaat en deze, op welke wijze dan ook, te niet is  
gegaan; doch daar nu in het algemeen die principale  
actie door litiscontestatie blijft voortleven, zoo zoude  
in dat geval ook de accessoire actie in wezen blijven.  
Hij schijnt er niet aan gedacht te hebben, dat bij deze  
accessoire actie, de *actio ex stipulatu* wegens *desertum  
vadimonium*, van litiscontestatie moeijelijk sprake we-  
zen kon.

Hoe het zij, ik geloof niet, dat deze plaats veel tegen

(63) Zie *l. 13 pr. D. de injur.* (XLVII. 10) *l. 26, l. 58 D. de  
O. et A.* (XLIV. 7.) *l. 87, l. 139 pr., l. 164 D. de R. J.* (L. 17).

ons stelsel bewijst, en althans niet kan opwegen tegen de gronden, die daarvoor pleiten. Ik meen daarom gerust de boven ontwikkelde meening te kunnen volhouden: het vadimonium praetorium strekte alleen om den gedaagde tot eene verschijning in jure te verplichten, het zij in eersten, het zij in tweeden termijn; het eerste was het buitengeregteijk, het tweede het geregteijk vadimonium.

---

*Bijvoegselen op de eerste bijdrage (Themis III,  
481—506).*

Na het afdrukken mijner eerste bijdrage heb ik nog kennis gemaakt met eene verhandeling van SCHLAYER, die *Lehre von den Cautionen im Civilprocesse*, te vinden in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, herausgegeben von VON LINDE, MAREZOLL und VON SCHRÖTER. Band IX. Giess. 1851. Deze behandelt in § 4 het vadimonium legitimum, in § 5 het vadimonium praetorium. Behoudens eenige wijzigingen, volgt hij GOTHOFREDUS en ZENGER. Het zal overbodig wezen zijn gevoelen hier afzonderlijk te wederleggen.

In noot 16 voege men nog hij: SELL, die *Recuperatio der Römer*, S. 241—244 en SCHLAYER § 4, S. 13, Not. 52. Eigenaardig is overigens het gevoelen van SELL, die den oorsprong van het oude vadimonium, dat volgens hem reeds lang vóór de decemvirale wetgeving bestond, met de recuperatio in verbinding brengt. De voorbeelden evenwel, die hij van dat oude vadimonium aanvoert, hebben allen het crimineelregteijk vadimonium op het oog en zullen daarom hier, waar over het civielregt sprake is, wel niet in aanmerking kunnen komen. Met deze beschouwing hangt zijne verklaring van den *subvas* samen.

In noot 36 sprak ik over het grammaticaal onderscheid

tusschen den *vindex* en den *vas*. Men zie over den eersten BOETH. *ad Cic. Top.* 2, over den laatsten ACRON *ad Horat. serm.* I, 1, 11.

Bij noot 36a vergelijkte men WALTER, *Rechtsgesch.*, § 680. Not. 38. Th. II. S. 325.

In den tekst, achter noot 36a, zeide ik: «Vreemd is het voorzeker, dat GAJUS, die het latere vadimonium opzettelijk behandelt, bij de legis actiones hierover een diep stilzwijgen bewaart.» Dat stilzwijgen kan echter verklaard worden door de inrigting van het werk van GAJUS. De jurist schreef, even als later de instituten van JUSTINIANUS in navolging zijner commentarii, een practiesch compendium, waarin wel niet alle historische beschouwing werd buitengesloten, maar dat toch hoofdzakelijk de strekking had om het regt, zoo als het in zijn tijd gold, aanschouwelijk te maken. Zoo had hij in zijn vierde boek bepaaldelijk het formulierproces op het oog; tot beter verstand evenwel daarvan, omdat «quaedam actiones ad legis actionem exprimebantur,» was het noodig eene korte beschouwing van de legis actiones te laten voorafgaan. Verg. GAJUS IV, § 10. Die beschouwing behoefde evenwel, als inleiding, niet meer te bevatten dan hetgeen bepaald noodig was om het latere te verstaan, de verschillende soorten der legis actio en de wijze waarop daarbij werd geprocedeerd; met alles wat verder bij de procedure plaats kon vinden, doch niet noodzakelijk tot het wezen der legis actio behoorde, behoefde de schrijver zich niet in te laten. Door deze opmerking zal, geloof ik, de bevreemding, dat hij daarbij het vadimonium onaangeroerd liet, verdwijnen.

In noot 48 voege men nog bij de aldaar aangehaalde schrijvers: HEFFTER *ad Gaj.* p. 9; ZIMMERN § 110, Not. 9, § 129 a. E., § 136.

---

*Iets over het rijker worden van den begiftigde, als  
essentiale der Schenking; door Mr. J. A. FRUIN,  
Advocaat te Rotterdam.*

I.

De woorden van art. 1703 B. W. «Schenking is «eene overeenkomst, waarbij de schenker . . . eenig «goed afstaat ten behoeve vanden begiftigde,» sluiten, volgens Mr. DIEPHUIS (VIII, n<sup>o</sup>. 12), «het begrip eener «vervreemding in zich, waardoor dat goed uit het ver- «mogen van den schenker in dat van den begiftigde «overgaat, en alzoo het vermogen van genen vermin- «derd, en deze verrijkt wordt.» De geachte regtsge- leerde verklaart ons nergens wat hij onder dat *rijker worden* van den begiftigde verstaat, en wij mogen der- halve met grond aannemen, dat hij daaraan denzelfden zin hecht, dien het *locupletior fieri* bij de Romeinen had, namelijk, zoo als von SAVIGNY, dien hij aanhaalt, het uitdrukt (System. IV, blz. 52), «eine Vermehrung «des Vermögens *in seinem Totalwerth.*» Maar dan is het ons volstrekt onverklaarbaar, hoe Mr. DIEPHUIS *zulk* een rijker worden van den begiftigde, als vereischte der schenking naar onze wet kan voorstellen. Het aan- gehaald artikel geeft er niet de minste aanleiding toe. Wanneer iemand eenig goed *afstaat*, dan geven wij gaarne toe, dat daardoor zijn vermogen verminderd wordt, maar, dat hij, *ten wiens behoeve (en faveur duquel*, art. 894 C. C.), dat goed wordt afgestaan, daardoor noodzakelijk in Romeinsch-regtelijken zin ver- rijkt moet worden, kunnen wij niet in de wet lezen. Zou Mr. DIEPHUIS hier niet zelf de fout hebben begaan, waartegen hij zoo teregt waarschuwt? zou hij niet uit

het oog hebben verloren, dat, wanneer iets in het Romeinsche regt als vereischte der schenking beschouwd of behandeld wordt, hieruit nog niet mag worden afgeleid, dat dit inderdaad en bepaaldelijk naar onze wet een vereischte is.

Maar — en juist daarom komt ons de dwaling van Mr. DIEPHUIS vooral gevaarlijk voor, — is het wel zeker, dat, ook naar het Romeinsche regt, een rijker worden van den begiftigde, « eine Vermehrung seines Vermögens « in seinem Totalwerth, » een noodzakelijk bestanddeel van *alle* schenking is? VON SAVIGNY antwoordt bevestigend; en, zoo als van zelf spreekt, is het gevoelen van een' man als hij, door bijkans alle nieuwere schrijvers onvoorwaardelijk overgenomen. Maar wij vinden zijn betoog niet overtuigend genoeg, om dat voorbeeld te volgen, en stellen derhalve liever een geheel onbevooroordeeld onderzoek naar de waarheid in.

Het karakter der schenking, die door de Romeinsche juristen als eene bepaalde soort van vervreemding (*alienatio*) behandeld wordt (1) brengt natuurlijk mede, dat zij altijd met eene vermindering van het vermogen des schenkers verbonden moet zijn, en haar aard als *lucrativa causa* vordert tevens, dat de begiftigde daaruit eenig geldelijk voordeel verwerft (2). Dikwijls zal dit voordeel zoodanig wezen, dat de begiftigde inderdaad rijker zal geworden zijn, dat tegenover het *pauperior fieri* van den schenker, aan den anderen kant een *locupletior fieri* zal overstaan, doch dit

(1) L. 3, § 3. D. de Don. i. *V. et U.* l. 45, pr. D. de *jure fisci* en *passim*.

(2) SCHILLING, *Institut.* III, blz. 743. De klassieke uitdrukking is: *capere*, l. 9, pr. D. de Don. l. 13, §§ 1 et 3. l. 31, §§ 3 et 4. l. 33. D. de M. C. Don. Ook komt *commodum* en *aliquid compendii sentire* in dezelfde beteekenis voor, l. 49, D. de Don. i. *V. et U.* l. 3, pr. D. de Calumn.

laatste is geen vereischte, want ook zonder dat het aanwezig is, is ware schenking mogelijk. Zoo wordt o. a. het geschenk van een stuk grond, om tot begraafplaats te dienen, uitdrukkelijk *donatio* genoemd, hoewel de jurist erkent, dat de begiftigde daardoor niet rijker wordt (3). Evenzeer zijn de *opsonia*, *de unguenta*, en andere consumtibeke artikelen van weelde, die de een aan den ander ex mera liberalitate afstaat, ware schenkingen, en derhalve aan de beperkende voorschriften der *lex Cincia* onderworpen (4). Dit laatste is ook volkomen rationeel. Zoo als VON SAVIGNY uitstekend heeft geleerd (5), was het o. a. ook de *lex Cincia*, en de formaliteiten, die zij vorderde, waardoor de juridische ontwikkeling van het begrip der schenking noodzakelijk werd. En wij weten, dat die formaliteiten voornamelijk ten doel hadden om te voorkomen dat men zijn vermogen door onbedachte en lichtzinnige geschenken, ten nadeele der wettige erfgenamen, uitputte (6). Zal men nu beweren, dat dit gevaar bij eene schenking van luxe-artikelen, waardoor de begiftigde niet rijker wordt, in mindere mate bestaat, dan bij iedere andere schenking, die hem toevallig ook verrijkt? Neen natuurlijk, maar waarom zou men dan desnietteenstaande alleen de laatste voor eene *ware*, met andere woorden, eene door de bepa-

(3) L. 5, § 3. D. de Don. int. V. et U., « concessa est *donatio* sepulchrae causa. » VON SAVIGNY, die hierin evenwel geene *ware donatio* zien wil, beweert dat dit woord in deze en dergelijke plaatsen, uit de « Umbestimmtheit des täglichen Lebens » verklaard moet worden. (Zie daartegen SCHILLING, t. a. p., blz. 747, o.)

(4) L. 7, § 1. l. 31, § 9. de Don. i. V. et U., VON MEIJERFELD. Die Lehre von den Schenkungen I. § 2.

(5) t. a. p., blz. 6.

(6) KLINKHAMER, Comm. de Don. ex Fr. vatic. blz. 26. SCHILLING, t. a. p., § 356. Vgl. VON SAVIGNY, t. a. p., blz. 193 (g).

lingen der lex Cincia beheerschte *donatio* gehouden hebben? Ik kan, ook na SAVIGNY's voortreffelijk vierde deel, nergens uit de bronnen bespeuren, dat de Romeinsche juristen zich aan zoo groote inconsequentie hebben schuldig gemaakt.

Zoo ver ik weet, heeft dan ook vóór SAVIGNY niemand het *locupletior fieri* van den begiftigde voor een essentiale der schenking in het algemeen gehouden, Zijn onmiddellijke voorganger VON MEYERFELD doet het bepaaldelijk niet (7). Allen zien in de « *donationes quae et donantem pauperiorem et accipientem locupletiores faciunt* » slechts eene bijzondere soort van schenkingen, en wel de eenige, die tussehen echtgenooten verboden was. Voor die opvatting schijnen ook de bronnen zelve te pleiten. *Ubicunque locupletior non fit qui accepit, donatio valet, (inter conjuges scil.)* zegt de l. 5, § 16, D. de Don. int. V. et U. *Ea demum donatio impediri solet, quae et donantem pauperiorem et accipientem facit locupletiores*, heet het elders (l. 5, § 8 eod.) en TERENCEUS CLEMENS (in de l. 25 eod.) verklaart uitdrukkelijk, dat het *ius constitutum* (d. i. het verbod tussehen echtgenooten) alleen op die *donationes* toepasselijk is, « *ex quibus et locupletior [qui accepit] et pauperior [qui donavit] in suis rebus fit.* » In al deze plaatsen wordt, dunkt mij, ten duidelijkste erkend, dat schenkingen, die den begiftigde niet rijker maken, ofschoon zij door het verbod niet getroffen worden, echter ware donatiën zijn, en dat de schenking, waarbij zulk een rijker worden van den begiftigde wel plaats heeft, slechts

(7) t. a. p., § 2. « Zu dem Begriffe der Schenkung gehört Aufopferung von Seiten des Schenkers und Vortheil, der dadurch auf Seiten Dessen, dem geschenkt wird, entsteht. Für die meisten Fälle lässt sich dies auch so ausdrücken: Der Schenker muss ärmer, der Beschenkte reicher werden. Beides trifft in der Regel zusammen, bisweilen jedoch auch nicht.»

als eene bijzondere soort van het genus der Donatio te beschouwen is (8). Of zal men, uit liefde voor een willekeurig aangenomen beginsel beweren, dat in al de aangehaalde wetten het woord donatio in oneigenlijken zin gebezigd wordt?

Van een willekeurig aangenomen beginsel? Inderdaad ik zie niet, op welke gronden von SAVIGNY van het gevoelen zijner voorgangers afwijkt. Zonder de juridieke noodzakelijkheid van het door hem aangenomen begrip te betoogen, maakt hij zich bij het vermelden van de opvatting van bijna alle schrijvers, die vóór hem de leer der schenkingen behandeld hebben, met een: «So ist es aber nicht» van de zaak af (9), en verheft het door de oude juristen alleen bij de non concessa donatio gevorderd essentiale tot eene conditio sine qua non van *alle* schenkingen, waarop men derhalve ook bij de lex Cincia of de insinuatie, en bij de herroeping op bijzondere gronden bepaaldelijk de aandacht vestigen moet. En toch is er, geloof ik, ook afgescheiden van het getuigenis der bronnen, voldoende reden om aan te nemen, dat de Romeinsche juristen het begrip der schenking, met het oog op de inter virum et uxorem prohibita donatio geheel anders en minder streng ontwikkeld hebben, dan met het oog op de lex Cincia en de Insinuatie. De laatste, wij zagen het reeds, hadden geen ander doel dan het voorkomen van onberadene en ligtvaardige schenkingen, en moesten derhalve op iedere donatie, die den schenker in waarheid armer maakte, al werd de begiftigde er ook niet rijker door, worden toegepast. Maar geheel verschillend daarvan was het doel van het verbod tusschen echtgenooten. Dit had in de eerste plaats een zedelijk doel. Men

(8) Vgl. SCHILLING, t. a. p., blz. 751. (bb.)

(9) System. IV. blz. 8. (g.)



wilde niet, dat de huwelijken om stoffelijk voordeel zouden worden aangegaan of voortduren: de liefde moest de eenige drijfveer zijn. De wederzijdsche genegenheid mogt niet voor geld gekocht worden, de beste der echtgenooten zich niet ter wille van den mindergegoede *verarmen*, noch deze zich ten koste van genen *verrijken* (10). Dat doel stond den juristen, zoo dikwerf zij geroepen werden te beslissen, of in een voorkomend geval tegen den geest van het verbod gezondigd was, helder voor den geest, en zij wisten zich zoodoende voor noodelooze gestrengheid te wachten.

De geheele leer der *non concessa donatio* wordt beheerscht door de bekende uitspraak van PAULUS: (in de l. 28, § 2 D. de Don. i. V. et U.) «*Et sane non amare nec tamquam inter infestos ius prohibita donationis tractandum est sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes* (11). Aan dit beginsel getrouw, strekten de juristen het verbod niet uit tot schenkingen, waarbij de gevaren die het wegnemen wilde niet bestonden. Daardoor kwamen zij er van zelf toe als regel te stellen, dat alleen die *donatio*, waarbij de schenker *armer* en de begiftigde *rijker* werd, verboden was, en zij pasten dien regel in ieder voorkomend geval met naauwgezetheid toe. (12)

Ik geloof derhalve, dat men verkeerd doet met eene beperking van het schenkings-begrip, die in bijzondere overwegingen en redenen van billijkheid bij de Romein-

(10) l. 1, 2 et 3. D. de Don. *int. V. et U.*

(11) De invloed, dien dit gezichtspunt van PAULUS op de ontwikkeling van het begrip der verbodene *donatio* gehad heeft, is zeer goed begrepen. door BOUTRY, *Essai sur l'histoire des Donations entre époux.* Paris 1852.

(12) Het verdient opmerking, dat ook de *Oratio* van SEVERUS bij het opsommen der motiven van het verbod de eigen woorden gebruikt: *ne melior in paupertatem incidret, deterior ditior fieret.* l. 3, pr. de Don. *int. V. et U.*

sche rechtsgeleerden haren grond vond, tot een algemeen beginsel te verheffen, en dat, zoo als onder anderen Mr. DIEPHUIS doet, ook in ons regt van toepassing te verklaren.

Nog een paar opmerkingen ten slotte.

VON SAVIGNY is zoo zeer overtuigd, dat het rijker worden van den begiftigde een essentiale van alle schenking is, dat hij zelfs aanneemt, dat deze, ofschoon aanvankelijk eene ware donatio, ophoudt er eene te zijn, indien de vermogensvermeerdering van den begiftigde die in den beginne aanwezig was later, hoe dan ook, ophoudt te bestaan. Practisch, zegt hij, vertoont zich dit beginsel bij de verbodene schenking tusschen echtgenooten. Daarbij vervalt de terugvordering der geschonkene zaak, die in den beginne aan den schenker vrijstond, zoodra die zaak niet meer in het vermogen des begiftigden voorhanden is (13).

Hiertegen merk ik op :

1°. Aangenomen, dat inderdaad het wegvallen der terugvordering aan de door SAVIGNY opgegevene oorzaak te wijten is, dan bewijst hij daarmede nog niets anders dan dat het rijker worden van den begiftigde een essentiale is der verbodene schenking tusschen echtgenooten, — iets wat wel niemand ontkennen zal. — Maar

2°. met al den eerbied aan een man als SAVIGNY verschuldigd, geloof ik daarenboven, dat het wegvallen der terugvordering van de tegen letter en geest van het verbod geschonkene zaak onmogelijk aan het ophouden der vroeger voorhandene vermogensvermeerdering des begiftigden kan worden toegeschreven, maar op geheel andere gronden berust. Reeds SCHILLING is met nadruk tegen SAVIGNY's meening opgekomen (14). Al nam men ook met hem niet aan, dat die meening

(13) System. IV, § 149.

(14) t. a. p. blz. 753. (ii).

in strijd is met den regsregel, die de handelingen naar den tijd waarop zij zijn aangegaan wil beoordeeld hebben, al beweerde men, dat zich hier met de schenking een geval voordoet, waarin zij «in eam causam *«pervenit a qua incipere non potuit,»* dan zou men toch om der gevolgen wille zich niet ligt met SAVIGNY's gevoelen vereenigen. Of zou, vraagt SCHILLING niet ten onregte, L. v. bij de donatio sub modo, als deze ten gevolge van het vergaan der geschonkene zaak derhalve ophoudt schenking te zijn, ook de begiftigde van zijne verplichting om aan den modus te voldoen ontslagen wezen? Zoo iets zal wel niemand beweren.

Ik geloof, dat men reeds op deze gronden moet toegeven, dat de schenking, zelfs al ware het locupletior fieri van den begiftigde een wezenlijk vereischte, haar karakter als zoodanig niet verliezen kan, indien die aanvankelijke «Bereicherung» zoo als SAVIGNY haar noemt, later ophoudt te bestaan. Het wegvallen der terugvordering van de geschonkene zaak bij de inter conjuges prohibita donatio moet dus op bijzondere gronden berusten.

Welke die gronden zijn, daarover stel ik mij voor in een volgend N<sup>o</sup>. mijne meening te zeggen (\*).

(\*) De schrijver van dit artikel stelt zich voor, meerdere regtsvragen tot het gebied der Romeinsche Donatio behoorende, achtereenvolgend te behandelen.



## BOERBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

- A. HALBERSTADT. *Vrijverklaring der slaven in Suriname en opheffing van het meesterschap, volgens de Staats-commissie.* Amsterdam, H. C. MEYER, 1856. — 115 bl. in 8°.

Het boek van den heer HALBERSTADT verdient de opmerkzaamheid van allen, die belang stellen in het lot der kolonie Suriname. Vooral heeft het mij geboeid, door de talrijke treffende bijdragen tot betere waardering van den aard en het karakter van het negerras, of liever van de veertig duizend slaven in Suriname, die men in 't algemeen wel niet meer «negers» kan noemen, dewijl ze met zooveel ander, vooral Nederlandsch, bloed vermengd zijn. De bestrijding van het eerste rapport der Staatscommissie, ingesteld bij Kon. besluit van 29 November 1853, no. 66, stelt de heer HALBERSTADT zich tot doel, en, behalve de aantooning van de onuitvoerbaarheid der voorstellen dier commissie, is het vooral de miskennis van de inborst, de neigingen en de eigenschappen der slaven, waartegen hij te velde trekt.

Gedurende een bijna twintigjarig verblijf in Suriname heeft de schrijver gelegenheid gehad, om den toestand en de behoeften dier kolonie te leeren kennen. Deze ondervinding en eigen aanschouwing komen hem thans uitnemend te stude, om aan te toonen, dat de groote negergemeenten, waarin de commissie de slaven wil zamendrijven, en waaraan de leden al hunne individualiteit moeten ten offer brengen, om weder slaven der kommunauteit te worden, een droombeeld is, voor geene verwezenlijking vatbaar, of liever een karikatuur van het gemeentewezen op Java, met zijne heerediensten en kultuur-inrigtingen.

Stuk voor stuk wordt de arbeid der Staatscommissie ontleed en meedoogenloos gekastijd. En nadat de schrijver dit vernielingsproces heeft ten einde gebragt, deelt hij ten laatste eenige hoofddenkbeelden mede van een, door hem zelve uitgedacht, plan van emancipatie der slaven.

Dit is alzoo, bij de duizend en een reeds bekende plannen, een nieuw, en, als men dan toch een plan wil, lang niet verwerpelijk. Wat is het doel van al die plannen? Men wil de slaven vrij verklaren, maar op zulk eene wijze, dat overigens in de maatschappij van Suriname alles blijve gelijk het is. Ofschoon vrij, moeten de slaven toch blijven werken, en wel hetzelfde werk, dat ze gedurende hunne slavernij hebben verrigt en leeren vervloeken. Ziedaar het groote raadsel, dat men tracht op te lossen. Zonder schokken, zonder eenige beroering, wil men Suriname van eene slavenkolonie in eene kolonie van vrijen herscheppen. De overgang moet zoo zacht en ongemerkt zijn, dat elke crisis worde vermeden, en na de vrijverklaring dezelve slaven hetzelfde, en, zoo mogelijk, nog meer produceren, alleen met dat onderscheid, dat die slaven nu vrijen zijn geworden.

Zou dat doel te bereiken zijn? In Engeland heeft men het beproefd. Vijf jaren lang moesten de meesters nog in 't bezit blijven hunner slaven, om hen in dien tijd geschikt te maken voor de vrijheid, om hun te leeren, hoe zoet de arbeid is en wel bovenal de kultuur van stapelproducten voor de Europeesche markt, om hen voor te bereiden, te leiden en op te voeden voor den nieuwen toestand, waarvan ze vijf jaren later 't genot zouden hebben. Maar men kent de uitkomst. De meesters waren slechte opvoeders voor de vrijheid, de slaven slechte en vooral zeer ongeduldige leerlingen, en men heeft de opvoedingsperiode tot de helft van den tijd moeten inkrimpen, niet omdat de opvoeding voltooid was, maar omdat de leerlingen en opvoeders elkander dood sloegen.

In Frankrijk daarentegen heeft men, in Februarij 1848, met een enkel regel schrifts de slaven vrij verklaard. En met welk gevolg? Eerst volgde natuurlijk de krisis, zoodat in 1848 de productie der koloniën tot een derde verminderde. Maar reeds in 1849 was er weder vooruitgang, en thans bedraagt de productie het dubbele van 't geen zij in 1847 was. Alleen Cayenne maakt hierop eene uitzondering, doch dit is toe te schrijven aan oorzaken, onafhankelijk van de emaucipatie.

En is het niet natuurlijk, dat de slaven voor de vrijheid niet kunnen worden opgevoed, ten zij men hun eerst de vrijheid schenke? Kunt gij ook zwemmen leeren vóór gij u te water begeeft?

Overigens komt ons oordeel over het boek van den heer HALBERSTADT overeen met dat van een onzer uitstekendste regtsgeleerden, die het in de volgende woorden uitsprak:

«Ik vind daarin zooveel originaliteit, naïviteit, malice, goedhartigheid, zaakkennis, gebrek aan vorm, ernst, satire en, ten aanzien van de gewigtige vraag, daarin behandeld, zoo veel waars en goeds, en, ten aanzien van de personen, zoo veel hards en bitters, zoo meêdoo-genlooze hekeling en zoo diep gevoel van humaniteit, dat ik, in weerwil van al hetgeen mishaaft, het werk niet anders dan prijzen kan, en, in weêrwil van al het belangrijke en nuttige, den schrijver niet vrij kan spreken van groote stoutheid. Van ganscher harte wensch ik, zonder het te durven hopen, dat het edel doel moge bereikt worden, om duizende van mishandelde en verdrukte natuurgenoeten van het schandelijke en door niets te regtvaardigen juk der slavernij te verlossen, eene slavernij, welke den meester meer onteert dan den slaaf.»

's Hage,

Dr. W. R. VAN HOËVELL.

5 Februarij 1857.

*Ontwikkeling van het Recht betrekkelijk de Kantongerechten*, door Mr. C. M. VAN DER KEMP, Kantonrechter te 's Gravenhage. Tweede veel vermeerderde en verbeterde druk. Rotterdam 1835.

Hoezeer wij door de vrijgevigheid des schrijvers, waarvoor hem thans bij vernieuwing onze dank zij gebragt, reeds in het voorjaar eenigzins met dit boekwerk waren bekend geworden, lag het eerst volstrekt niet in ons voornemen er verslag van te geven, veel min er eenig oordeel over te doen gaan. Niet slechts werd onze tijd in andere opzigten veelal in beslag genomen, maar ook hadden wij gaarne gezien, dat nu eens een ander genoegzame belangstelling in het vak toonde, en zich opgewekt gevoelen mogt, om zich met zoodanige taak betrekkelijk deze tweede uitgave te willen belasten. In eene beknopte beoordeeling toch der eerste uitgave, in eene van de afdeelingen der *Themis* 1848 welwillend opgenomen, hadden wij over zoo menig betwist en betwistbaar punt reeds onze meening geuit. En daar nu de schrijver, gelijk hij in zijne voorrede gul weg erkent, hier en daar van anderen en mijne bescheidene opmerkingen heeft partij getrokken, maar tevens elders bij eigene overtuiging, meestal op dezelfde gronden als toen ter tijd, nu is blijven volharden, meenden wij te minder, dat dergelijke taak nu gepastelijk van ons moest uitgaan.

In den loop van den zomer echter werd eenig verslag over deze tweede uitgave door de Redactie van dit geachte Tijdschrift bepaaldelijk van ons verlangd, en ons opgedragen. Na eenig beraad hebben wij nu ook gemeend ons daaraan niet te mogen onttrekken; onder voorwaarde, dat, zoo al geene eigenlijke beoordeeling geleverd wierd, alsdan een korter verslag mogt volstaan.

Daar wij het werk te laat hebben ter hand genomen, is eene aankondiging overbodig. Deze uitgave zal zulks

ook geenszins nu meer behoeven, nu het wel reeds in veler handen zal zijn, en het blijkbaar een vrij gezocht werk is, daar het toch, in weêrwil van het toenemend aantal werken over het Kantongeregt, eene nieuwe uitgave mag beleven:

Wij zullen ons dus veelal bij een beknopt verslag bepalen; meer behoeven wij niet te geven, en de weinige dagen, die wij aan eene gezette lezing en beoordeeling wijden kunnen, staan aan ieder denkbeeld van grootere uitvoerigheid en volledigheid bovendien geheel in den weg. Mogt een ander zich opgewekt gevoelen eene bepaalde recensie te leveren!

Op sommige punten zullen wij slechts des schrijvers oordeelvellingen bespreken, en wel meer bepaald over de eerste hoofdstukken, en over dat gedeelte des werks, dat over de strafvordering loopt. Gelegenheid en opgewektheid onthreken ons, om ons ten opzichte van het burger-regtelijke, voor het oogenblik althans, van dergelijke taak uitvoeriger te kwijten dan wij deden.

Met regt noemt schrijver onze oordeelvelling over zijne eerste uitgave *gunstig*. Want de niet weinige verschillpunten en soms ver uiteen loopende meeningen verhinderden niet, over het geheel een gunstig oordeel te mogen uiten. Zelfs in het door hem zich gestelde bestek heeft schrijver toen reeds een vrij volledig en naauwkeurig overzicht geleverd. Men mogt en mag, wil men billijk zijn, ook niet uit het oog verliezen, dat schrijver de ijsbreker was, en eene nieuwe baan opende. Uitvoeriger voorzeker is het werk van de WITT HAMER. Dan, zoover wij weten, ontbreekt hieraan nog altijd het tweede deel, de strafvordering en wat daarmede in betrekking staat, om zijn werk tot eene volledigheid te brengen, die wij in onze meer uitvoerige kritiek (*Nederlandsche Jaarboeken* XII, 2, blz. 368 enz.), en zeker menigeen met ons, hem en der wetenschap van ganscher harte toewenschten. VAN DER KEMP heeft ook nu weder



dit boven den anderen vooruit, dat hij in een beknopt bestek den ganschen omvang van het vak te beschouwen geeft.

In de tegenwoordige uitgave vindt men dezelfde ver-  
deeling, ja veelal zelfs letterlijk dezelfde bepalingen,  
ontwikkeling en beschouwingen terug, nu echter ver-  
rijkt met den schat van latere ervaring en regtspraak,  
met de wetten van Junij 1854, en met veel wat men  
vroeger miste. Zoo komt het werk weder meer op de  
hoogte des tijds, en voorziet nog beter in de behoefte;  
waarin dan ook de hoogere verdienste van deze, door  
schrijver met regt genoemde « *veel vermeerderde en ver-  
beterde* » uitgave voornamelijk is gelegen; terwijl boven-  
dien nog al van het werk van de WITT HAMER en van  
anderer en onze meeningen is partij getrokken.

Schrijver is blijkbaar iemand, die met liefde voor zijn  
vak, met hartelijken ijver voor zijne betrekking vervuld  
is. Het geheele werk draagt de blijken, dat hij de van  
den kantonregter gevorderde pligten zoowel als de hem  
toekomende regten over het algemeen diep gevoelt en  
goed begrijpt. En waarlijk, wanneer de zoo werkzame  
betrekking, welke schrijver thans bekleedt, nog tijd-  
ruimte en opgewektheid overlaat, om een werk van de-  
zen aard bij te houden, tot meerdere volkomenheid te  
brengen, en weder in het licht te geven, bewijst zulks  
wel, dat liefde voor zijn vak hem niet vreemd is, ter-  
wijl toch ook zoodanig eene veel omvattende, vaak on-  
dankbare, taak niet als geldwinning te beschouwen is!

Met genoegen stellen wij nu ook dit verslag ter neder.

Zoover wij hebben kunnen nagaan, is het werk nu  
veel gezuiverd van onnaauwkeurigheden. De indeeling  
bleef, zooals gezegd, dezelfde, en mogt dit, als gelei-  
delijk en duidelijk, ook blijven. En hoewel wij enkele  
punten van meer ondergeschikten aard ook nu gaarne  
anders hadden geregeld gezien (zie *Jaarboeken* II. II.),

op goede volgorde mag het o. i. alle aanspraak maken.

Na de inleiding worden drie hoofdstukken gewijd aan de zamenstelling, indienststelling, en bijzondere regten en plichten der Kantongeregten. Het vierde en voornaamste hoofdstuk loopt over derzelver eigenlijken werkkring, in strafzaken en in burgerlijke zaken, zoowel in als buiten proces. Het vijfde hoofdstuk, over de geldelijke voordeelen, besluit het geheel.

Bij de opgave der verschillende, tot ieder Kanton-geregt behoorende, gemeenten, meenen wij den schrijver te mogen vragen, of hij wel genoeg gelet heeft op de sedert de vorige uitgave bewerkstelligde combinatiën van gemeenten? — Zoo behoort, om maar iets te noemen, Middelburg niet meer tot het kanton Alphen, als zijnde met Reeuwijk (kanton Gouda) tot ééne gemeente vereenigd, en onder laatstgenoemd kanton gekomen, daar Reeuwijk de voornaamste plaats is, onder den naam van Reeuwijk. De 25 bladzijden vullende naamlijst is overigens, met verwijzing alsnu naar een besluit van den Due de Plaisance van 27 December 1810 en naar de wet van 28 April 1835 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 10), letterlijk overgebracht uit de vorige uitgave. Wij betwijfelen nog altijd de behoefte aan zoodanige plaatsroovende seriës in dergelijke werken; te meer daar nu en dan gemeenten vereenigd worden; waardoor de naauwkeurigheid toch op den duur vermindert; en verwijzen overigens naar hetgeen wij daaromtrent reeds in onze recensie van de WITT HAMER's werk (*Jaarboeken*, XII, 2, blz. 371) hebben in het midden gebracht. In plaats van art. 12 W. R. O., leze men in die derde paragraaf op blz. 31, art. 112 eodem.

Wij zijn meer met den schrijver dan met de WITT HAMER eens, dat namelijk eene akte, een vonnis enz., door eenen niet naar rangorde werkenden plaatsvervanger opgemaakt, daarom nog niet nietig is, noch vernie-

tigd kan worden. Wij zeggen het VAN DER KEMP na: «het publiek heeft met die rangorde tusschen kantonregter en plaatsvervangers niets te maken,» blz. 33. Maar daar de na vijf jaren herbenoemde toch altijd nieuw-benoemde is, en op nieuw beëdigd wordt, meenen wij veeleer met DE WITT HANER, dat, volgens art. 32 W. R. O., deze dan ook consequent als de jongst-benoemde moet worden aangemerkt, tegenover de anderen, die op hunne beurt ook weder wisselen, zoo zij herbenoemd worden. Schrijver zelf noemt toch eene herbenoeming eene *nieuwe* benoeming (zie b. v. ook blz. 47), met de gevolgen van dien. Dit in de meeste bepalingen, waar van periodieke aftreding sprake is, aangenomen beginsel, een beginsel van billijkheid, van goede orde, tot betere werkverdeeling enz. leidende, is o. i. dan ook in art. 32 W. R. O. aangenomen, en er zelfs niet onduidelijk in te lezen; hoezeer dan ook, ut supra, niet op pøene van nietigheid. Hiervoor is het punt niet belangrijk genoeg voor het algemeen, en in ieder geval bezit de plaatsvervanger toch zijn radicaal, en kunnen ook de justitiabelen onmogelijk geacht worden, de wettige rangorde altijd juist te kennen of te behoeven te kennen. Ook in de praktijk wordt nu en dan een jonger plaatsvervanger door den kantonregter aangesproken, niet alleen volgens onderlinge afspraak tusschen hem en zijne suppleanten, maar vooral ook als de oudste eens verder afwoont, als wanneer soms spoedvereischende werkzaamheden dadelijke voorziening eischen. Er ware op dit punt menige bladzijde vol te schrijven. Gelukkig, als de goede verstandhouding dergelijke regelingen en voorzieningen gemakkelijk maakt.

Het dunkt schrijver, dat de kantonregter den plaatsvervanger niet zoude kunnen verplichten, om te gelijker tijd met hem in eene verschillende zaak werkzaam te zijn (blz. 35). Dit geval kon zich echter zeer wel voor-

doen, indien b. v. de regter zelf de teregtzitting moet houden, en eene verzegeling geen uitstel gedooft. Dan toch kan het nuttig, ja noodig zijn, dat beiden te gelijk werken. Het is volstrekt geen casus non dabilis. Toch zegt VAN DER KEMP, dat de regter zijnen plaatsvervanger niet kan verplichten tot zoodanige dienstprestatie, «dewijl »er ingeval van gelijktijdige werkzaamheid geene plaats-«vervanging, maar eene te-hulp-koming bestaan zou.» Neen, evenzeer vervult hij nu bij die verzegeling, of welke andere gelijktijdige werkzaamheid ook, de plaats van den kantonregter als in ieder ander geval. Het al dan niet gelijktijdige doet er niets toe. Het is genoeg, dat hij datgene verrigte wat anders de kantonregter als zoodanig zoude doen. Van te hulp komen zoude slechts sprake kunnen zijn, indien de regter zijnen suppleant eens op de zitting kon noodig hebben, als assessor b. v. : maar onze wetten laten dergelijk iets niets toe, en doelen overal op eenen alleen-regter. Indien de kantouregter in het door ons gestelde voorbeeld zelf eens verkoos te verzegelen, en aan den plaatsvervanger de zitting overliet, dan ja zoude deze, wel niet mogen weigeren meenen wij, maar zich zeker met volle regt beklagen. Intusschen wij gelooven gaarne, dat zulks in de praktijk vrij wat eer een casus non dabilis mag heeten, dan het (altijd zeer mogelijk!) geval, dat regter en plaatsvervangers, deze laatsten meestal slechts twee in getal, door ziekte, afwezigheid, andere ambts-bezigheden, tegelijk verhinderd werden, en vinden evenmin als schrijver aanleiding dit als een casus non dabilis te beschouwen (zie blz. 34).

Onzes inziens is dus de plaatsvervanger verplicht in alle gevallen, des verlangd of noodig, op te treden, ten zij hij wettig verhinderd is (behoudens zijne bevoegdheid tot klagte natuurlijk, indien hij vermeent ten onregte te zijn geroepen geweest, of niet goed behandeld te zijn);

en niet slechts in dat uitdrukkelijke door VAN DER KEMP als uitzondering genoemde geval; al had daar de wet den plaatsvervanger met name niet genoemd, het sprak niettemin van zelf, dat een van beiden den eed moet afnemen (zie blz. 35, § 7 in fine).

Daarentegen kunnen wij ons met den schrijver wel vereenigen, als hij beweert, dat een plaatsvervangend griffier eens voor altijd (namelijk tot wederopzegging), kan aangesteld en beëdigd worden. De billijkheid brengt dit mede; het kan zeer nuttig zijn, terstond zoodanig een ambtenaar bij de hand te hebben, zonder nog eerst te moeten zoeken, benoemen, beëdiggen, verbaliseren; het zoude bezwaarlijk zijn wegens de kosten bij iedere nieuwe gelegenheid er eenen te vinden; en het is ook de gewoonte bij de kantongeregten, terwijl de wet zelve het ook o. i. geenszins verbiedt. Van al de redenen, die vereenigd tot eene bevestigende beantwoording der door schrijver gestelde vraag zouden leiden, noemt hij slechts deze op, dat er geen reden in de wet is, waarom het niet zou mogen geschieden. Eigenlijk is dit het resultaat zelf. Ook wij komen tot dit besluit, maar vooral op bovengenoemde gronden van presumpcie en nuttigheid, in verband tot de het in het midden latende wetsbepaling. Of dergelijke benoeming tot wederopzeggens is? Zeer zeker, naar wij meenen. De kantonregter mag vrij eenen anderen benoemen. De wet bindt hem hierin o. i. niet; hij wordt alleen daarin door redenen van moraliteit en conveniëntie gebonden.

Nieuw was ons de redenering, volgens welke art. 10 W. R. O. niet op Kantongeregten doelt. Men vindt haar op bl. 38. De schrijver is nu van zijne vroegere meening teruggekomen. Voor zijn beloog is, wij erkennen het gaarne, veel te zeggen, vooral nu wij VAN DEN HONERT hierbij vergeleken. En hiermede zou dan ook de zoo veelzijdig beschouwde vraag, of een plaatsvervangend

kantonregter met den griffier, een regter met een locogriffier, enz. in casu zitten mag, geheel vervallen, althans bij de Kantongeregten alle belang verliezen.

Dat de deurwaarder uit de voordragt gekozen moet worden, zijn wij met den schrijver (bl. 43) tegen zijne vroegere meening in, en dus met de Arrondissements-Regtbank te Assen, geheel eens. Eene *voordragt* is ook meer dan eene lijst van *aanbeveling*.

Wij kleven daarentegen meer schrijvers vroeger geuit gevoelen aan, dat eene gijzeling slechts door een ook ter plaatse der ingijzelingstelling bevoegden deurwaarder geschieden mag, en oordeelen de toen (bl. 42, 1<sup>e</sup> uitg.) daarvoor opgegevene redenen van meer gewigt, dan de nu voor de tegenovergestelde opvatting bijgebragte. Zijn verzwijgen toch thans van zijne vroegere meening, gepaard aan het nu alleen opnemen van het toen, ook door hem, bestreden gevoelen, zonder eenige refutatie, pleiten voor het vermoeden, dat hij thans, zoo al niet dat gevoelen voorstaat, althans er sterk toe overhelt (zie bl. 44).

Hoezeer het Reglement I bij Kantongeregten niet spreekt van eene *plegtige* zitting bij installatiën, en slechts rept van *voorlezing* enz., maakt schrijver o. i. die installatie echter wat al te eenvoudig, en zien wij voor ons zoo veel kwaad niet in eenige plegtigheid, zoo die ook hier, zonder overdrijving, maar gepast en met de gelegenheid in overeenstemming, wordt bijgebragt. Hoezeer toch de achting en eerbied, ook aan het Kantongeregt en deszelfs ambtenaren verschuldigd, boven alles uit regtspraak, behandeling van zaken, en persoonlijk gedrag, en dit zal wel op ieder regtscollegie toepasselijk zijn (hoezeer vooral de individualiteit en solidariteit bij een Kantongeregt, dit niet het minste op die Regtbank van toepassing maakt), ontspruiten moeten, niettemin is, althans bij bijzondere gelegenheden, iets meer dan de gewone routine, eenige opluistering of hoe men het ook

noemen wil, ook hier niet geheel te verwerpen, maakt goeden indruk, en (wij zeggen niet *schenkt*) maar verhoogt toch in zekere mate de achtbaarheid in den kring der jurisdictie. Het reglement verbiedt zulks o. i. ook in het geheel niet. Het vordert alleen wat vereischt wordt, het overige moge, met mate en gepast bijgebracht, ieder geregt en regter naar omstandigheden en behoefte regelen. Zoo kunnen wij niet aannemen, dat eenige kernachtige, hartelijke en korte toespraak en beantwoording in strijd zouden zijn met het reglement, zooals VAN DER KEMP meent. Iets anders is het met de aan zoodanige plegtigheden wel eens gegevene publiciteit. Buiten het ressort van het kantongeregt zal toch die vermelding meestal van te weinig belang zijn, om het grootere publiek te boeijen. Dat een nog niet gefungeerd hebbende zich zelve installere, en de plaatsvervanger slechts t' huis blijven zou, of dat de te installeren regter niet eens de zitting zoude bijwonen, zouden wij niet durven aanbevelen, en strijdt ook met het doorgaand gebruik. Overigens volharden wij bij onze vroeger geuite en ontwikkelde meening (Zie *Ned. Jaarboeken*, II. bl. 372 en 373) dat, hoezeer het zeker voegzamer is dat de beëdigde zijne installatie afwachte, hij echter vóór dezelve regtens mag fungeren. Beëdiging vult de benoeming aan, door wettelijke geloofwaardigheid bij te zetten, en dus een waarborg te meer te schenken, is in één woord iets wat de zaak zelve, le fond, raakt: installatie is slechts een punt van orde en van vorm.

Onze in *Themis* 1848, uit het Reglement II bij analogie en inductie afgeleide meening, dat de griffier aanspraak heeft op den titel van Ed. Achtb., is noch door DE WITT HAMER, noch thans door VAN DER KEMP wederlegd. Schrijver echter neemt thans de mogelijkheid eener slordigheid van redactie van dat artikel aan, niet anders beweerden wij juist. Maar schrijver blijft aan de

letter hechten. Intusschen, de geheele quaestie is te nietig, om er, bij eenig blijvend verschil van gevoelen, lang en breed over te redekavelen. Het pro en contra is beiden o. i. ook vrij wel uitgeput. Nooit zal men echter aan schrijver kunnen toegeven, dat een ambtenaar van het Openbaar Ministerie, als zoodanig fungerende, slechts burgemeester of commissaris van politie is, zonder deel van het Kantongeregte uit te maken, dat is, zonder er deel aan te hebben of er toe te behooren. Neen, daar is hij juist geen burgemeester of commissaris, daar verlegengewoondigt hij slechts het Openbaar Ministerie, gelijk dan ook b. v. de requesten om gratie door den procureur-generaal bij het Gerechtshof, om berigt, consideratiën en advies, steeds verzonden worden aan «het kantongeregte», welk berigt juist door het Openbaar Ministerie wordt opgemaakt, en ingediend aan den kantonregter, die het met zijn gemotiveerd advies inzendt. Bovendien, het kan ook de handhaving eener keur van eene andere gemeente, ja eene wet betreffen. Had iedere gemeente nog haar eigen politiegeregte, ja, dan ware er welligt nog eer iets voor schrijvers meening te zeggen in sommige gevallen.

Niet wegens het verpligt wonen in het kanton, maar om den aard zijner betrekking, mag de kantonregter niet buiten het kanton fungeren (zie bl. 50).

Waarom de kantongeregten, dat is ook de regter, ambtenaar en griffier qua tales afzonderlijk, alleen van de voor de regterlijke magt overigens gunstige bepalingen zijn uitgesloten, en niet altijd onder gesloten couvert mogen corresponderen met alle ambtenaren, is ons met schrijver en menig ander een raadsel, of laat ons liever zeggen, is eene onverdiende uitzondering; raadselachtig toch is de oplossing eigenlijk niet, maar de veronderstelde en bij die beperking ten grondslag liggende verdenking en wantrouwen, noemen wij met schrijver eenigzins



vernedereud. Dat zij lager in rang staan dan de overige regterlijke ambtenaren, maakt dat hen minder vertrouwd op het punt van eerlijkheid en naauwgezetheid? En hierop komt het hier toch slechts aan. Het is wel is waar bekend, dat ook burgemeesters veelal onder kruisband moeten corresponderen, maar, zonder dit te verdedigen, is het punt in quaestie hiermede niet te vergelijken; want hier is slechts sprake van eene uitzondering op het overige der regterlijke magt, en men mag blijven vragen: waarom toch die uitzondering? (zie blz. 54).

En zoo zijn wij ongemerkt tot den hoofd-inhoud, den werkring der kantongeregten, genaderd. Daar ons slechts enkele dagen voor het opmaken van dit verslag, waarmede wij toch reeds eenigzins ten achteren zijn, overbleven, moeten wij ons hier bekorten.

Wij blijven oordeelen, dat onder het generieke woord *misdrijven* ook *politie-overtredingen* bedoeld worden; b. v. ook wederin de wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 102), art. 20, in verband met het opschrift; zoo ook in art. 3 en 11 W. Sv.; waarin (ook volgens VOORDUYN) *misdrijf* de algemeene benaming is; even zeer als in art. 130 (waarin schrijver, om zijne onderscheiding vol te houden, zie blz. 76, op den duur het in de wet niet te vinden woord: *overtreding* invoegt). Ook werd in de lessen over het Wetboek van Strafvordering, die wij bijwoonden, de meest algemeene zin aan de uitdrukking MISDRIJF gehecht. Wij stemmen schrijver wel toe, dat de wet zich zelve niet overal gelijk bleef (blz. 55 v. o.); doch die uitzonderingen bevestigen den regel; en evenzoo bewijst eene nu of dan insluipende inconsequentie de consequente of logische opvatting, welke eene zaak of uitdrukking toch doorgaans vereischt. Met die uitdrukking van «*zich niet gelijkblijven*» veroordeelt schrijver onzes erachtens dus zijne eigene verdeeling van misdrijven in misdaden en wanbedrijven. (Zie verder *Themis* II.).

Evenzeer houden wij vaster dan ooit aan onze toen mede geuite meening, dat ons strafstelsel, bijzonder waar het de bepaling van 's kantonregters exceptionnele regtsmagt geldt, geene *arbitraire correctie* meer kent of erkent. Schrijver tracht zijn gevoelen, dat wel degelijk die *arbitraire correctie* nog toepasselijk is, hiermede te verdedigen, dat de kantonregter dan slechts moet zorgen zijne algemeene bevoegdheid van zeven dagen niet te buiten te gaan. Thans zoude men kunnen vragen, of hij niet tot ééne maand mag gaan? Hoe dit zij, men maakt zoo doende altijd eene *arbitraire correctie* tot eene niet-*arbitraire*; en die geheele onderscheiding komt ons voor, zelve vrij *arbitrair* te zijn. (Zie verder *Themis* II.).

Onzes erachtens is er vrij wat meer te zeggen voor 's kantonregters bevoegdheid om *amotie* enz. te bevelen; hetwelk ook geene *straf* daarstelt; en dus ook voor 's regters onbevoegdheid, om de *straf* van sluiting eener herberg te bevelen (blz. 58 en 59); waarin wij schrijvers oordeel kunnen bijstemmen; onverschillig of de verordening de sluiting voor goed of voor een tijd bepale. Ook komt ons de *casu quo* bevolene sluiting voor goed evenzeer eene straf voor, als de tijdelijke, ja eene ergere dan deze, en zien wij er dus vrij wat meer in, dan een maatregel van politie; hoedanige ook niet van den regter of bij vonnis kan uitgaan; of dan een noodwendig gevolg van het vonnis, zoo als b. v. eene bevolene *amotie*, enz. Deze laatste toch is soms noodig ad in *integrum restituendum*, om eene belemmering te doen ophouden, om te herstellen wat onregtmatic geschied is. Het beroep van herbergier is in se wettig: straf is het, bij vonnis te verbieden, dat in zekere herberg of hoe ook uit te oefenen, maar eene demolitie of *amotie* veronderstelt iets in se onwettigs, waar tegen de zaak in vorigen normalen stand te herstellen is.

Met genoegen zagen wij schrijver thans tot 's Hoogen Raads oordeel (dat ook ons gevoelen is, zie *Themis* 1848 II.) toe-

treden, dat namelijk de bedreigde verbeurdverklaring het vonnis beroepbaar maakt. Intusschen, die toetreding is aegerrime en schoorvoetende verkregen, blijkens hetgeen volgt: «*en zulks uit hoofde het zonderlinge*, dat, terwijl de wetgever de straf der verbeurd-verklaring van eenige «voorwerpen niet heeft willen medegerekend hebben ter «bepaling der bevoegdheid in het algemeen, hij eene tegen- «overgestelde meening, zonder haar met ronde woorden «uit te drukken, zou gehad hebben ter bepaling der «beroepbaarheid.» Deze zinsnede ware onzes inziens beter achterwege gebleven. Zonderling is het volstrekt niet. Ook art. 56 bepaalt iets dergelijks. Alleen is de *hoogere* of *andere* straf van art. 44, daar verduidelijkt door *hoogere* straf, *zonder gevangenis of verbeurdverklaring*. Behalve uit de reeds door ons vroeger genoemde, blijkt ook nog uit art. 464 Strafrecht, 207 n<sup>o</sup>. 4, vooral 257 Strafvord., enz., dat verbeurd-verklaring eene straf is. Het is niet zonderling, maar zeer verklaarbaar, dat die bijkomende straf niet medewerkt tot bepaling van bevoegdheid. Hier geldt de regel: *accessorium sequitur principale*. Maar evenzeer verklaarbaar is het, dat, zoodra de bedreigde straf eene zekere boete te boven gaat, diezelfde verbeurd-verklaring wel medewerkt tot daarstelling der beroepbaarheid. Hier toch is het ook een waarborg te meer voor den justitiabele. En de ratio legis voor de bepalingen van art. 44 W. R. O. is volmaakt dezelfde als die voor de bepalingen van art. 56.

Bij de lezing der 28ste § (blz. 67) merken wij op, dat een veldwachter wel degelijk ook, — ja meestal, — in de kom der gemeente surveilleert, en dus ook wel andere dan overtredingen te velde constateert. Ja in de meeste gemeenten ten platten lande is meestal geen ander agent van politie dan een veldwachter aanwezig, om voor de orde en veiligheid, en wel *doorgaans* in den bebouwdten kring van het dorp, te waken; waar dan

ook zijne tegenwoordigheid in den regel nog meer vereischt wordt dan juist daar buiten en te velde, hoezeer de benaming dit laatste mogt doen vermoeden. Art. 19 Strafv. zegt wel, wat *voornamelijk* tot zijnen werkkring behoort of zou moeten behooren, maar sluit daarmede het overige niet uit, zooals bovendien de instructiën en praktijk dit nog nader hebben ontwikkeld ter voorziening in de behoefte. Van Rijksveldwachters, maréchaussées en hulpmaréchaussées is hier geen sprake. In verreweg de meeste gemeenten bevinden die zich ook niet of slechts tijdelijk. (1)

Wij kunnen ons zeer wel met schrijver vereenigen, als hij aanteekeent, dat de kantonregter het mandaat tot maximum-betaling der boete voor *gezien* teekent, «*zoo hij alles in orde vindt.*» (bl. 68). Dus niet slechts als hij oordeelt, dat er overtreden *is*, zooals ook volgens schrijver de Hooge Raad besliste, maar ook als hij in het reine is op het punt der straf. Wat, zoo een kantonregter de visering ongegrond blijft weigeren? Dan zijn wij het met schrijver (bl. 116) eens, dat de weg tot cassatie openstaat.

Indien de straf is geldboete, en hij onvermogen, nalatigheid of onwil, gevangenis, kan dan de bekeurde met de maximum-betaling vrijkomen? Welligt is het tegen de letter der wet in; maar niettemin gelooven wij zulks. Ook beloopt de delinquent aldus de hoogste door de wet enz. gewilde straf op het feit zelf. De geldboete toch is eigenlijk op het feit zelf bedreigd, de gevangenis eerst op het niet tijdig voldoen dier boete, en dus subsidiair eerst op het feit. Ook is zulks in de praktijk regel; en waarlijk, het is niet meer dan billijk. De bekeurde is nu immers volkomen bereid te boeten, ja soms vrij wat meer te voldoen dan het vonnis hem anders had opgelegd. Als het maximum het bedreigde minimum veel

(1) Tijdens het afdrukken dezes werden echter reeds vele veldwachters ook tot Rijksveldwachters bevorderd; en wordt hiermede voortgegaan.

te boven gaat, zal de bekeurde trouwens meestal een proces en vonnis verkiesen. De wet heeft in art. 254 Strafv. den bekeurde blijkbaar eene gunst willen toestaan, waar de zaak en de bedreigde straf niet belangrijk genoeg zijn om zulks te beletten, en tevens aldus processen wenschen te voorkomen, gelijk de ondervinding leert, dat ook veelal door de gunstige bepaling van art. 254 het geval is. Het doel der strafbedreiging is nu ook door de betaling der hoogst mogelijke boete bereikt; de straf is geleden. Vervolging, publiek proces, veroordeelend vonnis, proces-kosten, behooren toch niet als expiatoire straf, als mededoel, beschouwd te worden, maar zijn in den regel slechts onvermijdelijke middelen ter juiste bereiking van het doel zelf, de straf. Kunnen die nu of dan voorkomen worden, vooral in nietige zaken, zooveel beter. Hing men nu te veel aan de letter, tegen de blijkbare bedoeling in, dan ware die gunstige bepaling voor verreweg de meeste gevallen als niet geschreven te beschouwen, daar toch ook volgens de nieuwe gemeentewet, de casu quo subintrerende gevangenis algemeen gemaakt is. En dit laatste heeft ook de wetgever in art. 254 niet kunnen vooruitzien. Wij zijn het dus in substantie met den schrijver ten deze geheel eens, zooals ook met de aldaar gemaakte zeer rationnele onderscheiding (bl. 69); want zoo de regter de keus heeft tusschen gevangenis en boete, al naar de omstandigheden, mag de maximum-betaling de in zoodanig geval soms veel raadzamer gevangenis niet eluderen. Een vonnis schijnt alsdan noodig te zijn, om regtens uit te maken of boete volsta, dan of gevangenis moet beloopt worden.

In § 30 (bl. 70) is schrijver van oordeel, dat bij voor den kantonregter te behandelen wanbedrijven eene voorloopige instructie kan plaats hebben, volgens art. 79 Strafvordering. Maar hoe dan? Regter-commissaris, rapport, enz. ontbreken hier geheel. Wij komen dus niet slechts

met VAN DER KEMP tot het besluit, dat het Openbaar Ministerie zulks weinig of nooit vorderen zal, maar wij gaan verder, en vermeenen dat geene instructie hier kan of mag plaats hebben, daar toch de artt. 55, 83, enz. alleen op de Arrondissements-Regtbank doelen, en de wetten van 1854 bij het zamenstellen van dat Wetboek niet te voorzien waren. Art. 81 zegt, dat in politiezaken geene instructie plaats heeft, blijkbaar om de geringheid der zaak niet slechts, maar ook om het bezwaar waar slechts één regter aanwezig is. Dit laatste vooral (dikwijls echter ook het andere) geldt nu met vollen nadruk in zake van kantongeregtelijke wanbedrijven. Zelfs bij gewone correctionnele zaken is de instructie bij de behandeling der zaak voor de Regtbank niet strikt noodig (art. 79), want *deze* alleen voorziet dat artikel. En meermalen wordt die natuurlijk aldaar nagelaten. De wetten van 1854 geven evenmin aanleiding tot de veronderstelling der mogelijkheid eener instructie voor een Kantongeregt, welke ook onuitvoerlijk ware. De schrijver kan toch niet eene instructie in talibus hetzij door den regter-commissaris in de Regtbank, hetzij door een plaatsvervangend kantonregter bedoelen? Zoodanige vreemde bedoeling kunnen wij niet aannemen.

In zake eener politie-overtreding, waartegen gevangenis bedreigd is, (welligt echter niet als subintrerende straf?) begaan door een regterlijk ambtenaar van of bij de kantongeregten, heeft echter wel eene voorloopige geregtelijke instructie plaats, volgens art. 262, in verband met art. 267 Wetboek van Strafvordering. Deze bepaling is imperatief en algemeen. Maar nu geschiedt dan ook de instructie voor het Hof, waar de zaak zelve uitgewezen wordt. Deze uitzondering op den regel is aan schrijver in § 30, bl. 70 v. b., ontgaan.

Ook wij zijn met schrijver van oordeel, dat het verzuim van vermelding der wijze, waarop gedagvaard is,

het exploit nietig maakt. Wij zouden de reden daartoe vinden in de imperatieve bepaling van art. 224 Strafverordering zelf: «alles op straffe van nietigheid», dus ook de beteekening op eene der bij de wet omschrevene wijzen, welke gebezigde wijze wel niet anders kan blijken, dan uit het exploit zelf, zooals ook behoort, en gelijk het ook een der essentiële vereischten o. i. van eene dagvaarding daarstelt.

Wanneer de beklaagde zich op eene min duidelijke dagvaarding, of zelfs op eene, die met deze of gene blijkbare fout in eene precise omschrijving bezet is, niettemin verdedigt, met genoegzame kennis der bedoeling, en van het door hem gepleegde feit, in dit geval zouden wij veeleer 's Hoogen Raads vroegere wetsopvatting en jurisprudentie volgen, dan de latere van dit regtscollegie, en dus de nietigheid der dagvaarding alsdan niet ligt uitspreken, ten zij het een geheel ander feit wierd, als wanneer de vernietiging van zelve volgen moet. Maar in het eerste nu en dan voorkomende geval geeft de beklaagde door zijne verdediging duidelijk te kennen, dat hij weet waarvoor hij te regt staat, en waarop hij zich verdedigen moet, zonder over verkorting van verdediging te klagen. Daar de wet zelve slechts in vago spreekt van «eene opgave van het feit», geene requisiten aangeeft, en blijkbaar in ieder voorkomend geval het aan den regter heeft willen overlaten, of in de daad de gedaagde uit zijne dagvaarding genoegzaam voldoende heeft kunnen weten, waarvan hij beklaagd, waarvoor hij in regten geroepen wordt, — zoo meenen wij, dat ook het belang der goede regtsbedeeling, in geval eener min duidelijke, of zelfs min juiste dagvaarding, niet overwegend de vernietiging vordert, zoo beklaagde zelf die als voldoende aanneemt. Eerst het vonnis stelt vooral de regtsbedeeling daar. En wanneer nu beklaagde zich *in casu* verdedigt, de inhoud der dagvaarding

verduidelijkt (niet veranderd, noch zelfs aanmerkelijk gewijzigd) wordt door publiek onderzoek en debat, en de regter zulks in het vonnis kan aantonen, is in zoo verre, onzes erachtens, aan de goede regtsbedeeling niet te kort gedaan. De latere opvatting van den Hoogen Raad zoude, vreezen wij, veeleer onwillekeurig allerlei chicaneuse uitvlugten en exceptiën in de hand kunnen werken; en die bemoeijelijking van vervolging, regts-handel en regtspraak kan de wet niet gewild hebben. Het vitten op kleine verzuimen in dagvaardingen werkt de goede regtsbedeeling niet in de hand, maar werkt haar tegen. Deze bestaat toch hoofdzakelijk niet in de vormen, maar in de behandeling en uitwijzing der zaak zelve. In strafregtsvordering zijn de vormen aan de zaak ondergeschikt. Als nu gedaagde zelf de dagvaarding duidelijk genoeg vindt, en zich van allerlei uitvlugten en exceptiën onthoudt, dan dunkt ons, dat de regter ambtshalve geene aanleiding heeft, om die op te sporen en het proces meer te bemoeijelijken dan de beklaagde zelf. Ook moet hem, die overtreding pleegde, zelfs wanneer hij zich op zekere onduidelijkheden in eene dagvaarding beroept, als hij slechts uit de dagvaarding weet waarop zich te moeten verdedigen, de weg tot uitstel eener einduitspraak niet te gemakkelijk gemaakt, noch hem ligtvaardig de voldoening eener vernietiging van het werk van het Op. Min. geschonken worden. Is hij schuldig, welnu, dan verdient hij straf. Is hij onschuldig, dan heeft zijne onschuld veel meer belang er bij, dat zulks bij het vonnis uitgemaakt worde. Bij gebrek aan bewijs voor of tegen, geldt dit natuurlijk minder. Hoe het zij, de wetgever heeft blijkbaar het bezwaar voorzien of althans gevoeld; eene volkomene en in allen deele meest juiste opgave van het feit niet uitdrukkelijk willen vorderen; aan de ervaring der praktijk de ontwikkeling van het begrip liever willen overlaten: en aan de pru-



dentie en discretie des regters en een gemoedelijk uitgeoefend arbitrium judicis vrijgelaten, in ieder geval de juiste grenzen van genoegzaam of niet genoegzaam duidelijke dagvaarding nader aan te wijzen, mits de dagvaarding slechts altijd behelze «opgave van het feit;» zoo als trouwens van zelf in het oog loopt. Evenzeer is het in de praktijk niet zelden aangenomen, dat vergissingen in naam, dag, enz., wanneer deze het eenvoudig karakter van vergissingen dragen, als beklagde er geen ander belang dan *uitstel* bij kan hebben, of er zich niet op beroept, de dagvaarding niet ligt aan nietigheid blootstellen.

Dat overigens, bij aanneming eener exceptie (als bovenbedoeld is, wel te verstaan), vernietiging der dagvaarding, en geenszins vrijspraak, moet volgen, zijn wij met schrijver geheel eens. Vrijspraak toch kan alleen te pas komen, wanneer na voldoende onderzoek de schuld of onschuld aan het aan beklagde ten laste gelegde feit niet is te bewijzen, na eene als voldoende aangenomene dagvaarding, op welke is voortgeprocedeerd, en op welke men, na de volledige behandeling der zaak, tot dat eindbesluit moet komen.

Eene verbetering in deze tweede uitgave is het, wanneer schrijver nu vrijlaat en zelfs aanraadt, hetgeen hij in zijne vorige uitgave betwistte, meerdere feiten, door één persoon gepleegd, in één exploit op te nemen en te gelijk aan te brengen, te behandelen en af te doen (zie blz. 76).

Indien verschillende personen bij één exploit zijn gedagvaard, maar de regter, terstond of bij onderzoek, de overtredingen niet-zamenhangend oordeelt, moet hij dan, zoodra hij het bemerkt, de vernietiging der eenige dagvaarding uitspreken, met dien effecte, dat daarmede die zaak (natuurlijk behoudens nieuwe gescheiden dagvaarding) nu geeindigd is; of moet hij de zaak bij in-

cidenteel vonnis tot twee of meer zaken scheiden, zoodat er op die ééne dagvaarding nu twee of meer behandelingen (als de regter de nonconnexiteit tijdig bespeurde), en althans twee of meer vonnissen volgen moeten? Veel is er voor het eene, veel voor het andere te zeggen; en de rechtspraktijk is op deze punten uiteenlopend. Schrijver schijnt de vraag niet te behandelen.

Ad § 34, bl. 77. De bijzonder gevolmagtigde kan toch immers ook een *mondeling* daartoe gemagtigde zijn? Wij meenen van ja. Vroeger heette hij *fondé de procuration spéciale*, zoowel als thans *bijzonder* gevolmagtigde. Eene magtiging *ad hoc* is dus altijd noodig; *schriftelijk* wordt zij o. i. echter niet gevorderd. De gedaagde kan vrij opkomen, en dan verklaren, een met zich gebragten persoon, die zulks aanneemt, met zijne verdediging enz. te belasten. Wil de regter hem-zelfen niettemin ook in persoon hooren, welnu art. 226 Strafv. geeft hem daartoe de bevoegdheid.

Wij erkennen met schrijver, dat de lastgever eene bekentenis, door den lasthebber afgelegd, niet mag intrekken; intusschen zal dit wel alleen op het geval doelen, dat het tegendeel niet uit zijne (mondelijke of schriftelijke) volmagt is af te leiden. Belast hij toch een ander, om hem bepaald te verdedigen, alles in zijn belang te doen wat slechts geoorloofd en nuttig is, al voegt hij er dan geen protest van onschuld bij (als wanneer onze onderscheiding nog sterker in het oog springt), dan is hij onzes inziens later wel degelijk gerechtigd, tegen eene door den gevolmagtigde afgelegde bekentenis op te komen; als hebbende deze dan niet slechts het mandaat geëxcedeerd, maar er welligt lijnrecht tegen in gehandeld. Dat de regter echter in zoodanig geval door alle andere middelen regtens zijne overtuiging mag vestigen, mits hij daaronder slechts geene bekentenis, als welke dan ook noch van, noch regtens namens beklagde

is uitgegaan, opneme, spreekt trouwens van zelf. Het bovenbedoelde hooren van beklaagde in *persoon*, kan in zoodanig geval soms zijn groot nut hebben, ter beko- ming van genoegzaam bewijs, of ter versterking van 's regters overtuiging, of al ware het ook slechts ter betere appreciatie der moraliteit van het feit en ter bevordering eener juistere straftoemeting, bij relatief-arbitraire straffen.

Ook daarom moet de regter gedaagde zijnen ouder- dom afvragen, opdat het hem, ingeval van twijfel, blijke, of art. 66 enz. Strafrecht in de daarbedoelde gevallen soms toepasselijk kan zijn. Is de regter ook dan nog niet genoeg verzekerd, dat een beklaagde zich niet jonger voordoet dan hij is, of weet een jeugdige blijkbaar 15 à 17jarige beklaagde zijnen juisten ouderdom niet op te geven, noch kan zulks door geloofwaardige getuigen den regter duidelijk genoeg gemaakt worden, dan zal een extract uit de registers van den burgerlijken stand, of bij gebreke daarvan eene akte van bekendheid, den twij- fel dienen op te helderen. Waar schrijver als in § 35 spreekt van het doel en de middelen om zich van de identiteit te vergewissen, mogt o. e. dergelijke opmer- king evenmin ontbreken; vooral ter suppletie van het «daardoor,» op blz. 77 v. o. Want ook op het punt van den juisten leeftijd moet de regter zich zoo na mo- gelijk vergewissen, vooral waar het twijfelachtig is en waar toch de leeftijd van invloed kan of moet zijn op de straf.

Wij vermeenen, dat *alle* verbalen en rapporten, (zie bl. 78) moeten voorgelezen worden, onverschillig of zij op den ambtseed zijn of konden of moesten zijn opgemaakt. De wet onderscheidt niet, en de lezing heeft in ieder geval hetzelfde nut, terwijl ook het pu- blik op deze openbare zitting regt heeft ook door dergelijke lezing meer op de hoogte der zaak gebragt te worden, en het voor beklaagde zelve een waar-

borg te meer oplevert. Of de regter zelf op het stuk alleen of gedeeltelijk al dan niet eene veroordeeling kan gronden, doet tot het nuttige der lezing o. i. niets af. Overigens is het duidelijk, dat al wat geen eigenlijk proces-verbaal of verslaggeving daarstelt, vrij ongelezen mag blijven, en dat bijzonder de, hier en daar gebruikelijke, voorlezing der dagvaarding niet bij de wet bedoeld is.

Wij kunnen ons zeer goed vereenigen met schrijvers beschouwingen, ter zake van wraking en verschooning eens kantonregters (§ 36, bl. 79). Bovendien volgt, onzes erachtens, te meer uit de analogie der beginselen waar het burgerlijke zaken geldt (zie art. 40 en 41 Regtsv.), dat ook in strafzaken de kantonregter zich verschoonen kan. Want hoezeer men in den regel niet van regts- tot strafvordering redeneren kan, gelden hier voor beiden dezelfde redenen, en het Wetb. van Strafv. verbiedt dergelijke verschooning geenszins. Voor art. 350 op bl. 79, leze men 359.

De 37ste § over exceptiën is nieuw, en als eene belangrijke aanwinst te beschouwen. In de vroegere uitgave waren in § 34 slechts enkele woorden aan dit onderwerp gewijd.

Ad § 39. De niet verschenen behoorlijk gedagvaagde getuige *kan* niet slechts, maar *moet* tegen de nadere zitting opgeroepen worden. De *medebrenging* kan o. i. niet zonder daartoe strekkend bevelschrift van den regter geschieden.

Wij zijn (zie bl. 86, § 41) eer van meening, dat bij opkomende schorsing, b. v. in geval van verdenking van valsch getuigenis, of van noodzaak tot het hooren van nieuwe getuigen, de eenmaal gehoorde getuigen, wettig gehoord zijnde, als grondslag kunnen strekken tot beoordeeling, en dat dus het regtsgeding later slechts worde *voortgezet*, niet van nieuws af begonnen. Er is

toch dikwijls geen reden, het eenmaal verrigte als geheel ongedaan te beschouwen; en de wet schijnt, o. i., zulks ook geenszins te verbieden. Want, hoezeer art. 219 Strafv. beveelt, dat na den aanvang van het getuigenverhoor het geding onafgebroken voortga, spreekt het als van zelf, dat er, zoo als hier, wettige uitzonderingen op dien regel *kunnen* zijn, hoezeer de wet die niet, als in al. 2, met name noemt. En dat een opgeworpen praejudiciël, een vermoeden van valsheid enz. wettige redenen van schorsing kunnen zijn, loopt in het oog. De wet zelve noemt ook alsdan het uitstel eene *schorsing*. Dit woord bewijst, o. i., te meer, dat art. 219 nog meerdere uitzonderingen tellen kan, dan die van behoefte aan *rust*, zoo als ook in den aard der zaak schijnt te liggen. Blijkbaar voorziet de wet hiermede (in art. 219) in eene uitzondering bij den *gewonen* loop van een proces, eene uitzondering, die vooral bij Hoven zeer ligt kan voorkomen. Hier echter (art. 181, 195, 203) is sprake van eenig belangrijk incident, iets buitengewoons. Zoo menigmaal gaat de wet ook iets met stilzwijgen voorbij, dat reeds van zelf genoeg in het oog loopt, en in den aard der zaak zelve ligt opgesloten. Zoo zijn wij het, juist ook hierom, volmaakt met schrijver (op blz. 87) eens, dat de griffier, evenmin als de ambtenaar van het Op. Min., tot tolk benoembaar is. Het zoude geene houding hebben, verwarring kunnen veroorzaken, en bij den laatsten vooral ook aan partijdigheid kunnen doen gelooven. Ook is het *re ipsâ* moeilijk bestaambaar met de gelijktijdige waarneming hunner betrekkingen.

Onzes inziens strijdt het volstrekt niet met de bepalingen der Grondwet, wanneer een getuige (zowel in burgerlijke als in strafzaken natuurlijk) een eed of eene belofte moet afleggen, in één woord volgens zijne godsdienstige gezindheid, dat is gezindte, moet zweren, enz. Hierin is schrijver (blijkens blz. 91) het echter bepaald

oneens met de uitspraak van den Hoogen Raad, met het algemeene gevoelen, en met dat van DE WITT HAMER (zie aldaar blz. 228). Op schrijvers vraag, blz. 91 v. o., antwoorden wij voor ons zonder aarzeling bevestigend, voor zoover de bedoelde persoon namelijk lid van eenig kerkgenootschap is.

Met schrijvers meening, dat een reeds gesloten onderzoek om overwegende redenen weder mag geopend worden, en met de daarvoor opgegevene redenen, kunnen wij ons zeer wel vereenigen (blz. 96, § 50).

In § 51, blz. 99—101, valt eenige tegenstrijdigheid in betoog niet te ontkennen. Schrijver zegt toch eerst: «moet hij (de regter) vooral letten op de verbindende «kracht der ingeroepene of andere toepasselijke verordening. Het is door de uitspraken van den Hoogen «Raad en van andere regterlijke collegiën als vaste regtsleer aangenomen, dat het den regter voegt te beoordeelen, of een lagere wetgever niet soms buiten de «palen zijner bevoegdheid gegaan en binnen die van «eenen anderen of hoogerem wetgever getreden is;» enz. Dan laat hij er terstond op volgen: «Doch, of «schoon ik gaarne toegeef, dat voor zulk eene algemeen «erkende regtsleer alle bijzondere tegengestelde gevoelens behooren te wijken, mag ik toch niet ontveinzen, «mij uit volle overtuiging daarmede niet te kunnen vereenigen.» Dan volgt het betoog zijner eigene overtuiging, waarin hij zich soms zeer sterk uitslaat, b. v.: «de regter (die namelijk onderzoekt wat schrijver boven zijn onderzoek en beslissing hier verheven acht) «zondigt tegen art. 11 Alg. Bep.» enz. «Ook de Grondwet «is, dunkt mij, met die regtsleer in strijd,» enz. «En «tot welke ongerijmdheden en moeilijkheden kan zulk «eene regtsleer bij geleidelijk doorgezette redenering «niet voeren?» Maar dan weder laat hij er een betoog op volgen, dat weder afbreekt wat hij zoo even opbouwde.

« Evenwel, ten einde de eigenlijk gezegde wetten tegen « dergelijke bedenkingen van strijdigheid met de Grondwet « en Heilige Schrift te waarborgen, schijnt in art. 115 « der tegenwoordige Grondwet de bepaling gevoegd: de « wetten zijn onschendbaar; eene bepaling, die anders « geenen redelijken zin heeft, en bij tegenstelling be- « doelt, dat Kon. besluiten, provinciale, plaatselijke en « andere verordeningen wel degelijk schendbaar zijn, « d. i. straffeloos mogen geschonden en door den regter « (let wel) niet mogen toegepast worden, zoo hij ze met « de wetten in strijd oordeelt.» Hier betoogt hij dus juist het grondwettige van hetzelfde, wat hij zoo even als ongrondwettig veroordeelde.

Wij voor ons zouden ons met het eerste en laatste, geenszins met het tweede dezer met elkander onbestaanbare gevoelens vereenigen. Art. 11 bewijst hier niets. Het bepaalt volstrekt niet, dat de regter, die b. v. eene keur aantreft, welke hier of daar met eene wet strijdt, niettemin *in casu* die keur moet toepassen; maar eenvoudig, dat hij niet mag vragen of beoordeelen, of die nu eenmaal voor wettig aangenomene, en als wettige *in casu* toepasselijke keur, billijk of onbillijk, nuttig of schadelijk, wijs of dwaas, goed of slecht is, of zij al dan niet, en in hoeverre zij, innerlijke deugd en waarde bezit; dit alles is aan den wetgever verbleven; want dit alles betreft de innerlijke waarde of billijkheid der wet, keur, enz.

Ook zoude de regter, die, volgens schrijvers *eene* meening, eene, tegen de wet in, van eene onbevoegde magt uitgegane verordening niettemin verkoos te eerbiedigen en toe te passen, wel verre van eerbied voor de wet te betoonen, weinig eerbied daarvoor verraden. En dit kan toch de bedoeling niet zijn van de voorstanders dier meening, die juist uit eerbied voor *ieder*en wetgever, de grenzen der regterlijke bevoegdheid zoo

eng willen gesteld hebben. Maar zien zij dan niet, dat hun eerbied voor iedere, ook de meest onwettig daargestelde, verordening, juist tot gemis van eerbied voor eene hoogere verordening leidt, waarmede die mindere in strijd is! Ook wij eerbiedigen iedere magt in haren kring, maar die eerbied doet ons juist den anderen weg betreden, en voert ons dus tot andere resultaten. Wetten binden (hier toch is geene sprake van de jurisprudentie); en waar nu eens eene lagere verordening de bepalingen eener hoogere veronachtzaamt, en soms als met voeten treedt, wie bewijst dan meer eerbied voor de wetten en gestelde magten, de regter die de lagere verordening op zoodanig punt tegen de hoogere in toepast, of hij die, juist uit eerbied voor de hoogere verordening, de toepassing der daarmede strijdige, daaraan ongehoorzame, van lager ressort, alsdan weigert? Het antwoord schijnt niet twijfelachtig.

En werpt men tegen; gij moet het slechts in het midden laten; gij behoeft voorwaar niet te zeggen, dat die verordening *niet* met de hoogere in strijd is; gij behoort het slechts niet te *onderzoeken*; — welnu, wat dan, indien alle onderzoek overbodig is, en de onwettigheid in haar geheel of op enkele punten der lagere verordening helder als de dag in het oog springt?

Onzes erachtens mag, ja moet de regter zooveel doenlijk ook dat onderzoek naauwgezet in het werk stellen, maar zich dan ook naar het verkregen resultaat gedragen. Ons systeem, het algemeen aangenomene bovendien, is eenvoudiger, consequenter, meer op waarheid en regt gegrond, meer de onafhankelijkheid der regterlijke magt voegende, meer waarborg tegen misbruik gevende. Bij strijd tusschen hooger en lager, schijnt ook de keus niet moeilijk. Waar meerder is, moet minder wijken; en het zwaarste moet ook en vooral bij den regter het zwaarste wegen. Eerbied voor de wet, hieruit vloeijen



al zijne pligten geleidelijk voort. Strijd van pligten kan er eigenlijk hier evenmin bestaan als op ieder ander gebied.

Bij § 51, blz. 102, zij ter loops opgemerkt, dat art. 20 der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 102), bepalende, dat ook bij politic-overtredingen van den Code Pénal de oplegging van gevangenisstraf, zelfs ingeval van herhaling, niet meer verplichtend is, te meer bewijst, dat nu niet alleen meer de oorspronkelijke Fransche wetgever, jurisprudentie en schrijvers met regt van oordeel waren en zijn, dat dus de boete, ook bij *herhaling*, steeds verplichtend is, zoo als ook de *ratio legis* medebrengt, maar dat thans in 1854 zelfs de Regering en de geheele wetgevende magt als hun hoogste oordeel het blijkbaar hebben uitgesproken, dat wel degelijk de boete dus ook in cas van *récidive* moet toegepast worden. Zoo niet, zoude nu immers, als reeds de Fransche wetgever *de boete* bij *récidive* niet wilde zien toegepast (quod tamen minime), en nu thans ook vrijelijk de *gevangenis* mag achterwege blijven, — eene overtreding, bij herhaling begaan, juist volgens de wet van 1854 onstrafbaar mogen zijn! Dit nu kan de wet onmogelijk gewild hebben; en komt ons dus de doorgaande jurisprudentie van den Hoogen Raad en van sommige andere regtscollegiën op dit punt, salvo respectu, onhoudbaar voor. De bij schrijver genoemde wetsbepaling, art. 20, leidde ons ongezoekt tot deze opmerking.

In § 52 (bl. 105) leert schrijver: «de kantonregter kan alsdan» (bij veroordeeling tot meerdere geldboeten) «alle «de boeten waartoe hij veroordeelt, in één bedrag te «zamen vallen, en alzoo, zonder zijne regtsmagt te over-«schrijden, eene hoogere boete uitspreken, dan waartoe «hij anders bevoegd is.» Dit zouden wij waarlijk niet durven aanbevelen. Het ware onregelmatig, onduidelijk, tegen den regel indruischende, dat iedere overtreding

hare eigene straf moet beloopē , en zoude bij lijfswang , verdeeling , appel , enz. en bij eventuele (thans zoo menigvuldige) gratie-aanvragen ligt tot verwarring of ander bezwaar kunnen leiden.

Ook wij zijn van meening , dat niet-onvankelijk-verklaring van het Openb. Min. en ontzegging van eisch eigenlijk niet te pas komen (zie bl. 106 en 107). Dat schrijver in dit werk niet dieper treedt in de moeilijke vraagstukken , waartoe de punten van *qualificatie* , *ontslag* , *vrij spraak* , al kunnen leiden , en waaromtrent nog altijd vrij wat onzekerheid heerscht , is bij zijn kort bestek wel niet onverklaarbaar , maar niettemin te betreuren in een werk als dit , hetgeen , al herhaalt schrijver in zijne voorrede den wensch : «men verwachtte hier alles «behalve eene diep indringende regtsgeleerdheid;» toch geen bloot elementair leerboek , en veel meer dan eene compilatie is (hoe bescheiden schrijver zich ook in die voorrede daarover uiten moge.) Te meer betreuren wij zulks , daar hij b. v. op de punten van *feit* , *dagvaarding* , enz. meermalen dieper doordringt , en zich in vele beschouwingen begeeft.

Van de huizen van bewaring sprekende , verwijst schrijver verkeerdelijk naar het reglement van 1841 , in plaats van naar de nieuwe van 1854 , enz.

De afdeeling over geregtelijke handelingen in strafzaken heeft in deze uitgave in uitvoerigheid en volledigheid veel voor boven die in de vorige uitgave ; de minder dan vijf bladzijden zijn tot ruim elf uitgebreid.

Wij zullen ons slechts enkele opmerkingen veroorloven.

Wij blijven bij onze meening volharden , dat art. 33 Strafv. ook op alle andere gevallen dan alleen op ontdekking op heeterdaad kan doelen , en bragten zelfs in onze vorige kritiek (*Themis* l. l.) daarvan een voorbeeld bij ; zoodat schrijver , de toepasselijkheid van dit art. alleen bij heeterdaad blijvende zien , o. i. verkeerdelijk meent ,

dat er volstrekt geene andere gevallen van gelijktijdige bemoeijing van officier en hulpofficieren denkbaar zijn. Ook leert de praktijk het tegendeel.

Evenzeer volharden wij bij onze toen geuite meening, dat de kantonregter niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht is, niet te viseren eene blijkbaar onechte expeditie van een bevelschrift tot gevangenneming. Dat hij, wanneer de Arr.-Regtbank zich soms eens vergist mogt hebben, die vergissing niet mag beoordeelen of constateren, spreekt van zelf. Maar als de aangehoudene blijkbaar een ander is dan de door de Regtbank bedoelde, zouden wij voor ons het visum weigeren. Zie de aantekening ad art. 254 Strafv., waar evenzeer het *gezien* meer is dan eene nuttelooze formaliteit.

Zie over dit een en ander blz. 122—124, § 59 en 60, en *Themis* 1. l.)

Even als boven, meenen wij ook hier (ad pag. 126), dat een plaatsvervanger des noodig *altijd* voor den kantonregter mag optreden, al noemt de wet hem niet met name.

Ten slotte verklaren wij gaarne, dat wij van onze vroegere meening, dat, als een kantonregter zelf slechts het vonnis in de zaak, waarin hij zat, gewezen heeft, de plaatsvervanger (bij ontstentenis, b. v. bij doode van den kantonregter) hetzelfde mag uitspreken, reeds lang zijn teruggekomen.

Zoo de tijd ons niet ontbroken had, hadden wij volgaarne schrijvers gevoelen op blz. 108: «dat de regter «als zoodanig in zijn oordeel onafhankelijk is en door «geen hooger regter, *uitgezonderd den Hoogen Raad*, «mag gebonden worden,» eens wat van naderbij beschouwd. Dan het is ons thans ondoenlijk; ook loopt ons bestek ten einde; en bovendien is onze elders (in het *Weekblad van het Regt*, Januarij 1855) daartegen breedvoerig ontwikkelde meening niet wederlegd. Op dit

*uitgezonderd*, met één pennestreek, zonder bewijs, daar nêergesteld, behoeven we dus eigenlijk ook niet terug te komen. Het zij thans genoeg, dat tegenover schrijvers *ja* ons *neen* sta. *Onze* redenen bragten wij reeds bij. *Waar* zijn de zijne?

Wat nu ten slotte het civiel-regterlijk gedeelte van het werk betreft, ook dit heeft bij deze tweede uitgave merkelijk gewonnen in omvang, volledigheid en juistheid van oordeelvellingen.

Meermalen is schrijver ook in deze bij zijne vroegere zienswijze met meer of minder regt blijven volharden, terwijl hij er hier en daar eenige woorden ter meerdere verduidelijking aan toevoegt. Op sommige punten kunnen wij zijne meening bijstemmen.

Het zoude ons te veel in het breede voeren, wanneer wij ook dit gedeelte des werks stap voor stap doorliepen: tijd en gelegenheid ontbreken daartoe ten eenenmale. Genoeg zij het, te verzekeren, dat ook hier de Wet op de Regterlijke Organisatie en het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, zoover zij op het Kantongeregten en deszelfs vonnissen van toepassing zijn, en daarna de bepalingen opzigtens den buitengeregtelijken werkring in civilibus, in dezelfde volgorde als in de vorige uitgave, en even geleidelijk, behandeld worden.

Wij bepalen ons tot enkele opmerkingen.

Wij blijven meenen, dat een exploit van beteekening eens bevels tot getuigenverhoor wel degelijk nietig kan verklaard worden, wanneer het door een onbevoegden deurwaarder, of op verboden dagen en uren, of zonder inachtneming der vrije termijnen, gedaan is. (2de uitg., bl. 191, 1ste uitg., bl. 147). Artt. 90, 4, 14, 15, 16 R. V. zijn o. i. hier almede toepasselijk.

Evenzeer blijven wij volhouden, dat een wettig-onbekwame tot getuigen, *daarom* nog niet mag wegblijven, als hij geroepen is. (Zie bl. 193).

Art. 19 W. B. R. kent ook den regter *ambtshalve* de bevoegdheid toe, partijen te gelasten, in persoon enz. voor hem te verschijnen ten einde eene schikking uit te lokken. (bl. 209).

Wij blijven het er voor houden, dat de voogd of curator *quâ talis* geen minnelijk vergelijk, natuurlijk voor zoover hetzelfde het karakter eener dading bezit (en dit zal toch wel veelal het geval zijn), mag aangaan, zonder toestemming der Regtbank, volgens art. 465 B. W.; zoowel volgens dit artikel zelf, als volgens het antwoord der Regering aan de Staten-Generaal, te vinden op bl. 210. Art. 19 B. R. luidt wel zeer algemeen, maar men moet toch regt hebben tot schikken en transigeren, en *specialia derogant generalibus*.

Daar art. 59 B. R. beveelt, dat het vonnis, zoo als het wordt uitgesproken, de namen en woonplaatsen der partijen *bevatten moet*, staat het den regter niet te beoordeelen, of die bepaling soms niet vrij overtollig is; al kan men zulks toegeven, de *innerlijke waarde* eener wetsbepaling mag men immers, als regter, niet beoordeelen, veelmin *daarom* iets wat met zoo vele woorden staat voorgeschreven, achterwege laten, bl. 220 en 221.

Ad. § 123, bl. 257—262. Met groote scherpzinnigheid, wij erkennen het volgaarne, en onder aanvoering van nieuwe redenen, heeft schrijver zijne vroegere, door ons toen bestredene, meening, dat de betrekking van toezienenden voogd in *ieder* geval tegelijk met die van den voogd zoude moeten ophouden, op nieuw verdedigd. Echter zouden wij de waarheid te kort doen, zoo wij verzekerden, dat hij ons nu meer dan vroeger overtuigd heeft. In ons oog blijft o. a. art. 431 B. W. een onoverkomelijke hinderpaal voor het aannemen van zijn gevoelen; in strijd waarmede ook het algemeene gevoelen zich reeds lang gevestigd heeft. Niet gaarne zouden wij ons behelpen met onder de uitdrukking *toezien-*

*den voogd* in art. 431 te verstaan : de *gewezen* toeziende voogd; zoo als schrijver wel *moet* doen , om zijne meening te kunnen volhouden. En dat de afdeeling over de rekening en verantwoording , over den *voogd* sprekende , evenzeer den *gewezen* voogd op het oog heeft , voert nog volstrekt niet tot de noodzakelijke gevolgtrekking , dat zulks nu *hier* ook het geval moet zijn. De redenen bij beide bepalingen verschillen ook hemelsbreed. In betrekking tot de rekening en hare gevolgen blijft hij *voogd*; tien jaren lang kunnen er nog actiën ontstaan tusschen die beiden ter zake hunner respectieve betrekking; geen wonder , dat de wet daar nog van voogd en minderjarigen spreekt. *Daar* spreekt de bedoeling intuschen luide genoeg , en niemand zal zich bedriegen. Niet alzoó echter in art. 431. Ten zij het tegendeel bewezen worde , zal niemand in dit artikel onder t. v. *hem* verstaan , die het tot dus ver was , doch nu gedefungeerd heeft; maar integendeel hem , die aanblijft , en eene nieuwe benoeming , niet van eenen toezienden voogd , maar alleen van eenen *voogd* uitlokt. Ook staat o. i. dit art. art. 423 niet in den weg ; maar kan *dan* alleen deszelfs toepassing vinden , indien er geen toeziend voogd is. — De autoriteit van één Franschen schrijver is ook niet voldoende , om de autoriteit van alle andersdenkenden omver te werpen. En dat eindelijk art. 432 , volgens onze en de algemeene opvatting genomen , iets overbodigs , iets wat zelf spreekt , bepalen zoude , welligt is dit waar. Maar ook *dan* nog , zou het de eenige plaats in onze wetten niet zijn , waar zoo iets geschiedt. En dan *nog* liever iets overtolligs gelezen , dan in art. 431 iets te willen lezen wat er niet geschreven staat , ja wat er eigenlijk ook in bedoeling mede strijdt. Doch tot die verklaring van overtolligheid behoeft men wellicht niet eens zijne toevlugt te nemen. Wie toch verzekert ons , dat art. 432 niet juist schrijvers meening

heeft willen veroordeelen, en daartegen doen waken, door te bepalen, dat de betrekking van den toezienden voogd eindigt *op hetzelfde tijdstip niet als die van den voogd, maar van de voogdij*, dus bij het mondig worden of eer sterven van den minderjarige. Niets eenvoudiger, taalkundiger, maar ook, ware het alleen om misvatting te voorkomen, noodzakelijker, dan dat de wetgever, schrijvers meening huldigende, geschreven had: de bediening van den toezienden voogd eindigt op hetzelfde tijdstip als die van den voogd. — Nu echter eindigt zij: op hetzelfde tijdstip als de voogdij (zie verder *Themis*, l. 1.)

Nog sterker dan vroeger zien wij thans in art. 396 B. W. eene der uitzonderingen, welke art. 1217 bedoelde, en meenen dus nog steeds met vele der beste auteurs, tegen schrijvers gevoelen in, dat ook bij afzonderlijke akte van den kantonregter hypotheek kan gesteld worden. De woorden der wet en de ratio legis pleiten voor onze opvatting. Want toch ook, zoo bij akte van benoeming of van beëdiging hypotheek mag gesteld worden, waarom dan niet evenzeer bij iedere andere akte van den kantonregter, daartoe ingerigt? Het betreft toch dezelfde voogdij, meestal zeer korten tijd *na* de voogdsbenoeming, en de kantonregter zelf bepaalde de som. — Is hij bevoegd, het te doen zelfs bij eene andere niet *alleen* daarvoor bestemde akte, zal hij dan *onbevoegd* zijn, het korten tijd later bij eene er *afzonderlijk* voor bestemde akte te doen? Al hield de wet dergelijke bepaling in, zij zoude er niet minder vreemd om zijn. Maar nu pleiten de *woorden* zelfs voor de gezonde opvatting. Wat wil men nog meer?

Eene afdeeling, gewijd aan de werkzaamheden des griffiers, en een hoofdstuk, waarin de geldelijke voordeelen behandeld worden, besluiten het geheel, maar leidden ons niet tot eenige opmerkingen.

En zoo hebben wij ons dus zoo goed mogelijk van onze taak trachten te kwijten. Wij beseffen het echter: *la critique est aisée, l'art est difficile*. De dank der kantongeregtten moge schrijver voor dit praktisch werk worden toegebracht. Het vele erkend goede daarin moge met billijkheid over het minder juiste doen oordeelen. En vergeten wij het niet, dat alle verschil van meening nog geen bewijs is van gelijk of ongelijk; dat op menig betwist en betwistbaar punt nog zeer veel pro en contra te zeggen valt, zonder dat het laatste woord nog is gesproken, of alle redenen uitgeput zijn.

Moge er door wrijving van denkbelden ook over en in onzen werkkring steeds helderder licht opgaan, en de waarheid en het regt zich door onvermoeide studie en door gemoedelijke, maar verlichte regts-toepassing bevorderd en gehuldigd zien!

Mr. P. G. TEN ZELDAM GANSWIJK.

---

(ACADEMISCHE LITERatuur.)

D. VAN HOGENDORP. *Commentatio de Juris Gentium studio in Patria nostra post Hugonem Grotium.*  
L. B. 1856. 186 pag. in 8°.

De regtsgeleerde faculteit der Utrechtsche Academie had als prijsvraag uitgeschreven: *Qui post Hugonem Grotium in Belgio nostro Juris Gentium peritia insignes fuerint viri docti Ordine Chronologico recensentur, deinde quid in primariis illius disciplinae partibus praestiterint, exponatur.* De heer D. VAN HOGENDORP, Phil. Theor. Litt. Hum. et Juris Cand. te Leiden, schreef, ter beantwoording daarvan, de bovengenoemde *Commentatio*, en zag zijn werk den 4 April 1856 met het gouden eermetaal bekroond.



Met alle regt is aan dit geschrift die eereprijs toegekend. De uitgebreide studiën, welke de schrijver heeft moeten maken, de menigte der werken door hem geraadpleegd, en niet blootelijk nageschreven (zijne verzekering hieromtrent wordt door de lezing van het werk zelve boven allen twijfel verheven), getuigen van zijne vlijt en naauwkeurigheid; terwijl alle bladzijden zijn uitmuntend oordeel en zijne fijne kritiek evenzeer doen kennen als zijne onpartijdigheid in dat oordeel (1), blijkbaar onder anderen in het niet verzwijgen der dwalingen van de groote, door hem geprezen mannen, als BIJNKERSHOEK en BILDERDIJK. Helderheid van voorstelling en goed Latijn bevelen wijders de lezing bijzonder aan.

Naar aanleiding der prijsvraag is ook de beantwoording in twee deelen gesplitst. In het eerste wordt de vraag behandeld: «Qui post H. G. in Belgio nostro Juris Gentium peritia insignes fuerint viri docti, ordine Chronologico recenseantur.» Allen die, in welke hoedanigheid ook, eenig belangrijk werk hierover schreven, worden door den schrijver opgegeven, en wel, zeer rationeel, in die orde van tijd, waarin zij het eerst iets in het licht gaven.

Te regt heeft hij gemeend, dat PIETER DE LA COURT, DE WITT, BEVERNINGH en anderen niet tot dezen moesten gerekend worden. Zelve meer staatsmannen dan geleerden, behooren ook hunne werken meer tot de praktische toepassing dan tot de theoretische ontwikkeling van het volkenregt. BARBEYRAC, VITRIARIUS en HEINECCIUS, door hem genoemd, waren wel is waar geene Nederlanders van geboorte, maar hier te lande toch zijn leerstoelen door hen bekleed en die werken geschreven, welke hunnen naam voor de vergetelheid bewaarden; en het was dus even consequent hen te noemen, als Coccejus weg te laten, die *hier* niets over

(1) Met uitzondering alléén van de wijze waarop de schrijver zijn oordeel over de *Sardiniërs* uit, pag. 145, in noot 3.

het volkenregt uitgaf. De prijsvraag luidde: «Qui in Belgio nostro;» niet: «Qui inter Belgas,» of: «Qui inter Nostrates fuerint insignes.»

Dat hij ENTRUP en ROTGERS vermeldt, die het bestaan van een «jus gentium voluntarium a jure gent. naturali distinctum» ontkenen, is duidelijk; maar minder waarom hij F. en H. FAGEL, boven alle anderen, die alleen specimina inauguralia schreven, acht tot hen te behooren, die zich in deze wetenschap onderscheidde. In het tweede gedeelte, bij eene nadere ontwikkeling der stellingen van die geleerden, weidt hij ook te lang uit over beider schriften. Die dissertatiën immers mogen zeer goed en voortreffelijk op zich zelve zijn, maar eene andere vraag is het, of zij daarom kunnen gezegd worden zóó veel licht te hebben verspreid, dat zij naast de werken van BINKERSHOEK en anderen geplaatst moeten worden. Welligt zal hij hen genoemd hebben wegens hunnen ook in 't buitenland vermaarden naam; maar dan had hij met evenveel, zoo niet met meer regt, H. M. HOFFMANN kunnen noemen, wiens *Diss. de gentium pactionibus atque foederibus*, Traj. 1824, bij vreemden zelfs gekend en geprezen, hier alleen in eene noot wordt vermeld (p.82).

Het tweede gedeelte behandelt de vraag: «Quid illi viri docti in primariis illius disciplinae partibus praestiterint?» en is wederom in twee afdeelingen gescheiden. De eerste afdeeling bevat eene opgave van de verdiensten der genoemde geleerden in het algemeen, in dezelfde orde als die waarin zij in het chronologisch overzicht zijn gerangschikt.

Eene onvermoeide en naauwkeurige studie van aller werken niet slechts, maar ook van die schrijvers welke daarover eenigermate handelden of een oordeel velden, stelde de heer v. H. in staat een vrij duidelijk verslag van ieders leerstellingen te geven, en die soms onderling te vergelijken. Zelfs is door hem nagespoord, welke dissertatiën over verschillende deelen van het volken-

regt van hunne scholen zijn uitgegaan, en heeft hij in noten daarvan melding gemaakt.

Zijne kritische beschouwing van het werk van G. DE WAL is voortreffelijk, maar hij de behandeling van ROTGERS en ENTRUP, overigens zeer juist door hem onder ééne § gebragt, gaat hij te ver; de bedoeling der prijsvraag toch was geenszins eene verdediging of handhaving der wetenschap, zoo als de schr. hier ter plaatse tegen beiden op zich neemt, maar alleen *quid praestiterint*, zonder in verdere argumentatiën te treden.

De tweede afdeeling handelt over hetgeen elk in ieder afzonderlijk gedeelte van het volkenregt leerde. Zoowel het gevaar van in herhalingen te vervallen als dat van tot zinledige oppervlakkige declamatiën over te gaan, is door den schrijver vermeden; want terwijl de eerste eene dikwerf vergelijkende opgave bevat der grondstellingen welke door de *juris gentium doctores* waren aangenomen, zoo is deze tweede afdeeling eigenlijk niets anders dan eene beknopte uiteenzetting van het geheele volkenregt in alle deszels voornaamste capita, naar aanleiding van de werken der opgenoemde geleerden.

Zoo behandelt de schrijver achtereenvolgens de capita *de jure foederum deque foederum collectionibus; de legatis eorumque juribus; de jure belli*, en *de jure gentium maritimo*, tevens bij elk dezer hoofdstukken afzonderlijk opgevende uit wiens geschriften hij het vermelde heeft geput. Vele ophelderende noten, aan den voet der bladzijden, verspreiden een nieuw licht en getuigen van des schrijvers onvermoeide werkzaamheid. Te regt heeft hij niet over het ceremonieel gehandeld, hetwelk, hoezeer tot het volkenregt behoorende, echter minder tot de geleerde theoriën dan tot de practische toepassing moet worden gerekend.

Maar, hoe voortreffelijk dit geschrift ook moge wezen,

boezeer ook de schrijver heeft getoond een waardige kleinzoon van den waardigen GIJSBERT KAREL VAN HOGENDORP te zijn, eene algemeene aanmerking zij ons geoorloofd.

Het werk is volkomen wat de titel opgeeft, eene *Commentatio de juris gentium studio in patria nostra post Hugonem Grotium*, doch wij vermeenen, dat het doel der prijsvraag verder gaat. Deze toch luidt: *Quid juris gentium periti in primariis illius disciplinae partibus PRAESTITERINT?* Begrijpen wij het wél, dan moet hieronder verstaan worden: welk nieuw licht hebben zij in de wetenschap verspreid, welke vorderingen hebben zij haar doen maken? In één woord: wat hebben zij in dezen *gepraesteerd?*

De behandeling, zoo als de vraag door den schrijver is opgevat, is geheel overeenkomstig het motto, door hem gekozen en aan het einde geplaatst: «Es wird erzählt welche Bearbeiter des Faches aufgetreten sind, und wie sich deren Werke zu einander und zum Stoffe verhalten.» Hij geeft een uitstekend verslag van ieders grondstellingen en geschriften, maar vermeldt niet, in welke bijzondere deelen zij de wetenschap hebben doen vooruitgaan. Ook met eene behandeling als deze had dit vereenigd kunnen zijn, wanneer bijv. de schrijver in eene derde afdeeling, als resumé, zulks had uiteengezet, of wel, elders, aan het einde van elk caput, iets hierover had ingevoegd. Enkele malen, wij erkennen het, heeft hij dit echter in 't oog gehouden, zoo als op pag. 40 en 182.

Zonder eenigen twijfel evenwel is de prijsvraag, wanneer zij den zin heeft dien wij er aan hechten, veel te moeilijk, en is hare beantwoording onmogelijk van jonge lieden te vergen. Zij staat dan nagenoeg gelijk met de prijsvraag, in 1839 door de *Académie des sciences morales et politiques de l'institut de France*

uitgeschreven, luidende: «Quels sont les progrès du droit des gens après la paix de Westphalie?» waarop een antwoord van den heer WHEATON eene eervolle vermelding waardig werd gekeurd. Voor eene dergelijke beantwoording kan eene *Commentatio*, gelijk deze, slechts als een gedeelte der daartoe noodige voorbereidende studiën dienen; want zij vereischt niet slechts dat de geheele Nederlandsche litteratuur des volkenregts worde overzien, nagegaan, geschift en beoordeeld; zij vordert eene volledige encyclopaedische kennis dezer wetenschap, in alle landen en in alle hare deelen; eene kennis, niet dan na jaren van studie en ervaring, vergelijking en overweging te verkrijgen.

Dan eerst trouwens zal met juistheid kunnen worden bepaald, wie het eerste licht hebben ontstoken, of helderder licht hebben verspreid in de verschillende deelen: *Quid viri docti in Belgio nostro praestiterint hac in re.*

Een dergelijk opus atlanticum mag men niet van jonge lieden, zelfs niet van de uitstekendste, verwachten.

Maar schoon ook dit geschrift meer voor eene voortreffelijke *Commentatio de juris gentium studio*, dan in strikten zin voor eene volledige beantwoording der prijsvraag schijnt te houden te zijn, wij mogten toch, naar aanleiding van het uitmuntende reeds door hem geleverde, de gegronde hoop voeden, dat de geleerde schrijver, voortgaande op de baan zoo roemvol door hem ingetreden, op rijperen leeftijd, de Nederlandsche litteratuur met zulk een werk zoude verrijken en zelf de rei vermeerderen der mannen, wier namen en werken door hem zijn genoemd en behandeld, toen wij getroffen werden door het berigt, dat hij den 25 Januarij 1857 aan zijne betrekkingen, aan zijne vrienden, aan het vaderland door den dood werd ontrukkt.

Treurig is voorzeker het afsterven van elk veelbelo-

vend jong mensch, maar nog treuriger het verscheiden van iemand, die reeds zulke blijken van uitstekende vlijt en hooge geestvermogens had gegeven, en die daardoor het vooruitzicht opende van de eer van zijn geslacht, de roem van het vaderland te zullen zijn.

Zijne assche ruste in vrede!

B. O. T. H. WESTENBERG.

---

J. P. METMAN, *de nonnullis locis in quibus differat methodus procedendi in foro civili ex codice Indo-Neerlandico a codice nostro.*—Lugd.-Bat. MDCCLV.

Over vijf onderwerpen wordt in dit specimen gehandeld, waarvan, bij het zien van al het hollandsch, dat er in is, en moest worden opgenomen, men vragen mag waarom of het in het latijn werd geschreven?

Het eerst wordt gesproken *de officio eorum qui ministerium publicum curant in causis civilibus.*

Daarbij wordt art. 58 R. O.: «de ambtenaren van het «O. M. zijn gehouden, om in alle burgerlijke zaken, «waarin de belangen van den lande betrokken zijn, die «belangen op eene regtmatige wijze voor te staan en «te bevorderen, met dien verstande nochtans, dat niemand van zijnen dagelijkschen regter kan worden af«getrokken,» eenigzins in bescherming genomen tegen Mrs. DE PINTO en VAN DER LINDEN, die bij hun *Overzigt over de nieuwe wetgeving in Ned. Indië* (1), zich hadden veroorloofd het iet of wat duister te vinden. De schrijver van het specimen tracht er een goeden zin aan te geven, vooral door het in verband te beschouwen met art. 317 van het Reglem. op de Burg. Regtsv., in het laatst van 1847 in Indië afgekondigd, en tijdens

(1) *Themis* IX, 1848, blz. 340.

het schrijven van het *Overzicht* aan ons nog onbekend.

Men leest in de *Themis*, t. a. pl., over dit art. 58: «Het zal denkelijk aan ons liggen, maar wij begrijpen «van dit alles bijzonder weinig. Wij begrijpen wel dat «de ambtenaar van het O. M. de hem opgedragen be- «langen niet moet verknoeijen of verraden, maar wij «dachten, dat dit ook wel zoo zijn zou, al stond het «niet in het reglement. Maar beteekent het artikel dat «het O. M. in de zaken van den lande optreedt als «*partie principale*, of wordt het, even als bij ons, «slechts gehoord als *partie jointe*? De *nader vast te «stellen* verordeningen op de wijze van procederen, «zullen waarschijnlijk het antwoord geven op die vraag. «Maar het vreemdste van alles is het slot; wij ten min- «ste weten niet te begrijpen, hoe iemand ooit van zijnen «dagelijkschen regter zal worden afgetrokken, door dien «*regtmatischen voorstand en bescherming* van de zaken «van den lande door het O. M. Het zijn twee zaken «waarvan wij het verband niet vatten.»

Dit laatste schijnt toch eveneens bij M. het geval te zijn, die dan ook zoo weinig met het artikel opheeft, dat hij meent dat het best kon gemist worden; maar ofschoon hij van oordeel is, «*quodque absque dubio melius luci- «dinsque exponi potuisset, neque tamen ita obscurum, «ut intelligi nequeat,*» heeft hij zich niet gewaagd aan eene oplossing van de vraag, hoe men van zijn dagelijkschen regter wordt afgetrokken, als in civiele zaken het O. M. voor het Land als advokaat optreedt.

Wij hadden eene andere zwaarigheid, na art. 317 van het Reglement op de Burg. Regtsv. te hebben leeren kennen (1), waarbij aan het O. M. wordt opgedragen: «in alle burgerlijke zaken waarin de regering van Ned. Indië, als vertegenwoordigende den Lande, hetzij ver- weerder hetzij eischenderwijze optreedt, de dagvaardin-

(1) *Themis*, XII, 45.

gen en alle andere exploiten te doen uitbrengen, de dingtalen en pleidooijen te houden, en wijders, zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep, revisie en cassatie, het geheele geding te voeren.» Wij vroegen, hoe moet het O. M. pleiten als advokaat van den Lande, en daarna conclusie nemen als O. M.; want art. 320 bepaalt, dat in zaken, het Land betreffende, door het O. M. moet worden geconcludeerd. — Gij zaagt over het hoofd, zegt M., dat art. 320 dit alleen voorschrijft, bijaldien het O. M. geene partij in het geding is; eene bijvoeging in het Indische artikel, die in ons art. 324 Wetb. van B. R., dat overigens werd nageschreven, niet wordt aangetroffen.

De schrijver kan regt hebben. Vat men het zóó op, dan vervalt de gemaakte zwaarigheid; in zaken van den Lande zal men dan het O. M. als *partij* moeten beschouwen, dewijl het als advokaat voor den Lande zal pleiten, en het zal bijgevolg alleen als zoodanig worden gehoord. Of evenwel *dit* de bedoeling was toen men art. 320 schreef, schijnt nog niet als boven allen twijfel verheven te kunnen worden aangenomen.

Op de vraag, die bij dezen uitslag van zelf oprijst, waarom dan bij art. 320 toch werd voorgeschreven dat het O. M. conclusie zal nemen in zaken, die den lande betreffen, heeft M. het antwoord gereed, door te verwijzen op de 2<sup>e</sup> alin. van art. 317, waarbij de Gouverneur-Generaal zich voorbehoudt om bij nadere regeling, de ambtenaren van het O. M. van die verpligting, om in burgerlijke zaken voor den Lande op te treden, te ontheffen.

Dus ten aanzien van dit punt is art. 320 geschreven voor het geval dat de wet veranderd zal zijn en art. 317 niet meer bestaan zal.

In de *tweede* plaats wordt gehandeld: *«de provocazione sive appellatione ad curiam supremam Neerlandi»*



«*diae*,» p. 20—35. — M. betoogt, dat, om te kunnen appelleren op den Hoogen Raad, meer gevorderd wordt dan het ontbreken van bewijs, dat het onderwerp van het geschil beneden de waarde van *f* 10,000 is, maar dat integendeel het hooger beroep is uitgesloten, zoo niet stellig bewezen wordt dat het gevorderde die waarde te boven gaat. Hij deelt daarbij mede, wat te dien aanzien voorviel bij de twee zaken die beslist zijn bij de arresten van den Hoogen Raad van 23 Januarij 1854 en 13 April 1855.

Te regt wordt verder aangetoond dat de Ned. Indische wetgever verkeerdelijk den termijn van hooger beroep heeft verlengd naar gelang van de woonplaats van den beroepene; en tevens in de toepassing van dat nieuwe beginsel zich zelven niet gelijk is gebleven.

Bij het derde punt *de adjudicatione juris domini in res immobiles*, p. 36—46, worden eenige quaesties opgeworpen over de wijze, waarop men de bepalingen moet verstaan van Boek III, Tit. 6, Afd. 2, «van uitwijzing van eigendomsregt op onroerende zaken,» art. 803 en 808.

In de Ned. Indische wetgeving heeft men overgenomen wat ook in het moederland bepaald is omtrent de bejegting van overtredingen, begaan door notarissen, ambtenaren van den burgerlijken stand, enz., ingeval de straf slechts uit geldboete bestaat. De elfde Afdeel. van voorn. tit. 6 brengt die ter kennisgeving van den burgerlijken regter. De bepalingen hierover worden besproken in het vierde hoofddeel van dit specimen, p. 47—56. De schrijver is van het beginsel geen voorstander; zoolmin als ik, die nooit tot de hoogte heb kunnen opklimmen om de redenen voor deze afwijking van den gewonen regel te kunnen vatten.

Zeer te regt zegt M., wanneer men een ambtenaar van den burgerlijken stand of een notaris niet ten correctionnele wil doen te regt staan voor een verzuim, slechts met geldboete bedreigd, waarom moeten dan anderen, voor welligt nog mindere verzuimen, wel ten correctionnele beregt worden? Hij herinnert daarbij hoe een procureur bij den Hoogen Raad ten correctionnele werd vervolgd wegens te late aangifte van de geboorte van zijn kind, en een lid van den Raad van State, voor verzuim van aangifte van zijn zoon bij de Nat. Militie.

Neemt men het beginsel aan, dan gaat te regt de Indische wetgeving verder dan die van het moederland.

Over de wijze, waarop ten onzent gehandeld moet worden bij den burgerlijken regter, die over zoodanige overtreding moet oordeelen, zijn velerlei vragen gerezen. De Indische wetgever heeft die trachten te voorkomen, door eene andere wijze van handelen voor te schrijven. Maar het blijkt uit hetgeen M. opmerkt, dat het hoogst twijfelachtig is of de moeilijkheden niet grootelijks zijn vermeerderd.

Eene groote, maar moeilijke taak is hier voor de practijk weggelegd, en veel zal afhangen of de eerste zaken van dezen aard in eene ruime hand vallen of met bekrompenheid zullen worden geleid.

In de laatste plaats wordt gesproken *de relevatione danda*, p. 57—69; ter opheldering van den latijnschen lezer wordt er in parenthesi bijgevoegd, *over het verleenen van relief*. Het geldt hier iets nieuws, daar wij bij ons Wetb. van Burgerl. Regtsv. niet van weten, maar dat in de oud-hollandsche practijk zeer bekend was.

Is het beginsel goed, om te ontheffen van het gevolg dat het verlopen van een termijn medebrengt, en een nieuwen termijn voor hooger beroep, verzet, enz. te openen? Voorzeker er zijn omstandigheden die dusdanige

bevoegdheid bij den regter wenschelijk doen schijnen. Maar zijn die bijzonderheden genoeg om een middel in de wetgeving op te nemen, dat tot vele en groote moeijelikheden, tot welligt even groote hardheden aanleiding kan geven, als men er door tracht weg te nemen? Hoe zeer geeft het geen voet aan willekeur bij de toepassing, of tot het even verderfelijke vermoeden, dat willekeur en partijdigheid door den regter zijn gepleegd.

Moeijelikheden, voortspruitende uit de bepalingen over relief, zooals het is geregeld in de artt. 916 — 923, worden door M: meer dan eene aangewezen.

Het specimen wordt besloten met eene lijst van de artikelen van het Indisch Reglement over de Burgerl. Regtsv., met aanduiding of de daarnevens staande artikelen van ons Wetb. van Burgerl. Regtsv. daaraan gelijk zijn, veel, of weinig afwijken. Gemakkelijk voor ieder, die de beide wijzen van regtsvordering wil raadplegen.

G. M. v. d. L.

---

H. J. BROUWERS. *Academisch proefschrift over den staatsregtelijken toestand van Limburg in betrekking tot den Duitschen Bond*, Leyden, J. W. VAN LEEUWEN, VIII en 179 blz. in 8°.

Een rijk, zoo als het in de utopien of in de leerboeken van staats- en volkenregt geschetst wordt, binnen bepaalde lijnen besloten en streng van zijne naburen door naauwkeurig afgebakende grenzen afgescheiden, is in de werkelijkheid slechts hoogst zelden, zoo ooit aan te treffen, en het allerminst niet in de oude wereld,

waar zonder voorbedachte theorie, de Staten zich hebben gevormd, of door de magtigste onder hen zijn vervormd, naar mate van de belangen of inzigten van het oogenblik. In de jaarboeken der politieke aardrijkskunde staat menig voorbeeld, hoe grensscheidingen, voor beide landen eene bron van last en onaangenaamheden, door plegtige verdragen zijn geëerbiedigd, wanneer de onderhandelaars geen kans zagen om eene verstandige schikking tot stand te brengen, die door tallooze bijzondere belangen werd gedwarsboemd. Wordt eene betere plaatsing van de grenspalen aan latere zorg overgelaten, zoo leert de ondervinding, dat zelfs langdurige bemoeijingen van beide zijden de zaak niet tot een goed einde kunnen brengen, en dat ten slotte de grens blijft, zoo als zij was, soms met onbeslist laten van het staatsregtelijk regt van gebied op sommige plekken, die daardoor feitelijk of regtens een onafhankelijk bestaan verkrijgen. Voorbeelden, op Nederland betrekkelijk, zullen dadelijk ieder invallen, die slechts eenmaal een blik op den loop der zuidelijke grensscheiding van Staatsvlaanderen heeft geslagen, of die weet (want bijna geene kaart wijst het aan) dat een stuk gronds, bevattende rijke mijnen van zink en andere delfstoffen, tijdens de zamenstelling van het belgische gedeelte van het Koninkrijk der Nederlanden, daar het ook door Pruisen begeerd werd, tot den huidigen dag onverdeeld is gebleven (1).

(1) Hierop heeft betrekking art. 17 van het tractaat van grensscheiding tusschen Nederland en Pruisen, van 26 Junij 1816, o. a., te vinden in het *Bijvoegsel tot het Staatsblad*. Uit dit art. blijkt dat: «de beide commissien het niet eens hebben kunnen worden over de wijze hoe het kleine gedeelte van het kanton Aubel afgescheiden zou worden, hetwelk ... aan het koninkrijk Pruisen behooren moet. In afwachting van deze beslissing zal de gemeente van Moresnet provisioneel de grensscheiding uitmaken, derwijze dat ... en dat eindelijk

Een erger gebrek van beslotenheid binnen de grenzen doet zich voortdurend gevoelen, wanneer de nabuur wel geen aanspraak op het bezit van den grond der grensprovincie maken mag, maar daar evenwel zijne wetgeving kan doen gelden, of wanneer slechts voor eene enkele provincie van het Rijk deel genomen is aan een bondgenootschap, dat verplichtingen oplegt omtrent de binnenlandsche wetgeving van zijne leden.

Verkeert het Koninkrijk der Nederlanden ten opzichte van de provincie, die de Grondwet *het hertogdom Limburg* noemt, in dien toestand van afhankelijkheid jegens den Duitschen Bond; en zoo ja, hoever strekt zich de verplichting van afkondiging en opvolging van Bondsbesluiten uit? Dit is voorzeker een onderwerp, een opzettelijk en nauwkeurig onderzoek ten volle waardig; den schrijver van het hier aangekondigde akademisch proefschrift mag dus dank geweten worden, dat hij de aandacht er weder op heeft gevestigd.

Het eerste hoofdstuk behelst een overzicht van de geschiedenis tot 1815 der stukken gronds, die het tegenwoordige nederlandsche Limburg uitmaken (bl. 1—29). De schrijver toont aan, dat het vroegere hertogdom Limburg, door KAREL V, zoo hij zich vleide onverbrekkelijk, met Brabant verbonden, een der strijdperken werd, waarop de tachtigjarige oorlog werd gevoerd, en dat de geheele verbrokkeling van dat grondgebied oorzaak was, dat bij den vrede van Munster geen juiste grens kon worden bepaald, die eerst in 1661, hoewel nog niet volkomen, geregeld is. Verder bespreekt hij de verdeling van Opper-Gelder tusschen Nederland, Pruisen en Oostenrijk in 1713 en 1715,

het gedeelte van deze zelfde gemeente, als het eenige zijnde dat redelijker wijze betwist kan worden, aan eene gemeenschappelijke administratie onderworpen zal zijn, en door geen van beide mogendheden militairment bezet zal mogen worden. »

waarbij een gedeelte van het tegenwoordige Limburg aan de republiek werd toegewezen; terwijl de omvang van alle deze Generaliteitslanden nog gewijzigd werd door het tractaat met Oostenrijk van 1785 (den vrede van Fontainebleau), waarbij over en weder land werd afgestaan. Al hetgeen ten zuiden van Venlo ligt kwam intusschen in 1795 aan de Fransche republiek, en maakte tot in 1813 deel uit van Frankrijk als departement van de Beneden-Maas en van de Roer. Vergeten heeft de schrijver aan het slot van dit hoofdstuk bij te voegen, dat Maastricht en Venlo onder de Grondwet van 1814 (art. 54), tot de provincie Brabant behoorden, waarom dan ook, bij besluit van den Soevereinen vorst van den 29 Augustus 1814, n<sup>o</sup>. 71, voor die twee steden leden in de Provinciale Staten werden benoemd. In het tweede hoofdstuk (bl. 30—37) dat even goed een onderdeel van het eerste had kunnen uitmaken, wordt de geschiedenis van Limburg vervolgd tot in 1830 en, hetgeen noodzakelijk is, die van Luxemburg er bij gevoegd. Het Weener tractaat ging ook hier van den toestand vóór 1795 uit in de bepaling van hetgeen tot het nieuwe koninkrijk der Nederlanden zoude behooren, terwijl Luxemburg niet aan den koning als zoodanig, maar als prins van Nassau werd toebedeeld in ruil voor de door hem afgestane regten op de bezittingen van zijn huis in Duitschland. Door onderscheidene wetten werden de grenzen der provincie Limburg bepaald, die van het oude Limburg niets bevatte dan de landen van Overmaas. Luxemburg werd feitelijk in het koninkrijk ingelijfd; het regt daartoe erkent de schrijver niet. Zeker was er geene voorwaarde van gemaakt door de groote mogendheden, die het koninkrijk der Nederlanden oprigten, zoo als ten duidelijkste blijkt uit de vrijheid aan den groothertog gelaten, om de erfopvolging anders dan in het koninkrijk vast te stellen. Het was dus eene

eigenmagtige daad van WILLEM I om, in de (door den schrijver niet aangehaalde) instructie van den 22 April 1815, aan de commissie belast met de herziening der Grondwet van 1814 voor te schrijven, om het groot-hertogdom « wat de vertegenwoordiging en verdere wettelijke instellingen betref, als een integrerend deel van den Staat te beschouwen. » Of nu die inlijving gewettigd is door het feitelijke in werking treden der Grondwet van 1815, zonder dat op dit punt van de zijde der Luxemburgers, zoo ver wij weten, is geprotesteerd, mag gevraagd worden, al ware de geldigheid der aanneming door de notabelen onbetwistbaar, daar zeker die van Luxemburg het regt zouden gehad hebben, om eene afzonderlijke stemming voor zich te vorderen.

Het onderwerp van het derde hoofdstuk (bl. 38—75) is de afscheiding van België en hare gevolgen. Breedvoerig worden de onderhandelingen vermeld, voor zoo ver zij op het grondgebied van Limburg en Luxemburg betrekking hebben; ook wordt (bl. 63) een brief van LOBEWIJK PHILIPS aan LEOPOLD van den 8 December 1838 aangehaald, die in 1848 in de *Revue rétrospective* is uitgegeven, waarin wordt gezegd: « J'ai toujours cru qu'il n'y avait que la fixation de la dette, sur laquelle nous puissions espérer quelque succès parce que là l'équité est de notre côté, tandis qu'elle était évidemment contre nous dans la question territoriale. »

Vooraf komt het hier aan op art. 4 van het bijvoegsel (*annexe*) van het tractaat van den 19 April 1839 (*Staatsblad* n<sup>o</sup>. 26), woordelijk overgenomen in art. 4 van het afzonderlijk tractaat tusschen Nederland en België, dat de schrijver aanhaalt, waarin de deelen der provincie Limburg zijn opgesomd, die aan den Koning der Nederlanden, als Groothertog van Luxemburg, tot schadeloosstelling in grondgebied voor het aan België overgegaane deel van het Groothertogdom worden toe-

gewezen. De schrijver meent (bl. 69), dat alleen de landen onder n<sup>o</sup>. 1 vermeld, die op den rechter-oever der Maas, daartoe behooren, omdat aan het slot aan den Koning de keus gelaten wordt om die te bezitten als Groothertog van Luxemburg of om die met Holland (*sic*) te vereenigen, hetgeen niet omtrent de landen aan den linker-oever der Maas, onder n<sup>o</sup>. 2 van het art., herhaald is, waar slechts gezegd wordt dat zij een deel van Holland zullen uitmaken. Het dient echter niet voorbijgezien te worden, dat in den aanvang van het artikel uitdrukkelijk gezegd wordt, dat: «Zijne Majesteit, «hetzij in deszelfs hoedanigheid van Groot-Hertog van «Luxemburg, hetzij om met Holland vereenigd te worden, de landstreken bezitten (zal) waarvan de grenzen «hieronder worden aangewezen.» Was nu die alternatieve bepaling niet onder n<sup>o</sup>. 1 herhaald, dan zou het niet betwijfeld kunnen worden, dat de streken op den linker-oever der Maas daar ook onder behooren, en is het niet overeenkomstig de regelen van uitlegging om eerder de slotwoorden van n<sup>o</sup>. 1 als noodelooze herhaling en die van n<sup>o</sup>. 2 als onvolledig te beschouwen, tegenover de onmiskenhare bedoeling van den aanvang van het artikel om de streken aan beide oevers der Maas op gelijke lijn te stellen? Hierbij komt nog, dat er eene goede reden denkbaar is, waarom onder n<sup>o</sup>. 2 van art. 4 van Holland alleen gesproken wordt. In de tweede zinsnede is bepaald welke streken aan den linkeroever der Maas tot het koninkrijk België zullen behooren. Het bepaalde doel, waarom dit onderdeel van het art. geschreven is, was dus om de grensscheiding tusschen den nieuwen Staat en het rijk der Nederlanden vast te stellen, niet om uit te maken, wat aan den Koning Groothertog als schadeloosstelling zou worden toegekend; dit was reeds in den aanvang van het art. geschied. Het zou, ons inziens, dan ook eene zon-



derlinge woordverwringing zijn, wanneer de uitdrukking «hieronder», in den aanhof, gerekend worden kon slechts op het eerste onderdeel, niet op het tweede, betrekking te hebben.

Wij weten dat over dit punt groot verschil van gevoelen bestaat; daarom hebben wij onze meening eenigzins breeder ontwikkeld en voegen er nog bij, dat die wijze van uitlegging van tractaten ons de meeste juiste voorkomt, die het minst afwijkt van die voor de privaatrechtelijke wetgeving algemeen aangenomen is. Zij is ook het veiligste voor een kleinen Staat, wiens grootste wapen tegen het naar zich toe rekenen van magtiger naburen gelegen is in zijne eigene strikte opvolging van hetgeen hij eenmaal onderschreven heeft.

Volgens art. 5 van het tractaat, moest de Koning der Nederlanden zich verstaan met het duitsche bondgenootschap en met de agnaten van het huis van Nassau, over de uitvoering van het vorige en andere daartoe betrekkelijke artikelen. Bij de vermelding van het besluit der bondsvergadering van den 5den September 1839 (bl. 69), dat (uit MARTENS) in het Fransch gegeven is, wordt de kennisgeving van den Nederlandschen gezant aan die vergadering gemist, die evenwel van groot belang is, die de schrijver in de door hem gebruikte verzameling van KLÜBER had kunnen vinden, en waaruit het voornaamste ook afgedrukt is in de tweede uitgaaf van de *Aanteekening op de Grondwet* van Mr. J. R. THORBECKE (bl. 4), welk werk de schrijver meer had kunnen raadplegen (1). De uitdrukkingen van die kennisgeving zijn van belang, niettegenstaande hare duisterheid, omdat daarin het eerste spoor gevonden wordt van het verkeerde begrip dat

(1) Van de hier bedoelde mededeeling is mede hetgeen, waarop het hier aankomt, te vinden in het lezenswaardig geschrift van Mr. J. H. G. BOISSEVAIN: *de Limburgsche kwestie*. Tiel. C. CAMPAGNE. 1848.

het deutsche verbond grondgebied zoude hebben over de landen, die er toe behooren, hetgeen oorzaak is geweest, dat de redactie van art. 1 der Grondw. van 1840, en ook die van 1848, niet zoo juist is als van het eerste artikel in die van 1815.

Dat de Koning het regt had, volgens art. 56 al. 3 der Grondwet van 1815, om, bij het tractaat van 1839, zulke beschikkingen over het grondgebied van Limburg te maken als hij goedgevond, is ontwijfelbaar. Eene andere vraag is het, of hem het regt toekwam om een gedeelte van het rijk, of, zoo als sommigen willen, het rijk voor een gedeelte, deel te doen nemen aan een bondgenootschap, dat opvolging van besluiten, die met de Grondwet in strijd zijn, tot voorwaarde kan stellen. De schrijver heeft deze vraag niet opzettelijk behandeld; wij zijn het, hoe ongaarne ook, met hem eens, dat na de vaststelling door de bevoegde magt van art. 1 der Grondw. van 1840, al is het ook zonder medewerking van afgevaardigden uit Limburg geschied, die zonderlinge toestand een wettelijken grond verkregen had.

Het vierde hoofdstuk (bl. 78—86) is toegewijd aan het verhaal van het gebeurde in 1848. Te dier gelegenheid blijkt het nut van de geschiedenis van het grondgebied van het tegenwoordige Limburg. Daar die streken nooit tot Duitschland hebben behoord, behoefde Limburg zich niet als deel van Duitschland te Frankfort te laten vertegenwoordigen; en aan het bondsbesluit, dat de keuze van leden voor het parlement gelaste, behoefde, zoo als de schrijver te regt aanmerkt (bl. 82), geen der bondsleden te gehoorzamen, daar het strijdig was met de bondsacte.

Met dit hoofdstuk besluit het eerste deel van dit proefschrift; in het tweede wordt de betrekking van Limburg tot den Duitschen bond meer uit het regtskundig oogpunt beschouwd. Eerst treedt de schrijver

(bl. 87—108) in eene uitvoerige ontwikkeling van den aard van den Duitschen bond en van de bevoegdheid der bondsvergadering, waarbij meestal het *Staats-und-Bundes Recht* van ZACCHARIAE tot grondslag gelegd is. Even zoo behandelt hij (bl. 109—148) de voornaamste bondsbesluiten (1) en de betrekking van de bondsleden tot den bond. Het slot van zijn werk vormt eene beschouwing van Limburg als bondstaat (bl. 149—179). Te regt vangt hij aan met de opmerking dat door het brengen van Limburg in 1839 tot den bond, eigenlijk een nieuw lid toegetreden was, daar die provincie niet als deel van Luxemburg, maar van het koninkrijk der Nederlanden opgenomen werd, iets waaraan echter niemand schijnt te hebben gedacht. Daaruit nu is de zonderlinge toestand ontstaan dat Luxemburg in de zoogenoemde *Plenar*-vergadering drie stemmen regtens heeft behouden, en Limburg er geen heeft, hoewel het gebruik denkkelijk is dat het er één van die drie heeft (bl. 156). Zoo is deze dwaling een bron van vele moeilijkheden bij het berekenen van het contingent (bl. 157—161). Hier had bijgevoegd kunnen worden dat eene overeenkomst met den hertog van Nassau gesloten is, die zich daarbij verbonden heeft de artillerie van het Limburgsche contingent te leveren, waartegen Limburg de cavalerie voor Nassau voor zijne rekening neemt. Dezelfde moeilijkheid bestond bij het berekenen van het gedeelte voor elk der som, die Luxemburg en Limburg eventueel in de *Canzleicasse* moeten storten (bl. 161). Ook vraagt de schrijver nog, of, gesteld het geval dat de Nederlandsche Grondwet op niet grondwettige wijze werd veranderd, en de bond, opvolgende

(1) Zoo wij ons niet vergissen is geen melding gemaakt van het koninklijk besluit van den 25 September 1855, *regelende de wijze van afkondiging van de besluiten der Deutsche bondsvergadering voor het hertogdom Limburg* (*Staatsblad* n<sup>o</sup>. 122).

art. 56 der Weener slotacte, die wilde handhaven, hij dit voor geheel Nederland of voor Limburg alleen zou moeten doen. Door dit, al is het dan ook onwaarschijnlijk, zeer sterk sprekend, voorbeeld blijkt weder in welken zonderlingen regtstoestand het koninkrijk der Nederlanden niet minder dan Limburg, door de toetreding tot den bond geraakt is.

Vervolgens bespreekt de schrijver hetgeen in de nationale vergadering te Frankfort in 1848 omtrent Limburg is voorgevallen, waar de dwaling, dat dit land deel van het grondgebied van Duitschland zou uitmaken, hoogstwaarschijnlijk voor Nederland onaangename gevolgen zou gehad hebben, waren de besluiten, aldaar genomen, kunnen uitgevoerd worden. Eene afzonderlijke § wijdt hij toe aan de vraag of Limburg deel nemen moet aan de Nederlandsche nationale schuld, hetgeen, zoo ons voorkomt, op goede gronden toestemmend door hem beantwoord wordt.

Aan het slot van het geschrift wordt met een enkel woord vermeld dat de nationale vergadering te Frankfort ontbonden was vóór dat zij omtrent Limburg eenigen maatregel had vastgesteld en dat, sedert 12 Julij 1848, de bondsvergadering ook niet meer bestond. Daardoor waren alle de bondsleden, en de landen, die afgevaardigden tot de nationale vergadering gezonden hadden, feitelijk en regtens, vrij van allen band. Sedert hebben de vroegere bondsleden zich weder vereenigd om den bond te doen herleven, en de Koning der Nederlanden is voor Limburg ook weder toegetreden. Wij hadden zeer gewenscht dit meer ontwikkeld te zien, met eene meer breedvoerige uiteenzetting der feiten en opgave der officiële stukken. Dit zoude aanleiding gegeven hebben tot de behandeling van de gewigtigste vragen van praktisch belang in deze geheele zaak. Was de Koning der Nederlanden in de verpligting om zich voor

Limburg te voegen bij den nieuw opgerigten bond? zoo neen, eischen dan de bepalingen der Grondwet dat zoodanige toetreding door de wetgevende magt worde vastgesteld of kon de Koning, uit art. 1 der Grondwet of uit die, welke zijne magt omschrijven, zijne bevoegdheid ontleenen? Wij hebben op het oogenblik de noodige bronnen niet bij de hand, en kunnen dus zelfs geene poging wagen om eenig meerder licht over deze zaak te verspreiden. Wat de nuttigheid van den genomen maatregel betreft, daarover zijn wij het met den schrijver geheel eens: «Onbegrijpelijk is het, hoe de regering er toe kon overgaan, toen eenige Duitsche Mogendheden zich wederom zamenwierpen om den ouden Bond te doen herleven, om ook voor Limburg zich daarbij te voegen. De ondervinding had geleerd, welk nut de Bond aanbragt en kon aanbrengen, welke geringe voordeelen daarvan te verwachten waren. Voor Limburg kon deze toestand niets dan een last zijn, zonder voordeel, die ieder oogenblik moeilijkheden deed ontstaan. Men had daarom ook de aanzoeken der Duitsche vorsten moeten van de hand wijzen, daar men vooreerst van alle verplichting vrij was; en ten tweede, als dit het geval niet geweest was, dan had het welligt niet veel moeite gekost, om van den Bond het ontslag van Limburg te verkrijgen, daar het nu meer dan ooit zeker was geworden, dat Limburg geheel en al eene Nederlandsche provincie was en den Bond geene kracht hoegenaamd kon bijzetten. Men vond beter de oude moeilijkheden te laten bestaan en Limburg werd wederom onder dezelfde voorbehouding in de Grondwet opgenomen.» (bl. 178.)

Tot nu toe heeft de bond zich weinig en nooit doortastend met het inwendig bestuur van Limburg bemoeid; het gevaar is echter steeds dreigend, dat op de verplichting tot afkondiging en naleving van bondsbesluiten

zal worden aangedrongen. Maakt nu het koninkrijk der Nederlanden, voor Limburg, regtens deel uit van den bond, zoo meenen wij met den schrijver dat die verplichting niet wel te loochenen is (bl. 153.)

Wij kunnen dit proefschrift aanbevelen als eene vrij volledige opgaaf bevattende van de feiten, wier kennis noodzakelijk is om over de Limburgsche aangelegenheden met kennis van zaken te oordeelen, waarop, vooral na het onlangs gebeurde in Luxemburg, de aandacht wel mag worden gevestigd. Ook is de ontwikkeling der door den schrijver aangenomen stellingen zeer lezenswaard, en wij verheugen ons, dat de toelating om akademische proefschriften in de landtaal te schrijven ook dit werkje door velen zal doen lezen, die het anders onopengesneden ter zijde zouden hebben gelegd.

J. D. W. v. G.

---

Mr. J. C. DE KONING, *Akademisch proefschrift*  
*over de verbindtenis onder eene opschortende*  
*voorwaarde*. Leiden. 1856. 146 blz.

Het aangekondigde werk bevat eene grondige en duidelijke ontwikkeling van een zeer belangrijk onderwerp van burgerlijk regt, dat voorzeker bij menige regtsvraag, welke zich betreffende dit onderwerp zal voordoen, met vrucht zal kunnen worden geraadpleegd.

In de Inleiding toont de schrijver aan § 1, dat het woord *voorwaarde* in het Burgerlijk Wetboek in verschillende beteekenissen voorkomt. Te regt verstaat de schrijver onder *voorwaarde*, in de eigenlijke beteekenis van het woord, eene bepaling, van welke het bestaan eener regtshandeling afhangt. Het verschil tusschen de

verbindtenis onder eene ontbindende voorwaarde en die onder eene opschortende voorwaarde, wordt met juistheid door den schrijver op p. 4, op het voetspoor van VON SAVIGNY en THIBAUT, niet gezocht in de voorwaarde zelve, die steeds dezelfde werking uitoefenen moet, maar in de rechtshandeling, waarbij de voorwaarde gevoegd is, die in het eene geval het ontstaan en in het andere de vernietiging eener verbindtenis is.

In vier hoofdstukken wordt vervolgens gehandeld over begrip, uitdrukking en ongeldigheid der verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde, vervulling, ontbreken en regelmatige werking der voorwaarde.

De definitie van den schrijver p. 9 eener verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde verdient verre de voorkeur boven die der wet. Hij verstaat daaronder de zoodanige, wier ontstaan door den wil der partijen is opgeschort tot op het plaats hebben van eene onzekere gebeurtenis. Naar aanleiding dier definitie worden in § 7 sqq. vier vereischten, welke daaruit voortvloeijen, besproken.

Over de ongeldigheid wordt zeer systematisch in het tweede hoofdstuk gehandeld. Twee hoofdafdeelingen zijn gewijd aan de verbindtenissen, onder opschortende voorwaarde, welke, of uit haren aard voor zoodanige niet kunnen gelden, of door eene uitdrukkelijke wetsbepaling vernietigd worden.

Met veel zorg en naauwkeurigheid wordt p. 37 sqq. de leer der onmogelijke voorwaarden, waarover bij de rechtsgeleerden van vroegeren en lateren tijd zooveel verschil van gevoelen heerscht, behandeld. Ofschoon de behandeling van vraagpunten, betrekkelijk uiterste wilsbeschikkingen te dezer plaatse eigenlijk niet behoorde, wordt op p. 46 sqq. de quaestie onderzocht, of de uiterste wilsbeschikking door eene onmogelijke voorwaarde geheel vernietigd wordt, of als niet geschreven

moet worden beschouwd. Volgens het gevoelen van den kundigen schrijver moet de onmogelijke voorwaarde ook de uiterste wilsbeschikking, die van haar afhankelijk is gesteld, vernietigen. Met VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III. p. 193 sqq. en Mr. G. W. OPZOOMER, in zijne aant. op het Burgerlijk Wetboek, II. p. 162 sq., schaar ik mij niettemin bij de voorstanders der tegenovergestelde meening.

In het derde hoofdstuk spreekt de schrijver: *a.* over het regelmatig vervullen of ontbreken der voorwaarde, waartoe betrekking hebben de art. 1294 en 1295 Burg. Wetb. en *b.* over het onregelmatig vervullen der voorwaarde, waartoe behoort art. 1296 Burg. Wetb., wanneer de voorwaarde, hoewel inderdaad niet vervuld, niettemin door eene regtsfictie voor vervuld wordt gehouden. Te regt wordt p. 85, omtrent art. 1296 Burg. Wetb., geleerd, dat het niet voldoende is tot het voor vervuld houden der voorwaarde, dat de vervulling door den voorwaardelijken schuldenaar verhinderd zij, maar dat hij dit moet gedaan hebben met de bedoeling om haar te verhinderen en van zijne voorwaardelijke schuld ontslagen te geraken.

Werd reeds in het tweede hoofdstuk de onregelmatige werking beschouwd van sommige voorwaarden op verbintenissen, die van haar zijn afhankelijk gesteld, thans werd in het vierde hoofdstuk nagegaan de regelmatige werking der voorwaarde: *a.* terwijl zij hangende is, *b.* na de vervulling en *c.* na het ontbreken der voorwaarde.

Op p. 121 bestrijdt de schrijver het beweren van TOULLIER (*Droit civil Français*, VI, no. 546), dat eene voorwaarde, die bestaat in eene daad, wier vervulling in de magt staat van den voorwaardelijken schuldenaar, geene terugwerkende kracht heeft. De geachte schrijver verliest hier, dunkt mij, uit het oog, dat de



wet zoodanige verbindtenis eerst van kracht verklaart, als de daad heeft plaats gehad. Tot aan het plegen dier daad was de verbindtenis nietig. Wanneer men dus hier de terugwerkende kracht, krachtens art. 1297 Burg. Wetb., toeliet, zou de wet, ten gevolge dier achteruitwerkende kracht, over het tijdvak, gedurende hetwelk de verbindtenis nietig was, voor geldig houden hetgeen zij zelve nietig verklaard had.

G. VAN BELL.

### BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

Uit eene statistieke opgave betrekkelijk de in de jongste jaren in Nederland uitgekomen werken en geschriften, beliepen deze voor alle vakken: *regtsgeleerdh. en wetgeving*:

van 1848—55 . . . . .	14,325	713
in 1854 . . . . .	1,822	91
in 1855 . . . . .	1,841	66

Hetgeen van het zevenjarig tijdperk van 1848—55 een twintigste voor het geheel bedrag voor de *regtsgeleerdheid* en *wetgeving* is, hetgeen nagenoeg overeenkomt o. a. met de vakken der *Staatkunde* en *Staatshuishoudkunde*.

— Blijkens het jongst door de Regering medegedeelde verslag over 1855—56 was het getal studenten aan de onderscheidene hoogeschole in dat studiejaar als volgt:

	<i>Leiden.</i>	<i>Utrecht.</i>	<i>Groningen.</i>
Godgeleerdheid . . . . .	156	229	72
Regtsgeleerdheid . . . . .	200	187	86
Geneeskunde . . . . .	102	55	58
Wis- en natuurkunde . . . . .	20	6	3
Wijsbegeerte . . . . .	25	10	3
	483	487	222

Te zamen . . . . .	1192
Bovendien waren te Leiden van elders ingeschreven . . . . .	146
Te Utrecht . . . . .	75
Te zamen . . . . .	1413

Op den 31 December 1854 was het getal studenten te Leiden 616, te Utrecht 564, te Groningen 234; te zamen 1414.

Het getal promotien is geweest in 1853—56, te Leiden 74, te Utrecht 40, te Groningen 23.

Aan het Athenæum te Amsterdam waren alstoen ingeschreven 409 studenten, waarvan 50 in de theologie, 35 in de regten, 21 in de geneeskunde, 1 in de wis- en natuurkunde en 2 in de letteren.

Te Deventer 35 studenten, van welke 11 pharmaceuten en 17 voor de academische studiën.

Nopens de hoogeschool te Leiden leest men wegens de faculteit der rechtsgeleerdheid dat al de lessen geregeld gegeven werden. Bovendien heeft de hoogleeraar VAN ASSEN, naar gewoonte, eenige openbare dispuut collegiën bestuurd over onderwerpen uit de pandecten. Het door dien hoogleeraar gegeven buitengewoon collegie over de uitgelezen plaatsen bij klassieke auteurs, op het Romeinsche regt betrekking hebbende, werd met groote belangstelling bijgewoond.

Over het algemeen had de faculteit reden van tevredenheid over den ijver en de vorderingen der studenten. Wel zijn er, zoo als zij deed opmerken, onder zulk een groot aantal jongelieden altijd eenigen wien het aan lust tot de studie, soms ook wel aan talent of voorbereiding ontbreekt, om met veel vrucht de wetenschap te kunnen beoefenen, doch dit ongunstig verschijnsel, dat zich wel steeds zal voordoen, wordt opgewogen niet alleen door de belangstelling in het onderwijs welke de meerderheid betoonde, maar ook door de meer dan voldoende blijken van ernstige studie en van kennis, door niet weinigen aan den dag gelegd.

Ook aan de hoogeschoolen te Utrecht en Groningen zijn, in de rechtsgeleerde faculteit de studiën geregeld voortgezet. De nieuw benoemde buitengewone hoogleeraar aan laatstgemelde academie echter, die zijne betrekking eerst in April 1856 aanvaardde en dus te laat om zijne lessen aan te vaugen, had tot aan de groote vacantie eenige voorlezingen gehouden over het handelsregt.

— In den Franschen *Moniteur* las men onlangs een rapport des ministers van Justitie aan den Keizer over de strafregtspleging in het jaar 1855. Daarin zegt de minister: « Toen ik het verslag over 1854 aan Uwe Maj. indiende, deed ik als eene verblijvende omstandigheid opmerken, dat, in weêrwil der drukkende gevolgen van twee ongunstige oogsten, het aantal bezane misdaden en overtredingen in Frankrijk zeer weinig toegenomen was, terwijl vroeger, met name in 1840 en 1847, eene aanmerkelijke vermeerdering daarvan het gevolg van dergelijke tijdsomstandigheden geweest was.

« Het verslag over 1855 wijst nog veel betere uitkomsten aan. Niettegenstaande het aanhouden van de duurte en schaarschheid

der levensmiddelen is in dat jaar het aantal voor de hoven van assisen gebragte misdaden, in vergelijking met 1844, ruim een achtste, namelijk dertien ten honderd, verminderd, en dat van de overtredingen, die voor de correctionnele regtbanken gebragt zijn, met acht percent algenomen.

«Evenwel is het toezigt der geregteijke politie niet verflaauwd; het heeft integendeel sedert drie jaren nog in kracht gewonnen door het aanstellen van nieuwe beambten op verscheiden punten, alwaar voor de veiligheid van personen en goederen niet genoegzaam gezorgd was.

«Het is alzoö wel degelijk waar, dat in Frankrijk gedurende het jaar 1855 minder misdaden en overtredingen, dan in de voorafgegane jaren gepleegd zijn, terwijl er alle grond bestond om eene vermeerdering van dat aantal te duchten.

«Dit moet aan drie oorzaken toegeschreven worden. Ten eerste was het Uwer Majesteits wil, dat geene opoffering gespaard zou worden om allerwege arbeid te kunnen geven aan allen, die daarom vroegen. Ten tweede heeft de particuliere liefdadigheid hare giften vermeerderd, om ze zooveel doenlijk met de klimmende behoefte gelijken tred te doen houden. Ten derde heeft de bevolking, aan die blijken van levendige belangstelling in haar lot beantwoordende, zich niet, als vroeger in tijde van duurte het geval was, schuldig gemaakt aan gewelddadige belemmering van het vervoer van granen en aan plundering.

«Een tweede punt, hetwelk in het verslag van de strafregtspleging over 1855 bovenal opmerking verdient, is dat de preventieve hechtenis minder dikwijls is toegepast, en, ingeval zij niet vermeden kon worden, minder lang heeft geduurd dan in de voorafgegane jaren.»

Wij ontleenen uit dat rapport de volgende statistieke opgaven :

De hoven van assises hebben in het jaar 1855 gevonnisd in 4,798 contradictoire beschuldigingen. Het getal daarvan beliep 5,526 en 5,440 in 1854 en 53, en 5,340 en 5,287 in 1852 en 51.

Het is uit de van 1826 tot 1855 openbaar gemaakte statistieke bescheiden gebleken, dat het jaarlijksch getal beschuldigten steeds 5000 is te boven gegaan, met uitzondering van 1848 en 49, toen dit 4,652 en 4,910 beliep.

De vermindering vertoont zich bijkans uitsluitend op het getal beschuldigten van misdaden tegen de eigendommen, dat van 5,403, in 1854, tot 4,462, in 1855 is gedaald. Dat van de beschuldigten van misdaden tegen de personen is nagenoeg hetzelfde gebleven (het is slechts 65 minder).

Van de 6,480, in 1855, contradictoir gevonnisd beschuldigten waren er 1,623 (250 van de 1000) vrijgesproken; 2,500 (586 van de

4000) veroordeeld tot lijf- en oteerende straffen; eindelijk 2,357 (364 van de 1000) tot correctionnele straffen.

In 1854 rekende men van 1000 beschuldigten, gemiddeld 249 vrijgesprokenen, 372 veroordeelden tot lijf- en oteerende straffen en 379 tot correctionnele straffen.

Het blijkt dus, dat in beide jaren het evenredig getal vrijspraken in Frankrijk, op één duizendste na, gelijk is geweest; maar dat dit getal, voor de veroordeelingen tot lijf- en oteerende straffen, in 1855 iets hooger is geweest, terwijl dat der correctionnele veroordeelingen eenigzins is afgenomen.

Men beschouwt dit als een bewijs te meer voor de vastheid van houding der jury.

Het getal der veroordeelingen ter dood is, vergeleken met 1854, omstreeks een vierde verminderd, maar het is aanzienlijker dan in de jaren 1851—53, gedurende welke er veel meer beschuldigten te regt hebben gestaan wegens misdaden, waarop de doodstraf gesteld is.

Van de 61, in 1855, ter dood veroordeelden hebben meer dan de helft (52) de verandering van hunne straf verkregen en wel in levenslangen dwangarbeid 50, en levenslange opsluiting 2. Een 33ste heeft zich, na de verwerping van zijne voorziening in cassatie, van het leven beroofd, en 28 zijn te regt gesteld. Negentien van deze hadden moorden gepleegd, die door de bijkomende omstandigheden geene aanleiding tot strafverandering toelieten.

Het getal beschuldigten, die zich aan de vervolging der justitie weten te onttrekken, wordt van jaar tot jaar kleiner. In 1855 zijn maar 408 beschuldigten bij verstek veroordeeld, tegen 444 en 437 in 1854 en 53, en tegen 504 en 534 in 1852 en 51.

Gedurende het jaar 1855 hebben de 361 correctionnele regthanken gezamenlijk gevonnisd 189,515 zaken, waarin betrokken waren 234,365 beklaagden.

Onder de evenbedoelde zaken telt men 127,574 van gewone overtredingen, en 61,941 fiscale of boschdelicten.

In 1854 hadden diezelfde regthanken gewezen 132,596 eindvonnissen in zake van gewone overtreding, en 74,398 in zake van fiscale of boschdelicten; gezamenlijk 206,794.

Alzoo heeft er, in 1855, eene vermindering plaats gehad van 17,279 zaken, of meer dan 8 pet. over het geheel getal. Maar, terwijl de vermindering bijkans 17 pet. voor de fiscale of boschdelicten bedraagt, is die ter nauwernood 4 pet. voor de gewone overtredingen. De totalen van 1855, zoowel wat zaken als beklaagden betreft, zijn evenzeer minder dan die van de jaren 1853 en 52.

Ondanks de afneming van het getal arresten en vonnissen, in 1855 gewezen, zoowel in criminele als in correctionnele zaken, is het getal voorzieningen, aan de criminele kamer van het hof van cassatie onderworpen, dit jaar bijkans gelijk geweest met dat der beide voor-

afgaande jaren , want het heeft 1459 bedragen , terwijl het 1,466 in 1854 en 1456 in 1855 beliep.

De voorzieningen in 1855 waren gerigt :

875 tegen arresten der hoven van assises of der criminele hoven in de koloniën ;

549 tegen vonnissen van de correctionnele regtbanken ;

219 tegen vonnissen van enkele politie ;

16 tegen beslissingen van deraden van discipline der nationale garde.

Van die 1459 voorzieningen waren er 271 van het Openb. Min. , en 1,188 van de veroordeelden.

204 voorzieningen van het Openb. Min. hebben plaats gehad in zaken van eenvoudige politie ; zij zijn steeds veel zeldzamer in correctionnele, en vooral in criminele zaken.

De criminele kamer heeft , in 1855 , 1,458 arresten gewezen , statuerende op even zoo vele voorzieningen , als :

245 arresten van cassatie ;

925 » van verwerping ; en

288 » van non lieu.

— In Frankrijk is thans eene voordragt van een nieuw militair strafwetboek aangeboden.

— Uit Groot Brittannië meldt men , dat van regeringswege Sir G. GRAY een wets-ontwerp heeft ingediend , strekkende om het vroegere verbannings stelsel , met eenige wijzigingen , weder in te voeren. Deze maatregel is algemeen goedgekeurd en de eerste lezing heeft terstond plaats gehad. Aangezien de koloniën weigerden de bannelingen te ontvangen , had men , om de gevangenen niet te overladen , vele personen vóór het eindigen van hunnen straftijd mochten ontslaan , iets dat tot vele klagen aanleiding gaf.

— Uit eene officiële opgaaf van de criminele justitie in Groot-Brittannië , over het jaar 1855 , blijkt , dat het getal der behandelde strafzaken toen aanmerkelijk minder is geweest , dan in de twee vorige jaren ; er zijn namelijk 25,972 personen te regt gesteld , tegen 29,559 in 1854 , en 27,057 in 1853. De vermindering heeft meerendeels plaats gehad ten aanzien van de eenvoudige diefstallen ; de misdrijven tegen personen zijn in dat jaar toegenomen , en wel de zware verwondingen 88 pct. Van de 25,972 teregtgestelden zijn 5967 vrijgesproken ; 34 krankzinnig bevonden , en 19,971 veroordeeld. Van deze veroordeelden zijn 50 ter dood verwezen , 323 getransporteerd , 2041 tot straf-arbeid , 17,597 tot gevangenis-straf en 160 tot geldboete of kastijding veroordeeld. Van de 50 doodvonnissen zijn slechts 7 ten uitvoer gelegd , alle ter zake van moord. — In de laatste jaren is het grootste getal der ten uitvoer gelegde doodvonnissen geweest 15 , namelijk in 1849 ; het kleinste 5 , in 1854.

# THEMIS, REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Vierde Deel.

---

## STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *De wetgeving op de nationale militie en de bevolking-statistiek*, door Mr. M. M. VON BAUMBAUER, te 's Gravenhage.

Het is van algemeene bekendheid dat onze wetgeving op de nationale militie ter bepaling van de ligting van elk jaar en van het contingent van elke gemeente in die ligting tot maatstaf de bevolking heeft genomen. Zoo bepaalde art. 10 der wet van 8 Januarij 1817 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 1) de ligting op één man van vijfhonderd zielen, art. 13 der wet van 28 November 1818 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 41), dat de gewone en buitengewone contingenten vereenigd in geen geval één man op eene bevolking van driehonderd zielen zullen te boven gaan. Art. 1 der wet van 27 April 1820 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 11) behelst slechts eene verwijzing naar laatstgenoemde bepaling, zoodat de gehele regeling van de ligting en het contingent van elke gemeente neêrkomt op het leveren van één man op hoogstens drie- of op minstens vijfshonderd zielen. Die regeling verraadt bij den wetgever volslagen onkunde met het verschil van zamenstel eener bevolking of van het evenredig aandeel van hare bestanddeelen.

De inschrijving, welke thans met één jaar de loting

*Themis*, D. IV, 2de St. [1857].

voorafgaat, is een pligt of eene verpligting, rustende niet op de bevolking of op beide geslachten, evenmin op het mannelijke geslacht in het algemeen, maar op een bepaald, betrekkelijk klein, gedeelte van dit geslacht, hetwelk een uitdrukkelijk aangewezen levenstijdperk, het negentiende jaar, is ingetreden. Dit leeren, zoowel voornoemde wetten als art. 181 der Grondwet: « Bij gebrek aan genoegzame vrijwilligers, wordt de militie voltallig gemaakt door loting uit de ingezetenen, die op den eersten Januarij van elk jaar hun twintigste jaar zijn ingetreden. De inschrijving geschiedt één jaar te voren. »

De loting, wie zal het ontkennen, is eene loterij, waaruit elk ingeschrevene op zijn twintigste jaar zijn lot verkrijgt. Men heeft hier te doen met eene kansrekening, waarbij de gunstige kansen, het vrijloten en de vrijstelling, staan tegen over de ongunstige of de inlijving in de militie. De jongeling, tuk op gelijkheid voor de wet, hoewel hij, met het oog op de ongunstige kans, het tijdstip der loting met vrees ziet naderen, stelt zich althans voor, dat de verhouding tusschen gunstige en ongunstige kansen in de bus van elken raad van militie gelijk staat. Bittere teleurstelling moeten wij hem toeroepen.

De verongelijking treft, gedurende de vijf jaren, waarover de berekening loopt, het zwaarst de Noord- en Zuidhollandsche jongelingschap, waarvan de eerste 544, of gemiddeld 'sjaars 109 man, zijnde ruim  $\frac{1}{4}$ , van het contingent, de laatste 285 of gemiddeld 'sjaars 57 man meer heeft geleverd dan naar de vijfjarige verhouding van het contingent tot het getal ingeschrevenen, zijnde 1000 man op 3439 ingeschrevenen, had moeten worden geleverd; terwijl daarentegen in de vijf jaren, naar diezelfde verhouding, door Friesland 329 of ruim  $\frac{1}{12}$ , Gelderland 148, Limburg 102, Groningen 98,

Utrecht 55, Zeeland 49, Drenthe 21, Overijssel 15 en Noordbrabant 10 man te weinig zijn geleverd. De volgende vijfjarige staat dient ter opheldering van het gezegde:

PROVINCIEËN.	Ingeschrevenen 1851/55.	Gewoon contingent 1851/55.	Verhouding, 100 man op in- geschrevenen.	Gewoon en buitengewoon contingent 1851/55.	Verhouding, 100 man op ingeschr.
Noordbrabant	19274	5557	560	5595	344
Gelderland . .	18959	5097	572	5359	353
Zuidholland . .	26637	7694	546	8031	332
Noordholland . .	21933	6614	552	6922	317
Zeeland . . . .	8010	2168	569	2280	351
Utrecht . . . .	7478	2051	568	2119	353
Friesland . . .	13317	3406	391	3543	376
Overijssel . . .	10698	2982	562	3096	343
Groningen . . .	9661	2576	573	2711	356
Drenthe . . . .	3976	1096	563	1135	350
Limburg . . . .	10109	2735	570	2837	356
Het Rijk . . . .	150052	41726	359,6	43628	343,9

zoodat op honderd ongunstige kansen, indien men enkel het gewone contingent, de Noordhollandse jongeling slechts 232, de Friesche 291 of 59 meer, indien men beide contingenten in de berekening opneemt, de eerste 217, de laatste 276, of ereneens 59 meer, gehad heeft. Wenscht men nu te weten hoeveel het contingent, zoowel het gewone als buitengewone, gelijkmatig verdeeld over elke provincie, gedurende de vijf jaren zou hebben moeten bedragen, behoeft men slechts het getal ingeschrevenen, vermenigvuldigd met duizend, te deelen door de gemiddelde getallen 3596 in 3439, welke deeling geeft de volgende uitkomsten, waarbij het teeken — de *te weinig*, het teeken + de *te veel* geleverde manschappen aanduidt.



PROVINCIEËN.	Vijfjarig te leveren gewoon contingent.	Vershil.	Vijfjarig te leveren gewoon en buitengewoon contingent.	Vershil.
Noordbrabant	3 60	— 5	5605	— 10
Gelderland . .	5267	— 170	5507	— 148
Zuidholland . .	7407	+ 287	7746	+ 285
Noordholland	6099	+ 515	6578	+ 544
Zeeland . . .	2227	— 59	2329	— 49
Utrecht . . .	2080	— 49	2174	— 55
Friesland . . .	3703	— 297	3872	— 329
Overijssel . .	2973	— 23	3144	— 15
Groningen . .	2687	— 411	2809	— 98
Drenthe . . .	1106	— 10	1156	— 21
Limburg . . .	2811	— 76	2959	— 102
Het Rijk . .	44722 (1)		43626 (1)	

Van waar dit groot verschil tusschen de berekening van het contingent naar het zielental en die naar het getal ingeschrevenen? Eene nadere kennismaking met de bevolking geeft eene hoogst volledige oplossing. In twee provinciën van ons vaderland (men duide het mij niet ten kwade, dat ik van steden spreek niettegenstaande de gemeentewet) overtreft de stedelijke de landelijke bevolking in Zuid- en vooral in Noordholland, de twee provinciën, welke ten aanzien van het getal ingeschrevenen in den meest ongunstigen toestand verkeeren. Men heeft hieromtrent allerlei gissingen gemaakt. Enkele onnadenken den beweren zelfs, dat de Zuid- en Noordhollandsche jeugd door het jeneverdrinken tot het Pygmeëngeslacht terugkeert en zijn op dat aanbeeld verhandelingen gaan schrijven. De reden moet eenvoudig gezocht worden in het zeer overwegend getal vrouwen en het groot getal mannen, die uit de andere provinciën, op hoogerem

(1) De kleine verschillen van 4 en 2 met bovenstaande getallen spruiten voort uit eene weglating der breuken.

leeftijd of nadat zij hun negentiende jaar reeds zijn ingetreden, zich in de Zuid- en Noordhollandsche steden als dienstboden of handwerkslieden, wegens eenig beroep- of ambtsbezigheid, niet zelden, dit laatste geldt het schoone geslacht, ter aanknooping van den huwelijksband komen vestigen. Zoo telden op den laatsten December 1855, Zuidholland 21,552, Noordholland 20,316 vrouwen meer dan mannen, of op elke honderd mannen 107 à 108 vrouwen. Terwijl daarentegen in die provinciën, in welke de landelijke de stedelijke verre overtreft en die een gedeelte van hare vrouwelijke bevolking van het platte land naar de steden zien verhuizen, de vrouwelijke door de mannelijke wordt overtroffen. Zoo telden op voornoemd tijdstip Noordbrabant 1148, Gelderland 4453, Overijssel 4209, Drenthe 2548 en Limburg 2642 mannen meer dan vrouwen. Het onderscheid is nog meer uiteenlopend, wanneer men de steden afzonderlijk beschouwt. Op 31 December 1855 waren te Amsterdam 19,438, te Rotterdam 9605, te 'sGravenhage 5020 vrouwen meer dan mannen, of op elke honderd mannen 116, 122, 114 vrouwen. Het gevolg hiervan is, dat op elke 216 man contingent afgeleverd te Amsterdam 16, op elke 222 te Rotterdam 22, op elke 214 te 'sGravenhage 14 door de Nederlandsche jongelingschap in die steden zijn geleverd enkel ten gevalle van de bij de schoonste helft van ons geslacht heerschende neiging om zich in groote steden te vestigen. Zij hebben tevens hierdoor gebaat hunne lotgenooten ten platten lande.

De uitkomsten der jongste volkstelling en de daaruit vervaardigde bevolking-tafelen, doen het getal jongelingen van 18 tot 19 jaren en hun betrekkelijk aandeel op elke honderd duizend of millioen zielen kennen. Hieruit blijkt dat op 19 November 1849 aanwezig waren 26,863, allen geboren in 1831, welke dus, behalve de gebo-

renen na 19 November 1831, allen hun negentiende jaar waren ingetreden. Dit geeft op elk millioen zielen 8788, of op elke honderd duizend 879. Uit diezelfde telling blijkt, dat dit betrekkelijk aandeel zeer ongelijk verdeeld was, niet slechts over elke provincie, maar tevens betrekkelijk kleiner was in die provinciën, waar het aandeel het grootst is voor de stedelijke bevolking, betrekkelijk kleiner in de steden dan ten platten lande en het kleinst in de groote steden. Zij bevestigen dus het vroeger gezegde. Men telde volgens de bevolkingstafelen op elke tien duizend zielen, jongelingen van 18 tot 19 jaren in:

	Voornaamste Steden.	De gezamenlijke Steden.	De gemeenten ten platten Lande.
Noordbrabant. . .	's Hertogenbosch. . . 65,5	76,8	82,6
	Breda. . . . . 99 (1)		
Gelderland. . .	Arnhem. . . . . 87,4	84,7	88,3
	Nijmegen. . . . . 83,4		
Zuidholland. . .	's Gravenhage. . . . 74,5	78,9	90,5
	Rotterdam. . . . . 73		
	Leyden (2). . . . . 92,3		
	Dordrecht. . . . . 73		
Noordholland. . .	Amsterdam. . . . . 87 (5)	88,4	100
	Haarlem. . . . . 84,7		
Zeeland. . . . .	Middelburg. . . . . 68,6	78,9	92,9
Utrecht. . . . .	Utrecht. . . . . 84,4	83,6	99
Friesland. . . . .	Leeuwarden. . . . . 80	92,7	100,5
Overijssel. . . .	Zwolle. . . . . 85,8	90,6	82,9
	Deventer. . . . . 89,8		
Groningen. . . .	Groningen. . . . . 83,7		90
Drenthe. . . . .		82,4	103,9
Limbürg. . . . .	Maastricht. . . . . 78	75,1	83,2
Het Rijk. . . . .		83,4	90,4

(1) Dit buitengewoon hoog cijfer is enkel het gevolg van het bezit

Men ziet dus (wanneer geene bijzondere omstandigheden, zoo als het bezit van inrigtingen van onderwijs, hierin eene wijziging brengen, zoo als b. v. met Breda, Leijden, Amsterdam, Utrecht, Deventer, Kampen en Groningen het geval is, waar op achttienjarigen leeftijd een aantal jongelingen tijdelijk verblijven, die nogtans in hunne woonplaats ter loting worden ingeschreven) dat het betrekkelijk aandeel der jongelingschap steeds grooter is ten platten lande dan in de steden. Het verschil is niet onbelangrijk, daar ten platten lande van Friesland, Noordholland en Drenthe *drie* jongelingen van 18 tot 19 jaren tegen *twee* in Middelburg en 's Hertogenbosch op een gelijk zielental werden aangetroffen.

Ik heb mij de moeite getroost de gemiddelde vijfjarige kansrekening ook op te maken van de voornaamste gemeenten. De volgende staat, waarop tot gemak van het overzicht de gemeenten zijn gerangschikt naar de afdalende reeks der kansen, geeft de slotsom van dat onderzoek en tevens eene vergelijking met de nitkomst, te verkrijgen door het contingent gelijkmatig over de ingeschrevenen in te deelen.

der militaire akademie. (2) Als voren der hoogeschool. (3) Als voren van het atheneum, klinische- en zeevaart-scholen.

	Vijfjarig getal der ingeschrevenen. 1851/55.	Vijfjarig contingent, gewoon en buiten- gewoon, 1851/55.	Verhouding, 100 man op ingeschrevenen.	Te leveren vijfjarig contingent, naar den maatstaf van 100 man op 343,9 in- geschrevenen.	Vijfjarig verschil.
Groningen . . .	1649	451	365,6	480	— 29
Leeuwarden . .	1184	524	365,4	544	— 20
Breda (1) . . .	590	108	361,4	115	— 5
Arnhem (2) . . .	1007	280	359,6	295	— 15
Middelburg . .	771	223	345,7	224	— 1
Leijden . . . .	1790	518	345,6	520	— 2
Utrecht . . . .	1842	555	344,5	536	— 1
Zwolle . . . . .	865	251	343,8	251	0
Deventer. . . .	730	214	341,1	212	+ 2
Haarlem . . . .	1206	373	323,3	351	+ 18
Nijmegen . . .	916	290	315,9	266	+ 24
's Hertogenbosch	896	287	312,2	261	+ 26
Dordrecht . . .	954	306	311,8	277	+ 29
's Gravenhage. .	3145	1015	310,5	914	+ 99
Maastricht . . .	1027	532	309,3	299	+ 53
Rotterdam . . .	5849	1252	307,4	4119	+ 155
Amsterdam. . .	9820	5285	299,1	2855	+ 428

Uit dit overzicht volgt, dat bij de berekening van het contingent naar den maatstaf der bevolking de zeven eerstgenoemde gemeenten in meerdere of mindere mate een geringer contingent hebben geleverd, dan bij eene gelijkmatige verdeeling over het getal ingeschrevenen; dat voor de gemeente Zwolle beide berekeningen toevalligerwijze dezelfde uitkomst geven, terwijl de ongelijkmatige verdeeling naar de tegenwoordige wetgeving ten nadeele uitvalt van de negen overige gemeenten en wel het meest van 's Gravenhage, Maastricht, Rotterdam en Amsterdam. Terwijl ik van drie dezer gemeenten reeds

(1) Voor deze gemeente driejarig, daar het getal ingeschrevenen niet vermeld staat in het gemeenteverslag over 1853 en 1854.

(2) Vierjarig wegens het gemis van dezelfde opgave over 1854.

heb gesproken, blijft mij nog over op te geven, waarom te Maastricht zich hetzelfde verschijnsel opdoet. Maastricht bezit als vesting een sterk garnizoen, als grensplaats een heirleger van ambtenaren en wegens de bekoorlijke omstreken en meer goedkoope en eenvoudige leefwijze een tal gepensioneerden. Op eene bevolking van 25,140 zielen bevonden zich aldaar, op 19 November 1849, 1,740 krijgslieden, 197 zoo staats- als provinciale- en gemeente ambtenaren, de regterlijke magt en politie niet mede gerekend, 178 burgerlijke en militaire pensioenen, zoodat die drie bestanddeelen geven 2,115 man of één twaalfde der geheele, meer dan één zesde der mannelijke bevolking. Gelijk nu die drie bestanddeelen de bevolking met één twaalfde verhoogden, verlagen zij de kansen der ingeschrevenen eveneens met één twaalfde; zoodat, indien die bestanddeelen in Maastricht niet aanwezig waren of, wat op hetzelfde neêrkomt, het contingent ware berekend over elf twaalfde der bevolking in plaats van 332,  $332 - \frac{332}{12}$  of 304 man in de vijf jaren zouden zijn geleverd. De ingeschrevenen zouden, in plaats van 209,3 gunstige kansen op de honderd ongunstige, zoo als thans het geval is, 235,1 hebben verkregen, en Maastricht op den voorgaanden staat eene plaats tusschen Deventer en Haarlem bekleed hebben.

Het getal ontbrekende manschappen getuigt voor de billijkheid of regtmatigheid der klagt over de ongelijkmatige verdeeling. Aan het gedurende de vijf jaren te leveren contingent hebben 792 man of 1 op de 55 ontbroken; hiervan, te beginnen met die provincie waar de verhouding het minst gunstig is bevonden, in Noordholland 201 of 1 op 34, Zuidholland en Noordbrabant 201 en 146, 1 op 38, Groningen 57, 1 op 46, Utrecht 42, 1 op 50, Zeeland 29, 1 op 79, Overijssel 35, 1 op 88, Friesland 37, 1 op 96, Gelderland 21, 1 op 255, Limburg 7, 1 op 405 man te leveren contingent, terwijl

in Drenthe, waar, zoo als uit de bevolkingtafelen gebleken is, het betrekkelijk aandeel der jongelingschap van 18 tot 19 jaren het grootst is, in elk der vijf jaren *geen enkel man* aan het te leveren contingent heeft ontbroken. Wij vinden onze stelling op nieuw hierdoor bevestigd, dat het getal ontbrekende manschappen het grootst is geweest in de meest bevolkte gemeenten. Er ontbraken in de vijf jaren aan het Amsterdamsche contingent 156 man of 1 op 21, aan het Rotterdamsche 56 of 1 op 22, aan het 's Gravenhaagsche 33 of 1 op 31. Van de 792 manschappen, welke in de vijf jaren aan het geheele contingent hebben ontbroken, ontbraken dus 245 of bijna *één derde* uit die drie gemeenten, wier gezamenlijke bevolking slechts *ruim één achtste* bedraagt van die van het geheele Rijk. Deze uitkomst behoeft geene verdere toelichting.

Men zal mij welligt beschuldigen van zucht om nieuwigheden te zoeken. Het voorgestelde is volstrekt niet nieuw. Ik matig mij geenszins aan een octrooi van uitvinding. Het is reeds sinds jaren in toepassing in Frankrijk, het moederland der inschrijving tot de nationale militie. Men had aldaar bespeurd in 1829, dat in het departement Seine, waarin, zoo als bekend is, zich de hoofdstad Parijs bevindt, op eene bevolking van 1,013,373 inwoners, zich slechts 4,944 ingeschrevenen bevonden, terwijl het contingent van 1,909 man, na aftrek der vrijgestelden en uitputting der geheele loting, een deficit gaf van 254. Men trok nu alle vreemdelingen af van de bevolking van Parijs en bragt haar terug op 756,557 zielen en het contingent op 1,446. Doch ook die maatregel schijnt niet gebaat te hebben, daar reeds op den 1 December 1830 de bekende SOULT, Hertog van Dalmatie, toenmaals minister van oorlog, moest voorstellen, om het contingent te regelen naar het gemiddeld getal ingeschrevenen in de vijf laatste jaren. Dit voorstel werd

aangenomen bij de wet van 11 December 1830. Later werd de reeks van jaren, waarvan het middental werd genomen, tot tien uitgestrekt. Het verdient opmerking, dat van de 86 prefekten, over de werking van het nieuwe stelsel geraadpleegd, in 1831 41 en in 1832 44 hunne geheele goedkeuring aan de nieuwe indeeling van het contingent schonken, en slechts 3 en 1 het oude stelsel terugverlangden. Door de wet van 12 April 1833 werd de middenterm der ingeschrevenen over *zeven*, door die van 5 Mei 1834 over *acht* jaren uitgestrekt. In 1837 werd het contingent geregeld in verhouding tot het getal ingeschrevenen der klasse, welke tot de dienst wordt geroepen.

In België werd in 1843 voorgesteld het contingent te regelen in verhouding tot de *valide* ingeschrevenen, dus eerst de vrijgestelden af te trekken. Hoewel de billijkheid het pleit voor dit stelsel beslist, heeft het echter in de uitvoering groote moeilijkheden. Het geeft aanleiding tot allerlei bedrog en doet de vrees ontstaan voor groote, soms meer dan pligtmatige, toeneming der vrijstellingen.

Het komt mij voor, dat de berekening van het contingent naar den vijf- of tienjarigen middenterm der ingeschrevenen vooralsnog de voorkeur verdient, en dat tevens, ter bevordering der gelijkmatigheid, het Rijk in groote militiekantons dient te worden ingedeeld. Men zou b. v. kunnen bepalen, dat, daar de indeeling in kiesdistrikten het zielental tot grondslag heeft, elk kiesdistrikt een militiekanton zal uitmaken. Het ware tevens wenschelijk, dat voortaan de sterkte van het contingent niet meer, zoo als thans, jaarlijks, maar enkel om de vijf of tien jaren wierd vastgesteld. Wij herinneren ons, dat in België het vaste cijfer van 10,000, in Frankrijk van 80,000 man voor het contingent is aangenomen. Het ligt in den aard der zaak, dat eene jaarlijksche regeling veel moeite en omslag veroorzaakt.



BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. —  
*Aanmerkingen op het Burgerlijk Wetboek*,  
door Mr. C. J. VAN ASSEN, hoogleeraar te Leiden.  
(Vervolg van *Themis*, eerste verz., XI, 1—18,  
XII, 104—157, XIII, 566—610.)

*Aan de Redactie.*

Ik ben u nog schuldig het vervolg en slot mijner aanmerkingen op ons Burgerlijk wetboek. Welwillende lezers hebben mij geklaagd, dat ik hun het nagaan dier aanmerkingen soms moeilijk had gemaakt door hen telkens van het eene artikel naar andere verwijderde te voeren, die onder dezelfde § en opschrift vielen; maar om dat te mijden had ik bijna elk artikel moeten afschrijven, en er onder plaatsen wat ik er in berispen wilde aangaande zinscheiding, of onjuistheid van woorden, of woordschikking, of overtolligheid, of herhaling van uitdrukking; ik had u dan veel te veel bladzijden moeten vragen, maar het zou dunkt mij wel der moeite waard zijn eene proeve te geven van verbeterden tekst, en hoe vreemd het ook luide, het zou mij niet wonderen, dat wij, zonder iets te schaden aan den inhoud van eenig artikel, het geheel des wetboeks een derde of vierde gedeelte druks zouden kunnen verkorten; zoo zeer hebben wij hier het verwijt verdiend, dat VOLTAIRE ons eens deed: *cent paroles pour une, style hollandais!* Er waren ook, die meenden, dat ik te ver was gegaan, en van den wetgever een zuiverheid van stijl en gekuischtheid van uitdrukking eischte, waar alleen een redekunstig schrijver aan voldoen kon. Maar zoolang zulke wijze van redeneeren ingang vindt, heb ik weinig hope op beterschap. Zal een wetboek van naauwelijks twee duizend artikelen, dat de nationale begrippen over burgerlijk recht, en den staat der rechts-

wetenschap zou aanwijzen, niet in duidelijke en zuivere taal moeten geschreven zijn? Hoe geheel anders denken er de Franschen over, bij wie het bijna een spreekwoord is: wat niet helder is geschreven, is geen Fransch.

Toevallig vond ik in MILLIN's *Magasin Encyclopédique* van 1809 eene voorlezing van den hoogleeraar BERRIAT DE ST. PRIX, in de Academie van wetenschappen te Grenoble in 1807, over de gebreken der rechtstaal (*sur les vices du langage judiciaire*); ging ik in mijne berispingen zoo ver als die gekuischte schrijver, men noemde ze misschien bedillingen.

Hem hinderde zelfs het *constant le mariage*, dat vroeger moet gebezigd zijn. Ik heb aan ons: *staande huwelijk*, dat telkens voorkomt, zelfs niet gedacht, hoe zonderling ook de uitdrukking zij, gelijk de Latijnsche *stante matrimonio*, die nergens in de Pandecten te vinden is. Het *purger* en *la purgation des hypothèques* is hem een ergernis, omdat het woorden uit de ziekenkamer zijn. Het bevreemdt ons bijna, dat woorden als *le premier et le second lit* hem geen ergernis hebben gegeven. Bij ons wilde ik het zoo naauw niet nemen, ofschoon *bed* voor huwelijk, in artt. 237, 904 B., en *bed* voor hijwoning in art. 288, en *geteeld* in art. 338 voor *verwekt* in artt. 327 en 916 niet fraai zijn; *opvoeding — der kinderen door haar man bij haar verwekt* in art. 248 is bijna al te naïf. De Code drukt het beschaafder uit, door: *les enfans communs* in art. 1448 in de quasi officiële vertaling van art. 1810 luidende: *kinderen door haren man aan haar verwekt!* Meestal kan men het feitelijke woord, om het zoo te noemen, verzwijgen, b. v. in art. 115 *kinderen uit dit huwelijk voortgesproten*, waar *voortgesproten*, volstrekt overtollig is. Bij het woord *gemeenschap* behoorden wij altijd het woord *van goederen* te voegen, ten zij het gebezigd worde in den zin van art. 307 B., maar hoedanige beteekenis het niet kan hebben, b. v. in art.

168<sup>b</sup> en 181. De Fransche taal heeft hier twee woorden, *communauté* en *cohabiter*; ons *gemeenschap* is dubbelzinnig; zoo hebben wij integendeel *afstammelingen*, *nakomelingen* (art. 339), *afkomelingen* (art. 340), waar de Fransche taal, om te *postérieur* te mijden, *postérité* bezigt; wij doen alzoo verkeerd met *la posterité* b. v. in art. 765 Cod. te vertalen in het gelijk-luidend art. 917 B. *nakomelingschap*, dat bij ons objectief is b. v. in VAN DER PALM's rede: *over het oordeel der nakomelingschap*.

Tegen het woord *echte* kinderen in art. 92 B. b. v. stelt onze wetgever altijd over *natuurlijke*, art. 98—336. Waarom niet liever *onwettigen*, gelijk art. 86, 87 spreekt van wettige of onwettige broeders en schoonzusters? Het klinkt zoo vreemd te spreken van *natuurlijke* bloedverwanten, als men er mede bedoelt *onwettige*. In het spraakgebruik zal niemand door zijne natuurlijke bloedverwanten, die zijne erfgenamen zijn (art. 879) speelkinderen verstaan. In het Rom. recht staan *naturales liberi* (natuurlijke kinderen) dikwijls tegen over *adoptivi* of aangenomene, zie b. v. l. 7, D. 38, 17, Gaii Comm. 1, § 104.

Als de gemelde rechtsgeleerde zich beroept op RACINE's *Plaideur*, waar de taal van de pleitzaal of balie in belachelijk licht wordt gesteld (Art. 1, sc. 7), om er voor te waarschuwen, dan kunnen wij er de geestige plaats uit de klucht *Oene* door JAN VOS bij VAN HASSELT (1) aangehaald, neven stellen, en vergelijken wij dan dien pleitzaalstijl met den tegenwoordigen, dan hebben wij ons inderdaad veel verbeterd. Het slot van BERRIAT's vertoog was ons eene groote voldoening. Een der beste middelen ter verbetering is naar zijn oordeel in de macht des rechters: is de taal en stijl

(1) G. VAN HASSELT, in notis ad praefat. Kiliani ad Etym. Tent. linguae. Traj. 1777, pag. 5.

van de beweegredenen of gronden (motives) der vonnissen, die van mond tot mond gaan en herhaald worden, duidelijk en zuiver en juist, dan zullen, naar zijn oordeel, ook pleiters en pleitbezorgers zich beijveren na te volgen. Nog lang voor dat wij kennis hadden aan dit academisch vertoog van den Franschen geleerde, hielden wij in het Koninklijk instituut van wetenschap dergelijke voorlezing, en wezen met vrijmoedigheid de taal- en stijlfouten aan, die de rechters, zelfs de hoogste niet uitgezonderd, in hunne vonnissen achteloos begaan (1). Wij bepaalden ons altijd bij voorbeelden, uit de wetten en de gerechts-taal ontleend, maar onze vernuftige J. VAN LENNER, die dagelijks opbouwt aan onze taal en letteren, durft vrijmoedig uitroepen:

*Schoon zich elk op 't zeerst hier toelegt,  
Zelfs in 's Lands vergaderzaal,  
Op het onbeschaamst verknoeijen  
Ja verhondsen van de taal.*

Het ernstig en scherp beoordeelen der wetten zal geene aanmatiging mogen heeten. Wij zouden ons dan verdedigen met het zeggen van DUPIN: uit het recht van de wetten te mogen berispen wordt veelal hare verbetering geboren (2). Hoe naïf schrijft JEREMIE BENTHAM in zijne *inleiding tot de beginselen van zedekunde en wetgeving*: leunende op zijn elleboog en in de houding van de diepste en plechtigste overpeinzing riep de dansmeester MARCEL uit: «Mijn Hemel! welk een rijkdom van opmerkingen zit er in een minuet!» mogen wij er niet bijvoegen: «en in een enkele wet?» vraagt BENTHAM (3). Alles voorzeker verdient er opmerking, van

(1) Zie onze voorlezing: *over de taal en stijl der gerechten in de Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid*, Deel V (1855).

(2) *Le droit de critiquer les lois devient presque toujours la source de leur amélioration*. Zie *Manuel du droit*, bl. 363.

(3) Zie de Voorrede van KELLER, *der Röm. Civ. Process.* Berlin 1854.

de zinscheiding af tot het gewichtigste bevel of verbod der wet, die onze bezittingen, eer en leven geldt.

Ter bevestiging mijner meening, reeds boven geuit (1), te weten: dat gemengde vergaderingen niet geschikt zijn voor het zamenstellen van een organisch geheel van burgerlijke wetten en inrichting der rechterlijke macht, haalde ik de veelbeteekenende getuigenis aan van een der voornaamste leden der Staten-Generaal. Naast de openhartige bekenenis des geëerden mans tekende ik later nog twee andere getuigenissen aan, die ik hier niet onvermeld mag laten: de bekende **EMILE GIRARDIN**, die zóó verheugd was over den ommekeer van zaken in 1848, omdat hij met geheel het woelige Frankrijk zich had verveeld bij de onafgebroken en langwijlige rust onder **LOUIS PHILIPPE**, hief ondanks zich zelven in zijn dagblad *La Presse* (2) luide klachten aan over de ongeschiktheid van raadslagende lichamen voor het maken van wetten, en ten betooge zegt hij: «de onbekwaamheid blijkt vooral daaruit, dat de commissien uit den boezem der vergadering zelden eens zijn, en dan verslag uitbrengen in eene vergadering van leden die onderling nog veel meer oneens zijn» (3). Het andere voorzeker niet minder gewichtige getuigenis is van **MACAULAY**. De taak, schrijft hij, om een uitgebreid en kunstig stelsel van ongeschreven rechten tot een geheel te brengen wordt veel gemakkelijker en ook veel beter verricht door eenige weinige verstandenen dan door velen: door een **NAPOLEON** dan door een kamer van afgevaardigden en een kamer van Pairs, door eene regering gelijk die van Pruisen of Denemarken, dan gelijk die van

(1) *Themis* XI, 43. Zie ook onze verhandeling *Nederl. Jaarb. voor Rechtsgelcerdheid*, III. pag. 649.

(2) *L'incapacité législative des corps délibérants*. *La Presse* 27 Julij 1851.

(3) *Speeches* I, 191. Uitgave te Leipsig.

Engeland. Een vereeniging (knot) van twee of drie oude juristen is een oneindig beter middel voor zulk een plan dan eene uitgebreide volksvergadering, verdeeld gelijk meestal het geval is bij zulke vereenigingen, in strijdige partijen.

Als motto, gelijk men het noemt, plaatste ik bij de § *onjuistheid van woorden en uitdrukkingen* (XIII, 574), het zeggen van den Belgischen rechtsgeleerde en lid der Staten-Generaal NICOLAI: de ondervinding heeft ons geleerd, dat onze tallooze verschillen zeer dikwijls geene andere oorzaak hadden dan de onzekerheid over de beteekenis der woorden. En zeide niet reeds de wijze PLATO (1): «die de woorden kent, zal ook de zaken kennen». Onze HUIG (2) DE GROOT zegt het hem na: «*In de namen hebt gij de beteekenis der zaken*».

Wilden de menschen ons toch zeggen, zoo lezen wij bij den Engelschen wijsgeer LOCKE (3), welke denkbeelden zij verbinden met de woorden waar zij zich van bedienen, er zou niet half zoo veel duisterheid en oneenigheid zijn in het nasporen of verdedigen van de waarheid die er in is. «Groot zijn dikwijls de vooroordeelen uit woorden geboren, en deze verwekken in staatszaken groote dwalingen». Zoo getuigt onze beroemde KLUIT, die kennis van woorden en zaken op uitnemende wijze vereenigde (4).

Bij het congres der oorlogvoerende Mogendheden te Parijs in Maart 1856, voerde de heer BENEDETTI de pen. «Hij vindt, zoo schreef men uit Parijs aan den ervaren en opmerkbaren schrijver onzer Haarlemsche Courant, hij vindt steeds een scherpzinnig beoordeelaar in den

(1) PLATO, ὅς ἐν τὰ ὀνόματα ἐιδῆ, ἴσεται καὶ τὰ πράγματα. — in Cratylō p. 168. ed. HEINSDORF.

(2) HUIG DE GROOT, *in nominibus rerum definitiones habes*, Parell. *Rec. publ.* III, 68.

(3) LOCKE, bij DUPIN, t. a. p., bl. 25.

(4) *Historie der Hollandsche Staatsregeling* 1804, IV, 429.

*Themis*, D. IV, 2de St. [1857].

heer von BRUNOW, die bekend staat als een zeer bekwaam diplomaat, vooral wat betreft de eigenlijke beteekenis, die aan gebezigde woorden in den kanzelarijstijl moet worden toegekend».

In het adres van de nieuwe ministers in April 1853 aan den Koning, waarbij de ontbinding der Tweede Kamer werd voorgesteld, stond geschreven: *dat aan den Koning alleen de eer der regering, en aan de ministers de zedelijke en wettelijke verandwoording zal blijven.*

De strenge taalkenner Mr. C. M. VAN DER KEMP vroeg in zijne klachte: *over miskennis van het Nederl. staatsrecht* (1), waar het dubbelzinnig woordje *alleen* behoorde, bij het voorgaande: *den Koning*, of bij het volgende: *de eer der regering.*

De bescheiden schrijver twijfelde wel niet of *alleen* betrof het voorafgaande, want wierd het gebragt tot het volgende, dan zou de zin wezen: aan den Koning komt niets meer dan de eer der regering toe, de regering zelve verbljft aan de ministers.

Zou niet alle dubbelzinnigheid zijn vermeden, had men *alleen* vóór het woord: *den Koning* geplaatst?

Zoo naauw luistert de woordschikking en het juiste gebruik der woorden, waarbij men zeer streng moet toezien, vooral wanneer hetzelfde woord als bijwoord en bijvoegelijk woord wordt gebezigd, gelijk *alleen*. In het Fransch zou men gezegd hebben: *au roi seul*, en in 't Latijn: *solus regi*, dáár kon geene dubbelzinnigheid zijn. Zoo heeft elke taal haar rijkdom en hare gebreken.

Is niet een vonnis van het Hof van Zeeland vernietigd omdat het aan het woord *opkomen* in art. 577 B. eene te beperkte beteekenis had gegeven (2)?

Nog een woord als ter rechtvaardiging van het gemeld opschrift: *onjuistheid van woorden*. VOORDUIN

(1) *Tijdschrift: de Nederlander*, 6 Mei 1853, n<sup>o</sup>. 877.

(2) *Zie Weekb. van het Regt.*, n<sup>o</sup>. 1403.

schrijft (1). «De heer LUZAC maakte bij de openbare raadpleging (1 Maart 1833) de opmerking, dat onder de middelen, om een wetboek nuttig voor de ingezetenen te maken, door zoo veel doenlijk alle oorzaken van geschil weg te nemen, ook vooral de volkomene gelijk-luidendheid van uitdrukking behoort, wanneer er van volkomen gelijke zaken gesproken of deze bedoeld worden. Drukt de wetgever, zeide de spreker, zich nu eens in deze, dan weder in andere bewoordingen over dezelfde zaak uit, dan wordt hieruit al spoedig eenig verschil van wetsbepaling afgeleid en het eigenbelang of de zucht tot cavillatien weten de minste afwijking van uitdrukking aan te grijpen, als eene zaak van oneindig veel gewicht uit te krijten en hierop sustenuen te bouwen.»

Ik wil nu mijne aanmerkingen in de drie achtereenvolgende Deelen herzien, en wat ik er heb bijgevoegd of veranderd, thans mededeelen.

Op de Oost-Indische wetboeken wil ik niet terugkomen. Alle welke aanmerkingen ik op onze Nederlandsche wetboeken maakte, passen ook op de Indische. Waar de commissie mochte verbeterd hebben, zal ik gaarne aanwijzen, en reeds nu wijs ik op de art. 617 en volg., en 1172 O. I. waarbij als verbetering van ons wetboek bepaald is, dat alle acten van overdracht van onroerende goederen ook door *scheiding* in authentieken vorm moeten opgemaakt worden, en geene inschrijving der acte mag geschieden zonder machtiging van den vervreemder aan den verkrijger.

Maar ik heb evenwel nog eene aanmerking, die ik niet verzwijgen mag. Art. 427 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is een artikel dat in de wet op de Rechterlijke Organisatie was overgeslagen. Men bemerkt het aan den aanhef: *behalve de gevallen, waarin bij de wet op de rechterlijke organisatie enz.*

(1) VOORDUIN. *Gesch. der beginselen*, III, 533, de woorden des sprekers betroffen art. 844 en 845 B. W.



Dat ook zulk een artikel werd opgenomen in art. 430 van B. R. voor de Indie, in plaats van het terug te brengen tot art. 171 van het Reglement op de rechterl. organisatie in Nederl. Indie, van waar het als afgescheurd is, dat is eene even onvergeeflijke onachtzaamheid, als die wij aanwezen in art. 654 B. W. Nederl. Ind., afgeschreven uit art. 702 B. W. (1). Maar nog ergerlijker is de fout in art. 1418 B. W. voor N. I. die wij later zullen behandelen.

Of er voldaan zij aan de wenken van wijlen den Minister Mr. C. T. ELOUT weet ik niet, maar wil het vertrouwen. In zijn Verslag van September 1819, als Commissaris des Konings in Nederlandsch Indie, aan den Minister van Koloniën, schreef hij (2): «het zal een opzettelijke en ernstige overweging verdienen in hoe ver de aangenomen of aan te nemen Nederlandsche wetboeken in Indie kunnen werken.» Of de theorie van het bewijs op den inlander kon toegepast worden, zal voorzeker wel in ernstige overweging zijn genomen, eer men ze toepaste, en geheel het vierde boek van ons wetboek gaaf overnam.

In het *overzicht* van deze onze aanmerkingen in de Nieuwe Bijdragen (3), werd ons op beleefde wijze onder het oog gebracht, dat wij bij het aanwijzen van art. 78 B. als verkeerd in zich zelve, en toch letterlijk overgenomen, verzuimd hadden aan te merken, dat het O. I. wetboek zijn art. 21 nog mooijer maakte, door tusschen de woorden: *eene getrouwde vrouw welke niet van tafel, bed, bijwoning* in te lasschen: *en bij gevolg niet van goederen is gescheiden*, als of scheiding van goederen in onafscheidelijk verband stond met scheiding van tafel

(1) Art. 702 B. W. Zie *Themis*. XII, 145.

(2) Zie Bijdragen tot de kennis van het Koloniale Beheer getrokken uit de nagelaten *papieren van wijlen den Minister van Staat ELOUT*, 's Hage 1851, bl. 20.

(3) N. B. Deel 1: 19.

en bed, en er geen afzonderlijke titel ware van scheiding van goederen, zie art. 186 wetb. N. Ind., die met scheiding van tafel en bed niets gemeen had, zie art. 126 ald.

Wat wij op den rand onzer aanmerkingen in het XIIde Deel aantekenden, is alles overgebracht in het XIIIde. Men veroorlove ons aldaar bl. 166, voor § 1 *onderscheidingsteekenen* (het heeft mij te veel van metalen kruissen, medailles, ridderlinten enz.) liever te schrijven: *zinscheiding* en ROORDA's woorden uit zijne verhandeling: *Over de deelen der rede* als krachtig getuigenis er bij te voegen: *de beste zinscheiding is die waardoor de logische zamenstelling en zamenhang van de volzinnen het duidelykst wordt aangeezen.*

Ook op de aanwijzing van fouten in de zinscheiding, zie XII § 3, willen wij niet terugkomen, maar toch eene vraag nog: In het Burgelyk Wetboek III. 7, luidt de 6de Afdeeling: van *aanneming van werk*. Zijn dit daden van koophandel, en zal de rechtspleging in zaken van koophandel art. 299 R. hier in acht moeten genomen worden? Hoe komt gij op dien inval? vraagt men misschien. De rede is deze: in het wetboek van Koophandel art. 4, lezen wij: onder daden *van koophandel* begrijpt de wet n<sup>o</sup>. 4, alles wat betrekking heeft tot *aannemingen, tot het bouwen van schepen* enz. Het bouwen van schepen is geen *adpositie*, gelijk men in de spraakkunst zegt van *aannemingen*. Het woord *bouwen* is door zinscheiding onderscheiden. Hoe deze zwaarigheid op te heffen? De wet is duidelyk, en toch is het dwaas het aannemen van een huis b. v. of buitenplaats of vestingwerken onder daden van koophandel te begrijpen. Men dacht er ook niet aan, maar met al het gepraat over dat art. (ieder brengt er gaarne iets van zijne wijsheid in, zei Mr. LUZAC, *Themis* XI, 19) is er verwarring outstaan. Men herhaalde *tot* en verwarde de zinscheiding. Mr. WINTGENS heeft in zijne Fransehe vertaling, die deel uitmaakt van VICTOR FOUCHER's:

Collection des lois civiles et criminelles des états modernes, het artikel verbeterd door te vertalen: *tout ce qui a rapport à la construction* etc., men leze dus in onzen Nederl. tekst tot *aanneming van bouwen van schepen* enz. Bij deze gelegenheid mag ik niet nalaten de juistheid onzer taal te prijzen in het aanschouwelijk voorstellen van zaken door woorden. Het Fransche woord *commerce* heeft even gelijk het Latijnsche *commercium* velerlei beteekenis, maar ons *koophandel* is koopen om te handelen of van hand tot hand over te brengen en op deze wijze bij het koopen voor minder prijs verkoopen voor meerder prijs. In het woord ligt het voorwerp: bij roerende zaken.

Bij dezelfde § (1) vroeg ik of *afkondingen* bij voorbeeld in art. 107 B. W. niet beter ware dan *afkondigingen*, gelijk *bezolding* voor *bezoldiging* en *wijzing* voor *wijziging*. Het gezag van ULRICH HUBER komt mij hier te stude. Hij mijdt den onwelluidenden klank van *ge* en schrijft altijd *afkonding*. Zie b. v. *Hedend. Rechtgel.*, 1. 5, n°. 23 *van verkondinge en gaargeving*. Zoo mochte ik mij ook op hem en H. DE GROOT beroepen waar ik (t. a. p., bl. 583 ald.) in het bekende woord *plaatsvervulling* den lettergreep *ver* wilde uitwerpen en *plaatsvulling* schrijven. Mr. DIERHUIS keurde het af, omdat in *vullen* naar zijn gevoel te veel het begrip ligt van vol maken, maar juist daarom koos ik dat woord. *Plaatsvullen* is het vullen der ledige plaats; *plaatsvervullen* is in het spraakgebruik *verrichten*, eene taak *vervullen*, en tot het einde voortzetten, van waar: een leesbeurt, een preekbeurt vervullen.

De plaats van HUBER, waar ik op doelde, is in het aangehaalde werk II. 23, n°. 9 bij *plaatsvulling* of *representatie*; en die van DE GROOT in zijne Inleiding tot de Holl. Rechtsgel. III. 8, *hare kinderen bij plaatsvulling en de bij klassen*. H. DE GROOT, die ergens op

(1) *Themis*, Deel XIII, 571.

smadelijken toon de voornaamste verduisteraar onzer eigene rechtsgeleerdheid genoemd wordt, stelde naast zijne opvermoeide studien in de staats- en rechtsgeschiedenis des vaderlands zoo grooten prijs op het zuiveren der rechtstaal, dat zijn ijver hem somwijlen vervoerde, en hij nieuwe woorden smeedde, die geen opgang konden maken, als bij voorbeeld *bejaarde wezen* voor minderjarig verklaarden en onder curatele gestelden enz.

Eene vlijtige vergelijking van de oude Landrechten en hunne uitleggers zou ons misschien nog meenig gepast woord aande hand kunnen geven. Bij voorbeeld *nedergaande* tegen over *opgaande* linie vind ik veel eigenaardiger, dan dat *nederdalende* in art. 899 B. W., dat mij te plechtstatig is. In het miskende wetb. Napoleon voor Holland, lezen wij in art. 856, *rechtopgaande, recht nedergaande linie*. Wij lezen in ons wetb. van *bezwaren, belasten, verhypothekeerd*, hoe veel eenvoudiger is het woord *belasten* in het Friesche landrecht voor alle soort van rechten, die een ander verkrijgt, en het goed des eigenaars belasten b. v. met erfdienstbaarheden, of hypotheek, of erfpacht, of opstal. Maar ik moet mij haasten en vervolgen. Reeds bij den eersten Titel van het Burg. Wetb. heb ik iets aan te wijzen, dat mij bij de § *over de fouten in het vertalen der artikelen van den code civil*, niet had moeten ontgaan.

Het opschrift van den Eersten titel luidt: *van het genot en het verlies der burgerlijke rechten*; maar welk van de vier artikelen diens titels spreekt een lettergreep van het verlies van de burgerlijke rechten? Van waar die fout? Men vertaalde het opschrift van den eersten titel van den Code: *de la jouissance et de la privation des droits civils*, maar men splitste dien eenen titel in twee titels, en de voorbeelden van het verlies van burgerlijke rechten in den Code, in den eersten titel vermeld, vonden ontijlig hier plaats midden in den

tweeden titel (art. 9 volg.), ten opschrift hebbende: *van Nederlanders en vreemdelingen*.

In art. 116, n<sup>o</sup>. 3, lezen wij: wanneer hij *uit hoofde van* gebrek aan verstandelijke vermogens onder curatele gesteld, of de curatele *uit dien hoofde* verzocht is. Is *uit hoofde* niet hetzelfde als: *wegens* (In art. 190 n<sup>o</sup>. 2, Strafv., *wegens* gebrek aan verstandelijke vermogens)? Waartoe die verscheidenheid en tevens noodlooze herhaling van woorden, gelijk ook in art. 1916: *uit hoofde* van onbekwaamheid, of *uit hoofde* van een gebrek in den vorm? Hoe veel eenvoudiger luidt hetzelfde artikel in den Code, art. 1318, *par l'incapacité ou par un défaut de forme*.

Art. 119. *Een echtgenoot wiens huwelijk door echtscheiding is ontbonden, kan het huwelijk zijner voormalige ECHTGENOOTE stuiten, wanneer zij een nieuw huwelijk wil aangaan vóór het verloopen van drie honderd dagen na het ontbinden van het vroegere.*

Bij hetgeen wij aanmerkten op de woorden: *voor het verloopen* in dit artikel, en *na het verloop* in art. 91 (1); merken wij nog op:

Driemaal het woord *huwelijk*, en het stuiten van *het* huwelijk, als zij *een* nieuw huwelijk wil aangaan, even alsof het bestaande gestuit werd, om het nieuwe dat zij wilde aangaan.

*echtgenoot*. Om wel te doen begrijpen dat het de vrouw is, en niet de man die zwanger zou kunnen zijn uit het eerste, het ontbonden huwelijk, wordt tegen het taaleigen gezondigd, en terwijl de vrouw hier *voormalige echtgenoot* heet, blijft de man nog *echtgenoot* na echtscheiding, en bij hem het woord *voormalig* niet gemeld. Er wordt van een *vroeger* huwelijk gesproken, terwijl er nog geen *tweede* voltrokken is. Hoe veel duidelijker is de inhoud van dit artikel in art. 165 van het ontwerp van 1820! Men schrijve dus: wil eene vrouw na

(1) *Themis*, XII, 134.

echtscheiding een ander huwelijk aangaan, vóór den tijd, in art. 91 bepaald, dan kan haar voormalige echtgenoot de voltrekking stuiten.

Art. 210. *Indien door de aanstaande echtgenooten SLECHTS is bedongen, dat er zal bestaan gemeenschap van winsten*, zie ook art. 529.

Wat beteekent hier *slechts*?

Tegen dat lelijke bijwoord waarschuwden wij met te meer ernst (1), omdat het bij onze beste schrijvers zonder uitzondering zoo menige bladzijde door dit drie, vier ja vijfmalen herhalen, ontsiert. Als een welsprekend kerkleeraar zegt: wij kunnen Christus zoo veel liefde bewijzen, als ons hart *slechts* voor Hem klopt, en elders: — o! dat niemand onzer *slechts* behoorde tot de gemeente die hier op aarde verzameld wordt, en op dezelfde bladzijde, onze reize is niet *slechts* eene reize door dit leven; elders: vreugde, die *slechts* begeerte wekt; geeft hij dan niet aan hetzelfde woord de meest tegenovergestelde beteekenis? In *slechts* ligt iets gebrekkigs. In art. 84 B. W. komt het zelf op belachelijke wijze voor in de woorden: de man kan te gelijktijd *slechts* met ééne vrouw, de vrouw *slechts* met éénen man door het huwelijk verbonden zijn, *slechts* met ééne! hoe armoedig! zou een Turk zeggen, verstond hij onze taal. Polygamie te verbieden in een christelijk land is even zoo ongepast, als b. v. in onze Grondwet (art. 155) het verbod van verbeurd-verklaring der goederen: eene onrechtvaardigheid, die onze vaders reeds voor meer dan honderd jaren ophieven; men had even goed art. 36 der Staatsregeling van 1798 kunnen herhalen, luidende: «de «pijnbank wordt afgeschafte door de gansche republiek, » een artikel, waarvan geen der latere Staatsregelingen de herhaling heeft noodig geoordeeld.

Maar om terug te keeren tot ons *slechts* in art. 210, het was ons aangenaam te zien dat Mr. J. VAN HALL in

(1) *Themis*, XIII, 580.

zijne *Handleiding* het woord afkeurde. Dezelfde fout is ook in artt. 1536, 1312 en 1637. — Bij de plaatsén, waar wij het ergerlijke *onverminderd* berispen, moeten wij nog voegen artt. 284, 285, 641, 1737, enz. Wat toch beteekent b. v.: *onverminderd de bevoegdheid der recht-bank*, art. 284, en: *onverminderd de bepaling*? waar zelfs een artikel (art. 285) mede aanvangt. Voorzeker is *behoudens* veel beter, *onverminderd* vind ik in onze woordenboeken niet.

Art. 397. *De voogd zal het vermogen hebben, om de hypotheek waartoe hij verplicht is, of welke hij reeds mocht hebben gesteld, te vervangen, hetzij door het stellen van hypotheek op de goederen van eenen derden daarin toestemmenden persoon, hetzij door middel van ten behoeve van den minderjarige, verbonden inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld, berekend naar den koers van den dag.*

Wij merken aan:

*De voogd zal het vermogen hebben.* Spreken en schrijven wij zoo? of is het stijloefening om door parafraze uit te drukken: *mag*?

*De hypotheek waartoe hij verplicht is, — te vervangen;* hoe kan hij vervangen eene hypotheek die hij nog niet gesteld heeft?

*Verbonden inschrijvingen.* — Neen, zij zijn nog niet verbonden, hij moet inschrijvingen op het Grootboek nemen, en die verbinden.

Art. 444. *De voogd zal de ontzegeling vorderen indien de verzegeling heeft plaats gehad.*

Er mocht waarlijk wel bijgevoegd zijn: maar als er geene verzegeling heeft plaats gehad, zal er ook geene ontzegeling gevorderd worden! Hoe naïf ook de uitdrukking zij, wij geven de voorkeur aan art. 719 van het ontwerp: *de ontzegeling der verzegelde goederen.* Het is evenwel niet om die reden, dat wij stilstaan bij dit artikel. Zijn tweede gedeelte is niet afkomstig van den Code;

het moest eene verbetering en aanvulling zijn, maar de bijgevoegde woorden: «de inventaris zal *ook* onderhands kunnen worden *opgemaakt en* door den voogd en toezienden voogd moeten worden onderteekend; *in alle gevallen* zal de deugdelijkheid daarvan door den voogd onder eede ten overstaan van den Kantonrechter moeten bevestigd worden enz.: deze woorden hebben onder de uitleggers groote beweging veroorzaakt. Het lijdt naar ons gevoelen bijna geen twijfel of alleen de *onderhands* opgemaakte boedelbeschrijving moet voor den rechter beëdigd worden. Mr. DIEPHUIS beroept zich te recht op art. 678 B. R., maar er staat niettemin in dit artikel duidelijk geschreven, dat *in alle gevallen*, dat is hetzij openbare, hetzij onderhandsche boedelbeschrijving, de deugdelijkheid moet beëdigd worden! Op een eed meer ziet onze wetgever niet. Het voegwoord *ook* is onjuist; want reeds in de eerste zinsnede toont het woord *overgaan* tegen over *doen overgaan*, dat eene onderhandsche beschrijving geoorloofd is. De woorden in de tweede zinsnede: *kunnen worden opgemaakt en moeten worden onderteekend* staan in geen logisch verband. In plaats van het bindwoord *en*, had men moeten schrijven het tegenoverstellende: *maar*.

Hoe veel eenvoudiger ware de zin aldus geweest:

«De boedelbeschrijving kan ook onderhands geschieden. De inventaris [de acte] moet dan door voogd en toezienden voogd worden onderteekend; hare deugdelijkheid door den voogd worden beëdigd voor den kantonrechter, op wiens griffie hij de acte overbrengt.»

In de raadpleging bij VOORDUIN staat niets.

Art. 620 Ontwerp, en art. 344 wetb. Nap. voor Holland door het ontwerp gevolgd pleiten voor het gevoelen van het altoos noodzakelijke der beëdiging.

In het voorbijgaan mogen wij niet onopgemerkt laten de wel beleefde maar zonderlinge uitdrukking in art. 332 wetb. Nap. voor Holland: dat de verzegeling met die



bescheidenheid geschiede, dat er noch aan de *weduwes*, welke men in den boedel vindt, noch aan de koopmanschappen, handwerk of neering, eenige belemmering of benadeeling worde toegebracht. Het is waarlijk alsof de weduwe, die men hier in één adem met koopmanschap en handwerk noemt, moet verzegeld worden, maar toch met zulke bescheidenheid, dat haar geene belemmering worde veroorzaakt!

Art. 449. *De voogden zijn verplicht hetgeen van de inkomsten na aftrek der verteering overschiet te beleggen.*

*Der verteering* slaat letterlijk op inkomsten, en zijn die verteerd, dan schiet er niets over. Men bedoelt: wat boven de noodige uitgaven of na aftrek der noodige uitgaven overschiet van de inkomsten, dat moet belegd worden, l'excédant des revenus sur la dépense, heet het in art. 445 C. Civ., dat hier slecht vertaald is.

Art. 568. *uitlegging, uitbreiding of beperking.* De woorden *uitlegging* en *uitbreiding* zou men tot de tautologische vormen mogen brengen. Verschil zie ik niet, *uitlegging* toch is *uitbreiding*, ook in art 932 en 1378.

Art. 472. *Alle rechtsoordering van den minderjarige tegen zijnen voogd, betrekkelijk de verrichtingen der voogdij, verjaart met tien jaren.*

In art. 813 van het ontwerp van 1816 en art. 712 Ontwerp 1820 lezen wij: «alle actiën welke eenen gewezen pupil of deszelfs erfgenamen tegen den voogd, of dezen tegen zijnen gewezen pupil of diens erfgenamen toekomen, wegens zaken tot de voogdij betrekkelijk, verjaren door een tijdsverloop van tien jaren.»

VOORDUIN spreekt met geen enkel woord over het groot verschil tusschen dat en het tegenwoordig artikel.

Betrof het een handschrift, men zou durven beweren, dat door de achteloosheid des afschrijvers, uit ons artikel achter de woorden: *tegen zijn' voogd*, weggevallen

waren de woorden: *en van dezen tegen den minderjarigen*. Bij het indienen van dezen titel heeft lichtelijk kunnen gebeuren, dat men op het gemis dier woorden niet lette, door welke de ontwerpers van 1816 en 1820 de voortreffelijke praetorische actio contraria van den voogd in de wet wilden opnemen, en het onvolledige van art. 475 *Cod. Civ.* in ons welboek verbeteren.

Nu blijft nog altijd twijfel of die rechtsvordering van den voogd 10 of 30 jaren duurt. Vraagt de gewezen voogd, 11 jaren na de gesloten voogdijrekening de uitgaven terug, die hij uit eigen beurs deed, ter herstelling van huis of schuur, ik zou hem in zijn eisch niet ontvankelijk verklaren, en bij analogie van dit artikel de exceptie van verjaring tegenwerpen. Is men daarentegen bij de slotrekening overéén gekomen, om het nadeelig of voordeelig slot tot eene geldleening te maken met interesssen, dan zal voorzeker art. 2004 B., zijne toepassing vinden.

Art. 485. *op verzoekschrift van den vader of de moeder, of bij ontbreken van deze of wel indien zij zich in de onmogelijkheid bevinden, om hunnen wil te verklaren, van de voogden.*

Volgens dit artikel schijnt men te gelijker tijd onder ouderlijke macht en onder voogdij te kunnen zijn.

De wetgever heeft hier twee verschillende toestanden, die hij in art. 480 of 481 zeer juist scheidde, zóó vereenigd, dat er verwarring is ontstaan, en men vragen mag, of hij, wiens ouders zich in de onmogelijkheid bevinden, om hun wil te kennen te geven, altijd onder voogdij is, en of de moeder weduwe, die afstand gedaan heeft van de voogdij volgens art. 404, het verzoekschrift tot opheffing der handlichting zal moeten indienen; en het den voogd dan niet geoorloofd is?

Bij het terugkeeren van den gehandlichten onder de macht der moeder tegen over den voogd, waar dit art. op het einde van spreekt, zal alleen het bijzonder geval

van art. 355<sup>b</sup> en art. 553 B. te pas kunnen komen, anders wordt de langstlevende der echtgenooten altijd van zelf voogd of voogdes. Zie art. 385 en art. 400.

Art. 639. *eigendom wordt verkregen door toeëigening en*

Art. 641. *het recht om zich toe te eigenen.*

Het woord *toeëigening* en *toeëigenen* om te beteekenen bemachtiging, aangrijpen van eene aan niemand behorende roerende zaak, is onjuist, omdat in art. 1223 en 1687 *toeëigenen* in ongunstigen zin voorkomt, als zich een recht of zaak aanmatigen, waar men geen recht op heeft, en dit is geheel spraakgebruik. Zoo lezen wij in art. 2969 (Ontwerp 1820): verandwoordelijkheid wegens *toeëigening* of *aanmating* van het recht van een ander; en toch bezigt ook het ontwerp in art. 1001 het woord *toeëigening* in dezen zelfden onjuisten zin!

Art. 801. *het recht van grondrente gaat verloren :*  
n<sup>o</sup>. 2. *door onderlinge overeenkomst.*

n<sup>o</sup>. 3. *door afkoop.*

Wij merken hier aan:

*Vooreerst. verloren gaan* moet niet gebezigd worden van rechten en verplichtingen, waar men zich door overeenkomst van ontheft. Wat verlooren gaat, verliezen wij buiten onzen wil.

*Ten tweede. onderlinge overeenkomst* is eene ongepaste uitdrukking; men komt hier niet overeen met zich zelven, maar met anderen. *Onderling* is dus geheel overbodig. *Onderlinge verbindtenis* zou goed zijn, als tegen over verbindtenis uit de wet.

*Ten derde.* Overeenkomst is hier afgescheiden van afkoop, maar is afkoop, dan geen overeenkomst? Zie eens art. 798 B. en

Welke kan van die afzonderlijke overeenkomst, ander voorwerp zijn dan afkoop?

*Ten laatste.* Als eene grondrente gevestigd is bij den

verkoop van het goed, en alzoo bij overeenkomst, klinkt het dan niet vreemd te zeggen, grondrente wordt gevestigd door overeenkomst, grondrente gaat verloren door overeenkomst? De Romeinsche juristen drukten dit uit door *contrarius consensus* of *dissensus contrarius*. Wat wij in *Leiddr.* § 448, onder de wijzen van het te niet gaan der verbindtenissen noemden: *herroeping van wederzijde*.

Eene wijze van ontbinding, die de wetgever bij art. 1417 B. niet onvermeld had moeten laten.

Art. 844. *De vruchtgebruiker is gehouden de interessen te vergoeden.*

Art. 845. *In welk geval de vruchtgebruiker de interessen schuldig wordt.*

Het was op dit verschil van uitdrukking bij gelijke zaak, dat Mr. LUZAC in de vergadering de aandacht vestigde ter plaatse boven aangehaald.

Men mochte zich van wege de commissie van redactie met een geestig woord redden en antwoorden: wat men schuldig wordt, moet men voldoen, het komt dus op hetzelfde neer, maar dat is het juist wat wij ontkennen; niet altijd is hij die schuldig wordt, ook *terstond verplicht* te voldoen; men denke aan de verbindtenis op tijd (art. 1305), daarenboven een kwaadwillige vruchtgebruiker zou naar de letter der wet kunnen zeggen: ik word u wel de interessen schuldig van het kapitaal, dat gij betaald hebt, tot aflossing der schulden, die op het goed lagen, maar ik voldoe ze eerst op het einde van mijn vruchtgebruik, het is mij veel voordeeliger over twintig jaren b. v. duizend in eens te betalen dan elk jaar vijftig, waar ik intusschen zelf de interest van genieten kan.

Op den stijl van art. 844 zou ook nog veel zijn aan te merken, als: *wat de buitengewone lasten betreft*; stijl van een uitlegger, niet van een wetgever! voorts de *interessen vergoeden* en de *lasten voorschieten*,

*verplicht en gehouden.* Ware het niet duidelijker en eenvoudiger geweest te schrijven: « *wordt het goed met buitengewone lasten bezwaard, dan moet de eigenaar ze dragen, maar de vruchtgebruiker er jaarlijks de wettelijke interest van betalen. Heeft de vruchtgebruiker de betaling dier lasten voorgeschoten, dan mag hij ze bij het ophouden van het vruchtgebruik terug eischen zonder interest.* »

Art. 851. *Indien een kudde beesten in vruchtgebruik buiten schuld des vruchtgebruikers geheel verloren gaat, is deze alleenlijk verplicht aan den eigenaar verantwoording te doen van de huiden of van derzelver waarde.* Verantwoording doen van de huiden!

Het is als of hij bestuurder was van een leerlooijerij! In den code art. 616 staat wel is waar ook: *rendre compte des cuirs*, maar ook die uitdrukking is onjuist, volgens de bekentenis van een der nieuwste uitleggers (1).

Is het Fransche werkwoord *périt* niet verkeerdelijk vertaald *verloren gaat*, is het niet de volmaakt verleden tijd? men verbeterde dit: *is verloren gegaan*; op dergelijke fout wezen wij bij art. 1311 (*Themis* XII, 143. XIII, 603).

Art. 947. *Makingen ten behoeve van openbare instellingen.*

Zijn dan *makingen* het geslachtwoord (genus), waar eerstelingen en legaat soorten (species) van zijn? maar dat kan niet wezen, want in art. 222 zijn *makingen* als kleine voordeelen onder de vruchten en inkomsten gerekend, terwijl erfenissen er niet toe kunnen behooren, als zelfs niet begrepen onder winst en verlies in art. 213, alwaar erfenis tegen overmaking staat. Intusschen heeft de wetgever *makingen* in dit artikel genomen in den zin van eerstelling; want wij lezen in art. 1092

(1) MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5de édit. (Par. 1852) vol. 11. 512.

*erfstellingen bij art. 947 vermeld*, en er staat *makingen*. Mag men zoo willekeurig met de woorden omspringen?

In *making* ligt voor het spraakgebruik het begrip van *legaat*, niet van *erfstelling*, van waar *maken* en *vermaakt*.

Bij H. DE GROOT, *Inleiding* II. 22, lezen wij: *van makinge*, en in navolging daarvan in het wetboek Nap. voor Holland art. 769 van *legaten* of *makingen*.

Naar den letterlijken zin der woorden zal het aan stichtingen wel verboden zijn zonder verlof *makingen* aan te nemen, maar niet *erfenissen*!

De fout is weder toe te schrijven aan de onjuiste vertaling van art. 910 Cod., waar het woord: *dispositions*.

Zoo is ook in het gemelde art. 1092 *erfstellingen*, door den Koning goedgekeurd aannemen, eene zeer onjuiste uitdrukking. Men neemt wel voorstellen aan of geschenken, en wat bij erfstelling wordt gegeven, maar de erfstelling zelve is de daad des erfstaters, waarbij het woord *aannemen* niet te pas komt. Waarom niet art. 1599 van het ontwerp gevolgd? *gasthuizen*, *weeshuizen* en andere, *geoorloofde stichtingen* kunnen uit den uitersten wil *bevoordeeld*.

Art. 957. *Hij die veroordeeld is, omdat hij den erf-later heeft omgebragt — zal evenmin als zijn mede-echtgenoot en zijne kinderen uit den uitersten wil eenig voordeel kunnen genieten.*

De hystorologie, die wij in dit artikel berispten (XII. 119), kon nog beter dan wij aldaar deden, hersteld worden door art. 1611 van het ontwerp luidende: die het maken van een uitersten wil belet hebben, of er zich schuldig aan hebben gemaakt, zijn zoo wel voor zich, als voor hunne vrouwen en kinderen, van alle voordeelen verstoken.

Men schrijve dus: *zal evenmin voor zijn echtgenoot*  
*Themis*, D. IV, 2de St. [1857].

*en kinderen als voor zich zelven uit dien uitersten wil eenig voordeel genieten.*

In 't voorbijgaan merken wij op, dat het artikel van 't ontwerp door de woorden voor *hunne vrouwen* al te hoffelijk is voor de schoone sekse. Het gevolg zou geweest zijn, dat in gevalle ooit getrouwde vrouw zich jegens hare nicht of zuster of andere bloed- of aanverwant aan gemelde misdaad schuldig had gemaakt, het artikel niet van toepassing kon zijn!

Art. 1011. *Hetgeen echter de erfflater tot vergrooting aangekocht heeft.*

Behalve dat elk artikel als eene wet op zich zelven moet bestaan en het bijwoord *echter* dit artikel in te naauw verband brengt met het vorige, komt ons hier ook het demonstratief-relative *hetgeen* min gepast voor. zie ook art. 449. 617.

Art. 1053. *Minderjarigen — onder curatele gestelde personen en alle degenen, die onbevoegd zijn om verbindtenissen aan te gaan, mogen geene uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen zijn.*

Voor *onbevoegd* moest geschreven zijn: *onbekwaam*. Dat woord toch duidt hen aan, die in hun persoon de vereischten missen om b. v. handelingen te verrichten. Zie art. 1364, 1482. *Onbevoegd* is, die wel *bekwaam* is, maar wegens bijzondere redenen zekere handelingen niet verrichten mag. Zie b. v. art. 1216. Alle deurwaarders moeten *bekwaam* zijn om exploiten te doen, maar niet alle deurwaarders zijn op alle plaatsen *bevoegd* om exploiten te doen.

In art. 1947, 1951 B. heerscht dezelfde verwarring. Op beide plaatsen verbeterere men *onbekwaam* door *onbevoegd*, en in art. 1949<sup>b</sup> moet voor *onbevoegd* het woord *onbekwaam* worden geschreven. In art. 1261 beteekent een *bekwaam* persoon, een geschikt en daarvoor berekend persoon.

Met welke ongewasschen handen durft men soms

moeijelijken arbeid ondernemen. Ik heb hier twee zoogenoemde *rechtsgeleerde woordenboeken* ten dienste onzer wetgeving voor mij. Het eene verwijst op het woord *onbekwaam* tot *onbevoegd*. Het andere meldt zelfs het woord *onbevoegd* niet. Op het woord *schuldvernieuwing* durft men schrijven: zie *novatie*, en juist dat woord komt in geheel het wetboek niet voor, en omgekeerd, vinden wij op letter *s* het woord *separatie*, welk woord wij te vergeefs zoeken, en lezen er bij: zie: *scheiding van tafel en bed*. Op de letter *o* vindt gij: *ondankbaarheid* art. 1725, maar het staat noch dáár, noch elders. Het gewichtige woord *afscheiden* en *afgescheiden* in art. 1153 is noch door Mr. SCHUK-KING, noch door Mr. VAN DER FEEN opgeteekend.

Art. 1302. *wederkeerige overeenkomsten*. Al te woordeelijke vertaling van art. 1184 C. C. Men liet te recht de schoolsche verdeelingen van den Code in art. 1102, 1103 achterwege, waarin van *contract bilateral* of *unilateral*; maar nu mocht men ook niet spreken van *wederkeerige* (synoallagmatiques) overeenkomsten. Er is toch geene overeenkomst, waarin niet wederkeerige rechten en verplichtingen zijn; immers zelfs bij geldleening, zie art. 1796. maar in 1915 vinden wij *eenzijdige!*

Wij noemden in onzen *Leiddraad* zulke overeenkomsten, hoedanige art. 1302 bedoelde, overeenkomsten beiden wederkeurig en gelijkelijk verbindende, als: *koop, ruiling, huur, vennootschap, waartegen lastgeving, bewaarneming* enz.

Art. 1279. *vergoeding van kosten, schaden en interessen is dan eerst verschuldigd*, zie ook art. 1286<sup>b</sup>.

Wat is hier *interessen*? de wetgever gebruikt het steeds, als of het een enkelvoud ware, want hij laat er altijd op volgen een werkwoord in het enkelvoud. Op zulke wijze wordt het woord: *interessen* gelijk kosten en schade, de tweede naamval in het meervoud,



en interessen zijn dan niet meer een middel waardoor de schade wordt vergoed, maar zijn kosten en schade die vergoed moeten worden!

Art. 1326. *een schuldeischer doet geen afstand van zijn hoofdelijk recht.*

Het woord *hoofdelijk*, heeft in ons wetboek eene beteekenis, die het omgekeerde is van hetgeen het taal-eigen wil, te weten: ieder voor zijn hoofd, van waar in de Grondwet art. 102, bij *hoofdelijke oproeping*.

Maar in ons wetboek moet hoofdelijk schuldeischer of een schuldeischer die een hoofdelijk recht heeft, beteekenen dengenen, die het hoofd of den persoon van alle zijne schuldenaars in de aangegane verbindtenis ieder voor het geheel aansprakelijk maakt; en een hoofdelijk schuldenaar is, die voor zijn persoon aan alle zijn schuldeischers in de bepaalde verbindtenis, aan ieder voor het geheel aansprakelijk is, maar uit den aard van het woord zelf, dat wij ook bij DE GROOT HOCH HUBER vinden, zal niemand het vermoeden, ook het woord *hoofdelijk recht* niet verstaan als een recht, dat één tegen meerdere personen heeft voor het geheel der inschuld. Waarom het Fransche *solidarité* niet liever vertaald *solidaire* inschuld? waarom alleen in het opschrift het woord *solidair*? Het ontwerp van 1820 heeft met opzet naar het schijnt het woord *hoofdelijk* vermeden, en gebruikt zelfs het woord *solidariteit*. Bij *in de plaats stelling* heeft men niet getwijfeld het woord *subrogatie* art. 1436 en bij *schuldvergelijking compensatie* art. 1461 te voegen, en bij overzetting *delegatie* art. 1484. In art. 1541 en 1445 zijn de woorden *consignatie* en *bewaargeving* zoo door elkaar geward, dat men het vreemde en het Nederlandsche woord niet voor eens beteekenend zou houden.

Men heeft wel eens vreemde woorden te hulp geroepen, waar het indedaad ongepast was, b. v. in art. 639 *testamentaire erfvolging*, ja *testamentaire erfstelling*

in art. 666! terwijl het woord *testament* niet voorkomt. In het opschrift boven art. 1389 staat: uit *contract* of *overeenkomst*.

Het Latijnsche en zelf min gepaste woord gaat voorop, als of het juister en duidelijker woord *overeenkomst*, in het ontwerp van 1820 zorgvuldig gebezigd, anders onverstaanbaar ware!

Ook in art. 283 is *huwelijks-contract* zeer onjuist voor huwelijksvoorwaarden in art. 194. In art. 428 staat *inventaris* of *boedelbeschrijving*, als of wij het waarlijk keurige woord: *boedelbeschrijving* anders niet zouden begrijpen, en alle *inventaris boedelbeschrijving* ware!

Maar daarentegen moeten wij het prijzen, dat de wetgever aan het Grotiaansche woord *onderzetting* het oude woord *hypotheek* tot geleide gegeven heeft in art. 1208 en zelfs in den loop van den titel zich van het zuivere woord los maakt, zie art. 1213 en 1217, en het stads-huiswoord *verhypothekeerd* de voorkeur geeft voor: *ondergezet*.

Art. 1435. *Indien alle de schulden niet mochten vervallen zijn, wordt de betaling geacht gedaan te zijn, in voldoening der schuld, die vervallen was.*

Eene telkens wederkeerende fout in het verwaarloozen der woordschikking. Bij de voorbeelden, die wij onder het opschrift § *woordschikking* in *Themis* XII. 117 XIII, 571, bijbragten, voegen wij ook deze: Het ontkenkende *niet*, staat niet op zijn rechte plaats, men verzette het vóór *alle* en leze: *indien niet alle de schulden*.

Art. 411. *De rechtbank heeft het vermogen den persoon die onder curatele is gesteld, HET ZIJ te gelijk met deze voorziening, HET ZIJ daarna uiterlijk voor één jaar, doch zoo noodig, telkens uiterlijk voor één jaar te verlengen, in een verbeterhuis te doen plaatsen.*

De bijwoorden *het zij* — *het zij* — *te verlengen*, moeten volgen de laatste woorden: *in een verbeterhuis te doen plaatsen*: en des geheel worden omgezet.

In art. 1019, *wanneer de nalatenschap niet voor het geheel of een gedeelte is aanvaard*, moet het *ontkennende niet* verplaatst worden achter *gedeelte*.

In art. 1350, lezen wij: de overeenkomst *om niet* is de zoodanige, waarhij de eene partij aan de andere, zonder eenige baat een voordeel toekent.

Hier moeten de woorden: *zonder eenige baat* worden verschikt, en geplaatst achter het woord: *partij*.

Art. 1304. *Eene tijdsbepaling schort de verbindtenis niet op, maar slechts hare uitvoering*.

Men schrijve volgens de eischen der woordschikking en taal: *eene tijdsbepaling schort niet de verbindtenis, maar hare uitvoering*.

*Schorten* of *schorsen* gelijk in art. 2024 is voldoende en even goed als *opschorten*.

Art. 1350. *Eene overeenkomst onder een bezwarenden titel, om iets te geven, te doen, of niet te doen*. Naar deze bepaling zou zulk eene overeenkomst eene dubbele strekking hebben: *geven* en *doen*. Men schrijve: *om iets te geven, of iets te doen, of iets niet te doen*.

Art. 1426. *Al mocht die schuld ook deelbaar zijn*. Het voegwoord *ook*, moet geplaatst achter *mocht*.

Art. 1378. *Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken*. Daarvan slaat op *overeenkomst*, terwijl het op *bewoording* moet slaan. Men schrijve: *mag men er door uitlegging niet van afwijken*.

Art. 1827. *Men mag de bepalingen der twee voorgaande artikelen door geene schuldvernieuwing ontwijken*.

Dat ontkennend aanwijzend voornaamwoord *geene* te

bezigen voor *niet eene* is eene fout die dikwijls en onbedachtzaam gebezigd wordt.

Wij wezen vroeger op art. 654 en 777 B. en ook hier moet *geene* onthouden in: *niet door eene*.

Zelfs BILDERDIJK maakt zich wel eens schuldig aan deze fout, bij voorbeeld: *Dichtwerken*: I. 8 vs. 18.

*Hij nadert haar, maar met den groet*

*Van geenens hoveling*

in plaats van: *niet van een hoveling*, en bl. 168 vs. 8, en *vley u met GEEN huwelijks zegen*, voor: *en vley u niet met huwelijks zegen*.

Art. 1437 n<sup>o</sup>. 1 *wanneer de schuldeischer de betaling van eenen derden persoon ontvangende, denzelve doet treden in de rechten, rechtsvorderingen, voorrechten en hypotheken*.

Wat TOULLIER aanmerkt op art. 1250 C. Civ., waar dit ons artikel uit afgeschreven is, dat zouden wij hier mogen herhalen, te weten, dat deze noodelooze optelling van woorden als: *rechten, rechtsvorderingen, voorrechten, hypotheken*, te wijten is aan die ongelukkige gewoonte in den baliestijl om herhaling en opeenstapeling te bezigen van onnutte woorden, uit vrees van er een te vergeten, dat noodzakelijk is. Zij moeten thans vermeden worden, ook BERRIAT berispt ze, t. a. p., maar het zijn verschoonbare overblijfsels van die oude tautologische vormen waar wij elders proeven van gaven (1) en die J. GRIMM in zijne *Rechtsalterthümer* (bl. 14) roemt als den zin verhoogende en meerdere levendigheid, sterkte en klem gevende: ook doelden wij in onze § *overtolligheid van woorden en hulpwoorden* niet op zulke tautologie (2).

Art. 1428. *De betaling te goeder trouw gedaan*

(1) Zie ons: *Iets over alliteratie* in het *Nieuw Nederl. Taalmagazijn*, 1ste Deel, 1854.

(2) *Themis* XII, 110. XIII, 598.

*aan iemand die in het bezit is der inschuld is van waarde, ook dan wanneer die bezitter naderhand bij uitwinning uit dat bezit gestooten is.*

*Gestooten*, hoe bokkig! en dat uit het bezit van een stuk papier! het is weder slechte vertaling van art. 1240 Code: encore que le possesseur en soit par la suite evincé.

Men schreef de zoogenaamde officiële vertaling van 1810 gedeeltelijk na, maar wie ook de vertaler moge geweest zijn, hij heeft zich niet alleen schuldig gemaakt aan het ongepaste woord *gestooten*, maar maakt den waren eigenaar tot iemand die zich zelven recht geeft; want hij vertaalt: *wanneer deze naderhand door den waren eigenaar uit dat bezit gestooten wordt*. Wij kwamen op den inval hier eene gissing aangaande de lezing van den tekst te wagen, als of wij een Latijnschen auteur voor ons hadden, en stelden voor: *gesloten*, de *t* wordt dan een *l* en hoe gemakkelijk zulk een schrijffout kan worden begaan en onopgemerkt blijven, hebben wij vroeger op art. 690 overtuigend aangetoond, waar *het* voor *her* staat. En zie! welk een groot gezag kwam ons te hulpe. Het weth. Nap. voor Holland, nam ook art. 1240 van den Code over in zijn art. 1149 en vertaalde: *schoon deze naderhand door den waren eigenaar uit dat bezit gesloten wordt*. Nu meende ik dat mijne gissing boven alle tegenspraak was, maar ik sla art. 3069 van het ontwerp op en vind de bokkige uitdrukking terug! Waarom niet vertaald: *schoon hem naderhand bij uitwinning door den waren eigenaar die acte is ontnomen?* want dit is de ware zin der woorden. Op verlies van eigenlijk bezit wordt hier niet gedoeld.

Art. 1454. «De schuldeischer zijnen schuldenaar, door «wien de overzetting geschied is, van zijne verplichting «ontslagen hebbende, heeft op denzelfden geen verhaal, «indien de in de plaats gestelde in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is geraakt, ten ware

«zulks bij de overeenkomst uitdrukkelijk mogt zijn voor-  
«behouden, of de in de plaats gestelde schuldenaar reeds  
«op het oogenblik der overzetting openlijk bankbreu-  
«kig mogt wezen, of in verval van zaken mogt zijn  
«geraakt.»

De onachtzaamheid bij dit artikel begaan is indedaad onvergeefflijk.

In het wetboek van 1830, art. 1471 stond: «De  
«schuldeischer zijnen schuldenaar door wien de over-  
«zetting geschied is, van zijne verplichting ontslagen  
«hebbende, heeft op denzelfen geen verhaal, indien de  
«in de plaats gestelde bankbreukig of in verval van za-  
«ken geraakt is, ten ware zulks bij het contract uit-  
«drukkelijk mogt zijn voorbehouden, of de in de plaats  
«gestelde schuldenaar reeds op het oogenblik der over-  
«zetting openlijk bankbreukig mogt wezen, of in ver-  
«val van zaken mogt zijn geraakt.»

Bij wet van 15 Junij 1833, n°. 35 werd bepaald :  
In artikel 1471 zullen de woorden *bankbreukig* of *in verval van zaken geraakt is*, worden gelezen: *in staat van faillissement* of *van kennelijk onvermogen is geraakt*.

En men veranderde alzoo de woorden in den aan-  
vang van het artikel voorkomende, maar — eene kleine  
kleinigheid vergat men: zij kwamen tweemaal voor;  
op het einde werden zij herhaald. De wet hief maar  
eene der *phrases* op en de andere bleef staan, en wij  
lezen nu in één en hetzelfde artikel *van faillissement*  
en *kennelijk onvermogen* van *bankbreukig* en *verval van zaken*. Wat deed de commissie van het wetboek voor Ned. Indie? zij schreef af, dat haalde de moeite uit van nadenken! zie art. 1418.

Art. 1504. *Rechters, deurwaarders, notarissen* mogen door overdracht geen eigenaars worden *van rechten en rechtsvorderingen* waarover gedingen aanhangig zijn voor de rechtbanken.

Welk eene zonderlinge vertaling van de Fransche woorden in art. 1597 Cod., dat hier gevolgd is: *door overdracht eigenaars worden van rechten en rechtsvorderingen, devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux.*

Korter en bondiger schreef art. 2417, van het Ontwerp: *geene leden van eenig rechterlijk collegie mogen eenig recht of actie koopen, waarover een geschil aanhangig is.* Immers in art. 1572 en 1573 B. lezen wij: *van het koopen en verkoopen van inschulden en erfenissen*, en die ze koopt, is nog geen eigenaar geworden, woord dat nergens van onlichamelijke zaken gebezigd wordt. Over het misverstand, waar de verkeerde vertaling van *tribunaux* in *rechtbanken* aanleiding toe gaf, of geven kon, teekenden wij aan in *Themis* XII, 146. Het wetb. Nap. voor Holland, om dit weder in 't voorbijgaan op te merken ter eere der gesmade commissie, die met de moeilijke en ondankbare taak belast was, voegde zeer voorzichtig in art. 1572 bij de woorden *actien waarover geschil aanhangig is*, nog deze: *of waarschijnlijk aanhangig zal worden*, dat is de ware betekenis van *droit litigieux* waar noch het Ontwerp t. a. p. noch ons art. 1504 aan hebben gedacht. Mocht men twijfelen, men vergelijkte, wat MARCADÉ op art. 1597 Cod. aanteekent.

Art. 1604. *Ofschoon men zich op het geven van een godspenning mocht beroepen.*

Men beroept zich niet op het geven van een godspenning, maar men beweert dien gegeven te hebben; onachtzame vertaling van art. 1715 C. C., dat zoo duidelijk en eenvoudig schrijft, *et quoiqu'on allègue, qu'il y a eu des arrhes données*, lees dus, *al beweere men een godspenning te hebben gegeven.*

Art. 1867. *Hij die door de wet, of ten gevolge van een rechterlijk gewijsde verplicht is borg te stellen.*

Moet het vonnis waarbij borgstelling wordt bevolen,

alleen een rechterlijk gewijsde zijn, eene uitspraak van den hoogerem rechter, of waarvan geen beroep valt? Wat wordt er dan van art. 52<sup>b</sup> B. R., hetwelk voorloopige ten uitvoering beveelt niettegenstaande hooger beroep met verplichting tot *borgstelling*, als het den rechter goeddunkt, Art. 503. B. onderscheidt allezins *uitspraak* en *gewijsde*. Van waar de fout? Men schreef de vertaling van art. 2040 Cod. af, en lette niet op het woord: *condemnations*, dat *vonnis*, beteekent, en niets meer.

Art. 1879. *Behoudens zijne actie tot terugvordering tegen den schuldeischer — onverminderd de rechtsvordering tot terugvordering.*

Vertaling van art. 231 C. met de bevallige rhetorische verscheidenheid *behoudens zijne actie — onverminderd de rechtsvordering*, waar de Fransche tekst herhaalt: *sauf son action en répétition — sauf son action en répétition*. Men bedacht daarenboven niet, dat actie tot terugvordering, of rechtsvordering tot terugvordering een bloote herhaling is, omdat het woord terugvordering een rechtswoord is eens-beteekenend met *actie*, wat niet het geval is met het Fransche: *répétition*. In de rechtstaal hebben zij reclame; en revendication en pétition gelijk de Romeinen. Wij mogen hier herhalen, wat wij schreven in *Themis XII*, 135, op art. 236.

Hier moet ik afbreken, uit vrees van eens anders plaats in te nemen.

In het volgend N<sup>o</sup>. zal ik de aanmerkingen mededeelen op het vierde boek, welks eerste artikel (1902) ons het zonderlinge recht geeft van *tegenspraak* van eens anders *recht*, als wij die tegenspraak door het bestaan van feiten kunnen bewijzen!

---



*Verschiĳning van partijen in persoon voor den regter*, door Mr. v. d. S. (1).

Bij de meer en meer algemeen erkende behoefte aan eene vereenvoudiging van onze burgerlijke regtspleging, wenschte ik de aandacht onzer regtsgeleerden te vestigen op een middel tot instructie in burgerlijke zaken, niet van nieuwe vinding of slechts elders bekend, maar dat, even als in de Fransche, zoo ook in onze eigene wetgeving gelegen is, en echter, niettegenstaande het groote nut daarvan te trekken, bij ons geheel en al vergeten schijnt. Mij althans is, sinds 1838, geen voorbeeld bekend van deszelfs toepassing. Ik bedoel de verschijning van partijen in persoon voor den regter, — buiten het eigenlijk hooren van partijen op vraagpunten, en ook buiten de poging tot bevrediging bij art. 19 B. R. vermeld.

Het is waar, de geheele *sedes materiae* ligt als 't ware verscholen in een artikel, waarin men haar bij eene oppervlakkige lezing niet ligt zou ontdekken. Het is art. 49 B. R.: «Indien de regter eene verschijning van partijen beveelt, zal hij den dag en het uur daartoe bij het vonnis bepalen.»

Zoo als dit artikel daar staat, schijnt het niets dan een voorschrift van uitvoering, voor het geval bij art. 19 bedoeld. En zoo ook schijnt het te zijn opgevat door Mr. A. DE PRINCE, die in zijne *Handleiding tot het Wetb. van Burg. Regtsv.*, met geen enkel woord van art. 49 melding maakt, maar hetzelfde (1<sup>e</sup> ged., bl. 24) blootelijk aanhaalt, bij zijne omschrijving van art. 19.

Bij een nader onderzoek intusschen blijkt, dat in art. 49 heel wat meer ligt opgesloten, dan zelfs door genoemden schranderen leidsman schijnt te zijn opgemerkt.

(1) Bij uitzondering naamloos.

Immers ons art. 19 is geheel nieuw, en in de plaats getreden van de vroegere verpligte poging tot vereeniging voor den vrederegter.

Maar de bepaling van art. 49 daarentegen is oud, en letterlijk overgenomen uit art. 119 Code Pr.: «Si le jugement ordonne la comparution des parties, il indiquera le jour de la comparution.»

Daaruit volgt dus, dat art. 49 niet maar is een uitvloeisel van art. 19, maar dat het op zich zelve staat, en — hoewel, om de algemeenheid der uitdrukking, evenzeer ook toepasselijk in het geval van art. 19 — werkelijk nog eene andere verschijning van partijen op het oog heeft dan alleen die bij art. 19 bedoeld, en wel dezelfde als die ook bij het Fransche regt bekend was.

Tegen deze gevolgtrekking kan ik mij slechts ééne bedenking voorstellen, namelijk deze: Bij de verklaring van ons regt moet men niet te angstvallig steeds het Fransche tot vergelijkenden maatstaf nemen; gelijke uitdrukkingen in beide wetgevingen kunnen soms, door den zamenhang met andere bepalingen, wel eens verschillende beteekenissen opleveren; zoo moge men in art. 119 C. Pr. meer hebben kunnen lezen dan het eigenlijk zegt, omdat het anders geheel doelloos zoude geweest zijn, — bij ons bestaat die reden niet. Wij hebben het stellig voorschrift van art. 19 B. R., en behoeven dus aan de woorden van art. 49 geene ruimere beteekenis te hechten dan zij klaar en duidelijk schijnen aan te wijzen, namelijk van te zijn een voorschrift tot uitvoering van het bepaalde bij art. 19.

Ik zou welligt in die beschouwing kunnen deelen, ware het niet, dat de geschiedenis onzer wetgeving ten duidelijkste aantoonde, dat onze wetgever, bij de vaststelling van art. 49 B. R., ook geheel hetzelfde op het oog had, als de Fransche bij art. 119 C. Pr. Immers volgens VAN DEN HONERT, *Handboek voor de Burg.Regtsv.*,

p. 199, ad § 49, was door eene Afdeeling in bedenking gegeven, om bij deze bepaling mede te vorderen de uitdrukking van *het onderwerp* der comparitie; doch de Regering had zich hiermede niet kunnen vereenigen, van oordeel zijnde, dat daardoor tot allerlei instigatiën kon aanleiding gegeven worden, en aldus het doel der bijeenkomst vrijdeld of moeilijk gemaakt; en was alzoo deze bepaling overeenkomstig de voordragt aangenomen.

Men ziet, noch de bedenking noch het antwoord laten zich overeenbrengen met de opvatting, alsof men bij art. 49 slechts de bepaling van art. 19 op het oog zoude gehad hebben; dan toch kon er van geene verschillende *onderwerpen* der comparitie zijn sprake geweest. En wanneer men nu nog daarenboven daarop let, dat, even als art. 119 C. Pr. in den titel: *des jugemens*, zoo ook ons art. 49 voorkomt in de afdeeling: *van vonnissen in het algemeen*, dan, meen ik, mag men het voor ontwijfelbaar zeker houden, dat hier althans onze wetgever, met gelijke uitdrukkingen, ook werkelijk dezelfde bedoelingen gehad heeft, als de Fransche wetgever met de zijne.

Ik moet er nog bijvoegen, dat die verschijning van partijen in persoon geene nieuwigheid was, eerst bij de Codes willekeurig ingevoerd, maar dat zij reeds onder de ordonnantie van 1667 bekend was, hoewel daarbij uitdrukkelijk slechts voorgeschreven in handelszaken; en dat TOULLIER (X, n°. 280) te regt daarvan zeide: « c'était rentrer dans les sages dispositions du droit romain, qui veut que le juge interroge les parties *ubicunque aequitas moverit.* » l. 21 ff. *de interr. in jure fac.* (XI, 1.) adde l. 9 Cod. *de judiciis* (3. 1.) (1).

(1) Bij ons schijnt men oudtijds alleen gekend te hebben *het hooren op articulen*, door de eene partij aan de andere voorgelegd, en wel (reëlijk ook vroeger in Frankrijk) onder eede. Zie o. a. de Instructie voor het Hof

En welke was nu de aard en strekking van die *comparution des parties*?

In de Codes vindt men geene andere bepaling daaromtrent, dan alleen die van art. 428 C. Pr., in den titel: *Procédure devant les Tribunaux de commerce*, i. w. «Le tribunal pourra, dans tous les cas, ordonner, «même d'office, que les parties seront entendues en «personne, à l'audience ou dans la chambre, et, s'il «y a empêchement légitime, commettre un des juges, «ou même un juge de paix, pour les entendre, lequel «dressera procès-verbal de leurs déclarations.»

In onzen titel: *van regtspleging in zaken van koop-handel* is die bepaling niet overgenomen, waarschijnlijk omdat daarbij (art. 298) de gewone wijze van regtspleging op den voorgrond stond. Maar dat maakt geen verschil. Want niettegenstaande het bijzonder voorschrift van gemeld art. 428 eigenlijk slechts de *procédure devant les tribunaux de commerce* betref, stellen alle mij bekende Fransche uitleggers, hoewel van de zaak sprekende als het meest in gebruik bij de handels-geregten, het echter als ontwijfelbaar zeker voor, en wel uit hoofde van art. 119 en van de plaatsing daarvan, dat ook bij de gewone regtbanken het middel evenzeer was toegelaten, en ook aldaar zeker niet minder verdiende in aanmerking te komen. Bij gemis echter van alle voorschriften van vorm, paste men veelal, bij analogie, die van art. 428 ook bij de gewone regtbanken toe.

Het is waar, door de niet overneming eener dergelijke wetsbepaling, ontbreekt ons die analogie. Maar zou men nu, uit het geheel gemis van alle bijzondere voorschriften, moeten besluiten tot de onmogelijkheid, om van het

van Holland, art. 128. Uit vrees echter voor het misbruik van dien eed is het gansche middel in onbruik geraakt. Zie VOET en GROENEWEGEN (*de L. A.*) ad d. l. ff., VAN LEEUWEN, *cens. for.* II. 1, 29, 33. HOGERBIETS, *van 't aenl. der process. act.* 2.

bij de wet aangewezen middel gebruik te maken? Wie zou dit willen beweren? Het zou met eene regtsweigerings gelijk staan (art. 13 A. B.). Neen, dan is de regter vrij, om, voor het gebruik maken daarvan, zoodanigen weg in te slaan als hem nuttig en gepast voorkomt, en als de aard en de geest van onze regtsinstellingen gedoogen. En zoo was het ook reeds ten dezen opzichte, al zij het dan in mindere mate, ook naar de Fransche wet. Want art. 428 moge eenigen leidraad geven, het is verre van te antwoorden op alle vragen van vorm, welke te dier zake kunnen gedaan worden.

Maar hoe werd nu in de Fransche praktijk dat middel begrepen en toegepast? Ik zal daartoe slechts verwijzen naar eenige auteurs, die mij thans voor de hand liggen, en twijfel niet of alle overigen, die het onderwerp behandelen, zullen in de hoofdzaak daarmede instemmen.

ROGRON, *ad* d. art. 119, zegt er van: « Cette voie « d'instruction est très fréquemment ordonnée, soit « d'office, soit sur la demande d'une des parties, parce- « qu'elle met les juges à portée, dans les affaires qui « consistent en faits, de découvrir beaucoup plus faci- « lement la vérité. » Voorts geeft hij als onderscheid op met het *interrogatoire sur faits et articles*: « La com- « parution a lieu devant tout le tribunal, et c'est le « président qui interroge, sans qu'il soit besoin de dresser « de procès-verbal; dans l'*interrogatoire*, les parties « comparaissent devant un juge commis à cet effet, et « il est dressé procès-verbal de l'*interrogatoire* et des « réponses. » (Bij ons kan dit verhoor ook voor den regter in raadkamer plaats vinden, art. 239 B. R.). En verder behandelt hij de vraag, of het vonnis, dat de comparitie beveelt, moet beteekend worden, en wel aan den persoon; tot de bevestigende beantwoording waarvan hij schijnt over te hellen, blijkens zijne aantekening op het volgend art. 120.

ZACHARIÄ (*Handb. d. fr. Civilr.* 3<sup>e</sup> Aufl. IV. § 767. p. 414.) schijnt het hoofdonderscheid daarin te stellen, dat bij het interrogatoire de vragen door de partij worden voorgelegd, bij de comparitie door den regter. In den regel zeker is dit zoo. Want de vragen, die volgens art. 333 C. Pr. en 241 B. R. ook bij het interrogatoire ambtshalve door den regter kunnen gedaan worden, zijn slechts van bijkomenden aard. Conf. CARRÉ *ad* art. 333, *Qu.* 1255.

TOULLIER (3<sup>e</sup> ed. Brux. X.) handelende van het *aveu de la partie*, bespreekt in n<sup>o</sup>. 274, *sqq.* het interrogatoire en het gebrekkige van dit middel volgens de bepalingen van den C. Pr. (bij onze wetgeving weinig veranderd), en zegt verder in n<sup>o</sup>. 281, van de *comparution des parties en personne*: « Elles sont alors interrogées en public et à l'audience, par le président du tribunal, et par conséquent, les deux parties peuvent et doivent assister à l'audience: d'où l'on peut induire, qu'elles peuvent, comme aux Cours d'Assises, s'adresser réciproquement des questions et des observations par l'organe du président, et que chaque juge, en demandant la parole au président, peut aussi adresser aux parties les questions qu'il estime convenables. »

In n<sup>o</sup>. 282: « Ce mode d'interrogatoire, habituellement employé par les tribunaux de commerce, y produit les meilleurs effets . . . Il est à regretter que les juges civils ne l'emploient pas plus souvent, » etc.

En in n<sup>o</sup>. 284: « Les interrogatoires faits à l'audience, en vertu d'un jugement qui ordonne la comparution des parties, outre les ressources qu'ils peuvent donner pour découvrir la vérité plus facilement, ont encore, pour l'abréviation des procès, un avantage que n'ont point les interrogatoires sur faits et articles. Ceux-ci étant faits hors l'audience et en secret, il est

«nécessaire de dresser un procès-verbal des réponses  
«de la partie, de le notifier à celle qui a requis l'in-  
«terrogatoire, pour en venir ensuite à l'audience plai-  
«der sur les réponses; au lieu que si les réponses faites  
«au président, qui interroge les parties en présence du  
«tribunal et du public, sont telles qu'il en résulte la  
«preuve, soit du fait en contestation, soit de quelque  
«autre fait qui suppose nécessairement son existence;  
«en un mot si les réponses sont telles, qu'elles em-  
«portent la conviction, le tribunal peut et doit rendre  
«de suite son jugement définitif, ainsi que l'observe  
«très judicieusement THEVENEAU, pag. 414.»

BERRIAT-SAINT-PRIX (*Cours de proc. civ.*, 5<sup>e</sup> ed. Brux. p. 319.) handelt, in een *appendice* op den titel *de l'interrogatoire sur faits et articles*, over de *comparution en personne*, waarvan hij zegt: «Le juge  
«peut, même d'office, faire paraître les parties en  
«personne devant lui, pour tirer de leurs bouches les  
«éclaircissemens qu'il espère en obtenir, et qu'il n'a  
«pu trouver dans l'instruction ordinaire.» enz. met  
een aantal citaten, waaronder FIGEAU en CARRÉ.  
Voorts past hij in het algemeen daarbij toe, niet  
slechts het voormeld art. 428 C. Pr., maar ook art. 330  
(244 B. R.) uit den titel over het interrogatoire, hou-  
dende dat bij niet-verschijning (volgens ons art. 244,  
zonder wettige verhindering) of bij weigering om te  
antwoorden, de feiten voor erkend kunnen gehouden  
worden.

FIGEAU (*Proc. civ.*, I, p. m. 240 sq.), behandelt meer  
uitvoerig nog dit middel, als het tweede *des voies que  
le juge peut employer pour tirer la vérité de la  
bouche des parties*, waartoe hij als eerste brengt het  
interrogatoire, en als derde den eed. Hij geeft daarbij  
de formule van een vonnis, de comparitie bevelende,  
waarvan hij de beteekening onnoodig acht, ten zij bij

defaut geweest. Als verschil met het interrogatoire noemt hij: 1°. dat dit niet d'office kan gelast worden (1), de comparitie wel; 2°. dat bij het eerste de feiten aan de partij moeten beteekend worden, terwijl zij bij het andere geheel aan de keuze des regters zijn overgelaten, van wien als onzijdig persoon geen verschalking te wachten is; en 3°. dat het interrogatoire geld kost, de comparitie niets, vermits enkele regels meer in de redactie van het vonnis genoegzaam zijn om de gegeven antwoorden te constateren. Op dit laatste moet ik echter aanmerken, dat, wanneer partijen elders woonachtig zijn, zulks wel degelijk aanleiding moet geven tot kosten, gelijk dan ook daarin voorzien is, zoowel bij art. 146 van het Fransch *tarif*, als bij art. 67 van het onze. Ook de beteekening van het vonnis, zoo men die, gelijk ik veiliger acht, met ROGRON en CARRÉ (zie hieronder) voor noodig houdt, zal altijd eenige, hoezeer dan ook geringe, kosten veroorzaken.

Voorts behandelt hij de wijze der ondervragingen van partijen (door hem zoo het schijnt alleen ter terechtzitting verondersteld) zoowel in als buiten elkanders tegenwoordigheid; de wijze hoe het resultaat daarvan *casu quo* in het vonnis moet worden opgenomen; en maakt eindelijk almede het voormeld art. 330 ook op dit middel van toepassing.

Ook CARRÉ (*Lois de la Procéd. civile*, ad art. 119) bespreekt omstandig dit onderwerp. Na geleerd te

(1) TOULLIER (no. 282 *cit in fine*) meent het tegendeel, op grond van de ruime bevoegdheid bij art. 119 gegeven. Dit argument echter kan geen stand houden tegenover de stellige woorden van art. 325 C. Pr., en zou m. i. veelmeer moeten worden omgekeerd. Want juist om die ruime bevoegdheid bij art. 119 aan den regter gegeven, was het geheel nutteloos en overbodig, hem ook de magt te geven om ambtshalve een interrogatoire te gelasten. Zie ook conform PIGEAU, CARRÉ en ROGRON, ad d. art. 325.



hebben, dat dit middel onder de oude wetgeving eigenlijk slechts in handelszaken was toegelaten, doch dat het gebruik daarvan, op grond van algemeene regtsbeginselen (1), ook ten civile was aangenomen, zegt hij: «Aujourd'hui le code autorise tous les tribunaux à ordonner la comparution, lorsqu'ils le jugent convenable, et ils le peuvent, soit d'office, soit sur la demande des parties etc.»

Voorts beantwoordt hij bevestigend de vragen: (*Qu.* 501), of het vonnis dat de comparitie gelast, praeparatoir is? en (*Qu.* 502) of dat vonnis moet beteekend worden, en wel aan de partij? terwijl hij ten aanzien van de wijze van ondervragen, het opnemen *casu quo* der antwoorden in het te wijzen vonnis, en de gevolgen der niet-verschijning of weigering om te antwoorden, geheel instemt met PROEAU. Bij het laatst bedoelde (de toepassing van art. 330 C. Pr. ook op dit middel) merkt hij nog aan, dat in het algemeen op de gevolgen der comparitie vele der regelen voor het interrogatoir moeten toegepast worden, weshalve hij verwijst naar de aldaar door hem behandelde quaestiën, *relativement à l'appréciation des réponses et contradictions de l'interrogé* (zie o. a. *Qu.* 1251 en 1262) en naar TOULLIER, l. l. c. c. et *sqq.*

Men ziet, dat, zoo de wetgever gemeend heeft, het gebruik van dit middel aan de wetenschap en aan de praktijk te kunnen overlaten, de eerste althans aan die roeping heeft beantwoord, en dat het ons niet ontbreekt aan gezaghebbende en in de hoofdzaken geheel overeenstemmende gidsen, die ons den aangeduiden weg in alle veiligheid leeren bewandelen. Gaarne stem ik in met den wensch naar eene meerdere vereenvoudiging van onze burgerlijke regtspleging; maar, zoo het met

(1) *Cui jurisdictio data est. ea quoque censetur concessa. sine quibus jus dicere non potest.* (l. 2, tit. 1. ff. de jurisdictione.)

dien wensch ernstig gemeend is, dat men dan ook niet ongebruikt late een zoo nuttig, eenvoudig en onkostbaar middel, als de tegenwoordige wetgeving ons reeds aanbiedt.

Na het schrijven van het bovenstaande kwam mij in handen een onlangs uitgekomen werk van R. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile*. (Mémoire sur la réformation de la justice, couronné par l'Académie des sciences morales et politiques). Ik vond daarin eene zoodanige bevestiging van hetgeen hierboven tot aanprijzing van dit middel vermeld is, dat ik mij niet weêrhouden kan, daarvan voor een gedeelte nog mededeeling te doen.

Hij zegt, in het Chap. 20: *de la comparation des parties* (p. 532 sq.): «*Entête des moyens de preuves*, « nous placerons la comparation des parties, qui, sous « l'empire de l'ordonnance, n'était autorisée qu'en matière « commerciale, quoiqu'un usage fondé sur la raison l'éten- « dît aux matières civiles. C'est une de ces formes sim- « ples et peu coûteuses que l'ancienne pratique avait « trop négligées, et que le Code de 1806 a eu le tort « de ne point mettre assez en évidence. On peut dire en « effet, qu'elle est en quelque sorte *perdue au milieu « du titre des jugemens*. Ce moyen d'éclairer la justice « dans les affaires qui ne gisent qu'en fait, était assez « précieux, pour qu'on lui consacraît une rubrique spé- « ciale. Sans le hérisser de procédures qui lui auraient « ôté cette simplicité qui fait tout son mérite, il eût « été bon de tracer quelques règles pour en organiser « l'emploi. En matière de comparation tout a été laissé « à la routine. La comparation des parties peut rendre « cependant les plus grands services, surtout en présence « de la vicieuse procédure aujourd'hui tracée pour les « interrogatoires sur faits et articles. Elle présente même

« des avantages qui lui sont particuliers ; le juge la peut  
« ordonner d'office, et les parties la réclamer ; elle per-  
« met d'entendre les deux parties, ou chacune séparément ;  
« elle autorise des confrontations précieuses ; et comme  
« on peut n'ordonner la comparution que d'une seule  
« des parties, elle joue alors le rôle d'un interrogatoire  
« en quelque sorte sommaire. » Zie verder het geheele  
*Chap. tot aan p. 536.*

En in *Chap. 23: de l'interrogatoire sur faits et articles*, sprekende over het gebrekkige van dat middel volgens de bepalingen van den C. Pr., haalt hij aan (p. 539.) BELLOT, die in zijn *exposé des motifs de la loi de Genève*, p. 147, te regt daarvan zeide : « Si jamais un législateur se propose le problème du mode le plus sûr de ne point atteindre la vérité, le Code de Pr. français lui en fournira la solution au titre de l'interrogatoire sur f. et a. » etc.

Daarop doelde ook TOULLIER, X, n°. 283; en CARRÉ, in een zijner noten op de inleiding tot den titel (15) *de l'interrogatoire sur f. et a.*, zegt er van : « Ce mode d'instruction a été rejeté dans la procédure genevoise, comme étant absolument opposé au but que le législateur en attend, et qui est d'atteindre la vérité. On y a substitué, avec raison, suivant nous, la comparution personnelle telle, qu'elle est autorisée par l'art. 119 de notre Code, mais avec faculté à la partie d'adresser des questions à son adversaire. »

---

ROMEINSCH REGT.

*Hebben de Romeinen de executeuren testamentair gekend?* beantwoord door Mr. B. E. COLAÇO BELMONTE, Jur. Rom. et Hod. Doctor.

Deze vraag is, naar mijn gevoelen, niet ontbloom van belang voor de wetenschap des regts. Zij is ook van beteekenis in betrekking tot de geschiedenis der wetgeving.

Naar mijne meening moet zij bevestigend beantwoord worden, althans meen ik te mogen vasthouden, dat de oorsprong der executele (de *testaments-uitvoering*, de *Testaments-Vollziehung*) in het Romeinsche regt moet gezocht worden, en, als regts-instelling, niet in de gewoonten en gebruiken der Germaansche en latere volken van Europa, maar onbetwistbaar in de veel oudere regtsbegrippen en de wetgeving der Romeinen haren grondslag vindt.

De gronden waarop dit gevoelen rust wensch ik hier nader te ontwikkelen. Eerst zal ik mij tot algemeene beschouwingen bepalen, daarna zal ik op bijzonderheden trachten te wijzen. Men neme het geheel voor hetgeen het is: eene proeve.

§ 1.

De opdracht ter uitvoering van het testament, de executele, hoe men ze ook beschouwe, is *lastgeving*, en de executele zelve beweegt zich binnen de grenzen van het gewone mandaat.

De beginselen, die omtrent het mandaat regtens zijn, zijn dus ook hier van volle toepassing.

Ik meen dit te mogen vasthouden en rangschik de executele (1) onder de dus genoemde *mandata post mortem*.

(1) Even als ik het woord *Executele* hier behouden heb voor *uitvoering van uiterste wilsbeschikkingen*, zal ik ook *Executeuren testa-*

Men weet dat er zijn, die de bestaanbaarheid van een *mandatum post mortem*, naar Romeinsche regtsbeginselen, hebben verdedigd. Anderen weder hebben het strijdig genoemd met de eerste regelen van dat regt, volgens welke alle mandaat zonder onderscheid door den dood eindigt.

Dit vraagpunt staat derhalve in naauw verband met het onderzoek, dat ik mij hier ten doel heb gesteld.

Er bestaat, zoo als ik zeide, groot verschil omtrent de opvatting van den regel: *mandatum finitur morte*. Veel is hierover in vroegere en in latere tijden gestreden. Er zijn er die het: « omne *mandatum sine distinctione* morte finiri » hebben verdedigd (1). Er zijn er ook, die eene andere meening hebben voorgestaan (2).

*mentair*, in den regel althans, voor *uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen* schrijven. Het zijn wel is waar vreemde woorden, maar zij hebben in onze regtsaal een zeker burgerregt verkregen. Het gebruik heeft ze ook gewettigd. De gewone man weet dadelijk welk begrip aan een *exécuteur testamentair* te beechten. De uitdrukking *uitvoerder van uiterste wilsbeschikking* vordert voor hem verklaring. *Exécutele* drukt daarbij meer uit dan *uitvoering* enz., is korter en laat zich beter zeggen.

Ik ben evenzeer als iemand voor de handhaving der oorspronkelijkheid van onze moedertaal, maar kan men door vreemde woorden duidelijker en juister zijne bedoeling te kennen geven, dan keur ik het af, dat men zich door een te ver gedreven purisme er van late afhouden. Hetzelfde geldt ook voor den wetgever. Verg. hier Mr. C. J. VAN ASSEN in Nieuwe Bijdragen voor Regtsg. en Wetg. van 1855. Zie ook Mr. S. A. VENING MEINESZ. in zijne Geschiedenis der Staatsregt. bepalingen enz. (Leiden 1856), pag. 137.

(1) Zie NOODT, *Observat.* l. 2. C. 1, 2 et 3. Onder de nieuwere Dr. GUST. DIETZEL, in *Beitrage zur Lehre von mandatum post mortem*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Process.* 13 Band. Seite 424 u. f.

(2) Zie COJACIUS, *Observ.* l. 38. — VINNIUS, ad tit. *Inst. de mand.*, en aldaar HEINECCIUS. — MERILLIUS. *ibidem.* — J. A. COSTA, ad § 10. *Inst. de mand.* — Verg. BRUNNEMAN, ad l. 12. § ult. ff. *mand. v. contra.* — VOET, ad h. l. n°. 6. — POTHIER, ad tit. ff. *mand.* n°. 78. — POTHIER, du *mand.* chap. IV. § 2 n°. 108. — Onder de nieuwere: GLÜCK, *Pandecten-Commentar*, XV. S. 336—345. MULLENBRUCH, aldaar XLIII. S. 369—

Al had ik voor mijn gevoelen geene gronden, die op algemeene beschouwingen van het regtsstelsel der Romeinen rusten, (ik zal ze later mededeelen,) dan nog zou ik van eene leer, die de onbestaanbaarheid van het *mandatum post mortem* naar Romeinsche regtsbeginselen aanneemt, altijd blijven verschillen, op grond van den geest der Romeinsche wetgeving in het algemeen en van de uitspraken der Romeinsche regtsgeleerden in het bijzonder.

Het is evenwel, ik erken het, eene *lis sub iudice*. Waarschijnlijk zal het dit nog lang blijven. Ik althans matig mij niet aan ze tot beslissing te brengen. Dr. DIETZEL heeft evenwel in zijne aangehaalde *Beitrage* eenige nieuwe gezigtspunten geleverd, die ik gaarne iets meer van nabij wensch te beschouwen.

Even als NOODT plaatst zich Dr. DIETZEL op het standpunt van de *l. Un. Cod. ut action. etc. (IV. 11.)*. Dit is beider hoofd-argument: *Actiones enim quae non ceperunt a defuncto vel contra defunctum, ex persona heredis vel contra eum incipere veteris juris regula vetabat (1)*. Zeker is het, dat *na de l. un. Cod.* het

399. SINTENIS, *Civilr.* II. S. 379 en III. 498. A. ARNDTS, *Lehrb. d. Pand.* § 294. d. Verg. ook Mr. A. D. MEIJER in zijne *Inaugurale Dissertatie: De Exeutoribus testam.* L. B. 1808.

(1) Zie GAJUS III § 100, 117 en 153. Verg. de *l. Un. Cod. (IV. 11)*. Ik doe hier opmerken, dat het beginsel, waarvan GAJUS zegt: *quia generaliter placuit*, leert, dat de *actiones*, waartoe de overledene niet reeds zelf uit eigen hoofde gerechtigd was, nimmer tot den erfgenaam konden behooren. Zie NOODT, t. a. pl. Ook de *l. Un. Cod. (IV. 11)* spreekt van *actiones*. Dr. DIETZEL evenwel spreekt steeds en nitsluitend van den regel: *ab heredis persona obligationem incipere non posse*, en herhaaldelijk. Zie pag. 424, 427, 428, 433 enz. van zijne *Beitrage*. Ook RÖMER doet dit in zijne hierna aangehaalde verhandeling. Op het groote onderscheid tusschen de *obligationes* en *actiones* zal ik niet behoeven te wijzen. Want kan men al zonder bezwaar toegeven, dat eene *obligatio*, door welke de overledene niet reeds verbonden was, is

mandatum post mortem niet van dien kant kan worden aangevallen. Maar het is m. i. volstrekt niet buiten tegenpraak, dat het «generaliter placuit» van GAJUS be- teekent, dat dit beginsel als *regel* gegolden heeft en in het oude regt beslissend gezag heeft gehad. Immers weet men, dat ook naar het oude regt, de erfgenaam en de overledene als *denzelfden* persoon werden beschouwd; en met den regel: *omne jus quod defunctus habuit transit in heredem* (zie VON VANGEROW, *Lehrb. d. Pand.*, § 608. I. 2. c.) was, dunkt mij, zonder eenige nadere verklaring der wetgevers te vereenigen het begrip dat de erfgenaam als zoodanig, tot al die actiën geregtigd was, die uit eene handeling van den erflater waren geboren, hoezeer deze zelf die actiën nog niet *had*, d. i. die actiën uit den aard der zaak niet had kunnen instellen. Zie voorg. noot. Dat er bovendien nog al gronden zijn, om het *generaliter placere* van GAJUS niet in den zin van een *algemeen en in alle zaken en handelingen* geldenden *regtsregel* op te vatten, volgt voor mij uit de leges 11 et 13 Cod. de Contr. Stipul. (8. 38), alwaar JUSTINIANUS van dit beginsel gewagende, er niet van spreekt als van een *regel*, maar het noemt eene *scrupulosa inquisitio veterum*, eene *supervacua scrupulositas*, eene *subtilitas*, die hij wilde doen *ophouden* (1). Ik omhels dan ook gaarne het gevoelen van latere schrijvers, die beweerd hebben dat de bedoelde l. Un. Cod.

den persoon des erfgenaams niet kon *incipere*, d. i. tegen hem kon worden geldend gemaakt, dan bewijst dit nog niet dat eene *actio*, die door den overledene niet vóór zijn dood *kon* worden ingesteld, omdat het b. v. eene praestatie betrof van iets dat eerst *na* zijn dood moest plaats vinden, niet tot de regten van den erfgenaam behoorde. Men zie hierna.

(1) Verg. Dr. DIETZEL, t. a. pl. pag. 433, die m. i. aldaar niet bewijst dat «dieser Satz (?) das ganze Gebiet der Rechtsverhältnisse beherrschte.»

geen nieuw *stelsel* heeft gevestigd, zoo als von SCHEURL dit in zijne *Beitrage zur Bearbeitung des Römischen Rechts* (Erl. 1853), n<sup>o</sup>. 3, p. 102 en volgg. heeft verdedigd; maar dat deze wet integendeel tot strekking had eene *scrupulositas* en *subtilitas* weg te nemen, die met andere bepaalde en vaste *regtsregelen* in strijd was en ook door het gebruik dikwijls was veroordeeld (1). Verg. *Jahrbücher von SCHLETTER*, 1856, bl. 129. De stelling door NOODT en Dr. DIETZEL op dezen grond verdedigd, is derhalve geen *afdoend* argument tegen de *mandata post mortem*, in hunne bestaanbaarheid naar het oude regt.

Zien wij de bijzondere argumenten. — GLUCK en andere nieuwe schrijvers beroepen zich op de l. 27, § 1 ff. mand (17. 1.). Ik ben het hier volkomen met Dr. DIETZEL eens, dat dit fragment volstrekt geene betrekking heeft tot de vraag, die het hier geldt.

Er staat:

«Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, consistit obligatio; potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si poenitentia acta servum recuperare velim.» Verg. l. 5 § 1. ff. de cond. causa data (12. 4).

Het beding, waarvan in dit fragment sprake is, is geen *mandaat*, maar eene *lex traditionis*. GAJUS is dus hier niet in tegenspraak met hetgeen hij in zijn *Comm. III. 158.* leert. Ik zie ook met DIETZEL geene reden om de conjecture van ZIMMERN aan te nemen, dat bij GAJUS, in de l. 27. § 1. ff. mand., vóór *consistit*, het woord «*non*» door TRIBONIAAN is weggelaten, of dat de woorden «*post mortem meam*» er door hem bijgevoegd zijn. Ik geloof evenwel, dat dit fragment niet

(1) Verg. evenwel RÖMER, Ueber die Römischen Rechtssatz: *Obligatio ab herede* enz. (Zür. 1855).



sterk pleit voor de stelling, die Dr. DIETZEL op grond van de l. Un. Cod. verdedigt en die ik zoo even getracht heb te wederleggen. Het blijkt hier toch stellig, dat eene handeling was bedongen, die *post mortem* van een der partijen moest worden volbragt; de *obligatio*, die uit dat beding voortvloeide, greep stand, *consistit obligatio*. Dit «*consistit obligatio*» kan nu hier geene andere beteekenis hebben, zoo als DIETZEL dit trouwens ook toegeeft, dan dat de verkrijger tot manumitteren *verplicht* was, en voldeed deze er niet aan, dat in dat geval de erfgenamen van den vorigen eigenaar gerechtigd waren tot het instellen der *actio praescriptis verbis*. Het moge nu *ob favorem libertatis* geweest zijn, hier hadden de erfgenamen toch wel zeker eene *actio*, die incipiebat *ab heredibus*, volstrekt niet *a defuncto*. Deze toch *had* geene *actio*; de dies obligationis ontstond eerst *na* zijn' dood. Vergelijk DIETZEL, t. a. pl. p. 425. Het «*ganze Gebiet des Rechtsverhältnisse*,» zoo als DIETZEL zich uitdrukt, werd dus in het geheel niet «*beherrscht*» door den regel (?), dien de l. Un. Cod. voor goed veroordeelde. Het «*generaliter placuit*» van GAJUS kan daarom ook met grond aan de l. 27. § 1, ff. mand. getoetsd worden.

Een ander argument tegen de *mandata post mortem* vindt NOODT in de l. 108 ff. de *solutionibus*. DIETZEL volgt hem hierin. Beide nemen de lezing der Florentina aan. Men leest er:

*Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis lex est obligationis; ideoque invito me, recte ei solvitur. Ei cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur: quia mandatum morte finitur.*

Op dit laatste gedeelte der lex 108 heeft NOODT zijne stelling gebouwd. CUIACIUS heeft hier evenwel eene andere lezing. Zij wordt verdedigd door HOTOMANNUS en

POTHIER, en onder de lateren door GLUCK, ZIMMERN en VON VANGEROW. Hij leest:

*Ei cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur, quia etc. (1).*

CUJACIUS neemt een onderscheid aan tusschen een gewoon mandaat en een mandaat post mortem. Nu kan ik DIETZEL niet toegeven, dat de Romeinsche juristen dit onderscheid niet kenden, en ik zie ook niet in dat dit uit de aangehaalde plaats van GAJUS en uit den regel: ab heredis persona etc., zou moeten volgen. Wat mij de lezing volkomen aannemelijk maakt is, dat, m. i., een bepaalde strijd zou bestaan tusschen het eerste en tweede lid van dit fragment, wanneer de lezing der Florentina in het tweede lid de juiste zou zijn. Mogt men toch, *mandatu suo*, een ander doen stipuleren, dat hem na den dood des lastgevers een zekere som door een derde zou worden voldaan, en was deze handeling geldig (2); welke kan dan de ratio juris zijn, die het den schuld-

(1) GLÜCK, l. a. pl., § 341, verdedigt de lezing van CUJACIUS ook nog door het gezag der Basilica. DIETZEL beweert dat de Basilica noch bewijzen noch wederleggen kan. Het betoog waarom levert hij niet. Over het gezag der Basilica, zie VON VANGEROW, Lehrb. der Pandecten, § 2, n<sup>o</sup>. 6, en de aldaar aangeh. schrijvers.

(2) Ik meen, wat het 1<sup>e</sup> lid der l. 103 betreft, de lezing der Florentina te mogen verdedigen. De zin is, dunkt mij, deze: *Ei qui mandatu meo stipulatus est, ut post mortem meam certam summam pecuniae ei solveretur, recte hanc pecuniae summam post mortem meam solvitur.* Het «*quia talis est lex obligationis*», dat PAULUS hier volgen laat, is voor mij niet het «*post mortem solvere*», zoodanig dat ante mortem mandantis, aan hem, qui stipulatus est, niet mag worden voldaan, zoo als DIETZEL dat wil, maar veeleer de *stipulatio* zelve, die, eenmaal volbragt zijnde, het mandaat zelve consumeerde, en de *lex obligationis* werd zóódanig dat de mandans daardoor onherroepelijk verbonden werd. Die zin ligt, m. i., in de woorden: *invito etiam me (mandante) recte ei (qui sibi ex mandatu stipulatus est) solvitur.* Ik geloof dan ook dat men in dit gedeelte der l. 103 een spoor kan aannemen der oude *adstipulatio*. Zie hierover Mr. VAN DER KEMP in zijne Diss. Inaug. de adstipulatoribus. (Lugd. Bat. 1829).

eischer verbod zijnen schuldenaar te gelasten, om na zijnen (des schuldeischers) dood, het verschuldigde te voldoen aan een derde, die de schuldeischer hem daartoe aanwees? Beide gevallen staan gelijk; beide hebben een mandaat tot grondslag; beide hebben het tijdstip van den dood des lastgevers tot tijdsbepaling; de ratio decidendi moet dus ook dezelfde zijn.

De eenige grond waarop DIETZEL de lezing der Florentina verdedigt, komt daarop neêr, dat, wanneer men de omzetting van CUJACIUS aanneemt, de zin van het fragment zou wegvallen, aangezien alsdan de *lex obligationis* zou ontbreken, van welke PAULUS hier gewaagt. Hoezeer ik het nu met DIETZEL niet eens kan zijn omtrent hetgeen hij hier als de *lex obligationis* opvat (zie de voorg. noot), kan zijne bewering, indien al, alleen gelden ten opzichte van de *stipulatio ex mandato*, waarvan in het eerste lid der l. 108 sprake is, en waarom het ons hier niet te doen is; maar nimmer ten opzichte van het tweede lid, waar PAULUS volstrekt niet van eene *lex obligationis* gewaagt en waar ik ook geen spoor van eene *lex obligationis*, maar alleen een eenvoudig mandaat heb kunnen aantreffen. De grond waarop DIETZEL de Florentina verdedigt valt dus zeer zeker in betrekking tot het tweede lid der l. 108, en de emendatie van CUJACIUS verdedigt zich zelve, omdat zij de tegenspraak wegneemt, die anders in dit fragment zou bestaan. Ik geloof daarom met de aangehaalde schrijvers (1) te mogen vasthouden, dat ook de l. 108, wanneer men de lezing der Florentina als corrupt verwerpt, niet tegen de *mandata post mortem* pleit. Het onderscheid, waarop CUJACIUS aandringt, tusschen een *mandatum simpliciter ut alteri solveretur*, en een *mandatum expresse ut alteri post mortem jubentis solveretur*, kan men dan ook veilig

(1) Ook Mr. A. D. MEIJER verdedigt de lezing van CUJACIUS in zijne aangehaalde *Dissertatio Inauguralis*.

aanneemen, om daarin niets te vinden dat met het Romeinsch-juristisch begrip van mandaat in strijd heeft kunnen zijn. *In den regel* eindigt het mandaat door den dood, maar de uitzondering wordt door geene plaats in het oude regt uitgesloten. In *toto jure generi per speciem derogetur* leert de l. 80 ff. de div. reg. juris. Die leer voldoingt het pleit der uitzondering, die het mandaat *na* den dood, d. i. het mandaat, waarvan de uitvoering eerst moet plaats vinden na den dood des lastgevers, quod a die mortis mandantis incipit, zoo als CUIACIUS schrijft, wettigt. Men heeft hier evenwel niet alleen de *ratio juris* voor zich, maar ook eene menigte andere fragmenten uit de schriften der Rom. regtsgeleerden, waarop ik later in § 5 zal wijzen.

De l. 6 § 38 ff. mand. bevestigt evenmin de stelling door NooDT verdedigd. De lastgever moet belang hebben bij de handeling die hij ter volvoering opdraagt, ik stem dit toe, en dit belang kan bij eene lastgeving *na* den dood niet gedacht worden, dit ontken ik. Het belang, waarop NooDT hier doelt, ligt gewoonlijk in den aard der opgedragene handeling zelve opgesloten. Ook naar Rom. regt is het *eigen* oordeel des lastgevers hier de hoogste wet. Bovendien is het *eigen* belang des lastgevers niet altijd zóódanig de hoofdvoorwaarde van de geldigheid van het mandaat, dat dit belang altijd bij hem en in *zijn* persoon moet gezocht worden (1). Dit bewijzen de mandata *mandatarii*, ook die *aliena gratia*. Dit bewijst op het duidelijkst de geheele leer van het Romeinsche erfregt, in al zijn omvang. Doch hierover straks nader.

Er zijn nog andere plaatsen waarop NooDT zijn gevoelen grondt, zoo als de lex 1 § 46 ff. depositi:

Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam

(1) Zie § 5. Inst. de mand. VINNIUS en HEINNECCIUS aldaar. Verg. l. 48. § 1 en l. 8. § 6 ff. mand.

reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate.

en de l. 14 ff. de vulg. et pup. subst.

In pupillari substitutione licet longius tempus comprehensum fuerit tamen finietur substitutio pubertate.

Beide fragmenten bewijzen evenwel niets voor de stelling. In het eerste geval blijft het depositum als *handeling* geldig; de bijgevoegde tijdsbepaling alleen, ut post mortem meam reddatur, is niet verbindend. De *deponens* kan het depositum ten allen tijde opvorderen en dit hangt geheel van zijn wil af. De erfgenaam kan het ook, omdat deze in al de regten van den overledene treedt. — De l. 14 ff. de vulg. et pup. subst. heeft dezelfde ratio tot grondslag. Frustra *ultra* pubertatem fit substitutio, leert de l. 7 ff. eod. De substitutio blijft evenwel geldig; de tijdsbepaling valt weg, want indien de pupil *intra* pubertatem sterft, blijft zij stand houden. — Hetzelfde geldt ook omtrent de l. 12 ff. de precario. Bij het precarium is tijdsbepaling doelloos. De handeling zelve blijft evenwel van kracht, zoo als POTIER dit op deze wet leert. In contractu precarii, diem restitutioni inutiliter adjici, sed non *ipsum* contractum tali adjectione vitiari. — Deze fragmenten zijn echter op het mandaat van geene toepassing. De bepalingen der wet mogen niet door tijdsbepaling worden geschonden; dit wil de l. 14 ff. de vulg. et pup. subst.; de bevoegdheid tot wils-verandering, de vrije wil, mag niet worden beperkt, dit is het beginsel der l. § 46 ff. de positi en der l. 12 ff. de precario. Bij het mandatum post mortem geschiedde noch het een noch het andere. Ook missen deze fragmenten alle toepassing in betrekking tot het mandaat.

Er zijn echter fragmenten die het vraagpunt, dunkt mij, beslissen. Ik doel hier op de l. 12, § ult. ff. mand. v. contra.

Idem Marcellus scribit si ut post mortem sibi monu-

mentum fieret quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere.

Hier is nu degelijk een *mandatum post mortem* en bepaalt zich de lastgeving tot eene handeling die *na* den dood des lastgevers moet volbragt worden; ook den erfgenaam des lastgevers is de actie gewaarborgd, heres *ejus* (*mandantis*) *potest mandati agere* (1).

Ook GAJUS leert in de l. 13. eod. tit. hetzelfde: *Idem est, et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum;*

en hij stelt daarmede tegelijkertijd de geldigheid van een mandaat in het belang der erfgenamen alleen, *heredum tantum gratia*, door den erflater uitgebragt, buiten alle tegenspraak. Dat in het «*idem est*», tevens opgesloten ligt dat ook in het geval van l. 13 de erfgenamen de *actio mandati* hebben, behoeft geene uiteenzetting.

NOODT heeft het gewigt van dit argument tegen zijne stelling erkend, maar de moeilijkheid trachten weg te nemen, door de gevallen in de aangehaalde fragmenten vervat eene uitzondering te noemen op den regel, *ob favorem religionis*. Dit gevoelen kan evenwel geen stand houden, eerstens omdat hier geene sprake is van een *funus*, waaromtrent wel eens van het gewone regt werd afgeweken (zie l. 43 ff. de relig. et sep.), en tweedens, omdat het beginsel, dat in betrekking tot het *funus* geldt, ne *insepulta* jacerent *cadavera*, van geene toepassing is op de oprigting van een *monumentum*. In allen gevalle kan aan eene uitzondering *favere religionis* niet gedacht worden in het geval van de l. 13. ff. *mand. v. Contr.*, waarvoor GAJUS eenvoudig over den aankoop van een *fundus* voor de erfgenamen, en over de tot dien aankoop ver-

(1) Zou de l. 12 § ult. ff. *laud.* ook niet pleiten voor het gevoelen dat ook reeds naar het oude regt, de *actiones* mochten *incipere ab herede*?

*Themis*. D. IV, 2de St. [1857].

eischte lastgeving gesproken wordt. Dan ook dit argument wil Noodt wegredeneren door in de l. 13 voor *heredibus meis* te lezen *hereditario monumento*, even als of de lastgeving tot strekking had, den aankoop van een fundus om er een monumentum hereditarium op te rigten. Hoezeer nu de sepulchra hereditaria bij de Romeinen bekend waren, zie ik geene reden deze lezing aan te nemen, die trouwens als bloote conjecture door niets wordt gewettigd, ook door DIETZEL niet wordt ondersteund, en haren oorsprong alleen dankt aan de poging om deze plaats als eene uitzondering op den regel *mandatum morte finitur* te doen voorkomen, en de stelling zelve te regtvaardigen.

DIETZEL gaat verder. Deze neemt de uitzondering, die ook VINNIUS t. a. p. en COCCEJUS in zijn *Jus Contr. II. qu. 17*, met Noodt verdedigen, in het geheel niet aan, maar veroordeelt de lezing der l. 12. § ult. ff. *mand. als corrupt*. Hij wil voor «*heres ejus poterit mandati agere*», gelezen hebben «*heres ejus non poterit agere.*» Hij vindt er grond voor, omdat het «*Illum vero*», waarmede de jurisconsult in den volgenden zin vervolgt, in den voorgaanden zin noodwendig een «*non*» vordert. Deze conjecture is geheel willekeurig. Hoe voortreffelijk ook de Latiniteit van de schriften van eenige der Rom. Jurisconsulten moge zijn, weten wij dat dit omtrent alle niet kan beweerd worden. De fragmenten, die TRIBONIANUS uit die schriften heeft verzameld, heb ik daarom nimmer geschikt geoordeeld, om, *in den regel* aan eene strenge text-kritiek te worden onderworpen. Deze rigting van den lateren tijd moge nu van groote scherpzinnigheid en vernuft getuigen, maar ik geloof, dat men langs dien weg zeer spoedig tot een afbreken zou komen, dat eindelijk tot verdringing van het geheele Romeinsche regtsstelsel zou kunnen leiden, om er een geheel nieuw, welligt beter, maar geen

Romeinsch regtsstelsel voor in de plaats te stellen. Conjecturen, die geen anderen grond hebben dan eene scherpe toepassing van de strenge regelen der grammatica en syntaxis (1) hebben daarom in mij zelden een verdediger kunnen vinden, *wanneer het de fragmenten uit de schriften der Rom. jurisconsulten gold*. Men vergete niet dat het *fragmenten* zijn, uit onderscheidene schrijvers verzameld, die zelf *fragmenten* mededeelen, zoo als ULPIANUS dit in onze l. 12 van MARCELLUS doet. Strenge eischen van Latiniteit kunnen daarom m. i. aan de compilatores van het Corpus Juris niet gesteld worden.

Van het standpunt, waarop DIETZEL zich met zijne conjecture beweegt, oordeelt hij, dat de heres mandantis geene actie heeft tegen den mandatarius. De *actio mandati directa*, ad negotium susceptum perficiendum bestaat volgens hem niet, maar wel de *actio m. contraria*, ut indemnitas servetur mandatarius, en die actie vindt dan nog alleen *utilitatis causa* plaats, opdat de mandatarius geen schade lijde, si sua pecunia fecit. Tegen dit beweren van DIETZEL staat in de eerste plaats de autoriteit van HALOANDER, die achter de woorden: «heres ejus poterit mandati agere», in de aangehaalde l. 12 ff. mand. de woorden: «*ut perficiatur*» t. w.: *monumentum*, voegt; maar daarbij komt ook, dat naar mijne opvatting (s. m.), waar een *negotium susceptum* is, ook een *negotium perficiendum* aanwezig is. Staat nu het «*perficiendum*» aan de willekeur van hem qui suscepit, dan valt m. i. het regtsbeginsel, waarop het mandaat rust, geheel weg, en mist de regel quod prius est voluntatis postea fit necessitatis, een regel, die in betrekking tot het mandaat

(1) En zijn de geleerden het daaromtrent wel geheel eens? Men denke slechts aan den strijd, onder het vaandel van Madvig, nog onlangs, in onze literato, in *de Gids*, gevoerd.



van afdoende beteekenis is, alle toepassing. Daarbij kan ik mij ook geene actio m. *contraria* denken, zonder het *bestaan* van eene actio m. *directa*, die daarom toch niet altijd behoeft te zijn of te worden ingesteld, op den voorgrond aan te nemen; maar het allerminst kan ik mij vereenigen met het denkbeeld van eene op zich zelf staande actio m. *contraria utilitatis causa*, waarvan men het grondbegrip te vergeefs, naar ik meen, in het Romeinsche mandatenstelsel zoeken zal. De interpolatie van het woordje «*non*» in het hier besproken fragment van ULPIANUS, is de eenige grondslag van de stelling, waarop DIETZEL voortbouwt. Zelf willekeurig moest zij even willekeurig worden vastgehouden (1). ULPIANUS en MARCELLUS geven beide én aan den heres mandantis én aan den mandatarium de actio mandati, en ik zie hier niets in dat met de ratio juris in strijd is of tegen het beginsel van het leerstuk der mandaten zou zondigen.

Geheel heeft DIETZEL evenwel de kracht van het mandatum ad monumentum post mortem perficiendum niet kunnen wegredeneren. Dit mandaat, schrijft hij, heeft «*Kraft in beschränkter Weise*, en daardoor komt hij tot zijne actio m. contr. utilitatis causa. Maar de

(1) Ik wensch nog te doen opmerken, dat DIETZEL niet alleen tusschen de woorden «*heres ejus poterit mandati agere*», het woordje «*non*» voegt, maar ook te gelijk het woord «*mandati*» weglaat. Hij wilde waarschijnlijk het denkbeeld dat zich aan een mandaat zou hechten geheel wegnemen. Zou het wel zeer moeilijk zijn om, wanneer men als algemeenen regel de interpolatio van het woordje «*non*» aanneemt, en dien regel gaande weg op al de fragmenten der Rom. Jurisconsulten toepast, hen bijna alle niet alleen iets anders, maar juist het tegendeel te doen zeggen en schrijven, dan hetgeen zij werkelijk gezegd en geschreven hebben? Zou er zoo doende wel veel van het Romeinsche regtsstelsel overblijven? B. v.: ZIMMERN doet omtrent de l. 13 ff. mand. wat DIETZEL in de l. 12 ff. mand. wil. Voor «*Idem est*» leest hij «*Non idem est.*» Zie DIETZEL in noot 13 van zijne Beitrage. Zie ook hierover bl. 5.

major van zijn argument tegen de *mandata post mortem* gaat er mank door. Het *is* dus een *mandatum*. Op het standpunt, waarop hij zich plaatst, moest het *volstrekt* geene kracht hebben, en in *geen* opzigt een mandaat zijn. Maar hier had hij de uitdrukkelijke uitspraak van *ULPIANUS* tegen zich.

*VINIUS* grondt de uitzondering die hij op den regel *mandatum morte finitur* aanneemt, en de bestaanbaarheid der mandaten, die eerst *na* den dood des lastgevers kunnen volbragt worden, ook op de l. 14, § 2. ff. de relig. (11.17), waar men leest:

Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit; credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendum funus ducere.

*DIETZEL* ziet hier evenwel geen *mandatum collatum*, anders zou de actio de dolo tegen hem, qui funus non duxerit, geene beteekenis hebben, maar de actio mandati directa moet ingesteld worden. Ik zal over deze wet later spreken, maar wil nu reeds doen opmerken, dat *MELA* de actio de dolo tegen hem verdedigt, die *accepta pecuniâ*, funus non duxerit. Hier is dus bepaald *dolus*. Maar de subsidiaire actio de dolo maakt wel de actio m. directa overbodig, doch neemt niet weg dat er een *mandatum susceptum* heeft bestaan, waaruit de actio de dolo in het onderwerpelijk geval, door de pecunia accepta haren oorsprong ontleent. Dit blijkt voor mij ook dááruit, dat *ULPIANUS* op de uitspraak van *MELA*, die hij mededeelt, volgen laat: credo tamen et extra ordinem — compellendum funus ducere, en de woorden «extra ordinem» kunnen mijns inziens hier niets anders beteekenen, dan dat, *in den regel*, het *mandatum susceptum* eene act. m. dir. deed geboren worden, maar dat wanneer het mandaat een funus betrof, *extra ordinem*, d. i. *buiten* den algemeenen regel,

favore religionis ne insepulta jacerent cadavera, de tuschenkomst des Praetors regtens was, hoezeer die tuschenkomst ook dan een *mandatum susceptum* ten grondslag had.

De cura funeris mandata verschilde derhalve in wezen en grondbegrip in niets van het gewone *mandaat*. Uit den aard der zaak leidde het alleen tot andere en bijzondere (extra ordinem) regtsmiddelen. Daarbij komt nog, dat onze lex 14 § 2 volstrekt het geval niet beslist, wat er regtens zou zijn, wanneer iemand *nulla accepta pecunia*, het funus ducendum, op zich had genomen. Ik bedoel hier niet hem, quem decedens *elegit*, van wien de l. 12, § 4, ff. de relig. spreekt en omtrent wien ULPIANUS leert: si ille non fecit, nullam esse hujus rei poenam, maar integendeel hem, cui decedens funus *mandavit*, qui funus ducendum in se *suscepit*, in den geest der l. 14, § 2, ff. Ik erken dat ook in dit geval de actio m. d. voor zoover zij leiden moest *ad negotium perficiendum*, alle doel zou missen, maar de actio de dolo kan ook niet te pas komen, immers was er geene pecunia accepta. De actio m. d. had evenwel, voornamelijk in lateren tijd, eene meer uitgebreide strekking; zij betrof ook de praestatio doli et omnis culpa etiam levissimae. Zie de l. 13 et 21, tit. Cod. de mand. Zou zij in die *verdere* strekking in ons geval niet van toepassing zijn?

Hoe het ook ware, onbepaald (sine distinctione) gold de regel: *mandatum morte finitur*, volstrekt niet. JULIANUS zelf leert, in l. 26, pr. ff. mand., mandatoris morte solvi *mandatum sed obligationem aliquando durare*. Ook het « ab heredis etc. » gold niet als *regel*. Ik meen dit reeds te hebben aangetoond. Maar ook DIETZEL erkent, aan het slot zijner *Beitrage*, dat: « schon zur *Zeit der Römische Juristen* würde dieser Satz (?) hier » und da gehoben, zu gunsten der fideicommissie, der

« Societas vectigalium, und zu gunsten Dritter (ex delictis « defuncti. » » (pag. 433 en 434.)

Over de fideicommissen zal ik hierna in § 3 spreken. In betrekking tot de societas vectigalium slechts dit: Ter verdediging van zijne stelling beroept zich NoODT ook nog op de l. 52, § 9, pro socio. Ik geloof dat dit argument om dezelfde reden als de andere vallen moet. DIETZEL is het dan ook hierin niet met hem eens (p. 436), maar ik kan het dezen schrijver niet toegeven, dat het zoo geheel zeker is dat jure Romano, societas *ultra mortem porrigi non potest*, en « dass die Verabredung des Socius, für den Fall seines Todes solle sein Erbe es seyn, ungültig ist. » ULPIANUS geeft in de l. 52, § 9 de redenen van zijn gevoelen op. Beide behoeven niet *altijd* te bestaan. Bij het *porrigi ultra mortem*, kan de *libertas de supremis judiciis* zeer wel ongeschonden blijven en behoeft niet altijd een *cognatus* boven een *proximus* verkozen te zijn. Maar eene uitzondering gold stellig omtrent de societas vectigalium, zoo als DIETZEL dit ook aanneemt. Verg. DIETZEL t. a. pl. Zie de l. 59, ff. pr. socio. Verg. CUIACIUS, l. 10, obs. 25. Merkwaardig is hier het verschil van gevoelen tusschen POTHIER, ad ff. h. t., n<sup>o</sup>. 56, in notis, en POTHIER in zijn *Traité du Contr. de Société*, C. 8, § 3, n<sup>o</sup>. 145.

Dat de gehoudenheid der erfgenamen ex delicto testatoris, niets met het begrip van het mandaat te maken heeft en de regel: *ab heredis persona etc.*, daarop nimmer van eenige toepassing heeft kunnen zijn en die gehoudenheid dus geene *uitzondering* op dien regel is, behoeft, naar ik geloof, geene breede uiteenzetting.

Ik meen dan ook aan het slot dezer § de stelling, dat het Romeinsche regt de mandata post mortem, d. i., die eerst na den dood des erflaters moesten worden volbragt, niet veroordeelde, gerust te mogen vasthouden.

§ 2.

De Romeinsche leer der erfopvolging krachtens uitersten wil, bevat in volstrekten zin, de toepassing van het beginsel waarop het mandaat in algemeene, en het mandaat na den dood in bijzondere opvatting rust:

Ik begin met de wet der XII tafelen:

Uti pater familias legasset, ita jus esto, *Uti legasset*: d. i. uti legem tulerit, uti decreverit, zoo als hij voorschreef, beval, *gelastte*. Hetgeen na zijnen dood gebeuren moest, maakte de paterfamilias een onderwerp van bevelen, van voorschriften, die hij wilde dat moesten worden opgevolgd, en waarvan de naleving door hem als *last*, als *mandaat* zijnen erfgenamen werd opgedragen en bevolen; een last aan welken het onbegrensde der vaderlijke magt in het oude Rome de uitvoering verzekerde. Men heeft hier derhalve het mandaat in uitgestrekten zin.

De wilsverklaring van den pater familias was evenwel niet alleen een last, die den erfgenamen tot *wet* was, maar zij betrof ook handelingen en daden, die eerst *na* zijnen dood moesten worden volbragt. Men vindt dus ook hier het begrip van het *mandatum quod à die mortis incipit*, zoo als CUIACIUS zich uitdrukt (Obs. 1. 38) als den grondslag van het Romeinsche erfregt, en in het testament zelve, het *mandatum post mortem* in zijne ruimste opvatting.

In den geest der XII tafelen is die stelling, naar ik geloof, zeer goed te verdedigen. De vrijheid tot beschikking over zijne goederen, den pater familias door de wet geschonken, hoezeer niet *onbegrensd* en *volstrekt*, was evenwel *zeer uitgebreid* (1). Aan bijna geene voor-

(1) Ik kan met eenige schrijvers de *potestas testandi*, krachtens de wet der XII tafelen, geene geheel onbegrensde, *eine völlig unbeschränkte Freiheit* noemen, zoo als VON VANGEROW, in Lehrbuch der Pandect.,

schriften gebonden, stond het hem geheel vrij hoedanig hij over zijnen eigendom beschikte; het was meer dan eene bevoegdheid (*facultas*), het was eene *potestas*, die zich in zijne identiteit geheel oploste en daarvan een deel uitmaakte. Het was lastgeving in den volsten zin, die kracht van wet had en als *wet* moest worden geëerbiedigd (1), omdat zij uitging van hem, die in de familia als wetgever beval en als zoodanig werd gehoorzaamd.

De latere tijden ontwikkelden dat beginsel; maar het begrip van lastgeving bleef bij de *actus testandi* altijd op den voorgrond. Sprak de wet der XII tafelen vroeger alléén van de handeling van den paterfamilias in hare gevolgen, de latere wetgevers en met hen de regsgeleerden verklaarden zich uitdrukkelijk omtrent den *waren* zin der handeling, waarbij een stervende beschikte over hetgeen ter zijner beschikking stond; en was vroeger in het leerstuk der erfopvolging het mandaat, in beginsel, reeds opgesloten, nu aarzelden de regsgeleerden niet dat beginsel te bekrachtigen, en het met duidelijke woorden in hunne schriften op te nemen. *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit* schreef MODESTINUS in l. 1. ff. qui test. fac. De uiterste wil was de bepaalde *wilsverklaring* van hetgeen een erfflater wilde dat geschieden zou *door anderen*, die de wet in zijne plaats riep en die *na* hem zouden komen;

§ 417, haar noemt. De l. 120 ff. de V. S., waarop onder anderen zich VON VANGEROW beroept, spreekt van eene *latissima* potestas, niet van eene *illimitata, nullis finibus circumscripta*. Ik geloof het in betrekking tot mijn onderwerp evenwel niet noodig die vraag hier wijdloopig te behandelen. Men zie RITTERSHUSIUS in zijne *Comment. ad legem XII tab.*

(1) Ook onder de Keizers stond dit beginsel nog altijd op den voorgrond. In de Novella XXII. cap. 2, spreekt JUSTINIANUS van de *voluntas* als van eene *lex*. Confr. l. 1. Cod. de sacros. Eccl.

en de uitvoering van dien wil moest plaats vinden *na* zijnen dood, *quod quis post mortem suam fieri velit*. Het was derhalve het *mandatum post mortem*, dat zich aldus in zuivere opvatting vertoonde in de handeling (*actus*), die het testament voor het grootste gedeelte bepaalde en daarvan den grondslag uitmaakte.

Keeren wij tot de XII tafelen terug. De wilsverklaring van den paterfamilias was het uitvloeisel van de bijna onbegrensde, de wetgevende magt die bij hem berustte. Maar de algemeene, de Rijks-wetgever had zich spoedig naast den paterfamilias geplaatst. Had deze van zijne bevoegdheid gebruik gemaakt, dan verviel alle voorziening der wet, die in dat geval van geen invloed was; was integendeel in de erfopvolging niet voorzien (*si legem non tulerit*), dan was zij het die de personen *aanwees*, welke tot de nalatenschap geroepen waren. *Ast si intestatus moritur, cui suus heres nec exstabit, agnatus proximus familiam habeto: Si agnatus nec escit, gentilis familiam heres nancitor*, was het voorschrift der XII tafelen.

De wettelijke erfopvolging had dus hare plaats ingenomen en die ook behouden naast de erfopvolging krachtens uitersten wil. De Tienmannen hadden van den *suus heres* gewaagd en dezen in de eerste plaats als den *wettigen* erfgenaam aangewezen (*hereditates pertinent ad suos heredes*) (1); maar van *verpligte* instelling of onterving was toen nog geene sprake. De *suus* kon ingesteld worden, hij *moest* het evenwel niet. De *heredis institutio* was eene daad van volstrekten vrijen wil (2). Was er geene *heredis institutio*, dan traden de *heredes*

(1) *Intestatorum hereditates pertinent primum ad suos heredes* Vid. Ulp. fragm. tit. 26. § 1. Collat. Leg. Mosaic. Tit. fin.

(2) De *sui heredes* kwamen van zelf tot de *hereditas*; de wet droeg alleen de nalatenschap op (*familiam habeto*) van hem cui *suus heres nec exstabit*. Vid. GOTHOFRED ad fragm. leg. XII tabul. Tabul 5. cap. 2.

sui op; na hen kwam de proximus agnatus tot de natalenschap, en ontbrak ook deze, dan trad de gentilis als erfgenaam op. *Domus, familia et gens*, waren de drie graden die bij het oude Romeinsche versterfregt in aanmerking kwamen.

Er was dus ook erfopvolging *buiten* den wil des erf-laters en zonder dat deze zijn wil had *verklaard*; er waren opvolgers (erfgenamen) ook *zonder* eene daad van den paterfamilias. De wet der XII tafelen wilde, als hoofddoel, dat er erfopvolging en door deze vervolging van eigendom (*continuatio domini*) zoude zijn. De wet schreef die erfopvolging voor en regelde ze in algemeen staatsbelang. Maar nergens had zij *bevolen* dat er opvolging *moest* zijn, *ex voluntate domini*, dat ze door den paterfamilias *moest* en door dezen alleen *kon* worden geregeld. Met andere woorden: de *testamenti factio* was eene door de wet gegevene bevoegdheid. De beschikking bij uitersten wil was geheel *facultatief*; de wet *beval* haar niet, doch onderwierp haar slechts aan vaste beginselen en beperkte haar later door vaste regelen.

Het latere Rome handhaafde deze grondstellingen. Het stelsel hield zich staande. De verhouding van den erfflater in betrekking tot de wet onderging eene verandering. Hij werd op een ander standpunt geplaatst.

De *latissima potestas*, waarvan POMPONIUS in de *lex 120, de verb. signif.* gewaagt, werd langzamerhand binnen engere grenzen beperkt. De *heres suus* werd *necessarius*; en het stelsel, waarin de *portio legitima* haren grond vond en ook dat, hetwelk de *causae* (justae) *exheredationis* bepaalde, traden te voorschijn (1).

Men zag reeds hoe de wet der XII tafelen den *heres suus* beschouwde. Op die stelling werd voortgebouwd en aldaar POTHIER. Verg. de l. II. ff. de lib. et posth. (28. 2) en Mr. C. J. VAN ASSEN in zijne adnot. ad GAI. II. § 152. Verg. de volgende noot.

(1) Vid. VON VANGEROW, Lehrbuch, § 467.



en daaruit ontwikkelde zich in latere tijden al zeer spoedig (1) het beginsel, dat de *suus* ook reeds gedurende het leven van den paterfamilias tot den mede-eigendom van diens bezittingen gerechtigd was. Hij *kwam* niet tot de hereditas, maar reeds vivo patre was hij *dominus* en verkreeg alleen door den dood des erfaters de libera bonorum administratio, uit kracht waarvan hij den eigendom vervolgde (2). Als eerste gevolg ontstond hieruit de verplichting der erfaters om de *sui heredes*, nu ook *necessarii*, als erfgenamen in te stellen of *rite* te onterven, eene verplichting waarvan de XII tafelen geen gewag hadden gemaakt. Het testament was nu niet meer het gevolg van eenen bijna onbegrensden vrijen wil des erfaters, wien niets in de uitoefening daarvan beperkte. Vroeger had de wet zich geplaatst naast den erfater, om te voorzien waar deze niet voorzien had, nu plaatste zij zich *voor* en *boven* hem, en bepaalde de grenzen binnen welke zijn wil zich bewegen zou. De *vrije* beschikking was niet uitgesloten, maar, om vrij te *kunnen* beschikken, werd den paterfam. in de eerste plaats gewezen op den *suus* als heres necessarius en op diens *verpligte* institutio of exhereditatio (3). Het testament veranderde in regtskundige opvatting. Vroeger was het *lastgeving* ex plenitudine potestatis, die

(1) Zeker reeds vóór den tijd van CICERO. Verg. CIC. de Oratore, I. 38. 57. Oratio pro Caec. c. 25.

(2) Vid. GAJUS II. 157. § 7. Inst. de hered. qualit. (2. 19). Voornamelijk echter de l. 11. ff. de lib. et posth. (28. 2). In suis hereditibus, zegt PAULUS, evidentius apparet, continuationem domini eo rem perdere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. De onterving (exhereditatio) strijdt niet met dit beginsel, nam licet eos exheredare quos et occidere licebat, Verg. HÜSCHKE in Zeitschr. für gesch. Rechtwiss. 14 B. pag. 163. Hij noemt den grondslag van het regt en de optreding der erfgenamen, die *Personen einheit mit dem Verstorbenen*.

(3) Vid. VON VANGEROW, Lehrbuch der Pandecten, § 467.

de geheele erfstelling en al hetgeen daartoe behoorde, in volstrektsten zin, omvatte. Nu was het *de wet*, die den erflater de opvolging harer voorschriften *gebiedend* maakte en hem aan haar gezag onderwierp. Het bleef *lastgeving*, maar niet meer in hetgeen de erfstelling betrof. *Daarin was de paterfam. niets dan het orgaan van de wet*. Zijne handeling rustte op de wet, moest daarin hare kracht vinden en had hare zelfstandigheid, voor zoover die van hem alleen uitging, geheel verloren.

Bij het testament, of liever bij de *actus*, die het testament als zoodanig ten gevolge had, trad de *erfstelling* op den voorgrond. Het *heredem scribere* of *exheredem scribere* was hoogste wet en eerste vereischte, en de Romeinsche wetgever ging bij de beoordeeling van de kracht en waarde van het testament van eene stelling uit, die hij zamen vatte in den regel: *Heredis institutio est caput atque fundamentum totius testamenti* (1). Gaat men nu uit van het standpunt dat ik hiervoren heb aangegeven, en beschouwt men het testament met *MOBESTINUS*, altijd als eene *voluntatis sententia*, dan volgt daaruit reeds dadelijk dat het testament, naar de latere Romeinsche regtsbegrippen, zich in de hoofdzaak en in het grondbeginsel *niet* bepaalt tot de erfstelling, maar zich *veel verder* uitstrekt en geheel daarbuiten beweegt. Het was immers de *wet* die de erfgenamen aanwees, wier instelling of onterving noodzakelijk was, en die het testament zoo niet altijd nietig verklaarde, dan toch de middelen aan de hand gaf om hetzelfde te bestrijden, wanneer hare gebiedende voorschriften op dat punt niet waren opgevolgd. De erflater, haar orgaan, deed niets anders dan de erfgenamen te noemen (*nuncupare*) en in te stellen, die de wet wilde en die hij

(1) Vid. § 34. Inst. de leg. Testamenta *rim* ex institutione heredis accipiunt, et *ob id veluti* caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.

moest instellen (1); en dáárom nu was de heredis institutio *veluti* caput et fundamentum, omdat het bestaan en de geldigheid van het testament in de eerste plaats en voornamelijk afhingen van de naleving der voorschriften omtrent de *verpligte institutio* of *exhereditio*. Hierdoor wordt het duidelijk, dat die regtsregel meer slaat op het *verpligte* der naleving van deze voorschriften in het algemeen, dan wel op de instelling, als daad van den erfflater in het bijzonder. Was deze niet in overeenstemming met de wet, was het formele en materiële (2) dat daartoe behoorde, niet in acht genomen, dan verviel het testament, en dit was m. i. het standpunt waarop de Romeinsche wetgever zich plaatste, toen hij de handeling des erflaters in betrekking tot de erfgenamen het *hoofd* en het *grondbeginsel* noemde, waarop het geheele testament als zoodanig rustte.

Met andere woorden: Bevatte het testament niets anders dan eene heredis institutio, dan had het als zoodanig

(1) Zoo als nader blijken zal, heeft mijn betoog tot strekking aan te toonen, dat de Romeinen de executeuren, in het grondbegrip dier instelling althans, hebben gekend. Ik vestig daarom hier in het voorbijgaan de aandacht op het beweren van eenigen, die ook dáárom het bestaan dier instelling betwisten, omdat anders naar hun oordeel de bepalingen omtrent de *necessarii* en de *sui et necessarii* overbodig zouden zijn geweest. Ik zal dit gevoelen hier niet in het breede wederleggen; alleen zij nu reeds aangemerkt, dat het eene noch het andere de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen noodeloos zoude hebben gemaakt. Behalve dat eene menigte fragmenten de opdracht van bijzondere *dispositiones* buiten de erfgenamen aan derden (*extranei*) bewijzen, zoo is het toch zeker dat de *sui* alleen werden beschouwd als met den erfflater denzelfden persoon uit te maken. Zij traden dan ook niet op door eene aanvaarding (*adire*) maar ipso jure (se miscere) en vervolgden den eigendom; terwijl de *necessarii*, en dit waren slaven, zoo als men weet, hunnen oorsprong alleen dankten aan het hoog opgevoerd begrip van eer der Romeinen. Zie § 1 en 2 Tit. Inst. qui et ex quibus caus. (I. VI) en de l. 57 ff. de hered. instit.

(2) Zie hierover VON VANGEROW, l. n. p., § 467.

volle kracht, en de erflater was dan orgaan der wet, die ook *zonder* en *buiten* hem die voorziening had gemaakt. Wilde het testament zich echter *verder* uitstrekken, tot legaten, substitutiën en andere beschikkingen, dan moest het testament, om eene *justa* sententia voluntatis (1) en dus *testament* te zijn, in de eerste plaats dienstbaar worden gemaakt aan de *institutio heredis*, zoodanig als de wet die gebiedend had voorgeschreven. De erfstelling was de *beperking* van den vrijen wil, die den erflater vroeger ten dienste stond; de *overige inhoud* vond zijn' eenigen grond en behoefde dien ook nergens anders te vinden dan in den vrijen wil des erfaters alléén (2).

(1) In omnibus etenim testatoris voluntatem quae legitima est, dominari censemus, dit leest men in de l. 23 in fine Cod. de legatis. Dit «quae legitima est» is hetzelfde als de *justa* sententia in l. 1 ff. qui test. fac. possunt, en slaat niet alleen op den vorm, maar hoofdzakelijk op den inhoud. Verg. Nov. 1, cap. 1; Nov. 22, cap. 2; l. 7 et 14 ff. de cond. et dem. l. 112. § 3. ff. de leg. 1<sup>o</sup>.

(2) Men vindt reeds bij zeer oude schrijvers naauwkeurig gewezen op het juiste onderscheid tusschen den *verplichten* en den *vrijwilligen* inhoud van het testament naar Rom. regtsbeginselen. Men zie onder anderen ROLANDUS, *de ultimis voluntatibus* (Spir. Nemet. 1607). Latere en daaronder de nieuwe schrijvers hebben nog sterker op dat onderscheid aangedrongen, en onder deze inzonderheid GANS, in zijn *Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwicklung*, wiens gevoelen ik hier gaarne omhels. Hij ziet in de instelling van den erfgenaam, de heredis institutio, het *noodzakelijkheidsbeginsel* uitgedrukt, daar waar de andere bepalingen die in het testament voorkomen, zoo als de legaten, fideicommissen enz. het *vrijheidsbeginsel* ademen en den *vrijen wil* des erfaters bepalen. In dien geest noemde ik ook hiervoren den erflater in betrekking tot de heredis institutio het *orgaan der wet*, die hetzelfde ook deed *zonder* hem, den erflater. In al het overige heerscht de vrije wil, het was eigene verkiezing, last, in stelligen zin. Ik kan daarom het gevoelen niet deelen van LERMINIER, die in zijne beoordeeling van GANS deze rede-nering aanvalt en van meening is: «que la volonté (du défunt) est toujours la même, qu'elle fasse un héritier ou un légataire.» Het tegendeel is, naar mijne overtuiging, niet alleen waar, maar tevens ook geground

Hoe naauwkeuriger men het Romeinsch erfregt in zijne grondslagen beschouwt, hoe aannemelijker dit gevoelen voorkomt. Naast den regel toch dien ik zoo even heb behandeld vindt men een anderen, en wel dezen: *In testamentis totum facit voluntas defuncti* l. 35 ff. § 3, de hered. Instit. Het geheele testament is eene *voluntatis declaratio, seu sententia* (1). Omtrent de erfstelling zelve zagen wij dien wil geheel beperkt en op dat punt bijna tot niets teruggebragt. Maar desniettemin was er eene voluntas. Deze had een doelwit, en ik vind die in het regt tot beschikking over al hetgeen de erfflater wilde, dat na zijnen dood *in het algemeen* zoude plaats vinden (2); want hoe gebiedend ook de voorschriften waren, die in betrekking tot de erfstelling moesten worden in acht genomen, het bleef den erfflater geheel vrij om zijne arfgenamen aan voorwaar-

op eene zuiver historische en wijsgeerige opvatting van de grondslagen van het Romeinsche erfregt in het algemeen en van het Romeinsche testament in het bijzonder. Zie LERMINIER, *Introd. à l'Hist. du Droit* (Brux. 1829). Append. pag. 213. *seqq.*

(1) Vid. CUSAC, in parat. ad l. un. Cod. de his. quae poen. nom., die de voluntas testatoris boven de ratio juris stelt, en daardoor in zekeren zin het onbegrensde dier voluntas schijnt te verdedigen. Ik ben niet voor de *onbepaalde* opvatting dezer leer. Hoe geëerbiedigd ook, en hoezeer ook door de regtsgeleerden als eene *auctoritas* beschouwd, die gehandhaafd moest worden (Vid. l. 7. ff. de ann. leg. conf. l. 114 de legatis) was toch ook die voluntas aan bepaalde beperkingen onderworpen. Vid. VON VANGEROW, § 434. Verg. FERGOLZ, *Traité des Test.*, chap. VII. Tom II. (pag. 8 *seqq.*)

(2) Ik geloof de regtvaardiging van dit gevoelen ook te mogen vinden in eene juiste opvolging van § 5. *Inst. de her. inst.* in verband met l. 37. ff. de test. mil. Leeren toch deze beide plaatsen dat bij den *miles*, als bij uitzondering, de *sola* voluntas in testando in aanmerking komt, dan volgt daaruit m. i. het bewijs, dat de erfstelling in het testament wel eene eerste plaats bekleedde en daarin moest worden opgenomen, maar het testament zelve hoofdzakelijk en alleen in die *sola* voluntas, in den regel, zijnen grond vond.

den te binden, welker vervulling hij gelastte, en die, waren zij met de bepalingen der wet niet in strijd, den erfgenamen tot wet waren en door de voluntas defuncti geheel werden beheerscht (1). Het scherpszinnig stelsel der Romeinsche regtsleer, dat in de titels der Digesten de Condition, institut. (28. 2.) en de condit. et demonstr. (35. 1.) tot ons gekomen is, bewijst dit overvloedig. Het leerstuk der legaten en fideicommissen versterkt dit bewijs. Den erfslaters waren ook de middelen aangewezen, waardoor zij zich de opvolging van hunnen *wil* konden verzekeren; want niet alleen mogten zij voorwaarden stellen, maar zij konden ook *clausulae poenales* aan hunne beschikkingen verbinden, om deze de meeste kracht bij te zetten (2). Vroeg toch was het reeds gebleken, dat de erfgenamen den wil der erfslaters niet altijd getrouw opvolgden, en deze vonden in het *legatum poenae nomine relictum* een' band, waardoor zij den erfgenamen, door de vrees van een legaat te moeten uitkeeren, *dwongen* tot gehoorzaamheid aan hunne uiterste beschikkingen (3). Men ziet dus, hetzij men het bestaanbare van

(1) Verg. l. 19. pr. ff. de cond. et demonstr.

(2) Men zie Ulp. in fragm. tit. 24. § 17. Conf. § ult. Inst. de Legatis: *Poenae nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur quo magis aliquid faciat vel non faciat.* Verg. THEOPHILUS in paraphrasi ad loc. Inst. laud.

(3) Deze *legata* leveren mij ook het bewijs, dat de stelling van hen die beweren: *Romani hoc instituto (nempe executorum) non indigebant*, niet juist is. Wat hadden die legaten anders ten doel dan de uitvoering van de een of andere beschikking? Ik kan daarom het gevoelen niet deelen van Mr. J. J. BEAUFON, in zijne Diss. Inaug. de Saisina Executorum (Lugd. Bat. 1849, pag. 25), op wiens stellingen ik later nog moet terugkomen. Want, hoe het ook zij, deze *legata p. n.* waren bij de Romeinen *bekend*. Dit lijdt geen twijfel, en zij hadden voorzeker een bepaald doel. Men is het dan ook nagenoeg eens, dat deze legaten vroeger althans bestaan hebben en eerst ten tijde van Keizer *Themis*, D. IV, 2de St. [1857].

een dusdanig legaat onder de oude wetgeving aanneemt, of wel verwerpt om het eerst in de latere wetgeving der Romeinen te vinden (1), dat, in het

ANTONINUS zijn afgeschaft, om later door de Constitutie van JUSTINIANUS weder te worden hersteld. Zie l. Un. Cod. de his. quae p. nomine. Verg. FURGOLE, *Traité des Testaments*, Tom. IV, p. 469.

(1) Er zijn er die naar den tekst der Instituten van gevoelen zijn, dat deze legaten naar het oude regt niet waren geoorloofd. Anderen staan een tegenovergesteld gevoelen voor. Zie voorn. BYNKERSHOEK, in *Opusc. de Leg. poen. nom.*, die tussehen de oude en nieuwere jurisprudentie geen verschil aanneemt. Zie *Opusc. laud. in praef.* Het eerste gevoelen vindt men verdedigd door CUIJACIUS op verschillende plaatsen. Vid. *Tract. 5 ad Afric. ad l. 1 de his quae p. n.*; in *Parat. ad eund. tit.*, en *ad l. Un. Cod. eod.*

De strijd bepaalt zich, mijns inziens, tot conjecturen. Was de *poena* gelijk aan eene *conditio*, die altijd, mits zij geoorloofd was, aan eene making kon worden verbonden, of verschilde de *poena* van de *conditio*? Vid. BYNKERSHOEK, p. 362, op *laud.* Of bestond het *legatum p. n.* alleen in eene *conditio turpis ac probrosa*, en was hetzelfde daarom en in dit geval alleen niet geoorloofd? Vid. § ult. de legatis. BYNKERSHOEK, p. 272. Zou de uitspraak van JULIANUS in lege 20. ff. de legibus hier niet veel afdoen?

Ik geloof dat het de *mens*, de *voluntas* van den erfflater alleen was, die het rigtsnoer aan de hand gaf naar hetwelk moest worden beoordeeld of het legaat was conditioneel dan wel *poenae nomine relictum*. Was het alleen om den erfgenaam te dwingen (coercere) zonder dat van eene liberaliteit ten opzichte van een derde bleek, dan was het een *legatum poen. nom.* Was het daarentegen dat de liberaliteit des erflaters afhankelijk werd gemaakt van het volbrengen der eene of andere handeling, dan was het legaat conditioneel. Vid. GOTHOF. et CUIJAC. ad l. 2. ff. de his quae poen. caus. Verg. l. 114. ff. de leg. 1. l. 19. pr. de cond. et dem. l. 35. § 3. ff. de hered. inst., en in het bijzonder FURGOLE, *Traité des Testaments*, Tome A. additions p. 466 *seqq.*

Ik doe dit hier voorafgaan, omdat ik daardoor aanleiding vind het gevoelen van VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pand.* § 432, ter toetse te brengen, die een argument tegen de bestaanbaarheid van een *legatum p. n.* of *coercendi causa* wil vinden in de l. 43. § 2, waarvan hij zegt: *und dass also die l. 43. § 2 eigentlich nicht in die Pandecten hätten aufgenommen werden dürfen, kann nicht bezweifelt*

testament niets anders werd gezocht, dan een *mandaat*, waarbij de erfstaters hunnen wil te kennen gaven, om hunne erfgenamen met de getrouwe nakoming daarvan te belasten. De verplichtingen van den erfgenaam, die uit de aanvaarding der nalatenschap werden geboren, waren volkomen gelijk aan die, welke het gewone mandaat ten gevolge had. Het was een beginsel dat over het geheele testament, in al zijne gevolgen en ook buiten hetzelfde, den onmiskkenbaarsten invloed uitoefende.

*werden*, en hij grondt deze stelling op de l. *Unic. Cod. de his quae p. n.* Ik heb eenige gronden tegen dit gevoelen. Het legaat moet, *ex natura legatorum*, *opgeëischt* kunnen worden, derhalve het moet *verschuldigd* zijn. Dit was het geval niet, wanneer hetzelfde van het *plenum* of *merum arbitrium* van den erfgenaam werd afhankelijk gemaakt, en van daar het verbod in de l. 43. § 2 laud. opgenomen, dat de onbestaanbaarheid dier legaten uitsprak. Maar eene geheel andere zaak was het, wanneer aan eene beschikking als *conditio* verbonden werd de bepaling, dat de heres, a quo relinquitur, *iets deed* of *niet deed*, en dit was het zoogenaamde legatum poen. nom. (Ulp. fragm. 20. § 17). Het hing dan niet *mere* van den erfgenaam af om tot de uitkeering van het legaat al of niet gehouden te zijn; want hij kon alleen *door iets te doen* of *niet te doen* de uitkeering voorkomen en zich daarvan vrijmaken. De l. 3. ff. de leg. 2 versterkt mij in die opvatting, terwijl ik buitendien geene reden vind om met VON VANGEROW de woorden in deze wet: *si in Capitolium ascenderit* te verstaan, als of zij op den *legatarius* en niet op den *heres* betrekking hadden; eene conjecture, waarop alleen v. VANGEROW zijn gevoelen tegen de opname der l. 43. § 2 in de Pandecten, in betrekking tot de *lex Unic. Cod.*, schijnt te gronden; een gevoelen dat trouwens moeilijk te verdedigen viel en door niets gewettigd wordt. Deze *lex* 43. § 2, slaat zelfs niet in de verte op de zoogenaamde *legata p. n. relicta*. Verg. l. 11. § 5 ff. de legat. 3<sup>o</sup>. Wanneer toch al van het arbitrium van den erfgenaam als *vir bonus* eene beschikking kon worden afhankelijk gemaakt (zie l. 11. § 7. de legat. 3<sup>o</sup>. — l. 75. pr. de legat. 1<sup>o</sup>. — l. 46 ff. de fideic. lib. — l. Cod. 8 eod.), waarom dan niet *a fortiori* van de bepaling *quo magis aliquid faciat vel non faciat heres*?

Streden de *legata p. nomine* dus wel *zoo zeer* met het oude regt?



*Erfstelling* was niet de hoofdzaak. Het testament had een ander doel. Er was eene *provisio legis*, die over de erfopvolging waakte. Het testament was eene *provisio hominis*, die de voorziening der wet niet mogt te niet doen, in tegendeel, er aan gebonden was. De voorname strekking van het testament, als *actus*, en daardoor als *judicium*, was eene andere. Zij lag in het begrip van *lastgeving na den dood*, in den meest omvattenden zin.

In den regel rustte op den erfgenaam de verplichting tot uitvoering. Hij was de door de wet aangewezen *mandataris*, in betrekking tot hetgeen de erflater post mortem suam fieri voluit, en derhalve de *uitvoerder* van het testament. Doch al had de erflater alleen op de goede trouw van zijnen erfgenaam gerekend, en tot geene poenae zijn toevlugt genomen, die *uitvoering* was verzekerd, want de Staat waakte er voor. Het werd staats-belang gerekend, dat de last van een stervende ten uitvoer zou worden gebracht. *Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum ut habeant* (1) en het behoorde te Rome, waar het beginsel gold: *in publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum* (2), tot de roeping van den Praetor, dat hij de uiterste wil, het *supremum judicium* beschermde en de uitvoering daarvan verzekerde, van waar hij ook de *legitimus ultimarum voluntatum executor* werd genoemd.

Dit beginsel bleef dan ook den grondtoon uitmaken van de staats-zorg der Romeinen, die de wilsbeschikkingen der overledenen steeds eene naauwgezette naleving wilden gewaarborgd hebben. Want lang reeds

(1) Vid. l. 5. ff. de test. quomadm. aper. l. 1. Cod. de sacros. Eccl. Novell. 22. C. 2. — Verg. Novell. 1. cap. 1 et 2. — l. 1. ff. si quis omiss. (39. 4).

(2) Vid. CICERO. Philipp. 2. Cap. 42.

was het Praetorschap uit den rij der Romeinsche instellingen geweken, toen onder de latere Keizers, bij de toenemende uitbreiding van het Christendom, deze roeping van den Praetor van het oude Rome volkomen werd gehandhaafd en in den regel werd overgebracht op hen, die de Kerk als hare hoofden eerbiedigde. Van hier de bijna onbegrensde invloed door haar op het stuk der uiterste willen tot zelfs in de laatste tijden uitgeoefend, om het hoogste gezag daarover bij de geestelijkheid te doen berusten. De latere opperhoofden der Christen-kerk maakten zich de grondslagen door de eerste Christen-keizers gelegd ten nutte, en bekrachtigden later door de Canones een invloed, die voor het gezag en de magt der Kerk zelve van de hoogste beteekenis werd en deze aanmerkelijk begunstigde.

§ 3.

In plaats van met den geest den Romeinsche regtsleer in strijd te zijn, bepaalde derhalve het begrip van lastgeving na den dood den algemeenen grondslag van het stelsel, waarop het Romeinsche erfregt in al zijnen omvang was gebouwd. Het testament zelve was, in den meest algemeenen zin, de volkomene uitdrukking van het beginsel waarop het *mandatum post mortem*, in regtskundige opvatting, rustte. Men zie Mr. C. J. VAN ASSEN in zijne Adnot. ad GAJUM. II. 102 en het aldaar gehandhaafde *mandatela*.

Dat aan het testament als zoodanig het begrip van *uitvoering* der beschikkingen, die er in vervat waren, dan ook uit den aard der zaak verbonden was, volgt hieruit van zelve.

Onder deze beschikkingen, eigenlijk alle even zoo vele *mandata post mortem* vestigt zich de aandacht reeds dadelijk op de *legaten*, maar in het bijzonder op de *fideicommissen*.

Bij deze laatste wensch ik hier kortelijk stil te staan, en ik geloof niet te dwalen wanneer ik aanneem, dat de fideicommissen, in hun wezen en voornamelijk naar hunnen geschiedkundigen oorsprong, de meening, die ik in dit opstel verdedig, in niet geringe mate bevestigen.

De *lex Voconia* behoorde onder eene der eerste oorzaken, die de fideicommissen deden ontstaan (1). Vrouwen mochten in het geheel niet of alleen een bepaald deel der nalatenschap erven (2). Deze wetsbepalingen, of *rationem civilem forte admittendae*, tamen contra *humanitatis officium latae* (3), bleken spoedig te streng te zijn. De erfstaters gingen er onder gebukt, en hetgeen zij niet direct mochten nalaten, dit vermaakten zij aan de trouw van vrienden, die de *testamenti factio* hadden en die als erfgenamen mochten optreden, fideicommittebant eorum qui capere ex testamento poterant (4). Spoedig werden dan ook die voorschriften krachteloos door de fideicommissen, die, vroeger *rogationes* of *commendationes mortuorum* genoemd, ten doel hadden om hen iets te vermaken en te kunnen nalaten, wien de wet eene beuring *directe* had verboden. Verg. Mr. VAN DE WIJNPERSSE. t. a. pl.

Ook vreemdelingen mochten naar bepalingen der *lex Cornelia* niet erven. Doch ook deze wetsbepalingen, hoezeer die in de eerste tijden de hechtheid en den bloei van den ontluikenden Romeinschen staat op het oog hadden, konden zich niet lang staande houden. De grenzen van

(1) Zie VON VANGEROW, Lehrbuch § 429.

(2) Zie DIO CASSIUS l. 56. Vergelijk GELLIUS XX. 1. Zie VON VANGEROW, t. a. pl.

(3) Zie Mr. D. VAN DE WIJNPERSSE in zijne uitmuntende Dissertatie Inaugur. de Fideicommissis etc. (L. B. 1822) pag. 45—48. Verg. CICERO de Finibus. l. 2. C. 17 et 18, en l. 3. C. 20.

(4) Zie § 1. Inst. de fideicomm. heredit.

het rijk hadden zich uitgebreid; de verhouding van den Romeinschen burger met andere volken, die van het burgerschaps-regt der Romeinen waren uitgesloten, verkreeg allengskens grooteren omvang en het was zeer natuurlijk dat men in de tot erfgenaamstelling van een *civis Romanus*, van wiens *fides* men de overgifte der nalatenschap verzocht en ook verwachtte, een middel vond om tot den vreemdeling, die dikwijls door de naauwste banden aan een' Romeinschen erfflater was verbonden, te doen geraken die voordeelen, welke genot hem werd geweigerd door wetsbepalingen, die later, bij toenemende beschaving, veel van hare doelmatigheid en goede werking hadden verloren.

In het naauwste verband met deze wetten stonden de *leges Caducariae* (1), die in de *leges Julia et Pappia Popea* haar grondbeginsel vonden en daarin waren opgenomen. Den Staat toch was het regt gewaarborgd om niet alleen te heuren, hetgeen eenen *incapax* was gelaten of vermaakt, maar dit regt strekte zich ook uit tot de gevallen, waarin een *capax* was geroepen, met het blijkbare doel om de nalatenschap aan een' *incapax* uit te keeren, en hij zich daartoe stilzwijgend aan den overledene had verbonden (*fidem suam defuncto accommodavisset*) (2). En hoezeer eene uitzondering was aangenomen tusschen het *palam* en het *tacite rogare*, en alleen in het laatste

(1) Zie ULP. fragm. tit. 22. § 2. l. 1. Cod. de hered. instit. (6. 24). Vergelijk ULP. II. § 3. VON VANGEROW. § 429. — Zie in het algemeen over den oorsprong der fideicommissen THEOPHILUS in Paraphr. ad Inst. § 1. de fid. hered.

(2) Zie l. 43 ff. de Jure fisci. Verg. l. 10. ff. de his quae ut indign. POTHIER ad tit. ff. de legat. et fideic. Pars. V. n°. 393. Er was alleen eene uitzondering ten opzichte der fideicommissen *ex causa mortis aut peregrinitatis fideicommissarii ante apertas tabulas contingente*. Deze werden in die gevallen niet *caduca*, zoo als met de legaten plaats vond, maar het vermaakte fideicommis bleef aan den erfgenaam die het anders had moeten uitkeeren. Vid. ULP. frag. 17. 1. POTHIER. l. l. n°. 379 in fine.

geval aan eene *fraus legi facta* werd gedacht, die den Staat tot het vermaakte of nagelatene riep (1), en hoezeer dat bedrog zelf op het naauwkeurigst was omschreven en bepaald bewezen moest zijn (2), was men het stelsel der *caduca* evenwel zoo vijandig gezind (*caduca semper ita odiosa*), dat de ICten er steeds op uit waren die wetsbepalingen te ontduiken (3); hetwelk ten gevolge had, dat eerst bij eene *constitutio* van CONSTANTINUS MAGNUS (l. 1. Cod. de Inf. paen. celib. 8. 58), later bij eene *constitutio* van de Keizers HONORIUS en ARCADIUS (l. 2. Cod. eod. tit.) en eindelijk door JUSTINIANUS in l. Un. Cod. de cad. toll. (6. 51), het geheele stelsel der *leges caducariae* werd opgeheven, en den Staat als in *causa caduci* het regt bleef in die gevallen alleen, waartoe de voorschriften der wet *ut indignis* betrekking hadden. — Dezelfde oorzaken leidden dus ook hier, even als bij de *lex Voconia* en de *lex Cornelia* tot dezelfde uitkomsten en gevolgen.

Van hier het ontstaan der fideicommissen. Het waren *rogationes* of *commendationes* om eene nalatenschap of een gedeelte er van te doen komen tot hen, die de wet daartoe niet geroepen wilde hebben. Maar zij stelden geen regtsband (*vinculum juris*) daar voor hen, die met de uitkeering (*restitutio*) belast waren. «*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo*

(1) Zie l. 3. ff. de Jure fisci. Conf. l. 103 ff. de leg. 1<sup>o</sup>. — l. 123. *ibid.* — l. 40. ff. de Jure fisci. SCHELTING. (Jur. Ante-just.) ad Gaji. Inst. l. 2. tit. 7. de fideicommissis.

(2) Zie l. 10. § 1. ff. de his quae ut indign. l. 3. § 2. ff. de Jure fisci.

(3) Men vond daartoe een middel in de *substitutien*; ook in de *bepaling*, die aan de making werd verbonden in den vorm van eene *voorwaarde*, dat het vermaakte aan hen die volgens de wet als *ineapaces* niet mogten optreden, zou beschouwd worden te zijn vermaakt *in illud tempus, quo capere possunt*. Vid. POTHIER II. n<sup>o</sup>. 494. die daarbij voegt: *Et alia similia*.

rogatus erat.... Et ideo *fideicommissa* appellata sunt quia nullo vinculo juris, sed tantum *pudore* eorum, qui rogabantur, continebantur.» Zoo beschrijft de Keizer in de Instituten (l. 2. Tit XXIII. § 1) den oorsprong der fideicommissen. De beteekenis en het wezen derzelve is dus in het woord zelve opgesloten. Wat nu deze fideicommissen werden, toen Augustus dezelve later tot de regtsmagt en onder het gezag der consuls bragt, hetgeen daarop aanleiding gaf tot de aanstelling van den *praetor fideicommissarius*; hoedanig en op welke wijze de fideicommissen konden worden nagelaten, dit ligt buiten de grenzen van dit betoog (1), maar zeker is het, en, naar ik geloof, buiten tegenspraak, dat de fideicommissen, naar den oorsprong, den aard en het wezen der instelling, niets anders beteekenden dan *de bijzondere opdracht ter uitvoering van eene bepaalde beschikking des erflaters, in den vorm van lastgeving na den dood*; eene opdracht, die later niet alleen het voorwerp der algemeene staatszorg uitmaakte, maar ook uitdrukkelijk door den Romeinschen wetgever en door onderscheidene Senaatsbesluiten, inzonderheid door het *Setum Pegasianum* werd gehandhaafd (2), zoo door de verpligte aanvaarding des erfgenaams als door het regt van den *fiduciarius* om in het bezit der nalatenschap te worden gesteld (3).

Gaat men nu van dit standpunt uit, dan ziet men in

(1) Ik verwijs hier op nieuw naar de uitmuntende hiervoren aangehaalde dissertatie van Mr. VAN DE WIJNPERSSE. Vid. CEJACIUS. l. 21. Obs. C. 34.

(2) Zie l. 2 ff. de *seruis*. l. 16 ad *Set. Trebell.* Vid. MERILL. ad *Inst. h. t.* en de Commentatoren. Zie l. *perult.* § ult. *Cod. ad Setum Trebell.* l. 6 ff. *codem.* SCHULTING ad *Paul. Sent.* l. 4. tit. 4. en J. A. COSTA ad *Instit.* § 6. *Inst. eodem.* Verg. in het bijzonder VON VANGEROW § 459 en § 558.

(3) Zie l. *pen.* § ult. *Cod. ad Setum Trebell.* l. 6 ff. *codem.* l. 67 ff. *cod.* SCHULTING ad *Paul. Sent.* lib. 4. tit. 4, en in het bijzonder A. COSTA ad *Inst.* § 6 *Inst. eodem.*

deze instelling niet alleen *den uitvoerder eener uiterste wilsbeschikking*, maar men ziet dien lasthebber ook, *nullo vinculo juris*, doch slechts *pudore* tot het volbrengen van den opgedragen last gebonden. Et prima incunabula fideicommissorum a *fide* heredum pendent, et tam *nomen quam substantiam* acceperunt (Vid. § 12. Inst. de fideic. hered). Men heeft hier dus ook dadelijk het mandaat in zijne zuivere opvatting, *gratuitum* (1), en ik geloof niet dat het betoog behoeft, dat zij die met de uitkeering van het dusgenoemde *fideicommissum* waren belast, *in betrekking tot hetzelfde* zijn geweest de *bijzondere en vertrouwde uitvoerders* van den wil of de beschikking eens overledenen erflaters, en als zoodanig ook zijn beschouwd; — eene stelling althans, die ik wage te verdedigen om, in regtskundigen zin, voornamelijk in de eerste tijden van den Romeinschen Staat, in hen den oorsprong dier lasthebbers te zien, die later κατ' ἐξοχήν de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen zijn genoemd, en als *executeuren testamentair* een bepaald voorwerp van latere wetgevingen hebben uitgemaakt (2).

(1) In summa sciendum est mandatum, *nisi gratuitum sit*, in aliam formam negotii cadere. Vid. § 13. Inst. de mandato. Dat ik dit *gratuitum* hier ten opzichte van de fideicommissen mag aannemen, geloof ik op grond van het Setum Pegasianum *Ob minimum vel nullum quidem lucrum saepe recusabant adire hereditatem atque ob id extinguebantur fideicommissa*. De *pudor* was niet sterk genoeg. De *religio* leverde geen waarborg meer. Er moest *voordeel* zijn, daar waar vroeger vriendentrouw de grootste en zekerste waarborg was: van hier de quarta Trebellianica. Verg. § 5. Inst. de fid. heredit.

(2) Het bestaan der fideicommissen bewijst, in den regel, tegen de stelling waarop ik hiervoren doelde: *Executoribus Romani non indigebant*. (Zie onder anderen Mr. J. J. BEAUJON in zijne aangeh. dissert.) De fideicommissen toonen integendeel aan, dat het beginsel om de uitvoering van uiterste wilsbeschikkingen aan een bepaald aangewezen persoon op te dragen, reeds vroeg in het stelsel der Romeinsche wetgeving was doorgedrongen. Het moge

Het fideicommiss was in den waren zin niets anders dan eene opdracht tot uitvoering van een bijzonder mandaat na den dood des erffaters, en had geene andere strekking. Niets eenvoudiger toch dan de wijze waarop een fideicommiss kon worden gemaakt. De wil moest verklaard zijn, en van die verklaring moest blijken. Et in epistola, vel libello, vel sine scriptura imo etiam nutu fideicommissum relinqui posse, adhibitis testibus, nulla dubitatio est (l. 22. Cod. de fideic) (1). De wilsverklaring was genoeg. Want hoezeer het regtens was, dat indien een fideicommiss (*last tot uitkeering*) in een testament was vervat, dat fideicommiss met hetzelfde stond of viel (l. 11 § 1. ff. de legatis 3<sup>o</sup>.), begreep de Romeinsche wetgever evenwel, dat wanneer de erffater het voorregt der *clausula codicillaris* (2) had ingeroepen, de bepalingen omtrent een fideicommiss, ook in een *testamentum imperfectum* vervat, door de wettige erfgenamen (namelijk die *ab intestato* geroepen waren) moesten aan noodzakelijkheid zijnen oorsprong te danken hebben, de Romeinen begrepen die zeer vroeg en de *uitroering* van het testament in algemeenen zin hield even vroeg hun wetstelsel bezig.

Het beweren, dat men te Rome wanneer men een extraneus iets na zijnen dood wilde vermaken, men dezen tot *erfgenaam* kon instellen, en men dus zijne toevlugt niet behoefde te nemen tot een executeur-testamentair, gaat niet op. De voorbeelden zijn in het R. R. nog al menigvuldig, waarbij een *extraneus*, in het eenvoudig aspect van een *legatarius* verschijnt, die tot de erfstelling in hoegenaamd geene betrekking stond. Maar het waren ook meermalen handelingen, die geheel buiten de erfstelling stonden, en nu en dan werd (zoo als men hierna zal zien) aan een extraneus, die niets uit de nalatenschap verkreeg, de verrigting en uitvoering opgedragen van het een of ander waarin de testateur belang stelde en waaromtrent hij zich niet alleen op de trouw zijns erfgenaams wilde verlaten, maar andere waarborgen noodig oordeelde.

(1) Verg. l. 75 et l. ult. ff. de legatis 2<sup>o</sup>., in het bijzonder de l. 7 Cod. qui test. fac. poss., waar van *Epistolae fideicommissariae* gewaagd wordt.

(2) Zie voorbeelden van deze *clausula* l. 29. § 1. ff. qui test. fac. poss. l. 3. ff. de test. mil. l. 33. § 17. ff. de legatis. 2<sup>o</sup>. Verg. VON VANGEROW § 527.



worden opgevolgd (verg. l. 29 Cod. de fideicommissis); terwijl ook in het geval, dat zij die *ex testamento* geroepen waren, geen' erfgenamen werden (bv. bij vooroverlijden), het fideicommiss niettemin geldig bleef en door hen moest worden uitgekeerd, die *ab intestato* tot de nalatenschap gerechtigd waren (1). Ook de Fiscus, wanneer deze tot de nalatenschap als *vacans* geroepen werd, was gehouden tot hetgeen in den uitersten wil was vervat en tot de uitkeering van legaten en het gestand doen van de fideicommissen verplicht: *quoties lege Julia bona vacantia ad Fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta sunt*. Zie de l. 98. § 1. ff. de leg. 1<sup>o</sup>. — Verg. l. 2. § 1. ff. de alim. vel cib. leg., l. 14 de jure fisci; ook de l. 4. § 17. ff. de fideicomm. libert. en § 1. fin. Inst. de eo, cui libert. caus.

In betrekking tot den Fiscus wekt evenwel de l. 114. § 2. de leg. 1<sup>o</sup> hier inzonderheid de aandacht, waar MARCIANUS leert:

«Qui intestato decessit, et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest.»

Wat mij betreft, zoo zie ik in dit fragment niet het geval, waarin een erfflater den fiscus de uitkeering van legaten of fideicommissen opdraagt, in geval dat zijne nalatenschap *vacans* zou *kunnen* of *mogen* worden, zoo als von VANGEROW dit met anderen wil, (Lehrbuch, § 564. III); maar integendeel de eenvoudige opdracht van een fideicommiss aan den fiscus, door een erfflater die *ab intestato* sterft, en vooraf *weet*, dat zijne nalatenschap als *vacans* tot den fiscus komen *zal*. Vooraf *lette* men, dat het «fidei fisci committere» hier niets anders kan zijn, dan eene *opdragt ter uitvoering* aan den fiscus, die in de *fides fisci* haren waarborg vindt. De fiscus staat dan

(1) Zie l. 38 ff. § 9. de leg. — Verg. von VANGEROW. Lehrb. § 539. I.

ook hier in het licht van een gewonen *uitvoerder van eene uiterste wilsbeschikking*. Maar wat meer is, ik zie in deze wetsbepalingen, voornamelijk wanneer men ze in verband met de zoo even aangehaalde beschouwt, het bewijs dat het *fidei alienus aliquid committere*, eene handeling was, die niet alleen dikwijls, maar ook zóódanig plaats vond, dat zij de *eenigste* daad des overledenen bepaalde. Het «*intestato decedere*» is niet altijd het geval waarin een testament wordt irritum, destitutum of ruptum, maar wordt ook gezegd van hem, die zonder testament gemaakt te hebben, sterft. Dat de l. 114. het «*intestato decedere*» in den laatst aangegeven zin op het oog heeft, volgt voor mij uit de woorden: «*qui scit bona sua ad fiscum perventura vacantia.*» Alleen hij toch, die geen testament gemaakt had of maken wilde, en ook geene erfgenamen had, die de wet ab intestato riep, kon *weten* (*scire*) dat zijne nalatenschap tot den fiscus *zou en moest* komen, terwijl bij een testamentum irritum, destitutum of ruptum, behalve de mogelijkheid van de erfopvolging ab intestato of jure praetorio, die in die gevallen niet uitgesloten was, het van *onzekere*, althans *voor den erflater onzekere* omstandigheden afhing, of de nalatenschap als vacans tot den fiscus zou komen, en deze (de erflater) dus nooit kon *scire*, *bona sua ad fiscum vacantia perventura*. De l. 114. laud. levert dus, is mijne gevolgtrekking juist, het voorbeeld van een geval waarin de overledene geen testament had nagelaten, ook geene andere uiterste wilsbeschikking had gemaakt, waarschijnlijk ook geene erfgenamen ab intestato had, maar zich alleen had bepaald tot de benoeming van een executeur-testamentair (?). Vindt men nu in latere tijden voornamelijk onder de Keizers, in de dusgenoemde testamenten ad pias causas, en in het Dominium Jesum Christum heredem scribere, de handeling der erfaters alleen ver-

vat in het aanwijzen van den uitvoerder der uiterste wilsbeschikking; ziet men, in de onderscheidene latere wetgevingen, dit beginsel al meer en meer op den voorgrond treden, dan geloof ik dat het argument, dat ik in de l. 114. § 2. ff. de legat. 1<sup>o</sup>. meen te vinden, voor mijne stelling nog al van eenig gewigt is.

Het *testament*, wij zagen dit reeds, was wilsverklaring, met het oog op de wet, in wie zij hare kracht vond. De wilsverklaring, die naast deze hare plaats innaam, was de *ultima voluntas*, in den waren zin. Het was die *voluntas*, welke de eigenlijk gezegde *uiterste wilsbeschikkingen* bevatte, welke den erfgenaam, als *uitvoerder*, ter volbrenging werden opgedragen. De fideicommissen inzonderheid waren wilsbeschikkingen van dien aard. Het begrip van lastgeving en uitvoering vereenigde zich hier volkomen, voornamelijk bij de fideicommissa tacita, waarschijnlijk de oudste en meest gebruikte. Daar stond het begrip der executele op den voorgrond. Het «fidem suam defuncto accommodare» was de *aanvaarding der executele*, der opdracht. De aanvaarding geschiedde op onderscheidene wijze; de opdracht eveneens (1). Aan deze opdracht konden de erfaters ook een *ced* verbinden, cum jurisjurandi religione rogare. Zie de l. 77. § 23. ff. de legatis 2<sup>o</sup>.; en meermalen lieten zij zich de uitvoering van hunnen wil, geheel buiten de erfstelling, vóór hunnen dood bij

(1) Zie, behalve de wetten hiervoren aangehaald, ook de l. 3. § 3. ff de jurefisci, l. 11 en l. 18. § 2 de his quae ut indignis.

In latere, ook in onze tijden, nu de erfaters, in den regel, den inhoud hunner testamenten zorgvuldig trachten *geheim* te houden en deze eerst *na* hunnen dood bekend wordt, is het gebruik om zich de uitvoering van de eene of andere beschikking *na* den dood, reeds gedurende het leven te verzekeren, nagenoeg in onbruik geraakt. Opmerkenswaardig is het evenwel, dat uit testamenten in de 13<sup>e</sup> en 14<sup>e</sup> eeuw in ons vaderland gemaakt, blijkt, dat de benoemde executeuren in actu compareerden en de executele op zich namen. Zie MATTHAEUS Anal. 1. vet. test. XIV. p. 547 bij VAN DER SCHELLING, Oorsprong van het Notarisschap, p. 495.

*onderhandsch geschrift* verzekeren. Het is waar, dat eene dusdanige opdracht en aanvaarding, wanneer zij een *incapax* betref, eene *tacita rogatio* daarstelde, die bij de wet was verboden; maar genoeg is het, dat het blijkt dat de erfaters dit middel hebben gebezigd (1). Het verbod bewijst het bestaan der gewoonte; ook is er uit af te leiden, en dit is voor mijne stelling van gewigt, dat er ook lastgeving was aan *anderen* als aan den erfgenaam, of liever dat er handelingen waren, die de erfstelling niet betroffen, maar welke aan derden (*extranei*) ter uitvoering werden opgedragen. Men zie de l. 103 ff. de leg. 1<sup>o</sup>., waar men leest: *quoties quis, neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo se obligaret*, en alwaar uit den inhoud, m. i., duidelijk is, dat *quis* daar niet anders kan zijn dan een *extraneus*, die ook niet *erfgenaam* was. Er bestond in de gegeven casus geen testament, *neque testamento neque codicillis rogaretur*. Verg. de l. 10 ff. de his quae ut indignis.

Het stelsel der prelegaten ademde denzelfden geest. Ook in hetgeen *titulo singulari ex iudicio defuncto*, en *conditionis implendae causa* aan den erfgenaam werd gelaten (2), vonden de erfaters een middel, om zich de uitvoering van hunne ultima voluntas te waarborgen; een waarborg, die de erfgenaam accepta pecuniâ opleverde (3), maar ook eene handeling, die dezen in geen ander licht stelde, dan in dat, waarin men zich, ook naar de begrippen der hedendaagsche wetgevingen, den executeur testamenteur denkt. Meermalen en zeer

(1) Zie de l. 103 ff. de legat. 1<sup>o</sup>. en de l. 10 ff. de his quae ut indignis. Vergelijk het gezegde hierboven omtrent de *leges Caducariae*.

(2) Zie de l. 36 ff. ad leg. Talc. l. 24 Cod. famil. creisc. Verg. l. 30. § 6. ff. ad leg. Falcid. en VON VANGEROW, Lehrbuch. § 536.

(3) Zie de l. 56 § ult. de l. 75 en de l. 90 ff. ad Setum Trebell. en de l. 11 Cod. h. t.

dikwijls ontleende, tot in de latere tijden van het Romeinsch keizerrijk, de uitvoering eener uiterste wilsbeschikking alleen hare kracht aan eene ook *mondelinge* verklaring of opdracht des erflaters (1), in welk geval de erfgenaam dan oók kon gedwongen worden tot het *afleggen van den eed*, of hem deze opdracht van den erflater niet was geworden, per sacramenti religionem veritatem dicere compellitur, — necesse eum habere jusjurandum subire quod nihil tale a testatore audivit vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coarctari, *ne pereat ultima voluntas, fidei heredis commissa* (2).

(1) Zie de l. 32. Cod. de fideicomm. (6. 42). Verg. SÜRTITZ, über den Beweis eines dem Fiduziar vom Testator mündlich aufgelegten Fideik. (Braunsch. 1804). Ik ben het hier evenwel geheel eens met VON VANGEROW, § 528. I. dat het niet altijd behoeft te zijn eene *mondelinge* opdracht, een fideicommissum heredi praesenti injunctum; maar het genoeg was dat er bleek dat de erflater zijnen erfgenaam, zijn wil had te kennen gegeven, het zij dan mondeling of op eenige andere wijze, om in die gevallen, waarin neque ex scriptura neque ex testium numero possit res manifestari, aan den erfgenaam den eed te kunnen opdragen, die dezen eed dan ook had af te leggen. Volgens de Paraphrase van THEOPHILUS, moest de erfgenaam zweren: *ὡς οὐ κατέλειψεν φιδεικόμισσον*, non esse fideicommissum relictum. Had V. VANGEROW ook niet in de l. 22 Cod. de fideic. een krachtig argument voor de meening die hij hier verdedigt? Ik geloof ja. Et in *epistola*, imo *nutu* etc. — Verg. voorts VON VANGEROW t. a. pl. die aldaar (m. i. zeer juist) aantoon, dat JUSTINIAAN in de l. 32, geene *nieuwe* form. van fideicommissen heeft gewettigd, maar alleen een middel heeft aangegeven, ne pereat ultima voluntas defuncti.

(2) Zie § 12 Inst. de fid. heredit. — *Ultima voluntas* is ook hier m. i. volstrekt niet synonym met *testamentum*, en ik vind daarom hier op nieuw grond voor de stelling, dat de eigentlijke wilsverklaring van den overledene wel in de actus testandi, die het testament daarstelde, was vervat en deze verzelde, maar in het wezen der zaak buiten de grenzen van het eigentlijke *testamentum* lag en zich verder uitstrekte. Wanneer toch de *heres* in het geval van de l. 32 Cod. de fideicom. en § 12 Inst. de fid. hered. ontkende dat hem die bijzondere opdracht door den overledene was gegeven, dan kon er door het opleggen van den eed geene sprake zijn van *ne pereat testamentum*.

Deze ultima voluntas, die bijzondere eigenlijke wil was nergens meer uitgedrukt, en het begrip van *uitvoering* van uiterste wilsbeschikkingen was nergens meer op den voorgrond dan in het stelsel der legaten, maar bijzonder in dat der fideicommissen. Hier was het *executio ultimae voluntatis* in den volsten zin.

Naar de begrippen der Romeinen, naar hunne zeden en gewoonten en naar de grondslagen van hun erfregt, was het *in den regel* de *heres*, die krachtens het *testamentum*, d. i., uit krachte der erfstelling welke in de wet haren waarborg vond, *als zoodanig* optredende, de *uitvoerder* werd der ultima voluntas als van een ultimum mandatum. De erfgenaam kwam, in het wezen der zaak, altijd *ex lege* en *vi legis* tot de nalatenschap, al bestond er ook een testament, omdat het testament dan alleen werd geëerbiedigd, als de *institutio heredis* in overeenstemming was met de voorschriften en de bepalingen *der wet*. De uitvoering van het testament, wat betrof de erfstelling, behoorde tot de wet, die daarin zonder andere tusschenkomst hare taak vervulde (1). Het overige behoorde tot den erfgenaam, wien het *als zoodanig* was opgedragen.

Beschouwt men nu den erfgenaam van dat standpunt en in die verhouding, dan vindt men in hem, in het algemeen, maar in betrekking tot de fideicommissen in het bijzonder, naar Romeinsche regtsbeginselen, het

Integendeel er was een testament, want er was eene *heredis institutio*, ook een *heres*; maar het was duidelijk dat de Rom. wetgever de uitvoering wilde van den *bijzonderen* wil des overledenen, van de voluntas in den waren zin, die aan de trouw des erfgenaams was opgedragen, ne pereat *ultima voluntas, fidei heredis commissa*.

(1) Het zij in het voorbijgaan opgemerkt dat ook ons Burg. Wetb. hetzelfde beginsel tot grondslag heeft. De erfgenamen, hoewel geene sui et necessarij, treden *regtens* in het bezit. De *wet* geeft de uitvoering aan het testament wat betreft de erfstelling. *Al* het overige behoort tot den erfgenaam *als* uitvoerder, of tot den aangewezen uitvoerder.

*Themis*, D. IV, 2de St. [1857].

grondenkebeeld van de instelling der uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, zoodanig als men die in hunne bijzondere roeping reeds in de schriften der Romeinsche Regtsgeleerden, maar voornamelijk in de latere wetgevingen eene plaats ziet innemen. Al hetgeen toch de legaten, fideicommissen en andere beschikkingen betrof, waren *praestationes* ab herede praestandae, en zijn nu in onze dagen zoodanige *praestationes*, welke in tegenstelling met het regtssysteem der Romeinen, in den regel, nu niet *altijd* aan den erfgenaam, maar *zeer dikwijls* aan *derden* (extranei) ter uitvoering worden opgedragen. De zaak is evenwel in haar wezen dezelfde. Wij zullen straks ook te Rome den *bijzonderen*, buiten den erfgenaam, aangestelden uitvoerder zien optreden. De persoon aan wien de opdracht geschiedt, hij moge heres of extraneus zijn, is evenwel buiten eenigen zelfs den minsten invloed op het beginsel zelve.

(Wordt vervolgd.)

---

*Over de oorzaak van schuldvordering in het Romeinsche regt; door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, advocaat te 's Gravenhage.*

Het Romeinsche regt erkende tweeerlei soort van verbindtenissen, de volkomene, *civilis*, en de onvolkomene, *naturalis obligatio* (1). Onder *civilis obligatio* verstond men de zoodanige tot wier nakoming de schuldenaar in regten kan worden gedwongen (2); onder *naturalis* de zoodanige die wel voor vrijwillige kwijting,

(1) § 1. I. *de Fideiuss.* (3.20.) L. 16 § 3 D. *cod.* (46.1) GAI III. § 119. L. 1 D. *de Noval.* (46.2) v. SAVIGNY, *Obligationenr.* §§ 5—15 (I. 22—131).

(2) L. 42 § 1 D. *de O. et A.* (44.7.) LL. 108, 178 § 3 D. *de V. S.* (50.16.)

maar niet voor geregtelijke invordering vatbaar is (3). De instituten echter handelen, in den titel *de obligationibus*, alleen van de eerste soort (4) en verdeelen haar weder in *obligationes civiles aut praetoriae* (5). In dit verband wordt eene verbindtenis civilis of praetoria genoemd, al naardat de regtsvordering die zij voortbrengt aan het civiele regt of aan het edict haren oorsprong te danken heeft (6), en het schijnt dus eigenlijk meer eene verdeeling der actien dan der verbindtenissen te wezen, doch in het oude regt hangen beiden zoo onafscheidelijk zamen, dat eene eigenschap der vordering tevens kan worden beschouwd als eene eigenschap der inschuld.

Voorts onderscheidt JUSTINIANUS de verbindtenissen naar hare verschillende oorzaken in vier klassen, namelijk in verbindtenissen *ex contractu*, *quasi ex contractu* *ex delicto* en *quasi ex delicto* (7). Zelden heeft eene classificatie zoo groot gezag in de wetenschap verkregen als deze en nogtans komt haar slechts eene geringe waarde toe, dewijl zij haar ontstaan niet aan het genie der oude juristen (8), maar aan een kunstgreep der compilatoren verschuldigd is. Deze stelden de Keizerlijke instituten hoofdzakelijk uit de instituten en de *res quotidianae* van

(3) L. 10 D. *de O. et A.* (44.7.) L. 16 § 4 D. *de Fideiuss.* (46.1.) L. 10 D. *de V. S.* (50.16.)

(4) pr. 1. *de Oblig.* (3.13.)

(5) § 7. *de Oblig.* (3.13.) Cf. L. 5 pr. D. *de P. et H.* (20.1.) L. 1 § 1 D. *de Nov.* (46.2.) L. 40 pr. D. *ad Senatusc. Trebell.* (36.1)

(6) L. 25 § 2 D. *de O. et A.* (44.7.) v. SAV. *Obl.* 1. 37.

(7) § 2. 1. *de Oblig.* (3.13.)

(8) MODESTINUS. b. v. geeft eene gansch andere classificatie L. 52 pr. D. *de O. et A.* (44.7.) Vgl. ook L. 25 § 1 D. *eod.* En wanneer ULPIANUS in L. 11 § 9 D. *de interrog. act.* (11.1.) de uitdrukking gebruikt, *quasi ex contractu obligatus*, denkt hij daarbij niet aan quasi-contract als oorzaak eener eigene verbindtenis, maar alleen aan het onherroepelijke van het, bij een verhoor op vraagpunten, gegeven antwoord.



GAIUS te zamen (9). In eerstgenoemd werk: obligatio-  
num summa divisio in duas species deducitur: omnis  
enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto (10) en worden dan ook uitsluitend de eigenlijke  
contracten en delicten behandeld, maar van het be-  
staan van quasi-contracten of quasi-delicten met geen  
enkel woord gerept (11). Daar nu echter niet alle ver-  
bindtenissen onder eene dezer twee soorten te brengen  
zijn, tracht GAIUS in zijne *Res quotidianae*, waarin  
hij zich op grootere volledigheid schijnt te hebben toe-  
geleed, dat gebrek aan te vullen door eene derde of  
hulpsoort dergenen quae nascuntur proprio quodam iure  
ex variis causarum figuris (12); noemt vervolgens  
van zulke verbindtenissen er eenigen op, en zet hij  
ieder der gegeven voorbeelden uiteen, waarom daarbij  
noch aan een waar contract, noch aan een waar de-  
lict, maar nogtans aan zekere mate van overeenkomst  
met een van beiden gedacht worden mag. Uit dit frag-  
ment, dat wij uit de *Pandecten* kennen (13), schreven de  
vervaardigers der instituten hunne titels *de obligationibus  
quasi ex contractu* en *de obligationibus quae quasi  
ex delicto nascuntur* bijna letterlijk af (14), behalve  
dat zij in den eersten daarenboven inlasschen de ver-  
melding der familiae erciscundae en communi dividundo  
iudicia, waarvan in de *Res quotidianae* van GAIUS bij  
deze gelegenheid geenerlei gewag was gemaakt. Om nu

(9) § 6 *proem.* 1.

(10) III. § 38. Dit is de gewone beschouwing der klassieke Juristen.  
Zoo PAULUS in L. 14 D. *de H. P.* (5.3) ULPIANUS. L. 1 § 6 D. *de pecun. const.*  
(13.5.) L. 4 § 2 D. *Quod cum eo qui in al. p.* (14.5.)]

(11) Cf. GAL. IV. §§ 2, 30, 112, 113, 132.

(12) L. 1 pr. D. *de O. et A.* (44.7.)

(13) L. 5 D. *de O. et A.* (44.7.)

(14) BUCHHOLTZ. *Ueber das Verhaeltniss der res quotidianae des GAIUS  
zu den Institutionen.* *Civilist. Magaz.* VI. 251—253.

deze verschillende uittreksels tot een dragelijk geheel te verbinden, maakten zij van de hun verleende bevoegdheid tot omwerking ruimschoots gebruik, en veranderden de twee- (15) of hoogstens drieledige verdeling van GAIUS in eene vierledige die eigenlijk nergens anders op nederkomt, dan dat men ieder der beide hoofdsorten nogmaals in tweeën splitst door de contracten en delicten in *eigenlijke* en *oneigenlijke* te onderscheiden. Het doel dat zij zich voorstelden bereikten zij volkomen, en voor een overzicht der verbindtenissen zal in het algemeen hun plan altoos zijne bruikbaarheid behouden, maar den strengen toets der wetenschappelijke kritiek kan het in geenen deele doorstaan (16), want oneigenlijk contract en oneigenlijk delict zijn geene begrippen van zuiveren omtrek die zich naar een onveranderlijken standaard laten afmeten of naar deugdelijke en onbedriegelijke kenteekenen beoordeelen. En gewis hebben de vervaardigers der instituten evenmin als GAIUS willen beweren, dat alles wat deze onder *variae causarum figurae* begreep noodwendig moest wezen of een quasi contract of een quasi delict. Men kan dus hunne beroemde vierledige verdeling niet anders tot rigtsnoer nemen dan onder voorbehoud en protest.

### *Contracten.*

In de tegenwoordige wetboeken beduidt contract hetzelfde als conventie of overeenkomst (1), maar in het

(15) Daarvoor stelden zij nu de verdeling in *civiles* et *praetoriae* in de plaats. Van eene in gelijken zin omgewerkte plaats pr. I. *de Oblig. quae ex delict. nasc.* (4.1.) is, blijkens L. 4 D. *de O. et A.* (44.7) vergeleken met GAI. III. § 132, de grondtekst vermoedelijk aan de *res quotidianae* ontleend. Cf. et pr. I. *per quas pers. n. obl. acq.* (3.28.) c. GAI. III § 153.

(16) *SINTENIS. Civib.* § 95 n<sup>o</sup>. (II. 232.) *SAY. Oblig.* §§ 51. 55 (II. 1.330.)

(1) Art. 1101 C. C. art. 1349 B. W. en aldaar het opschrift van den 2den titel van het 3de boek.

klassieke regt was het zoo niet. Daar had conventie zijne natuurlijke beteekenis behouden en duidde dus, even als pactum, eenvoudig aan: *het eens worden van meerdere partijen* (2); in het midden latende of eenig en, zoo ja, hoedanig gevolg aan deze wilsovereenstemming wordt toegekend in regten. Contractus daarentegen is in de Latijnsche taal synoniem met obligatio (3). Beide uitdrukkingen, aan hetzelfde beeld ontleend, spreken gelijke gedachte uit. Alleen is obligatio meer lijdelijk en daardoor ruimer van beteekenis. Het omvat iedere verbindtenis de onvolkomene, zoowel als de volkomene, terwijl contractus slechts ziet op de laatste soort (4) en zelfs van deze op geene andere dan die, welke wordt aangegaan met den wil en de toestemming van beide partijen, zoodat de bedoeling om den schuldenaar te verbinden reeds van den beginne aan van weerskanten zij aanwezig geweest (5). Eerst door deze nadere eigenschap wordt het gebied der echte contracten, inzonderheid tegen over de zoogenaamde quasi contracten (6), binnen vaste grenzen bepaald en zeer juist is, met het oog hierop, de stelregel van PEDIUS: *dat ieder eigenlijk contract bij zijne geboorte noodwendig vergezeld gaat van eene overeenkomst* (7).

(2) L. 1 §§ 2, 3 D. *de Pact.* (2.14.)

(3) L. 20 D. *de Judic.* (5.1.) L. 0 pr. D. *de R. Cr.* (12.1.) L. 52 D. *de re iudic.* (42.1.) L. 6 D. *de V. S.* (50.16.)

(4) L. 7 §§ 1, 2, 4 D. *de Pact.* (2.14.)

(5) L. 11 D. *de O. et A.* (44.7.) L. 19 D. *de R. I.* (50.17.)

(6) GAI. III. § 91. L. 5 D. *de O. et A.* (44.7.) § 2 l. *de Oblig. qu. ex contr.* (3.27.) Ondertusschen begrepen de klassieke Juristen onder contractus ook de quasi ex contractu L. 16 D. *de neg. gest.* (3.5.) L. 36 D. *de pec.* (15.1.) L. 49 D. *de O. et A.* (44.7.) L. 9 pr. D. *de duob. reis.* (45.2.) L. 23 D. *de R. I.* (50.1.) L. 1 § 6 D. *de pec. const.* (13.5.)

(7) L. 1 § 3 D. *de Pact.* (2.14.) Contractus wordt genomen in zeer engen zin in L. 19 D. *de V. S.* (50.16.)

Intusschen wachte men zich voor de gevolgtrekking, als zoude dus, naar het oordeel van den jurist, de oorzaak van het contract of de grond van den regtsdwang in der partijen overeenkomst moeten worden gezocht. Niets is verder van zijn gevoelen verwijderd, want door het gansche Romeinsche regt heerscht de regel, dat, behalve in sommige opzettelijk begunstigde gevallen (8), de enkele wil van partijen geen regt en, bij gevolg, geene schuld maakt (9). Van daar, dat men de contracten weder, naar hunne verschillende oorzaken, in vier soorten verdeelen kon: aut enim *re* contrahitur obligatio, aut *verbis* aut *litteris* aut *consensu* (10).

*Contractus re.*

Liet het oude regt den blooten wil der partijen van het vermogen om regtsdwang voort te brengen verstoken, het huldigde daarentegen een ander, voor niet minder algemeene toepassing vatbaar beginsel, dat, een der waarborgen waarmede in de toenmalige maatschappij de burgerlijke eigendom was omgeven, zich oploste in het natuurlijk verbod: «*Gij zult u niet verrijken ten koste van uwen naaste.*»

Men kan het, in het afgetrokkene, in dier voege omschrijven. Wanneer iets dat mij toebehoorde is overgegaan aan u, zonder dat ik iets genoten heb dat er voor in de plaats trad, en het evenmin aan u heb willen wegschenken, zoudt gij door de aldus verkrogene bate

(8) LL. 6, 7 pr. § 1, 17 § 1 D. *de Pact.* (2.14.) Zulk eene begunstigde overeenkomst is in het familieregt *het huwelijk*, in het zakenregt *de hypotheek*. L. 4 D. *de P. et H.* (20.1.) LL. 4, 17 § 2 D. *Pact.* (2.14.)

(9) L. 7 § 4 D. *de Pact.* (2.14.) PAUL. R. S. II. XIV. § 1. L. 20 C. *de Pact.* (2.3.) L. 28 C. *de Transact.* (2.4.)

(10) GAL. III § 89. § 2 in f. l. *de Oblig.* (3.13.) LL. 11, 52 pr. D. *de O. et A.* (44.7.)

te behouden, u zelyen ten mijnen koste bevoordeelen, Zoodanige bevoordeeling mag het staatsgezag niet lijdelyk aanzien. Even als het den bezitter dwingt voor het beter regt des eigenaars te wijken, behoort het ook hier tusschen beiden te treden en u te veroordeelen het verkregene weder aan mij uit te keeren. Anders zou de eerlijke huisvader door ontrouw zijner tegenpartij of onvermijdelijke gebeurlijkheden van zijne bezittingen kunnen worden beroofd.

Deze schuldoorzaak die bij de Romeinen hare vertakkingen wijd en zijd uitstreckte, en den voornaamsten grondslag hunner regsleer nopens verbindtenissen uitmaakt, noemden zij *res* (1). De Groot heeft het uitmuntend door *onevenheid* vertaald. Immers, als in den boedel van den een iets te kort komt, dat zich in den boedel van den anderen te veel bevindt, zal, naar de inspraak van het natuurlijk regsgevoel, het evenwigt tusschen beider vermogen verbroken en tot herstelling van het gelijk, *aequum*, een regt van terug-eisching onmisbaar zijn (2). Zoodanige eisch voerde den naam van *condictio* en moest, uit den aard der zaak, eene strikt eenzijdige of *stricti iuris actio* wezen (3). En, schoon de onevenheid, waaruit de schuld ontstaat, onder allerlei omstandigheden geboren worden kan, zal zij evenwel in den regel haren oorsprong te danken hebben aan het goed vertrouwen door den schuldeischer in zijnen schuldenaar gesteld, d. i. in een *creditum* (4). Het meest alledaagsch voorbeeld van zulk een *creditum* levert de verbruikleening of het *mutuum* op. Als men iemand

(1) I. 52 § 1 D. *de O. et A.* (44.7.)

(2) I. 32 D. *de R. Cr.* (12.1.) I. 6 D. *de cond. ob turp. caus.* (12.5.) I. 44, 66 D. *de cond. indeb.* (12.6.) I. 6 § 2 D. *de Jur. Dot.* (23.3.)

(3) GAI. IV §§ 5, 18. § 15 I. *de Act.* (4.6) I. 25 pr. D. *de O. et A.* (44.7.) I. 9 D. *de R. Cr.* (12.1.) I. 1 D. *de cond. trit.* (13.3.)

(4) GAI. III. § 124. I. 1, 2 § 3 D. *de R. Cr.* (12.1.) I. 1000. *Orig.* V. 25.

geld leent, loopt men de kans het nooit terug te krijgen, maar men rekent op zijne eerlijkheid en gegoedheid. Volgens de Romeinen alzoo ligt de oorzaak der verplichting tot teruggave, die uit verbruikleening voortvloeit, niet in de overeenkomst van partijen, maar in de omstandigheid, dat het geld hetgeen behoort in de beurs van den een, zich tijdelijk bevindt in de beurs van den ander, d. i. *in den eigendomsovergang die heeft plaats gehad*. Van daar hunne meer regs- dan taalkennis verradende woordafleiding *mutuum quia ex meo tuum fit* (5).

Een soortgelijk vertrouwen werd geschonken, wanneer een Romeinsch burger een persoon of zaak, waarop hij regt van toebehooren had, door *mancipatio* of in *iure cessio* aan een zijner medeburgers overdroeg, met beding, dat de overgedragen persoon of zaak, onder zekere voorwaarden, bij gelijke akte in zijne magt zou worden teruggebracht. Dit contract heette *contractus fiduciae* (6). De bedoelingen waarmede het gesloten werd liepen sterk uiteen. Bij personen had men het vaak noodig om eene verandering in bunnen staat te bewerken (7). Bij zaken plagt men er soms partij van te trekken om een regtsbeletsel uit den weg te ruimen, dat anders de volvoering van hetgeen men had voorgenomen zou verhinderd hebben (8), maar inzonderheid gebruikte men het om vooral onroerende (9) bezittingen aan zijnen schuldeischer tot zekerheid of ook onder een vriend in veiligheid te stellen (10).

(5) GAI. III. § 90. pr. 1. *Qu. mod. re contr. obl.* (3.14.) L. 2 §§ 1, 2 D. *de R. Cr.* (12.1.) L. 1 § 2 D. *de O. et A.* (44.7.)

(6) GAI. II. § 59. BORTH. in *Cic. top.* c. 10.

(7) GAI. I. §§ 114, 115, 134, 172, 173, 195.

(8) FR. VAT. § 51.

(9) ISID. *Orig.* V, 25.

(10) GAI. II. § 60.

Lijdt het nu geen twijfel, dat een gelost pand of in bewaring gegeven zaak behoort te worden teruggegeven (11), het is eene andere vraag, of met eenvoudige teruggave altijd alles tusschen partijen zal kunnen worden afgedaan. Men behoeft weinig verbeeldingskracht te bezitten om te beseffen, dat dit niet aangaat. Pand- of bewaar-geving brengen wederzijdsche klagten, aanspraken en afrekeningen voort, die, zal aan beide partijen regt wedervaren, de tusschenkomst eischen van een regter, wien niet, door den aard van het proces, de handen gebonden zijn. Om die reden bewilligden waarschijnlijk reeds de XII Taf., boven de *condictio* door den gever naar algemeene beginselen verkregen, in het fiduciair contract aan *iedere* partij eene vrije of bonaefidei actio die, als hoofd- en tegen-vordering, van de zijde des gevers *directu*, van de zijde des nemers, *contraria fiduciae actio* genoemd werd (12).

In naauw verband met de twee opgenoemde contracten staan voorts de gevallen, dat iets door enkele levering wordt uitgegeven in bruikleen, in bewaring of in pand. *Commodatum*, *depositum* en *pignus* worden uit dien hoofde mede onder de reële contracten begrepen (13). Zij behooren er evenwel niet toe in den eigenlijken en strikten zin des woords. Immers er heeft dan geen eigendoms-overgang plaats (14), zoodat de gever

(11) Opmerkelijk is het, dat men zelfs middelerwijl de betrekking van den *fiduciae* dans op de zaak geenszins als geheel opgeheven beschouwde. Cf. *GAL. I. § 146. II. § 220.*

(12) *GAL. IV. §§ 33, 62. CIC. de Offic. III. 15, 17. pro Rose. Com. 6. pro Caec. 3. ad Famil. VII. 12. de nat. deor. III. 30. Coll. leg. Mos. et Rom. X. 2. PAUL. R. S. II. XIII. §§ 1, 7.*

(13) §§ 2, 3, 4 1<sup>r</sup> *Qu. mod. re contr. obl.* (3.14.) *LL. 1. §§ 3, 4, 5, 6, 52 § 1 D. de O. et A.* (44.7.) *L. 1 D. de R. Cr.* (12.1.) *L. 17. § 1 D. Comm.* (13.6.)

(14) *LL. 8, 9 D. Comm.* (13.6.) *L. 17 § 1 D. Depos.* (16.3.) *L. 35 § 1 D. de pign. act.* (13.7.) *L. 19 pr. D. de Pact.* (2.14.)

de bevoegdheid tot het instellen der *condictio mist*, ingevolge den regel, dat men met die regtsvordering, behalve van den dief, niet mag teruggeischen zijn eigen goed (15), of, met andere woorden, dat zij niet ontvankelijk is, zoolang aan den eischer, tot herkrijging der zaak, het regtsmiddel der *vindicatio* openstaat (16). Buitendien moest bij deze contracten, even als bij de *fiducia*, op de wederkeerige regten van partijen worden gelet en men hielp zich derhalve op dezelfde wijze door iedere partij te begiftigen met eene *bonae fidei actio*, bij den gever *directa*, bij den nemer *contraria* (17).

Met de afschaffing der *mancipatio* en in *iure cessio* verviel natuurlijk ook de *fiducia*, welk contract dus uit het regt van JUSTINIANUS is verdwenen.

*Contractus verbis aut literis.*

§ 1.

*Nexum.*

Eene maatschappij waarin het burgerlijk regt een zekeren graad van ontwikkeling heeft verkregen kan men zich niet wel voorstellen zonder regels op het passeren van akten. Het oude civiele regt bezat dan ook eene formaliteit die met onze openbare akte onderscheidene punten van overeenstemming aanbiedt. Afkomstig uit het tijdvak van eerst ontkiemende beschaving, toen het ongeletterde volk, zelfs in de *procédure*, nog geen gebruik van geschreven stukken maakte, werd zij mondeling voltrokken

(15) IV. § 4. L. 5 D. *de cond. trit.* (13.3.)

(16) De *condictio* kwam dus wel te pas, als, door de kwade trouw des nemers of anderzins, toch eigendomsverlies plaats grijpt. L. 4. § 1 D. *de R. Cr.* (12.1.) L. 13 § 1 D. *Depos.* (16.3.) L. 5 D. *de tut. act.* (27.3.)

(17) GAY. IV. §§ 47, 62. § 28 I. *de Act.* (4.6.) LL. 3. § 2, 13. § 4 D. *Comm.* (13.6) L. 1 § 23 D. *Depos.* (16.3.)



ten overstaan van minstens vijf getuigen welke burgers, mondig en manspersonen moesten wezen en, naar men wil, geacht werden het gansche volk te verbeelden. (1)

De handeling zelf, *nexum* geheeten, bestond in het door tusschenkomst van eenen *libripens* door de eene partij aan de andere doen toewegen van een of meer stukken of ponden kopergeld, *asses*, wat zich uit den toenmaligen staat van het muntwezen hoogst eenvoudig verklaart. Immers gedurende de eerste eeuwen na de stichting der stad had Rome, even als de omliggende staten, nog geene van edel metaal geslagen geldspecien, maar slechts koperen of liever bronzen munt (2). Dit kopergeld nu plagt men elkander voor te rekenen bij het gewigt in plaats van bij den tel, zoo als tegenwoordig nog wel gebeurt met grootere hoeveelheden centen (3). Als *libripens* kon een ieder verzocht worden die de vereischten om als getuige over de akte te staan in zich vereenigde (4). Vroeger evenwel was dit misschien anders en bezat deze persoon eene soort van openbaar karakter. Althans uit een berigt van *VARRO* (5) schijnt men te mogen opmaken; dat, in de dagen toen bij den stand der priesters nog alle wetenschap huisvestte, deze in den tempel van *SATURNUS* steeds de noodige schalen, gewigten en balansen, voor wier deugdelijkheid zij instonden, ten gerijve des publieks in gereedheid hielden. De tusschenkomst van den *libripens* gold dan als het ware destijds voor ijk.

Het passeren van dergelijke akten per *aes et libram*, gelijk men het noemde, geschiedde nu met een van deze

(1) *GAL.* I. §§ 113, 119. *BORTH.* in *Cic. Top.* c. 5.

(2) *v. SAV.* *Oblig.* I. 409.

(3) *GAL.* I. § 122. *PLIN.* *Hist. nat.* XVII. 1. XXXIII. 3.

(4) *GAL.* I. § 119.

(5) *de L.* *L.* V. § 133. In dien tempel was de staats-tresorie.

drie oogmerken, of om schulden aan te gaan, *obligatio*, of om schulden te kwijten, *liberatio*, of om personen of goederen waarop men regt van toebehooren had over te dragen, *abalienatio* (6). In dit laatste geval heette de akte *mancipatio* (7); *nexum* zag volgens sommigen alleen op de twee eersten, volgens anderen op alle drie de gevallen (8).

Het sluiten eener verbindtenis per aes et libram ging in dier voege toe. De schuldeischer vraagt, ten aanhoore der getuigen, den schuldenaar af, of deze, tegen de overgifte van het kopergeld, belooft hem iets te zullen geven of doen? De schuldenaar, het kopergeld in ontvangst nemende, verbindt er zich toe. Deze ondervraging heette *nuncupatio* (9) of *sponsio* (10).

Wilde men eene verbindtenis kwijten, dan moest, met dezelfde plegtigheden, door den schuldenaar aan den schuldeischer worden afgevraagd of deze erkende volstaan te zijn (11)?

De *mancipatio* eindelijk had den vorm van een verkoop à comptant. De verkrijger, *mancipio accipiens*, verklaarde het voorwerp der overdragt van de andere partij, tegen overgifte van het kopergeld, te hebben gekocht en deze, *mancipio dans*, het geld aannemende, erkende dit (12).

De *mancipatio* strekte:

Vooreerst om personen, hetzij slaven hetzij vrijen,

(6) FEST. in v. *nexum*. 165. (Ed. Mueller.)

(7) CIC. *Top.* c. 5. GAL. I. §§ 113, 119. VARRO. *de L. L.* VII. § 105.

(8) VARRO. *l. l.* CIC. *de Orat.* III. c. 40.

(9) FEST. in v. *nuncupata pecunia*. 173. *Nuncupatio* van nomen capere, eene inschuld verkrijgen, even als *mancipatio* van manum capere, eigendom verkrijgen.

(10) FEST. in v. *spondere*. 348. VARRO. *de L. L.* VI. § 70.

(11) GAL. III. §§ 173, 174. LIV. VI. c. 14.

(12) GAL. I § 119. FR. VAT. § 50.

die zich bevonden in de magt van den een over te brengen in de magt van den ander (13).

Ten tweede om de lichamelijke zaken die res mancipi waren te vervreemden (14) en de servituten die deze eigenschap deelachtig waren regtstreeks (15), de overigen die deze eigenschap niet bezaten ter gelegenheid van de vervreemding der zaak te vestigen of te vernietigen. (16).

Ten derde om uiterste willen te verlijden (17).

Behalve in laatstgenoemde aanwending, concurreerde met de mancipatio de in iure cessio die bovendien op res nec mancipi toepasselijk en voorts in vele gevallen, zoo als bij de vestiging of vernietiging van servituten, minder omslagtig was, doch, in het algemeen, dezelfde regelen volgde (18).

Brengt men nu de krachteloosheid der overeenkomst in verband met het nexum, zoo schijnt dat merkwaardig beginsel des ouden regts eigenlijk hierop neder te komen, dat alleen die overeenkomsten binden die in behoorlijken vorm, of bij openbare akte, zijn aangegaan. Overtusschen er is meer. De grond der nexi obligatio ligt dieper, want zij berust op hetzelfde beginsel als de reële contracten en brengt dezelfde regtvordering voort. Wanneer het beding, per aes et libram gesloten, zich bepaalt tot de teruggave van het betaalde geld of van de gemancipeerde zaak, behoeft de waarheid dezer stelling geen betoog, want wat is de fiducia anders? Maar

(13) GAI. I. §§ 117, 119.

(14) GAI. II. § 22. ULP. XIX. § 3.

(15) GAI. II. § 29.

(16) GAI. II. § 33. FR. VAT. §§ 47, 50. L. 32 D. de Uufr. (8.1.) LL. 3, 6 pr. D. Comm. pr. (8.4.)

(17) GAI. II. §§ 102, 199. ULP. XX. § 2.

(18) GAI. II. §§ 22, 24, 25, 29, 30, 32. ULP. XIX. §§ 9, 11. FR. VAT. § 50.

zelfs wanneer niets anders is bedongen, zal dan de schuldenaar, als hij de toezegging waartegen hij het geld of de zaak gekregen heeft niet vervult, minder oneerlijk handelen, niet evenzeer, door die niet nakoming, pogen ten koste des gevers zich zelve te verrijken? Slechts eene geringe afwijking van het strenge begrip der reële contracten behoefde men door de vingers te zien, slechts eene kleine schrede verder had men te gaan om toe te laten, dat de eischer den gedaagde aansprak niet tot teruggave van het ontvangene, maar tot nakoming van het in ruil daarvoor beloofde. Over die zwaarigheid stapte men heen ter wille van den vorm (19). De oorzaak der schuld blijft res, maar het nexum wettigt de bijzondere rigting der actie. Hoeveel nu de schuldenaar voor zijne belofte genieten zal, behooren partijen zelve te waarden. Gemakshalve zullen zij zich spoedig met één enkel pond of as leeren vergenoegen, en de betaling van dat pond, schoon juridiek de ware oorzaak der schuld, ontaardt, van lieverlede en door den natuurlijken loop van zaken, in eene bloote formaliteit. Zoo beschrijven GAIUS en ULPIANUS de mancipatio als een denkbeeldigen verkoop (20), ofschoon oudtijds de verkrijger waarschijnlijk niet maar voor de leus een enkelen penning, maar wel degelijk den ganschen koopprijs, ten overstaan der getuigen, aan den eigenaar plagt uit te betalen. Het nexum maakte dus de krachteloosheid der overeenkomsten wel niet tot eene bloote vraag van vorm, maar toch gewis veel dragelijker en onschadelijker. Want partijen bezaten nu de magt om elke overeenkomst, wier inhoud

(19) FEST. in v. *nuncupata pecunia*. 173. CIC. *de Orat.* l. c. 57. FR. VAR. § 50. L. 43 D. *de Pact.* (2. 14.) (waarin, bij GAIUS, voor *traditione* werd gelezen: *mancipatio*).

(20) GAI. I. § 113. ULP. XX. § 2. Evenzoo spreekt GAIUS III. § 173 van *imaginaria solutio per aes et libram*, waar oorspronkelijk zeer zeker, LIV. VI. c. 14, eene waarachtige betaling bedoeld werd.

zich in eene of meer eenzijdige beloften liet overgieten, kunstmatig tot een reëel contract te verheffen. Bij de mancipatio konden zelfs beide partijen zich verbinden, de eene door het aannemen van het geld, (21) de andere door het aannemen van de zaak (22).

Eene voorname rol speelde het nexum bij het aangaan van geldschulden. Het maakt toch een groot onderscheid of men iemand leent uit vriendschap of om rente te trekken, *foenus* (23). In het eerste geval volstaat men met het mutuum, maar in het laatste heeft men daaraan niet genoeg. Immers het mutuum verplicht den schuldenaar tot niets meer dan tot teruggave van gelijke som als hij ontvangen heeft en het naakte beding van interessen gaf geene aanspraak in regten (24). De geldschieter moest dus tot het sluiten van een contractus foenoris zijne toevlugt nemen tot de obligatio per aes et libram (25). Daarenboven verzekerde hij zich door deze het regt van parate executie dat destijds nog niet regtstreeks de goederen, maar den persoon des schuldenaars tot voorwerp had. Als de hoofdsom of de rente niet stipt op den vervaldag werden voldaan, mogt de schuldeischer den schuldenaar, op dezelfde manier als een bij regterlijk vonnis veroordeelde, in gijzeling nemen; wat voor den gegijzelde, zoo geen goede borg voor hem in de bres sprong, op verlies van leven of vrijheid uitliep (26).

(21) Men vindt hiervan een voorbeeld in des verkoopers verplichting tot vrijwaring, *auctoritatis actio* CIC. *pro MUR.* c. 2. *de Orat.* I. c. 39. *de Offic.* III. c. 16. PAUL. R. S. II. XVII. § 3.

(22) B. v. de fiducia.

(23) NON. MARC. c. V. § 70. VARRO. *de L. L.* VI. § 65.

(24) L. 17. pr. D. *de Pact.* (2. 14.) LL. 2 pr. 3 D. *de R. Cr.* (12. 1.) L. 9. C. *de non num. pec.* (4. 30.) L. 24 D. *de praeser. r. act.* (19. 5.) L. 3. C. *de Usur.* (4. 32.) PAUL. R. 3. II. XIV. § 1.

(25) FEST. in v. *nexum aes.* 165. VARRO *de L. L.* V. § 183.

(26) GELL. XX. c. 1. VARRO *de L. L.* VII. § 105. LIV. II. c. 23, 27. VI. c. 27, 34, 36. VII. c. 19. GAL. IV. § 21. QUINCT. *Instt. orat.* III. c. 6. § 8.

Dezelfde lage trap van beschaving, die eene zoo barbaarsche wijze van executie noodig deed zijn, maakte haar dubbel gevaarlijk. Immers, behalve door landbezit, bestond voor rijke lieden nog geene andere gelegenheid om van hunne kapitalen vruchten te trekken dan door ze onder hunne medeburgers uit te zetten. Geringe welvaart baart hooge rente, en de interest op interest-rekening (27) hoopt eene aanvankelijk kleine schuld spoedig tot eene groote op. Daarbij komt, dat in eene republiek de open of gesloten beurs een magtig werktuig wordt van volksverleiding en politieken invloed. Kan men zich dan verwonderen, dat de geschiedenis dier tijden onophoudelijk verhaalt van klagten en oproeren door het harde lot der schuldenaren en de wreedheden der schuld-eischers veroorzaakt? Pogingen om door woekerwetten den rente-standaard beneden het natuurlijk peil te houden verergerden, als overal, het kwaad dat men geloofde te genezen (28). Meer hielp het, dat men van lieverlede den toestand der geëxecuteerden verzachtte en de gansche manier van procederen verbeterde. Bepaaldelijk werd aan de *nexi obligatio* de kracht om eenen executorialen titel voort te brengen eindelijk geheel ontnomen (29). Gevoegd bij de hervorming die, in de vijfde eeuw na de stichting der stad, het muntwezen onderging door de invoering van zilveren specie die, in plaats van gewogen, geteld werd (30), deed dit, waarschijnlijk niet lang voordat de *lex acbutia* de *legis actio*

(27) VARRO *de L. L.* V. § 183.

(28) LIV. VI. c. 35. VII. c. 16, 27, 42. XXXV. c. 7. TAC. *Ann.* VI. c. 16. GAL. IV. § 23.

(29) LIV. VIII. c. 28. CIC. *de Rep.* II. c. 34. VARRO *de L. L.* VII. § 105. VAL. MAX. II. I. 9. GAL. IV. § 25. Ook de invoering der *legis actio per conditionem* stond waarsehijnlijk met deze hervormingen in verband. GAL. IV. § 19.

(30) V. SAV. *Oblig.* I. 409. n. g.

*Themis*, D. IV, 2de St. [1857.]

afschafte, in den tijd toen zich de teekenen van grootelijks toegenomen welvaart en beschaving allerwege in de republiek begonnen te vertoonen, het nexum als regelmatig middel om verbindtenissen aan te gaan door de verborum en litterarum obligatio vervangen.

§ 2.

*Stipulatio* (1).

De verborum obligatio van het klassieke recht is niets anders dan een vereenvoudigd nexum. Men behield mondelinge vraag en antwoord, maar liet het toewegen van het kopergeld met den nasleep van libripens en getuigen weg (2). Dit antwoord noemde men *promissio*, de vraag *stipulatio*. Stips is een verouderd woord voor geld. In deze benaming dus bleef de herinnering aan de afgeschafte formaliteit nog geruimen tijd voortleven (3).

De stipulatio werd nu, veel meer dan het nexum het ooit had kunnen wezen, de groote hefboom van het burgerlijk verkeer, zelfs met andere natiën. Want, schoon men het bezigen der sponsio aan geene dan Romeinsche burgers vergunde, verklaarde men tot het sluiten eener verborum obligatio in andere bewoordingen ook den vreemdeling bekwaam en daartoe iedere taal even geschikt, mits slechts de andere partij ze verstond (4). Behalve deze vrijheid in de te bezigen zegswaarden, die door de christelijke keizers nog aan-

(1) *J. de Verborum obligatione* (3. 15) *D. eod.* (45. 1.) *C. de contrahenda et committenda stipulatione* (3. 33).

(2) *GAI.* III. § 92. *pr. J. h. t. L. 5* § 1 *D. h. t. L. 1* § 7. *D. de O et A.* (44. 7.) *PAUL. R. S. V.* VII. § 1.

(3) *FEST.* in *v. stipem.* 297. *VARRO de L. L. V.* § 182. *PLIN. Hist. nat.* XXXIII. c. 3. *L. 27* § 1. *D. de F. S.* (50. 16.)

(4) *GAI.* III. § 93. *L. 156. D. h. t.*

merkelijk vermeerderd werd (5), schreef men tevens uitgestrekte bewijskracht toe aan de oorkonde, aangaande het sluiten der verbintenis tusschen partijen opgemaakt (6). Zoo werd, en bleef tot in de wetgeving van JUSTINIANUS, het verbaal-contract het voorname middel om geslotene overeenkomsten te bekrachtigen (7). Maar mocht in den loop des tijds de ware toedragt der zaak bijkans onherkenbaar zijn geworden, toch was geenszins in den wil der partijen, maar in de fictie van het nexum, of in eene verdichte verrijking des schuldenaars, de regtskundige oorzaak der verbintenis gelegen. *De stipulatio is een kunstmatig reëel contract* (8) en de regtsvordering die zij voortbrengt de *condictio* (9).

§ 3.

*Expensilatio.*

Het schijnt reeds vroeg gewoonte te zijn geworden de geldschulden, per aes et libram aangegaan, op te schrijven in een daarvoor bestemd boek, *codex accepti et expensi*(1). Het bedrag der schuld werd door den schuldeischer gebragt in het debet van den schuldenaar, *expensum ferre*, en door den schuldenaar in het credit van den schuldeischer, *acceptum ferre*. Iedere schuld alzoo stond op naam, en, naar deze aanleiding, noemde men eene dergelijke inboeking *nomen facere*, en gebruikte het woord *nomen*

(5) L. 10 C. h. t. (3. 33.)

(6) §§ 11, 16 I. h. t. § 8 I. de *Fideiuss.* (3.20.) L. 30 D. h. t. L. 14 C. h. t. PAUL. R. S. V. VII. § 1.

(7) L. 1 §§ 3, 4 D. de *Pact.* (2.14.) PAUL. R. S. V. VII. § 1.

(8) L. 2. § 5 D. de *R. Cr.* (12.1.)

(9) pr. I. h. t.

(1) CIC. *pro Rosc. Com.* c. 2, 3, in VERR. I. I. c. 23. *pro CLUENT.* c. 24, 30.



zelfs voor schuldvordering in het algemeen (2). Bij delging der schuld had eene accepti- en expensilatio in omgekeerde reden plaats.

Toen nu naderhand de nexi obligatio in onbruik geraakte, overleefde haar de expensilatio, even als de nuncupatio gedaan had, en werd in eene zelfstandige literarum obligatio herschapen (3). Men achtte voortaan den schuldenaar door eene dergelijke creditering, mits zij deugdelijk, d. i. met zijne eigene bewilliging, geschied ware, even goed verbonden, alsof de geboekte som hem wezenlijk ware uitbetaald (4). Wel had om die reden dit contract alleen op geldschulden betrekking, maar verschafte niettemin in den handel een groot gemak. Want het was een zeer eenvoudig middel ter bekoming van schuldvernieuwing; hetzij men, met soortgelijke bedoelingen als waarmede thans vaak orderbriefjes geteekend worden, eene andere schuldvordering in een creditum overgieten en zodoende tot effenheid brengen wilde, *nomen transcriptitium a re in personam*; hetzij men, door delegatie elkander wenschte te betalen met gesloten beurzen, *nomen transcriptitium a persona in personam*. (5) Wijders had het boven de stipulatio een groot voordeel vooruit, doordien het kon gesloten worden tusschen afwezigen, vermits de inwilliging des schuldenaars ook mogt gegeven

(2) FEST. in v. *nuncupata pecunia*. 173. CIC. *Top.* c. 3. LIV. VII. c. 21. LL. 2 § 5. 3, 4 pr. . 25 §§ 9, 13 D. *Fam. etc.* (10.2.) l. 6 pr. D. *de V. S.* (50.16)

(3) Bij LIV. VI. c. 20 is nog van eene waarachtige expensilatio per aes et libram de rede. Het bewijs voor het verband tusschen nexum en verborum en literarum obligatio vindt men, o. a., in FR. VAT. § 329. Immers de regel, daarin uitgedrukt en die in den mond van PAULUS op mucipatio, verborum, en literarum obligatio slaat, ziet oorspronkelijk op het nexum in zijne driedigede strekking, als abalienatio, liberatio, obligatio. Cf. et. VARRO. *de L. L.* V. §. 183. PLIN. *Hist. nat.* XXXIII. c. 3.

(4) CIC. *pro Rosc. Com.* c. 1. GAI III. §§ 131, 132, 137.

(5) CIC. *de Offic* III c. 14. GAI III §§ 123, 130, 132.

worden bij brief of bij bode. (6) De regtsvordering des schuldeischers was dezelfde als bij de stipulatio, want de schuldoorzaak bestond weder in eene verdichte geldleening, *pecunia credita*.

Ook de *literarum obligatio* dus was een kunstmatig reëel contract, dat echter in de wetgeving van JUSTINIANUS niet meer wordt aangetroffen. Want wat de keizer onder dien naam in zijne instituten wil laten doorgaan, is iets gansch anders en in waarheid geene eigene soort van verbindtenis (7).

#### *Contractus consensu* (1).

Ondanks de groote eenvoudigheid van het verbaal en het literaal contract en de hulpmiddelen die zij aan partijen verschafte, kon toch onmogelijk de krachteloosheid der overeenkomsten met onverbiddelijke gestrengheid worden volgehouden, wilde men niet den natuurlijken gang van zaken stremmen en het burgerlijk verkeer in al te nijpende banden beknellen. Dit beseffende, verleende het Romeinsche regt enkele hoogstnoodige vrijstellingen die, juist omdat zij met volle bewustheid geschieden, den regel veelmeer bevestigden dan te niet deden en in het regtsgevoel des volks geenszins verzwakten, maar integendeel voor verdere verzaking behoedden (2). Deze bevoorregte overeenkomsten, waarbij

(6) GAI. III. § 133. VAL. MAX. VIII. II. § 2 verhaalt een geval waarin dit contract gebezigd werd tot het doen eener *mortis causa donatio*. Bij LIV. XXXV. c. 7. vindt men het gebruikt ter ontduiking der woekerwet. Onzeker is het of men langs dezen weg den schuldenaar ook tot betaling van interesten konde verbinden of daartoe altoos eene bijzondere stipulatio behoefde.

(7) *J. de literarum obligatione* (3. 21.) L. 14 C. *de non num. pec.* (4. 30).

(1) *J. de consensu obligatione* (3. 32.)

(2) Volgens ULPIANUS, *Fr. Endlich.*, is het huurcontract te gelijk met den burgerlijken eigendom geboren; d. i. zoo oud als het civiele regt.

de toestemming van partijen bij uitzondering contract maakt, heetten *contractus consensu* (3). Wel waren zij maar vier in getal, doch daarentegen de gewigtigste en meest voorkomende transactiën uit het dagelijksch leven (4), namelijk koop en verkoop, huur en verhuur, maatschap en lastgeving (5). Het verleen eenere eigene *bonae fidei actio*, hetzij aan de ééne partij als *directa*, aan de andere als *contraria*, gelijk bij lastgeving, het zij aan weerskanten als *directa*, gelijk bij de drie eersten, was van de hun te beurt gevallen begunstiging het noodzakelijk gevolg, want met de *condictio* of haar beginsel hadden zij volstrekt niets gemeen (6).

ZENO voegde hun nog de erfpachts-gunning toe die hij, om den twist, of zij als verkoop of als verhuring moest worden beschouwd, te doen ophouden, voor een zelfstandig contract verklaarde (7).

*Slotsom, uit de vier contractsoorten te trekken.*

Het Romeinsche regt erkende alzoo ééne algemeene schuld-doorzaak, bestaande in ware of verdichte verrijking, welke aan den schuldeischer verschaft de *condictio* of *stricti iuris actio* (1).

Het telde daarenboven acht buitengewoon begunstigde contracten die, uit dien hoofde, genoemd werden de

(3) GAI. III. § 136. pr. *J. h. t. nudi consensus obligatio*. L. 35 D. de R. J. (50. 17).

(4) CIC. de *Offic.* III. c. 17.

(5) GAI. IV. § 138. pr. *J. h. t.*

(6) IV. § 62. § 23 J. de *Act.* (4. 6) CIC. *Top.* c. 17. de *nat. Deor.* III. c. 30. de *Offic.* III. c. 17. GAI. III. § 137. § 3 I. *h. t.*

(7) § 3 I. de *loc. et cond.* (3. 24.) L. 4 C. de *iure emphyt.* (4. 66). Cf. GAI. III. § 143.

(1) CIC. *pro Caec.* c. 23 *pro Rosc. Com.* c. 4. 5. § 1 I. de *cons. obl.* (3. 22.) I. 9 § 3. D. de R. Cr. (12. 1.)

zoodanigen die een eigen naam hebben, *quae nomen suum habent* (2).

Hunne begunstiging openbaart zich in twee opzigten:

Vooreerst, in de verleening eener vrije, eigennamige, zelfstandige en wederkeerige of *bonae fidei actio*;

Ten tweede, in de aanneming eener andere dan de algemeene schuldoorzaak.

Met opzigt tot het laatste neemt men eene trapsge- wijze opklimming waar.

De *fiducia*, uit de wetgeving van JUSTINIANUS echter verdwenen, ligt nog geheel binnen de grenzen der reëele contracten.

*Commodatum*, *depositum* en *pignus* behooren insge- lijks tot dat gebied, althans in den ruimeren zin des woords.

Alleen de vier (of, sinds ZENO, vijf) *consensuele* con- tracten wijken van den regel, dat overeenkomst geene schuld maakt, stellig af.

Wil men de contracten naar de actie verdeelen in *contractus stricti iuris* en *bonae fidei*, dan behooren tot de eersten alle de gevallen der *condictio*, tot de laatste soort slechts de acht benoemden (3).

### *Synallagma.*

Zal, in dit stelsel, de overeenkomst tusschen partijen tot eene geldige verbindtenis of tot contract leiden, zoo moet vervuld zijn een dezer drie voorwaarden:

1<sup>o</sup>. of dat die overeenkomst valle in de termen van een der benoemde contracten (1).

(2) LL. 1 § 4, 7 § 1. D. *de Pact.* (2. 14.) L. 1 § 2 D. *de rer. perm.* (19. 4.)

(3) CIO. *pro Caec.* c. 23, L. 32. § 2 D. *de Usur.* (22.1) L. 57 D. *de O et A.* (44.7) L. 108 § 12 D. *de Leg.* 1. (30). L. 22 D. *de Don.* (39.5.) L. 13 C. *de Pact.* (2.4.) L. 3 C. *de R. Cr.* (4.1.)

(1) LL. 1 § 4, 7 § 1 D. *de Pact.* (2.14.)

2°. of dat zij door *verborum* of *litararum obligatio* bekrachtigd en tot een kunstmatig reëel contract verheven zij (2).

3°. of dat zij zich in een natuurlijk reëel contract oplosse en daardoor kome onder het bereik der *condictio* (3).

Dit laatste nu kan niet gebeuren dan bij eene wederkeerige overeenkomst, *synallagma*, die door de eene partij bereids vervuld is. PAULUS (4) rangschikt deze soort van overeenkomst in vier kathegorien, als hebbende ten onderwerp :

1°. of een geven om geven, *do ut des*.

2°. of een geven om doen, *do ut facias*.

3°. of een doen om geven, *facio ut des*.

2°. of een doen om doen, *facio ut facias*.

Veronderstelt men dan, dat noch *stipulatio*, noch *expensilatio* te baat genomen en ook geen der benoemde contracten aanwezig zij, zoo zal er tusschen partijen geene in regten geldige verbindtenis geboren worden, ten ware zij verkeerden in eene der twee eerste kathegorien en de partij ter eenre het beloofde harerzijds gegeven hebbe, zoodat er eigendoms-overgang heeft plaats gehad en dus is gecontraheerd *re* (5). Immers de contractanten zelve hebben de over en weder bedongen leveringen aangewezen als tegen elkander op te wegen, of als uitmakende elkanders equivalent, *causa*. Indien dus beiden de overeenkomst getrouw uitvoeren, wordt juridick het evenwigt tusschen hen niet verbroken. Maar nadat de contractant ter eenre heeft vervuld, zal de

(2) L. 1 § 4 D. *de Pact.* (2.14) § 1 I. *de cons. obl.* (3.22.) GAI. III. § 136. PAUL. R. S. II. XXI. § 2.

(3) § 1 I. *de cons. obl.* (3.22.) L. 10 C. *de Pact.* (2.3.). L. 1 C. *de pact. conv.* (5 14.)

(4) L. 5 § 1 D. *de praeser. verbis act.* (19.5.)

(5) § 1 I. *de cons. obl.* (3.22.) L. 7 §§ 2, 4 D. *de Pact.* (2.14.)

schaal naar den contrahent ter andere zijde blijven over-  
slaan, tot deze het van zijnen kant beloofde gegeven  
of verrigt en hierdoor het gelijk hersteld hebbe. Uit dien  
hoofde behoudt de partij die het eerst gegeven heeft de  
bevoegdheid om het gegevene, zoolang de contraprae-  
statie niet is gevolgd, terug te nemen met de *condictio  
causa data, causa non secuta* (6).

Wanneer de eischer wel het bedongen equivalent heeft  
bekomen, maar het van dien aard is, dat het, regtens  
of zedelijk, niet in rekening mag worden gebragt, staat  
hij met dengene die niets ontvangen heeft op dezelfde  
lijn (7). Want op het bestaan van zoodanig equivalent  
mag de gedaagde zich niet beroepen, omdat alles wat  
strijdt met de openbare orde of goede zeden moet wor-  
den aangemerkt als volstrekt en van regtswege nietig en  
van onwaarde (8).

De *causa data ob turpem vel iniustam causam* kan  
dus insgelijks met de *condictio* worden teruggevord-  
erd (9).

De verbindtenis uit synallagma behoort alzoo tot de  
zuiver reële contracten. De overeenkomst der partijen  
is niet meer dan de aanleiding, maar de *causa data*,  
de gegeven zaak, de eigenlijke oorzaak der schuld. Die  
*causa* brengt de *condictio* voort, bepaalt hare strek-  
king en maakt het voorwerp der gevraagde veroordee-  
ling uit. En het was nu van deze regtsbeschouwing een  
noodzakelijk gevolg, dat uit een synallagma, hetwelk valt  
in een der twee laatstgenoemde kathegorien en waarbij

(6) L. 1 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12.4.)

(7) L. 1 § 1 D. de cond. ob. t. v. iniust. c. (12. 5) L. L. 52, 65 § 4,  
D. de cond. ind. (12. 6.) LL. 1 § 1, 4 D. de cond. s. c. (12. 7).

(8) L. L. 7 § 3, 27 § 4 D. de Pact. (2. 14.) L. 5 C. de cond. ob. t. c. (4.7.)

(9) L. L. 1 § 2, 6 D. de cond. ob t. c. (12. 5.) L. 1 § 3 D. de cond.  
s. c. (12. 7.) I. 6. D. de don. int. v. et u. (24. 1.) L. 4. C. de cond. ob. t. c.  
(4. 7.)

dus de *causa data* zou moeten bestaan in een doen, geen contract konde geboren worden, zelfs al had de partij ter eenre harerzijds aan de overeenkomst voldaan (10). Want men kan wel zijn vorig eigendom, maar niet eene verrigte daad in *natura* terug erlangen (11).

*Quasi ex contractu stricti iuris.*

Daarentegen kan het zeer goed gebeuren, dat de eenre partij zich op dergelijke wijze ten koste der andere verrijkt, al ging er in het geheel geene overeenkomst vooraf (1). Immers er bestaat geen wezenlijk verschil tusschen het geval, dat gij gegeven hebt zonder het daarvoor in de plaats bedongene te genieten en het geval, dat, door welk ander voorval ook, iets wat aan u toebehoort, zonder dat gij het aan mij hebt willen weg-schenken en zonder dat gij er waarde voor genoten hebt, in mijn eigendom is overgegaan. Ik word toch in het laatste geval even zeer ten uwe nadeele gebaat, als in het eerste, en u moet dus de bevoegdheid worden toegekend uw verloren eigendom als *causa data sine causa* van mij terug te eischen. De bijomstandigheden mogen verschillen, maar de regtsgrond blijft volmaakt dezelfde (2).

De toepassingen die men van de *condictio sine causa* gemaakt vindt zijn zeer menigvuldig en kunnen noch behoeven hier allen te worden nagegaan. De vermelding van een drietal der merkwaardigste voorbeelden zal tot opheldering genoeg wezen.

1o. *Condictio indebiti* (3).

(10) L. 7 § 2 D. de *Pact.* (2. 14.)

(11) L. 26 § 12 D. de *cond. indeb.* (12. 6.)

(1) L. 32 D. de *R. Cr.* (12. 1.)

(2) L. 66 D. de *cond. indeb.* (12. 6.) L. L. 1, 4 D. de *cond. s. c.* (12. 7.)

(3) GAT. III. § 91. § 6. I. de *oblig. qu. ex cont.* (3. 27.) L. L. 1, 4, 54. D. de *cond. ind.* (12. 6.) L. 1. pr. D. de *cond. s. c.* (12. 7.)

Wanneer iemand, in eene dwaling omtrent daadzaken verkeerende (4), iets dat hij in waarheid niet schuldigg was, bij vergissing (5), betaald heeft, staat het hem vrij het onverschuldigd betaalde terug te vragen. Nogtans kon de regtsvordering niet met vrucht worden ingesteld, als de betaling de kwijting eener onvolkomene verbindtenis tot oogmerk had gehad (6). Het begrip van *causa* toch werd hier, ofschoon in omgekeerde rigting, op dezelfde wijze beoordeeld als bij de *condictio ob iniustam causam*. Het is den eischer niet veroorloofd terug te komen op eene betaling die, mogt zij al in regten niet eischbaar geweest zijn, niettemin in het oog van eerlijke lieden eene genoegzame reden had en als de vervulling eener zedelijke verpligting moest worden beschouwd (7). Bovendien was de *condictio* niet ontvankelijk met opzigt tot gelden, bij vergissing betaald uit eene oorzaak waarbij het betwisten der schuld met dubbele veroordeeling bestraft werd (8). Want anders had men, door eerst te betalen en naderhand, onder voorwendsel van zich vergist te hebben, terug te vragen, die straf gemakkelijk kunnen ontduiken (9).

2o. *Malae fidei possessor.*

De bezitter ter kwader trouw moet aan den eigenaar

(4) L. 9 § 5 D. *de iur. et fact. ign.* (22. 6.) L. 10 C. *cod.* (1. 18.) L. L. 6, 7 C. *de cond. ind.* (4. 5.)

(5) Want wat, zonder verschuldigd te zijn, *wetens* betaald was gold voor *geschonken*. L. 50 D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 58 D. *de R. J.* (50. 17.)

(6) L. 10 D. *de O. et A.* (44. 7.) L. L. 19 pr., 32 § 2, 51, 59, 60 pr., 64, 67 § 4 D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 16 § 4 D. *de fideiuss.* (46. 1.)

(7) Van's gelijken sloot de bedoeling om te schieken, schoon voortkomende uit eene valsche beweegreden, de terugvordering uit. L. 63 § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(8) L. 4 C. *de cond. ind.* (4. 8.) § 7 J. *de obl. qu. ex contr.* (3. 27.)

(9) Dit gold dus niet, wanneer de veroordeeling in ieder geval eene dubbele of zelfs drie of vierdubbele was. L. 23 § 4 D. *de cond. ind.* (12. 6.)



uitkeeren de waarde der genoten vruchten. In het algemeen behoort men den oogst te beschouwen als de natuurlijke belooning of het regtmatig equivalent voor den arbeid en de uitgaven aan de bebouwing van den akker ten koste gelegd (10). En de eigenaar, wien er toch aan gelegen ligt, dat zijn land niet verwaarloosd, maar behoorlijk onderhouden worde, is door dien arbeid zoo al niet gebaat, ten minste zeer zeker niet benadeeld. De genoten vruchten komen dus in den regel toe aan den bezitter, doch onder ééne mits, dat hij niet zij geweest ter kwader trouw. Want, zoo hij geweten heeft, dat hij deed waartoe hij geen regt had, mist hij de bevoegdheid om zijnen arbeid in rekening te brengen, daar niemand zich door zijne eigene onregtmatige daad een titel scheppen kan. De bezitter ter kwader trouw is mitsdien tot teruggave der genoten vruchten verplicht, omdat hij moet geacht worden ze sine (of althans ex iniusta) causa te hebben getrokken (11).

3<sup>o</sup>. *Condictio furtiva* (12).

Ontvreemde goederen kunnen van den dief of ontwel-diger worden terugggevorderd met de *condictio*, niettegenstaande de bestolene of beroofde niet ophoudt eigenaar van het hem ontnomen voorwerp te zijn en, in ieder geval, het behoud der *vindicatio* de verkrijging der *condictio* verhindert. Doch de bezwaren waarmede de *re-vindicatio* van gestolen goed meestal gepaard gaat en de overweging, dat men den dief de middelen tot *chicane* zooveel mogelijk moet afsnijden, deden tot het toelaten van deze uitzondering op den regel besluiten.

(10) § 35 *J. de R. D.* (2. 1.)

(11) L. 4 § 2 *D. Fin. reg.* (10. 1) L. 4 § 1 *D. de R. Cr.* (12. 1.) L. 55 *D. de cond. ind.* (12. 6.) L. 22 § 2 *D. de pign. act.* (13. 7.) L. 22 *C. de R. V.* (3. 32.) L. 3 *C. de cond. ex leg.* (4. 9.)

(12) *GAL. IV.* § 4. § 14 *I. de Act.* (4. 6.) L. 1 *D. de cond. furt.* (13. 1.) L. L. 1 § 1, 2 *D. de cond. trit.* (13. 3.)

Eindelijk verdient nog opmerking, dat, consequent, het niets ter zake deed, of de oorzaak der schuld reeds dadelijk voorhanden was of eerst later door eene tus-schenkomende gebeurtenis te voorschijn werd geroepen. Hoedanig de verhouding het oogenblik te voren tussehen partijen mogt geweest zijn, zoodra zij zich in eene onbillijke vermeerdering van het fortuin der eene ten koste van het fortuin der andere oplostte, *si causa data redit ad non iustam causam*, (12) was de eenige voor-waarde waarvan de verkrijging der condictio afhing ver-vuld. B. v. zoo lang het vruchtgebruik duurde, behoorde de eigendom van het daarmede belaste kapitaal aan den vruchtgebruiker, (13) doch kon na het eindigen van diens regt, ook al mogt de zekerheidsstelling verzuimd wezen, met de condictio worden teruggevorderd, omdat nu die eigendom sine causa werd. (14)

De condictio sine causa berust op denzelfden grondslag als de condictio die uit mutuum of synallagma voortvloeit. De reële verbindtenissen bezitten allen dezelfde natuur en het maakt geen wezenlijk verschil of de schuldvor-dering met of zonder overeenkomst tussehen partijen zij verkregen. Maar dat verschil wijst wel aan of de verbind-tenis al dan niet den naam moet dragen van contract, want contract in den eigenlijken zin des woords is zonder overeenkomst niet denkbaar. Naar dit onderscheid laten de obligationes stricti iuris zich verdeelen in ex con-tractu en quasi ex contractu. De eerste soort omvat dan alle gevallen der condictio uit verrijking met overeenkomst, zoo als mutuum of synallagma, de tweede alle gevallen dier condictio zonder overeenkomst, gelijk de condictio sine causa. (15) B.v. de condictio furtiva behoort, naar

(13) L § 2, 3 D. *de cond. s. c.* (12. 7.)

(14) LL. 6, 7, 9, 12 D. *usufr. ear. r.* (7. 5.)

(15) GAI. III. § 93. § 1 J. *qu. m. re contr. obl.* (3. 14.) § 6 J. *de oblig. qu. ex contr.* (3. 27.) L. 32 D. *de R. Cr.* (12. 1.) L. 5 § 3 D. *de O. et A.* (44. 7.)

deze voorstelling, tot de regtsvorderingen *quasi ex contractu*.

En deze verdeeling kan niet slechts op de verbindtenissen uit ware, maar ook op die uit verdichte verrijking worden toegepast. Want onder de *condictiones*, die buiten overeenkomst geboren worden, was mede begrepen de *actio ex testamento*, of de regtsvordering uit een legaat, per damnationem of sinendi modo gemaakt (16). Zij was de vrucht van denzelfden boom die ook de *verborum en literarum obligatio* had voortgebracht; d. i. van het *nexum*. De uiterste willen namelijk werden verleden door *mancipatio familiae*, en de erfgenaam, die oorspronkelijk de rol van *familiae emtor* zelf bekleedde, werd geacht tot nakoming van de beschikking des erflaters evenzoo jegens den legataris gehouden te zijn, alsof hij jegens dezen in persoon tot die nakoming per *aes et libram* zich had verbonden. (17) Wanneer het legaat bestond in de gift eener bepaalde geldsom, kwam zelfs, zoo lang het *nexum* eenen *executorialen* titel opleverde, aan den legataris tegen den belasten erfgenaam het regt van *parate executie* toe. De dubbele veroordeeling des gedaagden, zoo hij de schuld geloochend had, was naderhand hiervan het overblijfsel (18). Eveneens was, tot het passeren van kwijting wegens dergelijk legaat, nog bij het leven van *Gaius*, de oude *liberatio per aes libram* gebruikelijk (19). De schuldvordering van den legataris berust dus op hetzelfde beginsel als de schuldvordering van den stipulator of *expensilator*. Zij is even als deze eene *kunstmatige reële* verbindtenis. Maar, daar zij

(16) *GAI. II. §§ 204, 213. L. 9 § 1 D. de R. Cr. (12. 1.)*

(17) *GAI. II. §§ 102 sqq.*

(18) *GAI. II. § 282. IV. §§ 9, 171.* Hierdoor werd tevens uitgesloten de *condictio indebiti*. *GAI. III. § 283. § 7 J. de oblig. qu. ex contr. (3.27.)*

(19) *GAI. III. § 175.*

ontstaat buiten toedoen van partijen, is zij geen eigenlijk, maar slechts een quasi contract (20).

Naast het legaat verrees sinds AUGUSTUS het fideicommiss. Het regtsmiddel tegen den bezwaarden persoon, schoon niet tot de gewone manier van procederen behoorende, maar eene zoogenaamde extraordinaire persecutio (21), had toch de natuur eener persoonlijke regtsvordering, en naderde steeds meer en meer tot de actio ex testamento (22), tot eindelijk JUSTINIANUS legaat en fideicommiss in een smolt (23).

(Wordt vervolgd.)

---

## BOERBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

*Wet tot regeling van het Armbestuur in het Koninkrijk der Nederlanden, enz.*, bewerkt en zamengesteld door H. VERWOERT, Amsterdam, 1857.

De schrijver heeft getoond de kunst te verstaan op eene wet van 78 artikelen eenen alphabetischen klapper te maken van niet minder dan 119 bladzijden, beginnende met het woord *aanbesteding*, hetwelk in art. 17, lid 2, voorkomt, en eindigende met het woord *ziekte*, waarvan in de artikelen 44, lid 1, en 45 der wet wordt melding gemaakt. Op dien *alphabetischen*

(20) Pr. § 5 J. de oblig. qu. ex contr. (3.27.) L. 5 § 2 D. de O. et A. (44. 7.) L. 19 D. de R. J. (50. 27.)

(21) GAI. II. § 273. PAUL. R. S. IV. I. § 18. ULP. XXV. § 12.

(22) FR. VAT. § 85. GAI. II. § 254, L. 2 D. ad Senat. Trebell. (36. 1.) ULP. XXV. § 5.

(23) § 3 J. de Leg. (2. 20) L. 7 D. de Leg. I. (30) L. 1. C. comm. de Leg. (6. 43.)

klapper werd, vermoedelijk tot gemak van den lezer, op nieuw een *alphabetisch* register vervaardigd. Wanneer de wet in werking trad, de bepaling van art. 195 der Grondwet, die van art. 179t der Gemeentewet over het toezigt van het gemeentebestuur, de afschaffing van de vroegere wetten enz. krachtens art. 78 der wet, dient men te zoeken onder het woord *armbestuur*, dewijl toevallig dat woord in die artikelen voorkomt. Van de meeste artikelen vindt men herhaaldelijk de teksten geheel uitgeschreven terug onder de verschillende woorden van den klapper. Die eer valt onder anderen zes keeren te beurt aan art. 62, dewijl daarin de woorden voorkomen: *bedelaars en landloopers, bedelaarsgestichten, domicilie van onderstand, koloniale inrigtingen, koning en werkhuisen*. Niettegenstaande of juist door al dien omslag, mist men in dit werk den tekst der wet in haren samenhang of in de volgorde der artikelen, waardoor het letterlijk onbruikbaar wordt zonder het bezit van een afzonderlijk exemplaar van dien tekst. Indien de schrijver de wet had afgedrukt, met plaatsing onder elk artikel van de daartoe betrekkelijke wetten of wetsartikelen, ministeriële missives en wat dies meer zij, met bijvoeging van een alphabetisch register en plaatsing achter elk woord van het artikel-nummer, waarin dat woord vermeld wordt, had hij, op hoogstens twintig bladzijden, een veel nuttiger werk verrigt en den lezer de moeite bespaard eenen chaotischen mengelmoes van zeven of acht vellen druks te doorsnuffelen. Doch, helaas! bijna gelijktijdig met de uitgifte der armenwet, ontbrak het niet aan schrijvers, welke haar, elk op zijnen trant, toelichtten. De schrijver zeide toen, blijkens zijn voorwoord, zijn toenmaals gemaakt plan vaarwel, om later eene andere wijze van bewerking te kiezen.

Men zou in een werk van 344 bladzijden eene beknopte geschiedkundige ontwikkeling der armenwetgeving hier

te lande en eene philosophie der wet hebben mogen verwachten. Het voorwoord, het eenig oorspronkelijk gedeelte van het werk, is slechts vijf bladzijden sterk. Men vindt er de wet van 28 November 1818 en de ontwerpen van 1851 en 1853 enkel ter loops vermeld.

Het vervolg van het werk behelst afschrift van de wetten van 14 Januarij 1815 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 4), betreffende de inschrijving in het grootboek van de kapitalen aan armenkassen en pieuse gestichten toebehoorende, van 31 Mei 1824 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 36) over verbod van belegging in of aankoop van buitenlandsche fondsen en van 28 Augustus 1851 (*Stbl.* n<sup>is</sup>. 127 en 129) over de militaire pensioenen; terwijl men, onder anderen, mist de bepalingen in de krankzinnigen- en vreemdelingen-wetten, welke met het armwezen in betrekking staan. Voorts afschrift van dertien Koninklijke besluiten, waarvan het eerste dagteekent van 22 September 1823 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 41), het laatste van 30 April 1856 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 54), afschrift van de ministeriële aanschrijvingen ter uitvoering der wet en van de hieruit voortgevloeide aanschrijvingen der Gedeputeerde Staten aan de gemeentebesturen, een *drie-tal* regterlijke uitspraken, waarvan de laatste, het arrest van den Hoogen Raad van 1 October 1856, *Weekbl. v. h. Regt.* n<sup>o</sup>. 1790, beslissende, dat geene straf kan worden bedreigd bij een reglement door eenen gemeente- en kerkeraad gezamenlijk, overeenkomstig art. 5, alin. 1, der wet van 28 Junij 1854.

Voorts behelst dit werk drie en vijftig vragen en antwoorden nopens de toepassing der wet, allen ontleend aan het *Weekblad voor Burgerlijke Administratie* en aan de *Gemeente-Stem*. Ook hier bepaalt de schrijver zich tot het volgen der nummers van beide bladen, in stede van de vragen naar de artikelen der wet te rangschikken.

Ten slotte zijn opgenomen het reglement op de *Themis*, D. IV, 2de St. [1857].

diakonie-administratie bij de Nederl. Hervormde Kerk, ingevoerd krachtens besluit van de Synode der Nederlandsche Hervormde Kerk van 23 Julij 1852; het algemeen reglement voor de besturen der parochiale en andere katholieke instellingen van liefdadigheid in het aartsbisdom van Utrecht en in de bisdommen van 's Hertogenbosch, Breda, Roermond en Haarlem; voorts de reglementen op de diakonie-administratie bij de Hersteld Evangelisch-Luthersche Kerk en de Evangelisch-Luthersche gemeenten, de ministeriële dispositie van den 20 December 1838, betrekkelijk de verzorging der Israëlitische behoeftigen, en het reglement der vereeniging van den H. VINCENTIUS VAN PAULA.

Op de lijst van geschriften betrekkelijk de wet op het armbestuur, voorkomende achter de inhoudsopgave, vindt men niet vermeld de werken van HOEK, *De wet tot regeling van het armbestuur toegelicht*; MULDER, *Handleiding voor de armbesturen in Nederland*, en ZUBLI, *Geschiedenis der Nederlandsche armenwet*.

M. M. v. BAUMHAUER.

---

*Burgerlijk Wetboek voor Nederlandsch Indië, met aantekeningen getrokken uit de werken van de heeren VOORDUIN, ASSER, DE PINTO, DIEPHUIS, LOKE, OUDEMAN, MERLIN, TOULLIER, DURANTON, DALLOZ, TROPLONG en anderen, met aanduiding van overeenkomst en verschil tusschen de artikelen van dit Wetboek en het Nederlandsche, en aanhaling van de tot ieder artikel betrekkelijke Nederlandsch Indische wetsbepalingen, benevens vermelding van arresten van den hoogen raad der Nederlanden, het hof van cassatie in Frankrijk, de provinciale gerechtshoven in Nederland*

*en Frankrijk en van het hoog gerechtshof van Nederlandsch Indië*, door Mr. C. A. DE JONGH, vice-president van het hoog gerechtshof van Nederlandsch Indië, enz. — Zalt-Bommel, JOH. NOMAN EN ZOON. 1857. — 669 blz. in gr. 8°.

De zeer uitvoerige titel van dit werk is op zich zelven bijna voldoende, om er den aard en den inhoud van te doen kennen. Het doel van den schrijver was een beknopt handboek te geven van het Indisch Burgerlijk Wetboek: en hij zal zeker de voldoening hebben van een hoogst nuttig werk te hebben verrigt, niet alleen voor de regtsgeleerden in de kolonie, maar ook voor die in het moederland, die met het Indisch regt in aanraking komen of zich daarmede bekend wenschen te maken.

De *Themis* heeft, in de eerste verzameling, een beknopt overzicht gegeven over de nieuwe wetgeving voor Neêrlandsch Indië, en meer bepaaldelijk over het Burgerlijk Wetboek, in deel IX, blz. 509 volgg. De schrijver schijnt met dien arbeid niet bekend te zijn geworden; maar de lezers van de *Themis* zullen zich welligt daaruit herinneren, dat de Indische wetgevers bepaaldelijk in last hadden, niet een nieuw burgerlijk regt voor de kolonie te ontwerpen, maar eenvoudig om het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek voor Indië in te rigten. Alleen daar waar de Indische natuur of verschil van staatsinstellingen en regeringsvorm volstrekt andere voorschriften vorderden, moest worden afgeweken van het model, dat overigens zoo naauwkeurig mogelijk moest worden nageschreven. De erkende gebreken zelfs moesten zorgvuldig worden behouden. Zonder nu op nieuw de waarde van dit stelsel van wetten te maken te bespreken, wensch ik alleen op te merken, vooreerst het hooge belang dat daaruit volgt van eene vergelijk-



kende beschouwing der beide wetgevingen, waarop zich het zoo even genoemde overzicht dan ook zeer bepaald heeft toegelegd; en ten tweede, het gewigt niet alleen van Nederlandsche, maar ook van Fransche litteratuur en jurisprudentie. De schrijver van dit verdienstelijk handboek heeft dit dan ook zeer juist ingezien, en jammer is het, dat bij het drukken, zonder zijne voorkennis, zijn weggevallen de teekens die bestemd waren om de meerdere of mindere gelijkheid aan te duiden van de verschillende artikelen met de overeenstemmende bepalingen van het Nederlandsch Wetboek.

Men vindt aan het hoofd van het werk afgedrukt eene lijst van de *voornaamste* Nederlandsche en Fransche werken, waarvan in de aantekeningen is gebruik gemaakt. Voor het Romeinsche regt wordt daarop alleen GLÜCK vermeld. Schrijvers over oud-Hollandsch regt komen daarop niet voor. De Fransche litteratuur bepaalt zich tot de oudere schrijvers, POTHIER, MERLIN, TOULLIER, DELVINCOURT, enz. Van de nieuwere schrijvers, zoo als MARGADÉ en anderen, bepaaldelijk ook van het voortreffelijke nieuwe *Répertoire* van DALLOZ, schijnt geen gebruik te zijn gemaakt.

Wat den inhoud der aantekeningen betreft, het is niet wel mogelijk daaromtrent in bijzonderheden te treden, veel minder om daarvan een beredeneerd oordeel te geven. Ik durf echter wel verzekeren, dat die aantekeningen uitmunten door beknoptheid en volledigheid; de meeste moeilijkheden en vragen worden kortelijk aangewezen en behandeld, en van de geraadpleegde schrijvers is, in het algemeen, een oordeelkundig gebruik gemaakt. Intusschen zou men zich bedriegen, indien men uit de omschrijving op den titel opmaakte, dat die aantekeningen niet anders behelzen dan uittreksels uit of verwijzing naar de werken van anderen. Integendeel, de schrijver geeft meermalen zijne eigen verklaringen,

en deelt niet zelden zijn eigen, ofschoon slechts kort gemotiveerd, oordeel mede over de door hem behandelde vragen. Het ligt in den aard der zaak, dat niet iedereen het met hem overal eens zal zijn; en het is hier de plaats niet daarover in eenige discussie te treden. Het doel dezer aankondiging was alleen om de aandacht te vestigen op een werk, dat die, in mijn oog, zeer verdient, en dat zonder twijfel door velen, niet zonder nut voor zich zelven en voor anderen zal worden geraadpleegd.

A. DE PINTO.

---

(ACADEMISCHE LITERATUUR.)

*Over de oorzaken van den strijd tusschen Engeland en zijne Amerikaansche koloniën in de vorige eeuw.* Academisch proefschrift door J. P. SMEELE. 's Gravenhage, C. H. SUSAN, Jz. 1856. 149 blz. in 8°.

De titel van dit academisch proefschrift is minder juist gekozen. Het eerste hoofdstuk toch, dat twee derde gedeelten der verhandeling uitmaakt, geeft een beknopt overzicht van het ontstaan en van de staatsregtelijke wording der onderscheiden koloniën, die later de Republiek der Vereenigde Staten van Noord-Amerika vormden. Het doet, voor elke dier dertien koloniën afzonderlijk, de wijze kennen hoe zij ontstond, op welke grondslagen zij werd gevestigd, hoe zij zich politiek-regtelijk ontwikkelde tot op het tijdstip dat het verzet tegen de inbreuken, welke het Britsche gouvernement zich tegen de oorspronkelijk aan de koloniën verleende privilegiën en tegen de regten, welke de kolonisten als burgers van het Britsche rijk meenden te bezitten, meer algemeen begon te worden. Het tweede hoofdstuk bevat eenige beschouwingen omtrent de betrekking tusschen het moederland en de koloniën en het verhaal van het

begin en den voortgang der geschillen tusschen hen tot op het oogenblik van de onafhankelijkheidsverklaring der dertien Staten en van den aanvang van den gewapenden strijd tusschen Groot-Brittannië en de jeugdige Republiek. De titel zou dus den inhoud van het geschrift juister uitdrukken, zoo hij ook over het *ontstaan* der koloniën sprak.

In de schets van het ontstaan en van de verdere wording van elke kolonie leert men de zoo verschillende charters kennen, welke aan de onderscheiden koloniën oorspronkelijk werden gegeven, en ziet men hoe de meerdere of mindere snelle ontwikkeling der kolonie in naauw verband stond met de meerdere of mindere deugzaamheid der grondslagen, waarop zij gevestigd was, met de meerdere of mindere mate van vrijheid, van *self-government*, welke aan de kolonisten was verzekerd. Men ziet tevens hoe het koninklijk gezag, in de koloniën vertegenwoordigd door aan haar hoofd geplaatste gouverneurs, meer en meer regtstreekschen invloed in het bestuur der koloniën trachtte te verkrijgen en hoe dit tot voortdurende botsing aanleiding gaf, die toenam naarmate de koloniën, door toenemenden bloei zich meer van hare kracht bewust en minder geneigd gevoelden zich te onderwerpen aan hetgeen zij eene schennis harer regten achtten.

Het is gewis geene onbekende zaak, welke de schrijver tot onderwerp van zijn academisch proefschrift heeft gekozen. Het zijn ook geene nieuwe beschouwingen, welke hij daarover in het midden brengt. In een kort voorwoord worden de schrijvers genoemd, welke de heer SMEELE zegt, dat hem bij de behandeling van zijn onderwerp voornamelijk ter dienste stonden. En uit deze, voornamelijk uit de werken van BANCROFT en HILDRETH over de geschiedenis der Vereenigde Staten, wordt, volgens de menigvuldige noten, schier elke zin-

snede van het werkje overgenomen. Dat eenvoudig aaneenrijgen van zinsneden uit onderscheiden schrijvers overgenomen, doet soms het verband tusschen het voorafgaande en het volgende moeilijk vatten. Zoo ziet men al dadelijk bij den aanvang, dat de schrijver, in plaats van, zoo als men had mogen verwachten, eenige algemeene woorden over de kolonisatie van Noord-Amerika, over de wijze waarop hij het gekozen onderwerp zou behandelen, voorop te zetten, — aan het hoofd der eerste § plaatst «VIRGINIE» en dan de bekende woorden uit DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* opneemt, eindigende met de zinsnede: «Amerika is het eenige land, waar men de natuurlijke en rustige ontwikkeling van eene maatschappij heeft kunnen volgen», om daarop terstond, uit Guizot's *Washington* te laten volgen: «Engeland zelf heeft in de wieg van zijne koloniën de kiem van hare vrijheid gelegd.» Eenig verband daartusschen ware voorzeker wenschelijk geweest. Het blijvend nut eener goede academische dissertatie bestaat gewis voor een goed deel hierin, dat zij gewoonlijk de vrucht is van een nauwgezet, onder goede leiding volbragt onderzoek, dat men er meestal eene tamelijk volledige aanwijzing in vindt der bronnen, welke over het behandelde onderwerp kunnen geraadpleegd worden. Maar de schrijver behoort er toch ook iets van het zijne in neder te leggen, de resultaten te doen kennen tot welke zijn onderzoek hem heeft geleid of eenige eigen beschouwingen over het van anderen overgenomene mede te deelen. Zoo iets ontbreekt in dit stuk geheel. Er komt bijna geen enkele zinsnede in voor, welke niet uit andere schrijvers is overgenomen.

Zoo de heer SNEELE niet in zijn voorwoord had gezegd de schrijvers te noemen, die hem bij de behandeling van zijn onderwerp voornamelijk ten dienste stonden, zou zelfs ligt bij sommigen de vraag rijzen,

of hij niet meer bepaald slechts één door hem niet genoemd schrijver op den voet heeft gevolgd, dan dat hij steeds regstreeks met de door hem telkens aangehaalde en ook door dien éénen schrijver veel gebruikte bronnen is te rade gegaan. We bedoelen LABOULAYE's uitstekend boek: *Histoire politique des Etats-Unis*, waarvan het eerste deel: *Histoire des Colonies*, in 1855 het licht zag. Treffend ten minste is soms de overeenstemming tusschen de woorden van LABOULAYE en die van den heer SMEELE. We wenschen er slechts één voorbeeld van aan te halen en zullen daartoe de woorden, waarmede door beide schrijvers over den terugkeer van PENN naar Engeland wordt gesproken, nadat hij de organisatie van het bestuur van Pennsylvanië had tot stand gebracht, tegenover elkander plaatsen:

LABOULAYE, bl. 361.

SMEELE, bl. 79.

« Il retourna en Angleterre, laissant la colonie se développer en toute liberté. Ce départ, souvent regretté, fut heureux pour la plantation et pour la tranquillité de son fondateur. Il avait établi la démocratie; mais lui-même était un souverain féodal. C'était là dans un même gouvernement, deux éléments incompatibles et pendant près d'un siècle l'histoire intérieure de la Pensylvanie n'offre que la lutte de ces intérêts opposés. »

... « en hij (PENN) vertrok naar Engeland (Augustus 1684), de vrijheid aan hare eigene ontwikkeling overlatende. Zijn vertrek was gelukkig voor de kolonie en voor zijne eigene rust. Hij had eene volksregering tot stand gebracht en was zelf leenpligtig soeverein. Deze twee elementen in het bestuur waren met elkander onverenigbaar; en gedurende negentig jaar is de geschiedenis van Pennsylvanië niets dan een verhaal van de wrijving dezer tegenstrijdige belangen. »

Nu kan ik op het oogenblik niet nazien of BANCROFT en HILDRETH, die mede telkens door LABOULAYE geciteerd worden, deze woorden ook juist zoo hebben. Anders is zeker de overeenstemming van uitdrukking tusschen den geleerden Parijschen hoogleeraar en den Leidschen promovendus nog al toevallig!

Die toevallige (?) overeenstemming aannemende, zal men soms bij LABOULAYE eene uitdrukking aantreffen, die de zaak juister uitdrukt, dan in de door SMEELE gebezigde woorden het geval is. Zoo zegt b. v. LABOULAYE, sprekende over het zeker op het papier fraaije, maar in de praktijk onuitvoerbaar gebleken regeringsstelsel, door JOHN LOCKE voor Noord-Carolina uitgedacht: « Pendant « que LOCKE disposait, de façon aussi sommaire, de la « grande majorité des citoyens de son état, il établissait « un système de gouvernement des plus compliqués, au « profit d'un petit nombre de nobles et de grands pro- « priétaires » (bl. 390). De heer SMEELE verhaalt (bijna had ik geschreven: vertaalt) dit aldus: « Terwijl men « aldus over de regten van het meerendeel der bewoners « beschikte, werd er een zeer beknopt regeringsstelsel « gevestigd ten voordeele van de weinige edelen en vrije « leenbezitters » (bl. 66). Daargelaten nu dat voor « be- « knoopt » dan toch wel « eenvoudig » had moeten staan, zoo zal men wel moeten toegeven dat het epitheton van « ingewikkeld » met volle regt door LABOULAYE wordt toegepast op het door hem beschreven regeringsstelsel van LOCKE, met zijne menigte van hoven en raden en parlementen, — in welke beschrijving overigens weder eene merkwaardige overeenstemming tusschen hem en den heer SMEELE bestaat.

Het lust ons niet meerdere bewijzen van die overeenstemming van uitdrukking tusschen die beide schrijvers aan te halen. Voor ieder, die de beide werken naast elkander legt, zijn ze gemakkelijk in menigte te vinden.

Merkwaardig bewijs voorzeker — zoo het niet nog iets anders bewijst — dat beide schrijvers dezelfde bronnen raadpleegden en op vele plaatsen dezelfde woorden en dezelfde denkbeelden daaruit overnamen.

Hoe vleijend de ontdekking van die overeenstemming met LABOULAYE ook in zeker opzigt voor den heer SMEELE zou moeten zijn, gesteld hij was met diens werk onbekend toen hij zijn proefschrift zamenstelde, — zoo is het toch te vreezen dat zij bij velen de vraag zal doen rijzen, of hij wel veel meer deed dan een epitome van L.'s werk te leveren en vergat daarvan melding te maken.

Eene andere aanmerking welke men ligt maken zal bij de lezing van het eerste gedeelte van het tweede hoofdstuk, getiteld: «begrippen omtrent de betrekking «tusschen het moederland en de koloniën,» — is, dat daarin meer dan tot regt verstand der zaak noodig is uit MACAULAY's *Essay on Lord Chatham* wordt overgenomen. Eenige bladzijden (bl. 98 en volg.) worden hier gevuld met het verhaal der herhaalde ministeriële veranderingen in Engeland in de laatste jaren der regering van GEORGE II, terwijl het, met het oog op het onderwerp van het proefschrift, voldoende ware geweest ze in eenige regelen te vermelden.

Overigens zal men hier de oorzaken en den aanvang van den gedurende zoo langen tijd op staatsregtelijk terrein gevoerden strijd tusschen Engeland en zijne Noord-Amerikaansche koloniën, zij het dan ook al alleen door overname van het door anderen daarover gezegde, vrij duidelijk geschetst vinden.

Maar dat alles daar gelaten en hoe weinig nieuws en hoe weinig eigen denkbeelden de heer SMEELE ook in zijn proefschrift leverde, — zoo verheugen we er ons toch in weder een uit goede gronden geput stukje in onze moedertaal over de grondvesting van den grooten

Amerikaanschen Staat te hebben zien verschijnen. De geschiedenis toch van den Noord-Amerikaanschen vrijheidsoorlog en van de oorzaken die daartoe leidden is rijk aan lessen, die niet genoeg herinnerd kunnen worden. Vooral in een tijd dat de reactie overal het Loofd poogt op te steken, is de herinnering gepast aan een strijd, die zooveel overeenstemming heeft met den strijd van Nederland tegen Spanje; en die weder leerde, zoo als terecht ten slotte van dit stukje (bl. 137) wordt gezegd, «dat regt en vrijheid (ten laatste immer) zegevieren «tegen geweld en onderdrukking.»

W. QUARLES VAN UFFORD.

---

B. C. DE JONGE, *Over de possessoire actien van het Oud-Hollandsch regt, in verband met die van het Burgerlijk wetboek.* 180 blz. in 8°. Leyden, 1857, bij JAC<sup>s</sup>. HAZENBERG, COR<sup>s</sup>. ZOON.

Blijkens titel en inhoud is dit proefschrift tweeledig. In de drie eerste hoofdstukken behandelt de schrijver de drie possessoire actien van het oude regt, complainte, maintenue en spolie; het vierde en laatste hoofdstuk is gewijd aan de possessoire actien van het Burgerlijk wetboek.

Met deze tweeledige behandeling beoogt schrijver ook, zoo als hij in de inleiding zelf verklaart, een tweeledig doel. Door den oorsprong der complainte te zoeken in het Oud-Fransche en het feodale regt, dien der maintenue in het Romeinsche regt, zoo als dit door de Italiaansche iuristen en glossatoren was begrepen, en door eindelijk de spolie te ontleenen aan het kanonieke regt, wil S. «trachten stilzwijgend te bestrijden de uit-«sluitende rigting tot de studie van het Romeinsche



«regt, die ook nu nog, en bij het bezitregt en bij de «behandeling van vele andere punten in ons regt, niet «ontbreekt.» In het laatste hoofdstuk neemt de S. voor onze wet den handschoen op, die haar door verscheidene geleerden is toegeworpen.

Wij zullen hier niet onderzoeken, in hoe verre het verwijt, door den heer DE JONGE tegen onze iuristen en tegen de strekking der hedendaagsche regtsstudie uitgesproken, gegrond is. Wij zouden anders bijna geneigd zijn te beweren, dat er bij ons heden ten dage juist slechts weinigen, zeer weinigen gevonden worden, die zich, bij loffelijke uitzondering, den naam van Romanisten waardig maken. Evenmin zullen wij den schrijver volgen in zijne overigens met zeer veel ijver volbrachte peregrinatie door het Oud-Fransche, het Oud-Hollandsche, het feudale, het geglosseerde Romeinsche, en het kanoniek regt. Wij bepalen ons omtrent de behandeling van het oude regt tot eene enkele aanmerking: dat de heer DE JONGE zich o. i. daarbij niet genoeg op de *laagte* zijner lezers heeft geplaatst, en dat hij welligt eene betere, meer logische volgorde aan zijn betoog had kunnen geven.

Altijd, en niet het minst bij eene zoo rijke, voor een academisch proefschrift misschien al te rijke stoffe, als de onderwerpelijke, komt men er zoo ligt toe, om, wanneer men zich door naauwgezette studie een dergelijk onderwerp heeft eigen gemaakt, ook bij zijne lezers dezelfde, of althans eene groote mate van gemeenzaamheid daarmede te veronderstellen. De fout is dus zeer vergeefflijk, vooral bij eene eerste lettervrucht, maar, juist omdat zij zoo gemakkelijk begaan wordt, is het ook des te noodzakelijker er tegen te waarschuwen. Een blik op de eerste paragrafen van het boek van Mr. DE JONGE zal de waarheid onzer stelling bewijzen.

In de eerste paragraaf verhaalt schrijver ons, dat

de possessoire vorderingen bij wijze van rau-actie konden aangebragt worden zoowel bij het Hof van Holland als bij den Hoogen Raad, en dat er uit de concurrente jurisdictie dier collegien voor de practijk groote moeilijkheden ontstonden; dat iemand, zoodra hij vernam, dat zijne tegenpartij bijv. van het Hof brieven van complainte verzocht had, een dergelijk verzoek tot den Hoogen Raad rigtte; dat beide collegien de verzochte mandamenten verleenden, en dat, uit kracht daarvan, commissarissen meermalen aan beide partijen het restablisement toezezen. «Men begrijpt ligtelijk,» zegt de S., «dat op deze wijze de zaak niet veel vorderde.» Wij betwijfelen het ten sterkste, of iemand, die de Oud-Hollandsche possessoire actien uit het boek van Mr. DE JONGE wil leeren kennen, dat wel zoo «*ligtelijk*» begrijpen zal; integendeel, al die ouderwetsche procedure-terminen zullen hem een onverstaanbaar *jargon* wezen, zoo lang Mr. DE J. hem niet verklaard heeft, wat brieven van complainte, een mandament en restablisement moeten beteekenen; dit nu volgt eerst in § 3, 4 en 5.

In § 2 geeft S. eenige verschilpunten op in de procedure voor Hof en Hoogen Raad. Maar wat baat de kennis dier verschilpunten hem, die den loop der procedure zelve nog niet kent afzonderlijk, voor het Hof en voor den Hoogen Raad?

In § 3—7 leert Mr. DE J. ons, hoe de complainte ingesteld en vervolgd moet worden. Wij vragen weder, zou het niet beter zijn, als wij eerst den aard van het regtsmiddel kenden, en wisten *wanneer* het te gebruiken, en daarna eerst zagen *hoe* zulks moet geschieden?

In het algemeen wenschen wij Mr. DE J. in bedenking te geven, of het niet meer logisch en rationeel ware geweest, voorop te stellen het bezit, zoo als dat hier oudtijds verstaan en begrepen werd, met eene aanwijzing der elementen van leenregt, kanoniek regt., enz.,

zoo als die in dat leerstuk vereenigd zijn, en dan eene beschouwing te laten volgen der regtsmiddelen ter bewaring en herkrijging van het bezit toegelaten. Zoo doende ware er één punt van uitgang geweest, en daardoor zeer zeker de eenheid in het gansche betoog bevorderd.

In het laatste hoofdstuk, uitmakende het tweede gedeelte van zijne verhandeling, verdedigt S. de stelling, dat de oorsprong der possessoire actien in ons Burgerlijk wetboek niet moet gezocht worden in de *interdicta U. P.* en *Unde vi* van het Romeinsche regt, maar veeleer in de *complainte, maintenue* en *spolie* van het Oud-Hollandsche regt. Volgens S. vindt men de *complainte* met de *maintenue* vereenigd terug in de actie tot handhaving van art. 606 B. W., de *complainte* op zich zelve in de actie tot handhaving en herstel van art. 618, terwijl de actie tot herstel van art. 619 uit de *complainte* met de *spolie* af te leiden is.

Wij gelooven met den schrijver, dat het gewaagd is in onze possessoire actien de Romeinsche *interdicta* terug te zien, en de gronden voor zijn gevoelen aangebragt, zijn o. i. zeer aannemelijk. Wij betwijfelen echter of het daarmede S. gelukt is onze wet vrij te pleiten van het verwijt van stelselloosheid, hetwelk meermalen tegen den ganschen titel van het bezit gerigt is. Immers, al slaagt men er in aan de afzonderlijke artikelen eene houdbare verklaring te geven, dan bewijst dat nog in geen deele, dat er een stelsel, veelmin een goed stelsel bestaat. Ook kunnen wij den S. zijne verklaring van het woord *handhaving* in art. 618 B. W. niet toegeven. Dat woord, zegt hij, is niet overbodig; men wordt *gehandhaafd* in het bezitregt, en *hersteld* in het natuurlijk bezit. Wij gelooven echter, dat men *gehandhaafd* wordt in iets, waarin men gestoord is; maar in het *bezitregt* is men niet gestoord; aan dat *bezitregt*

ontleent men juist het regt om herstel in het verloren bezit te vragen. O. i. heeft Mr. DE PINTO dus nog altijd gelijk, wanneer hij (*Handl.* II, bl. 220) leert, dat het woord *handhaving* in art. 618 B. W. geenerlei zin heeft.

H. G. LAGEMANS.

---

F. A. J. VAN LANSCHOT, *Stichtingen als Rechtspersonen beschouwd*; X en 146 pag., 8°. Leyden 1856.

Het academisch proefschrift, hierboven vermeld, mag beschouwd worden als een waardig pendant van twee der meest verdienstelijke onder de dissertatiën in de laatste jaren te Leyden verdedigd, die van Mr. JON. POLS, *de Corporibus Moralibus* (1849) (1), en die van Jhr. Mr. G. J. VAN NISPEN TOT PANNERDEN: *het Regt van Vereeniging en de Burgerlijke Regtsbevoegdheid van Vereenigingen als Rechtspersonen beschouwd* (1853) (2). Zijn deze twee academische proeven uitmuntende bijdragen, zoo tot de leer der regtspersoonlijkheid in het algemeen, als tot de kennis der staats- en burgerregtelijke bevoegdheid der vereenigingen van personen met regtspersoonlijkheid omkleed (zedelijke lichamen), volgens ons regt, in het bijzonder, — eene monographie van die andere soort van rechtspersonen, vereenigingen van zaken, die, onder den naam van stichtingen, eene zoo gewigtige rol spelen in het burgerregtelijk verkeer, en tot zoo menig moeilijk vraagpunt op het gebied van staatsregt en staatshuishoudkunde aanleiding geven, of daarmede in verband staan, behoorde bij ons nog steeds onder de *desiderata*. In die leemte te voorzien

(1) Beoordeeld in dit tijdschrift, IX, 635—648, door Mr. F. A. T. WEVE.

(2) Beoordeeld in dit tijdschrift, XIV, 567—576, door Jhr. Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS.

was geene gemakkelijke taak. De vraag, wat regtens is, is hier in den regel niet minder moeilijk te beantwoorden, dan de vraag, wat regtens moest zijn, want bevat ons positief burgerlijk regt al hier en daar eene enkele bepaling, waaruit blijkt, dat zij het bestaan, en de regtspersoonlijkheid van stichtingen, speciaal van *piae causae*, erkent, veronderstelt, — gecodificeerd kan men het leerstuk niet noemen, waarvan elke opzettelijke systematische behandeling in onze burgerlijke wetten ontbreekt. Behoeft het betoog, dat dan ook bij de uiteenzetting van dit leerstuk, volgens ons regt, de exegetische verklaring op den achtergrond treedt om den voorrang te geven aan eene historische en philosophische behandeling der stoffe, op zich zelve vrij wat meer krachtsinspanning van den regtsgeleerde eischende dan eene verklaring, waarbij de tekst der wet leiddraad en rigtsnoer is, en te bezwaarlijker, waar, gelijk bij dit leerstuk, groote strijd bestaat over de meest gewigtige beginselen, terwijl de geschiedkundige gegevens, hier en ginds en elders verspreid, veelal nog eerst verklaring behoeven, voordat zij op hunne beurt tot verklaring van den tegenwoordigen toestand kunnen strekken? Behoeft het verdere aanwijzing, dat er voor den verdienstelijken kweekeling der Leydsche hoogeschool eenige moed toe behoorde, bij de intrede van zijnen maatschappelijken loopbaan, zich *deze* stof ter behandeling te kiezen? Wij gelooven het niet, en wij zullen ons gelukkig rekenen, zoo de volgende beschouwing van den hoofdzakelijken inhoud van dit proefschrift zal aantoonen, dat de met moed aanvaarde taak met zeldzamen ijver en niet alledaagsche regtskennis is voortgezet en volbragt.

De dissertatie van den heer VAN LANSCHOT is verdeeld in drie deelen, waarvan het eerste de leer der regtspersoonlijkheid van stichtingen, naar algemeene regts-

beginselen, behandelt, het tweede de geschiedenis van het leerstuk in Nederland, zoo als die zich ten deele uit het Romeensch en Canoniek regt heeft ontwikkeld, doet kennen, terwijl het derde, na behandeling der leer van den Code en het Ned. B. W. (Hoofdst. I), eenige denkbeelden voor eene toekomstige wetgeving bevat (Hoofdst. II).

Alvorens in het tweede Hoofdstuk van het eerste deel de stichtingen als regtspersonen te beschouwen, heeft de schrijver het noodig geacht een eerste hoofdstuk te laten voorafgaan over de regtspersonen in het algemeen, en hunne verdeling. Is het waar, dat het moeilijk viel de *species* (stichtingen) grondig te verklaren, zonder het *genus* (regtspersonen) in enkele beschouwingen te hebben doen kennen, — zeker mogt men van den schrijver niet vergen, dat wat slechts tot inleiding moest strekken tot het te behandelen onderwerp eene volledige verhandeling over de regtspersoonlijkheid zoude bevatten, al deelt men zijne opinie (p. 1) niet, dat het onmogelijk zoude zijn hierover « veel nieuws » te zeggen, en al had men hier en daar eenige meerdere uitbreiding van deze inleiding, vooral waar het zeer betwistbare en betwiste punten geldt, wenschelijk geacht. Die wensch rees bij mij al dadelijk bij het antwoord op de vraag, op pag. 2 gesteld: « wat is dan een rechtspersoon? » De schrijver zegt: « een begrip, dat door het recht verheven wordt tot een rechtsvatbaar wezen », en meent voorts te kunnen volstaan met eene verwijzing naar Mr. J. G. Kist, *Themis*, 1855, pag. 206, « alwaar « verschillende definitiën beoordeeld worden », zonder zelf zich met die beoordeeling in te laten. Had eene nadere overweging van die verschillende definitiën den schrijver niet kunnen leiden, om boven de zijne de voorkeur te geven, aan de, m. i., meer duidelijke en volledige van Mr. Kist (zeer nabij komende aan die *Themis*, D. IV, 2de St. [1857].

van VON SAVIGNY, *Syst.*, II, § 85): «Regtspersonen «zijn denkbeeldige, voor vermogen vatbare, subjecten «van regten»?

Onder de §§ der inleiding, bij welke eenige uitbreiding wenschelijk ware geweest, behoort ook de vierde, strekkende ten betooge van deze stelling: «De corporatie staat niet onder voogdij van den Staat.» Zonder onderscheiding tusschen publiek- en privaatregtelijke corporatiën zal men die stelling, algemeen als zij hier is gesteld, bezwaarlijk kunnen toegeven, en die onderscheiding werd dan ook door Mr. VAN NISPEN, o. l., p. 167 sqq. (door den schrijver geciteerd, zonder opgave van bladzijde) niet uit het oog verloren. Juister en vollediger dan door Mr. VAN LANSCHOT wordt ook door hem, t. a. p. en pag. 68 sqq., de reden uiteengezet, waarom VON SAVIGNY en velen met hem aan den Staat ook over privaatregtelijke corporatiën de oppervoogdij toekennen, hetgeen samenhangt met hunne beschouwing van de corporatie, als een *handlungsunfähig Person*, voor wien de bestuurders of leden handelen, als door den Staat gedelegeerde voogden, zonder dat hunne handelingen als uiting *van den wil* van het zedelijk ligchaam kunnen worden beschouwd. De woorden van VON SAVIGNY, door den schrijver zonder eenige nadere toelichting aangehaald, dat nl. de aanneming van een zelfstandigen wil bij de corporatiën, zich openbarende in het gevoelen van de meerderheid der leden of hunne vertegenwoordigers, is het huldigen der volkssouvereiniteit in het privaatrecht, zijn buiten het verband, waarin zij (*Syst.*, II, § 97) voorkomen, en de geschiedkundige beschouwing der Duitsche publiekrechtelijke corporatiën, aldaar, moeilijk te begrijpen.

Eene andere stelling, die door den schrijver, anders niet gewoon eene opinie zonder argumenten te uiten, niet had mogen worden nedergeschreven zonder eenige

toelichting of bestrijding der tegenovergestelde meening, op goede gronden verdedigd door Mr. POLS, p. 81, 82, en Mr. VAN NISPEN, p. 74 en 75, is die voorkomende op pag. 6, dat de corporatie, *de vereeniging van personen*, nog blijft bestaan als er slechts één lid over is. De schrijver beroept zich op het gezag van ULPIANUS, in l. 7 D. *quod cuiusunque universitatis* (III, 4): «Sed si universitas ad unum redit, magis ad *mittitur* posse eum convenire et conveniri quum ius omnium in unum recedit»; en ziet in de woorden *magis admittitur* een bewijs, hoe weifelend aanvankelijk het juiste (?) begrip erkend werd. Zoude men niet veeleer met PFEFFER, geciteerd door POLS, p. 15, noot 4, moeten instemmen: «Dass die Fortdauer bei einem Mitgliede nicht in der Natur der Korporation begründet ist, — sondern auf einer weitem juristischen Fiktion beruht, zeigen die Worte *magis admittitur* deutlich an»?

Wij zijn genaderd tot het tweede hoofdstuk van het eerste deel: «de stichtingen, als rechtspersonen beschouwd», hier niet uit een historisch oogpunt, gelijk wij reeds opmerkten, maar naar algemeene regtsbeginselen. In het breede stil te staan bij dit belangrijk en goed bewerkte gedeelte van des schrijvers arbeid, zoude ons te ver voeren: wij bepalen ons bij eene summiere opgave van den inhoud, en bij enkele opmerkingen, waartoe deze ons aanleiding gaf. Achtereenvolgens wordt gehandeld over het begrip van stichtingen, hare verdeling, hare regtspersoonlijkheid, de vraag, wie die moet geven en wanneer daartoe termen bestaan; de statuten en het bestuur van stichtingen, het staats toezigt; de vragen, of eene op te rigten stichting als erfgenaam kan worden ingesteld (naar aanleiding van het beroemde Städtelsche proces), en of regtspersoonlijkheid ooit door verjaring kan worden verkregen; de



regten en den ondergang van stichtingen, en de regten van hen, ten wier behoefte de goederen der stichting moeten worden besteed.

Allezins juist is de definitie, p. 14, van eene stichting gegeven: «een vermogen (,) dat voortdurend be-  
«stemd wordt tot een bepaald nuttig doel (,) en dat (,) «geen wezenlijken eigenaar hebbende, rechtspersoon-  
«lijkheid verkrijgt». Te regt immers was reeds (p. 10 sqq.) wederlegd de meening van ROSSHART en andere juristen van gezag, die beweren (ten gevolge van wat ПУЧУТА (Pand., § 27, nota h (1)) zeer eigenaardig noemde: «eine Verwechselung der Verwaltungs- mit «der Existenzfrage»), dat stichtingen geene eigene rechtspersoonlijkheid hebben en slechts een deel van het kerkelijk of staatsvermogen uitmaken. Stichtingen dus zijn rechtspersonen, wel staande onder het toezigt van Kerk of Staat, maar niet met dezen vereenzelvigd. Maar hoe wordt die rechtspersoonlijkheid verkregen? door wie en onder welke voorwaarden wordt zij verleend? Het antwoord op die gewigtige vragen geven de §§ 7—10 (pag. 21—33). De stellingen, van welke op die bladzijden het betoog wordt geleverd, zijn en resumé de vier volgende: 1°. de Staat geeft rechtspersoonlijkheid; 2°. die regel geldt algemeen, zoowel voor vereenigingen van zaken, als voor vereenigingen van personen, zoowel voor stichtingen, als voor zedelijke lichamen; 3°. de fictie van rechtspersoonlijkheid is uitgedacht in het algemeen belang, en het algemeen belang is dan ook de eenige maatstaf, volgens welken zij moet worden verleend of geweigerd; 4°. de magt in den Staat, die de rechtspersoonlijkheid verleent, is de wetgevende.

Het zij mij vergund een enkel oogenblik bij die stel-

(1) Vgl. ook denzelfden auteur in zijne *Vorlesungen*, § 27, VON SAVIGNY, *Syst.*, II, 271; VON VANGEROW, *Lehrb. der Pand.* (6<sup>te</sup> Ausg.), I, § 60, S. 115.

lingen, meer bepaaldelijk bij de laatste, stil te staan. De rechtspersoonlijkheid berust op eene fictie, waardoor een in de werkelijkheid niet bestaand wezen als subject van (vermogens) regten wordt erkend. Zoodanige fictie kan alleen aangenomen worden op het gezag der wet, en in zooverre zal ieder jurist wel vrede hebben met de stelling, dat de rechtspersoonlijkheid wordt verleend uit kracht der wet, alzoo door de wetgevende magt. Maar die stelling in hare algemeenheid is voor zeer verschillende opvatting vatbaar. *De wet* kan, gelijk vóór de wet van 22 April 1855 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 32), ten aanzien van privaatrechtelijke zedelijke lichamen (art. 1690 B.W.) het geval was, alle bestaande stichtingen erkennen als van rechtswege bevoegd tot het aangaan van burgerlijke handelingen, en het verwerven van vermogen, in zoo verre het doel van haar bestaan niet is in strijd met de wetten of goede zeden (1). *Eene algemeene wet* kan (gelijk de schrijver het uitdrukt, p. 31) de wijze en voorwaarden bepalen, waarop rechtspersoonlijkheid verleend wordt, en de toepassing, d. i. de verleening van rechtspersoonlijkheid in ieder bijzonder geval, overlaten aan de uitvoerende magt (2). Eindelijk, rechtspersoonlijkheid kan in ieder bijzonder geval *door de wet* moeten worden verleend, nadat eene algemeene wet de regten van stichtingen heeft bepaald. De schrijver verklaart zich zeer bepaald voor laatsgemelde wettelijke regeling, ten aanzien van zedelijke lichamen,

(1) Te regt zegt Mr. DIEPHUIS, *Het Ned. Burg. Regt.*, VII, n<sup>o</sup>. 1010: « die toekening (van rechtspersoonlijkheid) bestaat ook in de bepaling van art. 1691, en de algemeenheid, waarin zij daar plaats heeft, kan « niets aan hare kracht ontnemen ». Nu moge men zoodanigen algemeenen regel, door Mr. DIEPHUIS op goede gronden verdedigd, goedgekeuren, of met Mr. VAN LANSCHOT afkeuren, maar te zeggen, dat zij is « tegen alle regelen van recht in » (p. 111 der diss.), is, dunkt mij, eene in geenen deele gerechtvaardigde uitspraak.

(2) Vgl. art. 874 Ontwerp van B. W. van het jaar 1820.

voor onbepaalden tijd of langer dan dertig jaren opgerigt, thans voorgeschreven bij de wet van 22 April 1855. Ik kan mij met die meening moeilijk vereenigen. Ik geloof niet, dat het behoort tot de taak der wetgevende magt in ieder bijzonder geval te onderzoeken, in hoeverre er termen aanwezig zijn, al of niet regtspersoonlijkheid aan eene stichting te verleenen. Zal die handeling iets meer zijn dan eene bloote formaliteit, dan zal het onderzoek, daaraan voorafgaande, altijd van dien aard zijn, dat het veel beter door de uitvoerende dan door de wetgevende magt zal kunnen geschieden. Wil men bepaaldelijk, dat geene stichting regtspersoonlijkheid zal hebben, alvorens die aan haar individueel, volgens de regelen bij de algemeene wet te stellen, zal zijn verleend, het best zal zijn, die taak aan het uitvoerend gezag van iedere gemeente of provincie op te dragen, des noods met hooger beroep op den Koning. Maar onze wetgevende kamers te willen laten beraadslagen in ieder bijzonder geval, over de vraag, of te A eene soep-inrigting, te B eene spaarbank, te C eene hulpbank, te D een weeshuis als regtspersoon zal mogen optreden, daardoor zal de werkkring van de wetgevende magt niet alleen op noodelooze wijze worden uitgebreid, maar veel nuttigs zal er daarenboven door worden tegengewerkt. Verleening van regtspersoonlijkheid bij de wet zal altijd zijn eene, zoo niet zeer kostbare, zeker zeer omslagtige formaliteit; moet iedere groote of geringe instelling van liefdadigheid langs dien weg bevoegdheid tot burgerlijke handelingen verkrijgen, het bezwaar zal vooral groot zijn voor liefdadige instellingen, tot bevrediging van oogenblikkelijke dringende behoeften in het leven geroepen, zoo als er bijna dagelijks in ons land ontstaan. En nu zegge men niet, gelijk de schrijver: «men heeft slechts de moeite te nemen aanvrage te doen, en is het doel werkelijk nuttig, de rechtsper-

«soonlijkheid zal nooit geweigerd worden». De moeite der aanvraag moge gering zijn, niet zoo gemakkelijk zal het in ieder geval zijn de wetgevende magt voldoende op de hoogte te stellen der geheel locale behoeften, die het bestaan der stichting wenschelijk doen zijn, en altijd zal het bezwaar, gelegen in den tijd en omslag, die met de beschikking op de aanvraag gemoeid zullen zijn, groot blijven. Dat voorts de regtspersoonlijkheid voor een werkelijk nuttig doel nooit geweigerd zal worden, valt even gemakkelijk te zeggen en even moeilijk te bewijzen als het tegendeel, wat mij toch waarschijnlijk voorkomt, omdat ik niet geloof, dat de wetgevende magt, gelijk die in constitutionele staten pleegt te worden uitgeoefend, geroepen of geschikt is quaestiën van détail uit te maken, daar het hare taak eeniglijk schijnt bij de wet te stellen *algemeene regelen*, welke toepassing aan het uitvoerend gezag overblijft. Ik weet het, de Grondwet heeft het anders gewild voor naturalisatiën, maar heeft de ondervinding, tot nu toe opgedaan, het nut gestaafd van al die wetten voor bijzondere gevallen? Ik zoude aarzelen die vraag toestemmend te beantwoorden. Een ander argument van den schrijver is: Privilegiën moeten alleen bij de wet worden toegekend. Is dit meer dan eene *petitio principii*? Voorzeker, als er niet is eene algemeene wet, bepalende de voorwaarden waaronder regtspersoonlijkheid verleend kan of moet worden, — bestaat er dus voor geene enkele stichting regt, althans aanspraak, op regtspersoonlijkheid, het verleenen daarvan zal altijd zijn een privilegie, door de wetgevende magt toe te kennen, maar stelt eene algemeene wet de regelen daar, waarvan de toepassing aan de uitvoerende magt wordt overgelaten, dan kan de toekenning of erkenning van regtspersoonlijkheid, *uit kracht der algemeene voor allen gelijkelyk werkende wet*, bezwaarlijk een privilegie heeten.

Ik voor mij zoude, op grond van dit een en ander, zeer veel bezwaar hebben tegen het door den schrijver, t. a. p., verdedigde, en op p. 140 voor eene toekomstige wetgeving aangeprezen denkbeeld: «om in eene «nieuwe wet de bepaling te maken (,) dat de statuten der «stichting aan de wetgevende macht moeten worden «medegedeeld en (door haar moeten worden) goedge- «keurd (,) en dat deze zonder tusschenkomst van het- «zelfde gezag niet veranderd worden». Trouwens dit denkbeeld van den schrijver, in zooverre althans het betreft *piae causae*, waartoe wel het grootste aantal stichtingen kan worden gebragt, staat niet op zich zelf, maar hangt naauw te zamen met zijn systeem van uitgebreide wettelijke armenzorg, van oppervoogdij des Staats over alle bijzondere instellingen van liefdadigheid, en beperking van het aantal stichtingen met regtspersoonlijkheid omkleed, door het instellen in elke gemeente van éenen regtspersoon, die de algemeene armenadministratie heeft, waaruit zoude volgen, dat men niet aan elke nieuwe stichting afzonderlijke regtspersoonlijkheid zoude behoeven te geven, maar haar konde verbinden aan de algemeene administratie van de armen- en godshuizen. Ik zie in onzen tijd, wiens leus is *vrije krachtsontwikkeling in alles voor allen*, geen heil hoegenaamd in al dat knellen, beperken, centraliseren der bijzondere liefdadigheid. Toezigt van den Staat over de bijzondere instellingen *ad piam causam*, en rekenpligtigheid van deze aan het bestuur van de gemeente of de proviucie, onder zekere voorwaarden en tot zekere grenzen, kunnen welligt goed en nuttig werken, maar het stelsel van preventie en centralisatie op groote schaal, door den schrijver gewild, is, m. i., zeer te regt door onze tegenwoordige, door hem, naar ik meen, wel met eenige vooringenomenheid beoordeelde — of beter gezegd veroordeelde — armenwet niet gehuldigd. Met den schrij-

ver ben ik van oordeel, dat de regten van stichtingen in onze wetgeving zeer onvoldoende zijn geregeld, dat nadere bepalingen vereischt worden, om de opeenstapeling van goederen in de doode hand te voorkomen, en dat de wet in die leemten behoort te voorzien, maar van de noodzakelijkheid om, in afwijking van wat ik (op nader te ontwikkelen gronden) houde voor den bestaanden regts-toestand, de rechtspersoonlijkheid van iedere stichting van liefdadigheid afhankelijk te stellen van eene speciale vergunning van het Staatsgezag, heeft zijn betoog, met hoeveel talent dan ook geschreven, mij de overtuiging niet geschonken.

In het systeem des schrijvers is — gelijk wij reeds gelegenheid hadden op te merken — het toezigt van den Staat over het bestuur, ook van bijzondere stichtingen, zeer uitgebreid. Bijzonderheden dienaangaande vindt men in § 12 en § 13. De stichting beschouwt hij als *handlungsunfähig*, de bestuurders als hare voogden, den Staat als den toezienden voogd, maar een toezienden voogd, toegerust met veel uitgestrektere regten, en vrij wat grootere bevoegdheid, dan hij, die, onder gelijken titel, toezigt (?) uitoefent over de handelingen van den voogd des minderjarigen. Het dagelijksch beheer is vrijgelaten aan de bestuurders, onder gehoudenheid nogtans van rekening en verantwoording, telken jare te doen aan het bevoegde gezag in den Staat, dat zijne goedkeuring zal moeten verleenē tot alle handelingen, op het kapitaal en de middelen der stichting van invloed, die vallen buiten het dagelijksch beheer, als daar zijn het opnemen van gelden, het vervreemden of bezwaren van onroerende goederen of kapitalen, het voeren van rechtsgedingen, het aangaan van dadingen en compromissen, het oprigten van nieuwe gebouwen of het doen van groote reparatiēn. Daarbij komen nog zeer beperkende maatregelen, om de opeenstapeling van vaste

goederen in de doode hand te voorkomen. Men ziet het: het stelsel van oppervoogdij des Staats over de stichtingen wordt tot de uiterste grenzen gedreven, van hare vrijheid van handelen blijft weinig of niets over. Dit alles mogen *stricto iure* te verdedigen zijn met de stelling, dat de Staat, bevoegd haar alle regtspersoonlijkheid te ontzeggen, ook gerechtigd is die alleen onder de meest bezwarende voorwaarden te verleenen, of *het algemeen belang* met al die knellende banden, zeer geschikt om alle lust tot het oprigten van (*would be*) bijzondere instellingen van liefdadigheid in het leven te roepen, te doen verdwijnen, en alzoo de geheele armenzorg op de schouders van den Staat te schuiven, wel gediend zal zijn, meen ik uit volle overtuiging te moeten betwijfelen.

Onder velen belangrijk is § 17, gewijd aan de beantwoording der vraag, welke regten stichtingen kunnen uitoefenen, en hoe zij door de handelingen harer bestuurders worden verbonden. Te regt wordt, naar het mij voorkomt, door den schrijver geleerd, dat de materiële schade, geleden ten gevolge van onregtmatische daden door bestuurders in naam der stichting verrigt, op hare goederen kan worden verhaald, ten minste (en dit zal wel des schrijvers bedoeling zijn) als die onregtmatische daden niet tevens zijn gelegen buiten de bevoegdheid den bestuurders bij de statuten toegekend. Dan zoude, niet zoo zeer bij analogie, als volgens algemeene regtsbeginselen, het voorschrift van art. 1693, voor zedelijke lichamen geschreven, ook voor stichtingen moeten gelden. De van ouds zeer betwiste vraag, of zedelijke lichamen en stichtingen door de onregtmatische handelingen, door of namens hunne bestuurders verrigt in uitvoering van de statuten of verordeningen dier instellingen, verbonden worden (1), werd onlangs in ontkenningen zin beant-

(1) Zie o. a. VON VANGEROW, I, § 55, S. 112, waar de litteratuur over deze quaestie volledig wordt opgegeven.

woord door de Arrondissements-Regtbank te 's Gravenhage, bij vonnis van 7 April 1857, *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1842. De gronden, waarop die uitspraak berust, zijn hoofdzakelijk deze: «dat een zedelijk ligchaam wel **BURGERLIJKE** daden kan ten uitvoer brengen, en verbonden «is voor de door haar aangegane schulden, doch dat «een zedelijk ligchaam, als geene **PERSOONLIJKE** daden «kunnende volbrengen, nimmer voor de onregmatige «daden van de in zijne dienst zijnde beambten kan gebonden zijn». De onderscheiding tusschen *burgerlijke* daden, die de regtspersoon *wel*, en *persoonlijke* daden, die hij *niet* kan ten uitvoer brengen, is mij — ik erken het — alles behalve duidelijk. De waarheid, door Mr. VAN NISPLEN (p. 69) voortreffelijk uitgedrukt, is deze: «wat door de magt, volgens de reglementen bevoegd, «besloten is, geldt als wil der vereeniging». Handelen nu de bestuurders of anderen namens hen, ter uitvoering van wat, door de fictie van regtspersoonlijkheid, geldt voor den uitgedrukten wil der vereeniging, dan verbinden zij haar door die handeling, onverschillig of zij bestaat in het sluiten eener overeenkomst, of in het verrigten van eene andere, regtmatige of onregtmatige, daad.

Ik kom na deze korte uitweiding tot het tweede, en niet het minst lezenswaardige gedeelte der dissertatie, de geschiedenis van het leerstuk in Nederland, voorafgegaan (Hoofdst. I) door enkele belangrijke beschouwingen over het Romeinsche en Canonieke regt, en over den regtstoestand der Universiteiten, oorspronkelijk corporatiën, daarna grootendeels staatsinstellingen zonder eigene regtspersoonlijkheid, zoo als tegenwoordig in den regel, soms ook stichtingen, gelijk b. v. het Athenaeum te Deventer oorspronkelijk was. Het tweede Hoofdstuk handelt achtereenvolgens in 8 paragrafen over den regtstoestand der stichtingen in Nederland gedurende de middeleeuwen en ten tijde der Republick, en over de



Fransche wetgeving en haren invloed in Nederland. Bij dit historisch overzicht, waarin de belangstellende lezer veel wetenswaardigs en wat niet van algemeene bekendheid is zal vinden, in bijzonderheden stil te staan, zoude mij te ver voeren. Voor de kennis van den tegenwoordigen toestand der stichtingen in ons vaderland is vooral belangrijk, wat in de twee laatste §§ wordt gezegd over de Fransche wetgeving en haren invloed op de onze, die in het laatste Deel (1<sup>e</sup> Hoofdst.) *ex proposito* wordt geschetst.

De *Code* maakte geen gewag van stichtingen als afzonderlijke rechtspersonen. Dit was, volgens den schrijver, het gevolg van het Fransche stelsel van centralisatie, dat geene bijzondere, alleen openbare stichtingen, «*des établissemens d'utilité publique*», staande onder het beheer van den Staat, kende (1). Anders was het bij ons gelegen, zoo niet regtens dan toch feitelijk. Bijzondere stichtingen waren ook onder en na de Fransche overheersching in menigte in stand gebleven, en het Fransche stelsel van centralisatie had hier te lande nooit ingang gevonden. Van daar de Koninklijke Besluiten op het herstel der beurzen, als afzonderlijke stichtingen, beheerd door de personen bij de acte van stichting aangewezen of, bij ontstentenis van dezen, door het uitvoerend gezag te benoemen, — besluiten, welke onverbindbaarheid door den schrijver (pag. 122) op goede gronden wordt betoogd. Van daar de uitdrukkelijke erkenning van stichtingen als rechtspersonen in art. 874. Ontwerp v. B. W. van het jaar 1820, onder de voorwaarde van goedkeuring des Konings, in dat ontwerp ook voor vereenigingen van personen (zedelijke lichamen) vereischt. Ons Burg. Wetb. erkent, in afwijking van dit ontwerp, alle feitelijk bestaande corporatiën als rechtspersonen,

(1) Hoe intusschen met die stelling art. 910, C. G. erfbevoegdheid toekennend: *au profit des hospices, des pauvres d'une commune* of

maar bewaart over stichtingen het stilzwijgen (1), behalve in de artt. 947 en 1717 B. W., waarin zij deze erkent, als bekwaam om vermogen te verwerven, terwijl art. 4, n<sup>o</sup>. 2, Rv., haar met een eigen juridiek domicilie ook de *persona standi in iudicio* schijnt toe te kennen. De groote vraag is, of het de bedoeling des wetgevers is geweest in die artt. (947, 1717 B. W. en art. 4, n<sup>o</sup>. 2, Rv.) aan *alle* stichtingen regtsbevoegdheid toe te kennen, dan wel het regt van de zoodanige, die reeds van elders een wettig bestaan hadden, aan zekere beperkingen te onderwerpen (2) of te regelen. De schrijver beantwoordt, op het voetspoor van Mr. VAN NISPEN, de vraag in laatstgemelden zin (3), en komt daardoor tot het besluit, dat alle stichtingen, sedert de invoering onzer burgerlijke wetgeving opgerigt, regtspersoonlijkheid missen, zoo haar die niet bij eene speciale wet is opgedragen, hetgeen vrij wel gelijk staat met de stelling, dat geene dier stichtingen regtspersoonlijkheid heeft. Ik zoude meenen, dat tegen deze stelling o. a. met grond kan worden aangevoerd, dat de wetgever, kennende den bestaanden toestand, waarin stichtingen onder de oogen van het openbaar gezag, zelfs in hare menigvuldige aanrakingen daarmede, zich steeds als regtspersonen gedragen, wanneer hij, geheel in strijd met wat (met minder regt) voor zedelijke lichamen is aangenomen, eene erkenning *bij de wet* zoude hebben gewild,

*d'établissements d'utilité publique*, moet worden overeengebragt, is mij niet duidelijk. Vgl. art. 69, n<sup>o</sup>. 3, Code de Proc.

(1) Dat art. 1690 van het B. W., zonder de letter der wet geweld aan te doen, niet op stichtingen kan worden toegepast, is eene stelling door Mr. POLS. § 16, p. 35 sqq., Mr. VAN NISPEN, § 15, p. 42 sqq. en Mr. VAN LANSCHOT, p. 108—110, reeds zoo voldoende aangetoond, dat ik daarbij niet behoef stil te staan.

(2) VAN NISPEN, p. 46.

(3) Van eene andere meening is Mr. WEVE, *Themis*, X, 643.

dit uitdrukkelijk had moeten bepalen, maar wat van dit alles ook zij, door art. 7 der Armenwet schijnt het pleit mij in het voordeel der meest belangrijke stichtingen — die *ad piam causam* —, onverschillig of zij voor of na de uitvaardiging dier wet zijn opgericht, beslist.

Immers wat bepaalt dit artikel? Het laat de oprigting van kerkelijke en bijzondere instellingen van liefdadigheid geheel vrij, het eischt geene mededeeling of goedkeuring der « bepalingen betreffende de inrigting en het bestuur » dier instellingen, vòòrdat zij worden opgericht, geene préalabele erkenning als rechtspersoon, maar alleen eene communicatie der statuten *voor de reeds bestaande instellingen* binnen zes maanden na het in werking treden dezer wet, *en voor die in het vervolg op te rigten*, binnen ééne maand nadat zij tot stand komen. Op zich zelf is de zin dezer bepaling duidelijk en ondubbeltinnig, de memorie van toelichting (1) bepaalde hare strekking nog nader in deze woorden: « De hier vereischte « mededeeling der bepalingen, betreffende de inrigting « der kerkelijke en bijzondere instellingen van liefdadigheid, « is een noodzakelijk gevolg der houding, waarin zij ge- « plaatst zijn tot den Staat. Deze heeft regt te weten, welke « instellingen als zedelijke lichamen (lees: rechtspersonen) « bestaan, en hoe zij zijn ingerigt en bestuurd ». Hoe zoude het te pas komen, mededeeling te vorderen van de statuten *na* de oprigting, als deze geen regtsgevolg konde hebben, *vòòrdat* die statuten zijn goedgekeurd, hetzij bij de wet, hetzij door het uitvoerend gezag. Kon er nog twijfel overblijven, deze zoude geheel verdwijnen door de slotbepaling van art. 7, dat de instellingen, voor welke de gevorderde

(1) Cf. Mr. BOISSEVAIN, Armenwet, p. 23, 3°. Verg. hetgeen dien- aangaande voorkomt in de Memorie van Beantw. op het verslag der rapporteurs, bij denzelfden auteur, p. 30, en in de gevoerde discussiën, p. 30 sqq.

mededeeling niet binnen de gestelde termijnen geschiedt, van het oogenblik van het verstrijken dier termijnen af, tot dat zij plaats heeft, missen de bevoegdheid bij art. 1691 B. W. aan zedelijke ligchamen toegekend, tot het aangaan van burgerlijke handelingen. « Men vraagt niet alleen « mededeeling — zeide de heer THORBECKE bij de discussie — « maar welk gevolg heeft het verzuim? Wanneer « men niet behoorlijk, niet volledig aan de wet voldoet, « dan volgt voor de vereeniging de burgerlijke dood ». Ik vraag: hoe is burgerlijke dood denkbaar voor eene vereeniging, die nooit burgerlijk leven genoot, hoe kan men regtspersoonlijkheid ontnemen aan eene instelling, die nooit regtspersoonlijkheid had? Ik voor mij moet daarom verklaren niet te begrijpen, hoe het mogelijk is aan art. 7 eene andere verklaring te geven, dan dat alle bij de invoering der wet bestaande of later opgerigte instellingen van liefdadigheid regtspersoonlijkheid hebben, zonder dat haar die, door tusschenkomst van het Staatsgezag, behoeft te worden verleend, en ik kan het dus Mr. VAN LANSCHOT niet toegeven, wat hij zegt, op pag. 133: « Een der hoofdpunten, het oprigten van stichtingen, is ook niet, geregeld ». Noem die regeling slecht, onregtskundig, onvoldoende, maar er is eene algemeene regeling, wanneer de wet zegt: de oprigting van iedere stichting is *vrij*, geene goedkeuring der statuten door, maar alleen eene mededeeling *ex post* aan het gemeenbestuur wordt, *op straffe van de regtspersoonlijkheid te verliezen*, voorgeschreven.

Mijne beoordeeling der dissertatie van den heer VAN LANSCHOT heeft de gewone grenzen, voor dergelijken arbeid in dit tijdschrift gesteld, reeds overschreden. Ik zal dus niet meer stil staan bij het laatste Hoofdstuk, bevattende denkbelden voor eene toekomstige wetgeving.

Dit is ook minder noodig, omdat hetgeen ik daarover te zeggen zoude hebben grootendeels reeds gezegd is bij de beschouwing van het eerste gedeelte, waarvan dit Hoofdstuk natuurlijk niet veel meer is dan een resumé. Ik eindig dus hier met den welgemeenden wensch, dat de schrijver niet zal volgen het voorbeeld hem gegeven door velen, die na het schrijven eener uitmuntende dissertatie, onze regtskundige litteratuur nimmer meer met een voortbrengsel van hunnen geest verrijkten; — dan, ik ben er zeker van, zullen de gunstige verwachtingen, die zijne eersteling opwekt, ook bij hem, die omtrent vele der daarin behandelde gewigtige vragen anders denkt dan de schrijver, niet worden bedrogen. Eenige meerdere levendigheid en netheid van stijl en eene meer naauwkeurige correctie, zij het mij vergund, hem daarbij voor het vervolg bescheidenlijk aan te bevelen.

Mei 1857.

A. A. DE PINTO.

---

## BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

VERGELIJKENDE STATISTIEK *van de werkzaamheden bij het HOOG GEREGTSHOF VAN NEDERLANDSCH INDIE, over de jaren 1854 en 1855* (1).

### A. STRAFZAKEN.

In eersten aanleg; misdrijven, verzet tegen beschikkingen door raden van justitie genomen op requisitoiren en de instructie van strafzaken in 1854, 1, in 1855, 5; tegen beschikkingen op requisitoiren tot het verwijzen naar de teregtzittig in het eerste jaar 5, in het tweede 1; jurisdictie-geschillen in 1854, 1, in 1855 geene.

Het Hoog Gerechtshof heeft, ter zake van misdrijven, in revisie, gewezen in 1854, 41 arresten, en in 1855, 25 op vonnissen van de raden van justitie op Java, als:

(1) Bij uittreksel en met vergelijking uit het *Regt in Ned. Indie*; Zevende Jaargang. Vergelijk hierbij *Themis*, 1855, bl. 369 en 185.

	1854.	1855.
Batavia	45	9
Samarang	14	11
Soerabaija	12	5

Doodvonnissen waren daarbij geene; de meeste waren gevangenisstraffen, als:

	1854.	1855.
<i>Mannen</i> :		
Europeanen	11	14
Inlanders	1	1
<i>Vrouwen</i> :	1	2

Van de *buitenbezittingen* waren in 1854, 125, en in 1855, 154 vonnissen, te weten:

	1854.	1855.
Celebes	3	5
Molukse eilanden	1	—
Sumatra	5	18
Borneo	30	26
Banka	15	38
Timor	22	7
Riouw	1	4

Er waren hieronder in 1854, 8, en in 1855, 7 doodvonnissen van welke 15, zes door het verleenen van gratie gewijzigd, de overige negen uitgevoerd zijn.

Onder de doodvonnissen was er maar één tegen eene vrouw (in 1855).

In den ketting zijn gesloten,

Buiten Java:

in 1854. in 1855.

Mannen	247	297
Vrouwen	4	2

Op Java:

Mannen	31	45
Vrouwen	4	1

Ter plaatse der veroordeeling:

Mannen	5	—
Vrouwen	1	2

Wat aangaat de vonnissen der *regtbanken van ommegang op Java en Madura*, mitsgaders de *regtbanken voor criminele zaken te Djocjocarta*, heeft het Hoog Gerechtshof gewezen, in 1854: 825 en in 1855: 899 arresten, waaronder niet begrepen

*Themis*, D. IV, 2de St. [1857].

zijn de vernietigende ter zake van het niet regt doen op alle punten van beschuldiging, noch de bekrachtigende, gewezen op de vonnissen, waarbij de regtbanken zich incompetent verklaard hebben.

Er zijn daaronder doodvonnissen:

	in 1854.	in 1855.
tegen mannen	57	87
» vrouwen	—	1

Van die 145 doodvonnissen zijn er 96 ten uitvoer gelegd en 48, door het verleenen van gratie, gewijzigd, en een veroordeelde gedurende de behandeling van het request om gratie is overleden.

Wat uitspraken der *landraden* betreft, zijn door het hoogereregts-hof geslagen in 1854 2389 en in 1855 2257 arresten, waaronder niet begrepen zijn de vernietigende ter zake van het niet gemotiveerd zijn der vonnissen, van het niet vermelden daarin der stellige wettelijke bepalingen, waarop zij gegrond zijn, van onwettige zamenstelling der landraden, en van onbevoegdheid derzelve, noch die houdende last tot herstel van verzuimde formaliteiten.

Onder de veroordeelingen komen voor :

	in 1854.	in 1855.
<i>Mannen :</i>		
In den ketting	435	324
Buiten den ketting	1598	1512
<i>Vrouwen :</i>		
Buiten den ketting	53	55
Het getal vrijgesprokenen bedroeg		
<i>Mannen :</i>		
Vonnissen	357	323
Arresten	256	238
<i>Vrouwen :</i>		
Vonnissen	11	24
Arresten	11	6

B. OVERTREDINGEN. — Het getal zaken in cassatie aangebragt, beliep in 1854 7 en in 1855 4; — het getal beklagden in hooger beroep in het eerste jaar 3, in het tweede 1.

C. BURGERLIJKE EN HANDELSZAKEN. — In eersten aanleg aanhangig gedurende 1854 5, in 1855 3; eindarresten, in 1854 3, in 1855 2.

In hooger beroep, in 1854 35, in 1855 44.  
 In cassatie, in » 12 in » 10.  
 Adviezen aan de regering: in 1854 585, in 1855 627.  
 Daaronder waren betreffende gratie of remissie van straf, in het eerste jaar 366, in het tweede 401.

ALGEMEEN OVERZIGT der gedurende drie jaren voor het  
 Hooggeregtshof van Nederl. Indië behandelde zaken.

BURGERLIJKE EN HANDELSZAKEN.			
	1853.	1854.	1855.
In eersten aanleg, hooger beroep of cassatie, volgens de nieuwe wetgeving . . . . .	34	12	5
In eersten aanleg of hooger beroep, volgens de oude proces-orde . . . . .	15		

STRAFZAKEN.			
	1853.	1854.	1855.
In eersten aanleg, hooger beroep of cassatie, in zaken van overtreding, voorts bij de regeling van regtsgebied of verzet van het Openb. Minist. enz. . . . .	15	6	7
Bij wege van revisie van vonnissen, gewezen in zaken van misdrijf:			
Door de raden van justitie op Java.	36	41	25
Door de regtbanken van omgang » » .	731	825	899
Door de landraden » » .	2,424	2,758	2,604
Door raden van justitie en andere regtbanken, in de buitenbezittingen gevestigd.	80	125	154
Te zamen . . . . .	3,535	3,767	3,694

(In 1850 beliep het gezamenlijk getal 2900; in 1851, 3362.)

De Fransche Academie van zede- en staatkundige wetenschappen, had voor 1856 de volgende prijsvraag uitgeschreven:  
 «Retracer l'histoire des divers régimes auxquels les contrats nuptiaux sont soumis;  
 «Rechercher, au point de vue moral et au point de vue économique, quels sont les avantages et les inconvénients de chacun de ces régimes.»  
 De prijs is toegekend aan den heer G. A. HUMBERT, Dr. in de regten, en gewezen onderprefect. Eene eervolle vermelding is ver-



leend aan de verhandeling, waarvan de heer PICOT, adv. te Parys, de schrijver werd bevonden.

De bekroonde schrijver omvat in zijnen arbeid de geschiedenis van de vroegste tijden, voor zoo veel zijn onderwerp betreft. Terwijl hij de oude geschiedenis in eene uitgebreide inleiding behandelt, houdt hij zich in het tweede gedeelte met de bedoelde overeenkomsten in Frankrijk in de middeleeuwen bezig (zoo wel wat het geschreven regt als de gewoonten betreft); het derde gedeelte is aan de geschiedenis dier overeenkomsten in lateren tijd gewijd. « Dans la quatrième partie (zegt de verslaggever), l'auteur « discute avec maturité et mesure les inconvénients des différens « régimes matrimoniaux qu'établit ou qu'admet le code civil dont « il analyse habilement les dispositions. Se fondant toujours sur « des faits positifs, il se prononce pour un système de communauté « tempérée. »

— Op een oogenblik dat de aandacht ook hier te lande weder meer gevestigd is op de herziening der militaire strafwetgeving en regtspleging (1), vermeenen wij ook te moeten verwijzen naar de *Etude historique sur les tribunaux militaires en Belgique*, door G. L. P. DE ROBAULX DE SOUMOY, Audit.-Milit. in Brabant (Brussel 1857), waarvan een gedeelte bereids in de *Revue trimestrielle* was verschenen. Om zijn arbeid te vervolmaken, heeft de schrijver zich aan vele nasporingen overgegeven, te meer noodig, daar hem geen speciaal werk tot vraagbaak kon strekken.

Het werk van den heer DE ROBAULX klimt tot de organisatie der militaire justitie in de middeleeuwen op; staat vervolgens stil bij de prevoosten der maarschalken en der artillerie, bij de militaire regters onder KAREL V en PHILIPS II, bij de criminele ordonnantie van 1570, het edict van 1587, en gaat zoo de opvolgende wijzigingen in de militaire wetgeving door tot op den tegenwoordigen tijd. Hij geeft ten slotte de verouderde vormen van militaire regtsvordering, de gapingen, welke zij aanbiedt, en de noodzakelijkheid welke daaruit geboren wordt om ter aanvulling tot den Code d'instr. crimin. de toevlugt te nemen. Voorts gispt hij de drievoudige functien aan den auditeur opgelegd, die te gelijk regter van instructie, openbaar ministerie en griffier is, en, in laatstgemelde hoedanigheid, de debatten bijwoont: hij schrijft daaraan, onder meer andere nadeelen, ook den langzamen gang van zaken toe.

(1) Zie die herziening, naar aanleiding van het jongst Fransch ontwerp, nader aangedrongen door Mr. P. G. P. VAN RADEN, advocaat te Utrecht, in het *Weekb. v. h. Regt.*, van 14 en 25 Mei jl.

# THEMIS, REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING.

Vierde Deel.

---

## STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *Eenige opmerkingen over de grenzen der bevoegdheid des Konings tot het sluiten van tractaten onder vigueur der Grondwetten van 1815 en 1840* (1), door Mr. H. G. LAGEMANS, Advocaat te 's Gravenhage.

Reeds meermalen is in dit tijdschrift de invloed van het volkenregt op de wetgeving op het tapijt gebracht. In een met des schrijvers erkende scherpzinnigheid en boeiende voordragt geschreven vertoog, heeft onlangs Mr. VAN NISPEN (2) getracht de suprematie van het volkenregt over de inlandsche wetgeving te handhaven. Hij neemt haar echter niet geheel onvoorwaardelijk aan, maar onderscheidt tusschen het ongeschreven en het geschreven volkenregt. Na het bestaan verdedigd te hebben van een Algemeen Staatsregt, waardoor de wetgeving der onderscheidene Staten beheerscht wordt, en na opgave van onderscheidene voorbeelden, voornamelijk uit de Weener Congres-acte geput, bespreekt Mr. v. N. het ongeschreven volkenregt. Ofschoon hij het uit

(1) Art. 53 der Grondwet van 1815 is zonder verandering overgegaan in art. 57 der Grondwet van 1840.

(2) *Themis*, 1855, bl. 246 en vv.

*Themis*, D. IV, 3de St. [1857].

een practisch oogpunt wenschelijk acht, dat de voorschriften daarvan geëerbiedigd worden, als daar zijn bijv. het beginsel van exterritorialiteit en andere aan vreemde gezanten toegeschreven voorregten, zoo moet hij des echter toegeven, dat de regter, die alleen tot handhaving der wetten gehouden is, die de Nederlandsche wetten, niet het *ius gentium* met plegtigen eede bezweert, aan de eischen der wetenschap en aan zijne roeping slecht voldoet, wanneer hij, bij strijd tusschen het ongeschreven volkenregt en de stellige wetgeving, aan het eerste de voorkeur geeft boven de laatste. «Een regter,» zegt hij, «die, buiten een stellig voorschrift, zijne beslissing op volkenregt of natuurregt grondde, zou, naar mijne eerbiedige meening, zijne roeping miskennen.» Goedkeuring verdienen dan ook, naar zijne gedachte, de wetgevingen, die ter voldoening aan de eischen van der volken gemeene gewoonte verordeningen hebben vastgesteld.

Nadat men den schrijver aldus met kracht en klem de regtsgeldigheid der volkenregtelijke voorschriften heeft zien betwisten, waar zij niet door eene stellige wetsbepaling geschraagd zijn, dan wekt het wel eenigzins bevreemding, dat dezelfde schrijver zich plotseling bijna genegen verklaart om het hoofd te buigen voor het gezag van hen, die hier te lande eene andere meening zijn toegedaan.

Het is waar, ons hoogste regterlijk collegie heeft meer dan ééne beslissing in dien geest geveld. Met Mr. VAN NISPEN heb ik het grootst mogelijk ontzag voor de regtspraak van den Hoogen Raad. Dat zijne jurisprudentie groote waarde en op practisch gebied eenen overwegenden invloed bezit, geef ik insgelijks volgaarne toe; maar dat er, waar over het een of ander regtspunt eene beslissing gevallen is, weinig anders overblijft, ook op theoretisch gebied, dan de spreuk van den kerkvader

AUGUSTINUS toe te passen: *Roma locuta est, causa finita est*; dat, met andere woorden, de theorie alzoo ondergeschikt zou moeten zijn aan de practijk, daarmede kan ik mij moeijelijk vereenigen.

Zoo doende wordt immers elk wetenschappelijk onderzoek gesmoord, elke discussie verlaagd tot een autoriteiten-strijd, de iurist tot een' blooten arretist gemaakt.

Gelijk het opschrift dezer bladzijden reeds voldoende aantoot, zal ik hier niet treden in een onderzoek naar de regtsgeeldigheid van het ongeschreven volkenregt; ik zoude weinig nieuws kunnen voegen bij de gewigtige bedenkingen door Mr. VAN NISPEN reeds daartegen gemaakt. Met betrekking tot het geschreven volkenregt zij het mij echter vergund met den geachten schrijver van meening te verschillen. Mr. VAN NISPEN is van gevoelen dat de tractaten zeer zeker onze stellige wetgeving beheerschen, en dat de Koning onder vigueur der vroegere grondwetten, bij het aangaan van verdragen, eene nagenoeg onbeperkte magt bezat. Zoo algemeen kan ik de stelling niet toegeven.

Overigens bestond er tot dit schrijven nog eene aanleiding van practischen aard: het gold bijzonder de vraag of de Koning, onder de vroegere Grondwet, strafbepalingen bij tractaat konde maken. Mr. VAN NISPEN beantwoordt die vraag toestemmend, en in denzelfden geest heeft onlangs ook de Hooge Raad eene beslissing gegeven. Ik veroorlove mij dit beginsel, dat zoo diep in alle mogelijke bij Grondwet en wetten gewaarborgde regten der ingezetenen kan ingrijpen, nogmaals aan het oordeel der lezers van de *Themis* te onderwerpen.

De oorlog in het Oosten heeft ook in de Nederlandsche regtszalen zijne gevolgen gehad. Toen Groot-Brittannië door de ontzettende verliezen, die zijne legermagt geleden had, gedwongen werd vreemdelingen onder zijne vanen te lokken, traden ook hier te lande som-

mige personen als Engelsche werf-agenten op. Toen dezen zich niet ontzagen ook vreemde militairen, en met name Pruissische dienstpligtigen, voor de Engelsche krijgsvolk aan te werven, vond het Openbaar Ministerie zich op grond van bestaande tractaten ge- roepen deswege eene vervolging in te stellen. Bij arrest van het Provinciaal Gerechtshof in Limburg, van 18 September 1856 (1), werd een inwoner van Venlo schuldig verklaard aan het aanwerven en verleiden tot desertie van Pruissische militaire dienstpligtigen, om hen te doen overgaan tot de land- of zeedienst eener vreemde mogendheid, en te dier zake, met toe- passing van de artt. 14 en 17 der algemeene overeenkomst van Cartel tusschen de Duitsche Bondstaten, van den 10 Februarij 1831 (*Staatsblad* 1832, n<sup>o</sup>. 45), en art. 3 der wet van 12 December 1817 (*Staatsblad* n<sup>o</sup>. 33), ver- oordeeld tot tuchthuisstraf van vijf jaren.

De voorziening in cassatie tegen gemeld arrest, werd door den Hoogen Raad verworpen, bij arrest van 3 December 1856 (2). De voorname grond, waarop dit overeenkomstig de conclusiën van wijlen den advocaat- generaal ДЕКЕТН gewezen arrest is gebaseerd, bestaat daarin dat de wet van 1817, hoezeer slechts straffen bedreigende tegen hen, die de desertie van het nationale krijgsvolk bevorderen, eene uitbreiding heeft gekregen bij de bovengemelde cartel-overeenkomst, zoodat de bepalingen dier overeenkomst, in verband met de ge- noemde wet, te beschouwen zijn als eene strafwet; terwijl de Koning zijne bevoegdheid, om alzoo bij tractaat straffen te bedreigen, in onderwerpen van inter- nationaal belang als het onderwerpelijke, ontleende aan art. 58 der Grondwet van 1815 (3). De daartoe

(1) *Weekblad*, n<sup>o</sup>. 1787.

(2) *Ned. Regtsp.*, Deel LIV, § 41.

(3) Ten einde ons te bepalen bij het gestelde bestek, de bevoegdheid

betrekkelijke overwegingen van het arrest luiden als volgt: « dat het hier gold de regeling van een onder-  
« werp van internationaal belang, bij een verbond of  
« verdrag, als bedoeld is in art. 58, al. 1 en 2 der  
« Grondwet van 1815, geen afstand of ruiling van  
« grondgebied inhoudende, en mitsdien niet onder-  
« worpen, naar al. 3 van datzelfde Grondwetsartikel,  
« aan de goedkeuring der Staten-Generaal, maar eeniglijk  
« aan de beide Kamers der Staten-Generaal mede te  
« deelen, zoodra de Koning zou oordeelen, dat het  
« belang en de zekerheid van het rijk zulks zouden toelaten;

des Konings in het sluiten van verdragen. zullen wij hier niet breedvoerig de redenen onderzoeken, die den Hoogen Raad bewogen hebben, om de artt. 14 en 17 van het cartel in verband met art. 3 der wet van 1817 *in casu* toe te passen. Ons komt het beweren vrij aannemelijk voor, dat, hoe men ook moge denken over de grondwettigheid van het tractaat, de overeenkomst in deze zonder poenale sanctie is gebleven. In art. 14 is overeengekomen, dat de *heler* van eenen deserteur van eenen anderen Bondstaat gestraft zal worden volgens de wetten van den Staat des helers, *in dier voege als behoorden de deserterende of ontvlugtende manschappen tot den Staat zelf, waarin de heler woont*. Hier is derhalve uitdrukkelijk bepaald, dat de heler van eenen bijv. Pruisischen deserteur gelijk gesteld zal worden met den heler van eenen inlandschen deserteur, en met dezelfde straf gestraft zal worden, als ware de Pruisische een Nederlandsche dienstplichtige. Anders is het met het 17<sup>de</sup> artikel, dat bijzonder in ons geval van eigenlijk gezegde embauchage van toepassing is. Elke op vreemd grondgebied plaats grijpende heimelijke aanwerving, zegt het, zal gestraft worden *volgens de wetten van den Staat, waar zulks gebeurt*. Hier is alzoo geene gelijkstelling zoo als in art. 14, maar eene eenvoudige verwijzing naar de wetten van den Staat. Het tractaat geeft het feit aan, dat men als ongeoorloofd wil beschouwd hebben, en verwijst naar de wetten van den Staat om dit feit met straf te bedreigen. In Nederland nu bestaat tot den huidigen dag geene wet, waarbij straf wordt bedreigd tegen het door Nederlanders voor vreemde krijgsveld dienst aanwerven van tot den Duitschen Bond behorende dienstplichtigen; zóó lang blijft ook art. 17 van het cartel zonder poenale sanctie. Is het niet eenigzins gewaagd, vooral in iure criminali, eene zoodanige poenale sanctie als het ware bij analogie te scheppen?

«dat mitsdien de onderwerpelijke overeenkomst van «Cartel, door den Koning gesloten en bekrachtigd, «volgens het regt daartoe onbeperkt bij art. 58, al. 1, «der Grondwet van 1815 aan den Koning opgedragen, «nadat zij bij Koninklijke besluiten van den 14 September 1832 en den 21 Augustus 1840, behoorlijk «was afgekondigd, verbindend is, en alzoo als straf- «wet heeft kunnen worden toegepast.»

De stellers van dit arrest zijn blijkbaar van het beginsel uitgegaan, dat de Koning zijn regt aan de Grondwet ontleent, en dat hem geene andere noch meerdere regten toekomen dan die, welke de Grondwet hem geeft. Art. 58 der vroegere Grondwet, dus redeneerde men verder, draagt aan den Koning het regt op om alle verbonden en verdragen te doen sluiten en te bekrachtigen. Op dat regt slechts ééne uitzondering: tractaten in vredestijd gesloten, waarbij eenige afstand of ruiling van grondgebied plaats heeft, worden niet bekrachtigd, vóórdat de Staten-Generaal er hun zegel aan gehecht hebben. Waar die uitzondering niet aanwezig is, daar is de bevoegdheid des Konings onbeperkt. Ook Mr. VAN NISPEN huldigt op denzelfden grond dezelfde beginselen.

Het gevolg van die leer is, dat de Koning, bij het regelen van onderwerpen van internationaal belang, zich niet behoeft te bekommeren om de bij de Grondwet en de gewone wetten gewaarborgde regten zijner onderdanen. Het is eene materie van internationaal belang: ziet daar dus de magtspreuk, die alle onderzoek afsnijdt. Ligt dat alles wel in art. 58 der Grondwet van 1815 opgesloten?

Het artikel der Grondwet is algemeen, zegt men, en kent slechts ééne uitzondering: *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*.

Ik stel daarentegen over, dat de artikelen der Grondwet, waarbij de regten der ingezetenen gewaarborgd zijn, evenzeer in algemeene bewoordingen vervat zijn, en

nergens eene uitzondering behelzen voor tractaten. Neemt men dus de bovenvermelde uitlegging van art. 58 aan, zoodat de Koning bij het sluiten van verdragen geene regten hoegenaaamd behoeft te eerbiedigen, dan ontstaat er een eeuwigdurende strijd tusschen de verschillende artikelen der Grondwet, dan zijn die fraai klinkende grondwettige regten door niets gewaarborgd, maar geheel overgelaten aan de vorstelijke willekeur (1), en dat alles op grond, niet van de stellige letter of van den geest der Grondwet, maar van een aangenomen, meermalen falenden, regel van uitlegkunde!

MR. VAN NISPEN beroept zich op het gezag van THORBECKE. In zijne aantekening op art. 4 der Grondwet (2) schrijft deze echter het volgende: «Tot uitlevering van «vreemdelingen heeft ons Gouvernement, blijkens onderscheidene stukken, zich steeds bevoegd geacht. De «vraag is ook hier: kan de ingezetenen worden uitgeleverd? De Kroon heeft dit eens aangenomen bij het «Tractaat met Hannover van 23 Aug. 1817, art. 3 (3). «Dan het is, geloof ik, regtstreeks in tegenspraak met «art. 165 der Grondwet, ten zij de wet den ingezetenen, «in zekere gevallen, aan eene vreemde regtbank onderwierp. Zulk eene wet zou, meen ik, den eersten «pligt van een staat jegens zijne onderdanen, dien van

(1) Verg. VON ARETIN, *Constitutionelles Staatsrecht*, b. II, IV, § 8. Insbesondere kann durch einen Vertrag mit auswärtigen den Staatsbürger kein neues Gesetz aufgedrungen, oder ein bestehendes aufgehoben werden, denn ausserdem wäre keine Verfassung gesichert.

(1) Deel I, bl. 20.

(2) *Staatsblad* 1844, no. 38. Opmerkelijk is het, hoe men bij het opstellen van dit tractaat het besef schijnt gehad te hebben, dat men de Grondwet eigenlijk te kort deed. Immers waartoe anders dien fraaijen glimp aan de uitlevering van ingezetenen verbonden, dat zij alleen zullen uitgeleverd worden «in zoodanige zware en afschuwelijke misdaden, die dengenen, welke dezelve heeft bedreven, onwaardig maken «om op eenige bescherming der regering te hopen?»



«bescherming en eigen regtsbedeeling verzaken.» Zelfs de uitlevering van vreemdelingen acht de geleerde schrijver ongrondwettig. «Acht men het in het belang des «lands en eener algemeene justitie, dat de Koning ver- «dragen kunne aangaan met vreemde mogendheden over «de uitlevering van misdadigers,» zoo schrijft hij op bl. 22, «zoo wordt, dunkt mij, vereischt, dat de Grond- «wet ook die uitzondering op den regel uitdrukkelijk «make.»

Zou Mr. THORBECKE, die op de zoo even aangehaalde plaats kennelijk en uitdrukkelijk het onbeperkte regt der Kroon bestrijdt, elders van gevoelen veranderd zijn? Ik geloof dat Mr. VAN NISSEN er zulks te vergeefs in zoekt te lezen. De schrijver der aantekening op de Grondwet erkent, wel is waar, dat men in 1840, door art. 58 niet in dien geest te wijzigen, dat de goedkeuring der Staten-Generaal *uitdrukkelijk* gevorderd werd op overeenkomsten, die verandering van wettige regten inhielden, een twistpunt in het midden liet. «Men kan zeggen,» dit zijn zijne eigene woorden, «de Grondwet maakt op het «volkomen regt des Konings, om het Rijk door diplo- «matische overeenkomsten te verbinden, slechts ééne «uitsondering. Zijsluit dus andere uitzonderingen uit.»(1) Mr. THORBECKE geeft dus wel het twijfelachtige toe van dit vraagstuk; hij erkent wel dat men eene bedenking, ja, eene gewigtige bedenking kan maken; maar is er wel iets bepaalds voor het onbeperkte regt der Kroon uit zijne woorden te putten? Ligt niet veeleer in die voorstelling, dat men een *twistpunt* in het midden liet, in die opgave, hoe men redeneren *kan* ter verdediging van dat onbeperkte regt, de meening opgesloten, dat de Grondwet wel duister was en voor verbetering vatbaar, maar toch die onbegrensde bevoegdheid niet toestond? (2)

(1) Aant. I, bl. 123.

(2) Te regt schreef een uitstekend schrijver in *de Tijdgenoot*

Uit den constitutionelen regeringsvorm zelf vloeit het voort, dat de bevoegdheid des Konings beperkt is tot onderwerpen, die geene onderwerpen van wetgeving zijn. De wetgevende magt wordt uitgeoefend door den Koning en de vertegenwoordiging des volks; bij den Koning berust de uitvoerende magt (1); ziet daar twee grondregelen van het constitutionele staatsregt. Krachtens die uitvoerende magt heeft de Koning het bestier en beleid van het algemeen belang, zoowel in de binnenlandsche betrekkingen, als in de gemeenschap met het buitenland; hij ontleent daaraan zijn regt om maatregelen van inwendig bestuur te maken, en om met vreemde mogendheden verdragen en verbonden aan te gaan. Bij het nemen van maatregelen van inwendig bestuur, moet de Koning zich onthouden van op het gebied der wetgevende magt te treden; hij koninklijk besluit kan geen artikel der Grondwet, geen wettelijk voorschrift, al ware het ook slechts voor één/eenig exceptioneel geval, buiten werking gesteld worden; geen regt, dat den ingezetenen bij de Grondwet of door de wet gegeven is, kan hun door den Koning ontnomen worden. Ook hier te lande heeft men het steeds zoo begrepen. En waarom? Heeft de Grondwet ooit naauwkeurig de grenzen afgebakend, binnen welke de materie gelegen is, die vatbaar is om bij koninklijk besluit geregeld te worden? Nimmer; noch

(I, bl. 243) hierover het volgende: «De tegenwerping, welke de Hoog-  
«leeraar THORBECKE zich maakt, bestaat toch slechts in schijn. Een  
«Constitutioneel Vorst heeft immers geene andere regten dan onder  
«voorwaarde, dat hij alle grondwettige verplichtingen zal nakomen. De  
«Grondwet nu kent niet het geringste deel der wetgevende magt aan  
«den Koning allèen toe; waaruit noodwendig volgt, dat, om aan een  
«tractaat voor de ingezetenen eene verbindende kracht van *wet* te geven,  
«de regering daartoe eene voordragt van wet behoort te doen.»

(1) Ofschoon deze regel eerst in 1848 uitdrukkelijk in de Grondwet geschreven is, zal toch wel niemand de waarheid daarvan, ook voor de Grondwetten van 1815 en 1840, in twijfel trekken.

in de vorige, noch zelfs in de tegenwoordige Grondwet is 's Konings bevoegdheid tot het nemen van besluiten uitdrukkelijk aan eenige banden gelegd. Men zou dus ook hier elke onderscheiding ongeoorloofd kunnen achten, als zijnde buiten de wet. Dat is echter nooit beweerd, omdat men inzag, en te regt, dat 's Konings regt in deze voortsproot uit zijne uitvoerende magt, zoodat, al was het regt van besluiten zelf aan geene bijzondere grenzen onderworpen, het toch nooit, zonder dat er botsing ontstond met andere bepalingen der Grondwet, de perken kon overschrijden der magt, waaraan dat regt zijn oorsprong te danken had.

Eveneens is het gesteld met de verdragen; zij worden gesloten door den Koning als bekleed met de uitvoerende magt. De grenzen dier magt beperken ook zijne bevoegdheid tot het sluiten van tractaten. Een onderwerp van wetgeving is nooit vatbaar voor regeling bij maatregelen der uitvoerende magt.

Ter bestrijding van 's Konings gepresumeerde strafwetgevende magt in het bijzonder, wordt art. 1 Strafv. aangevoerd: «Niemand mag tot straf vervolgd of veroordeeld worden dan op de wijze en in de gevallen «bij de wet voorzien.»

Mr. VAN NISPEN ontzegt aan dit argument alle gewigt.

Gaarne geef ik den schrijver toe, dat het woord *wet* hier niet moet opgevat worden in den strikten zin van verordeningen, vastgesteld in gemeen overleg door den Koning en de Staten-Generaal, maar in de beteekenis van wettelijke verordening in het algemeen. Doch die verordening moet dan ook zijn vastgesteld het zij door de gemeentelijke, het zij door de provinciale, het zij door de algemeene *wetgevende* magt. Waar een plaatselijk reglement in behoorlijken vorm is vastgesteld, kan de Koning zulks op de wijze *door de wet* bepaald schorsen of vernietigen; eene eenvoudige beschikking der uit-

voerende magt kan eene dergelijke verordening niet wijzigen of uitbreiden tot onderwerpen, die daarbij niet voorzien zijn.

Mr. VAN NISPEN zegt: «het Wetboek van Strafvordering is niet geschreven om de bevoegdheid der magten «in den Staat aan te wijzen. Het is in de Grondwet, «dat men die omschreven vindt. Deze verleent aan den «vorst strafwetgevende magt. Zal men onderstellen, dat «de gewone wetgever inbreuk wilde maken op het «koninklijk prerogatief?»

Het is volmaakt waar, dat het Wetboek van Strafvordering niet bestemd is om de grenzen af te bakenen der verschillende magten in den Staat; niemand zal beweren, dat de gewone wetgever den Koning een grondwettig prerogatief kan ontnemen. Maar welke uitgestrektheid heeft dat prerogatief? Heeft de vorst strafwetgevende magt? Dit zou immers juist bewezen moeten worden. Als een argument tegen onze uitlegging van art. 1 Strafv. kan dat derhalve nooit dienen.

Men schijnt ook niet ten allen tijde bij ons van gevoelen geweest te zijn, dat de Koning strafwetgevende magt konde uitoefenen. Er bestaat in dit opzigt een alleszins merkwaardig antecedent. Toen in het begin dezer eeuw Europa zich het lot begon aan te trekken dier duizende ongelukkige wezens, die jaarlijks als slaven van Afrika's kusten werden weggevoerd, bleven ook de pas verlorene Nederlanden niet achter. Reeds bij besluit van den 15 Junij 1814 (1) werden eenige maatregelen genomen ter wering van den slavenhandel. Den 13 Aug. van hetzelfde jaar verbond de Souvereine Vorst zich bij het tractaat met Engeland over de teruggave der koloniën (2) uitdrukkelijk: «à défendre à tous ses sujets de la manière

(1) HAMELSVELD, Ned. Pand. VIII.

(2) Onder de stukken aan de Staten-Generaal medegeedeeld, *Bijblad* 1850—1851, II, p. 720.

«la plus efficace, et *par les lois les plus formelles*,  
«de prendre aucune part quelconque à ce trafic inhumain.»  
In 1818 (1) werd nogmaals met Groot-Brittannië een  
verdrag gesloten tot nadere vaststelling der wijze, waarop  
men zou trachten den slavenhandel te weren. Art. 1 van  
dat tractaat luidt als volgt: «— — — Sa Majesté le Roi  
«des Pays-Bas s'engage à défendre à tous ses sujets, de  
«la manière la plus efficace et spécialement *par les lois*  
«*pénales les plus formelles*, de prendre aucune part  
«quelconque à la traite des nègres.» Die strafwet is den  
20sten November 1818 (2) afgekondigd.

Wanneer nu het regt des Konings om bij tractaat  
straffen te bedreigen, ingevolge art. 58 der toen vige-  
rende Grondwet, zoo zeker en boven allen twijfel ver-  
heven was, waarom dan toen niet daarvan gebruik  
gemaakt? Het was dan eene soort van inconsequentie.

Het is te bejammeren dat de discussien, die over de  
gemelde wet in 's lands vergaderzaal hebben plaats ge-  
had, zoo zeer onbeduidend zijn, en over het doel harer  
indiëning hoegenaamd geen licht verspreiden. Het beroep  
op de wetgevende magt in dit tractaat schijnt anders  
van des te grooter beteekenis, omdat het niet te ont-  
kennen valt, dat er, zelfs als wil men overigens het  
koninklijk prerogatief binnen de engst mogelijke grenzen  
beperken, bijzonder in deze materie, de wering van den  
slavenhandel, veel te zeggen is voor de stelling, dat de  
Koning daarbij niet door de Grondwet gebonden was.

Dit klinkt voorzeker eenigzins vreemd, en maakt  
nadere verklaring noodzakelijk.

Op de hierboven verdedigde stelling dat bij tractaten  
geene onderwerpen van wetgeving kunnen geregeld  
worden, en dat de eenmaal gewaarborgde regten der

(1) 4 Mei 1818, eerst in 1843 in het *Staatsblad* geplaatst onder  
n<sup>o</sup>. 79.

(2) *Staatsblad*, n<sup>o</sup>. 39.

onderdanen daarbij niet door den Koning allèen kunnen worden ontnomen of gewijzigd, bestaan uitzonderingen. Het koninkrijk der Nederlanden bevindt zich in dit opzigt in eenen zeer exceptionelen toestand. Zijne stellige wetgeving wordt in enkele gevallen zonder twijfel door het geschreven volkenregt beheerscht, want in zekeren zin is dat koninkrijk zijn aanzijn aan volkenregelijke overeenkomsten verschuldigd.

Het koninkrijk der Nederlanden is in 1815 door de mogendheden opgerigt in het belang van Europa. De veroveringszucht van NAPOLEON had Frankrijk tot een schrikbeeld gemaakt, waarvoor men meende niet genoeg op zijne hoede te kunnen zijn. Reeds onder LOUWIS XIV, en sedert bij elke gelegenheid, wanneer Frankrijk zijne grenzen overschreed, waren de Zuid-Nederlanders steeds het eerst door zijne legers overstroombd, en kostte het ook altijd de grootste moeite die zoo zeer begeerde plek weder aan de Fransche overheersching te ontweldigen. Toen het Europeesch evenwigt na den val van NAPOLEON op geheel nieuwe grondslagen werd gevestigd, achtte men een stevig bolwerk onmisbaar tegen Frankrijk's geneigdheid om zich naar het Noorden uit te breiden. De Zuidelijke Nederlanden weder onder het bestuur van Oostenrijk terug te brengen was tot dat einde niet voldoende. De Oostenrijksche monarchie was te veel verzwakt, en de Nederlandsche provincien waren in allen gevalle veel te ver van het middelpunt des bestuurs verwijderd, dan dat er bij een inval van Frankrijk aan krachtigen wederstand zou te denken zijn geweest, zonder dat de tusschenkomst der overige groote mogendheden gevorderd wierd. Daartoe was het noodig een nieuw rijk te stichten, dat in zich zelf genoeg hulpmiddelen zou bezitten om vooreerst zonder vreemde hulp aan Frankrijk het hoofd te kunnen bieden. Zietdaar den oorsprong van het koninkrijk der Nederlanden.

Art. 6 van den eersten vrede van Parijs (1) bepaalde dat « La Hollande, placée sous la souveraineté de la « Maison d'Orange, recevra un accroissement de terri-  
« toire. »

Bij dit verdrag werd een geheim artikel gevoegd, waarbij onder meer werd overeengekomen: « l'établis-  
« sement d'un juste équilibre en Europe exigeant que  
« la Hollande soit constituée dans les proportions qui la  
« mettent à même de soutenir son indépendance par ses  
« propres moyens, les pays compris entre la mer, les  
« frontières de la France, telles qu'elles se trouvent  
« réglées par le présent traité, et la Meuse, seront réunis  
« à toute perpétuité à la Hollande (2). »

De definitieve regeling der Europeesche aangelegenheden, en alzoo ook de definitieve zamenstelling van het nieuwe koningrijk moest geschieden op het congres te Weenen. Het algemeen tractaat van 9 Junij 1815 met al zijne annexen, meer algemeen bekend onder den naam van Weener congres-acte, kan men beschouwen als den constitutieven titel van het rijk der Nederlanden (3). Art. 73 stelt als grondslagen der vereeniging van de noordelijke en zuidelijke provincien onder ééne kroon, de 8 artt., waartoe de Souvereine Vorst bij acte van 21 Julij 1814 was toegetreden (4). Volgens het eerste

(1) 30 Mei 1814, DE MARTENS, Nouveau Recueil, II, p. 1.

(2) Dit geheime artikel is te vinden, bij MURHARD, Nouv. suppl. I. p. 129.

(3) Zoo ook de Procureur-Generaal bij de Hoogen Raad in eene Rijnvaarts-quaestie, cf. VAN DEN HONERT, *Gem. Zaken*, II, bl. 43. ZIE HANNOEMDE deze overeenkomst (de Mainzer Conventie) geen nieuw tractaat, « maar het uitvloeisel en noodzakelijk gevolg van de acte van het Weener Congres, anterior aan onze Grondwet, en als constitutieven titel « voor het aanwezen van het Koningrijk der Nederlanden, die Grondwet « dominerende. »

(4) Die 8 artt. zijn uitdrukkelijk aangenomen, « comme la base et les conditions de la réunion de la Belgique à la Hollande. »

dier artikelen zou het nieuwe koninkrijk geregeerd worden naar de Grondwet der Vereenigde Nederlanden van 1814 met de noodige wijzigingen, in gemeen overleg vast te stellen.

De Weener congres-acte en al de volkenrechtelijke overeenkomsten, die als daaraan geannexeerd, dezelfde kracht als het tractaat zelf hebben, of die later als onmiddellijke uitvloeisels daarvan in de wereld zijn gekomen, beheerschen ongetwijfeld die Grondwet, die *uit kracht dier volkenrechtelijke overeenkomst zelve*, aan het nieuw opgerigte Koninkrijk zou gegeven worden (1). Tot die annexen van het Weener tractaat behoort blijkens art. 118 n°. 15, ook de: «*déclaration des puissances sur l'abolition de la traite des noirs*» van 8 Februarij 1815. Bij de regeling van dit onderwerp kon de Grondwet derhalve niet in aanmerking komen.

Om dezelfde reden zal ook de bepaling van de Rijnvaarttractaten, waarbij een afzonderlijke, ja zelfs in sommige gevallen, een buitenlandsche regter wordt aangewezen, moeten geëerbiedigd worden. Niemand zal dat betwisten. Mr. VAN NISPEN gaat m. i. slechts te ver, als hij de onbeperkte bevoegdheid des Konings in het algemeen zoekt te handhaven, door een beroep op deze tractaten, die om bijzondere hierboven vermelde historische redenen wel zelve boven de Grondwet verheven zijn, maar tot geene gevolgtrekkingen kunnen of mogen leiden.

Waarheen zou eene zoodanige onbeperkte bevoegdheid ook niet hebben kunnen leiden? De Koning had dan bijv. wel een verdrag kunnen sluiten, waarbij overeengekomen werd, dat een Pruissisch onderdaan, die in Nederland eene misdaad pleegde, niet gestraft kon

(1) Merkwaardig is hier het gezegde van den Graaf DE THIENNES (aangehaald door Mr. VAN NISPEN) in de Vergadering der Notabelen, op 5 Augustus 1815: dat de Grondwet die aan hun oordeel onderworpen werd, *de wet was door Europa bepaald.*



worden. En nu zegge men niet, dat er geene magt denkbaar is, of misbruikt leidt zij tot verderfelijke gevolgen. Dat de vorst een zoodanig misbruik van zijne magt zou kunnen maken, als in het gestelde voorbeeld het geval is, zou juist een gevolg zijn van de door ons bestreden uitlegging van de Grondwet. Vat men art. 58 in een beperkten zin op, dan is zoodanig misbruik onmogelijk. Welnu! Als er nu twee uitleggingen eener wet mogelijk zijn, de eene het veld ruim latende aan allerlei misbruiken, de andere tegen die misbruiken juist waarborgen opleverende, zal men dan nog aarzelen om aan de laatste de voorkeur te geven?

Ook op de geschiedenis der Grondwet is het beroep ten gunste van 's Koning onbeperkte bevoegdheid vergeefs.

GIJSBERT KAREL VAN HOGENDORP, die in 1814 door den Souvereinen Vorst belast werd, met het ontwerpen van eene Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden, nam in zijne Schets (1) een artikel (n<sup>o</sup>. 4) op, van den navolgenden inhoud: « De Souvereine vorst verklaart oorlog en maakt vrede. Hij sluit verbonden, alsmede « verdragen van vrede en koophandel, en anderen. Hij « bekrachtigt dezelve; *Hij draagt vervolgens aan de « Staten-Generaal voor de middelen, om de ingegane « voorwaarden te vervullen.* » Deze laatste bewoordingen geven vrij duidelijk te kennen, dat er eene wets-voordragt toe vereischt wordt, om aan een tractaat kracht van wet te geven. Zij schijnen, als overbodig, uit art. 38 der Grondwet van 1814 weggelaten te zijn; het blijkt ten minste niet, dat zij met voordacht zijn achterwege gelaten om het stelsel te veranderen. Evenmin is het na te gaan waarom in 1815 dit laatste lid van art. 58, die steen des aanstoots, is in het leven geroepen. Doch

(1) Te vinden achter de Aanteekening op de Grondwet van Mr. THOR-  
BECKE.

hooren wij over het stelsel dier Grondwet, het gevoelen van VAN HOGENDORP, die toch zeker meer dan iemand, met hare wording is bekend geweest: «Onder constitutionele regeringen, is de magt van het hoofd des Staats niet overal zoo ruim ingesteld, als bij de artikelen 56, 57 en 58 onzer Grondwet geschied is. «Even als de nationale vertegenwoordiging een gelijk «deel heeft in de wetgeving, evenzoo kan men haar «een deel geven in het sluiten van verdragen en verbonden. Deze toch verbinden de natie op dezelfde wijze «als de wetten en zij mogen van geen minder gewigt geacht worden. Bij nadere overweging, is het echter «blijkbaar, dat bij ons de verdragen en verbonden, door «de kroon gesloten, niets kunnen inhouden strijdig met de «Grondwet, noch verdere wetten.

«Ieder Koning, vóór dat hij eenig verdrag of verbond «kan sluiten, heeft zich, bij zijne inhuldiging, aan de «natie verbonden met een plegtigen eed.

«Hiermede vervallen alle verdragen en verbonden, «strijdig met de Grondwet, en worden tot niets, alzo er «geene bevoegdheid was om dezelve aan te gaan. Moeten «er wetten veranderd, of moeten er nieuwe wetten gemaakt worden, ingevolge van een verdrag, zoo kan «dit niet geschieden zonder een voorstel daartoe, aan «de Staten-Generaal, en deze hebben de volmaakte «vrijheid behouden, om daarin toe te stemmen, of niet.»(1)

Het gevoelen van den graaf VAN HOGENDORP wordt door vele publicisten, als BENJAMIN CONSTANT (2), KLÜBER (3), DEN TEX (4) gedeeld.

(1) *Bijdragen tot de Huishouding van Staat*, 1855, VIII, bl. 293.

(2) *Cours de Politique Constitutionnelle*, p. 11.

(3) *Oeffentliches Recht*, § 552.

(4) *Bijblad*, 1811, bl. 178.

*Arrestatie op politiek gezag. Korte beschouwing van art. 151 en 152 der Grondwet,*  
door Mr. L. J. H. BOUMAN, Advocaat te Rotterdam.

Is iedereen in den staat de vrijheid van geweten, het regt tot mededeeling zijner gedachten, het regt van vereeniging en vergadering verzekerd, wat zou dat alles beteekenen, wanneer hem niet de vrijheid van persoon was verzekerd? Indien er iets is wat de staat moet waarborgen, dan zal het wel de persoonlijke vrijheid zijn. Dat eerste en voornaamste regt is in art. 3 der Grondwet gewaarborgd. «Allen die zich op het grondgebied van het rijk bevinden, hetzij ingezetenen of vreemdelingen, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon, . . .» Onder deze bescherming van persoon dan behoort in de eerste plaats, dat de strafwet beteugele elke onwettige aanranding, die op iemand gepleegd wordt. Wij zeggen onwettige aanranding; het voorschrift toch der Grondwet beteekent niet, dat iemand nooit zijne vrijheid kan verliezen, integendeel ten koste der vrijheid van den een wordt die des anderen beschermd, omdat aan het genot van persoonlijke vrijheid voorwaarden zijn verbonden, omdat de vrije persoon tegenover het regt op bescherming van zijne vrijheid verplichtingen heeft te vervullen. Bij niet nakoming van die verplichtingen verbeurt hij zijne vrijheid, zij wordt hem ontnomen tegen zijnen wil.

De Grondwet bepaalt in art. 151, «dat niemand in «bechtens mag worden genomen dan op een bevel van «den regter inhoudende de redenen der gedane aanhou- «ding,» maar zij zegt er bij, dat deze regel geldt, «bui- «ten de gevallen bij de wet bepaald.» Voorts «moet dat «bevel zoo spoedig mogelijk na de aanhouding betee- «kend worden aan dengene tegen wien het is gericht,» terwijl, «de vorm van dit bevel en de tijd binnen wel- «ken alle aangeklaagden moeten worden verhoord, door

«de wet wordt bepaald.» Opmerkelijk is het, dat de in zoo milden geest gegeven Grondwet van 1848 wat persoonlijke vrijheid betreft bij die van 1815 en 1840 moet achterstaan, deze toch vereischte voor in hechtenisneming die formaliteiten in alle gevallen behalve één, namelijk betrapping op heeter daad, dan was geen regterlijk bevel tot inhechtenisneming noodig; onze Grondwet acht al die vormen onnoodig, zoo dikwijls de wet een geval bepaalt, waarin inhechtenisneming zonder regterlijk bevel wordt toegelaten.

Maar de Regering vond het belang van allen en de behoorlijke bescherming der geheele maatschappij te overwegend, dan dat het belang van enkele harer, meestal schuldige leden, daarvoor niet zoude behooren te wijken. De Regering vond geene zwaarigheid de gevallen van in hechtenisneming en de voorwaarden, waaronder zij moest plaats hebben, aan de *wet* over te laten. (Voord. Gesch. en Begins. der Grondwet, pag. 372.)

Wat zijn nu de gevallen, die men bij deze in het oog loopende wijziging der vorige Grondwet bedoelde, of liever welke gevallen heeft de wet daartoe aangewezen?

a. Vooreerst behoort daartoe de betrapping op heeter daad, die ieder dienaar der openbare magt de verpligting oplegt en een iegelijk de bevoegdheid geeft om den verdachte aan te houden en voor een der ambtenaren van het Openbaar Ministerie of een der hulp-officieren te brengen (1).

Maar in welke gevallen bepaalt de wet bovendien, dat iemand zonder regterlijk bevel kan worden in hechtenis genomen? Al mogten er tot heden weinig zoodanige gevallen zijn aan te wijzen, onder de wet, waarvan hier sprake is zijn niet alleen te verstaan de wetten, die tijdens de afkondiging der Grondwet in 1848 reeds verbindende kracht

(1) Art. 39 en a. 43 Wetb. van Strafv.

hadden, maar de uitdrukking beteekent hier het veranderlijke goedvinden der wetgevende magt. Deze kan dus ten allen tijde zooveel gevallen als zij wil, bepalen, waarin men in hechtenis kan worden genomen zonder regterlijk bevel en zonder beteekening of mededeeling van de redenen der gedane aanhouding. De noodzakelijkheid (zegt Mr. OPZOOMER) om het krijgsvolk in meerdere gevallen zonder alle formaliteiten te kunnen aanhouden, zal toch niet de reden geweest zijn om dien krachtigen waarborg tegen willekeur aan alle civiele personen te ontnemen (1).

Na de afkondiging der Gwt. v. 48 heeft de wetgevende magt ook reeds verschillende gevallen bepaald, waarin inhechtenisneming kan plaats hebben zonder regterlijk bevel.

Die gevallen wil ik thans aanwijzen.

De tweede § van art. 3 der tegenw. Grondwet. « De wet « regelt de toelating en de uitzetting van vreemdelingen, en « de algemeene voorwaarden op welke, ten aanzien van « hunne uitlevering, verdragen met vreemde mogendhe- « den kunnen worden gesloten, » kwam in art. 4 der Grw. van 1840 niet voor. De uitlevering van eenen misdadiger door de eene mogendheid aan eene andere geschiedde onder de Grondwet van 1840 bij ons op administratief gezag zonder eenige tusschenkomst van den Nederlandschen regter. Inhechtenisneming mogt, volgens art. 168 Grondwet buiten betrapping op heeter daad geene plaats hebben, dan op bevel van den regter, en die bescherming van persoon werd bij art. 4 Grondwet zoowel aan ingezetenen als aan vreemdelingen verzekerd, zoodat door niemand ontkend kan worden, dat de *gevangenneming* om tot uitlevering te komen, zoowel als *gevankelijke* uitlevering zelve strijdig waren met de Grondwet (art. 4 coll. 168). Die toestand is thans veranderd. De toelating en uitzetting van vreemdelingen wordt door de wet geregeld (art. 3 § 2 Grondwet.)

(1) OPZOOMER. *Staatsregtelijk Onderzoek*, p. 182.

b. De vreemdelingen-wet van 13 Aug. 1849 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 39) erkent in art. 16, 17, 18 het regt der Regering om met buitenlandsche Regeringen verdragen te sluiten betreffende uitlevering van misdadigers. Het ontbreken van de hier bedoelde vreemdelingen-wet gaf in vroeger jaren tot menige moeilijkheid aanleiding. Thans heeft de Hooge Regering uit die wet de bevoegdheid om een vreemdeling uit te zetten. Toen gebeurde het, dat een vreemdeling die voor de rust van het land gevaarlijk scheen op bevel van den Minister van Justitie werd gearresteerd en over de grenzen gebragt. Nog in 1842 had dit in Limburg plaats met *DUCASE*. (1) In den grond der zaak was er niets ongrondwettigs in, dat aan een vreemdeling, die voor de rust van het land en voor de veiligheid der ingezetenen gevaarlijk werd geacht, het verblijf in dat land werd ontzegd. Elk volk is eene maatschappij en het bestuur dier maatschappij is niet verplicht elkeen daarin op te nemen. Maar ongrondwettig was de vorm, waarin die uitzetting was geschied. «Behalve het geval toch dat iemand op heeter «daad wordt betrap, mag niemand in hechtenis worden «genomen dan op bevel van den regter» was de bepaling van artikel 168 der Grondwet van 1840. Uitzetting en uitlevering mogten toen ook wettig wezen, en zonder gevangenneming al niet te doen zijn, die *gevangenneming* bleef toch onwettig — zoodat er met nadruk op werd gewezen hoe dringend noodig het was, dat de Regering middelen had om vreemdelingen het land te doen ruimen en misdadigers uit te leveren. De aard van den Staat, zeide men, eischt dat de Regering dit regt oefene; maar de billijkheid, zoowel als de trouwe vervulling der Grondwet, maken het tevens noodig, dat de wet die middelen regele, — dat zij aan den eenen kant den arm der Regering magtig make, en aan de andere zijde de vreemdelingen bescherme voor willekeur en overijling.

(1) *De Tijdsgevoet*, II. 1842 pag. 371.

In de Vreemdelingen-wet van 13 Aug. 1849 heerscht wat de uitzetting van vreemdelingen betreft de meest mogelijke liberaliteit. *c* Niet toegelaten vreemdelingen, die geen reis- en verblijfspas kunnen bekomen, binnen 's lands gevonden wordende, moeten over de grenzen gebragt (art. 9).

Toegelaten Vreemdelingen kunnen niet over de grenzen worden gebragt dan op bevel van den kantonregter der plaats, waar zij zich ophouden, of *d*. (en dit is een vierde geval bij de wet bepaald, dat iemand zonder bevel van den regter kan worden in hechtenis genomen) op last der Hooge Regering (a. 10). De kantonregter is in het bevelen van uitzetting nog belemmerd door art. 11 in verband met a. 1 der genoemde wet. De Hooge Regering daarentegen kan iederen vreemdeling uitzetten of wel het verblijf op bepaalde plaatsen van het Rijk ontzeggen en eene bepaalde plaats binnen het Koninkrijk aanwijzen — zoo dra zij hem gevaarlijk acht voor de publieke rust!

*e*. Bij art. 12 der Vr.-wet is zoodanig gevaarlijk persoon nog de bevoegdheid gegeven om veertien dagen na bekomen kennisgeving van het te zijnen opzigte genomen besluit, eenige maatregelen te nemen, maar inmiddels doet zich weder een geval voor, dat hij zonder regterlijk bevel wordt in hechtenis gehouden.

*f*. Zonder ons in te laten met de vraag, of aan het militaire Strafwetboek kracht van Wet moet worden toegekend (a. 146 § 2 Grondwet coll. art. 5 C. P.), willen wij, daar die vraag facto wordt bevestigd, de inhechtenisnemingen in gevolge de bepalingen van dat Strafwetboek rekenen onder de gevallen, waarin inhechtenisneming zonder regterlijk bevel bij art. 151 der Grondwet wordt toegelaten.

Blijkens de memorie van toelichting van 19 Junij had de Regering het in het belang der krijgstuicht noodzakelijk geacht, in dit art. op te nemen de woorden: « en de

« gevallen in de wet voor het krijgsvolk bepaald. » (VOOR-  
DUIN p. 371).

Wat den vorm betreft van het bevel des regters, inhoudende de redenen der gedane aanhouding, daartoe verwijzen wij naar de bepalingen van de artt. 93, 94, 101, 103, 105 van het Wetb. van Strafv. De tijd binnen welke alle aangeklaagden worden verhoord, daaromtrent worden regelen gesteld bij art. 43, 53, 77, 93 Wetb. van Strafv. art. 18, § 3, Vreemd.-wet.

Wat aangaat den lijfswang en de daarbij in acht te nemen formaliteiten vergelijkte men a. 589. 599. 606 Wetb. van Burg. Regtsvordering.

Art. 151 Grondwet zegt in § 3 « de tijd binnen welke alle *aangeklaagden* moeten worden verhoord, » terwijl in het eerste gedeelte van datzelfde artikel van in hechtenis genomenen wordt gesproken. Mr. OPZOOMER (1) ziet in die verscheidenheid van uitdrukking het gevaar, dat eene wet aan het uitvoerende gezag de magt zou kunnen geven om iemand in hechtenis te nemen, tegen wien zij geene aanklagt heeft, maar die zij uit den weg wil ruimen.

Genoemde moeilijk te ontkennen onnaauwkeurigheid in de redactie, zou aanleiding kunnen geven om te denken, dat niet iedere inhechtenisneming een verhoor door den strafregter ten gevolge moet hebben. De reeds genoemde artikelen van het Wetb. van Strafv. spreken die meening volkomen tegen. De verscheidenheid van uitdrukking in art. 151 schijnt zich dan ook alleen te gronden op de oude spreuk *varietas delectat*.

Gevangenneming is willekeurig, wanneer zij geschiedt door een ander dan de bevoegde magt (art. 418 Strv.) zonder inachtneming der voorgeschreven formaliteiten, of wanneer de plaats waar iemand gehouden wordt niet

(1) OPZOOMER, *Staatsrechtelijk Onderz.* pag. 183.



wettig bestemd is om tot gevangenis te dienen, (art. 425 Strafv.)

Wij hebben getracht de beteekenis na te gaan van art. 151 der Grondwet. Wij achtten dat noodzakelijk alvorens ons bezig te houden met het volgende artikel. Die beide toch hangen naauw te zamen. Er bestaat een groot verband daartusschen. Mr. OPZOOMER komt na een overzigt van art. 151 tot het besluit, dat er in de gewone omstandigheden zeer slecht voor de persoonlijke veiligheid gezorgd is, en voegt er bij «art. 152 maakt het «niet beter.»

Laat ons de daar gestelde staatsregtelijke bepaling die zoo harde uitspraken en veroordeelingen heeft uitgelokt van nabij beschouwen. Mr. BOISSEVAIN zegt, dat een artikel dat tot zoo velerlei twijfel aanleiding geeft in de Grondwet niet thuis behoort. Mr. THORBECKE noemt het in zijne *Bijdrage tot herziening der Grondwet*, p. 92 «een brandmerk der Grondwet.» Wij willen beginnen met er de geschiedenis van na te gaan.

Art. 31 der algemeene bepalingen van de staatsregeling van 1798 bepaalde, dat «zij die buiten den regter, in geval van noodzakelijkheid gevat werden uiterlijk binnen 24 uren daarna, aan hunnen bevoegden «regter zouden worden overgeleverd.» Dit artikel was art. 145 der Fransche constitutie van 1795 gevolgd, dat aan het Directoire, onderrigt van het bestaan eener zamenzwering tegen de uit- of inwendige veiligheid der Republiek, de bevoegdheid gaf om de verdachte personen te doen aanhouden. Het kon hen ondervragen, doch moest, op de straf op willekeurige gevangenhouding gesteld, hen binnen twee dagen aan de geregtelijke politie overleveren, ten einde zij handelde volgens de wet. Dit voorschrift kwam in de staatsregeling van 1801 en 1805 en in de constitutie van 1806 niet meer voor. Onder de omstandigheden, waarin de staatsregeling van

1798 werd ontworpen was het niet vreemd haar zulk eene buitengewone magt te zien wettigen. Doch deze (het is Mr. THORBECKE die spreekt), nadat alle volgende staatsregelingen er van hadden gezwegen, door de Grondwet van 1814 te zien herstellen, mogt men niet hebben verwacht.

Die Grondwet toch bepaalde in art. 101: «*Ten einde aan de ingezetenen dezer landen te waarborgen de onschatbare voorregten van burgerlijke vrijheid.*» «Wanneer een ingezetene in buitengewone omstandigheden door het politiek gezag mogt worden gearresteerd, is hij, op wiens bevel zoodanige arrestatie heeft plaats gehad, gehouden, daarvan terstond aan den plaatselijken regter kennis te geven, en voorts den gearresteerde binnen den tijd van drie dagen aan deszelfs competenten regter over te leveren.» Alsof de onschatbare voorregten van persoonlijke vrijheid en burgerlijke veiligheid niet veel meer leden, door het vermogen tot arrestatie, aan het politiek gezag toegekend, dan goed kon worden gemaakt door de vormen, waaraan men het bond.

Zoo was in 1814 gezorgd voor buitengewone omstandigheden, terwijl van inhechtenisneming in gewone omstandigheden niets was gezegd!

De Grondwet van 1815 voorzag daarin bij art. 168 (Cf. 1798 art. 29, 32, 1801 art. 7, 1805 art. 6, 1806 art. 4) en nam in art. 169 de bepaling voor buitengewone omstandigheden uit de Grondwet van 1814 over.

Zoo kwamen die voorschriften in 1848 bij art. 151 en 152 tot ons. Dat laatste artikel geeft tot moeilijke vragen aanleiding. Schier ieder zijner woorden noopt ons tot een onderzoek, dat zelfs nog niet altoos bevredigende uitkomsten zal opleveren.

Wij zouden kunnen beginnen met onze aandacht te vestigen op de uitdrukking «ingezetene,» maar wij

zullen de voorkomende quaestien liefst behandelen bij de beantwoording der volgende vragen:

- 1°. Wie arresteert?
- 2°. Wanneer?
- 3°. Wat staat hem die arresteert te doen?
- 4°. Wie wordt gearresteerd?

*Ad primum.* De bevoegdheid tot arresteren wordt in art. 152 toegekend aan het politiek gezag. Wat is dat? Die vraag is door ieder beantwoord, maar de bewoordingen waarin dat antwoord vervat is, zijn bij ieder verschillend.

De ongenoemde schrijver in «*de Tijdgenoot*» 1) verstaat onder politiek gezag administratief gezag, maar wat moet nu onder dat administratief gezag verstaan worden? Dat gezag berust bij hen die met de uitvoerende magt bekleed zijn: tot de uitvoerende magt nu behoort alles wat dient tot den regelmatigen gang des bestuurs en zijnen grond vindt in de uitvoering der Grondwet, der overige wetten en der regterlijke uitspraken. (2) Met den bedoelden schrijver stemt Mr. ORZOOMER dus volkomen overeen wanneer hij in zijn Staatsregtelijk onderzoek pag. 181 zegt: «politiek gezag zoo als de «uitvoerende magt in art. 152 vrij onnaauwkeurig genoemd wordt.» Mr. DE PINTO verstaat onder politiek gezag iedere andere magt in den Staat dan de regterlijke (Handleiding tot het Wetb. van Strafv. pag. 565): dus ook de wetgevende magt. Die kan hier echter niet bedoeld wezen, want de uitvoerende magt arresteert altoos in alle gevallen, hetzij de regterlijke magt bevel, hetzij de wetgevende magt aanleiding tot inhechtenisneming moge gegeven hebben. Mr. J. DE BOSCH KEMPER geeft geene zeer duidelijke verklaring, wanneer hij op pag. 475 van zijn Wetb. van Strafv. d. III zegt: «op politiek

(1) *Tijdgenoot*, 1845, V. pag. 422.

(2) De BOSCH KEMPER, *Staatsregt*, I, pag. 115.

«gezag, dat is op bevel van een magistraatspersoon.» — Hierin komen alle overeen, dat de uitvoerende magt bedoeld is, wie in het hier genoemde politiek gezag meer zoekt, moet onzes inziens dwalen, om de reeds zoo even opgegeven reden.

Wat is nu die uitvoerende magt? Wij zeiden het reeds. Tot de uitvoerende magt behoort alles, wat dient tot den regelmatigen gang des bestuurs en zijnen grond vindt in de uitvoering der Grondwet, der overige wetten en der regterlijke uitspraken. Art. 54 der Grondwet zegt voorts: «de uitvoerende magt berust bij den Koning.» Ten gevolge van deze magt moet onder anderen worden gerekend, dat de Koning alle ambtenaren benoemt, die met de uitvoering van wetten zijn belast, voor zoo verre de wetten die benoeming niet regelen of aan andere personen opdragen. Ten opzichte van de benoeming van mindere ambtenaren kan de Koning deze magt aan anderen opdragen, zoo als b. v. bij geregtsdienaren is geschied.

Mr. BOISSEVAIN vraagt (Aanteek. op de Grondwet, pag. 156) of onder politiek gezag mede de gewone politie kan begrepen worden. Wij die onder dat politiek gezag de uitvoerende magt verstaan beantwoorden die vraag bevestigend; wij rekenen tot die magt allezins de politie, wij brengen daartoe eveneens den Officier van Justitie en den Procureur-Generaal. Die laatste bewering zal mogelijk tegenspraak ontmoeten, misschien wil men die ambtenaren tot de regterlijke magt brengen zich beroepende op de wet op de Regterlijke Organisatie en het beleid der Justitie. Maar ook daaruit blijkt, dat de regterlijke magt niet berust bij het Openbaar Ministerie.

Aan het hoofd der uitvoerende magt, waartoe het O. M. behoort, staat de Koning. De Koning nu of zijne Regering is niet geroepen regt te spreken; de Regering mag zich in de bemoeijenissen der regterlijke magt niet mengen. Wel toont de geschiedenis der regterlijke magt

aan, dat zij steeds een deel heeft uitgemaakt van de Souvereiniteit, gelijk dan ook nog alom in naam des Konings wordt regt gesproken; maar als grondbeginsel geldt thans, dat de regterlijke magt buiten hare volkomene onafhankelijkheid in het oordeelen, en hare magt, om zich zelve de middelen ter overtuiging te verschaffen niets bezit, terwijl het Openbaar Ministerie als vertegenwoordiger van den Souverein bij de regtbanken gerechtigd en verplicht is tot al die handelingen, welke in betrekking staan tot de administratie der jurisdictie, en tot welke de Souverein zou gerechtigd zijn. Als vertegenwoordigers van de Koninklijke magt bij de regtbanken zijn de ambtenaren van het O. M. dus belast met alles, wat de regspleging betreft uitgenomen de regterlijke beslissing, inzonderheid zorgen zij voor de uitvoering der regterlijke uitspraken, waaronder zoowel de ordonnantien van den regter-comm., de uitspraken der regtbanken in raadkamer, als de eigenlijke strafvonnis- sen behooren.

De regterlijke magt onderzoekt en beslist, doch handelt niet. Het O. M. oefent zelf geen deel uit van de eigenlijk gezegde regterlijke magt, het heeft geen deel in de uitspraken van den regter, het waakt alleen voor de regten van de maatschappij en de uitvoerende magt, het licht den regter voor, het spreekt geen regt, maar het vraagt regt.

Dit een en ander diene tot staving van ons beweren, dat in het politiek gezag ook deelt het O. M., omdat de ambtenaren daarvan evenzeer bekleed zijn met de uitvoerende magt als de regering bij wie die magt berust. Dit alles voorop gezet zijnde meenen wij volle regt te hebben, om met het oog op de vijfde afdeeling van den eersten titel van het Wetb. van Strafv. en vooral op art. 36 en 11 no. 4 Wetb. van Strafv., de vraag van Mr. BOISSEvain bevestigend te beantwoorden.

*Ad secundum.* In de tweede plaats hebben wij er op te letten, wat te verstaan zij onder « buitengewone omstandigheden. » De zevende afdeeling der Staten-Generaal gaf in 1829 bij de deliberatien over art. 169 der Grondwet van 1815 den wensch te kennen, dat deze buitengewone gevallen door eene speciale wet zouden worden bepaald. Buitengewone omstandigheden noemt Mr. ОРЗОУЕР (Staatsregtelijk onderzoek pag. 182) dezulke, waarin het voor den Staat nadeelig zijn zou een regterlijk bevel af te wachten. Vreemd is daarom wat hij volgen laat, « dat zij telkens eene buitengewone wet vorderen, wier werking zich natuurlijk slechts over een bepaalden tijd kan uitstrekken, daar het onmogelijk is den aard dier buitengewone omstandigheden vooraf in eene algemeene wet aan te wijzen. »

Mr. DE BOSCH КЕМЕР (Wetb. van Strafv. I, pag. 34) houdt voor buitengewone gevallen de zoodanige, waarin eene gevangenzetting ter handhaving van de rust noodzakelijk gevorderd wordt.

Maar die reden zal wel bij iedere gevangenneming gelden. Men moge beweren, dat onder buitengewone omstandigheden, omstandigheden van staatkundigen aard te begrijpen zijn; als dat nu waar is dan zeker wordt het artikel hoogst duister. Wat toch zijn omstandigheden van staatkundigen aard die buitengewoon moeten genoemd worden? Waarom moet alsdan worden afge- weken van de bepalingen der Wetboeken van Strafr. en Strafv.? Wij hebben geen Wetboek voor gewone en geen ander voor buitengewone omstandigheden; die in tijden van woeling wordt aangehouden heeft dingen gedaan waarom hij in tijden van rust ook zou worden aangehouden. Men kan bij eene aanhouding aan niets denken dan aan strafbare handelingen, aan personen die daarvan worden verdacht gehouden en om die reden voorloopig in hechtenis worden genomen, tot

dat een regterlijk bevel omtrent hun lot heeft beslist.

Men moge beweren, dat het artikel der Grondwet het oog heeft op personen, die gevaarlijk zijn in buitengewone omstandigheden of die verdacht worden van machinatiën die de veiligheid van den staat in gevaar brengen, maar dan is het artikel overbodig, want art. 88 Strafv. laat omtrent dezulken reeds eene voorloopige inhechtenisneming toe.

Wil het integendeel zeggen, dat in omstandigheden die door het politiek gezag voor buitengewoon worden gehouden iedereen, zelfs de meest onschuldige, drie dagen in hechtenis kan worden gehouden, om een afschrikkend voorbeeld te geven; heeft het eene toepassing op het oog van het beginsel: *salus populi suprema lex est*, is het eene magt aan het politiek gezag toegekend opdat als 't ware *consules videant, ne quid detrimenti respublica capiat*, dan zeker zou er reden zijn voor het epitheton van Mr. THORBECKE en voor de niet minder strenge beoordeeling van het artikel door Mr. OPZOOMER, (*Staatsrechtelijk onderzoek*, pag. 183.) Er is geene speciale wet, die de buitengewone omstandigheden aanwijst, waarin het politiek gezag arresteert. Art. 152 dus sprekende van uitzonderingen op art. 151 wijst die uitzonderingen niet aan.

Volgens art. 151 arresteert de uitvoerende magt op bevel des regters, of naar aanleiding van een wettelijk voorschrift. Volgens art. 152 kan diezelfde magt dat in buitengewone omstandigheden *suo iure* doen.

De gevallen waarin een wettelijk voorschrift aanleiding tot gevangenneming geeft, gingen wij reeds na; vele van die gevallen hadden betrekking op vreemdelingen, hier wordt alleen gesproken van *ingezetenen*. Ieder die op heeter daad betrapt wordt eenig misdrijf te begaan kan worden aangehouden (1), de Officier

(1) Art. 39 Wetb. van Strafv.

van Justitie zal, na verhoor, een bevel tot voorloopige aanhouding mogen uitvaardigen (1), waarna hij ten spoedigste aan de regtbank een bevel tot gevangenhouding kan verzoeken (2), in geval tegen het misdrijf, waarvan de voorloopig inhechtenis genomene verdacht wordt lijf- of oonteerende straf is bedreigd of wanneer het misdrijf bestaat in diefstal, opligting, misbruik van vertrouwen, verwonding, bedelarij en landlooperij (3). Om geen ander misdrijf, waarvan iemand verdacht wordt, kan men gevangen worden genomen op regterlijk bevel; voorloopige aanhouding door den officier zal dus tot niets leiden. Hierin juist zit de beteekenis van art. 152 Grondwet.

Aan het politiek gezag is het regt toegekend om gedurende drie dagen *suo iure* een ingezetenen in hechtenis te houden, niet alleen den zoodanige die verdacht wordt van eene misdaad of een wanbedrijf dat deze handelwijs uitlokt, maar ook dengene die volmaakt onschuldig is en geen vermoeden op zich vestigt. Dat regt nu is aan het politiek gezag toegekend in buitengewone omstandigheden. Dat alleen van ingezetenen wordt gesproken schijnt wel te doen vermoeden dat vooral gedacht is aan dezulken die gevaarlijk worden gerekend voor de publieke rust, want voor vreemdelingen worden in zoodanig geval bepalingen gevonden in de Vreemdelingen-wet, (Cf. a. 12 der Wet van 13 Aug., uitgegeven 10 Sept. 1849, (Sibl. n<sup>o</sup>. 39).

*Ad tertium.* In art. 151 worden alle gevallen, waarin inhechtenisneming plaats heeft aangewezen, en de in acht te nemen formaliteiten voorgeschreven, die inhechtenisneming op 's regters bevel vereischt. Over niets anders wordt daar gesproken dan over het *bevel van den regter*,

(1) Art. 43 Weth. van Strafv.

(2) Art. 33 Weth. van Strafv.

(3) Art. 88 Weth. van Strafv.



waarop de aangeklaagde moet worden inhechtenis genomen. Over de vormen in acht te nemen bij arrestatie zonder zoodanig bevel wordt geheel gezwegen. Op het bevel van hem op wiens politiek gezag (a. 153) is gearresteerd kan men hier het oog niet hebben gehad. Het artikel spreekt over *dit* bevel, dat is het bevel van den regter.

De formaliteiten bij de inhechtenisneming in buitengewone omstandigheden in acht te nemen geeft art. 152 op, althans voor ingezetenen; ten aanzien van vreemdelingen gelden de bepalingen der wet van 13 Augustus 1849 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 39). Wanneer arrestatie plaats heeft zonder regterlijk bevel, zijn in het Wetb. van Strafv. formaliteiten voorgeschreven, bij artt. 43, 52 en 53. Bij arrestatie op politiek gezag moet er voorcerst worden « kennis gegeven aan den plaatselijken regter. » Wat is dat kennis geven? en wie is die regter? Wat hem te doen staat, die buiten regterlijk bevel, iemand op heeter daad betrapt, gearresteerd heeft, zien wij uit art. 52 Wetb. van Strafv. « Hij moet de processen-verbaal, « akten, stukken en instrumenten en alles, wat hij ten « dienste der Justitie noodzakelijk zal achten, indienen. » Dat schijnt de beteekenis, die aan de uitdrukking « kennis geven » in art. 152 der Grondwet en art. 422 Wetb. van Strafv. toekomt. De plaatselijke regter, aan wien dat alles moet worden ingediend, is niet de kantonregter, want die is zelf met het opsporen der misdrijven belast (art. 11 n<sup>o</sup>. 5 Wetb. van Strafv.), en zou bovendien met al wat bij hem ingediend was niets te maken hebben, daar hij niet oordeelt over misdrijven, die voorloopige inhechtenisneming meëbrengen (art. 88 W. van Strafv.).

De regtbank van het arrondissement is hier de plaatselijke regter, en vordert de Officier van Justitie instructie, dan is het de regter-commissaris bij die regtbank (art. 83 en 79 Wetb. van Strafv.) Deze verklaring

wordt bevestigd door art. 422 Wetb. van Strafv. Hij, op wiens bevel de arrestatie geschiedt geeft kennis aan den plaatselijken regter; hij in wiens bewaring de gearresteerde is overgeleverd, is gehouden daarvan onmiddelijk kennis te geven aan het provinciaal gerechtshof, mitsgaders aan de arrondissementen-regtbank, ten einde te beletten, dat de verzuimen en de overtredingen van art. 152 Grondwet door het politiek gezag voor den regter verborgen blijven, en om dezen in staat te stellen de pligten te vervullen, hem opgedragen bij art. 423 en 424, die (zegt Mr. DE PINTO (1)) juist dienen, om dat voorschrift der Grondwet in werking te brengen. Het politiek gezag worden wel verplichtingen opgelegd, wanneer het heeft gearresteerd, maar gesteld dat het nooit arresteert, wat er ook gebeure, dan blijkt nergens uit, dat het in verzuim is.

Verder moet het politiek gezag den gearresteerde binnen den tijd van drie dagen aan den plaatselijken regter overleveren. Wat beteekent dat overleveren? Hij is reeds in bewaring gesteld en daarvan draagt de regter kennis. Aan *overleveren* is deze beteekenis te hechten, dat het politiek gezag dan niet meer te maken heeft met de arrestatie, dat het binnen dien tijd alles moet onderzocht hebben, wat over den persoon en de omstandigheden van den gearresteerde cenig licht kon verspreiden, in één woord het politiek gezag moet aan hare kennisgeving, die terstond na de arrestatie heeft plaats gehad, de meest mogelijke uitgebreidheid geven en na den derden dag hetgeen verder met den gearresteerde te doen is aan den regter overlaten. Neemt men dit niet aan, dan komt men tot de vreemdsoortigste verklaring der geheele bepaling van art. 152. Stel dat men beweert, dat de woorden beteekenen, dat de persoon van den gear-

(1) v. P. *Handl. Wetb. van Strafv.* pag. 566.

resteerde moet worden overgebracht naar de gevangenis der bevoegde arrondissements-regtbank, dan zou men toegeven, dat de Grondwet aan het politiek gezag het recht gaf om de inhechtenis genomenen zelfs drie dagen te houden in eene plaats, die niet wettig bestemd is om tot gevangenis te dienen (Cif. artt. 425 en 426 Wetb. van Strafvordering.)

Komt het politiek gezag die verplichting niet na, dan geldt art. 423 Wetb. van Strafv. Doet het politiek gezag zulks wel, dan gelden voor den gearresteerde de bepalingen van het Wetb. van Strafv. (a. 424). Geheel juist is onzes inziens de bewering van Mr. DE PRINXO als hij zegt, dat de regter alleen heeft te onderzoeken, of aan de voorwaarden wat den vorm betreft is voldaan, maar daarentegen niet bevoegd is de in vrijheid stelling van den aangehoudenene te bevelen, alleen op grond, dat er geene buitengewone omstandigheden bestaan hebben.

De slotsom, waar onze beschouwingen ons toe brengen, is dat het artikel in onze Grondwet allervreemdst is en tot menige willekeurige handeling gelegenheid geeft. De geheele geest onzer wet geeft aan niemand de vrijheid om zich omstandigheden zóó buitengewoon te denken, dat men door eenige bevoegde magt in hechtenis wordt genomen zonder de minste wettelijke aanleiding. Dit artikel der Grondwet doet nogtans de mogelijkheid bestaan, dat iemand, die niets strafbaars deed, die van niets strafbaars verdacht kan worden, in hechtenis genomen wordt omdat iemand met politiek gezag bekleed de omstandigheden voor buitengewoon houdt!

*Ad quartum.* Wij stelden eindelijk de vraag: Wie wordt gearresteerd? Het antwoord luidt, de ingezetene. Ingezetene geeft uit den aard der zaak maar één denkbeeld; door daarvan verschillende bepalingen te geven, doet de wetgever eene onnatuurlijke verwarring van begrip ontstaan.

Voor menig bijzonder onderwerp, wordt eene bijzondere verklaring gegeven, wie ten opzichte van eene bijzondere wet of verordening voor ingezetenen worden gehouden. De bepalingen van ingezetenschap, in bijzondere wetten voorkomende, gelden alleen, voor zoo veel betreft de onderwerpen, in die wetten behandeld, (artikel 3 alin. 4 der Wet van 28 Julij 1850, (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 44). Hier wordt door ingezetenen alleen bedoeld de ingezetenen van het rijk, onze vraag moet dus beantwoord worden door de Wet op het Nederlandschap en de naturalisatie, eene wet ter uitvoering van art. 7 der Grondwet, van 28 Julij 1850, (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 44), waarin de wetgever alleen het rijks-ingezetenschap heeft willen omschrijven. Omtrent het verschil tusschen het boven aangehaald artikel 3 dier Wet en art. 2 der Kieswet van 7 Julij 1850, die voor ingezetenen des Rijks hem houdt, die zijne woonplaats gedurende de laatste achtien maanden aan de sluiting der kiezerslijsten voorafgaande, hier te lande gehad heeft of in de bezittingen van het Rijk in andere werelddeelen, vergelijkte men de Aanteekening van Mr. J. H. G. BOISSEVAIN, pag. 16 en 17.

De vraag of art. 253 van het Besluit omtrent de organisatie van het Hooger Onderwijs, van 2 Aug. 1815 (1) van kracht is, zullen wij thans niet zoeken te beantwoorden, opmerkelijk is de bedoelde bepaling, onder eene Grondwet (van 1814, want eerst 24 Aug. werd die van 1815 afgekondigd), die omtrent inhechtenis-

(1) « De rector heeft het regt, om, wanneer het noodig mogt zijn, een student arrest op zijne kamer te geven, of denzelven in verzekerde bewaring te doen brengen. In het laatste geval echter zal de rector verplicht zijn, de zaak binnen 24 uren te brengen aan de commissie van rector en assessoren, ten einde deze tot de voortdoring of opheffing van het arrest besluite, en dadelijk van de zaak, die er aanleiding toe gegeven heeft, kennis neme. »

neming niets bepaalde dan in buitengewone omstandigheden.

Eindelijk besluit het besproken artikel der Grondwet met eene bepaling, die op zijne duisterheid de kroon zet door voor te schrijven: «de criminele regtbanken «zijn verplicht, elk in haar ressort, te zorgen, dat zulks «stiptelijk worde nagekomen.» Wat wordt hier bedoeld met criminele regtbanken, die nergens in de wet bekend zijn. Welke zin moet aan die woorden dan worden gehecht? Moet de plaatselijke regter er onder worden verstaan, waarvan vroeger gesproken werd? Mr. OPZOOMER zegt in zijne voorrede voor de aantekening op de wet houdende Algem. Bep., «men komt er spoedig toe «om reeds aan onnauwkeurigheid, aan de noodzakelijkheid van verandering te denken, waar men nog «peinzen moest over het regt verstand van het bestaande.» Elders (1) roept hij den uitlegger toe: «Keer de bladzijde om, en lees ook wat er nog meer in de wet geschreven is.»

Gelukkig, dat wetsbepalingen als die wij beschouwden door weinig anderen worden geëvenaard, zeker door geene worden overtroffen in eene duisterheid, waarvoor het aangegeven middel zoo weinig kan baten.

(1) *Aant. op de wet houdende A. B.*, pag. 67.

---

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Is het, om tot de regtsvordering van art. 1303 B. W. bevoegd en ontvankelijk te zijn, een vereischte dat de eischer van zijne zijde bereids aan de hem door de overeenkomst opgelegde verplichtingen voldaan, of althans de voldoening daaraan aangeboden hebbe?* — door Mr. J. A. FRUIN, Advocaat te Rotterdam.

In het begin van dit jaar had ik de eer voor de Arrondissements-Regtbank mijner woonplaats te pleiten in de bekende zaak van den Heer P. te 's Gravenhage, eischer, tegen den Heer R., boekhandelaar te Schiedam en uitgever van het *Dames-Weekblad*, gedaagde. Het feitelijke der quaestie kwam hierop neder. Op den 1 Februarij 1856 was door partijen eene overeenkomst gesloten, waarbij de gedaagde zich verbonden had om in de eerste week der maand April van dat jaar en voorts geregeld eenmaal 's weeks tot op het einde van Junij daaraanvolgende uit te geven «eene *Dames-Courant*, wat formaat en letter betref, geheel overeenstemmende met den *Spectator* van den ouden Heer SMITS». Van deze *Dames-Courant* zou de redactie, zoolang de uitgave niet werd gestaakt, blijven opgedragen aan den Heer P., tegen een zeker honorarium gedurende de maanden April, Mei en Junij 1856, terwijl, indien tegen het einde van gezegde drie maanden mogt blijken, dat het blad geene 250 geabonneerden telde en ook weinig op advertentiën kon rekenen, het den gedaagde zou vrijstaan de uitgave te staken of voort te zetten. Mogt de uitgave met ultimo Junij 1856 niet worden gestaakt, dan zou eene nieuwe overeenkomst voor een jaar tusschen partijen worden aangegaan, waarbij het honorarium van den Heer P., overeenkomstig reeds bij het oorspronkelijk contract in de hoofdtrekken omschreven beginselen, op nieuw zou

worden geregeld. Van zijne zijde had de eischer zich verbonden om steeds zorg te dragen voor eene toereikende hoeveelheid copij en de tijdige verzending daarvan.

Dat dit de hoofdinhoud was der overeenkomst van 1 Februarij, was tussehen partijen in confesso. Maar nu beweerde de eischer (voor wien ik opkwam), dat de gedaagde na ultimo Junij 1856, (in strijd met een door hem op 1 Julij daaraanvolgende aan den eischer toegezonden berigt) geregeld eenmaal 's wecks, ofschoon dan ook onder den gewijzigden titel van *Dames Weekblad*, zou hebben voortgezet de uitgave van « eene *Dames-Courant*, wat formaat en letter betref, geheel overeenstemmende met den *Spectator* van den ouden heer SMITS »; en vorderde, aangezien de gedaagde, ofschoon bij deurwaarders-exploit daartoe behoorlijk gesommeerd, weigerachtig was gebleven om met hem (eischer) eene nieuwe overeenkomst aan te gaan, ontbinding der overeenkomst van 1 Februarij 1856 met vergoeding van kosten, schaden en interessen. De gedaagde bestreed die vordering op verschillende gronden, o. a. bewerende:

1°. dat de uitgave der *Dames-Courant*, in het contract van Februarij omschreven, werkelijk door hem met ultimo Junij daaraanvolgende gestaakt was;

2°. dat, aangezien hem door den eischer na 2 Julij geene copij meer was toegezonden noch aangeboden, deze van zijnen kant niet aan zijne contractuele verplichting voldaan had, *en dus in allen gevalle onbevoegd was om de ontbinding der overeenkomst te vorderen.*

Bij de mondelinge voordragt werd dit laatste argument door den raadsman des gedaagden, mijn' hooggeachten confrère Mr. K. A. POORTMAN, met de hem eigen scherpzinnigheid ontwikkeld, en door mij slechts zeer ter loops bestreden, omdat ik, ofschoon ook in abstracto mij geenszins met de stelling des gedaagden vereenigende,

van meening was, dat zij althans in casu alle toepassing missen moest. Ik beweerde namelijk dat de eischer, die, zooals in confesso was, gedurende de maanden April, Mei en Junij aan zijne verpligting tot tijdige verzending van de vereischte hoeveelheid copij behoorlijk voldaan had, na dien tijd daartoe niet meer gehouden was. Met ultimo Junij, d. i. na verloop van den tijd, gedurende welken de gedaagde zich tot uitgave der *Dames-Courant* verbonden had, bestond er, zoo de uitgave werd voortgezet, geene andere verbindtenis meer dan die tot het aangaan eener nieuwe overeenkomst, waarbij de wederkeerige verpligtingen van uitgever en redacteur voor het vervolg natuurlijk op nieuw zouden geregeld worden. Desniettegenstaande had de eischer ook na ultimo Junij nog copij aan den gedaagde doen toekomen, maar die was hem op 1 en 2 Julij met herhaalde verzekering, dat de uitgave van het blad niet werd voortgezet, onmiddellijk teruggezonden. De eischer had dus reeds meer gedaan dan waartoe hij verplicht was, en er bestond voor hem niet de minste reden, om, toen hij later bespeurde, dat de uitgave van het blad niet gestaakt was, bij de sommatie tot het aangaan eener nieuwe overeenkomst, aanbod te doen van iets, waartoe hij zich eerst bij die nieuwe overeenkomst de verpligting voor het vervolg zou kunnen zien opleggen.

Ik had het genoegen die meening ook door de Regtbank te zien aannemen. Deze toch wees den eischer zijne vordering in haar geheel toe en besliste (1):

1°. dat de uitgave der *Courant*, waarover het proces liep, na ultimo Junij door den gedaagde was voortgezet; en

2°. dat, *hoezeer het aannemelijk was met den gedaagde, dat, om tot de regtsvordering tot onthinding der overeenkomst bevoegd en ontvankelijk te zijn, vereischt*

(1) Zie het vonnis d. d. 15 April 1857, in *Weekbl.* n°. 1869.



*wordt, dat men van zijne zijde in de nakoming van zijne wederkeerige verpligting niet achterlijk of in gebreke geweest zij, dat beginsel evenwel in casu of in de gegeven omstandigheden alle toepassing miste.*

Ik heb, zoo als van zelf spreekt, alle reden om met het vonnis der Rotterdamsche Regtbank te vreden te zijn, en het is dan ook alleen de als het ware in parentheses daarbij aannemelijk verklaarde stelling van den gedaagde, waartegen ik het waag eenige bedenkingen in het midden te brengen. Ik ben niet overtuigd, dat de eischer, om in zijne regtsvordering tot ontbinding der overeenkomst ontvankelijk te zijn, vooraf aan zijne wederkeerige verpligting voldaan of zich tot voldoening daaraan bereid verklaard moet hebben (2). Ik was daarvan niet overtuigd na het scherpzinnig betoog van Mr. POORTMAN, en het is te begrijpen, dat eene geheel van redenen ontbloote beslissing der Regtbank mij, behoudens allen eerbied voor haar verlicht oordeel, niet tot andere gedachten heeft kunnen brengen. De quaestie is in allen gevalle, dunkt mij, een opzettelijk onderzoek overwaardig.

Volgens de artt. 1302, al. 1, en 1303 B. W., wordt de ontbindende voorwaarde altijd voorondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, ingeval eene der partijen aan hare verpligting niet voldoet. Diegene, te wiens opzigte de verbindtenis niet is nagekomen, heeft alsdan de keus om of de andere partij, indien zulks mogelijk is, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken of hare ontbinding te vorderen met ver-

(2) Ik formuleer de quaestie liever aldus, vooreerst omdat zij gewoonlijk zoo door de auteurs gesteld wordt, ten andere omdat van een *in gebreke zijn* des eischers, die nooit door den gedaagde tot nakoming zijner verpligtingen gesommeerd was geworden, in casu eigenlijk geen sprake kon zijn.

goeding van kosten, schaden en interessen. Wat nu de Rotterdamsche Regtbank en reeds vroeger de Hooge Raad (3) voor de laatste dezer beide regtsvorderingen als vereischte heeft aangenomen, moet natuurlijk, om consequent te zijn, ook op de eerste worden toegepast. Dit is dan ook, voor zoo ver ik weet, door alle schrijvers geschied die de leer der Regtbank zijn toegedaan. Volgens hen kan men niet alleen niet tot ontbinding der overeenkomst, maar evenmin tot hare nakoming ageren, indien men niet vooraf zelf aan zijne verplichting voldaan of ten minste zich tot voldoening daaraan bereid verklaard heeft (4). Zoo als ik zeide, ik acht dit op het standpunt dier schrijvers volkomen consequent, maar heb natuurlijk tegen hunne stelling dezelfde bedenkingen als tegen die der Rotterdamsche Regtbank. Zoowel de eene als de andere is, naar mijne overtuiging, met den geest van het hedendaagsche regt in lijnregten strijd en alleen aan de verkeerde toepassing van verouderde Romeinsche regtsbeginselen haren oorsprong verschuldigd. Ik wil trachten dit zoo kort mogelijk aan te toonen.

Ééne opmerking vooraf.

Wat in de aangehaalde artikelen omtrent de wederkeerige overeenkomsten in het algemeen wordt geleerd, vinden wij later, in de artt. 1516 en 1553 B. W. met betrekking tot koop en verkoop, terug. Behalve de gewone actiën, waarmede de contrahenten elkander over en

(3) Arrest van 30 December 1842, in strijd met de conclusiën van den Advokaat-Generaal VAN MAANEN, bij v. d. HONERT, *B. R.*, dl. IV, bl. 172 en volg.

(4) POTHIER, *du Louage*, n°. 406. « Dans les contrats synallagmatiques, s'il n'y a convention contraire, l'un des contractans, qui ne s'est pas encore acquitté, ou qui n'est pas prêt à s'acquitter de l'obligation qu'il a contractée, n'est pas reçu à demander que l'autre s'acquitte de la sienne. » Zie ook Mr. v. d. BRUGGEN, in de *Bijdr. tot R. en W.*, dl. XII, bl. 97 en volg.

weder tot nakoming van hunne verpigtingen dwingen kunnen, wordt hun daar, met verwijzing naar art. 1302 en 1303, ook het regt om, bij niet nakoming door eene der partijen, de vernietiging der overeenkomst te vorderen uitdrukkelijk toegekend (5). En hierin stemt onze wet met den Code Civil overeen: zie de artikelen 1184, 1610, 1654, 1655, 1656. Ook daar wordt wat het eerstgenoemde artikel voor de *contrats synallagmatiques* zonder onderscheid vaststelt, later bij het *contrat de vente* nog eens in bijzonderheden herhaald. Onze wetgever was alleen maar minder uitvoerig dan de Fransche; hij begreep, zonder geheele overneming der noodelooze herhalingen van den Code, met eene enkele verwijzing naar het voorschrift van art. 1302 en 1303 B. W. te kunnen volstaan, en zelfs deze zou, volgens den heer BEELAERTS VAN BLOKLAND, overtollig zijn geweest, «in-  
«dien men daaraan niet had willen verbinden de uit-  
«zondering wegens den verkoop van levensmiddelen en  
«roerende goederen, in art. 1554, overeenstemmende  
«met art. 1617 C. N., voorkomende (6). »

Ik wil de juistheid dezer opmerking volstrekt niet betwisten: ik geloof inderdaad, dat, nu eenmaal het beginsel van art. 1303 B. W. vast stond, men het voorschrift van de artt. 1516 en 1553, dat niet anders is dan de toepasselijkverklaring van dat algemeene beginsel op eene bijzondere wederkeerige overeenkomst, gerustelijk had kunnen achterwege laten. Maar toch bestond er voor die herhaling een historische grond. Immers, hoezeer de bepalingen der aangehaalde artikelen (1303, 1516 en 1553 B. W.) naar ons regt volkomen op

(5) Wel is waar spreekt art. 1303 van *ontbinding*, de artt. 1516 en 1553 van *vernietiging* der overeenkomst, maar uit de verwijzing naar art. 1303 reeds is duidelijk, dat op beide plaatsen dezelfde regtsvordering bedoeld wordt.

(6) ASSER, bl. 519; VOORDUIN V, bl. 187.

hetzelfde neêrkomen, zijn zij ontegenzeggelijk uit geheel verschillende Romeinsche regtsbeginselen afgeleid. Dit onderscheid mag nu door de commentatoren, misschien zelfs ook door de opstellers van den Code en van ons Burgerlijk Wetboek uit het oog zijn verloren, het is echter zóó wezenlijk, dat wij, om de aan het hoofd van ons opstel geplaatste vraag met juistheid te kunnen beantwoorden, beide regtsvorderingen, die tot vernietiging van koop en verkoop en die tot ontbinding der overige wederkeerige overeenkomsten afzonderlijk zullen moeten beschouwen. Maar niet alleen met het oog op de regtsvorderingen tot ontbinding der overeenkomst, ook met het oog op die tot hare nakoming, is die afzonderlijke beschouwing noodig. In het Romeinsche regt toch (waarvan de invloed op het onze bij *deze* regtsvraag wel niet betwist zal worden), zijn de actiën waarmede partijen elkander over en weder tot voldoening aan hare verplichtingen kunnen noodzaken, bij koop en verkoop, ten gevolge der bijzondere natuur van het contract waaruit zij ontstaan, geheel verschillend van die der meeste overige wederkeerige overeenkomsten. Wij dienen natuurlijk ook dit onderscheid in acht te nemen, en zullen alzoo, alvorens wij over de quaestie die ons bezig houdt een juist oordeel kunnen vellen, eerst zoowel bij de regtsvorderingen tot nakoming als bij die tot ontbinding van het koopcontract afzonderlijk eenige oogenblikken hebben stil te staan.

I.

*De actiën tot nakoming en die tot vernietiging  
der overeenkomst van koop en verkoop.*

Van eene vernietiging of ontbinding der overeenkomst van koop en verkoop op grond dat eene der partijen

niet aan hare verplichting voldaan heeft, weet het Romeinsche regt niet (7), ten zij een daartoe strekkend beding uitdrukkelijk aan de overeenkomst is toegevoegd, waarover straks nader. Wanneer dit niet is geschied, ontstaan er uit het koopcontract geene andere actiën, dan die waarmede partijen van elkander de nakoming der overeenkomst vorderen kunnen. De hoofdverplichting van den verkooper bestaat, zoo als bekend is, in de levering van de verkochte zaak, die van den kooper in de betaling van den bedongen prijs, en tot voldoening aan die wederkeerige verplichtingen kunnen de contractanten elkander over en weder met de actiones *empti* en *venditi* noodzaken. Maar nu leeren ons de Juristen — en dit schijnt de door ons bestreden stelling bij den eersten blik geen geringen schijn van waarheid bij te zetten — dat de kooper om in zijne actie tot levering ontvankelijk te zijn, van zijne zijde althans aanbod der koopsom moet doen (8), en omgekeerd dat ook de verkooper, zoo hij zijne actie tot betaling niet door eene exceptie wil zien afwijzen (9), beginnen moet met te leveren of althans met de levering aan te bieden (10). Bij naauwkeuriger onderzoek blijkt het evenwel, dat deze voorschriften eenvoudig koop en verkoop *als zoodanig* betreffen en met zijn karakter van *wederkeerige over-*

(7) l. 8 Cod. de contr. empt. et vend. (4. 38). « Actio tibi pretii, non eorum quae dedisti repetitio competit. » — l. 14 Cod. de rescind. vend. (4. 44) « non ex eo quod emptor non satis conventioni fecit, contractus irritus constituitur. »

(8) l. 13 § 3 D. de action. empti et vend. (19. 1) « Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur. »

(9) l. 25 D. eod. « Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est. » Verg. GAIUS. IV § 126.

(10) WESTENBERG ad h. T. § 25; CUIACIUS ad l. 25 D. laud. « Venditor igitur qui pretium petit offerre debet rem, et ex diverso emptor qui rem petit offerre debet pretium. » VOET ad *Pand.* de act. empti et vend. n°. 23. Verg. ook l. 17 D. de per. et comm. rei ven. l. (18. 6.)

*eenkomst* niets te maken kunnen hebben. Zij berusten uitsluitend op overwegingen van billijkheid. Het koopcontract immers behoort tot de *contractus qui consensu perficiuntur*; het is eene dier « bevoorregte overeenkomsten, bij wie de toestemming van partijen bij uitzondering contract maakt » (11), en die derhalve noch aan eenigen uitwendigen vorm der wilsverklaring, noch eerst aan de werkelijke prestatie van eene der partijen den grond harer verbindbaarheid ontleenen. Zoodra de *consensus* aanwezig is, is de overeenkomst voltrokken, de verplichtingen van beide partijen nemen oogenblikkelijk een aanvang, en deze zijn onafhankelijk van elkander verbonden.

Het is duidelijk dat bij zulke contracten, de eene contrahent zich niet aan de nakoming der overeenkomst onttrekken kan, omdat de andere nog niet aan zijne verplichting voldaan heeft. Immers de oorzaak der verbindtenis, wij zagen het reeds, ligt voor beide niet in de prestatie der andere partij, maar in de overeenkomst zelve, en die behoudt natuurlijk hare volle kracht, al wordt er ook van ééne zijde niet aan voldaan. Ieder der contrahenten kan dus, onverschillig of hij zelf al dan niet aan zijne verplichting voldaan heeft, den ander in regten roepen en tot nakoming der overeenkomst noodzaken, gelijk hij op zijne beurt door zijn' medecontrahent daartoe gedwongen worden kan.

Nu spreekt het echter van zelf dat door den wil der partijen of door de wet in deze anders algemeen geldende beginselen wijziging kan worden gebracht. Men kan, hoezeer de verplichtingen der beide contrahenten, zoodra de overeenkomst gesloten is, gelijktijdig een aanvang nemen, bepalen, dat de uitvoering aan de eene zijde die aan de andere zal moeten voorafgaan of wel dat beide op hetzelfde oogenblik zullen plaats hebben.

(11) Mr. KAPPYNE, in *Themis*, 2de Verz. IV bl. 262.

En dit was in het Romeinsche regt nu juist bij koop en verkoop het geval. Men kon overeenkomen nu eens dat de prestatie van den koper die van den verkooper, dan weder dat de praestatie van den laatsten die van den eersten vooraf zou gaan (12). Maar indien hieromtrent niets bedongen was, leeren de Juristen dat toch de eene partij de andere niet tot voldoening aan de overeenkomst kon noodzaken, of zij moest daaraan vooraf zelve voldaan, ten minste zich tot die voldoening bereid verklaard hebben. Wilde dus de verkooper den koper tot betaling aanspreken, dan moest hij, zoo niet anders bepaald was, vooraf geleverd hebben of wel zich daartoe bereid betoonen: anders kon hij door den koper *exceptione rei venditae sed nondum traditae* worden afgewezen. En omgekeerd, indien de koper levering van de verkochte zaak eischte, moest hij zijne vordering minstens van een aanbod tot betaling der koopsom vergezeld doen gaan; want tot op die betaling, zegt ULPIANUS, «is de verkoper regtens bevoegd de verkochte zaak als pand «onder zich te houden.» (13) Het is, dunkt mij, reeds uit dezen grond, dien de Jurist voor zijne beslissing aanvoert, duidelijk, dat hier niet aan een algemeenen, voor alle bilaterale contracten geldenden regel te denken valt. Het is eene uitzondering, alleen wegens redenen van billijkheid en met het oog op de bijzondere natuur der handeling die het onderwerp der overeenkomst van koop en verkoop uitmaakt, door ULPIANUS en de overige Juristen aangenomen. De regel derhalve, dat in de wederkeerige consensuele contracten de eene partij tegen de andere tot uitvoering der overeenkomst ageren kan, zonder haar nog zelve uitgevoerd of aanbod van uitvoering gedaan te hebben, behoudt zijne volle kracht

(12) GAIUS IV. § 126.

(13) l. 13 § 3 laud. D. de act. empt. et vend. (19. 1). «Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.»

en moet gelden, zoo dikwijls niet de wet of partijen zelve uitdrukkeijk het tegendeel bepaald hebben, of dit stilzwijgend in de overeenkomst ligt opgesloten (14).

Voor wij deze beginselen des Romeinschen regts op het onze toepassen, willen wij eerst nog eenige oogeblikken stilstaan bij de actie tot vernietiging der overeenkomst van koop en verkoop, in geval eene der partijen niet aan hare verpligting voldoet.

Zoo als wij boven gezien hebben, heeft eene zoodanige vernietiging in het Romeinsche regt alleen dan plaats, wanneer men daaromtrent bij het sluiten van het contract uitdrukkelijk is overeengekomen. Dit nu geschiedt door middel van de *clausula* of *lex commissoria*, een zoogenaamd *pactum ex continenti contractui bonae fidei adiectum*, waarbij men bedingt dat, wanneer eene der partijen niet te regter tijd aan hare verpligting voldoet, zij ipso jure haar regt uit de overeenkomst verliezen, en de andere partij derhalve niet langer door die overeenkomst gebonden zijn zal. Ofschoon men vrij algemeen beweert dat dit *pactum* bij alle wederkeerige overeenkomsten, met wier regtskarakter het bestaanbaar is, kan voorkomen (15), vinden wij er in de bronnen echter alleen in verbinding met het koopcontract melding van gemaakt, en daarbij heeft het dan de bepaalde strekking, dat, indien de koper den koopprijs niet op den bepaalden tijd voldoet, de verkooper des verkiezende den koop als vervallen kan beschouwen (16). Zijn partijen niet anders overeengekomen, dan werkt de *lex commissoria* als ontbindende voorwaarde, en geeft als de koper in gebreke is, (en

(14) Mr. VAN DER BRUGGHEN t. a. p.

(15) SCHILLING, Institut. III § 333.

(16) l. 2 D. de lege comm. (18. 3). «Cum venditor in lege fundi ita caverit, si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum esse velit»



dit is hij door op den bepaalden tijd geen aanbod van betaling te doen, (17)) den verkooper het regt om de verkochte zaak met alle vruchten en inkomsten en met vergoeding der aan haar toegebragte schade terug te vorderen (18). Daartoe heeft deze nu eens de *reivindicatio*, dan weder de *ex vendito actio*, al naar mate het de bedoeling van partijen geweest is, dat de eigendom der verkochte zaak van regtswege tot den verkooper zal wederkeeren, of de kooper zich eenvoudig tot terug-gave verbonden heeft. (19)

Aan deze regtsbeginselen zijn, naar mijne overtuiging, de bepalingen der artt. 1610 en 1654 van den Code en derhalve ook van onze artt. 1516 en 1553 haren oorsprong verschuldigd. Mogen zij ook thans te regt als een noodzakelijk gevolg van art. 1184 C. C. (ons art. 1302) worden beschouwd, oorspronkelijk beteekenen zij niets anders dan dat, naar het nieuwe Fransche regt, en dus ook naar het onze, koop en verkoop altijd geacht wordt met de *clausula commissoria*, ten voordeele van beide partijen, te zijn aangegaan. Wel is waar, moet die *clausula* in het Romeinsche regt uitdrukkelijk aan de overeenkomst worden toegevoegd, terwijl onze wet haar ook, zonder dat dit geschied is, stilzwijgend aanneemt; wel laten de Romeinsche juristen haar, zooveel wij uit de bronnen kunnen opmaken, uitsluitend ten voordeele van den verkooper toe, en geeft onze wet daarentegen aan elk der partijen de bevoegdheid, om, wanneer de andere partij niet aan hare verplichting voldoet, de overeenkomst te doen vernietigen; wel heeft die vernietiging

(17) l. 4. § 4. D. eod. «MARCELLUS dubitat, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat an vero si non obtulerit. Et magis arbitrator offerre eum debere.»

(18) l. 1, l. 4. pr., l. 5. D. eod.

(19) l. 4 pr. D. eod., l. 3 Cod. de pact. int. empt. et vend. (4. 54). SCHILLING t. a. p. ij). en II § 173. Zusatz I.

in het Romeinsche regt ipso jure plaats, en in het onze alleen ten gevolge van een regterlijk vonnis, maar desniettegenstaande is onze vernietiging van het koopcontract niets anders dan de gewijzigde *lex commissoria* der Romeinen (20). In het oude Fransche regt golden dan ook de Romeinsche beginselen omtrent die *lex commissoria* in hunne oorspronkelijke zuiverheid: «Le pacte commissoire est une clause ou convention», zegt POTHIER (21), «qui s'insère quelquefois dans les contrats de vente, par la quelle les parties conviennent que si l'acheteur ne paie pas le prix dans un certain temps limité, le contrat sera résolu», en in de volgende § erkent hij, dat die *résolution* in het Romeinsche regt ipso jure plaats had. Nergens leert hij dat volgens dat regt een dergelijk pactum ook voor het geval dat de *verkooper* in gebreke bleef aan zijne verplichtingen te voldoen aan de overeenkomst kon worden toegevoegd. Integendeel reeds uit zijne boven aangehaalde definitie der *clausula commissoria* blijkt overtuigend, dat hij de zaak goed had ingezien. Maar op meer dan eene plaats ontwikkelt hij breedvoerig hoe het Fransche regt allengskens van het Romeinsche is afgeweken. «Par le droit romain», zegt hij (22), «le pacte commissoire était censé avoir opéré de plein droit la résolution du contrat de vente, lorsque l'acheteur

(20) TROPLONG, Vente n°. 622, schijnt, bij den eersten opslag, deze meening te bestrijden en te leeren, dat de vernietiging van het koopcontract naar het nieuwe regt niets meer is dan een gevolg van den in art. 1184 C. C. voorkomenden algemeenen regel. Maar eigenlijk waarschuwt hij alleen tegen de ongerijmde stelling (zoover ik weet door niemand verdedigd) dat de Romeinsche *lex commissoria* en de *clause résolutoire* van het Fransche regt in hare gevolgen dezelfde zijn.

(21) Vente n°. 459. Zie ook ARGOU, Instit. au Droit franc. L. III. ch. XXIII. p. 238.

(22) Vente n°. 460.

*Themis*, D. IV, 3de St. [1857].

n'avait pas payé dans le temps porté par la convention. Selon notre jurisprudence le pacte commissoire n'opère pas de plein droit la résolution du contrat par défaut de paiement dans le temps limité, il donne seulement au vendeur, en ce cas, une action pour demander la résolution du contrat.» En verder (23), na betoogd te hebben, dat het Romeinsche regt zonder uitdrukkelijk beding van eene dergelijke vernietiging der overeenkomst niet wist) zegt hij: « Ces principes ont été autrefois suivis dans notre pratique française, comme il paraît par ce qu'en disent DESPEISSES et les auteurs par lui cités. Mais comme le plus souvent on ne peut sans de grands frais se faire payer de ses débiteurs, on a été obligé de se déporter dans les tribunaux de la rigueur de ces principes et l'on admet un vendeur à demander la résolution du contrat de vente pour cause de défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissoire.» Weinige regels verder eindelijk leert hij, dat, volgens het Fransche regt, ook voor het geval, dat de verkooper niet aan zijne verplichting voldoet, eene vernietiging der overeenkomst, zelfs zonder eenig voorafgaand beding mogelijk is. « A l'égard de toutes les autres obligations soit du vendeur soit de l'acheteur, c'est par les circonstances qu'on décide si leur inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat.» (24) Nog ééne schrede verder, en men komt van zelf tot het beginsel, dat in de artikelen 1617 en 1654 C. G.

(23) Vente § 476.

(24) DOMAT, *les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, stemt geheel met POTHIER overeen. Ook hij leert dat de *lex commissoria* naar het Fransche regt niet ipso jure de overeenkomst vernietigt (L. I Tit. II Sect. 12 n. 12 en T. I Sect. 4 n. 13), dat zij stilzwijgend bij het koopcontract ondersteld wordt (L. I Tit. II Sect. XII n. 13), en dat zij ook mogelijk is voor het geval: « que le vendeur manque de délivrer.» (L. I Tit. II Sect. II n. 19).

voor het nieuwere Fransche regt en in de artt. 1516 en 1553 B. W. voor het onze is vastgesteld, en daar kwam men toe nog vóór de ontbinding bij niet nakoming der overeenkomst voor alle contracten als regel was aangenomen.

In menig belangrijk opzigt derhalve verschilt het nieuwe regt van het Romeinsche. Maar, behoudens deze door de wet zelve aangewezen wijzigingen, zijn voor het overige de door de klassieke juristen ontwikkelde beginselen mijns inziens zoowel op onze actiën tot nakoming als op die tot ontbinding der overeenkomst van koop en verkoop van toepassing. Ook naar ons regt moet de koper, om in zijne vordering tot levering tegen den verkooper ontvankelijk te zijn, zeer zeker vooraf den bedongen prijs betaald of ten minste aanbod van betaling gedaan hebben. Immers, volgens art. 1514 B. W., is de verkooper, althans zoo hij geen uitstel van betaling heeft toegestaan, niet verplicht het goed te leveren, indien de koper den koopprijs niet betaalt. Te regt is opgemerkt dat aan deze bepaling hetzelfde beginsel als aan de boven aangehaalde l. 13 § 8 D. *de act. empt. et vend.* ten grondslag ligt, te weten dat den verkooper hier als het ware een regt van pand of terughouding is toegekend (25). En omgekeerd geloof ik dat, ofschoon de verkochte zaak, indien zij in een zeker en bepaald voorwerp bestaat, van het oogenblik van den koop, al heeft ook de levering nog geene plaats gehad, voor rekening van den koper is, de verkooper evenwel, indien hij den prijs wil invorderen, die vordering van een aanbod tot levering zal moeten vergezeld doen gaan (26).

Ook bij de actie tot vernietiging der overeenkomst

(25) DIEPHEUS, dl. VII n. 112.

(26) Vg. art. 1496 B. W. en DIEPHEUS VII n. 291: «Voor het overige behoeft natuurlijk ook de koper niet te betalen, zoolang de verkooper het goed onder zich behoudt.»

moeten wij mijns inziens hetzelfde aannemen. Aan het Romeinsche regt kunnen wij voor deze meening natuurlijk geene gronden ontleenen, omdat de *lex commissoria* daar altijd vooronderstelt, dat de verkochte zaak reeds in het bezit van den koper gesteld is, en derhalve de partij, die zich van dat pactum bedienen kan, bereids aan hare verplichting (die tot levering) voldaan heeft. Maar hoezeer dit laatste naar ons regt niet van zelf spreekt, geloof ik toch dat de partij, die tegen de andere tot vernietiging ageren wil, zich minstens bereid moet verklaren om van hare zijde de overeenkomst na te komen. Dezelfde redenen van billijkheid, die in het Romeinsche regt dit beginsel voor de *actiones empti* en *venditi* deden aannemen, pleiten er voor, om het bij ons ook op de actie tot vernietiging toe te passen.

Wij komen alzoo tot het resultaat, dat men naar ons regt om in de actiën tot nakoming en in die tot ontbinding van het koop-contract ontvankelijk te zijn, inderdaad vooraf zelf aan de overeenkomst voldaan of zich ten minste tot voldoening daaraan bereid verklaard moet hebben. Maar, ik herhaal het, dit geldt alleen bij koop en verkoop, en berust uitsluitend op overwegingen van billijkheid, aan de bijzondere natuur van den koop als regtshandeling ontleend. Uit zijne natuur van wederkerige overeenkomst is het met geene mogelijkheid af te leiden. Integendeel had de wet het beginsel niet uitdrukkelijk vastgesteld, dan zou men het evenmin voor het Romeinsche als voor ons regt kunnen aannemen. Want daar het koop-contract door de bloote wilsovereenstemming der partijen voltrokken wordt, en van dat oogenblik de wederzijdsche verplichtingen geheel onafhankelijk van elkander een aauvang nemen, is er natuurlijk geene prestatie van de eene zijde noodig om de overeenkomst ook aan de andere zijde verbindend te

maken. De oorzaak der verbinding ligt voor beide contrahenten uitsluitend in de overeenkomst zelve.

## II.

### *De actiën tot nakoming en die tot ontbinding der overige wederkeerige overeenkomsten.*

Wij hebben gezien, dat in het Romeinsche regt eene ontbinding der wederkeerige overeenkomsten door de *lex commissoria* alleen, wanneer men haar uitdrukkelijk bedongen had, en dan nog maar uitsluitend bij het koopcontract mogelijk was (27). Evenwel vond het beginsel der ontbinding, voor het geval dat een der contrahenten in gebreke bleef aan zijne verpligting te voldoen, bij eene bepaalde soort van overeenkomsten, ook zonder de *lex commissoria* erkenning. Ik bedoel de zoogenaamde *naamlooze contracten*, *quorum nullae jure civili proditae sunt appellationes*. Maar bij deze had die ontbinding een geheel bijzonderen grond, die alleen uit de historische ontwikkeling dier contracten verklaarbaar is, en bij alle andere overeenkomsten, die niet volkomen hetzelfde regtskarakter hadden, noodzakelijk buiten toepassing blijven moest.

Het is bekend, dat, naar het Romeinsche regt eigenlijk alleen de formele contracten (*verborum* en *litterarum obligatio*), dat zijn dezulke die, met inachtneming van een bepaalden uitwendigen vorm, waaraan zij dadelijk herkend konden worden, waren aangegaan, volkomen regtskracht bezaten en eene actie deden geboren worden. Al de overige overeenkomsten, die niet met in-

(27) Dat de *lex commissoria* ook bij andere contracten kan voorkomen, wordt onder anderen ook door SCHILLING (t. a. p. § 333 d.) beweerd, maar hij zelf erkent toch, dat het «sich nicht durch Quellenzeugnisse belegen lässt.»

achtneming van dien door het Jus Civile voorgeschreven vorm waren aangegaan (*juris gentium conventiones*), bragten geene actie voort: zij waren *nuda pacta* en gaven eene exceptie (28). Op dezen regel bestonden evenwel uitzonderingen. Zoo kwam men er reeds vroeg toe om bij eenige overeenkomsten, die gedurig en op dezelfde wijze in het dagelijksch leven voorkwamen (de zoogenaamde *consensuele*) als beginsel aan te nemen, dat de enkele *consensus*, de bloote wilsovereenstemming van partijen genoegzaam was om een deugdelijk bindend contract te maken. Zoo werden ook de zoogenaamde *contractus qui re perficiuntur*, overeenkomsten waarbij de eene contrahent iets aan den anderen gaf, en deze zich dan verbond om het ontvangene later wêer terug te geven, zonder eenige bijkomende formaliteit verbindend verklaard. Men nam daarbij aan, dat het *geven* door de eene partij de *causa obligandi*, de oorzaak der verbindtenis tot teruggave voor de andere was (29). Immers, aldus redeneerde men, « wanneer iets, dat mij toebehoort is overgegaan aan u, zonder dat ik iets genoten heb, dat er voor in de plaats trad en het evenmin aan u heb willen wegschenken, zoudt gij door de aldus verkregene bate te behouden, u zelven ten mijnen koste bevoordeelen. Zoodanige bevoordeeling mag het staatsgezag niet lijdelijk aanzien, en daarom behoort het u te veroordeelen het verkregene weder aan mij uit te keeren.» De oorzaak der verpligting (tot teruggave) ligt alzoo niet, gelijk bij de *consensuele* contracten, in de overeenkomst der partijen, die hier eigenlijk slechts een *nudum pactum* en dus krachteloos is, maar in het geven, «in de omstandigheid, dat hetgeen den eenen toebehoort, zich tijdelijk bevindt in den eigendom

(28) Verg. VON SAVIGNY, *Obligationenrecht*, II § 72.

(29) PUCHTA, *Instit.* III § 272.

van den anderen.» (30) Bij eene verdere en volledigere ontwikkeling van het regt werd op dienzelfden grond ook nog aan andere overeenkomsten, die in de hoofdtrekken met de eigenlijk gezegde reële overeenstemden, verbindende kracht toegekend. Men kwam daartoe door de volgende redenering. Wanneer iemand iets aan een ander geeft met het doel en onder beding, dat deze niet diezelfde zaak later terug geven maar op zijne beurt daarvoor iets anders in de plaats geven zal, dan bevoordeelt zich de laatste, zoo hij die verbindtenis niet nakomt, natuurlijk evenzeer ten koste van den eersten, als in het zoo even gestelde geval. Het staatsgezag moet daarom ook hier tusschenbeiden treden, en of den ontvanger veroordeelen om de beloofde contra-prestatie te doen, of aan de partij, die reeds gegeven heeft, de bevoegdheid verleenen om, indien de contra-prestatie niet volgt, het gegevene terug te nemen. In den beginne, toen het Romeinsche regt dergelijke overeenkomsten nog niet als verbindende contracten beschouwde (31), was het eerste natuurlijk niet mogelijk. Men nam daarom zijne toevlugt tot het tweede hulpmiddel, en gaf den oorspronkelijken gever, wanneer het door het verloop van den voor de contra-prestatie bepaalden tijd of uit andere omstandigheden duidelijk geworden was, dat deze geen plaats meer zou hebben, de *condictio causa data causa non secuta* om het gegevene terug te vorderen (32). In vervolg van

(30) De aangehaalde woorden zijn ontleend aan het reeds door mij genoemde betoog van Mr. KAPPEYNE, bl. 250. Ik geloof met hem, dat de gevallen dat iets door enkele levering wordt uitgegeven in bruikleen, in bewaring of in pand, ofschoon zij mede onder de reële contracten begrepen worden, daartoe in den eigenlijken en strikten zin des woords niet behooren.

(31) WINDSCHEID, *Zur Lehre der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, p. 278; PUCHTA t. a. p. blz. 95.

(32) KAPPEYNE t. a. p. blz. 265; PUCHTA t. a. p. blz. 95; SCHIL-



tijd werd het beginsel nog verder ontwikkeld, en aangenomen dat zoowel de prestatie van de eene partij als de contra-prestatie van de andere niet uitsluitend in een *geven* (*dare*) maar ook in een *doen* (*facere*) bestaan kon (33). « Eene verrigte daad kon natuurlijk wel niet *in natura* teruggevorderd worden », maar, zoo als ULPIANUS van den arbeid eens vrijgelatenen getuigt, « *recipit tamen aestimationem.* » (34)

Eerst veel later begonnen de juristen aan de genoemde overeenkomsten ook *als zoodanig* verbindende kracht toe te kennen. Naar de analogie der *contractus qui re perficiuntur*, erkenden zij dat de contrahent die gepresteerd had, daardoor aan de belofte van den ander om eene contraprestatie te doen, eene oorzaak, eene *civilis causa obligandi* had gegeven, en zij verleenden hem eene actie om die contra-prestatie te vorderen (35). Het was natuurlijk onmogelijk overeenkomsten, die wel in menig opzigt met sommige der consensuele of reële contracten overeenstemden, maar toch daarvan te veel

LING, t. a. p. § 325; WINDSCHEID t. a. p. en in zijne *Lehre von der Voraussetzung* passim. Sommigen, o. a. WINDSCHEID, nemen buitendien nog een *jus poenitendi* aan. het regt om alleen wegens veranderen wil, zoolang de contra-prestatie nog niet gevolgd is, het gegevene terug te vorderen. Voor de quaestie die ons bezig houdt hebben wij de juistheid dezer stelling niet te onderzoeken.

(33) VON SAVIGNY, *Obligationenrecht* II § 73, blz. 209.

(34) L. 26 § 12 D. de Cond. indeb. (12. 6.). SCHILLING § 325, blz. 587, en KAPPEYNE, t. a. p. blz. 266, achten die *condictio* bij de contracten der categoriën *facio ut des* en *facio ut facias* onmogelijk. Ik ben op grond van de l. 1 D. de Cond. sine caus. (12. 7.) en van de aangehaalde l. 26 § 12 D. de cond. indeb. van een ander gevoelen. Ook WINDSCHEID leert (*Zur Lehre der Ungültigk.*, bl. 271) « dass für die Uebernahme von Verbindlichkeiten und für sonstiges Thun dasselbe geltet wie für das Geben. » Zie ook VON SAVIGNY, t. a. p.

(35) « Esti in alium contractum non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. » l. 7 § 2 D. de pactis (2. 14.)

afweken om tot een derzelve gebragt te kunnen worden, bij haren in het oneindige afwisselenden inhoud (PAULUS brengt ze, zoo als bekend is, tot vier categoriën (36)), ieder met een dien inhoud genoegzaam kenmerkenden naam aan te duiden. Men noemde ze daarom *naamlooze overeenkomsten*, *quarum nullae jure civili proditae sunt appellationes*, en de actie, die, zoo als te begrijpen is, geene eigene en vaste formula hebben kon, *in factum civilis* of *praescriptis verbis* (37).

Toen de Juristen deze actie begonnen te verleenen, viel echter de *condictio* bij niet gevolgde contra-prestatie geenszins weg. Beide regtsvorderingen bleven nevens elkander bestaan, en er was ook inderdaad geene reden denkbaar, waarom dit niet het geval zou geweest zijn (38). Van toen af had derhalve de partij, die aan de overeenkomst voldaan had, de keuze om òf de andere tot nakoming harer verpligting te noodzaken òf wel om hetgeen zij zelve gepresteerd had of de waarde daarvan terug te nemen. Het zal echter, na het bovenstaande, wel geen betoog meer behoeven, dat het, zoowel om de eene als de andere actie te kunnen instellen, een noodzakelijk vereischte was, dat men zelf reeds gepresteerd, of met andere woorden, aan de overeenkomst voldaan had. Immers vóór die prestatie was er natuurlijk evenmin iets om terug te vorderen als eene verbindende overeenkomst, wier nakoming men eischen kon.

Ik wil volstrekt niet beweren dat het Fransche regt de

(36) L. 5 § 1 D. de praescr. verbis (19. 5)

(37) SCHILLING, t. a. p. § 324; l. 7 § 2 D. de pactis (2. 14) « ille ait civilem incerti actionem, i. e. praescriptis verbis, sufficere. »

(38) WINDSCHEID, *Zur Ungültigk.* p. 279, 16) beweert wel, dat « nach Aufstellung der *actio praescriptis verbis* eigentlich die *condictio* hätte wegfallen müssen », maar in zijne *Lehre der Voraussetz.* blz. 165, is hij van dat gevoelen terug gekomen.

actie tot ontbinding der wederkeerige overeenkomsten aan de *condictio causa data causa non secuta* der Romeinen ontleend heeft. Integendeel het komt mij waarschijnlijk voor, dat de praktijk die ontbinding, even als bij koop en verkoop, van lieverlede ook bij andere contracten, «selon les circonstances» heeft aangenomen. «Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'exécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous», zegt POTHIER (39), «néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché.» En zoo spreekt ook DOMAT telkens van eene «résolution de la convention, s'il y en a lieu» (40). Maar toen men nu later bij eene meer wetenschappelijke behandeling van het regt de beginselen der praktijk juridiek zocht te regtvaardigen, meende men die regtvaardiging in de leer der Romeinsche juristen omtrent de naamlooze overeenkomsten te vinden. DOMAT onder anderen, wanneer hij op de boven aangehaalde plaats de mogelijkheid eener ontbinding der overeenkomsten op grond van hare niet nakoming door eene der partijen betoogt, beroept zich daarbij op de l. 5 § 1 D. de praescr. verbis, (19.5) waarin PAULUS bepaaldelijk over de naamlooze contracten handelt. Het zou niet moeilijk vallen nog eene menigte dergelijke bewijzen voor onze stelling te leveren, maar ik volsta met mij te beroepen op de autoriteit van TROPLONG. Volgens hem (41) berust inderdaad de actie tot ontbinding van art. 1184 C. C. (ons artikel 1303) op hetzelfde beginsel, als de *condictio ob causam datorum* bij de Romeinsche naamlooze contracten. «On étendit à tous les contrats nommés,» zegt hij, «une règle d'équité

(39) *Traité des Obligations. Partie III Ch. VII n° 672.*

(40) T. a. p., L. I T. I Sect. 3 n° 4.

(41) *Vente, ad art. 1654 n° 162.*

que les Romains avaient restreinte aux contrats *innomés*, et d'après laquelle celui qui donnait une chose pour en toucher une autre qu'il ne recevait pas avait action pour répéter ce qu'il avait livré. Effaçant des subtilités et des raffinements contraires à la simplicité de nos idées, la jurisprudence égala tous les contrats sous un même niveau; tous furent subordonnés à l'empire de la bonne foi.» Ik gun Troplong gaarne zijne ingenomenheid met wat hem eene belangrijke verbetering van het Romeinsche regt toeschijnt, maar het valt mij moeilijk in zijne blijdschap te deelen. Aan die zoogenaamde verbetering zijn wij talloze dwalingen en verkeerde toepassingen der Romeinsche regtsbeginselen verschuldigd, onder anderen voor een deel de leer der *causes des obligations*, waarvan nog onlangs te regt werd getuigd, dat zij, «von Aussen her entlehnt, in der Entlehnung nur halb verstanden und zum Theil geradezu missverstanden», eene verwarring heeft doen ontstaan, die zich nog dagelijks in de praxis gevoelen doet. (42)

Men erkende wel, dat de *condictio* bij de Romeinsche *contractus innominati* uitsluitend op het beginsel berust dat de overeenkomst van partijen, die op zich zelve een nudum pactum is, alleen aan de prestatie der eene partij den grond harer verbindbaarheid ontleent, en dat men, zoo lang het regt die verbindbaarheid niet erkende, dus wel eene *condictio* geven moest, om wanneer de contraprestatie der andere partij niet volgt het gepresteerde terug te nemen. Maar men zag niet in, dat naar het nieuwe regt bijna alle overeenkomsten door de enkele wilsovereenstemming voltrokken worden, en eene *condictio* dus even onmogelijk (43), als eene voorafgaande prestatie der eene

(42) WINDSCHEID, *Zur Ungültigk.* blz. 270.

(43) «Das steht der Condictio im Wege, das zwischen den Par-

partij, als causa der verbindtenis voor de andere, onnoodig is. Men hield bij *alle* contracten aan het Romeinsche beginsel der naamlooze overeenkomsten vast. « En toutes conventions l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre », zegt DOMAT (44), en ook latere schrijvers hebben met hem ingestemd. Toen eenmaal dit hoofdbeginsel vaststond, was het niet meer dan natuurlijk, dat men ook de *condictio* bij alle bilaterale contracten geregvaardigd achtte. En het spreekt van zelf, dat daarmede ook de noodzakelijkheid der stelling, die ik thans bestrijd, voor het Fransche en dus ook voor ons regt erkend was. Berusten onze wederkeerige overeenkomsten op het beginsel der *contractus innominati*, dan is het, naar het boven ontwikkelde, inderdaad een vereischte, niet zoo als men dan zonder grond aanneemt, dat de partij die nakoming of ontbinding der overeenkomst eischt, zich vooraf tot prestatie van hare zijde bereid verklaard, maar dat zij werkelijk aan hare verplichting voldaan hebbe. Van daar ook dat bijna allen, die de meening der Rotterdamsche Regtbank zijn toegedaan, de toepasselijkheid der Romeinsche beginselen omtrent de verbindbaarheid der overeenkomsten voor ons regt pogen te verdedigen (45).

Zij zijn echter, zoo als van zelf spreekt, in die poging niet geslaagd. Bijna niemand twijfelt er tegenwoordig meer aan, dat het Romeinsche systeem in het nienwere Fransche regt en in het onze niet toepasselijk is, en dat, zoo als VON SAVIGNY het uitdrukt, « aus den formlosen Vertrag jeder Theil auf Erfüllung klagen

theien ein zweiseitiger Vertrag abgeschlossen worden ist, aus welchem unmittelbar für jede eine klagbare Verpflichtung entstanden ist. » WINDSCHEID, *Voraussetz.* bl. 162.

(44) L. I Tit. I Sect. 3 n<sup>o</sup>. 2.

(45) Mr. VAN DER BRUGGEN b. v. in de aangehaalde verhandeling.

kan.» (46) Maar als men dit aanneemt, moet men ook consequent zijn en erkennen dat om die uitvoering der overeenkomst te kunnen vragen, geene voorafgaande prestatie van de zijde der eischende partij gevorderd wordt.

En voor de actie tot ontbinding, die men dan niet langer met de Romeinsche *condictio* verwarren mag, kan dit natuurlijk evenmin noodzakelijk zijn. Zij is niets dan eene *actio nova* van het nieuwe regt, die daarin haren grond heeft, dat degene te wiens opzigte de overeenkomst niet is nagekomen, maar die daarom van zijnen kant niet minder verbonden blijft, aan de niet prestatie van den anderen contrahent het regt ontleent om van den regter te vragen dat deze ook hem van de nakoming ontsla. Heeft hij bereids aan zijne verpligting voldaan, dan vraagt hij, na de ontbinding der overeenkomst, het gepresteerde terug, *quia causa propter quam dedit fnita est.* (47).

Het resultaat van ons onderzoek is alzoo voor ons regt hetzelfde, als waartoe wij boven bij de consensuele contracten voor het Romeinsche gekomen zijn. Het is geen vereischte dat men, om in de regtsvordering van art. 1303 B. W. ontvankelijk te zijn, bereids zelf aan zijne contractuele verpligting voldaan of zich tot voldoening daaraan bereid verklaard hebbe. Immers de oorzaak der verbindtenis ligt voor beide partijen in de overeenkomst (48), en of de eene contrahent die nu al niet heeft

(46) VON SAVIGNY, *Obligationenrecht*, II blz. 245.

(47) WINDSCHEID, *Ungültigk.* blz. 279 17).

(48) Niet volkomen duidelijk is mij de meening van Mr. DE PINTO, *Burg. Wetb.*, II, 3de druk, blz. 446: «Wel is waar, in zoodanige overeenkomst bestaat de oorzaak der verbindtenis voor de eene partij in de prestatie van die van de andere, maar die oorzaak is in de overeenkomst zelve gelegen.»

nagekomen, daarom blijft zij toch voor den anderen verbindend, en die ander kan derhalve met hetzelfde regt gedwongen worden om aan zijne verplichtingen te voldoen of de ontbinding van het contract door den regter te hooren uitspreken, als wanneer de eischer begonnen is met zelf aan de overeenkomst te voldoen. Dit beginsel staat vast en daarvan mag niet worden afgeweken, dan alleen wanneer de wet of de verklaarde wil der partijen of eindelijk de aard der overeenkomst er aanleiding toe geeft (49). Maar het spreekt van zelf dat degene, tegen wien tot nakoming of tot ontbinding van het contract geageerd wordt, van zijne zijde, te zijner keuze en reconventioneel eene vordering kan instellen (50).

(49) Het subtiële argument van den H. R. in het aangehaald arrest, dat art. 1302 B. W. slechts spreekt van *eene* der partijen; en dus als *beide* partijen niet aan hare verplichtingen voldoen, de ontbinding niet kan worden uitgesproken, gaat dunkt mij niet op. Ik verwijs, tot wederlegging daarvan, alleen naar het *Exposé des Motifs* van BIGOT DE PRÉAMENEU, op art. 1184 C. C. (bij RONDONNEAU, *Corps de Dr. franç.* II, p. 175), alwaar hij zegt: « dans les contrats synallagmatiques chaque partie n'est présumée s'être engagée que sous une condition résolutoire, dans le cas où l'autre partie ne satisferait point à cet engagement. »

(50) DIEPRUIS, VI n°. 139.

---

ROMEINSCH REGT.

*Bijdragen tot de leer van het vadimonium*, door  
Mr. I. TELTING, advocaat, te Leeuwarden.

III. *Actie ad id quod interest. Conventionele  
poena. Summa vadimonii.*

Wanneer de gedaagde het vadimonium niet gestand gedaan had, bij vadimonium desertum, gelijk men het noemde, had de eischer tegen hem of zijne borgen eene actie te dier zake. Deze actie was eene *condictio* (1) *incerti ex stipulatu* strekkende ad *id quod interest actoris*.

L. 3 D. *si quis in jus voc. non ier.* (II, 5): «ULPIANUS lib. XLVII ad Sabinum. Cum quis in iudicio sisti promiserit, neque adjecerit poenam, si status non esset; *incerti cum eo agendum esse in id quod interest*, verissimum est: et ita Celsus quoque rescribit.»

L. 81 pr. D. *de verb. oblig.* (XLV, 1): «ULPIANUS lib. LXXVII ad Edictum. Quotiens quis alium sisti promittit, nec adjicit poenam — — — quaeritur, an committatur stipulatio? Et Celsus ait; etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit, poenam dari: *in id, quanti interest sisti*, contineri: et verum est, quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet.» (2)

(1) Dit is althans het algemeen gevoelen der schrijvers, en ik vind voor als nog geen reden om daarvan af te wijken. WALTER, *Gesch. d. Röm. Rechts*, § 559, Not. 44, Th. II, S. 199, verklaart zich daartegen en wil bij eene *stipulatio ad faciendum* geene *condictio*, maar eene *actio ex stipulatu*, erkennen. De beslissing dezer vraag zou een opzettelijk onderzoek naar de leer der *condictio* vereischen, dat niet van deze plaats zoude zijn.

(2) In § 1 is sprake van een procurator, die stipuleert, dat de dominus litis in jure verschijnen zal. Men vergelijkte hier l. 14 D. *si quis*



In het eerste fragment wordt, gelijk men ziet, over de actie tegen den gedaagde zelf (3), in het tweede over die tegen zijne borgen gehandeld; in beide fragmenten wordt de strekking dier actie aangeduid als *in id quod interest*, hetwelk in het tweede fragment nog nader wordt omschreven als *in id quanti interest sisti*. Hoe beschouwde men nu evenwel dit interest, als het betrekkelijk belang, dat verschillen kon naar de omstandigheden, of nam men als regel aan, dat het gelijk stond met het objectum litis? De gewone beteekenis der uitdrukking *quanti interest* en de aard der zaak maakt voorzeker de eerste opvatting waarschijnlijk. Wij hebben evenwel nog een ander fragment, waar over dezelfde actie gehandeld wordt, en dat hieromtrent eenigen twijfel doet ontstaan.

*L. 2 § 5 D. qui satisd. cog.* (II. 8): «ULPIANUS lib. V ad Edictum. In fidejussorem, qui aliquem judicio sisti promiserit, tanti, *quanti ea res erit*, actionem dat praetor.»

Die woorden *quanti ea res erit* laten beide beteekenissen toe; soms, ja misschien in de meeste gevallen, duiden zij de werkelijke waarde van het objectum litis

*caut.* (II. 11). Zoodanige stipulatie zonder meer was eigenlijk van geen gevolg, als zijnde eene stipulatie de facto alieno, waarbij de stipulans geen persoonlijk belang had. «Sed potest defendi,» lezen wij in beide aangehaalde fragmenten, «non procuratoris, sed ejus, cujus negotium gesserit, utilitatem in ea re spectandam esse,» en die redenering is van te meer gewigt, wanneer de stipulatie luidde *quanti ea res erit*; «idque fortius dicendum, si quanti ea res sit, stipulatio proponatur procuratoris.» Het gezegde omtrent den procurator is natuurlijk niet van toepassing op den borg, die juist daarvoor zich verbonden had, dat de reus principalis in jure verschijnen zou.

(3) Verg. ook SENECA, *de benef.* IV, 39 in fine: «Vadimonium promittimus, tamen deseritur. Non in omnes datur actio, *deserentem vis major excusat,*» of, gelijk LIPSIVS lezen wil, «non in omnes datur actio *deserentes, vis major excusat.*»

aan, en in den loop dezer bijdrage zullen wij ze nog in dien zin aantreffen; soms daarentegen geven zij alleen het betrekkelijk belang des eischers te kennen (4). De vraag naar den zin dier woorden is niet geheel onbelangrijk, daar ja soms het belang des eischers met het bedrag van het objectum litis misschien gelijk stond (5), doch dit in den regel lager was dan het laatste (6).

Die vraag wordt door den jurist ter aangehaalde plaatse behandeld en beantwoord.

«Quod utrum *veritatem* contineat, an vero *quantitatem*, videamus? et melius est, ut in *veram quantitatem* fidejussor teneatur; nisi pro *certa quantitate* accesserit.»

Ik moet bekennen, het antwoord van den jurist is duister en maakt voor ons de beantwoording der vraag weinig gemakkelijker. Behalve wanneer de borg, zegt hij, zich voor eene *certa quantitas* heeft verbonden, hetgeen ik voor synoniem houd met het *neque adjecerit poenam, nec adjicit poenam* en *etsi non est huic stipulationi additum poenam dari* in de boven aangehaalde fragmenten, wanneer er alzoo geene poenale

(4) Verg. BRISSONIUS, *de verb. sign. in v. quantus*; ZENGER, § 17 S. 39. PUCHTA, *Inst.* § 260, Not. d. Th. III, S. 19, 20. SAVIGNY, *System.* Th. V. S. 441 fggg. gaat zoo ver van te beweren, dat de woorden *quanti ea res est* altijd het betrekkelijk belang, het interest, aanduiden.

(5) Wanneer b. v. de actie intusschen gepraescribeerd was, of de gedaagde door usucapio den eigendom verkregen had. Verg. *l. 3 pr. D. de eo per quem* (II. 10).

(6) De geregtelijke aanspraak was immers slechts een middel om het regt te doen gelden en stond niet gelijk met het regt zelf, en leed de eischer door de niet-verschijning des gedaagden al schade, die schade stond, behalve alleen in het geval in de vorige noot vermeld, niet gelijk met het verlies der actie.

clausule bestaat (7), is hij gehouden tot de *vera quantitas*. Wat is nu *vera quantitas*, de werkelijke waarde van het objectum litis, of het betrekkelijk belang des eischers? Men ziet, wij komen op dezelfde vraag terug, tot welker beantwoording ULPIANUS ons had moeten leiden; wij zijn evenwel in zoo verre gevorderd dat wij door den waarschijnlijksten zin der tegenstelling tusschen *quantitas* en *veritas* de beteekenis der uitdrukking *vera quantitas* zullen kunnen vinden.

Volgens CUIACIUS (8) en MARANUS (9) is de *vera quantitas* het werkelijk bedrag der principale actie. De volgende fragmenten schijnen voor hun gevoelen te pleiten:

L. 3 D. *qui satisd. cog.*: «GAIUS lib. V ad Edictum provinciale. Sive in duplum est actio, sive tripli, aut quadrupli: *tanti* eundem fidejussorem omnimodo tenere dicemus, *quia tanti res esse intelligitur.*»

L. 3 § 4 D. *de eo per quem.* (II, 10): «Si a fidejussore quinquaginta stipulatus fuero, si in iudicium reus non venerit, petiturus a reo centum; et dolo malo Sempronii factum fuerit, ne in iudicium reus veniat; *centum* a Sempronio consequar: *tanti enim mea interfuisse videtur*, quia si venisset in iudicium, actio mihi centum adversus reum, vel adversus heredem ejus competeat.»

Ik geloof echter, dat geen van beide plaatsen een' algemeenen regel heeft willen vaststellen voor het bedrag van het interest des eischers, doch dat veeleer in beide fragmenten over bijzondere gevallen wordt gehandeld, waarin werkelijk dat interest met het objectum litis gelijk stond.

Wat het eerst aangehaald fragment aangaat, moet ik

(7) CUIAC. *Obs.* X. 10 en NOODT. *ad tit. D. si quis caut.* schijnen de woorden «nisi pro certa quantitate accessit» van het objectum litis te verstaan.

(8) *Obs.* X. 10.

(9) *Ad tit. D. qui satisd. cog.*

opmerksaam maken op de lezing, welke HALOANDER geeft en die van de gewone aanmerkelijk afwijkt. Hij leest niet «*quia tanti res esse intelligitur,*» maar «*quanti res esse intelligemus.*» Neemt men deze lezing aan, dan is het blijkbaar, dat in de geheele plaats niets over het bedrag van het interest bepaald, doch dit integendeel in het onzekere wordt gelaten; de jurist zegt dan niets anders, dan dat bij eene actio in duplum, of tripli of quadrupli de fidejussor *judicio sisti* voor zoodanig bedrag gehouden was als de waarde der zaken medebragt; waarin die waarde voor den eischer bestond, of het de wezenlijke waarde of zijn betrekkelijk belang was, wordt niet beslist. Doch ook al neemt men de gewone lezing aan, dan geloof ik toch, dat ons fragment niets voor de meening van Cujacius en Maranus bewijst. De jurist wilde blijkbaar geen algemeenen regel geven; hij had bijzondere actiën op het oog. Mogelijk zou men kunnen gissen, dat hij onder anderen doelde op de *actiones judicati* en *depensi*, welke beide *actiones* in duplum waren, en waarbij inderdaad, gelijk wij later zullen zien, het interest met het *objectum litis* gelijk stond. Ik geloof evenwel eerder, dat hij op de praetorische strafactiën, de *actiones furti nec manifesti*, *concepti*, *oblati*, *prohibiti* en *manifesti* en de *actio vi bonorum raptorum* doelt; de eerste was eene actio in duplum, de beide volgende *actiones* tripli en de drie laatsten *actiones* quadrupli. Die actiën waren allen, met uitzondering der *actio furti manifesti*, *annales* (10), de *actio vi bonorum raptorum* was binnen het jaar quadrupli, na verloop van het jaar simpli (11). Nu is het duidelijk, dat de eischer, wegens den korten

(10) GAIUS. IV. § 111. *pr. I. de perpet. et temp. act.* (IV. 12), l. 35 *pr. D. de O. et A.* (XLIV. 7), vergeleken met GAIUS. IV, § 3, § 18 *I. de act.* (IV. 6).

(11) *Pr. I. de vi bon. rapt.* (IV. 2)

duur dier actiën, het grootste belang had bij de verschijning van den gedaagde op den bij het vadimonium bepaalden termijn; immers in den vroegeren tijd werd de verjaring alleen door de litiscontestatie, niet reeds door de in jus vocatio, gestuit (12); het vadimonium was eene cautie, welke of bij de in jus vocatio, of ook in jure na de editio actionis, in ieder geval vóór de litiscontestatio gesteld werd; het was daarom voor den gedaagde gemakkelijk, om, door zich eenigen tijd schuil te houden, de actie, vooral indien zij tegen het einde van het jaar was ingesteld, voor den eischer door verjaring te doen verloren gaan; de eischer had dus hier een belang, dat inderdaad met het objectum litis gelijk stond.

Het tweede aangehaald fragment moet uit een gelijk beginsel worden verklaard. Daar wordt gehandeld over de actie, welke de eischer had tegen hem, door wiens toedoen de gedaagde verhinderd was geworden om in jure te verschijnen. Het voorwerp dier actie was het belang, dat de eischer had bij de verschijning van den gedaagde « quanti actoris interfuit eum sisti, » gelijk in den aanhef van het fragment gezegd wordt, en daarbij kwam vooral in aanmerking het verlies, dat de eischer door de niet-verschijning geleden had, wanneer b. v. intusschen de usucapio of praescriptio vervuld was, « in quo judicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem: veluti si reus tempore dominium rei interim sibi adquirat, aut actione liberatus fuerit. » Nadat de jurist daarop in § 1 het geval, dat hij, tegen wien de eischer de actie had, insolvent was, en in § 2 en 3 het geval, dat én de eischer of stipulator, én de gedaagde of promissor verhinderd waren te verschijnen, behandeld heeft, wordt in de laatste §, de plaats in quaestie,

(12) Verg. SAVIGNY, *System*, § 242. *Not. l. Th. V. S.* 316 en de aldaar aangehaalde plaatsen en schrijvers.

de vraag beantwoord waartoe hij, door wiens schuld de gedaagde afwezig gebleven was, gehouden was, wanneer de fidejussor van den gedaagde zich voor eene geringere som had verbonden dan het voorwerp der actie uitmaakte. Volgens onzen jurist kon dan de eischer het volle bedrag van het objectum litis van hem vorderen en als grond voor die beslissing geeft hij op: « tanti enim mea interfuisse videtur: quia si venisset in iudicium, actio mihi centum adversus reum, vel adversus heredem ejus competebat.» Wanneer men die woorden afgescheiden van het voorafgaande opvat, zoude men daaruit voorzeker kunnen afleiden, dat het belang des eischers in den regel gelijk gesteld werd met het objectum litis. Brengt men daarentegen de plaats in verband met het voorafgaande (en wie zal zoodanige handelwijze wraken, die denkt aan het incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare?) dan ziet men, dat het gezegde van den jurist niet zoo in 't algemeen waar is, maar slechts geldt voor het bijzonder geval, waarover hij handelt. Hij had het geval op het oog, dat de actie intusschen door praescriptie voor den eischer was verloren gegaan, en in dat geval stond voorzeker zijn belang gelijk met het objectum litis. Wanneer de gedaagde in jure verschenen was, zou hij eene actie tot vordering van centum tegen dezen hebben gehad, welke nu door toedoen van een derde voor hem verloren was gegaan; wel had de borg zich verbonden voor quinquaginta, het betrekkelijk belang des eischers tijdens het aangaan van het vadimonium, als conventionele straf, doch in die quinquaginta vond hij slechts eene gedeeltelijke vergoeding voor zijne schade; daarom was die derde, welke den gedaagde verhinderd had te verschijnen, er niet met quinquaginta af, maar moest hij centum vergoeden. Neemt men deze verklaring niet aan, dan leveren de woorden van den jurist geen verstaanbaren zin. «Si

venisset ad iudicium, actio mihi centum adversus reum competebat»; dat is waar, maar wanneer men nu stelt, dat er geene usucapio of praescriptio heeft plaats gehad, dan competeert die actie immers nog aan den eischer, door de niet-verschijning des gedaagden heeft hij immers niet alle regt van vordering verloren; heeft hij dat niet verloren, dan bestaat er immers ook geen grond om schadevergoeding te vorderen voor een verlies, dat niet geleden is. De beslissingsgrond «actio mihi competebat» leidt er dus noodzakelijk toe om aan te nemen, dat de actie in het onderhavig geval niet meer competeerde (13). De meening dat het *quanti ea res est* of de *vera quantitas* altijd het werkelijk bedrag van het objet der actie was wordt dus ook door dit fragment geenszins bevestigd, waaruit alleen blijkt dat dit somtijds zoo wezen kon.

Ik vereenig mij liever met VOORDA (14) en anderen (15), die aannemen dat ULPIANUS in het besprokene fragment het betrekkelijk belang des eischers bedoeld heeft. Hij stelt de *quantitas* tegenover de *veritas*; brengt men die woorden in verband met het voorafgaande *quanti ea res erit*, dan kan het wel niet anders of beide uitdrukkingen, *quantitas* en *veritas*, zullen moeten worden verstaan van de *res*, waarover sprake was; die *res* nu zal wel niet anders kunnen zijn dan het *objectum litis*; de *veritas* der *res* moet dan mijns inziens beteekenen de werkelijke waarde dier zaak of van dat *objectum litis*, en wanneer men dan de *quantitas* daar tegenover gesteld ziet, zal men dit woord wel niet anders kunnen verklaren dan van het belang, dat de eischer bij die

(13) Zoo verstaat ook HUSCHKE, *Gajus*, S. 136. Not. 57 de plaats; ook men ik in de glosse hetzelfde denkbeeld te vinden, waar gezegd wordt: «cum enim actor a reo fuerit stipulatus iudicio sisti, et reus a Titio impediatur, atque ideo actio expiret.» etc.

(14) *Diss.* l. c. IV, § 3.

(15) ZENGER, § 17, S. 39, ZIMMERN, § 115.

zaak of liever bij de verschijning des gedaagden, welke middelijk tot hare verkrijging leiden moest, had, het *quanti ejus interest*. Is dit waar, dan is ook het antwoord, door den jurist op de vraag gegeven, verklaard; het *quanti ea res erit* beteekent de *quantitas*, het betrekkelijk belang des eischers, en dat wel de *vera quantitas*, het bewijsbaar belang.

Die verklaring is in overeenstemming met de beide boven aangehaalde plaatsen van denzelfden jurist, waar wij leerden, dat de gedaagde of zijn borg konden worden aangesproken *ad id quod interest sisti*; men behoeft dus noch een strijd tusschen twee plaatsen van denzelfden schrijver aan te nemen, noch een uitweg te zoeken door de laatste plaats in beperkenden zin te verklaren van die gevallen, waar werkelijk het belang des eischers gelijk stond met het *objectum litis*.

Eindelijk vind ik nog eene bevestiging voor mijne verklaring in eene andere plaats van denzelfden jurist.

L. 5 § 1 *D. ne quis eum* (II. 7): «ULPIANUS lib. V ad Edictum. In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur, *quod in veritate est; sed quanti ea res est ab actore aestimata*, de qua controversia est.»

Opmerkelijk is het, dat beide plaatsen genomen zijn uit hetzelfde werk van ULPIANUS, uit *lib. V ad Edictum*, en dat de aanhef blijkbaar overeenstemt, zoodat ik niet twijfel, of beide plaatsen zullen zich in het oorspronkelijk werk in onmiddelijke nabijheid hebben bevonden; waarschijnlijk behandelde het edict, bij de in *jus vocatio*, de verpligting der borgen en de actie tegen hem, die den in *jus vocatus* verhinderde te verschijnen, in dadelijke volgorde (16). Het laatst aangehaald fragment is dan bijzonder gewichtig ter verklaring van het

(16) Men verg. b. v. de volgorde van titel 4, 5, 6 en 7 van het 2<sup>e</sup> Boek der Pandecten.



eerstgenoemde. Wij zien daarin vooreerst de bevestiging der verklaring, die wij boven gaven, van *res*; immers de aangehaalde *l. 5 § 1* leert, dat het de *res* gold, *de qua controversia est*. Ten andere vinden wij in deze plaats dezelfde tegenstelling tusschen de *veritas* of *quod in veritate est*, en de *quantitas* of het *quanti ea res est ab actore aestimata*. Eindelijk zien wij daaruit, dat die *veritas* iets wezenlijks en objectiefs was, *quod in veritate est*, terwijl de *quantitas* afhing van de aestimatie door den eischer; er is dus geen twijfel aan, of de *veritas* was de werkelijke waarde van het voorwerp der actie, de *quantitas* daarentegen het betrekkelijk belang van den eischer, gelijk dat door dezen was geschat.

De eischer had alzoo bij desertum vadimonium tegen den gedaagde of zijne borggen eene actie ad id quod interest sisti, of, wat hetzelfde beteekent *quanti ea res est*; door die actie verkreeg hij vergoeding voor het nadeel, dat hij geleden had door de niet-verschijning des gedaagden, welk nadeel soms gelijk stond met het voorwerp der principale actie, meestal evenwel minder bedroeg en dan door den eischer moest worden geschat.

Die actie, de boven aangehaalde *l. 3 D. si quis in jus voc.* leert het ons, was, althans in het tweede geval, eene actio *incerti*. Om het onzekere daarvan te vermijden, was men gewoon bij het stellen van vadimonium eene poenale clause te voegen, waarbij de gedaagde of zijn borg eene zekere poena beloofde voor het geval, dat eerstgenoemde niet op den bepaalden tijd in jure verscheen. De boven aangehaalde fragmenten, *l. 3 D. si quis in jus voc. non ier.*, *l. 81 pr. D. de verb. oblig.* en *l. 2 § 5 D. qui sati. d. cog.* wijzen op het beding van zoodanige conventionele straf als iets gebruikelijks, en *l. 11 D. de stip. praet.* (XLVI. 6) leert, dat de moeilijkheid om bij stipulatiën zonder bepaald vast bedrag de waarde van het belang des

eischers te bewijzen, als van zelve leidde tot het maken eener poenale clausule.

«In ejusmodi stipulationibus, quae, quanti res est, promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere: quoniam plerunque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur (16).»

Van zoodanige poena vinden wij dan ook meermalen gewag gemaakt in de Pandecten (17). Voor die poena of summa vadimonii was eene bepaalde maat voorgeschreven, boven welke niemand tegen zijn wil kon worden verbonden. Dit blijkt uit:

*l. 4 § 5 D. si quis caut.* (II. 11): «ULPIANUS lib. LXXIV ad Edictum: — — Nam et Julianus scribit, si iudicio sistendi causa pluris, quam statutum est, per ignorantiam promissum fuerit: exceptionem dari debere.»

Men heeft langen tijd getwist over die bepaalde maat en vóór het terugvinden van GAJUS het niet verder kunnen brengen dan tot gissingen.

Volgens CUJACIUS (18), BRETUS (19), NOODT (20), SCHULTING (21) en MARANUS (22) zou zij het dubbele geweest zijn van het objectum litis, zoodat, wanneer de actie strekte tot verkrijging van C. SS., de poena vadimonii CC. SS. niet mogt te boven gaan. Laatstgenoemde beroept zich hierbij op *l. un. C. de sent. quae pro eo* (VII. 47): «Sancimus itaque in omnibus casibus,

(16) Verg. ook *l. 6 eod. l. 3 § 2 D. rem rat. hab.* (XLVI. 8) en vooral § 7 *I. de verb. obl.* (III. 16)

(17) Zie b. v. *l. 2 pr., l. 5 pr. § 1, l. 9 § 1 D. si quis caut.* (II. 11), *l. 3 § 4 D. de eo per quem fact.* (II. 10).

(18) *Obs.* X. 10.

(19) *De ord. antiq. jud. civ. ap. Rom.* c. 22.

(20) *Comm. ad tit. D. si quis caut.*

(21) *Enarr. ad tit. D. si quis caut.* § 2.

(22) *Paratitl. ad tit. D. si quis caut.*

qui certam habent quantitatem, vel naturam . . . hoc, quod interest, *dupli quantitatem* minime excedere.»

Hiertegen merkt VOORDA te regt aan, dat JULIANUS geenszins kan worden verklaard uit eene veel latere constitutie van keizer JUSTINIANUS, waarvan hij natuurlijk geen kennis heeft kunnen dragen. Ik voeg er bij, dat daarenboven de constitutie van den keizer niet spreekt over het bedrag, dat *partijen* bij het beding eener poenale clause niet mogten overschrijden, maar de strekking had om de moeilijkheden, welke de schatting van het interest voor den *regter* opleverde, voor goed uit den weg te ruimen (23). Volgens het gevoelen van VOORDA zou dan die bepaalde maat niet anders geweest zijn dan het belang des eischers, en men moet erkennen dat dit gevoelen voorzeker rationeler is dan dat van CUIACIUS en de andere genoemde schrijvers, daar men toch niet ligt eene accessoire verbindtenis zal kunnen aannemen, welker bedrag het dubbele van de principale verbindtenis belooopen kon (24). Met VOORDA vereenigt zich GLÜCK (25).

Gelijk ons blijken zal, waren evenwel beide meeningen bezijden de waarheid. Eerst GAJUS heeft over deze zaak meerdere zekerheid gegeven. Intusschen meen ik ook in de Pandecten reeds een spoor te vinden, dat tot aanwijzing had kunnen dienen, in een fragment straks reeds aangehaald, hetwelk op eene opmerkelijke wijze overeenstemt met het berigt van GAJUS. De plaats is door de oudere schrijvers over het hoofd gezien; onder

(23) Verg. overigens over het onwetenschappelijke en ondoeltreffende dezer constitutie, welke geheel den stempel draagt van haren tijd, NUSSBAUMER, *Ueber das Maas des Schadenersatzes*. Zürich. 1855. § 3, voor zoo verre mij bekend, den jongsten schrijver over dit onderwerp.

(24) Verg. b. v. GAJUS III § 126, l. 3 § 7, 8, 9, l. 9 *D. de fidej.* (XLVI. 1), waar het tegenovergesteld beginsel ten aanzien van borgtocht wordt geleerd.

(25) *Ausführl. Erläut. d. Pand. Th. III § 252 Not. 16. S. 492.*

de nieuweren zag ik, na mijne ontdekking, dat ook reeds WETZELL (26) en HUSCHKE (27) daarop de aandacht hadden gevestigd en werd hierdoor tot mijn niet gering genoeg in mijne meening versterkt.

*L. 3 § 4 D. de eo per quem fact.:* «JULIANUS lib. II Digestorum. Si a fidejussore *quingenta* stipulatus fuero, si in *judicium* reus non venerit, *petiturus* a reo *centum*.»

Vooreerst merk ik op, dat het een fragment is van JULIANUS, en dat juist deze jurist aangehaald wordt door ULPIANUS in de *l. 4 § 5 D. si quis caut.*, waar sprake is van eene bepaalde maat der poena vadimonii; dit geeft reeds grond om te gissen, dat in het aangehaald fragment, waar de jurist als voorbeeld noemt eene actie tot verkrijging van C., met eene poena van L., werkelijk op deze maat bedoeld wordt. Neemt men deze gissing aan, dan zou die bepaalde maat de helft van het objectum litis zijn. Men zal mij misschien tegenwerpen, dat dit alles slechts bloote gissing is. Wanneer de plaats op zich zelve stond, zou ik dit toegeven, hoezeer ik ook dan nog zou vermeenen, dat die gissing niet van allen grond ontbloot was. Blijkt het nu evenwel dat deze plaats op eene merkwaardige wijze overeenstemt met een berigt van GAJUS over hetzelfde onderwerp, dan meen ik te mogen beweren dat de gissing een hoogen graad van waarschijnlijkheid verkrijgt, die aan zekerheid grenst. En dit is inderdaad het geval; beide plaatsen stemmen zoozeer overeen, dat de eene tot bevestiging der andere kan strekken, en het frag-

(26) *Vindicationsproz.* S. 78.

(27) *Gajus*, S. 136 Not. 57. Deze wil ook *l. 115 pr. D. de verb. obl.* (XLV. 1) hiertoe gebragt hebben. «Ita stipulatus sum te *sisti* in certo loco: si non steteris, *quingenta aureos* dari spondes,» waar door interpolatie *quingenta aureos* in de plaats van *sestertia* zou zijn gekomen. Hier wordt evenwel volstrekt geen melding gemaakt van een *judicio sisti*, maar in het algemeen van een *in certo loco sisti*.

ment van JULIANUS allen twijfel omtrent de lezing der slotperiode bij GAJUS wegneemt.

Wij zullen thans de poena vadimonii, naar aanleiding vooral van GAJUS, voor zoo verre noodig in verband met JULIANUS, eenigzins nader beschouwen.

GAJUS, *Comm.* IV § 186: «Et si quidem iudicati depensive agetur, tanti fiet vadimonium, quanti ea res erit; si vero ex ceteris causis, quanti actor juraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti; nec tamen pluribus, quam sestertium C milibus fit vadimonium. Itaque si centum milium res erit, nec iudicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium.» (28).

Het zal in de eerste plaats dienen vast te staan wat de schrijver hier op het oog heeft. Men zoude kunnen denken, dat hij over de actie ad id quod interest bij desertum vadimonium handelt en de wijze opgeeft, waarop het interest bij de verschillende actien moet worden geschat, en dan zou er geen onmiddelijk verband bestaan tusschen de plaatsen van GAJUS en JULIANUS; alleen zou men dan mogen stellen dat de maat der conventionele straf zich analogiesch rigtte naar het bedrag waarop het interest geschat werd. Intusschen heeft, voor zoo verre mij bekend is, geen schrijver dit beweerd, en ik geloof ook dat de uitdrukking *tanti fit vadimonium* naar het gewoon spraakgebruik wel niet anders kan worden verstaan dan van het bedingen eener poena. *Tanti fit vadimonium*, voor dat bedrag wordt vadimonium gesteld, is mijns inziens geheel hetzelfde als: bij

(28) RUDORFF *Ueb. Litiscrecenz in Zeitschr. für gesch. Rechtsw.* XIV S. 361 wil dit alles aan de lex Julia iudiciaria hebben toegeschreven. De verbinding van GELLIUS XIV, 2 met MACROB. *Sat.* I, 16, welke hij daarvoor bijbrengt, kan mij niet van de waarheid zijner gissing overtuigen; integendeel geloof ik, dat zij strijdt met de woorden van GAJUS aan het slot der plaats: «*eaque singula diligentier Praetoris edicto significantur.*»

het stellen van vadimonium wordt dat bedrag als poena bedongen; nimmer zal het kunnen beteekenen: bij desertum vadimonium wordt het interest, waartoe de eischer ageert, op zoo veel geschat. Het woord *fit* wijst klaarblijkelijk op het oogenblik waarop de stipulatie wordt aangegaan.

Wij hebben hier alzoo met de poena te doen, die men stipuleren kon voor het geval van vadimonium desertum.

Die poena was, zegt Gajus, bij eene actio iudicati of depensi quanti ea res erit, d. i. hier, volgens het algemeen gevoelen, de volle waarde van het objectum litis (29). Ik kan mij met die verklaring wel vereenigen, omdat zij, gelijk zoo aanstonds zal blijken, rationeel is.

Volgens het gevoelen van sommigen (30) moet de reden, waarom bij de actiones iudicati en depensi de summa vadimonii met het objectum litis gelijk stond, daarin gezocht worden, dat de waarde van dit laatste bij deze actiën reeds vooraf bepaald was en vast stond, en men alzoo, door hier de poena te stellen op het quanti ea res erit, reeds dadelijk eene bepaalde poena op het oog had, waardoor de onzekerheid der actie ad id quod interest, welke tot het beding eener poena had geleid, vermeden werd. De actio iudicati toch had haren grond in een regtsgeldig vonnis, eene res iudicata, en strekte alleen om daaraan uitvoering te geven, wanneer zulks niet binnen den wettelijk bepaalden tijd, tempus iudicati, geschied was; de actio depensi, welke overigens in de meeste opzigten met de actio iudicati werd gelijk gesteld, strekte tot terugvordering van het door de spon-

(29) ZENGER § 17 S. 37. ZIMMERN § 115. HUGO S. 612. KELLER § 47. PUCHTA § 160 S. 80. BOULET, *Institutes de Gajus*. p. 425. SCHRADER, *was gewinnt die Röm. Rechtsgesch. durch Gajus Inst.* S. 25.

(30) DUPONT t. I. § 11 p. 143 in fine. ZENGER a. a. O.

sores voor den reus betaalde. Bij beide actiën was dus het object reeds vooraf bepaald.

Nu is het op zich zelf waar, dat er niets tegen was om bij deze actiën de poena vadimonii met het *objectum litis* gelijk te stellen en dat daardoor werkelijk de onzekerheid van het interest vermeden werd (31); doch dit kan toch geenszins de reden zijn, waarom juist deze beide actiën zich eigenaardig van alle anderen, ten opzichte der *summa vadimonii*, onderscheiden. Dit argument zoude immers te veel bewijzen, omdat daaruit zoude moeten volgen, dat bij alle *actiones certi*, waarbij toch evenzeer het *objectum litis* bepaald en zeker is, de poena vadimonii, even als bij de *actiones judicati* en *depensi*, met het *objectum litis* gelijk moest staan; en dat juist het tegendeel waar was leert ons de plaats van *Gaius*.

Men zal dus een anderen grond moeten zoeken en die kan alleen gevonden worden in het belang des eischers. De actie *ad id quod interest*, bij *vadimonium desertum*, was eene actie alleen in het belang des eischers; hij vorderde daardoor vergoeding voor de schade die hij door de niet-verschijning des gedaagden had geleden. Evenzeer was het beding der conventionele poena, die in de plaats trad voor het onzekere interest, een beding in het belang des eischers. Naar dat belang, dat in het eene geval grooter, in het andere geringer kon zijn, moest zich dus ook het bedrag der poena rigten. Wanneer wij nu vinden dat bij de *actiones judicati* en *depensi* die poena met het *objectum litis* gelijk stond, bij alle andere actiën daarentegen slechts op de helft bepaald was, dan kunnen wij daaruit reeds a priori besluiten dat het belang, dat de eischer had bij de verschijning

(31) Bij de *actio depensi* sprak het van zelf, dat het *objectum litis* bepaald en zeker was; evenzeer was dit bij de *judicati actio* het geval, omdat in het formulier-proces de *condemnatio* altijd eene bepaalde geldsom uitdrukte. *Gai.* IV § 48.

des gedaagden in jure, bij de eersten hooger moest zijn dan bij de laatsten. En dit is nu inderdaad het geval, en volgt uit de eigenaardige natuur der actiones judicati en depensi. Terwijl in den regel het belang, dat de eischer had bij de verschijning des gedaagden in jure, geringer was dan het objectum litis, omdat de aanspraak in regten niet gelijk stond met het regt zelf en het den eischer, zoo de gedaagde nu al weg bleef, later wel zou kunnen gelukken hem in jure te doen verschijnen (32), was dit bij de actiones judicati en depensi anders gesteld. Wanneer de gedaagde binnen den tempus judicati niet voldeed aan het rechtsgeldig vonnis, gaf de actio judicati, daar eene private executie niet was toegelaten, aan den eischer het middel in de hand om met behulp van den magistraat het vonnis ten uitvoer te leggen. De gedaagde kon dan nog het regt des eischers tegenspreken, door b. v. het bestaan van het vonnis te ontkennen, mits hij cautio judicatum solvi stelde; deed hij dit niet, of werd zijne tegenspraak ongegrond geoordeeld, dan had de eischer het regt om door manus injectio het vonnis tegen den persoon des gedaagden ten uitvoer te leggen; niet alleen gold dit voor het regt der twaalf tafelen, maar ook bij het latere formulierproces, met dit onderscheid dat toen een duci jubere door den praetor in de plaats der legis actio trad. De actio judicati was alzoo materieel een indirect middel van executie (33). Daaruit volgt dat de eischer bij de actio judicati het grootste belang had bij de persoonlijke tegenwoordigheid des gedaagden, omdat zonder dien de ductio onmogelijk was, en duidelijk is het dat dit

(32) Verg. ook boven noot 6. HUSCHKE, a. a. O., S. 135. Hetgeen ik aan het slot der vorige bijdrage beweerde (*Themis* IV bl. 63) is bepaald onjuist. Ik kom daarop later nog terug.

(33) Verg. PUCHTA, *Inst.* § 179. Th. II, S. 230 en 239. RUDORFF, a. a. O. in *Zeitschr. für gesch. Rechtswiss.* XIV, S. 302 en 322.



belang geheel gelijk stond met het *objectum litis*, het voorwerp der oorspronkelijke actie, hetwelk tevens het onderwerp uitmaakte der *res judicata*, welke door de *actio iudicati* ten uitvoer gelegd werd. Men zoude kunnen tegenwerpen, dat evenzeer als voor de executie, ook voor de voortzetting der zaak de tegenwoordigheid van den gedaagde noodzakelijk is en dat evenzeer als het daar mogelijk was om den gedaagde later nog te doen verschijnen, die mogelijkheid ook hier bestaat. Maar men zal toch ligt het onderscheid beseffen tusschen eene procedure, waarvan de uitslag nog geheel onzeker is en eene executie, de zekere beeindiging van een misschien langdurig proces en dat ten dien opzichte het belang des eischers inderdaad verschillend is.

Met de *actio iudicati* stond de *actio depensi*, welke de *lex Publilia* aan de *sponsores*, die voor den reus betaald hadden, tegen dezen gaf, in onderscheidene opzichten gelijk (34), en ook daarin dat uit deze actie de *manus injectio pro iudicato* ontsproot, zoodat dus, hier evenzeer als bij de *actio iudicati*, onmiddelijke persoonlijke executie plaats kon hebben (35). De eischer had daarom ook hier hetzelfde belang bij de tegenwoordigheid van den gedaagde in *jure*. Van hier de grond, waarom en bij de *actio iudicati*, en bij de *actio depensi* de *poena vadimonii* gelijk stond met het *objectum litis* (36).

Bij alle andere actien kon de eischer na *juramentum calumniae* zijn belang *taxeren*, ten einde daar naar de *poena vadimonii* in te rigten; doch hierbij was

(34) GAJUS, III, § 127, IV § 9, 25, 102, 171.

(35) GAJUS, IV, § 22. Verg. ook PUCHTA, *Inst.* § 162, S. 98, fig. RUDORFF, a. a. O., S. 356—362.

(36) HUSCHKE, a. a. O., S. 135. Ook SCHWEPPE, § 501 en SCHRADER, a. a. O., S. 25 schijnen dit te hebben gevoeld. Minder duidelijk is RUDORFF, die mijns inziens S. 360 de *cantio iudicatum solvi* en het *vadimonium* niet behoorlijk onderscheidt.

een maximum gesteld, dat hij niet mogt te boven gaan. Zoo veel is zeker, maar eene andere vraag is het, was er een absoluut en een relatief maximum, of slechts een van beide bepaald?

Deze vraag is moeilijker te beantwoorden, omdat de plaats van GAJUS ongetwijfeld corrupt is. Het valt toch niet te ontkennen, dat het logiesch verband tusschen het voorafgaande: «nec tamen pluribus, quam sestertium C. milibus fit vadimonium» en het volgende: «itaque si centum milium res erit, nec iudicati depressive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium» geheel ontbreekt, terwijl daarenboven het verschillend gebruik van casus bij het «fit vadimonium» onverklaarbaar is.

Desniettegenstaande hebben onderscheidene schrijvers (37), zonder zich met de emendatie der plaats in te laten, daaruit opgemaakt, dat er een relatief maximum, de helft van het objectum litis, en een absoluut maximum, honderd duizend sestertien, bepaald was.

Anderen evenwel hebben getracht het logiesch gebrek door emendatie te verhelpen en dit heeft tot verschillende resultaten geleid. Zoo veel komt mij door vergelijking met de boven aangehaalde L. 3 § 4 D. de eo per quem fact. zeker voor, dat de fout niet schuilt in de slotperiode. Beide plaatsen stemmen, tot in de cijfers, zoo zeer overeen, dat de eene tot bevestiging dient van de andere. Men zal dus het voorafgaande moeten suppleren of emenderen.

Nu gist HEFFTER (38), dat achter de woorden: «nec tamen pluribus, quam sestertium C milibus fit vadimo-

(37) SCHWEPPE, § 561, PUCHTA, § 160, Th. II, S. 30, KELLER, § 47, Not. 540, HUSCHKE, S. 135 a. E., 136 a. A. Zie echter noot 40 en 42.

(38) *Adp. ad. h. l.*, p. 73 en *obs. ult.* p. 117, 118. Hiermede schijnt ZIMMERN, § 115, Not. 3 zich te vereenigen.

*Themis*, D. IV, 3de St. [1857.]

nium» eene periode zal zijn uitgevallen, in dezer voege luidende: «*nec si res ipsa CC milium tantum sit, vel minoris, ultra partem dimidiam.*» Neemt men deze suppletie aan, dan komt men tot het resultaat van een absoluut maximum van honderd duizend sestertien, en een relatief maximum, de helft van het objectum litis. Hiertegen zijn echter deze bezwaren: vooreerst schijnt de invoeging eener geheele periode gewaagd en niet aannemelijk, zoo lang de zaak door geringere emendatio kan worden verholpen; ten andere behouden wij het verschil in constructie: «*nec pluribus, quam sestertium C milibus fit vadimonium*» en: «*non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium,*» welke beide phrasen dan hetzelfde zouden moeten uitdrukken: een vadimonium *van* honderd duizend, en een vadimonium *van* vijftig duizend sestertien.

DUPONT (39) wil het eerste C veranderen in L, omdat de afschrijver zich ligter zal hebben kunnen vergissen in de letter C, dan in het later volgende woord *quinquaginta*. Volgens deze emendatie zou men alleen een absoluut maximum van vijftig duizend sestertien verkrijgen; doch waartoe dan en bij GAJUS, en bij JULIANUS melding gemaakt van eene actie van centum met een vadimonium van *quinquaginta*, dat toch wel degelijk schijnt te doelen op een vadimonium ten bedrage van de helft van het objectum litis; daarbij behouden wij hier dezelfde zwaarigheid in het verschil van constructie; eindelijk geeft ook deze emendatie geen volkomen logieschen zin, maar integendeel eene lamme herhaling van hetgeen reeds van zelf sprak; immers men zoude dan lezen: «*nec tamen pluribus quam sestertium L milibus fit vadimonium. Itaque si centum milium res erit, nec iudicati deponsive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimo-*

num.» Men zoude, wilde men deze emendatie aannemen, tevens moeten lezen: «*itaque et si centum milium res sit.*»

Eene andere emendatie is voorgeslagen door HUSCHKE (40) en aangenomen door RUDORFF (41) en WETZELL (42). Zij lezen: «*nec tamen pluris quam partis dimidiae, nec pluribus quam C milibus fit vadimonium.*» Dit geeft een relatief en een absoluut maximum, echter verschillend van dat, hetwelk HEFFTERS emendatie oplevert; een relatief, de helft van het objectum litis, en een absoluut, voor niet meer dan honderd duizend sestertiën. Bedraagt alzoo het objectum litis honderd duizend sestertiën of minder, zoo beloven de vades de helft; bedraagt het meer dan honderd duizend sestertiën, zoo beloven zij toch nooit meer dan vijftig duizend sestertiën. Deze emendatie komt mij zeer aannemelijk voor. Zij is eenvoudig, en het is gemakkelijk in te zien, dat bij twee zinsneden, welke beide met ongeveer hetzelfde woord beginnen, *pluris* en *pluribus*, ligt door eene vergissing de eerste in de pen kon blijven. Daarenboven geeft zij ons eene voldoende verklaring waarom eerst een dativus en later een genitivus wordt gebruikt, namelijk deze, dat eerst over het objectum litis, later over het vadimonium gesproken wordt. Mag men eindelijk de *l. 115 D. de P. O.* van de poena vadimonii verstaan, hetgeen ik echter meen te moeten betwijfelen (43), dan zou deze plaats nog tot bevestiging der emendatie kunnen strekken.

De grond van het relatief maximum, de helft van het

(40) *Studien d. Röm. Rechts*, Th. 1, S. 336.

(41) *a. a. O. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, 3. 361, Not. 92.

(42) *a. a. O.*, S. 77. Ook PECHTA en KELLER, hoewel zij er zich niet uitdrukkelijk over verklaren, schijnen de emendatie van HUSCHKE aan te nemen.

(43) Verg. boven noot 27.

objectum litis, wordt door HUSCHKE (44) daarin gezocht, dat het belang des eischers uit twee factoren bestond, het regt zelf en de mogelijkheid om het te doen gelden door de verschijning van den gedaagde in jure, waarvan de laatste factor slechts hoogstens op een gelijk aandeel, dus de helft, aanspraak maken kon, omdat het regt, zelfs ten opzichte van zijne uitoefening, niet afhankelijk is van den weg in regten (45).

Het absoluut maximum zou volgens hem en RUDORFF (46) zamenhangen met den burgercensus der eerste klasse. Zij vatten dat namelijk in een anderen zin op dan WETZELL; zij verstaan het van het vadimonium, deze van het objectum litis en alzoo slechts middelijk van het vadimonium. De eersten nemen alzoo een absoluut maximum van honderd duizend; de laatste, gelijk ik reeds te kennen gaf, van vijftig duizend sertertien aan. «Das höchste gerichtliche Haben des Beklagten,» zegt HUSCHKE, om mij van zijne eigene woorden te bedienen, «ist die endliche ductio desselben, welche ihn in den sächlichen Zustand des Servire bringt, und wiederum der höchste Normalwerth eines freien Römers 100,000 sertertien.» Hij wil zeggen, iets ergers kan den gedaagde niet overkomen dan de ductio, die hem factiesch servus maakt; dat factiesch servus worden of ook de ductio, welke dit ten gevolge heeft, is hetzelfde als het verlies van zijn toestand als vrijen burger en staat daarom, wanneer men dezen toestand in geld aanslaat, gelijk met een verlies van honderd duizend sertertien, als normale waarde van den vrijen burger.

Eenigzins anders wordt de zaak door RUDORFF (47)

(44) *Gajus*, u. s. w., S. 135. Not. 57.

(45) Verg. ook hoven noot G en 32.

(46) a. a. O., in *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, S. 361, Not. 92 en in zijne uitgave van PECHTA, § 160, Not. m.

(47) a. a. O., S. 361, Not. 92.

verklaard. Hij vindt den grond van het maximum in de bepaling dat de fidejussor pro rei quantitate locuples moest zijn; daarom was de rijkste borg, dien de eischer verlangen kon, een assiduus der eerste klasse en het hoogste vadimonium de census dezer klasse.

Ik vereenig mij, gelijk reeds uit het aangevoerde zal zijn gebleken, met de opvatting van WETZELL, omdat ik daardoor alleen het verschil van constructie verklaard zie. Daaruit volgt dat ik niet onbepaald HUSCHKE en RUDORFF kan volgen in hunne verklaring van het maximum; evenwel geloof ik HUSCHKE's gevoelen ook op mijn terrein te kunnen overbrengen. Dat van RUDORFF kan ik in geen geval aannemen. Deze let bij de verklaring van het maximum der conventionele straf alleen op de borgen; de fidejussor moest, even als de oude vindex der twaalf tafelen, assiduus of pro rei qualitate locuples zijn. Maar nu heeft de eischer, bij vadimonium desertum, niet alleen tegen de borgen eene actie, maar evenzeer, en wel in de eerste plaats, tegen den gedaagde zelf (48); een grond, die alleen aan de bepalingen omtrent borgen ontleend is, kan daarom niet voldoende zijn.

Ik stel mij de zaak aldus voor: men wilde, om hier niet alles van de willekeur des eischers afhankelijk te maken, een maximum bepalen, boven hetwelk noch de gedaagde, noch de borgen tegen hun wil konden worden verbonden (49); in den regel heeft iedere bepaling van

(48) Verg. boven l. 3 D. si quis in jus voc. non ier. SENEC. de benef. IV. 39 fin. aangehaald in noot 3.

(49) Even zoo werd gewoonlijk bij de waardering van het interest voor het jusjurandum in litem door den regter de eed aan eene bepaalde taxatio gebonden. Verg. l. 4 § 2, l. 5 § 1 D. de in lit. jur. (XII. 3), l. 13 pr. D. de dol. mal. (IV. 3) l. 3 § 2 D. ad exhib. (X. 4). Het onderscheid is echter zichtbaar, daar geldt het de bepaling van het interest, nadat de schade geleden is, hier de bepaling eener conventionele straf om de waardering van het interest te voorkomen; daar eene taxatio door den regter, hier de bepaling van een maximum in het edict des praetors.

een maximum of minimum iets willekeurigs, men tracht evenwel een rationeel punt van uitgang te vinden. Zoo ook hier; het ergste gevolg, wat eene aanspraak in regten kon hebben, was de ductio, het factiesch verlies van den toestand van vrijen burger; de hoogste normale waarde van den vrijen burger was de hoogste census van honderd duizend sestertiën; men nam daarom door eene fictie aan, dat geene vordering dat bedrag te boven ging, omdat, al ware ook de vordering hooger, zij toch nooit erger gevolg zou kunnen hebben dan de ductio, het feitelijk verlies der normale waarde van vrijen burger. Van daar het maximum der vordering, waarnaar zich het maximum van de poena vadimonii deserti rigtte.

Merkwaardig was in vele opzigten de actio injuriarum; wij zullen daarom deze actie ten slotte nog afzonderlijk beschouwen; daartoe willen wij eerst de plaatsen, welke wij voor ons onderzoek behoeven, nagaan en den waren zin daarvan, die nog al voor verschillende verklaringen vatbaar is, trachten vast te stellen.

De twaalf tafelen bepaalden als straf voor de injuria de talio, of waar die straf geen plaats kon vinden, bij geringere injurien, eene geldboete als zoengeld; echter gaven zij partijen het regt om zich over de schadevergoeding en het zoengeld in der minne te verstaan en daardoor de wettelijke straf uit te sluiten; de waardering hing dan af van den beleedigde.

Die talio en boete werd door den praetor afgeschaft; de eerste was niet meer in overeenstemming met de mildere zeden, de laatste was door de veranderde waarde van het geld belagchelijk geworden; hij gaf daarom aan den beleedigde eene actio aestimatoria, waardoor deze de som verkreeg, waarop de injuria door hem en den regter naar regt en billijkheid was geschat (50); de

(50) GAJUS III, § 223 224, § 7 I. de injur. (IV. 4). PAULUS. sent. rec. V. 4, § 7. Lex Rom. Burgund. Tit. 5, bij SCHELTING, jurispr. antejust. p. 830.

aestimatio geschiedde dus door den eischer en werd als taxatio in de formule als rigtsnoer gesteld voor den judex, zoodat dan de condemnatio, als deel der formula, hier was incertae pecuniae cum taxatione; de judex mogt wel tot eene geringere som condempneren, maar hij mogt de taxatio niet overschrijden (51).

GAJUS, III, § 224: « permittitur enim nobis a praetore ipsis injuriam aestimare. »

§ 7 I. de injur. (IV. 4): « Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare. »

Coll. leg. Mos. II. 6: « Qui autem injuriarum in quid aget... taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit. »

Gold het eene injuria atrox, dan geschiedde de litis aestimatio door den praetor en werd als taxatio in de condemnatio opgenomen, waarvan de judex in den regel niet afweek.

Coll. leg. Mos. II. 2: « Atroce[m] autem aestimare solere Praetorem. »

L. 2 D. de feriis (II. 12): « ULPIANUS lib. IV ad Edictum... Praetorem adiri etiam diebus feriaticis... ut aspectu atrox injuria aestimetur... »

GAJUS I. 1.: « Sed cum atroce[m] injuriam Praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam. »

Zoowel bij de gewone injurie als bij de injuria atrox, zien wij verband tusschen de summa vadimonii en de litis aestimatio; bij de laatste ontdekken wij tevens bemoeijingen van den praetor. De vraag is, welk was dat verband en waarin bestonden die bemoeijingen? Wij willen eerst de injuria atrox beschouwen.

Eene eerste vraag is hier, wat beteekenen de woorden: « si simul constituerit, quantae pecuniae nomine

(51) GAJUS III, § 224. IV, § 51.



fieri debeat vadimonium»? Hebben wij hier te denken aan de *litis aestimatio*, waarnaar volgens den algemeenen regel, welke boven naar aanleiding van *GAJUS IV § 186* het onderwerp onzer beschouwing uitmaakte, het vadimonium zich rigtte, of aan de *summa vadimonii* zelve? Wanneer er stond: *quanti fieri debeat vadimonium*, zoude ongetwijfeld de laatste opvatting alleen de ware zijn; nu evenwel geven de woorden «*quantae pecuniae nomine*» aanleiding tot twijfel, en maken zelfs de eerste opvatting waarschijnlijker; de natuurlijkste omschrijving der plaats zoude toch deze zijn: «Wij stellen de *taxatio* in de formula op dat bedrag, hetwelk de praetor als de som bepaald heeft, waarvoor vadimonium gesteld moet worden»; wij hadden hier dan, even als boven bij het «*nec tamen pluribus quam C milibus fit vadimonium*», alleen met de *litis aestimatio* te doen, waarnaar zich het vadimonium rigtte; de gewone regel, de helft als relatief maximum, zoude dan ook hier moeten worden gevolgd en de *injuriarum actio* onderscheidde zich ten aanzien der *summa vadimonii* niet van de andere actien. Evenwel geloof ik dat de laatste opvatting de ware is en men de woorden moet verstaan in den zin van *quanti fieri debeat vadimonium*. Immers de eerste opvatting geeft op zijn best genomen eene tautologie en maakt de geheele tusschenperiode overtollig; wanneer toch de praetor de *litis aestimatio* bepaalde, waarnaar zich de *taxatio* regelde, was daardoor tevens bepaald voor welk bedrag, naar evenredigheid van welk *objectum litis* het vadimonium gesteld moest worden en de uitdrukking: «de praetor schat de *injuria atrox*, wanneer hij daarbij tevens bepaald heeft naar evenredigheid van welke *aestimatio* het vadimonium gesteld moet worden, stellen wij naar die *aestimatio* de *taxatio* in de formula» zou eigenlijk onzin zijn.

Neemt men nu de laatste opvatting aan, dan onder-

scheidde zich de *actio injuriarum*, althans waar het eene *injuria atrox* gold, daarin van de overige actien dat hier de *summa vadimonii* gelijk stond met de *litis aestimatio*.

Verder vinden wij hier gewag gemaakt van bemoeijingen des praetors; doch ook in dat opzigt laat de plaats verschillende verklaringen toe. Bestonden die bemoeijingen in eene zelfstandige bepaling der *summa vadimonii* of wordt hier alleen bedoeld op de inwerking des praetors op die bepaling door partijen, eene inwerking, welke bij *stipulationes praetoriae*, waartoe ook het *vadimonium* behoorde, voorzeker iets zeer gewoons was (52)? Mijns inziens kan het woord *constituerit* alleen worden verstaan van eene zelfstandige bepaling der *summa* door den praetor. Maar ook dan nog is eene tweeledige opvatting denkbaar. Was die bepaling facultatief, zoodat de praetor die *summa* bepalen *kon*, doch dit niet behoefde te doen, en hier op het geval bedoeld wordt dat hij van die bevoegdheid gebruik gemaakt had, of geschiedde die bepaling altijd door den praetor, zoodat hier alleen bedoeld wordt op de mogelijkheid dat er geene zoodanige bepaling te pas kon komen, omdat er geen *vadimonium* gesteld was?

Ik houd de laatste opvatting voor de ware. De *litis aestimatio* en de bepaling der *summa vadimonii* is hier zoo geheel een, dat de eerste zelfs afhankelijk wordt gemaakt van de laatste. De praetor *aestimeert* de *atrox injuria*, zegt GAIUS, en dat doet hij door tevens de *summa vadimonii* te bepalen. Er is daarom geen grond om aan te nemen dat de *litis aestimatio* door den praetor geschieden moest, de bepaling der *summa vadimonii* daarentegen ook aan partijen kon worden overgelaten. De *litis aestimatio* en de bepaling der *summa vadimonii*

(52) Verg. b. v. KELLER, § 77, S. 313 en de aldaar aangehaalde plaatsen, vooral *L. 52 de V. O.* (XLV. 1).

was integendeel slechts ééne handeling van den praetor in zoo verre als hij door de bepaling dier summa ook ten opzichte der aestimatio gebonden was (53).

Wij hebben hier dan eene tweede eigenaardigheid, dat de praetor de summa vadimonii bepaalde.

Den grond, waarom hier de summa vadimonii gelijk stond met de litis aestimatio, zullen wij wederom te zoeken hebben in het belang des eischers. Die weg is dan ook ingeslagen door HUSCHKE (54); na het in onbruik geraken der oude talio, dus drukt hij zich uit, berustte het geheele regt op voldoening wegens injurien alleen op het door den praetor ingesteld proces, en dit was wederom afhankelijk van de verschijning des gedaagden, waartoe hem het vadimonium verbond, zoodat alzoo hier het geheele belang des eischers in het vadimonium gelegen was, meer nog dan bij de actio judicati en depensi, waar toch reeds buitendien eene vordering bestond; daarom was de stipulatio hier geheel eene stipulatio propter rem ipsam data (55), zoodat wanneer de stipulator of promissor na vervallene stipulatie, maar vóór de litis contestatie, was overleden, uit de stipulatio ipso jure niet meer kon worden geageerd, terwijl ook omgekeerd, wanneer de gedaagde het vadimonium geen gestand deed, eene onmiddellijke veroordeeling door recuperatoren zal zijn gevolgd, welke in de plaats trad van het vonnis over de injuria zelve.

De verklaring van HUSCHKE is niet duidelijk en overtuigend; het punt, waarop zijne argumentatie rust, nl. dat het door den praetor nieuw ingevoerd proces, waarop het regt des eischers steunde, afhankelijk was van de verschijning des gedaagden, is door hem niet

(53) Verg. ook HUSCHKE, a. a. O., S. 136.

(54) a. a. O.

(55) In dien zin verklare men dan ook het gezegde in noot 58 mijner 2<sup>e</sup> Bijdrage, *Themis* IV, bl. 67.

ontwikkeld noch bewezen. Daarenboven zoude dit argument mijns inziens of niet genoeg of te veel bewijzen. Niet genoeg, want hij had moeten aantoonen, dat bij *injuriarum actio* het regt des eischers in meerdere mate afhankelijk was van de verschijning des gedaagden, dan bij de overige actien. Te veel omdat men, met hetzelfde regt als voor de *injuriarum actio*, in het algemeen kan beweren, dat het regt des eischers, althans wat betreft de uitoefening, afhankelijk is van de tegenwoordigheid van partij (55<sup>a</sup>.) Waarschijnlijk heeft hij zich de zaak aldus voorgesteld: de twaalf tafelen stelden de talio of eene boete als straf op de injurie, wanneer partijen zich niet op eene minnelijke wijze konden vergelijken; die talio en boete werden door het *jus honorarium* afgeschaft, maar de weg tot *pactio* bleef nog open; wanneer nu evenwel partijen het niet eens konden worden over eene schikking en de tusschenkomst des regters noodzakelijk werd, gaf het edict eene *actio aestimatoria*; die actie was eene analogie van de *pactio*; partijen konden zich niet vereenigen over de som, welke als schadevergoeding en zoengeld strekken zou, daarom werd de hulp des regters ingeroepen om die som te bepalen; die *litis aestimatio* was dus in den grond hetzelfde als de *pactio*, het was eene *pactio* door den regter bemiddeld en voor beide partijen verbindende (56); evenmin nu als eene *pactio* tusschen partijen tot stand kon komen buiten beider tegenwoordigheid, evenmin kon de *litis aestimatio* geschieden bij afwezigheid van den gedaagde. Doch met deze verklaring, ik merkte het reeds op, wordt voor de vraag niet veel gewonnen. De eenige verklaring, die ik aan de zaak te geven weet, is gelegen

(55a) Verg. KELLER § 49.

(56) Verg. h. v. SCHRADER, *ad* § 7, *I. de injur.* (IV. 4) *ad verba*:  
\*permittedbant ipsis eam aestimare.\*»

den korten duur der injuriarum actio (57), als praetoriesche strafactie, zoodat hetgeen ik boven naar aanleiding der *l. 3 D. qui satisd. cog.* opmerkte, ook hier van toepassing is.

De reden waarom hier de bepaling der summa vadimonii en de litis aestimatio door den praetor geschiedde, terwijl een en ander bij de gewone injurie aan den eischer was overgelaten, wordt verschillend verklaard. SCHLAYER (58) meent dat de bepaling der summa vadimonii door den praetor dan plaats had, wanneer er eene bijzondere cognitio van dezen noodig was over het al of niet toestaan der actie (59). Het is mogelijk dat beide omstandigheden samenliepen, maar de omstandigheid, dat de toestemming van den praetor noodzakelijk was om de actie in te stellen, kan geen grond zijn, waarom ook de litis aestimatio en de bepaling der summa vadimonii, wanneer de actie eens ingesteld was, van hem moest uitgaan. Wel is het denkbaar dat beide omstandigheden zich in één hooger beginsel oplossen.

Anders wordt de zaak verklaard door HUSCHKE (60). Bij gewone injurie hing de bepaling der aestimatio van den judex af, die wel door de taxatio des eischers als maximum gebonden was, maar volle vrijheid had om ook lager te aestimeren (61), bij de injuria atrox daarentegen ging de strafbepaling middelijk van den praetor uit, omdat de judex er niet ligt toe kwam om van de

(57) Verg. *l. 5 C. de injur.* (IX. 35), *pr. I. de perpet. et temp. act.* (IV. 12).

(58) a. a. O. § 5.

(59) Hij beroept zich hierbij op *Coll. leg. Mos.* II, § 6 en GAJUS IV, § 187.

(60) a. a. O., S. 141.

(61) GAJUS III, § 244, «judex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris prout illi visum fuerit.» Verg. § 7 *I. de injur.* (IV. 4). GAJ. IV § 52.

taxatio van dezen af te wijken (62). Hierbij lag de gedachte ten grondslag, dat eene injuria atrox in dezelfde mate de injuria levis te boven ging, als het gezag van den praetor dat van den regter. Ook gaf die scheiding der bevoegdheid gelegenheid tot eene praktiesche ontwikkeling der vraag, wat eene injuria tot eene injuria atrox stempelde.

De verklaring van HUSCHKE is evenwel meer eene aanwijzing van de gevolgen, welke die verschillende wijze van aestimatio had en van het nut, dat daaruit voortvloeide, dan van den grond, waarop zij berustte. Het komt mij voor dat die grond gezocht moet worden in den aard der actie. Het gold hier geene actie over het meum et tuum, waarbij de hartstogten buiten het spel bleven, integendeel het was hier de vraag naar de voldoening wegens zware belediging; zoo ooit, dan waren drift en wraakzucht vooral in deze actie gemoeid. Daarom scheen het onraadzaam om de bepaling der litis aestimatio en van de summa vadimonii in dezen aan den eischer over te laten, en, hoezeer dan ook de regter al niet aan die aestimatio streng gebonden was, oordeelden men het nuttig om het gezag van den praetor zelf te laten beslissen. De aard van het geregteijk vadimonium, als stipulatio praetoria, welke onder het opzigt des praetors en met zijne medewerking gesloten werd, gaf voorzeker gereede aanleiding om zoodanige bevoegdheid aan dezen toe te kennen.

Bij gewone injurien ging de litis aestimatio van den eischer uit en werd als taxatio voor den judex in de formula opgenomen. Hier was natuurlijk de reden, welke het raadzaam gemaakt had om de litis aestimatio en de bepaling der summa vadimonii bij injuriae atrocis door

(62) GAIUS I. 1.: «judex, quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius Praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.»

den praetor te doen plaats hebben, niet of althans in veel geringere mate aanwezig. Die aestimatio stond in verband met de summa vadimonii, welke, volgens mijn gevoelen, eveneens door den eischer bepaald werd. Anderen evenwel schijnen ook hier de bepaling der summa vadimonii aan den praetor te willen toekennen. Zoo zegt ZIMMERN (63) dat de eischer wél doet door de taxatio niet geringer te stellen dan op het bedrag van het door den praetor geconcipeerd vadimonium en beroept zich daarbij in de noot in eenen adem op GAJUS III, § 224, en de *Coll. leg. Mos.* II, § 6. Dezelfde verwarring van injuria atrox en gewone injuria vinden wij bij RUDORFF (64). Wanneer wij nu evenwel de plaats der *collatio* inzien, dan zien wij dat daar met geen woord van de injuria atrox wordt gerept, terwijl het integendeel juist uit de woorden: «qui autem injuriarum in quid aget . . . . taxationem ponat» vergeleken met GAJUS I. I.: «permittitur enim nobis a Praetore ipsis injuriam aestimare» blijkt dat de *collatio* bepaaldelijk de gewone injuria op het oog heeft. De woorden: «quam quanti vadimonium fuerit» beslissen niets over de wijze waarop die bepaling der summa geschiedde, of zij van den eischer of van den praetor uitging. Die bepaling nu der summa vadimonii door den praetor was even als de litis aestimatio door dezen geheel exceptie-neel en kwam alleen bij de injuria atrox voor, waar de eigenaardige natuur der actie zulks scheen te vorderen; men mag die daarom niet uitbreiden tot de gewone injurie, en zulks te minder omdat ook de litis aestimatio hier van den eischer uitging en de eigenaardige grond, welke bij de injuria atrox de aestimatio door den praetor noodzakelijk maakte, hier ontbrak. Met dit

(63) § 57, S. 168 en ald. Not. 12.

(64) a. a. O., S. 296 en ald. Not. 11, 12, 13.

gevoelen vereenigt zich dan ook HUSCHKE (65), waar hij, handelende over de gewone injurie, van een «eidelich abschätzen des Vadimoniums» spreekt.

De vraag is nu in welk verband stond hier de *litis aestimatio* tot de *summa vadimonii*? De *collatio* zegt: «*taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit.*» De eischer mogt dus de injuria wel hooger, doch niet lager schatten dan de *summa vadimonii*; zoo wordt de zaak dan ook door de meeste schrijvers verstaan, en RUDORFF (66) vindt daarin tevens een middel tegen chicanes van den eischer, omdat naar de *litis aestimatio* de decima berekend werd, welke de gedaagde in geval de eischer zijne actie verloor door *contrarium judicium* van hem vorderen kon als poena *temere litigantis* (67). Intusschen beweert HUSCHKE (68), dat hier in plaats van *minorem*, veeleer *majorem* gelezen moet worden; immers wanneer de praetor bevolen had, dat de eischer de *taxatio* niet lager mogt stellen dan het *vadimonium*, dan zoude het deels onverklaarbaar zijn, waarom de eischer, die altijd nog met zijne partij eene dading kon treffen, niet het regt had om zich na rijper overleg met eene geringere som tevreden te stellen, deels zoude de *taxatio*, wanneer de eischer die tot in het oneindige stellen kon, geheel haar doel verloren hebben. Omgekeerd wilde de praetor, daar hij niet bepaaldelijk zeide *tanti, quanti*, maar *taxationem non majorem, quam quanti vadimonium fuerit*, den eischer nog in de gelegenheid stellen om zijne schatting bij het geven der formula zelf nog te verminderen, hetgeen voor hem in zoo verre van belang

(65) a. a. O., S. 137.

(66) a. a. O., S. 296, Not. 12.

(67) GAJUS IV, § 178, verg. § 177.

(68) a. a. O., S. 137, en Not. 63.



was, als de decima pars van het *contrarium iudicium* zich naar zijne *taxatio* rigtte. Voor *chicanes* was de gedaagde voldoende gewaarborgd door het *juramentum calumniae* bij het *vadimonium* (69).

Men moet erkennen dat eene emendatie, gelijk *Husccke* voorstelt, waardoor de plaats juist het tegenovergestelde oplevert van de gewone lezing, niet zonder inwendige gronden van waarheid mag worden aangenomen. Doch zoodanige gronden bestaan hier mijns inziens en ik aarzel daarom niet de emendatie aan te nemen. Nooit kon de eischer hooger (70) belang hebben bij het *vadimonium* dan bij het *objectum litis* zelf; de *cautio iudicio sisti* was slechts eene *praeparatoire* handeling om eene beslissing, waartoe de eisch strekte, mogelijk te maken; er bestond dus hoegenaamd geen gevaar dat de eischer de *summa vadimonii* hooger zoude stellen dan de *litis aestimatio* uit vrees alleen voor het *contrarium iudicium*, doch ook al wilde hij dat doen, waarom zou het hem niet vrijstaan? Een verbod van den praetor was daarom volstrekt onnoodig. Daarentegen zoude zonder een verbod des praetors de eischer vrijheid hebben om zijne *taxatio* tot in het oneindige op te voeren en daardoor de bedoeling der *taxatio* als rigtsnoer voor den *judex* geheel te verijdelen; met regt gebood daarom de praetor dat de *litis aestimatio* niet hooger mogt worden gesteld dan het *vadimonium*; hij had kunnen bepalen, dat de *litis aestimatio* op hetzelfde bedrag zou worden gesteld als het *vadimonium*, omdat toch hier dezelfde reden bestond, welke deze dan ook moge geweest zijn, als bij de *injuria atrox*, om de *litis aestimatio* en het *vadimonium* gelijk te stellen, en

(69) Zelfs was door dit *juramentum calumniae*, dat in den regel voorkwam bij het bepalen der *summa vadimonii*, *GAJUS IV*, § 136, het *contrarium iudicium* uitgesloten, *GAJUS IV*, 179.

(70) Verg. boven noot G en bl. 380, 387 en 391.

wiens sacramentum regtvaardig is. Is dit uitgemaakt, dan is daardoor tevens gebleken dat het sacramentum der tegenpartij onregtvaardig moet zijn. Deze heeft door haar injustum sacramentum een dubbel piaculum bedreven, waarvan zij, om weder op de sacrale hulp aanspraak te kunnen maken, moet worden gereinigd (luitio), vooreerst door falsum sacramentum (jusjurandum), ten anderen daardoor dat zij dien ten gevolge eens anders goed ten onregte in handen heeft. Van het eerste piaculum wordt zij gereinigd door het verlies van het sacramentum (aes); van het andere kan zij eerst door de teruggave van datgene, wat ten onregte in hare handen is, gereinigd worden. Die teruggave is evenwel onmogelijk, wanneer zij of de zaak niet meer in handen heeft, of de eisch op een dare of facere gerigt was. In dat geval moet door eene overeenkomst tusschen partijen worden bepaald, wanneer en onder welke voorwaarden de luitio plaats zal vinden. Die luitio moet verder door testatio, bij internationale twisten testatio deorum, bij private geschillen testatio populi, worden gesanctioneerd. Die testatio was eene contestatio, beide partijen hadden hierbij iets vast te stellen, de eene dat zij zich met de bepaalde luitio zoude tevreden stellen, de andere dat zij daaraan zoude voldoen. Dit was dan de oudste litiscontestatio, daar lis identiesch was met lues, luis. Wanneer nu evenwel eene van beide partijen niet tegenwoordig was en de vaststelling der luitio alzoo tusschen haar geen plaats kon vinden, kwam de praetor tusschen beiden en bepaalde waarin de lis of luitio zoude bestaan. Dit was het litem addicere. Zie DANZ. S. 201—210. Ik laat de meerdere of mindere waarschijnlijkheid dezer verklaring der oudste litis contestatio daar. Bevreemdend is voorzeker de uitkomst, dat volgens deze verklaring bij vele actien, altijd immers wanneer door teruggave luitio kon geschieden, geene litis contestatio

plaats had. Doch het punt, waar het hier voor mijn onderzoek op aankomt, is de zin der woorden *litem addicere*.

Aan den *judex* kan men hier niet denken zegt DANZ, omdat bij dezen noch van een *perorare*, noch van een *addicere* sprake kan zijn. Wat het laatste betreft, erken ik, dat het *addicere* in den regel tot de bevoegdheid des *praetors* gerekend wordt.

Ten opzichte van het eerste moet ik evenwel bepaald van DANZ verschillen. Het verwondert mij zeer, dat hij de plaats van GAIUS IV, § 15 heeft voorbijgezien, waar bepaald en duidelijk gezegd wordt dat de *peroratio* voor den *judex* plaats had. Deze plaats, in verband met GELLIUS V, 10, is mijns inziens geheel voldoende ter wederlegging van het gevoelen van DANZ. Niet alleen toch zien wij daaruit, dat de *peroratio*, maar ook dat de *causae coniectio* of *collectio*, waarvan in de twaalf tafelen met de woorden *causam conscito* of *conjectito* melding wordt gemaakt, in *judicio* geschiedde. En wat nu de grondbeteekenis van *lis* aangaat, geloof ik dat VARRO de L. L. VII. 93 duidelijk terugwijst op de *res*, waarover het geschil liep, «*itaque quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis.*» Nu moge het waar zijn dat het *addicere* in den regel aan den *magistraat* werd toegekend; dat het evenwel ook somwijlen eene andere beteekenis had, blijkt uit FESTUS, *addicere est damnare*. Niets belet daarom, mijns inziens, om hier te denken aan een toewijzen der zaak, in den algemeenen zin van *causa*, door den *judex*.

Doch wat meer zegt, ik geloof dat de plaats van FESTUS bepaald in het voordeel mijner stelling bewijst. Het *damnas* of *damnatus esse* was de toestand van den schuldenaar, tegen welken *private executie* vrijstond, een toestand analoog aan de oud-Germaansche *vrede-loosheid*; de Goden hadden den *damnas* aan ieder

*damnum* blootgesteld en hem in de magt van den schuldeischer gegeven en de staat had hem zijne bescherming onttrokken en overgebracht op zijne partij. DANZ, S. 47, 49, 223 fgg. HUSCHKE, *Gajus*, S. 169. Die private executie werd in het oudst civielproces uitgeoefend door de legis actio per manus injectionem, later in het formulierproces door het addicere of duci jubere van den praetor. PUCHTA, S. 95 fgg., 239, KELLER, S. 350 fg. De oorzaak, waardoor de schuldenaar in dien nadeeligen toestand was geraakt, was het *damnare* of hetgeen daarmede gelijk gesteld werd, en dat *damnare* behoorde bepaaldelijk tot den werkring van den judex. Wanneer wij na het aangeveerde de plaats van FESTUS nagaan, blijkt er ons uit, dat het addicere als gevolg van het *damnare* dikwijls synoniem werd genomen met het *damnare* zelf, de oorzaak, en alzoo op den judex werd overgedragen. In zoo verre eerst door het *damnare* het addicere mogelijk werd, beschouwde men het laatste ook reeds in het eerste opgesloten, zoodat de judex door zijn *damnare* ook reeds middelijk gerekend werd te addiceren. Verg. ook ISIDORUS, *Orig.* X. (ed. LINDEMAN, p. 326, nu. 80): «*damnatus et damnabilis, quorum prior jam addictus est, sequens potest addici.*» Hoe dit zij, een addicere door den judex was in de Romeinsche regtspraak niet onbekend. Het addicere van den praetor was de toewijzing van den persoon des schuldenaars in de magt van den schuldeischer, het addicere van den judex moest natuurlijk een toewijzen van de *lis* zijn, het *litem* addicere.

Men zal mij misschien tegenwerpen, dat deze redering, moge ze al waar zijn voor het formulierproces, toch niet opgaat voor den tijd der twaalf tafelen, en dat de woorden van FESTUS voor het «*praesenti litem addicito*» niets bewijzen, omdat het addicere, het duci jubere door den praetor eerst later in de

plaats trad voor de manus injectio, PUCHTA S. 239; maar ik vraag, had er dan bij de legis actio per manus injectionem, in 't geheel geene toewijzing door den praetor plaats? Zie GELLIUS XX, 1. § 44, LIV. VI, 34, 36. Verg. ZIMMERN § 44, 45, 46. PUCHTA S. 95: «dieser (der Beklagte) wurde vielmehr dem Kläger sofort *überantwortet*.» Anders echter KELLER S. 350 Not. 1018. Zoo ja, wat belet dan om ook hier van eene addictio te spreken, zoo als b. v. ZIMMERN a. a. O. herhaaldelijk doet? Ik beschouw daarom het «praesenti litem addicito» als een voorschrift voor den regter om aan den praesens de zaak toe te wijzen, diensvolgens den absens te condempneren, met dat gevolg dat deze daardoor damnas of damnatus werd, waardoor de tegenpartij het regt verkreeg om door middel van de legis actio per manus injectionem de addictio tegen hem uit te werken. Het litem addicere is dan het toewijzen der lis, waaruit middelijk het addicere van den persoon voortvloeide.

Eindelijk vind ik nog een bewijs voor mijne verklaring in GAJUS IV § 48: «Judex non *ipsam rem* condemnatum, cum quo actum est, *sicut olim fieri solebat*,» waaruit blijkt dat werkelijk oudtijds de *res* zelve, *de qua controversia erat*, dus volgens VARRO de *lis*, in de condemnatio werd opgenomen.

Evenmin, dat ik dit hier nog bijvoege, als aan een vaststellen der lis of luitio door den praetor, heeft men hier te denken aan het constitueren van het iudicium door den magistraat. Wel is waar het woord *addicere* zoude aan deze verklaring niet in den weg staan, daar wij meermalen de uitdrukkingen *addicere iudicem*, *arbitrum*, *iudicium* aantreffen, BRISSON. in v. *addicere*, maar nergens vindt men lis gebezigd in den zin van iudicium. Verg. HEFFTER, *Obs. ad Gaj.* p. 9.

---

*Hebben de Romeinen de exécuteurs testamentair gekend?* beantwoord door Mr. B. E. COLAÇO BELMONTE. (*Vervolg van Themis* 1857, n<sup>o</sup>. 2.)

§ 4.

Het waren voornamelijk de fideicommissen, die aan de bedoeling der erflaters werden dienstbaar gemaakt, om zich de uitvoering te verzekeren der bijzondere beschikkingen, die in hunne testamenten waren vervat. Ook van den vorm der legaten bediende men zich tot hetzelfde doel. Meermalen werd door de erflaters iets *gegeven* of vermaakt, op dat de legataris iets zou *doen*; zeer dikwijls ook moest deze iets doen, zonder dat hem zelfs het minste voordeel uit de nalatenschap wachtte. De aanvaarding van het fideicommiss of van het legaat was in dien zin dan ook de aanvaarding van den opgedragen last, en er was een vinculum juris als uit eene overeenkomst. In beide vormen evenwel lag het gronddenkbeeld der Executele, eene instelling, die eerst door latere tijden en nieuwere regtsbeginselen volkomen zou worden ontwikkeld. De vorm was eene andere, ook de naam leverde verschil op; de zaak was evenwel dezelfde.

Vele zijn de fragmenten uit de schriften der ICTen, die dit bewijzen. Ze alle hier uitvoerig te behandelen, zou de grenzen, die ik mij gesteld heb, verre overschrijden. Ik zal mij daarom tot eenige enkele bepalen. De fragmenten, die den erfgenaam als den *wettelijken* uitvoerder der uiterste wilsbeschikkingen kenschetsen, laat ik geheel ter zijde. Ze zouden te veel bewijzen (1).

(1) Oorspronkelijk zoo als men weet was de erfgenaam zelf de familiae emtor. Tot de nakoming van de beschikkingen der erflaters was hij evenzoo gehouden, als of hij zich tot die nakoming per aes et libram had verbonden. Zie GAJ. II §§ 102 *seqq.* verg. *Themis* 1857, n<sup>o</sup>. 2, pag. 270.

Wanneer ik, bij de Romeinen, bijzondere door de erflaters aangestelde of aangewezenen uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen aanneem, dan heb ik het oog op eene uitvoering (Executele), die niet zoo zeer het *testamentum*, als zoodanig, maar integendeel en hoofdzakelijk *de bijzondere wilsbeschikkingen* der erlaters, tot hoofd-doel had. Dit is het standpunt waarop ik mij hier wensch te plaatsen.

Andere en latere wetgevers zijn juist van dit standpunt uitgegaan. Het hoofddoel van het testament, voor zoo veel het betrekking heeft tot den erfgenaam, tot zijn optreden als zoodanig en tot de handhaving zijner regten, is buiten den werkkring van den nieuweren Executeur testamentair gebleven en behoort niet tot zijne roeping, die zich in den regel alleen bepaalt tot de *ultima voluntatus*, in bijzonderen zin.

Het is daarom vreemd dat er zijn, die de Executeuren testamentair bij de Romeinen niet aannemen, maar toch willen erkennen, dat er voorbeelden bestaan van de opdracht tot uitvoering van eenige (*bijzondere*) uiterste wilsbeschikkingen. (1) Naar mijne opvatting wordt het

(1) Ik kom hier nog eens terug op het gevoelen van Mr. BEAUJON. In de aangehaalde Dissertatie beroept ZEd. zich op pag. 26 in notis, op FURGOLE, *Traité des testaments*, Tom. 4. pag. 146, van wien hij de volgende woorden aanhaalt: «Aussi ne trouve-t-on aucune loi où quelque testateur ait nommé des Exécuteurs testamentaires.» ZEd. laat daarop volgen: «Ilaec dicit (FURGOLE) de Jure Romano, quod profecto factum non esset si executorem, *ut nos habemus*, novissent. Dicit FURGOLE II. de leg. Romanas modo citare exeuple exequendarum quarundam dispositionum testamentariorum.»

Ik moet hier van Mr. BEAUJON verschillen. Naar mijne opvatting verdedigt FURGOLE, juist op dezelfde plaats, wat ik beweere. Op den voorgrond, geloof ik, dat men het met mij eens zal kunnen zijn, dat de Executeuren testamentair van onzen tijd (*ut nos habemus*), in den regel niets anders zijn, dan de uitvoerders *quarundam dispositionum testamentariorum*. Doch wat schrijft FURGOLE? Men leest II.: «Aussi ne trouve-t-on aucune loi où quelque testateur ait nommé des Exécuteurs

grondbegrip der Executele testamentair door de opdracht tot uitvoering *alleen* bepaald, en ik neem het bestaan der Executele overal aan waar ik die opdracht vind, zij moge de bijzondere of de algemeene, eenige dan dan wel alle de uiterste wilsbeschikkingen der erfaters betreffen. De aard der instelling zelve en de roeping van den Executeur testamentair zijn niet afhankelijk van den meerderen of minderen omvang der opdracht. In beide gevallen blijven zij dezelfde. Te Rome was het een gevolg van de voortreffelijke voorzorgen der wetgeving omtrent de beschikkingen der overledenen, dat de Executeur testamentair zeer beperkt kon zijn in den werkring waarin hij zich mogt bewegen. Het Canonieke regt breidde dien werkring aanmerkelijk uit. Later hadden Germaansche zeden en regtsbegrippen invloed op de beginselen hier en elders. Eenige wetgevingen riepen den Executeur testamentair tot ruimen werkring, andere beperkten dien weder. Het Engelsche wetstelsel verzekerde den Executeur testamentair, de meest uitgebreide regten; het oud Fransche volgde in de pays du

*«testamentaires, pour faire exécuter tout le contenu en leur testament.»* Deze laatste woorden heeft Mr. B. niet terug gegeven, en indien ik mij niet bedrieg, komt de redenering van FERGOLÉ juist op het *«exécuter «TOUT LE CONTENU»* neder. Dit blijkt uit de woorden die deze schrijver onmiddellijk volgen laat: *«De là vient qu'on ne peut pas régler par des textes généraux précis l'étendue du pouvoir et du devoir des Exécuteurs testamentaires. Mais il ne faut pas penser que les Romains n'eussent pu en nommer s'ils l'avaient voulu; et puisque les LOIX ont AUTORISÉ des pouvoirs particuliers, que les testateurs ont donnés pour l'exécution de quelques dispositions, il n'y a pas à douter, qu'elles n'eussent également autorisé des pouvoirs généraux et qui n'eussent porté sur toutes les dispositions du testateur.»*

FERGOLÉ zegt alleen dat er geene voorbeelden gevonden worden waaruit blijkt, dat de Romeinsche erfaters de uitvoering van den *geheelen* inhoud van het testament aan Executeuren testamentair hebben opgedragen. Den *gedeeltelijken* inhoud evenwel zeer zeker, en daarop komt juist neder, hetgeen ik in dit opstel bewijzen wil.



droit coutumier, een ander stelsel; het oud-Hollandsche had weder een ander beginsel tot grondslag; eene verscheidenheid die zich, bijna overal, hoofdzakelijk in de leerstellingen omtrent het bezit der nalatenschappen (*possessio, saisina*) openbaarde. Hier den erfgenaam vertegenwoordigende, daar weder optredende in de plaats der overledenen en de nalatenschap als *jacens* beheerende; hier afhankelijk van de instelling van en van de aanvaarding door de erfgenamen, daar weder ook zonder deze het beheer der nalatenschappen uitoefenende, had evenwel deze en nog meerdere verscheidenheid geen den minsten invloed op het grondbeginsel waarop de *Executele*, als regtsinstelling, rustte. Overal was het opdragt tot uitvoering, tot dat, nagenoeg even als vroeger te Rome, — en die terugkeer tot oude beginselen, na zoo vele en zoo belangrijke wisselingen, is hoogst merkwaardig, — de wetgevingen van den lateren tijd, bijna alle den *Executeur testamentair* in het licht doen treden van den eenvoudigen en aangewezen uitvoerder, *niet* van het testament, maar van de bijzondere beschikkingen der erflaters. Dikwijls betreft die uitvoering alle, meestal bepaalt zij zich alleen tot eenige der handelingen, die de erflaters na hunnen dood willen doen plaats hebben. De regten der erfgenamen, zoo in betrekking tot de vertegenwoordiging des overledenen als tot het bezit der nalatenschap, blijven evenwel in den regel geheel onafhankelijk van de *Executele*, die er geen den minsten invloed op uitoefent. Zoo was het in het oude, ook in het latere Rome. In het grondbeginsel bestond geen verschil (1). — Keeren wij thans tot ons onderwerp terug.

(1) De verschillende stelsels der onderscheidene wetgevingen van vroegeren en lateren tijd op het stuk der *Executele*, testaments-uitvoering, leveren eene ongemeen rijke stof tot onderzoek. Staatkundige en godsdienstige begrippen hebben hier aanmerkelijken invloed uitgeoefend. Dit

dit zou in de meeste gevallen praktisch op hetzelfde neerkomen; de praetor achtte het evenwel raadzaam om den eischer nog de gelegenheid te geven zich met een geringer bedrag tevreden te stellen.

Eindelijk moet ik nog op een punt opmerkzaam maken, waarin de actio injuriarum van de overige actiën verschilde. In den regel rigtte zich de summa vadimonii naar het objectum litis, terwijl zij òf hiermede gelijk gesteld werd, òf slechts de helft bedroeg; bij de actio injuriarum daarentegen had eene omgekeerde betrekking plaats, de litis aestimatio rigtte zich naar de summa vadimonii. Ik kan dit onderscheid niet anders verklaren dan door aan te nemen, dat in den regel de waarde van het objectum litis, althans waar het eene actio certi betrof, reeds uit de editio actionis bleek. Bij de injuriarum actio daarentegen moest wel de eischer bepaald uitdrukken, welke belediging hem aangedaan was (71), doch daarin lag nog niet de litis aestimatio opgesloten, waarnaar de summa vadimonii kon worden geregeld. De zaak zal zich dan in dezer voege hebben toegedragen: wanneer partijen ten gevolge der in jus vocatio voor den praetor waren verschenen, had de editio actionis plaats; de gedaagde verlangde uitstel voor zijn antwoord en wenschte daarom vadimonium te stellen; bij het stellen van vadimonium werd eene poena bepaald voor het geval de gedaagde niet op den bepaalden tijd weder in jure verscheen; gold het eene injuria levis, dan werd die poena door den eischer, gold het eene injuria atrox, dan werd zij door den praetor bepaald; nadat partijen in tweeden termijn verschenen waren en de gedaagde geantwoord had, werd de formula geconcipieerd; bij de injuria levis werd de taxatio, waaraan de regter als

(71) *l. 7 pr. D. de injur.* (XLVII. 10): «Praetor edixit: qui agit injuriarum, certum dicat quid injuriae factum sit.» *Coll. leg. Mos.* II § 6.

maximum gebonden was, door den eischer bepaald, bij de *injuria atrox* door den praetor, beiden evenwel mogten het bedrag, dat als poena *vadimonii* gesteld was, niet overschrijden (72). Bij andere actiën daarentegen, waar het eene zekere bepaalde som gold, b. v. honderd duizend sestertien, bleek dat bedrag reeds uit de *editio actionis* en daarnaar werd de *summa vadimonii* geregeld. Hoe was het nu evenwel bij de *actiones incerti*, waar niet een *dare*, maar een *facere* gevorderd werd? Ook hier was in de *editio* geen bepaald bedrag opgenomen en ik geloof daarom, dat hier de bepaling der poena geheel van het goedvinden van partijen af hing. De hoofdplaats van GAJUS over de *summa vadimonii*, welke wij boven behandelden, zal dus uit den aard der zaak tot *actiones certi* moeten worden beperkt.

Overigens is het duidelijk, dat hetgeen wij tot dusverre over de *summa vadimonii* mededeelden, alleen betrekking had op het geregtelijk *vadimonium*; uit het verband der plaats van GAJUS blijkt, dat hij alleen dit op het oog had en bij de behandeling der *injuriarum actio* wordt zelfs uitdrukkelijk de inwerking des praetors genoemd (73). Om daaruit evenwel met KELLER (74) af te leiden, dat bij het buitengeregtelijk *vadimonium* geen conventionele poena te pas kon komen, is mijns inziens onjuist; immers bestond er volstrekt geen reden, waarom het hier aan partijen niet zoude vrij staan om de onzekere *actio ad id quod interest* door het bepalen eener zekere poena te vermijden en de grond, dat hier geene medewerking des praetors plaats kon vinden, is niet afdoende. Waar die medewerking gevorderd wordt, is

(72) Men vergelijke b. v. de voorstelling van der loop der procedure in jure, bij KELLER, § 50.

(73) Verg. ook PUCHTA, § 160, S. 80. KELLER, § 47, S. 190, 191, HUSCHKE, S. 135.

(74) § 47, S. 191.

alleen sprake van het geregteijk vadimonium, en men kan uit het ondenkbare van den invloed des praetors buiten regten geen argument trekken voor de niet-bestaanbaarheid eener buitenregtelijke bepaling der poena vadimonii. Met hetzelfde regt zoude men kunnen beweren, dat, omdat het vadimonium eene stipulatio praetoria was, waarbij de medewerking des praetors vereischt werd, en omdat die medewerking buiten regten ondenkbaar was, er in het geheel geen buiten-regterlijk vadimonium bestond.

Het boven aangevoerde geeft deze resultaten. Was er voor het desertum vadimonium geen poena bedongen, dan had de eischer eene actio ad id quod interest, welk interest in den regel lager was dan de waarde van het objectum litis, somtijds evenwel, vooral bij de actiën, welke aan een korten termijn van praescriptie onderworpen waren, hiermede gelijk stond (bl. 371—380). De condemnatio, als deel der formula, was hier incertae pecuniae; om het onzekere dier actie en de moeilijkheid van het bewijs te vermijden, werd er gewoonlijk eene poena bedongen, de condemnatio was dan certae pecuniae (bl. 380, 381); bij het buiten-geregteijk vadimonium was het bedrag dier poena aan den vrijen wil van partijen overgelaten (bl. 406); bij het geregteijk vadimonium was het aan zekere regelen gebonden; bij de actio depensi en iudicati stond het gelijk met het objectum litis, dat reeds door de editio actionis bekend was (bl. 385—388); bij de actio injuriarum, waar het eene injuria atrox gold, werd het door den praetor (bl. 400, 401), waar het eene gewone injuria gold, door den eischer bepaald (bl. 401, 402), en mogt de litis aestimatio de summa vadimonii niet overschrijden (bl. 398 vg. 403 vg.); bij alle overige actiën werd de summa vadimonii door den eischer bepaald, na afleggen van het juramentum calumniae,

daarbij was evenwel een maximum gesteld van vijftig duizend sestertien (bl. 393); was de actio *incerti*, dan had de eischer beneden het maximum vrijheid (bl. 406), was de actio *certi*, dan was hij gebonden door een relatief maximum, de helft van het objectum litis (bl. 391).

---

BIJVOEGSEL op de eerste bijdrage noot 48  
(*Themis* III, blz. 24, 25.)

Ik had in mijne eerste bijdrage, noot 48, het vrij algemeen gevoelen gevolgd, dat de bepaling der twaalf tafelen «*praesenti litem addicito*» doelde op de uitspraak van den *judex*, niet op die van den *magistraat*. Op die verklaring berust voor een groot gedeelte mijne argumentatie over de plaats, welke het *vadimonium* in het oudst civielproces innam.

Dezer dagen kwam mij een onlangs uitgekomen zeer belangrijk geschrift van den Hoogleeraar DANZ in handen, *der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*. Jena 1857. Ik ontdekte, dat die geleerde een tegenovergesteld gevoelen aanneemt, en de tot hertoe gehuldigde leer bestrijdt. Zie het aangehaalde werk, S. 215 Not. 41. Hij behandelt daar den oudsten vorm der *litis contestatio* bij de *legis actio sacramento*, welke hij met de sacrale bescherming in het regtsverkeer in verband brengt, en het *litem addicere* wil hij verstaan hebben van de regtshandeling des *praetors*, welke in geval van afwezigheid van eene der partijen, de plaats der *litis contestatio* verving. De gang zijner redenering is de volgende: bij de *legis actio sacramento* staaft de eischer zijne bewering door een eed; desgelijks de gedaagde. Dan moet door den *praetor* worden uitgemaakt

De Executele treedt, in beginsel, te Rome al zeer duidelijk op den voorgrond bij het zoogenaamd *legatum alimentorum*, in de onderscheidene vormen waarop dit legaat door de erfslaters werd vermaakt. In hem, die met de *praestatio* belast is, kan men m. i. gevoegelijk zien den bijzonderen lasthebber des overledenen, volkomen in den geest waarin latere wetstelsels ons den Executeur testamentair doen kennen.

De DD. rangschikken de *praestatio alimentorum* onder de *fideicommissa*, waarmede de erfgenaam ook wel de legataris werd belast. Maar dit doet mijne stelling volstrekt niet vallen. Vooreerst is de erfgenaam of de legataris *cujus fidei aliquid committitur* (dit *aliquid* moge zijn wat het wil) niets anders dan den aangewezen uitvoerder eener *bijzondere* uiterste wilsbeschikking; maar de DD. zelf nemen ook een onderscheid aan, wanneer de *praestatio alimentorum* door den erfslater aan een extraneus is opgedragen, en beschouwen in dat geval de opdracht als een *nudum ministerium* (1). Nu heb ik geene reden kunnen vinden, waarom de opdracht tot het presteren der alimenten van *aard* zou veranderen, in de gevallen waarin dit moest worden volbragt door een' erfgenaam of legataris (2), dan wel door een derde (3). Dat de verpligting tot uitkeering van de alimenten overging op den erfgenaam van den heres of legataris, op wien die verpligting rustte; dat de *partes deficientum* ten voordeele kwamen van den heres of legataris, die met de *praestatio* was belast (l. 7 en 8. *laud.*),

onderzoek ligt evenwel in dit opstel geheel buiten mijne bedoeling. Ik bepaal mij nu alleen op het belangrijke er van te wijzen.

(1) Zie o. a. POTHIER ad tit. ff. de alim. v. cib. leg. (XXXIV. 1.) n<sup>o</sup>. 13.

(2) Zie l. 15. l. 10. l. 2 § 1. l. 20 § 2. l. 7 en l. 8. de alim. v. cib. leg. (XXXIV. 1.)

(3) Zie l. 9. ff. eod. Verg. de l. 17. ff. de legatis. 2<sup>o</sup>.

in het geval door den erflater de som of de middelen waren aangewezen waaruit de alimenta moesten worden gevonden; dat dit alles omtrent den extraneus *niet* plaats vond; dit verandert m. i. niets aan den aard der handeling en het begrip dat er zich aan hecht; het verandert ook niets aan de praestatio zelve. En noemt men nu welligt dáárom de opdracht in betrekking tot den erfgenaam of legataris een *fideicommissum*, en in betrekking tot den extraneus een *nudum ministerium*, omdat de eerste door zijn erfgenaamschap of door het vermaakte legaat tot het aanvaarden der opdracht en de praestatio die er uit volgde verplicht was (l. 15 ff. de alim. v. cib. legatis (XXXIV. 1)), — en de andere er niet toe kon worden genoodzaakt; dan zal men daaruit alleen kunnen besluiten tot een onderscheid in de benaming, dat evenwel op het wezen der zaak van geen invloed kan zijn. De DD. zelve die dit onderscheid aannemen, gewagen bij het *legatum alimentorum*, in algemeenen zin, van de *executores horum legatorum*. En wil men nu met POTHIER en anderen: *Executio ita mandata, nihil aliud est quam fideicommissum alimentorum praestandorum quo heres vel legatarius gravatur*; ik heb vrede met de omschrijving, mits men aan het wezen der zaak blijve vasthouden en die geheel gelijk stelle met de *executio mandata ei (extranei) cui nihil testator reliquit* (1).

De ontleding van eenige fragmenten, die tot het *legatum alimentorum* betrekking hebben, zal mijne stelling nader kunnen regtvaardigen. Ik heb evenwel hier en elders alleen *feitelijke* bewijzen op het oog.

In de l. 8 ff. de alim. v. cib. legat. (XXXIV. 1) leest men:

«*Pecuniae sortem alimentis libertorum destinatae, unum ex heredibus secundum voluntatem defuncti*

(1) Zie POTHIER. l. a. pl. n°. 18 en 21.

«praecipientem, cavere non esse cogendum, ex  
«persona deficientium partes coheredibus restitui,  
«placuit.»

Men heeft hier een erfgenaam, die tegelijk met anderen (unus ex) tot de nalatenschap is geroepen, doch aan wien bij bijzonder mandaat is opgedragen de uitkeering van alimenten aan vrijgelatenen. Er is hier wel een heres, maar op dezen een last verstrekt, die met zijne hoedanigheid als zoodanig niets gemeens heeft. Hij is niet verplicht om uit zijn aandeel, ook niet uit de aandeelen der mede-erfgenamen, de alimenta te verstrekken. De erfflater heeft integendeel vooraf eene sors pecuniae aangewezen (destinatam) waaruit die alimenta moeten worden gevonden en naar zijn bijzonderen wil (secundum voluntatem) moeten worden verdeeld. De opdracht tot uitkeering aan dien eenen erfgenaam is hier eenvoudige lastgeving, en de erfgenaam zelf, de eenvoudige niet alleen, maar ook de *bepaald aangewezene* executor ultimae voluntatis. Verg. de l. 4. § 1 ff. h. t.

Hetzelfde beginsel bepaalt den grondslag der l. 107. ff. de legatis 1<sup>o</sup>.

«Si a pluribus heredibus legata sint, eaque unus ex  
«his praecipere jubeatur et praestare, in potestate eorum  
«quibus sit legatum, debere esse ait, utrumne a singulis  
«heredibus petere velint, an ab eo, qui praecipere sit  
«jussus.»

De zaak is dezelfde. De bevoegdheid der legatarissen om hetzij de gezamenlijke erfgenamen, hetzij den erfgenaam wien dezen last in het bijzonder was opgedragen, tot de uitkeering der alimenta aan te spreken, is gegrond op de solidariteit der erfgenamen. De bijzondere opdracht sluit de gehoudenheid der anderen volstrekt niet uit. De heredes zijn alle successores in omne jus quod defunctus habuit; onderling kunnen zij zich waarborgen verschaffen (l. 107 laud. in fine); de



aangewezen heres blijft evenwel zijn karakter als zoodanig behouden, maar vereenigt tevens in zich de hoedanigheid van lasthebber des overledenen. De solidariteit der overigen bewijst juist dat hij in betrekking tot het praecipere en tot het praestare der legaten niets dan lasthebber is.

De aanleidende oorzaak van soortgelijke handelingen, was gewoonlijk gelegen in de omstandigheid, dat de erflaters zich meermalen verlieten op de dignitas of de fides van een der ingestelde erfgenamen, wien zij als den uitvoerder hunner beschikkingen aanwezen. Vele zijn hiervan de voorbeelden. In betrekking tot de opdracht was hij de mandataris des overledenen; maar hij bleef niettemin heres en ook als zoodanig aan de legatarissen verbonden.

Geldt ook nu niet, onder de hedendaagsche wetgevingen, volkomen hetzelfde beginsel, wanneer de erflaters de Executele testamentair in hunne nalatenschappen aan den gestelden erfgenaam of een hunner hebben opgedragen (1)?

In betrekking tot de zoo even besproken wetten staat de lex 7 ff. si cui plus (XXXV. 3), ook de l. 10 ff. de alim. v. cib. legat. (XXXIV. 1). In beide is sprake van de distributio of dispensatio van legata annua; de laatste vermeldt een geval, cum unus ex heredibus *certam*

(1) CUIJACIUS ad Afric. (l. 107 laud.) noemt den erfgenaam, die in dit fragment wordt bedoeld een *dispensator legatorum*. In de Novell. MART. de test. cler. komen zij onder dien naam voor. Het karakter dier dispensatores is volkomen gelijk aan dat der Executores testamentarii. CUIJACIUS leert dit t. a. p. waar hij schrijft: «Plerumque testamentis aconstitui solent dispensatores legatorum Executores testamentorum, quos etiam vocavere ἐπιτερόπους, sicut tutores pupillorum aut curatores adolescentium.» Zie BARTOLUS ad l. 17 ff. de legatis 2°. POTHIER gewaagt van deze dispensatores als en noemt ze ook *Executores*. Zie de aangehaalde plaats.

*pecuniam praecipere* (1) *jussus est*, de cuius sorte libertis alimenta praestaret. Verg. de l. 69 § 2 ff. de legatis. 1°. en de l. 77 § 21 ff. de legatis 2°.

De handeling, die de aangehaalde fragmenten ten onderwerp hebben, was eene bij de Romeinen gewone en zeer bekende, en meermalen werd ook de Magistraat geroepen om in de nalatenschappen op te treden, ten einde, in betrekking tot de alimenta legata, gelijksoortige beschikkingen tot stand te brengen, wanneer de erfaters verzuimd hadden de distributio of dispensatio dier legaten tusschen de onderscheidene erfgenamen zelf te regelen. Over deze tusschenkomst van het openbaar gezag, zie de l. 8 § 9 ff. de transact. (II. 15). POTHIER gewaagt bij deze wet van EXECUTORES. De zaak zelve is vermeld in l. 3 ff. de alim. v. cib. legat. (XXXIV. 1). De handeling van den Magistraat had dezelfde gevolgen als of zij van den erflater ware uitgegaan. De heres a iudice *electus* verscheen in betrekking tot de annua in het licht van den

(1) Over dit *praecipere*, *praestare* en *dispensare* zie men CEJACIUS ad African. t. a. p. Kan *praecipere* hier evenwel niet opgevat worden in de beteekenis van het *vooraf nemen*, het *nemen* van eene bepaald aangewezen som uit de nalatenschap, om daarmede naar den wil des erfaters ingevolge bepaalde voorschriften te handelen? De erfgenaam moest (*jussus est*) certam *pecuniam praecipere* om daarmede te *praestare*, te *dispensare*, te *distribuere*. Zie de l. 91 ff. ad leg. Falc. (XXXV. 2.) alwaar, naar mijne opvatting s. m. van *praecipere* niet in den zin van *praestare*, maar in dien van *retinere* en *deducere* gewaagd wordt. Zie ook de l. 75 § 1 ff. de legatis 2°. waar van *praecipiones relictas* sprake is. Verg. de aang. l. 10 ff. de alim. v. cib. leg., waar geleerd wordt *heres ad praecipionem admitti*, ook de l. 96 § 3 ff. de legatis 1°. waar HALOANDER voor *praecipere*, *percipere* leest. Zou men eindelijk hier niet mogen aannemen dat ook het dusgenoemde *praelegaat* in zijnen vorm aan de opdracht tot uitvoering eener uiterste wilbeschikking werd dienstbaar gemaakt? Verg. VON VANGEROW, *Lehrbuch* § 523 en § 536 en POTHIER ad tit. ff. fam. ercise. (X. 2.) n°. 54 seqq.

*Themis*, D. IV, 3de St. [1857].

*uitvoerder der wilsbeschikking*, maar bleef daarbij zijn karakter als erfgenaam ongeschonden bewaren.

Letten wij nu op andere beschikkingen.

In de l. 15 ff. de alim. v. cib. leg. (XXXIV. 1), leest men:

« A filio herede codicillis Sejae decem reliquit et alumno his verbis. Maevio infanti, alumno meo, quadringenta dari volo, quae peto a te, Seja, suscipias et usuras ei quincunces in annum usque vicesimum aetatis praestes, cumque suscipias et tuearis.»

Aan een legataris wordt den last opgedragen *om onder zich te nemen* (peto a te (ut) suscipias) quadringenta, welke aan een infans, vermaakt zijn, ten einde daarmee naar bepaalde voorschriften te handelen. Hier is toch voorzeker de Executeur testamentair in zuivere opvatting. Het legaat (decem) is regtens de remuneratio voor de volvoering van den opgedragen last. De aanvaarding van het legaat doet de verplichting ontstaan ad mandatum vel negotium perficiendum, zoo als SCAEVOLA dit in deze wet dan ook uitdrukkelijk leert. Zie de l. 15 laud. in fine. Verg. de l. 16 § 2 ff. de relig. Is hetzelfde beginsel ook niet in latere wetgevingen, in verband met den regel quod prius est voluntatis postea fit necessitatis, op de Executeuren testamentair toegepast?

De l. 78 § 1 ff. ad Sctum Trebellianum (XXXVI. 1), leidt tot dezelfde gevolgtrekking:

« Maevia duo filios heredes reliquerat, et eodem testamento ita cavit: Fidei autem heredum meorum committo, uti omnis substantia mea pro deposito sine usuris apud CAJUM SEJUM et LUCIUM TITUM, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem, remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annum 25 pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem.»

Ik meen hier veilig het bestaan van een eenvoudig mandaat te mogen aannemen. De opdracht betreft de *executio* van eene ultima voluntas. Het blijkt ook niet dat den lasthebbers eenig voordeel bij testament is besproken; ook niet dat zij in eenige betrekking staan tot de nalatenschap of tot de erfstaatster. Moeten ook niet onze hedendaagsche Executeuren testamentair, na afloop hunner bemoeijingen, de nalatenschappen aan de erfgenamen overgeven (ut restituant)?

Dit fragment biedt nog een ander punt ter beschouwing aan. Na de zaak te hebben medegedeeld, vervolgt SCAEVOLA aldus:

« Quaesitum est an fideicommissum praestari a scriptis heredibus LUCIO TITIO et SEJO debeat? Respondit, « secundum ea quae proponerentur, LUCIUM TITIUM, item « SEJUM, fideicommissum petere non posse. »

Hieruit blijkt dat GAJUS SEJUS en LUCIUS TITIUS, de gewone actio ex testamento tegen de filios heredes niet kunnen doen gelden. Immers hun is alleen de uitvoering van een bepaalden last opgedragen. Zij zijn niet legatarissen, die alleen deze actie hebben, ook niet de substituti legatariorum, wien eveneens celeritate conjungendarum actionum deze actie was toegekend. (Zie POTHIER ad. tit. ff. de alim. v. ab. leg. (XXXIV, 1) n<sup>o</sup>. 18). Weet men nu dat naar het oude regt de fideicommissen *per formula* werden opgeëischt, d. i. *persecutione extraordinaria* (1) en de opvordering van het fideicommissum niet bestond *in vindicatione*, maar *in petitione* (2), dan volgt uit de uitspraak van SCAEVOLA, die het petere fideicommissum *non posse*, hier beweert, d. i. de gewone actio ex testamento hier *niet* aanneemt, m. i. duidelijk, dat in het besprokene geval van niets anders sprake is dan van de benoeming van Executeuren

(1) Zie Fragm. ULPIANI tit. 25 de fideicomm. § 12.

(2) Zie PAUL. Sent. lib. 4 tit. 1 de fideicomm. § fin.

testamentair, tot uitvoering eener bepaalde wilsbeschikking. In de handeling zelve zie ik het oude, het *oorspronkelijke* fideicommissum, en in de fideicommissen in algemeenen zin, vind ik, ook op grond van dit fragment, het grondbegrip der Executele testamentair geheel terug (1).

Uit de woorden: «quos etiam curatores substantiae meae dedissem,» blijkt ook van de gewoonte der erf-laters om meer op de trouw van vreemden, dan op die van naaste magen te rekenen. De kinderen der erf-laatster zijn de *fiduciaire*, de kleinkinderen de *gestelde* erfgenamen, en aan *extranei* wordt opgedragen dat de wil der erf-laatster tot uitvoering worde gebragt. De benoeming van soortgelijke *curatores substantiae* schijnt dan ook den Romeinen niet vreemd geweest te zijn. Ons fragment geeft althans aanleiding dit aan te nemen.

Dat deze *curatores substantiae*, in het wezen der zaak en in het gronddenkbeeld geheel overeenkomen met hen, dien men in lateren tijd onder den naam van Executeuren testamentair ziet voorkomen, kan behalve uit de l. 78. § 1. ff. ad Scum Trebellianum, ook uit de l. ultima ff. de conf. tut. (XXVI. 3.) worden afgeleid, waar men leest:

«Avia nepotibus curatorem dedit, fideicommisso ei relicto; quaesitum est an administrare curator compelli debeat? Respondi, curatorem quidem non esse, sed quum aliquid ei ex testamento datum esset, teneri eum ex fideicommisso, si non curam susciperet, nisi id quod ei datum esset nollet petere, aut reddere esset paratus.»

Er is hier een *curator*, aan wiens cura een *fideicommissum* is opgedragen, dat hij moet *administrare*.

(1) Zie POTHIER ad tit. ff. de leg. et fideicomm. n<sup>o</sup>. 301. Verg. n<sup>o</sup>. 298 tit. laud. Verg. voorts over het gevolg van de tijdsbepaling in deze wet en in de l. 21 § 4 ff de ann: legat.: de l. 46 § 36 ad Scum Treb. en POTHIER ad tit. ff. de cond. et dem. n<sup>o</sup>. 78.

Dat het hem (*ei*) voorts is *relictum*, om het later aan de nepotes der erflaatster uit te keeren, volgt uit den zamenhang der wet, ook uit de omstandigheid dat hem, den curator, aliquid testamento datum est, opdat hij dat beheer op zich zou nemen. De kleinkinderen zijn de erfgenamen. Een anderen zin heb ik hier niet kunnen vinden.

In betrekking tot de hoofdzaak, die het hier geldt, bedient SCAEVOLA zich van de woorden: *cura*, *curator*, *fideicommissum*, *administrare*. De vereeniging of zamenvoeging dier uitdrukkingen is m. i. hoogst opmerkelijk. In den regel behooren ze niet bij elkander, (ik geloof dat men mij dit gereedelijk zal toestemmen), en daarom vestig ik er de aandacht op. Dat hier geen sprake is van den *gewonen* Curator, die trouwens niet bij testament gegeven wordt, blijkt uit de woorden: «*curatorem quidem non esse.*» De handelingen en daden van den *Curator*, worden door de ICten ook zelden in den zin van het eigentlijke «*administrare*» aangeduid; die van een' *fiduciarius* komen in den regel bijna nimmer in dien zin voor. Is deze opvatting hier juist, dan levert ook dit fragment een nieuw bewijs, dat het eigentlijke fideicommissum in het wezen der zaak niets anders was dan *lastgeving* in den vorm van opdracht tot uitkeering. Hij, in wiens *fides* de volvoering van dien last haar waarborg vond, was de *beheerder* (*Curator* (?)) van het *commissum*, dat hij moest *administrare*; meermalen werd hij voor dat beheer *beloond* (aliquid datum testamento); anders had hij de *quarta*.

Zeker is het evenwel dat de *fiduciarii*, bij de Romeinen niet alleen in het licht van *beheerders* van het fideicommissum werden beschouwd, maar ook in betrekking tot hetzelfde *Curatores* zijn genoemd geworden. De woorden van het fragment billijken geloof ik deze meening en de hier besproken *Curator*, is, in de gewone opvatting, de *Executeur testamentair*, die geroepen is

tegen een bepaald loon (aliquid datum (1)) het commissum te beheeren, om hetzelfde later aan de kleinkinderen der erfstaatster uit te keeren (2). Deze konden, indien zij dit noodig en nuttig oordeelden, den Curator er toe noodzaken; maar hij was er dan alleen toe gehouden, nisi id quod ei datum esset nollet petere aut reddere esset paratus. De aanvaarding der cura (het fideicommissum) bleef van den vrijen wil des Curators afhangen, even als de gehoudenheid der erfgenamen om zich dat beheer te laten welgevalven of hun regt om het later te doen ophouden, mits in beide gevallen den Curator, die zich tot zijne taak bereid verklaarde, het aliquid werd gelaten, dat hem bij testament was toegezegd (3). Kan men dit nu toegeven, dan is hier weder eene treffende overeenkomst met de beginselen van lateren tijd. Naar de bepalingen van het oud-Holl. regt onder anderen, konden de Executeuren testamentair de erfgenamen niet weren van het bezit en beheer der nalatenschappen, en hield in den regel hunne bevoegdheid op, zoodra de erfgenamen bereid waren zich tot de voldoening der schulden en legaten te verbinden, evenwel *praestito (Executoribus) quod illis in testamento relictum est* (4).

Dat SCAEVOLA verder leert, dat de hier bedoelde Cu-

(1) Zie over dit loon de l. 15 ff. de alim. leg. (XXXIV. 1). Verg. l. 58 ff. ad Sect. Trebell. (XXXVI. 1.) l. 77 en l. 93 fin. ff. de legatis 2<sup>o</sup>.

(2) Zie POTHIER ad tit. ff. de leg. et fideic. n<sup>o</sup>. 140.

(3) Verg. POTHIER t. a. pl.

(4) Zie VAN DER KEESSEL, Theses Sel. Th. 323. Verg. BIJNKESKERK, Quaest. Jur. Priv. l. 3 C. 1 p. 360 in fine qq. — Over de verschillende en onderling afwijkende bepalingen van het oud-Fransche regt zie men de aangehaalde Dissert. Inaug. van Mr. J. J. BEAUJON, die de onderscheidene Coutumes op dat stuk mededeelt. — Wat de nieuwere regtsbeginselen betreft, zie art. 1025 Cod. Civ. en art. 1055 Burg. Wetb.

rator cautie stellen moest, lag in het Romeinsche legaten en fideicommissen-stelsel en ook in den aard der zaak zelve opgesloten. De Curatoris datio was in casu geen eigenlijk fideicommissum, maar had, zoo als POTHIER dit t. a. p. l. leert, de *kracht* van een fideicommiss (*vim fideicommissi habet*). Had de benoemde curator eenmaal de administratie op zich genomen dan verkreeg hij ook het «aliquid datum», had althans regt het te vorderen. Zijne aanvaarding, eene geheel vrijwillige, eischte waarborgen. De fiduciarius proprie dictus, die tot het stellen der gevorderde cautio verplicht was, had evenwel niet *altijd* regt tot de quarta; de curator werd door het aliquid, dat hij als eene andere quarta verkreeg (1), voor zijne cura beloond; a fortiori rustten dus ook op hem de verplichtingen van den fiduciarius. Zonder met dezen gelijk te staan, viel hij evenwel in de categorie van den fiduciarius (2).

De cura, waarvan ik naar aanleiding van het zoo even behandelde fragment gesproken heb, doet de aandacht vestigen op de bij de Romeinen bekende *cura* of *curatio funeris*. Zie l. 12 § 4 de Relig. et sumpt. fum. (XI. 7). Deze cura was wel eene bijzondere, en de curator een tot een bijzonder einde aangestelde mandataris, maar het grondbeginsel, waarop de latere Executele rusten zou, was ook hier op den voorgrond. In den regel bepaalden de erflaters zich tot eene *electio*, die evenwel als *mandatum* werd beschouwd, zoo als de l. 14 § 2 eodem dit aantoot, terwijl het gebruik om het funus aan een derde op te dragen, wien men daartoe zeer dikwijls eene zekere som vermaakte (l. 14 § 2 laud.)

(1) Zie de l. 58 ff. ad Sctum Trebell. (XXXVI. 1.) l. 77 pr. en l. 93 fin. de leg. 2°. Verg. inzonderheid VON VANGEROW, *Lehrbuch*, § 536.

(2) Verg. over de *quarta* en de *vice quartae* de l. 58 ff. ad Sct. Trebell. de ll. 77 en 93 ff. de legatis. 2°. l. 90 en l. 91 ff. ad leg. Falcid. Zie VON VANGEROW t. a. pl.



zeer algemeen was, en eerst dan wanneer deze opdracht niet had plaats gevonden, de curatio funeris op den heres rustte, die dan ook verplicht was ze op zich te nemen. Zie de l. 12 § 4 eod. In lateren tijd, zoo als men weet, maakte deze curatio een bepaald deel uit der Executele testamentair. De Executeuren testamentair werden, o. a. onder de oud-Hollandsche wetgeving genoemd «redderaren van den boedel en *bezorgers der begrafenis*sen.» Zie o. a. VAN DER KEESSEL, in wiens dictaat op zijne Thes. Selectae (123) ik opgeteekend vind: «In antiquioribus legibus (Romanorum), quod sciam, eorum (nempe *Executorum*) mentio non occurrit»; maar die daarop volgen laat: «Tantum olim receptum fuit ut posset testator alicui mandare funeris sui curam quae cura et hodie plerumque executoribus committitur.»

De stelling die ik verdedig rust ook op de l. 21 § 4. de ann. leg. (XXXIII. 1).

«Largius Erippianus consuluit, alumno certam pecuniam patronum testamento legasse, deque ea re testamento ita cavisse: Pecuniam quam Titio liberto et alumno meo legavi, *esse volo penes* Publium Maevium usque ad annum vicesimum quintum aetatis ejus, proque ea computari cum eo usuras quadrantes; quantum autem in sumptum ei statuendum sit, tu Publi Maevi, quum patris affectum ei praestare debeas, aestimabis.»

De casus is hier duidelijk. Het legaat moet aan een derde, aan Publius Maevius, wiens fides hier weder de drijfveer van de handeling des erfslaters is, worden uitgekeerd. Door hem moet het komen tot den legataris Titius, libertus et alumnus. Die derde, wien volstrekt geen voordeel besproken is, maar eene taak is opgedragen van liefde en trouw (cum patris affectum ei praestare debeas), kan dus hier als niet anders be-

schouwd worden, dan als den *uitvoerder eener uiterste wilsbeschikking*, zoo als uit het geheele fragment dan ook duidelijk blijkt.

Immers oordeelt SCAEVOLA dat PUBLIUS MAEVIUS in het gestelde geval niet verplicht is tot het stellen der gewone cautie (de implendo modo.) De grond, waarop die uitspraak rust, is deze, dat zij alleen te pas kwam bij legatarissen, wien sub modo dandi aut faciendi iets was vermaakt. PUBLIUS MAEVIUS is geen legataris, maar heeft hier het karakter van een SIMPLEX EXECUTOR, zoo als POTHIER dit leert ad. tit. ff. de leg. et fideic. n°. 321 not. 6; eene leer waarmede ik mij volkomen vereenig, om ook in dit fragment den gewonen Exécuteur testamentair weder te vinden (1).

Voor mijne stelling acht ik ook van bijzonder gewigt de lex 17 ff. de legatis 2° :

(1) «Satis habuisse heredes, secundum voluntatem defuncto PUBLIO «MAEVIIO pecuniam numerare» zegt SCAEVOLA. De erfgenamen behoeven de cautie niet te vorderen, «nisi» vervolgt SCAEVOLA «vivente testatore «PUBLIUS MAEVIUS solvendo esse desierit, tunc enim cautio ab eo exigenda est.» In den regel ben ik geen vriend van conjecturen, maar ik geloof dat voor *vivente* hier «nesciente» gelezen moet worden. Ik geef mijn conjecture evenwel voor hetgeen ze is. De gronden waarmede ik ze verdedig zijn de volgende :

De waarborg die de erflater op het oog had vond hij in de *fides* van PUBLIUS MAEVIUS (fidem ejus secutus est). Dáárom juist zijn de erfgenamen ontslagen eenige cautie te vorderen. Houdt nu de benoemde *gedurende het leven (vivente)* van den erflater op solvendo te zijn, dan mag men aannemen dat deze dit wetende of kunnende weten, zijne beschikking had *kunnen* veranderen. Laat hij dit na, dan kan hij geacht worden, *quamvis* solvendo esse desierit PUBLIUS MAEVIUS, dezen *desniettemin* zijn vertrouwen waardig te hebben bevonden, in welk geval geene cautie van hem mag gevorderd worden. Blijkt evenwel dat P. M. *nesciente* testatore ophield solvendo te zijn, dan is het geval daar om de cautie te vorderen (exigenda erit), omdat de erflater, had hij het geweten, welligt van zijn voornemen zou zijn terug gekomen. Verg. over dit vraagpunt RICARD, des Testaments, Pars 2. n°. 66.

« Si quis TITIO decem legaverit et rogaverit, ut ea  
« restituat MAEVIO, MAEVIUSQUE fuerit mortuus, TITII  
« commodo cedit, non heredis, nisi duntaxat ut ministrum  
« TITIUM elegit. »

Dit fragment levert het bewijs dat de Romeinen ook zonder het bespreken van eenig voordeel, ook zonder dat daaruit eenig voordeel te wachten stond, de volvoering van hunne beschikkingen aan een derde, (extraneus) opdroegen. Het «nisi duntaxat,» toont aan dat eene soortgelijke opdracht zich tot eene *electio ministri* kon bepalen, in welk geval de lasthebber *minister* werd genoemd. Men heeft dus hier, onder *dien* naam, den legenwoordigen Executeur testamentair; en dit fragment pleit dan ook voor de stelling dat niet alleen het eigenlijke *fideicommissum* tot hoofddoel en strekking had de benoeming en aanwijzing van den *verkozen* uitvoerder van de eene of andere uiterste wilsbeschikking, maar dat ook reeds ten tijde der Jurisconsulten, toen het onderscheid tusschen de legaten en de fideicommissen nog van kracht was, meermalen ook het *legatum* in zijnen vorm aan dit doel werd dienstbaar gemaakt. Dit blijkt ook uit de l. 88. § 13 ff. de legatis 2°.

« Codicillis GAJUS SEJUS centum legavit, ejusque fidei  
« commisit ut ancillae testatoris ea daret.

Hier verschijnt even als in het geval der l. 17. ff. de leg. 2°. de legatarius, als *minister*. Immers had GAJUS SEJUS naar de uitspraak van SCAEVOLA geene actio ex testamento, sed nec ipsum legatarium legatum petere posse. Hij was dus niet *vere legatarius*, maar alleen geroepen, om zonder eenig voordeel de beschikking des erfslaters ten uitvoer te brengen. POTHIER ziet dan ook in GAJUS SEJUS een *nudus voluntatis defuncti minister* (1). Ik deel deze meening geheel en al.

(1) Zie ad tit. ff. de leg. et fideic. n°. 406 in notis (8). De emendatio die POTHIER, mogt zijne meening niet juist zijn, aldaar voorstelt, om

De l. 38 § 6 ff. de legatis 3<sup>o</sup>. ook de l. 60 ff. de legatis 2<sup>o</sup>. rustten op hetzelfde beginsel. In het eerste geval vindt men een legaat van *duo millia* aan PETRONIUS vermaakt, met opdragt om die weder uit te keeren aan het *collegium ejusdem templi*; in het tweede verkrijgt SEJUS een legaat sub conditione om het aan TITUS uit te keeren. De DD. zien in deze beide gevallen een zuiver legatum, en kennen in beide den legataris de actio ex testamento toe, in tegenstelling met de zoo even vermelde. Ik zal dit vraagpunt ter zijde laten. Ook de causa potior ejus cujus fides electa est, in betrekking tot het commodo of lucro cedere, ingeval de uitkeering aan de aangewezen personen door de eene of andere omstandigheid, niet kan plaats vinden, zal ik niet behandelen (zie de aang. pl.). Alleen de casus, die deze fragmenten bevatten, behooren tot mijn onderwerp, en die casus pleiten voor mijne stelling.

Ik vestig ook nog de aandacht op de l. 96 § 3 ff. de leg. 3<sup>o</sup>.

«Si scriptus ex parte heres rogatus sit praecipere pecuniam et iis quibus testamento legatum erat, distribuere id, quod sub conditione legatum est, tunc praecipere debet quum conditio exstiterit.»

In betrekking tot de hier bedoelde legaten heeft de scriptus ex parte heres het karakter van eenen Executor ultimae voluntatis, en is ook niet anders. Eenige DD. noemen hem de *divisor legatorum*; de zaak is dezelfde. De heres ontleent hier zijne bevoegdheid uit een speciaal mandaat. Zie verder hetgeen ik hiervoren gezegd heb bij de lex 107 ff. delegatis 1<sup>o</sup>. en in de noot op pag.

in plaats van *sed nec ipsum* te lezen: *sed et ipsum legatarium* enz., komt mij niet aannemelijk voor op grond van de l. 78 § 1 ff. ad Sctum Trebell. Zie hiervoren. Verg. ook de l. 31 § 4 de adimend. leg. (XXXIV. 4) en aldaar WISSENACH.

Eindelijk beroep ik mij nog op de l. 9 pr. ff. de alim. v. cib. legat. (XXXIV. 1.)

«Alio herede instituto ita scripsit: a te peto, Cai Seji, «quidquid ex hereditate mea redegeris, illis alumnis «meis des singulos denos aureos, eandemque summam «penes te esse volo; reliquum restitues Numerio, con- «liberto nostro.»

BARTOLUS gewaagt bij deze wet uitdrukkelijk van *Executores testamentarii*. Ook POTHIER ad h. l. eod. tit. n<sup>o</sup>. 21. Men kan den Executeur testamentair dan ook hier in bepaalden zin aannemen. De zaak is duidelijk. *Alio scripto herede*, GAJUS SEJUS is dus niet de erfgenaam. *Reliquum restitues NUMERIO*; hij behoudt dus niets, en er is derhalve voor hem geen voordeel. Er is hier opdragt aan een extraneus; de wilsbeschikking is eene bijzondere, geheel buiten de erfstelling, ook buiten den erfgenaam en het mandaat zelve is zuiver en gratuit. Zie GOTHOFREDUS ad h. l. Er zijn die in deze wet een fideicommissum proprie dictum willen zien. Ik kan dit toegeven wanneer men hier het fideicommissum opvat in den zin van een *ministerium* (Executele), en van het onderscheid in den naam niet besluit tot een onderscheid in de zaak. De personen aan wien de opdragt kan geschieden, heredes, legatarii of wel extranei, verschillen onderling. Ieder heeft een eigen karakter. Het karakter der opdragt zelve verandert evenwel in geen geval. Afdoende is hier de uitspraak van OLDENDORP in zijn Tractatus de Execut. ult. volunt. tit. 3 n<sup>o</sup>. 8, die aldaar in betrekking tot de lex 17 de legatis 2<sup>o</sup>. schrijft: *Fideicommissarius* (hij bedoelt hier voorzeker *fiduciarius*) ergo nihil aliud est, quam *particularis executor*, SI RECTE REM EXPENDAS; eene uitspraak, die mijne meening in niet geringe mate bevestigt.

Er was ook nog eene andere *bijzondere* handeling der Romeinsche erfaters, die zich alleen bepaalde tot de

aanstelling van een *Executeur testamentair*. Ik bedoel hier den *arbiter familiae esciscundae* of *hereditatis dividundae* (l. 77. § 8. ff. de legat. 2<sup>o</sup>. l. 33 ff. fam. excise. XII). Het was geoorloofd een *legatum* af hanke-lijk te doen zijn van het arbitrium van een derde, die tot de nalatenschap in volstrekt geene verhouding stond (l. 43 § 2. ff. de leg. 1<sup>o</sup>. l. 1 pr. ff. de leg. 2<sup>o</sup>. l. 52. ff. de cond. et dem. (XXXV. 1.) en l. 3. § 1. C. Comm. de leg. (VI. 43.) (1); bij het *legatum optionis* kon aan het arbitrium

(1) De Schrijvers zijn het niet eens omtrent de opvatting van de l. 1 pr. ff. de legatis 2<sup>o</sup>. Zie VON VANGEROW, *Lehrbuch*, § 432, die de literatuur opgeeft. Zie ook daarbij VOET, ad tit. ff. fam. excise. n<sup>o</sup>. 5, ad tit. ff. de hered. instit. n<sup>o</sup>. 28 en ad tit. ff. de legat. n<sup>o</sup>. 34 en POTHIER ad tit. ff. de leg. et fideic. n<sup>o</sup>. 58 et seqq.

Men leest in de lex. 1 laud.:

In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest: quid enim interest, si titius in Capitolium accenderit, mihi legatur, an . si voluerit?

VON VANGEROW levert t. a. pl. eene uitvoerige paraphrase die tot strekking heeft te bewijzen, dat ULPIANUS zeer uitdrukkelijk het «*si in Capitolium ascenderit*» van het «*si Titius voluerit*» aldaar heeft onderscheiden. Ik geloof daarentegen, dat, in betrekking tot de handeling waarvan in de l. 1 laud. sprake is, namelijk in betrekking tot het *legatum*, ULPIANUS beide vormen gelijkstelt.

Voorreest pleit voor deze opvatting het eenvoudige «*quid enim interest*» van ULPIANUS zelve, en waarom zou men hier «*eine körnige Rede Ulpian's*» moeten aannemen?

Het komt hier m. i. voornamelijk aan op een juist onderscheid tus-schen de gevallen, waarin het eene *heredis institutio*, en die waarin het een *legatum* gold; een onderscheid dat VAN VANGEROW niet aan-neemt. (Zie t. a. pl.)

a. In betrekking tot de *heredis institutio*.

De lex 32 ff. de hered. instit. leert:

«*Illa institutio, quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est, nam satis constanter veteres decreverunt, testam-entorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.*»

Er is hier sprake van eene *institutio*, en wel van eene *heredis insti-*

van een derde worden overgelaten te bepalen, welke zaak den legataris zou worden toebedeeld (l. 21. ff. de

*tutio*. Dit volgt nit de woorden van het fragment. GAJUS gewaagt hier van de *jura testamentorum*, d. i., naar mijne opvatting, van de *regts-geldigheid van het testament*. Deze regts-geldigheid hing geheel af van de *heredis institutio*, die overeenkomstig de voorschriften de wet moest zijn, wille het testamentum als *per se firmum* regts-geldende kracht hebben. Bij de *heredis institutio* gold alleen het arbitrium van den erfflater; het was de declaratio of sententia van zijne *eigene voluntas*; en de geheele *institutio* was *vitiosa*, d. i. er was volstrekt geen *testament*, indien de optreding der erfgenamen, of liever *het erfgenaam zijn* van het arbitrium van een derde was afhankelijk gemaakt. Verg. de l. 9 *codem*.

De l. 68 ff. de *hered. instit.* regtvaardigt, dunkt mij, deze opvatting. Daar is uitdrukkelijk sprake van eene *heredis institutio*. « Atquin si quis ita scripserit, *Si Titius voluerit*, SEMPRONIUS heres esto, non valet *institutio*. » Waarom niet? Om de reden die GAJUS in l. 32 *laud.* heeft ontwikkeld. Omdat de *jura testamentorum ipsa per se firma esse oportere* en niet *ex alieno arbitrio* mogen afhangen, omdat eene soortgelijke *institutio* geene *institutio*, en er zonder eene *institutio heredis* geen *testament* was.

Duidelijk is het evenwel, dat de Icten hier het *merum arbitrium* of de *mera voluntas* op het oog hebben. Want van een bepaald *factum* van een derde, b. v. *Si Titius in Capitolium ascenderit*, mogt, *als van eene conditio*, eene *heredis institutio* afhankelijk gemaakt worden. Zie de hovenaaengeh. l. 68 ff. de *hered. inst.* Dan was het niet *bloote willekeur*, maar eene *eigenmagtige handeling* (*willkürliche Handlung*, zegt hier VON VANGEROW) dan was het de *voluntas* of het *arbitrium boni viri* van een derde, die het *heredem fieri* bepaalde. Dan was de *institutio collata*, *niet* in *merum alterius arbitrium*, maar in *alterius factum*, zooals de l. 32 § 2 ff. de *hered. instit.* dit uitdrukkelijk onderscheidt en met een voorbeeld opheldert.

b. In betrekking tot het *legatum*.

Anders was het in betrekking tot het *legatum* « *In aliena voluntate legatum poni potest*, leert ULPIANUS in l. 43 § 2 de *legat. 2º*. Dat is de regel. In onze l. 1 ff. *pr. de legat. 2º*, wordt die regel in de opvatting eenigzins beperkt. In *arbitrium alterius conferri legatum, reluti conditio*, potest. Het « *reluti conditio* » is hier onmisbaar voor de geldigheid van het legaat. Er moet *blijken* dat de erfflater met het *arbitrium alterius*, het stellen van eene *voorwaarde* (*conditio*) op het oog

opt. v. elect. leg. (XXXIII. 3.) en l. ult. § 1. Cod. Comm. de legat.); ook de heredis institutio mogt van het

heeft gehad, en, zoodra van die bedoeling (ex circumstantiis, leert POTHIER t. a. pl) blijkt, doet het er niets toe (quid enim interest) of het *legatum* is afhankelijk gemaakt van het « in Capitolium ascendere » dan wel van het « si Titius voluerit. » In beide gevallen was het legaat in *aliena voluntate* positum; dit was geoorloofd en was beginsel, maar het mogt niet zijn het *merum arbitrium*. Dit streed tegen den aard der *legaten*, die *opgevorderd* moesten kunnen worden, en *verschuldigd* moesten zijn (zie de noot op bladz. 28), en dat is ook hetgeen MODESTINUS bedoelt, wanneer hij in de l. 58 de cond. et dem. schrijft: nam in alienam voluntatem legatum conferri non potest, d. i. niet in de *mera voluntas*, niet in het *merum arbitrium*, maar zeer zeker in de *aliena voluntas* of in het *arbitrium alterius* als voorwaarde, *veluti conditio*, zoo als ULPIANUS dit in de l. 1 pr. ff. pr. de leg. 2<sup>o</sup>. leert, en nog duidelijker van zijne meening doet blijken in de l. 46 § 2 ff. de fideicommissariis libertatibus (XL. 5) waar hij schrijft: « Sed et si ita adscriptum sit, si *Sejus voluerit*, Stichum liberum esse volo, mihi videtur posse dici valere libertatem, quia *conditio* potius est, *quemadmodum* si mihi legatum esset, si *Titius Capitolium ascenderit*. »

Het « quemadmodum » heeft hier dezelfde kracht en beteekenis als het « quid enim interest. » in de l. 1 pr. ff. de legat. 2<sup>o</sup>.; en dat men in betrekking tot de l. 46, § 2 ff. de fid. lib. met v. VANGEROW niet behoeft te besluiten tot eene *favor libertatis*, en dus ook niet tot eene exceptie op den regel, volgt behalve uit het « quemadmodum » tevens uit den geheelen zin van het fragment, waar ULPIANUS duidelijk de reden van het valere libertatem opgeeft, als niet te zijn gelegen *quia favor est magna libertatis*, of *quia libertati favendum est*, maar zeker en bepaald *quia conditio potius est*.

Het punt in geschil bepaalt zich m. i. alleen tot de vraag omtrent het geoorloofde al of niet van zekere gebruikelijke vormen, in het eene of in het andere geval. De godsdienstige eerbied dien men te Rome voor de testamenten had (*firmisimum in privatis est testamentum*) had, in betrekking tot de heredis institutio, het « si Titius voluerit. » als een vorm, die met dat begrip minder overeenkomstig werd geacht, veroordeeld; den anderen vorm daarentegen: « si in Capitolium ascenderit » als een bepaald factum, toegelaten. Omtrent de *legaten* evenwel, als volkomene liberaliteiten en op niet even godsdienstig beginsel rustende, waren beide vormen, als vormen geldig; geen van beiden maakte het *legatum vitiosum*, zoo als de heredis constitutio door den eersten vorm *vitiosa*



arbitrium van een derde in zekere opzigten worden afhankelijk gemaakt (l. 68. ff. de her. inst. (XXVIII. 5.); zie evenwel de voorg. noot.) *Opdragt tot uitvoering* van eene uiterste wilsbeschikking was de grondslag van al deze onderscheidene bepalingen, en de handeling bij welke de erfslaters de verdeeling hunner nalatenschappen aan vreemden (extranei) opdroegen rustte op hetzelfde beginsel. De erfgenamen waren verplicht zich te onderwerpen aan de uitspraak van deze arbitri, die als *boni viri* en als *lasthebbers* van de erfslaters in den regel geheel vrij waren in de uitvoering van den opgedragen last. De verdeeling of toewijzing moest evenwel zijn eene regtvaardige (arg. l. 78 en 79 ff. pro socio) (XVII. 2.); ook mogt de portio legitima niet worden benadeeld (l. 10 Cod. fam. ercisc.) Zij waren de Executeuren testamentair, met bepaalden en omschreven last. Meermalen gaven de erfslaters in betrekking tot de verdeeling zelve hun bepaalden wil te kennen en de arbiters waren in die gevallen gehouden, in adjudicando, dien wil op te volgen (l. 21. Cod. famil. ercisc.). En ook op dit punt bestaat eene groote overeenkomst met de Executeuren testamentair van

werd. — Het hoofdzakelijk onderscheid was, zoowel in betrekking tot de heredis institutio als tot het legatum, evenwel alleen gelegen in de opvatting van *arbitrium*. Nimmer mogt het zijn merum arbitrium; maar integendeel arbitrium veluti conditio, dat zich oploste in de volvoering van een bepaald *factum* en het *arbitrium boni viri* was. Zie de l. 75 pr. ff. de leg. 1<sup>o</sup>. l. 1 § 1 ff. de legatis 2<sup>o</sup>. l. 11 § 7 de legatis 3<sup>o</sup>. en l. 46 § 3 de fideic. lib. Ook in betrekking tot de *heredis institutio* was, in het *grondbegrip*, in beide vormen geen onderscheid. Alleen mogt bij de legaten *uitdrukkelijk* (nominatim) worden gewaagd van het arbitrium alterius. bij de heredis institutio moest dit in meer *bedekten vorm* plaats vinden. Zoo vat ik de uitspraak op van MODESTINUS in l. 52 ff. de Cond. et dem. « Nonnunquam contingit, ut quaedam *nominatim expressa* officiant, quamvis *omissa* tacite intelligi possint, nec essent *offutura*, » en aldaar verder: « *expressa nocent, non expressa non nocent.* » Verg. in het bijzonder de l. 68 ff. de her. inst. waar POMPONIUS hetzelfde leert.

lateren tijd. Zeer dikwijls toch vind men hun werkkring in de testamenten naauwkeurig omschreven, en even dikwijls laten de erflaters bijzondere voorschriften na, naar welke deze hunne lasthebbers zich in exequendo moeten gedragen.

Men treft eindelijk bij de Romeinen ook nog voorbeelden aan van eenige eigenaardige beschikkingen der erflaters, die met de erfstelling niets gemeen hadden. Beschikkingen van dien aard vindt men in de l. 7 de ann. legatis (XXXIV. 1): «*fili filiaequē ibi sunt ubi mater sua eos esse voluit,*» ook, «*uti monumentum mihi certa pecunia facias.* Verg. l. 13 § 1 ff. mandat. v. contr. Men kan er ook toe brengen de bepalingen die men aantreft in de l. 6, § 2 ff. de auro et argento leg. (XXXIV. 2) omtrent het oprigten van een *porticus publica qua poni voluit defunctus imagines argenteas item marmoreas.* Verg. l. 3 ff. de ann. leg.; die omtrent het geven van *certamina* in de l. 21, § 3 ff. de ann. leg.; die tot het bevorderen van *studia liberalia* in de l. 21, § 5 laud.; die *ad viam in republica-reficiendam* in de l. 30 ff. de legatis 2<sup>o</sup>.; die in betrekking tot het *collegium cuiusdam templi*, tot een bepaald doel, in de l. 38, § 6 ff. de legatis, 1<sup>o</sup>., en nog vele en eene menigte andere.

Soortgelijke beschikkingen vonden haar beginsel van uitvoering niet in de wet, zoo als dit het geval was met het testamentum, in betrekking tot de erfstelling. «*In testamentis,*» zegt POMPONIUS in de l. 7 ff. de ann. leg., «*quaedam scribuntur quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt,*» en iets verder: «*nec tamen semper voluntas (defuncti) aut jussum conservari debet.*» Omtrent deze *quaedam,*» gold het «*ita jus esto*» niet in volstrekten zin. De naleving dier beschikkingen hing voornamelijk af van de eerlijkheid en de goede trouw der erfgenamen; maar

zij hadden regtszekerheid. «Et in omnibus, zegt Pomponius t. a. pl., ubi *sola* (1) auctoritas testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est, sed *interventu iudicis* haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, *ad effectum perducuntur.*» Van hier ook de tusschenkomst van den Magistraat, die ook in dien zin was de legitimus ultimarum voluntatum executor, en als zoodanig voor de uitvoering van de beschikkingen der erflaters moest waken. De voorschriften der wet over de onwaardigheid der erfgenamen hadden diezelfde strekking. Men zie de l. 5 Cod. de his. quib. ut indign. en l. 5 Cod. de relig. De Novella 1 cap. 1. herstelde ook op dat punt de bepalingen van het oude regt.

Het regtswezen ontwikkelde zich aanmerkelijk onder de Keizers. Van de grondslagen waarop het oude stelsel rustte werd evenwel niet afgeweken, en de uitspraken en instellingen van het latere regt bleven hun grondslag vinden in beginselen, die reeds vroeger hadden gegolden.

Bepaalde reeds in het oude Rome het «publice expedit supremas hominum voluntates exitum habere» eene eerste staatszorg, onder de Keizers werd dit in veel ruimeren zin het geval. Het Christendom had zich uitgebreid, en de Kerk nam een deel op zich der zorg, die vroeger alleen op den Staat had gerust.

De Executele of liever het beginsel der testamentuitvoering had daarom ook, als eene regtsinstelling van

(1) Men lette hier op dit «*sola*» Er was dus nog eene andere auctoritas als die van den erflater? . . . Zij was die van de wet en betrefte de erfstelling. De auctoritas (voluntas) van den erflater betrefte de overige beschikkingen; zij was geheel vrij en alleen door de Julia et Papia Popena, de Furia, de Voconia en later door de Falcidia aan zekere bepaalde regelen en voorschriften onderworpen. Verg. hiervoren blz. 25 en 42 en de noten a/daar.

reeds zeer ouden tijd, hare plaats in de wetgeving blijven behouden. Zij ontwikkelde zich onder den invloed eener toenemende beschaving; vroegere beginselen vonden meerdere en betere en ruimere toepassing, en de instelling zelve vestigde al zeer spoedig onder de Keizers de bijzondere aandacht des wetgevers. Het duurde evenwel nog lang eer zij een afzonderlijken technischen naam verkreeg (1). Het beginsel leefde evenwel onmiskenbaar in het geheele erf- en opvolging stelsel.

De overblijfselen der latere Romeinsche wetgeving strekken hiervan ten bewijze.

Ik begin met de Constitutio van de Keizers LEO en ANTHEMIUS van het jaar 468, die in de l. 28. Cod. de Episc. et Clericis (l. 3) is vervat. Eenigen zien er den oorsprong in van de latere Executeuren testamentair; eene meening die ik niet deel: de oorsprong ligt hooger en is van ouder dagteekening. Anderen zijn er, die bij deze Constitutio bepaald gewagen van een Executeur testamentair, dien zij den *Executor legitimus, quia a Magistratu electus*, noemen (2). Vele zijn er eindelijk, die van gevoelen zijn dat de l. 28. Cod. volstrekt niet

(1) Het is der opmerking waardig dat in de l. 3 § 3 ff. de negot. gest. (III.5) woordelijk sprake is van een *Executor*, die aldaar beteekent den persoon, die door den Praetor ter behandeling en waarneming van de zaken eens anderen was aangesteld. Ook onder de Keizers werden *Executores* genoemd, *qui causas exequuntur*. Zie de Novella 96 (n<sup>o</sup>. 539). Zij komen aldaar ook voor onder den naam van *causarum executores, negotiorum executores*. De beteekenis was dus toen reeds dezellde als die welke zich er later aan hechtte.

(2) Mijn onderzoek heeft mij niet kunnen leiden om aan te nemen, dat de Executeuren testamentair, even als men dit in lateren tijd onder andere wetgevingen ziet, als zoodanig een bepaald onderwerp van wetgeving bij de Romeinen hebben uitgemaakt. Ik kan mij daarom niet vereenigen met de wijze waarop Mr. G. J. SIEBURGH in zijne *Dissert. Inaugur.* (Leiden 1817) die stoffe, *duce Jure Romano*, heeft behandeld. Verg. FERGOLE, *der Testaments*, t. a. pl. Zie de noot op blad. 102.

van toepassing is op de Executeuren testamentair, maar alleen betrekking heeft tot de legata ad pias causas, en tot de bevoegdheid der Bisschoppen om die legaten uit de nalatenschappen van de erfgenamen op te vorderen (1). Deze meening kan ik evenmin deelen. Is toch het laatste waar, dan moet men ook het eerste aannemen.

Ik zal niet gewagen van den invloed, dien de Kerk, reeds in de eerste tijden harer vestiging, op de wilsbeschikkingen der erflaters uitoefende. Vroeg reeds hadden de Bisschoppen zich het karakter aangematigd van *wettelijke* uitvoerders der zoogenaamde beschikkingen ad pias causas, die reeds toen zoo veelvuldig den grondtoon der testamenten uitmaakten en de beschikkingen der erflaters voor het grootste deel bepaalden. Later droeg de wetgever hen uitdrukkelijk de zorg op om te waken, dat de vrome begeerten der overledenen (*pieae deficientium voluntates*), zouden worden nageleefd (2); eene instelling, die tot in zeer late tijden is blijven voortduren, en in eenige Europesche wetgevingen tot op dezen oogenblik van bepaalden en praktischen invloed is. Men behoeft hier alleen te denken aan de bekende *Curiae Christianitatis* en de *Audientia Episcopalis* in het oude Frankrijk, en aan de dusgenoemde prerogativen, die nog in het tegenwoordige Engeland tot het Hof van den Aartsbisschop van Canterbury behooren; terwijl in andere landen, zooals in Oostenrijk, waar de regtsmagt in zaken betreffende het huwelijk op nieuw tot de geestelijkheid is teruggebracht, eene rigting wordt waargenomen, die tot een herleven van vroegere beginselen op het stuk der uiterste willen schijnt te zullen leiden. Doch lezen wij de Constitutio zelve.

Ik zal ze hier ten deele teruggeven:

«Et si quidem testator significaverit, per quem desi-

(1) Zie Mr. BROUWER in zijne Diss. Inaug. de Test., L. B. 1827.

(2) Zie GROENEWEGEN, de LL. abrag. ad l. 28 Cod. de Ep. et Cleric.

derat redemptionem fieri captivorum, is qui *specialiter* designatus est, legati vel fideicommissi habeat exigendi licentiam, et pro sua conscientia votum adimpleat testatoris. Sin autem persona non designata — Vir rever.: Episcopus illius civitatis, ex qua testator oritur, habeat facultatem exigendi, quod hujus rei gratia fuerit derelictum, pium defuncti propositum sine alla cunctatione, ut convenit, impleturus.»

Het onderwerp der verordening is de *redemptio captivorum*, een speciaal mandaat, opgedragen door een erfflater, zeer waarschijnlijk bij testament. De lasthebber is de Executeur testamentair, wiens hoedanigheid, zoo als ik meermalen reeds gelegenheid had te doen opmerken, niet verandert, het zij hem eene algemeenheid van handelingen (*tout le contenu du testament*), het zij eene afzonderlijke of bepaalde handeling, ter uitvoering is opgedragen. Uit de woorden: et si quidem testator *designaverit (significaverit) per quem* desiderat fieri etc., blijkt dat de *opdragt* tot uitvoering van eene *bepaalde* uiterste wilsbeschikking (designare), — zij moge dan ook eene redemptio captivorum betroffen hebben, — te Rome zeer dikwijls plaats vond. De lasthebber (is, qui designatus est) van wien hier gewaagd wordt, had daarbij ook de *licentia* legati vel fideicommissi *exigendi*, d. i. de *actio ex testamento*. Men bespeurt hier reeds ontwikkeling van het regtskundig begrip der Executele. Onder het oude regt, had hij, wien ter uitvoering van eene zekere handeling een bepaald legaat was vermaakt, die actio niet (1). Nu vindt men ze reeds toegekend. Hij moet verder *naar zijn beste weten* (pro sua *conscientia s. scientia*) den wil des overledenen ten uitvoer brengen. De werkkring van den lasthebber is dus ook reeds uitgebreider; niet zoo beperkt en omschreven als dit vroeger in den regel omtrent den *minister*

(1) Zie hiervoren pag. 111 bij de l. 78 § 1 ff. ad Sect. Trebell.

*voluntatis* plaats vond. Het bestaan der gewoonte volgt voorts uit de woorden: «*sin autem persona non designata.*» Alleen in het geval dit *niet* had plaats gevonden en niemand was aangewezen, trad de *Episcopus Civitatis* of *loci* als de uitvoerder der beschikking op. De benoeming *specialiter* van eene *persona designata*, was regel; de uitzondering alleen bragt de *executio ultimæ voluntatis* tot den Bisschop.

Van hetzelfde standpunt beschouw ik ook de Constitutio van Keizer JUSTINIANUS van het jaar 530 in de l. 46 Cod. eodem. Op den voorgrond leert ze ons den Episcopus kennen, in zijne oorspronkelijke en algemeene roeping omtrent het toezigt *ut impleantur quæ ipse voluit defunctus*; de roeping van den Praetor in het oude Rome. Ze toont verder aan dat het ook in het gebruik lag om de uitvoering van eene bepaalde of bijzondere uiterste wilsbeschikking aan den Bisschop op te dragen (*sive injunxerat (defunctus) Episcopo curam agere*), die in dat geval was de *benoemde* Exeuteur testamentair (1). Deze Constitutio levert evenwel nog sterker dan de l. 28 Cod. de Ep. et Cler. het bewijs voor het gebruikelijke der benoeming van *bepaalde* personen, aan wien de uitvoering van het een of ander werd opgedragen. Men vind er ook duidelijk in melding gemaakt van hen, die *diserte* door de erflaters met de *administratio* werden belast; eene handeling die allengs de vroegere gewoonte om de uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen alleen aan de ingestelde erfgenamen over te laten (in heredum *potestate* totum posuerint) geheel schijnt te hebben verdrongen. Zie hier de woorden der Constitutio in Cap. 3, die ik hier op het oog heb:

«*Si tetatores diserte aliquos praeposuerunt rebus, veluti*

(1) Ik behoef hier voorzeker niet te doen opmerken, hoe veelvuldig later, door alle tijden heen, en zelfs in onzen tijd, de Exeentele testamentair in de nalatenschappen, aan de geestelijkheid werd opgedragen.

Xenodochi etc., illis quidem (Episcopi) permittant (1) habere administrationem. . . Si vero *neminem* diserte hi, qui moriuntur, praestituerint *administrationi*, sed in heredum potestate totum posuerint, tunc ipsi Episcopi administrent » etc.

In den regel, men zou dit kunnen aannemen, werden Xenodochi enz. tot de administratio (Executele) geroepen. Dit strookte met den geest des tijds bij de zich steeds uitbreidende magt der Christenkerk. De opdracht ter uitvoering *buiten* den erfgenaam lag evenwel in het aangenomen stelsel. Waren het nu geestelijken of geestelijke corporatiën of wel *bijzondere* personen, het beginsel stond vast en het was ook in de wet opgenomen. Het *neminem* in deze wet slaat evenwel niet alleen op het geval dat geene Xenodochi enz. waren aangewezen. Even als het «*quis*» in de l. 28 Cod. eodem, kan onder *neminem* hier alleen bedoeld zijn de *aangewezen* uitvoerder der beschikking, in *algemeenen zin*. De Keizer gewaagt in deze Constitutio ook niet van het geval waarin het de uitvoering van een *pia dispositio* gold, maar integendeel, si testatores diserte aliquos praeposuerunt *rebus*, niet *piae dispositione*; dus *res* in genere, en derhalve de uitvoering van al hunne uiterste wilsbeschikkingen, hier de *administratio κατ' ἐξοχην* genoemd, het beheer in het algemeen van *al* de zaken, τὰ πράγματα, die de erfstaters ter uitvoering na hunnen dood hadden opgedragen. Deze opvatting wordt m. i. gebillijkt door den oorspronkelijken text, waar men leest: «*Εἰ μὲν τις ῥητῶς οἱ τελευτῶντες ἐπιστήσαιεν τοῖς πραγμασιν*»; en de Constitutio zelve levert daarom ook het bewijs,

(1) Krachtens het algemeen toezigt dat de Bisschop, even als vroeger de Praetor te Rome, over de uitvoering van de wilsbeschikkingen uitoefende, onverschillig aan wien deze uitvoering was opgedragen, voornamelijk wanneer het *piae voluntates* betrof. Verg. de Novella Constitutio 131. Zie hierna.



dat, indien men nu hier al niet de Executeuren testamentair van onzen tijd geheel kan aannemen, men dan toch voorzeker het oorspronkelijke gronddenkbeeld dier instelling, ook in deze keizerlijke verordening, kan terugvinden (1).

Eenige jaren later vindt men bij eene Novella van JUSTINIANUS het beginsel waarop deze beide Constitutiën rusten in denzelfden geest gehandhaafd, en blijft de uitvoering van de beschikkingen der overledenen eene voorname staatszorg uitmaken. Ik bedoel hier de Novella Constitutio I de heredibus et Falcidia van het jaar 535. Ook hier heeft de Romeinsche wetgever het oog op die bijzondere voorschriften en bevelen, *jussa et praescriptiones*, die, naar mijn inzien, het gronddenkbeeld der Executele bepalen. Meer beteekent nog de Novella Constitutio 131 van het jaar 545. Deze verordening stelt buiten allen twijfel dat het beginsel der testaments-uitvoering, als speciaal mandaat, te Rome niet alleen bekend was, maar in het geheele Romeinsche erfstelsel steeds op den voorgrond heeft gestaan. Men leest er:

«Si quis autem pro redemptione captivorum aut alimentis pauperum, hereditatem aut legatum reliquerit in rebus mobilibus aut immobilibus, sive semel, sive annale, et hoc modis omnibus, secundum voluntatem, *ab iis, quibus jussum est hoc facere*, compleri. Si autem... non nominatum testator dixerit, *per quem oporteat*

(1) Verg. de l. 49 Cod. eod en GROENEWEGEN ad l. 32 eod. Men lette er ook op dat in de l. 46 in pr. gewag wordt gemaakt van eene *dispositio per quemcunque modum legitimum*. De vorm van eene institutio, van een legatum, fideicommissum, of donatio mortis causa was niet vereischt. Eene eenvoudige opdracht alleen, d. i. de benoeming van een Executor ultimae voluntatis was voldoende. Men weet dat, ook naar latere wetstelsels, de Executele testamentair, niet altijd bij testament, ook niet bij codicil behoefde te worden opgedragen, maar eene eenvoudige speciale acte daartoe voldoende was. Zie ook art. 1052. B. Wetb.

feri, etiam sic jubemus res ad hoc relictas locorum episcopum — accipere» etc.

Even als uit de l. 28 en 46 Cod. de Episcopis et Clericis, is in deze Novella ook sprake van een *quis*, die *nominatim* en *specialiter* door den erflater met de uitvoering van het een of ander was of werd belast. De *ii*, *quibus jussum est hoc facere*, zijn hier de Executeuren testamentair, zoo als GOTHOFREDUS dit ook uitdrukkelijk in notis op deze Novella leert (1). Het behoorde tot de taak der Bisschoppen er voor te waken, dat de opdracht werd uitgevoerd. Ook dan, wanneer de erflaters de tusschenkomst der Bisschoppen hadden verboden en die uitdrukkelijk hadden uitgesloten, bleven zij er toe bevoegd, licet praecipue a testatoribus aut donatoribus *interdictum* sit eis habere ad hoc aliquid participium. Was echter niemand aangewezen, dan rustte de verpligting tot uitvoering der beschikking op den Episcopus of diens Oeconomus, die *ex officio* en *jure* in die gevallen toe geroepen waren. Al deze wetsbepalingen hadden de zekerheid der uitvoering van de beschikkingen der erflaters tot hoofddoel. Men ziet er ook in eene zich steeds uitbreidende magt der Kerk, die op de ontwikkeling van de instelling der Executeuren testamentair van beduidenden invloed is geweest.

Eindelijk heeft men de bekende Constitutio LXVIII van Keizer LEO. Zij is voor mijne stelling van groot gewigt. De inhoud is hoogst belangrijk.

«Veteribus quidem legislatoribus (quidem fortasse *uniformis* tunc temporis *tutela* esset, iique soli, qui pupillarum tuitionem susciperent, *tutorum nomine* censerentur) edicere placuit, communionem ad rem non

(1) Zie GOTHOFREDUS, l. a. pl., waar hij schrijft: *Ab iis*, i. e. *ab Executoribus testamentariis* Licet enim defuncto eligere ministrum seu dispensatorem quem voluerit. Id saepenumero testamenti exequendi causa fieri consuevit.

habere neque monachos, nec quoscunque sacer ordo devinctos habet..... Verum quoniam posteriores, non *illis* solum, qui *tutelam administrarent, tutorum appellationem* servarunt, sed *hos* etiam, quibus testatores, bona illorum existimatione moti, *testamentarias* de rebus suis *praescriptiones* committunt, ac *post mortem* earum *executionem* concredunt, *tutores vocare* coeperunt; quoniam igitur *his* quoque tutoribus appellatis, dubitatio exstitit, an etiam monachi,..... hujus *curae* participes fieri possunt,..... nos discrimine adhibito sancimus, ut ab *illa* quidem *tutela* prohibeantur, ad quam *vetera* tempora respexerunt,..... *natam* autem postmodum *tutelae speciem* subire et monachis et clericis liceat,» etc. etc.

Ik zal hier niet veel bijvoegen. Men vindt den Executeur testamentair, zoo als men zich dien lasthebber thans denkt, hier geheel terug. Deze verordening, die, daargelaten het onderzoek naar de vraag of de Constitutiones van LEO al of niet een deel van het Romeinsch *regt* uitmaken (1), toch onbetwistbaar *historisch* gezag heeft, bewijst tevens dat het *munus* van dezen lasthebber, in de latere tijden van Rome werd genoemd *tutela*, en onder *tutores* ook zijn verstaan hen, op wier goede trouw de erfaters rekenden, en wien zij de uitvoering hunner uiterste beschikkingen opdroegen. De wetgever gewaagt hier uitdrukkelijk van *dispositiones testamentariae* en van de *executio* derzelve (2).

Men kan dus veilig aannemen, dat de Executeuren testamentair reeds ten tijde der Keizers, zeer zeker althans onder de regering van LEO en hoogst waarschijnlijk ook reeds onder dien naam, te Rome bekend zijn geweest. De Constitutio gewaagt er uitdrukkelijk van. Er blijkt ook uit dat reeds lang vóór de tijden van

(1) Zie HEINECCIUS, Recitat. in proem. § 17.

(2) De woorden dezer Constitutio bewijzen ook dat *executio testamenti*,

Keizer LEO de opdracht der *executio dispositionum testamentariorum* te Rome gebruikelijk was, en dat deze lasthebbers toen *tutores*, en de Executele zelve eene *nata postmodum TUTELAE SPECIES*, werd genoemd. Zeker is het dan ook, dat LEO geene *nieuwe* instelling vestigde; maar aan een *bestaande* instelling eene uitbreiding gaf, die ook toen ten doel had het kerkelijk gezag te schragen en den invloed der geestelijkheid krachtdadig te bevorderen.

Even als in de tijden van het oude Rome, vindt men ook in het latere recht, in den regel, geen voorbeeld, waarin de opdracht ter uitvoering *eene algemeenheid*, eene geheele nalatenschap, en *al* de beschikkingen des erflaters betreft; of men zou dit moeten willen vinden in de *fideicommissa universalia* (1), en vroeger en later onder de Keizers zeer gebruikelijk. Men zou zelfs uit het bestaan der *fideicommissa universalia* kunnen besluiten, dat eene *algemeene* opdracht, zoo als ik die hier bedoel, *niet tot de behoefte behoorde*. Het bleef dus ook later alleen *speciale*, *bijzondere* opdracht ter uitvoering. Ook onder nieuwere wetgevingen en in onze tijden zijn de

de uitvoering *van het testament*, eene min juist gekozene uitdrukking is. *Executor testamentarius* is m. i. alleen te verdedigen, wanneer men *testamentarius* opvat in den zin van de *lex Cornelia de falsis* (Dig. 48, X) en van de bepalingen omtrent hen qui sibi ascribunt in testamento. (Cod. IX. 25) Verg. VON VANGEROW, § 433. De oude schrijvers gewagen ook in den regel van *Executores ultimarum voluntatum*. Zie ROLANDUS, t. a. pl., OLDENDORP, in Tract. de Exec. ult. vol., Tit. 1, § 4 en anderen. De Executele heeft betrekking tot de *ultima voluntas*, als *genus*, waarvan de praescriptiones, dispositiones, jussa enz. de *species* zijn.

Onze N. l. wetgever schijnt er op gelet te hebben, zie art. 1062 B. W., waar *uiterste wil* duidelijk onderscheiden is van *uiterste wilsbeschikkingen*, *dispositiones testamentariae*, *ultima voluntas*. *Uiterste wil* beteekent daar ook niet *testamentum*, als *judicium*, als *justa voluntates declaratio*, maar *testamentum* als *acte*, *geschrift*. Verg. artt. 922—925 B. W.

(1) Zie hierover o. a. FURGOLE, *Traité des Testaments*, Tom. 4, p. 143.

voorbeelden vele, dat het mandaat der Executeuren testantair zich meermalen en in den regel alleen tot *bijzondere* en *enkele* handelingen bepaalt, en zeer zelden den inhoud van *al* de bepalingen in het testament betreft.

Het Christendom had zich uitgebreid en Europa vormde eene algemeene groote maatschappij, die zich geheel in de Kerk had opgelost. Het gezag van het Romeinsche regt was evenwel niet verloren gegaan (1). De *lex Romana* was den Romeinen door hunne overheerschers gelaten en ook de Kerk leefde onder haren invloed (2). Het kerkelijke of Canonieke regt begon zich daarop te ontwikkelen, maar het Romeinsche bleef naast hetzelfde stand houden en bepaalde den grondslag der Conciliën, der Bullen en der Mandaten van de hoofden der Catholieke kerk (3).

Het regt, dat de Kerk had gevestigd, werd spoedig het algemeene regt van Europa en overal, zelfs daar waar de Hervorming later de overhand had verkregen, werd die invloed bewaard. Veel uit het Canonieke regt ging over in de zeden en gewoonten der volken. Later werd het subsidiair regt en behield zelfs in eenige opzichten de voorkeur boven het Romeinsch regt, dat zich eveneens in zijn gezag over bijna geheel Europa had uitgebreid en zich naast hetzelfde steeds bleef handhaven.

Het gezag en den invloed der Geestelijkheid hadden ook toegenomen. Reeds onder de Keizers was het aan geschilvoerende partijen vrijgelaten om den gewonen regter voorbij te gaan en de Bisschoppen als regters in

(1) Zie VON SAVIGNY, *Lehre des Rom. Rechts*, C. 15. EICHORN, *Deutsche Staats- und Rechts-Gesch.*, §§ 28, 46, 91 en 157.

(2) Zie VON SAVIGNY l. a. pl., §§ 31 en 40. HEINECCIUS, *Hist. Jur. Germ.*, §§ 15—20.

(3) Zie Prof. DEN TEX, *Encycl. Juris.*, § 394.

hare gedingen te erkennen (1). De regtspraak in burgerlijke zaken, voornamelijk in zaken van erfopvolging en testamenten, kwam daardoor van lieverlede tot de Geestelijkheid en het Canonieke regt vestigde zich meer en meer, om, bij het voortdurend gezag van het Romeinsche regt, een blijvenden invloed op de latere wetgevingen van Europa uit te oefenen (2).

Zien wij nu welke beginselen het Canonieke regt, op het stuk der testaments-uitvoering had gewettigd. Geheel in navolging van het Romeinsche stelsel erkende het in den erfgenaam den wettigen uitvoerder van de beschikkingen der erflaters. Nalatigheid aan zijde der erfgenamen werd met verlies van alle aanspraak op de nalatenschap gestraft, en even als vroeger onder de Romeinsche

(1) Zie de l. 29 Cod. de Ep. et Cler. Nov. VALENT III, ann. 452. Novell. JUST. 123, Cap. 21—23. — Const. 1. Cod. Theod. de religio. Verg. prof. DEN TEX, *Encycl.*, § 401.

(2) Het Canonieke regt heeft niet alleen eene wetenschappelijke, maar ook eene hooge historische beteekenis. Het is wenschelijk dat die studie, vroeger in Nederland op juiste waarde geschat, weder op den voorgrond moge treden. Het is een groot veld, en voornamelijk in betrekking tot de regtsplegging, hat bearbeiten overwaardig. De historische regtsschool heeft ook op overtuigende wijze het pleit beslist dat het Romeinsche regt de eeuwen heeft doorgeleefd en voortdurend gezag heeft gehad; en het is een naauwe band die het Canonieke aan het Romeinsche regt verbindt. Beide hebben onder den invloed van het Christendom en eener toenemende verlichting Europa onderwezen en beschaafd. Bij het onderzoek naar den oorsprong en van latere en van hedendaagsche regtsinstellingen begeef ik mij daarom liever tot Romeinsche en kerkelijke regtsbronnen, dan dien oorsprong uitsluitend te willen zoeken in de zeden, gewoonten en gebruiken of in de wettelijke instellingen der Germaansche volkstammen. De geschiedenis der Germanen is ongemeen rijk aan heldhaftige feiten en roemrijke krijgshedrijven; het waren voortreffelijke *krijgsmannen*, maar als een bij uitstek door de wetenschap der wetgeving gevormd en beschaafd volk, laten de Romeinen hen ver achter zich. Daarbij komt, dat, welke oorspronkelijkheid men in de wetten der Germaansche volken ook wil zoeken of vinden, men overal bij hen de onmiskenbare sporen van Romeinsche wet- en regtsgeleerdheid aantreft.

Keizers, werd ook door de Kerk de zorg om voor de uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen te waken, opgedragen aan de Bisschoppen, die de erfgenamen tot die uitvoering konden noodzaken, naar de uitdrukkelijke wetsbepalingen, die van de hoofden der Kerk op dit punt waren uitgegaan (1).

De Bisschop der plaats was naar kerkelijk-regtelijke beginselen de *legitimus ultimarum voluntatum Executor*. De Kerk erkende evenwel de aanstelling van *bijzondere* personen, wien buiten den erfgenaam de uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen werd opgedragen, maar de bevoegdheid der Bisschoppen strekte zich ook uit tot deze uitdrukkelijk aangewezen lasthebbers der erfaters, die, reeds spoedig *Executores testamentarii* genoemd en onder dien naam in de Decreten en wetten der Catholieke Kerk voorkomende, even als de ingestelde erfgenamen onderworpen waren aan het toezigt der Bisschoppen, in al hetgeen de uitvoering der *ultima voluntas*, inzonderheid de uitvoering der *piae dispositiones* van de erfaters betrof (2). Geheel in den geest van de wetsbepalingen door de Romeinsche Keizers uitgevaardigd, gewaagt hiervan eene Decretale van GREGORIUS de IX; het gebruikelijke der aanstelling van bijzondere bestuurders, onder den naam van *Executeurs testamentair*, wordt er tevens buiten tegenspraak door gesteld (3). Een decretale van SEXTUS ademt denzelfden geest (4), en

(1) Zie C. nos quidem 8. C. Si heredes 6. et C. tua nobis 17. C. Joann. 19 Extr. de Testam. Verg. RITTERSHUSIUS, *de Comp. Jur. Civ. et Can.*, Tit. 15 en RITTERSHUSIUS, *de diff. Jur. Civ.*, lib. II, Cap. 5 en 6 en WARNKOENIG, *Encycl.* p. 348.

(2) Bij de Protestanten waren het tot zelfs in zeer laten tijd de *consistorien*, die *ex officio* voor de uitvoering dier beschikkingen moesten waken. Zie BOEHMER, *Iust. Jur. Can.*, l. III, Tit. XXVI, § 5.

(3) Zie Decretal, Lib. 3, XXIV, Cap. 17 en 19.

(4) Zie Decretal, Lib. 3, IX, Cap. 2.

ook in de Clementinae treft men er eene menigte voorbeelden van aan (1).

De Executele testamentair had onder de wetgeving der Kerk eene meer algemeene beteekenis verkregen. De werkkring der testament-uitvoerders had zich allengs uitgebreid en bepaalde zich niet meer uitsluitend tot de piae dispositiones, maar betrof de ultima voluntas in haren geheelen omvang en strekte zich uit tot al de beschikkingen der erflaters. Der Geestelijkheid bleef evenwel voortdurend hare magt en haar toezigt, die zij even zoo lang wist te behouden, als de Kerk zelve zich in haar dadelijken invloed en haar overheerschend gezag had weten te handhaven.

Het beginsel der Executele had zich evenwel in den schoot der Kerk, onder de Geestelijken, op aanmerkelijke wijze ontwikkeld. Het gebruik der testamenten was ook daar in stand gebleven. Bij gemis evenwel van een uitersten wil verviel de nalatenschap van een geestelijke aan den Bisschop der Diocese waartoe hij behoorde, aan wien hij Pausselijke Indulte de magt was gegeven er vrij over te kunnen beschikken. — Hoe vrij in het gestelde geval die beschikking evenwel ook ware, zoo was de uitoefening van het dusgenoemde *jus spoli* evenwel in het wezen der zaak niels anders dan eene Executele testamentair. Immers wanneer men de misbruiken wegdenkt, waartoe het schijnt aanleiding te hebben gegeven, vindt men het doel der Pausselijke Indulte voornamelijk gelegen in het *erogare ad pios usus*, van hetgeen op die wijze aan de Bisschoppen verviel. De wil van den overledene werd als eene *voluntas presunta* ten uitvoer gebragt en de Bisschop der Diocese was de uitvoerder. In lateren tijd vindt men dit beginsel door de Kerk, voornamelijk in het oude Frankrijk, door wettelijke voorschriften uitdrukkelijk bevestigd.

(1) Zie Clement., Lib. 3, II.



Het strekte zich spoedig ook in betrekking tot de leeken uit. Naar de Canones der Concilien was ieder verplicht bij zijn sterven een zeker gedeelte zijner goederen aan te wijzen, om door de Kerk *ad animi redemptionem* te worden aangewend. Had hij die aanwijzing verzuimd, dan werd, zelfs bij het bestaan van een testament, de erflater beschouwd *intestatus* te zijn overleden; de goederen vervielen aan den Fiscus dominicus, met uitzondering alleen van de dusgenoemde *Eleemozyna rationalis*, d. i. het door de Canones voorgeschreven en bepaalde gedeelte, dat alsdan *ad animi redemptionem* door de Bisschoppen in *pious usus* moest worden beheerd en aangewend (1), even als of de erflater zelf hun dit beheer had opgedragen. — Doch ipso jure traden de Bisschoppen op in al de nalatenschappen die *bij versterf* openvielen, hetgeen in die tijden, in plaats van *intestatus mori*, *inordinatus mori* werd genoemd. Zij traden evenwel niet op als erfgenamen of in de plaats van deze, maar zij *vervingen* de overledenen, mortui supplerunt Episcopi et Sacerdotes. De distributio Eleemosynarum werd in de eerste plaats door hen volbragt, zij beheerden tevens ook (*sequestrârunt*) *in naam* van den overledene de roerende goederen der nalatenschap (de onroerende vervielen van zelf aan den Heer), betaalden de schulden, en waren tot de uitvoering van al hetgeen tot de nalatenschap in betrekking stond evenzeer verplicht, als of zij bij testament tot Executeuren waren aangesteld, omniaque exsequerentur eodem modo quo tenerentur, si testamentum fecisset (defunctus), Executores (2). Er waren Concilien en Synoden, die verder waren gegaan en die den Bisschoppen, in de gevallen van het *inordinatus mori* van een leek, de bevoegdheid hadden gegeven

(1) Zie DUCANGE, Glossarium. voce *Intestatus, testagium, nonagium*, en DU FRESNE, voce *Intestatorum bona*.

(2) Zie DUCANGE l. l. en de aldaar aangehaalde bronnen.

over *al* de goederen tot godvruchtige einden te beschikken, ut pro anima defuncti in pios usus totaliter erogantur. De geheele nalatenschap verviel dan aan de Kerk. In den regel bepaalde zich dit regt tot de *eleemozyna rationalis*, doch in het eene, zoowel als in het andere geval, waren de Bisschoppen evenwel niets anders dan de *uitvoerders* van eene voluntas defuncti, die, hoezeer ze in werkelijkheid niet bestond, de Kerk desniettemin jure suo, als *praesumpta* aannam, en als zoodanig, hoezeer dan ook hoofdzakelijk ten eigenen voordeele, eerbiedigde.

Het *jus spoli* der Bisschoppen wekte evenwel den nájver der geestelijken in hooge mate, en dit had ten gevolge dat Paus INNOCENTIUS de III<sup>e</sup>, bij eene Decretale (Cap. 13. X. de test. (3. 26), de geestelijken, wilden zij over hunne goederen beschikken, van de verpligting tot het maken van een testament ontsloeg, en hun de bevoegdheid gaf hunne ultima voluntas, of liever de geheele *actus testandi*, aan het arbitrium of goedvinden van een ander te kunnen overlaten. Eene dusdanige beschikking werd als testament beschouwd, had als zoodanig volle kracht en vernietigde ten eenemale het regt, dat vroeger de nalatenschappen der Clerici intestati tot de Bisschoppen had gebragt (1).

Deze vergunning om de *extrema voluntas in alterius dispositionem committere*, zoo als de Decretale van INNOCENTIUS III dit noemde, betrof evenwel uitsluitend de geestelijken. Wien dit *arbitrium* of deze *dispositio* was overgelaten, werden *manufideles* genoemd. Later komen zij onder den naam van *testatores* en *ordinatores* in de oorkonden van dien tijd voor (2). Hunne

(1) Zie BOEHMER, *Inst. Jur. Can.*, lib. III, Tit. XXVI, § 2. Verg C. 9 de Off. Ord. in sexto. Verg. ook BOEHMER, t. a. pl., Tit. XVII, § 3, 6.

(2) Zie DURR, de manufid. (Mog 1762) en GLUCK, opusc. fasc. 1 p. 233, bij VON VANGEROW, § 432.

*Themis*, D. IV, 3de St. [1857].

roeping vond haren grond in eene volkomene *opdragt* tot onbeperkte en vrije *uitvoering* van den wil, dien men bij de erfaters *veronderstelde*. Zij *beschikten* potestate concessâ, en waren te gelijk de *uitvoerders* der gemaakte beschikkingen. De leeken volgden het voorbeeld. Wel mogten deze hunne *ultima voluntas* niet aan het arbitrium van een ander overlaten, in den geest zoo als dit den geestelijken geoorloofd was, maar het stond hun vrij de uitvoering hunner uiterste wilsbeschikkingen uitdrukkelijk aan derden op te dragen, die zij daartoe bij hunne testamenten aanwezen. Reeds zeer vroeg komen deze uitvoerders in de geschiedenis der regtsinstellingen van lateren tijd voor, onder den gelijken naam van *manufideles*, en dien van *Eleemosynariï*, *Commissarii*, *Testamentarii*, *Fideicommissarii*, ook onder dien van *Treuhänder*, *Salmannen* enz., maar ook voornamelijk onder den naam van *executores*, van wien men in de geschiedenis van het zoogenaamd Middeneeuwsch-regt in Duitschland veelvuldig vindt melding gemaakt (1). In Frankrijk wordt van hen reeds gewaagd, met name in de 8<sup>e</sup> eeuw; en vele zijn de voorbeelden van aanstelling van Executeuren testamentarii reeds van den tijd toen PEPPYN in de plaats van CHILDERIC III den troon had beklommen (2). Van zeer vroege dagteekening zijn ook de oorkonden die er in ons vaderland van gewagen (3). Het is hier evenwel de plaats niet om er over uit te weiden, maar dit is zeker, dat, toen de Kerk eenmaal de instelling zelve en in haren schoot had gewettigd, zij spoedig buiten de Kerk in gebruik kwam, en onder het kerkelijk regt en wet-

(1) Zie DUCANGE, voc. *Intestatio* en *Executores testamentarii*. VON VANGEROW, *Lehrbuch*, § 432.

(2) Zie DUCANGE, t. a. pl. MIRAEUS, *Dipl.* Tom. 1 p. 207.

(3) VAN DER SCHELLING, *Verhandeling over de Executeuren*, Kap. 5 en volg.

stelsel, dat op Romeinsche grondslagen was gebouwd en er in den regel zijne kracht in vond, eene uitbreiding en ontwikkeling erlangde, die haar vervolgens eene voorname plaats onder de regtsinstellingen van het latere Europa heeft doen innemen. De bijna onbegrensde magt der geestelijkheid en hare pogingen, om zich in de nalatenschappen te dringen en de regtspraak over alle zaken van erfopvolging tot zich te trekken, droegen er ook aanmerkelijk toe bij (1). De Kerk zelf evenwel had geene nieuwe instelling in het leven geroepen. Het waren ook hier Romeinsche regtsbeginselen, waaruit zij het nieuwe gebouw had opgetrokken.

§ 5.

Hoedanig en op welke wijze de opdracht ter uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen te Rome én vroeger én later ook plaats vond, overal stond het grondbeginsel der Executele testamentair op den voorgrond; de uitvoering vond regtszekerheid in de wet, zij was als regts-instelling er in opgenomen en bepaalde als voorname staatszorg reeds van de vroegste tijden de bemoeijingen der Romeinsche wetgevers. De overblijfselen der wetgeving van het oude Rome en die van lateren tijd onder de Keizers, waarop ik in de vorige §§ de aandacht heb gevestigd, kunnen, gevoegd bij de uitspraken van het kerkelijk regt, het houdbare mijner stelling, naar ik vertrouw, op aannemelijke gronden, verdedigen.

In den regel betrof de uitvoering eenige bijzondere en bepaalde beschikkingen der erflaters, maar dikwijls had de opdracht ook betrekking tot het *beheer* eener geheele of wel van een gedeelte eener nalatenschap. De oorspronkelijke oude *fideicommissa* en de latere *fidei-*

(1) Verg. Mr. A. D. MEIJER, in zijne aangeh. Diss. Inaug., p. 7.

*commissa universalia* leveren er een overtuigend bewijs van. Hier was het niet altijd het *volbrengen* van eene *bepaalde* handeling, maar betrof de lastgeving der erfstaters integendeel meermalen het *fiduciair beheer* van eene geheele nalatenschap of wel van eene *universitas bonorum* in het belang van en met last van uitkeering (*cum onere restituendi*) aan de gestelde erfgenamen. Dit beheer vond zijn grondslag in den wil der erfstaters alleen en de *lasthebber*, *fiduciarius*, *Exécuteur testamentair*, men noeme hem hoe men wil, ontleende van den erfster alleen zijne magt en zijne bevoegdheid.

Er waren evenwel andere Romeinsche regtsinstellingen, die zich naauw aan het geheele erfopvolging-stelsel hadden aangesloten en tot grondslag en doel hadden *het beheer van eene geheele nalatenschap* of van zaken tot eene nalatenschap behoorende, *zonder toedoen* van den erfster, ook *buiten* den erfgenaam en meermalen en in den regel, *tegen den wil* van beiden. Ik wensch hier ten slotte op die regtsinstellingen de aandacht te vestigen, want ook in het beheer dat ik hier op het oog heb, vind ik, van mijn standpunt, *het grondbegrip* der *Executele testamentair* geheel terug.

In het algemeen waren de zaken en belangen van een overledene, bijgevolg ook het beheer van eene *hereditas*, te Rome het geoorloofd onderwerp van eene administratie of *gestie*. Het Edict van den Praetor, waarvan *ULPIANUS* in de l. 3. pr. ff. de neg. gest. gewaagt, hewijst dit. «Ait Praetor, si quis negotia alterius, sive quis negotia quae cujusque cum is moritur fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo.» Verg. de l. 3, § 6, ook de l. 1, ff. tit. laud. De erfgenaam werd er door verbonden, en hij, die de zaken van een erfster na diens dood had beheerd, werd gerekend de zaken van den erfgenaam te hebben waargenomen tegen wien en aan wien dan ook de Praetor de actie of het *iudicium* gaf.

Zie de l. 3, § 7, til. laud.; verg. de l. 138, en l. 193 ff. de regul. juris en l. 28, § 6 de stip. servor. Van hier de bevoegdheid om ook uit kracht van en door middel van de *hereditatis petitio*, tegen hem, die op de eene of andere wijze het beheer der *negotia hereditaria* had uitgeoefend, in regten op te treden, en de hereditas van hem op te vorderen. Zie de l. 16, § 3 ff. de hered. petit. (V. 3 de l. 21, § 1 ff. de negot. gest. verg. BRUNNEMAN, ad l. 2 cod. h. t. Het beheer had regts-geldig gevolg en de wetgever had dit als grondbeginsel in de wet opgenomen.

De *utilitas absentium*, zoo als ULPIANUS in lib. 10 ad Edict. (l. 1 ff. de neg. gest.) schrijft, was de grondslag van het edict. Maar in de hoofdzaak, en dit blijkt uit het geheel Romeinsche wetstelsel, wilde de wetgever de zekerheid der handelingen in het algemeen en de vervulling der verplichtingen, die op den overledene hadden gerust, in het bijzonder. En het was dit beginsel, dat in de toepassing aanleiding gaf, dat voornamelijk in het oude Rome, onder vele vormen op onderscheidene wijze en onder verschillende naam het *beheer* over nalatenschappen, of *eigenmagtig* of *op last van den magistraat*, doch *altijd onder de bescherming der wet* werd uitgeoefend door hen, die zich dat beheer aantrokken, of wel door den magistraat er toe werden aangewezen.

In de eerste plaats heb ik hier het oog op de oude *usucapio pro herede*, eene hoogst merkwaardige regtsinstelling, waarover later, na het ontdekken van de commentarien van GAJUS, zoo veel licht is opgegaan. Over de gewone *usucapio* zal ik niet uitweiden; deze vond haar grond in de wet der XII tafelen. *Fundi biennium, ceterarum rerum annus usus auctoritas esto*. De *possessio en usucapio pro herede* had zich later uit het gewoonte-regt ontwikkeld, en zij bestond uit het sciens

bezitten van eene res aliena, velut, si rem hereditarium, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit. GAJ. 2, 52. De usucapio was het gevolg van eene possessio annua. In de eerste tijden en oorspronkelijk was het eene acquisitio per universitatem; zij betrof de hereditas. Olim rerum hereditariarum possessione veluti ipsae hereditates usucapi credebantur (GAJ. 2. 54); men bezat niet *de res hereditariae*, maar de *hereditas* zelve en met het doel om de *hereditas* als zoodanig te verkrijgen, het zij geheel, het zij voor dat gedeelte of voor die zaak, welke men er van bezat; maar ook dan had het bezit dezelfde gevolgen, en was de usucapient m. i. geheel gelijk aan hem, die nevens den erfgenaam ex asse tot erfgenaam van eene bijzondere zaak was aangesteld en daardoor eveneens erfgenaam werd (1). Ook later, toen de naauwe band tusschen de familia de hereditas en de res hereditariae (pecunia) meer en meer wegviel en allengs tusschen de familia en de pecunia werd onderscheiden (GAJ. 2. 104), werden de res hereditariae nimmer in den zin van *res singulae* geusucapieerd. Zij bleven ook toen behooren tot de *ceterae res* waarvan de XII tafelen hadden gewaagd en werden als zoodanig, (als eine verkörperte Erbschaft, schrijft HUSCHKE t. a. pl., p. 160) door de annua possessio verkregen.

De oorsprong van dit regts-instituut beschrijft GAJUS 2. 55 aldus:

«Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et creditores haberent, a quo suum consequerentur.»

(1) Zie de l. 35 pr. ff. de hered. inst. (XXVIII) en l. 13 Cod. eod. Ik geloof hier eenigzins te moeten verschillen van HUSCHKE, in *Zeitschr. f. Gesch. Rechtw.*, Band 14, p. 153 en volg.

De *hoofd-voorwaarde* van de *usucapio* zelve was gelegen in de omstandigheid dat de erfgenaam de hereditas of de zaak niet reeds in het bezit had genomen, *cujus possessionem heres nondum nactus est*. Zie GAJ. t. a. pl. en 2. 32. 3. 301. — In den waren zin *usucapieerde* men eene *res vacans*; zie HUSCHKE t. a. pl. p. 208. Zij vond geen plaats bij de heredes sui; deze behoefden niet te *adire*. Zij kwamen van zelf tot en in het bezit der hereditas. Zie HUSCHKE t. a. pl. p. 154 en volgg.

De wetgever wilde hoofdzakelijk de aanvaarding der nalatenschappen, maar ook de naleving der verplichtingen, die op den overledene hadden gerust (*sacra, creditores*). In de eerste tijden namen de naaste verwanten der erflaters die taak op zich; de *usucapio* was toen eene *pia et honesta*. Later werd zij *improba* toen het goede beginsel, dat haar dreef, door baatzucht geheel was verdrongen, en zij werd ook *lucrativa*, daar men wetende, dat de zaak een ander toebehoorde, er desniettemin zijn voordeel mede beoogde. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam *lucrativa* vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucrifacit: GAJUS 2. 52. 56.

Deze *usucapiones pro herede* werden evenwel van hare kracht en werking beroofd door het bekende *SCtum* van HADRIANUS. «Sed hoc tempore, schrijft GAJUS t. a. pl., etiam non est *lucrativa*; nam ex auctoritate divi HADRIANI senatus consultum factum est, ut tales *usucapiones* revocarentur, et ideo poterat heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo, perinde eam consequi atque si *usucapta* non esset.» Ten opzichte van den *heres necessarius* bleef zij evenwel stand grijpen. GAJUS t. a. pl. 57—59.

Zij was onregmatig (GAJUS 3. 301) en kon alleen in de *utilitas publica* regtvaardiging vinden. Vroeger *pia et honesta*, later *improba et lucrativa* verkreeg zij door het aangehaalde *SCsult* eene geheel andere gedaante. Zij werd niet afgeschafft, maar had hare kracht tegen



de ware erfgenamen verloren. Deden deze hunne regten hereditatem petendo *niet* gelden, dan bleef de usucapio in hare gevolgen stand houden. Besloten zij er integendeel toe om de geusucapieerde nalatenschap op te vorderen, dan loste zich de geheele handeling, zoowel de possessio als de usucapio, die van de eerste een gevolg was, in het wezen der zaak op, in een *bezit en beheer voor een ander*, en de bezitter en usucapient verscheen dan in het licht van een, hoezeer *eigenmagtigen* evenwel *verantwoordelijken beheerder* van het goed, dat hij dan niet voor zich, maar voor een ander had bezeten. De usucapio hield door het Senatus consult op *lucrativa* te zijn. De handeling der bezitters bepaalde zich eenvoudig en alleen tot een bezit *pro herede*, voor den erfgenaam, voor wien men had bezeten, of liever voor wien men in het bezit was geweest; en de daad zelve was eene *administratio*, een verantwoordelijk *beheer* in het belang van een erfgenaam uitgeoefend door hen, die zich dat beheer eigenmagtig hadden aangetrokken. De actie die den erfgenaam ten dienste stond, was de *hereditatis petitio*. Zie GAIUS t. a. pl. en de l. 9. ff. de her. pet. (V. 3). — Later, zoo als men weet, veranderde de beteekenis van het «pro herede possidere.» In den bezitter werd toen gevorderd, dat hij meende heres te zijn of eene justa causa had existimandi se heredem esse, l. 11. ff. de her. pet. (V. 3) l. 33. ff. de usurp. et usuc. (XLI. 3) (1), maar ook toen veranderde de aard der possessie geenszins. De gevolgen bleven dezelfde en zoo wel de *malae* als *bonae fidei* possessores waren verplicht de hereditates, aan de regthebbenden over te geven, zonder zich op eene usucapio te mogen beroepen, die

(1) Verg. ook GAIUS 144. *Pro herede autem tam is qui heres est quam is putat se heredem esse. Pro possessore is possidet, qui sine causa, aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.* Verg. hiermede GAI. 2 52.

in het eene zoowel als het andere geval voor de hereditatis petitio moest wijken en van volstrekt geene kracht was. Zie VON VANGEROW, *Lehrbuch* §.

Hoe *eigenmagtig* het bezit van den possessor pro herede nu ook moge geweest zijn, zoo kan men, naar ik geloof, voornamelijk na de uitvaardiging van het *SCtum HADRIANI*, in de usucapio pro herede *het grondbeginsel* der Executele terugvinden. De possessor was de eigenmagtige beheerder, de *onderwinder* van de zaken der nalatenschap (1) en als zoodanig aan de erfgenamen verbonden. Zijne roeping betrof de *sacra* en de *creditores*,

(1) Merkwaardig is de overeenkomst tusschen de *possessores pro herede* in het oude Rome, en de *Executors of their own wrong* in het Engelsche erfregt. Men weet, dat naar Engelsche regtsbeginselen, de aanstelling van Executeuren het caput et fundamentum is van het testament; Executeuren treden in de plaats der erfgenamen, en de instelling van deze is niet vereischt (zie COKE, *Inst.* 2, 307). Weigeren de Executeuren den opgedragen last te aanvaarden en ook non existentibus Executoribus, dan wordt de erfflater geoordeeld *intestatus* te zijn overleden, en dan gebeurt het dikwijls dat een extraneus die noch bij testament benoemd is, noch door den Ordinary er toe is aangewezen, de taak van den Executeur op zich neemt en zich *pro Executeure* in den boedel mengt, even als te Rome de possessor zich *pro herede* in de nalatenschappen mengde en ze usucapierde. Een dusdanig ondervinder wordt genoemd *Executor de son tort* of *of his own wrong* (zie Stat. 43 Elis. c. 8.) Voegt men nu daarbij dat, naar de statuten van het Engelsche regt, de *Executor de son tort* werd beschouwd de *officia humanitatis et necessitatis* ten opzichte van den overledene te vervullen, en ook tot het funus ducere verplicht was, dan wordt de overeenkomst waarop ik hier doel duidelijker, wanneer men bedenkt dat ook de possessor pro herede te Rome gehouden was tot het *sacra facere* en het voldoen der schuldeischers, waarin juist het doel van de usucapio gelegen was. De usucapio pro herede gold ook alleen in het geval de heres possessionem nondum nactus fuerat (zie HUSCHKE, t. a. pl. p. 193), en ook de Executeur of his own wrong is alleen denkbaar in het geval er geen Executeur is of deze nog niet in het bezit getreden is. In ieder ander geval is hij een *turbator* en *trespasser* (*possessor pro possessore? praedo?*) (zie BLACKSTONE, *Comm.* T. 2, C. VIII p. 511 seqq.)

en was hij met den Exceuteur volkomen gelijk aan hem, die de negotia hereditaria, volgens het Edict van den Praetor, had beheerd. De Exceuteur ontleende evenwel zijne bevoegdheid ex mandatu; de possessor pro herede was gelijk aan een negotiorum gestor, ex SCIO HADRIANI.

Allengs ontwikkelde zich nu ook het praetorische regt en met hetzelfde het stelsel der *bonorum possessiones*. «Die güten Kräfte der pro herede possessio gingen immer mehr in die praetorische bonorum possessio über (1).» De possessio pro herede was eene *eigenmagtige* handeling; zij veranderde in de bonorum possessio; werd *regtmätig*, op gezag en onder de bescherming van den Magistraat, met handhaving van de regten der wettige of door den erf-later ingestelde erfgenamen, die zij volkomen waarborgde. Beide hadden hetzelfde doel; de bonorum possessio strekte zich evenwel verder uit.

Het behoort niet tot dit opstel over de trapsgewijze ontwikkeling der bonorum possessiones in het breede uit te weiden. Alleen mogen eenige weinige woorden over den aard, het doel en de gevolgen dezer instelling hier nog eene plaats vinden.

De bonorum possessio, ook genoemd de *hereditas*

(1) Zie vooral HUSCHKE t. a. pl. en SAVIGNY in *Zeitschr. f. Gesch. Rechtsw.*, V. S. 14. (*Vermischte Schriften*, Bd. II, S. 230 en volg.), die het grondbeginsel der B. P. (die *neuerungen* des Prätor) in de oude usucapio pro herede, vinden. Hunne leer wordt bestreden door VON VANGEROW, *Lehrbuch*, S. 398, die op het gezag van FABRICIUS, die hij aldaar aanhaalt, in de bonorum possessio, in haren oorsprong, alleen ziet «die gerichtliche regulirung des Besitzstandes, zur vorbereitung eines Streits über Erbrecht.» Was evenwel de usucapio pro herede het gevolg van een *eigenmagtig* bezit, en is de *GERICHTLICHE Regulirung* het doel van de B. P., dan bewijst dit juist dat de Bonorum possessio zich aan de possessio pro herede zeer naauw aansloot. Dat in de oude *formulae vindicationis* reeds het begrip en de oorsprong der B. P. gelegen was, heeft dunkt mij VON VANGEROW, t. a. pl. niet voldoende bewezen.

*praetoria*, was niet even als de *hereditas* (*jure civili*) de *successio in omne jus quod defunctus habuit*, maar integendeel het *jus persecuendi retinendique* patrimonii, *quod cujusque cum is moritur fuit* (l. 3, § 2 ff. de B. P.). Zij gaf niet de *hereditas*, maar zij leidde tot het *bezit* der nalatenschap. De wettige of ingestelde erfgenamen konden ten allen tijde optreden en *hereditatis petitione* de nalatenschap van de *bonorum possessores* opvorderen. De *bonorum possessor* trad alleen op *loco* of *vice heredum* (1), niet *in de plaats van* en *als* erfgenaam, maar integendeel (en juist in denzelfden geest als de *possessor pro herede*, in betrekking tot de oude *usucapio* van dien naam), *voor* den erfgenaam, *pro herede* (2), d. i. voor hem, van wien naderhand blijken zou dat hij tot de nalatenschap gerechtigd was. Zijne verhouding loste zich geheel op *in vertegenwoordiging*, zoowel van den erfgenaam (3) als van den erfflater (4). Het doel was «dem Erbvermögen einen faktischen *Vorsteher* zu geben» (5). De B. P. vertegenwoordigde den erfflater, bis zu *ausgemachter Streit über Erbrecht* (zie v. VANGEROW, t. a. p.), en deze «*Streit*» werd door de *bonorum possessio* niet uitgesloten. Ook de *bonorum possessio secundum tabulas* moest wijken, wanneer hij de *hereditas petitio* bleek dat het testament *jure civili* nietig was, in welk geval de

(1) *Hac bonorum possessione revera non obtinebant hereditatem sed loco heredum habebantur.* GAJUS III, 32. In omnibus enim *vice heredum* bonorum possessores habentur. ULPIANUS in l. 2 ff. de bon. poss.

(2) Zie de l. 11 pr. ff. de hered. pet. Verg. ook § 2 Inst. de bon. poss. «*Quos enim Praetor solus vocat ad hereditatem heredes quidem ipso jure non fiunt, nam Praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum heredes fiunt, veluti per Sctā et Const. Princ.; sed cum iis Praetor dat honorem possessionem, loco heredem constituantur, et vocantur B. possessores.*

(3) Zie LEIST, die *Bonorum possessio* (1844) B. 1 Kap. 1.

(4) Zie FABRICIUS bij VON VANGEROW t. a. pl.

(5) Zie HUSCHKE t. a. p. 157.

nalatenschap aan den *legitimus* moest worden uitgekeerd. De bonorum possessio had dan volstrekt geene gevolgen, zij werd *sine re*, en de handeling van den possessor zelf, wiens quasi dominum of dominum utile had opgehouden, bepaalde zich dan alleen tot dien van *beheerder*, *faktische Vorsteher* der nalatenschap, die hij alsdan voor en in het belang van anderen had bezeten.

In het algemeen was de bonorum possessio een *provisoire* maatregel. Dit blijkt ook uit het interdictum quorum bonorum, dat, als *regtsmiddel*, den bonorum possessor ten dienste stond en niet ten doel had, de erkenning van het erfregt, maar alleen moest leiden tot het *voorloopig* factisch *bezit* der nalatenschap. (Zie v. VANGEROW, § 509). Het interdictum gaf uitvoering aan het decreet des Praetors, waarbij de possessio bonorum was toegekend. Het erfregt lag buiten de grenzen van dit regtsmiddel, dat alleen het bezit betrof en gerigt was tegen allen, die de nalatenschap of zaken die er toe behoorden pro herede of pro possessore in bezit hadden; het had ook tegen eene usucapio pro herede volle kracht.

Dit interdictum had evenwel voor den bonorum possessor niet dezelfde kracht als de hereditatis petitio voor den heres, en het had voor den eersten ook de *plaats* der hereditatis petitio *niet* ingenomen (1). In betrekking tot de hereditatis petitio stond het als een *remedium fictitium*; tegen *derden* alleen had het dezelfde gevolgen; het sloot evenwel de petitio hereditatis niet uit, die het eenige regtsmiddel was dat tot eene *definitieve* beslissing over het zakelijk *regt* tot de nalatenschap kon leiden. Het interdictum was daarbij de grondslag der *actiones fictitiae* of *utiles*, die zoo wel

(1) Zie VON VANGEROW, *Lehrb.*, § 393, die aldaar het gevoelen van VON SAVIGNY bestrijdt.

door als tegen de bonorum possessores in betrekking tot de nalatenschap konden worden ingesteld (1).

De *Bonorum possessio* was dus in haar wezen en doel niets anders dan een *tijdelijk voorloopig beheer*, op gezag van den Magistraat *uitgeoefend* door hen, aan wien dat beheer *door de inbezitstelling* (B. P.) werd opgedragen. Het begrip van *vertegenwoordiging*, zoo van den erfflater als van de erfgenamen, lag binnen hare grenzen bepaald. Alleen dan had de B. possessor *voor zich zelve* bezeten, wanneer hij bij de hereditatis petitio in het gelijk was gesteld, of ook wanneer zijne aanspraken jure civili niet met vrucht konden worden bestreden en de hereditatis petitio niet tegen hem was ingesteld.

Is nu de roeping en verhouding tot de nalatenschap van dezen *beheerder, bezitter, factische vorstener des Erbvermogen, Bonorum possessor*, in het grondbegrip niet geheel gelijk aan die van den Executeur testamentair, dien men in eenige wetgevingen van lateren tijd (2) *in het volle factische bezit der nalatenschap (possessione hereditatis munitum)* ziet optreden? Was ook de Executeur testamentair, voornamelijk naar de beginselen van het oude regt, niet *de vertegenwoordiger*, zoo van den erfflater als van de erfgenamen? Staat ook niet tegen het *bezit* uit het oude regt en tegen de *saisine* van lateren tijd van den Executeur testamentair, de *hereditatis petitio* van den erfgenaam en de regten die er het gevolg van zijn? Kunnen de *actiones* waartoe een Executeur testamentair vroeger gerechtigd was, of naar hedendaagsche rechtsbegrippen nog kan zijn, in

(1) Zie ULPIANUS Tit. 28, § 12, de poss. dand. «Hi quibus honorum possessio datur seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.»

(2) Zie Mr. J. J. BEAUJON, in zijne *Diss. Inaug.*, p. 26, en de aldaar vermelde Costumen van het oud-Fransche en Statuten van het oud-Hollandsche regt. Verg. VAN DER KEESSEL, *Thes.*, 323.

regtskundigen zin, tot een anderen oorsprong teruggebragt worden dan tot dien der *actiones fictitiae* of *utiles* van den *Bonorum possessor*? Zie hier even zoo vele stellingen, tot welke ik mij evenwel hier moet bepalen. Wilde ik ze onderzoeken, ik zou de geschiedenis der *Executele*, gedurende den lateren tijd en naar de wetgevingen, die zich opvolgend hebben ontwikkeld moeten volgen en de resultaten moeten mededeelen; dan dit behoort niet tot mijn tegenwoordig onderwerp. — Ik noem evenwel den *Bonorum possessor* geen *Executeur testamentair*, veelmin stel ik beiden volkomen gelijk; maar zeker is het, dat ook de *Bonorum possessio* zelve een middel was om een *testament ten uitvoer te leggen*, althans om het *uitvoering te verzekeren* (1); en beschouwt men deze regtsinstelling van dit standpunt, dan vestigt zich de overtuiging, dat ook het leerstuk der *bonorum possessiones*, een duidelijk bewijs oplevert, dat het gronddenkbeeld der *Executele* den Romeinen niet vreemd is geweest, en dit ook bij de ontwikkeling van hun regtswezen, voornamelijk omtrent de erfopvolging, uit den aard der zaak, niet heeft kunnen zijn.

Eindelijk vestig ik nog de aandacht op de *Curatores*, die in onderscheidene gevallen door den Praetor te Rome in de nalatenschappen werden aangesteld. De grondslag of de rede der benoeming was dezelfde als bij de *Bonorum possessiones*. Zoowel in de gevallen waarin de erfgenaam *in diem certum vel incertum* was ingesteld (2) of *dat deze in beraad was* (3), ook bij de

(1) Zie FERGOLÉ, *Traité des Test.*, Ch. X, n<sup>o</sup>. 7; Tom. III pag. 352.

(2) Zie l. 23 ff. de hered. inst. l. 8 ff. quib. ex caus. in poss. l. 4 ff. de reb. auct. jud. De erfgenaam was tot de *sola administratio* der nalatenschap gerechtigd.

(3) Zie l. 9 ff. de jure delib. Verg. l. 5, 6 en 10 eod. III. α Fortasse, (schrijft prof. VAN DER KRESSEL in zijn *Dictaat ad Grotium*, waarvan ik

*hereditas jacens* (1) werd te Rome de *administratio* der hereditas door den Praetor opgedragen, zoowel aan den erfgenaam (doch niet *als zoodanig*, maar als eenvoudig *beheerder* (*sola administratio*)) als aan *derde* daartoe aangewezen personen. Hetzelfde beginsel stond ook op den voorgrond bij de benoeming van den *curator ventris nomine* (2), ook van den *curator ex SCto Carboniano* (3). Hunne regten en verplichtingen, ook de grenzen hunner bevoegdheid in betrekking tot de nalatenschappen, bieden eene bijna volkomene overeenkomst aan met de Executeuren testamentair, zoodanig als men die in lateren tijd in hunne verhouding tot de nalatenschappen, de erflaters en de erfgenamen, ziet optreden.

De uitvoering der uiterste wilsbeschikkingen, de Executele, werd dus te Rome in denzelfden geest opgedragen, als dit in lateren tijd, onder andere wetgevingen plaats vond. (4) Naam en vorm hebben voor anderen naam en vorm plaats gemaakt. Een ander onderscheid bestaat er niet. De Executele heeft zich later *als wettelijke*

hiervoren melding maakte), *ex mente juris nostri Executor similis potest haberi illi Curatori, qui datur bonis, dum deliberant heredes scripti de adenda hereditate, cujus mentio fit in l. 22 § 1 ff. de reb. auct. jud. poss.*»

(1) Zie l. 4 de reb. auct. jud. poss. l. 8 en 9 ff. quib. ex caus. in poss. l. 12 en 20 ff. de neg. gest. Zie BRUNNEMAN ad. l. 2 Cod. de neg. gest. Verg. VON VANGEROW, § 394.

(2) Zie l. 1 ff. de Cur. v. nom. Over zijn beheer zie de l. 43 ff. de adm. et per. tut.

(3) Zie tit. ff. de Carb. Edict. (XXXVII 10). Verg. VON VANGEROW, § 512, die, in betrekking tot dezen Curator, van eene *interimistische bonorum possessio* gewaagt.

(4) Zij is zeker niet van Franschen oorsprong, zoo als GRENIER in zijn *Traité des Donations* § 326, dit beweert; ook niet van Germaanschen oorsprong, zoo als MITTERMAIER dit wil in zijne *Grundsätze des Gem. Deutsch. Privatr.* § 464.



*instelling* geheel gevormd; zij is gewijzigd en uitgebreid naar de begrippen en gebruiken van de onderscheidene volken van Europa, eerst onder den invloed van het kerkelijk gezag en later geheel onafhankelijk van hetzelfde; maar in het wezen der zaak was de instelling te Rome dezelfde als die van lateren tijd.

Zie hier de slotsom van mijn onderzoek. Het geheel is eene proeve. Men beschouwe het als zoodanig.

's HAGE, 1857.

---

*Een vijftal opmerkingen het Romeinsche recht betreffende*, door Mr. J. E. GOUDSMIT, Advocaat te Leiden.

I.

De L. 33 § I D. de reb. auct. jud. possid., heeft niet zonder redenen de uitleggers zwaarigheid gemaakt. In de woorden *sive ipse sui*, *sive alius* mist men verband en tegenstelling, terwijl bovendien het tweede *ejus* overbodig en mat is. Cujac. Opp. VIII pag. 676 zegt: In L. 33 § I videtur deesse versus, ita scil: ut pungatur post verbum *suscipiat*, deinde inserantur haec verba: «Sed si alius defensionem ejus suscipiat, debet satis dare.» Maar behalve dat tegen het gezag van alle handschriften een gansche regel zoude moeten worden ingelascht, blijkt het thans uit GAIUS (IV 102) dat ook wanneer de schuldenaar zelf na de inbeslagneming zijner goederen in regten wilde optreden, het stellen van zekerheid van hem gevorderd werd.

Keller in zijne Semestr. Tom. I. pag. 112 zegt van ons fragment «verborum structura et sententiarum conjunctione inconcinnum, contortum et suspiciosum.» Naar

het mij voorkomt is de plaats zeer ligt te verhelpen; indien men achter de woorden *post bonorum possessionem* een punt plaatsende, in stede van *ejus* leest *verum*. Alzoo: *Defendere debitorem sicut antequam bona ejus possiderentur licet, ita post bonorum quoque possessionem. Verum sive ipse sui sive cet. cet.* Dat het voegwoord *verum* in deze zijne gewone beteekenis ook bij de regtsautheurs voorkomt, vereischt naauwelijks beloog; vergelijk onder anderen L. 20 pr. D. de instr. vel instrum leg.

## II.

In de L. 54 D. de adm. et per. tut is eene fout ingeslopen, door geen der interpretes van het Rom. regt opgemerkt. Het *sibi consumsit*, is absoluut noch gebruikelijk noch hier passend, daar de voogd die gelden, van den minderjarigen ter leen opgenomen, behoorlijk teruggeeft, natuurlijk niet heeft opgemaakt wat aan dezen toebehoort. Het is buiten twijfel dat gelezen moet worden *quia hic sibi non consuluit*. *TRYPHONINUS* wil zeggen, de voogd, die opentlijk en wat meer is tegen gelijktijdige afgifte van een bewijs, gelden op gewone interessen van den minderjarige ter leen nam, deed zulks geenszins om uitsluitend zijn eigen belang ten koste van den minderjarige te bevorderen.

## III.

Dat in de L. 3 D. de tut. et ration. distrah. voor *procuratori, curator* moet worden gelezen volgt reeds uit de voorafgaande vermelding van de actio neg. gest. en wordt deze lezing bovendien bevestigd door de *BASILICA* (38. 3.3) *Εάν ἀδηλον ἔστι, πόσον κεχρεώσεται τῷ ἐπιτρόπῳ ἢ τῷ κουργάτορι*. In de beide overige plaatsen waarop zich *BRISSONIUS* sub. v. beroept tot staving, *Themis*, D. IV, 3de St. [1857].

dat procurator voor curator voorkomt L. 23 § 2 en § 3 D. de her. instit. is de lezing der codices verschillend.

IV.

Onopgemerkt is het gebleven dat in de L. 9 pr. D. de tut. et rat. distr. de gewone lezing onjuist is. Eerst is de voogd vertrokken (Republ. causa abesse coeperit) en vervolgens wordt hij van de voogdij ontheven omdat hij vertrekken *zal* (quod Reip. causa aberit). Men zag niet dat voor *quod* staan moet *quoad*. Zoolang de afwezigheid duurt en ten zijnen aanzien de voogdij geëindigd is, kan de afwezige *actione tutelae* worden vervolgd. Keert hij terug (sed si desierit reip. causa abesse) zoo geldt wederom het nisi *finita tutela sit, tutelae agi non potest* L. 4 D. h. t. hoezeer de actio utilis soms werd toegekend L. 3 § 10 D. de suspect. tut.

V.

In de onlangs ontdekte en door Th. MOMMSEN met belangrijke aantekeningen verrijkte tabula MALACITANA Cap. 64. 57. wordt gelezen (en deze lezing wordt door de tweede naar nieuwe collatien bewerkte uitgave van MOMMSEN bevestigd) *et dum ita legem dicant, uti pecuniam* in Fore municipi Flavi Malacitani referatur, luatur solvatur. Van welke plaats de geleerde uitgever zegt, dass eine wenigstens «in der Hauptsache sichere Heilung zu finden bisher noch nicht gelungen ist». Kan er bezwaar in zijn om te lezen *uti pecunia in forum municipii*-referatur? *Forum municipii* komt voor in de L. 39 § I D. de cond et dem. Men wilde vooral daar waar niet dan op voor den verkooper ongunstige voorwaarden kon worden geveild (legem in vacuum vendendis dicere) minstens voor het municipium dezen

waarborg hebben, dat de opbrengst van den verkoop niet gelijk men het uitdrukt aan de strijkstok bleef hangen, maar het geld in de openbare kas die op het forum bewaard werd, gestort wierd. (1).

---

## BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

*Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, door Mr. G. DIEPHUIS, Raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof van Groningen. Tweede Herziene druk. Eerste deel, VIII en 462 bladz., tweede deel, IV en 512 bladz., in gr. 8°. — Groningen, bij J. B. WOLTERS, 1856 en 1857.

«Onze wetgeving heeft meer dan één werk in het «licht doen komen; de meesten van gering allooi. De «heer DIEPHUIS heeft een beteren weg ingeslagen. Zijn «arbeid schijnt, wanneer de volgende afleveringen zich «tegen wijldoeligheid en oppervlakkigheid weten te «bewaren, voor het regt meer blijvende waarde te zullen «hebben».

(1) Na het schrijven dezer opmerking ben ik opmerkzaam gemaakt, dat deze gissing reeds vroeger geopperd is door LABOULAYE, Rev. Histor. 6<sup>e</sup> livraison, bl. 564 en bl. 575 en beaamd wordt door GIRAUD die de echtheid der tabula tegen LABOULAYE heeft verdedigd. Zie ook ELVERS, Aanshangsel op zijne Epigraphie, bl. 15.

Welligt kom ik later terug op het gevoelen van LABOULAYE omtrent de onechtheid der tabula Macacitana. Reeds nu wie ik wel zeggen, dat ik ter gelegenheid dezer vraag onwillekeurig dacht aan de twijfelaars van vroegere dagen ten aanzien der zoogenaamde lex Regia, waarover NIEBUHR teregt een zoo streng oordeel heeft geveld.

Ziedaar de woorden, waarmede de voormalige kundige mede-redacteur van dit tijdschrift, Mr. N. OLIVIER, voor nu ongeveer dertien jaren (1), zijne beoordeeling van de eerste aflevering van den eersten druk van dit werk besloot, en de uitkomst heeft de gunstige verwachting van den recensent niet bedrogen, gelijk de schrijver van zijne zijde, bij de geregelde voortzetting en voltoojing van zijn uitgebreid werk, aan de voorwaarde, waarvan die verwachting afhankelijk werd gesteld, naar het oordeel van bevoegder beoordeelaars dan ik mij zelven mag achten, heeft voldaan.

Het werk van den heer DIEPHUIS, waarvan in 1844 de eerste aflevering verscheen, bestaat uit negen lijvige boekdeelen, van welke het laatste in 1855 werd voltooid. Onmiddellijk na die voltoojing werd een herdruk van het geheele werk noodig bevonden; van dezen zijn thans reeds verschenen twee deelen, welker aankondiging in dit tijdschrift mij door de redactie is opgedragen.

Ik spreek van eene aankondiging, niet van eene beoordeeling. Wat er over den aanleg en het plan van het werk, kenbaar uit zijne eerste aflevering, te zeggen viel, is reeds gezegd in de recensie van Mr. OLIVIER, en de herhaling van dit alles, waarin ik ook de uitdrukking van mijne meening zie, ware dus vrij overbodig. Daarenboven, wat kan nu nog het nut zijn van eene opzettelijke beoordeeling van een werk, waarover het regtsgeleerd publiek reeds voorlang *rebus ipsis et factis* zijn oordeel heeft uitgesproken? De commentaar van den heer DIEPHUIS, wegens zijnen grooten omvang, weinig geschikt voor en, naar ik meen, ook weinig gebruikt als eene handleiding bij de eerste studie van ons burgerlijk regt, voor zoover dat in het Burgerlijk Wetboek is vervat, wordt zelden te vergeefs, en daarom zeer alge-

(1) *Themis*, V, 1844, p. 360.

meen geraadpleegd, waar het de beslissing van belangrijke en betwiste vragen of de kennis van een bepaald leerstuk in zijne bijzonderheden geldt. Het heeft in de pleitzaal naam en gezag verworven, en te regt. Men kan veel twisten en men heeft veel getwist over de beste wijze, waarop in eenen doorloopenden commentaar een wetboek verklaard wordt, of daarbij het dogmatisch, of wel het exegetisch element op den voorgrond moet staan. Zeker is het intusschen, dat elke van beide wijzen van behandeling hare eigen verdienste heeft, en dat men er dus den heer DIEPHUIS geene grievende van behoort te maken, wanneer in «de exegetische en dogmatische bewerking van het Burgerlijk Wetboek», die hij zich, blijkens de voorrede van den eersten druk, voorstelde, gedeeltelijk welligt ten gevolge van de trouwe inachtneming van de volgorde van het Wetboek, meer exegese dan dogmatiek is te vinden. Te minder reden bestaat er om dit te betreuren, nu, gedurende den tijd door den heer DIEPHUIS aan de voortzetting en voltooiing van zijn werk besteed, door de Hooggeleerden aan onze drie Hoogescholen met het onderwijs van het Nederlandsch Burgerlijk Regt belast meer of min uitgebreide werken over dit deel onzer wetenschap zijn in het licht gegeven (1), die in de, vooral voor eene eerste studie, bestaande behoefte voor eene meer uitsluitend dogmatische behandeling, naarmate zij geheel of gedeeltelijk zijn uitgekomen, reeds nu voorzien, of binnen kort, naar wij hopen, zullen voorzien. Naast die werken, wier voltooiing, voor zooverre zij nog onafgewerkt zijn,

(1) Mr. G. J. VAN ASSEN, Leiddraad voor het collegie over het Burgerlijk Wetboek, Leyden, 1846. Verkorte en herziene uitgaaf, Leyden, 1854. — Mr. H. NIENHUIS, Academische voorlezingen over het N. B. R., I, 1<sup>e</sup> stuk, Groningen, 1849; I, 2<sup>e</sup> stuk, Groningen, 1854. — Mr. J. VAN HALL, Handl. tot de beoefening van het Burg. Regt in Nederland, 1<sup>e</sup>, 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> stuk, Amsterdam, 1851—1856.

met belangstelling wordt te gemoet gezien, en ook naast eene historisch-critische behandeling onzer burgerlijke wetgeving, in haar geheel, nog steeds tot de *desiderata* behorende, kan de uitgebreide en met zoo-veel zorg behandelde commentaar van den heer DIEPHUIS eene blijvende waarde blijven behouden, en het beste bewijs daarvoor was de noodzakelijkheid van een tweeden dadelijk na de voltooiing van den eersten druk.

Die tweede is, volgens den titel, een *herziene* druk, en de inhoud geeft, althans in de twee eerste deelen, waarin het personen-regt wordt afgehandeld, wat de titel belooft. Veranderingen in de wetgeving, voor zover zij op het burgerlijk regt van invloed waren, zijn niet alleen in het oog gehouden, maar ook nieuwere litteratuur en jurisprudentie zijn met naauwkeurigheid in de noten vermeld, soms ook in den tekst besproken, daar, waar zij den schrijver aanleiding gaven om, of van eene vroeger geuite meening terug te komen, of die tegen daartegen ingebragte bezwaren te verdedigen. Het zij mij vergund dit een en ander nog in enkele bijzonderheden aan te toonen.

Onder de veranderingen in de wetgeving, die hier in aanmerking komen, behoort, behalve de Grondwetsherziening van 1848, o. a. besproken bij de verklaring van art. 5 n<sup>o</sup>. 5 B. W. (I, n<sup>o</sup>. 61), vooral ook de wet van 28 Julij 1850 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 44), tot uitvoering van art. 7 der Grondwet, waarover de schrijver eenige belangrijke beschouwingen geeft in n<sup>is</sup>. 36 en 36a van het eerste deel. Te regt wordt, naar het mij voorkomt, door den heer DIEPHUIS tegen Mr. BOISSEVAIN en anderen verdedigd de stelling, ook aangenomen door Prof. VAN HALL, en meer in het breede uiteengezet door Mr. RAEDT VAN OLDENBARNEVELD, in zijne akademische proeve over voormelde wet (Leyden, 1851), dat nl. naast deze in volle werking blijven de bepalingen van het B. W., die

voorschrijven, wie Nederlanders zijn, ten aanzien van het genot der burgerlijke regten, niet als het mindere begrepen in het genot der burgerschapsregten, waarvan in art. 1 der wet tot uitvoering van art. 7 der Grondwet de rede is. De wet van 9 Julij 1855 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 67), houdende uitzondering op de artt. 523, 526 en 549 B. W., de eenige, waardoor, sedert de eerste uitgave van dit werk, bepaalde veranderingen in de burgerlijke wetgeving zijn gebragt, wordt behandeld in de nieuwe nummers 1177 *a, b, c* en 1254*a* van het tweede deel.

Dat de jurisprudentie, met name die van den Hoogen Raad, sedert de voltooiing van den eersten druk der twee eerste deelen van het aangekondigde werk, vele uitspraken heeft geleverd over betwiste en belangrijke vragen, weet ieder, die daarin geen vreemdeling is, en zij, die haren onberekenbaren invloed op de ontwikkeling, of wil men liever op den feitelijken toestand, van het regt kennen en waarden, zullen het op hoogen prijs stellen, dat van die uitspraken de meest gewigtige zijn vermeld. Als voorbeelden noem ik hier slechts: het arrest van den H. R. van 31 Maart 1854, waarbij is uitgemaakt, dat scheiding van goederen op grond van art. 241, n<sup>o</sup>. 2, B. W. alleen gevraagd kan worden, waar geene wettelijke gemeenschap van goederen bestaat; verschillende regterlijke uitspraken, waarbij is aangenomen de ook door den schrijver in beide uitgaven (II, n<sup>o</sup>s. 696, 840 en 841) verdedigde, maar door de Fransche auteurs algemeen bestreden leer, dat de vader of moeder uit de voogdij ontzet zijnde of die verloren hebbende, den voogd niet kan betwisten het regt om de woonplaats van zijn of haar minderjarig kind te bepalen, bij welke echter nog gevoegd had moet worden een vonnis van de Arrondissements-Regtbank te 's Gravenhage, van 8 Oct. 1852, *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1379, in appel bevestigd bij arrest van het Provinciaal Geregts-hof in Zuidholland, van



27 Junij 1853, *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1477 (1); en eindelijk het belangrijk arrest van den Hoogen Raad van 16 Nov. 1855, waarbij is verworpen de door den schrijver vroeger verdedigde en ook nu volgehouden stelling, dat ook over natuurlijke, mits wettelijk erkende kinderen, een voogd benoemd kan worden door den langstlevende der ouders, zoo zij door beiden erkend zijn, of anders door hem of haar, die hen erkend heeft. Wat het eerste gedeelte der stelling betreft, zoude ik mij gaarne vereenigen met des schrijvers meening. De gronden door den Hoogen Raad aangevoerd voor zijne leer komen mij voor niet van genoegzaam gewigt te zijn om eene onderscheiding te scheppen in de zeer algemeene uitdrukking («langstlevende der ouders») door den wetgever in art. 409 gebezigd, in overeenstemming met de gelijkheid van regten en verplichtingen in den regel toegekend aan wettige en natuurlijke ouders. Ik meen dus, dat aan *den langstlevende der natuurlijke ouders* niet kan worden ontzegd het regt in art. 409 in het algemeen aan *den langstlevende der ouders* toegekend, doch ik acht het eene in de wet niet gegronde en alzoo onaannemelijke fictie, zoo slechts een der ouders het kind erkend heeft, dezen nu ook voor den langstlevende te houden, en hem, van wien *ex post facto*, wanneer na zijnen dood de overgeblevene, het zij vader of moeder, het natuurlijk kind nog erkent, mogt blijken of kunnen blijken, dat hij werkelijk niet was de langstlevende, bij uitsluiting het regt toe te kennen om eenen voogd over zijn kind te benoemen.

Ook van de litteratuur, in den tijd tusschen de eerste en tweede uitgave verschenen, is, gelijk ik reeds gelegenheid had op te merken, voor deze laatste een ruim

(1) Onlangs werd door dit gerechtshof in gelijken zin beslist, bij arrest van 22 Junij 1857, *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1877.

gebruik gemaakt, blijkens de doorgaande aanhaling in de noten, en menige bijvoeging in den tekst. Van de Fransche commentatoren vindt men den nieuwsten en zeker niet minst verdienstelijken, DEMOLOMBE, doorgaans geciteerd. Dit is ook het geval met de boven reeds genoemde werken der hoogleeraren VAN ASSEN, NIENHUIS en VAN HALL, de voor de kennis der jurisprudentie bijna onontbeerlijke *Regtspraak* van Mr. D. LÉON, de bekende aantekeningen van Prof. OPZOOMER, en wat er verder belangrijks over speciale onderwerpen in tijdschriften, akademische proefschriften of andere monographien is geschreven. Menigmaal is de schrijver, door vergelijking met hetgeen anderen na hem schreven, van vroegere meening teruggekomen, wat o. a. het geval is — ik noem hier slechts een paar voorbeelden onder velen — met zijne uitlegging van art. 5, n<sup>o</sup>. 3, en van art. 24 B.W., reeds door Mr. N. OLIVIER in de *Themis*, t. a. p., en later ook door OPZOOMER bestreden. Wat het laatste betreft, neemt de schrijver thans aan, dat de overlegging van extracten uit de registers van den burgerlijken stand, voor conform met die registers afgegeven door den bevoegden ambtenaar, niet ontslaat van den last om het oorspronkelijk register te vertoonen, bij betwisting der conformiteit, terwijl zijne vroegere uitlegging van dit art. scheen te leiden tot het besluit, door DEMOLOMBE, I, 318, voor art. 45 (niet geheel gelijkloidend met ons art. 35) verdedigd, dat hier eene uitzondering op den algemeenen regel van art. 1925 zoude moeten worden aangenomen. De vraag uit art. 5 is deze. Volgens n<sup>o</sup>. 3 van dit art. zijn Nederlanders allen, die binnen het Koninkrijk zijn geboren, hoezeer uit anders aldaar niet gevestigd, mits zij zelve hunne woonplaats aldaar vestigen. Die vestiging moest, volgens het Fransche regt, geschieden binnen het jaar na de meerderjarigheid, en ten aanzien van het genot van burgerschapsregten, moet zij bij ons,

ingevolge de bepalingen der wet ter uitvoering van art. 7 Grondwet, plaats hebben binnen het jaar na de bereiking van den vollen ouderdom van 23 jaren. Zoodanige fatale termijn is in het B. W. niet aangenomen, maar evenmin beslist dit in uitdrukkelijke woorden de vraag, op welken leeftijd de vestiging hier te lande het eerst kan hebben het in art. 5, n°. 3 aangeduide gevolg? Zeker zal hij, die zich hier komt vestigen, meerderjarig moeten zijn, daar hij, minderjarig zijnde, geen eigen domicilie heeft, maar meerderjarig — dit is de groote vraag — naar de Nederlandsche wet, of wel naar de wet van het land, waar hij tot dusverre zijn verblijf had? In de eerste uitgave werd door den schrijver onderscheiden, al naar mate de wet van het vreemde land de meerderjarigheid op vroegeren of lateren leeftijd dan de onze aanneemt, zoodat men in het eerste geval de vreemde, in het laatste onze wet zoude moeten volgen. Dat deze onderscheiding niet gebillijkt kan worden, werd reeds betoogd in de recensie van Mr. OLIVIER, t. a. p., p. 359, en later nog aangedrongen door de Hoogleeraren NIENHUIS, OPZOOMER en VAN HALL. De heer DIEPHUIS heeft haar dan ook laten varen (I, n°. 52) en neemt thans aan, dat de meerderjarigheid, zonder eenige onderscheiding, moet worden beoordeeld naar de wet van ons land. Die beslissing is zeker meer consequent, of zij juist is, meen ik te mogen betwijfelen, zoolang ik bezwaar maak, mij te vereenigen met de leer van OPZOOMER en OLIVIER, *in transitu* verdedigd door den schrijver, dat nl. art. 9 Alg. Bep. bij ons de erkenning der *statuta personalia*, in den vreemde geldende, voor de beoordeeling van den persoonlijken staat van vreemdelingen zoude uitsluiten (1). De behandeling dezer

(1) Prof. VAN HALL (*Handl.*, 2de st., p. 33) komt tot hetzelfde besluit, zonder de leer des schrijvers over de *Statuta personalia* te deelen. Niet de vestiging, zegt de hooggeleerde schrijver, is het middel

vraag bewijst voor het overige, dat de niet behandeling van de wet, houdende Alg. Bep. der wetgeving, waarin zoo vele en gewigtige beginselen, aan het burgerlijk regt ten grondslag liggende, zijn uitgedrukt, in het verdienstelijke werk van den heer DIEPNUIS, eene betreuenswaardige leemte laat, die zich daarin dikwijls doet gevoelen en zelfs niet geheel zal kunnen worden vervuld door de ook nu, even als vroeger, toegezegde algemeene beschouwing van het Nederlandsch burgerlijk regt. Intuschen wordt dit werk door het regsgeleerd publiek niet minder belangstelling te gemoet gezien, dan de voltooiing van den *in waarheid herziene* druk van zijnen commentaar, dien wij bij voortdoring in veler handen wenschen, waartoe de uitgever zeer zeker het zijne in ruime mate heeft bijgedragen door de aanzienlijke prijsvermindering, gepaard aan eenen uiterlijken vorm, die in netheid en deugdelijkheid voor dien van den eersten druk niet behoeft onder te doen, ja dien veeleer overtreft.

Aug. 1857.

A. A. DE PINTO.

om Nederlander te worden, maar de geboorte onder den *mits* der vestiging. Ik meen, s. m., dat die woordenstrijd ons niet verder zal voeren in de beoordeeling der voorgestelde vraag. Zooveel is zeker, dat de vreemdeling, in Nederland geboren, vreemdeling blijft, tot op het oogeblik zijner vestiging in Nederland, dat hij dus *door* en alzo *na* die vestiging eerst wordt Nederlander, en dat derhalve de vraag, of hij, in Nederland komende om zich te vestigen, al meerderjarig is, moet worden beoordeeld naar de vreemde wet, wat uitnemend wordt betoogd door DEMOLOMBE, I, no. 165.

---

*Wets-ontwerp op de Regterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie, met eene memorie van toelichting*, door Mr. F. J. A. FLES, Advokaat bij de Arrondissements-regtbank te Breda. Leijden, D. NOOTHOVEN VAN GOOR, 1856, 75 blz. in 8vo.

Men verwachtte van de aankondiging der brochure, waarvan de titel aan het hoofd dezer regelen staat vermeld, geen uitvoerig betoog over de regterlijke organisatie. Dat onderwerp mag men bij ons nagenoeg als uitgeput beschouwen. Na alles wat er over en weder dienaangaande geschreven en gesproken is, zou eene verhandeling over de regterlijke organisatie niets anders kunnen zijn dan eene compilatie uit couranten-artikelen, brochures, handelingen van de Staten-generaal, enz.; iets waartoe, zoo het al eenig nut mogt hebben, dit tijdschrift zeer zeker niet de geschikte plaats is. Wij zullen ons derhalve in deze zooveel mogelijk houden binnen de grenzen van eene eenvoudige aankondiging.

In vierderlei opzigt verdient het werkje van Mr. FLES o. i. de aandacht der regtsgeleerde wereld. Vooreerst door den vorm, waarin het vervat is; ten andere, omdat de schrijver, niettegenstaande hij geen deel uitmaakt van de Haagsche balie, zich desniettemin schaart onder de tegenstanders van onze Provinciale Hoven; ten derde, door dat de vereenvoudiging onzer regtspleging door hem niet gezocht wordt, zooals meestal, in het wegbreken van het «schoonste sieraad van den «tempel van Themis», maar in het afschaffen der instantie van appel; eindelijk door de voorstelling van een staats-examen voor regterlijke ambtenaren en advokaten.

De titel geeft aanstonds te kennen, welken vorm Mr. FLES gekozen heeft: een wetsontwerp met eene memorie van toelichting. Ofschoon deze wijze van zijne denkbeel-

den in te kleeden zeker tot de allermoeijelijkste behoort, daar men zoo doende zich de erkende bezwaren eener goede wets-redactie (in vele opzigten dikwijls het halve werk) op den hals haalt, zoo staan daartegenover ook groote voordeelen. De werking van een stelsel, ja de inrigting zelve van dat stelsel zal altijd beter te overzien zijn, wanneer het in de korte maar scherp geteekende trekken eener wet is geschetst, dan wanneer het in breede vertoogen is ontwikkeld. Bij de regering, van wie de wets-voordragten moeten uitgaan, zal een dergelijk geschrift ook altijd waarschijnlijk meer kans hebben van gehoor te vinden, omdat de mogelijkheid om de denkbeelden van den schrijver te verwezenlijken uit het werk zelf alsdan reeds proefondervindelijk gebleken is. Daar waar het onderwerpen geldt, waarover eene wet moet tot stand gebracht worden, is de door Mr. FLES gekozen wijze van behandeling o. i. alleszins aanbevelingswaard, vooral wanneer men dan zoo goed in staat is, als de schrijver dezer brochure getoond heeft het te zijn, de eigenaardige moeijelijkheden van redactie te overwinnen.

Bij het tweede punt zullen wij niet lang stil staan. Wij wenschen alleen daarvan acte te nemen, dat het aantal der erkende bestrijders van drie instantien, blijkens dit werkje, weder met een geheel *onpartijdig* beoordeelaar is vermeerderd.

Wij zijn thans genaderd tot het belangrijkste punt onzer beschouwing: de middelen, die de schrijver aanraadt ter verwezenlijking van het groote doel, de vereenvoudiging onzer regtspleging. Mr. FLES is ook van gevoelen dat wij thans hebben *langzaam* en *duur* regt, dat wij hebben moeten *spoedig* en *goedkoop* regt, en dat het beste middel om dat te krijgen is het afschaffen eener instantie.

Maar welke nu? Mr. FLES wil de cassatie behouden,

het appel afschaffen. Zoowel in burgerlijke als in strafzaken moet, behoudens ééne uitzondering (voor sommige zaken die bij den Kantonregter behandeld worden), de regter van appel uit de schakel der regterlijke magt worden weggenomen.

De voornaamste bezwaren, die door den schrijver tegen de instantie van appel worden gemaakt, zijn, dat het hooger beroep onnoodig en tot niets nut is, omdat er geene waarborgen bestaan, dat een raadsheer bekwaamer zal zijn en met meer kennis van zaken zal oordeelen dan een regter; dat het schadelijk is, omdat de eerbied voor den regter er door verminderd wordt; terwijl het bovendien voor de justiciabelen groote kosten met zich sleept.

Noch deze leer, noch de daarvoor aangevoerde argumenten zijn nieuw. In de eerste revolutiekoorts van 1789 vond men in Frankrijk, dat het denkbeeld van beroep van eenen lagere op eenen hooger regter aandruischte tegen de begrippen van vrijheid, gelijkheid en broederschap, en werd op dien grond voorgesteld de instantie van appel te doen vervallen. Later is herhaalde malen dezelfde leer gepredikt, wel te verstaan echter niet op de boven gemelde dwaze gronden, maar op wetenschappelijke argumenten. Onder anderen is in 1835 door BÉRENGER in de académie des Sciences de wenschelijkheid betoogd van de afschaffing van het hooger beroep op nagevoeg dezelfde gronden, die nu door Mr. FLES voor zijn gevoelen zijn bijgebracht. Op uitstekende en o. i. afdoende wijze is BÉRENGER bestreden in het onlangs verschenen voortreffelijk werk van RAYMOND BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile*, p. 294 — 321. Op meest alle punten zal ook Mr. FLES aldaar een antwoord op zijne bezwaren vinden. Het is volkomen waar, dat er geene zekerheid bestaat dat de hogere regter een beter vonnis zal vellen dan de lagere, maar er bestaat toch wel een

*vermoeden* dat de regter van appel, die gekozen wordt uit hen, die reeds langeren tijd in de magistratuur hebben gediend, en daardoor meer ondervinding hebben opgedaan, ook meerdere geschiktheid zal bezitten tot het uitmaken van gewigtige quaestiën. Dat vermoeden op zich zelf zou reeds een gewichtig argument zijn voor het behoud van het appel: er is echter meer. De instructie van het proces is vollediger; er bestaat meer kans, dat de zaak door de practizijns van alle kanten onderzocht is. Het stelsel toch, dat door partijen over en weder gevolgd wordt, blijkt wel uit de stukken, maar de verschillende gronden, die voor dat stelsel worden aangevoerd, laten zich vóór de pleidooijen alleen gissen. Hoe ligt kan het nu niet gebeuren dat eerst deze volledige kennismaking met de argumenten der tegenpartij, nieuw bewijs noodzakelijk maakt? In dit bezwaar kan niet voorzien worden door het middel, hetwelk Mr. FLES aangeeft, dat partijen elkander bijv. 14 dagen vóór de pleidooijen zullen sommeren om, zoo zij ze hebben, nog nieuwe bewijsmiddelen bij te brengen.

En als het in civilibus raadzaam is meer dan ééne instantie te hebben, ten einde partijen in staat te stellen hunne zaak met de grootst mogelijke volledigheid aan het oordeel des regters te onderwerpen, hoe oneindig meer is het niet het geval in criminalibus, waar 's menschen dierbaarst goed, zijn leven, eer en vrijheid, op het spel staat? Welken waarborg geeft het daar aan den beschuldigde, dat de getuigen, uit wier verklaringen men zijne schuld zal trachten te bewijzen, vooraf zullen gehoord worden, en dat van die verhooren een proces-verbaal zal worden opgemaakt? Een ieder, die slechts eenigermate met de behandeling van strafzaken bekend is, weet, hoe menigmaal een getuige op de publieke teregtzitting anders verklaart dan hij in de instructie gedaan heeft, en dat toch juist die verklaring



op de publieke teregtzitting afgelegd op het oordeel van den regter meer invloed uitoefent dan het geschreven proces. Eene tweede instantie is dan volstrekt noodig om nieuwe bewijsmiddelen tegen die vooraf niet te berekenen verklaringen over te stellen.

Wel mag het ook eenigzins bevreemdend heeten, dat Mr. FLES het gewigt der argumenten niet gevoeld heeft, die voor het appel ook in strafzaken gelden, juist nu in 's lands vertegenwoordiging de meerderheid, blijkens het verslag op het thans aanhangig wets-ontwerp op de regterlijke organisatie, de waarborgen, die Mr. FLES in strafzaken als voldoende bij zijn stelsel wil opnemen, en die reeds jaren lang bestaan, voor ongenoegzaam heeft verklaard, en heeft aangedrongen op het invoeren van een *volledig* appel.

Het andere bezwaar van den schrijver tegen de instantie van appel was, dat zij schadelijk werkte door de grootere kosten, en dat de eerbied voor de regterlijke magt er door verminderd werd. Over de kosten is ook reeds menigmaal getwist. Het appel kan zonder twijfel in de hand van onwillige schuldenaren een middel zijn om de tegenpartij tot uitstel te dwingen; maar in het einde straft toch de proceslustige niemand anders dan zich zelve, daar de kosten alsdan voor zijne rekening komen. Doch wij willen zelfs eens toegeven, dat het dikwijls tot groot ongerief kan dienen, als men te doen heeft met eene partij, op wie in het einde, al wint men zijn proces, toch niets te verhalen is; wij willen gaarne erkennen, dat het appel zoo doende schadelijk kan zijn; maar omdat het misbruikt kan worden in sommige gevallen, houdt het daarom nog niet op in andere, ja in de meeste gevallen een heilzaam en noodzakelijk middel te zijn tot herstel van dwalingen, uit welke oorzaken die ook mogen zijn voortgesproten. *Abusu non tollitur usus.* Zeer waar is hetgeen REGNARD (*de l'organisation et de la procé-*

*dure civile en France*, p. 134) schrijft: «je ne prétends  
«point soutenir que l'appel soit exempt de tout inconvé-  
«nient; il ne fait en cela que suivre le sort de nos meil-  
«leures institutions humaines. La question revient à savoir  
«si les plaintes que ces inconvénients soulèvent ne doivent  
«point se taire en présence des immenses avantages  
«qu'il procure.»

De eerbied voor de regterlijke magt zou verminderen volgens den Schrijver; maar leveren de feiten daarvoor eenig bewijs hoegenaamd op? kan men mij aantoonen dat ergens in ons vaderland een regter in eene Arrondissements-Regtbank minder geacht wordt dan een raadsheer in een Provinciaal Gerechtshof, omdat deze laatste de vonnissen van den eerste kan vernietigen? Doch gesteld al eens dat dit bezwaar bestond, dan bestrijd ik den Schrijver onzer brochure met zijne eigene wapenen: naar uw wets-ontwerp zullen de vonnissen der Regtbanken wel niet in hooger beroep maar toch in cassatie kunnen vernietigd worden, en dat is dan nog veel erger; in cassatie worden de gewijsden vernietigd, omdat de regter *de wet* geschonden of verkeerd toegepast, m. a. w. niet begrepen of althans verkeerd begrepen heeft: dat moet voor eenen regter, die boven allen de wet moet kennen, een veel grooter verwijt zijn, en moet hem veel meer in de algemeene opinie doen dalen, dan wanneer de hoogere regter zijn vonnis vernietigt, omdat de partijen hem de feitelijke toedragt der zaak niet met de noodige volledigheid hadden voorgesteld. Doch ik herhaal het, dit bezwaar is m. i. geheel denkbeeldig.

Ik kom nu tot hetgeen Mr. Fles ons in de plaats van het hooger beroep wensch te geven, namelijk de cassatie. Bij de strafzaken wensch ik hier niet stil te staan: ik ben het volmaakt eens, dat de cassatie in criminalibus een zeer heilzaam regtsmiddel is, dat uitstekende vruchten gedragen heeft, en zeker, zoo wij zoo geluk-

kig mogten zijn het bij de kamers aanhangig wets-ontwerp tot wet verheven te zien, ook met het crimineel appel, dat daarin is voorgesteld, steeds nuttig zal blijven werken. Maar in civilibus; Mr. FLES wil ons het appel ontnemen, de schoone cassatie laten behouden! Ik wil dadelijk toegeven, dat de wijzigingen, die de Schrijver in het cassatie-proces wil gebragt hebben, zooals de verbeterde positie van den eischer in cassatie, de mogelijkheid van cassatie op grond van schending eener vreemde wet of van verkeerde uitlegging eener overeenkomst, wezenlijke verbeteringen zijn. Ja zelfs, door de cassatie toe te laten van een mal jugé, zoo het dit ten minste uit de stukken blijkt te zijn, krijgt het veel van een gelimiteerd appel. Maar ik mag dan vragen, waarom dan niet een zuiver, volledig appel? Waarom dan niet het groote voordeel van het hooger beroep ook boven uwe cassatie, het non deducta deduci, non probata probari, toegestaan? Zonder dat blijven op uw stelsel eigenlijk al de bezwaren drukken, die gij tegen het hooger beroep ontwikkeld hebt, terwijl het er de grootste voordeelen van blijft ontberen. Vereenvoudiging is noodig; afschaffing eener instantie is ongetwijfeld de eenige weg tot grondige verbetering; maar laat die instantie dan ook zijn de civiele cassatie; laat dat onbruikbare regtsmiddel, dat, hoe men het ook wijzige, nimmer in alle opzigten bruikbaar te maken is, uit onze wet worden weggevaagd.

Wij hebben hiermede het hoofdbeginsel van het ontwerp van Mr. FLES kortelijk nagegaan, het in alle détails te onderzoeken zou ons buiten de grenzen van ons bestek voeren. Wij willen dus ten slotte nog slechts even stil staan bij iets, dat wel niet het stelsel in het algemeen betreft, maar toch van te veel belang is om met stilzwijgen voorbij gegaan te worden: het door den schrijver voorgestelde staats-examen voor regterlijke ambtenaren en advokaten, of liever procureurs. Volgens het ontwerp

toch zoude hij, die vijf jaren als advokaat ingeschreven is en het staats-examen afgelegd heeft, zich kunnen laten inschrijven als procureur. De bedoeling van den schrijver schijnt hier dus te zijn de advokatie meer als eene voorbereiding te doen beschouwen voor het procuratorium; want de inschrijving als procureur wordt wel facultatief gesteld, maar daar het de wensch van den schrijver is (zie blz. 47), dat art. 56 Wetb. van Regtsv. in dien geest gewijzigd wierd, dat men niet verplicht ware de kosten van eenen advokaat van de tegenpartij te betalen, maar alleen die van eenen procureur, zoo spreekt het wel van zelf dat ieder advokaat, die de praktijk werkelijk uit wilde oefenen, zich zou haasten zoo spoedig mogelijk de bevoegdheid te erlangen om als procureur op te treden.

Mr. FLES is van gevoelen dat de academische graad alleen niet genoeg waarborgen oplevert, dat men geschikt is voor de magistratuur of voor de praktijk. Hij vordert daarenboven een diploma door den Koning uit te reiken aan hen die een in te stellen staats-examen voldoende hebben afgelegd. Dat examen zou bestaan uit een theoretisch en een practisch gedeelte, en voor de vakken, waaruit het zou bestaan, geregeld worden bij maatregel van inwendig bestuur.

Met den Schrijver erkennen wij gaarne dat het doctoraat in de regten, althans zooals het heden ten dage aan onze hoogeschole verkregen wordt, zeer weinig betekent. Wij zien echter niet in, dat een staats-examen, na de promotie afgelegd, dit gebrek kan verhelpen, en betwijfelen in allen gevalle de mogelijkheid om het te verwezenlijken.

Bepalen wij ons bij de practijk; de justiciable, zegt Mr. FLES, moet eenigen waarborg hebben dat hij zijne zaken niet aan eenen ongeschikte toevertrouwt; daarvoor zullen zij, onder wie hij zijne practijns zal kiezen, op

een examen bewijzen van hunne ervarenheid moeten geleverd hebben. De aspirant-procureur zal bijv. door het bewerken van casus-posities proeven van zijne praktische bekwaamheid moeten geven.

Dat is zeer goed; maar is hij die een formulierboek van buiten heeft geleerd, en daardoor in staat is alle mogelijke acten, ten minste wat den vorm betreft, met de grootste naauwkeurigheid op te maken, daarom een goed practizijn? Bewijst hij daardoor zijne geschiktheid om met de clienten om te gaan, om de waarheid te distilleren uit de maar al te dikwijls verwarde en altijd partijdige verhalen, die de regtzoekenden hem komen doen, om de noodige bewijsmiddelen bij elkander te zoeken, enz. om niet te spreken van de volslagen onmogelijkheid om op een examen zijne geschiktheid te toonen voor het oraal debat? Neen, de geschiktheid of ongeschiktheid tot de judiciële practijk is niet op een examen te beslissen; alleen in de practijk zelve kan die blijken, en daartoe wordt zelfs niet veel tijds vereischt; ik zou bijna durven zeggen, bij de eerste gelegenheid de beste blijkt het of de advokaat voor de practijk bruikbaar is of niet.

Maar bovendien, en dit is het grootste struikelblok, wie zullen dat examen moeten afnemen? Het is opmerkelijk dat de Schrijver zich daarover volstrekt niet uitlaat. Twee klassen van personen zouden daarbij in aanmerking kunnen komen: professoren en advocaten of regterlijke ambtenaren. Maar het zou toch geene houding hebben, om hem, die voor eenige jaren door den hoogleeraar op plegtige wijze met het *ius docendi* is bekleed, in diezelfde vakken nu nog eens door welligt denzelfden hoogleeraar te doen examineren, die hem het eerst als doctor *iuris* heeft begroet; terwijl, wat het practicale gedeelte aangaat, de meeste professoren niet zeer geschikt zullen zijn om daarin een examen af te nemen. Kiest men advokaten

of regterlijke ambtenaren tot examinatoren, dan stuit men weder op eene andere zwaarigheid, want weinigen van dezen zullen, na eenige jaren in de praktijk of in de magistratuur te hebben doorgebracht, geschikt zijn om een theoretisch examen af te nemen.

Neen, men vordere geen staats-examen, maar men relevêre den doctoralen graad. Men sla eindelijk eens de hand aan de tallooze misbruiken die het hooger onderwijs hier te lande ontsieren. Men zorge slechts, dat de academische graden niet aan onwaardigen gegeven worden, en late dan een ieder in het publieke leven zelf toonen, of hij de verkregen kundigheden in de maatschappij weet te gebruiken, dan heeft men meerdere en betere waarborgen dan een staats-examen ooit zou kunnen geven.

H. G. LAGEMANS.

---

(BUITENLANDSCHE LITERAATUUR.)

*Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts*, herausgegeben von Dr. ERNST IMMANUEL BEKKER, Professor in Halle, und D. THEODOR MÜLLER, Professor in Königsberg. Erster Band. Erstes und zweytes Heft. Leipzig, HIRZEL. 1857.

Onder dezen titel en redactie is een nieuw tijdschrift opgestaan dat, te oordeelen naar de twee in het licht verschenen stukken, voor de wetenschap van groote waarde belooft te worden en te gelijk zich aanbeveelt door eene rijke verscheidenheid en aangename afwisseling van stukken.

Prof. BEKKER geeft, in eene inleiding *Ueber das*

*gemeine Deutsche Recht der Gegenwart und dessen Behandlung*, eene ontwikkeling van de denkbeelden waaraan zijne onderneming hare geboorte verschuldigd is en beschrijft ten slotte het plan van zijn tijdschrift aldus:

«Die Jahrbuecher werden ausser der Uebersicht ueber die juristische Literatur Abhandlungen enthalten, die sich irgend wie auf das gemeine Deutsche Recht beziehen, moegen sie dessen heutige Gestalt oder die geschichtliche Entwicklung betreffen. Unter den historischen Mittheilungen erscheinen solche, durch welche die Quellenkunde erweitert wird, besonders wuensenswerth. Dass die fremden und die einheimischen Elemente unseres Rechtes uns voellig gleich werth und wichtig duenken, brauchen wir wol kaum zu versichern; es kann also hinsichts der Aufnahme keinen Unterschied machen ob ein Aufsatz diese oder jene behandelt. Dass auch particular-rechtliche Fragen, wenn ihre Besprechung fuer das gemeine Recht von Interesse ist, hier eroert werden koennen, ist schon oben ausgesprochen.

Auc: was die Methode anlangt wollen wir niemand beengen. — Nur reine Recensionen, in denen nicht die Entwicklung eigener selbstaendiger Ansichten aus Beurtheilung der fremden hervorgeht, koennen wir nicht brauchen.»

Het eerste stuk bevat verder:

Van *BRISZ noch einmal: ipso iure compensari*. Verdediging van zijn vroeger geuit gevoelen tegen de latere geschriften van *DERNEURG* en *SCHEURL*.

Van *STINTZING ueber die erste Auffindung und Benutzung des Cajus epit. und des Paulus Sent. Rec. in Deutschland*.

Het eerst gebruik gemaakt heeft *U. ZASIVS* in zijne *Scholia ad L. 2. D. de O. I.*, te *Basel* in 1518 uitgekomen; het eerste bruikbare handschrift dezer bronnen

aan deze zijde de Alpen werd gevonden door een vriend van ZASIVS, PIUS HIERONYMUS BALDUNG, in de bibliotheek van de Abtdy *Mulbach*, in den Opperelsatz, in de nabijheid van Gebweiler, omstreeks denzelfden tijd (1515), dat BEATUS RHENANUS aldaar het H. S. van VELLEIVS PATERCULVS ontdekte.

VAN BLUHME *das Westburgundische Reich und Recht*, strekkende voornamelijk ten betooge, dat: «die burgundischen Gesetze ihrer groessten Anzaht nach, einschliesslich der beiden s. g. Vorreden, wirklich von GUNDOBALD, und zwar aus allen Perioden seiner vier und vierzigjaehrigen Regierung stammen. Er hat sie nebst den Gesetzen seines Vaters und Oheims um das Jahr 501 in einen Auszug gebracht, und auch spaeter theilweis geaendert; dadurch ist die chronologische Reihenfolge derselben mehrfach gestoert worden. Die letzte Umarbeitung des Ganzen ist aus dem zweyten Regierungsjahre SIEGMUNDS (507); seiner eigene eingeschalteten Gesetze sind aber nur etwa sechs und von GODOMAR ist uns gar kein Gesetz ueberliefert worden.»

Eindelijk van BRUNS een uitgewerkt en fiks geschreven opstel: *die Verschollenheit*.

PERNICE opent het tweede stuk met een onderzoek ueber *substitutio tacita*, waarvan hij de uitkomsten dus te zamen trekt:

1) *tacita substitutio* sowohl *pupillaris* als *vulgaris* ist regelmaessig zulaessig so bald die Bedingung der *expressa formula* volstaendig deficient ist. Neben einander koennen beide Substitutionen nicht statuiert werden.

2) Wollen die Intestat-Erben den Process gegen den *tacite substitutus* aufnehmen, so liegt ihnen ob, *petendo* oder *excipiendo*, die *contraria voluntas* des Erblassers volstaendig zu erweisen, mit einziger Ausnahme des Falls, wo entweder eine *substitutio compendiosa reciproca* zwisschen *personae disparis conditionis* vorliegt,



oder ein Dritter zwei Miterben disparis conditionis breviloque substituiert ist.

JACOB GRIMM geeft, naar eene mededeeling hem gedaan door den predikant WOLTERS te *Wesel*, den tekst van hetgeen hij zelf noemt een *kleine aber anziehende Rechtsdenkmal*, betrekkelijk het *Recht von Hiesfeld*, een klein dorp aan de Lippe bij Dinslaken, op een paar uren afstands van *Wesel* gelegen, en doet er, in eene korte toelichting, het merkwaardige van uitkomen.

Dan volgen twee betoogen over onderwerpen van meer praktischen aard, namelijk van BEKKER *die Geldpapiere*, dat in een volgend nommer zal worden voortgezet, en van ANSCHUETZ, ueber *Actiencommanditgesellschaften*.

Voorts bevat ieder stuk een *Literatur-uebersicht und Recensionen-verzeichniss*, waarop men met genoegen de zoo goed als volledige vermelding van al hetgeen in *Nederland* verschijnt opmerkt.

Het ligt evenmin in mijn plan als het zou staan in mijne magt over ieder dezer stukken, allen van bekende meesters, mij tot regter en beoordeelaar op te werpen. Ik wensch alleen de aandacht te vestigen op een tijdschrift, dat, zoo het voortgaat gelijk het is begonnen, den roem der *Duitsche* regtsgeleerdheid ook in het buitenland luisterrijk zal handhaven en misschien, hoewel op eenigzins gewijzigden trant, de gaping zal aanvullen door de staking van het *Zeitschrift fuer geschichtliche Rechtswissenschaft* veroorzaakt.

J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO.

---

(ACADEMISCHE LITERATUUR.).

Mr. B. E. COLAÇO BELMONTE, *Over de hervorming van het Regeringstelsel in Nederlandsch West-Indie*. Leiden bij P. H. VAN DEN HEUVELL. 1857. XIV en 244 bladz.

Overeenkomstig de Grondwet moet nog door onze wetgevende magt het beleid der regering van de West-Indische Kolonien van Nederland worden geregeld. Tot dat einde werden in 1851 en 1855 ontwerpen van wet aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend. Die ontwerpen steunden op het beginsel van deelgenootschap der staatsburgers in de regeling hunner belangen; een beginsel, dat reeds werd gehuldigd in het «*Octroy of fundamenteele Conditien*, onder de welke «haer Hoogh Mog. ten besten ende voordeele van de «Ingezetenen dezer landen, de Colonie van Suriname «hebben doen vallen in de handen ende onder de directie «van de Bewindhebberen van de Generale Nederlantsche «Geoctroyeerde West-Indische Compagnie. In date 23 September 1682.» Te bejammeren is het niettemin, dat deze regeling nog niet tot stand kwam. Het schijnt zelfs, dat die belangrijke aangelegenheid nog gedurende geruimen tijd onafgedaan blijven zal. Immers in de Memorie van Beantwoording, betrekkelijk de staatsbegrooting voor 1857, 9<sup>e</sup> Hoofdstuk (Kolonien), komt voor, dat de Regering het raadzaam acht, om vooreerst nog niet over te gaan tot de wederindiening van het in de vorige zitting onafgedaan gebleven ontwerp van wet tot vaststelling van een Reglement op het beleid der Regering in de West-Indische Kolonien. Blijkens die Memorie wenscht de Regering *vooraf* de hervorming van den maatschappelijken toestand der slaven te zien tot stand gebragt, ten einde daarna te kunnen overwegen welk regeringstelsel moet worden vastgesteld.

Gelukkig was het denkbeeld des schrijvers om de

ontwerp-reglementen van 1851 en 1855, — die, in elk geval, hoe ook in het vervolg de zaak zal worden geregeld, eene belangrijke bijdrage zullen opleveren tot de geschiedenis van het Nederlandsch Koloniaal Regeeringstelsel, — tot voorwerp van opzettelijke studie te maken. Die taak volbragt de schrijver met scherpzinnigheid en duidelijkheid. Al zij men het niet in alle opzichten met den schrijver eens, zoo zijn de algemeene beschouwingen van Mr. BELMONTE over den tegenwoordigen en over den toekomstigen vorm van het bestuur der West-Indische kolonien, alsmede over het stelsel van vertegenwoordiging, dat de grondslag uitmaakt van de gemelde Ontwerp-Reglementen, de overweging allezins waardig.

Het lag niet in het plan van Mr. BELMONTE zijn opstel dienstbaar te maken aan beschouwingen, die het ingediende Ontwerp-Reglement in zijnen geheelen omvang betreffen. Slechts één onderwerp koos hij zich hoofdzakelijk ter behandeling. Het is dat der regtstreeksche verkiezingen.

Dat stelsel was het beginsel van het hiervoren reeds vermelde Octrooi van 1682. De ingezetenen verkozen vertegenwoordigers, die met den Gouverneur het Hof van Policie daargestelden. In 1815 werd deze vorm van bestuur geheel veranderd. Bij het Reglement op het beleid der Regering van Suriname, geaprobeerd bij 's Konings besluit van 14 September 1815, n<sup>o</sup>. 58 (Sur. Gouv. Bladen 1816, n<sup>o</sup>. 2), werd het Hof van Policie geheel anders zamengesteld. De leden werden niet zoo als vroeger door de ingezetenen, maar door het bestuur benoemd. In 1828 had weder eene hervorming plaats, zonder dat evenwel het representatief systema werd ingevoerd. Het Hof van Policie werd ontbonden en vervangen door den Hoogen Raad der Nederl. West-Ind. bezittingen. Dit duurde tot in 1832, toen voor de kolonie op nieuw een Reglement werd vastgesteld, dat tot 1845

bleef voortduren. Daarbij werd het gezag in den persoon des Gouverneurs alleen gevestigd. De in 1828 ingestelde Hooge Raad werd opgeheven; doch werd aan den Gouverneur een Koloniale Raad toegevoegd. Bij 's Konings besluit van den 14 Mei 1845, n<sup>o</sup>. 43 (Sur. Gouv. Bladen 1845, n<sup>o</sup>. 14) werd nader het Reglement van 1832 gewijzigd en aangevuld.

Tot zijn eigenlijk onderwerp overgaande bespreekt de schrijver achterevolgens p. 12 sqq. de administratieve of territoriale verdeling der West-Indische bezittingen; op p. 19 v. de inrigting of vorm van het bestuur, die met het kiesstelsel in een zeer naauw verband staat; op p. 36 v. den Kolonialen Raad, zijne verkiesbaarheid en het wetgevend gezag.

Volgens de Ontwerp-Reglementen van 1851 en 1855 zou de Koloniale Raad een wetgevend ligchaam daargestellen. Na dit te hebben aangetoond stelt zich de schrijver de beide volgende vragen: Hoedanig en uit welke deelen zal de Koloniale Raad, als plaatselijk wetgevend ligchaam, zijn zamengesteld? Op welke wijze zal het zich in zijn werkkring bewegen? De bladz. 58 v. zijn gewijd aan eenige kritische beschouwingen, betrekkelijk de verkiesbaarheid van de leden van den Kolonialen Raad en omtrent het bestuur in de divisien.

Over de voorstellen der Staats-commissie, benoemd bij Kon. besluit van den 29 Nov. 1853, n<sup>o</sup>. 66, in betrekking tot de verdeling der Kolonie, wordt door den Schr. op p. 93 v. gehandeld. Het ontwerp-reglement van 1855 wil, even als dat van 1851, eene verdeling der kolonie in kiesdistricten. De Staats-commissie daarentegen bragt eene verdeling der Kolonie in districten, gemeenten en gilden in verband met het door haar voorgedragen emancipatie-stelsel. Die beide oogpunten zijn, naar de meening van Mr. BELMONTE, niet te vereenigen (zie p. 95 v.).

Alvorens over te gaan tot de mededeeling eener proeve van wet, omtrent het kiesregt, wijdt de Schr. (p. 110 v.)

nog eenige bladzijden aan het onderzoek van een middel tot opbeuring van den vervallen staat der Kolonie. Mr. BELMONTE ziet een afdoend middel tot die opbeuring in *immigratie* en *kolonisatie*. Kolonisatie moet, z. i., en te regt, de emancipatie vergezellen. (Zie ook «de vestiging van Nederlanders te Suriname aanbevolen» door Baron VAN RADERS ('s Hage bij de erven DOORMAN, 1854).

Tot dusverre deelde de Schr., wat sommige hoofdpunten betreft, zijne beschouwingen mede over het tegenwoordig regeringsstelsel in de West-Indiën. Op p. 131 v. wordt daarop medegedeeld eene Proeve van wet, regelende het kiesregt in de Kolonie Suriname en de benoeming van de leden van den Kolonialen Raad, mitsgaders de wijze hunner aftreding. Aanteekeningen, tot toelichting der voorgestelde bepalingen, zijn daarbij gevoegd. Het kiesregt moet in iedere Kolonie, volgens het gevoelen van Mr. BELMONTE, afzonderlijk worden geregeld. Zijne proefwet bepaalt zich echter alleen tot Suriname. De toepassing voor Curaçao en de onderhoorige eilanden, zegt de Schr., is niet moeilijk. Er zijn slechts eenige wijzigingen, die de plaatselijke gesteldheid noodzakelijk maken. Zij bepalen zich tot de volgende: *a.* de verdeeling in kiesdistricten; *b.* de bepaling van den census; *c.* de wijze van beslissing der bezwaren tegen de kiezerslijsten, voor zooveel betreft de aanwijzing van het regtscollegie, dat daarover zal regt spreken; *d.* de verhouding der gezaghebbers op de eilanden tot den Gouverneur van Curaçao in betrekking tot het werk der verkiezingen.

Het Eerste Hoofdstuk handelt over de verdeeling der kolonie Suriname in kiesdistricten. De tegenwoordige verdeeling der kolonie is daarbij gevolgd. Alzoo wordt voorgesteld eene verdeeling der kolonie Suriname in drie kiesdistricten, zijnde Paramaribo, Nickerie en Coronie. De onder-kiesdistricten kunnen, na gehoord advies van den adviserenden Raad, door den Gouverneur der kolonie worden aangewezen.

Het Tweede Hoofdstuk heeft tot opschrift «van de kiezers».

De kiezers van leden van den Kolonialen Raad van Suriname moeten, volgens art. 3, zijn Nederlanders, meerderjarigen en ingezetenen der Kolonie. Zij moeten in de directe belastingen eene zekere som betalen, hetgeen nader in art. 4 wordt omschreven. Blijkens art. 5 verlangt Mr. BELMONTE tot de uitoefening van het kiesregt ook toe te laten, die, geen Nederlanders zijnde, bij het in werking brengen van deze wet, reeds gedurende 15 jaren in Suriname zullen gevestigd geweest zijn, en eigenaren zijn van onroerende goederen en in het burgerregister der kolonie zijn ingeschreven, mits overigens de vereischten bezittende, vroeger bij art. 3 opgegeven.

In het Derde Hoofdstuk, handelende over de lijsten der kiezers, komen bepalingen voor omtrent het opmaken dier lijsten en derzelve bekendmaking. De bezwaren daartegen moeten, volgens art. 12 en volgende der Proeve, binnen 14 dagen na de dagteekening der kennisgeving van de lijsten, door partijen of hare praktizijns, bij verzoekschrift door de noodige bewijsstukken gestaafd, uit *al* de kiesdistricten, aan het collegie van kleine zaken te Paramaribo worden ingediend. Binnen eenen korten termijn neemt het Publiek Ministerie zijne conclusiën en doet het Collegie uitspraak. Aan den Gouverneur der Kolonie wordt kennis van de gevallen uitspraak gegeven, die daarop de verbetering der lijsten doet plaats hebben.

Het Vierde Hoofdstuk handelt over het stemmen der kiezers, waarbij over het geheel onze Nederlandsche kieswet werd gevolgd.

Het Vijfde Hoofdstuk is gewijd aan eenige bepalingen, omtrent de benoeming van leden van den Kolonialen Raad. Volgens art. 57 en volg. kunnen alleen leden van den Kolonialen Raad zijn Nederlanders, die het volle genot der burgerlijke en burgerschapsregten hebben, die den ouderdom van vijf en twintig jaren hebben bereikt en die

ten minste vijf jaren in de kolonie zijn woonachtig geweest.

Bij het Zesde en laatste Hoofdstuk wordt in art. 75 voorgesteld het getal der in elk der districten te kiezen leden te bepalen voor het kiesdistrict Paramaribo 8, voor het kiesdistrict Nickerie 2, en voor het kiesdistrict Coronie 2, te zamen 12 leden, uit welke de Koloniale Raad zou behooren te zijn zamengesteld.

Met eenige voorschriften van processen-verbaal, tot opmaking waarvan sommige bepalingen van het Reglement aanleiding geven en met een afdruk van het octrooi van 23 September 1682 wordt het werk van Mr. BELMONTE besloten.

C. VAN BELL.

---

## BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

In de maand Mei jl. heeft de heer KOENIGSWÄRTER te Parijs, in de Academie voor de zede- en staatk. wetenschappen, de voorlezing besloten van zijne verhandeling getiteld: *Essai de statistique comparée sur le Royaume des Pays-Bas*, waarop in de hier achter volgende lijst van rechtsgeleerde geschriften gewezen wordt. Die verhandeling is opgenomen in de werken der gemelde Academie. Men leest daarin o. a.: « Il est vraiment digne de remarque, que les deux nations les plus commerçantes de l'Europe, l'Angleterre et la Hollande, n'aient pas de tribunaux spéciaux, délèvent les affaires commerciales à leurs magistrats ordinaires. Les juriconsultes néerlandais sont opposés en principe aux tribunaux spéciaux. Celui qui a développé cette opinion avec le plus d'éclat, est JONAS-DANIEL MEYER, dans son ouvrage écrit en français et connu de tous les publicistes et juriconsultes de l'Europe. »

Na den staat der wetgeving in het algemeen en van de regterlijke magt in 't bijzonder te hebben nagegaan, en de onderscheiden ontwerpen tot wijziging van deze, zegt de heer K.:

« Qu'il nous soit permis de dire ici notre opinion. L'organisation judiciaire actuellement en vigueur dans les Pays-Bas nous semble pêcher en théorie, en ce qu'ayant supprimé des institutions ainsi importantes que le jury criminel et les tribunaux spéciaux en matière commerciale, elle a cependant suivi certains principes qui ne peuvent s'adapter à d'autres institutions. En pratique, elle pêche par un trop grand nombre de corps judiciaires; ainsi l'existence des onze cours provinciales n'est pas soutenable quand on pense que

cela donne avec une population de 2,860,000 (recensement de 1840), une cour d'appel par 260,000 habitants, tandis qu'en France, les vingt-sept cours impériales divisées dans une population de 36 millions d'âmes, donnent une cour d'appel par 1,333,333 habitants. Que dirait-on si on s'imaginait de doter la France de cent trente-neuf cours d'appel, et cela serait cependant l'exacte proportion de ce qui existe dans le royaume des Pays-Bas.»

Bij de vergelijking van de uitkomsten, door de geregte, statistiek in Nederland en Frankrijk in de jongste jaren geleverd, merkt de heer KOENIGSWÄRTER o. a. op:

« En élaguant l'année anormale de 1847 et les années 1854—55, où les mêmes causes ont élevé tout exceptionnellement les crimes contre les propriétés, cette catégorie figure encore en moyenne pour  $\frac{4}{5}$  dans le nombre total des crimes. En France, les proportions ne sont pas les mêmes. Bien qu'on y observe depuis plusieurs années une décroissance dans les chiffres contre les personnes, et une augmentation dans ceux contre la propriété, néanmoins le chiffre de la première catégorie (qui comprend également les infractions contre la chose publique) reste toujours bien au-dessus de celui accusé par les Pays-Bas, ce qui est dû surtout aux passions plus vives et au caractère plus méridional de la population française; tandis que le nombre des crimes contre la propriété ne varie en France que de 60 à 72 p. de la totalité des crimes. — En effet, sur mille accusés jugés contradictoirement, la France présente en :

	1851	1852	1853	1854	1855
Accusés de crime contre l. personnes	393	351	328	276	311
» » » » la propriété	607	649	672	724	689

On sait qu'il y a partout, proportionnellement, un peu plus de femmes parmi les accusés de crime contre les propriétés; mais dans le royaume des Pays-Bas, cette différence atteint des proportions extraordinaires, attendu que les crimes contre les propriétés entrent pour  $\frac{9}{10}$  dans le nombre total des procès criminels intentés aux femmes . . . . .

En France, les femmes entrent pour une part beaucoup plus considérable dans les crimes contre les personnes, et parmi ces crimes, l'infanticide occupe le premier rang. Les cas d'infanticide sont excessivement rares dans les Pays Bas, et c'est ce qui explique, en grande partie, la divergence entre les deux pays.»

De schrijver staat o. a. ook stil bij het groot verschil dat er bestaat tusschen het getal doodvonnissen, in Nederland en in Frankrijk uitgesproken. Gemiddeld negen doodvonnissen 's jaars hier te lande aannemende, zou dit bij de bevolking van Frankrijk, die elf maal talrijker dan die van Nederland is, honderd veroordeelingen ter dood moeten doen vooronderstellen; nu heeft het gemiddeld getal over de jongste vijf jaren (1851—1855) slechts 56 doodvonnissen in Frankrijk gegeven. De heer K. waarschuwt er echter te regt voor,



dat men hieruit niet besluite tot het meerdere getal zware misdaden in Nederland dan in Frankrijk, het tegendeel is het geval; maar het groot verschil in het cijfer der doodvonnissen is toe te schrijven aan den afkeer van de gezworenen in Frankrijk om de doodstraf uit te spreken, een feit waarin de schr. een blijk van de verzachting van den geest der eeuw ziet. Hij merkt tevens op, dat het koninkl. prerogatief in Nederland dienzelfden geest uitdrukt, daar de straf meestal gecommueerd wordt; van 83 doodvonnissen, van 1847—1855 uitgesproken, zijn er, zoo als men weet, maar drie uitgevoerd.

Niet onbelangrijk is hier zijne slotaanmerking:

« La peine qui suit immédiatement la peine capitale, la réclusion de 15 à 20 ans, est très-rarement prononcée en Hollande, mais plus souvent encore que la peine capitale (1). Ces faits prouvent que les crimes graves sont beaucoup plus rares dans ce pays qu'en France et que si celle-ci à un moins grand nombre de coupables, leur perversité est plus grande. C'est la quantité qui l'emporte en Néerlande, c'est la qualité, si une telle expression est permise, qui l'emporte en France. »

— In de eerste dagen van September heeft te Weenen het statistiek congres plaats gehad. Een aantal landen was aldaar vertegenwoordigd. Het getal leden was 500. Het is echter de aandacht niet ontgaan, dat, terwijl door 27 staten officiële afgevaardigden gezonden zijn, Pruisen op dat congres niet werd vertegenwoordigd. De heer baron v. Czörte heeft de vergadering met eene aanspraak in de Fransche, daarna in de Duitsche taal geopend. — Na den heer QUETELET, uit Brussel, gehoord te hebben, werd besloten van het bestaande gebruik, het doen van mondelinge mededeelingen, niet af te wijken.

De afdeeling voor de geneeskunde heeft verlangd eene naauwkeurige opgave in alle beschaafde Staten van de oorzaken des doods, naar aanleiding van en overeenkomstig met een algemeen aangenomen programma, en in verband met eene algemeene lijkschouwing. De afdeeling voor de rechtszaken heeft verlangd niet alleen de mededeeling van de strafregtelijke statistiek, maar ook eene opgave van de burgerlijke rechtsgedingen, naar aanleiding van bepaalde formulieren. De afdeeling voor de financiële belangen heeft een belangrijk ontwerp ingediend voor het daarstellen van eene algemeene statistiek van credit-inrigtingen, banken en op actien gevestigde maatschappijen. De vergadering heeft eenstemmig verlangd, dat dit verslag door het officiële dagblad van Oostenrijk openbaar mogt worden gemaakt.

De afgevaardigden op dit congres zijn met buitengewone onderscheiding te Weenen ontvangen.

(1) 7 vervoord. in 1847, 3 telkens in 1848, 49 en 1851, en 4 in 1850.

# THEMIS, REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Vierde Deel.

---

## STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *Beschouwingen over een paar punten van de bevoegdheid van de Provinciale Staten:*

- 1<sup>o</sup>. *zijn de Provinciale Staten bevoegd in hunne reglementen de subsidiaire gevangenisstraf te bedreigen?*
- 2<sup>o</sup>. *zijn de Provinciale Staten bevoegd in hunne reglementen te bepalen, dat de in die reglementen bedreigde boete komt ten voordeele van de gemeenten?*

door Mr. L. OLDENHUIS GRATAMA, Lid van de Arrondissements-Regtbank te Assen.

« . . . . natura etiam cujusque juris . . . . explorari  
« debet, ut propria inde interpretandi principia  
« eruuntur. »

ECKHARD, Hermeneutica juris in praefatione.  
p. XX.

Men moet den aard en het wezen van ieder regt beschouwen om het goed uit te leggen en de ontstane moeilijkheden op te lossen.

Bij de beantwoording van rechtsvragen worden te dikwijls de beginselen van het regt uit het oog verloren.

Bijzonder viel mij dit op bij de lezing van twee stukjes in de *Opmerkingen en Mededeelingen* van de heeren OUDEMAN en DIEPHUIS (1) over de tweede vraag aan

(1) Tiende jaargang, bl. 86-89 en 295-299.

't hoofd dezes gesteld, minder, hoezeer toch ook eenigzins, bij het lezen van een klein maar zeer belangrijk stukje van den heer H. C. A. THIEME ACZ.N. van Winshoten in 't *Weekblad* (1) over de eerste vraag.

De ongenoemde schrijvers van de beide eerste stukjes komen door verwaarloozing der beginselen tot geheel verkeerde gevolgtrekkingen, terwijl ook de heer THIEME voor zijn stelsel en bewijsvoering in de beginselen van het regt een' eersten grond had kunnen vinden.

Ik beantwoord beide vragen ontkennend en voer daarvoor aan de navolgende uit de algemeene beginselen des regts geputte gronden, op beide vragen toepasselijk:

Het regt om wetten, en dus ook om strafwetten te maken, berust bij de wetgevende magt in den Staat.

Dit is een eerste gevolg van een verondersteld staatsverdrag.

De wetgevende en dus ook de strafwetgevende magt berust in onzen Staat bij den Koning en bij de beide Kamers der Staten-Generaal (Grwt. art. 104).

De wetgevende magt in den Staat is in 't algemeen verplicht en in gelijke mate bevoegd tot alles wat niet door haar, krachtens het veronderstelde of werkelijke staatsverdrag, uitdrukkelijk of minder uitdrukkelijk aan andere magten is overgedragen of overgelaten.

In ons staatsregt is in art. 131 der Grondwet aan Provinciale Staten «de regeling en het bestuur van het «provinciaal huishouden door de wet, en aan den «gemeenteraad,» in art. 140 der Grondw. «de regeling en «het bestuur van de huishouding der gemeente overge«laten.»

De Grondwetgever gebruikt hier met opzet, en geheel in overeenstemming met de beginselen des regts, het woord *overlaten*, 't geen in de beide vorige Grondwetten alleen ten aanzien van 't provinciaal huishouden was

(1) *Weekblad* n<sup>o</sup>. 1846, van 27 April 1857.

gebruikt (1), waardoor alzoo onze Grondwetgever het wetenschappelijke denkbeeld ook in zijne uitdrukkingen naauwkeuriger heeft volgehouden (2).

Het woord *overlaten* is eene overlating (overdragt, delegatie) der wetgevende magt, alléén omtrent die overgelaten punten.

Uitzonderingen zijn van eene beperkte uitlegging, dus is deze overlating strikt beperkt tot datgene wat overgelaten is.

Opmerkelijk is het, dat in art. 131 ten aanzien van 't provinciaal huishouden alléén uitdrukkelijk naar de wet verwezen wordt, terwijl toch evenzeer de regeling van de gemeente-huishouding door de wet in de bedoeling lag.

Indien die uitdrukkelijke verwijzing naar de wet eenige beteekenis heeft, dan is het zeker die, welke die beperkende uitlegging bevestigt van de overdragt van wetgevende magt, zelfs ten aanzien van 't geen in de wet zou worden bepaald.

Zoo mogelijk is de overdragt van strafwetgevende magt nog van beperkter uitlegging, dan van eenig ander deel der wetgevende magt, omdat het regt om straffen te bedreigen is het uitstekendste regt der wetgevende magt.

Gelijk de beschikking over 't staatsvermogen (de

(1) Vgl. Grondwet van 1815, artt. 146 en 155, en die van 1840, artt. 144 en 153.

(2) Vreemd is het, dat onze grondwetgever van 1848, die in dit opzigt en in zoo vele andere opzigten getoond heeft regtskundiger en naauwkeuriger in zijne uitdrukkingen te zijn, behouden heeft de oude, verouderde en geheel ongepast geworden benaming *Provinciale Staten*. Regtskundiger en beter ware geweest de benaming *Provinciale Raad*, gelijk in België, alwaar ze *Conseils provinciaux* genoemd worden. Vele minder doordenkenden komen door oude herinneringen, die door den naam worden verlevendigd, tot verkeerde gevolgtrekkingen, vooral wat de regelen van bevoegdheid (voorzeker de eerste en belangrijkste regelen) betreft.

sleutel der schatkist) het onmisbaar attriboot en de groote kracht der vertegenwoordigende regeringsvormen uitmaakt, zoo is de strafwetgevende magt dat deel der wetgevende magt, 't welk naar een verondersteld staatsverdrag in de allereerste plaats aan de wetgevende magt moet zijn gegeven en door haar aangenomen.

Men kan dus de vragen, aan het hoofd dezes voorkomende, korter in de volgende vraag zamenvatten:

Heeft de wetgevende magt aan de Provinciale Staten de magt gegeven:

- 1°. om de subsidiaire gevangenisstraf te bedreigen, en
- 2°. om de door hen te bedreigen boeten ten voordeele van de gemeenten te brengen.

De wetgevende magt die bevoegdheid niet gegeven hebbende, zoo is het antwoord gemakkelijk.

Ik hecht aan deze algemeene beschouwing dezer rechtsbeginselen zoo veel gewigt, dat daarmede hoofdzakelijk het antwoord op die vragen bepaald wordt.

Wij zullen echter die vragen nog nader beschouwen, zoo om deze algemeene beginselen nader toe te passen, als om tegenwerpingen op te lossen en om enkele gronden nader aan te dringen.

Ten aanzien van de *subsidiaire straf*:

I. Wat is de *subsidiaire* gevangenisstraf? Is het wellicht ook een bloot middel ter invordering en geene werkelijke straf, zoodat daarom vorenstaande algemeene beschouwingen daarop niet van toepassing zijn?

De subsidiaire gevangenisstraf is wel degelijk eene werkelijke, hoezeer *in de tweede plaats* of *subsidiair* komende straf.

In een welgeschreven artikel van den Hr. G. D. in de *Opmerkingen en Mededeelingen* (1), in een art. van Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO in de *Themis* (2), en in een artikel van een ongenoemde in de *Nieuwe*

(1) Deel XI, bl. 5—30.

(2) 14de Jaarg., n°. 1, bl. 35—46.

*Bijdragen* (1), worden beschouwingen en geschiedkundige opgaven medegedeeld over de in verschillende wetgevingen voorkomende bepalingen, om geldboeten te innen: het blijkt daaruit, dat dit voor de verschillende wetgevers vele moeilijkheden heeft opgeleverd: aan den eenen kant staat het belang van de schatkist, aan den anderen kant het kostbare, om dat belang te handhaven: aan den eenen kant staat het minder bezwarende voor gegoeden om te betalen, aan den anderen kant het moeilijke om minder gegoeden juist daarom gevangenisstraf te doen ondergaan; aan den eenen kant staat het moeilijke om onwil van onvermogen te onderscheiden, aan den anderen het willekeurige in de uitvoering. De moeilijkheid, dat de minder gegoede meer gevangenisstraf ondergaat, is in onze menschelijke maatschappij niet op te heffen; de eigendom is een der hoeksteenen van het Staatsgebouw: daarmede hangt die moeilijkheid te zamen, die moeilijkheid is echter niet zoo drukkend als ze schijnt, omdat ook het besef van niet te bezitten ligter den niet-gegoeden tot overtredingen brengt dan het tegenovergesteld besef den gegoeden daarvan terughoudt.

Het stelsel der subsidiaire gevangenisstraf, door de opvolgende wetgevingen als van zelve gevormd, heeft die bezwaren voor zooverre mogelijk opgeheven; dat stelsel is eene ware wetgevende wijsheid, die, omslag, moeite en kosten besparende, de willekeur van de wet in de plaats van de willekeur der menschen heeft gesteld.

Die subsidiaire straf is geen middel ter invordering, maar eene straf op zich zelve:

1°. Dit blijkt reeds uit de bewoordingen waarin ze wordt bedreigd, terwijl in de artt. 52 en 469 van 't Wetb. van Strafr. voorkomt: *«pourra être poursuivie « par la voie de la contrainte par corps »* en *« entraineront la contrainte par corps »* zoo zeer, dat zelfs

(1) Deel V, 1855, bl. 141—145.

de Hooge Raad bij arresten van 21 April 1846 en van 7 Nov. 1848 (1) heeft verstaan, dat de niet-bijvoeging in twee arresten der formule «invorderbaar bij lijfsdwang» die arresten niet nietig maakte, «vermits de lijfsdwang is een middel van uitvoering, 't welk uit kracht der wet zelve tot invordering van alle veroordeelingen in geldboeten en kosten, naar de onderscheidingen bij de wet gemaakt, kan worden aangewend»;

2°. De bedreiging der subsidiaire gevangenisstraf maakt ook de zaak appellabel: deze is dus wel degelijk eene hoogere of andere straf dan geldboete (vgl. art. 44 R. O.), wel degelijk eene straf op zich zelve.

De Hooge Raad oordeelde dit reeds bij arresten van 24 Febr., 6 April en 15 Junij 1852 (2) en bij arrest van 18 Julij 1853 (3), in welk geval de Regter, waarvan cassatie, zelfs verzuimd had de subsidiaire gevangenisstraf uit te spreken; — bij arrest van 26 Aug. 1853 (4), bij arrest van 9 Mei 1854 (5) en bij arrest van 23 Oct. 1855 (6), welk arrest zeer uitdrukkelijk de appellabiliteit aanneemt, en van 18 Dec. 1855 (7).

3°. De bedreigde subsidiaire gevangenisstraf maakt dat, volgens art. 226 Wb. v. Strafv., de regter steeds de verschijning van den gedaagde in persoon zal kunnen bevelen (8); zij is dus eene geheel andere straf dan geldboete.

(1) Zie *Weekbladen* van 17 Aug. 1846, n°. 730, en van 3 Januarij 1849, n°. 980.

(2) Zie v. D. HONERT, *Strafr.*, 1852. I. 96, 149, 273.

(3) Zie *Weekblad* van 10 April 1854, n°. 1523.

(4) Zie *Weekblad* van 31 Aug. 1854, n°. 1569.

(5) Zie *Weekblad* van 26 Julij 1855, n°. 1663.

(6) Zie *Weekblad* van 23 Oct. 1856, n°. 1793.

(7) Zie *Weekblad* van 2 Maart 1857, n°. 1830. Vgl. ook Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, in *Themis*, t. a. pl., bl. 39 en SCHOONEVELD aant. a. op art. 52 en 467 van het C. P.

(8) Zie Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, t. a. pl., bl. 39 in adn.

II. De wetgever bepaalt in artt. 52, 53 en 469 C. P., den lijfswang als regel tot invordering van boeten.

De wetgever zelf kan alléén dezen regel opheffen.

Voor de gemeente-besturen heeft de wetgever dien regel in art. 165 der gemeente-wet van 29 Junij 1851 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 85) veranderd, maar in de Provinciale-wet van 6 Julij 1850 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 39), komt daaromtrent niets voor.

Dus blijft art. 3 der wet van 6 Maart 1818 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 12), de eenige regel der wetgeving omtrent de strafwetgevende bevoegdheid der Provinciale Staten.

Deze bewijsgrond krijgt nog versterking, wanneer wij hier bijvoegen de volgende lijst van afzonderlijke wetten, waarin de subsidiaire gevangenisstraf is bedreigd:

Art. 47 wet 6 Maart 1852 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 47), tot regeling der jagt en visscherij.

Art. 101 wet 18 Sept. 1852 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 178), omtrent den waarborg en de belasting der gouden en zilveren werken.

Artt. 14 en 57 wet 21 Dec. 1853 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 128), over het bouwen en planten, enz., binnen zekeren afstand van de vestingwerken.

Art. 43 der wet 13 Junij 1857 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 87), tot regeling der jagt en visscherij.

Ook in art. 38 van het eerste boek van het W. van Strafrecht van 1847, was het stelsel aangenomen als algemeene regel, welk eerste boek echter, zoo als bekend is, tot dusver niet is ingevoerd (1).

III. Zij die het door ons voorgestane gevoelen niet deelen, gebruiken deze redenering.

Die het meerdere kan, kan ook het mindere.

(1) Reeds in verschillende vroegere wetten, opgesomd bij den heer H. C. A. THIEME ACZN., in het aangehaald artikel in *Weekblad* n<sup>o</sup>. 1846, komt gevangenisstraf in plaats van de boete in geval van onvermogen, welke dus eene afwijking bevatten van het stelsel van den Code Pénal en eene toenadering tot het stelsel der subsidiaire gevangenisstraf.



De Provinciale Staten kunnen gevangenisstraf bedreigen.

Dus kunnen zij ook subsidiaire gevangenisstraf bedreigen.

Zij kunnen geldboete van ten hoogste *f*75, en gevangenis uiterlijk voor den tijd van 7 dagen, het zij afzonderlijk, het zij beide de straffen te zamen genomen, bedreigen, (art. 3 wet 6 Maart 1818, *Stbl.* n<sup>o</sup>. 12): dus kunnen zij ze ook bedreigen de eene in plaats van de andere, of volgende, indien aan 't eene niet wordt voldaan.

Maar deze redenering gaat niet door, want, om dezen regel te kunnen toepassen in een onderwerp, waarin wij zagen dat eene strikte toepassing en uitlegging logisch en regtskundig zijn, zou de straf *soortelijk* dezelfde moeten wezen: b. v., wanneer de wetgever gezegd had, de Provinciale Staten kunnen eene boete van *f* 100 bedreigen, dan zou met dien bewijsgrond kunnen worden beweerd, dat ze ook eene boete van *f* 10 kunnen bedreigen.

Om de eene straf in plaats van eene andere te kunnen stellen, behoort ook waarlijk eene uitdrukkelijke bepaling des wetgevers. Alleen de Koning zou bij gratie eene straf in plaats van eene andere kunnen stellen.

En de subsidiaire gevangenisstraf is geheel verschillend van de gevangenisstraf, die de Provinciale Staten kunnen bedreigen volgens art. 3 der wet van 6 Maart 1818 (*Stbl.* n<sup>o</sup>. 12), gelijk eene nauwkeurige beschouwing en vergelijking van beide duidelijk doet zien, — de subsidiaire gevangenisstraf is geheel verschillend van den lijfswang van artt. 52, 53 en 467 C. P.

De subsidiaire gevangenisstraf is, zoo als wij zagen, noch middel van dwang, noch hoofdstraf, maar eene *werkelijke*, hoezeer *subsidiar* of voorwaardelijk in de *tweede* plaats komende straf.

IV. Tot bestrijding van het door ons verdedigde gevoelen beroept men zich op eene overweging in het arrest

van den Hoogen Raad van 26 Aug. 1853 (1): in het daarbij behandelde geval, werd de handhaving gevraagd van een brandreglement van de gemeente Soest van 21 October 1833, waarbij was bepaald: «dat zij, die de boete van f 3 niet kunnen of willen betalen, gestraft zullen worden met een persoonlijk arrest van 24 uren met de kosten hierop vallende.» De Regtbank te Amersfoort veroordeelde tot de boete van f 3, alsmede in de kosten van beide instantiën, met bepaling dat ieder der veroordeelden, die zijne boete niet zal kunnen of willen betalen, gestraft zal worden met eene gevangenisstraf van een' dag (zonder dat de Regtbank van Amersfoort zich schijnt uitgelaten te hebben over de kosten van dat persoonlijk arrest).

Het gold hier dus onze vraag, maar ten aanzien van de Gemeentebesturen, en volgens art. 4, n°. 3 der wet van 6 Maart 1818 (*Staatsb.* n°. 12) en vóór de werking van artt. 165 en 291 der Gemeentewet van 29 Junij 1851 (*Staatsb.* n°. 85). Echter komen in het arrest van den Hoogen Raad gronden voor strijdig met ons denkbeeld, waarom wij daarbij moeten stilstaan.

De Hooge Raad zegt: «dat, zoo als ook in het aan-  
«gevalen vonnis wordt opgemerkt, de woorden «zul-  
«len worden GESTRAFT» «reeds genoegzaam aanduiden,  
«dat daarbij geenszins sprake is van eene gijzeling,  
«aantasting in persoon of lijfswang, maar van  
«eene gevangenisstraf; en dat, hoe men ook moge  
«denken over de bestaanbaarheid eener veroordeeling  
«in de kosten, op dusdanige gevangenisstraf vallen-  
«de, de op de overtreding gestelde gevangenisstraf  
«altijd de zaak voor hooger beroep vatbaar deed zijn;  
«dat voorts, wat betreft het gemaakte bezwaar omtrent  
«het alternatieve der straf, naardien bij het regle-

(1) *Weekblad*, 31 Aug. 1854, n°. 1569, ook vermeld hierboven bij de appellabiliteit, blz. 506, aant. 4.

«ment boete of gevangenisstraf bedreigd is, hetgeen, «zoo als beweerd wordt, naar art. 4, n<sup>o</sup>. 3 der wet van 6 Maart 1818 (Staatsb. n<sup>o</sup>. 12), aan de besturen der gemeenten, daar bedoeld, niet zou hebben «vrijgestaan, — in evengemelde wetsbepaling wel gevonden wordt, dat die besturen geldboete en gevangenis niet gezamenlijk mogen opleggen, maar dat «daarbij niet verboden wordt, om (zoo als hier heeft «plaats gehad), vast te stellen, dat, wanneer de op- «gelegde boete niet betaald wordt, het zij uit onver- «mogen, het zij uit onwil, alsdan gevangenisstraf «zal ondergaan worden, zijnde juist daardoor uit- «gesloten de cumulatie van straffen, die door den «wetgever verhoden is.»

Met al den eerbied aan ons hoogste zoo eerbiedwaardig Regterlijk Collegie verschuldigd neem ik de vrijheid hietegen aan te merken :

1<sup>o</sup>. Uit de uitdrukking *persoonlijk arrest* en uit de bijvoeging in de keur achter de woorden «persoonlijk arrest» *met de kosten daarop vallende*, blijkt dat de bedoeling van den gemeente-wetgever was eene soort van lijfswang vast te stellen : waaruit volgt, dat het niet was de gevangenisstraf bedoeld bij art. 4, n<sup>o</sup>. 3, der wet van 6 Maart 1818 (Staatsb. n<sup>o</sup>. 12), al is het die wel, zoo als de Hooge Raad schijnt aan te nemen, dan 2<sup>o</sup>. de besturen in art. 4, n<sup>o</sup>. 3, bedoeld, konden geldboete *of* gevangenisstraf opleggen, maar niet gezamenlijk ; wanneer nu éénmaal die besturen keuze hadden gedaan van geldboete, dan hadden ze geene bevoegdheid noch rechtsgrond om verder te gaan: al de gevolgen naar de *wet* aan boeten verknocht (artt. 52 en 467 *C. P.*) hebben plaats, maar op de keuze zelve kan niet worden teruggekomen ; dit wordt nog duidelijker, als men bedenkt, dat *hetzelfde* reglement en *hetzelfde* regterlijk gewijsde *beide* te zamen opleggen.

3<sup>o</sup>. De Plaatselijke besturen hadden de keuze om *of*

geldboete *of* gevangenisstraf op te leggen, maar op deze wijze hadden de beklagden de keuze.

4°. De Plaatselijke besturen konden opleggen boete *of* gevangenisstraf, maar dit beteekende niet het eene in plaats van het andere *of* het andere voorwaardelijk.

Voorts zouden hier gewijzigd gelden de reeds gezegde of nog te bezigen gronden.

Één arrest van den Hoogen Raad vestigt geene jurisprudentie: de vraag werd hier ook slechts in het voorbijgaan behandeld, en was niet zoo naauwkeurig gesteld, als ze had moeten zijn, wanneer daaruit een bepaald argument ten nadeele van onze stellingen zou kunnen worden afgeleid:

V. Ook voert men tegen het voorgestane gevoelen aan, dat het in de toepassing minder wenschelijk is, omdat in gevallen, waarin subsidiaire gevangenisstraf wordt bedreigd, volgens art. 254 W. v. Strafv. op magtiging kan worden betaald, en dit groot gemak geeft; men heeft dan als 't ware slechts de bedreiging van geldboete, maar den schrik van gevangenisstraf: men vat in dit opzigt de subsidiaire gevangenisstraf door eene fictie op, als geene zwaardere straf dan geldboete; men veronderstelt eene fictie, hoedanige voorkomt in art. 39, 1<sup>e</sup> Boek W. v. Strafr. 1847, en die op dit punt als 't ware stilzwijgend, blijkens het woord «*vrijwillig*» in art. 163, in de Gemeentewet schijnt opgenomen (1), maar die althans, zoo als wij zagen, ten aanzien van de appellabiliteit niet doorgaat.

Wij merken tegen deze redenering aan, dat men, naar ons gevoelen, zonder geweld aan te doen aan art. 254 W. v. Strafv., zonder de fictie van art. 39, 1<sup>e</sup> Boek W. v. Strafr. van 1847, en zonder het argument uit het woord «*vrijwillig*» in artikel 163 der

(1) Vgl. Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO in zijne opmerkingen over art. 165 der Gemeentewet, in *Themis* XIV, 1. bl. 38.

Gemeentewet ontleend, of in 't algemeen zonder uitdrukkelijke wetsbepaling, geene betaling op magtiging kan toelaten in gevallen, waarin subsidiaire gevangenisstraf is bedreigd.

Maar in allen gevalle, hoe men hierover denke: de wenschelijkheid eener bepaling komt niet in aanmerking, waar men onderzoekt of de stellige wetgeving die bepaling bevat.

De Regering schijnt in dit opzigt zelve onzeker geweest te zijn, want na de invoering van de Provinciale wet is aan Gedeputeerde Staten in bedenking gegeven, om de bedreiging van de subsidiaire gevangenisstraf in hunne reglementen aan Provinciale Staten aan te bevelen, als een zeer doelmatig dwangmiddel. Later schijnt de Regering hiervan terug gekomen te zijn, en dit ook aan Gedeputeerde Staten te kennen gegeven te hebben.

Hoe dit zij, ik houde het er voor, dat Provinciale Staten van Drenthe, in hunne zomer-vergadering van 1857, hunne bevoegdheid hebben overschreden, en dus verkeerd hebben gehandeld met de subsidiaire gevangenisstraf in reglementen te bedreigen (1).

Evenmin zijn Provinciale Staten bevoegd — om tot de tweede vraag over te gaan — om in hunne reglementen eene bestemming aan de door hen bedreigde boeten te geven.

Dit vloeit onmiddellijk voort uit de algemeene beschouwing door ons vooropgesteld.

De wetgevende magt boeten bedreigende, bedreigt die voor zich, d. i. voor die denkbeeldige, veronderstelde of werkelijke vereeniging, waaraan alléén zij hare magt ontleent en ontleenen kan.

De wetgevende magt, eenig deel van hare magt

(1) Zie ook een vonnis van de Arrondissements-Regtbank te Assen van 25 Maart 1857, in *Weekbl.* no. 1826, van 14 Sept. 1857.

«overlatende» aan de Provinc. Staten of aan den Gemeenteraad, laat niet meer over dan dat overgedragene, nl. het regelen der provinciale of gemeentehuishouding, en geenszins het genot der bedreigde boeten.

Dit moest afzonderlijk overgedragen zijn.

De Staat heeft op zich genomen de taak, om algemeene en bijzondere rechtsveiligheid te handhaven en bekostigt de middelen daartoe.

Indien in den werkelijken of veronderstelden natuurstaat een ieder zijne regten handhaafde voor zich, en zich van den beleediger verschaft de middelen, om het geleden nadeel te beteren, is het dan niet logisch en natuurlijk, dat de boeten den Staat toebehooren als te gemoetkoming in de kosten noodzakelijk tot vervulling der taak, die hij op zich nam?

Voorzeker er behoefde in den Code Pénal geene uitdrukkelijke bepaling te zijn, die als algemeenen regel voorschrijft, dat de boeten ten voordeele van den Staat zijn (1).

(1) Art. 53 C. P. bedoelt ook geen ander beginsel. De woorden: «*lorsque des amendes et des frais seront prononcés au profit de l'état*» zien op eene vroeger bestaande en gedeeltelijk behouden onderscheiding omtrent den duur van den lijfswang; men bedenke hier ook bij, dat ook boeten en kosten werden uitgesproken ten behoeve van de *administration des droits réunis* en der *ré. i.*, omtrent welke boeten weder eenigzins andere bepalingen waren, dat in allen gevalle hier ook over kosten de rede is, en dat volgens den Code d'Instruction Criminelle correctionnelle zaken ook *civiliter* konden worden aangebragt. De uitdrukking van art. 466 C. P.: «*seront appliqués au profit de la commune*» erz., bevestigt geheel dit denkbeeld; het is alsof de wetgever zegt: de boeten zijn in den regel voor den Staat, maar in het geval van art. 466 C. P. zullen ze, *bij wijze van uitzondering*, worden *aangewend* ten voordeele van de gemeenten. Vgl. ook in art. 469 C. P. de uitdrukking «*au profit de l'état*» en den derden titel *chapitre 1 et 2*, artt. 132—179, van het *Tarif des frais en matière criminelle* van 18 Junij 1811. Art. 41 van 't eerste boek van 't Strafwetboek van 1847 bevat het door ons voorgestane denkbeeld uitdrukkelijk; ook daar is de regel, dat de boete is ten voordeele van den Staat, uitgedrukt.

Die bepaling ligt in de allereerste beginselen van het Staatsregt.

Een uitvloeisel van hetzelfde beginsel vindt men in art. 576 B. W., bepalende, « dat gronderven en andere « onroerende zaken, die onbeheerd zijn en geenen eigenaar hebben, gelijk mede de zaken van dengenen, « die zonder erfgenaam overleden is, of wiens erfenis is « verlaten, aan den Staat behooren.»

De ongenoemde schrijvers in de *Opmerkingen en Mededeelingen* t. a. pl. voeren tegen ons stelsel aan:

« Den Staten is uitdrukkelijk de bevoegdheid gegeven, « om geldboete te bedreigen, en noch bij de wet van 6 « Maart 1818, noch bij de Prov. wet, noch bij eenige « andere wet is hun de bevoegdheid ontnomen om daar- « over — op welke wijze dan ook — te beschikken: *dus* « mogen ze er over beschikken.»

Alléén door de beginselen uit het oog te verliezen, dwalen die schrijvers als 't ware in een' cirkel rond en komen ze, bij gebreke van vasten grond, tot zulke verkeerde gevolgtrekkingen!

Art. 466 van den C. P., bepalende dat de boete in politiezaken van 1 tot 15 fr. ten behoeve van de gemeente, waar de overtreding heeft plaats gehad, zullen worden aangewend, is regel.

Deze regel kan niet anders dan bij wet worden veranderd, die wet bestaat niet: eene bepaling, hoedanige voorkomt in art. 164 der Gemeentewet, bestaat dus niet voor de Provinciale Staten.

Deze regel moet, mijns bedunkens, zoo strikt worden opgevat, dat Provinciale Staten zelfs niet bevoegd zijn bij « *wanbedrijven* » te bepalen, dat de boete beneden de 15 fr. komt ten voordeele der gemeenten, vermits art. 466 alleen spreekt van « *politie-overtredingen*. »

Met veel juistheid heeft de kantonregter van Amersfoort deze beginselen toegepast bij zijn vonnis van 20

Febr. 1854 (1), alsmede de Regtbank te Amersfoort, bij vonnis van 14 Sept. 1854, in cassatie bevestigd bij arrest van den Hoogen Raad van 27 Dec. 1854 (2); ook de kantonregter te 's Hertogenbosch besliste in dien geest bij vonnis van 14 Maart 1856 (3). Reeds bij arrest van 27 Mei 1851 (4) had de Hooge Raad verstaan: «de «bepalingen van keuren en reglementen, waarbij geld-«boeten, overtreffende het maximum van art. 466 G. P., «worden bedreigd: «*ten voordeele der gemeentekas*» «zijn in strijd met de algemeene wet en alzoo als onver-«bindend te beschouwen.» Alsmede bij arrest van 19 October 1852 (5).

Vóór het bestaan der Gemeentewet bestond dezelfde vraag ten aanzien van de gemeentebesturen: de heer Mr. G. B. EMANTS, kantonregter te Voorburg, behandelde haar in *Themis* XI, 1850, n<sup>o</sup>. 4, bl. 576—583: uit het voorafgaande blijkt het, dat wij een geheel ander antwoord op de vraag zouden gegeven hebben dan die heer: die vraag is echter thans bij art. 164 der Gemeentewet van 29 Junij 1851, *Staatsblad* n<sup>o</sup>. 85, beslist; evenwel is de lezing van het stukje van den heer EMANTS nog nuttig, ook voor het regt verstand van de door ons behandelde vraag.

Dat door de voorgestane leer menig provinciaal reglement illuseir wordt, zoo als de ongenoemde schrijver in de «*Opmerkingen*» als in wanhoop uitroept, is geen bewijsgrond; wat niet op wet en regt steunt, moet niet bestendigd worden. Maar het zal het geval niet worden: de Regter zal eenvoudig de boete uitspreken en van de bestemming zwijgen of de boete ten

(1) Zie *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1555 van 13 Julij 1854.

(2) Zie *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1617 van 15 Febr. 1855.

(3) Zie *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1739 van 17 April 1856.

(4) Zie *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1351 van 29 Julij 1852 en v. D. HONERT, *Gem. Zaken*, XI, 139, *Administratief Weekblad* n<sup>o</sup>. 267.

(5) Zie *Weekbl.* n<sup>o</sup>. 1377, van 28 Oct. 1852.



behoefte van den Staat uitspreken. Meer is het te verwonderen, dat de bestemming der boeten bij voortdoring in sommige provinciale reglementen aangewezen wordt, of dat men de vroeger aangewezen bestemming in stand houdt.

Wij besluiten ons betoog met de stelling:

Provinciale Staten zijn onbevoegd om aan de boeten, die zij in hunne reglementen bedreigen, eene bestemming te geven; indien zij het doen, wanneer het geene wanbedrijven zijn, wanneer de boete is beneden 15 fr., dan is het eene overbodige nuttelooze herhaling van de bepaling des wetgevers in art. 466 van den C. P.

---

Wij hebben op deze beide punten de bevoegdheid van Provinciale Staten onderzocht: de regelen van bevoegdheid moesten als het ware in goud staan uitgedrukt boven den ingang van iedere zaal, waarin administratieve of regterlijke collegiën raadplegen, want door miskennen van de regelen der bevoegdheid ontstaat groote verwarring: door strikt die regelen te volgen is de beslissing van vele moeilijkheden en zwarigheden gemakkelijk.

De collegiën van Provinciale Staten, zoo voor en na 1850, maar vooral vóór dien tijd, hebben dikwijls hunne bevoegdheden uit het oog verloren.

Menig regterlijk gewijsde, vooral ook van den Hoogen Raad, strekt daarvan ten bewijze; hoe veel onrust en onnoodige procedures zijn daardoor ontstaan en hoe vele punten zijn voor geen herstel vatbaar!

Ik besluit deze beschouwingen met de stelling, die geen Regtsgeleerde zal betwisten:

« De strikte inachtneming van de regelen der bevoegdheid bij alle magten in den Staat is eene eerste voorwaarde voor de algemeene en bijzondere vrijheid en voor den geregelden gang van de geheele staatsinrigting en van alle hare onderdeelen. »

---

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Over de verschijning van partijen in persoon voor den regter*, door Mr. A. DE PINTO, Advocaat te 's Gravenhage.

In *Themis* IV, 188 volgg., komt een betoog voor, dat art. 49 Wetb. van Burgerl. Regtsvord. iets meer is dan een voorschrift van uitvoering van art. 19; met andere woorden, dat de regter, ook buiten de gevallen van verhoor op vraagpunten en van poging tot minnelijke schikking, partijen kan bevelen in persoon voor hem te verschijnen.

Gaarne erken ik (1) dat mij, na aandachtig onderzoek, de meening van den geachten schrijver juist voorkomt. Het is waar, men zou daar onder de, veelal reglementaire, bepalingen omtrent vonnissen, niet ligt de beslissing zoeken van de vraag, of een onder het Fransche regt gegeven regtsmiddel al of niet moet geacht worden behouden te zijn; maar ik geloof, dat de schrijver op goede gronden, uit de geschiedenis van het artikel ontleend, heeft aangevoerd, dat het de bedoeling van onze wet niet geweest is de, bij art. 119 Code de Pr., aan den regter gegeven bevoegdheid op te heffen; en, bij het ontbreken van een bepaald verbod, zou dit toch noodig zijn, om te besluiten tot de afschaffing van een middel, dat altijd bestaan heeft, en waarvan misschien eenig praktisch nut niet te ontkennen is, al zijn dan ook de voorbeelden zijner toepassing zeer zeldzaam. De reden van dit laatste mag misschien daarin gezocht worden, dat de zaak is in vergetelheid geraakt.

(1) Zeer tot mijn leedwezen heb ik van de juiste opmerking van den heer v. n. S. geen gebruik kunnen maken voor de tweede uitgave van mijne *Handl. tot het Wetboek van Burg. Regtsvord.*, die, althans wat dit gedeelte betreft, reeds afgedrukt was, toen het opstel in de *Themis* het licht zag.

*Themis*, D. IV, 4de St. [1857].

Men herinnert zich uit het opstel van den heer v. d. S., dat art. 428 *Code de Pr.* het middel eigenlijk alleen gaf voor handelszaken; maar dat desniettemin de schrijvers de vrijheid meenden te hebben het ook tot burgerlijke zaken uit te strekken. Bij ons is iedere twijfel daaromtrent onmogelijk, niet alleen omdat wij art. 438 in onze wet niet terugvinden; maar ook, omdat, waar niet bepaaldelijk het tegendeel is voorgeschreven, de wijze van regtspleging voor burgerlijke- en handelszaken dezelfde is. Neemt men dus eenmaal het bestaan van het middel aan, dan kan het ook voor alle zaken gebezigd worden.

Niet minder duidelijk is het, dat het verhoor, dat hier bedoeld wordt, hemelsbreed verschilt van het verhoor der partijen op vraagpunten, niet alleen in vorm, maar ook in aard, in wezen, in doel en strekking.

Niet alleen kan dit laatste alleen toegestaan worden op verzoek van ééne der partijen, en zal integendeel het tweede wel meestal ambtshalve worden bevolen; maar ook het doel, dat men zich bij het één en bij het ander voorstelt, is geheel anders. Het eerste is eene poging van de partij om omtrent betwiste of niet ontkende feiten, zich de erkenning der wederpartij te verschaffen. Het tweede wordt door den regter gebezigd, om nadere inlichting en opheldering te verkrijgen omtrent die feiten, die, het zij door de schriftelijke instructie, het zij door de mondelinge voordragt, niet tot de noodige klaarheid gebragt zijn. De regter is daarbij bovendien niet gebonden aan eenige bepaalde vragen. Hij kan vragen alles wat hij dienstig acht tot zijne inlichting, en hij heeft zelfs de gelegenheid tot confrontatie der beide partijen, een middel, dikwijls zoo bij uitnemendheid geschikt tot ontdekking der waarheid.

Intusschen zijn met de erkenning van het middel zelf niet alle moeilijkheden opgeheven. De vragen blijven

over: welke vormen zijn daarbij in acht te nemen? en wat zal het gevolg zijn het zij van de opgaven en verklaringen der partijen, het zij van hare weigering om te antwoorden? — Die vragen, zeker van onmiddellijk praktisch belang, wenschte ik nog kortelijk te onderzoeken.

Wat het eerste betreft, de wet zelve, die van de zaak eigenlijk zwijgt, en alleen zeer *in transitu* haar bestaan erkent, laat zich ook over de vormen, daarbij in acht te nemen, volstrekt niet uit. Zij bepaalt alleen, in art. 49, dat het vonnis moet inhouden den dag en het uur der verschijning. Al het overige wordt overgelaten aan de praktijk.

Eene eerste vraag kan zijn: moet het vonnis, dat het verhoor beveelt, beteekend worden? Ik geloof dit niet. De wet schrijft het niet voor. Van eigenlijke tenuitvoerlegging kan hier natuurlijk geene sprake zijn. Er is een eenvoudige last, meestal *ambtshalve*, door den regter gegeven aan *beide* partijen, bij préparatoir vonnis, dat in den regel geene beteekening behoeft. Verkiezen de partijen daaraan niet te gehoorzamen, een dwangmiddel, om haar daartoe te noodzaken, bestaat niet, en eene regtstreeksche straf op die ongehoorzaamheid even weinig. Maar bovendien, de last om te verschijnen wordt gegeven aan beide partijen. Wie zal nu met de beteekening belast zijn? De meest gereede partij? Maar, wat indien beide partijen even ongereed zijn om vóór den bij het vonnis bepaalden dag te beteekenen en om op dien dag te verschijnen? — De waarheid schijnt deze: dat vonnis word uitgesproken, gewoonlijk in tegenwoordigheid van beide partijen; beiden kennen het, en weten dat zij op een bepaalden dag moeten verschijnen. Komen zij niet, dan kan het verhoor geen voortgang hebben. Verschijnt slechts ééne der partijen, dan kan de regter die al of niet hooren; en

over de gevolgen der niet-verschijning spreken wij nader. Alleen zij hier nog opgemerkt, dat, indien het vonnis is uitgesproken, slechts in tegenwoordigheid van ééne der partijen, deze het zeer zeker *kan* doen beteekenen aan de wederpartij, en dat het zelfs, in dit geval, voorzigtig is dit te doen; zonder dat echter ook dan de partij daartoe verplicht is, juist omdat haar die verplichting nergens is voorgeschreven.

Het volgt voor het overige uit den aard der zaak, met het oog op het doel dat men zich daarbij voorstelt, dat het verhoor eerst kan worden bevolen, nadat de zaak in staat van wijzen is, omdat de regter eerst door en na de pleidooi, meermalen zelfs na de stukken te hebben geraadpleegd, beoordeelen kan, of hij nog meerdere inlichting noodig heeft.

Een proces-verbaal van het verhoor wordt nergens bepaaldelijk voorgeschreven. Dit belet echter niet, dat het dikwijls nuttig en noodig zijn kan. De vraag, in hoe verre dit het geval is, moet echter worden overgelaten het zij aan den regter, die het natuurlijk altijd bevelen kan, het zij aan de partijen, die het evenzeer in haar belang kunnen verlangen. Men denke b. v. aan het geval, dat de ééne partij bekentenissen aflegt omtrent tot dusverre onbewezen feiten, die op de beslissing van de zaak van invloed kunnen zijn.

Eene beteekening daarentegen van dit proces-verbaal kan, in geen geval, worden gevorderd, onverminderd natuurlijk de bevoegdheid van iedere partij om het te ligten en bij hare stukken te voegen, b. v. om het bij een hooger regter over te leggen.

De eerste vraag is hiermede, geloof ik, beantwoord. Wat is er nu van de tweede?

Deze schijnt nog wel zoo eenvoudig.

De bekentenissen, bij gelegenheid van het verhoor afgelegd, ten overstaan van den regter, moeten zeer

zeker worden aangemerkt als geregtelijke bekentenissen en zullen derhalve, naar luid van art. 1962 B. W., tegen de bekennde partij gelden, als volledig bewijs.

Maar wat, indien ééne der partijen niet verschijnt? Zal men tegen haar kunnen doen gelden de bepaling van art. 344 Wetb. van Burg. Regtsv., en beweren, dat de daadzaken (1), waarover de vragen loopen, zullen kunnen worden gehouden voor erkend? Ik geloof niet, dat dit in ernst eene vraag zijn kan. De enkele opmerking reeds, dat hier sprake is niet van eene *ondervraging*, niet van de beantwoording van bepaald geformuleerde vragen, maar van een *verhoor* in het algemeen; dat men dan ook *a priori* niet weet, welke vragen de regter verlangt te doen, en dat men dit zelfs even weinig weet *a posteriori*, indien het verhoor, om welke reden dan ook, niet doorgaat, — deze enkele opmerking is reeds voldoende, om zelfs de mogelijkheid uit te sluiten eener toepassing van art. 344. Maar bovendien, ik heb het reeds opgemerkt, in de wet is *voor dit geval* noch dwangmiddel noch straf te vinden, en de regter mag, buiten de wet, noch het een noch het ander scheppen. Eene analogische uitbreiding van eene geheel exceptionnele wetsbepaling tot een geval, dat nog bovendien op verre na niet geheel gelijksoortig is aan dat van art. 344, kan derhalve niet worden toegelaten. *Odia restringenda*. Het eenige gevolg der niet-verschijning kan zijn, en dat nog wel alleen in die zaken, waarin de wet dit bewijs toelaat, dat de regter daarin een vermoeden kan vinden tegen de partij, die, zonder wettige reden, aan den last niet voldoet, het zij door weg te blijven, het zij door, na te zijn verschenen, niet te antwoorden.

Ik heb mij bepaald tot een onderzoek van het mid-

(1) *Sit venia verbo*, maar het is het woord van de wet.

del, naar het bestaande regt, zonder mij met de waarde daarvan in te laten.

Ik geloof voor het overige, dat het, met beleid en spaarzaam toegepast, nu en dan goede vruchten kan opleveren; zonder dat men zich daarvan echter al te groote verwachtingen moet voorspiegelen, omdat het meermalen gebeurt, dat ondervinding en praktijk leeren, dat dergelijke middelen niet in alle opzigten voldoen aan hetgeen men zich daarvan voorstelde. De Fransche conciliatie en de daarvoor bij ons in de plaats gekomen bepalingen van art. 19, leveren daarvan o. a. sprekende voorbeelden. Men beloofde zich daarvan gouden bergen. En wat heeft de praktijk opgeleverd?

Men moet bovendien niet uit het oog verliezen, dat de proeve, zoo zij mislukt, niet zoo geheel onschuldig is; maar dat zij integendeel, om nu van geene andere gevolgen te spreken, en tijd en geld kost, hoe zuinig en hoe weinig omslagtig men ook hare toepassing regele.

---

ROMEINSCH REGT.

*Over de oorzaak van schuldvordering in het Romeinsche regt, vervolg en slot; — door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage.*

*Quasi contractus bonae fidei.*

De bonae fidei actiones hebben zonder uitzondering eene contractueele natuur en, ofschoon zij niet, gelijk de *condictio*, allen uit eene en dezelfde schuldorzaak voortvloeijen, ja integendeel iedere voor zich uit eene eigene en zelfstandige verbindtenis ontspringen, leenen zij zich eveneens tot de onderscheiding tusschen het

geval waarin de verbindtenis uit welke de vordering ontstaat wèl, en dat waarin zij niet tot grondslag heeft eene overeenkomst door den schuldenaar met den schuld-eischer gesloten, zoodat men, met volmaakt hetzelfde regt als de verrijking zonder overeenkomst een quasi contract *stricti iuris*, de *bonae fidei actio* zonder overeenkomst een quasi contract *bonae fidei* noemen mag. Er waren er zoo vijf (1).

Twee daarvan, de *iudicia divisoria familiae eriscundae* en *communi dividundo*, worden geboren uit *gemeenschap* (2). Het Romeinsche regt begreep sinds den vroegsten tijd, dat er voor mede-erfgenamen en mede-eigenaars een bekwaam middel wezen moest om uit elkander te geraken en den staat van onverdeeldheid, waarin zij zich bevinden, te doen ophouden (3). Wanneer de deelgenooten het niet onderling konden eens worden (4), stond het hun, of den meest gereeden hunner, vrij aan den praetor de benoeming te vragen van een onpartijdig persoon, wien de taak werd opgedragen de scheiding tusschen hen te maken (5). De aanbedeeling der kavels, die hij aan ieder toeweest, en de uitkeeringen in geld, tot welke hij, ter goedmaking van overbedeeling als anderzins, de een jegens den ander verplichtte (6), werden door den praetor bekrachtigd en ten zijnen overstaan door *legis actiones* in behoorlijke eigendoms-verkrijgingen en voor uitvoering vatbare

(1) GAL. IV. § 62. §§ 23, 29. *J. de Act.* (4. 6.)

(2) §§ 3, 4. *J. de oblig. qu. ex contr.* (3. 27.)

(3) L. 1 pr. *D. Fam. erc.* (10. 2.)

(4) L. 57 *D. Fam. erc.* (10. 2.). L. 3. § 1 *D. comm. divid.* (10. 3.)

(5) L. 43 *D. Fam. erc.* (10. 2.) Dit geschiedde niet met de *legis actio* per sacramentum, maar raauwelijks per *iudicis arbitrive postulationem*. GAL. IV. § 12.

(6) §§ 4, 5 *J. de offic. iud.* (4. 17.)



veroordeelingen herschepen (7). Doch als naderhand de *lex AEBUTIA*, bepaaldelijk ook met het doel om den praetor van nuttelooze werkzaamheden te ontlasten, voor de persoonlijke regtsvorderingen de *legis actio* afschafte (8), begreep zij daaronder ook de *iudicia divisoria* en bepaalde, dat voortaan de scheiding, door den regter gemaakt, aanstonds en zonder nadere formaliteiten zou hebben volkomene kracht tusschen partijen (9).

De klassieke Juristen bleven voortdurend het hoogst eigenaardig karakter dezer regtsvorderingen erkennen. Zij gaven daaraan den naam van *mixta*, tam in *rem quam in personam*, omdat hier de toescheiding krachtens de formula een rechtsgevolg te weeg bragt, vroeger alleen aan de plegtige *vindicatio* verknocht (10), en zij handhaafden streng het beginsel, dat men alle de partijen gelijkelijk daarbij moest beschouwen als eischende zoowel als verwerende, *iudicia duplicia*, omdat het niet waren eigenlijke twistgedingen, maar de deelgenooten, juist doordien zij over en weder elkanders regt niet betwistten, dit middel om van elkander af te komen genoodzaakt waren aan te grijpen (11). Van *schuldeischers* en *schuldenaars* kan men dus bij

(7) FR. VAT. § 49.

(8) GELL. XVI, c. 10.

(9) ULP. XIX. § 16. § 7 J. *de offic. iud.* (4. 17.). Deze bepaling gold natuurlijk alleen voor de *iudicia* waarop de wet zelve toepasselijk was. FR. VAT. § 47; bij de *iudicia imperio continentia* werd het vonnis in stand gehouden *tuitione praetoris*. L. 44 § 1 D. *Fam. erc.* (10. 2.)

(10) § 20 1. *de Act.* (4. 6.)

(11) L. 10 *Fin. reg.* (10. 1) L. 2 § 3 *Fam. erc.* (10. 2.) L. 37 § 1 D. *de O. et A.* (44. 7.). Allen derhalve moesten het *inramentum ca'umniae* zweren. L. 44 § 4 D. *Fam. erc.* (10. 2.). Voor de leiding van het proces werd als eischer beschouwd de aanlegger of is *qui ad iudicium provocavit*. L. 2 § 1 D. *comm. divid.* (10. 3.).

de iudicia divisoria niet dan overdragtelijk spreken, en uit dien hoofde schijnt GAIUS ze dan ook niet onder de voorbeelden van verbindtenissen quasi ex contractu, die hij opgeeft, mede te hebben opgenoemd (12). Eerst JUSTINIANUS heeft ze er bij gevoegd (13). Intusschen, daar zij van oudsher onder de bonae fidei actiones gesteld geworden zijn (14), heeft de keizer, ten minste als men de verdeeling in contracten en quasi contracten met eenige stelselmatigheid wil volhouden, het regt ontegenzeggelijk aan zijne zijde, en het is alleen een bewijs te meer voor de geringe wetenschappelijke waarde dier verdeeling zelve. Voorwaar, over de vraag, of de iudicia divisoria al dan niet tot de quasi ex contractu behooren (15), zou geen Romeinsch Jurist zich het hoofd gebroken of zich verledigd hebben met andersdenkenden te strijden!

Eene andere oorzaak van quasi contractus bonae fidei is *bewindvoering*. Dat hij die de zaken van een ander beheerd heeft, deswege tot rekening en verantwoording moet kunnen worden geroepen en zijnerzijds de teruggave zijner nuttige en noodzakelijke uitgaven moet kunnen vorderen, ligt in den aard der zaak. En toch heeft het Romeinsche regt dit beginsel nergens in den vorm van een algemeenen regel uitgesproken en evenmin eene bijzondere procedure tot rekening en verantwoording, in den trant als het tegenwoordig regt dit doet, gekend. Doch het kwam in de bepaalde gevallen waarin het noodig was, te hulp door bonae fidei actiones. Zulk een geval was het bestuur dat de voogd ge-

(12) Cf. L. 5 D. *de O. et A.* (44. 7)

(13) §§ 3, 4 I. *de obl. qu. ex contr.* (3. 27.)

(14) L. 4 § 2 D. *comm. divid.* (10. 3.) L. 9 C. *Fam. erc.* (3. 36.)  
L. 3 C. *comm. utr. iud.* (3. 38.)

(15) Cf. L. 25 § 16 D. *Fam. erc.* (10. 2.) LL. 31, 32, 33 D. *pro socio* (17. 2.)

houden is ten behoeve van zijnen pupil te voeren. Na het eindigen der voogdij kon de voogd door of namens den pupil met de actio tutelae directa tot het afleggen van rekenschap gedwongen worden; even als hij met de actio tutelae contraria de aanspraken mogt doen gelden, die hij in deze zijne hoedanigheid tegen den pupil had (16). Nog gewigtiger rol in de leer der verbindtenissen echter speelt de negotiorum gestio. Als iemand zich ongevraagd de belangen van een ander aangetrokken en diens zaken waargenomen had, konde deze hem deswege aanspreken met de actio negotiorum gestorum directa en hij zijn verhaal uitoefenen met de actio negotiorum gestorum contraria (17). Deze regtsvorderingen gaven uitkomst overal waar anders het ontbreken van het mandaat, met hetwelk de negotiorum gestio eene in het ooglopende overeenkomst heeft en waarvan zij de onmisbare aanvulling is, groote ongelegenheid zou veroorzaakt hebben. Men vindt haar daarom bij GAIUS en in de *Instituten* aan het hoofd der quasi-contracten gesteld (18).

De laatste der hier behoorende actiën is de actio rei uxoriae (19). Zij kan echter niet verklaard worden dan in verband met het gansche dotaalregt waarvan zij een onderdeel uitmaakte, zoodat wij daarop eenen ten minste vlugtigen blik behooren te slaan.

*Dotis dictio. — Rei uxoriae actio.*

Het Romeinsche dotaalregt was zijn oorsprong ver-

(16) Cic. *de Offic.* III. c. 17. *de nat. deor.* III. c. 10. § 2 I. *de oblig. qu. ex contr.* (3.27.) I. 5 § 1 D. *de O. et A.* (44.7.) L. 1 pr. § 2 D. *de tut. act.* (27.3) L. 1 pr. D. *de contr. tut. act.* (27.4.)

(17) Cic. *Top.* c. 17. LL. 2, 3 pr. 7 D. *de neg. gest.* (3.5.)

(18) § 1 I. *de oblig. qu. ex contr.* (3.27.) L. 8 pr. D. *de O. et A.* (44.7.)

(19) Cic. *de Off.* III. 15 *Top.* c. 17.

schuldigd aan de zucht om de lasten der echtvereening voor den man, die ze dragen moet, te verligten en te gelijk voor de geldelijke belangen der vrouw en harer vrienden behoorlijk te waken. Het vormt, midden in het ligchaam des burgerlijken regts, een gesloten geheel en onderscheidt zich door het bezit eener eigene soort van verbaal contract, *dictio dotis*, en van eene eigene *bonae fidei actio*, de *actio rei uxoriae* (1).

Bij alle huwelijken, zoowel die met, als die zonder in *manum conventio* gesloten werden, kon eene dos voorkomen en zij werd dan of aanstonds uitbetaald, zoodat de man onmiddellijk den eigendom bekwaam, *dos data*, *numerata*, of door verbaal contract beloofd, zoodat hij schuldeischer werd. Dat verbaal contract had of den gewonen vorm, *stipulatio*, *promissio dotis*, of eenen bijzonderen hier alleen geldigen, *dictio dotis* (2).

*Dictio dotis* geschiedde door eene van de zijde der bruid afgelegde en van de zijde des bruidegoms terstond aangenomene mondelinge verklaring van het bedrag van den bruidschat (3). Bij huwelijk buiten in *manum conventio* gesloten kon, zelfs staande huwelijk, eene dos op deze wijze beloofd worden (4). Bekwaam om zich door *dictio dotis* te verbinden waren echter uitsluitend (5):

1<sup>o</sup>. de vrouw zelve, mits zij *sui iuris* en door den bijstand van haren geslachtsvoogd gesterkt was (6);

(1) *Cic. Top. c. 4. FR. VAT. § 115.*

(2) *ULP. VI. § 1.*

(3) *TER. Andr. V. IV. v. 47. DONAT. ad h. l. SENECA Controv. I c. 6. PLIN. Epist. II. 6. APULEIUS. in Apol. in f. l. 3 C. THEOD. de inc. nupt. (3.12.) L. 4 c. THEOD. de dot. (3. 13.)*

(4) *GAL. Epitome II. IX. § 3.*

(5) *ULP. VI. § 2. GAL. Epit. l. 1. FR. VAT. §§ 99, 100.*

(6) *CIC. pro FLACCO c. 35. pro CAEC. c. 25. FR. VAT. § 100.* Ter vervanging van den geslachtsvoogd, is deze om de eene of andere reden

2°. haar schuldenaar, mits hij zich, op haren uitdrukkelijken last en door eene soort van delegatio, in plaats van jegens haar jegens den man verbond (7);

3°. haar vader, grootvader of verdere mannelijke ascendent van vaderszijde (8).

De regtsvordering, die uit dit contract ten behoeve van den man voortsproot, behoorde tot het geslacht der *condictio* (9).

Ziedaar ongeveer alles wat men omtrent de *dictio dotis* weet, van welke in het *corpus iuris* schier alle sporen uitgewischt werden en die in de echte *instituten* van GAIUS met stilzwijgen voorbijgegaan wordt. De geschiedenis en het juiste karakter van dit merkwaardig contract liggen alzoo in het duister. Het omstandigste narigt vindt men in CICERO's rede voor FLACCUS (10). Men wierp FLACCUS voor de voeten, dat hij, misbruik makende van zijn gezag, op vrij onkiesche wijze aanspraken had laten gelden op de nalateuschap van VALERIA, eene vrouw, die, per coemptionem getrouwd, al hare goederen door *dictio dotis* haren man tot huwelijksgoed gegeven had. CICERO verdedigt FLACCUS met te zeggen: dat hij een der naaste erfgenamen en geslachtsvoogden van VALERIA geweest was en de beweerde coemptio en *dictio dotis*, zoo zij gebeurd waren, zeer zeker niet met zijne toestemming hadden plaats gehad, zoodat zij hem niet konden verbinden. In dit verhaal nu stuit men op veel raadselachtigs, want als eene vrouw zich in de magt van haren man begaf, werd al onbekwaam, kon de vrouw de benoeming van een bijzonderen voogd voor deze handeling verlangen. ULP. XI. §§ 20—23. GAL. I. § 173.

(7) L. 59 § 1 D. *de Jur. Dot.* (23.3.) GAL. *Epit.* l. 1.

(8) PLEIN. *Epist.* II. 6. COEN. ad PERS. *Sat.* 2 L. 1 § 3 D. *de dot. coll.* (37.7.)

(9) L. 1 C. *de Jur. Dot.* (5.22.)

(10) C. 34, 35.

het hare van regtswege het zijne en volgde hij aan haar onder algemeenen titel op. Ook later verkreeg zij niet meer voor zich, maar voor hem en van burgerlijke verbindtenissen tusschen den man en de vrouw die hij in manu had kon dus geene sprake zijn (11). Wat had dan, bij coemptio, de dictio dotis te beteekenen?

De coemptio, de meest gebruikelijke wijze van trouwen in den fatsoenlijken stand, was niets anders dan het sluiten van het huwelijk per aes et libram, zoodat de dictio, die met de coemptio verbonden wordt, een der bedingen van zoodanige huwelijksacte geweest moet zijn. Dit nu leidt tot het vermoeden, dat zij juist daar door de gewoonte is ingevoerd eensdeels ten voordeele van den man, maar grootendeels als zekerheids maatregel ten behoeve der vrouw. De uxor in manu namelijk kon door haren man geëmancipeerd en verstooten worden en zij verloor hierdoor alle betrekking op hem en zijne familie, zonder dat de betrekking op hare eigene familie herleefde. Zodoende van alle uitzigt op wettelijke erfennissen verstoken, was zij insgelijks onbevoegd terug te vorderen hetgeen zij bij of staande huwelijk den man had aangebragt.

Zulk een regt kon voortduren, zoo lang de zeden rein, de bruidschat in den regel gering en het toezigt der censoren gestreng was. Maar, als SP. CARVILIUS RUGA in het jaar 520 na de stichting der stad van zijne huisvrouw scheidde op eene manier en onder voorwendsels die openlijk ergernis gaven, werd dit, volgens de legende (12), de oorzaak, dat men op middelen begon te denken om de geldelijke belangen eener gehuwde vrouw beter te waarborgen. Tot deze middelen behoorden bedingen omtrent de teruggave der dos, cautiones

(11) GAI. III. § 83.

(12) GELL. IV. c. 3. XVII. c. 21. VALER. MAX. II. I. § 4. DION. HALIC. II. c. 72. Z. V. SAV. *Verm. Schrift.* I. 81. fgg.

de dote, en de actio rei uxoriae die toen zal zijn ingevoerd.

Van de actio rei uxoriae maakte nu misschien in geval van coemptio de dictio dotis oorspronkelijk den grondslag uit. Bij de voltrekking van het huwelijk per aes et libram werd van de zijde der bruid verklaard en van de zijde des bruidegoms aangenomen en erkend, dat zij eene zekere geldsom of deze en die goederen mede ten huwelijk bragt. Bevond de bruid zich op dat oogenblik nog in de vaderlijke magt, zoo moest natuurlijk het uitzet haar worden medegegeven door haren vader of grootvader, en werd het, zoodra de som een eenigzins aanzienlijk cijfer beliep, in den regel niet aanstonds in zijn geheel uitbetaald, maar bij termijnen. Krachtens de dictio dotis, of de belofte per aes et libram gedaan, konde nu de man de uitkeering op den bedongen tijd vorderen. Wanneer echter de vrouw reeds tijdens het huwelijk sui iuris was, verkreeg hij wel alle hare goederen van regtswege, maar werd nu uit kracht der dictio dotis geacht dit te doen onder bijzonderen of dotalen titel, zoodat aan haar, in geval van verstooting, de rei uxoriae actio tot terugbekoming van het hare verzekerd bleef, zonder dat de capitis deminutio, die zij ondergaan had, haar kon worden tegengeworpen. Zij was dan als het ware met huwelijksche voorwaarden en een behoorlijken inventaris getrouwd (13).

Strekte dus de dictio dotis, althans zoo zij uitging van de vrouw zelve, om te zorgen, dat hare goederen niet anders in het eigendom van den man overgingen dan dotis nomine, en behelsde zij alzoo een voorbehoud voor het geval van verstooting, in zoodanige afwijking van het strenge regt der manus moest men, uit den aard der zaak, het meest bezwaar vinden met opzigt tot hare schuldvorderingen. De vrouw liet daarom bij het

(13) L. 8. D. de cap. dem. (4. 8.)

aangaan des huwelijks, doch voor de voltrekking der coemptio haren schuldenaar zich op haren last verbinden aan den man. Ook dit geschiedde natuurlijk per aes et libram. Nadat echter de nexi obligatio in volslagen onbruik gekomen was, overleefde haar de dictio dotis op gelijke wijze als dit de stipulatio en expensilatio gedaan hebben. Hieruit verklaart het zich, hoe zij in haren kring het vermogen van schuldvernieuwing te weeg te brengen behield, ofschoon zij nu niet langer tot de coemptio beperkt, maar tot alle huwelijken uitgestrekt werd.

Naar deze gissing is derhalve ook het aan het dotaal-regt eigen verbaal contract zijn ontstaan verschuldigd aan het nexum en behoort dus tot de reële.

Wat de terugvordering der dos na de ontbinding des huwelijks aanbelangt, hieromtrent golden in het algemeen de navolgende regelen:

Indien de dos afkomstig was van een derde, kon hij ze niet terug eischen, ten ware zulks bij de verschaffing door eene uitdrukkelijke stipulatie voorbehouden was, dos receptitia (14).

Ingeval van echtscheiding (15) of vóór-overlijden des mans (16) komt aan de gescheiden vrouw of weduwe (17) de door of voor haar gegeven dos toe. Ter verkrijging daarvan stonden haar (18) ten dienste drie verschillende regtsmiddelen.

(14) ULP. VI. § 5. LL. 22 pr. 29 D. *sol. matr. qu. d. pet.* (24. 3.)

(15) ULP. VI. § 6.

(16) LL. 22 *pr.*, 66 *pr.* D. *sol. matr. q. d. pet.* (24. 3.) L. 7 D. *de R. N.* (23. 1.) L. 2 D. *de pact. dot.* (33. 4.) L. 1 § 1 D. *de dot. praeleg.* (33. 4.) L. 9 C. *de pact. conv. d. dot.* (5. 14.) L. 3 C. THEOD. *de dot.* (3. 13.)

(17) De uxor in manu had dit regt niet, doch kwam, ab intestato, voor een kindsgedeelte.

(18) Op hare erfgenamen ging de vordering niet over, ten ware, tijdens haar overlijden, de man reeds in gebreke was. ULP. VI. § 2.



Vooreerst, de *actio ex stipulatu*, als men nopens de teruggave der dos uitdrukkelijke bedingen gemaakt had, *cautiones de dote*; ten tweede de gewone *condictio* (19). Het eigendom van de dos namelijk berustte, volgens de begrippen der Romeinen, staande huwelijk bij den man, doch geenszins *sine causa*, want hij draagt de lasten en de vrouw deelt in de voordeelen van den echt (20). Evenwel door de ontbinding des huwelijks houdt deze *causa* op te bestaan en behoort alzoo de dos niet langer bij den man of zijne erven te verblijven.

Ten derde, de *rei uxoriae actio* (21). De twee reeds opgenoemde actiën zijn *stricti iuris* en uit dien hoofde weinig geschikt om in aangelegenheden van zoo kieschen en teederen aard altoos tot een goed en billijk einde te leiden, terwijl zij bovendien ten eenemale buiten het bereik der gescheiden vrouw lagen, wanneer zij zich in de magt des mans begeven en mitsdien eene *capitis deminutio* ondergaan had. Zoodra derhalve de echtscheidingen toenamen, deed zich de behoefte aan eene *bonae fidei actio* ten behoeve der vrouw gevoelen (22), en veroorzaakte dit de invoering der *rei uxoriae actio*, die zelfs boven de andere *bonae fidei actiones* de begunstiging verkreeg, dat zij van den invloed der *capitis diminutio* vrijgesteld werd (23), en in het algemeen bij hare beoordeeling aan de bescheidenheid

FR. VAT. §§ 95, 97, 112, of de teruggave uitdrukkelijk ook voor dit geval bedongen was. Cf. L. un. § 6 C. *de rei ux. act.* (5. 13.)

(19) L. 67 D. *de Jur. Dot.* (23.3.) SAV. *Syst. Beil.* XIV n<sup>1</sup>. Hare erfgenamen konden, bij ontbinding des huwelijks door haren dood, deze regtsvordering reeds uit dien hoofde niet hebben, dat zij niet eerst in hun persoon beginnen kon. GAL. III. § 100. Cf. FR. VAT. § 98.

(20) LL. 1, 56 § 1, 75. D. *de Jur. Dot.* (23.3.)

(21) L. un. C. *de rei ux. act.* (5. 13) FR. VAT. §§ 94—122.

(22) GELL. IV. c. 3.

(23) L. 8 D. *de cap. dem.* (4.8.)

des regters de meest mogelijke ruimte gelaten en hem gelast werd uitsluitend te letten op datgene wat in elk voorkomend geval de billijkheid en het belang der goede zeden vorderden (24).

Gelijke regten als zijne dochter of kleindochter heeft de vader of grootvader die de ontbinding des huwelijks door haren dood overleeft, mits de dos zij medegegeven door hem zelve, dos profectitia (25). Doch als het huwelijk door scheiding of vooroverlijden des mans onbonden wordt, mag hij de dos niet terugvorderen dan met toestemming zijner dochter of kleindochter (26).

Voorts kon het in leven zijn van kinderen, of het wangedrag en de schuld der vrouw grond opleveren tot meer of min aanzienlijke inkorting der terug te geven dos (27).

*Actio praescriptis verbis. — Contractus innominati.*

Wij zagen uit het voorgaande, dat het Romeinsche regt, behalve de *condictio* waar zij gegrond was, in dertien bepaalde gevallen, waarvan acht met en vijf zonder overeenkomst, toestond bijzondere *bonae fidei actiones*. Deze dertien gevallen maken te zamen uit de zogenaamde *contractus* (en *quasi contractus*) *nominati*. Tot eene gemeenschappelijke bron herleiden kan men ze niet; elke poging in dien zin zou niet alleen eene

(24) *Cic. de Offic.* III. c. 15. *Top.* c. 17. Als de man zich bevond in de magt van een derde, werd de regtsvordering tegen dezen gerigt: *FR. VAT.* § 102. *L. 36 D. de pec.* (15.1.)

(25) *ULP.* VI. § 4. *FR. VAT.* § 108. *L. 10 pr. D. Sol. matr. q. d. pet.* (24.3.) *LI.* 5 *pr.*, 6 *pr. D. de Jur. Dot.* (23.3.)

(26) *ULP.* VI. § 6. *FR. VAT.* §§ 116, 119. *L. 2 § 1 D. Sol. matr. q. d. pet.* (24.3.)

(27) *ULP.* VI. §§ 4, 9, 10, 12. *FR. VAT.* §§ 105, 106, 107, 108. *Themis*, D. IV, 4de St. [1857].

vergeefsche moeite zijn, maar zelfs met het wezen der *bonae fidei actiones* strijden. In hare zelfstandigheid bestond juist hare hoofdeigenschap; iedere vervulde hare afzonderlijke taak en had eenen onafhankelijken werkring. Doch dit deed later, op het einde der republiek of althans onder Augustus, eene nieuwe *bonae fidei actio* opkomen, die men als de aanvulling der overigen beschouwen mag en die alzoo uit haren aard eene meer algemeene strekking bezat.

Het beginsel toch, dat de *bonae fidei actio* altoos moest opgesloten blijven binnen de naauwe grenzen welke hare bijzonder benaming haar aanwees, maakte dat tegen de overschrijding dier grenzen angstvallig gewaakt werd. Aan den anderen kant werden de burgerlijke betrekkingen hoe langer hoe menigvuldiger en veelsoortiger, en begon men elk oogenblik te stuiten op gevallen die zoo na het midden hielden tusschen meerderen der oude benoemde contracten, dat de ervarenste regtsgeleerden niet durfden beslissen waartoe ze te brengen waren, § en mitsdien welke der gebruikelijke actiën de eischer behoorde te bezigen. Om nu uit deze verlegenheid zich te redden en geen gevaar te loopen om te worden afgewezen, alleen omdat men had ingesteld eene verkeerde actie, vond men er eene formula op uit wier intentio wel overeenkwam met die van een gewoon *bonae fidei iudicium*, maar in wier demonstratio, in plaats van een der bekende *eigennamen*, gelezen werd *eene opgave van het feit dat aan de vordering tot grondslag verstrekte* (1).

Men noemde deze nieuwe actio, *actio praescriptis verbis*, en *civilis in factum*. Zij vond hare eerste aanleiding, naar het schijnt, in het aestimator contract (2)

(1) L. 1. pr., 2, 3, 4 D. de praescr. v. a. (19.5) § 23 J. de Act. (4.6.) L. 6 C. de permul. (4.64.)

(2) L. 1 pr. D. de aestim. (19.3.)

en in dat van ruil (3). Intusschen het eene geval bragt op het andere, zoodat van lieverlede het gebied van het nieuwe regtsmiddel zich sterk uitbreidde. Nogtans geschiedde dit geenszins zonder wrijving van denkbelden. Door haar onbepaald en subsidiair karakter lokte de *actio praescriptis verbis* reeds onder de eerste Keizers een levendigen strijd uit en zij werd misschien een der veelvuldige twistappels tusschen de *PROCULEIANI* en hunne tegenstanders, de *SABINIANI* (4). Terwijl de eene partij voor de nieuwe schepping eene sterke voorliefde aan den dag legde en met hare toepassing zich zeer kwistig betoonde, poogde daarentegen de andere de oude grondregels zooveel mogelijk vast te houden en te verdedigen. En diezelfde tweespalt duurde, lang na de verdwijning der secten, onder de latere klassieken voort; ja zelfs van *JUSTINIANUS* kan men zeggen, dat hij het pleit in zijne *Pandekten* onbeslecht heeft gelaten.

De *actio praescriptis verbis* is alzoo een regtsmiddel (het eenige misschien in het Romeinsche regt) dat niet geheel uitgewerkt en wetenschappelijk voltooid geworden is. Evenwel, gezien van het toppunt der ontwikkeling die het bereikte, vertoont het zich als de *bonae fidei actio* bij *συναλλάγματα*, of wederkeerige overeenkomsten die van de eene zijde vervuld zijn. Daarom stelt *PAULUS* zijne bekende vier kathgoriën bij de behandeling en ter verklaring dezer actie op (5).

In de twee eersten, *do ut des* en *do ut facias*, heeft de schuldeischer tusschen onze actie en de *condictio causa data, causa non secuta* de keus (6). Het verschil

(3) § 28 *J. de Act.* (4.6.) L. 6 *C. de permut.* (4.64.)

(4) Ten minste hun beroemd geschil over het onderscheid tusschen koop en ruil, *GAI.* III. § 141, raakte al dadelijk aan den wortel der *actio praescriptis verbis*.

(5) L. 19 *pr. D. de praescr. verb. act.* (19.5.)

(6) LL. 4, 5 *C. de rer. permut.* (4.64.)

komt hierop neder, dat de eischer met eerstgenoemde van den gedaagde de nakoming van diens toezegging vordert, op grond dat hij zelf vervuld heeft, terwijl hij, de *condictio* gebruikende, terug vraagt hetgeen hij zelf, ter vervulling der overeenkomst, gegeven heeft, op grond dat de gedaagde zijnerzijds de gedane toezegging niet nagekomen is (7). De grondslag alzoo der verbindtenis blijft onaangeroerd, maar de veroordeeling verkrijgt eene omgekeerde strekking (8). En men kon niet eens beweren, dat deze verandering eene met den geest des ouden regts vlak strijdige nieuwigheid was, want ook de *nexi obligatio* verpligtte den schuldenaar tot nakoming, op grond dat hij zelf had ontvangen. Zoo bestond dan het grootste onderscheid hierin, dat men zich nu plaatste op een minder bekrompen standpunt, zich vergenoegde met eene onderhandsche *datio* en het regtsgeding tot een *bonae fidei iudicium* maakte. Over deze toepassing dus onzer actie blijkt men het spoedig volmaakt eens te zijn geworden.

Over de kathgoriën *facio ut des* en *facio ut facias* daarentegen liepen de gevoelens uiteen.

De vrijgeveige partij, wier systeem *ULPIANUS* omhelsde, verdedigde de toelating onzer actie (9). De gedaagde (zoo redeneerden hare woordvoerders) kan niet beweren, dat voor hem de daad, door den eischer verrigt, geene waarde gehad heeft, want hij heeft er vrijwillig een equivalent voor beloofd. Derhalve moet hij geacht worden door de hem bewezen dienst gebaat te zijn. En nu moge het waar wezen, dat men het eens gedane niet ongedaan maken kan en daarom aan het instellen

(7) *LL. 3, 6 C. cod.*

(8) *L. 5 § 1 D. de praescr. verb. act. (19.5.) L. 1 § 4 D. de rer. permut. (19.4.) LL. 4, 5, 7, 8 C. de rer. permut. (4.64.)*

(9) *L. 7 § 2 D. de Pact. (2.14.). LL. 15. 25 D. de praescr. verb. act. (19.5.)*

\*der *condictio causa data, causa non secuta* niet te denken valt, tegen de *actio praescriptio verbis*, waarmede de nakoming der gegeven toezegging gevorderd wordt, kan deze tegenwerping volstrekt geen beletsel opleveren (10), zoodat er geene gezonde reden, om ook deze aan den te leur gestelden eischer te weigeren, aanwezig is.

De strenge partij (en zij vond nog weerklank bij PAVLUS) kon zich hiermede in geenen deele vereenigen (11). Zij zag in de uitbreiding onzer actie tot dergelijke *συναλλαγματα* eene al te stoute afwijking van de hergebragte en beproefde grondslagen op welke de civiele regtsleer nopens de oorzaak van schuldvordering tot nog toe gerust had. Waar het beginsel der *condictio* te kort schoot, waar niet in den waarachtigen zin des woords de eene partij verarmd, de andere verrijkt was, daar, meenden de regtsgeleerden van deze school, kon geenerlei civiele actie, gelijk die de *praescriptio verbis* was, verleend worden, maar moest men trachten zich met praetorische regtsmiddelen, b. v. met de *actio doli*, te behelpen (12).

(10) L. 25 D. *de praeser. verb. act.* (19.5.)

(11) LL. 5 § 3, 16 § 1 D. *de praeser. verb. act.* (19.5.) L. 7. § 2 D. *de pact.* (2.14.) L. 4 C. *de dolo.* (2.21.)

(12) Mr. FRUIN (z. boven blz. 364, n<sup>o</sup>. 34) verdedigt het gevoelen, dat de vervulling *faciendo* wel degelijk grond opleverde voor de *condictio causa data causa non secuta*, doch het wordt m. i. door de aangehaalde plaatsen, door de benaming der *condictio*, en door de gansche voorstelling die ons van haar gegeven wordt (Cf. L. 1 § 1 D. *de cond. ob r. c.* (12.5.) LL. 52. 65 § 4 D. *de cond. indeb.* (12.6)) ten stelligste weersproken. Beroept men zich op L. 1 D. *de cond. s. c.* (12.7.), ik vraag, met welk regt? En wat L. 26 § 12 D. *de cond. indeb.* (12.6.) aangaat; toegegeven zelfs dat de gevolgtrekking van de ééne *condictio* tot de andere geoorloofd ware, ook bij de *condictio indebiti*, de plaats zelve leert het en L. 25 D. *de praeser. verb. act.* (19.5.) bevestigt het, was het *beginsel*, dat men geen verrigtingen kan terug vragen, erkend. De uitzondering die CELSUS in een zeer

Het bragt intusschen veel bij om de gestrengheid van hun gevoelen in de praktische gevolgen te temperen, dat zij, evenmin als hunne tegenstanders, uit het oog verloren, wat eigenlijk de oorsprong der actio geweest was en tot hare invoering de aanleiding gegeven had: te weten, de noodzakelijkheid om aan de van oudsher bekende *bonae fidei actiones* eene hulpactie, ten gebruike in twijfelachtige en dubbelzinnige gevallen, toe te voegen. Uit dit gezigtspunt nu, hetwelk men ook naderhand nimmer varen liet, dacht zelfs de strengste partij er niet aan de actie te weigeren, al mogt de overeenkomst [wel door een doen, maar niet door een geven des eischers ten uitvoer gelegd zijn, zoodra slechts in den inhoud en het karakter dier overeenkomst zich liet waarnemen eene stellige toenadering tot een der benoemde contracten. Van deze waren het natuurlijk de vier consensueele die de meeste punten van vergelijking aanboden. Even als men kennelijke verwantschap opmerkte tusschen do ut des en koop, of tusschen do ut facias en huur (13), gaf men de sterke overeenstemming toe tusschen sommige bedingen uit de andere kathategoriën en lastgeving b. v. of verhuur van diensden (14) en, waar men zoodanige analogie bespeurde, daar aarzelde men geen oogenblik de actio praescriptis verbis toe te staan (15). En hetzelfde deed men zonder speciaal geval, de arbeidslooonen van een ambachtsman, wilde toegelaten hebben, geeft dus geen regt den ganschen regel weg te redeneren. Voor mijne leer kan ik, onder velen, aanhalen DONELL. ad D. *de de praescr. verb. act. passim*. v. SAV., t. a. pl., spreekt uitsluitend van de actio praescriptis verbis en in zijn *Syst.* V. 593. voert hij het punt slechts zeer ter loops aan.

(13) L. 5 §§ 1, 2 D. *de praescr. verb. act.* (19. 5.) Cf. L. 1 *pr. D. de aestim.* (19. 3.) L. 1 *pr.* §§ 1, 2 D. *de rer. permut.* (19. 4.) L. 1 D. *de contr. emt.* (18. 1.) LL. 1. 2 C. *de rer. permut.* (4. 64.)

(14) LL. 5 § 4, 19 § 1, 22 D. *de praescr. verb. act.* (19. 5.)

(15) LL. 1 § 1, 6, 12, 13, 17 § 1, 20 *pr. D. eod. L. 44 D. pro soc.* (17. 2.)

onderscheid, zelfs al was de verbindtenis eene eenzijdige, als de betrekking tusschen partijen aan een ander der benoemde contracten nabij kwam, b. v. bij het precarium, omdat het zich aansloot aan het commodaat (16).

De Juristen van alle partijen vorderden dus steeds een *negotium civile gestum* (17), d. i. eene verbindtenis die ontstaat door een geven of doen des eischers waardoor de gedaagde gebaat is en verleenden, was dit vereischte vervuld (18), de *actio* onder een van deze twee voorwaarden: mits dat de verbindtenis gelijkslachtig zij aan een der benoemde contracten, of mits zij tot de wederkeerigen behoore en grond oplevere voor de *condictio* (19). De vrijzinnige partij alleen liet deze laatste beperking weg en strekte de *actio* uit tot alle wederkerige overeenkomsten, mits de eischer van zijnen kant vervuld had (20).

Ten slotte schijnt men een middenweg tusschen beide meeningen ingeslagen te hebben. In beginsel namelijk stelde men de strengste partij in het gelijk en weigerde in de betwiste gevallen de *actio praescriptis verbis directa*, maar bereikte niettemin het oogmerk der andere door alsdan te geven eene *actio praescriptis verbis utilis* (21).

Onze *actio* besloeg dus te midden der *bonae fidei*

(16) LL. 2 § 2. 19 § 2 D. *de Prec.* (43.26.) PAUL. R. S. V. VI. § 10. LL. 1 § 2, 17 *pr.* §§ 2—5, 18, 20 § 2. 26 D. *de praescr. verb. act.* (19.5.) L. 23 D. *comm. divid.* (10.3.) L. 9 § 3 D. *de dol. mal.* (4.3.)

(17) L. 1 *pr.* D. *de aestim.* (19.3.) L. 1 §§ 2, 3 D. *de rer. permut.* (19.4.) LL. 15, 19 *pr.* D. *de praescr. verb. act.* (19.5.)

(18) L. 7 § 2 D. *de pact.* (2.14.) L. 5 *pr.* D. *de praescr. verb.* 9.5)

(19) LL. 2, 3, 8 C. *de rer. permut.* (4.64.)

(20) L. 25 D. *de praescr. verb. act.* (19.5.)

(21) L. 6 C. *de transact.* (2.4.) L. 26 § 3 D. *de pact. dol.* (23.4.)



actiones eene hoogst belangrijke plaats. Men zou haar, in tegenstelling met de van oudsher gebruikelijke die iedere haren eigen naam en bijzondere functie hadden, *de naamlooze en algemeene* kunnen noemen (22) en inderdaad is de Romeinsche verdeeling der contracten in *benoemde* en *onbenoemde* op deze omstandigheid gebouwd. Want door de eersten verstaat men degenen waaruit geboren wordt eene der speciale bonae fidei actiones; door de laatsten degenen waarbij te pas komt de actio praescriptis verbis (23). Het is alzoo eene verdeling die uitsluitend op de bonae fidei actiones betrekking heeft en buiten haren engen kring alle waarde en aanwendbaarheid mist (24).

*Condictio ex lege.*

Wij hebben tot nog toe de conditio leeren kennen als de regtsvordering, die ontstaat uit verrijking. Conditio nogtans is een kunstterm van het proces-regt en de vraag of eene actio zoo heeten moet hangt mitsdien niet uitsluitend af van haren regtsgrond, maar meer nog van haren vorm. Men noemde conditio elke regtsvordering, onverschillig uit welke oorzaak, in de intentio van wier formula de verpligting van den gedaagde wordt gezegd te bestaan in een dare of althans eenvoudig dare facere oportere zonder bijvoeging der woorden die het

(22) L. 1 *pr.* D. *de aestim.* (19. 3.) L. 1 § 2 D. *de rer permut.* (19. 4.) LL. 1 *pr.*, 2—4 D. *de praescr. verb. act.* (19. 5.)

(23) L. 7 § 1 D. *de pact.* (2. 14.)

(24) Zoo, b. v., is de vraag, waarover men wel eens getwist heeft, of het mutuum al dan niet tot de contractus nominati behoort, in waarheid eene vraag zonder betekenis, dewijl op de conditio de gansche onderscheiding ontoepasselijk is, niettegenstaande ook zij soms eene demonstratio heeft en daarnaar een bepaalden naam, *ex stipulatu*, *ex testamento*, aanneemt. Van daar, in L. 1 § 4 D. *de Pact.* (2. 14.), tegenstelling tusschen de benoemde contracten en de stipulatio.

geding tot een *bonae fidei iudicium* maakten (1). Daarom is er een groot onderscheid tusschen de tot dusverre behandelde *condictio* uit het gemeene regt en de *condictio* uit stellige wetsbepaling, *condictio ex lege*.

Ook bij de Romeinen namelijk kon de almagt der wet verbindtenissen scheppen waarvan het gemeene regt niets wist. De eischer uit zoodanige verbintenis werd dan met opzigt tot de regtsvordering die hij had in te stellen of naar eene der gebruikelijke, het zij door den aard der zaak (2), het zij door een uitdrukkelijk voorschrift (3), verwezen, of moest, waar eene dergelijke aanwijzing ontbrak, zich aan de wet waarop hij zich beriep onmiddellijk aansluiten en haar bij name in de *intentio* zijner formula aanhalen, *agere ex lege* (4).

Tot deze klasse van regtsvorderingen behooren de *actio ex lege julia de coercendis adulteris* ter zake van gepijnigde slaven (5) en de *actio ex lege julia de maritandis ordinibus* die de vrouw, staande huwelijk, konde instellen tegen den man wegens de voordeelen, die hij getrokken had uit de vrijlating van slaven, welke deel van haar huwelijksgoed uitmaakten (6).

(1) GAI. IV. § 5.

(2) B. v. op de terugvordering eener door de *lex Cincia* verbodene schenking is toepasselijk de gewone *condictio*. FR. VAT. § 266. L. 6 D. *de don. int. vir. et ux.* (24. 1.)

(3) B. v. de *lex julia municipalis*. vs. 44. verwees in zoodanig geval den eischer naar de *actio pecuniae creditae*. Inque eam rem is quaecumque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumve ita dato, uti *de pecunia credita* (iudicem) iudiciumve dari oportebit. Vgl. HEIMBACH. *Creditum* 595.

(4) L. un. D. *de cond. ex leg.* (13. 2.)

(5) L. 23 D. *ad leg. Jul. de adult. coere* (48. 5.) Quod N<sup>us</sup>. N<sup>in</sup>. de stieho servo Ai. A<sup>ii</sup>. quaestionem habuit, Q. D. R. agitur, quantum pecuniam paret ob eam rem N<sup>um</sup>. N<sup>ium</sup>. A<sup>o</sup>. A<sup>io</sup>. ex lege julia de adulteris coercendis dare oportere. tant. pec. N<sup>um</sup>. N<sup>ium</sup>. A<sup>o</sup>. A<sup>io</sup>. c. s. n. p. a.

(6) LL. 61, 64 § 10, 65 D. *sol. matr. qu. d. pet.* (24. 3.) L. 14 § 2 D. *ad leg. corn. de fals.* (48. 10.)

Voor het eigenlijke burgerlijke regt, waarmede de Romeinsche wetgever zich schaars bemoeide, hadden de *condictiones ex lege* weinig beteekenis, maar zij waren vaak de straf waarmede hij, bij het regelen van onderwerpen van staats-straf-of-politie-regtelijken aard kleine overtredingen bedreigde door den overtreder de betaling eene schadevergoeding of boete op te leggen, het zij ten behoeve der belanghebbende partij, het zij ten voordeele van iedereen die de eerste wilde zijn om als aanklager op te treden (7). Zij hadden dus in den regel een poenaal karakter (8) en ook JUSTINIANUS voerde, onder de benaming *condictiae ex lege*, onderscheidene vorderingen van poenale strekking in.

#### *Pactum.*

Het onderzoek der verschillende soorten van contracteële verbindtenissen heeft ons geleerd, dat, behoudens de uitzondering ten behoeve der vier consensueele contracten, de stelregel, dat overeenkomst geene regtsvordering doet geboren worden, stipt werd gehandhaafd. Het was er evenwel verre van daan, dat daarom de bedingen van partijen volslagen krachteloos zouden geweest zijn. Ook te Rome maakte men afspraken omdat men er op rekende, dat zij zouden worden gehouden; ook daar zag men in de verbreking van beloften een vergrijp tegen de goede trouw dat door algemeene regtsbegrippen werd 'gewraakt, en achtte een eerlijk man zich verplicht zijn woord gestand te doen, ook al beletten

(7) *Popularis actio*, schoon ook bij deze aan den belanghebbende de voorkeur gegeven werd. L. 3 § 1 D. *de popul. act.* (47. 23.)

(8) Voorbeelden: *lex Julia municipalis*, vs. 19, 97, 107, 125, 140, en de pas ontdekte *leges salpensana*, c. 26. en *Malacitana*, c. 58, 62, 67. In de *intentio* stond dan *pop<sup>o</sup>. rom<sup>o</sup>.*, *municipibus municipi Flavi Malacitani dare oportere*, doch de naam des klagers kwam in de *condemnatio*.

de voorschriften van het civiele regt hem deswege in regten te betrekken (1). Kortom men beschouwde eene overeenkomst als oorzaak van althans eene onvolkomene verbindtenis, *naturalis obligatio*; d. i. van eene zoodanige die wel niet voor geregtelijke invordering, maar toch voor vrijwillige kwijting vatbaar is (2).

Wat derhalve tot voldoening eener dergelijke schuld betaald was kon niet worden teruggeëischt als *indebitum* (3) en even zoo konden ter zake daarvan alle handelingen regtsgeldig worden aangewend welke of in de plaats van betaling treden, zoo als schuld-vernieuwing (4) en schuldvergelijking (5), of strekken om de betaling te verzekeren, zoo als pand (6) of borgstelling (7).

Nog langs een anderen weg oefende de overeenkomst eene gewigtige zijdelingsche werking uit, want, onmogelijk eene regtsvordering voort te brengen, bezat zij niettemin het vermogen eene regtsvordering te ontzenuwen, doordien zij aan hem, ten wiens voordeele zij was aangegaan, grond opleverde voor eene *exceptio* (8). Ofschoon als bestanddeel der formula de *exceptio* van veel later dagteekening is (9), stond het denkbeeld, dat zij verwezenlijkte, reeds in de XII tafelen uitgedrukt.

De XII tafelen namelijk, uitgaande van de veronder-

(1) PAUL. R. S. II. XIV. § 1. *pr. D. de Pact.* (2. 14.)

(2) V. SAV. *Obligationenr.* I. 53.

(3) L. 84 § 1 *D. de R. J.* (50. 17.) LL. 5 § 2, 95 § 4 *D. de Solut.* (46. 3.)

(4) L. 1 *D. de Novat.* (46. 2.)

(5) L. 6 *D. de Compens.* (16. 2.)

(6) L. 11 § 3 *D. de pign. act.* (13. 7.) LL. 5 *pr.* 14 § 1 *D. de Pign. et Hyp.* (20. 1.) L. 101 § 1 *D. de Solut.* (46. 3.)

(7) § 1. *J. de fideius.* (3. 20) LL. 6 § 2, 7 *D. eod.* (46. 1.)

(8) L. 7 *pr.* §§ 4, 5 *D. de Pact.* (2. 14.) I. 40 *D. de R. Cr.* (12. 1.)

(9) GAL. IV. §§ 108, 116, 126.

stelling, dat eerst daar regterlijke tusschenkomst wordt vereischt, waar partijen het met elkander niet kunnen eens worden, verboden de verdere vervolging, wanneer de gedaagde zich met den eischer, die hem in regten geroepen had, al ware het op het laatste oogenblik, alsnog verdroeg (10). Ja, bedreigden zij soms den schuldenaar, indien hij het tot het uiterste komen liet, met gruwzame straffen, het geschiedde met het verklaarde doel om hem tot het aanbieden van een voor den eischer aannemelijk vergelijk te bewegen (11). Vandaar het gebruik van *pactio* en *pactum*, letterlijk *verzoening*, voor overeenkomst in het algemeen (12). Ook de praetor in zijn edict behandelde de *pacta* in den titel van dagvaarding of in *ius vocatio* naar aanleiding van het *pactum de non petendo*. De bijzondere inhoud intusschen der overeenkomst maakt hier geen verschil en alzo werd aan elke overeenkomst, mits niet met de wetten of goede zeden strijdig, de kracht om eene exceptie voort te brengen toegekend (13).

De exceptie, uit de eene overeenkomst verkregen, ging wel door eene latere tegenstrijdige overeenkomst verloren, doch niet van regtswege, want eene overeenkomst is een feit en feiten kan men niet herroepen. De eerste exceptie bleef dus bestaan, maar moest met eene tweede of *replicatio* uit de latere overeenkomst bestreden worden (14). Daarentegen kon eene onvolkomen verbindte-

(10) L. 22 § 1 D. *de in jus voc.* (1. 3.) *Auctor ad HEREN.* II. c. 13. QUINCT. *Inst. orat.* I. c. 6 § 2.

(11) GELL. XX. c. 1.

(12) L. 1 § 1 D. *de Pact.* (2. 14). Het treffen van den zoen deed daarom ook naderhand soms de regtsvordering zelve vervallen. LL. 17 § 1, 27 § 2. D. *de Pact.* (2. 14.)

(13) L. 7 § 7 D. *de Pact.* (2. 14). L. 6 C. *eod.* (2. 3.) *Cons. vet. Iuriscs.* c. 4.

(14) L. 27 § 2 D. *de Pact.* (2. 14.). GAL. IV § 126.

nis door overeenkomst ontbonden en te niet gedaan worden (15).

Een rechtsgevolg van bijzonderen aard was voorts verbonden met de bedingen, bij het aangaan eener verbindtenis waaruit eene *bonae fidei actio* geboren werd, aanstonds aan de verbindtenis door partijen toegevoegd, *pacta in continenti adiecta*. Men begreep namelijk, dat zij dan met de hoofdverbindtenis een onafscheidelijk geheel uitmaakten en daarin waren opgenomen, zoodat de actie, die de nakoming van deze verzekerde, ook de vervulling moest waarborgen van het er mede vereenigd beding (16).

Intusschen heerschte er over de toepassing van dezen regel tusschen de Juristen strijd, wanneer de inhoud van zoodanig beding bestond in eene ontbindende voorwaarde. Sommigen wilden dan liever van de *actio praescriptis verbis*, dan van de speciale actie uit het contract gebruik gemaakt hebben, want het scheen hun eene ongerijmdheid toe de ontbinding der verbindtenis te doen gelden met het regtsmiddel, dat de bestemming ontvangen had haar te handhaven (17).

Doch de tegenpartij wees aan, dat ook het inroepen der bedongen ontbindende voorwaarde niets anders is dan een regtsreeksch uitvloeisel van het contract, zoo als het is gesloten, en het verlangen, dat het in alle zijne deelen zal worden nageleefd. De ontbinding strekt immers in het minste niet om den eischer zijne inschuld te ontnemen, den gedaagde te bevrijden, en het contract

(15) L. 95 § 4 D. *de Solut.* (46. 3.) L. 42 *pr.* D. *de Iureiur.* (12. 2.)

(16) FR. VAT. §§ 3, 14. L. 7 § 5 D. *de Pact.* (2. 14). L. 23 D. *de R. J.* (50. 17.) L. 13 C. *de Pact.* (2. 3.) L. 7 D. *de eo qu. cert. loc.* (13. 5.)

(17) L. 12 D. *de praescr. v. act.* (19. 5.). LL. 50, 73 D. *de contr. emt.* (13. 1) L. 2 C. *de pact. int. emt. et vend.* (4. 54.)

ongedaan te maken? Zoodra er echter eene schuld-  
vordering uit het contract aanwezig blijft, is er geene  
gezonde reden, om niet de gewone actie te bezigen (18).

Dit gevoelen, hetwelk blijkbaar het gelijk aan zijne  
zijde had, behield de overhand (19). De belangrijkheid  
der *pacta adiecta* werd naderhand nog zeer verhoogd,  
doordien men begon ook de *stipulatio* te vereenzelvigen  
met de bedingen aanstonds daaraan toegevoegd en deze  
als in het contract woordelijk ingelascht te beschouwen.  
Nog ten tijde van PAULUS was het eene zeer betwiste  
nieuwigheid (20), maar later schroomde men zelfs niet  
meer het bedingen van interessen (21) geldig te verkla-  
ren, wanneer er onder die voorwaarde eene verbruik-  
leening van granen en andere dergelijke eetwaren ge-  
sloten was (22). Daarentegen hield men bij geldleening  
aan den ouden stelregel vast, behoudens de reeds vroe-  
ger toegelaten uitzonderingen ten behoeve van *foenus*  
*nauticum* (23) en van kapitalen ten name van gemeenten  
uitgezet (24).

Eindelijk spreekt het van zelf dat de wet of met de  
wet gelijkstaande verordening (25) aan eene bepaalde  
overeenkomst de kracht konde bijzetten die het gemeene  
regt haar weigerde, *pactum legitimum* (26). Doch de

(18) L. 6 § 1 D. *de contr. emt.* (18. 1.) L. 6 D. *de resc. vend.* (18. 5.)  
L. 11 § 6 D. *de act. emt.* (19. 1.)

(19) L. 4 D. *de lege comm.* (18. 3) L. 16 D. *de in diem. add.* (18. 1.)

(20) L. 40 D. *de Reb. cred.* (12. 1.) v. SAV. *Syst.* § 268 n<sup>o</sup>.

(21) Interessen, *usurae*, moesten altoos wezen gelijkslachtig aan het  
kapitaal, dus van geld. geld: van granen, granen. HEIMBACH. *Cred.* 491.

(22) LL. 12, 23 C. *de Usur.* (4. 32.) v. SAV. *Syst.* § 268 n<sup>o</sup>.

(23) L. 5 § 1, 7 D. *de naut. foen.* (22. 2.). Dit contract echter kon  
beschouwd worden als te vallen onder do ut des v. SAV. *Syst.* § 263 n<sup>m</sup>.

(24) L. 30 D. *de Usur.* (22. 1.)

(25) Een *pactum* (schoon uit het personenregt) door den senaat ver-  
bindend gemaakt zie bij GAI. I. § 38.

(26) L. 6 D. *de Pact.* (2. 14.)

wetgever schijnt van zijne magt schier nooit gebruik gemaakt te hebben. Althans om een voorbeeld van zoodanig *pactum legitimum* te vinden moet men òf, met de Romeinsche Juristen, afdalen tot de voorschriften der XII tafelen nopens de bedingen *per aes et libram* gesloten, òf, met de nieuwere schrijvers, tot de verordeningen der Christen-keizers opklimmen (27).

*Delicta privata.*

De strenge afscheiding tusschen publieke en private actie, die wij hebben leeren maken, was in het oude Romeinsche regt onbekend. Integendeel dit plaatste, bij de geringere en dagelijksche misdrijven, het regt van de beleedigde partij op den voorgrond en liet aan haar de vervolging van den misdadiger over. Lostte zich dien ten gevolge een groot deel van het strafregt in het burgerlijke op, van den anderen kant verkreeg de burgerlijke vordering der beleedigde partij er het karakter door van eene ware vervolging tot straf, want eischte zij de veroordeeling des gedaagden òf tot het ondergaan eener lijfstraf (verlies van leven, vrijheid of ledematen) òf tot betaling aan den klager eener geldboete. Vandaar heette zij *poenalis actio*. De bedreiging van lijfstraf nogtans was alleen tegen hardnekkigen, die het tot het uiterste lieten komen, gemeend. Want de schuldige kon er aan ontkomen door den beleedigde tot het aannemen van een afkoop of rantsoengeld te bewegen en zelfs daartoe de bemiddeling des regters inroepen. Door het treffen van het vergelijk werd dan het regt van vervolging vernietigd en van dit beginsel maakte later de praetor gebruik om overal eene boete te stellen in de plaats der te voren bedreigde lijfstraf.

(27) I. 4 C. THEOD. *de dot.* (3. 13.) § 2 J. *de Donat.* (2. 7.) v. SAV. *Obligationenr.* II. 10.



De poenalis actio van het civiele regt strekte dus, wat haar burgerlijk gevolg betreft, tot verrijking des eischers en ontstond uit een feit (1), hetwelk naar de bepalingen der XII Tafelen, of van latere wetten, grond opleverde tot eene vervolging tot straf, in te stellen door de beleedigde partij. Laten zich deze burgerlijke misdrijven niet tot één gemeenschappelijk beginsel herleiden, men kan ze evenwel rangschikken onder drie hoofdgroepen, te weten: diefstal, beschadiging en beleediging en alzoo wel niet strikt stelselmatig, maar toch vrij geleidelijk verklaren.

*Diefstal, furtum.*

De XII Tafelen maakten onderscheid tusschen den niet en den wel op heeter daad gegrepen dief (1). De eerste moest aan den bestolene de dubbele waarde van het gestolene als boete betalen, actio furti nec manifesti (2); de andere werd door den bestolene vastgehouden en zoo spoedig mogelijk teregt gesteld (3). Was hij een slaaf, zoo verbeurde hij zijn leven; was hij een vrije, zijne vrijheid (4). De zaak kon echter door of voor hem met den bestolene worden afgemaakt (5) en de praetor maakte dit naderhand tot regel. Hij schafte de lijfstraffen af en stelde er het vierdubbele der gestolene

(1) Om die reden rangschikken de Romeijnen de verbindtenissen uit delict onder de reëele. GAI. III § 182. L. 4 D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 27. § 2 D. *de Pact.* (2. 14.)

(1) GAI. III. § 184.

(2) GAI. III, § 190. IV. §§ 37, 45.

(3) Een inbreker bij nacht, of een dief die zich gewapend te weer gesteld had, werd beschonwd als in wettige zelfverdediging gedood. CIC. *pro MIL.* c. 3. *pro TULL.* c. 47. L. 54 § 2 D. *de Furt.* (47. 2.)

(4) GAI. III. § 189. GELL. XI. c. 18.

(5) LL. 7 § 14, 17 § 1 D. *de Pact.* (2. 14.)

waarde voor in de plaats, *actio furti manifesti* (6). Als bestolene werd beschouwd degene voor wiens rekening de zaak is, *cuius interest rem salvam esse* (7).

Op gelijke wijze als de hoofddader werd bestraft de medepligtige, *cuius ope consilio furtum factum est* (8).

Van den heler, of dengene die er regtens voor gehouden werd, d. i. in wiens bezit het gestolen voorwerp bij huiszoeking werd gevonden, kon de driedubbele waarde als boete geëischt worden, *actio furti concepti* (9). Hij had echter op zijne beurt eene vordering van gelijk bedrag tot zijn verhaal tegen den dief, op grond dat deze hem het dus gevondene ter kwader trouw in bewaring gegeven had, *actio furti oblati* (10).

Bovendien voorzagen de XII Tafelen in onderscheidene, met diefstal min of meer verwante gevallen door de *actio arborum furtim caesarum* (11), de *tigno iuncto* (12) en de *rationibus distrahendis* tegen den voogd. Allen strekken zij tot betaling van het dubbele, doch de laatste is slechts voor de helft poenaal (13).

De XII Tafelen behelsden insgelijks bepalingen tegen den diefstal van oogst (14) en legden aan den bezitter die in een petitoir geding veroordeeld was (15) of,

(6) GAI. III. § 189. IV. § 111. PAUL. R. S. II. XXXI. § 13.

(7) GAI. III. § 203. PAUL. R. S. II. XXXI. § 4.

(8) GAI. III. § 202. PAUL. R. S. II. XXXI. § 10.

(9) GAI. III. §§ 186, 191. PAUL. R. S. II. XXXI. §§ 3, 5.

(10) GAI. III. §§ 187, 191. PAUL. R. S. II. XXXI. §§ 3, 5, 14.

(11) LL. 1, 7 D. *arb. furt. caes.* (47. 7.) PAUL. R. S. II. XXXI. § 25. PLIN. *Hist. natur.* XVII. c. 1.

(12) I. 1 *pr. D. de tigno iuncto.* (47. 3.) L. 63 D. *de don. int. vir. et ux.* (24. 1.) De eigenaar behield bovendien de slechts opgeschorte vindicatio. L. 2 D. *h. t.* § 29 J. A. R. D. (2. 1.)

(13) LL. 1 § 19, 2 D. *de tut. act.* (27. 3.)

(14) PLIN. *Hist. Nat.* XVIII. c. 3.

(15) FEST. in v. *Vindiciae.* 376.

*Themis*, D. IV, 4de St. [1857].

hangende het geding, de zaak in geschil aan de Goden gewijd (16) en zoo doende buiten den handel gebragt had, de verplichting tot uitkeering van de dubbele waarde der genoten vruchten of van het voorwerp van het geschil op.

*Beschadiging, damnum iniuria datum.*

Ook tegen dit misdrijf hadden de XII Tafelen straffen verordend, doch hare voorschriften werden later door die der *lex aquilia* vervangen (1). De *lex aquilia* bevatte, behalve eene bepaling tegen den trouwelozen adstipulator, twee artikelen, waarvan het eerste hem, die een aan een ander toebehoorenden slaaf of stuk vee gedood had, veroordeelde tot vergoeding der hoogste waarde welke de slaaf of het beest binnen het laatste jaar gehad had (2), het tweede op elke andere beschadiging van eens anders goed vergoeding stelde van de hoogste waarde, die het voorwerp in de jongste dertig dagen gehad had (3). De *actio legis aquiliae* was dus eigenlijk slechts in zooverre poenaal, dat ten gevolge der kunstmatige berekening der waarde eene grootere vergoeding dan de werkelijk geleden schade verkregen worden kon (4).

De *lex aquilia* schijnt den eischer het regt gegeven te hebben om de zaak tegen den gedaagde bij wege van parate executie of door de *legis actio per manus iniectionem* te vervolgen. Later verviel dit wel en trad voor de *manus iniectio* eene gewone *condictio ex lege*

(16) L. 3 D. *de litigios.* (44. 6.)

(1) GAI. III. § 215. L. 1 D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(2) GAI. III. § 210. L. 2 *pr.* D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(3) GAI. III. §§ 217, 218. L. 27 § 5 D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(4) GAI. III. § 214.

in de plaats (5), doch bleef, even als bij het *legatum per damnationem*, het beginsel, dat de ontkenenis de schuld verdubbelt, behouden (6).

De *lex aquilia* zag alleen op schade door den gedaagde in eigen persoon toegebracht (7). Zij liet dus de regtsvoordering in wezen, die de XII Tafelen gaven tegen hem wiens vee geweid had over eens anders grond, *actio de pastu pecoris*, of op andere wijze schade aangerigt, *actio de pauperie* (8).

### *Belediging, iniuriae.*

Behalve hetgeen zij verordenden betrekkelijk schimp-schriften, onderscheidten de XII Tafelen drieërlei soort van belediging.

### *Verminking, membrum ruptum.*

De gedaagde moest veroordeeld worden tot gelijke ledebraak als hij aan den beledigde, voor wien zijn bloedverwant mogt opkomen (1), aangedaan had, *talio* (2). Doch hij mogt, zelfs na de veroordeeling, zich bereid verklaren aan den eischer te geven zoodanigen losprijs als de regter zou vermeenen te behooren, zoodat ook hier de straf zich oploste in geldboete (3).

(5) L. 9 *pr. D. de Reb. Cred.* (12. 1.) *Coll. leg. Mosaic. et Roman.* II. § 4. XII. § 7.

(6) *GAI. IV. §§ 91, 121. III. § 218. L. 23 § 10 D. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(7) *GAI. III. § 219.*

(8) L. 14 § 3 *D. de praescr. verb. act.* (19. 5.) L. 1 *pr. D. si quâdr. paup.* (9. 1.)

(1) CATO *ap. PRISCIAN. VI. 710. (Putsch.)*

(2) *GAI. III. § 223. FEST. in voc. Talio. 303.*

(3) *GELL. XX. c. 1.*

*Verwonding, os fractum, collisum.*

Voor dit geval was de straf eene geldboete van driehonderd asses en, zoo de verwonde een slaaf was, van de helft (1).

*Hoon, ceterae iniuriae.*

Eenvoudige hoon werd geboet met vijf en twintig asses (1).

Naderhand echter, toen ook deze cijfers volstrekt niet meer in verhouding stonden met den meer beschaafden toestand der maatschappij, werden de regtsvorderingen uit de XII tafelen door den praetor afgeschaft en vervangen door eene nieuwe regtsvordering, waarbij de eischer de geldelijke vergoeding, die hij begreep hem toe te komen, begrootte en deze som, of zoo veel minder als de regter vermeende te behooren, hem toegewezen werd (2). Later voegde zich bij de regtsmiddelen des beleedigden nog de *actio legis corneliae* (3).

Bij diefstal en bij beleediging werd vereischt kwaad opzet, *dolus malus* (4); bij beschadiging was toerekenbaar verzuim, *culpa legis aquiliae*, genoeg (5). De poenale actie ging door den dood des overtreders te niet (6); zijne erfgenamen waren niet verder gehouden dan voor zoo veel zij door het feit mogten zijn gebaat,

(1) GAI. III. § 223. *Coll. leg. Mosaic. et Roman.* II. 5. § 5.

(1) GAI. III. § 223. GELL. XX. c. 1. *Coll. leg. Mosaic. et Roman.* II. 5. § 5.

(2) GAI. III. § 224. *Coll. leg. Mosaic. et Rom.* II. 6. § 1. PAUL. R. S. V. IV. § 7.

(3) L. 5 D. *de Iniur.* (47. 10.)

(4) GAI. II. § 50. III. §§ 197. 203. *Coll. leg. Mosaic. et Roman.* II. 5. § 3. L. 3 § 2 D. *de Iniur.* (47. 10.)

(5) GAI. III. § 202.

(6) GAI. IV. § 112. L. 111 § 1 D. *de R. J.* (50. 17.)

of zich aan persoonlijke kwade trouw hadden schuldig gemaakt (7). De actio iniuriarum, als alleen persoonlijke genoegdoening vervolgende, ging zelfs niet over op de erfgenamen des beleedigden (8).

Behalve de opgenoemde hoofdmisdrijven waren met een aantal bijzondere feiten bij bijzondere welten regtsvorderingen verbonden die geheel of ten deele een poenaal karakter hadden, doch die het niet eens mogelijk zou wezen op te tellen dewijl er geen narigt van tot ons kwam (9).

### *Quasi delicten.*

Het is thans gebleken, dat, naar het civiele regt, onder contractueele verbindtenissen moeten verstaan worden alle de gevallen waarin òf eene bonae fidei actio òf de condictio van het gemeene regt plaats grijpt, en onder verbindtenissen ex delicto alle feiten die, krachtens de wet, grond opleveren voor eene zuivere of gemengde strafactie. Er schiet nu, wil men de verdeling der *Instituten* tot eene algemeene maken, niets anders over dan alle andere civiele regtsvorderingen te verklaren voor verbindtenissen quasi ex delicto. Maar, om slechts dit te noemen, hiertegen verzet zich, dat JUSTINIANUS, in navolging van GAIUS, alle zijne voorbeelden van quasi delict ontleent aan het praetorisch edict en de aan deze voorbeelden gemeenschappelijke bijzonderheid zich bij geene civiele actie laat weder vinden. Het is dus beter ook hier weder rond voor de gebreken onzer klassificatie uit te komen en tevens van de

(7) L. 1 pr. D. de privat. delict. (47. 4.) LL. 33, 44 D. de R. J. (50. 17.)

(8) GAI. IV. § 112.

(9) Cf. ULP. I. § 2. GAI. III. §§ 224, 225. IV. §§ 23, 24. CATO de re rust. in praeif.

gelegenheid gebruik te maken om een paar punten, die zich het geschiktst ter dezer plaatse laten invoegen, te behandelen.

### *Noxalis actio.*

De vervolging wegens misdrijf kan tegen niemand anders gerigt worden dan tegen hem die persoonlijk de overtreding gepleegd heeft (1). Dit beginsel verloor ook het Romeinsche regt niet uit het oog, maar het stelde toch, wanneer de overtreder iemand was die zich bevond in de magt van een derde, den huisvader voor de daad van zijn onderhoorige aansprakelijk in diër voege, dat hem de keuze werd gegeven om of den schuldige over te leveren in de magt des eischers, noxae dedere, of voor hem te betalen, litis aestimationem solvere (2). De noxalis actio is alzoo de vorm dien de actio ex delicto aanneemt, als zij, in plaats van tegen den schuldige in persoon, tegen diens paterfamilias gerigt wordt en in hare toepasselijkheid ligt een der meest onbedriegelijke kenteekenen waaraan men de Romeinsche actio ex delicto herkennen kan (3).

Hetzelfde regt pastte men verder toe op nadeel toegebracht door vee, het zij door dien het geweid had op eens anders grond (4), het zij schade had aangerigt in een aanval van buitengewone woestheid (5). Ook nu moest hij, die tijdens het instellen der actie eigenaar

(1) *Noxa caput sequitur.* GAI. IV. § 77. § 5 J. *de nox act.* (4. 8.)

(2) GAI. § 75. *pr. J. h. t.* Eerst JUSTINIANUS schafte de noxae deductio van vrije personen af. § 7 J. *h. t.*

(3) GAI. IV. § 76. § 4 J. *h. t. L. 1.* § 2 D. *de priv. del.* (47. 4.) L. 49 D. *de O. et A.* (44. 7.)

(4) L. 14 § 3 D. *de praescr. verb. act.* (19. 5.)

(5) *Pr. J. si quadr. paup.* (4. 9.) LL. 1 *pr.* §§ 7, 12, 17. 3. D. *cod.*

was van het beklagde beest, het òf aan den eischer uitleveren òf de schade er door aangerigt vergoeden. Deze regtsvorderingen, door de XII Tafelen gegeven, heetten *actio de pastu* en de *pauperie*, en de laatste werd door de *lex Pesulania* op honden uitgebreid (6).

Ja zelfs bij levenlooze voorwerpen, namelijk bij gebouwen die door hunne bouwvalligheid de naburige eigendommen met schade bedreigen, schijnen de XII Tafelen eene dergelijke aansprakelijkheid te hebben aangenomen en den eigenaar de keuze te hebben gegeven om òf van zijn gebouw afstand te doen òf het in behoorlijken staat te onderhouden. De *actio damni infecti* echter, die de XII Tafelen gaven, werd later door de praetorische *stipulatio* te dier zake verdrongen, aan welke trouwens dezelfde voorstelling blijkbaar ten grondslag ligt (7).

Eindelijk verdient hier nog vermelding de regtsvordering uit de XII Tafelen wegens kunstmatig veroorzaakten afloop van regenwater van het eene land op het andere, *actio aquae pluviae arcendae*, zoowel omdat zij eveneens voortspuit uit nabuurschap, als omdat zij meer tot de *actiones ex delicto* dan tot die *ex contractu* schijnt te naderen (8).

### *Actiones honorariae.*

De magistraat, met het beleid der regtspleging belast, bezat de bevoegdheid, waar hij zulks noodig oordeelde, nieuwe regtsmiddelen te scheppen. De voorwaarden, van wier vervulling de verkrijging van zoodanig regtsmiddel afhing, werden dan in het edict naauwkeurig omschreven

(6) PAUL. R. S. I. § XV. § 1.

(7) GAI. IV. § 31.

(8) L. 6 §§ 5 sqq. D. de aqu. pluv. arc. (39. 1.) L. 21 D. de statul. (40. 7.) L. 5 D. ne quid in loc. publ. (43. 3.)



en door de wetenschappelijke uitlegging der Juristen nader ontwikkeld. Daar men nu uit het bestaan eener persoonlijke vordering tot het bestaan eener verbindtenis mag besluiten, maken de door den praetor ingevoerde persoonlijke regtsvorderingen de praetorische verbindtenissen uit en men kan ook deze weder verdeelen in de zoodanigen die zijn contractueel en de zoodanigen die ontstaan uit delict en quasi delict.

### *Contractueele.*

De magt des praetors, schoon uitgebreid, was niet onbegrensd. Hij had de roeping niet om het civiele regt af te schaffen of grondig te hervormen, maar om het te ondersteunen, aan te vullen en door praktische verbeteringen te houden in bruikbaren staat. Nergens blijkt dit meer dan op het gebied der contracten, omdat daar de leer van het civiele regt reeds vroegtijdig een hoog trap van volmaaktheid bereikt had. De werkzaamheid van den praetor was hier wel zeer groot, maar tevens van ondergeschikten aard.

In de eerste plaats breidde hij de civiele regtsvorderingen, met behulp van fictiën, uit tot gevallen die wel lagen buiten haren eigenlijken kring, maar toch daaraan zoo naauw paalden, dat eene ruimere en overdragtelijke toepassing billijk en regtmatig scheen (1).

Ingelijks bragt hij, onder zekere voorwaarden, de veroordeeling van den eigenlijken schuldenaar over op den persoon in wiens magt of dienst zich die schuldenaar bevond, *actiones adiectitiae qualitatis* (2).

Voorts voerde hij onderscheidene regtsvorderingen in

(1) GAI. IV. §§ 34—39. §§ 3. sqq. *J. de Act.* (4. 6.)

(2) De *peculio*, de in *rem verso*. *quod iussu, exercitoria, institoria*, § 10 *J. de Act.* (4. 6.) *pr.* §§ 1, 2, 4 *J. Qu. cum eo qui in al pot. est neg. gest. esse dic.* (3. 7.) GAI. IV. §§ 61. sqq.

die de strekking hadden om zekere gappingen aan te vullen waardoor de civiele verleggen lieten. Van dien aard was b. v. de *actio arbitraria de eo quod certo loco* dari oporetet waardoor een lastig gebrek der *condictio* werd verholpen (3), of de *actio funeraria*, een ahangsel der *actio negotiorum gestorum* (4), of de regtsvorderingen uit het edict der *aediles*, *quanti minoris* en *redhibitoria*, die in regtstreeksch verband stonden met de *actio emti* (5), of de *actio de recepto nautarum* waardoor in een bepaald geval eene noodzakelijke uitbreiding gegeven werd aan de regelen omtrent aansprakelijkheid wegens verzuim bij huur en bewaargeving (6).

Doch voor het onderwerp van ons onderzoek is dit alles vrij onverschillig, want eene nieuwe oorzaak van verbindtenis, een nieuw contract wordt daardoor niet geboren. En inderdaad valt het moeilijk aan te toonen, dat de praetor ooit zoover gegaan is. Wel vinden wij reeds bij de klassieke Juristen gesproken van overeenkomsten waaraan de praetor de kracht om eene actie voort te brengen zou hebben bijgezet, *pacta praetoria*, maar zij weten alleen te wijzen op het *pactum hypothecae*, dat niet ter dezer plaatse behoort, en de voorbeelden die de nieuwere uitleggers hier aanvoeren kunnen evenmin den toets doorstaan.

Men noemt meestal.

### 1. *Constitutum*.

Wanneer iemand aannam om eene som gelds die, hetzij door hem zelf hetzij door een ander, verschuldigd was aan den schuldeischer of zelfs aan een derde binnen

(3) L. 1 D. *de eo qu. certo loc.* (13 4.)

(4) L. 12 § 2 D. *de religios.* (11. 7.)

(5) 1L. 1 § 1, 38 pr. D. *de Aed. Edict.* (21. 1.)

(6) L. 4 § 1 D. *naut. camp. stabul.* (4. 9.)

zekeren termijn (1) te betalen, kon de nakoming dezer overeenkomst gevorderd worden met de *actio pecuniae constitutae* (2). Deze actie was echter geene zelfstandige. Het klassieke regt verstond onder *verschuldigd geld* alleen dat wat in regten geëischt worden kon (3), en de *actio constitutae pecuniae* was dus eigenlijk niet anders dan het instellen der actie uit de hoofdverbindtenis in een anderen vorm; namelijk als aanhangsel eener wederkeerige *sponsio poenalis* ten beloope van de helft van het gevorderd bedrag (4).

Het *constitutum*, dat naderhand werd uitgebreid tot elke schuld die eene bepaalde hoeveelheid verbruikbare zaken tot voorwerp had (5), strekte dus meer om eene aanwezige hoofdverbindtenis te versterken, dan om eene nieuwe voort te brengen.

Met het *constitutum* stond in het klassieke regt in verband de *actio receptifia*. Zij onderscheidde zich van het eerste voornamelijk in twee opzigten: dat zij alleen kon gericht worden tegen een bankier of *argentarius*, maar dat zij daarentegen, wat de hoofdschuld betreft, niet gebonden was aan eene bepaalde soort van voorwerpen (6).

JUSTINIANUS eindelijk mengde beide deze regtsmiddelen onder elkander door aan het *constitutum* (waarbij trouwens de *sponsio poenalis* reeds lang te voren was afgeschafte), dezelfde algemeene strekking te geven (7).

(1) Was deze termijn niet uitgedrukt, hij was van tien dagen. L. 21 § 1 D. *de pec. const.* (13. 5.)

(2) §§ 3, 19 J. *de Act.* (4. 6.) Cic. pro QUINCT. c. 5. § 13. LL. 1 § 2, 5 § 2, 14 § 3 D. *de pec. const.* (13. 3.)

(3) L. 1 §§ 6, 3 D. *de pec. const.* (13. 3.)

(4) GAL. IV. § 171.

(5) L. 2. *pr.* § 1 C. *de const. pec.* (4. 18.)

(6) § 3 J. *de Act.* (4. 6.) *Theoph. Paraph.* IV. t. 4, § 3.

(7) L. 2 C. *de const. pec.* (4. 18.)

Ja hij verklaarde zelfs eene onvolkomen verbindtenis vatbaar om ten deze als hoofdschuld te dienen (8). Het gevolg hiervan was, dat nu, niettegenstaande de ontstentenis eener stipulatio, wel niet uit enkele, maar toch uit herhaalde overeenkomst eene regtsvordering geboren worden kon, zoodat de regel, dat de wil van partijen geen regt maakt, eene belangrijke uitzondering leed, maar deze eerst door JUSTINIANUS bedachte nieuwigheid kan niet als het werk van den praetor beschouwd worden, noch het constitutum aanspraak geven op den naam van pactum praetorium.

2. *Receptum nautarum. cauponum, stabulariorum.*

Schippers, herbergiers en stalhouders stonden, even als het volk dat zij in dienst hadden, bij de Romeinen in een bijster slechten reuk. Ter beteugeling hunner verregaande oneerlijkheid breidde de praetor hunne aansprakelijkheid voor de goederen door hen in de uitoefening van hun beroep geladen, geborgen of gestald eenigzins verder uit dan de regelen van het gemeene regt omtrent culpa gedoogden. Let men op de ware drijfveer van het edict, dan had het eigenlijk ten doel in het belang der openbare veiligheid den diefachtigen aard van dat slach van lieden zoo veel mogelijk te beteugelen en te fnuiken (1). Maar, hoe dit zij, aan een pactum praetorium valt weder niet te denken. Want, daar gelaten dat geenerlei nieuwe verbindtenis ingevoerd, en slechts de civiele aansprakelijkheid buiten hare eigenlijke grenzen uitgebreid werd (2), is de oorzaak der schuld niet de overeenkomst der partijen, maar het receptum of aanvertrouwen van het goed aan den

(8) L. 1 § 7 D. de pec. const. (13. 5.)

(1) L. 1 § 1 D. naut. caup. stabul. (4. 9.)

(2) L. 3 § 1 D. eod.

schipper, herbergier of stalhouder en mitsliën veeleer *res* (3).

### 3. *Receptum arbitrium.*

Wanneer iemand eenmaal op zich genomen had als scheidsman tusschen partijen regt te spreken en nu later weigerde uitspraak te doen, werd hij door den praetor tot het geven van vonnis gedwongen (1). Maar nergens staat, dat dit geschiedde door middel eener burgerlijke actie door de partijen tegen den weigerachtigen scheidsman in te stellen en het is meer dan waarschijnlijk dat de praetor hier andere, meer regtstreeks werkende dwangmaatregelen, als oplegging van boete (2), multa, en dergelijken ter baat nam. Onder de *pacta praetoria* kan men dus dit geval moeilijk rangschikken.

Ook onder de interdicten schijnt er slechts een te zijn geweest dat een contractueel karakter bezat, te weten het interdictum *quod precario* (3). Het *precarium* werd later beschouwd als een soort van reëel contract en uit dien hoofde er op toegepast de *actio praescriptis verbis*. Het interdict echter werd gegeven tegen den houder ter bede, en niet, wat soms een groot verschil maakt, tegen hem die de zaak ter bede gevraagd of ontvangen had (4).

### *Quasi contract.*

Valt het niet gemakkelijk een zuiver praetorisch contract te vinden, nog moeilijker is het een zoodanig

(3) LL. 1 §§ 6, 7, 8, 2, 3 *pr. D. eod.*

(1) L. 3 § 1 *D. de recept. qu. arb. rec.* (4. 8)

(2) L. 31 § 12 *D. eod.*

(3) L. 5 § 1 *D. de pecul.* (15. 1.) L. 49 *D. de O. et A.* (44. 7.)  
LL. 1, 13 *D. de Prec.* (43. 26)

(4) LL. 2, 4 § 2 *D. de Prec.* (43. 26)

quasi contract aan te wijzen. De eenige actie, die in dit opzigt in aanmerking komt, zou moeten wezen de actio ad exhibendum welke diende om den houder te dwingen tot vertooning of oplevering der zaak, wanneer dit gevorderd werd tot voorbereiding van een, hetzij petitoir, hetzij possessoir, noxaal of ander proces, of om andere reden de eischer daarbij een billijk en bewijsbaar belang had (1).

### *Delict.*

Indien de praetor karig geweest is met de invoering van contractueele regtsvorderingen, rijkelijk daarentegen was hij met het invoeren van regtsvorderingen uit delict. De *Instituten* noemen de laatsten ontelbaar. Eene bloote lijst is dus niet wel er van te geven en evenmin een stelselmatig overzicht, want opgenomen in het edict, naarmate de behoefte er aan zich openbaarde, loopen zij in aard, strekking en vorm sterk uiteen en staat iedere daarvan op zich zelve. Het zal dus genoeg wezen enkele voorname punten aan te stippen.

Reeds is opgemerkt, dat de praetor de oude civiele regtsvorderingen tot lijfstraf en wegens de te gering geworden boete ook die ter zake van eenvoudigen hoon in onbruik bragt en door meer doelmatige verving.

Ingelijks vermeerderde hij de actiones furti met de actio furti prohibiti (1) en nam uit de geweldenarijen tijdens de burgeroorlogen bedreven aanleiding tot het bestraffen van den roof, *rapina*, door middel der actio vi bonorum raptorum (2). Zij werd als zoo gewigtig beschouwd, dat sedert dit misdrijf aan den diefstal, de

(1) L. 1 D. *ad exhib.* (10. 4.)

(1) GAI. III, 133, 132. Cf. et L. 1 D. *si is qui test. lib.* (47. 4.)  
L. 1 D. *si fam. furt. fec. dic.* (47. 3.)

(2) CIC. *pro TULL.* c. 7—13. L. 2 *pr. D. de vi bon. rapt.* (47. 8.)

beschadiging en de beleediging als vierde hoofdsoort werd toegevoegd (3).

Voorts voorzag de praetor tegen knevelarijen der pachters van 's lands middelen (4), tegen het zedelijk bederven en verleiden van slaven (5), het schenden van graven (6), het begraven van lijken op plaatsen waar men er geen regt toe had (7), het bedriegelijk opgeven eener verkeerde maat door een landmeter (8), het zich ter kwader trouw aanmatigen der hoedanigheid van voogd (9) en allerlei andere bedriegerijen en onregtmattige daden.

Insgelijks strafte hij een aantal overtredingen die in den loop van een proces (10), inzonderheid met opzigt tot dagvaardingen, konden worden begaan (11).

Tot deze regtsmiddelen behoorden mede sommigen die oorspronkelijk deel uitgemaakt hadden van de in integrum restitutio en welke dus eigenlijk strekten tot vernietiging van door geweld of bedrog aangegane handelingen en eerst door de halsstarrigheid des gedaagden die

In verband hiermede stond het edict wegens *damnum in turba datum*. L. 4. *pr. D. eod.* en dat de *incendio, ruina, naufragio, rate expugnata*. L. 1 *D. h. t.* (47. 9.)

(3) *GAI.* III. §§ 182, 209. *pr. J. de vi bon. rupt.* (4. 2.) *pr. J. de oblig. qu. del.* (4. 1.)

(4) L. 1 *D. de public.* (39. 4.)

(5) L. 1. *D. de serv. corr.* (11. 3.)

(6) L. 1 *D. de sepulcr. viol.* (47. 12.)

(7) L. 2 § 2 *D. de relig.* (11. 7.)

(8) L. 1 *D. si mens. fals. mod. dix.* (11. 6.)

(9) *LL.* 7 *pr. 9 § 1 D. Qu. fals. tut. gest.* (27. 7.)

(10) Waaronder men kan rangschikken de actie tegen den *calumniator*. L. 1. *D. de calumn.* (4. 6.)

(11) *GAI.* IV. § 46. L. 1 *D. ne qu. eum qui in ius voc. vi exim.* (2. 7.) L. 1. *D. de eo p. q. f. e. quom.* (2. 10.) § 13 *J. de Act.* (4. 6) § 1 *J. de poen. tem. lit.* (4. 16.)

weigerde herstel te geven in ware straf-actiën ont-aardden (12).

Ook de meeste interdicten ontstaan uit delict, zoo als het interdictum unde vi (13), dat quod vi aut clam (14) en vele anderen.

In het edict der aediles werd straf bedreigd tegen hem die een gevaarlijk dier op eene niet veilige plaats houdt (15).

Zoo verschillend als zij waren, kwamen echter de praetorische regtsvorderingen uit delict allen hierin overeen, dat zij slechts leidden tot veroordeeling des gedaagden in eene geldsom die nooit hooger liep dan vierdubbele vergoeding (16) van het door den eischer geleden nadeel. Op weinigen na zijn zij tevens geene louter poenale, maar gemengde (17), d. i. was alleen datgene voor den eischer zuivere winst, wat de enkelvoudige vergoeding te boven ging. Verscheidene gaven zelfs niet meer dan bloote schadeloosstelling. Desniettemin gelden bij allen omtrent de beperkte gehoudenheid der erfgenamen en de toepasselijkheid der noxalis actio dezelfde regelen als bij de civiele, behalve dat soms, ten einde de straf zwaarder te maken, de noxae deditio, als voorregt van den gedaagde werd uitgesloten, gelijk bij de publicani, of uit den aard der zaak hem niet kon te stade komen, als bij de actio tributoria. Doch deze kenmerken zijn uiterlijk; een innerlijk verband, waaruit zich eene definitie van delict laat afleiden, kan men niet opsporen.

(12) L. 1 D. *Quod. met. caus.* (4. 2) L. 1 D. *de dol. mal.* (4. 3.)  
L. 1 D. *de alien. iud. mut. caus.* (4. 7.)

(13) L. 1 D. *de vi.* (43. 16.)

(14) L. 1 D. *Qu. vi aut clam.* (43. 24.)

(15) LL. 40 § 1, 41, 42 D. *de aed. ed.* (21. 1.)

(16) § 21 J. *de Act.* (4. 6.)

(17) §§ 18, 19 J. *de Act.* (4. 6.)



*Quasi ex delicto.*

Als verbindtenissen quasi ex delicto noemt JUSTINIANUS, in navolging van GAIUS, op:

1°. Het verhaal dat een schuldeischer heeft op den regter die, het zij met opzet, het zij bij ongeluk, den schuldenaar veroordeelde in een te gering bedrag (1).

2°. De vervolging tegen den hoofdbewoner wegens op voorbijgangers uit het huis nedergeworpen of uitgestorte zelfstandigheden en wegens voorwerpen, op eene plaats door het publiek bezocht, gevaarlijk opgesteld of opgehangen (2).

3°. De aansprakelijkheid van schippers, herbergiers en stalhouders wegens de ontvreemdingen en beschadigingen in hunne vaartuigen, herbergen of stallen gepleegd (3).

Ten aanzien der onder 2 en 3 opgenoemde regtsvorderingen wordt gedrukt op de omstandigheid, dat de gedaagde gevaar loopt te worden veroordeeld ter zake van een feit waaraan hij persoonlijk onschuldig is, omdat hij, behalve voor zijn eigen bedrijf, ook voor dat zijner huisgenooten of bedienden moet instaan (4). Ondertusschen meene men niet in deze verantwoordelijkheid voor de daden van derden het ware kenteeken der quasi delicten gevonden te hebben. Immers het eerst

(1) GAI. IV § 52. *pr. J. de obl. qu. qu. ex del. nasc.* (4. 5.) L. 5 § 4 D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 5 D. *de Extr. cogn.* (50. 13.) L. 15 § 1 D. *de Jud.* (5. 1.)

(2) § 1 J. *h. t.* L. 5 § 5 D. *de O. et A.* (44. 7.) D. *de his qui effud.* (9. 3.)

(3) § 3 J. *h. t.* L. 5 § 6 D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 7 D. *Naut. caup. stab.* (4. 9.) L. un. D. *Furt. adv. naut.* (47. 5.)

(4) Indien echter het feit, buiten zijne voorkennis, door een zijner slaven bedreven was, kon hij zich door uitlevering des schuldigen bevrijden. LL. 1 *pr.*, 5 § 6 D. *de his qui eff.* (9. 3.) L. 7 § 4 D. *naut. caup. stab.* (4. 9.)

aangevoerde voorbeeld bewijst het tegendeel en nu moge men verder de opmerking maken, dat de regter, qui litem suam fecit, niet uitsluitend voor kwade trouw, maar zelfs voor enkele onachtzaamheid boet, ook de lex aquilia vordert niet meer dan toerekenbaar verzuim en de onderscheiding tusschen eigenlijk en oneigenlijk delict kan dus evenmin op het verschil tusschen dolus en culpa worden gegrondvest.

Nogtans ontbreekt het onzen quasi delicten niet volstrekt aan eenen gemeenschappelijken karaktertrek. Zij bezitten namelijk de eigenschap, dat zij de regelen der strafactie wel volgen wat betreft den overgang op de erfgenamen des schuldenaars (5), maar echter van den anderen kant geen grond opleveren voor eene noxalis actio (6). Zelfs die de peculio (7) wordt bij delictum, effusum, positum aut suspensum tegen dengene, in wiens magt zich de aansprakelijke hoofdbewoner bevindt, geweigerd, uit hoofde in deze gevallen *noch contract noch delict* voorhanden is (8), en even zoo gaat door den dood van den schipper, herbergier of stalhouder de vordering, als ware zij eene strafactie, oogenblikkelijk te niet in plaats van, gelijk anders geschiedt, nog gedurende een jaar naderhand tegen den meester ontvankelijk te blijven. In dit geval daarentegen kan, naar omstandigheden, het beginsel der actio exercitoria toepasselijk zijn (10).

Ook het kenteeken der quasi delicten is alzoo uitwendig, en zonder wetenschappelijke waarde.

(5) L. 16 D. *de Jud.* (5. 1) L. 5 § 5. 13 D. *de his qui eff.* (9. 3)  
L. 7 § 6 D. *Naut. caup. stab.* (4. 9)

(6) § 2 J. *h. t.*

(7) L. 15 *pr.* D. *de Jud.* (5. 1)

(8) L. 1 §§ 7. 8 D. *de his qui eff.* (9. 3)

(9) L. 7 § 6 D. *Naut. caup. stab.* (4. 9)

(10) L. 7 § 6 D. *in f.*

## BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

*Handleiding tot de kennis van de algemeene beginselen der belasting*, door Mr. JAN LUZAC. — Leiden, bij JAC. HAZENBERG Cz. 1857.

Het mag als een verblijdend teeken des tijds worden aangemerkt, dat de studie der staathuishoudkunde meer en beter beoefend wordt dan voor een twintigtal jaren, en dat de waarheden, die deze wetenschap leert, meer en meer doordringen in de overtuiging des volks. De wetgeving van de laatste jaren draagt er vele geïukkige blijken van; de toegenomen volkswelvaart, voor een groot deel het gevolg van eene betere opvolging der regelen, die deze wetenschap aan de hand geeft, is een krachtig bewijs voor de deugdelijkheid harer beginselen.

In één belangrijk opzigt echter laat de toepassing dezer beginselen bijna alles te wenschen overig: het is in dat der belastingen, «die in de huishouding van den «Staat zulk eene gewigtige rol spelen en waarmede de «bloei eener natie in het naauwste verband staat. Stelselmatige studie der belastingen wordt slechts bij weinigen aangetroffen. Uit die onwetendheid ontspruit dat «gebrek aan vaste gedachte, die dobbering der meeningen, die men, helaas! zoo dikwijls op dit punt aantreft. Het niet bezitten van gevestigde denkbeelden als oorzaak, dat de behendige redeneringen van hen, «die zoo dikwijls met bijoogmerken het goede tegenwerken, krachtigen invloed kunnen uitoefenen. Om «dien kwaden invloed te keeren, om buitendien op het «onhoudbare van versleten denkbeelden aandachtig te «maken, is het wenschelijk dat de waarheid, die het «resultaat van onderzoek is, zooveel mogelijk worde

«verspreid.» Daartoe mede te werken, was het doel van den schrijver der aangekondigde brochure, die daarin de aantekeningen heeft bijeengebragt, welke de beoefening der staathuishoudkunde hem ten aanzien der belastingen gelegenheid gaf te maken.

Men zou zich intusschen bedriegen, wanneer men in het werkje eene stelselmatige en volledige uiteenzetting van de theorie der belastingen zocht, waartoe trouwens eene ruimte van slechts 44 bladzijden druks geheel onvoldoende zou zijn. Des schrijvers bedoeling is blijkbaar eer geweest eene voor ieder bevattelijke zamenvoeging van de «door de staathuishoudkundigen algemeen aangegenomen of met de ervaring en de geschiedenis het meest strookende algemeene beginselen» omtrent belastingheffing te geven, dan om een wetenschappelijk werk over de theorie der belastingen te leveren; en hij is bescheiden genoeg, om te gelooven «dat zijn werkje «niet zooveel zal bijdragen, om een helder licht te verspreiden over de vele gewigtige vragen, die de beschouwing der belastingen doet oprijzen.» Als volksleesboek over belasting, waarin vele goede wenken en gezonde begrippen omtrent dit algemeen zoo kwalijk begrepen onderwerp worden aangetroffen, zou het boekje goede diensten kunnen bewijzen, wanneer alle des schrijvers stellingen en betoogen onberispelijk waren, en geene redeneringen daarin werden aangetroffen, die, uit een wetenschappelijk oogpunt, onjuist en verwerpelijk zijn.

Dat dit in de daad het geval is, moge blijken uit de mededeeling van sommige der aanmerkingen, waartoe de lezing der brochure ons aanleiding gaf.

Reeds des schrijvers bepaling van «wat belasting is» (§ 1) is niet gelukkig; hij zegt: «dat zij is het gedeelte «van het vermogen van den individu, dat door hem ter beschikking wordt gesteld van den staat.» Deze definitie nu kan in de eerste plaats alleen slaan op het

quantum, hetwelk eenig individu genoodzaakt wordt in de algemeene lasten bij te dragen; ten andere bevat het denkbeeld van een deel van zijn vermogen, ter beschikking van den Staat te stellen, iets vrijwilligs in zich, hetgeen hoogstens toepasselijk kan zijn op dons gratuits en zoogenaamde vrijwillige leeningen, waartoe men soms (getuige de wet van 6 Maart 1844) uitgenoodigd (!) wordt, terwijl in den regel belasting betalen niet dan gedwongen plaats heeft, zoodat soms dwangbevelen en parate executiën noodig zijn, om het verschuldigd quantum voor den Staat beschikbaar te *doen* stellen. Had de schrijver hier in het oog gehouden, dat de bedoeling van zijn arbeid, ook blijkens den titel der brochure, was, om over de ware beginselen te handelen, waarvan men, bij het heffen van belasting, behoort uit te gaan, hij had op de vraag: wat belasting is? welligt, en dan juist, met Mr. THORBECKE geantwoord: belasting is heffing voor publieke behoefte.

Op hetgeen de schrijver in dezelfde § zegt: dat er bij belastingheffing en belastingbetaling sprake is van eene ruiling, waarbij de Staat tegen het stoffelijke, dat de individu hem verschaft iets onstoffelijks in de plaats geeft, merken wij aan, dat het niet uitsluitend onstoffelijke zaken zijn, die de Staat voor het als belasting opgebrachte geld in de plaats geeft; men denke aan het aanleggen en onderhouden van wegen, vaarten, kanalen en andere werken van openbaar nut, zaken die voorzeker wel onder de stoffelijke zullen mogen gerangschikt worden. Hetgeen de S. zelf liet voorafgaan: dat de belasting een equivalent is voor de handhaving van ieders regten en voor de tegemoetkoming aan de zedelijke en stoffelijke behoeften der gezamenlijke individus, had hem voor deze misvatting kunnen vrijwaren, die nog eene andere schijnt veroorzaakt te hebben, wanneer de S. op bl. 40 zegt: dat hij die belasting betaalt,

zulks *om niet* doet, «in zoo verre namelijk, dat «hij geene stoffelijke zaak, maar slechts iets onstoffeliks, de bescherming van den Staat, in ruil krijgt.» Gesteld het ware zoo (des neen), dan nog zou het onjuist zijn te beweren, dat de belasting *om niet* wordt opgebracht; want ook het onstoffelijke heeft waarde, en er heeft tusschen den Staat die bescherming verleent, en den individu, die daarvoor belasting opbrengt, *échange de valeurs*, of juister, om met BASTIAT te spreken, *échange de services* plaats. Evenmin als de Staat eenen ambtenaar om niet betaalt, «wanneer deze zijne talenten en zijnen tijd» (beiden onstoffelijke zaken) «in «ruil voor de hem toegekende bezoldiging geeft» (aldaar), evenmin doet de individu het, die belasting geeft, in ruil voor bescherming van staatswege. De bevering is dan ook geheel in strijd met des S. eigen gezegde (hl. 2), dat er sprake is van eene ruiling, van een equivalent; want waar de een geeft *om niet*, dus zonder iets in de plaats te ontvangen, daar kan van geene ruiling, noch van equivalent sprake zijn, maar alleen van eene gift, als hoedanig de belasting, volgens des S. eigen woorden, niet te beschouwen is.

§ 3 heeft ten doel, om te betoogen, dat eene goede staatsinrigting een noodig (?) vereischte is voor eene goede belasting. Zijne bedoeling is deze: dat zonder eene goede inrigting der landsregering een doelmatig stelsel van belastingen meestal te vergeefs zal gezocht worden; hij doet zich als een voorstander van den constitutionnelen regeringsvorm kennen, wanneer hij zegt: «een goed belastingwezen is, op den duur, niet bestaanbaar als het zij het volk, het zij de vorst onbeperkt «gezag voert.» In dit betoog wordt echter de vermelding gemist van een der hoofdbeginselen der belastingheffing, in verband met het staatsbestuur, hierin bestaande: dat de staatsuitgaven tot het noodige behooren

beperkt te worden, ten einde de ingezetenen niet meer te doen opbrengen, dan tot bereiking van het staatsdoel volstrekt vereischt wordt, een beginsel 't welk zoo dikwerf, ook in constitutionnele Staten, uit het oog wordt verloren.

Van de verdeeling der belasting (§ 4) sprekende, waarmede de S. de onderscheiding der verschillende soorten van belastingen bedoelt, tracht hij het verschil tusschen directe- en indirecte belastingen in het licht te stellen. Of hij daarin gelukkig geslaagd is, zouden wij niet durven verzekeren; maar wel, dat de S. verzuimd heeft de, hetzij theoretische, hetzij praktische gevolgen dezer onderscheidingen aan te wijzen. Hij wraakt teregt de definitie bijv. door STUART MILL van indirecte belastingen gegeven, als zouden het die zijn: «que l'on demande à une personne dans l'espoir, qu'elle s'indemniserà aux dépens d'un autre, comme l'excise, que le marchand se fait rembourser par sa clientèle;» maar hij verzuimt de reden te vermelden waarom dat «rembourser» niet altijd, soms slechts gedeeltelijk, soms in het geheel niet plaats heeft, of om met den S. te spreken, waarom «het meermalen gebeurt, dat de belasting, bestemd om door de verbruikers te worden voldaan, geheel of gedeeltelijk op den voortbrenger nederkomt» (bl. 10); zij bestaat hierin, dat de accijns vervat is in den prijs der waren, en dat de prijs der waren niet slechts afhangt van de meestal onveranderlijke hoegrootheid der door den producent betaalde belasting, gevoegd bij de natuurlijke kosten van voortbrenging, zoo als de S. op bl. 34 ten onregte beweert; maar tevens van de dikwerf afwisselende verhouding, tusschen vraag en aanbod. Is het aanbod groot en de navraag gering, de producent zal dikwerf genoodzaakt zijn zijne waar tegen eenen prijs af te zetten, die, zoo hij al den betaalden

accijns dekt, hem geene winst overlaat; 't geen op hetzelfde nederkomt, als of men zeide: hij heeft be hoorlijke winst gehad, maar hij heeft niet de geheele som teruggekregen, die hij aan den Staat als accijns heeft voldaan.

De schrijver komt tot de slotsom, dat de belastingen op voorwerpen van verbruik, in den regel, geheven worden, met de bedoeling, om ze te doen drukken op de verbruikers, terwijl die welke niet op voorwerpen van verbruik rusten, met het oog voornamelijk op hen, van wie men de belasting vordert, geheven worden; in welken zin de eerste soort indirecte, de tweede directe belastingen kunnen genoemd worden (bl. 11). Ik betwijfel of men het met deze definitie veel verder brengen zal, dan men, tot nu toe, deed, en of zij de voorkeur verdient boven de mede door den schrijver aangehaalde bepaling van SAY: «On peut ranger sous deux chefs «principaux les différentes manières, qu'on emploie pour «atteindre les revenus des contribuables. Ou bien on leur «demande directement une portion du revenu qu'on «leur suppose; c'est l'objet des *contributions directes*; «ou bien on leur fait payer une somme quelconque sur «certaines consommations, qu'ils font avec leur revenu; «c'est l'objet de ce qu'on nomme en France, les *con- «tributions indirectes.*» Maar ik kan het groote nut van deze en dergelijke onderscheidingen niet inzien, al is het ook, dat ik in onze *wet op de middelen*, die in dit opzigt een vrij bont *durcheinander* oplevert (1), eenige

(1) De wet op de middelen erkent slechts de grondbelasting, de personele belasting en het patentregt, als *directe* belastingen; zij noemt, onder de *indirecte*, de successieregten op, voorzeker eene der meest directe belastingen, «parce qu'il est impossible à ceux qui les acquit- «tent d'en rejeter la moindre partie sur des tiers.» (C. PASSY, in *Dict. de l'économie polit.*, voce *impôt*); de belasting der gouden en zilveren werken, voorzeker eene verbruiksbelasting, is van de accijnsen gescheiden



meêrderc orde, ware het ook slechts welstaanshalve, wenschelijk zou achten.

Van meer belang is des schrijvers betoog, aangaande de voor- en nadeelen der directe en der indirecte belastingen. Hij is voorstander der eersten, ofschoon hij de laatsten niet verwerpt, mits niet op voorwerpen van eerste noodzakelijkheid gelegd, maar bij voorkeur geheven van die voorwerpen, die men ontberen kan, zonder aan de billijke eischen van het dagelijksch leven en de zorg voor de gezondheid te kort te doen. De directe belasting voldoet, naar des schrijvers oordeel, aan de twee groote vereischten van iedere goede belasting, «als gegrondvest op verkregen en te schatten rijkdom, «en geheven wordende op het inkomen;» het vermoeden, zegt hij, waarvan men bij hare heffing uitgaat, steunt op uitwendige teekenen. Dat zij *daarom* minder gevaar zou loopen van willekeurig te zijn, zouden wij den schrijver niet toegeven. Die uitwendige teekenen zijn dikwerf zeer bedriegelijk, en men zou veeleer mogen zeggen dat de verbruiksbelasting, waarbij juist in evenredigheid der verbruikte aan accijns onderworpen waren geheven wordt, veel minder gevaar loopt van willekeurig te zijn. De S. had met meer grond kunnen zeggen, dat de nadeelen, die aan de verbruiksbelasting verbonden zijn, veel grooter zijn, dan die, welke de soms onvermijdelijke willekeur, bij de heffing van directe belastingen, medebrengt. De eersten treffen allen, door dat zij der nijverheid en zoo doende der volkswelvaart schaden, en bovendien, omdat zij den onbemiddelde,

door de indirecte belastingen en door de in- en uitgaande regten en scheepvaartregten; de inkomsten van gewone domeinen, tienden enz., die onder de afdeeling: *verschillende ontvangsten* schijnen te behooren, volgen op den waarborg en belasting der gouden en zilveren werken; daarop volgen de ophiengst der posterijen, der staatsloterij en van de uitgegevene jagt- en vischakten; waarna men het regt op de mijnen aantreft.

vergelijkenderwijs, oneindig veel meer in de algemeene lasten doen opbrengen, dan den vermogende of den goede; de willekeur der laatsten treft meestal slechts enkelen.

Ofschoon de S., in § 6. over progressieve en proportionnele belasting sprekende, zegt, over de innerlijke waarde dier beide stelsels geen uitspraak te willen doen, maar zich tot eenige opmerkingen van algemeenen aard te zullen bepalen, zoo kan men toch uit de door hem geleverde beschouwing opmaken, dat hij niet genoeg doordrongen schijnt te zijn van het wetenschappelijk onhoudbare der progressieve belasting, het stokpaardje van communisten en socialisten. De S. zegt de uiterste consequentie der progressieve belasting, die op eene heffing van 100 pct. of op de absorbering van het geheele inkomen uitloopt, minder te vreezen (hij noemt die vrees zelfs *ongegrond*), «omdat zij dit met iedere belasting gemeen heeft, dat tot in hare uiterste consequentie doorgedreven, zij in het ongerijmd vervalte.» Daargelaten, dat de reden van geruststelling vrij subjectief is, zoo geloof ik niet, dat hetzelfde van de proportionnele belasting kan worden gezegd, die voorzeker «tot in hare uiterste consequentie kan worden doorgedreven», zonder dat men in ongerijmdheden vervalte. Of is het ongerijmd dat, bijv., bij eene evenredige belasting van 5 pct. op het inkomen, bij die f1000 inkomen heeft, f50, maar die f100,000 inkomen heeft f5000 betale? — Dat, gelijk de S., ter dezer plaatse, verder beweert, *alle* bezwaren der progressieve belasting worden weggeruimd, door een maximum en een minimum te stellen, vindt tegenspraak in hetgeen hij zelf daarop laat volgen: dat de sommen boven het maximum en onder het minimum een voorregt genieten, door onbelast te blijven, «een voorregt op zich zelf onregtvaardig, «maar niet te vermijden.» Doch ook dit laatste, ofschoon het tegen de progressieve belasting, als onregt-

vaardig, getuigt, is niet volkomen juist; want het is geene onregtvaardigheid, noch een voorregt, wanneer men den ambachtsman, die slechts *f* 300 inkomen heeft, niet in de directe belasting doet dragen, niet omdat hij ongehouden zoude zijn, om, in evenredigheid van zijn vermogen, tot bestrijding der algemeene uitgaven bij te dragen, maar op grond, dat hij zulks reeds meer dan genoeg doet, door van bijna alle waren die tot zijn levensonderhoud noodig zijn, als zout, azijn, bier, brandstoffen, vleesch enz. accijns te moeten voldoen. — De S. erkent op meer dan ééne plaats van zijn geschrift, dat de Staat behoort te zorgen, dat de lust tot spaarzaamheid niet worde uitgedoofd of belemmerd, daar hij terecht begrijpt, dat kapitaal, de eenige bron van arbeid, alléén door besparing, op het verbruik van het inkomen, kan verkregen worden; en vermits hij mede betoogt, dat progressieve belasting, wordt deze niet met de uiterste omzigtigheid in toepassing gebracht, den doodsteek zou kunnen geven aan nijverheid en handel, door de kapitalen uit het land te drijven, en dat zij bovendien eene straf is op de kapitaalvorming, daar men te zwaarder getroffen wordt, naar mate men meer kapitaal vormt door besparing, had hij de progressieve belasting, uit een wetenschappelijk oogpunt, geheel behooren te verwerpen. Had de S. het uitmuntend werk van Mr. E. VAN VOORTHUIZEN: *De directe belasting, inzonderheid die op de inkomsten* geraadpleegd, hij zou, op bl. 78—83 van het *tweede* deel, zooveel tegen het gevoelen van SAY, die een voorstander van het progressief stelsel was, hebben aangetroffen, dat hij waarschijnlijk tot andere gedachten gekomen zou zijn, en dat stelsel, met de door Mr. VAN VOORTHUIZEN aangehaalde Duitsche, Fransche en Engelsche Economisten, geheel zou hebben afgekeurd. «En matière d'impôt,» schreef te regt H. PASSY (in *Dict. de l'écon. polit.* t. a. p.) «il est un principe fondamental, dont on ne saurait s'écarter

«impunément, *c'est le principe de la proportionnalité.*»  
«L'impôt ne doit peser que sur les choses et non sur  
«les personnes, et toute combinaison qui se propose  
«d'appeler les individus à concourir aux dépenses publi-  
«ques, dans une mesure autre que celle de la part  
«même, dont ils jouissent dans le revenu général, ne  
«peut produire que des résultats à la fois injustes et  
«pernicieux.»

Maar genoeg aanmerkingen reeds op den arbeid des  
schrijvers, die, naar ik hoop, zich wel zal willen over-  
tuigd houden, dat deze aanmerkingen geenszins ten  
doel hebben om zijn werk te veroordeelen; wij erken-  
nen integendeel daarin veel goeds te hebben aangetrof-  
fen, en gelooven dat het boekje zijn nut kan hebben,  
voor velen, wien het aan tijd of middelen ontbreekt om  
de meer wetenschappelijke werken over dit onderwerp  
te raadplegen. Misschien dat de schrijver zich door de  
gemaakte aanmerkingen overtuigen laat, dat zijne stu-  
diën, ten deze, nog niet zoo geheel volledig zijn, als hij  
schijnt gemeend te hebben, toen hij een arbeid aan de  
openbaarheid overgaf, die ten doel had, om in het ge-  
brek aan «stelselmatige studie der belastingen» te hel-  
pen voorzien. Want hoeveel goeds het werkje ook  
inhoudt, vooral waar de schrijver op «het onhoudbare  
«van versleten (?) denkbeelden indachtig maakt», —  
stelselmatigheid is, noch in de volgorde der tien §§,  
noch in de behandeling der vele gewigtige vragen,  
waartoe de beschouwing der belastingen aanleiding geeft,  
zigbaar. De schrijver, die blijkbaar op den goeden weg  
is, en het onderwerp niet zonder vrucht heeft beoefend,  
zette zijne studiën voort; het zal hem gewis in staat  
stellen, om later een meer degelijk en wetenschappelijk  
werk te leveren, dan het hierboven door ons aangekon-  
digde.

G. A. FOKKER.

---

*Vijfde verzameling van Regtsgeleerde Adviezen.  
(Met een register over de vijf verzamelingen.)*

Te 's Gravenhage, bij GEBROEDERS BELINFANTE,  
1857, XVIII en 281 blz., in 8<sup>o</sup>.

Ook deze laatstverschenen verzameling zal, hopen wij, zich in dezelfde gunstige ontvangst verheugen, als die aan hare voorgangsters is ten deele gevallen. Zij bevat een zestigtal adviezen, in den vorm der vorige opgesteld, waarin voornamelijk regtsvragen uit het Burgerlijk en Koophandelsregt behandeld worden, terwijl die uit het Staats- en Volkenregt ook veelal betrekking hebben op zwarigheden, die zich in het voeren van gedingen tusschen privaat-personen kunnen voordoen. Eene groote verbetering hebben de redacteuren in de laatste verzameling gebragt, door de opgaven der literatuur en jurisprudentie in de vroegst opgestelde adviezen bij te werken tot aan den tijd der uitgaaf, terwijl die vermelding van autoriteiten ook, in het algemeen gesproken, vollediger is dan in de eerste bundels. Hoewel vele zeer uitgewerkte stukken thans geleverd zijn, bijv., dat op blz. 185—198, meenen wij intusschen de opmerking te moeten herhalen, die in onze aankondigingen, in dit Tijdschrift van de vorige verzamelingen reeds is gemaakt: de korthed, in den vorm in acht genomen, heeft niet altijd tot verkrijging van volledigheid en duidelijkheid gestrekt. Hoewel wij gaarne erkennen dat deze bedenking het uitvloeisel wezen kan van onze persoonlijke beschouwing omtrent de wijs, waarop deze of gene vraag diende te zijn behandeld, zoo zal het ons, vertrouwen wij, niet ten kwade geduid worden, zoo wij er nog bijvoegen, dat het punt, waarop ons alles scheen aan te komen, door de stellers der adviezen enkele malen niet geheel voldoende is aangewezen en afgehandeld. Wij kwamen tot deze opmerking door het vergelijken

van twee der opstellen, in tegengestelden zin, omtrent de vraag of eene in het buitenland opgerigte naamlooze vennootschap bevoegd is hier te lande in regten op te treden. In de vierde verzameling was (blz. 172—179) eene *ontkennende* beantwoording opgenomen; thans (blz. 175—179) wordt verklaard dat een vernieuwd onderzoek tot de overtuiging geleid heeft, dat een *bevestigend* antwoord het eenige ware is. De voorname grond, waarop die ommekeer heeft plaats gegrepen, is de volgende: «Onze tegenstanders schijnen niet juist te onderscheiden tusschen den inhoud en — wat men pleegt te noemen — de essentie van eene overeenkomst. Een vorm nu — gelijk de bewilliging verleend op de acte van oprigting — kan behooren tot de essentie van een contract, nimmer echter tot zijnen inhoud. De wetgever immers kan wel de inachtneming van sommige vormen op straffe van nietigheid voorschrijven, en derhalve het bestaan (,) het wezen (de essentie) (,) der overeenkomst niet erkennen, waar die vormen niet in acht zijn genomen, maar hij kan den aard der zaken niet veranderen, en bepalen, dat hetgeen alleen betreft «de wijze, waarop de wil van partijen zich uit» voortaan een deel van «het onderwerp hunner verklaring,» met andere woorden, dat de vorm een deel van den inhoud zal uitmaken.» De slotsom der schrijvers is dan ook dat: «de bewilliging van den Nederlandschen Koning, ingevolge art. 36 Wetb. van Kooph. op de akte van oprigting van naamlooze vennootschappen vereischt, behoort tot den vorm der overeenkomst.»

Hetgeen wij nu hier gaarne onderzocht hadden gezien is, of die koninklijke goedkeuring niet iets meer geeft dan eene toestemming om naar den inhoud van het algemeen regt te handelen, en of er niet daardoor een exceptieve regtstoestand ontstaat tusschen de vennooten en vooral tusschen hen en derden. Zij kan immers,

meenen wij, niet, zoo als in het advies in de vijfde verzameling (bl. 179) gedaan wordt, gelijk gesteld worden met de formaliteiten voor uiterste wilsbeschikkingen voorgeschreven: door deze wordt slechts boven allen twijfel verheven dat de acte op wettige wijze is opgemaakt; geen bijzonder voorregt tegen een algemeen wettelijke voorschrift wordt er door verleend. Geheel iets anders is het effect der koninklijke goedkeuring der statuten eener naamlooze vennootschap: de vennoten verkrijgen onder anderen daardoor het exceptieve regt om niet verder dan voor het volle beloop hunner aandeelen aansprakelijk te zijn (art. 40 van het Wetb. van Kooph.). Het is nu de vraag of de goedkeuring door den Koning niet veel meer is dan een bloote vorm, ja zelfs of er het wel toe doet dat zij niet tot den inhoud van het contract behoort, zoo als de schrijver in de *Opmerkingen en mededeelingen* (X. bl. 7) betoogt. Worden er aan de contractanten niet door de goedkeuring regten tegen derden gegeven, die zij zonder dit niet zouden gehad hebben en behoorde het niet onderzocht te worden, of het effect van dit privilegie de vennoten ook in een vreemd land volgen kan? Wij vermeten ons niet om thans te beslissen tot welke uitkomst het onderzoek der vraag uit dit oogpunt leiden zou; wij durven b. v. voor het oogenblik niet uitmaken welke argumenten uit de bepalingen der wet omtrent den zoogenaamden stillen vennoot in eene firma kunnen getrokken worden, die ook slechts tot het bedrag van zijnen inbreng aansprakelijk is (art. 20 van het Wetb. van Kooph.). Wij vertrouwen echter dat eene beschouwing uit dit standpunt van deze zoo betwiste vraag veel zou bijdragen tot een betere oplossing dan tot nu toe geleverd is.

Ter aanvulling der literatuur mag hier wel de aandacht gevestigd worden op twee opstellen in het *Week-*

*blad van het Regt* (n<sup>o</sup>. 1873 en 1885), waarin de leer der adviseurs bestreden wordt omtrent de vraag: «Is eene actie tot schadevergoeding, alleen op grond van wanpraestatie eener overeenkomst, ontvankelijk zonder dat tevens daarbij de ontbinding van die overeenkomst wordt gevraagd?» Met den Hoogen Raad was zij (bl. 113) ontkennend beantwoord; op goede gronden, zoo het ons voorkomt, wordt in beide die opstellen de tegenovergestelde meening voorgestaan.

Een der adviezen, waarmede wij ons niet hebben kunnen vereenigen, is het achtste der staatsregelijke. Dat de regter zijne uitspraak niet mag doen rusten op een beginsel van volkenregt, alleen omdat hijzelf het voor juist houdt, hoewel het in geen tractaat geschreven staat, wordt op, zoo ons voorkomt, goede gronden daarin betoogd. Maar dat de regter geen gewoonterecht bij de toepassing van het volkenregt mag erkennen, zoo als verder (bl. 34) beweerd wordt, is, dunkt ons, te ver gegaan. Allerminst kunnen wij een beroep op art. 3 der wet «houdende algemeene bepalingen der wetgeving *van het koninkrijk*» voor gegrond houden. Tractaten kunnen niet gelijk gesteld worden met de wetten, waarvan art. 1 gewaagt; in de derde verzameling der adviezen is dit (bl. 2) reeds aangetoond. Het zijn de wetten van het koninkrijk, die niet door gewoonterecht mogen worden aangevuld, omdat verondersteld wordt dat het geschreven regt op alles voldoende uitsluitel geeft. Het volkenregt daarentegen heeft bij verre na dien trap van ontwikkeling nog niet bereikt, en het zou tot groote moeilijkheden aanleiding kunnen geven, zoo de bevoegdheid aan den regter niet gelaten werd om de gewoonte als wet te doen gelden.

Naar drukfouten hebben wij niet gezocht; twee zijn ons echter opgevallen: de eerste in de noot op bl. 52, waar de 2066ste en volgende jaargangen van het *Bijvoegsel op het Staatsblad* worden aangehaald; de



tweede op bl. 97 waar, in de aanhaling van artt. aan het hoofd van het zeventiende advies, 1628 staat voor 1618.

Voor het alphabetisch register op de vijf verzamelingen mag de lezer erkentelijk zijn; wij vertrouwen dat het geen teeken is dat de schrijvers met dit stuk hunnen arbeid hebben willen besluiten.

J. D. W. v. C.

---

*Strafwetten. — Opgave van speciale wetten en Koninklijke besluiten, als algemeene maatregelen van inwendig bestuur, welke onderwerpen behelzen, waarop strafbepalingen zijn vastgesteld of betrekking hebben, en welke met en benevens het Wetboek van Strafrecht regtsgeldende zijn, met aantekeningen verzameld; door Mr. A. J. VAN DEINSE, Raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof van Zeeland. — Middelburg, bij J. C. en W. ALTORFFER, 1857, VIII, 262 blz. in 8<sup>o</sup>.*

De verdienstelijke auteur van *De algemeene beginselen van Strafrecht*, heeft de regtsgeleerde wereld weder met eene nieuwe pennevrucht verrijkt, en daarmede voorzien in eene sedert lang reeds dringend gevoelde behoefte. Het behoort toch zeker niet tot de minste der voortreffelijkheden onzer fraaije strafwetgeving, de groote moeilijkheid die daaraan in de praktijk verbonden is. Voor iemand, die nog niet door eene ondervinding van lange jaren eindelijk geleerd heeft den weg te vinden in het labyrinth van wetten van Franschen oorsprong, van wetten ter aanvulling van leemten in den Code Pénal, van wetten houdende strafbepalingen tegen overtredingen van bijzonderen aard, van algemeene maatregelen van inwendig bestuur, van algemeene reglementen, enz., is het

eene volslagen onmogelijkheid om dadelijk met zekerheid en volledigheid te weten of, en zoo ja, welke strafbepalingen op het een of ander onderwerp gesteld zijn. De zucht van de regering van koning WILLEM I om bijna alles bij koninklijke besluiten te regelen, heeft daar ook niet weinig toe bijgedragen. Nemen wij een enkel voorbeeld: na de wet van 21 Augustus 1816, (*Stbl.* n°. 34), bepalende het eenvormig stelsel van maten en gewigten, zijn er op dat stuk, en het daarmede ten naauwste verknochte ijkwezen, gevolgd niet meer of minder dan 53 koninklijke besluiten. Een leiddraad is derhalve in dezen ongelukkigen toestand der codificatie een volstrekt vereischte. Als zoodanig is dan ook het werk van Mr. VAN DEINSE eene ware dienst, aan het regtsgeleerd publiek bewezen.

De titel geeft ons aanleiding tot eene enkele opmerking. Had die niet duidelijker kunnen wezen? Opgave van speciale wetten en koninklijke besluiten, als algemeene maatregelen van inwendig bestuur; — wanneer wij die woorden à la lettre opvatten, dan zouden zoowel de speciale wetten als de koninklijke besluiten algemeene maatregelen van inwendig bestuur zijn; doch de Grondwet, en zonder eenigen twijfel Mr. VAN DEINSE insgelijks, hecht eene andere beteekenis aan die uitdrukking; alleen bij koninklijk besluit wordt eene maatregel van inwendig bestuur genomen; niet bij de wet. De titel van het werk zou hier dus den schrijver verdacht kunnen maken van eene ketterij, die hij niet bedoeld, en blijkens den inhoud van het boek ook niet gepleegd heeft.

De vorm, dien de schrijver gekozen heeft, is die eener alphabetische lijst; voor het onderwerp als het hier behandelde, zeker wel de geschiktste. Voor het gemak bij het gebruik is gezorgd door talrijke verwijzingen, zoodat men op verschillende plaatsen op den weg kan

geholpen worden tot datgene wat men zoekt. Voorts vindt men op elk artikel vermeld waar de wettelijke verordeningen, die op dat stuk bestaan, kunnen gevonden worden, en het voornaamste, wat de litteratuur daarover heeft opgeleverd. Eindelijk heeft de schrijver, in navolging van Mr. SCHOONEVELD, overal een verslag bijgevoegd van de bestaande jurisprudentie. Vooral dit laatste geeft aan het werk van Mr. VAN DEINSE groot nut voor de praktijk. Wel is waar toch ontmoeten wij, gelijk van zelf spreekt, in dat gedeelte van het werk van Mr. VAN DEINSE veel, wat reeds door Mr. D. LÉON in het 1ste deel zijner Regtspraak is opgenomen, maar het tijdvak van zeven jaren, hetwelk verlopen is, sedert Mr. LÉON zijn eerste deel in het licht gaf, een tijdvak dat de meesie onzer belangrijkste organieke wetten heeft zien geboren worden, en derhalve ook voor de jurisprudentie veel gewigtigs heeft opgeleverd, maakt het werk van Mr. VAN DEINSE, waar de jagtwet, de gemeentewet, de belastingwetten en anderen, waarover onophoudelijk regterlijke beslissingen vallen, wat de jurisprudentie betreft, tot den laatsten dag zijn bijgewerkt, tot een handboek dat op de tafel van elken regter en practizijn eene plaats verdient naast de Regtspraak van den Hoogen Raad.

Wat den eigenlijken inhoud verder aangaat, zoo vergunne de schrijver ons twee opmerkingen. Wij treffen op de lijst aan de Grondwet en de Wet van 26 April 1852, *Stbl.* n<sup>o</sup>. 92, houdende regeling der afkondiging van algemeene maatregelen van inwendig bestuur van den Staat. De eerste is ongetwijfeld opgenomen, omdat zij ons geheel Staats-organisme beheerscht; de tweede omdat de algemeene maatregelen van inwendig bestuur, wat de afkondiging betreft, aan haar moeten getoetst worden. Maar nu blijft nog steeds de vraag onbeantwoord, op welker moeijelijkheid wij reeds in den aanvang wezen: Wat zijn algemeene maatregelen van inwendig bestuur?

Niet zonder grond noemt Mr. J. R. THORBECKE (1) dit een der duistere, door de wet nog onaangeroerde, hoofdpunten van ons administratief regt. Het spreekt van zelf dat de oplossing van dit staatsregelrijk vraagstuk niet te huis behoort in het werk van Mr. VAN DELNSE, maar om der volledigheid wille, hadden wij gaarne melding zien gemaakt van de eenige verordening, die, al maakt zij de zaak niet uit, toch eenigermate als leidraad in deze materie kan dienen. Bij een koninklijk besluit van 7 Junij 1829, n<sup>o</sup>, 4, houdende de instructie van den Raad van State, worden in artt. 1 en 3, ettelijke onderwerpen van algemeene maatregelen van inwendig bestuur opgenoemd. De opname daarvan ware misschien niet misplaatst geweest, omdat dit besluit, eveneens als de wet op de afkondiging, tot het onderwerp van maatregelen van inwendig bestuur eenigermate in betrekking staat.

In de tweede plaats mogen wij vragen, waarom de wet op het regt van zegel, en die op de registratie niet opgenomen? In deze worden immers ook strafbepalingen aangetroffen; op sommige overtredingen daarvan zijn boeten gesteld. Bij de groote zorg en naauwkeurigheid, waarmede overigens alles is bijeenverzameld, is het verre van ons, dat wij het niet vermelden dezer belangrijke wetten aan verzuim zouden toeschrijven. De geachte schrijver heeft daarvoor zeker zijne redenen, en goede redenen gehad. Van welken aard die echter geweest zijn, is ons niet regt duidelijk.

Ten slotte zij nog vermeld, dat de uitgevers van hunne zijde alles hebben aangewend om den uitwendigen vorm in netheid te doen beantwoorden aan de deugdelijkheid van den inhoud.

's GRAVENHAGE,  
25 November 1857.

H. G. LAGEMANS.

(1) Aanteekening op de Grondwet, I, bl. 131. Deze woorden hebben, ofschoon in 1841 geschreven, nog steeds hunne volle beteekenis.

---

(BUITENLANDSCHE LITERATUUR.)

*Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr. Beiträge zur Geschichte der Entwicklung des Rechts bei den Römern*, von Dr. H. A. A. DANZ, ordent. Professor u. Oberappellationsrath zu Jena. — Jena 1857. VIII en 248 bl. 8°.

Bovenstaand werk van den Jenaschen Hoogleraar, die zich ook reeds door andere geschriften, onder anderen eene regts-geschiedenis en eene verhandeling over de litiscontestatio, had bekend gemaakt, is zijn ontstaan verschuldigd aan het doel des schrijvers, om voor zich zelve de betrekking tusschen godsdienst en regt in de oudste periode van den Romeinschen staat tot klaarheid te brengen. Het bestaat uit vijf door ééne grondgedachte verbondene opstellen.

In de inleiding (S. 1—13) laat de schrijver eenige algemeene beschouwingen over het ontstaan van formele *negotia juris* (Rechtsgeschäfte), bescherming van regtsbetrekkingen, en *negotia juris* met sacralen vorm voorafgaan, als grondslag voor de verschillende onderwerpen der vijf volgende verhandelingen.

In § 1 der inleiding behandelt hij het ontstaan van formele *negotia juris*. De oudste regtsvormen hebben hun bron in de gewoonte; de reden waarom zij zich zóó en niet anders vertoonen, is in de noodzakelijkheid gegrond. — Zij zijn óf wezenlijk óf niet-wezenlijk. De eersten, welke ten doel hadden om den wil van partijen *kenbaar* te maken, waren de oudste; de tweede, welke de *bewijsbaarheid* van dien wil beoogden, de jongste, verdrongen langzamerhand de eersten. Naar mate de zekerheid der uitlegging toenam, verminderde de behoefte om den wil door bepaalde vormen kenbaar te maken, en nam de zorg toe om de gevolgen van dien

wil te verzekeren. In het oudere regt gold het beginsel: niet wat partijen *willen*, maar wat zij *uitspreken* is regt; in het latere daarentegen de tegenovergestelde regel: in *contrahendo quod agitur pro cauto habetur*. Die oudste vorm kon zijn doel, kenbaarmaking van den wil, bereiken door woorden, of, waar deze onvoldoende waren, door symbolen; in den oudsten tijd bekleedden deze laatsten de voornaamste plaats; naar mate de taal ontwikkelder werd, geraakten zij meer in onbruik. De wil van partijen om eene regtsbetrekking te doen ontstaan, vereenigt twee bestanddeelen in zich; zij willen eene betrekking doen ontstaan, en tevens dat die betrekking eene regtelijke, d. i. door het regt beschermde, zijn zal. Volgens het beginsel, dat de wil als regt geldt slechts voor zoo verre die is uitgesproken, moeten daarom beide bestanddeelen, en de inhoud der regtsbetrekking en de bedoelde uiterlijke werking, worden uitgesproken. — De volgende § (S. 6—11) ontwikkelt den aard der bescherming van regtsbetrekkingen; die bescherming kan, al naar mate zij van den staat of van de Goden uitgaat, eene civiele of eene sacrale zijn. De civiele regtsbescherming is in den oudsten tijd zuiver negatief en afwerend; de staat laat de eigen hulp (*Selbsthülfe*) toe en ontzegt aan hem, die eens anders regt geschonden heeft, zijne hulp; in den aanvang is die negatieve bescherming geheel onbeperkt, later beperkt tot het noodzakelijke. Er bestaat evenwel ook een positieve bescherming door den staat, welke op een hooger beginsel berust; hier is het niet meer het ontzeggen van bescherming aan den belediger, maar het verschaffen van hulp aan den beledigde. De laatste, de positieve bescherming, trad eindelijk in de plaats der negatieve. — De sacrale bescherming is daarentegen altijd negatief, omdat men geene onmiddellijke inmenging der Goden in menschelijke betrekkingen kende. — De laatste § (S.

11, 12) handelt over *negotia juris* met sacralen vorm. Het stond aan de keuze van partijen bij het aangaan van *negotia juris*, of zij zich daarvoor de civiele of de sacrale bescherming wenschten te verzekeren; hadden zij door een bepaalden vorm de laatste ingeroepen, dan bestond er een *negotium juris* met sacralen vorm.

In het eerste hoofdstuk wordt de *promissio* eed in het algemeen behandeld, als middel om de saerale bescherming te verkrijgen (S. 13—102). Eerst gaat de schrijver den uitwendigen vorm en de verschillende bestanddeelen van den eed na; vervolgens behandelt hij de rechtsgevolgen.

De eed, *jusjurandum*, bestond uit twee bestanddeelen: 1<sup>o</sup>. de in verba geconcepioneerde stof, het *promissum*; 2<sup>o</sup>. de *precatio*, welke laatste wederom uit twee deelen bestond: a. het *jusjurandum* in engeren zin (Dii me adjuvent); b. de *exsecratio* (*adversorum precatio* s. *deprecatio*).

Die verschillende bestanddeelen worden aangewezen in eene vergelijking van POLYBIUS III. 25 en PAULUS DIACONUS v. *lapidem silicem*. Zoude de eed gevolgen hebben, dan moest die bovendien *conceptis verbis* worden afgelegd; een andere eed kon hem, welke dien had gezworen, wel moreel verplichten, maar had geen sacrale gevolgen; verbrak hij een' zoodanigen minder formelen eed, hij werd slechts *mendax*, geen *perjurus*; alleen hij, die *sciens* een in verba geconcepioneerden eed had gebroken, beging een *perjurium*. *Verbis conceptum* nu was een eed, waar en het *promissum* en de *precatio* duidelijk waren uitgesproken, § 1, S. 13—19. Vervolgens beschouwt de schrijver de verschillende bestanddeelen van den eed.

Vooreerst de *precatio*; deze was het eigenlijk kenmerkend gedeelte van den eed. In 't algemeen was *precatio* iedere aanroeping der Goden, zoo om gunstigen uitslag op eene onderneming te verkrijgen, als om hen

op te roepen tot bestraffing van overtreders. Soms vereenigde dit woord beide beteekenissen in zich, soms daarentegen kwam het slechts in een van beiden voor. De bede om hulp werd meer bepaaldelijk *jusjurandum* genoemd en tot Diiovis gerigt; die om straf, *exsecratio*, rigtte zich tot Vediovis. De Jupiter Jurarius vereenigde beide eigenschappen van helper en straffer in zich. Die precatio moest ondubbelzinnig en volledig zijn, met name moest zij alle levens- en regtsbetrekkingen bevatten, waarvan hij, die den eed aflegde, in geval van perjurium wilde zijn uitgesloten, § 2, S. 19—24. Zou uit den eed eene werkelijke verplichting ontstaan, welke nakoming des noods door dwang kon worden verkregen, dan moest er bij hem, die zich verbond, geen de minste twijfel bestaan omtrent den wil van de partij, aan wie hij zich verbond, en moest de eerste wederkeerig op ontwijfelbare wijze zijn wil kenbaar maken, om zich aldus te verbinden. Hiertoe strekte het *praeire verbis* en het daarin implicite vervatte nazeggen der voorgesprokene woorden. Dit was een tweede bestanddeel van den eed. Het voor- en nazeggen van bepaalde woorden is op zich zelf, gelijk men ten opzichte der stipulatio wel eens heeft beweerd, niet voldoende om eene regtelijke verplichting te doen ontstaan. Daaruit blijkt alleen het bestaan van een promissum, niet de onderwerping aan een regtsdwang te dier zake. De wil om eene belofte, welke vervulling door dwang kan worden verkregen, af te leggen, moet evenzeer blijken. Dit geschiedde door het *praeire verbis*, hetwelk en het promissum en de precatio in zich bevatte. — Van hem, die een ander door een eed aan zich wilde verbinden, zeide men *exigit* of *adigit jusjurandum*. Het onderscheid bestond daarin dat het *jusjurandum exactum* mogt worden geweigerd, het *adactum* niet. Eindelijk werd nog tot het wezen van een solemnel eed vereischt, dat er gezworen werd bij zekere



bepaalde of bij alle Goden, § 3, S. 24—32. De in verba geconcipeerde eed moest in eene bepaalde betrekking worden gebragt tot de Goden; hiertoe diende het *Deos testes facere*, een derde bestanddeel van den eed; door eene bepaalde aanroeping maakte men de Goden tot ooren in den oudsten tijd ook tot oog-getuigen der handeling. Op zich zelf heeft het aanroepen van getuigen geene rechtsgevolgen; alleen dan is dit geval wanneer het zien of hooren van een voorval den getuige tot een handelen of niet-handelen verplicht. Dat had plaats, waar het volk of de Goden als getuigen waren opgeroepen. Aan iedere onderneming gingen auspicia vooraf, waaruit bleek of de Goden gunstig dachten over de te verrigtene handeling; zoo ja, dan was het een *justum ac pium*, dat onder hunne hoede stond; hij die daartegen handelde, beging een *impium facinus* en maakte de Dii *irati*, hem, die het in tegenwoordigheid en onder goedkeuring der Goden verrigte doorzet, daarentegen waren zij *propitii*. Zij werden alzoo door het zien en hooren der handeling tevens beoordeelaars daarvan en het doel van het *Deos testari* was om den eedbreukige aan hun' toorn te onderwerpen. Door de *testatio* verzekerde men zich van de tegenwoordigheid, door de *auspicia* van de goedkeuring der Goden. Het laatste werd langzamerhand overtollig en men nam nog alleen *auspicia* om beslissing te verkrijgen over het *utile* of *inutile*. De beschouwing van PLAUTUS, *Rud.* V. 2. 46 sqq., waar alle bestanddeelen van den eed plastisch voorkomen, besluit deze §. § 4, S. 33—47. Het gevolg van het *sciens fraudare* van den eed, *perjurium*, was de *ira Deorum*. Deze bestond in den regel daarin, dat de Goden aan hem, wien de eed gezworen was, toelieten om wraak, of ook eigen hulp te nemen, zonder dat hij behoefde te vreezen daardoor onregt of zonde te zullen begaan. Slechts in enkele gevallen grepen zij zelve onmiddellijk in. (Verg. § 2 der Inl.);

met andere woorden, hij, die zich door een eed eene gelofte had laten doen, had de *sacrale manus injectio*, en evenmin als bij de *civiele manus injectio* mogt de schuldige vim depellere. Die *ultio Deorum* was echter in vele opzigten beperkt. Vooreerst heeft men hier slechts te denken aan de *ultio* van dien God, onder wiens bijzondere hoede de betrekking stond, welke in geval van het *perjurium* niet meer zoude zijn beschermd. Ten anderen strekte zich die *ultio* of *vis nocendi* niet verder uit dan tot de bepaalde in den eed opgenoemde voorwerpen. (verg. § 1 der *Inl.*) Ging de beleedigde in zijne wraak of eigenhulp verder, hij handelde zelf impie en injuste. In de oudste eedformulieren worden dan ook bepaald alle die voorwerpen opgenoemd, waarover de *ira Deorum* zich zal uitstrekken. Eindelijk strekt de werking van den eed zich nooit verder uit dan tot den dood van hem, die den eed gezworen heeft, en in den regel niet na den dood van de partij, aan wie gezworen is. Zelfs dan wanneer de zwerende, bij uitzondering, den toorn der Goden ook tegen zijne nakomelingen inroept, is de werking verschillend; slechts zich zelven kan hij *execreren*, tegen anderen alleen eene *imprecatio* of *obtestatio* uitspreken. Hij kan zich daarentegen verbinden tegenover de successoren van hem, aan wien hij gezworen heeft. § 5 S. 47—62. De eed had voor hem, die gezworen had, in de eerste plaats de werking, dat hij was *religione adstrictus*; dit was het algemeenste gevolg van iederen eed. Maar bepaaldelijk het *perjurium*, het breken van den *eed conceptis verbis* had eene uitsluiting van alle openlijke, private et civiele *sacra* ten gevolge. Het *perjurium* was een *impium facinus*, de *perjurus impius*; 't was de plicht van den *pius* om de gemeenschap met den *impius* bij de *sacra* te vermijden. Waren deze door de tegenwoordigheid van een *impius* verontreinigd, was er een *piaculum* bedreven, dan

gaven de Goden door signa en prodigia hun toorn daarover te kennen. De handeling, waardoor hij, die den eed aflegt, zich in den toestand brengt van uitsluiting in geval van perjurium, heet naar haren inhoud *exsecratio*, naar haren vorm *detestatio*. Reeds het woord *exsecratio* geeft eene uitsluiting van de sacra te kennen; gelijk het *exesto* de zuiver factiesche onthouding van zekere sacra, waaraan men geen deel nemen kon, aanduidde, was de *exsecratio* eene uitsluiting van die sacra, waartoe men anders gerechtigd was; daarom was ook slechts de eed bij dien God van gevolg, aan wiens sacra men deel had. Wegens het verband tusschen de curia, de gens en de familia was de *exsecratio* in haar uiterste gevolg zelfs een afstand van de patria; de *exsecratus* werd factiesch *hostis* in den oudsten en volsten zin des woords, tegenover welken de schuldeischer zich hielp, zoo hij best kon en mogt, altijd evenwel binnen de door de *precatio* gestelde grenzen. De *sacrale manus injectio* is dus niets anders dan het gewone regt tegenover den *hostis*; het is duidelijk, hoe de vrees voor de gevolgen van den meeneed den schuldenaar evenzeer tot nakoming noopte, als de vrees voor de door de wetten aan den schuldeischer toegekende executie; beiden toch hadden hetzelfde eindresultaat: het regt om den schuldenaar of *hostis* te dooden of als slaaf te verkoopen, en het was in den oudsten tijd onverschillig of men zich de *sacrale* of de *civiele* bescherming verzekerde. De eerste voerde evenwel oorspronkelijk, toen het geheel staatsverband tusschen Ramnes en Tities op *communicatio sacrorum* berustte, den boventoon. De *communio sacra*, door welker mededeeling twee *civitates* tot eene waren zaamgesmolten, leverden een volkomen toereikend middel voor het regtsverkeer op, en de eed, waarbij men de na *communicatio sacrorum* gemeen geworden Godheid

aanriep, en welks schending eene uitsluiting van de *communia sacra* ten gevolge had, was oorspronkelijk de mogelijke en toereikende verkeersvorm tussehen Ramnes en Titics § 6, S. 62—76. In de volgende § wordt de vorm van handelen beschreven, waardoor de *exsecratio* tot stand gebragt werd. Sommigen, IHERING en MARQUARDT, hebben beweerd dat *exsecratio* hetzelfde gevolg had als *consecratio*, de *exsecratus* een *sacer homo* was. Deze meening, waarover de schrijver ook reeds vroeger (§ 5, S. 50 fgg.) handelde, wordt hier nog nader wederlegd. Daarna gaat hij over tot eene ontwikkeling zijner denkbeelden over den vorm der *exsecratio*. 't Staat vast, dat de gevolgen van het perjurium niet eer plaats grepen, voordat het feit zelf bepaald consteerde; het onderzoek was hier aan de pontifices opgedragen; zij hadden te beslissen of in de gegevene omstandigheden de Goden vertoornd waren; zoo ja, dan luidde hun decreet, dat de Goden vertoornd waren, de perjurus een impius was en zich van de *sacra* te onthouden had. Dit was evenwel nog niet voldoende. Even als de terugkeer van hem, die door vrijwillige keuze uit het staatsverband getreden was, door *aqua et igni interdictio* verhinderd werd, zoo moest ook de impius bepaald uitgesloten worden van het verband der *sacra*. Hiertoe strekte de *exsecratio*. Op welke wijze deze plaats had wordt vervolgens ontwikkeld uit FESTUS en PAUL DIAC. in v. *resecrare* in verband met NEPOS, *Alcib.* c. 4—6. Een reus was door een volksbesluit in een toestand gebragt, waaruit hem slechts een *resecrare* redden kon. Wat was nu die *resecratio*? Aan de opheffing van de *consecratio* valt hier niet te denken; de toestand van den *sacer homo* werd niet door *resecratio*, maar door *profanatio* opgeheven. De natuurlijke tegenstelling van *resecrare* intengendeel is *exsecrare*, en het *resecrare* is de opheffing der werking van het *exsecrare*; de *resecratio*

herstelde de deelneming aan de sacra. Dit blijkt duidelijk uit het verhaal bij ΝΕΡΟΣ. Door *devotio*, de handeling waardoor men den toorn der Goden van anderen afwendde en op zich zelve overbragt, was de veldheer uit het sacraal verband getreden; hij moest *sacris abstinere*, en juist dit *sacris abstinere* werd opgeheven door de *resecratio*. Door een volksbesluit werd hij hersteld, door *resecratio* namen de priesters, die hem hadden uitgesloten van het sacraal verband, hem daarin weder op. Even als de *resecratio* door eene solemnele handeling plaats had, moest er ook, analoog aan de *devotio*, voor de *exsecratio* eene solemnele handeling bestaan. Die *exsecratio* geschiedde waarschijnlijk door eene *pronunciatio* van den pontifex in de *calata comitia*; immers had het geheele volk er belang bij te weten met wien men zich onthouden moest van de sacra, omdat het geheele volk een *piaculum* beging wanneer de impius daaraan deel nam. Deze *pronunciatio* was waarschijnlijk de veel besprokene *detestatio sacrorum*, en de op deze wijze uitgeslotene van de deelneming aan de sacra welligt de *extrarius* bij PAULUS DIACONUS in v., in sacralen zin dezelfde als in civielen zin de *aqua et igni interdictus*. § 7, S. 76—96. De *expiatio* maakt het slot dezer afdeeling uit. Zoo dikwijls de Godheid door toeval of 's menschen schuld beleedigd is bestaat er *piaculum*; zoowel hij die *falsum juravit*, als hij die *fraudassit* of *sciens fefellerit* heeft dit begaan. In 't laatste geval bestaat er een *piaculum*, *quod expiari non potest*, een *impium*. Het *piaculum* van den eerste kan worden geexpieerd, die *expiatio* geschiedt door *piamentum* aan den God, wien men bij den eed heeft aangeroepen, den eenige, die in dezen beleedigd is. De grootte van het *piamentum* rigt zich naar die van het *piaculum*. § 8, S. 97—101.

Het tweede hoofdstuk, onder het opschrift: «Die

Sponsio» (S. 102—126) heeft ten doel om te bewijzen, dat de sponsio niets anders was dan de oudste promissioire in verba geconcipieerde eed. Daartoe worden, na eenige inleidende opmerkingen over het onderscheid tusschen den formelen en den informelen eed, wat de gevolgen betreft, en het noodzakelijke van de testatio, in § 1 S. 102—105, onderscheidene plaatsen van FESTUS, PAULUS, DIACONUS, VARRO, SERVIUS EN ISIDORUS bijgebracht. De belangrijkste is FESTUS in v. *spondere*. Daaruit blijkt dat een wezenlijk vereischte bij de sponsio was *res divinas interponere*, en dat dit ook alleen bij de sponsio voorkwam. De naaste beteekenis van dit *res divinas interponere* is voorzeker *auspicia sumere*, maar dan is het niet zoo uitsluitend beperkt tot de sponsio; of men zou moeten stellen, dat het *auspicia sumere* bij de sponsio eene andere beteekenis heeft dan bij de overige handelingen; in dit geval moet men aannemen, dat, terwijl het *auspicia captare* bij de overige handelingen slechts gebruikelijk, bij de sponsio bepaald noodzakelijk was. Nu was er slechts eene soort van handelingen, waarbij de *auspicia* wezenlijk tot den vorm behoorden, en dat was juist de promissioire eed (Verg. Hoofdst. I. § 4). Hieruit volgt verder, dat de mogelijkheid, om een promissioire eed te kunnen afleggen of aannemen, daarop berust, dat men *privatim auspicia* heeft; dit was bij de patriciers alleen het geval, en hieruit laat zich dan zeer goed, aangenomen de identiteit van sponsio en promissioire eed, de beperkte beteekenis der sponsio verklaren, § 2, S. 105—112. In § 3 wordt nader bewijs geleverd voor de stelling, welke het onderwerp van dit hoofdstuk uitmaakt. Daartoe maakt de schrijver vooreerst gebruik van eene plaats bij DIONYSIUS, I. 40. Uit die plaats blijkt, dat hij, die de vervulling van een verdrag bepaald wenschte te verzekeren, het daartoe door een' eed bij de *ara maxima* liet bevestigen, met andere woorden

de oudste en eenige vorm voor werkzame verdragen was de eed. Opmerkelijk is het, dat die eed bij de ara maxima van HERCULES gezworen werd, omdat deze godheid de bewaarder van het regt en de beschermer der regtsverkrijging was. Men riep daarom slechts dan zijne tegenwoordigheid in, wanneer het verdrag op een *dari* gerigt was, en juist de oudste vorm van zoodanig verdrag was het *dari spondes*: *spondeo*. De *res divinae interpositae* omvatten dus: 1. de noodzakelijkheid van het *auspicia sumere* en 2. de eedpligtigheid met een *aram Deorum tenere*. § 3. S. 112—116. Eindelijk in § 4 beroept de schrijver zich op de analogie van het internationale verkeer, dat, wat de vormen betref, in den regel met het private regtsverkeer overeenstemde. In eene bekende plaats van LIVIUS IX. 5, over het caudinsche verdrag, wordt de vraag behandeld, of er een *foedus* of wel eene *sponsio* met den vijand gesloten was. LIVIUS gaat daarbij van de veronderstelling uit, dat en bij de *sponsio* en bij het *foedus* eene *precatio*, het kenmerkende van den eed (verg. Hoofdst. I, § 2), plaats had en dat deze alleen, wat den inhoud betref, verschilde, al naar mate er eene *sponsio* of een *foedus* was aangegaan. Aan het slot dezer § herhaalt de schrijver kortelijk de verschillende argumenten, waarbij hij nog deze voegt: 1. dat ook bij FESTUS de *consponsor* verklaard wordt door *conjurator*; 2. dat volgens het reeds vroeger betoogde de RAMES en TITIES geene regts-gemeenschap, maar wel gemeenschap van *sacra* hadden (verg. Hoofdst. I, § 1), zoodat de bevestiging hunner verdragen dan ook geene andere dan eene sacrale wezen kon. § 4. S. 116—126.

Het derde Hoofdstuk (S. 127—150), onder den titel: «Die Promissio» schildert de historiesche uitbreiding der sacrale bescherming, door de invoering van den *Fidescultus*. Uit DIONYSIUS II. 75, in overeenstemming

met CIGERO *de off.* I. 7 en LIVIUS I. 21, blijkt, dat alle vóór de invoering van den Fidescultus aangegane verdragen geen anderen steun hadden dan in het geweten van hem, die het verdrag had gesloten, dat hierin verandering kwam door een voorschrift van Numa, die de Fides tot eene Godheid verhief, en dat van toen af de eed bij de Fides als de grootste eed werd beschouwd. Dit laatste wordt ook berigt door PLUTARCHUS, *Numa* 16. Wat was nu die eed bij de Fides, was het een eed bij eene nieuwe Godheid of een eenvoudiger eedsvorm zonder formaliteiten? De schrijver verklaart zich voor het laatste. Bevreemdend is het evenwel, dat die eedsvorm nergens bij de oude schrijvers voorkomt. Hierover kan het verhaal van LIVIUS over den Fidescultus opheldering geven. § 1. S. 127—130. Uit dat verhaal leeren wij, dat Numa sacrale bescherming gaf aan eenvoudige beloften, en dat hij dit deed door de Fides tot eene Godheid te verheffen; eindelijk, en dit is hier van groot belang, dat haar zetel was in de regterhand. Wat beteekent nu dit laatste? § 2. S. 131—133. De handslag was een symbool, dat óf den ernstigen wil om zijne belofte na te komen, óf den overeenstemmenden wil van partijen en de perfectie eener handeling kon te kennen geven. Door den Fidescultus nu was er eene verandering gekomen in het verkeer door *dicta* en *conventa*, niet alleen door de stelling *fidem tutandam esse*, maar ook vooral door de bepaling dat de zetel der Fides in de regterhand gelegen was. Die regterhand was als 't ware de *ara Fidei*, en de handslag trad in de plaats van den eed bij het altaar der Godheid. Van daar dat de *promissio*, het *promittere manum*, nu eene verbindende belofte geworden was. De werkingen van den Fidescultus waren alzoo deze: 1. de verheffing der Fides tot een numen bragt de mogelijkheid mede om daarbij te zweren; de trouwbrek werd eene beleediging van het numen Fidei.



Hierin ligt evenwel nog eene diepere beteekenis; de Fides was niet eene specifieke Godheid van Ramnes en Titius, zij was eene algemeene Godheid; de belofte bij de Fides bond daarom patriciers en niet-patriciers evenzeer, en terwijl de sponsio alleen voor de eersten gold, gold de premissio voor allen; in dien zin was dus de eed bij de Fides de grootste eed; 2. Nog beteekenisvoller is het rituaal. De handslag was het teeken, dat men zijne gelofte wilde houden; sedert den Fidescultus nam eene Godheid deze plaats in, en zoo kon men nu ook per dextram zweren met dezelfde werking als per numen. Zelfs het bloote promittere manum verkreeg nu dezelfde beteekenis als de precatio per numen Fidei; en zoo stond dextram dare gelijk met fidem dare, dextras fallere met Deos fallere. Door de invoering van den Fidescultus zijn alzoo sponsio en premissio in hare sacrale werking gelijk gesteld. § 3. S. 133—142. De laatste § is gewijd aan eene uiteenzetting der betrekking tussehen jusjurandum, sponsio, premissio en votum. Zij hebben allen de precatio gemeen; de vorm der precatio is echter verschillend. Bij het jusjurandum en de sponsio is die in verba geconcipieerd en met eene testatio Deorum verbonden (verg. Hoofdst. I § 2 en 4, II § 4). Bij het votum was die eveneens in verba geconcipieerd, doch zonder testatio, omdat het invoeren van de tegenwoordigheid der Goden slechts daar te pas kwam, waar die tegenwoordigheid niet reeds van zelf sprak en bij het votum, waar de Godheid zelf acceptant was, deze reeds uit den aard der zaak tegenwoordig was en kennis droeg van de handeling; eindelijk bij de premissio was de precatio noch in verba geconcipieerd, noch met eene testatio verbonden, hier werd zij door den symbolischen handslag verrigt. — De oudste tijd kende slechts twee eeden, den vetustissimus ritus bij Jupiter lapis en dien ad aram maximam Herculis. De laatste strekte

bepaald tot bevestiging der verdragen, spondere (verg. Hoofdst. II, § 3). Van hier dat men de sponsio later in 't algemeen beschouwde als het door eene in verba geconcipieerde precatio bevestigd verdrag. Bij het opkomen van nieuwe Godheden, gold voor de verdragen bij ieder van dezen gesloten hetzelfde, wat in 't algemeen gold voor den eed ad aram maximam, en zoo kon VERRIUS bij FESTUS het spondere in 't algemeen omschrijven als eene belofte *rebus divinis interpositis*. Het *jusjurandum* heette later specifisch en techniesch de eed, die niet ter bevestiging van een verdrag wordt aangewend; bepaaldelijk werd die eed, welke niet sua sponte werd afgelegd, waar *jusjurandum adgitur* (verg. Hoofdst. I, § 3), aldus genoemd, en van daar dat omgekeerd het spondere steeds sua sponte jurare was, en men dit woord zelfs van sua sponte afleidde. § 4 S. 142—150.

In het vierde Hoofdstuk, (S. 150—221), wordt eene zeer belangrijke bijdrage geleverd tot de oudste *legis actio sacramento*. Met behulp eener tot hertoe te veel verwaarloosde plaats van FESTUS, wordt daarvoor een geheel nieuw gezigtspunt geopend en het sacrale element in die handeling aangewezen. Eerst behandelt de schrijver het sacramento agere volgens FESTUS, S. 150—156, daarna volgens GAJUS, S. 156—190, en ten slotte de handelingen, welke op het *sacramento provocare* volgden, het *res repetere* in 't internationaal, de *litis contestatio* en *praedes litis* in 't privaatsrecht, tot ondersteuning zijner beschouwing van het oude sacramento agere. S. 191—221. Men heeft zich tot dusverre bij de behandeling van het sacramento agere te uitsluitend tot GAJUS bepaald en twee plaatsen van FESTUS in v. *sacramento* te veel uit het oog verloren. Uit die plaatsen leeren wij, dat het sacramentum eene tweeledige beteekenis had; het was namelijk òf een *jusjurandum* òf een *aes quod poenae nomine penditur*. In de eerste

plaats wordt het sacramento agere omschreven als: *jurisjurandi sacratione interposita agere*, d. i. agere met of onder aanwending van een' eed. De laatste plaats maakt van een jusjurandum in 't geheel geen gewag. Evenwel bestaat er geen strijd tusschen beide plaatsen, omdat de eerste de oudere, de tweede eene latere beteekenis van het sacramentum opgeeft. Met behulp van Gajus is eene vereeniging van beide plaatsen mogelijk, en wordt die later door den schrijver beproefd. Voorloopig is het voldoende, dat het vaststaat, dat te eeniger tijd *sacramento agere* 't zelfde was als *jurisjurandi sacratione agere*. § 1 S. 151—156. Hierop gaat de schrijver over tot eene beschouwing van het sacramento agere volgens Gajus. In de inleiding tot deze beschouwing, merkt hij op, dat deze jurist, waar hij de sacramenti actio behandelt, verre van volledig is, dat evenwel vele punten, vooral door KELLER, reeds uit andere schrijvers zijn aangevuld, doch dat nog het *sacramento provocare* niet bevredigend is verklaard. Tot dusverre is men hier te veel uitgegaan van de beteekenis van sacramentum als *aes*, terwijl men veeleer die van *jusjurandum*, als uitgangspunt had moeten kiezen. § 2, S. 157, 158. Van dit standpunt uit, wordt eene nieuwe verklaring door den schrijver geleverd. Eerst geeft hij daartoe zijne denkbeelden over den loop der procedure in 't algemeen, ten einde daarna opzettelijk het *sacramento provocare* te beschouwen. Het proces begon met eene informele opgave der regts- en feitelijke betrekkingen. Door de bij de legis actio gebruikelijke solemnele woorden en symboliesche handelingen, werd aan die voorafgaande opgave een regtelijk karakter gegeven. Want overal bepaalt de werkzaamheid des regters zich alleen tot datgene, wat duidelijk uitgesproken en voor zinnelijke waarneming vatbaar is (verg. Inl. § 1). De regtsstrijd splitst zich

dan in drie handelingen, waarvan de beide eersten reeds voldoende zijn verklaard door de regtsgeleerde schrijvers, terwijl de beteekenis der derde nog twijfelachtig is. De eerste handeling is de wettelijk geregelde symboliesche uitoefening van geweld, door beide partijen. Dan vernietigt de praetor door zijn «mittite ambo hominem» den bestaanden feitelijken toestand en verwijst partijen tot den weg in regten. Hierop volgt de tweede handeling, de vraag des eischers, hoe de gedaagde er toe gekomen was om tegenover zijne uitoefening van geweld eveneens geweld te bezigen, qua ex causa vindicaverit, en het antwoord van dezen, dat hij door het gebruiken van geweld een regt vervolgde. Nu zoude men als derde handeling de bewering des eischers verwachten, dat de verweerder zijn regt moest bewijzen; dit was evenwel niet het geval; nu volgde het *sacramento provocare*. § 3. S. 158—162. Volgens het gewoon gevoelen was dat *sacramento provocare* de opvoering tot eene weddingschap; partijen deponeerden elk eene zekere geldsom, welke door de in 't ongelijk gestelde zou worden verloren, en het proces liep dan eigenlijk over deze geldsom. Reeds STINTZING, HUSCHKE en MÜLLER hebben zich tegen deze beschouwing verklaard (1). Onze schrijver beproeft eene nieuwe uitlegging. Wanneer men in aanmerking neemt, dat het *sacramento agere* een *jurisjurandi sacratione interposita agere*, en daarom ook het *sacramento provocare* een *jurejurando interposito provocare* was, en dat dit laatste door beide partijen geschiedde, dan volgt daaruit, dat partijen elkander provoceeden na afgelegden eed. Die eed moest natuurlijk met den regtsstrijd in verband staan, en men kan zich dan de zaak op deze wijze voorstellen: eerst stond geweld tegenover geweld, daarna

(1) Zie echter ook MAYER, *ad Caj. Inst. comm.* IV, § 43. Tüb. 1853. § 15 sqq.

regtsbewering tegenover regtsbewering; nu wilde de eischer het laatste wagen, hij wilde zijne regtsbewering bezweren en de gedaagde moest van zijn' kant hetzelfde doen, of hij was overwonnen. Die gang van zaken is niet vreemd in het oudst proces, maar integendeel noodzakelijk om tot eene beslissing te komen. Het bestaan van strijdige regtsbeweringen legde den pontifex niet de *verplichting* op om uitspraak te doen; wanneer er daarentegen een valsche eed gezworen was, en dat moest hier toch bij een van beide partijen het geval zijn, *kon* hij niet werkeloos blijven. Het staatsbelang zelf, dat eene expiatio of execratio vorderde, maakte een onderzoek en beslissing der bezworene regtsbetrekking noodzakelijk. Daarom sloten dan ook de solemnele handelingen van partijen met het sacramento provocare. Een van beiden toch moest hier het geval zijn: of de tegenpartij legde geen eed af, en dan was de regtsstrijd geëindigd, of zij zwoer, en dan *moest* de pontifex of de regter beslissen wie valsch gezworen had; dus ook in dat geval had de eischer alles verkregen wat hij verlangde; hij had de werkzaamheid des regters in beweging gebracht. Was het nu uitgemaakt wiens sacramentum justum, wiens injustum was, dan was het nog de vraag of dit laatste al dan niet een perjurium was, hetwelk daarvan afhing of er willens en wetens valsch gezworen was; bestond er geen perjurium, dan was er zuivering door piamentum mogelijk (verg. Hoofdst. I. § 8); de voldoening van dat piamentum behoefde niet afzonderlijk beloofd te zijn; de handeling, welke geëxpiceerd moest worden, legde daartoe reeds de verplichting op. § 4. S. 163—170. Langzamerhand maakte het veelvuldig voorkomen van het piamentum, immers bij iederen regtsstrijd was er een piaculum bedreven, eene wettelijke bepaling van het bedrag noodzakelijk. Het werd verschillend gesteld naar de waarde van het goed, waar-

over het geschil liep, en met grond, want het onregt, hetwelk men bedreef door het voor zich behouden van eens anders goed, een tweede *piaculum*, was ook verschillend naar de waarde van dat goed. Zoo vinden wij een *majus* en een *minus piaculum*, 't eene van D, 't andere van L asses, en hier zijn wij tevens tot eene vereeniging der beide plaatsen van Festus gekomen. Het *sacramentum* in de afgeleide beteekenis van *aes*, 't zij van D, 't zij van L asses, was niet anders dan het *piaculum majus* of *minus*. § 5. S. 170—175. In de volgende § behandelt de schrijver de beteekenis der uitdrukking *sacramento provocare*. Tot hiertoe was algemeen aangenomen, dat het was een *provocare tot sacramentum*. De schrijver toont zoo door de analogie van de uitdrukkingen *sacramento dicere, rogare, adigere*, als uit den aard der zaak, dat men hier veeleer te denken heeft aan een *provocare door sacramentum*. Immers neemt men de eerste verklaring aan, dan moet dat *sacramento provocare* beteekenen: «ik vorder u op om de waarheid uwer bewering te bezweren; wanneer gij de waarheid uwer bewering bezweert, wil ik mijn' eisch laten vallen.» Wanneer dan de *contravindicant* gezworen had, zou hij natuurlijk alles hebben verkregen wat hij verlangen kon, en nu heeft men daarentegen in de werkelijkheid dit zeer bevreemdende verschijnsel, dat ook de *contravindicant* den *vindicant* opvoert tot een eed door zijn «*similiter ego te*». Bij de door den schrijver aangenomene verklaring heeft dat verschijnsel niets bevreemdends, en zoo vinden wij hier in de uitdrukking *provocare sacramento* zelve het bewijs voor de boven (§ 4) ontwikkelde beschouwing. § 6. S. 175—178. Nog vollediger bewijs voor de waarheid, dat het *sacramento provocare* een *provocare door sacramentum*, en het *sacramento agere* in 't algemeen een *agere jurejurando interposito* beteekende, wordt vervolgens

geleverd door eene vergelijking van den internationa-  
len regts-strijd, het res repetere, gelijk Livius I. 32,  
dien schildert, met de legis actio sacramento door  
GAJUS beschreven. Dat zoodanige vergelijking geoorloofd  
is, behoeft wel geen betoog, wanneer men bedenkt, dat  
in den oudsten tijd publiek- en privaaf regt nog weinig  
gescheiden waren; dat bij beiden dezelfde vormen gol-  
den en dezelfde weg voerde tot hetzelfde doel. De schil-  
dering van Livius dan geeft ons een zeer getrouw beeld  
van het oude sacramento agere, waarbij men echter in 't  
oog houde, dat we hier alleen de handelingen des eischers  
beschreven vinden. Na aankondiging zijner hoedanigheid,  
lezen wij, dat de Fetiaal *peragit postulata*; dit was de bij  
PLINIUS, *Hist. Nat.* XXII. 2, beschreven *clarigatio*. Die  
handeling stemde geheel overeen met de vindicatoire for-  
mule bij de legis actio en bevatte dezelfde bestanddeelen;  
daarop volgde, even als bij GAJUS, het sacramento te pro-  
voco, de eed van den Fetiaal, jurati repetunt res. Het  
eenig onderscheid tusschen de beide voorstellingen is,  
dat Livius geene summa sacramenti vermeldt, dat dan  
ook bij het vooruitzigt op een justum piumque bellum  
geen zin zou hebben gehad. Overigens is het niet twij-  
felachtig, dat de valsche eed ook hier dezelfde gevolgen  
had, als in het privaaf regtsverkeer, en dat ook hier  
eene expiatio door piamentum plaats kon hebben, welk  
laatste dan door de sacerdotes publici, even als in het  
oudste privaaf regtsverkeer door den pontifex, werd vast-  
gesteld. — Het blijkt dus duidelijk, dat het sacramento  
agere, gelijk Festus dat beschrijft, in de werkelijkheid  
voorkwam. Later trad het sacramento provocare in de  
plaats van den eed, maar de geheele inrigting der proce-  
dure en enkele techniesche uitdrukkingen van lateren tijd  
bewijzen, dat er eens een tijd bestaan had toen het sacra-  
mento provocare een jurisjurandi sacratione interposita  
provocare was. Tot meerdere bevestiging hiervan worden

in de volgende §§ ten slotte nog enkele handelingen van partijen na het sacramento provocare beschouwd. § 6. S. 179—190. Vooreerst de verdere procedure bij het res repetere in het internationaal regtsverkeer, waarbij vooral op de analogie met de procedure in 't privaatrecht gewezen wordt. Na de provocatio is er een termijn van 33 dagen, binnen welken de partij 't zij eene tegenaanspraak kan doen gelden of aan de postulata voldoen. Geschiedt noch het een, noch het ander, dan volgt er eene tweede handeling van den Fetiaal, eene eventuele oorlogsverklaring, evenwel nog afhankelijk van het besluit der *majores natu in patria*. Wij hebben hier een' tweeden eed; bij de provocatio had de Fetiaal zich *damnas* gesteld voor 't geval zijne vordering onrecht was; deze tweede eed strekte om de eigenhulp, welke nu volgen moest, daar partij niet voldaan had aan de postulata, te rechtvaardigen; de partij werd hierdoor *damnas* in sacralen zin. Na terugkeer van den Fetiaal beraadslaagde de senaat, op voordragt des Konings, hoe te handelen. De postulata, nl. *res, lites, causae*, ook in het algemeene *res* begrepen, maakten het onderwerp dier beraadslagingen uit. Men verlangde schadevergoeding wegens roof en verwoesting, dit was het *res repetere*; aan dien eisch kon worden voldaan door *dare, facere* en *solvere*, geheel analoog aan het *dare, facere, praestare*. Wanneer de meerderheid nu tot den oorlog besloot, werd deze door den Fetiaal in tegenwoordigheid van minstens drie getuigen op de grens aangekondigd en daarbij tevens een bloedige lans op 's vijands grond geworpen. Hier hebben wij de sacrale manus injectio; de Fetiaal had in zijne vroegere testatio Deorum het oordeel uitgesproken utrius sacramentum justum of injustum was; de partij was daardoor judicatus en tevens door die testatio damnatus; nu was de manus injectio geoorloofd even als in het privaatrecht het geval was. Men ziet de



overeenstemming tusschen het internationaal en privaatrecht; slechts in deze twee punten bestaat verschil, dat in het laatste 30, hier 33 dagen ter voldoening zijn toegestaan, terwijl in het laatste die termijn op het *judicatum* volgt, en hij hier voorafgaat. Het eerste verschil vindt zijne verklaring in *MACROBIUS*, *Sat. I. 16*, het andere in den eigenaardigen feitelijken toestand van partijen. § 7. S. 190—201. De beide laatste §§ behandelen als tegenhanger den verderen loop der procedure in het privaatrecht. Wanneer beide partijen gezworen hadden, moest noodzakelijk een van beiden valsch gezworen en daardoor een *piaculum* bedreven hebben. Was nu na onderzoek gebleken wiens sacramentum (*jusjurandum*) *injustum* was, dan moest deze geëxpieerd worden door verlies van het sacramentum (*aes*). Hij was evenwel dan nog slechts hoogstens *judicatus*, geenszins *damnatus*; hoe kwam men nu tot eene *condemnatoire* uitspraak? Op onderscheidene wijzen heeft men die vraag getracht te beantwoorden. De volgende beantwoording wordt door den schrijver gegeven. Door het verlies van het sacramentum (*aes*), was de *judicatus* wegens het *falsum jurare* voldoende geëxpieerd, maar door de uitspraak over het *jusjurandum* is tevens implicite beslist, dat hij, die valsch gezworen heeft en nogtans het *jus non persolvit*, onrechtvaardig goed in handen heeft; ook daardoor kleeft nog een smet op hem, waarvan hij slechts door het *jus persolvere* volkomen tegenover de Goden kan worden gereinigd. Dat *jus persolvere* kan door teruggave van het onrechtvaardig goed geschieden, maar wanneer hij dat goed niet meer in zijn bezit heeft, of ook wanneer de eisch op een *dare* of *facere* gerigt was, moest afzonderlijk bepaald worden, waarin de *lucratio* zoude bestaan. Een voorbeeld uit het internationaal rechtverkeer bij *Liv. IX. 1*, verg. met *VIII. 39*, maakt dit

duidelijk. Die bepaling geschiedde tusschen partijen en werd door eene *testatio* geheiligd, en die *testatio* was eene *contestatio*, omdat beide partijen zich daarbij verbonden. Eerst door deze *testatio* was de *judicatus damnas* geworden. Dit was de oudste *litis contestatio*, de *testatio* der *lis* of *lues* (1). Wanneer de partij afwezig was, werd die *luitatio* eenzijdig bepaald en dit was het *praesenti litem addicere*. § 8. S. 201—218. De Staat had belang bij die *luitatio*, omdat de *sacra* verontreinigd werden, wanneer een niet geexpieerde *impicus* daaraan deel genomen had; hij had daarom het regt *praedes* te vorderen, die de *luitatio* op zich namen voor 't geval de *judicatus* achterlijk bleef met het *jus persolvere*; deze verbonden zich aan den staat ten voordeele des eischers, en ziedaar de *praedes litis et vindicarum* en tevens de oplossing van den schijnbaren strijd tusschen GAJUS IV, 16, 94 en VARRO, *de L. L.* V, 40, VI, 74 en PAUL. DIACON. v. *praes.* De geschiedenis van den eenen der Horatiussen bij LIV. I, 26, bevestigt deze beschouwing. § 9, S. 218—221.

Het laatste Hoofdstuk, onder het opschrift: «Die Umwandlung des sacralen Schutzes.» schetst in twee §§ den overgang van de *sacrale* in de *civiele* bescherming. De *sacrale* en *civiele* bescherming berustten op denzelfden grond en hadden oorspronkelijk dezelfde werking. Zoo wel de Goden als het volk waren verplicht tot bescherming van hem, die daaraan behoefte had; de verplichting van het volk berustte daarop, dat het zelf even als ieder bijzonder persoon onder de hoogere bescherming der Goden stond, en daarom, wanneer het de zijne weigerde, zelf een *impium facinus* beging en zich de *sacrale* hulp

(1) Men juist beweert de schrijver hier dat voor het eerst door HUSCHKE, *Gajus*, S. 168, eene etymologische verklaring van het woord *lis* zoude zijn beproefd. Men vindt zoodanige poging ook reeds bij CHRISTIANSEN, *röm. Rechtsgesch.* Alton. 1838. S. 226.

onwaardig maakte. Die bescherming verkreeg men door *testatio* (Hoofdst. I, § 3); haar aard was zuiver negatief, de schuldige werd *damnas* en de *eigen hulp* door *manus injectio* tegen hem geoorloofd (Inleid. § 2, Hoofdst. I, § 5, IV, § 7); de *sponsio*, het *votum* en de *promissoire eed* waren de vormen, waardoor men zich de sacrale bescherming verzekerde. Zij was vooral bij obligatoire handelingen noodzakelijk, terwijl het verkregen eigendom onder civiele hoede stond. Langzamerhand ging de sacrale in de civiele bescherming over; evenwel aanvankelijk bleef de *vorm* nog sacraal, terwijl de staat de *werking* op zich nam. Dit was de tweede periode. Naar mate het geloof aan de magt der Goden verminderde, nam dat aan de magt des staats toe. Oorspronkelijk was de *damna* geheel onbeperkt van alle hulp uitgesloten; hierin kwam beperking, en het werd nu de plicht van den staat toe te zien, dat de *manus injectio* de haar gestelde perken niet te buiten ging. De sanctie der overeenkomsten geschiedde nog *teste Deo*, de vorm was dus nog sacraal, maar de werking was op den staat overgegaan; en zoo was niet het geheel verdwijnen van het geloof aan de *ira Deorum*, maar de veranderde opvatting van haren vorm en uiting, de oorzaak van den overgang. Nog in lateren tijd kan het *votum* met sacralen vorm en civiele bescherming ten bewijze strekken voor deze opvatting. Bij de *sponsio* en *promissio* namen de denkbeelden denzelfden loop; maar hier ging men nog verder, want terwijl het *votum* zonder *precatio* ondenkbaar was, verviel hier ook de *precatio*. In de eerste periode had men dus sacralen vorm en sacrale werking, in de tweede sacralen vorm en civiele werking. Eene verdere verandering der sacrale werking van het *perjurium* bij den *promissoiren eed* heeft haren grond in de *communicatio sacrorum* door den *Fidescultus* en het onbeduidend worden der *exsecratio*, dat daarvan een gevolg was.

Zoolang de plebs van de sacra der patriciers was uitgesloten en deelneming aan die sacra de grondslag was van het burgerregt, was de uitsluiting daarvan, de *exsecratio*, van groot gewigt. Toen nu evenwel door invoering van den *Fidescultus* er gemeenschappelijke sacra ontstonden, waaraan allen deel hadden (Verg. Hoofdst. III, § 3) verminderde dat gewigt dier oud-patriciesche *exsecratio*; zij was toen niet meer eene uitsluiting van de *patria*, *leges*, *penates*, en sacra, maar bleef alleen over als eene uitsluiting van de *sepulchra*, § 1, S. 223—236. De derde periode, waarin ook de sacrale *vorm* overtollig werd en de *verborum obligatio* in de plaats trad van de *sponsio* en *promissio* met *precatio*, maakt het onderwerp der tweede § uit. Men kan in het sacraal en civiel regtsverkeer drie perioden onderscheiden. In de eerste geldt de regel, niet wat partijen *willen*, maar wat zij *uitspreken* is regt; dit is de periode van het *strictum jus* (Verg. Inl. § 1); in de tweede, niet wat werkelijk *verrigt* is, geldt als verrigt, maar wat als verrigt is *uitgesproken*; in de derde, niet wat werkelijk *verrigt* of als zoodanig *uitgesproken* is geldt als verrigt te zijn, maar 't komt alleen op de *bedoeling* van partijen aan; dit is de periode van het nieuwere regt. De tweede overgangperiode wordt hier behandeld. Talrijke voorbeelden zijn er voorhanden om het bestaan dier overgangperiode te bewijzen, en 't is niet twijfelachtig dat de regel «*simulata pro veris accipiuntur*» ook bij het *spondere* en *promittere* gold. Het *dictum* had dezelfde werking alsof er een eed was afgelegd; maar het was toch duidelijk, dat hij, die het altaar aangeraakt of de regterhand had toegestoken, tegenover de Godheid in een anderen toestand was geplaatst, dan hij, die geen van beiden had verrigt; de eed was daarom nog altijd noodzakelijk om eene religieuse werking te doen ontstaan. Wat de civiele werking betreft, was de bloote kenbaarheid van den wil

niet voldoende; daar moest nog eene sanctie bijkomen en deze lag in het simulate *spondere* of *promittere*, in het gebruik van *deze* bepaalde woorden. Zoo lang de *precatio* nog noodzakelijk was, moest zij *acta*, later althans *dicta*, zijn; toen echter de eed voor het recht zijne beteekenis verloren had, werd ook de bloot *dicta quasi acta precatio* overtollig en trad de eenvoudige *verborum obligatio* in de plaats van het *promitto, spondeo*, § 2, S. 236—245.

Ziedaar den inhoud van het belangrijk geschrift. Ik heb dien uitvoeriger medegedeeld, dan anders gewoonlijk bij aankondigingen geschiedt, omdat de groote verscheidenheid en nieuwhed van denkbeelden, de mindere bekendheid van het onderwerp en de inrigting van het werk, eene verzameling van onderscheidene, hoezeer dan ook door ééne gedachte verbondene verhandelingen, mij daartoe noopten. De hoofdgedachte zou men in het kort aldus kunnen formuleren: de sacrale bescherming was negatief, zij bestond in het toestaan der eigen hulp; men verkreeg die bescherming door eene *testatio Deorum*, waardoor de Goden getuigen en registers tevens werden; de vorm was in 't algemeen de *promissoire eed*, waarbij de zwerende zich lossprak van de sacrale en civiele gemeenschap in geval van *falsum jurare*; de *sponsio* was de oudste *promissoire eed* aan de patriciers eigen; sedert het ontstaan van den *Fidescultus*, werd de *promissio*, de eed bij de registerhand, de *sedes Fidei*, met de *sponsio* gelijk gesteld en de werking van den eed algemeen gemaakt; ook de oudste *legis actio sacramento* bevatte een sacraal element; hier was het *provocare sacramento* het middel, om tot eene beslissing te geraken; de *pontifex* moest uitspraak doen, wiens *sacramentum falsum* was; door het *sacramentum, aes*, kon de *judicatus* geëxpiceerd, door de teruggave van het onrecht-

vaardig goed of door luitatio geluceerd worden. Eindelijk naar mate de manus injectio beperkt werd en de Staat moest toezien dat de grenzen daarvan niet werden overschreden, trad de civiele in de plaats der sacrale hulp, aanvankelijk bleef nog de vorm sacraal, terwijl slechts de werking civiel was, ten laatste ging ook de sacrale vorm te niet.

Ik zal mij onthouden van eene beoordeeling en laat die aan meer bevoegde regters over. Naar mijn gevoelen bestaan de hoofdverdiensten des schrijvers in eene uitgebreide en grondige studie der bronnen, groote bekendheid met de nieuwste litteratuur, een juiste en diepe historische blik en eene groote oorspronkelijkheid en logische uiteenzetting van denkbeelden. De gedachtenloop van het geheel is historiesch juist; het wezen van den promissoiren eed in 't algemeen uitnemend ontwikkeld; nieuw en oorspronkelijk is daarbij vooral de beschouwing over de exsecratio en sacrorum detestatio. De sacrale beteekenis der sponsio schijnt reeds vroeger te zijn gegist; dat zij de oudste promissioire eed was wordt hier zeer scherpzinnig op verschillende gronden aange-toond. Nieuw en mijns inziens historisch waar is de ontwikkeling der beteekenis van den Fidescultus, waardoor aan de minder plegtige promissio sacrale werking verschaft en zoo doende de eed voor allen gemeen gemaakt werd. Het laat zich ligt begrijpen, dat de oud-patriciesche sponsio op den duur voor het regtsverkeer onvoldoende was en de overgang van het formele tot het min-formele, van het bijzondere tot het algemeene leert ons iedere bladzijde der Romeinsche regtsgeschiedenis. Maar vooral is het hoofdstuk over het sacramento agere eene hoogst belangrijke bijdrage tot het oudste proces-regt. De schrijver wijst te regt op de tot hertoe verwaarloosde plaats van Festus, en komt door scherpzinnige redeneringen op die plaats gebouwd tot geheel nieuwe

resultaten. Het sacraal element in het oudste proces, dat men ook reeds a priori daarin zou mogen zoeken, wordt te regt in 't licht gesteld en het provocare sacramento grammatiesch juister en meer overeenkomstig den aard der zaak dan tot dus verre verklaard. Minder goed beviel mij de beschouwing over de oudste litis contestatie; reeds bij eene vroegere gelegenheid (*Themis* IV, bl. 408 vg.) heb ik mij daaromtrent verklaard. Over 't geheel genomen is echter door dit gedeelte van het werk het juist inzicht in de legis actio sacramento wezenlijk verder gebragt. Eindelijk de overgang der sacrale in de civiele bescherming is te regt uit de meerdere beperking der manus injectio en het toenemend staatsgezag afgeleid; de tweede § dezer afdeeling behelst vele gewigtige wenken op het gebied der oude verborum obligatio en geeft de verklaring waarom men zich oudtijds zoo streng hechte aan bepaalde woordvormen.

Ik eindig deze aankondiging met de opmerking, dat naar mijn gevoelen de schrijver zijn wensch, dien hij aan het slot zijner voorrede uitsprak, als vervuld mag beschouwen en dat inderdaad zijne monographie aanspraak heeft op den naam «*Beitrag zur Geschichte der Entwicklung des Rechts bei den Römern.*»

Aug. 1857.

Mr. I. TELTING.

---

(ACADEMISCHE LITERAATUUR.)

H. M. VAN ANDEL, *over de onteigening ten algemeenen nutte volgens de wet van 28 Augustus 1851.* Leiden, 1857, 196 blz.

Na, als inleiding, een overzicht te hebben gegeven van de onteigening t. a. n. onder de oud-Hollandsche wetgeving, van de verschillende wetten op dat stuk

sedert het jaar 1795, en van den oorsprong en de betekenis van art. 147 onzer tegenwoordige Grondwet, waarop de wet 28 Aug. 1851 is gebouwd, behandelt en verklaart de S. in 13 hoofdstukken de zoo even gemelde wet.

Die behandeling paart beknoptheid aan volledigheid; omtrent de voornaamste wetsbepalingen wordt het verschil met vreemde wetgevingen aangestipt, en worden voornamelijk die verbeteringen aangetoond, welke in de vroegere wet op de onteigening t. a. n. van 29 Mei 1841 ten gevolge der gewijzigde Grondwet zijn kunnen worden aangebragt, en ook tevens de wetsbepalingen aangewezen, die met het zuivere begrip van onteigening strijden, doch meerendeels het gevolg zijn van hetgeen art. 147 der Grondwet voorschrijft.

Waar de wet duister of voor tweeledige opvatting vatbaar is, geeft de S. de verschillende gevoelens daarover op, en zegt hij zijn eigen gevoelens, met korte vermelding der gronden.

Het spreekt van zelf dat, bij eene zoo uitgebreide stof, niet iedereen des schrijvers gevoelens steeds deelen zal. Zoo geloof ik o. a. dat de S. (op blz. 138) ten onregte van oordeel is, dat de schadevergoeding voor den huurder van een te onteigenen goed, bij het niet bestaan van eene schriftelijke huurovereenkomst of van kwijtingen wegens reeds betaalde huur, bij verschil tusschen den huurder en den verhuurder over den huurprijs moet worden bepaald naar den eed van den verhuurder, ten zij de huurder eene begrooting door deskundigen mogt verlangen. De bepaling van art. 1605 B. W. is geschreven om een geschil tusschen huurder en verhuurder te beeindigen, maar kan m. i. in het onteigenings-proces niet worden ingeroepen. Ik geloof, dat de regter in zoodanig geval de bevoegdheid heeft en ook verplicht is om den huurprijs door deskundigen te doen begrooten, en dit te eer, daar zelfs de huurder



daartoe het regt heeft tegen over den verhuurder bij een geschil over den huurprijs. Ik zie zelfs niet in, op welke wijze de verhuurder in het onteigenings-proces toegelaten zou kunnen worden tot dien eed: hij is geen tegenpartij van den tusschenkomenden huurder, hij is zelf mede verweerder. Ook kan het daarenboven gebeuren, dat de verhuurder zijn eigendom bij minnelijke overeenkomst heeft overgedragen, en er alzoo geene sprake meer kan zijn van een proces, waarin de verhuurder partij is. Maar wanneer er een geding tot onteigening wordt gevoerd, en de huurder als derde belanghebbende volgens art. 3 der wet op de onteigening is tusschen gekomen, dan zal, ingevolge art. 24 dier wet, door den eischer worden geconcludeerd tot benoeming van deskundigen, ter opneming der schade aan den eigenaar en den derden belanghebbende te veroorzaken. De deskundigen zullen alsdan ook de schadeloosstelling, aan den huurder te betalen, begrooten; immers, als de huurprijs niet bekend is, kan art. 42 bezwaarlijk worden toegepast, voordat de deskundigen dien, ingevolge art. 34, al. 5, hebben vastgesteld.

Zoo de vruchtgebruiker het goed verhuurd of verpacht heeft, heeft de huurder of pachter dan regt op vergoeding, vraagt de S. op bl. 148, en hij antwoordt, te regt, bevestigend op grond van art. 42 der wet op de onteigening; doch ten onregte vermeent hij, dat de onteigenaar die vergoeding niet behoeft te betalen, maar dat de som daarvoor zal worden gevonden uit de interessen van de ten behoeve van den vruchtgebruiker als schadeloosstelling in de plaats gestelde hoofdsom. Moest de onteigenaar zelf de vergoeding voldoen, dan zou hij, volgens den S., blijkbaar te veel betalen, en de vruchtgebruiker daardoor een voordeel erlangen.

Ik houd de meening van den S. op dit punt voor zeer onjuist. De huurder ontvangt schadevergoeding, als

derde belanghebbende, voor de schade, die hij zelf lijdt, maar die schade mag niet op den verhuurder (vruchtgebruiker of eigenaar) verhaald worden. Zij wordt den huurder afzonderlijk toegekend, gelijk de S. op bl. 123 ook uitdrukkelijk erkent. De vruchtgebruiker trekt daaruit geen voordeel, maar men zou hem wel benadeelen door de schadeloosstelling van den huurder op de interessen van de hem ten vruchtgebruik toegekende som voor schadeloosstelling te doen verhalen; de vruchtgebruiker, die nu geen' huurprijs meer ontvangt, heeft recht op de volle renten dier som.

Onder de derde belanghebbenden noemt de S. op bl. 154 ook hem, die een recht van privilegie heeft, en wiens recht door de bepaling van art. 58 der wet op de onteigening voldoende gewaarborgd is. Ten onrechte evenwel noemt de S. privilegie een *zakelijk recht*. Het is slechts een voorrecht, een recht van voorrang op de opbrengst van zeker goed, binnen zekeren tijd uit te oefenen, en voortspruitende uit den aard der schuldvordering, welk recht somtijds zelfs nog eenigen tijd, nadat het goed in andere handen is overgegaan, kan worden uitgeoefend, maar het is geen recht op de zaak zelve, geen *zakelijk recht*.

De S. acht het (bl. 164) een gemis in de wet op de onteig., dat zij niet, even als sommige onteigeningswetten, eene bepaling bevat, krachtens welke de laatstelijk betaalde belastingen van het onteigende goed nog gedurende zekeren tijd als werkelijk nog betaald wordende medegerekend worden.

Ten opzichte van den census, voor kiesbevoegdheid of verkiesbaarheid vereischt, zie ik daarvoor geene noodzakelijkheid. De lijsten, eenmaal vastgesteld, blijven nog genoegzamen tijd geldende, zoodat de belanghebbende tijdig zal kunnen zorgen, door het aankoopen van vaste goederen of op andere wijze, kiesbevoegd of

verkiesbaar te blijven. Ik zie dan ook niet in, dat thans, bij het gemis eener zoodanige bepaling, een lid der Eerste Kamer door eene onteigening op zou kunnen houden lid der Kamer te zijn. Wel kan hij ophouden herkiesbaar te wezen; ook kan hij ophouden lid te zijn, nadat de nieuwe lijst van hoogst aangeslagenen zal zijn gesloten (zie art. 96 der wet van 4 Julij 1850, regelende het kiesregt), doch hij zal niet, gelijk de S. schijnt bedoeld te hebben, terstond ophouden lid te zijn; de eenmaal vastgestelde lijst van hoogstaangeslagenen toch blijft gelden tot den eerstvolgenden 8sten Junij (zie art. 85 der gemelde wet). Het onteigende lid zal derhalve inmiddels wel altijd gelegenheid genoeg hebben om te zorgen, dat het zijn radicaal blijve behouden.

Bedenklijker nog zou ik het achten, dat de wet, gelijk de S. schijnt te verlangen, niet alleen de betaalde belastingen, maar zelfs het grondbezit bij fictie deed voortduren. — Waar het bezit van een zeker aantal bunders land tot verkiesbaarheid of kiesbevoegdheid wordt vereischt, geschiedt zulks, opdat men zeker zij van het belang van den gekozene of den kiezer, en deze zekerheid houdt op bij het verlies van het grondbezit. Te dezen opzichte alzoo, al ware overigens eene bepaling deswege bij de wet op de onteigening wenschelijk, moet zulks in allen gevalle worden overgelaten aan de reglementen der waterschappen enz., die hun eigen belang het beste zelve kunnen beoordeelen.

In art. 78 der wet op de onteig. misprijst de S. het, dat eenvoudig de wet van 29 Mei 1841 ingetrokken wordt, en niet, gelijk bij art. 23 dier wet geschiedde, alle vroegere wetten op dat stuk worden afgeschafte. De S. is van oordeel, dat door het bloote intrekken van eene wet de bij die wet reeds afgeschafte wetten eigenlijk

herleven. Ik vrees, dat er, als die leer opging, ten opzichte van een aantal bij de wet geregelde onderwerpen groote verwarring te duchten zou zijn. Ik geloof ook, dat de S. te dien opzichte dwaalt. Eene latere wet doet, zelfs stilzwijgend, eener vroegere, geheel of gedeeltelijk, hare kracht verliezen, en nu kan ik toegeven, dat, bij het intrekken eener wet, die stilzwijgend eene andere wet of een gedeelte daarvan buiten werking stelde, de aldus afgeschafte wet of wetsbepalingen op nieuw van kracht zijn, omdat de strijdige bepaling uit den weg is geruimd, maar ik kan niet toegeven, dat eene wet, die reeds *uitdrukkelijk* was afgeschaft, op nieuw in werking zou treden, als de latere wet slechts eenvoudig werd ingetrokken, zonder herhaalde intrekking der vroegere wetten op dat stuk. Op zoodanige wijze toch zou eene wet, die door den wetgever *uitdrukkelijk* buiten werking gesteld was, buiten zijn' uitdrukkelijken wil en als het ware tegen zijn' wil op nieuw van kracht worden, hetgeen niet ligtelijk aan te nemen is. Zelfs is eene intrekking van vroegere, reeds *uitdrukkelijk* ingetrokkene, wetten niet eigenaardig; zij waren reeds afgeschaft, en men zoude dus moeten bepalen, dat zij *zijn* EN BLIJVEN afgeschaft.

Is eene wetsbepaling door eene latere wetsbepaling stilzwijgend buiten werking gesteld, zoo zal zij kunnen herleven of liever op nieuw werken, wanneer die latere wetsbepaling wordt ingetrokken: hare werking was slechts geschorst; maar is eene wetsbepaling eenmaal *uitdrukkelijk* herroepen geworden, zoo zal zij niet kunnen herleven door de bloote intrekking der latere wetsbepaling, omdat zij door die *uitdrukkelijke* herroeping geheel te niet gedaan en hare afkondiging als het ware ingetrokken was, en zij alzoo geene kracht meer erlangen kan, zonder *uitdrukkelijk* weder in het leven geroepen te worden.

De enkele punten, die ik aanstipte, als daaromtrent met den S. in gevoelen verschillende, en welke gedeeltelijk het door hem behandelde onderwerp slechts zijdelings raken, zullen, al moge zijne meening daarover inderdaad onjuist zijn, de waarde van zijn uitmuntend proefschrift niet verminderen. Te regt moge men daarop toepassen het «ubi plura nitent... non ego paucis offendar maculis.» De S. heeft een veel omvattenden en nuttigen arbeid verrigt, en kan het genot smaken zijn werk met vrucht te zien raadplegen.

F. A. T. WEVE.

---

G. J. R. HENRY. *De bekentenis, volgens de Nederlandsche wetgeving.* — Leiden 1857. 44 bl. in 8<sup>o</sup>.

De bekentenis, zoowel in burgerlijke- als in strafzaken, is het onderwerp dezer verhandeling. De schrijver heeft zijn arbeid verdeeld in 6 paragrafen.

In de eerste, *het bewijs in het algemeen*, wordt in korte woorden het verschil verklaard tusschen het formeel bewijs in burgerlijke-, en het materieel bewijs in strafzaken te leveren.

In de tweede, *de bekentenis in het algemeen*, wordt de vraag behandeld: wat is bekentenis? — en, tegen OPZOOMER, zoo het mij voorkomt, op goede gronden, aangetoond, dat iedere bekentenis altijd een feit, nooit een regtspunt tot voorwerp heeft.

De derde handelt over de verschillende soorten van bekentenis, als geregtelijke en buitenregtelijke, mondelinge en schriftelijke. De onderscheidingen tusschen eenvoudige en gequalificeerde, vrijwillige en niet vrijwillige erkentnissen, worden zeer te regt verworpen. Maar de schrijver gaat, met betrekking tot de laatste,

zeker veel te ver, indien hij meent, dat het verzoek tot verhoor op vraagpunten moet worden afgewezen, indien vragen worden gesteld «op welke eene stellige erkenning of ontkenenis van de hoofdvraag volgen moet.» De regter toch heeft in de eerste plaats te onderzoeken, of de feiten, waarover men de tegenpartij wil doen hooren, *ter zake dienende* zijn; en, wanneer dat het geval is, moet noodwendig het verhoor worden toegestaan. Ik zou dus denken, dat het geval niet wel denkbaar is, waarin het verhoor op vragen, als die hier door den schrijver bedoeld worden, kan worden geweigerd.

In de vierde § wordt gehandeld over de *kracht* (d. i. *de bewijskracht*) *der bekentenis*. Zonder daaromtrent den schrijver in alle de bijzonderheden te kunnen volgen, is er echter ééne thesis, waartegen ik protest moet aantekenen, die namelijk, dat de verklaring van den persoon tegen wien het misdrijf is gepleegd, bedoeld in art. 439 Strafvord., ook zou kunnen gegeven worden door krankzinnigen en personen beneden de zestien jaren. Mij dunkt, die personen treden hier op als getuigen, al wordt dit in het artikel niet letterlijk gezegd; en zij moeten dus de bekwaamheid hebben om getuigenis af te leggen, zullen hunne verklaringen, als wettig bewijs, geloof verdienen.

Even weinig ben ik door de vijfde §, over *het splitsen der bekentenis*, overtuigd geworden, dat dit in strafzaken zou geoorloofd zijn, ofschoon ik niet zeker ben, dat de splitsing die de schrijver wil toelaten, niet met niet-splitsing gelijk staat. Ik moet erkennen, dat dit gedeelte der verhandeling mij niet zeer duidelijk is. In ieder geval bewijst, dunkt mij, de opmerking, dat de bekentenis, om als bewijs te kunnen worden ingeroepen, aan zekere voorwaarden moet voldoen, volstrekt niet, dat zij mag gesplitst worden.

Met eenige korte opmerkingen over *de herroeping der bekentenis* (§ 6) wordt het werkje besloten. Als voorbeeld van aannemelijke redenen van herroeping in strafzaken (art. 441) worden gegeven, dat de bekentenis niet voldoet aan de voorwaarden van art. 439, of in strijd is met de natuurwetten. In het eerste geval echter levert de bekentenis volstrekt geen bewijs op, en is er derhalve geene herroeping noodig om haar *krachteloos* te maken. Het tweede voorbeeld had wel eenige nadere toelichting vereischt. Mij ten minste is het alles behalve duidelijk, wat ik te verstaan heb onder eene bekentenis *in strijd met de natuurwetten*. Een beter voorbeeld ware, geloof ik, geweest, dat van eene bekentenis die niet geheel vrijwillig, of niet met volkomen bewustheid van hetgeen men zeide, is afgelegd. Bij het eerste behoeft juist niet noodzakelijk aan *ligchamelijk geweld* gedacht te worden.

A. D. P.

---

*Onderzoek naar den aard en de geschiedenis der  
Vicarie-goederen in Nederland, door Mr. F.  
C. W. KOKER. Utrecht, J. GREVEN, 1857, 170  
en 26 blz., in 8°.*

Hoe diep eene omwenteling in den maatschappelijken toestand moge ingrijpen, welk een geheele ommekeer van zaken zij te weeg brenge, en welk verschillende beginsel van bestuur door haar ontsta, altijd blijven er instellingen over uit het vroegere tijdperk, die niet dadelijk zijn opgeruimd, om dan, soms eeuwen lang, wel innerlijk gewijzigd, doch altijd onder den ouden naam, te blijven voortleven. Gaat nu meer dan een regeringsvorm voorbij zonder afdoende maatregelen omtrent zulke inrigtingen te nemen, dan veranderen zij meer en meer van natuur;

het wordt al moeilijker en moeilijker om door de wetgeving eene regeling te doen vaststellen, die altijd tegen eene menigte, op langdurig bezit zich verheffende, privaat-belangen te kampen heeft; en de regterlijke magt is dan onbevoegd om te doen, waartoe de wetgevende blijkt onmagtig te zijn. Dit is, in algemeene bewoordingen, hetgeen waarvan dit geschrift een voorbeeld geeft, en tevens de indruk, dien het ons na de lezing heeft achtergelaten. Eene der grootste omkeeringen, die ooit in Nederland hebben plaats gegrepen, de verandering der staatskerk door de reformatie en de daarmede zoo naauw in verband staande verandering in den politischen toestand des lands, heeft evenwel stichtingen in het wezen gelaten van geheel godsdienstigen aard, meestal haren oorzaak hebbende in een der leerstukken der voormalige kerk, dat door het nieuwe kerkgenootschap eenstemmig werd verworpen. De Vicarijen of Kapellanijen werden immers in de tijden onmiddellijk aan de hervorming voorafgaande meestal gesticht tot heil van de ziel des stichters, bepaaldelijk tot hare verlossing uit het vagevuur, « wantter luttel luyden sterven en sonder « vagevier ten hemel voeren, soo syn wy mede bedugt « sonder vagevier niet then hemel to comen. Ende want « swaer en lastig is daer lange te wesen, » zoo maakte een vroom Katholijk, wiens naïve woorden wij hier aanhalen, eene som ter voorkoming van het zoo zeer door hem gevreesde onheil. Als boete voor een gepleegd misdrijf, of met verbinding aan de stichting van eene inrigting voor onderwijs, of wel uit godsdienstzin gesticht, vond de reformatie ook hier te lande in alle provincien eene menigte dier vicarien, die elk hare kapel of een altaar in eene kerk hadden met een priester, wiens verpligting het was het voorgeschrevene getal missen te lezen, en die uit de inkomsten der vicarie werd bezoldigd. Zoo als dit in zulke gevallen meestal gaat, waren de zooge-



naamde *collatoren*, die volgens den stichting-brief het regt van *presentatie* hadden, later gewoonlijk *patronen* genaamd, niet zeer gezind om den invloed en het geld af te staan, dat zij uit de stichting genoten. Voor de hervorming was het niet altijd doenlijk om de vicarie-goederen voor verduistering te vrijwaren; nog moeilijker werd het tijdens zij zich uitbreidde. Hierbij kwam de onzekerheid omtrent den regtstoestand: de geleerden konden het niet eens worden over hetgeen met de goederen, die de Roomsch-Katholijke kerk bezat, gedaan behoorde te worden. Eenige hielden vol dat zij aan den staat vervallen waren, het zij zonder eenig voorbehoud, het zij onder de verpligting om die tot nut der toen heerschende kerk, voor armen of scholen, of voor anderen publieken dienst te gebruiken; andere beweerden dat zij aan de regthebbenden van de schenkers behoorden teruggegeven te worden of aan de gemeente geschonken, waar zij gelegen waren. Wat de vicariën bepaaldelijk betreft, zoo verlangden velen dat zij aan de collatoren zouden verblijven, onder voorwaarde dat de opbrengst zou worden besteed om jongelieden de middelen te geven om hunne studien te volbrengen of zich in den krijgsveld te bekwamen. In elk der zeven provincien, in Drenthe en in de Generaliteits-landen, zijn in de zestiende en de eerste helft der zeventiende eeuw eene menigte beschikkingen door de Staten-Generaal en Provinciaal gemaakt, waarvan in het hier aangekondigd geschrift de voornaamste worden opgegeven; enkele andere kan men vinden in den *Codex Batavus* van ZURCK, waar omtrent Holland nog eenige opgeteekend zijn, die hier niet vermeld staan. In de zeventiende eeuw verflaauwde allengs de ijver der Staten om de nog niet bekende vicariën op te sporen; van de bekende werden de inkomsten het zij door predikanten, het zij door studenten, ook wel door de collatoren genoten; algemeene maatregelen waren niet

genomen, en, zoo als zoo vele andere zaken in die tijden, bleef alles zoo als het toevallig uit de eerste verwarring van den opstand was te regt gekomen.

Die toestand had zich bevestigd; geruchtmakende misbruiken vonden geen plaats en niemand klaagde, dat zijn regt verkort werd. Het kan dan ook geen verwondering wekken, dat zelfs eene omwenteling als die van 1795 de vicariën liet, zoo als zij ze gevonden had. In het vierde der additionele artikelen der constitutie van 1798 kon eene daartoe benoemde commissie uit de constituerende vergadering geen aanleiding vinden om de vicarie-goederen nationaal te verklaren; dien overeenkomstig werd dan ook op den 18den April 1798 besloten om eene collatie goed te keuren. Kort daarna is de verbindbaarheid van den stichtingsbrief ook gehandhaafd geworden tegen een patroon, die de goederen wilde verkoopen als «hem in eigendom competeerende.» Meerdere vicariën werden wel onder het bestuur van de regering gebragt, bepaaldelijk zijn die, welke ter begeving stonden van den stadhouder, nationaal verklaard; zij werden evenwel niet aan hunne bestemming onttrokken. Met zeer geringe verandering was dus de toestand dier stichtingen onder de werking der staatsregelingen van 1798 en 1801 dezelfde gebleven. Niets is er veranderd onder het bestuur van den raadpenionaris SCHIMMELPENNINCK of onder koning LODEWIJK NAPOLEON. De Minister van Binnenlandsche Zaken werd belast met het verleenen van alle collatiën van vicariën in het geheele rijk, doch «op den gebruikelijken voet.» Ook de maatregelen, tijdens de inlijving in Frankrijk genomen, waren uitsluitend van administratieven aard.

Na 1813 zijn ook geene groote maatregelen genomen. Wel is de administratie der vicariën van het eene departement naar het andere overgebragt; rapporten opgemaakt, ja de goederen, aan sommige vicariën behoe-

rende, verkocht en aan hunne bestemming onttrokken; eene nieuwe wetgeving is echter niet gemaakt of zelfs voorgesteld geworden. Niet te verwonderen is het dus dat het domeinbestuur te vergeefs de administratie en het bestuur van vicarie-goederen opvorderde, als zijnde belast met het beheer der goederen van den Staat, tot welke ook die der vicariën, volgens de staatsregeling van 1798 zouden behooren. Te regt, onzes inziens, strekten de conclusiën van het Openb. Min. bij den Hoogen Raad, en de arresten zelve (opgenomen in het *Regtsgel. Bijbl.* van 1856, bl. 212) tot handhaving der patronen in hun eigendomsregt, hetgeen, bij het niet bestaan van eenige bijzondere wettelijke verordening, regt van administratie en bestuur medebragt. De regterlijke magt zou buiten de grenzen harer bevoegdheid treden, zoo zij eene andere beslissing nam; hetgeen omtrent de vicariën gedaan kan worden, om die meer in overeenstemming te brengen met den tegenwoordigen maatschappelyken toestand, is de taak van den wetgever.

Wij hebben een kort begrip trachten te geven van de geschiedenis dezer instellingen, zoo als die in het hier aangekondigde geschrift behandeld is. De schrijver heeft zich zijne taak niet gemakkelijk gemaakt en geen zelfstandig onderzoek geschroomd om iets volledigs te kunnen leveren. Zoowel op het rijksarchief als op die der provinciën heeft hij opgespoord hetgeen voor zijn oogmerk dienstig zijn kon; een zevental onuitgegeven oorkonden zijn door hem in de bijlagen openbaar gemaakt, en, hetgeen meer zegt, het door hem bijeengebragte heeft hij tot een goed zamenhangend geheel verwerkt. De geschiedenis van de vicariën onder de republiek der Vereenigde Nederlanden, heeft hij voor elke provincie afzonderlijk nagegaan (bl. 18—92) en die tot op den tegenwoordigen tijd voortgezet (bl. 93—122). Daarop

volgt een uitvoerig verslag van de laatstelijk gevoerde regtsgedingen (bl. 123—162) en, in het volgende hoofdstuk, deelt de schrijver (bl. 167) als slotsom van zijn onderzoek mede, dat de vicariën: «daartoe zijn bestemd gebleven, dat twee derden der opkomsten besteed worden tot de studiën van jongelingen, voornamelijk van de plaats, waar die vicariën zijn gevestigd, en dat het overige derde strekke om daaruit in kerk- en schooldienst te voorzien; welk derde thans door het rijk moet worden genoten, als tegemoetkoming in de kosten, welker voorziening het op zich heeft genomen. Op de uitvoerende magt in den Staat ligt de verpligting en haar komt de bevoegdheid toe, om, is het noodig of dienstig, met hulp van het gewestelijk bestuur, voor het behoud van de gezegde goederen en voor het wettig gebruik van hunne opkomsten te waken. Daar, waar niet de Staat een van ouds bewijsbaar regt bezit om die goederen te beheeren, behoort dit regt, behoudens het toezigt van den Staat, aan den vicaris, onder voorwaarde van de tertiën te betalen.»

Een aanhangsel over de vicariën in een gedeelte van Duitschland besluit dit geschrift.

Wij eindigen met de aanwijzing van de onjuiste spelling van een eigen naam, die ons toevallig opviel. De schrijver vermeldt in eene noot op bl. 55, dat in 1693 de vruchten eener vicarie in de Grootte Kerk te 's Gravenhage zijn gegund aan «TERENS, Douairiere van den heer VAN LANGERAK.» Hiermede kan bedoeld zijn SOPHIA FERENS, de tweede vrouw van KAREL, baron VAN DEN BOETSelaar, aan welk geslacht toen de heerlijkheid *Langerak* behoorde, hoewel FERWERDA, in zijne geslachtlijst, zijnen dood stelt in 1708. Het is echter waarschijnlijker dat de hier bedoelde Douairiere gehuwd is geweest met een der afstammelingen van den oudoom GIBSON van den zoo evengenoemden, van wie

FERWERDA niets vermeldt, dan dat aan hen *Langerak* heeft toebehoord, en een van welke dan insgelijks eene jonkvrouw FERENS kan getrouwd hebben.

J. DE WITTE VAN CITTERS.

---

*Over den invloed der kerkelijke wetgeving der  
middeleeuwen op den regtstoestand in Neder-  
land*, door N. J. VAN IJSSELSTEIJN, — Leiden,  
102 bladz. in 8<sup>o</sup>.

De Juristen der historische school hebben onze kennis van het Romeinsche en van het Germaansche regt tot eene verbazende hoogte opgevoerd. Aan het Canonieke regt daarentegen viel eene naar evenredigheid stiefmoederlijke behandeling ten deel. Het is waar, ook daarvan werden enkele gedeelten met ingenomenheid en voorliefde beoefend; de geschiedenis der kerkelijke hierarchie en der Pauselijke magt, de valsche decretalen en in het algemeen de kritiek der bronnen riepen menigen degelijken en talentvollen arbeid in het leven, maar nog onbevredigd bleef de behoefte aan een werk, waarin helder wordt uiteengezet, hoe de Canonisten de ethische beginselen der kerk in regtsbegrippen hebben gegoten, die, langzamerhand in de wereldlijke gerigten doorgedrongen, den grondslag hebben gevormd, waarop in bijna gansch de Christenheid de maatschappelijke ordening steunt en berust. Trouwens zulk een werk mag niet van één man, noch op één oogenblik worden verwacht, het moet eerst worden voorbereid door monographien en plaatselijke navorschingen van allerlei aard, welke de feiten en uitkomsten, die later tot een geheel zullen gebragt worden, allengs openbaren en in het licht stellen. Daartoe echter is het noodig, dat de verwaarloosde studie van

het Canonieke regt weder opwakkere, en het bovenstaand proefschrift levert het blijde verschijnsel, dat men, ook in dit opzigt, aan de Leidsche akademie de eischen der wetenschap beseft en poogt te vervullen. De Schr. die ten deze de ijsbreker wilde wezen, verdient alzoo onzen lof en sympathie en wij zullen het hem niet al te kwalijk moeten afnemen, dat zijne verhandeling duidelijke sporen draagt van eene *eersteling*e te zijn, schoon het wel ware te wenschen geweest, dat hij zich of naauwere grenzen afgebakend of meer tijd gegund had.

Zijne *Inleiding* toch bevat, behalve rekenschap van zijn plan, niet veel meer dan eene oppervlakkige en overal te vinden beschrijving van de bronnen des Canonieken regts.

Ook zijn *eerste gedeelte*, waarin hij *de uitwendige geschiedenis van het canonische regt hier te lande* poogt te schetsen, laat zeer onbevredigd. Het is zoo, uit VAN MIERIS en dergelijken heeft de Schr. het een en ander bijeengegaard, waaruit van de toepassing van het Canonieke regt hier te lande blijkt, maar nergens dringt hij dieper door noch toont zich werkelijk meester over zijne stof. Om iets te noemen. Hij verwijst naar de bekende *renuntiatio omnibus exceptionibus et rationibus et defensionibus nobis competentibus a iure canonico et civili*, in de volmagten der West-Friesen ten behoeve van hunnen zoen met FLORIS V (zie ook den zoen zelf); maar ware het niet der moeite waard geweest in eenige ontvouwing der regtsbegrippen te treden welke de West-Friesen deden besluiten hun zoen met den Graaf te passeren voor den geestelijken regter? Insgelijks somt de Schr. enkele namen van Nederlandsche regtsgeleerden, die zich omtrent het Canonieke regt verdienstelijk gemaakt hebben, op. Mogt dan PHILIPS VAN LEYDEN met een diep stilzwijgen worden voorbijgegaan?

Ook omtrent de plaats die, na de Hervorming, het

Canonieke regt in het Academisch onderwijs ten onzent bleef innemen, viel wel iets te zeggen. Of was het «eene digte duisternis» b. v. voor een JACOB VOORDA, toen hij zijne geestige rede hield *pro decretalibus pontificum Romanorum epistolis*?

De hoofdzaak nogtans moest naar den aard van het onderwerp en des schrijvers eigen bedoeling het tweede gedeelte worden, dat handelt «over den invloed dien «het canonische regt heeft uitgeoefend op ons hedendaagsch privaats regt.» Ongelukkig (schoon het een gewoon en misschien onvermijdelijk gebrek der dissertatiën is) ontbrak het hier den Schr. al weder aan genoegzaam eigen onderzoek. Hij heeft niet veel meer gedaan dan de laatste paragraphen van WALTER's Kirchenrecht (laatste editie 1856) met behulp van een paar andere schrijvers eenigzins omwerken en aanvullen en hier en daar met voorbeelden en toelichting uit ons ondervaderlandsch regt verrijken. Daar niettemin WALTER nergens wordt aangehaald, geve ik het volgend staaltje uit velen om mijne uitspraak te regtvaardigen.

WALTER. § 349.

v. IJsselsteijn, blz. 68.

Nach dem Roemischen Rechte standen die Testamente unter den gewöhnlichen Behoerden; nur wenn sie ein Vermaechtniss zu einem frommen Zweck enthielten, war nach den Gesetzen der Christlichen Kaiser die Vollstreckung den Bischoefen uebertragen. Bei den Germanen waren Testamente urspruenglich ganz unbekannt und sogar wegen

In het Romeinsche Recht behoorden de testamenten tot de wereldlijke zaken; slechts dan wanneer zij eene beschikking *ad piam causam* inhielden was, volgens de wetten der Christen-Keizers, de tenuitvoerlegging aan de Bisschoppen opgedragen. Bij de Germanen waren oorspronkelijk de testamenten geheel onbekend, ja zelfs wegens het

den Gefahr fuer die naechsten Erben verboten; allein unter dem Klerus, der nach Roemischen Rechte lebte, blieben Testamente in Uebung, und selbst gegen die Laien setzte es die Kirche durch, dass wenigstens die Vermaechtnisse zu einem frommen Zweck fuer verbindlich gehalten wurden. Auch erhielt sich bei ihnen dem Roemischen Rechte gemuess der Grundsatz, dass die Bischoefe fuer deren gewissenhafte Erfuellung zu sorgen haetten (1).

gevaar, dat daardoor de naaste erfgenamen liepen, verboden; slechts bij de Geestelijkheid die volgens het Romeinsche regt leefde, bleven de testamenten in gebruik, en zelfs tegen de leeken zette de kerk het door, dat ten minste beschikkingen ad piam causam verbindend beschouwd werden. Ook bleef bij hen volgens het Romeinsche regt de instelling bestaan, dat de Bisschoppen voor eene naauwgezette tenuitvoering moesten zorgen (2).

Deze naauwe aansluiting aan WALTER is waarschijnlijk de schuld, dat de schrijver zoo zeer over «de verbindtenissen» heenloopt. Had hij de Canonisten zelve, b. v. PANORMITANUS, bestudeerd, hunne denuntiatio evangelica en de gevolgtrekkingen die zij uit de Romeinsche theorie omtrent synallagmata afleiden, hadden hem in verband met onze actie tot nakoming en tot ontbinding van overeenkomsten aanleiding tot verrassende opmerkingen kunnen opleveren.

J. K. v. D. C.

(1) C. 3. X. h. t. (Greg. I. a. 594) c. 6. X. eod. (conc. Mogunt. c. a. 850). Benedict. Levit. Capitul. Add. III. c. 37. c. 17, 19. X. h. t.

(2) C. 3. 6. X. de testam. c. 17, 19 X eod. (3. 26).



## BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

Door den minister van Justitie zijn dezer dagen aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingezonden eenige stukken betreffende het cellulaire stelsel. Uit een dezer, zijnde het *rapport van den inspecteur der gevangenis, betreffende zijne inspectie-reis, gedaan in 1857 uit het oogpunt van cellulaire opsluiting*, deelen wij het volgende mede. In zijne inleiding zegt de inspecteur, dat, nadat in de laatste zitting van de Tweede Kamer der Staten-Generaal belangrijke beraadslagingen hadden plaats gehad over de meerdere of mindere waarde van het stelsel van afzondering der gevangenen, naar aanleiding der begrootingswet voor het departement van Justitie voor 1857; nadat zich bij die gelegenheid stemmen, zoo voor als tegen dat stelsel, hadden doen hooren; nadat later die discussiën zijn hervat bij gelegenheid der wetsvoordragt over den bouw der nieuwe gevangenis te Tiel, en nadat in verschillende aan den minister van Justitie aangeboden geschriften en vertoogen het meer of minder verkieslijke van het stelsel van afzondering, boven dat van gemeenschappelijke opsluiting, nader en op nieuw was betoogd, had de minister, ook met het oog op het eerlang te wijzigen Wetboek van Strafrecht en op de volstreekte noodzakelijkheid tot den bouw van onderscheiden nieuwe gevangenis, hem bij den aanvang van 1857 heeft opgedragen eene opzettelijke opnemng der onderscheiden gevangenis in het Rijk, en zulks met betrekking tot de in genoemde Kamer behandelde vraag. Het was het verlangen van den minister van Justitie, dat ook deze opnemng zoude bijdragen, om zooveel licht mogelijk over dit onderwerp te verspreiden; voorts dat dit licht niet uit eigen opmerkingen alléén zou worden geput, maar vooral ook uit het hooren van gevangenen zelven, in hunne verblijven, en uit gesprekken met de verschillende beambten bij het gevangeniswezen. Bij deze opnemng heeft de minister hem boven alles eene volstreekte onpartijdigheid aanbevolen. Hij heeft getracht aan dien last te voldoen en daartoe opzettelijk alle gevangenis des Rijks bezocht, namelijk de groote strafgevangenis, de burgerlijke en militaire huizen van verzekering in de hoofdplaatsen der provinciën en die van arrest in de verdere zetels der arrondiss.-rechtbanken. Hij splitst zijn rapport in twee deelen; het eerste is gewijd aan de opmerkingen en inlichtingen, in de onderscheiden gevangenis gemaakt en verkregen, en aan het relaas van hetgeen hem in elk huis der vermelding waardig is voorgekomen; in het tweede worden eenige noodzakelijke gevolgtrekkingen, daaruit ontleend, opgenomen.

De inspecteur meent in dat tweede gedeelte van zijn verslag, in de eerste plaats, te moeten letten op den tijd, waarop de verschillende hier te lande bestaande inrigtingen voor afzonderlijke

opsluiting zijn daargesteld. Daaruit blijkt, dat er, lang vóórdat dit onderwerp bij de wet is geregeld, afzonderlijke opsluiting in ons vaderland bestond, welke echter als gewone gevangenisstraf werd toegerekend. Men ging van het beginsel uit, niet alleen dat deze wijze van opsluiting beter, maar ook dat zij nergens verboden was. Opmerkelijk is het, wat aangaat de waarde, door alle beambten bij het gevangeniswezen aan het stelsel aan afzondering gehecht, dat de inspecteur geen enkelen dezer beambten heeft ontmoet, die de onderlinge afzondering afkeurde, en dat er slechts één was, die nog eenige vrees had voor meerdere gelegenheid tot zelfmoord, welke vrees als ongegrond kan worden beschouwd. Niet minder opmerkelijk kan het genoemd worden, dat de onderlinge afzondering door zoovele gevangenen, zelfs bij gelijken duur hunner straf, werd verkozen en dat het alleen de meest verdorven en dus ook juist de gevaarlijkste gevangenen zijn, die de gemeenschappelijke zaal verkiezen. Uit een en ander is overigens ook duidelijk gebleken, dat de naam van eenzame opsluiting ongepast is en dat men beter doet te spreken van het stelsel van onderlinge afsluiting der gevangenen. De inspecteur acht het wenschelijk dat als algemeene regel bij het Wetboek van Strafrecht werd bepaald, dat in *alle* gevangnissen de gemeenschappelijke opsluiting in verhouding tot de afzonderlijke werd gesteld als 2 tot 3; dat alleen voor de onderlinge afzondering uitzondering zou behooren te worden toegelaten voor gevangenen van beneden de 16 en boven de 60 jaren, en dat cellulaire gevangnissen niet meer dan 100 of hoogstens 120 cellen zouden moeten bevatten.

Ook van de zijde der administratiën van de gevangenen heeft men zich veelal ten voordeele van dat stelsel uitgelaten.

Er zijn in 1856 tuchthuis- en gevangenisstraffen door de verschillende Prov. Gerechtshoven des Koninkrijks opgelegd: van 20 tot 15 jaren 4; 15 tot 10 jaren 32; 10 tot 5 jaren 189; correct. gevangenisstraf 730; cellulaire gevangenisstraf 113.

Door de rechtbanken zijn in 1856 gevangenisstraffen opgelegd, als volgt:

een jaar of minder: in gezamenlijke opsluiting 8013; in eenzame opsluiting, voor zes maanden of minder 867; voor meer dan zes maanden 86; voor meer dan een jaar 412.

— Bij een arrest van den Hoogen Raad van 16 October 1857 (zie *Weekbl. v. h. Regt.*, no. 1897), is ontkennend beslist, « of de Staat, in geval van vermiste geldswaarde uit een eenvoudig aangeteekenden brief, zonder betaling van verhoogd aantekengeld, tot iets meer gehouden is dan tot eene tegemoetkoming van f 25, ook dan, als blijkt, dat de ontvreemde geldswaarde tot een hooger bedrag in handen der regering is teruggekomen? »

Zie hier de overwegingen van den Hoogen Raad, wat het regt betreft:

*Overwegende* dat de beslissing der vraag, of de gestelde daadzaak is ter zake dienende en afdoende, daarvan afhangt, of de bij art. 15 der wet van den 12 April 1850 (*Stbl.* no. 15), bepaalde tegemoetkoming, bij vermissing van eenen aangeteekenden brief, mede omvat het geval van ontvreemding door eenen postbeambte;

*O.* dienaangaande, dat bij artt. 15 en 16 dier wet is geregeld, wanneer en in hoeverre bij vermissing van brieven tegemoetkoming of andere schadevergoeding door den Staat is verschuldigd; en dat, voor zoo veel daarbij is afgeweken van de gewone regelen der algemeene wet, niet deze, maar alleen de bijzondere moet worden toegepast;

*O.*, dat bij art. 15, vierde zinsnede, der meergenoemde wet is bepaald, dat, bij vermissing van brieven, geene tegemoetkoming of andere schadevergoeding door den Staat wordt verleend dan bij aantekening; dat, volgens artt. 15 en 16, alleen bij aantekening met het verhoogd aanteekengeld de volle waarde wordt vergoed, doch bij die met het gewoon aanteekengeld slechts eene tegemoetkoming van *f* 25 wordt verleend; en dat uit deze regelen in hunnen samenhang volgt, dat bij gewone aantekening in geen geval van den Staat eene wezenlijke schadevergoeding kan worden gevorderd;

*O.*, dat dit mede volgt uit de herhaaldelijk in artt. 15 en 16 voorkomende uitdrukking *vermissing*; daar toch aldaar, even als bij art. 96, derde zinsnede, W. K., onder dat woord moet worden verstaan elk niet te regt komen of niet bezorgd worden van een' brief, welke ook de oorzaak daarvan moge wezen;

*O.*, dat alzoo de door de eischers gestelde daadzaak is noch ter zake dienende noch afdoende;

Ontzegt enz.»

Zie in gelijken zin een arrest van het Hof van Cassatie in België, van 12 Junij 1857 (*Belg. Jud.*, bladz. 1377); voorts den Franschen Staatsraad, 29 Maart 1853 (*DALLOZ* 53, 3, 55), en het Hof van Cassatie van Sardinië, 24 Januarij 1854 (*DALLOZ*, 55, 2, 168).

De administratieve justitie van Frankrijk en de juris prudentie van de Hoogste Geregtshoven van de Nederlanden, België en Sardinië, stemmen dus overeen om tot eene vaste tegemoetkoming te brengen de aansprakelijkheid van de post administratie in geval van vermissing, het zij door toeval, het zij door een misdrijf, van alle waarden, waarvan haar het vervoer niet overeenkomstig zekere, door de post-wetgeving vastgestelde regelen is toevertrouwd. Het is opmerkelijk deze overeenkomst in de jurisprudentie van vier, veelzins met elkander in betrekking staande, naburige Staten aan te toonen.

— In Engeland is dezer dagen van regeringswege de statistiek der strafregtspleging over het afgeloopen jaar openbaar gemaakt. In den laatsten tijd zijn dáár te lande verscheiden misdaden van bijzonder

zwaren aard, alsmede bedriegerijen op ongemeen groote schaal ontdekt, zoodat het scheen, alsof Engeland in zedelijkheid achteruitging. Dat dit niet het geval is blijkt naar het oordeel van de *Times* onwedersprekelijk uit de bovenbedoelde statistiek. Het aantal te regt gestelde personen heeft in 1856 25 pct. minder bedragen dan in 1855, welk jaar, vergeleken met 1854, reeds eene vermindering van 41 pct. had opgeleverd; waarbij echter in het oog moet worden, dat het aantal summiere zaken, die zonder formele teregtstelling afgedaan worden, door de laatstelijk gemaakte wetsbepalingen toegenomen is.

In het aantal vergripen tegen den eigendom, zonder geweld gepleegd, wordt door de statistiek van 1856 eene afneming aangegeven, die niet minder dan 33 pct. bedraagt.

Onder elk honderdtal misdadigers waren in 1856 slechts 5 of 6, die goed konden lezen; het aantal dergenen, die gebrekkig met de letters bekend waren, bedroeg tusschen 50 en 60, en dat dergenen, die alle kennis misten, tusschen 30 en 40. Het aantal misdadigers, die meer dan gewone kundigheden bezaten, bedroeg slechts 5/10 pct. van het totaal; hetgeen, zegt de *Times*, niet strekt tot bevestiging der bewering, dat onderwijs en beschaving de overhelling tot misdrijf niet weren, maar gevaarlijker maken.

— Nopens de archieven, herkomstig van de keizerlijke kamer te Wetzlar, deelt het Belgische regtsblad het volgende mede:

« Men weet dat de gewezen vorstendommen Luik en Stavelot deel uitmaakten van het Duitsche Rijk, en dat dienvolgens de burgerlijke gedingen, waarin de regtbanken in beide landen vonnis wezen, in hooger beroep voor de keizerlijke kamer werden gebracht, die er in laatste ressort uitspraak in deed. Die kamer, eerst in Spiers gevestigd, was omstreeks het eind der 17de eeuw naar Wetzlar overgebracht.

De conflicten, die vrij dikwerf tusschen de staatkundige lichamen in de beide vorstendommen rezen, behoorden ook tot de bevoegdheid van de keizerlijke kamer, evenzeer als de geschillen, welke tusschen die corporaties en hare vorsten opkwamen. Men herinnert zich zeker nog, dat de Luiksche omwenteling van 1789 door de zaak van Levoz werd uitgelokt, waarin de ridderschap zich tegen den Bisschop van Hoensbroeck partij stelde. Na de ontbinding van het Duitsche Rijk, bleven de archieven van de keizerlijke kamer te Wetzlar.

Toen, ingevolge het Weener-Congres de Deutsche Bond was opgericht, werden zij onder het gezag van de Bondsvergadering gesteld.

In 1851 vernam de Belgische regering, dat zij, overeenkomstig een besluit van de Deutsche Bondsvergadering, zouden worden teruggegeven aan de Staten en aan de steden van Duitschland, welke zij respectivelijk betroffen. Dienvolgens gelaste de regering hare legatie te Frankfort het aanzoek te doen, dat, krachtens hetzelfde beginsel,

de stukken, rakende de gewezen vorstendommen van Luik en Stavelot, aan België mogten uitgeleverd.

Dank zij de ijverige vertoogen van den baron de JARDIN, erkende de Bondsvergadering in 1853 de geldigheid van de vordering van België. Het opstellen van den inventaris, het uitzoeken der papieren waarop ook andere Staten aanspraken deden gelden, eischten eenigen tijd. Eindelijk gelastte de Duitsehe Bond, bij een besluit van 29 Mei 1856, de uitlevering aan de Belgische regering van «de acten betreffende de onderdanen, corporatien of overheden, gevestigd in de gewesten van het gewezen Duitsehe Rijk, thans deel uitmakende van het Koninkrijk België, en die zich bevonden in de archieven van de gewezen regtbank der keizerlijke kamer van Wetzlar.»

Deze acten maakten uit twee duizend zeven honderd tachtig liassen, en wel meestal zeer omvattende.

De regering droeg den last op om die na te gaan en in ontvang te nemen aan den heer GACHARD, algemeen archivarius des rijks, en aan den heer VANDERBELEN, directeur van de divisie letterkunde, wetenschappen en kunsten bij het Ministerie van Binnenlandsche Zaken, die zich in de maand September des vorigen jaars naar Wetzlar begaven.

Deze commissarissen ondervonden, bij de uitvoering van hunnen last, de meeste heuschheid van de heeren HIEPE, procureur van Z. M. den Koning van Pruisen, en HARDWIG, conservator der archieven van de keizerlijke kamer. Zij deden de 2780 liassen zorgvuldig inpakken, die hun in bezit werden gegeven en die zij naar Brussel opzonden. Aldaar werden zij voorloopig in de algemeene archieven des rijks nedergelegd.

Aan die stukken is thans eene bepaalde bestemming gegeven.

De Minister van Binnenlandsche zaken heeft op het rapport en het voorstel van den algemeenen archivarius des rijks, bepaald, dat zij naar de rijksarchieven te Luik zullen worden overgebracht, alwaar, sedert het eind der vorige eeuw alle de verzamelingen van titels zijn gecentraliseerd, die van de regering, alsmede van de administratie en de regterlijke lichamen der gewezen vorstendommen Luik en Stavelot afkomstig zijn.»

(Men weet dat GOETHE zijne loopbaan in eene ondergeschikte betrekking bij de kamer van Wetzlar begonnen is en dat hij zich niet weinig vermaakte met de opeenstapeling van werkzaamheden aldaar, daar er jaarlijks eenige honderde zaken bijkwamen en slechts zeer weinige werden afgedaan, zoodat in zijn tijd nog vele gedingen van eene of meer eeuwen geleden aanhangig waren.)

