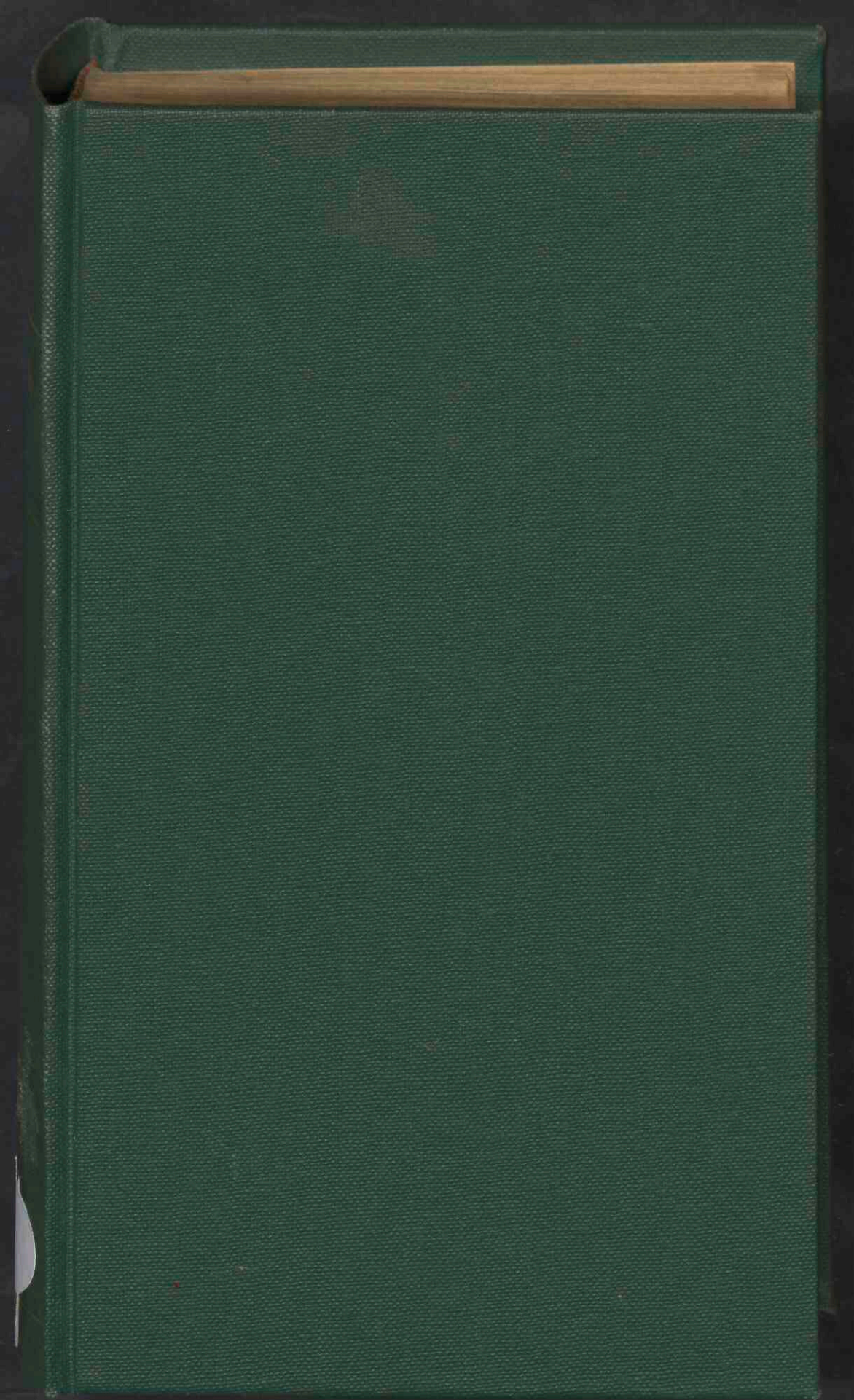
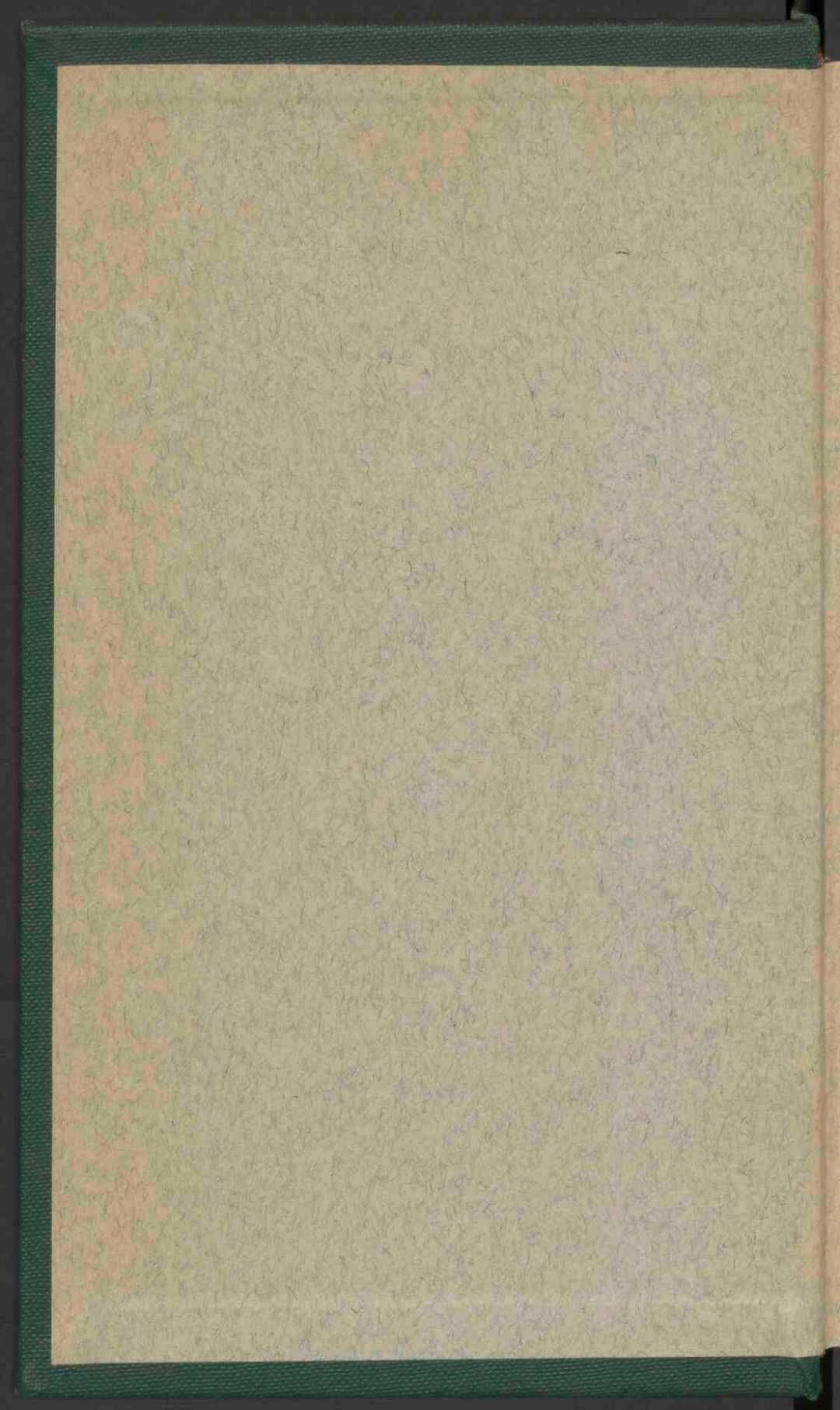


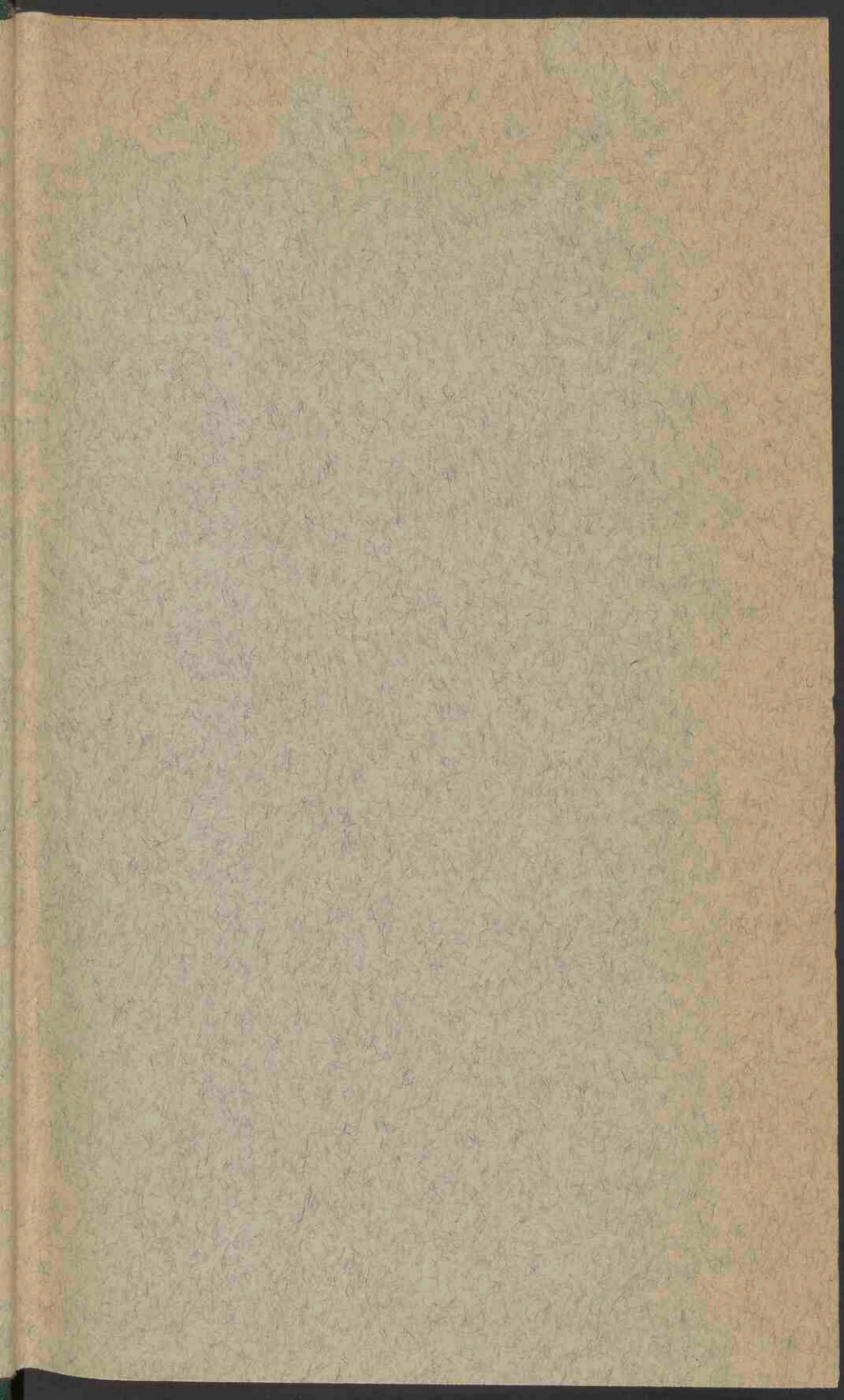


Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/436750>









Ts. 27

THEMIS,
REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT,

DOOR

Mr. DAV. H. LEVYSSOHN, Mr. A. DE PINTO,
Mr. GIJSB. M. VAN DER LINDEN, Jhr. Mr.
J. DE WITTE VAN CITTERS en Mr. J.
KAPPEYNE VAN DE COPPELLO.

—
TWEDE VERZAMELING, TWEDE DEEL.
1855.
—



's Gravenhage,
GEBROEDERS BELINFANTE.

—
1855.

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



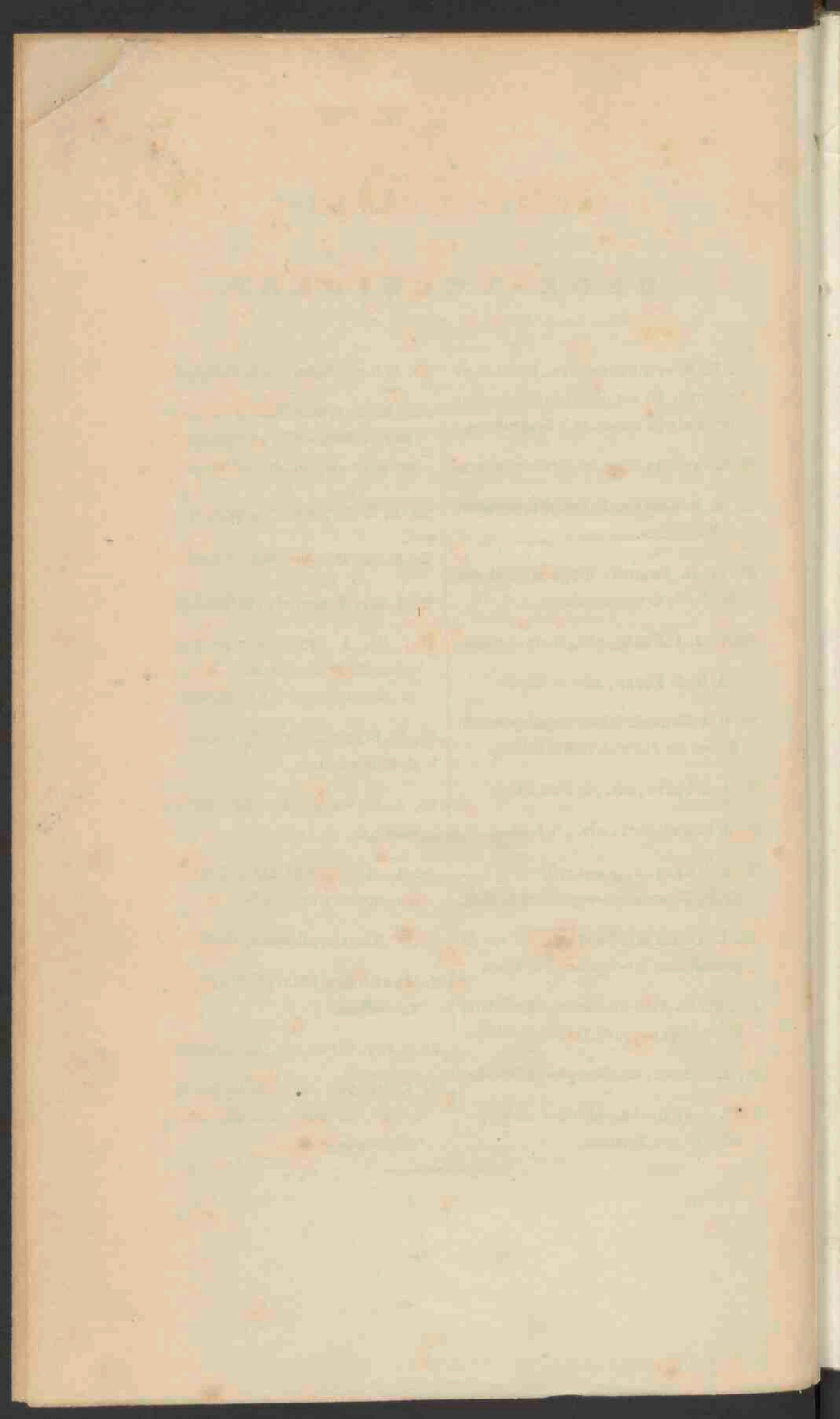
0986 3907

Utrecht
Utrecht

Boekdrukkerij OUBROEDERS BELINFANTE .
Gravenhage.

ALPHABETISCHE LIJST
VAN
MEDE - ARBEIDERS.

- | | |
|---|--|
| Mr. M. M. VON BAUMHAUER, hoofd-commissies bij het departement van binnenlandsche zaken, te 's Gravenhage. | Mr. A. S. VAN NIEROP, adv. te Amsterdam. |
| Mr. C. VAN BELL, advocaat te 's Gravenhage. | Jhr. Mr. J. C. VAN NISPEN TOT PANNERDEN, substit.-offic. van justitie bij de arrondiss.-regtb., te 's Hertogenbosch. |
| Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, advocaat te Rotterdam. | Mr. C. W. OPZOOMER, hoogl., te Utrecht. |
| Mr. G. B. EMANTS, hoogheemraad van Delfland, te 's Gravenhage. | Mr. A. PHILIPS, advocaat te Amsterdam. |
| Mr. G. J. A. FABER, adv., te Amsterdam. | Mr. A. A. DE PINTO, adv., te 's Gravenhage. |
| Mr. J. G. A. FABER, adv. te Hoorn. | Jhr. Mr. J. QUARLES VAN UFFORD, referendaris bij het departement van binnenl. zaken, te 's Gravenhage. |
| Mr. G. A. FOKKER, lid van de gedeputeerde Staten van Zeeland, te Middelburg. | Mr. W. SIEWERTSZ VAN REESEMA, adv., te Rotterdam. |
| Mr. J. A. FRUIN, adv., te Rotterdam. | Mr. J. G. ROCHUSSEN, adv. te 's Gravenhage. |
| Mr. J. E. GOUDSMIT, adv., te Leiden. | Mr. A. M. DE ROUVILLE, advocaat, en burgemeester van Brielle. |
| Mr. B. J. GRATAMA, subst.-offic. van justitie bij de arrondiss.-regtb., te Leiden. | Mr. W. SASSEN, advocaat, te Maastricht. |
| Mr. L. OLDENHUIS GRATAMA, lid van de arrondissements-regtbank, te Assen. | Mr. J ^o . DE VRIES J ^o zN., kantonregter, te Amsterdam. |
| Jhr. Mr. W. A. C. DE JONGE, referendaris bij het dep. van just., te 's Gravenhage. | Mr. F. A. T. WEVE, adv., te 's Gravenhage. |
| Mr. J. G. KIST, kantonregter, te Gouda. | Mr. E. ZILCKEN, commissies bij het departement van buitenlandsche zaken, te 's Gravenhage. |
| Mr. P. A. DE LANGE, advocaat en burgemeester van Alkmaar. | |



I N H O U D.

STELLIG REGT. (NEDERLANDSCH).

	Bladz.
STAATSREGT. — <i>Studien over Internationaal regt</i> ; door Mr. E. ZILCKEN, Commies bij het Departement van Buitenslandsche Zaken, te 's Gravenhage	1
<i>Beschouwingen over de regtspersoonlijkheid der vereeniging, vooral met opzigt tot de geestelijke orde</i> ; door Jhr. Mr. C. J. VAN NISPEN TOT PANNERDEN, Substit.-officier van Justitie bij de Arrondissements-Regtbank te 's Hertogenbosch.	181
<i>Onderzoek naar den aard en den regtstoestand der buurtwegen</i> ; door Mr. G. A. FOKKER, Lid van de Gedeputeerde Staten van Zeeland	533
BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — <i>Kunnen gemeenten zich zelve, bij plaatselijke verordening, voorregt toekennen, wegens de door haar te heffen lasten?</i> door Mr. G. A. FOKKER, Lid der Ged. Staten van Zeeland, te Middelburg	18
<i>Iets over de mede onderteekening door de verschenen personen van akten, door of ten overstaan van den Kantonregter verleden</i> ; door Mr. W. A. C. DE JONGE, Referendaris bij het Departement van Justitie	38
<i>Iets over het begrip van vennootschap</i> ; door Mr. J. G. KIST, Kantonregter te Gouda	206
<i>Oer de verwijzing van de partij, die in het ongelijk gesteld wordt, in de kosten van het geding.</i> — Art. 56 W. v. B. R., door Mr. J. G. A. FABER, Advocaat te Hoorn.	227
<i>Over het bezit van één jaar bij bezit-regtelijke actiën, naar de Fransche, oud Hollandsche en hedendaagsche wetgevingen</i> ; door Mr. L. OLDENHUIS GRATAMA, Regter in de Arrondissements-regtbank te Assen.	373
<i>Over familie-stukken en papieren bij eene boedelbeschrijving</i> ; door Mr. G. B. EMANTS.	391
<i>Tegenstrijdige belangen van minderjarige kinderen</i> ; door denzelfden	401

- Over de kracht der hypotheek tot verzekering van een geopen-
pend crediet; door Mr. AUG. PHILIPS, Advocaat te Amster-
dam* 411
- Het gunnen van eenen termijn aan den verweerder, om alsnog
aan zijne verplichting te voldoen, art. 1302, lid 4 B. W.,
staat den Regter bij wederkeerige overeenkomsten, ook
dan vrij, wanneer een termijn van betaling is bepaald
(obligation à terme); derhalve ook bij georderde ontbin-
ding van huur en ontruiming van het gehuurde, wegens
wanbetaling der huurpenningen; door Mr. J^o. DE VRIES J^oZN.,
Kantonregter te Amsterdam.* 560
- De zoogenoemde contracten van beleening, regtskundig
beoordeeld; door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, Advocaat te
Rotterdam.* 572
- KOOPIANDELSREGT. Kan de eigendom van wisselbrieven ook na
het faillissement van den betrokkene door middel van endos-
sement worden overgedragen? Ontkennend beantwoord
door Mr. J. G. ROCHUSSEN, Advocaat te 's Gravenhage . . .* 440
- STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — Vlugtige opmerkingen over
den invloed van het volkenregt op het Strafrecht; door
Jhr. Mr. C. J. VAN NISPEN TOT PANNERDEN, Substituut-officier
van justitie bij de Arrond.-regtb. te 's Hertogenbosch. . .* 247
- ROMEINSCH REGT. — Eenige opmerkingen over de conditio
triticaria; door Mr. I. TELTING, Advocaat te Leeuwarden. . .* 43
- Is L. 1 § 7 D. de pecunia constituta (13. 5) een emblema
TRIBONIANI? door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat
te 's Gravenhage* 70
- Schets der possessoire regtsvorderingen van het Romeinsche
Regt, in eene reeks van opstellen; door Mr. J. KAPPEYNE VAN
DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage.* 287, 460, 611

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

- Studien over assurantie-regt; door Mr. G. J. A. FABER,
Advocaat te Amsterdam* 80
- STRAFREGT. — Iets over den diefstal; door Mr. M. M. VON
BAUHAEUER, Hoofd commissie bij het Dep. van Binnenl. Zaken.
(Vervolg van *Themis*, 2de Verz., D. I, bladz. 747) . . .* 101

BOEKBEORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

Nederlandsche Literatuur.

- Considérations sur l'histoire de la révolution française, depuis 1789 jusqu'en 1795, principalement concernant les relations extérieures*; par H. A. VAN DLIK, Docteur en lettres et en droit. Utrecht, KEMINK ET FILS, 1854. 8°. . 386 pag.; door Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS, Advocaat te 's Gravenhage 142
- Brief aan een vriend over de circulaire der Provinciale Commissie van geneeskundig onderzoek en toezicht in Zeeland van 9 Mei 1854*; door J. PERSANT SNOEP. — Goes, L. DE FOUW, 1854. 23 bladz. in 8°. ; door Mr. A. DE PINTO, Advocaat te 's Gravenhage 344
- De wettelijke bepalingen op de uitoefening der inwendige geneeskunst, voor den heelmeeester ten platten lande, onderzocht en toegelicht*; door C. J. SNIJDDERS, Stedelijk en Plattelands Heel- en Voedmeester te Nieuwe Tonge. — Middelburg, J. C. en W. ALTORFFER, 1854, 32 bladz. in 8°. ; door denzelfden. 344
- De Burgemeester, Hulp-officier van Justitie. Eene handleiding bij de toepassing der daartoe betrekkelijke artikelen van het Wetboek van Strafvordering*; door Mr. L. G. GREEVE, Kantonregter te Schiedam. — Schiedam, H. A. M. ROELANTS, 1855. 142 bladz. in kl. 8°. ; door denzelfden . 349
- Handboek voor den Kantonregter en den ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij de Kantongeregtten voor de behandeling van strafzaken*; door Mr. E. T. DE JONGH, Griffier bij het Provinciaal Gerechtshof te Groningen, en Mr. A. OUDEMANS, Wethouder, Advocaat bij het Provinciaal Gerechtshof, Regter plaatsvervanger in de Arrondissementsregtbank in Groningen. — Te Groningen, bij J. B. WOLTERS, 1855. bladz. 252; door Mr. DAV. H. LEVYSSOHN, Advocaat te 's Gravenhage 351
- De Regtspraak van den Hoogen Raad*; door Mr. D. LÉON, Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden en lid der Provinciale Staten van Zuidholland. Tweede Deel, vijfde Afl., *Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, 's Gravenhage, 1855. Pag. 737—1174; door denzelfden . . 354
- Wetgeving betreffende de nalatenschappen, vroeger door de Wees- en Mombairkamers beheerd, benevens eene lijst van die kamers en hare keuren, gevolgd door de*

- officiële oproepingen der erfgenamen*, met eene voorrede van Mr. Dav. H. LEYSSOHN, Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden; 's Gravenhage, bij GEBR. BELISFANTE, 1855. XXXVIII en 221 bladz.; door Mr. C. VAN BELL 513
- Het Wetboek van Strafrecht (Code Pénal)*, met aantekeningen; door Mr. M. SCHOONEVELD, lid der Arrondissementsrechtbank te Amsterdam. — Nieuwe uitgave. — Amsterdam, M. SCHOONEVELD EN ZOON 1855. — 445 bl. in gr. 8^o.; door Mr. A. DE PINTO. 515
- De orde der advocaten in Nederland, hare regten en pligten, naar aanleiding van het reglement van orde en discipline*; geschetst door Mr. W. F. OTTEN, Advocaat en plaatsvervangend Kantonregter te Amsterdam. — Amsterdam, J. H. GEBHARD en Comp. 1855. — 83 pag. in 12^o.; door denzelfden. 649
- Proeve van eene algemeene plaatselijke politic-verordening, meer bijzonder ingerigt roor de gemeenten ten platten lande*, verzameld en bewerkt, met bijvoeging van ophelderende aantekeningen, door J. F. VAN UDEN, Secretaris der gemeente en plaatsvervangend Kantonregter te Boxtel, en A. DIJKHOFF, Secretaris der gemeente Helvoirt, en der burgergerlijk-administratieve vereeniging van Burgemeesters en Secretarissen, gevestigd te Vught. — 's Hertogenbosch, F. STOKERS. — 1855 — 91 bl. in 8^o.; door denzelfden . . . 655
- Wet regelende en beperkende de uitoefening van het regt van vereeniging en vergadering, naar aanleiding der daaromtrent gehouden beraadslagingen, met aantekeningen voorzien* door Mr. Jac. VAN GIGCH, Doctor in de regten en letteren, Advocaat te 's Hage. — Gorinchem, J. NOORDUYN EN ZOON, 1855. X en 61 bl. in 8^o.; door Jhr. Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS. 656

Buitenlandsche Literatuur.

- Commentaries upon international law*; by R. PHILLMORE, D. C. L. I. 1854. London. LVII en 537 pag. in 8^o.; door Mr. J. KAPFFYNE VAN DE COPPELLO 159
- Untersuchungen zur L. 122 § 1 D. de V. O. (45. 1.)*, von Dr. GOLDSCHMIDT, Privatdozenten in Heidelberg. — Heidelberg. 1855, 69 pag. in 8^o.; door denzelfden. 658
- The law of blockade, as contained in the report of eight cases argued and determined in the High Court of Admiralty on the blockade of the Coast of Courland*, 1854. By

JAMES PARKER DEANE, D. C. L., advocat in Doctors' Commons, and of the Inner Temple, barrister at law. London. BUTTERWORTHS, 1855. 8°. XVII, and 193 p.; door Jhr. Mr. J. DE WITTE VAN CITTERS 665

Du droit de perpétuité de la propriété intellectuelle. — Théorie de la propriété des écrivains, des artistes, des inventeurs et des fabricants, par ADOLPHE BREUILLER, avocat à la cour impériale de Paris. — Paris. DURAND. 1853. — 440 pag. in 8°. ; door Mr. A. DE PINTO. 690

Select Theses on the laws of Holland and Zeeland; being a Commentary on HUGO GROTIUS' Introduction to Dutch jurisprudence, by DIONYSIUS GODEFREDUS VAN DER KEESSEL, Leyden 1800; translated from the original Latin, by CHARLES AMBROSE LORENZ of LINCOLN'S INN, Esq., Advocat of the Supreme Court of the Island of Ceylon. London 1855; door Mr. DAV. H. LEVYSSOHN 693

Academische Literatuur.

J. L. WOLTERBEEK. — *Proeve eener geschiedenis van de scheepvaart-wetgeving op den Rijn*. 1854, Utr. 148 pag. in 8°. , door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO. 166

M. MEES. — *De assecuratione in salvam navigationem quae dicitur*. 1854. Rhtr. 98 pag. 8°. , door denzelfden. 168

F. H. WESTERWOUT. — *De matre, patri superstitute, liberorum tutelam recusante*. 1854. L. B. 54 pag. in 8°. ; door denzelfden. 170

C. BOSCH REITZ. — *De Duplici natura confiscationis*. 1854. L. B. 76 pag. in 8°. ; door denzelfden. 172

H. ENSCHEDÉ. — *De iis magistratibus qui publice constituti sunt depositarii*. 1853. L. B. 131 pag. in 8°. ; door denzelfden. 173

J. H. HOFMEIJER. — J. H. F. *De corruptionis crimine*. 1854. L. B. 42. pag. in 8°. ; door denzelfden. 173

E. N. RAHUSSEN. — *De jure retentionis*. 1854. L. B. 98 pag. in 8°. ; door denzelfden. 174

H. N. GROBBÉE. — *De condemnatorum restitutione (sive rehabilitatione) in jure criminali*. — L. B. 1854, 61 in 8°. ; door Mr. A. A. DE PINTO. 175

Spec. cont. quaestiones ex l. 27 Dec. 1817, de tributo hereditario. L. B. 1854. — 31 Pag. in 8°. ; door Mr. A. DE PINTO. 356

G. L. HERCKENBATH. — *De vera cod. merc. indole sive commentarius ad. cod. merc. Neerl. Art. 1.* — L. B. 1854. 120 pag. in 8°. ; door denzelfden. 357

H. VAN AKEN. — <i>De assecuratione contra incendium.</i> — L. B. 1853. 75 pag. in 8°; — door denzelfden.	Bladz. 358
J. G. DE SAIN. — <i>De rebus naufragis.</i> — L. B. 1854. 128 Pag. in 8°; — door denzelfden.	359
F. X. VERHIJEN. — <i>De rehabilitatione in rebus mercatoriis.</i> L. B. 1854. 44 Pag. in 8°; — door denzelfden.	»
G. G. VAN HARENCARSPÉL. — <i>De articulo 5 legis continentis praecepta generalia legislationis.</i> — L. B. 1855. 32 Pag. in 8°; door denzelfden.	360
J. B. NOORDENDORP. — <i>Ad titulum VI. libri I. Cod. Civ. Neerl.</i> — L. B. 1855. 54 Pag. in 8°; — door Mr. DAV. H. LEVYSSOHN, Advocaat te's Gravenhage.	362
C. A. VAN DER KEMP. — <i>Specimen ad art. 223 b. Cod. Civ. Neerl.</i> L. B., 1855, 45 bladz.; door Mr. C. VAN BELL.	518
EISO BERGSMÁ. — <i>De collegiis pupillaribus in Hollandia et Zeelandia.</i> Traj. ad Rhen. 1855; <i>Over de Weeskamers zoo als die vroeger in Holland en Zeeland bestonden</i> ; door E. BERGSMÁ. Utrecht, 1855, 121 bladz. in 8°; door Mr. DAV. H. LEVYSSOHN.	524

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

<i>Regterlijke statistiek over 1853</i>	179
<i>Verslag over het onderwijs over 1855—54.</i>	179
Programma van eene uitgeschreven prijsvraag, over: <i>Les origines, les variations et les progrès du droit maritime international</i>	366
<i>Het archief van het voormalig Hof van Gelderland.</i>	528
<i>Over de herziening der Belgische wet nopens de zamenstelling der Regterlijke Magt.</i>	529
<i>Prijsvraag der Hollandsche Maatschappij van Fraaije Kunsten en Wetenschappen.</i>	702
<i>Politie-wezen in Nederland.</i>	»
<i>Statistieke opgaven omtrent de Regtsbedeeling in Nederlandsch Indie, over 1853.</i>	369
<i>Opgaven wegens die Regtsbedeeling uit het Verslag nopens den Staat der Oost-Indische bezittingen, over 1853</i>	703

THEMIS

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING.

Tweede Deel.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *Studiën over Internationaal Regt*,
door Mr. E. ZILCKEN, commies bij het Departement
van Buitenlandsche Zaken, te 's Gravenhage.

« . . . principles of Natural Law, which not only guide a state in its conduct towards Individual Foreigners, and are the root of Comity, or Private International Law, but which guide a state in its conduct towards other states, and which constitute the most considerable foundation of Public International Justice »

(PHILLIMORE).

I.

UITLEVERING VAN MISDADIGERS.

« Hoc enim illud est dedere, quod in historiis saepissime occurrit. »

(GROTIUS).

De regtsmagt van iederen Staat strekt zich, als uitvloei-
sel der Souvereine magt, niet verder uit dan zijne grenzen.

De misdadiger, die de grenzen heeft overschreden van
het land, waar hij zich aan misdrijf heeft schuldig ge-
Themis, D. II, 1ste stuk [1855].

maakt, is buiten het bereik der wetten van dat land.

Indien ieder misdadiger, na het plegen van een misdrijf, door de vlugt aan de werking der strafwetten des lands wist te ontkomen, zouden die wetten doel- en nutteloos worden.

Het was genoeg dat zoodanige ontkoming meermalen gelukte, om onder de meeste Staten het *gebruik* in te voeren om misdadigers, die zich door ontvlugting buiten het bereik hadden gesteld der wetten van het land, waar zij zich aan misdrijf hadden schuldig gemaakt, van regeeringswege aan de bevoegde magt van dat land over te geven of *uit te leveren* (1).

Het gebruik werd echter niet verheven tot volkenrechtelijk beginsel in dien zin, dat daaruit voor een Staat de verplichting *jure gentium* ontstond, om een misdadiger aan een anderen Staat, op aanvraag van dezen, uit te leveren (2).

De schrijvers die zich voor of tegen de verbindende kracht van het gebruik hebben verklaard, zijn aangehaald bij FOELIX (3) en PHILLIMORE (4).

(1) Uitlevering (extradition), volgens LEDRU ROLLIN, (Journal du Palais, t. 7, p. 234), « remise par un état du prévenu d'une infraction commise hors de son territoire à un autre Etat compétent pour juger et punir cette infraction. »

(2) « There is not wanting the authority of great jurists to support as maxims of Internat. Law, both the following propositions upon this question of *extradition*:

1. That States are under an obligation to refuse an asylum to fugitive criminals.

2. That they are bound, if satisfied by examination of the *prima facie* guilt of the fugitive, to surrender him for trial to the country in which he committed the crime.

Nevertheless, *the usage of nations has not accepted these propositions; nor is the opposite view without the support of eminent jurists.* »

(PHILLIMORE, commentaries upon Internat Law. London, 1854, vol. 1, p. 469.)

(3) Droit international privé 1847, p. 581, p. n°. 608.

(4) Loc. cit.

Onder de eersten behooren GROTIUS, HEINECCIUS, RUTHERFORD, VATEL, onder de laatsten VOET, PUFFENDORF, MARTENS, KLUIT, STORY EN WHEATON.

PINHEIRO FERREIRA wil zelfs dat de beklagde alleen zal kunnen worden vervolgd ter plaatse waarheen hij de wijk genomen heeft (1).

Het gebruik brengt mede:

1^o. dat door geen staat worden uitgeleverd zijne eigene onderdanen;

2^o. dat, ingeval van gelijktijdige vervolging tot straf in het land, aan 't welk de uitlevering wordt aangevraagd, de uitlevering worde uitgesteld tot dat de beklagde of vrijgesproken zij, of zijne straf hebbe ondergaan;

3^o. dat de uitgeleverde beklagde ter zake van geen ander misdrijf worde vervolgd dan dat, wegens 't welk zijne uitlevering is toegestaan;

4^o. geen uitlevering toe te staan wegens staatkundige delicten, of andere dan zware misdrijven, die bij alle beschaafde volken strafbaar zijn.

De omstandigheid, dat de verpligting der Staten tot uitlevering volkenrechtelijk als twijfelachtig moet worden beschouwd, en de bezorgdheid der Regeringen voor de publieke veiligheid, waren aanleiding dat deze zich bij *overeenkomst* tot uitlevering verbonden (2).

Een der eerste voorbeelden van zoodanig verdrag is het tractaat van 4 Maart 1376 tusschen den Graaf van Savoye en KAREL V, aangehaald door ISAMBERT (3), welke schrijver ook gewaagt van den brief, den 14 Sept. 1413 door KAREL VI aan den Koning van Engeland geschreven, om de uitlevering te verkrijgen der Parijsche oproersters.

(1) Cours de dr. publ. t. 2, p. 32, s. et 179.

(2) «The extradition of criminals is a matter of *Comity*, not of *Right* except in the case of special convention.»

(PHILLIMORE, l. c. p. 413.)

(3) Recueil général des anciennes loix, t. 5, p. 479.

Bekend is het tractaat door KAREL II den 23 Febr. 1661 met Denemarken gesloten (1), en bij welks 5^e artikel de uitlevering der moordenaars van zijnen vader werd bedongen. Drie dezer moordenaars, die de wijk hadden genomen naar Nederland, werden uitgeleverd door den Pensionaris DE WITT (2).

De XVIII^e eeuw zag eene menigte uitleveringsverdragen tot stand komen.

Zoo werd het gebruik, dat in het abstract volkenregt niet tot algemeen en regel was verheven, opgenomen in het conventioneel volkenregt.

De uitbreiding der versnelde vervoermiddelen in den laatsten tijd, en de daarmede bijna gelijken tred houdende vermenigvuldiging der gevallen van ontvlugting van misdadigers, hebben het aantal der uitleveringsverdragen tusschen bijna alle beschaafde natiën zoo zeer doen toenemen, dat het gebruik thans kan worden aangemerkt als een algemeen gehuldigd beginsel van internationaal regt, aan welks onbepaalde erkenning men mag voorzien dat ook Engeland, blijkens de pogingen zijner Regering en niettegenstaande de moeilijkheden die de Britsche wetgeving haar in den weg stelt, zich niet lang meer zal onttrekken (3).

Het *gebruik* als zoodanig, werd, zeiden wij, niet verheven tot volkenregtelijk beginsel.

(1) DUMONT, corps diplomatique, t. 2, part. 2, p. 347.

(2) Zie KLUIT, de dedit profugorum, p. 44.

(3) « England holds, and has always held, as a general principle, the doctrine of refusing to surrender any persons who may have taken refuge in her dominions. The recent deviations from this principle are bounded by the letter of the Treaty which constitutes the particular case of exception; and by no Treaty has she departed from her rule of refusing the Extradition of political refugees . . . » (PHILLIMORE, l. c. p. 426), « at present she has only two Treaties of Extradition with foreign states, one with France, and another with America, both confirmed by acts of Parliament, » (ibid. p. 427).

Gelijk het echter in het conventioneel volkenregt werd opgenomen, evenzoo werden de vier beperkingen, door het gebruik ingevoerd, zoovele regels, die bij het sluiten van tractaten schier algemeen werden gevolgd.

Zij worden teruggevonden in de wetten van onderscheidene Staten, waarbij de bevoegdheid tot uitlevering wordt geregeld (1).

De eerste beperking betreft de *onderdanen*.

De vermelding of uitdrukkelijke uitsluiting van deze bij de wet van 13 Aug. 1849 (*Stbl.* n^o. 39) was, even als in de Belgische wet, overbodig. Beide die wetten zijn alleen toepasselijk op *vreemdelingen* (2).

Bij de algemeene erkenning van dit beginsel, verdient het opmerking dat de Regering der Vereenigde Staten van Amerika, eerst in de laatste jaren is overgegaan tot het opnemen van die beperking in hare tractaten met vreemde Staten. In de verdragen door de Staten der Vereeniging gesloten met Engeland en Frankrijk zijn de wederzijdsche onderdanen dan ook *niet* uitgesloten.

De beweegredenen van de zijde van het Amerikaansch Gouvernement waren deze: dat de federale constitutie en de constitutiën der verschillende Staten van de Vereeniging, even als de Britsche constitutie, het beginsel huldigen, dat de vervolging en bestraffing van misdadigers alleen geoorloofd is ter plaatse (in de «County») waar

(1) O. a. in de Belgische Wet van 1 Oct. 1833, in de Wet van 13 Aug. 1849 (*Stbl.* n^o. 39). Zie ook de circulaire van den Garde des Sceaux Minister van Justitie in Frankrijk, dd. 5 April 1841, bij DALLOZ, *Diet. voce extradition*.

(2) Verg. art. 20, Wet 13 Aug. 1849 en art. 3 Gwt. De Strafwetboeken van Beijeren (2^e deel, art. 30), van Oldenburg (art. 501) en van Wurtemberg (art. 6), de Hanoversche Ordonnantie van 26 Febr. 1822 en de constitutie van Brunswijck (art. 206) en van Baden (§§ 13 en 15) verbieden mede uitdrukkelijk de uitlevering van onderdanen. Evenzoo de constitutie van Pruisen, Hessen en Altenburg.

het misdrijf is gepleegd, zoodat wegens een misdrijf, buiten het gebied der Vereenigde Staten gepleegd, aldaar geene vervolging kan worden ingesteld; — dat dienten gevolge een Amerikaan, die zich buiten 's lands schuldig maakt aan misdrijf, indien hij daarna in Amerika terugkeert, niet kan worden gestraft, tenzij hij uitgeleverd worde aan den Staat binnen welks gebied hij het misdrijf heeft gepleegd.

Intusschen is de Amerikaansche Regering thans op het beginsel, te dien aanzien door haar gevolgd, teruggekomen.

De uitleverings verdragen door de Vereenigde Staten gesloten met Pruissen en andere Staten van den Duitschen Bond (16 Junij 1852, bekrachtigd 30 Mei 1853) en met Beijeren (12 Sept. 1853, bekrachtigd 1 Nov. 1854); zijn de eerste waarbij die Regering de uitsluiting der wederzijdsche onderdanen heeft bedongen.

Art. 2 luidt: «None of the contracting parties shall be bound to deliver up its own citizens on subjects under the stipulation of this convention.»

Dit bezwaar is derhalve thans, bij het eventueel sluiten eener conventie met de Vereenigde Staten van Amerika, ook voor Nederland uit den weg geruimd.

Het is moeijelijk te verklaren hoe Frankrijk, bij zijn reeds genoemd verdrag met die Staten (9 Nov. 1843), in de uitlevering der wederzijdsche onderdanen heeft kunnen toestemmen. De aangehaalde circulaire van den «garde des Sceaux» van 5 April 1841 bepaalt in de eerste plaats uitdrukkelijk:

«L'extradition ne s'applique pas aux *nationaux* réfugiés sur le territoire de leur patrie.»

Bij een merkwaardig decreet van Keizer NAPOLEON, van 23 Oct. 1811, was, wel is waar, het Gouvernement gemagtigd de uitlevering toe te staan van een franschman, beklaagd van een misdrijf, buiten 's lands gepleegd

tegen vreemdelingen, maar dat decreet werd reeds door het opvolgend bewind gehouden voor afgeschaft door art. 62 der Charte van 1814, bepalende « que nul ne peut être distrait de ses juges naturels » (1).

Uit alle andere conventiën, voor zoo ver men die heeft kunnen nagaan, kan de regel worden afgeleid, dat de onderdanen der contracterende Staten steeds worden uitgezonderd van het beding der verpligting tot uitlevering (2).

Eene vraag die hier hare plaats moet vinden, is deze:

Moet een beklagde, indien hij geen onderdaan is van den Staat die hem opeischt, aan dien Staat worden uitgeleverd, of wel aan den Staat waarvan hij onderdaan is?

Met andere woorden:

Behooren aan eenen vreemden Staat te worden uitgeleverd anderen dan onderdanen van dien Staat?

Die vraag heeft bij de schrijvers tot zeer uiteenlopende beschouwingen aanleiding gegeven (3).

Wij zullen die verschillende gevoelens niet onderzoeken; wij houden de vraag, om de uitdrukking van PHILLIMORE te bezigen, voor een « nice point of international casuistry.» Wij hebben er alleen van gewaagd, omdat in onderscheidene uitleverings-verdragen een beding voorkomt, 't welk aan haar zijnen oorsprong te danken heeft, en waarvan de meest gewone redactie is deze:

« Si le prévenu ou le condamné n'est pas sujet de

(1) Zie, bij LEDRU ROLLIN (Journal du Palais, l. c., p. 236), den strijd tussehen de schrijvers over de al dan niet afschaffing van het decreet van 23 Oct. 1811, door de charte van 1814.

(2) « It may be further remarked, that the *obligation* to deliver up native subjects would now be *denied by all states*, even by those which carry the general doctrine of Extradition as to criminals to the farthest limit.»

(PHILLIMORE, l. c., p. 413).

(3) H. KLUIT, de dedit, profug. p. 61. F. HÉLIE, traité de l'instruct. crim. t. 2, p. 672, MARTENS, droit des gens § 101.

celle des puissances contractantes qui le réclame, il ne pourra être livré qu'après que son gouvernement aura été consulté et mis en demeure de faire connaître les motifs qu'il pourrait avoir de s'opposer à l'extradition.»

« Dans tous les cas, le Gouvernement saisi de la demande d'extradition, restera libre de donner à cette demande la suite qui lui paraîtra convenable et de livrer le prévenu, pour être jugé, soit à son pays natal, soit au pays où le crime aura été commis.

« Il sera donné connaissance au Gouvernement qui réclame l'extradition des motifs du refus. »

« Toutefois le gouvernement auquel la demande d'extradition, dans le cas prévu par cet article, a été faite, reste libre de refuser l'extradition en communiquant au gouvernement qui la demande, la cause de son refus. »

Onder de uitleveringsverdragen, door Nederland met vreemde Staten gesloten, komt een zoodanig beding voor in die met Wurtemberg, Hamburg, Oldenburg, en Portugal.

Daar het in alle andere gemist wordt, mag men veilig aannemen, dat het in de evengenoemde alleen is opgenomen, op uitdrukkelijk verlangen van de mede contracterende mogendheid.

De bepaling kan dan ook zonder bezwaar worden gemist. (1)

Wat zal het gevolg zijn der raadpleging van het gouvernement, waarvan de beklaagde onderdaan is?

Zal dat gouvernement, bij de algemeen erkende leer dat geen staat zijn eigene onderdanen uitlevert, wanneer het opzettelijk wordt geraadpleegd, er in kunnen toestemmen, dat die onderdanen door een andere Regering worden uitgeleverd?

(1) «The country demanding the criminal must be the country in which the crime is committed.»

(PHILLIMORE, l. c., p. 413).

Het is niet waarschijnlijk. En dan zal de bepaling ten gevolge hebben òf de niet-uitlevering òf de niet-bestrafing van den opgeëischten. Het certe namelijk, wanneer het geraadpleegd Gouvernement zich tegen de uitlevering verzet en met dien Staat geen uitleveringsverdrag bestaat. Het laatste, wanneer de wetgeving des lands, waar de beklagde te huis behoort, niet toelaat de bestraffing van misdrijven, gepleegd door onderdanen buiten 's lands.

Ook ter vermindering van verwickelingen met vreemde Regeringen, schijnt het wenschelijk zich te houden aan den regel, in de meeste wetten op de uitlevering en ook in onze wet van 13 Aug. 1849 aangenomen, dat door iedere Regering, in de bepaalde gevallen, worden uitgeleverd *alle* vreemdelingen, zoodat derhalve alléén zijn uitgesloten de onderdanen des lands.

De tweede beperking betreft het geval, dat tegen den beklagde, wiens uitlevering wordt aangevraagd, eene vervolging tot straf is ingesteld in het land, aan 't welk die aanvraag is gericht.

In dat geval wordt zijne uitlevering niet geweigerd, maar uitgesteld tot dat hij òf vrijgesproken zij òf zijne straf hebbe ondergaan (1).

Ook onze wet van 13 Aug. 1849 heeft die beperking opgenomen.

Maar zij gaat verder.

Art. 17 bepaalt, dat geen uitlevering wordt toegestaan :

« d. Indien zij ten gevolge zoude hebben de onttrekking aan eene aangevangene vervolging wegens overtreding der Nederlandsche strafwetten, *of aan eene vóór de aanvraag tot uitlevering uitgesprokene veroordeeling onder bedwang van gijzeling.* »

(1) « Il faut, en effet, que la justice du pays soit, avant tout, satisfaite. » (LEDRU ROLLIN, Journal du Palais l. c., p. 240). Zie ook HÉLIE, p. 705, FOELIX, l. c. n°. 609).

Deze laatste beperking, die het *gebruik* niet kende, is ook in het conventioneel volkenregt veel minder algemeen (1).

Zij kwam in het ontwerp van 17 April 1849 mede reeds voor (art. 15, c.)

Hoe kwam zij in de wet?

De Regering zeide, in hare « memorie van toelichting, » van de voorwaarden « waarnaar de tractaten van uitlevering voortaan zullen worden ingerigt: »

« Alle deze bepalingen zijn eensdeels in het belang van den vreemdeling zelve, anderdeels brengen de waardigheid der justitie en de regten der ingezetenen van Nederland die mede. »

Hieruit mag worden afgeleid, dat de bedoelde beperking opgenomen werd in het belang der « regten van de ingezetenen van Nederland. »

Met die toelichting namen de Kamers der Staten-Generaal genoegen. De bepaling gaf geene aanleiding tot discussie.

De vraag of de vervolging tot straf zwichten moet voor eene burgerlijke gijzeling, of het publiek belang in dit geval moet onderdoen voor het privaat belang, werd alzoo èn door de Regering èn door de vertegenwoordiging toestemmend beantwoord.

In tegengestelden zin besliste de Fransche Regering bij de aangehaalde circulaire van 5 April 1841.

« Si l'étranger, dont l'extradition est accordée, est sous le coup d'une prévention ou d'une condamnation, les poursuites commencées, ou la condamnation

(1) Men vindt haar terug in het besluit betrekkelijk de uitlevering van misdadigers tusschen de Staten van den Duitschen Bond, van 26 Jan. 1854:

« Ausnahmen treten nur ein:

3. Wenn der Auszuliefernde in dem um die Auslieferung angegangenen Staate wegen Schulden oder sonstiger civilrechtlicher Verbindlichkeiten einem Arreste unterliegt. »

prononcée doivent être mises a fin avant l'exécution de l'ordonnance d'extradition . . . sans toutefois que l'extradition puisse être retardée pour une autre cause que la vindicte publique, par exemple, parceque l'étranger serait retenu pour dettes.»

De circulaire beriep zich op een arrest van den Conseil d'État van 2 Julij 1836, waarbij de gewone Regtbanken worden incompetent verklaard om kennis te nemen van de vordering eens schuldeischers, die een bevel van gijzeling heeft verkregen, tegen de uitlevering van den schuldenaar (1).

Wij gelooven dat de bepaling, die bij het sluiten van uitleverings-verdragen aanleiding kan geven tot moeilijkheden, zonder groot nadeel in de wet had kunnen worden gemist. Zij komt ook in de Belgische wet niet voor.

Moet, gelijk in het verslag der Commissie van Rapporteurs uit de 2de Kamer der Staten-Generaal, van 14 Mei 1849, te regt werd aangemerkt, «uitlevering zeer zeldzaam en alleen ter zake van een beperkt aantal zware misdrijven, die in alle beschaafde landen strafbaar zijn, toegestaan kunnen worden», evenzoo behoort, naar ons oordeel, de beperking der bevoegdheid tot uitlevering in de bepaalde gevallen alleen gegrond te zijn op regels of beginselen die algemeen, zoo niet overal, erkend en aangenomen zijn.

Het *gebruik* wil in de 3de plaats, dat de uitgeleverde persoon ter zake van geen misdrijf kunne worden ver-

(1) «Décidé, que l'étranger dont l'extradition a été accordée par le gouvernement français, et qui a été arrêté en vertu de l'ordonnance d'extradition, ne peut être écroué sur le territoire par son créancier français et que l'autorité judiciaire ne peut s'immiscer dans l'examen et l'appréciation de l'ordre d'extradition. D'où il suit qu'on doit confirmer l'arrêté de conflit qui a pour but de soustraire à l'autorité judiciaire la connaissance d'un acte de haute administration fait en vertu de traités diplomatiques.» DALLOZ, l. c., LEDRU-ROLLIN, l. c., p 240. Zie ook de conventie tusschen Frankrijk en Beijeren, 28 Mei 1846.

volgd en gestrafd, dan dat, wegens 't welk zijn uitlevering is toegestaan. Eigenlijk meer een overtollige bijvoeging dan eene beperking. Zij komt dan ook in de wetten regelende de voorwaarden der uitlevering niet voor, en zou ook in de tractaten zeer gevoegelijk kunnen worden achterwege gelaten.

Zij is intusschen in verreweg de meeste uitleveringsconventiën opgenomen, en staat in naauw verband met 't geen wij de 4de beperking noemden, de uitsluiting der politieke misdrijven.

In de overeenkomsten van extraditie, door Nederland gesloten, vindt men het bedoeld beding terug in die met België, Frankrijk, Baden, Pruisen, Oldenburg, Zwitserland, Zweden en Noorwegen.

De uitdrukkelijke uitsluiting der staatkundige delicten (de 4de beperking) mag evenzeer overtollig worden geacht, omdat door de vermelding der misdrijven, te wier zake uitlevering wordt toegestaan (hoedanige vermelding in alle verdragen voorkomt) al de andere, en mitsdien ook de politieke misdrijven van zelf zijn uitgesloten.

De meest gebruikelijke redactie van het beding is deze :

« Il est expressément stipulé, que l'individu dont l'extradition aura été accordée, ne pourra dans aucun cas être poursuivi ou puni pour aucun délit politique antérieur à l'extradition, ni pour aucun fait connexe à un semblable délit, ni pour aucun des crimes ou délits non prévus par la présente convention. »

De bepaling getuigt van het gewigt dat men, te regt, aan de uitsluiting der politieke misdrijven hecht (1).

(1) FOELIX, l. c., n°. 609 F. HÉLIE, l. c., p. 686. . . . « Un premier principe est que les Etats ne doivent pas se livrer réciproquement les coupables de crimes politiques. » (LEDRU ROLLIN, loc. cit. p. 237).

« It is generally admitted that Extradition should not be granted in the case of political offenders. » (PHILLIMORE, l. c. p. 413).

«Nu toch» zegt Mr. C. W. OPZOOMER (1), «in het volkenregt van Europa de politieke misdadigers van heden morgen als wettig gouvernement erkend worden, is het goed dat men niet tot uitlevering der wettige gouvernementen van gisteren, omdat zij heden als politieke misdadigers beschouwd worden, verplicht zij» (2).

De stelling mag *als volkenrechtelijk erkende regel* overdreven zijn, zij kenmerkt krachtig den grond, waarop de uitsluiting der politieke misdrijven berust (3).

Van daar de afkeuring door KLUIT (4), van de verdragen, door Engeland den 23 Febr. 1661 met Denemarken en met de Staten-Generaal der Vereenigde Nederlanden den 14 Sept. 1662 gesloten, voor de uitlevering der moordenaars van KAREL I.

(1) Staatsrechtelijk onderzoek, p. 120.

(2) De «Times» van 10 Junij 1852 zeide in een artikel over de later in het Hooger Huis verworpen uitleverings-conventie tusschen Frankrijk en Groot-Brittanje: «The political offense of 1851 may be the political merit of 1853; and as the wheel of fortune revolves, exiles may become ministers and prisoners be metamorphosed into Presidents. «De voorname reden der verwerping van die conventie (ter verbetering en aanvulling van de overeenkomst van 1843) door de «House of Lords», was haar beweerde strijd met het beginsel der Britsche wetgeving, 't welk de inhechtenisneming van een beklaagde niet toelaat, vóór dat zijne schuld genoegzaam bewezen is. Gelijk de «Times», in het evenbedoeld artikel, zich uitdrukte: «An offender against the laws of France, if resident in England, must be committed, as it were, by English law, before he can be tried by French law. When the demand for a French criminal reaches London, the forms of English law have to be satisfied by a ceremonial of procedure unknown in Paris — by depositions, warrants, examinations, evidence, and so forth.»

(3) «Les crimes politiques s'accomplissent dans des circonstances si difficiles à apprécier, ils naissent de passions si ardentes, qui souvent sont leur excuse, que la France maintient le principe que l'extradition ne doit pas avoir lieu pour fait politique. C'est une règle qu'elle met son honneur à soutenir. Elle a toujours refusé, depuis 1830, de pareilles extraditions: elle n'en demandera jamais.» minist. instructie v. 5 April 1841. LEDRU-ROLLIN, l. c., p. 237.

(4) L. c., p. 44.

Nederland weigerde herhaaldelijk, in 1826 en 1828, de uitlevering van fransche politieke uitgeweken (1).

In het ontwerp van 17 April kwam, onder de voorwaarden, bij het sluiten van uitleveringsverdragen in acht te nemen, de uitdrukkelijke uitsluiting van politieke misdrijven, sub lit. e, voor.

Zij verviel ten gevolge van een amendement van den heer THORBECKE, wiens redevoering in het *Bijblad* niet wordt gevonden, doch die zijn voorstel wel niet anders zal hebben gemotiveerd, dan door de bewering dat de staatkundige delicten, door de redactie van het tweede lid van art. 17, reeds uitgesloten waren.

Evenzeer als in de wet, kan de bepaling in de internationale overeenkomsten van extraditie worden gemist.

Van daar dat zij niet gevonden wordt in al de door Nederland geslotene conventien, maar alléén in die, bij welker onderhandeling door de mede-contracterende partij daarop uitdrukkelijk werd aangedrongen.

Eindelijk, de misdrijven in art. 17 der Wet van 13 Aug. 1849 vermeld, en die tot uitlevering aanleiding kunnen geven, zijn die, welke thans in alle tractaten van extraditie worden teruggevonden (2).

Het conventioneel volkenregt van Europa is op dit punt gevestigd, en voldoet aan het vereischte van het *jus gentium*, waarop in het reeds aangehaald verslag van de commissie van rapporteurs uit de 2de Kamer werd gewezen, dat uitlevering alleen behoort te worden toegestaan ter zake « van een beperkt aantal zware misdrijven, die in alle beschaafde landen strafbaar zijn » (3).

(1) *Ibid.*

(2) Verg. art. 1 der Belgische Wet van 1 Oct. 1833.

(3) « That Extradition should be granted only in the case of individuals who have committed crimes against the Laws of nature, the laws which all nations regard as the foundation of public and private security. »

(PHILLIMORE, l. c., p. 413). Verg. GROTIUS, de jure belli ac pacis

Art. 17 der Wet van 13 Aug. 1849 bepaalt nog, als uitdrukkelijke voorwaarden, dat geen uitlevering wordt toegestaan:

1°. «dan op vertoon van een behoorlijk geauthentiseerd afschrift van het vonnis van veroordeeling of in staat van beschuldiging stelling, of van den regtsingang met bevel van gevangenneming;

2°. «wanneer de vreemdeling wegens het buiten 's lands gepleegd misdrijf in Nederland reeds straf ondergaat of ondergaan heeft;

3°. «wegens misdrijven, waarvan de vervolging of de opgelegde straf naar de Nederl. wetgeving is verjaard.»

De eerste dezer voorwaarden omschrijft de verplichting voor den aanvragenden staat om over te leggen het bewijs, dat de persoon, dien de aanvraag geldt, werkelijk eene wettelijke veroordeeling heeft ondergaan wegens een der in art. 17 genoemde misdrijven, of dat hij te dier zake in staat van beschuldiging is gesteld, of dat ten minste tegen hem is verleend regtsingang met bevel van gevangenneming.

Blijkens art. 18 der Wet, mag de voorloopige inhechtenisstelling van den vreemdeling niet geschieden vóór de formele opeisching, onder overlegging van een der drie genoemde stukken.

Anders is het met de Belgische Wet van 1 Oct. 1833. Deze laat de uitlevering niet anders toe, dan op vertoon van het «jugement ou arrêt de condamnation,» of van het «arrêt de la chambre des mises en accusation» (1).

De overlegging van het bevel van gevangenneming kan, nadat het door de regtbank der plaats van het werkelijk verblijf van den vreemdeling is executoir verklaard,

l. 2, c. 21, n°. 4. VATEL, droit des gens, l. 1, ch. 19 n°. 233. LEDRU-ROLLIN, l. c. p. 237.

(1) Art. 2.

slechts diens voorloopige inhechtenisstelling ten gevolge hebben. (1).

Om zijne uitlevering te verkrijgen, moet dus nog worden overgelegd een der twee stukken bij art. 2 genoemd.

Men mag vragen waartoe de voorloopige aanhouding moet dienen, in de gevallen waarin zij, bij het niet opvolgen van een arrest van verwijzing, de uitlevering van den aangehoudene niet ten gevolge heeft?

Maar de bepaling levert daarentegen waarborgen tegen een te ligtvaardig aangevraagde uitlevering.

Wij houden echter het nadeel voor grooter dan het voordeel, en geven daarom de voorkeur aan de bepaling van onze Wet.

De twee laatsbedoelde voorwaarden der Wet van 13 Aug. 1849 stellen den vreemdeling in die gevallen gelijk met de onderdanen der kroon.

De bijvoeging dat de vreemdeling ook ter zake van een feit, waarvan hij in Nederland reeds vrijgesproken is, niet mag worden uitgeleverd (2), ware niet overtollig geweest.

Zij lag intusschen zoo zeer in de bedoeling der Regering, dat zij in bijna alle conventien voorkomt.

De gelijkstelling van den vreemdeling met de onderdanen, in alles wat de bescherming van persoon en goederen aangaat het hoofdbeginsel van art. 3 der Grondwet, is daarenboven een beginsel van billijkheid, dat dagelijks op het gebied van het internationaal recht meer en meer veld wint.

Dusver de voorwaarden die, volgens de Wet van 18 Aug. 1849, bij het sluiten van uitleveringsverdragen, moeten in acht genomen worden.

Zij zijn betracht in de conventien van Nederland met:
Pruissen, 17 Nov. 1850 (*Stbl.* n°. 73).

Denemarken, 28 Nov. 1851 (*Stbl.* 1852 n°. 14).

(1) Art. 3

(2) Art. 218 Strafvord.

- Oostenrijk*, 28 Aug. 1852 (*Stbl.* n^o. 180).
Wurtemberg, $\frac{23}{80}$ Aug. 1852 (*Stbl.* n^o. 183).
Hamburg, 30 Sept. 1852 (*Stbl.* n^o. 187).
Bremen, $\frac{9}{12}$ Oct. 1852 (*Stbl.* n^o. 189).
Keurhessen, 28 Sept. 1852 (*Stbl.* n^o. 200).
Beijeren, 25 Oct. 1852 (*Stbl.* n^o. 255).
Oldenburg, $\frac{3 \text{ Maart}}{23 \text{ April}}$ 1853 (*Stbl.* n^o. 27).
Groot-Hertogdom Hessen, 14 Sept. 1853 (*Stbl.* n^o. 112).
Zwitserch Bondgenootschap, 21 Dec. 1853 (*Stbl.* 1854 n^o. 25).
Zweden en Noorwegen, 1 Maart 1854 (*Stbl.* n^o. 79).
Portugal, 22 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 141).
De uitleverings-conventien door Nederland gesloten vóór de Wet van 13 Aug. 1849, en thans nog van kracht, zijn de volgende:
- met *Hanover*, $\frac{23 \text{ Aug.}}{17 \text{ Maart}}$ 1817 (*Stbl.* 1844 n^o. 38).
 - » *Belgie*, 28 Oct. 1843 (*Stbl.* n^o. 62).
 - » *Frankrijk*, 7 Nov. 1844 (*Stbl.* 1845 n^o. 3).
 - » *Baden*, 8 Mei 1847 (*Stbl.* n^o. 40).
- Sedert de Wet van 13 Aug. 1849 zijn geen conventien tot uitlevering van *deserteurs* gesloten (1).
De nog bestaande cartels zijn die met:
- Hanover*, 7 Mei 1815.
 - Frankrijk*, 2 Oct. 1821 (*Stbl.* n^o. 22).
 - Zweden*, 29 Mei 1827 (*Stbl.* n^o. 36).
 - Nassau*, 17 Aug. 1828 (*Stbl.* 65).
 - Duitsche Bondstaten*, 10 Febr. 1831 (*Stbl.* 1833, n^o. 45).

(1) Zie art. 16 der Wet.

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Kunnen gemeenten zich zelve, bij plaatselijke verordening, voorregt toekennen, wegens de door haar te heffen lasten?* door Mr. G. A. FOKKER, lid der Gedeputeerde Staten van Zeeland, te Middelburg.

Bovenstaande vraag kan in tweeërlei opzicht zonderling toeschijnen. Aan de ééne zijde schijnt het *zich zelf* toekennen van voorregt boven andere schuldeischers, zoo zeer in strijd met het begrip van privilegie, 't welk een regt is *door de wet* aan den éénen schuldeischer boven den ander, uit hoofde van den aard der schuld, toegekend, en zoo zeer aandruischende tegen het grondwettig beginsel, dat er slechts één *algemeen* burgerlijk wetboek voor het geheele Rijk zijn zal, waarbij de burgerlijke regten voor allen, op gelijken voet, worden geregeld, — dat de vraag: of een schuldeischer zich zelve privilegie boven anderen mag toekennen? ongehoord en ongerijmd kan worden geacht.

Aan den anderen kant evenwel zullen zij, die de letter der wet tot rigtsnoer hunner uitlegkunde nemen, van oordeel zijn, dat deze vraag geene vraag zijn kan, dewijl art. 1183 van het Burg. Wetb. duidelijk zegt, dat de voorrang van besturen van gewesten, gemeenten, dijken, polders, watering en dergelijke gemeenschappen, wegens de door hen te heffen lasten, geregeld wordt door de wetten *en de wettige op dat stuk daargestelde verordeningen*. Onnoodig, zullen zij zeggen, om de vraag te onderzoeken; de wet neemt aan, dat de bedoelde voorrang door wettige verordeningen kan worden geregeld; zij erkent daardoor de bevoegdheid, ook van de gemeentebesturen, om dien voorrang te regelen, en waren deze onbevoegd om zulks bij plaatselijke verordening te doen, de wet zou geen zin hebben en geene uitvoering op dit punt ooit kunnen erlangen, iets wat

men zonder afdoende gronden niet mag aannemen.

Ik ben verre van het gewigt dezer bedenking te ontkennen. En toch ben ik, na eene gezette overweging, tot de overtuiging geraakt, dat in de daad het aangehaald wetsartikel, met betrekking tot de woorden: *wettige op dat stuk daargestelde verordeningen*, en: *besturen van gewesten en gemeenten*, geen zin heeft en geene uitvoering kan erlangen. Rekenschap van deze mijne overtuiging wenschende te geven, wil ik gaarne aan anderen de beslissing overlaten, of de daarvoor door mij bij te brengen gronden al dan niet als afdoende te beschouwen zijn.

Alle de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar zijn voor diens persoonlijke verbindtenissen aansprakelijk en strekken tot *gemeenschappelijken* waarborg voor zijne schuldeischers; de opbrengst er van wordt onder dezen ponds ponds gelijke verdeeld, naar evenredigheid van ieders inschuld, ten ware er tussehen hen wettige redenen van voorrang mogten bestaan. Deze vloeit voort uit privilegie, uit pand of uit hypotheek.

Wat privilegie is leert art. 1180 B. W., waaruit blijkt, dat het door de wet wordt toegekend, alleen uit hoofde van den aard der schuld.

Dit nu heeft de wet voor de gewone inschulden gedaan bij de art. 1185 en volgende van het Burg. Wetb., waarbij tevens voor de speciale privilegiën, dat is voor de op zekere bepaalde goederen bevoorregte inschulden, de rangorde is aangewezen, waarin zij kunnen worden verhaald.

Men zal in die artikelen te vergeefs naar het algemeen beginsel zoeken, 't welk den wetgever bewogen heeft om aan deze of gene bepaalde inschuld voorregt toe te kennen boven eene andere; het weinige wat NICOLAÏ (1)

(1) Bij VOORDEIN, *Gesch. enz.* Deel IV, bladz. 340.

daarvan bij de verdediging der wet zeide, heldert de zaak niet op; alleen zou men er uit kunnen opmaken dat «gronden van menschelijkheid, algemeen staatsbelang, het belang der gezamenlijke schuldeischers, meer-«dere bevordering der heiligheid van overeenkomsten «en dergelijke, de grondslagen zijn der voorregten «zoo als die door den wetgever zijn toegekend, en dat «zij deels meer in den aard der schuld, deels meer in «dien van den persoon des schuldeischers, gegrond zijn(1).» Ik zal daarlaten of dit laatste niet in strijd is met het eigen beginsel der wet, 't welk alleen uit hoofde van *den aard der schuld* voorregt toekent, en met de verklaring van NICOLAÏ zelven (t. a. p.) «la qualité et la «nature de la créance donnent le privilège; *il ne s'agit «point ici d'une faveur attachée à la personne du «créancier* ;» maar dit staat vast, dat een voorregt alléén bestaat waar het door de wet is toegekend, en dat het eene uitzondering daarstelt op den gewonen regel van art. 1178 B. W., eene uitzondering, die noch uit hoofde eener vermeende billijkheid, noch door eene analogische uitbreiding van de bepalingen der wet, op inschulden kan worden toegepast, die de wet zelve niet uitdrukkelijk bevoorregt verklaart (2).

Zien wij derhalve of eenige wet de door gewesten of gemeenten te heffen lasten, uit hoofde van haren aard, bevoorregt verklaart?

Art. 1183 B. W. bepaalt, dat de voorrang van 's Rijks schatkist door bijzondere daartoe betrekkelijke wetten wordt geregeld, en dat die «van besturen der gewesten, «gemeenten, dijken, polders, watering en andere dergelijke gemeenschappen, wegens de door hen te heffen «lasten, geregeld wordt door de wetten en *de wettige «op dat stuk daargestelde verordeningen.*» Letterlijk

(1) DIEPHUIS, *Het Nederl. Burg. Regt.*, D. V, bladz. 487.

(2) DIEPHUIS, t. a. p.

opgevat schijnen deze laatste woorden te beteekenen, dat de gemeentebesturen dus slechts eene in den vorm geldige plaatselijke verordening hebben te maken, willen zij zich voor belastingschulden voorregt boven andere schuldeischers verzekerd zien.

Maar wie ziet niet in, dat het hier een burgerlijk regt geldt, en dat, zoo eens de gemeentebesturen alle van deze schijnbare bevoegdheid gebruik gingen maken, (zoo als reeds door enkele gedaan is) wij dan binnen weinige jaren omstreeks 1200 bijvoegsels op het Burgerlijk Wetboek zullen kunnen te gemoet zien, uitgegeven door even zoo vele gemeentewetgevers, d. i. door de lichamen zelven, die als partij in de zaak kunnen worden beschouwd. Vindt men dit ongerijmd en met de beginselen onzer staatsregeling en wetgeving in strijd, men zal dan moeten erkennen, dat KEMPER gelijk had, toen hij art. 12 van zijn Ontwerp van 1820 (1) verdedigende tegen de leden der Tweede Kamer, die zoodanige bepaling overtollig achtten, de noodzakelijkheid er van betoogde, ten einde de burgerlijke regten boven de inbreuk van alle plaatselijke verordeningen te verheffen, vooral in een land waar vroeger de plaatselijke besturen eeuwen lang zich met de regeling der burgerlijke regten hadden ingelaten (2). Dat zulks inderdaad het geval is geweest is overbekend, en men zal in de oude ordonnantiën der meeste steden gelijksoortige verordeningen aantreffen, als de ordonnantie van Middelburg, van 19 Dec. 1617, *op de zaken ende materie van Erfscheijdinge ende servituten*, als die van 24 Jan. 1693, *op de zeesaken en het*

(1) Bij geene plaatselijke, hetzij provinciale, hetzij stedelijke of andere dergelijke verordeningen, kunnen bepalingen gemaakt worden, waardoor de burgerlijke regten, welke voor alle ingezetenen van den Staat dezelfde zijn, in eenig opzicht besnoeid, uitgebreid of gewijzigd worden.

(2) Zie DE VRIES, *De wetg. magt der Pl. Best.*, 2de druk, bladz. 79.

waterrecht,— als die van 4 Julij 1716, houdende *Reglement op de administratie van de justitie en beleid van de procedueren*,— als die van 24 Maart 1736, op *het stuk van wissel*, en dergelijke; alle onderwerpen van burgerlijke wetgeving, waaromtrent de grondwet van 1815, op het voetspoor van bijna alle aan haar, sedert 1798 voorafgegane staatsregelingen (1), alle bemoeijing aan den gemeente-wetgever voor goed heeft willen ontnemen, door bij art. 163 te bevelen, dat er zou worden ingevoerd een algemeen wetboek van burgerlijk regt, van koophandel, van lijfstraffelijk regt, van de zamenstelling der regterlijke magt en van de manier van procederen.

Maar er zijn waarheden, zooals Mr. de Vries t. a. p. terecht zegt, die, hoe ontwijfelbaar ook, toch wel eene uitdrukkelijke vermelding, al ware het slechts voor de herinnering, vereischen; vooral bij het bestaan van wetboeken, waarbij de letter der wet steeds onbepaalden eerbied inboezemt, de grondbeginselen des regts daarentegen, wanneer zij niet met stellige woorden in de wet zijn uitgedrukt, zoo vaak worden verwaarloosd en miskend.

Zoodanig grondbeginsel nu is vervat in art. 163 der Grondwet (thans art. 146); het wil dat het burgerlijk regt voor het geheele rijk algemeen en hetzelfde zal zijn, waaruit voortvloeit, dat plaatselijke verordeningen niet alleen niets mogen bevatten, wat met de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in strijd is; maar ook dat zij evenmin die bepalingen op eenigerlei wijze mogen aanvullen of uitbreiden.

KEMPER wilde dat beginsel met zoovele woorden ook in het Burgerlijk Wetboek hebben uitgedrukt; maar hij moest onderdoen voor de meerderheid, die zulks

(1) Zie art. 23 der Staatsregeling van 1798, art. 84 van die van 1801 en art. 100 der Grondwet van 1814.

overbodig achtte, omdat, meende men, de zaak van zelfs sprak en geene herinnering behoefde.

Maar hoe komt dan toch, zal men vragen, het *tweede* lid van art. 1183 in het Burg. Wetboek; en welk gevolg kan het hebben? De geschiedenis van het artikel geeft op de eerste vraag eenig, ofschoon geen volkomen bevredigend antwoord. In het in de zitting van 1824 door de Staten-Generaal behandeld ontwerp van Burgerlijk Wetboek, kwam de onderwerpelijke bepaling niet voor, maar werd eene bloote vertaling van art. 2098 van den *Code Civil* voorgesteld. Het bij de Wet van 5 Maart 1825 (*Stbl.* n^o. 39) aangenomen wetsartikel, had echter eene *derde* zinsnede, luidende: «*Dit een en ander is mede toepasselijk op de bijdragen tot onderhoud van dijken, polders en wateringen;*» eene zinsnede door de regering aan het ontwerp toegevoegd, op de bedenking in de afdeelingen der Tweede Kamer gemaakt: «*of de bijdragen tot onderhoud van dijken, polders en wateringen, niet onder de bevoorregte schulden behoorden gesteld te worden?*» Ziedaar de oorsprong der tegenwoordige tweede alinea van art. 1183 B. W. en de eerste aanleiding er toe. Tot hertoe had het echter geene verdere strekking, dan dat de voorrang *der waterschappen* en de orde waarin die zou worden uitgeoefend, zou worden geregeld «*door de wetten daartoe betrekkelijk,*» want zóó luidde het eerste lid van het artikel, ten aanzien van het voorregt van 's Rijks schatkist; er was daarbij noch sprake van gewesten en gemeenten, noch van verordeningen. Dit was eerst het geval bij het ontwerp van 13 Maart 1833, waarbij het artikel aldus werd voorgedragen: «*De voorrang van 's Rijks schatkist, mitsgaders van besturen, gewesten, gemeenten, dijken, polders en wateringen; de orde waarin dezelve wordt uitgeoefend en de tijd van deszelfs duur worden geregeld door de wetten en veror-*

«deningen daartoe betrekkelijk.» De Regering schijnt bij hare toelichting van dit nieuw ontwerp geenerlei reden voor deze uitbreiding, waarbij nu ook van gewesten, gemeenten en verordeningen gesproken werd, gegeven te hebben; althans bij VOORDUIN vind ik daarvan niets vermeld. Zij bleef intusschen niet zonder tegenspraak; de tweede afdeeling merkte op, dat de voorrang in de bedoelde gevallen, bij zoover zij niet reeds door bepalingen, die kracht van wet hebben, zijn ingevoerd, alleen door eene daartoe betrekkelijke *wet* behoorde te worden vastgesteld, daar zij invloed kan hebben op de regten van derden, hetwelk toescheen niet door *reglementaire bepalingen* te kunnen worden ingevoerd, en dat dus het woord *verordeningen* behoorde te vervallen. Aan de derde afdeeling kwam datzelfde woord gevaarlijk voor; art. 2098 C. N. spreekt, zeide zij, alleen van *wetten*; zij vermeende: «dat geene hypotheek genoegzame zekerheid kan opleveren, indien de voorrang bij *verordeningen* kan bepaald worden;» daarom scheen haar *wetten* voldoende toe.

Bij haar gewijzigd ontwerp van 24 Oct. 1833, gaf de Regering de reden op, waarom zij van *verordeningen* gesproken had en dat woord wenschte te behouden, eene reden die ons voor de behandelde vraag veel beteekenend toeschijnt. *Omdat*, zeide de Regering, volgens art. 222 der grondwet, de materie van dijken, polders en wateringten door reglementen wordt geregeerd, en die *reglementen* of *verordeningen* ook veeltijds bepalingen behelzen omtrent den voorrang, — *daarom* maakt het artikel *ook* melding van *verordeningen*. Hieruit blijkt dat dit woord was voorgesteld alleen en uitsluitend met het oog op de waterschappen, wier laatst goedgekeurde reglementen, volgens de grondwet, den voet hunner inrigting uitmaakten en daardoor als het ware met wetten gelijk gesteld waren. Ook hiertegen kwam echter een lid der

vierde afdeeling op, die in eene nota (1) zijne meening ontwikkelde, dat dit strijdig was met art. 105 der Grondwet, volgens 'twelk de wetgevende magt gezamenlijk door den Koning en de Staten-Generaal wordt uitgeoefend, op welk voorschrift door de aanneming van dit artikel inbreuk zou worden gemaakt, bijaldien de Provinciale Staten van hunne bevoegdheid gebruik maakten om in die reglementen, onder goedkeuring des Konings, eenige verandering te maken. Intusschen werd dezelfde of eene gelijke reden als door de Regering, met het oog op de waterschappen en op art. 222 der Grondwet, voor het bezigen van het woord: *verordeningen* was opgegeven, niet aangevoerd tot regtvaardiging der woorden: *besturen van gewesten en gemeenten*; hoogst waarschijnlijk omdat eene dergelijke reden niet bestond.

Van daár welligt dat deze bijvoeging of uitbreiding der oorspronkelijke redactie op dit punt, zoo hetschijnt, in het geheel niet is toegelicht geworden. Wel is waar, zeide de tweede afdeeling, dat het woord: *besturen* kon wegvallen, daar gewesten, gemeenten enz., *als zedelijke lichamen beschouwd*, het hier bedoelde voorregt hebben; maar ik betwijfel zeer of deze bewering wel eenigen grond had.

In het Oud-Hollandsch regt werd praeferentie ontleend het zij aan de wet, en dus stilzwijgend, zonder dat daartoe eenige overeenkomst noodig was; zij heette dan *legaal verband*; het zij aan overeenkomst, in welk geval zij *conventioneel verband* genoemd werd en zoo-wel ons tegenwoordig pandregt als hypotheek omvatte.

Legaal verband nu, en dienvolgens regt van praeferentie, was toegekend, o. a. aan het Gemeene-land *op de goederen dergenen die eenig bestuur of ontvangst van 's lands penningen hadden of gehad hadden*; aan steden en dorpen, *op de goederen van hare ontvan-*

(1) Bij VOORDUIN, D. 4, bladz 353.

gers of pachters, en van dezer medestanders en borgen (1).

Bovendien hadden deze laatsten, behalve het regt van thooninge of pandinge (parate executie), generaal hypotheek of legaal verband op de goederen der belastingsschuldigen wegens vervallen lasten, welk regt evenwel in den regel slechts 6 maanden na de expiratie van het pachtjaar duurde; voor de ontvangers der convoijen en licenten, wegens «verschoolene imposten en «convooi-gelden,» duurde het slechts 14 dagen na het doen der voorschotten, welke termijn in lateren tijd (2) voor de convoioolopers te Amsterdam tot drie maanden is verlengd geworden; voor de verponding daarentegen konden de steden, die deze belasting bij wijze van admodiatie aan het Gemeene-land betaalden, het regt van praeferentie gedurende vele jaren doen gelden, zooals door het Hof van Holland o. a. bij arrest van 24 Oct. 1623 verstaan is, in zake JAN HONNEUR, collecteur van de verpondinge te 's Hage, Ca de crediteuren van EDOUARD FOULARD (3).

Zooals bekend is, heeft het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland, de Oud-Hollandsche burgerlijke wetgeving in 1809 vervangen en afgeschaft. Dit Wetboek verleende, bij art. 1829, algemeen legaal verband of stilzwijgend pandregt op des schuldenaars geheelen boedel:

(1) Zie *Placc. van Holl. en West-Vriesland*, 9 Aug. 1658, en van *Zeeland*, dd. 10 Dec. 1691. Verg. VOET, ad lit. ff. in *quibus caus. pign. vel hyp. tacite contr.*, n^o. 8. DE GROOT, *Inl. B.* 2, D. 48 en VAN DER LINDEN, *Regtsgeel. Handb.*, bl. 105 volg.

(2) Bij Publ. der Staten van Holl. dd. 5 April 1786. *Gr. Placaatboek*, D. IX, bl. 559.

(3) Zie COREN, *Observ. XVII.* Verg. *Gener. Ordon. op de gem. middelen* van 1654, *Gr. Pl. boek*, 1, bl. 1653. VOET l. l. ZURCK, *Cod. Bat. in v. Gemeene middelen*, § XX, en *cod. novus batavus in v. praeferentie*.

1°. aan den Staat op de goederen van deszelfs ontvangers, gaarders en andere administrateurs, die eenig beheer van 's lands penningen gehad hebben, mitsgaders op de goederen van derzelver borgen, voor de aanzuivering van alle zoodanige gelden, als zij in die betrekking aan den Staat schuldig zijn.

Gelijk regt was daarbij toegekend aan de steden en dorpen op de goederen van hunne ontvangers, alsmede aan de daarbij belanghebbenden op die van de bestuurders der kerkengoederen of armenkassen.

2°. aan den Staat op de goederen van hen die eenige lasten of impositiën schuldig zijn enz. Bovendien waren, volgens art. 1842, de nog onvoldane *algemeene* en *plaatselijke* lasten, de erfpachten en andere grondregten, *op het goed gevestigd*, praeferent.

Dit was in zoo verre eene wijziging van de vroegere wetgeving, dat van nu af de praeferentie van den Staat wel bleef gelden voor *alle* lasten en impositiën zonder onderscheid; maar dat die der steden werd beperkt tot het verhaal van *reële* lasten alleen, zoodat praeferentie, bijv. voor accijnsen en dergelijke indirecte lasten, voortaan slechts op de goederen der ontvangers, niet meer op die der belastingschuldigen kon worden geldig gemaakt.

Het Ontwerp van 1820 behield datzelfde beginsel en gaf, bij art. 3461, regt van praeferentie, o. a. «wegens de verpondingen en andere onvoldane *reële* lands-, «districts- of plaatselijke lasten, waarop het perceel is «aangeslagen, over de laatste drie jaren (1).»

Hoe kort nu ook het Wetboek Napoleon van 1809 gegolden hebbe, het heeft de vroegere algemeene en bijzondere keuren, ordonnantiën en verordeningen betrekkelijk het burgerlijk regt uitdrukkelijk (2) afgeschafft.

(1) Verg. art. 1534 van dat ontwerp.

(2) Zie art. 3 van het Besluit van 24 April 1809 (bij VAN DE POLL, *Verzameling van Vaderlandsche Wetten en Besluiten*, bl. 434)

Dit Wetboek zelf is door den *Code Civil* vervangen, en, dewijl dit laatste aan steden, dorpen en dergelijke geene praeferentie toekent, is het duidelijk, dat zoodanig regl sedert 1810 in ons vaderland niet meer bestond, en niet dan door eene nieuwe *wet* wederom in het leven kon worden geroepen. Zelfs voor de waterschappen zou het regt van praeferentie, «aan den dijkkring of waard «toekomende, voor de onkosten van dijken, dammen, «molens, sluizen, wateringen en dergelijke» (1), waarvan de *Code Civil* eveneens zweeg, in 1810 verloren zijn gegaan, had niet de Grondwet van 1815 het behouden of hersteld, door te verklaren, dat de laatst goedgekeurde reglementen den voet hunner inrigting zouden uitmaken. Uit dezen hoofde kon de Regering zich in 1833, ter verdediging van het woord *verordeningen*, op art. 222 dier Grondwet, ten aanzien der waterschappen beroepen; voor het voorregt van steden, gewesten en dergelijke lichamen had zij zoodanigen grond niet; want alle dienaangaande vroeger bestaan hebbende algemeene of plaatselijke verordeningen waren door het Wetboek Napoleon vervangen en afgeschaft.

En dat ook dit voorregt der waterschappen, zelfs na de invoering van het Burgerlijk Wetboek, en niettegenstaande art. 1183, niet zoo geheel boven alle bedenking werd geacht, zou men mogen opmaken uit de geschiedenis van art. 25 der wet van 9 Oct. 1841 (*Stbl.* n^o. 42) *betrekkelijk de magt der hooge en andere heemraadschappen*.

Dit artikel werd in het eerste regerings-ontwerp dezer wet niet aangetroffen; het werd er tijdens de be-

vaststellende de Pointen, welke bij de dadelijke invoering van het Wetboek Napoleon zullen worden nagekomen.

(1) Art. 1330 Wetb. Napoleon. Verg. VAN DER LINDEN en DE GROOT t. a. p.

handeling bij de Tweede Kamer ingebracht, « ten einde « toe te geven aan het verlangen, door de verschillende « afdeelingen aan den dag gelegd, om bij deze gelegen- « heid, in overeenstemming met art. 1183 van het B. W., « den voorrang *te regelen*, die aan de heemraadschappen, « dijk- en polderbesturen en verdere corporaties van dien « aard, voor de omslagen en lasten, het dijk- en pol- « derbestuur betreffende, *zal gegeven worden*. (1)

De wetgever van 1841 begreep derhalve, dat die voor- rang, ofschoon daarvan bij art. 1183 B. W. als van een bestaand regt gesproken wordt, nog regeling bij de wet noodig had, en dat de wet dien voorrang nog ge- ven moest, niettegenstaande uit de geschiedenis van ge- meld artikel duidelijk blijkt, dat het aan de des betref- fende verordeningen der waterschappen voortdurend kracht van wet heeft willen toekennen.

Wat hier ook van zij, er bestonden in 1833, gelijk wij hierboven aantoonde, ten aanzien der waterschap- pen, *verordeningen* (reglementen bij art. 222 der Grond- wet gehandhaafd), in sommige waarvan voorrang voor polderlasten en dergelijke was toegekend; ten aanzien van gewesten, steden in dergelijke gemeenschappen be- stonden zoodanige verordeningen regtens niet meer; want zij hadden al hare kracht verloren, sedert de in- voering van het eerste *algemeen* Burgerlijk Wetboek, dus sedert 1809.

Maar er is meer. Al kon ook dit in 1833 niet meer bestaan van geldige verordeningen, betrekkelijk den voorrang van steden wegens te heffen lasten, in twijfel worden getrokken, men zou dan moeten erkennen, dat dezelfde drangreden, die den wetgever in 1841 bewoog om in de wet *betrekkelijk de magt der heemraad- schappen*, dezen voorrang te regelen, in 1851 in nog veel sterker mate bestond, toen het er op aan kwam

(1) Zie VAN DEN HONERT in zijne *Gesch. en Beg.* dezer wet, bl. 101.

de bevoegdheid der Gemeentebesturen bij de wet vast te stellen. En echter zal men niet slechts zoodanige regeling te vergeefs in de Gemeentewet zoeken; maar het blijkt integendeel uit de gewisselde stukken, *dat men die regeling niet gewild heeft, omdat het regt zelf niet bestond.* Bij de behandeling der Gemeentewet in de Tweede Kamer is, voor zooveel ik heb kunnen ontdekken, deze zaak in 't geheel niet ter sprake gebracht. Maar in het verslag der Eerste Kamer, ad art. 280 van het Ontwerp, lezen wij: «Eenige leden «betreurden het dat, gelijk zulks voor het Rijk en voor «de heemraadschappen is bepaald, deze wet geene «regelen heeft vastgesteld, waarbij de voorrang der «gemeentekas boven andere schuldeischers is verze- «kerd (1).» En wat antwoordde de Regering? Gaf zij te kennen dat zij de zaak had over het hoofd gezien, of dat daarin bij het Burg. Wetboek genoegzaam voorzien was? In geenen deele. «Tot nog toe,» antwoordde zij, «was de gemeentekas *niet* in het genot van *eenig* «regt van voorrang. Daar hieruit, zoover het Gouver- «nement weet, geene moeilijkheid is ontstaan, en de «regeling van dien voorrang met groote bezwaren ge- «paard zou gaan, zijn te dien aanzien geene voorschriften «in het Ontwerp opgenomen (2).»

Het zal daarom ook voorzeker niemand verwonderen, dat Mr. DIEPHUIS, in zijn uitvoerig en belangrijk werk over ons Nederlandsch Burgerlijk regt, ons artikel behandelende, na de verschillende bijzondere wetten, die den voorrang van 's Rijks schatkist regelen, te hebben opgenoemd, ten slotte zegt: «omtrent een privilegie aan gewes- «ten en gemeenten toegekend, zijn mij geene bepalingen «voorgekomen;» noch ook dat de Regter-Commissaris bij

(1) *Bijblad* 1850—1851, Eerste Kamer, bl. 154.

(2) Ald. bl. 159.

de Arrondissements-regtbank te Leiden, nu onlangs (1), het den ontvanger dier gemeente, op grond eener door den Raad op den 2 Febr. 1853 vastgestelde plaatselijke verordening, geëischte regt van voorrang, wegens verschuldigde plaatselijke belasting afwees, uit overweging: «dat voorrang is een onderwerp van burgerlijk regt, hetwelk door geene plaatselijke verordening, in strijd met de wetten van den Staat, kan worden verkort of uitgebreid; dat wel is waar bij art. 1183, 2de alinea, van het Burg. Wetb. wordt erkend het bestaan van voorrang, o. a. voor gemeenten, die geregeld wordt door de wetten en de wettige op dat stuk daargestelde verordeningen; doch dat de strekking van die wetsbepaling slechts ten doel heeft de handhaving van den voorrang, dien daarop genoemde gemeenschappen hebben, zoo als die verordeningen, vóór de invoering van het Burgerlijk Wetboek *daargesteld*, waren geregeld, vermits de bewoordingen van dat artikel de in het vervolg *daar te stellen* verordeningen niet omvatten.» Al moge men nu ook eene dergelijke wetsuitlegging misschien wat al te letterlijk achten, men zal, in verband met het hierboven bewezen feit, dat het woord: *verordeningen* alléén en uitsluitend met het oog op de *bestaande* reglementen der waterschappen, is kunnen verdedigd en gehandhaafd worden, moeilijk kunnen ontkennen, dat die interpretatie althans schijn van grond heeft. Want het komt mij voor in strijd te zijn met onze geheele wetgeving, wanneer men aanneemt, dat de wetgever in 1833 zou gewild hebben, dat gewesten en gemeenten zich zelve voortdurend een burgerlijk regt bij verordening zouden kunnen toekennen, waarbij de regten van anderen worden verkort;— dat plaatselijke wetgevers voortdurend bevoegd zouden zijn de burgerlijke wetgeving ten hunnen voordeele bij plaatselijke verorde-

(1) Blijkens de *Gemeentestem*, n^o. 163.

ning uit te breiden of te beperken, ook na de invoering van een *algemeen* Burgerlijk Wetboek.

En al neemt men ook met den Leidschen Regter aan, dat art. 1183, 2^e lid, ziet op- en handhaaft de vóór 1838 *daargestelde* plaatselijke verordeningen, waarbij voorrang aan gemeenten was toegekend, dan nog komt men niet verder. Want wij hebben hierboven reeds doen zien, dat dergelijke verordeningen sedert 1809 regtens niet meer bestonden; zij waren door de artikelen 1829 en volg. van het Wetb. Napoleon vervangen en afgeschaft, en de *Code Civil*, die dit wetboek heeft vervangen, wist niets van dergelijk voorregt.

Wij moeten het er, om al het hierboven medegedeelde, voor houden, dat de wetgever in 1833 de woorden: *besturen der gewesten en gemeenten*, GEHEEL ONBEDACHT heeft gebezigd, en zoo doende in art. 1183 van ons Burg. Wetb. eene bepaling heeft ter nedergeschreven welke, ten aanzien dezer gemeenschappen, geen zin heeft en onuitvoerbaar is.

Immers wanneer men bij de vaststelling van dat artikel de vroeger daargestelde verordeningen bedoelde, dan had men iets op het oog, wat regtens niet meer bestond; en bedoelde men de nog daar te stellen verordeningen, dan kende men eene bevoegdheid toe die, als in strijd met de Grondwet, geene toepassing kon erlangen; eene bevoegdheid, die trouwens *en* buitensporig *en* gevaarlijk voor de regten van alle andere schuldeischers zoude te achten zijn. Hierover ten slotte nog een enkel woord.

Geheel buitensporig zou ik eene dergelijke bevoegdheid noemen uit aanmerking dat, vermits privilegie een regt is, door de wet aan den eenen schuldeischer boven den ander, *alléén uit hoofde van den aard der schuld* toegekend, hieruit noodwendig voortvloeit, dat zij niet door den wil van partijen, bij overeenkomst zoude

kunnen worden gevestigd. «Le privilège ne provenant que de la qualité de la créance, il s'en suit qu'il ne pourrait être établi par la volonté seule des parties; une convention ne suffirait donc pas pour rendre privilégiée une dette qui ne le serait pas sa nature (1).» Zoo derhalve beide partijen het zelfs niet bij overeenkomst zouden kunnen vestigen, en dus ook eene gemeente niet, zelfs al stemden alle belasting-schuldigen er in toe, zou het dan niet buitensporig te noemen zijn, wanneer haar het regt toekwam zulks alléén te doen?

Maar die bevoegdheid zou niet minder gevaarlijk zijn voor de regten der hypothecaire schuldeischers, inzonderheid na het arrest van den Hoogen Raad van 27 Nov. 1845, waarbij werd beslist dat de voorrang, dien de wetgever in zijne bijzondere wetten aan de schatkist heeft toegekend, geheel onafhankelijk is van de vraag, of in het *gewoon* burgerlijk regt pand en hypotheek al dan niet boven privilegie gaan (2).

Naar het gewoon burgerlijk regt gaan pand en hypotheek boven privilegie, behalve in de gevallen, waarin de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt. Dit voorschrift van art. 1180 B. W. heeft, volgens het gevoelen van den Hoogen Raad, geen invloed op den voorrang,

(1) DALLOZ, *Dict. Gén. de législation*, in *v^e privilège*. «Si la dette» zegt DOMAT, *les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{re} part., livr. 3, tit. 1, sect. 5 § 30, «n'était pas d'elle même privilégiée, on ne pourrait la rendre telle par l'effet d'une convention.» Hetzelfde wordt door Mr. DIEPHEUS geleerd t. a. p.

(2) In de *Opm. en Meded.* van Mrs. OUDEMAN en DIEPHEUS, D. II, bl. 184 en volg., wordt aangetoond, dat, ten gevolge dezer leer, rangregeling bij executorialen verkoop, waarbij en hypothecaire schuldeischers en de schatkist wegens verschuldigde accijnsen belang hebben, onmogelijk is, zonder hetzij art. 290 der Algem. Wet van 26 Aug. 1822 (*Stbl.* n^o. 38), hetzij art. 1180 van het Burg. Wetb., te schenden.

Mr. DIEPHEUS bestrijdt deze leer van den Hoogen Raad, in zijn boven aangehaald werk, D. 5, n^o. 834.

Themis, D. II, 1ste St. [1855].

die bij de bijzondere wetten aan 's Rijks schatkist is toegekend, waarvan art. 1183 spreekt. Nu zullen voorzeker de wettige verordeningen der besturen van gewesten en gemeenten, in de schatting van hen, die de door ons bestreden bevoegdheid aan de genoemde lichamen willen toegekend hebben, in wettelijke kracht wel gelijk staan met de *bijzondere* wetten, waarvan datzelfde artikel spreekt; en terwijl alzoo de wetgever, naar de leer van den Hoogen Raad, bij zijne bijzondere wetten te dezer zake, het gewoon burgerlijk regt kan wijzigen, door onafhankelijk daarvan en in strijd daarmede, voorrang aan de schatkist boven hypothecaire schuldeischers toe te kennen, zoo zal men, om consequent te zijn, het er voor moeten houden, dat zulks ook bij de wettige op dat stuk daargestelde verordeningen van gewesten en gemeenten kan geschieden, vermits art. 1183 tusschen deze en de bijzondere wetten, in het 1ste lid bedoeld, geen onderscheid maakt en ze dus gelijk stelt.

De plaatselijke wetgever zal, dus hierin even vrij zijn als de algemeene; hij zal bij het maken van verordeningen, omtrent privilegie wegens gemeentelasten, aan geene regelen gebonden zijn, maar zich daarbij voorrang, zelfs boven hypothecaire schuldeischers, kunnen toekennen!

In dat geval zou de in 1833 door de 3de Afdeeling der Tweede Kamer geuite vrees in volle kracht worden bewaarheid: « dat geene hypotheek genoegzame zekerheid kan opleveren, indien de voorrang bij *verordeningen* kan worden bepaald. »

NASCHRIFT.

Nadat ik het bovenstaande geschreven had, kwam mij no. 1601 van het *Weekblad van het Regt* en no. 169

van de *Gemeentestem* in handen, beiden mededeelende het regtskundig advies van de heeren Mrs. SIKKEL GROOS, COCK en HUYSER, over de vraag, of de gemeenteraad van Leiden tegen de afwijzing van het voor die gemeente geëischt regt van voorrang al dan niet in verzet behoorde te komen?

Ofschoon de slotsom van dat advies strekt om in de zaak te berusten, uit hoofde van de geringheid van het belang der gemeente bij de onderwerpelijke rangregeling, zoo wordt niettemin de bevoegdheid der gemeentebesturen, om dien voorrang te regelen, als een door het Burgerlijk Wetboek *erkend* en dus *bestaand* regt beschouwd en verdedigd.

Hoe bereid ook om het gevoelen van andersdenkenden te eerbiedigen, en hoeveel waarde ik ook hecht aan dat van de drie genoemde regtsgeleerden, aan wier bekwaamheid en geleerdheid ik gaarne hulde breng, zoo moet ik erkennen, dat het advies mij niet heeft overtuigd. Wel kan ik mij gedeeltelijk vereenigen met de bestrijding der overwegingen, die den R. G. der Leidsche regtbank hebben geleid tot afwijzing van het gevorderd regt van voorrang; wel zie ik met genoegen mijne voorop gezette stelling bevestigd, dat voorrang is een zakelijk regt en alzoo een onderwerp van het burgerlijk regt, en dat bij den Code Napoleon het privilegie der gemeenten niet erkend was; maar het betoog der bevoegdheid van de gemeentebesturen, geput uit de laatste woorden van art. 1183 B. W., komt mij s. r. zwak en niet overtuigend voor. Het komt in substantie hierop neder: het regt van regeling door de gemeentebesturen is door de wet erkend, derhalve bestaat het privilegie der gemeente, welks regeling is overgelaten aan de wettige verordeningen, waaronder geene andere denkbaar zijn dan die voor de gemeente worden daargesteld door het gemeentebestuur. Wel was bij den Code Napoleon zoodanig privilegie niet erkend,

daar art. 2098 alleen spreekt van het privilegie der schatkist, te regelen bij de wet; maar nu bij ons Burgerlijk Wetboek de vermelding van het privilegie der gemeente is bijgevoegd, te zamen met de vermelding van regeling van dit gemeenterecht bij wettige verordening, zoo kan hier niet worden gedacht aan regeling bij de wet. Wel is waar kan de verordening in quaestie niet gebragt worden tot eene van de categorieën van verordeningen, welke in de gemeentewet uitdrukkelijk worden genoemd, doch uit de gemeentewet volgt niet, dat eene bevoegdheid, die ten opzichte van de regeling van een zakelijk recht bij het Burgerlijk Wetboek is erkend, bij de gemeentewet zou zijn ontnomen, daardoor dat deze er geene melding van maakt. Eene stilzwijgende afschaffing kan in deze niet worden verondersteld.

De hoofdgrond van dit meer negatief dan positief betoog is dus deze: het Burgerlijk Wetboek *erkent* de bevoegdheid der gemeentebesturen tot regeling; derhalve *bestaat* het recht van voorrang der gemeenten. Ware dit zoo, ik zou toestemmen dat het stilzwijgen van de gemeentewet niet zou kunnen beschouwd worden als eene stilzwijgende afschaffing van dat recht. Maar wij hebben de uitdrukkelijke reden vermeld waarom de gemeentewet van deze geheele zaak geene melding maakt; de Regering, die de gemeentewet voordroeg en verdedigde, verklaarde, dat de gemeentekas tot hiertoe niet was in het genot van eenig recht van voorrang; dat daaruit, zooveel bekend was, geene moeilijkheid was ontstaan; dat de regeling van dien voorrang met groote bezwaren gepaard zou gaan, en dat daarom te dien aanzien geene voorschriften in het ontwerp waren opgenomen. Geen der leden van de Eerste Kamer, aan wie dit antwoord gegeven werd, kwam tegen deze ontkenning van het privilegie der gemeente op, en de daarop gevolgde aanneming der wet mag als eene berusting in die ont-

kenning worden aangemerkt. Nu is het volkomen waar, dat art. 1183 Burg. Wetb. van den voorrang der gemeenten wegens belastingschulden spreekt, als of dat regt werkelijk bestond; maar ik meen te hebben doen zien dat daarin juist de fout gelegen is; ik meen te hebben bewezen, dat het bedoeld regt tijdens de zamenstelling van het Burgerlijk Wetboek niet bestond; ik meen het er voor te mogen houden, dat er meer noodig zou zijn dan eene indirecte, onbedachte, *erkenning* van een quasi bestaand regt, en dat eene uitdrukkelijke *toekenning* zou noodig zijn, wilde men het bestaan van het regt, en dien ten gevolge de bevoegdheid der gemeente-besturen tot regeling daarvan, kunnen bewijzen.

En wanneer men er op let, dat die indirecte erkenning van een quasi bestaand regt, die in art. 1183 B. W. wordt gedaan, geen gevolg kan hebben zonder de bestaande Grondwet en den geest van alle haar sedert 1798 voorafgegane Staatsregelingen te schenden, die, zoo als KEMPER zeide, de burgerlijke regten hebben willen verheffen boven de inbreuk van alle plaatselijke verordeningen, — dan meen ik het er voor te mogen houden, dat op de bewoordingen van art. 1183 B. W. geene regts-geldige plaatselijke verordeningen kunnen worden gehouden, waarbij voorrang der gemeente wegens belastingen hetzij toegekend, hetzij geregeld zou worden.

Iets over de mede-onderteekening door de verschenen personen van akten, door of ten overstaan van den Kantonregter verleden, door Mr. W. A. C. DE JONGE, Referendaris bij het Departement van Justitie.

Behalve de werkzaamheden, bij de Wet op de Regterlijke Organisatie den Kantonregter opgedragen, zijn hem nog eene menigte andere verrigtingen bij bijzondere wetten en verordeningen toevertrouwd, waarop art. 60 der Wet op den Overgang het oog heeft, en waarvan het bestaan veelal bij akte of proces-verbaal wordt bewezen.

Tot die verrigtingen behooren: *het opmaken van akten van bekendheid; het beëedigen bij het aanvaarden eener bediening, in zake van successie-regt, van schatters, deskundigen enz.; verlof of tusschenkomst tot het aangaan van een huwelijk; handligting; verzegeling, ontzegeling; aanbod of opening van beschikkingen na doode; benoeming van voogden, curators, toeziende voogden en curators, bewindvoerders, deelvoogden; beëdiging dier personen; bevestiging, van waardeverklaring der voogdij of curatele; dépôt en beëdiging van boedelbeschrijvingen; verklaringen van erfregt; het toestaan van verkoopen van roerend goed; scheepsverklaringen; beëdiging van zeebrieven; verhoor van getuigen, partijen, bloed- en aanverwanten bij opdracht, enz., enz.*

Er bestaat onzekerheid naar de wet; verschil van gevoelen bij de schrijvers; uiteenloopende handelwijze bij de Kantonregters, met opzigt tot de vraag: *in hoeverre de akten of processen-verbaal, opgemaakt bij of ter gelegenheid van de hiervoren genoemde verrigtingen door de voor den Kantonregter verschenen personen al of niet moeten worden mede onderteekend?*

De onzekerheid naar de wet wordt geboren eensdeels

uit haar stilzwijgen, een stilzwijgen, dat zich in de artt. 95, 98, 99, 104, 127, 414, 480, 481, 503, 983, 984, 989 B. W. en elders laat aanwijzen, en nog opmerkelijker wordt, waar de Nederlandsche wetgever afweek van den Frausche, zoo als blijkt uit art. 127 B. W. vergeleken met art. 71 Code Civil.

Die onzekerheid naar de wet wordt anderdeels niet verminderd, wanneer men nagaat, hoe bij het stilzwijgen der wet op de eene plaats, van de medeonderteekening der verschijnende personen een vereischte wordt gemaakt op eene andere plaats, en zulks terwijl op beide plaatsen zoodanige mede-onderteekening gelijkelijk noodig of onnoodig zou geacht kunnen worden.

Een voorbeeld uit velen leveren op het proces-verbaal van verzegeling (art. 661 W. van Burg. Regtsv.), hetwelk door partijen wordt medeonderteekend (art. 663 *eod.*), en het proces-verbaal van ontzegeling (art. 675 *eod.*), omtrent welks medeonderteekening door partijen de wet zwijgt, zonder dat de *ratio legis* voor beide processen-verbaal mij toeschijnt te verschillen.

Ook de schrijvers zijn niet eenstemmig.

De heer VAN DER KEMP, *Ontwikkeling van het Recht betrekkelijk de Kantongerechten*, bladz. 210 is b. v. van oordeel, dat het proces-verbaal van art. 414 Burg. Wetb. door alle de tegenwoordig zijnde personen « als verslaggeving van het verrichte » dient te worden onderteekend.

De Heer DE WITT HAMER, *Handboek voor de Kantongerechten*, blz. 380 spreekt uitsluitend van de onderteekening door Kantonregter en Griffier.

Te midden van die onzekerheid, uit de wet zelve voortvloeiende, kan verschil van gevoelen bij de schrijvers evenmin als verschil van handelwijze bij de Kantonregters, van welk laatste mij onlangs voorbeelden zijn voorgekomen, niet bevreemdend heeten.

Er zijn Kantonregters, en zij maken het meerendeel uit, die de medeonderteekening van alle of bijna alle de hier bedoelde akten, door de voor hen verschijnende personen, noodig keuren.

Er zijn er, die geene of bijna geene dier akten laten medeonderteekenen.

Een vast beginsel, waarnaar gehandeld werd, scheen echter noch bij de eersten, noch bij de laatsten daarbij voor te zitten.

De vraag is, of er een kenmerk zij aan te wijzen, waaraan in de praktijk getoetst kan en moet worden de al of niet noodzakelijkheid van de medeonderteekening der voor den Kantonregter verschijnende personen.

Dat kenmerk ligt, naar het mij voorkomt, in de omstandigheid, of 1^o. de Kantonregter geheel uit en op zich zelve handelt en beslist, na verhoor of in bijzijn der verschenen personen; dan wel 2^o. de Kantonregter eene daad verrigt, hetzij bij opdracht, hetzij bij wege van vrijwillige jurisdictie in dien engeren zin, dat hij eigenlijk niet meer of anders doet, dan constateren, hetgeen de verschijnende personen voor hem, Kantonregter, komen verklaren, verrigten enz.

De gemaakte onderscheiding is niet eigendunkelijk. Zij berust op art. 1905 van het Burgerlijk Wetboek.

Het is niet toevallig (1), dat gezegd artikel, in afwijking van art. 1317 Cod. Civ., spreekt van akten *door of ten overstaan* van openbare ambtenaren verleden.

Het art. 1905 Burg. Wetb. maakt in het algemeen dezelfde onderscheiding, die ik daaruit voor de Kantonregters ontleen.

Er zijn akten, die verleden worden *door*, er zijn akten die verleden worden *ten overstaan* van den Kantonregter.

De *eersten* gelden als authentieke akten, wanneer zij de onderteekening hebben van Kantonregter en Griffier;

(1) VOORDUIN, V, bl. 470.

de *laatst*en behoeven de mede-onderteekening van belanghebbende of andere verschijnende personen.

Met opzigt tot de *eersten* is het de Kantonregter, die handelt, beslist, toestaat of weigert. Ten aanzien der *laatst*en is de Kantonregter meer lijdelijk, en is het, in één of meer opzigten, ten zijnen overstaan dat *door anderen* gehandeld wordt.

Ik breng tot de eerste soort van akten, die houdende: benoeming van voogden, curators, toeziende voogden en curators; verlof of tusschenkomst tot het aangaan van een huwelijk (art. 95, 98, 99, 104 Burg. Wetb.); handligting (art. 481 *eod.*); magtiging van voogden of curators tot het voeren van rechtsgedingen, of het berusten in eene tegen den minderjarige of curandus ingestelde rechtvordering (art. 461, 462 en 506 *eod.*) enz.

Ik breng tot de tweede soort, de akten van beëdiging in zake van successie, van schatters, deskundigen, en ook van voogden en curators, hetzij de beëdiging bij bijzondere akte wordt geconstateerd, of bij de akte van benoeming, in welk laatste geval de benoemde, die tegelijkertijd beëdigd wordt, de akte medeteekent.

Tot die tweede soort breng ik al verder: de nederlegging en beëdiging van onderhandsche akten van boedelbeschrijving (art. 444 Burg. Wetb.); aanbod of opening van beschikkingen na doode (artt. 983, 984, 989 *eod.*); handligting (art. 480 *eod.*); akten van bekendheid (art. 127 *eod.*), verklaringen van erfregt of van gerechtigheid (Kon. Besluit van 22 Dec. 1819 n^o. 56); verzegeling en ontzegeling, bij welke verrichtingen de *verschijnende personen* dikwerf niet minder *handelen* door het doen van vorderingen, beweringen en eedsafleggingen, dan de Kantonregter zelf; scheepsverklaringen (artt. 369, 379, 380, 381, 383, 384 Wetb. v. Kooph.); verhooren bij opdracht van getuigen, partijen, bloed- en aanverwanten (art. 331, 477 Burg. Wetb.,

art. 119 *alin.* 200, 205, 816 *laatste lid* Wetb. v. Burg. Regtsv.) enz.

Nog één woord over de al of niet bestaanbaarheid eener akte, waaraan de medeonderteekening der verschijnende personen, waar die vereischt wordt, ontbreekt.

Het spreekt van zelf, dat, waar die onderteekening *niet* vereischt wordt, en toch aanwezig is, deze overbodigheid niet schaden zal, en op de akte van geen invloed zijn kan.

Maar van geheel anderen aard is de vraag, of de akte bestaanbaar zij, welke niet voorzien is van de medeonderteekening der verschenen personen, niettegenstaande zij die behoeft.

Welligt zal men vermeenen, dat de Kantonregter, door zijne onderteekening alléén: reeds aan de akten, ten zijnen overstaan verleden, eene authenticiteit bijzet, welke het gebrek aan de medeonderteekening van belanghebbenden dekt, — dat wel is waar niet aan de verklaring en handteekening van elk openbaar beambte zoodanig gezag kan worden toegekend, weshalve bv. art. 30 der Wet op het Notarisambt de medeonderteekening der verschenen personen beveelt, — maar dat de verklaring en onderteekening van den Kantonregter, den magistraatspersoon, de medewerking en medeonderteekening van de verschenen personen niet noodig heeft, om als authentiek bewijs te gelden.

Deze meening is volkomen juist met opzigt tot de akten des Kantonregters, die een *vonnis* daarstellen, van welker medeonderteekening door partijen wel nimmer sprake zijn kan.

Zij is even juist ten aanzien van die akten, welke, hoewel geene *vonnissen* zijnde, echter, naar de hierboven gemaakte onderscheiding, verleden zijn *door* en niet *ten overstaan* van den Kantonregter.

Maar dat deze laatste soort van akten, die welke slechts

ten overstaan van den Kantonregter verleden worden, hare bewijskracht uit de onderteekening van den genoemden magistraatspersoon alleen genoegzaam zouden kunnen ontleenen, dit wordt door menige bepaling in onze Wetgeving tegengesproken, waar zij voor de bestaanbaarheid van het relaas des magistraatspersoons de medewerking eischt van den verschenen persoon.

Eene inzage der artikelen 102, 111, 243, 879 Wetb. v. Burg. Regtsvord., der artikelen 41, 44 en anderen van het Wetb. v. Strafvord., toont aan, hoe de Wetgever zelf zoodanige bewijskracht aan de verklaring en handteekening op zich zelve van den magistraatspersoon in het algemeen, en van den Kantonregter in het bijzonder, niet toekent, maar in zeer vele gevallen hem op dit punt met andere openbare ambtenaren gelijk stelt.

Naar mijne zienswijze moet de akte, voor den Kantonregter verleden, die, naar de beginselen hiervoren ontwikkeld, de mede-onderteekening der verschenen personen behoeft, doch waaraan die medeonderteekening ontbreekt, als *niet bestaande* worden aangemerkt, en is bijvoorbeeld de *handligting* door den vader verleend, maar bij eene *door hem niet onderteekende akte*, — zijn de *akten van bekendheid*, de *verklaringen van erfregt* enz., zonder de medeonderteekening van hen die verklaren, nietig en van onwaarde.

ROMEINSCH REGT. — *Eenige opmerkingen over de condictio triticaria*, door Mr. I. TELTING, advocaat te Leeuwarden.

Dat de leer van *decondictio triticaria* of *triticaria*(1), door de onvolledigheid, duisterheid en strijdigheid der rechtsbronnen, tot eene der moeilijksten uit het Romein-

(1) Beide benamingen komen voor. SAVIGNY. *Syst. d. heut. Röm. Rechts.* Th. V. S. 626. Not. a geeft aan *triticaria* de voorkeur.

sche regt behoort, wordt algemeen erkend. Van daar dan ook dat de geleerde NooDT haar in zijn' commentaar (1) met stilzwijgen voorbijgaat, « non adsuetus, » zooals hij zegt, » alios docere, quod ipse non intelligo. » Men is het niet alleen over den naam, maar ook over den oorsprong en aard dezer actie ten allen tijde oneens geweest, en eerst sedert de ontdekking van den echten GAJUS is hierover helderder licht opgegaan. De verschillende gissingen over den naam vindt men opgegeven bij GLÜCK (2), SMALLENBURG (3) en anderen, en ik zal het niet wagen over een vraagpunt, dat bij het stilzwijgen der bronnen wel niet voldoende zal kunnen worden uitgemaakt, te beslissen. Mijn voornemen is om over den aard en oorsprong der actie eenige opmerkingen te geven. Is het echter geoorloofd over haren naam eene meening te uiten, dan zou ik mij liefst vereenigen met hen, die den oorsprong daarvan zoeken in de woorden van het edict des Praetors *triticum, oleum, vinum*, welke woorden mij schijnen aan te duiden de meest gebruikelijke voorwerpen der actie in vroegeren tijd (4).

Letten wij op den aard der actie, dan is eene eerste vraag: strekt de *condictio triticaria* alleen om de waarde eener zaak, *rei aestimatio*, te vorderen, welke zaak zelve niet meer gepraesteerd kan worden? De meeste oudere regtsgeleerden zijn van meening geweest, dat de *condictio triticaria* eene afzonderlijke actie was, strekkende om de waarde eener zaak te vorderen (5), en onder de nieuweren heeft dit gevoelen een' voorstander gevonden in

(1) G. NOODT. *Comm. ad Dig. h. t.* in ejus opp. t. II. p. 305.

(2) *Ausführl. Erläut. der Pandecten* § 843, Th. XIII S. 262—265.

(3) Ad. SCHULTING, *ad Dig. h. t. t.* III. p. 132.

(4) Ik zal later gelegenheid hebben nader terug te komen op dit gevoelen. Zie bl. 56 noot 1.

(5) Zie GLÜCK. t. a. p. S. 267 not. 82.

Glück (1). Hieruit leidde men dan verder af, dat de *condictio triticaria* altijd eene *condictio incerti* zijn moest (2). Slechts enkelen der oudere schrijvers hebben ingezien dat deze condictie wel degelijk de zaak zelve tot voorwerp had (3), zonder dat zij zich echter van haren aard het juiste denkbeeld hebben gevormd. Zoo spreekt SCHULTING (4) van eene algemeene *certi condictio*, waardoor alle *res certae* gevorderd konden worden (5): maar waartoe, mag men vragen, eene afzonderlijke *condictio certi*, daar toch de *condictio triticaria* alle zaken behalve *certa pecunia numerata*, dus ook alle *res certae* tot voorwerp had, zoo als door genoemden schrijver zelf erkend wordt. Ook STRAUCH (6) beweert, dat deze actie concurren kan met de *condictio certi*, en hij beantwoordt de vraag, waartoe dan eigenlijk de *condictio triticaria* dient, op 't voetspoor van BACHOVIVS, hiermede, opdat er eene algemeene actie wezen zou, waardoor men een *incertum* zou kunnen vorderen. 't Valt echter in 't oog, dat hierdoor de vraag, waartoe eene algemeene *condictio certi* nevens de *condictio triticaria* dienstig wezen kan, geenszins wordt opgelost. Beter oordeelt PUFENDORF (7), die 't kenmerkend onderscheid tusschen de *condictio certi* en de *triticaria* daarin zoekt, dat door de eerste

(1) Glück. t. a. p.

(2) Glück. t. a. p. not. 83 en 84.

(3) Glück. t. a. p. not. 78

(4) *Thes. controv.* Decad. 37 § 1, 46 § 2. Dezelfde *ad fr.* 1 D. h. t. Deze leer vindt men ook bij de glossatoren. Zie HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum* S. 120 ff.

(5) *Over fr. 9 pr. D. de reb. cred.* (12, 1.), dat voor SCHULTING'S meening schijnt te pleiten, zie men GANS, *Obligationenr.* S. 127. ZIMMERN, *R. Gesch.* III, § 62. SAVIGNY, *Syst.* V, Beil. 14. Num. 23. HEIMBACH, t. a. p. S. 83—93. die, ieder op zijne wijze, deze moeilijke plaats verklaren. Ik zou mij liefst met ZIMMERN'S gevoelen vereenigen.

(6) *Diss. de cond. tritic.* c. IV. sect. 3 § 2, in *ejus opuscul.* ed. a C. G. KNORRIO. Halae Magdeb, 1729.

(7) *Observ. jur. univ.* Hanov. 1748. Obs. XII § 10.

alleen *certa pecunia numerata* werd gevorderd; minder juist evenwel is hetgeen hij volgen laat, dat men de *condictio triticaria* als tegenovergesteld aan de *certi condictio* eene *condictio incerti* zou kunnen noemen. COCCERJ eindelijk, hoezeer hij met genoemde schrijvers daarin overeenstemt, dat hij onze condictie voor eene actie houdt, waardoor de zaak zelve gevorderd wordt (1), zoekt echter in 't breede aan te toonen, dat zij eene *condictio incerti* is, op grond dat zij alle zoodanige zaken tot voorwerp heeft, welke eene *aestimatio* toelaten (2). 't Zal ons later blijken dat het wezen eener *actio incerti* hierin niet gelegen is.

Laat ons thans de meening van GLÜCK en de oudere regtsgeleerde schrijvers, die hij volgde, eenigzins naauwkeuriger onderzoeken. Zijne redenering komt hierop neer: indien de *condictio triticaria* strekte om de verschuldigde zaak zelve te vorderen, zoude zij eene *condictio certi* zijn, terwijl integendeel ULPIANUS haar in *fr. 1. D. h. t.* regtstreeks tegen deze overstelt. En hieruit verklaart hij dan ook, waarom deze condictie geene bepaalde geldsom tot voorwerp hebben kon. Tegen deze redenering valt mijns inziens een en ander in te brengen. Vooreerst zie ik niet in, dat, indien de *condictio triticaria* strekte om de verschuldigde zaak zelve te vorderen, deze dan altijd eene *condictio certi* zou moeten zijn, zoo als GLÜCK uit *fr. 9 pr. D. de Reb. Cred.* en *fr. 6 D. eod.* (12. 1.) tracht aan te toonen. Om deze bewering toch te kunnen staande houden, zou hij vooraf moeten bewijzen, dat iedere *zaak* welke gevorderd wordt een *certum*, en dat alleen de *aestimatio* eene *res incerta* is. En nu zal wel niemand er aan twijfelen of eene *zaak*, *sensu latiori*, welke het voorwerp eener condictie is, kan wel degelijk eene *res incerta* zijn. Immers

(1) *Jus civile controu. ad h. l. D. Qu. 4.*

(2) *l. l. Qu. 1 n. 3.*

een *certum* is, behalve *certa pecunia*, al datgene wat in geld zijne juiste oplossing vinden kan, en hiertoe wordt vereischt, dat zoodanig voorwerp niet alleen naar zijn² omvang naauwkeurig bekend is, maar ook eene objectieve waarde heeft (1); een *incertum* is juist het tegenoverstelde, dus òf eene zaak, welke wel eene objectieve waarde heeft, maar waarvan de omvang niet bepaald is, òf eene zaak, welker omvang bepaald is, maar die geene objectieve waarde heeft. Tot de eerste soort nu van *res incertae*, die zaken welker wezen bekend is en die eene objectieve waarde hebben, maar waarvan de omvang niet bepaald is aangeduid, behoort ieder *genus*. Zoo b. v. wijn, koren, olij; hier is het wezen bekend, eene objectieve waarde is denkbaar; maar er kan wijn, koren, olij van zeer verschillende hoedanigheid zijn (2). Hieronder kan men ook brengen eene toekomstige zaak, b. v. de nog ongeborene vrucht eener slavin (3). Tot de tweede soort, die zaken welker omvang wel bepaald is, doch die geene objectieve waarde hebben, behoort vooreerst ieder *factum*, behalve een *dare*. Want ieder *factum* heeft zijn eigenlijk bestaan en zijne eigenaardigheid in den bijzonderen aard van hem, die het praesteren moet, en van hem, aan wien het gepraesteerd moet worden, en in de betrekking, waarin deze beiden tot elkander staan (4). Verder behoort hiertoe ieder regt, bij welks beoordeeling immers altijd min of meer dient te worden gelet op de individualiteit

(1) Zie *fr. 74 D. de V. O.* (45. 1). *fr. 6 D. de reb. cred.* (12. 2). Onder den omvang begrijp ik hier de hoedanigheid en hoegrootheid, het *quale* en *quantum*, waarvan de aangehaalde fragmenten spreken; de objectieve waarde is de individualiteit, het *quid*.

(2) Zie *fr. 75 § 1 D. de V. O.*

(3) Zie *fr. 75 § 4 D. de V. O.*

(4) Zie *fr. 75 § 7 D. de V. O.* Duidelijk blijkt dit ook daaruit, dat in het formulierregt de *incerta intentio* luidde: «*quidquid dare facere oportet.*»

van den geregtigde (1). Voorts is ook nog het voorwerp der actie een *incertum*, wanneer het aan de keuze van den verbondene gelaten is, welke van twee of meer zaken hij praesteren wil. Of elke zaak op zich zelve *res certa* is, doet hier niets af; immers juist de twijfel welke *res certa* het voorwerp der *obligatio* is maakt het *incertum* uit (2).

(1) Zie *fr. 75 § 3 D. de V. O.* Verg. ook *fr. 22 § 1 D. de cond. indeb.* (12. 6), *fr. 8 pr. D. de act. emt.* (19. 1), *fr. 1 D. de usu et usufr.* (33. 2). Dit wordt niet zoo algemeen erkend door ПУЧТА. *Instit.* II. § 165, S. 113 fgg. Hij neemt, en te regt, eene *intentio certa* en eene *intentio incerta* aan, waarvan de eerste luidde: «si paret dare oportere,» de andere: quidquid dare facere oportet,» of «si paret pro fure damnum decidere oportere. Nu is *dare* in den eigenlijken zin des woords het geven van een voorwerp, waardoor dit het eigendom wordt van hem, die het ontvangt, *ex jure Quiritium*, zoodat hij het door de *in rem actio* kan vindiceren. De *certa formula* veronderstelt dus: 1°. dat de zaak, tot welker vordering de eisch strekt, een voorwerp der *vindicatio* kan uitmaken; 2°. dat de eisch werkelijk daartoe strekt, dat het voorwerp in de civielrechtelijke magt des schuldeischers gebragt worde. Volgens deze leer kunnen alzoo regten evenzeer als lichamelijke zaken *certa petitionis objecta* opleveren. Dit gevoelen schijnt dan ook steun te vinden in *fr. 19 de S. P. R.* (8. 3), *fr. 126 § 1* en *fr. 136 § 1 de V. O.* (45. 1), waar inderdaad bij servituten de *intentio: dare oportere* voorkomt. Moeijelijker is hiermede te vereenigen *fr. 75 § 3 de V. O.* (45. 1), dat ПУЧТА daarom ook van een' *ager vectigalis* of provinciaalgrondstuk wil verstaan. ¶ Komt mij echter waarschijnlijker voor om, met ZIMMERN. S. 183, aan te nemen, dat in die gevallen, waarin bij de vordering van een regt de *intentio: dare oportere* voorkomt, die uitdrukking eene uitgebreidere beteekenis heeft aangenomen, dan waarin zij oorspronkelijk gebezigd werd, en ik zou daarom het *fr. 75 § 3 D. de V. O.* van een regt op een' *fundus* in 't algemeen willen verstaan. Zoo schijnt ook SAVIGNY. V. S. 618. *Not. c.* deze plaats te hebben verstaan; hij neemt hier eene *incerta stipulatio* met eene *certa intentio* aan. Elders echter (III. S. 19. *Not. a*) schijnt ПУЧТА zelf te erkennen, dat er bij eene *incerta obligatio* eene *certa intentio* kan bestaan.

(2) Zie *fr. 75 § 3 D. de V. O.* Zie voorts over dit alles vooral GANS. *Ueber Röm. Obligationenrecht.* S. 75—80. Verg. ook ZIMMERN. *Gesch. d. Röm. Privatr.* III. § 62; SCHILLING. *Lehrb. für Inst. u. Gesch. des Röm. Privatr.* § 104. *Not. l.*

Wij hebben alzoo aangetoond, dat niet iedere zaak, welke het voorwerp eener condictie zijn kan, een *certum* is, en hiermede vervalt de eerste praemisse van GLÜCK, dat de *condictio triticaria*, zoo zij strekte om de zaak zelve te vorderen, altijd eene *condictio certi* zou moeten zijn.

De andere praemisse door GLÜCK gebezigd is deze: ULPIANUS stelt de *condictio triticaria* lijnrecht tegenover de *certi condictio*, en daaruit volgt dan naar zijne redenering, dat zij dus eene *condictio incerti* zijn moet. Nu lezen wij in *fr. 1. D. de cond. trit.* (13. 3): « Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petetur: qui autem alias res, per triticariam conditionem petit, » en daaruit blijkt wel dat de genoemde jurisconsult de *condictio triticaria* stelt tegenover de *condictio certi* maar geenszins volgt daaruit hetgeen GLÜCK er uit afleidt. Immers ULPIANUS stelt de beide actiën niet in dien zin tegen elkander over, alsof de eene slechts *res certae*, de andere slechts *incertae* tot voorwerp had, maar hij zegt dat door de eene alleen *certa pecunia numerata* werd gevorderd, door de andere *aliae res*, dus ook *res certae*. Ook dit argument van GLÜCK vervalt mitsdien.

Nadat ik alzoo de gronden van hen, die de *condictio triticaria* houden voor eene afzonderlijke actie strekkende om de *aestimatio* eener zaak te vorderen, vermeen weérlegd te hebben, rest mij nog te bewijzen waarom deze meening onmogelijk de ware wezen kan. Dit laat zich betoogen vooreerst uit den aard der actiën in 't algemeen, ten andere uit de duidelijke woorden der Romeinsche juristen zelve. De aard der actiën in 't algemeen toch brengt mede, dat zij strekken om de zaak zelve te vorderen, en van eene *aestimatio* door den regter kan dan eerst sprake zijn, wanneer de zaak zelve niet meer gepraesteerd kan worden, ten ware de

rei aestimatio van den beginne af het voorwerp der overeenkomst geweest zij (1). En wat nu betreft de woorden der Romeinsche juristen, zoo lezen wij in *fr. 1. D. de cond. trit.*: «qui autem alias *res*, per triticariam conditionem [petet — — eas *res* per hanc actionem petimus — — quare *fundum* quoque per hanc actionem petimus,» en in het volgende fragment: «*posse fundum condici*» (2); overal wordt dus de zaak zelve als het voorwerp der *condictio* genoemd, en de verklaring, door GLÜCK aan deze woorden gegeven, zal wel niet van gezochtheid vrij te pleiten zijn, wanneer hij beweert, dat zij dit slechts te kennen geven, dat in de actie de verschuldigde zaak naauwkeurig moest worden aangeduid.

Waaraan is nu deze dwaling toe te schrijven? GANS (3) zegt hierover het volgende: «Nachdem man weder vorher gesucht hat, das System der *actiones bonae fidei* und das *Conditionensystem* von einander nach strengen Principien zu sondern, noch getrennt von einander in seinen Grundverschiedenheiten unvermischt aufzustellen, will man dennoch der *condictio triticaria* einen Platz anweisen, den sie aber leider schon durch andere Klagen besetzt findet. Diess nöthigt dann zu der gewaltsamen Operation, dass man fingiren muss, es habe mancher Klagen an nöthigen Requisiten gefehlt, nämlich den Werth statt der Sache zu erlangen, um so noch durch eine Art von Manöver die sonst hülflose *condictio triti-*

(1) Zie o. a. PUCHTA. *Institutionen* III. § 260, S. 17 fg. Hiertegen strijdt niet hetgeen wij bij GAJUS V § 48 lezen, dat volgens het oudere Romeinsche procesregt de *condemnatio* altijd eene bepaalde geldsom moest bevatten; immers deze eigenaardigheid der *condemnatio* kon geen invloed hebben op het voorwerp der actie. Zie over den grond van dien regel HEINBACH, t. a. p. S. 223—232.

(2) Zie ook *fr. 3, 4 eod.* Verg. SCHULTING. *l. l.* STRAUCH. *l. l. c. II.* oct. 3 § 9. COCCEJ. *l. l.* QU. 4. PUFENDORF. *l. l.* § 12.

(3) t. a. p. S. 49 fg.

ciaria in Reihe und Glied zu bringen.» Hierbij komt nog dat in onzen titel (*fr.* 3 en 4) de leer der *aestimatio* uitvoerig behandeld wordt, en men heeft hierin een grond willen zoeken voor het gevoelen, dat ik trachtte te bestrijden (1). De reden echter waarom juist hier zoo opzettelijk over de *aestimatio* gesproken wordt is vrij duidelijk. Immers alleen bij de *condictio triticaria* kon er sprake zijn van *aestimatio*, en had die waarschijnlijk dikwijls plaats; bij de *condictio certi* was dit eene onmogelijkheid, daar *certa pecunia numerata*, het voorwerp dier condictie, geene *aestimatio* toelaat, terwijl daarentegen *aliae res*, tot welker vordering onze condictie strekte, hare eindelijke oplossing in *pecunia numerata* vonden (2).

Maar gesteld eens, en laten we hiermede van het gevoelen van Glück afstappen, dat de *condictio triticaria* werkelijk eene actie is strekkende om de *rei aestimatio* te vorderen, volgt daar dan uit, hetgeen deze schrijvers en andere daaruit afleiden, dat zij eene *condictio incerti* is, en wordt zij dus eene *condictio incerti*, wanneer de *aestimatio* in de plaats der verschuldigde zaak treedt en daardoor 't voorwerp der actie verandert? Glück zegt: in alle gevallen, waarin de vordering des eischers op het interest, of de waarde der zaak, of op een zeker regt gerigt is, is altijd de actie eene *condictio incerti*, en hij brengt tot staving van dit gevoelen verscheidene fragmenten uit de Pandecten bij. Dat een regt onder de *res incertae* behoort gerekend te worden, zijn wij met den geachten schrijver eens, en wij hebben dit boven reeds getracht aan te toonen. Evenmin bestaat er bij ons bedenking om het interest, *id quod interest actoris*, onder

(1) Glück t. a. p. S. 268 en ald. Not. 87.

(2) SCHWEPPE. *Röm. Rechtsgesch.* § 293. Zie over dit generisch onderscheid tusschen *pecunia numerata* en andere zaken vooral ook GANS. t. a. p. S. 51 fgg.

die klasse van zaken te rangschikken, daar alles hier van de subjectiviteit van hem, *cujus interest*, afhangt. 't Komt ons echter een dwaalbegrip voor hetzelfde van de *aestimatio* te willen beweren, 't welk daaraan zijn' oorsprong verschuldigd is, dat men het *interest* niet genoeg van de *aestimatio* heeft onderscheiden. Hoezeer het niet valt te ontkennen, dat *aestimatio* in een' ruimen zin ook *omne quod interest actoris* kan bevatten, zoo heeft zij echter ook eene beperktere beteekenis, nl. als het *verum rei pretium*, en is dan wel degelijk van het *interest* onderscheiden (1). Immers wat is die *rei aestimatio* in beperkten zin? Eigenlijk niets anders dan de gevorderde zaak zelve, datgene wat die zaak slechts onder een' anderen vorm voorstelt. En dat de Romeinen er eveneens over dachten, blijkt niet alleen uit de zeer algemeene beteekenis, die zij aan het woord *pecunia* gaven, 't welk volgens hun spraakgebruik alle zaken, die *in bonis* zijn kunnen, aanduidde (2), maar ook daaruit dat volgens het oudere Romeinsche procesregt de *condemnatio* altijd *in pecuniam* wezen moest, en dus de *rei aestimatio* bevatte (3). Hieruit volgt alzoo, dat de *aestimatio* niet in allen gevalle een *incertum* is, dat de *condictio triticaria*, ook al strekte zij bloot om de *rei aestimatio* te vorderen, daarom niet noodzakelijk en altijd eene *condictio incerti* zijn moest, en dat zij, wanneer de *aestimatio* in de plaats der gevorderde zaak treedt, daardoor niet eene *condictio incerti* wordt.

En wat nu de Pandecten plaatsen, door Glück (4) aangehaald, betreft, zoo meen ik te mogen beweren, dat daaruit geenszins blijkt, dat eene actie waarbij de *aestimatio* eener

(1) Verg. GANS. t. a. p. S. 70. PUCHTA. t. a. p. III. S. 18 fg.

(2) Verg. GANS. t. a. p. S. 56 fg.

(3) GAJUS IV § 48. Verg. boven bl. 50, noot 1.

(4) t. a. p. S. 267. Not. 84.

zaak gevorderd wordt eene *condictio incerti* is. Wij hebben *fr. 22 § 1 D. de cond. indeb.* (12. 6.) en *fr. 75 § 3 D. de V. O.* (45. 1.) boven reeds aangehaald (1) om te bewijzen, dat een regt onder de *res incertae* moest worden gerangschikt; deze beide plaatsen hebben dus op het onderhavige vraagpunt geene betrekking. *Fr. 40 § 1 D. de cond. indeb.* (12. 6.) handelt over het geval, dat iemand, die eene *exceptio perpetua* heeft, daarvan geen gebruik makende, *indebite* betaalt en geeft dezen eene *condictio incerti*. In *fr. 65 § 6 D. eod.* vind ik geene *condictio incerti* genoemd. Uit *fr. 3 D. de cond. sine caus.* (12. 7.) leeren wij, dat de bevrijding van eene verbindtenis door de *condictio incerti* gevorderd wordt. De *fr. 8 pr.* en *20 D. de cond. furt.* (13. 1.) spreken beide over het geval, dat eene gestolene zaak vergaan is, voordat zij door den eigenaar is gecondiceerd en geven dezen eene *condictio aestimationis*, op grond dat de dief gerekend wordt altijd *in mora* te zijn. Ook hier wordt van de *condictio incerti* geene melding gemaakt. *Fr. 75 pr.* en §§ 1—3. *D. de V. O.* (45. 1.) eindelijk leert wat voor een *incertum* te houden zij, doch wij vinden daarbij de *rei aestimatio* niet opgenoemd.

Wij hebben ons tot dusverre bezig gehouden met de bestrijding van een vroeger vrij algemeen heerschend dwaalbegrip omtrent den aard der *condictio triticaria*. Laat ons thans, naar aanleiding van 't geen GAJUS leert, het ware begrip dier actie zoo duidelijk mogelijk in 't licht stellen. Wij lezen bij GAJUS IV § 19 waar hij van de *legis actio per condictionem* spreekt: « Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam: lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re. » Vergelijken wij hiermede wat ULPIANUS zegt in *fr. 1 D. h. t.*: « Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petetur: qui autem alias res, per triticariam condictionem

(1) Zie bl. 48. noot 1.

petet; » dan valt het, zoo men op de blijkbare overeenstemming van beide plaatsen let, wel niet te ontkennen, dat er tusschen de oude *legis actio per condictionem* en de latere *condictiones certi* en *triticaria* een historische zamenhang heeft bestaan, en wij kunnen dus de woorden van GAJUS met grond aanwenden tot beter verstand onzer condictie (1). Het komt ons niet onwaarschijnlijk voor, dat de *legis actio per condictionem*, die voorzeker onder de jongsten der *legis actiones* behoort (2), is ingevoerd om de moeilijkheden, die aan de oudere wijze van procederen verknocht waren, te vermijden, en dat dus door deze *legis actio* eene eenvoudigere procedure is ingevoerd (3), waaraan zich het latere formulierproces gemakkelijk aansloot, zoodat zij dus een overgang vormt van de oudere procedure *per legis actionem* tot de latere *per formulam* (4). Nu leeren wij uit GAJUS vooreerst, dat deze *legis actio* alleen dan gegeven werd, wanneer het voorwerp, dat gevorderd werd, een *certum* was en daaruit volgt, dat oorspronkelijk iedere *condictio* eene *actio certi* was (5), ten andere dat zij voor de verschillende voorwerpen, naarmate die of *certa pecunia* of *alia res certa* (6) waren, door twee

(1) GANS. *Scholien zum Gajus*. S. 396. v. HASSELT. *Diss. de leg. act.* Gron. 1824. p. 158 sq., not. 6.

(2) ZIMMERN. t. a. p. S. 37.

(3) Verg. HEFFTER. *Observ. ad l. IV, Gaji c. 5.*; J. v. HALL *Over de actiones bonae fidei* enz. in *Bijdragen* V. bl. 329; F. L. KELLER, *der Röm. Civilprozess in summarischer Darstell.* S. 75 - 80. Andere gissingen over de aanleiding tot invoering dezer *legis actio*, waarover GAJUS zelf in 't onzekere was, zie men bij PUCHTA, t. a. p. II. S. 94 en ald. Not. f.

(4) Verg. SAVIGNY. V. Beil. XIV, Num. 22.

(5) Verg. v. HASSELT. *l. l.*; PUCHTA. t. a. p. S. 93, 120.

(6) Er staat wel niet bij GAJUS *de omni alia certa re*, en HEIMBACH. S. 129 fg., wil dan ook de woorden van den jurist letterlijk hebben opgevat, terwijl hij hetgeen hier over de *lex Silia* gezegd wordt

verschillende wetten was ingevoerd, en daarnit volgt dan, dat de hoofdverdeeling der condictien aan deze wetten althans middellijk haren oorsprong te danken heeft (1). Het is namelijk niet onwaarschijnlijk, dat eerst de *lex Silia* deze *legis actio* heeft ingevoerd tot terugvordering van *pecunia mutuo data* en dat zij later is gesuppleerd door de *lex Calpurnia* voor andere *res fungibiles*, waaronder het *triticum*, dat steeds een voornaam handelsartikel bij de Romeinen geweest is, wel eene eerste plaats zal hebben bekleed (2). Aan deze oude *legis actio* sloot zich later de *condictio* aan, die, even als zij, in den beginne wel meest zal hebben gestrekt om ter leen gegevene zaken terug te vorderen (3); die zaken waren of *pecunia numerata*, en in dat geval gaf de praetor eene *condictio certi* of *si certum petatur*, of andere *res certae*, als *triticum*, *oleum*, *vinum*, welke dan in het edict des praetors werden uitgedrukt, en hieruit ontwikkelde zich

van de *actio pecuniae creditae*, wat over de *lex Calpurnia* voorkomt van de *condictio certi* verstaat. Doch hierover later. Zie bl. 57. noot 6.

(1) GANS. *Schol. t. a. p.* Dezelfde schrijver had vroeger in zijn *Obligationenrecht*. S. 50—54 den grond voor de verdeeling der condictien in *condictio si certum petatur* en *triticaria* gezocht in het generisch onderscheid tusschen *pecunia numerata* en alle andere zaken, welke eene *aestimatio* toelaten. In zijne *Scholien* erkent hij, dat die grond gelegen is in de beide *leges Silia* en *Calpurnia*. 't Is echter waarschijnlijk, dat de aanleiding tot twee verschillende wetten inderdaad in dit wezenlijk onderscheid te zoeken zij.

(2) SAVIGNY. t. a. p. Zie ook vooral HEIMBACH. t. a. p. S. 274 tot 277.

(3) Over het *mutuum* als uitgangspunt bij de leer der condictien, zie vooral SAVIGNY t. a. p. n^o. 4 en verder de geheele Beil. XIV. Ook BACHOFEN. *de Roman. judic. civil.* aangehaald bij HEIMBACH t. a. p. S. 127, schijnt mij in de ontwikkeling van de leer der condictien, in de hoofdpunten althans, met SAVIGNY eens te zijn. Ik heb echter het werk zelf niet gezien, en oordeel dus naar HEIMBACH's overzigt.

de naam *condictio triticaria* (1). Nu was de *condictio* nog altijd eene *actio certi*, 't zij *ex causa mutui* of *expensilationis* of *stipulationis* (2), waarbij de *intentio* luidde: « Si paret centum dare oportere » of « si paret tritici optimi modios centum dare oportere, » naarmate het voorwerp der actie *certa pecunia* of *alia res certa* was. Langzamerhand echter begon men ook in geval eener *incerta stipulatio* van de *condictio* gebruik te maken, en zoo ontwikkelde zich eene *condictio incerti* met de *intentio*: « quidquid dare facere oportet » (3). Nu is het duidelijk, dat die veranderde regtsbegrippen over het wezen der *condictien* op de *condictio ex lege Silia* geen' invloed konden hebben, daar toch *pecunia numerata* altijd een *certum* is en blijft. Iets anders is 'het echter met de *condictio ex lege Calpurnia*, welker voorwerpen niet als *pecunia numerata* altijd een *certum petitionis objectum* opleveren. De *condictio triticaria* werd dus naar den verschillenden aard der zaken tot welker vordering zij strekte eene *condictio certi* of *incerti*, en teregt zegt daarom *ULPIANUS* naar de regtsbegrippen van zijn tijd: « qui autem alias res, per triticiariam conditionem petet, » terwijl hij naar den oorspronkelijken aard der *condictio* had moeten zeggen: « qui autem alias res certas. »

Wij vinden alzoo in het oudere procesregt, ten tijde van de *legis actiones* en kort daarna, eene tweeledige in-deeling der *condictien* in *condictio certi* of *si certum petetur* en *condictio triticaria*; in het latere formulierregt bleef deze verdeeling bestaan, maar de laatstgenoemde *condictio* werd naar hare voorwerpen wederom

(1) *SAVIGNY*, V, S. 577. 627.

(2) *CIC. pro Rose. com. c. 5.* Verg. *SAVIGNY*, V, Beil XIII. n°. 11, Beil. XIV, n°. 21.

(3) Verg. *GANS. Obligatien* nr. S. 81—85; v. *HASSELT*. I. I.; *ZIMMERN*, t. a. p. § 62.

verdeeld in twee onderdeelen (1). Daar nu echter zoowel de *condictio certi*, als de beide onderdeelen der *condictio triticaria* ieder hare afzonderlijke *formula* hadden, en de benaming *condictio certi* alleen voor die *ex lege Silia* gebruikt wordt, terwijl dat gedeelte der *condictio triticaria*, 't welk strekte om een *certum* te vorderen, geen eigen' naam voert, zal men volgens het latere formulier-regt juister onderscheiden in *condictio certi* of *si certum petatur*, *condictio triticaria* en *condictio incerti* (2). Ik zal trachten dit op 't voetspoor van SAVIGNY nader op te helderen. Vooreerst hebben wij dan de eerste klasse der condictien (3), welke alleen strekte *ad pecuniam numeratam petendam*. De *formula* luidde hier: «*Si paret centum dare oportere iudex centum condemna*» (4); dus eene *certa intentio* en eene *certa condemnatio*. Geheel eigenaardig was hierbij de *sponsio tertiae partis*, eene straf tot welker voldoening de verliezende partij door hare tegenpartij kon worden gedwongen (5). Deze eerste klasse droeg den naam *condictio si certum petatur* (6), of, wat geheel op hetzelfde neêrkomt, *condictio*

(1) GANS. *Obligationenr.* S. 87, 132, onderscheidt de condictien als volgt: 1^o. naar haren grond, in *conditiones ex lege, ex formula* en *ex re*; 2^o. naar haar voorwerp, in *condictio si certum petatur* en *condictio triticaria*; 3^o. naar hetgeen men door de actie verkreeg, in *condictio certi* en *incerti*. Deze verdeling wordt ook aangenomen door SCHILLING. *Lehrb.* § 104. Verg. daarentegen SAVIGNY. V. S. 607. Not. a.

(2) SAVIGNY. V. Beil. XIV. n^o. 31 fgg. PUCHTA. t. a. p. II. § 165.

(3) SAVIGNY. t. a. p. n^o. 32, 37, 38. PUCHTA handelt eerst S. 113 fg. over de *certa intentio* in 't algemeen, vervolgens, S. 115, over de *certa intentio* op eene bepaalde geldsom en op andere voorwerpen.

(4) GAJUS. IV § 41, 43, 86.

(5) SAVIGNY, t. a. p. n^o. 32. PUCHTA. t. a. p., S. 115. RUDORFF, *Ueber die Litis-crescenz. Zeitschr. für gesch. Rechtsw.* XIV S. 367, 403.

(6) Zie vooral *fr. 1 pr. D. de cond. trit.*; verder de rubrieken van *Dig. 12, 1* en *Cod. 4, 2*, en *fr. 24 D. de reb. cred. (12, 1)*, *fr. 9 pr. eod.* GAJUS. IV § 50. Verg. SAVIGNY. n^o. 57. Eene geheel andere

certi (1), en 't was niet zonder redenen, dat de Romeinen deze *condictio* door een' eigen' naam aanduidden. Een

leer is in den laatsten tijd verkondigd door HEIMBACH, in zijn reeds meermalen aangebaald werk: *Die Lehre von dem Creditum*. Abhand. III en XIX. Hij onderscheidt de *actio certae creditae pecuniae* en de *condictio certi* of *si certum petatur* S. 45 ff. Beide actien zijn volgens hem in zoo verre identisch, als heiden een *certum* tot voorwerp hebben S. 106, maar daarin verschillen zij van elkander, dat de eerste alleen *pecunia certa credita*, de andere alle *res certae* tot voorwerp heeft, zoodat dus de actie uit het *creditum* van veel beperkteren omvang is dan de *condictio*. S. 84, 103, 127—129. Uit die algemeenheid der *certi condictio* volgt natuurlijk, dat deze actie concurreert met de *conditio triticaria*, welke eveneens strekt om o. a. *res certae* te vorderen, S. 112, 113, en nu is het de vraag, waartoe eene afzonderlijke *condictio certi*, daar men met de *actio certae creditae pecuniae* en de *conditio triticaria* volstaan kon? Hiervoor moest eene processuale grond zijn, en die wordt dan ook door den schrijver gegeven. Wanneer het voorwerp der actie een *certum* was, luidde de *intentio*: «*si paret dare oportere*,» S. 553—555, 561—563. Men moet echter bij de *condemnatio* onderscheiden of dat *certum* was *certa pecunia*, dan wel eene andere *res certa*. In het eerste geval was er altijd eene *condemnatio certa* overeenkomstig de in de *intentio* uitgedrukte geldsom. S. 555—557. In het laatste geval daarentegen stond het aan de keuze des eischers of hij eene *incerta condemnatio* wilde gebruiken, als wanneer de gevraagde zaak door den regter moest worden begroot, dan of hij die zelf wilde schatten en alzoo eene *certa condemnatio* bezigen, in welk geval hij het voordeel had, dat de regter geene mindere som mogt toewijzen, maar ook het gevaar liep van de *plus petitio*. Voor het eerste was hem de *condictio triticaria*, voor het tweede de *condictio certi* gegeven. S. 570—579. Nu is het waar, dat bij de vordering eener bepaalde geldsom de *condemnatio* altoos *certa* was, en niet meer noch minder moest bevatten dan de in de *intentio* uitgedrukte som. Bij vorderingen van een *incertum* of van eene *certa res* behalve geld, be-

(1) SAVIGNY, n. 36, 33. Hij bewijst dit aldus: 1^o. *certum petere* is hetzelfde als *certum condicere*, en *certum condicere* kan geene andere beteekenis hebben dan *certi condictio*; 2^o. uit *fr. 9 pr. D. de reb. cred.* Zie echter vooral HEIMBACH. *Die Lehre von dem Creditum*. S. 106 ff., waar nog verscheidene andere schrijvers aangehaald worden. GARS is van eene andere meening; zie bl. 57 noot 1.

historische grond hiervoor lag in den zamenhang dezer condictie met de *legis actio ex lege Silia*, een praktische

vatte de *formula eene condemnatio incertae pecuniae*, en dat wel *infinita*, wanneer de regter de zaak moest waarden, of *cum taxatione*, wanneer de zaak door den eischer werd begroot. Maar ik twijfel er aan, of die *condemnatio incertae pecuniae cum taxatione* wel zoo algemeen was en niet meer bepaald bij zekere gevallen, als de *actio injuriarum* en de actie tot eene straf, die van de waarde eener zaak afhankelijk was, plaats vond. Zie o. a. PUCHTA. *Inst. II. S. 137.* Ten andere vraag ik: maakte die *taxatio* de condemnatie tot eene *certa*, en wordt zij, hetzij ze dan *infinita* was of *cum taxatione*, niet uitdrukkelijk door GAJUS *condemnatio incertae pecuniae* genoemd? En dan komt het mij ook zoo niet boven allen twijfel voor, dat voor de *condemnatio incertae pecuniae infinita*, de *triticaria*, voor de *condemnatio cum taxatione* de *certi condictio* bestemd was. Later moge dit zoo geweest zijn, toen misschien de *condictio certi* haren oorspronkelijken aard verloren had, even als ook het *certum* langzamerhand eene uitgebreidere beteekenis had gekregen, en hiervoor kan men zich dan met HEINBACH (S. 577, 578) op de basilieken beroepen, maar of deze wel veel voor het oudere regt bewijzen, zou ik betwijfelen. Is nu de verschillende processuale bestemming door den schrijver aan de beide actien gegeven niet zoo ontwijfelbaar zeker, dan vervalt daarmede grootendeels de voorwaarde, waarop men aan de *certi condictio* een zoo ruimen omvang zou moeten toekennen, als de schrijver doet. Maar welke zijn nu de gronden waarop hij deze actie een zoo ruimen omvang geeft? 1^o. *fr. 1 D. de cond. trit.* wordt volgens hem door de meesten verkeerd verklaard; daar staat niet, dat de *condictio certi* alleen geld tot voorwerp had; daar staat, dat hij die eene geldvordering instelde de *condictio certi* (*illa actione*, waarvan de natuur en omvang reeds vroeger door den jurist was verklaard) moest gebruiken, maar daarmede zijn geene andere *res certae* als voorwerpen dier actie uitgesloten (S. 112, 113). 't Is waar, men kan de plaats zoo verklaren, altijd aangenomen de processuale bestemming door den schrijver op den voorgrond gezet; maar verwerpt men deze, dan kan de enige ware verklaring deze zijn: de *condictio certi* strekt alleen om *certa pecunia numerata*, de *triticaria* om alle andere zaken behalve geld te vorderen, en dan is deze plaats geheel beslissend voor ons stelsel. Dat de plaats volgens HEINBACH's leer moet worden verklaard wegens het woord *illa*, waarmede op iets voorafgaands wordt teruggewezen, in tegenoverstelling van *haec*, de actie waarover sprake is, zie ik niet in. Gaarne neem ik den zin aan.

in de *sponsio tertiae partis*, een formele daarin dat hier zoowel de *condemnatio* als de *intentio* bepaald was (1).

De tweede klasse (2) was die, welke strekte tot het geven eener bepaalde zaak behalve *pecunia numerata*. Hier luidde de *formula*: « Si paret fundum cornelianum (of stichum servum of tritici optimi modios centum) dare oportere, iudex quanti ea res erit tantam pecuniam

door den schrijver aan die beide woorden gehecht; maar volgt daaruit, dat ULPIANUS vroeger als het gebied der *condictio certi* alle *res certae* had opgegeven? 2^o. in den titel *de rebus creditis si certum petatur*, is op enkele plaatsen sprake van *res certae*, die geen baar geld zijn, zoo in *fr. 4 D. h. t. S. 569*; op dit punt had ook reeds SCHILLING de aandacht gevestigd. Doch waarom niet aan te nemen dat hier van de *condictio triticaria* sprake is? — Moet de *certi condictio* beperkt worden tot *certa pecunia*, dan vervalt ook m. i. de reden om eene afzonderlijke *actio certae creditae pecuniae* aan te nemen, ten zij men de *condictio certi* uit het *creditum* met zoodanig een afzonderlijken naam zou willen bestempelen, hoezeer deze afzonderlijke benaming al vrij nutteloos en overtollig wezen zou. Inderdaad zie ook niet in, waarom men deze afzonderlijke actie uit het *creditum* zou moeten aannemen: ik geloof, dat ook hier de *condictio certi* voldoende was. Eindelijk is het hier nog de plaats op een punt terug te komen, waarop ik reeds vroeger (bl. 54, noot 6) wees, de verklaring nl. van GAJUS IV § 19. Volgens HEIMBACH (S. 129) had de *lex Silia* betrekking op de *actio certae creditae pecuniae*, de *lex Calpurnia* op de *condictio certi*; is dit waar, dan moet men de laatste woorden «de omni certa re» letterlijk verstaan, daar toch de *condictio certi*, volgens HEIMBACHS leer, *omnis res certa*, ook *pecunia certa* tot voorwerp had. Volgens onze leer moet men die woorden verstaan alsof er stond: «de omni alia certa re.» 't Spreekt van zelf, dat de vraag, welke verklaring hier de ware is, met het stelsel, dat men omtrent den aard der *condictio certi* volgt, staat en valt. Dit alleen meen ik te mogen beweren, dat de opvatting der plaats, die wij hebben aangenomen, in geenen deele ongerijmd of zelfs onwaarschijnlijk is.

(1) SAVIGNY. n^o. 37.

(2) SAVIGNY. n^o. 33. PUCHTA. S 115.

condemna, » of « dumtaxat X milia' condemna » (1). Hier was alzo *certa intentio*, maar *condemnatio incertae pecuniae* hetzij *infinita* of *cum taxatione* (2). Deze tweede klasse was minder begunstigd dan de eerste, daar hier de *sponsio tertiae partis* geen plaats vond; daarentegen bestond hier even als bij de *condictio* der eerste klasse het gevaar der *plus petitio*, omdat de *intentio* eene *certa* was.

Dederde klasse (3) had alles tot voorwerp behalve het geven eener bepaalde zaak. De formula was: « *quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus judex condemna* » (4). Hier had men dus eene *incerta intentio* en eene *condemnatio incertae pecuniae*, en wegens de eerste was een *plus petere* onmogelijk. De werking dezer soort van *condictio* moest natuurlijk zijn, dat de gedaagde het volle interest betalen moest.

Wij zagen boven dat de *condictio certi* of *si certum petatur*, de *condictio* der eerste klasse, alleen strekte tot vordering van *certa pecunia numerata*; de *condictio triticaria* daarentegen heeft tot voorwerpen alle andere zaken. Zij omvat dus gelijkelijk de tweede en derde klasse der *condictio* en door haaren de *certi condictio* wordt de geheele omvang der *condictio* uitgedrukt (5).

(1) SAVIGNY, n°. 34. PUCHTA S. 116 fg.

(2) GAJUS, IV § 136. fr. 29. § 1 de V. O. (45. 1), fr. 72 § 3 de sol. (46. 3).

(3) GAJUS, IV § 43, 51. Verg. PUCHTA II S. 136 fg.

(4) Dit laatste schijnt door SAVIGNY te zijn voorbijgezien.

(5) SAVIGNY, t. a. p. n°. 36, 39. PUCHTA, t. a. p. S. 121, Not. hh, is van eene andere meening. Hij wil de *condictio incerti* niet mede begripen onder de *Condictio triticaria*, op grond deels van den naam, deels van de woorden van fr. 1 D. h. t. Wat den naam betreft, zoo zie ik geene zwaarigheid om onder *triticum*, als in 't algemeen vertegenwoordigende al wat geen *pecunia numerata* is, ook een *incertum* te begripen. Wat aangaat de woorden van fr. 1, zie het gezegde in den tekst; PUCHTA wil hier voor *etsi vectigalis sit* lezen *nisi vectigalis sit*, wat natuurlijk een tegenovergestelden zin geven zou. Op welken grond echter? Eindelijk zie ik niet in, dat in fr. 2, zoo als PUCHTA beweert,

De *condictio certi* nu kwam overeen, gelijk wij reeds zagen, met de *legis actio ex lege Silia*, de *condictio triticaria* met die *ex lege Calpurnia*. Dat het gezegde aangaande den omvang der *condictio triticaria* met de waarheid overeenkomt blijkt uit de meermalen aangehaalde woorden van ULPIANUS: «qui autem *alias res*, per triticariam conditionem petet.» Men zou echter uit het woord *res* kunnen opmaken, dat deze condictie alleen strekte tot *dare oportere*, niet tot *dare facere oportere* en dat zij dus slechts eene *condictio certi* is. Deze bedenking vervalte echter, wanneer wij verder lezen: «quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit,» en in *fr. 2 h. t.*, dat hij eene geweldadige uitzetting uit een grondstuk de vorige bezitter, zoo hij eigenaar is, den *fundus* zelven, in 't tegenovergestelde geval de *possessio* condiceren kan. Hier wordt dus onze condictie op actien van de tweede en derde klasse gelijkelijk toegepast. Immers de actie strekkende tot *fundum dare oportere* behoort tot de tweede klasse; die waarbij de *fundus vectigalis* aan welken geen eigendom kan worden verschafte, en die waarbij de *possessio* gevorderd wordt behooren tot de derde klasse omdat de overdraging van het bezit een *facere* is (1).

de *condictio fundi* als een geval der *triticaria* gesteld wordt tegenover de *condictio possessionis*; m. i. wordt de *condictio possessionis* daar ter plaatse evenzeer beschouwd als een geval der *triticaria*. Verg. III. S. 259. Not. q. Ook RUDORFF. *Ueber die Litisrescenz*. *Zeitsch. für gesch. Rechtswiss* schijnt de *condictio triticaria* altijd en alleen voor eene *condictio certi* te houden, waar hij onderscheidt tusschen *condictio certae pecuniae*, *condictio triticaria* en *condictio incerti*.

(1) SAVIGNY. t. a. p. n^o. 39. Het zou bij den eersten opslag kunnen schijnen alsof men, om het in den tekst beweerde te kunnen staven, ook de woorden van *fr. 1 h. t.*: «sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum» zou kunnen aanvoeren. Immers een *jus* behoort, gelijk wij boven zagen, onder de *res incertae*; en echter kan dit niet zoo algemeen worden aangenomen; het kon toch gebeuren dat een *jus*, hoezeer eene *res incerta*, door de in-

Wij hebben alzoo de *condictio certi* en de *condictio triticaria* behandeld; boven echter gaven wij eene drieledige verdeeling op, nl. in *condictio certi*, *triticaria* en *incerti*. Ons rest dus nog over deze laatste benaming te spreken. *Incerti condictio* heet iedere condictie die tot de derde klasse behoort, wier *intentio* even onzeker is als de *condemnatio*. Zij vormt een gedeelte der *condictio triticaria*, gelijk wij zagen, terwijl het andere gedeelte dierzelfde condictie, nl. de condictie der tweede klasse, geen afzonderlijken naam draagt. Wij vinden dus tusschen de *condictio certi* en de *condictio incerti* eene middenklasse, aan welke geen van beide namen toekomt. De grond hiervan is gelegen in den tweeslachtigen aard dier middenklasse, welke hij eene *certa intentio* eene *condemnatio incerta pecuniae* heeft (1).

Vatten wij nog het gezegde nopens de *condictio triticaria* kortelĳk zamen. Zij is middellĳk haren oorsprong verschuldigd aan de *lex Calpurnia*. De voorwerpen, waartoe zij strekte, waren oorspronkelĳk alle *res certae* behalve *pecunia numerata*, vooral *res fungibiles*, later alle zaken, ook *res incertae*. De *intentio* was in den beginne alĳd *certa*, dus strekkende tot *dare oportere*; later òf *certa*, strekkende tot *dare oportere*, òf *incerta*, strekkende tot *dare facere oportere*. De vraag wanneer eene *certa*, wanneer *incerta intentio* gebezigd moest worden, hing daarvan af of het voorwerp, dat gevorderd werd, zoodanig was, dat daarop de *intentio dare oportere* kon worden toegepast (2), hoezeer in den regel eene *res*

tentio «dare oportere» gevorderd werd; en moge men al aannemen, dat hier dit *dare* eene nitgebredere beteekenis heeft aangenomen (zie boven bl. 48 noot 1), zoo valt het toch niet te ontkennen, dat hier de *intentio certa* is. Alles hangt er dus van af, of men de actie beoordeelt naar haar voorwerp of naar de *intentio* der *formula*.

(1) SAVIGNY, t. a. p. n^o. 40.

(2) PUCHTA, t. a. p. H. S. 113 fg. HEIMBACH, t. a. p. S. 564 fg.

incerta door eene *intentio incerta* zal zijn gevorderd (1). De *condemnatio* was altijd *incerta*, 't zij dan *infinita* of *cum taxatione*. Na deze korte zamenvatting van het behandelde zal het ons gemakkelijk vallen nog eenige andere dwalingen, welke er omtrent den aard der *condictio triticaria* bestaan, te weêrleggen.

Al dadelijk blijkt het ons, dat zij die haar voor eene *actio praetoria* houden (2) in eene dwaling verkeeren. Immers niet alleen is iedere condictie eene *actio civilis* (3), maar ook blijkt ons dit van de *condictio triticaria* duidelijk uit de vroeger aangehaalde woorden van GAJUS IV § 19. De praetor heeft haar alleenlijk opgenomen in zijn edict.

Sommigen (4) hebben gemeend, dat onze condictie eene *actio arbitraria* was. Doch niet alleen is het wezen der condictien, als *actiones stricti juris*, met dat der *actiones arbitrarie* onvereinigbaar (5), maar wij vinden ook bij de *condictio triticaria* geen spoor van een voorloopig bevel des regters tot teruggave of uitlevering der zaak (6), 't welk toch de kenmerkende eigenschap der

zoekt de verklaring hiervan in den vorm, waarin de stipulatie aangegaan was, en beroept zich op GAJUS IV § 53; ik kan deze verklaring aannemen, met dien verstande, dat in den regel de stipulatie zich zal hebben geschikt naar het voorwerp der verbindtenis, zoodat toch eigenlijk in den grond de vorm der *intentio* afhankelijk was van den aard van het voorwerp der verbindtenis en der vordering.

(1) Verg. PUCHTA, t. a. p. S. 118.

(2) Zoo o. a. HUBER, *prael. ad h. t. D.* § 2. WESTENBERG, *Diss. de caus. oblig.* VII, c. 5 § 12, en *ad h. t. D.* § 3.

(3) Zie o. a. SAVIGNY, *System* V. S. 503.

(4) Zoo o. a. WISSENBACH, *ad h. t. D.* § 8, STRAUCH, *Diss.* I, c. II, sect. 1, § 1 sect 4, § 3, 4.

(5) Verg. SAVIGNY, t. a. p. V. S. 125 134. Anders, doch ten onregte WACHENDORFF, *de cond. tritic.* *Diss. Triad.* p. 209, 219, 255.

(6) HUBER *prael. ad h. t. D.* 52. GLÜCK, t. a. p. S. 261.

actiones arbitrariae uitmaakt (1). En dat de door den regter te verrigten *aestimatio*, in geval de gevorderde zaak zelve niet gegeven kan worden, onze actie geenszins tot eene *actio arbitraria* maakt, zooals anderen schijnen gemeend te hebben (2), zal voor hen, die een juist inzicht hebben in den aard dezer actien, wel geen betoog behoeven.

Ik zeide, dat het wezen der condictien, als *actiones stricti juris*, met dat der *actiones arbitrariae* onverenigbaar is, en hier doet zich eene andere vraag op: waren de condictien, en dus ook onze *condictio triticariae*, *actiones stricti juris*? Sommige schrijvers hebben, zonder den aard der condictien in 't algemeen te onderzoeken en daaruit een besluit te trekken over den aard van onze condictie, beweerd, dat zij, als eene *adjectitia qualitas*, de natuur der *actio principalis* volgde en dus zoowel eene *actio bonae fidei* als *stricti juris* zijn kon (3). Anderen hebben haar het karakter eener *actio stricti juris* ontzegd, omdat zij haar voor eene *actio arbitraria* hielden (4). GLÜCK (5) heeft op de volgende gronden beweerd, dat zij niet voor eene *actio stricti juris* gehouden moet worden: 1°. omdat de fragmenten in de Pandecten bij deze condictie volstrekt geen melding maken van *stricti juris negotia*; 2°. omdat volgens de meening van SERVIUS, die door ULPIANUS gebillijkt wordt,

(1) ZIMMERN. t. a. p. III § 67. SAVIGNY. t. a. p. V § 221 PUCHTA. t. a. p. II, § 116. Eene uitzondering hierop maakt de *actio de eo quod certo loco*. VERR. SAVIGNY. t. a. p. S. 132. FRIMA. *Diss. de act. arbitr.* Gron. 1845, p. 151.

(2) WISSENBACH *l. l.* WACHENDORFF. *Diss.* l. c. II, § 7. COCCEJI. *l. l.* qu. 7. PFENDORF. *l. l.* § 13. WESTENBERG. *Diss.* l § 17, 18 *ad h. t. D.* § 3. GLÜCK *t. a. p.*

(3) VOET, *ad h. t. D.* § 2. GLÜCK. t. a. p. S. 269.

(4) WISSENBACH. *l. l.* WESTENBERG. *l. l.* STRAUCH. *l. l.* c. II. sect. 4, § 1.

(5) T. a. p. S. 260.

Themis, D. II, 1ste St. [1855].

bij de *rei aestimatio* gelet moet worden op den tijd der veroordeeling; 3^o. omdat de *condictio triticaria* volgens ULPIANUS ook plaats vindt bij eene verbindtenis uit een misdrijf.

Wat betreft de meening van hen, die onze condictie voor eene *adjectitia qualitas* houden van de afzonderlijke condictien, zal het wel geen betoog behoeven, dat het eene ongerijmdheid is om eenigen *genus* der condictien, gelijk wij toch zagen dat werkelijk de *condictio triticaria* uitmaakt, voor eene *adjectitia qualitas* der bijzondere *species* te willen houden. Daarenboven wat beteekent de uitdrukking *actio adjectitiae qualitatis*? Immers zoo werden die actien genoemd, welke de praetor gaf tegen hem, die *ex mandato* door eene overeenkomst tusschen derden gesloten verbonden was, de *actio quod jussu*, en andere dergelyken (1).

De meening van hen, die, omdat zij onze condictie voor eene *actio arbitraria* houden, haar niet als *actio stricti juris* willen erkennen, is reeds wederlegd; ons rest dus nog de gronden door GLÜCK aangevoerd te onderzoeken. Tegen den eersten grond merk ik aan, dat in *fr. 1 D. h. t.* wel degelijk een *stricti juris negotium* genoemd wordt, nl. de *stipulatio*. Immers wij lezen daar: «sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutum utrorumque praediorum.» In dat geval had de eischer de *actio ex stipulatu*, d. i. de *condictio triticaria* uit eene stipulatie (2). Maar ook al werd hier bij gelegenheid van de behandeling der *condictio triticaria* geen melding gemaakt van een *negotium stricti juris*, dan zou dit nog eigenlijk niets bewijzen; er wordt toch ook geen melding gemaakt van een *negotium bonae fidei*, waarvoor onze condictie, volgens GLÜCK, althans in sommige gevallen zou moeten worden gehouden. Wat den

(1) Zie o. a. PUCHTA. t. a. p. III. S. 55 fg.

(2) Verg. SAVIGNY. t. a. p. Nu 42.

tweeden, door GLÜCK aangegeven, grond betreft, moet men erkennen dat bij de *judicia stricti juris* de tijd der litiscontestatie tot maatstaf voor de *rei aestimatio* genomen wordt (1), terwijl wij in *fr. 3 D. h. t.* den tijd der condemnatie als zoodanig vinden opgegeven, welke tijd anders bij *judicia bonae fidei* als maatstaf voor de *aestimatio* geldt (2). Hier schijnt dus strijd te bestaan. Verschillende wegen zijn dan ook door de uitleggers ingeslagen om dien strijd te doen verdwijnen. Zoo houdt GANS (3) het er voor, dat hoezeer de tijd der *aestimatio* der zaak zelve slecāts de *litis contestatio* zijn kan, men echter, daar er na dien tijd nog vruchten en aanwassen bij kunnen komen, welke eveneens moeten worden geaestimeerd, met grond kan beweren, dat het eindpunt van alle *aestimatio* der zaak *cum causa* eerst de tijd der *condemnatio* is. HUSCKKE (4) wil voor *condemnationis tempus* lezen *contestationis tempus*. SAVIGNY (5) verstaat de *condemnatio* hier ter plaatse van het gedeelte der *formula*, dat dien naam droeg, zoodat *condemnationis tempus*, wanneer men een deel voor het geheel neemt, hier niet anders zijn zou dan *formulae conceptae tempus*, d. i. de tijd der litis contestatie, daar de *formulae conceptio* met de *litis contestatio* gelijktijdig plaats heeft. RUDORFF (6) eindelijk beweert, dat hier geen sprake is van de tegenstelling tusschen litis contestatie en vonnis, maar dat de tijd van het geding *in folle* hier tegenover den *tempus morae* en *mortis* wordt gesteld, zoodat het op de onderscheiding der enkele standen van het geding niet verder aankomt. Wat hiervan zijn moge, 't blijkt

(1) Zie *fr. 3 § 2 D. commodat.* (13. 6).

(2) Zie hetzelfde *fr.*

(3) *Obligationenr.* S. 62—65.

(4) *Zeitschr. für Civilr. u. Prozess.* XX, S. 267.

(5) *Sijstem.* VI § 276.

(6) PUCHTA. t. a. p. II § 172 Not 1.

genoeg, dat men ons *fr.* 3 geenszins behoeft te beschouwen als een bewijs tegen het gevoelen, dat de *condictio triticaria* eene *actio stricti juris* is. Wat eindelijk betreft den derden grond, dat de *condictio triticaria* ook gegeven wordt, wanneer de verbindtenis uit een misdrijf ontstaat, merk ik op, dat de *condictio furtiva*, welke Glück hier op het oog heeft, niet uit een misdrijf ontstaat, maar wel bij gelegenheid van een misdrijf, terwijl de grond der actie hier, even als bij iedere andere *condictio sine causa*, gelegen is in de verrijking der tegenpartij door ons eigendom zonder regtsgrond (1).

Hiermede meen ik de gronden van hen, die onze condictie voor eene *actio bonae fidei* houden, te hebben wederlegd, en ik zou dus tot het positief bewijs moeten overgaan, dat alle condictien, en dus ook de *condictio triticaria*, uit haren aard *actiones stricti juris* zijn. Dit bewijs echter zou niet alleen te uitgebreid worden, maar ook na de geleerde onderzoekingen van SAVIGNY ten eenemale overbodig zijn; ik meen daarom te kunnen volstaan met te verwijzen naar de 13^e en 14^e bijlagen tot het 5^e deel van zijn sijsteem.

Onze condictie is dus uit haren aard eene *actio stricti juris*, en ik geloof, dat het minder juist is te beweren dat zij nu eens *stricti juris*, dan weder *bonae fidei* wezen zou naar de verschillende *negotia juris*, waaruit zij ontstond; immers die *negotia juris* waren niet anders dan *negotia stricti juris*, het *mutuum* en de daarmede analoge handelingen, verder de *expensilatio* en de *stipulatio* (2). Dit alleen moet men erkennen, dat onze condictie, wanneer de *intentio* luide: *quidquid dare facere oportet* en dus eene *incerta* was, grootelijks toe-

(1) SAVIGNY. V. Beil. XIV. Nu 15—18. VANGEROW. *Lehrb. d. Pand.* § 679. Adm. 2.

(2) Verg. boven bl. 55 noot 3 en bl. 56 noot 2.

naderde tot de *actiones bonae fidei*, en in de conceptie der *intentio* van deze hierin alleen verschilde, dat het toevoegsel *ex fide bona* hier ontbrak (1).

Eene vraag doet zich nog aan ons voor: was de *condictio triticaria* eene *actio subsidiaria* (2)? Na al hetgeen wij reeds over deze condictie zeiden, zal 't niet moeilijk zijn haar te beantwoorden. *Condictio triticaria* was de algemeene naam voor alle condictien der tweede en derde klasse, en maakte met de *condictio certi* de beide hoofdsorten der condictien uit. Zij was dus geene *actio subsidiaria* met dien verstande, dat zij gegeven werd, wanneer er geene andere condictie bestond. Men zou echter haar naam subsidiair kunnen noemen. Immers hoezeer het bij de condictien der tweede en derde klasse wel de gewoonte was den grond, waaruit zij waren ontstaan, op te geven, kon het echter gebeuren, dat die grond niet was aangegeven, en men zou dan zijne toevlugt moeten nemen tot den algemeenen naam *triticaria*. Dikwijls echter gebeurde dit voorzeker niet en daaruit is 't welligt te verklaren, waarom deze naam zoo zelden in de regsbronnen voorkomt (3).

Wij eindigen onze beschouwingen over de *condictio triticaria* met de volgende stellingen:

Conditiones heeten alle *actiones civiles in personam stricti juris*, welker grondslag is eene *obligatio*, hetzij *ex contractu*, hetzij *quasi ex contractu*, hetzij *ex lege* ontstaan. Zij worden verdeeld naar de *formulae* in drie klassen: de eerste klasse draagt den naam *condictio certi* of *si certum petatur*; de tweede en derde klasse gezamenlijk den naam *condictio triticaria*, terwijl de derde

(1) ZIMMERN. I. a. p. S. 184. SAVIGNY. Beil XIII. Nu 15 en S. 619.

(2) WESTENBERG, *Diss. de caus. oblig.* VII, c. 5 § 13, ad h. t. D. § 4.

(3) SCHWEPPE. I. a. p. § 293. SAVIGNY. V. Beil. XIV. No 42. Eene andere verklaring hiervan geeft GANS *Obligat.* S. 88, die met zijne geheele verdediging der condictien zamenhangt.

klasse ook afzonderlijk onder den naam *condictio incerti* voorkomt.

De *condictio triticaria* is dus eene *actio civilis in personam stricti juris ex contractu, quasi ex contractu* of *ex lege*, strekkende om alle zaken, behalve *pecunia numerata* te vorderen; de *intentio* is hier of *certa* of *incerta*, en de *condemnatio* altijd *incerta*, hetzij *in finita* of *cum taxatione*.

*Is L. 1 § 7 D. de pecunia constituta (13.5.)
een emblema TRIBONIANI?* door Mr. J. KAPPEYNE
VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage.

Men reket het onder de merkwaardigste eigenschappen der *naturalis obligatio* of onvolkomene verbindtenis, dat zij vatbaar is voor bekrachtiging door *constitutum pecuniae* of door de overeenkomst waarbij men aanneemt zijne eigene of eens anders schuld binnen zekeren termijn aan den schuldeischer of aan eenen derde te voldoen (1). Dit gevoelen berust uitsluitend op L. 1 § 7 D. *h. t.* en wordt er, voor het Justinaansche regt, volkomen door geregtvaardigd. Maar het blijft toch de vraag, of het beginsel, in die plaats uitgesproken, reeds door den praetor gehuldigd was. Zekerheid daaromtrent heeft men niet en de redenen die er tegen pleiten zijn geenszins van schijn ontbloot.

Voor al de natuur die, volgens het edict, de *actio constitutae pecuniae* bezat, laat er zich niet goed mederijmen. Immers het is bekend, dat de oude manier van procederen in vele gevallen een eigenaardigen weg insloeg, daarin gelegen, dat het wezenlijk hoofdgescuil

(1) v. SAVIGNY. *Obligationenrecht*. I. 49, 50.

niet regstreeks aan de kennisneming des regters onderworpen, maar gemaakt werd tot aanhangsel van een voorafgaand geding over eene soort van weddingschap, met dien verstande, dat alsdan in de uitwijzing dier weddingschap de beslissing der hoofdzaak tevens lag opgesloten.

Zoodanig was het karakter der legis actio per sacramentum (1) en later, onder de formula, van het agere per sponsionem poenalem of cum periculo gelijk ons GAJUS dat bij de interdicten afschildert (2). Hetzelfde karakter bezaten, volgens hem, de condictio certi die pecunia eredita tot onderwerp heeft en onze actio, de actio constitutae pecuniae (3).

Men behoort zich haren loop dus zóó voor te stellen. De eischer stipuleert van den gedaagde eene boete van 50 procent voor het geval: si parat pecuniam debitam constitutam neque solutam esse. De gedaagde restipuleert gelijke boete voor het tegenovergesteld geval. Aan de formulae uit deze sponsiones wordt, als iudicium sectorium, de formula betrekkelijk de hoofdschuld toegevoegd en de beregting van dit alles opgedragen aan een en denzelfden regter (4).

Maar wanneer nu die hoofdschuld eene geregteijk niet invorderbare is, hoe kan dan het iudicium sectorium bestaan? En zonder dat hangen de sponsiones in de lucht en verliezen haar doel. Derhalve schijnt de actio constitutae pecuniae van het edict niet wel anders denkbaar dan als gegrond op eene principale regtsvordering. Trouwens in meer dan eene plaats vindt men vrij duidelijke aanwijzingen, dat de klassieke juristen het inderdaad zoo hebben begrepen.

(1) GAI. IV. § 13.

(2) GAI. IV. §§ 165. 166.

(3) GAI. IV. § 171.

(4) Vgl. HEIMBACH. *Creditum*. 596.

L. 25 § 1 D. h. t.

PAPINIANUS libro VIII *quaestionum*.

Si iureiurando delato deberi tibi iuraveris, *quum habeas eo nomine actionem*, recte de constituta agis.

De eischer die den eed, dat het geëischte hem waarlijk verschuldigd was, wanneer hem die door den gedaagden overstaan des praetors was opgedragen, had afgelegd, verkreeg van den praetor de actio de iureiurando waarbij de regter zich moest bepalen tot de vraag of de eischer den eed behoorlijk had gedaan en niet mogt treden in eenig onderzoek naar het in de wezenlijkheid al of niet bestaan der bezworen schuld (1). De actio de iureiurando berustte mitsdien op eene soort van fictie en moest zelfs dan worden toegewezen, als de eischer eene onwaarheid beworen had en wegens meeneed crimineel bestraft werd (2). Op deze eigenschap nu wordt blijkbaar door PAPINIANUS gezinspeeld, zoodat diens bedoeling zich dus laat omschrijven.

Het edict doet de bestaanbaarheid van het constitutum afhangen van de aanwezigheid eener hoofdschuld en meent daarmede de aanwezigheid eener principale actie. Zoo b. v. is het genoeg, dat verkregen zij de actio de iureiurando, niettegenstaande deze de mogelijkheid openlaat, dat de geconstitueerde som in waarheid onverschuldigd, pecunia indebita, zij (3).

Immers uit het motief van PAPINIANUS: *quum habeas eo nomine actionem*, mag men met veel waarschijnlijkheid afleiden, dat het in zijn tijd daarop aankwam en men zich toen nog geenszins te vrede stelde met eene naturalis obligatio, maar eene principale regtsvordering onmisbaar keurde.

(1) § 11 I. de Act. (4, 6). L. 9 § 1 D. de iureiur. (12, 2).

(2) L. 1 C. de R. Cr. (4, 1). LL. 28 § 10, 30 pr., 31 D. de iureiur. (12, 2). L. 22 D. de dolo malo (4, 3). v. SAV. System. VII. 63.

(3) § 4 I. de Except. (4, 13).

L. 18 § 1 D. *h. t.*

ULPIANUS libro XXVII *ad edictum.*

Quod adiicitur: *EAMQUE PECUNIAM, CUM CONSTITUEBATUR, DEBITAM FUISSE*, interpretationem pleniorē exigit. Nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit, quum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde et temporali actione obligatum constituendo, CELSUS et JULIANUS scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem JULIANUS putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Het vereischte eener hoofdschuld moest uitsluitend beoordeeld worden naar het tijdstip waarop de overeenkomst was aangegaan en niet naar dat van de dagvaarding of van den verval dag. Deze stelling wordt opgehelderd met het voorbeeld der verjaring.

Indien de termijn waarbinnen de principale regtsvordering verjaart bereids is verstreken op het oogenblik, dat de actio constitutae pecuniae wordt aangelegd, zal deze omstandigheid aan laatstgenoemde niet in den weg staan, mits slechts het constitutum zelf gesloten zij, toen de verjaring nog liep.

Men leert hieruit de allezins merkwaardige bijzonderheid kennen, dat eene regtsvordering waartegen, werd zij raauwelijs ingesteld, de exceptie van verjaring met vrucht konde worden opgeworpen in wezen gehouden werd door het constitutum, dewijl zij dan, als iudicium secutorium, het lot der sponsio volgde en deze maakte, dat de zaak werd beoordeeld niet naar het oogenblikkelijk, maar naar een vroeger tijdstip: *quia retrorsum se actio refert.*

Maar te gelijk geeft *ULPIANUS* ingewikkeld te verstaan , dat men het *constitutum* zou moeten nietig verklaren wegens ontstentenis eener hoofdschuld , indien partijen de overeenkomst hadden aangegaan eerst na het eindigen der verjaring. Daarom leverde deze plaats steeds een groot struikelblok op voor hen die , voorstanders van het op zich zelf juiste gevoelen , dat de verjaring wel de actie doodt , maar toch eene *naturalis obligatio* achter laat , van den anderen kant de meening aankleven , dat reeds in het klassieke regt de onvolkomen verbindtenis voor bekrachtiging door *constitutum* vatbaar was. Dan immers moest ook *eene verjaarde schuld* de geschiktheid daartoe bezitten (1).

Ondertusschen vervalt deze zwaarigheid , zoodra men veronderstelt , dat *ULPIANUS* voor de geldigheid van het *constitutum* eene principale regtsvordering volstrekt noodzakelijk achtte. Het is waar , dat voor de *PANDEKTEN* deze verklaring mank gaat , maar men behoeft daarom *TRIBONIANUS* nog niet te beschuldigen van een grof verzien. Want het was hem in de eerste plaats te doen om de belangrijke positieve beslissing in deze uitspraak verrat en voor het *argumentum a contrario* tegen eene andere waarheid , dat men er uit konde ontleenen , moest hij die den historischen loop van zoo nabij kende wel de laatste zijn om te vreezen. Hem en zijnen tijdgenooten stond de regtsverandering te klaar voor oogen , dan dat misverstand mogelijk ware geweest.

L. 11 § 1 D. *h. t.*

ULPIANUS libro XXVII. *ad edictum.*

Si quis centum aureos debens ducentos constituat , in centum tantummodo tenetur , quia ea pecunia debita est ;

(1) Vgl. v. SAV. *Syst. V.* 400. met BÜCHEL. *Civilr. Erörterungen.* I. 80, 116 (1847)

ergo et is qui sortem et usuras quae non debebantur
constituit tenebitur in sortem duntaxat.

De geconstitueerde geldsom, zegt ULPIANUS, mag het bedrag der hoofdschuld niet te boven gaan. Laat men hem nu hieruit het gevolg trekken, dat niet kunnen worden geconstitueerd interessen die op geenerlei wijze bedongen en volstrekt onverschuldigd zijn, zoo legt men hem een ondragelijk axioma en al te nuchteren platheid in den mond. Doch door usurae indebitae verstaat hijop meer dan ééne plaats de zoodanigen die wel overeengekomen, maar niet behoorlijk gestipuleerd zijn (1). Ofschoon zulke interessen in regten niet konden gevorderd worden, schijnen zij toch in de praktijk vrij dikwijls te zijn voorgekomen en niet zelden, hetzij dan uit eerlijkheid, hetzij om de opeiseling van het kapitaal te voorkomen, betaald te zijn. En, eenmaal voldaan, kon men ze met de *condictio indebiti* niet terug vragen, dewijl zij toch voor naturaliter verschuldigd gehouden werden. Had dus iemand die gewoon was zijnen schuldeischer dergelijke interessen te geven, *hoofdsom en renten* geconstitueerd, dan mogt het inderdaad hier wel zeer twijfelachtig schijnen, of het *constitutum* zich niet zooverre konde uitstrekken. Beantwoordde ULPIANUS die vraag desniettemin ontkennend, het kan alleen geweest zijn op grond, dat geene andere verbindtenis den grondslag der *actio con-*

(1) L. 26 pr. D. *de cond. ind.* (12, 6). L. 5 § 2 D. *de. Solut.* (46, 3). Cf. L. 24 D. *de praescr. verb. act.* (19, 5). L. 28 C. *de Pact.* (2, 3). L. 7 C. *de Usur.* (4, 32). Behalve de in het geheel niet en de zonder stipulatio bedongene was er, v. VANGEROW. *Pandecten.* § 76, nog eene derde soort van *usurae indebitae*, te weten ongeoorloofde woeker, waaraan echter ULPIANUS in onze plaats onmogelijk kan gedacht hebben, omdat hij dan het *constitutum* van waarde had moeten verklaren niet slechts voor het kapitaal, maar ook voor dat gedeelte der interessen, dat de wettelijke grens niet overschrijdt. L. 29 D. *de Usur.* (22, 1).

stitutae pecuniae konde uitmaken dan die welke zelve voor geregtelijke invordering vatbaar was.

LL. 1 § 8 in f., 2 D. *h. t.*

ULPIANUS libro XXVII. *ad edictum.*

Et ideo *et pater et dominus* de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, quam constituebatur. Ceterum si plus *suo nomine* constituit, non tenebitur in id quod plus est.

JULIANUS libro XI *digestorum.*

quod si *fili nomine* constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenetur.

Wanneer een huisvader wegens de schuld van een der in zijne magt zich bevindende personen constitueert, moet onderscheiden worden tusschen twee gevallen. Hij sluit namelijk de overeenkomst:

of ter zake zijner eigene gehoudenheid, *suo nomine*; d. i. als persoonlijk aansprakelijk met de actio de peculio. Dan is de overeenkomst nietig, voor zoo verre de geconstitueerde som het bedrag van het peculium overschrijdt.

of in hoedanigheid van derde, *fili nomine*; d. i. gelijk ieder ander het zou kunnen doen, als goed sprekende voor den hoofdschuldenaar. (1) In dat geval kan het volle bedrag van de schuld des onderhoorigen geconstitueerd worden, onverschillig, hoe groot het peculium zij.

De juistheid dier onderscheiding valt in het oog. Doch het is zeer opmerkelijk, dat, terwijl bij het constituere *suo nomine* et *pater et dominus* vermeld worden, daarentegen in het andere geval alleen van *fili nomine* constituere wordt gewaagd. Zou de reden er van niet

(1) PAUL. R. S. II. I¹, § 1.

deze zijn, dat de verbindtenis van den slaaf, zelfs tegen derden, maar eene naturalis en niet gelijk die van den filius familias eene civilis obligatio was (1) en de klassieke Juristen het bestaan eener onvolkomene hoofd-verbindtenis nog niet als geuoegzaam hadden leeren beschouwen? Het is waar, dat, om de voorafgaande § 7, in de wetgeving van JUSTINIANUS de plaats zóó moet worden uitgelegd, dat filii nomine kortsheidshalve voor filii aut servi nomine zij geschreven, maar, bij het onloochenbaar verschil tusschen beiden, is toch voor het oude regt de aanwijzing vrij gewigtig, vooral in verband met de anders moeijelijk te verklaren omstandigheid, dat men nergens eene zekere toepassing van het constitutum op de naturalis obligatio gemaakt vindt.

Gelooft men uit het een en ander het besluit te mogen trekken, dat in het edict PEGUNIA DEBITA beteekende eene voor geregtelijke invordering vatbare hoofdschuld, zoo behoort L. 1 § 7 D. h. t. onder de zoogenaamde *emblemata* TRIBONIANI te worden gerangschikt. En waarlijk wordt men in dit vermoeden versterkt door inwendige, in de plaats zelve gelegen gronden.

L. 1 §§ 6, 7, 8 D. h. t.

ULPIANUS libro XXVII *digestorum*.

§ 6. Debitum autem ex quacumque causa potest constitui; id est ex quocumque contractu, sive certi sive incerti, et si ex causa emtionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex quocumque alio contractu. (§ 7. *Debitum autem vel natura sufficit.*) § 8. Sed et is qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur; *videtur enim debitum et quod iure honorario debetur.*

Onder contracten begrijpen de klassieke Juristen zoo wel de echte contracten als de zoogenaamde quasicon-

(1) v. SAV. *Oblig.* I. 60, 61.

tracten; (1) met andere woorden alle de gevallen waarin of plaats heeft de contractueele *condictio* hetzij wegens certa hetzij wegens *incerta res* (*contractus sive certi sive incerti*) of wordt gegeven eene *bonae fidei actio* (zoo als de *actio emti, rei iuxoriae, tutelae* of dergelijken). De zin van § 6 komt dus hierop neder, dat als grondslag voor het *constitutum* kan dienen *elke contractueele actie*. Maar deze actiën behooren allen tot de civiele. Daarom wordt er in § 8 bijgevoegd: en ook al is de actie maar eene praetorische, geene civiele, zoo is dit niettemin genoegzaam, *want wat de praetor den schuldenaar dwingt te betalen is, in den zin van het edict, insgelijks eene ware schuld*.

Op deze tegenstelling van civiel en praetorisch regt gaat ULPIANUS nu verder door (2). Zijne redenering loopt dus, laat men § 7 in gedachte weg, ordelijk en logisch af. Maar de tusschenvoeging dier zinsnede verbreekt den samenhang. Immers het toereikende eener niet meer dan *naturalis obligatio* maakt het onderzoek naar de genoegzaamheid der *honoraria actio* overbodig. Nadat eenmaal vast staat: *debitum vel natura sufficit*, komt de verklaring: *videtur enim debitum et quod iure honorario debetur* volstrekt niet te pas en keert de natuurlijke volgorde der denkbeelden vlak om. Daar men nu wel zal willen toegeven, dat ULPIANUS, vooral in zijne interpretatie van het edict, zich aan dergelijke grove fouten niet schuldig maakt, valt er geen oogenblik aan te twijfelen, dat hij zoo niet kan geschreven hebben, maar de hand der compilatoren hier in het spel moet zijn geweest.

En waarlijk, op hun standpunt, handelden deze consequent. De toelating der *naturalis obligatio*, waartegen de eigenschappen der *actio constitutae pecuniae* die haren

(1) V. SAV. *Oblig.* II. 215.

(2) L. 3 D. *h. t.*

ouden vorm reeds lang verloren had geen hindernis meer konden opleveren, was volmaakt in overeenstemming met de algemeene uitbreiding door JUSTINIANUS aan het constitutum gegeven (1). Maar was men het over het beginsel eens, dan moest het, uit den aard der zaak, daar worden ingelascht waar de vraag hoedanige hoofdschuld het edict vereischt opzettelijk onderzocht werd. Achter § 6 dus scheen de geschiktste plaats, te meer omdat *civilis obligatio*, schoon aldaar door ULPIANUS in tegenstelling met *praetoria* gedacht, eveneens in tegenstelling met *naturalis obligatio*, of ter aanduiding der volkomene verbindtenis, wordt gebezigd (2). Er kwam hij, dat men het verband van § 8 en hetgeen er op volgt liefst niet wilde schenden, en bovendien, in een dergelijk lapwerk als de PANDEKTEN zijn, het toch niet overal zoo naauw konde nemen.

Derhalve pleit ook de naauwkeurige ontleding onzer plaats voor het gevoelen, dat eerst onder JUSTINIANUS de *naturalis obligatio* voor bekrachtiging door constitutum vatbaar verklaard is. Deze vraag is voor de dogmatiek niet van belang ontbloomt. In het oude regt namelijk gold de regel, dat de overeenkomst van partijen geene aanspraak in regten geeft. Maar ontstond uit de overeenkomst toch eene *naturalis obligatio*, gelijk te regt door de meeste schrijvers wordt geleerd (3), en leende deze zich weder voor constitutum; met andere woorden kon de overeenkomst bekrachtigd worden door herhaling, ja zelfs A regtsgeldig constitueren ten behoeve van B wat C slechts *expacto* verschuldigd was aan D (4), dan wordt

(1) §§ 3, 9, *J. de Act.* (4, 6). *L. 2 C. de const. pec.* (4. 18).

(2) v. SAV. *Oblig.* I. 37.

(3) v. SAV. *Oblig.* I. 53.

(4) *L. 5 § 2 D. h. t. v. SAV. Oblig.* II. 212, 230.

de werking van dien regel aanmerkelijk verzwakt (1). Sinds JUSTINIANUS valt aan de mogelijkheid eener dergelijke bekrachtiging niet te twifelen, maar het kost moeite te gelooven, dat het in het klassieke regt niet anders zij geweest. Want, schoon dit het constitutum tot de betaling eener geldsom of de uitkeering eener bepaalde hoeveelheid verbruikbare waar beperkte, was het gevolg toch praktisch al te gewigtig, dan dat het aan de opmerkzaamheid der oude Juristen ontsnapt of van de toepassing er van in hunne zoo uiterst casuïstieke geschriften geen enkel spoor zou overgebleven zijn. Het constitutum kan dus voor hen geen middel geweest zijn om eene actie te scheppen waar er anders volstrekt geene zou zijn geweest, maar slechts een middel om eene bestaande actie te wijzigen en te versterken.

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

Studiën over assurantie-regt, door Mr. G. J. A. FABER, Advocaat te Amsterdam.

I. WORDING EN ONTWIKKELING DER ASSURANTIE.

Wording.

Leven is iuspanning, arbeid ontwikkeling. De mensch — gelijk het menschdom — streeft naar en toont vooruitgang aan. Materiele zoowel als intellectuele krachten worden vereischt. Van daar het begrip van behoud, het beginsel van eigendom. De communist, die stelselmatig dat regt ontkent en de socialist, die, schrikkende

(1) DONELL, ad rubr. C. h. t. § 33. Reeds den middeneeuwschen DD. was dit in het oog gevallen. Cf. COSTALIUS, *Advers.* ad pr. L. 7 D. de Pact. n^o. 19.

voor gevolgen van eigene redenering, het beperkt, verloochenen zich zelve. De eigendom is eene der hoofdoorwaarden noodig om het individueel en sociaal doel te bereiken, dat de rede den mensch aangeeft; hij moet onder de hechtste steunpilaren gerangschikt worden, waarop het gebouw der maatschappelijke orde gegrondvest is.

De grijze oudheid heeft aan de eeuwen, welke haar opvolgden, vele en wijze wetten over dit onderwerp nagelaten. Vooral is de Romeinsche wetgeving rijk aan onveranderlijke en eeuwige regels tot verkrijging en behoud van goed. De eigendom, ofschoon beschermd voor het bedrog en de misdrijven der menschen, bleef echter aldaar zonder verdediging tegen ongevallen, welke physische en toevallige oorzaken kunnen te weeg brengen. Men vindt wel hier en daar in die wet plaatsen krachtens welke het geoorloofd was een mogelijk nadeel onder gestelde voorwaarden van zich af te schuiven en op de schouders van anderen te laden (1); de kiem der overeenkomst van verzekering moge er in gelegen zijn, doch het was niet assurance in eigenlijken zin (2).

Er zijn echter die beweren, dat de Romeinen dit contract reeds als een zelfstandig hebben gekend. Men beroept zich op een paar plaatsen van LIVIUS (*hist.* l. 23, c. 49 en l. 25, c. 3); op SÜETONIUS (*vita CLAUDII* c. 6) en in het bijzonder op CICERO (*ad fam.* l. II, epist 17); doch daar komt het slechts voor als een beding tusschen den bevrachter en eigenaar van een schip en derhalve weder

(1) l. 1 ff. de periculo et comm. rei vend., l. 39 ff. mandati, l. 13 § 5 ff. locati; l. 1 § 35 ff. depositi; l. 7 § 15 ff. de pactis, l. 1 ff. commodati, l. 6 C. de pign. act.

(2) « C'était un *sauvageon* non encore cultivé, auquel l'esprit du commerce a donné le développement et la consistance dont il jouit aujourd'hui. »

Traité des Assurances d'EMÉRIGON. Paris. 1827. t. I. p. 2.

Themis, D. II, 1ste St. [1855].

in accessoiren zin. De latere schrijvers zijn bijna eenparig van meening, dat dit contract hun volkomen onbekend was (1). HUGO DE GROOT (*de Jure Belli*, l. 2. c. 12) en BLINKERSHOEK (*quaest Juris Publici*, l. 1. c. 21) zeiden reeds « *Adeo tamen ille contractus olim fuit incognitus, ut nec nomen ejus nec rem ipsam in jure Romano deprehendas* » (2).

Dit belette niet, dat gelijk BARTOLUS en BALDUS in fragmenten uit de pandecten texten vonden, om quaestien over wisselregt te beslissen, andere regtsdoctoren plaatsen in het corpus juris wisten op te sporen op deze materie betrekkelijk (3). Op hun voorbeeld hebben de civilisten zich steeds veel moeite blijven geven om de vraag te beantwoorden, of het was *sponsio, contractus qui re constat, stipulatio, fidejussio, literarum obligatio, emptio, venditio, locatio, societas, mandatum, contractus nominatus vel innominatus?* (4). POTHIER (t. 9, p. 249) b. v. vergelijkt

(1) J. BECKMAN, *Beijträge zur Geschichte der Erfindungen*, p. 204.

MENO PÖHLS, *Assecuranzrecht*, t. I, p. 6.

E. VINCENS, *Exposition Raisonnée de la législation commerciale*, t. III, p. 199.

JAMES ALLAIN PARK, *A System of the law of Marine Insurances*, I. introduction, p. 21.

(2) Minder juist schijnt mij de volgende opmerking van SAMUEL MARSHALL. *A treatise on the Law of Insurance*, Preliminary Discourse, p. 7. « There is in the pandects an observation of ULPIAN, which affords greater colour for supposing that the contract of insurance was not altogether unknown to the Romans, than any of the passages above referred to. He says, *Illa stipulatio, decem millia salva fore promittis valet*. (DIG. l. 45 *de verb. oblig.*) Ik zie daarin geene assurantie, doch eenvoudigen borgtocht, gelijk PÖHLS, V. p. 6.

(3) SCACCIA, *de Commercio*. STRACCHA, *de Ass.* ROCCES, LOCENNIUS, TARGA, MARQUADUS.

(4) JOHANN WESKET'S (*Theorie und Praxis der Assecuranzen*, B. I, p. 97) woorden onderschrijf ik gaarne: « aber das sind alles Thorheiten, und blosse Spitsfindigkeiten. »

De origineele uitgave is niet in mijn bezit; ik gebruik de Duitse

verzekering met koop; PARDESSUS (n°. 584) ziet in haar borgstelling; STYPMANNUS (*part. 4*, ch. 7, n°. 159) zegt te regt, dat het is een contract *sui generis*. Hiermede stemt EMÉRIGON (p. 2) overeen, stellende dat deze overeenkomst hare wording verschuldigd is aan de behoeften van den mensch om zich zooveel mogelijk te vrijwaren tegen de grillen van het toeval en dus aan de natuur der dingen zelve.

Het is duidelijk, dat die behoefte het meest gevoeld werd en het eerst bevrediging zocht, waar het gevaar het grootst was. Zwak is het schip dat de zee doorklieft en dat houten beschutsel moet de goederen tegen golfslag en storm beveiligen. Groote vrees bestond om voor altijd de vruchten van langdurigen arbeid te kunnen verliezen. Eigenbelang deed alzoo naar een middel uitzien om dat gevaar zooveel mogelijk te voorkomen. Men zocht en vond dit in de overeenkomst om het met anderen te dragen. Het beginsel lag reeds in bodemerij en meer volkomen in eene andere overeenkomst *Agermanament* (in eene massa vereenigd) genaamd (1). Deze had plaats, indien verschillende eigenaars van eene lading onderling en somwijlen met den schipper overeen kwamen om gezamenlijk de schade te dragen, welke aan het goed van dezen of genen of aan het schip kon overkomen naar aanleiding van een bestaand gevaar, of van een maatregel dien de schipper in het algemeen belang moest nemen (2). PARDESSUS (*collection des lois maritimes*, t. II, p. 166) ziet hierin reeds eene wederkeerige verzekering; ik zou het lie-

vertaling van J. A. ENGELBRECHT, Lubeck, 1787. Eene Fransche overzetting van dit verdienstelijk werk ontbreekt.

(1) FREMERY, *Etudes de droit commercial*. p. 283.

(2) *Il consolato del Mare* bevat eene gelijksoortige bepaling. Cap. 231. *Di naue che gietta*. § I. « Et percio, il gietto disopra detto debbo essere constato per saldo, et per lira, secondo che giettato sarrei et la naue, o il navilio e tenuto metterci le due parti di quel, che valerà.

ver eene avary-gros noemen. Hoe het zij, dit schijnt niet twijfelachtig, dat de eerste verzekeringen wederkeerige waren, namenlijk de zoodanigen waarbij eenige kooplieden, die te zamen reisden, overeen kwamen, om alle ongelukken ook te zamen te dragen door middel eener vergoeding voor elke schade, geëvenredigd aan de waarde der goederen, welke hij, die schade leed, aan dezelfde gevaren had blootgesteld. De wederkeerige verzekeringen moesten van zelf leiden tot verzekeringen tegen genot eener premie (1).

Zoodanig dan was de oorsprong van het assurantiecontract. Het middel om door deeling met anderen het voor iemand moge lijk te maken om een gevaar te trotseren, dat alleen te dragen eene roekelooze onderneming ware geweest, is *wel* zeer eenvoudig. Doch hierin alleen liggen de hooge verdiensten van deze overeenkomst niet, maar oneindig meer nog, omdat zij den ondernemings-geest aanmoedigt, het aantal reizen vermeerdert, de industrie bevordert, den handel verlevendigt en het verkeer der volken gemakkelijker maakt (2).

De tijd wanneer en de plaats waar deze overeenkomst het aanzijn aanschouwde liggen nog in het duister. Ofschoon POHLS (p. 9), VINCENS (III, p. 199), en andere schrijvers beweren, dat de 15de eeuw het tijdperk is, waarin men het eerst haar bestaan als zeker mag stellen, hecht ik te veel waarde aan de onderzoekingen van den oordeelkundigen PARDESSUS (t. IV, p. 567), om niet aan te nemen, dat zij reeds eene eeuw vroeger bekend was (3).

(1) M. MOLINIER, *Tr. de droit commercial*, introd. p. 28.

(2) W. BENECKE'S *System der See-Assekuranz und Bodmerei-Wesens*, Band I, p. 2.

S. MARSHALL, *Preliminary Discourse*, p. 2 and 3.

(3) Deze meening wordt ook gedeeld door MARSHALL wanneer hij (p. 9) schrijft: «As the maritime commerce of these *Italian* states appears to have been carried to a very considerable extent about the

CLEIRAC (*Us et Coutumes*, p. 218) en SAVARY (*Dict. de Comm.*) geven aan de Israëliten de eer der uitvinding. Doch het gaat met de zonen van ABRAHAM even als met de volgelingen van LOYOLA. De eersten bezitten eene groote slimheid en een onmiskenbaar talent om steeds hun eigen belang te behartigen; hetgeen in de wereld in den regel zich oplost in geld. Daarom worden hun toegedicht bijna alle combinatiën en speculatiën, welke een finantiëel voordeel beloven of het geldelijk verkeer vergemakkelijken. De laatsten belijden de leer, dat er geen absoluut regt denkbaar is zonder goddelijke openbaring en zij zijn onwrikbaar en volhardend in hunne overtuiging. Van waar men hun toeschrijft alle handelingen, welke de strekking hebben den mensch te bewijzen, dat zijne rede feilbaar is en aan een hooger gezag onderworpen. Er bestaat dan ook niet de minste reden om te gelooven, dat de Joden dit contract zouden hebben uitgevonden. Wel spreekt MONTESQUIEU (*Esprit des Lois*, liv. 21. c. 16) van den wisselbrief, doch hij zwijgt van assurantie. Elk historisch bewijs — gelijk POHLS (p. 8) opmerkt — ontbreekt. Mij schijnt het waar-

13th century, it is extremely probable that insurance came into use in Italy about that time.» Ik geloof echter niet met dien schrijver, dat het in Engeland eer is ingevoerd dan in de naburige Staten van het vaste land. In het jaar 1310 bestond immers reeds, volgens eene chronijke van Vlaenderen, Cap. XI, p. 462, te Brugge eene Assurantie-kamer. PÖULS (p. 8) trekt haar bestaan in twijfel, op grond dat er nergens anders van blijkt. PARDESSUS (D. II, p. 370) was ook eerst van die meening, doch kwam daarop later terug (D. IV, p. 123) verklarende, dat ook in een werk van zekerer UZZANO, geschreven in het jaar 1400, uitdrukkelijk melding gemaakt wordt van verzekeringen, welke te Florence voor Londen en Brugge gedaan werden.

In zekere dissertatie *de periculo quod assicuratoris est*, Groningen, 1321, heeft men naar aanleiding van een en ander pogen te bewijzen, dat in ons vaderland het assurantie-contract het eerst zou ontstaan zijn. — Zie ook VAN MIERIS, *Groot Charterboek*, D. II, p. 393.

schijnlijk, dat in Italië dit contract het eerst ontstond, omdat in dat land geniale kracht zich het vroegst in hooge mate ontwikkelde en van daar bijna elke uitvinding des handels haren oorsprong ontleent. Zoo is ook de algemeene meening (1).

Ontwikkeling.

Wanneer men de ontwikkeling van een persoon wil nagaan, dient men te beginnen met zijne geboorte. Hetzelfde is waar bij den vooruitgang van een begrip. Assurantie is dan in leven. Welke zijn de voorwaarden van haar bestaan? Belang, de zucht om gevrijwaard te zijn voor de mogelijke nadeelige gevolgen, afhankelijk van een onzeker voorval, gaf haar het aanzijn; om het doel te kunnen begrijpen, dat men zich bij het aangaan van deze overeenkomst voorstelt, wordt slechts één ding gevorderd, namelijk dat schadeloosstelling kan gegeven worden. Derhalve volgt uit den aard der zaak, dat elke verzekering nietig is 1°. buiten of boven het belang; 2°. zonder onzeker voorval, dat schade kan veroorzaken; en 3°. wanneer de veroorzaakte schade of het belang niet op geld waardeerbaar is.

De wetgever had niets anders te doen dan den weg te volgen, dien de natuur hem aanwees. Gelijk de hovenier, wanneer in zijne gaarde eene plant te tierig opschiet, de weelderige takken verkort of afsnijdt en het onkruid uitroeit, dat hare groeikracht dreigt te verstikken,

(1) It is evident, that almost all the commerce of Europe in those days centered amongst the Italians. As they at that time carried on and established a regular trade with the East in their ports of Egypt, and drew from thence all the rich produce of India; it is reasonable to suppose, that in order to support so extensive a commerce these industrious and ingenious people were the first who introduced assurances into the system of mercantile affairs. J. A. PARK. intr. p. 23.

moest hij volstaan met , om redenen van politie en staats-huishoudkunde , enkele verzekeringen te belemmeren of te beletten en kracht te ontnemen aan die overeenkomsten , welke , onder den schijn van verzekering , het wezen van dit contract aanranden . Indien dit geschied ware , dan zoude er eenheid en algemeenheid in de wetgevingen over deze materie heerschen (1) . De handel is een en algemeen ; hij stoort zich niet aan bestaande of veronderstelde nationaliteiten , kent geen bergen , zeeën , meren of rivieren als de natuurlijke afscheidingen der volken , veel minder als zoodanig geschrevene tractaten of verdragen ; zijne wetgeving behoort die evenmin te kennen . Zij behoort te beantwoorden aan het ideaal door CIGERO (*de Republ.* III. 12.) afgemaald: «*Nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit.*»

Het tegendeel echter gebeurde (2) . De wetgever schijnt reeds vroeg door de lust van zich in alles te mengen te zijn bevangen . Gelijk de bemoeial in den regel zich met veel bemoeit behalve met eigene zaken , is veel geregeld wat geene regeling behoefde en ongemoeid gelaten wat voorziening vereischte . Men volgde niet op

(1) The law of merchants, not being founded in the institutions or local customs of any particular country, but consisting of certain principles which general convenience has established to regulate the dealings of merchants with each other in all countries, may be considered as a branch of public law.» S. MARSHALL, *prel discourse* p. 17. — Verg. ook *Lehrbuch des Handelsrechts* von Dr. BRINKMAN, p. 18.

(2) C'est ainsi que, depuis deux cents ans, le véritable droit commercial, oeuvre lente et successive de l'unanimité des commerçants, et dont les sources se retrouvent dans les monumens épais de leur coutume, a été divisé et mis en lambeaux par les législateurs des nations diverses, et qu'au lieu d'un droit commercial simple, grand, universel, comme le commerce qui l'avait produit, on a eu le droit commercial français, le droit commercial anglais, le droit commercial espagnol.» FREMERY, *Etudes de droit commercial*, p. 19.

de gulden spreuk: «*laissez aller, laissez faire.*» De wet bepaalde waar belang, of geen belang bestond; wanneer het onzeker voorval, waarvoor men zich verzekerde, als bekend of onbekend moest worden beschouwd; welk belang al of niet op geld waardeerbaar was en tot welk bedrag: hetgeen toch allen vragen zijn van geheel feitelijk aard, in elk voorkomend geval verschillend en die zich dus niet volgens een algemeenen regel laten beantwoorden. Door deze willekeurige bepalingen heeft de wetgever de ontwikkeling van het assurantie-wezen belemmerd, even als eene moeder, de nog niet geronde ledematen van haar kind in een eng keurslijf rijgende, de maagdelijke ontwikkeling van hare dochter bemoeijelijkt. De Chinese vrouwen trekken, uit lust om kleine voeten te hebben, zulke naauwe schoenen aan, dat zij bijna niet kunnen loopen; vele wetten zijn in menig opzigt niet minder knellende en afkeurenswaardige banden.

Het is reeds in vroegere geschriften meermalen door mij gezegd geworden, doch welligt is eene herhaling niet onnoodig, dat de wetgever wil en beveelt en hij derhalve den kring niet mag overschrijden van zaken, welke van den wil afhangen en bevolen kunnen worden. Gelijk de menschen, zijn ook wetten, welke het werk van menschen zijn, aan dwaling onderhevig. Laat den wetgever vrij wit zwart of zwart wit noemen, de kleuren veranderen daarom niet. De bron van de waarheid en het regt ligt buiten de wet; van daar liever geene wetten dan die welke de natuur eener zaak miskennen. Men zal ze steeds pogen te ontduiken (1).

(1) Ik vereenig mij alzoo niet met de volgende woorden van een schrijver uit het midden der zestiende eeuw, die na Koning PHILIPS hoogen lof voor de groote zorg, die hij betoonde om ordonnantien te maken en te doen onderhouden, te hebben toegezwaaid, opmerkt: «Ende wat is toch een Wet, wanneer ze niet onderhouden wordt? Gelijck door een oude gewoonte onbeschreven wetten ingevoerd worden, soo worden door versuymnisse de beschrevene

In materie van assurantie bekreunde en bekreunt men zich dan ook al zeer weinig om wettelijk gestelde regels. Bijna bij elke overeenkomst, waarvan de polis tot bewijs dient, wordt er aan gerenuntieerd. Geschillen worden slechts bij wijze van uitzondering aanhangig gemaakt voor regterlijke collegien. Reeds eeuwen geleden werden de twistgedingen onderworpen aan de consules curiae maris, die ex conscientia en zonder twijfel per laudamentum, dat is op eene arbitrale wijze regt spraken. PARDESSUS, t. IV, p. 567. Nu nog onderwerpt men ze bijna in alle landen aan arbiters, die ex aequo et bono moeten uitspraak doen. Eene dergelijke afwijking der geschrevene wet heeft eene dubbel na-deelige strekking. Eensdeels wordt daardoor de achting, welke men aan de Wet verschuldigd is, zeer verminderd; anderdeels kan zij daardoor, in plaats van een schild voor den goede, een wapen in de hand van den zedelijk slechte worden. Niet ten onregte zegt BINKERSHOEK (*Quaest. Jur. priv.*, lib. IV, c. 5). Laudo mercatorem, qui fidem, etiam contra leges datam, servat; sed et laudo

afgeschapt ende met voeten getreden. De Wetten zijn niets anders als zenuen van 's menschen ligchaem waer door ieder lidt desselven sijn behoorlijke bedieninge waer neemt, waer van soo 't een of ander geschonden wordt, 't geheele ligchaem of gedeformeert of ten minsten verswackt wordt. De Wetten zijn niet anders als een band en vaste koorde waer mede het menschelijke gheselschap, uyt verscheyden deelen bestaende, tot conservatie van een gemeene ruste te samen gebonden zijnde, bij een gehouden wordt, weleke bandt, wanneer ze gebroocken wordt, een yeder stuck sijnes weeghs komt te vallen. Hier en isset dat SELEUCUS der Locrensen-wet-gever, liever sijn eene ooghe heeft willen missen als dat sijne wet door 't niet onderhouden haer luyster soude verliesen. Ende LYCERGUS heeft liever sijn Vaderlandt willen verlaten, opdat sijne Wetten, tot sijn wederkomst, die nimmer meer geschieden souden, en volgens dien voor eeuwig mochten onderhouden worden enz.

Aanmerkingen ende Bedenkingen over de Zee-Rechten uyt het Placcaet van Koninck PHILIPS. Uytgegeven den lesden Octobris 1563, door TACO VAN GLINS. Amst., 1665, p. 132 en volgg.

judicem, qui fraudes et nequitas mercatorum non fovet et rescindit pactiones, quas lex rescindi jubet. Judicis est leges sequi, nec disputare an turpiter faciat assecurator, qui fidem datam violat. Esto. Turpiter faciat; sed et turpiter facit, qui contra leges paciscitur.» De stelling, dat de verordeningen op assurance de ontwikkeling van deze overeenkomst meer tegenhielden dan bevorderden, daar zij haar wezen in vele opzichten miskenden, kan historisch toegelicht worden.

Het eerste systeem van zeeregt, waarvan wij in de geschiedenis melding gemaakt vinden, is dat der Rhodiërs, die ongeveer negen honderd jaren voor de Christelijke tijdrekening de souvereiniteit der zee verkregen en van welk volk Rome's eerste redenaar getuigde (*pro lege Manilia*, c. 18): Rhodiorum usque ad nostram memoriam disciplina navalis et gloria remansit (1). Deze wetten verdienen hier alleen vermelding, omdat onderscheidene harer bepalingen in de pandecten schijnen te zijn opgenomen b. v. titl. *de exercitoria actione; nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant. Furti adversus nautas, caupones, stabularios. De nautico foenore. De lege Rhodia de jactu. De incendio, ruina, naufragio*, enz.

(1) «But although these islanders were thus famous for their laws, we cannot discover from the fragments that have come down to our times, that they had the smallest idea of the contract of insurance. PARK, introd. p. 6.

Het is genoegzaam zeker, dat de wezenlijke wetten der Rhodiërs niet tot ons zijn gekomen, en dat de Grieksche text welken men vindt bij PECKIUS en de Latijnsche bij VINNIUS valsch zijn, en niet anders bevatten dan oude handelsgewoonten verzameld tijdens de middeleeuwen. Zie EMÉRIGON (pref., p. 3) en PARDESSUS, t. I, p. 24, 165, 210).

In het bekende werk *Algemeene verhandeling van de Heerschappij der zee*, uit het Engelsch^h vertaald, door P. LE CLERCQ. Amst. 1757, vindt men (p. 70 enz.) de Hollandsche overzetting, bestaande in 51 artikelen met verklaring. Art. 15 luidt daar: «De schipper, het bootsvolk en de passagiers die tezamen varen, zullen een Evangelischen (bij de Rhodiërs?) eed doen.»

Deze fragmenten strekten den volgelingen van de school van Bologna tot een tuighuis om wapenen te halen ten einde de natuur van assurantie te verdedigen, met gelijk gevolg als de geallieerden thans waarschijnlijk de zelfstandigheid van Turkije beschermen.

De Rhodische wetten schijnen langen tijd overal in de Middellandsche zee als gewoonte-regt te hebben gegolden, totdat eindelijk eenige Staten zich zelve eene zee-wetgeving vervaardigen. PISA schijnt het voorbeeld te hebben gegeven; een zee-wetboek werd vervaardigd dat PAUS GREGORIUS VII in het jaar 1075 bekrachtigde (1). Amalfi en andere handelsplaatsen volgden. Dergelijke verscheidenheid van regelen betrekkelijk een onderwerp, waarin tot dusver volgens een algemeen systeem was gehandeld, gaf volgens MARSHAL, p. 14, tot vele moeilijkheden aanleiding. Uit die verschillende bestanddeelen werd een nieuw Wetboek ontworpen, *Consolato del Mare*, hetgeen geschied zou zijn gelijk HUGO DE GROOT (*De jure belli*, l. 3, c. 1) opmerkt, op het gezag van bijna alle soevereinen van Europa. Het was oorspronkelijk in de Catalaansche of Lemoseensche taal geschreven en werd, zoo als TARGA leert (cap. 96, pag. 395), regel bijna bij alle Christen-volken die zich op zeehandel toelegden.

VINNIVS zegt (l. 1. ff. *de lege Rhodia*): « Apparet et scriptoribus, quâ Hispanis, quâ Italis, Gallis et Anglis, bonam partem legum, quibus hodie ad res maritimas utuntur, depromptam esse ex libro consulatus, » en CASAREGIS (dis. c. 213, no. 12), « consulatus maris in materiis maritimis tanquam universalis consuetudo, habens vim legis, inviolabiliter attendenda est apud omnes provincias et nationes (2).

(1) BENECKE, uitgave van VINCENT NOLTE, p. 4, maakt hiervan melding. MARSHALL zwijgt er van.

(2) Er bestaat eene Italiaansche overzetting bij CASAREGIS, t. III, ccxc, reeds aangehaalde, Fransche van F. MEYSSONI 1635, en eene Hollandsche van

Men vindt ook hier geen woord over assurantie, evenmin als in de zeeregten van Oleron en Wisbuy. Les rôles d'Oleron (waarschijnlijk het Engelsche woord *rule*) en de Wisbuysche regten vindt men bij CLEIRAC *Us et Coutumes*. Zij hadden groot gezag in het Noordelijke en Westelijke deel van Europa. MALYNES (*lex mercatoria* p. 105) dwaalt, indien hij in de regelen van Oleron reeds de overeenkomst van verzekering meent te vinden; zoo ook doet EMÉRIGON (p. XII), wanneer hij gelooft, dat de Wisbuysche regten sporen van levensverzekering bevatten (1).

Mr. WESTERVEEN. 1704. Men dient het consulaat van de zee in drie deelen te splitsen. Het eerste, van het begin tot chap. 42, bestaande in een soort van wetboek van regtsvordering voor het zeegeregte der stad. Valencia, dagteekent hoogst waarschijnlijk niet voor de 12de eeuw. Het tweede deel, bevattende eene uitvoerige verklaring van de contracten en handel ter zee, van chap. 44 tot 294, is van vroeger tijd. Het derde, zijnde 37 chap., is het minst belangrijke en houdt in eene ordonnantie op de vrijbuiters. Het geheel schijnt echter eerst na het jaar 1233, de instelling van het consulaat te Valencia, onder den naam *Consolato del Mare* bekend te zijn geworden. L. B. HAUTEFEUILLE. *Des droits et des devoirs des nations neutres*, t. I, p. 28, zegt mijns inziens te regt. Le consulat n'est pas une loi, ni une ordonnance promulguée par un souverain; il n'a jamais eu forme obligatoire dans un pays, qu'en vertu d'une adoption spéciale, d'une sanction particulière du prince et malgré l'opinion de Casaregis, je ne crois pas qu'il ait jamais reçu cette sanction chez aucun peuple. C'était encore moins une convention internationale, un acte du droit des gens secondaires. C'était un simple recueil des usages les plus répandus parmi les peuples commerçans au moment de sa publication. Pour s'en convaincre, il suffit de lire le titre même de ce livre, l'espèce d'intitulé adopté par son rédacteur. *Acti comencen les bones costumes de la mar.* »

Vergelijk ook AZUNI (*droit maritime de l'Europe*, tom. I, Ch. 4, art. 3).

(1) De schrijver beroept zich op art. 67, luidende: « Item. Weer ijdt sake, dat de schipper scholde Borge setten vor dat schippe, so weer de Reeder schuldiich Borgen te setten vor des schippers lijft. » In de eerste plaats is dit artikel waarschijnlijk eene interpolatie, als in de oudste uitgaven niet voorkomende (PARDESSUS I, p. 523. FÖHLS, p. 7), en ten andere is dit de zin: heeft de schipper zich borg gesteld dan moet de reeder voor die borgstelling hem schadeloos stellen. Verg. ook MARSHALL, p. 15 en 16.

Assurantie bleef dan aan zich zelve overgelaten; ruim twee eeuwen na hare geboorte dacht men eerst aan eene regeling. De vroegste wetten over dit onderwerp zijn die van Barcelona in het jaar 1435. (CAPMANX *codigo de costumbres maritimas* II. p. 69). Men had het wezen van verzekering vrij wel gevat; het werd voorgesteld niet als eene wijze van eigendoms-verkrijging, doch als een middel om zich voor schade te dekken. Door de bepaling echter, dat een gedeelte der goederen à decouvert moest blijven, dat is: voor rekening van den verzekerde, belemmerde men reeds deze overeenkomst in hare ontwikkeling, want het doel, waarom zij wordt gesloten, is om tegen betaling eener premie volstrekt geene schade te lijden. In 1458 werd de beslissing van alle mogelijke quaestien aan het zeegeregt aldaar opgedragen. Met deze ordonnantiën komen voor een goed gedeelte die van Burgos, van Bilbao en van Seville overeen. Zij getuigen allen van de bekrompenheid der begrippen van dien tijd door de beperkingen waaraan men vreemdelingen onderwierp (1).

Onder de verordeningen, welke een grooten invloed op het assurantie-contract hebben uitgeoefend, moet in de eerste plaats worden genoemd de *Ordonnantie op de Versekeringhe oft Assurantie van Koning PHILIPS van 1563*. Zij bestaat uit twintig artikelen, eensluitende met de reglementen der Antwerpsche beurs en verbiedt zich te verzekeren tegen de schelmerij van den schipper en scheepslieden, ook het vaar- of huurloon mogt niet verzekerd worden, en de goederen mogt men niet hooger aangeven dan voor 90 pct. der waarde, welke naar den inkoop prijs werd berekend. Deze en verdere beperkingen schijnen mij willekeurig toe en in strijd met de natuur van ons contract. Men vindt ze terug in de *Ordonnantie op*

(1) Te Venetie en te Genua, waar verzekering ook zeer in gebruik was, ademen de ordonnantiën eene hoogst fiscalen geest. PARDESSUS IV. p. 420.

het feit van de contracten van assurantie en verzekering in Nederland, hier door den Hertog van ALBA in 1570 afgekondigd (*Groot Placaatb.*, d. I, bladz. 828). (1)

In de wetten der Hanze-Steden van dien tijd, wordt met geen woord melding gemaakt van assurantie (2).

In de laatste helft der 16de eeuw verscheen tevens eene verzameling van toen geldende wetten onder den naam van *Guidon de la Mer* (3), waarschijnlijk te Rouaan. Ofschoon, volgens de getuigenis van CLEIRAC, die verzameling niet geheel zuiver tot ons is gekomen, zijn de voorschriften, welke zij bevatte over assurantie, bijna geheel in de *Ordonnance de la Marine* overgegaan, welke ongeveer honderd jaren later onder LODERWIJK XIV verscheen.

Deze ordonnantie, als zijnde de bron waaruit alle latere wetgevingen, de Engelsche welligt uitgezonderd welke meer eene eigene rigting volgde, geput hebben, is de overweging ten volle waardig. Voor het tegenwoordige zullen wij ons bepalen met het aangeven der hoofdafwijkingen van de natuur der overeenkomst van verzekering welke zich in haar voordoen.

VALIN (*L'Ordonnance de la Marine de 1681*, 2 vol. in 4°), die om dien arbeid door EMÉRIGON met CNAEUS FLAVIUS wordt vergeleken, is de eerste geweest, welke aantekeningen op deze ordonnantie maakte. Over het algemeen werd zij beschouwd als het meesterstuk

(1) *Etudes sur le contrat d'assurance* par M. JULES BERGSON (*Revue du droit Français et étranger* 1845).

(2) MARSHALL, p. 16. « Conditores juris maritimi hanseatici materiam associationis sicco plane pede praeterierunt. KURICKE, *diatribe de assureur*, p. 329.

(3) This tract le *Guidon* was republished by CLEIRAC, who pays a due compliment to its merits in his work upon the usages and customs of the sea: and although in its style and manner it certainly savours of the rust of antiquity, yet it contains the true principles of naval jurisprudence. » PARK, p. 35. Dit laatste betwijfel ik zeer.

van COLBERT (1). Vier en zeventig artikelen handelen over de assurantie. In art. 10 wordt verboden alle assurantie op het leven van personen. Dit verbod, overeenkomstig de *ordonnantie* van PHILIPS (art. 32), ware welligt verdedigbaar, zoo het zijn oorsprong vond in de vele misbruiken waartoe eene dergelijke verzekering aanleiding kon geven (2), doch men schermde met den Romeinschen regtsregel »*corpus liberum aestimationem non recipit*» en vergat, dat niet het leven, maar het op geld waardeerbaar belang bij dat leven het onderwerp der assurantie uitmaakte. Bij de artt. 18 en 19 werd als regel aangenomen, dat de geassureerden een tiende der risico moesten belooopen. Onnoodig is zuik eene beperking van het doel, dat men bij het aangaan van deze overeenkomst zich voorstelt. Art. 20 geeft vrijheid ook de premie te verzekeren; dit is wederom eene afwijking van de natuur van het contract. Immers de premie

(1) Zoo zegt PARK (p. 34) COLBERT completed all his services by the publication of that excellent body of sea laws, known by the name of the *Ordinances of LEWIS* the 14th, which comprehend every thing relating to naval or commercial jurisprudence; and of which the doctrine of insurances forms a considerable part.

(2) «Le rage de jouer surtout fit imaginer un genre d'opérations si détestable en lui-même, et si odieux dans ses conséquences qu'il fallut y mettre un terme. Le voici. On apprenait par la voix publique qu'un homme en renom était attaqué d'une sérieuse maladie, aussitôt on ouvrait des assurances sur sa vie, et les taux en variaient suivant les chances de convalescence du malade. On peut concevoir quel devait être l'effet produit sur un malade, dont le santé était compromise, quand il lisait dans le *Whitehall Evening Post*, que Lord *** devait être dans un extrême danger, car on n'avait pu trouver dans l'allée du change à assurer sa vie à plus de 90 0/0. La mode de ces nouvelles transactions prit un tel développement, que les principaux négociants de Londres déclarèrent qu'ils n'emploieraient; pas les courtiers qui prêteraient leur ministère à ces indignes et cruels jeux de bourse.»

La Bourse de Londres, par JOHN FRANCIS, traduit par M. N. LEFÈVRE DERUFLÉ. Paris 1854. p. 174 et 175.

moet in elk geval, hetzij er al of niet schade worde geleden, betaald worden en is dus niet aan gevaar onderhevig. Art. 24 bevat eene onbillijke bepaling ten voordeele der assuradeurs. Art. 25 treedt in eene feitelijke quaestie, welke het beter ware aan de stipulatiën van partijen over te laten. Art. 38 is overbodig; zonder gevaar, afhankelijk van een *onzekeer* voorval, is geene verzekering denkbaar. Art. 41 bevat eene strafbepaling ten voor- of nadeele van den verzekerde, geheel in strijd met het wezen der overeenkomst. Art. 64 bepaalt, dat de waarde der goederen zal bewezen worden naar de boeken of facturen volgens prijscourant van de plaats en den tijd, dat zij geladen zijn. Dit is eene volslagene miskenning van assurantie (1). Men moet rekenen de waarde die de goederen hebben ten tijde van de aankomst. Stellen wij een voorbeeld. Iemand koopt eenige balen katoen voor een bedrag van *f* 10,000. Voor expeditie kosten, assurantie-premie enz. betaalt hij *f* 1000. Zijne speculatie is gelukkig; bij behouden aankomst had hij die partij kunnen verkoopen voor *f* 12,000. Ten gevolge eener zeeramp ontstaat totaal verlies. Krachtens zijne overeenkomst bestaat voor den verzekerde geen gevaar meer. Met de oorzaak houdt het gevolg op; hij mag derhalve

(1) FREMERY, p. 283 cit.: «Evidemment quand, à l'occasion d'une expédition maritime, l'assureur dit à l'assuré: je prends à ma charge et pour mon compte, moyennant telle prime, et jusqu'à concurrence de telle somme, le risque des dommages qui peuvent survenir par événement de mer à l'objet que vous envoyez par tel navire à telle destination, le sens naturel des termes de cette convention et le but que les contractans se proposent, peut se traduire en ces mots: «Vous ne souffrirez aucun dommage provenant des risques dont je me charge; si effectivement un dommage survient, je pourvoirai par une indemnité, dans la proportion de la somme dont je cours le risque, à ce que vous soyez dans la même position que si le dommage ne fût pas arrivé. En un mot je vous garantis au lieu de destination la valeur nette de l'objet expédié.»

geen schade ondergaan. De schadeloosstelling is hier niet *f* 10,000 maar *f* 12,000. Dit volgt uit den aard der zaak, want gelijk de *Guidon de la Mer*, art. 1 luidt; » Assurance est un contract par lequel on promet indemnité des choses qui sont transportées d'un pays en autre, spécialement par la mer. »

Deze bepalingen worden bijna geheel teruggevonden in den *Code de Commerce* van NAPOLEON in 1808. Die Code, welke aan de meeste latere Europesche wetgevingen tot voorbeeld strekte, volgde de ordonnantie van LODEWIJK XIV slaafs na (1) en was, volgens de getuigenis van een bevoegd beoordeelaar (BENECKE, p. 8), bij de enkele afwijkingen niet altijd even gelukkig.

Bij de lezing der aangehaalde verordeningen zal men zien, dat het begrip van assurantie zich niet alleen bij zee-gevaar heeft bepaald, maar ook verder uitgebreid. Zulks kan niet missen, om dat elk belang, dat op geld waardeerbaar en aan gevaar onderhevig is, een voorwerp van verzekering kan zijn. Dit dient echter te worden opgemerkt, dat door het sluiten dezer overeenkomst nooit eene absolute zekerheid kan worden verkregen, al verzekert men ook in het oneindige zijne ver- en herverzekering.

Immers $\frac{1}{x} + \frac{1}{2x} + \frac{1}{yx}$ is nooit gelijk 1.

(1) « Rien n'obligeant, dans la rédaction du Code, de suivre pas à pas l'ordre des titres de l'Ordonnance, on ignore par quelle confusion d'idées la chaîne des dispositions générales y est interrompue pour intercaler entre les titres du fret, de l'avarie et du jet ceux de l'assurance et du prêt à la grosse, contrats relatifs sans doute avec expéditions maritimes, mais accessoires, et étrangers par eux-mêmes avec les règles qui régissent la navigation. L'assureur et le prêteur se trouvent à terre les cautions ou les subrogés de ceux qui ont leurs propriétés embarquées, et à ce titre les sinistres ou les avaries les intéressent aussi; mais qu'il y ait ou non des contrats à la grosse, ou des assurances, les lois sur les avaries, et les pertes en mer n'ont pas moins leur application. » VINCENTS, t. III, p. 198.

Themis, D. II, 1ste St. [1854].

Brand en levensverzekering-compagnien ontstonden in het begin der zeventiende eeuw. De geschiedenis leert (BECKMANN, p. 219), dat reeds in 1609 bij wijze van financiële operatie aan den Graaf ANTHON GUNTHER VAN OLDENBURG het voorstel werd gedaan om tegen 1 pCt. de huizen zijner onderdanen voor brandschade te verzekeren. In Engeland is onder de Koningin ANNA het eerst eene levensverzekering-compagnie, *Amicable Society*, opgericht (WESKETT, p. 103); in Londen ontstond in 1684 de *friendly Society Fire Office* (WESKETT, p. 114). In Italië en Spanje werden verzekeringen voor de solvabiliteit van een schuldenaar zeer gebruikelijk; het contract *del credere* is daarvan wederom eene uitbreiding.

De tegenwoordige Oostenrijksche, Pruisische, Spaansche, Nederlandsche en Wurtembergsche wetboeken bevatten voorschriften meer in het bijzonder op andere dan zeeverzekeringen betrekkelijk.

Deze vlugtige blik op vroegere wetgevingen schijnt mij voldoende tot toelichting der stelling, dat bij die regeling het assurantie-wezen niet heeft gewonnen. Het doel waarvan men uitging was goed. Gelijk, de *στυγαση ναυτιση* te Athene in gebruik, in het Romeinsche recht overgegaan, (de pecunia trajectitia of het foenus nauticum) het middel werd om zijn geld op hooger interest te plaatsen dan de wet toestond, vreesde men, vooral toen PAUS GREGORIUS IX, in 1237, zulks bij bodemerij had verboden, dat assurantie nu het middel zou worden om vrijelijk te kunnen wedden en spelen. Zoodanige weddenschappen, door de Italianen *scomesse* genoemd, hadden en hebben dan ook inderdaad veel plaats (1). Laat

(1) Het volgende strekke tot een staaltje: «Durant la guerre de sept ans, on accuse l'ambassadeur d'Espagne d'avoir pris une assurance de 30,000 liv. st. (750,000 fr.) sur Minorque, pendant qu'il avait dans sa poche les dépêches, qui lui annonçaient la prise de cette ville. *La Bourse de Londres*, p. 86.

den wetgever aan dergelijke handelingen gerustelijk alle rechtsgevolg ontzeggen; doch dit kan nimmer eene reden zijn, om de overeenkomst van verzekering aan banden en boeijen te leggen, want assurantie buiten of boven belang houdt op assurantie te zijn, maar is wedding-schap.

De wetten omtrent deze materie moeten in vele opzichten als niet geschreven worden beschouwd. Het zij men mag of niet, bijna in alle polissen wijkt men van hare bepalingen af. Die polissen bevatten even zoozeer afwijkingen van den aard van verzekering. De reden ligt voor de hand. Ten eerste de lust om te wedden en ten andere oefent de verzekeraar dat bedrijf niet uit louter philanthropie, maar om gewin. Het is een beroep waarvan niet alleen de assuradeur, maar ook beunhazen (1) en make-lars in assurantie moeten leven. Men zoekt de voor-deeligste voorwaarden, ziet eene hooge premie te bekomen en zoo weinig mogelijk voor schadeloosstelling te geven.

Het is mijn voornemen deze studie door anderen te laten volgen. Onder den titel: »de tegenwoordige stand van het zee-assurantie-regt»; denk ik spoedig in dit Tijdschrift eenige stukken te geven, bevattende eene vergelijking der onderscheidene Europesche wetgevingen betrekkelijk dit onderwerp. Tot uitgangspunt zal ik nemen ons Wetboek van Koophandel, in verband met de bestaande regterlijke gewijsden en arbitrale uitspraken, benevens de geschriften der juristen sedert 1838, zoowel omdat ik mij mag vleijen met de

(1) De benaming van *beunhaas*, zegt ISAAC LE LONG (*De Koophandel van Amsterdam*, d. I. p. 62), heeft zijnen oorsprong uit Duitschland ontleend en wel van het Snijders-gild; vermits de knechts, die men aannam meer als de keur toestond, doorgaans om uit het oog te zijn, geplaatst werden op zolder (*Bum*, *Buhn* of *Bodem* genaamd) om te werken en zij, door andere gilde-broeders ontdekt wordende, als *hazen* de vlugt namen.

Nederlandsche wet meer bekend te zijn (1), als omdat de verordeningen, te dier zake in ons vaderland bestaande, steeds hooge autoriteit hebben gehad in den vreemde (2) en nog hebben, gelijk onder anderen blijkt uit het Portugesche Wetboek van 18 Sept. 1839, waar vele hier geldende voorschriften letterlijk zijn overgenomen. Daarna volgt welligt eene proeve over eene algemeene wetgeving op zee-assurantie, tevens ten dien aanzien regelende de belangen en regten der onderdanen van neutrale en oorlogvoerende Staten.

(1) Zie mijne *Academische proeve: Aanteekeningen op den negenden titel van het eerste boek van 't Wetboek van Koophandel*, 1843, waarvan ik mij thans ook meermalen bediend heb. — Vergelijk alsmede eene korte beoordeeling van het verdienstelijk werk van Mr. M. MEES, *Proeve van verzekering op behouden varen*, 1854, geplaatst in den *Algemeenen Konst en Letterbode* van dat jaar. Mr. VAN HALL, *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, d. IV, p. 360, heeft zijn spijt betoond, dat ik mij eenige opmerkingen omtrent dit geschrift «hetgeen eene plaats toekomt in de bibliotheek van elk jurist» veroorloofde. Op het gebied der wetenschap is lief of leed van waarheid of onwaarheid afhankelijk. Onderzoek leidt tot kennis. Het zou mij aangenaam zijn, zoo de lezing van deze studie den geachten hoogleeraar het leed vergoedde, dat ik hem onwillekeurig heb aangedaan. Bij verdere behandeling zal ik gelegenheid hebben de vragen te beantwoorden, door dien ijverigen en kundigen regtsgeleerde ten fine van onderzoek mij aanbevolen.

(2) *Négoce d'Amsterdam*, p. 167. *De Koophandel van Amsterdam*, d. I, p. 39 en 40.

STRAFREGT. — *Iets over den diefstal*, door Mr. M.
M. VON BAUMHAUER.

(*Vervolg van Themis*, 2^e Verz. D. I, pag. 747).

In maleficiis voluntas spectatur non exitus is in het strafregt een hoogst belangrijke regtsregel, welke voor als nog meer in de wetenschappelijke werken der criminalisten dan op het praktisch gebied der wetgevers en regters zijne toepassing vindt. Een materialistisch beginsel bezielt geheel het Code Pénal, waarvan de strafbepalingen meest het kenmerk dragen van de zucht der ontwerpers om meer op den exitus dan op de voluntas te letten. Ik erken dat een onderzoek naar de oorzaken der misdrijven, naar de drijfveeren, die tot het plegen der wandaden en wetsovertredingen aanleiding geven, niet tot de gemakkelijke behoort.

Het vereischt de opteekening van eene lang reeks van feiten. De geregtelijke statistiek, niet slechts ten onzent maar in alle landen zonder onderscheid laat hieromtrent veel te wenschen over. Eene geregtelijke statistiek van de oorzaken der misdrijven behoort nog tot de vrome wenschen. En nogthans zou eene statistiek van dien aard zoowel uit de voorloopige informatien van den regter-commissaris als uit het onderzoek ter openbare terechtzitting kunnen geput worden.

De meeste der gepleegde misdrijven zijn het gevolg eener bepaalde oorzaak en het getal dergenen, welke uit eenen samenloop van verschillende oorzaken of drijfveeren ontstaan, maakt verreweg de minderheid uit.

Men dient zich thans te bepalen tot algemeene gevolgtrekkingen, waarbij men meer gevaar loopt zich te begeben op het gebied der gissingen dan de zekerheid heeft zijn gebouw op vaste grondslagen op te trekken. Zoo laat zich b. v. uit de toeneming der diefstallen in jaren

van duurte en schaarschte van levensmiddelen afleiden, dat die overmaat aan gebrek en armoede is toe te schrijven: zoo kan uit het groote verschil in het getal der gepleegde hout-diefstallen bij zachte en bij strenge winters de gevolgtrekking worden gemaakt, dat behoefte de oorzaak was dit verschil, uit de vermeerdering van diefstallen in dienstbaarheid de toeneming van zedenbederf en zucht tot weelde en pracht bij den dienstbaren stand worden afgeleid. Men begrijpt echter ligtelijk, dat die gevolgtrekkingen te algemeen en te onzeker zijn, om door den wetgever als leiddraad gebezigd te worden.

Omtrent den maatstaf bij het bestraffen van de verschillende soorten van diefstalleⁿ heeft steeds groot verschil bestaan tusschen de wetgevers. Wij kunnen dit verschil tot twee hoofdstelsels terug brengen: het bezwaren der straf naar de meerdere waarde van het ontstolene en het verzwaren der straf naar de grootte van het gevaar, hetwelk voor den bestolene of voor de maatschappij met het plegen van den diefstal gepaard gaat. Het eerste stelsel, is zoo als bekend is, in de meeste duitsehe strafwetgevingen in zwang; het laatste werd in den Code Pénal in den ruimsten zin des woords toegepast. Ik stel mij voor elk van beide stelsels afzonderlijk te beschouwen.

De bestraffing van den diefstal naar de waarde herinnert ons aan de poenae dupli et quadrupli der Romeinen; zij beschouwden het furtum als een delictum privatum. De bestolene had de *condictio rei furtivae*, de *vindicatio*, de *actio ad exhibendum* (1) en de *actio furti* vel in *duplum* vel in *quadruplum* (2). Allengs echter begonnen de romeinse wetgevers uitzonderingen op dit beginsel te maken en buitengewoon (*extra ordinem*) met openlijke straf te bestraffen; zoo als *ULPIANUS* leert,

(1) L. 1, 7, 8, 9, 13 D. de cond. furt. (XIII, 1).

(2) Ll. 9 tot 17, 50 et passim Dig. de furt. (XLVII, 2).

libro 38 ad edictum: «Meminisse oportebit *nunc furti plerumque criminaliter agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere*: non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coërcendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.» (1) Men ziet hieruit, dat de poenae dupli et quadrupli bij de Romeinen meer het karakter hadden van eene burgerlijke regtsvervolging of van eene schadevergoeding en dat de Romeinen zelve, toen met het toenemen der rijkdommen de prikkel tot stelen was toegenomen, van dit beginsel allengs zijn afgnweken en aan de straf tegen den diefstal een meer openlijk karakter hebben gegeven. Overigens werd bij de berekening der straf niet het *quod interest* of de waarde door den eigenaar aan het voorwerp gehecht, maar de wezenlijke waarde of de prijs der zaak tot maatstaf genomen en wel zoo dat, wanneer het voorwerp sedert den diefstal in waarde was afgenomen, naar de waarde op den oogenblik van het plegen van den diefstal, zoo het daarentegen sedert dien tijd in waarde was toegenomen, naar de vermeerderde waarde het gestolen voorwerp en het verdubbelen en het verviervoudigen berekend werd (2).

In de middeleeuwen waren het vooral de italiaansche regtsgeleerden die het romeinsche begrip van den diefstal voortplantten. BONIFACIUS (3) spreekt over den diefstal onder de *delicta privata*, terwijl aan dien met verzwarende omstandigheden de naam van *latrocinium* gegeven werd. Het is vooral in de keuren der Italiaansche steden, dat men de bepaling der straf naar de waarde van het gestolene, beneden en boven de vijf *solidi*, terugvindt, en dat de gevaarlijke dief onder

(1) L. 92 Dig. de furt.

(2) L. 50, Dig. de furt. l. 3, § 1 de cond. Verg. furt. l. 13 eod.

(3) De malificiis, p. 132, 132. Verg. GANDINUS, de mal ef. p. 71.

den naam van *latro* voorkomt (1). Uit CLARUS (2) blijkt echter dat ten zijnen tijde reeds die meening de overhand had, volgens welke de diefstal als openlijke misdaad gestraft werd.

Op de waarde van het gestolene werd eveneens gelet in *den Schwabenspiegel* (Hst. 116), en in *de Constitutio Frederici I* (II, Feud. 27, § 8). Hier dienden de vijf goudgulden (dukaten) tot maatstaf en werd zelfs bij de berekening gelet op den agio (3). Volgens *den Schwabenspiegel* (Hst. 174) werd enkel de waarde van het gestolene vergoed, wanneer de diefstal minder dan vijf schellingen bedroeg, terwijl bij grootere diefstallen de poena dupli te pas kwam.

Het is van algemeene bekendheid, dat de strafverordening van KAREL V, op het voetspoor van de Romeinsche onderscheiding in *furem manifestum* en *non manifestum* (4), bepaalt, dat de laatste (niet beschrien, berüchtigt oder betreten ehe er mit dem Diebstall inn sein gewarsam kompt), wanneer hij geen braak of inklimming heeft gepleegd en minder dan vijf gulden heeft gestolen, slechts verplicht is den bestolene het dubbele uit te betalen (den diebstall mit der zwispil zu bezalen) en zelfs, zoo hij niet meer bezit, met teruggave van de eenvoudige waarde volstaan kan (art. 157), terwijl daarentegen de eerste onder dezelfde omstandigheden als openlijke dief aan de kaak werd gesteld, met roeden geslagen en uit het land gebannen; ook in dit geval moest vooral den bestolenen het gestolene of de waarde, zoo althans de dief er toe in staat was, terug gegeven

(1) Statuta Vercelli, CXIII, Statuta Taurini et Casali (Monum. hist. patr. II, pag. 715 et 907.)

(2) Quaest. Lib. V. § furtum, n^o. 7.

(3) HEFFTER, Handb. d. Cr. R., bl. 407.

(4) LL. 2 et 3 Dig. de furt.

worden. Indien de dief een persoon was van dien stand, dat men op beterschap hopen mogt, kon de regter hem *burgerlijk* bestraffen door de betaling van het viervoud aan den bestolene hem als straf op te leggen (art. 158). Wanneer de diefstal vijf gulden en meer bedroeg, zonder dat verdere omstandigheden den diefstal verzwaaarden, mogt de straf zwaarder zijn en de regter zoowel op de waarde van het gestolene als op het openlijke van den diefstal (ob der Dieb darob berüchtigt oder betretten sei) letten. Voornoemde bepaling is vooral uit dien hoofde opmerkelijk, dewijl zij als het ware den overgang aantoonst van het vroeger begrip van straf als eene poena talionis of als schadebetering voor den beledigden of beschadigden tot het nieuwere denkbeeld van boetedoening voor de stoornis der openbare orde. De bepaling der straf van den diefstal naar de waarde vervalt dan ook volgens diezelfde verordening, zoodra de dief bij dag of bij nacht tevens inbreekt of inklint of den diefstal gewapend pleegt, dewijl hij dan *eijn geflissner gevechtlicher diebstall* pleegt en *eijne vergewaltigung und verletzung* te vreezen is, en zoodra de dief twee of meer diefstallen gepleegd heeft, in welk geval hij als *eijn merer verleumbter Dieb, eijnem vergewaltiger gleich* beschouwd werd (1).

Het zal dunkt mij uit deze beschouwing of dit overzicht gebleken zijn, dat de bepaling van den diefstal naar de waarde rust op het denkbeeld van eene schadevergoeding aan den bestolene, van eene burgerlijke vordering van den beroofden tegen hem, die hem het voorwerp ontvreemd heeft. Hieruit laat zich tevens afleiden, waarom de oude regtsgeleerden het ontvreemden, wanneer honger, koude of gemis van kleederen

(1) Men vergelijke hiermede de artt. 133 tot 139 C. C. Bamberg, en Braundenburg.

er de aanleiding van was, deels niet als diefstal (1), deels als versoeking beschouwden: «ut fur isto casu propter necessitatem excusetur, debet credere dominum rei furatae permissurum (2).» Het kanonieke regt ging zelf verder door als regel te stellen: «quod non licitum est in lege, necessitas facit licitum. Discipulos, cum per segetes transeundo vellerent et ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt (3).» Ook de verordening van KAREL V, art. 166, gaf in dit geval den regter de vrijheid niet te straffen: «So Iemandt durch recht Hungers Not, die Er sein Weib oder Kinder leiden, etwas von essenden Dingen zu stelen geursacht würde, wo dann der selb Diebstal nicht tapffer gross und kündtlich wer» (4). In het Pruisische landregt, art. 1115, kon bij diefstal uit hongersnood gratie verleend worden. Vermelding verdient ook de meening van DAMHOUDER (5): «Si necessitate famis, non vero animo fraudulentè lucrandi, furtum factum sit, excusari certe potest. Non enim factum quaeritur, sed causa faciendi, et necessitas sane non habet legem.» Ik geloof niettemin dat men zich beter zal kunnen vereenigen met het gevoelen van MATTHAEUS (6): «Ut crimen committi, etiam urgente penuria, fateamur; poenam tamen propter necessitatis vim delinquenti aut remittamus aut certe mitigemus (7).

(1) JOUSSE, Traité de justice crim. t. IV . p. 256, MUYART DE VOUGLANS, lois crim. , p. 279.

(2) FARINACIUS, quaes. 174, n^o 68. en 69. Verg. JULIUS CLARUS § furtum, no. 24. TIRAQUEAU, de poen. temp., caus. 33.

(3) Can. 26 de conserv., dist. 5.

(4) Verg. Art. 175 C. C. C.

(5) Cap. 110, n^o 33 p. 359.

(6) De Crim. tit. de furt. n^o 7.

(7) Zie over de al of niet toepasselijkheid van Art. 64 Code Pénal bij diefstal uit hongersnood C. G. VAILLANT, de libera voluntate ad delictum contrahendum necessaria, p. 153 vlg.

Aan de verordening van KAREL V ontleenden de nieuwere Deutsche wetgevingen de bepaling der straf van den diefstal naar de waarde. Doch, gelijk het begrip van het *furtum* bij de Romeinen zich onder den invloed van het burgerlijk of het privaats recht ontwikkelde, zoo ontleende in Duitschland de bepaling van den diefstal hare ontwikkeling aan het straf- of het publiek recht. Voor de Romeinen was hoofdzaak het nadeel den bestolene toegebracht (1), zij bepaalden daarom het *furtum* niet tot de zaak zelve, maar strekten het uit tot het gebruik en het bezit der zaak (2). Men hield op *fur* te zijn, zoodra men gehandeld had *ex voluntate domini* (3); men was *fur* van zijne eigene zaak, indien men een ander het bezit of gebruik van die zaak wederregtelijk had onttrokken (4). In het germaansche recht daarentegen wordt de schending van den openbaren vrede, van de openbare veiligheid (*Friedensbruch*, *Verletzung der Gewehre*) als hoofdzaak beschouwd (5). Het eigendomsrecht wordt openlijk in bescherming genomen. Uit deze zucht tot handhaving van den vrede spruit de bepaling voort, die men zoowel in de Bambergensis en Brandenburgensis als in

(1) *Invito domino*, l. 43, 46, § 7 et 8, l. 76 D. de furt., l. 225 D. de verb. sig. (L. 16), § 6 Inst. de obl. quae ex del. (IV, 1), l. 20 D. de cond. furt. (XIII, 1), contra domini voluntatem l. 20 Cod. de furt. (VI, 2), GAJUS, Comm. III, § 195.

(2) L. 1, § 3, l. 54, § 1 D. de furt. l. 3, § 18 et 19 D. de acq. vel amit. poss. (XLI, 2), l. 14 D. commod. (XIII, 6) § 16. Inst. de obl. quae ex del. (IV, 1).

(3) L. 46, § 7 et 8, l. 48, § 2 et 3 D. de furt., § 8 Inst. de obl. quae ex del.

(4) Cic. de off. III, 5, l. 5, § 1, l. 20, § 1, 53, § 4, l. 66 princ. D. de furt., § 10 et 14 Inst. de obl. quae ex del. (IV, 1), GAJ. III, § 200. Verg. HOLTJUS, Bijdr. tot Regtsg. en Wetg., d. VIII, 1834, n^o. 1, p. 34. BIRNBAUM, Arch. d. Cr. R., XIII, bl. 420 en N. F. 1843, bl. 18.

(5) FEDERBACH, Lehrb. d. Cr. R., § 314, Noot I en II, WILDA, Strafrecht der Germanen, bl. 360, 918.

de Carolina aantreft, dat de dief veel zwaarder bestraft werd, wanneer hij *betretten wurd oder geschreij oder naheijl machte* (1), dan wanneer hij onopgemerkt het gestolene in verzekerde bewaring gebragt had, en dat vooral gelet werd op het gevaar, hetwelk uit het pleegen van den diefstal kon voortspruiten (2).

De bestraffing van den diefstal naar de waarde was dus geen oorspronkelijk germaansch begrip, maar ontleend aan de latere beoefening van het romeinsche regt. Terwijl de waardering van het gestolene door de Romeinen uit een burgerlijk oogpunt beschouwd werd, namelijk als maatstaf voor de berekening der schadevergoeding aan den bestolene, kreeg die waardering allengs in het duitsche regt een openlijk karakter. Zij diende zoowel ter bepaling van den aard en de zwaarte der straf, als ter aanduiding van den regter of van het regterlijk collegie voor hetwelk de dief moest terecht staan. Men bekreunde zich niet meer om de denkbeeldige waarde, die het voorwerp had voor den bestolen eigenaar, maar vroeg naar den marktprijs van het voorwerp of van de waar op den oogenblik, waarop de diefstal gepleegd was. Wanneer nogtans de diefstal plaats greep met het bewustzijn van de hoogere waarde van het voorwerp voor den eigenaar, werd zulks bij de strafbepaling tevens in aanmerking genomen (3). Men vervalt hierdoor dikwijls in eene zeer casuïstische vraag, welke meermalen door duitsche criminalisten geopperd wordt: voor welke waarde was de dief voornemens te stelen? De duitsche criminalisten (4) vermeenen dan ook dat hij die voor meerdere of

(1) Art. 153 C. C. C.: «ist ein offner Diebstahl, und beschwerdt in die gemeld Aufrur und Berüchtigung die That also dass» enz.

(2) Art. 159 en 162 C. C. C.

(3) Strafwetboek van het Groothert. Hessen, A. 360.

(4) Zie FEUERBACH, t. a p., § 327, Not. 3.

mindere waarde steelt dan hij zich bepaald had voorgenomen, niet naar de wezenlijke waarde van het gestolene, maar naar zijn voornemen of de denkbeeldige waarde moet gestraft worden, quia in maleficiis voluntas spectatur, non exitus.

De meeste duitsche strafwetgevingen (1) beschouwd den diefstal beneden de vijf gulden waarde of beneden een bepaald bedrag als politie-overtreding; eene bepaling af te keuren wegens hare algemeenheid, dewijl men hierdoor dikwijls gevaar loopt, in strijd met het belang van de veiligheid der maatschappij, zware misdaden te bestraffen met eene straf die wegens hare ligtheid hare uitwerking mist en den bestraffer slechts uitlokt tot het plegen van nieuwe diefstallen. MITTERMAIER, in zijn bekend werk, *die Strafgesetzgebung in ihre Fortbildung* (2), keurt in het algemeen af dat daden, welke in eenen hooger grad als misdaden moeten beschouwd worden, in enkele gevallen onder de politie-overtredingen worden opgenomen. Zoodra het enkel van de qualificatie van het misdrijf afhangt of het onder het bereik valt van de politie of van den regter, heeft men ligt te vreezen, dat de eerste, die gewoonlijk het eerst met het gepleegde feit bekend wordt, de daad beschouwt in haren meest eenvoudigen vorm, spoedig bestraft en niet ontdekt de bijkomende omstandigheden, welke vóór den regter de straf zouden verzwaren. Zoo werd dikwijls in Duitschland de gevaarlijke dief door de politie bestraft met eene straf, die hare uitwerking heeft gemist en slechts gediend heeft om de met hem in hetzelfde politie-

(1) Oostenrijksch Wetboek van 1803, d. II, art. 210; pruss. Landr. § 1121—1124, Verord. van 1799, § 2; beijersch Wetboek van 1813 (afgeschaft door de Novelle van 25 Maart 1816); saks. Strafwetboek, art. 57; meeklenburgsche wet van 4 Januarij 1839, art. 5; hannov. Strafwetboek van 1840, beneden eenen Thaler.

(2) D. I., bl. 240 volg.

lokaal opgesloten gevangenen tot slechtheid op te leiden. Daarentegen, zegt MITTERMAIER, brengt dit bestraffen van den diefstal als politie-overtreding het zedelijk gevoel van het volk op het dwaalspoor, dewijl het geen besef heeft van het verschil in zedelijk kwaad tusschen den diefstal van vijf gulden of iets minder en dien van vijf gulden of iets meer.

Meer en meer komt men dan ook in Duitschland van het denkbeeld terug om diefstallen beneden de waarde van vijf gulden, welke blijkens de statistische tabellen verreweg het grootste gedeelte uitmaken, als politie-overtreding te beschouwen, zooals onder anderen blijkt uit de motieven tot de beijersche ontwerpen van strafregt. Men verlieze echter niet geheel uit het oog, dat het in kort geding behandelen van kleine diefstallen, vooral wanneer de dief op heeter daad betrapt is en noch over het gepleegde feit, noch over de omstandigheden, waaronder het gepleegd werd, eenig verschil van gevoelens bestaat, veel voor heeft, dewijl men, bij den tragen gang van het voorloopig onderzoek bij de regterlijke kollegien, gebonden aan eene reeks van wettelijke vormen, daardoor voorkomt eenen armen drommel, tot groot nadeel van zijn gezin, soms weken lang voorloopig in hechtenis te laten, om later tegen hem eene straf uit te spreken, die op eene gevangenisstraf van korten duur uitloopt. Het is dus uit dien hoofde, dat ik de bepaling van art. 10 der wet van den 29sten Junij 1854, houdende uitbreiding van de regtsmagt der kantonregters in strafzaken (*Sibl.* n^o. 103) toejuich en gewenscht had, dat die regtsmagt nog verder had kunnen worden uitgebreid.

De beijersche, wurtembergsche, saksische, groothertogelijk hessische, brunswijksche, hannoversche, badische en thuringsche strafwetboeken laten geheel van de waarde afhangen of een diefstal als politieovertreding, wanbedrijf of misdaad moet bestraft worden. In het nieuw

Oostenrijksche strafwetboek van 27 Mei 1852, §§ 174, 176 is het groote bedrag van den diefstal meest enkel eene verzwarende omstandigheid. Diefstallen beneden de waarde van 25 gulden zijn volgens dat wetboek wanbedrijven (Vergehen), welke met een arrest van ééne week tot zes maanden bestraft worden (art. 160), diefstallen van hout in niet bewaakte bosschen, van vruchten en akkerbouwgereedschappen op het veld, van dienstboden in dienstbaarheid worden misdaden (Verbrechen), wanneer de waarde meer dan vijf gulden bedraagt.

Ter verdediging van dit stelsel pleegt men aan te voeren, dat bij den diefstal, als vergrijp tegen het eigendom, het nadeel den eigenaar berokkend vooral dient in aanmerking te komen, dat het stelen van groote sommen of van voorwerpen van groote waarde *stoutmoedigheid*, het stelen van voorwerpen van geringe waarde *ligtzinnigheid* verraad; dat de waarde als zinnelijk teeken en als het meest vatbaar voor splitsing eene verdeling der gepleegde feiten naar trappen of graden ter berekening der straf gemakkelijk maakt. Hiertegenover staan echter de volgende bedenkingen. De dief weet meestal niet hoeveel hij steelt of zal stelen; het toeval doet hem een kostbaar, het toeval een min kostbaar voorwerp ontmoeten. De graad van vermetelheid, bij het plegen van eenen diefstal laat zich minder naar de waarde dan wel naar de grootte, de plaatsing of ligging van het voorwerp afmeten. Een klein kostbaar voorwerp wordt met veel minder moeite gestolen en in verzekerde bewaring gebracht dan een groot en omslagtig, hoewel van geringe waarde. Ook de waardering heeft groote moeilijkheden, wanneer geen geld of geldswaarde maar een ander voorwerp gestolen heeft. Dient dan de waarde, die het voorwerp heeft voor den dief of de prijs, dien de eigenaar er aanhecht (*pretium affectionis*), in aanmerking te komen? Hoe te handelen in dien de dief een pronk-

kastje, een sieraad, door het aftrekken van gouden versiersels of van één of meer edelgesteenten onherstelbaar beschadigt? Zullen in dit geval twee waarderingen, die van de waarde van het gestolene en die van het bedrag der toegebragte schade, bij de berekening van de zwaarte der straf in aanmerking dienen te komen (1)? Zou het stelsel om eenen diefstal ligt te bestraffen, enkel dewijl de vermetele dief zich telkens bepaalt tot het ontvreemden van voorwerpen van geringe waarde, niet het getal herhalingen zeer doen toenemen?

De berekening der straf van den diefstal naar de waarde van het gestolene, zooals zij in de Duitsche wetgevingen wordt toegepast, geeft derhalve aanleiding tot tallooze moeilijkheden en mag een hoogst gebrekkig en eenzijdig stelsel genoemd worden. Ik geloof echter dat de Fransche wetgever te ver ging, door, met uitzondering van het bepaalde in art. 463 Code Pénal, geen acht te slaan op de waarde van het ontvreemde. Men vergete niet, dat diefstal is een misdrijf tegen of eene aanranding van den eigendom, en dat, hoewel de Staat bestraft als verdediger der openbare veiligheid, er tevens nadeel geleden wordt door den eigenaar van het ontvreemde voorwerp, welk nadeel stijgt of daalt naarmate van de waarde van dit voorwerp. De mogelijkheid van het lijden van het grootere nadeel moet door den wetgever zoo veel mogelijk worden vermeden of voorkomen. De wetgever voldoet aan die behoefte, wanneer hij diefstallen van groote, zwaarder bestraft dan die van geringe waarde. Ik zou derhalve van meening zijn, dat het stelen van voorwerpen van hooge waarde als verzwarende omstandigheid in een strafwetboek zou moeten opgenomen en tot verhooging der straf aanleiding zou moeten geven. Het ware raadzaam het voorschrift

(1) Het badische Wetb. § 380, rekent de toegebragte schade er bij, het groot-hert. hessische, § 360 beschouwt ze als verzwarende der straf.

in algemeene bewoordingen te stellen en veel aan het oordeel of het gezond verstand des regters over te laten.

Wij stappen af van de waardij en wenden ons tot de overige omstandigheden, welke met het plegen van eenen diefstal kunnen gepaard gaan. Als algemeene opmerking laat ik voorafgaan, dat bij geen misdrijf meer dan bij den diefstal de zekerheid, niet slechts van gestraft, maar die van op heeter daad gestraft te worden, een middel is om van het plegen van diefstallen af te schrikken.

Eene tweede opmerking geldt de wijze van opsluiting der dieven. Dit het statistisch onderzoek in het vorige opstel is gebleken, dat de zucht tot vereeniging bij het plegen van een misdrijf het grootst is bij de dieven en vooral bij die van jeugdigen leeftijd. De ondervinding leert, dat de plannen tot de grootste en gevaarlijkste diefstallen in onze ellendige gevangnissen gesmeed worden, dat het woordenboek der dieventaal in die gevangnissen werd zamengesteld en als volledig geheel tot rijpheid is gekomen. Groot is derhalve het nadeel door zamenzijn en zamenspraak in de gevangenis, kweek- en oefenschool van het oneerlijk beroep, aan de maatschappij berokkend. Tegenover de verderfelijke zucht tot vereeniging stelle de wetgever de afzondering. Voor geene soort van misdadigers is de afzonderlijke opsluiting eene meer passende en tevens meer gevoelige straf dan voor de dieven. Hun element is de maatschappij en het verkeer met hunne beroepsgenooten. Eerst dan kan men hoop koesteren dat zij tot inkeer zullen komen, wanneer hun de middelen of de aanleiding geheel worden afgesneden. Dieven behooren daarenboven voor verreweg het grootste gedeelte tot de lagere klasse der maatschappij. Hoewel het niet aan doorslepen dieven ontbreekt, staan zij toch meest op eenen lagen trap van verstandelijke ontwikkeling. In eenzaamheid verkeerende, geven hunne weinig of niet ontwikkelde vermogens hun geen voedsel

om den ledigen tijd zonder arbeid aan te vullen. De verveling, uit die ledigheid ontstaande, doet hun spoedig de behoefte gevoelen om den ledigen tijd door het verrigten van werk te korten en aan te vullen. Die behoefte wordt eerst gevoeld in afzondering; zij wordt niet gevoeld zoolang de dief zich omringd ziet van zijne makkers of beroepsgenooten, die elk op zijne beurt door zijne vindingrijkheid den geest afleiden en ook zonder lichamelijke bezigheid weten bezig te houden. Het den dief gewennen aan geregeld werk is reeds de eerste stap tot verbetering. Men zal niet kunnen ontkennen, dat de meeste diefstallen voortspruiten, hetzij uit gebrek aan werk, hetzij uit lusteloosheid, hetzij uit ongeschiktheid tot werken. Men deinst terug voor het denkbeeld van eene afzonderlijke opsluiting bij misdadigers die naar de tegenwoordige strafbepalingen tot tuchthuisstraf van vijftien tot twintig jaren worden veroordeeld. Van waar die huivering? — Zij spruit enkel voort uit gemis van besef van het groot verschil in innerlijke kracht (intensiviteit) tusschen beide soorten van straffen. Er bestaat groot verschil van gevoelen tusschen hen, die het gevangeniswezen tot voorwerp hunner studiën gemaakt hebben, over de wijze waarop de jaren in onze tegenwoordige gevangnissen door misdadigers door te brengen in jaren in afzonderlijke opsluiting moeten worden teruggebracht. De intensiviteit der straf staat bij de gemeenschappelijke opsluiting in afklimmende of neêrdalende, bij de afzonderlijke daarentegen in opklimmende of stijgende verhouding tot het getal jaren, gedurende welke men opgesloten wordt. Hieruit volgt dat, wanneer men b. v. bepaalt dat één jaar in afzondering gelijk staat met twee jaren in gezelschap met andere gevangenen doorgebracht, twee jaren in afzondering den misdadiger veel zwaarder zullen treffen dan vier jaren in gezelschap met anderen, doordien die

twee jaren de innerlijke of intensieve kracht bezitten van minstens zes jaren in gemeenschap. Naar dien maatstaf zouden drie jaren in afzondering in intensiviteit gelijk staan met negen, vier met zestien, vijf met twintig jaren opsluiting in gemeenschap. Welk eene winst voor de maatschappij, die daardoor vier, zes, twaalf, vijftien jaren vroeger weêr in het bezit kan worden gesteld van werkzame handen! Welk eene besparing van kosten op het jaarlijksche budget van het gevangeniswezen! Niet de duur, maar de innerlijke kracht der straf schrikt af van het op nieuw plegen van misdrijven, en verlost de maatschappij van een betrekkelijk groot aantal recidivisten. Niet het zamenzijn met zijne beroepsgenooten gedurende eene lange reeks van jaren, maar de afscheiding van dit verderfelijik gezelschap en het zich gewennen aan een geregeld en werkzaam leven, zal in den dief de zucht tot lediggang en tot ontvreemding van vreemd eigendom helpen matigen en uitdooven.

Mijne derde opmerking geldt de gebrekkige hedendaagsche wetgeving. Op de banier der nijverheid staat in onze dagen te lezen, vrijheid en onbepaalde mededinging. De wetgever, aan exceptien gewoon, voegt er echter bij, met uitzondering voor den ontslagenen; vooral niet, wanneer hij eens in een tucht- of rasphuis werd opgesloten. De correctionele mag er zoo zoo door; op den criminelen drukt de ontzetting van regten, welke hem, als zijn booze geest, tot aan zijnen dood toe volgt en hem belet ongedeerd een beroep uit te oefenen. De afzonderlijke opsluiting onderscheidt de misdadigers enkel naar den duur der straf of naar den straftijd. Onderscheid tusschen huis van correctie en tuchthuis, tusschen correctionele en criminele, al of niet oteerende straffen houdt op met de toepassing der afzonderlijke opsluiting. Zij vereischt, dat met het doorstaan der straf hare

werking, hare gevolgen ophouden en dat de ontslagene gelouterd of als een nieuw mensch in de maatschappij terugkeere.

Het Code Pénal ontleent de verzwarende omstandigheden bij den diefstal, zoowel uit de onzedelijkheid der daad of de verdorvenheid van den dader, in verband met het door hem, wegens zijn beroep, zijne betrekking of zijne verhouding tot den bestolene misbruikt verplicht vertrouwen, als uit den tijd waarop, de plaats waar, de omstandigheden waaronder, de hulpmiddelen waarmede de diefstal gepleegd wordt.

Men is verplicht een groot vertrouwen te stellen in de personen opgesomd in art. 386 3^o. en 4^o. Code Pénal. Het is de vraag, of die bepaling volledig is en of er niet meer personen bestaan, in welke men in sommige gevallen hetzelfde onbepaalde vertrouwen verplicht is te stellen, vooral wegens den dagelijkschen huisselijken omgang. Dat de Romeinen de slaven en vrijgelatenen wegens diefstal jegens hunnen heer niet bestraffen, hangt met het romeinse begrip der slavernij zamen. De slaaf maakte als zaak een deel uit van den eigendom of van het vermogen van zijnen heer, waarover deze eene vrije onbepaalde beschikking had. Als zoodanig kwam niet aan de maatschappij, maar aan den heer het regt van straoefening toe over den slaaf, die misdaan of zich vergrepen had. In de middeleeuwen werd diefstal of huisselijke diefstal als hooge graad van verdorvenheid en als verraad beschouwd en als zoodanig met den dood gestraft (1). Zoo zegt JULIUS CLARUS (2): «Tales fures

(1) Eene straf reeds in energische bewoordingen afgekeurd door ANT. MATTHAEUS, de crim., de furtis § 2: «Tunc hominem, eodem tecto atque cibo utentem, a foco tuo tanquam ab ara abstractum, crudelissime furcae poenae objicere non durum existimas? Qui paullo ante divinum humanumque jus tecum cernebat, cum tu nunc cernas pensilem, vulturum atque corvorum praedam?»

(2) § furtum, n^o. 22.

debent furcis suspendi tanquam grassatores seu famosi fures,» terwijl in de verordening van den franschen Koning LOUWIS IX (1) het volgende wordt gelezen: «Hors quand il *emble* à son seigneur et il est à son pain et son vin et il est *pendable*, car c'est *matière de trahison*,» Ik moet doen opmerken, dat het fransche wetboek van 1791 (2) de verzwareing van straf wegens in huis gepleegden diefstal, bestaande in acht jaren ijzers, op meer personen toepast dan het Code Pénal; het spreekt van: «*personne habitante ou commensale de la même maison ou reçue habituellement dans la dite maison pour y faire un service ou travail salarié ou qui y soit admise à titre d'hospitalité.*» De wet van 25 Frimaire, jaar 8, art. 2, beperkte de verzwareing van straf tot de dienstboden (*domestiques à gages*), terwijl het de overige personen slechts tot gevangenisstraf van één tot vier jaren veroordeelde. Het Code Pénal laveert, wat de uitbreiding van toepasselijkheid der zwaardere straf betreft, tusschen deze twee stelsels. De reden der zwaardere straf ligt in de verplichting tot het schenken van een bijzonder vertrouwen aan personen, met welke men verplicht is eenen dagelijkschen, huisselijken omgang te hebben. Die personen geven door het plegen van den diefstal of de schending van het in hen gestelde vertrouwen blijken van grooter verdorvenheid dan de gewone dief; zij kunnen tevens met meer gemak, zonder die zwaarigheden welke de gewone dief ontmoet, en wegens het gestelde vertrouwen meer ongemerkt den diefstal plegen, van waar de wetgever hun de lust tot het plegen dier diefstallen

(1) Etabl. de Saint Louis, Liv. I, ch. 30. Eveneens déclaration du 4 mars 1724: «*Le vol domestique sera puni de mort.*» Verg. VOET, ad Pand. tit. de furt. § 19: «*Domestica furta — per famulos aliosve mercenarios — si majoris momenti sint.*»

(2) Tit. 2, sect. 2, art. 13.

moet benemen door het opleggen van zware straffen. Dit verplicht bijzonder vertrouwen, die huisselijke omgang strekt zich echter verder uit dan tot de personen, opgesomd in de beide laatste alinea's van art. 386 C. P. Zoo is b. v. beslist, dat een boodschappenlooper, bepaald aan het huis verbonden, in de termen valt van art. 386 C. P., niet echter degene die zonder gevoed te zijn tegen een maandgeld boodschappen doet (1). Men beschouwde het laatste als ééne handeling van zijn beroep of zijne middelen van bestaan. Men zeide de laatste heeft, behalve die dienst, andere middelen van bestaan en kan dus niet als loonbediende beschouwd worden. Ik geloof dat echter in beide gevallen de boodschappenlooper als *individu travaillant habituellement dans l'habitation, où il aura volé* moet worden aangezien, en dat de verplichting tot meer bijzonder vertrouwen op beiden evenzeer toepasselijk is.

Men weet dat in Frankrijk het Hof van cassatie aan de woorden *homme de service à gages* eene groote uitbreiding had gegeven door ze op secretarissen, klerken en handelsreizigers toe te passen (2) en dat, doordien de wetgever begreep dat die uitbreiding streed met de meer bepaalde beteekenis die het dagelijksch gebruik aan die woorden hechtte. zulks bij de wet van 28 April 1832 aanleiding heeft gegeven, om in art. 408, 2^o. bij misbruik van vertrouwen van die personen (*élève, clerc, commis, compagnon ou apprenti*) eene bepaalde melding te maken. Ik acht het wenschelijk eene dergelijke uitdrukkelijke uitbreiding aan art. 386 3^o. te geven, dewijl ook hier in dezelfde mate aanwezig is het kenmerkend karakter der verzwaring van straf, schending van verplicht bijzonder vertrouwen. De Nederlandsche wetgever heeft vermeend aan die soort van diefstallen, welke *meer*

(1) Fransch hof van cass. 29 Nov. 1811, hof van Metz, 29 Mei 1811.

(2) Arresten 9 Sept. 1825, 15 Dec. 1826, 28 Sept. 1827, 14 Febr. 1828, 27 Maart, 17 Julij 1829, 7 Jan., 15 April 1830.

dan één vijfde der met verzwarende omstandigheden gepleegde diefstallen uitmaken en betrekkelijk het minst tot vrijspraak aanleiding geven (1), hun verzwarend karakter te moeten ontnemen, door in art. 14 6° der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n°. 102) te bepalen, dat zij met gevangenisstraf van twee tot vijf jaren zullen gestraft worden. Ik voeg er slechts de vraag bij: »quid, si majoris momenti sunt?»

De woorden *aubergiste*, *hôtelier* in art. 386 4° hebben aanleiding tot de meest uiteenlopende uitlegging gegeven. Het fransche Hof van cassatie heeft steeds begrepen, dat die woorden in eenen algemeenen of uitgebreiden zin moesten worden opgevat en dat hiertoe behoorden tappers, gaarkeuken- en koffijhuishouders, verhuurders van gestoffeerde kamers. Wenschelijk is het voorzeker, dat op alle voornoemde personen, waarbij men badstoofhouders, opzieners in gast- of godshuizen, zoetelaars, suiker- en banketbakkers zou kunnen voegen, de zwaardere straf van art. 386 werd toegepast. Het zijn allen personen, waarin men bij inwoning of het gebruik maken van het doel hunner inrigting verpligt is een bijzonder vertrouwen te stellen. Ik geloof echter met CHAUVEAU en HÉLIE, dat men door art. 386 4° op al die personen toe te passen aan de beteekenis der woorden *aubergiste*, *hôtelier* eene ongeoorloofde, met het spraakgebruik strijdige, uitbreiding heeft gegeven. Men vergeete niet dat strafwetten strikt moeten worden opgevat. Vooral acht ik het wenschelijk, dat de slaapsteêhouders en kamerverhuurders bij name naast de herbergiers en logementhouders vermeld worden. De verhouding van eenen slaapsteêhouder of kamerverhuurder, vooral wanneer hij gestoffeerde kamers verhuurt, tot den huurder is dezelfde als die van den

(1) *Themis*, Tweede verz. D. I, n°. 4, bl. 758 en 761.

(2) Arresten 4 April, 27 Junij 1811, 14 Febr. 1812, 1, 16, 19 April, 28 Mei 1830.

herbergier tot de reizigers, die bij hem hunnen intrek nemen. Men stelle zich slechts voor de mogelijkheid, dat de kamerverhuurder dubbele sleutels van zijne meubelen bezit, de mogelijkheid van ziekte van den huurder, van verpligte, eensklaps opkomende tijdelijke afwezigheid, zonder dat hem de tijd wordt gegund orde op zijne zaken te stellen. Is hij in die gevallen niet verplicht een bijzonder, een onbeperkt vertrouwen op den verhuurder te stellen? Verzwaart het ontvreemden onder die omstandigheden door den verhuurder de daad niet evenzeer, als wanneer de herbergier de reizigers bestelt, die bij hem intrek nemen? Dit verplicht bijzonder vertrouwen bestaat niet of althans niet in dezelfde mate bij den herbergier en den verhuurder tegenover den reiziger of den huurder. Ik beschouw derhalve als doelmatig de wijziging door de Fransche wet van 28 April en de Belgische van 22 Februarij 1832 aangebragt, volgens welke, met uitzondering van de herbergiers en hunne zaakwaarnemers, de overige personen zullen beschouwd worden eenen eenvoudigen diefstal krachtens art. 401 C. P. gepleegd hebben. Dit voorbeeld vond navolging bij den Nederlandschen wetgever, die bij art. 147° der wet van 29 Junij 1854 bepaalde, dat de personen in herbergen opgenomen slechts met twee tot vijf jaren gevangenisstraf zullen gestraft worden.

Ter loops zij opgemerkt dat het woord *huis* (*maison*) te beperkt is, vooral in ons land wegens het niet onaanzienlijk getal bewoonde schepen (1). Welligt ware de algemeene benaming *woning* verkieslijk, daar, behalve

(1) Het getal bewoonde schepen bedroeg tijdens de volkstelling 3945, waarvan 1109 alleen in de provincie Friesland. Bij de omschrijving der betekenis van de woorden *maison habitée* in art. 390 C. P. schijnt aan bewoonde schepen niet gedacht te zijn. Ik erken nogtans, dat de regtspleging steeds de bewoonde schepen beschouwd heeft als vallende in de omschrijving van genoemd artikel.

bewoonde schepen, ook bewoonde kramen, tenten, hutten, keten en kelders worden aangetroffen. Voorts is de uitdrukking *schipper* (bâtelier) te beperkt, daar hieronder slechts vrachtschippers op binnenwateren en rivieren verstaan worden. De fransche wet van 10 April 1825, Art. 15, maakte teregt de bepaling van art. 386 4° toepasselijk op diefstal gepleegd aan boord van zeeschepen door kapiteins, patronen, superkargas, scheepsvolk en passagiers. Men diende er bij te voegen, stoom- en andere schepen bestemd tot het vervoer van reizigers en goederen. Ook het woord *voerman* (voiturier) zou meerdere uitbreiding kunnen verkrijgen door de toevoeging van *spoorwegbeambten en met de dienst aan de spoorwegen belaste personen*. Ter vermijding van alle moeilijkheden, ware welligt eene algemeene uitdrukking verkieslijk, b.v. alle met het vervoer van reizigers en goederen te water en te lande belaste en over dit vervoer gestelde personen. Ik geef aan die algemeene uitdrukking de voorkeur, dewijl men dikwijls ten platte land, bij gemis van lieden die van het vervoer van goederen hun bepaald werk maken, verplicht is aan landbouwers die taak op te dragen, wier ontvreemding dan, niettegenstaande de verpligting tot bijzonder vertrouwen, als eenvoudige diefstal beschouwd wordt.

De bepaling der nacht heeft tot verschillende stelsels aanleiding gegeven, zoodat het raadzaam is op het voetspoor van het ontwerp van 1847 den nachttijd of de uren der nacht overeenkomstig het jaargetijde in het wetboek zelve te bepalen. Er is wel eens beweerd, dat de qualificatie van nacht moest vervallen, indien iemand steelt in eenen verlichten winkel of in een vertrek, waarin men zich bevindt met voorkennis van den bewoner. Met die bewering kan ik mij geenszins vereenigen en wel om de volgende reden. Het is niet de meerdere of mindere duisternis, die den nachttijd tot verzwarende omstandigheid bij het plegen van den diefstal maakt, maar zoowel de

grootere vrees voor gevaar, waaraan de bestolene bij nachttijd is blootgesteld en de daarmede in verband staande grooter stoutmoedigheid en mogelijkheid tot overwigt in krachten van den dief, doordien de bestolene minder in staat is dadelijk vreemde hulp in te roepen, als het grooter gemak voor den dief, geholpen door de duisternis en de eenzaamheid der nacht, om te ontsnappen. Ware het gebrek aan licht enkel de oorzaak der verzwaring van straf, zou men met evenveel grond kunnen beweren, dat maanlicht en goede verlichte straten het verzwarend beginsel van den nachttijd moeten doen vervallen. Dat de fransche wetgeving het aldus begrepen heeft, blijkt hieruit dat het aanzijn der nacht zonder bijkomende omstandigheid nergens in het Code Pénal den diefstal verzwart. De nacht verzwart daarentegen den diefstal wegens de bijkomende omstandigheid van bewoond huis (art. 386 1°), van werkdadig aandeel van meer dan één persoon (art. 386 1°), wegens het bijkomen van deze laatste omstandigheid en het bezit van openlijke of verborgen wapens (art. 385), van werkdadig aandeel van meer dan één persoon, het bezit van openbare en verborgen wapens, het behulp van buitenbraak, inklimming of valsche sleutels en van geweldoefening of bedreiging met gebruik der wapens, hetzij slechts twee (art. 382), hetzij alle vier omstandigheden (art. 381) het plegen van den nachtelijken diefstal vergezellen.

De plaats, waar de diefstal gepleegd wordt, heeft invloed op de zwaarte der straf. De voorwerpen op het land of op het veld geplaatst zijn aan de *openbare trouw* overgeleverd. In de ondoenlijkheid om een gestadig toezigt over die voorwerpen te houden en het vereischte van openbaar vertrouwen ligt het kenmerk der verzwaring van straf. Omtrent de al of niet toepasselijkheid eener zwaardere straf op die soort van diefstallen heeft veel weifeling bestaan in Frankrijk. Terwijl het oude Fransche regt met galeijen (1),

(1) Jousse, traité de just. crim. liv. IV, p. 238.

het wetboek van 1791 (1) met vier jaren detentie bestrafte, was de straf hoogst ligt in art. 11 van de wet van 25 Frimaire jaar 8, en bepaalde zich tot eene gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar bij dag, en van zes maanden tot twee jaren bij nacht. Het ontoereikende dier straf bleek spoedig uit de groote vermeerdering van die soort van diefstallen, van waar de wetgever in het Code Pénal tot het stelsel van het wetboek van 1791 terug keerde door in art. 388 crimineel of met reclusie te bestraffen. De vele vrijspraken der jury deden op nieuw van stelsel veranderen, zoodat men in art. 2 der wet van 25 Junij 1824 tot de correctionnelle straf terugkeerde en slechts in art. 10 de criminele straf behield wgens bijkomende verzwarende omstandigheden, zooals b. v. in het geval van art 389, wanneer wegneming en verplaatsing van palen of staketsels tot afscheiding der eigendommen heeft plaats gehad. Dit stelsel werd overgenomen, zoowel in de Belgische wet van 29 Februarij als in de Fransche van 28 April 1832. Ik aarzel niet die verandering eene volslagen miskenning te noemen van het beginsel, hetwelk de zwaardere straf op die soort van diefstallen wettigt; het nemen in bijzondere bescherming van voorwerpen die men verpligt is *openlijk* toe te vertrouwen of aan de *openbare* trouw over te laten. Art. 388 nam niet in die bijzondere bescherming voorwerpen aan den grond vastgehecht of wortelvast, maar het geogste gedurende den oogsttijd, het vee, de landbouw-gereedschappen op de akkers en weilanden, de houtstapels bij verkoopingén, de steenhoopen in groeven, de visschen in vijvers, vischkommen of vischwaters; alle voorwerpen met den grond niet of niet meer verbonden, panden aan de bescherming door de openbare trouw overgeleverd. De hooffredren van dien misstap moet hierin gezocht worden, dat de Fransche wetgever zijn stelsel op de meerdere of mindere

(1) Tit. 2, p. sect. 2, art. 27.

waarde der voorwerpen geen acht te slaan hardnekkig is getrouw gebleven en bij de wijziging enkel ontvreemding van voorwerpen van geringe waarde op het land voor oogen heeft gehad. Zulks blijkt vooral uit de volgende woorden van den grootzegelbewaarder bij de beraadslagingen over de wet van 28 April 1832: »L'atténuation de la peine est motivée par la modicité du prix des objets qui se trouvent enlevés dans les campagnes.» Hieruit verklaart zich, waarom het voorstel van een der afgevaardigden, om althans bij diefstal van paarden en lastdieren de zwaardere straf te behouden (1), geenen ingang vond. Het rationele stelsel is, om in alle diefstallen van dien aard het verzwarend karakter te erkennen, maar tevens in de geringe waarde der ontvreemde voorwerpen eene verzachtende omstandigheid te zien, die dit verzwarend karakter niet wegneemt, maar met betrekking tot de strafbepaling er tegen opweegt. Het gezond verstand van den eenvoudigen burgerman leert hem, dat de diefstal van een paard of van een stuk vee niet gelijk staat met dien van een paar koppen aardappelen of van eenen hoop koolstronken (2). In zooverre verdient goedkeuring art. 16 der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* no. 102), dat het de toepassing van art. 401 niet uitstrekt tot diefstallen van paarden, vee- en lastdieren.

(1) De meeste veediefstallen werden oudtijds met den dood bestraft. In het spaansche regt, wanneer vijf paarden, runderen of muilezels (GOMESIUS, dec. c. 5, n^o. 14), het friesche, wanneer één paard (VAN SANDE, B.V. tit. 9, § 9), de utrechtsehe ordonnantie van 1598, § 13, wanneer één schaap of varken was gestolen. Zelfs werd in Engeland de doodstraf op den paarden-diefstal eerst in deze eeuw afgeschaft.

(2) De Romeinen bestraffen als *abigeatus* slechts het stelen van groot vee, van klein vee enkel wanneer het ten getale van vijf of tien werd gestolen, terwijl dan nog eigenlijk *abigeci* slechts waren, die welke *abigendi studium quasi artem exercent*, geenszins bij die *hovem aberrantem vel equos in solitudine relictos abduxerit*. l. § 1, D. de *abigeis* (XLVII, 14). Verg. l. 1, § 2, l. 3 eod. tit.

Wij verlaten het eenzame en aan de hoede der openbare trouw overgelaten veld en keeren naar de woningen terug, waar diefstallen met buitenbraak, inklimming of valsche sleutels gepleegd worden. De omstandigheid, dat de huizing bewoond wordt of tot woning bestemd is, verzwaaert evenals de nachttijd de straf op den diefstal niet, tenzij eene tweede of meerdere omstandigheden er bijkomen; zoo in art. 386 1°. wegens den nachttijd, in art. 386 2°. en 3°. wegens het persoonlijke karakter of de vertrouwelijke betrekking van den dief, in de artt. 381 en 382 wegens buitenbraak, inklimming of valsche sleutels. De hoedanigheid van bewoond huis is dus geene verzwarende omstandigheid, maar slechts de plaats, waaraan bijkomende toestanden of handelingen, welke dienen hetzij om het opzigt door de huisbewoners moeilijk of ondoenlijk te maken, hetzij om hunne persoonlijke veiligheid in gevaar te brengen, hun verzwarend karakter ontleenen; zulks is zelfs slechts ten deele het geval met buitenbraak, inklimming of het gebruik maken van valsche sleutels, zooals blijkt uit art. 384. De omstandigheid daarentegen, dat de plaats, waar de diefstal gepleegd wordt, is *een openbare weg* (art. 383), die ontleend uit de gebezigde hulpmiddelen, als valsche sleutels (artt. 381 4° en 384), bijstand van één of meer personen (artt. 381 2°, 385 2°), het aanroemen van het karakter van openbaar burgerlijk of militair ambtenaar, het bedriegelijk voorgeven van eenen last door het openbaar gezag (art. 381 4°), het gebruik maken van geweldoefening of bedreiging met gebruik van wapenen (art. 381 5°, 382 al. 2, 385), het dragen van zichtbare of verborgen wapens (artt. 381 3°, 385 3°, 386 2°) zijn op zich zelve en uit haren aard verzwarend. De reden dier verzwareing ligt zoowel in de grootte van het gevaar voor het leven en de gezondheid der personen als in het vooruitzigt op eene belangrijke ontvreemding en het ver-

metel en verdorven karakter van den dader of de daders. Zou het zich zwart of onkenbaar maken, waaruit het vermoeden ontstaat dat de dief op het uiterste is voorbereid en hetwelk door het aanjagen van schrik aan den bestolene, vooral bij een plotseling ontwaken gedurende den nacht, ernstige gevolgen voor de gezondheid kan hebben, terwijl het den dief de gelegenheid tot ontsnappen gemakkelijk maakt, niet onder de verzwarende omstandigheden dienen te worden opgenomen?

Men leest in het fransche wetboek van 1791, art. 21: *Tout vol commis dans les coches, messageries et autres voitures publiques, par les personnes qui y occupent une place, sera puni de quatre années de détention.* » De wet van 25 Frimaire jaar 8, art. 8 beschouwde die diefstallen als wanbedrijven en bestrafte ze met gevangenisstraf van één jaar. In het Code Pénal wordt van die soort van diefstallen geene melding meer gemaakt; zij behooren dus tot de vols non spécifiés in art. 401. Mij dunkt dat ook hier, evenals bij diefstallen op akkers en weilanden en op openbare wegen gepleegd, de plaats, waar het openbare middelen van invoer geldt, tot verzwareing van strafaanleiding zou moeten geven. De reiziger of de persoon, die zich met behulp van die middelen verplaatst, heeft zich tijdelijk aan de openbare trouw overgeleverd. Men zal mij tegenwerpen, dat men onder de hoede geplaatst is van den voerman, den schipper, den scheepskapitein, den conducteur of den opzichter. Dit is slechts gedeeltelijk waar, vooral indien men in aanmerking neemt de dagelijks zich meer uitbreidende nieuwe middelen van vervoer, ik bedoel de stoomschepen en spoorwagens, waar het soms zeer moeilijk is de dadelijke hulp van den opzichter of conducteur in te roepen. Overigens is hier het verzwarend karakter van misbruik van openbare trouw in volle mate aanwezig en doet het er weinig toe of het inroepen van hulp al dan niet voor de hand ligt.

Verdiene de plaatsen voor openbare bijeenkomsten bestemd geene bijzondere bescherming, welk ook moge zijn het doel der bijeenkomst? Het fransche wetboek van 1791 (tit. 2, Sect. 2, Art. 15 al. 2) bestrafte de diefstallen in schouwburgzalen, winkels, openbare gebouwen met vier jaren ijzers en zag derhalve in die soort van diefstallen eene verzwarende omstandigheid geringer nogtans dan die welke uit het karakter der personen, dienstbode, herbergier enz., voortvloeide, daar deze diefstallen met acht jaren ijzers bestraft werden (Art. 13 en 15 al. 1). Het Wetboek van 1810 beschouwde de diefstallen in openbare gebouwen tijdens de bijeenkomsten gepleegd slechts als eenvoudige diefstallen, vallende in de termen van art. 401. Het Fransche Hof van cassatie vond goed door eene zeer gewrongen uitlegging kerken als maisons habitées ou servant à l'habitation te beschouwen (1). Bij welke uitlegging het met de hoven steeds in meening verschilde. De wet van 25 April 1825 rangschikte de kerken onder de bewoonde huizen, welk stelsel weêr bij de wet van 11 October 1830 verlaten werd. Bij de herziening van de Code Pénal, wet 28 April 1832, wist de kamer der pairs te bewerken, dat de diefstallen gepleegd in gebouwen gewijd aan eerediensten, wettig in Frankrijk erkend, als gepleegd in bewoonde huizen beschouwd werden. Ik geloof inderdaad dat zoowel het karakter der plaats, de bijeenkomst moge zijn van godsdienstige, verstandelijke of staatkundige strekking of slechts een zinstreelend genot ten doel hebben, als de meerdere gemakkelijkheid tot het ongemerkt plegen van den diefstal en de afgetrokken toestand der personen of toehoorders, die de mate van goed vertrouwen doet toenemen, aan het plegen van diefstallen onder die omstandigheden een meer boosaardig karakter geeft en eene zwaardere

(1) Arresten 23 Augustus en 29 December 1821.

bestrafing wettigt. Die verzwaring zou niet dienen te worden toegepast op alle diefstallen in kerken en openbare gebouwen gepleegd zonder onderscheid van tijd; maar enkel op die in voornoemde gebouwen gepleegd tijdens de bijeenkomsten.

Het is van algemeene bekendheid dat de diefstallen op openbare wegen hun verzwarend karakter ontleenen van de plaats, waar zij gepleegd worden en aan de behoefte aan veiligheid voor reizigers. Men kent de zware straffen bij de Romeinen tegen de *grassatores*, *aggressores* seu *insidiatores viarum* (1). De onveiligheid der wegen in de middeleeuwen maakten de zware straffen op die diefstallen noodzakelijk. Het fransehe wetboek van 1791 (2) bestrafte den diefstal op den openbaren weg slechts dan zwaarder wanneer hij met openbare geweldoefening en geweld tegen personen gepaard ging. De straf was in dat geval veertien jaren ijzers, welke met vier jaren verhoogd worden wegens de bijkomende omstandigheden van nachttijd, het werkdadig aandeel van meerdere personen en het gebruik maken van wapens. Het ontwerp voor het wetboek van 1810 behelsde oorspronkelijk geene bepaling over den diefstal op openbare wegen. Het is eerst later dat de staatsraad, door de commissie van het wetgevend ligchaam opmerkzaam gemaakt, art. 383 inlaschte. De zware straf, eeuwigdurende dwangarbeid, zag op het plegen van geweld, zoo gevaarlijk voor veiligheid der personen; men vergat echter die verzwarende omstandigheid, die men als onafscheidelijk van het plegen van diefstallen op openbare wegen schijnt beschouwd te hebben, in het artikel op te nemen. Het fransehe hof van cassatie poogde eerst dit artikel niet van toepassing te verklaren, wanneer

(1) D. II, tit. 2, sect. 2, artt. 1, 2, 4, 5.

(2) L. 28, § 10 D. de poen. (XLVIII, 19).

noch geweldoefening noch bedreiging had plaats gehad (1), doch overtuigde zich later van het onhoudbare van dit stelsel (2). Dit gaf aanleiding tot wijziging van het artikel bij de wet van 25 Junij 1824, art. 7, waarbij de straf werd teruggebracht tot tijdelijken dwangarbeid en tot reclusie, wanneer de diefstal was gepleegd zonder bedreiging, zichtbare of verborgen wapens, geweld of eene der verzwarende omstandigheden vermeld in art. 384. Van die verzachtende bepaling werden echter in art. 12 uitgesloten bedelaars, vagabonden en recidivisten. De wet van 28 April 1832 bepaalde, dat de diefstal op den openbaren weg zou bestraft worden met levenslangen dwangarbeid, gepaard met twee, niet tijdelijken dwangarbeid met ééne der verzwarende omstandigheden vermeld in art. 381. In de overige gevallen zou hij bestraft worden met reclusie. De nederlandsche wetgever bepaalde te regt bij de wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102) art. 14 3^o, dat diefstal op den openbaren weg, zonder geweld of bedreiging, met eene gevangenisstraf van twee tot vijf jaren zou gestraft worden. Hij is echter ten halven wege staan gebleven door niet in aanmerking te nemen dat er meer trappen bestaan, die de straf bij diefstallen van dien aard verligten of verzwaren. Er bestaat, ook zonder geweld of bedreiging, groot verschil tusschen het plegen dier diefstallen bij dag of bij nacht. Het is onbillijk alle gevallen, waarin geweld gepleegd wordt of zelfs enkel bedreiging voorhanden is, gelijk te stellen en niet de straf te matigen of te verhoogen, naarmate één of meer verzwarende omstandigheden met het geweld of de bedreiging gepaard gaan. Men zal mij tegenwerpen, dat art. 9, die Holloway-pil tegen alle ge-

(1) Arresten 25 April 1816 en 22 Mei 1817.

(2) Arrest 23 Junij 1818.

(3) Bij nacht is in dit geval art. 386 1^o, gewijzigd door art. 14 5^o der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102), toepasselijk.

Themis, D. 11, 1ste St. [1854].

breken in ons strafregt, maakt alles goed. Ik acht dit art. 9 een hoogst ondoelmatig hulpmiddel, hetwelk naar het goedvinden of persoonlijk gevoelen des regters elke strafbepaling kan wegcijferen en slechts eene hoogst ongelijkmatige regtspleging en bestraffing ten gevolge zal hebben. Men verbetert eene wetgeving niet door eene algemeen in het blinde ter neêrgeschreven bepaling, maar door eene doelmatige en beredeneerde strafbepaling op elk misdrijf, met inachtneming van bijkomende verzachtende en verzwarende omstandigheden.

Het werkdadig aandeel (1) van twee of meer personen bij het volvoeren van een misdrijf verzwart de daad, dewijl die vereeniging boos opzet en zamenspanning veronderstelt, de middelen ter bereiking van het misdadig oogmerk doet toenemen, waardoor de uitvoering gemakkelijk wordt gemaakt, terwijl zij tevens het vermoeden doet ontstaan, dat de daders tot gewelddoefening of tot het bezigen der uiterste middelen zijn voorbereid. De vereeniging van personen tot eenen diefstal verzwart echter, volgens den Code Pénal, de straf alleen in die gevallen, wanneer zij gepaard gaat met andere verzwarende omstandigheden (2). De diefstal blijft eenvoudig, volgens art. 401 C. P., hetzij hij al dan niet in vereeniging gepleegd zij. Uit de statistische nasporingen in het vorige opstel (3) is gebleken, dat de vereeniging van meerdere personen veelvuldig plaats heeft bij het plegen van diefstallen met verzwarende omstandigheden, het meest bij diefstallen bij nacht en in bewoonde huizingen, en bij die gepleegd door jeugdige misdadigers. Het ware welligt wenschelijk de vereeniging of de medewerking op zich zelve reeds als verzwarende omstandigheid te beschouwen.

(1) De *medewerking* geenszins de *medepligtigheid a commis par. v*

(2) Artt. 381, 382, 385, 386 C. P.

(3) Tweede verz. D. I, n^o. 4, Bl. 759.

Het romeinsche regt maakte bij het plegen van eenen diefstal met braak onderscheid, of hij bij dag of bij nacht gepleegd was (1). Hij werd het zwaarst gestraft gepleegd in vereeniging van meerdere personen en met gebruik van wapens (2). Men beschouwde in de middeleeuwen de diefstallen met braak gepleegd als de gevaarlijkste soort van diefstallen, zoo wegens de moeilijkheid om er zich tegen te beveiligen als dewijl de openbare rust gestoord en den ingezetenen het veilig genot der haardstede ontnomen werd (3). Men ging hierbij tevens van het denkbeeld uit dat, al bezigde de dief ook niet dadelijk geweld, in de meeste gevallen toch hiervoor groote vrees bestond. Het Code Pénal, hetwelk in de artt. 393 tot en met 396 eene uitvoerige beschrijving geeft van de beteekenis van braak, beschouwt niet den braak op zich zelve als verzwarende omstandigheid, maar enkel wanneer hij gepleegd wordt op of aan een huis, eene besloten plaats of perk (art. 384). Hij maakt als buitenbraak eene der vijf omstandigheden uit, welke vereenigd op den diefstal, de doodstraf, later veranderd in eeuwigdurenden dwangarbeid, doen toepassen. Hetzelfde geldt van de inklimming. Hoofdzaak is de kennis der plaats, waar gebroken wordt (evenals bij inklimming die van de plaats der inklimming en het oogmerk binnen te komen, artt. 397, 381 4º, 384), daar art. 393 de gebouwen en besloten plaatsen, waaraan buitenbraak gepleegd kan worden, bepaaldelijk opgeeft en het volgende artikel de voorwerpen opsomt, waarop of waaraan binnenbraak kan plaats hebben. Hierbij dient opgemerkt te worden, dat van binnenbraak geene sprake kan zijn, tenzij de dief vooraf

(1) L. 2 D. de effract. (XLVIII. 18).

(2) L. 11 D. ad leg. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6). Verg. l. 7 D. de extraord. crim. (XLVII. 11).

(3) FARINACIUS, de furt. qu. 66, MATTHAEUS, de crim. c. 3 de furt. nº 8. JOUSSE, tr. de just. crim. D. IV. bl. 218.

binnen het huis of de besloten plaats zij gekomen, onverschillig of de braak op de plaats zelve of eerst na wegvoering van het voorwerp hebbe plaats gehad; zooals ook het wettelijk karakter van inklimming vervalt, zoodra men zonder inklimming in het gebouw of de besloten plaats is gekomen (1). De wet van 29 Junij 1854, Art. 14 4^o, heeft te regt de straf verligt, wanneer de diefstal met inklimming (2) of valsche sleutels gepleegd is op plaatsen, die niet als bewoonde huizen worden aangemerkt of daarmede gelijk gesteld. Hier houdt het gevaar op voor leven of gezondheid van personen. Doch er bestaat ten aanzien van de opklimming der straffen nog veel gebrekkigs in het Fransche strafwetboek. De artt. 381 en 382 bepalen enkel de straf met vier of twee bijkomende verzwarende omstandigheden. Men mist eene voorziening in het geval, dat slechts ééne bijkomende omstandigheid, hetzij nacht, hetzij dragen van wapens, hetzij geweld, hetzij werkdadig aandeel van twee of meer personen, het plegen van die diefstallen verzwaart.

Onder de den diefstal verzwarende hulpmiddelen rangschikt het fransche wetboek het gebruik maken van valsche sleutels, nader omschreven in art. 398, welke den diefstal enkel dan verzwaren, wanneer zij gediend hebben, hetzij om binnen het huis of de besloten plaats te komen, hetzij ter opening van het afgeslotene. In het bezigen van valsche sleutels ligt het vermoeden opgesloten, dat de dief lang heeft nagedacht, daar hij vooraf de hulpmiddelen of het hulpmiddel heeft moeten ver-

(1) Duidelijker zijn de bewoordingen van het wetboek van 25 Sept. 1791, D. II, tit. 2, sect. 2, Art. 11: « escaladant des toits, murailles ou toutes autres clôtures *extérieures*. »

(2) Die bepaling zal ook wel toepasselijk zijn op inkomen door eene opening van onder den grond, art. 397 2^o C. P. Eene uitdrukkelijke vermelding ware verkieslijk te achten.

vaardigen of zich heeft moeten aanschaffen om den diefstal te plegen. Men kan derhalve het opensluiten door den dief met den waren, door hem gevonden en door den eigenaar verloren, sleutel geenzins met het fransche Hof van Cassatie (1) begripen in de omschrijving van art. 398, en als de straf op den diefstal verzwarend hulpmiddel beschouwen. Het verlies van den sleutel staat gelijk met het openlaten der deur of van elk voorwerp, bestemd om door sluiting het ontvreemden zonder braak of middelen van geweld te voorkomen. Daarom heeft ook de fransche wetgever niet slechts *het gebruik maken*, maar ook het voorbereidend middel tot den diefstal, *het namaken* of het aan de oorspronkelijke bestemming onttrekken van sleutels, vermcend te moeten bestraffen (art. 399).

Het bezit van wapens, openlijk of verborgen, is op zich zelf en uit zijnen aard eene den diefstal verzwarende omstandigheid, zoo als blijkt uit art. 386 2°. Het verhoogt tevens de straf, wanneer het met andere omstandigheden gepaard gaat (artt. 385, 382 en 381). De reden der verzwareing is niet verre te zoeken. Het bezit van wapens toont aan, dat de dader het voornemen heeft om, zoo noodig, geweld te bezigen, of althans door het inboezemen van vrees de volvoering zijner daad gemakkelijk te maken.

Gewelddoefening, waarmede het afdwingen door overmagt, geweld of dwang van stukken, die eene verbintenis, beschikking of kwijting van schuld behelzen, wordt gelijk gesteld (art. 400), is bij diefstallen de meest verzwarende omstandigheid, dewijl met de aanranding van de eigendommen tevens die der personen gepaard gaat. Alleen het bijkomen van die verzwarende omstandigheid maakt volgens het fransche strafwetboek den

(1) Arresten 16 Dec. 1825 en 19 Mei 1836.

diefstal niet slechts tot misdaad, maar verhoogt zelfs de straf tot tijdelijken dwangarbeid, wanneer zij *geene* (art. 385), tot eeuwigdurenden, wanneer zij *wel* verwonding of kneuzing (art. 382, al. 2) heeft achtergelaten. Hoewel die aanmerking minder toepasselijk is op ons vaderland, dewijl zoowel reclusie als tijdelijke en eeuwigdurende dwangarbeid door de algemeene benaming van tuchthuisstraf, wier duur zich van vijf tot twintig jaren uitstrekt, is vervangen, zoo moet ik toch opmerken, dat het wenschelijk ware geweest, dat men zich bepaald had tot reclusie in die gevallen, waar het gepleegd geweld geen letsel of kneuzing heeft nagelaten, en een onderscheid had gemaakt tusschen ligte en zware verwondingen. Men zou daardoor in Frankrijk de tegenstrijdigheden hebben ontweken, waarin men bij de herziening in 1832 is vervallen, door namelijk den diefstal met gewelddoefening, die verwondingen of kneuzingen heeft achtergelaten, even zwaar als den diefstal met vijf verzwarende omstandigheden en den diefstal met gewelddoefening, zonder nagelaten sporen, even zwaar als dien gepaard met twee verzwarende omstandigheden te straffen.— Zou de vrees om de trapsgewijze volgorde der straffen, naar mate van het aantal verzwarende omstandigheden, te verstoren, den nederlandschen wetgever bewogen hebben tot het behoud der doodstraf bij den diefstal met vijf verzwarende omstandigheden? Ecne straf, die, naar het bijna eenparig gevoelen der criminalisten, althans bij die misdaden dient te worden afgeschaft, welke geene menschenlevens gekost hebben. Zulks geldt te meer in het geval van art. 381, daar niet slechts het plegen van geweld, maar tevens de bedreiging met gebruik der wapens onder de vijf verzwarende omstandigheden is opgenomen. Men behoeft dus niet eens verwond of gekneusd te hebben, om volgens ons strafregt met den dood bestraft te worden. De schuldigen, wetende dat

bij ontdekking en het voorhanden zijn der wettige bewijsmiddelen hun de doodstraf te wachten staat, zullen er zelfs belang bij hebben den lastigen getuige hunner daad van kant te helpen.

Ik merkte ter loops op dat het afdwingen van stukken van waarde door middel van overmagt, geweld of dwang door den franschen wetgever als gelijk staande met den diefstal met geweldoefening beschouwd wordt, hieruit volgt, dat het ontnemen van die stukken zonder het bezigen van voornoemde hulpmiddelen, een geval dat hoogst zeldzaam voorkomt, als eenvoudige diefstal zal moeten worden aangezien, overeenkomstig art. 401 C. P., zooals dan ook door het Fransche Hof van cassatie werd begrepen (1).

Uit dit overzicht van de den diefstal verzwarende omstandigheden zal gebleken zijn, dat het verzwarende karakter van die omstandigheden zeer uiteenloopt. Het meest verzwarende zijn die, welke gepaard gaan met eene aanranding, eene bedreiging met of een voornemen tot aanranding van personen. Ik rangschik hieronder de geweldoefening zelve, het bedreigen daarmede, het gebruik maken van wapens. Ik noem in de tweede plaats die omstandigheden, welke, uit de gebezigde hulpmiddelen, de plaats waar, den tijd waarop zij gepleegd worden, al is er geene sprake van geweld of bedreiging, gevaar doen vreezen voor de veiligheid der personen, als: het werkdadig aandeel van meer personen, braak, inklimming, het gebruik van valsche sleutels in bewoonde huizen, het stelen op de openbare wegen, het stelen bij nachttijd, zoowel in bewoonde huizen ais op openbare wegen, het zich zwart maken en vermommen bij diefstallen in bewoonde huizen gedurende den nacht; terwijl die omstandigheden, welke aan het misbruikt openbaar of bijzonder vertrouwen, degroote waarde van het ont-

(1) Arresten 3 April 1830, 7 Oct. 1831.

vreemde haar verzwarend karakter ontleenen, wat de zwaarte der straf betreft, de derde plaats bekleeden. Bij de bepaling der straffen dient niet enkel op het getal bijkomende omstandigheden, maar tevens op het verzwarend karakter van elke omstandigheid gelet en naar die mate de straf verhoogd te worden. Tegenover eene reeks van omstandigheden, die een gepleegd misdrijf verzwaren, staat eene gelijke reeks, die de straf verligt en evenmin uit het oog mag worden verloren. Ik rangschik hieronder b. v. den jeugdigen ouderdom, de gebrekkige verstandelijke ontwikkeling van den dader, de verleiding, waaraan hij is blootgesteld, de dwangmiddelen, gebezigd om hem tot de daad te nopen, de geringe waarde van het ontvreemde. Bij elke strafbepaling dienen tegen de verzwarende, de verliggende omstandigheden, zoo zij aanwezig zijn, op te wegen. Het is dierhalve raadzaam den regter de handen niet te zeer te binden en de ruimte tusschen den kortsten en den langsten duur eener straf niet te streng te beperken. Uit ons vorig opstel is gebleken, dat bij geene misdaad meer op verzachtende omstandigheden door den regter werd gelet dan bij den diefstal, daar gedurende zes jaren, 1846—1852, bij 72 op de 100 wegens diefstal veroordeelden art. 209 Weth. van Strafvordering werd toegepast. Hieruit volgt, dat in ruim zeven tienden der gevallen de strafbepalingen van het Code Pénal den regter te streng zijn voorgekomen.

Men weet dat de gebrekkige bepaling van art. 401, onder welke alle diefstallen komen te vallen, welke geene bijzondere vermelding in het strafwethoek waardig zijn gekeurd, werd aangevuld door het algemeen voorschrift van art. 463. De toepassing van het algemeen voorschrift is bij onze regtbanken regel, die van het ter toepassing bestemde art. 401 uitzondering geworden. Het eerste werd immers in de drie jaren 1850—1853 in 71,5, het laatste in 28,5 van de 100 gevallen in toepassing gebracht.

Hieruit zal wel moeten worden afgeleid, dat het minimum der straf of één jaar gevangenis te hoog is bij *meer dan zeven tiende* der eenvoudige diefstallen, en dat het hoogst wenschelijk is dat, na naauwkeurig onderzoek, op die diefstallen eene bepaalde lagere straf gesteld werd. De nederlandsche wetgever deed eenen eersten stap in art. 18 der wet van 29 Junij 1854. Het ware te wenschen, dat hij door meerderen werd gevolgd (1).

Nog blijft mij over te spreken over het zich toeigenen van gevonden zaken, in de duitsche strafwetboeken en handboeken over het strafregt onder den naam van *Fund-diebstal* bekend. Men weet dat die toeigening in het ontwerp van 1847, B. II, Hst. 19, art. 32, als een delictum sui generis beschouwd en met eene gevangenis van minstens één maand gestraft werd. Men dient hier, dunkt mij, te onderscheiden tusschen drie omstandigheden, waaronder de vonst heeft plaats gehad.

1^o. De vinder heeft bij het in bezit nemen van het gevonden dadelijk het voornemen opgevat het voorwerp te behouden. In dit geval besliste het romeinsche regt dat er diefstal aanwezig was: «*qui alienum quid jacens, lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur.*» (2) Met dit gevoelen vereenigden zich zoowel de middeneeuwsche schrijvers (3) als de fransche regtspleging (4). De Romeinen maakten

(1) Volgens de verordening (Rescript) van 30 Junij 1830 werden in Pruisen de kleinere diefstallen als politiezaken beschouwd en bestraft met acht dagen tot vier weken gevangenis. Een enkel regter, zonder medewerking van den griffier, moest oordeelen over die misdrijven. De klaagde kon volstaan met eenen lasthebber of schriftelijke verdediging te zenden. Beëdiging der getuigen was geen vereischte. Er werden tevens weinig wettelijke vormen in acht genomen.

(2) L. 43. § 4. D. de furt.

(3) FARINACIUS, de furt. qu. 163, n^o. 63.

(4) Hof van Cassatie 5 Junij 1817, 4 April 1823, 22 Sept. 1830, 9

geen onderscheid of men den eigenaar al of niet kende: « nihil enim ad furtum minuendum facit, quod ejus sit ignoret.» Men zal met mij moeten erkennen, dat, al heeft men in beide gevallen zich een vreemd voorwerp wederregtelijk toegeeigend, er uit een zedelijk oogpunt een hemelsbreed onderscheid bestaat tusschen hem, die met voorbedachten rade steelt, en hem, die een toevallig gevonden voorwerp zich toeigent, al kent hij ook den eigenaar. De eerste kan vergeleken worden met den *moedwilligen*, de laatste met den *onwilligen* verwonder bij de misdrijven tegen de personen. Vooral is zulks het geval, wanneer men den eigenaar niet kent en dus eigenlijk slechts wegens niet-aangifte aan de politie zou kunnen gestraft worden.

2°. De vinder heeft het voorwerp tot zich genomen, zonder het voornemen het zich toe te eigenen. Dit voornemen ontstond echter later bij hem en openbaarde zich door zijne weigering het voorwerp den eigenaar terug te geven. In de middeleeuwen beschouwde men in dit geval den vinder eveneens als dief, zooals onder anderen blijkt uit de kostuimen van Bretagne (1): « Si aucun trouve argent ou autre chose à autrui appartenant, et il entend ou sçait qu'on le demande, et puis il le cele et retient, justice le doit punir comme larron.» Nogtans kan dit geval volgens het Code Pénal niet als diefstal beschouwd worden, daar art. 379 vereischt eene arglistige ontvreemding; hier echter het zich toeeigenen zonder arglist of bedrog heeft plaats gehad en eerst toen men reeds bezitter was, de gedachte tot bedrog en het arglistig

Aug. 1833, 22 Mei 1846. MORIN, Répert. du Dr. Cr. II., p. 843. Journal du Dr. Cr. 1847, p. 122.

(1) Art. 584 oud, 651 nieuw. Verg. D'ARGENTÆ op art. 584 en een vooral op art. 58, waaruit blijkt dat die bepaling costumier was in Frankrijk. De gevonden zaak werd door het gerecht bewaard gedurende veertig dagen. Zie MATTHÆUS, de Crim. C. I. de furt. § 10.

behouden van het voorwerp is opgekomen. Ik geloof dat in beide gevallen, die meestal zeer moeilijk zijn te onderkennen, tenzij het voornemen van den vinder uit bijkomende omstandigheden kan worden opgemaakt, eene bijzondere strafbepaling op het behouden van het gevonden voorwerp wenschelijk zou zijn. De wetgever zou zich kunnen bepalen tot een maximum van straf en het minimum den regter overlaten.

3^o. Het derde geval doet zich voor, wanneer de vinder den eigenaar niet kent, en zich bereid verklaart bij de eerste oproeping of bekendmaking het voorwerp terug te geven. Hier vervalt elke gedachte aan straf. Welligt ware het wenschelijk de verplichting op te leggen van elke vonst aangifte te doen bij de politie.

Ik acht het niet onraadzaam het verschil van wetgeving op dit punt, misschien minder algemeen bekend, kortelijk na te gaan. Het zich wederregtelijk toeigenen wordt als *diefstal* beschouwd in de volgende wetboeken: in het parmasche art. 446, bijaldien de vinder niet binnen drie dagen na de vonst aangifte doet bij den burgemeester. Hiervan zijn uitgezonderd voorwerpen beneden de twintig lires, (omstreeks zeven ned. guldens), in welk geval de dubbele waarde betaald wordt; het toskaansche art. 431, edoch met vermindering der straf, bij niet-aangifte aan het gerecht binnen de twee dagen; het beijersche van 1813, § 212 en oldenburgsche § 217, bij niet-aangifte binnen acht dagen (1). Als *verduistering* (Unterschlagung): het beijersche ontwerp van 1822, het saksisch wetboek art. 241 en het thuringsche art. 235, welke beiden de helft der straf van den diefstal opleggen en de straf voorts afhankelijk maken van de waarde, beneden en boven eenen thaler; het wurtembergsche art. 384, de toeigening,

(1) Afgekeurd door MITTERMAIER, Die Strafes in ihre Fortb., D. II, bl. 44.

wanneer het gevondene meer dan vijf gulden waard is, terwijl het politiewetboek in art. 58 met eene politiestraf bedreigt bij niet-aangifte of niet-teruggave binnen veertien dagen; het badische art. 407, waar de straffen bepaald zijn naar de waarde, vijf en twintig gulden meer of minder, drie honderd gulden meer of minder; het groot-hertogelijk hessische art. 381; het hannoversche art. 305 enkel straf bij wederregtelijke toeigening, niet wanneer het voorwerp werkelijk is verloren, het verlangt nogtans aangifte binnen veertien dagen; het Pruissische, dit wetboek bestraft enkel het wederregtelijk beschikken over, niet het niet teruggeven van de zaak. Als *bedrog*, het sardinische art. 683, hetwelk bij niet-aangifte bestraft met het geven der dubbele waarde, wanneer het gevondene van twee tot dertig lires waard is, bij zaken van meerdere waarde met gevangenis van hoogstens zes maanden, bijaldien men noch teruggeeft, noch den eigenaar schadeloos stelt; het oostenrijksche van 1852, art. 201, hij, die met opzet (geflissentlich) heelt en zich toeigent, wordt bij voorwerpen boven vijf en twintig gulden wegens misdad, anders wegens zware politieovertreding gestraft, terwijl men volgens het oostenrijksch burgerlijk wetboek, artt. 388 volg., het regt op belooning als vinder verbeurt, door het verzuim van de bepaalde voorschriften der openlijke bekendmaking. — In het oud-engelsch regt werd het zich toeigenen van het gevondene, zelfs gepaard met het oogmerk het te ontvreemden, niet gestraft (1). Later echter werd de vinder als dief gestraft, wanneer het ontvreemden het karakter had van diefstal, b. v. de dienstbode, bij toeigening van het gevondene in het huis van haren meester, de koetsier in zijn rijtuig (2). Ook de noord-amerikaansche wetgeving geeft uitvoe-

(1) HATE, Pleas of the Crown, I, p. 308; HAWKINS, PLEAS, c. 33, sect. 2.

(2) RUSSEL, on crimes, II, 100, p. 103.

rige voorschriften, welke hierop neêrkomen. Is het gevondene twee dollars of meer waard, wordt aangifte vereischt aan den secretaris der gemeente binnen de zeven dagen; bij eene waarde van meer dan tien dollars aankondiging binnen de maand in de nieuwspapieren en binnen de twee maanden schatting van het gevondene. Komt de eigenaar niet op binnen het jaar, dan vervalt de helft der waarde aan den vinder, de helft aan de gemeente. Al wie het inachtnemen dezer voorschriften nalaat of verzuimt, wordt, behalve teruggave der waarde aan den eigenaar, in eene boete van 20 dollars ten behoeve van den eigenaar veroordeeld (1). Overigens volgt men in Noord-Amerika de zoo evengenoemde latere engelsche zienswijze.

MITTERMAIER (2) is ook van meening, dat het wederregtelijk zich toeëigenen van het gevondene als bijzonderlijk misdrijf moet gestraft worden. Hieronder brengt hij slechts het zich toeëigenen eener zaak, die men reden heeft te vermoeden, dat verloren is, wanneer men geene aangifte doet of handelingen pleegt, die strekken om den eigenaar van zijn eigendom te berooven. De straf moet echter minder zwaar zijn dan die tegen den diefstal, al kent men ook den eigenaar en al neemt men het voorwerp weg met het voornemen om het zich toe te eigenen. Ook hij is voor de verpligting tot openlijke bekendmaking.

(4) Revised statut Massach. tit. XIV, c. 56, p. 395.

(5) Arch. d. Cr. R., 1851, St. 4, bl. 45.

BOERBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

Considérations sur l'histoire de la révolution française, depuis 1789 jusqu'en 1795, principalement concernant les relations extérieures.

Par H. A. VAN DIJK, docteur en lettres et en droit. Utrecht, KEMINK ET FILS, 1854. 8°. 386 p.

De schrijver van dit werk verklaart openlijk, dat hij beschouwd wil worden als onder anti-revolutionnaire vlag te varen. Wij achten ons gelukkig, dat hij boekbeoordeelingen de schrijver niet vergen mag, dat de vlag de lading dekke; want dan zouden wij tamelijk verlegen zijn geweest. Veel is er toch hier ter neder geschreven, waarmede wij ten volle instemmen, maar dat wij daarom toch niet als het uitvloeisel van anti-revolutionnaire grondbeginselen kunnen beschouwen. Van het «droit de visite» meenen wij dan ook gebruik te mogen maken om, voor godde prijs al datgene te verklaren, waarop de schrijver persoonlijk regt van eigendom heeft als vruchten van zijn naarstig en onpartijdig onderzoek, maar dat hij, onzes oordeels, niet als gemeen goed van zijne partij op het cognoscement brengen mag.

Ieder die het boek met eenig oordeel des onderscheids leest, zal, vertrouwen wij, het met ons instemmen, dat de kracht der feiten en de welsprekendheid der bescheiden, die van de tegenstanders der Fransche omwenteling vermeld worden, den schrijver, als zijns ondanks, er toe brengen om te erkennen dat veel van hetgeen hij, en gelukkig de groote meerderheid met hem, in de gedragingen der revolutionairen verfoeit, zijne verontschuldiging, ja zijne oorzaak, vond in de onzinnige middelen der tegenpartij en der vreemde mogendheden, om ge-

beurtenissen in hunnen loop te stuiten, waardoor niet zelden de revolutionnaire geest door den geboden wederstand tot krachtiger indringen werd gebracht.

Van deze afwijking van den te voren afgebakenden weg zullen wij een paar voorbeelden, ter bevestiging van onze opmerking geven. Dat de schrijver welligt anderen overtuigen zal, zonder zich zelve te bekeeren, vindt, meenen wij, geredelijke uitlegging in de thans nog bestaande moeilijkheid om zich van het eenmaal opgevatte denkbeeld los te maken, dat de toestand van Frankrijk in 1793 en 1794 en de toen gepleegde gruwelen uitsluitend het gevolg waren van de beginselen, die in 1789 eene aanvankelijke zegepraal hadden genoten. Want het is slechts ten deele dat (met MACAULAY in de inleiding zijner geschiedenis van Engeland) de geschiedschrijver van Frankrijk boven dien van Engeland gelukkig geprezen kan worden, omdat hij zich minder voor de partijdigheid zijner voorgangers behoeft te wachten. Zoo dra het de toepassing van het tegenwoordige staatsregt geldt moge het waar zijn, dat een beroep op antecedenten uit vorige eeuwen niet, zoo als in Engeland, invloed uitoefenen kan, maar de keuze van den in de toekomst te betreden weg zal altijd door eene verwijzing naar het verledene aangedrongen worden. Even als nu in Engeland het eigenbelang des schrijvers of dat zijner partij in de toepassing van het staatsregt leidt tot eenzijdigheid in het voorstellen der geschiedenis, zoo zal hetzelfde belang ten opzichte eener gewenschte verandering in Frankrijk dezelfde partijdigheid ten gevolge hebben. Van daar dan die hardnekkigheid bij zoo vele schrijvers, die in dit werk zijn nagevolgd, om tot een te willen brengen wat dient te worden gescheiden. Die scheiding zoude hen verhinderen om op gemakkelijke wijze te zegeprelen door den toestand van Frankrijk tijdens het zoogenaamde schrikbewind en onder NAPOLÉON als de

eenige alternatieven van het oude koningschap voortestellen: dan zouden immers de welgemeende doch vruchteloze pogingen in 1789, om zonder botsing eene verandering ten goede te weeg brengen, als op zich zelf staande kunnen worden beschouwd, en het zoude blijken, dat daarbij Frankrijk had welgevaren zonder dat eenige billijke vordering van Koning, adel of geestelijkheid had behoeven te zijn in den wind geslagen.

Hoewel nu eigenbelang en gebrek aan zelfstandig onderzoek eene *communis error* hebben doen ontstaan, waarvan het niet altijd even gemakkelijk is zich vrij te maken, zoo kunnen wij toch den schrijver niet geheel verontschuldigen, die zich op den goeden weg bevond, maar voor het noodzakelijk gevolg zijner eigene beschouwingen schijnt te zijn teruggedeinsd. De lezer oordeele zelf uit twee voorbeelden, de eerste omtrent hetgeen gezegd wordt over de houding van LOUWIS den XVIden en der constitutionnele partij om het koningschap staande te houden, zelfs na de «malheureuse suite à Varennes, dont l'effet fut de détruire tout respect pour le roi, d'habituer les esprits à se passer de lui et de *faire naître le vœu de la république.*» (p. 69). Omtrent de constitutionnele partij wordt het volgende vermeld (p. 72): «le parti constitutionnel adressa des instructions confidentielles au marquis de Noailles, ambassadeur de France à Vienne afin de gagner LÉOPOLD par des négociations captieuses et par des concessions apparentes. Dans une note que ce diplomate fit remettre à l'empereur, dans les premiers jours d'août, il expliqua les projets du parti constitutionnel qui, selon lui, ne desirait qu'un accommodement avec LOUIS XVI, afin de parvenir à un ordre de choses et à un gouvernement raisonnables (1); il fit remarquer que ce n'était que par des moyens doux et conciliants, et non par une tentative étrangère qu'on parviendrait à sauver le roi et le royaume (2).»

De twee hierbij gevoegde noten mogen volstrekt niet worden voorbijgezien; te meer omdat op de eerste dezelfde aanmerking te maken is als op die van GIBBON in zijn fijn gesponnen vijftiende hoofdstuk (1): dat de meening des schrijvers daar zich anders voordoet dan in den text. In de eerste wordt geen blaam op de constitutionnele partij geworpen, integendeel gezegd: «*Nous croyons que les constitutionnels étaient sincères et nous avons toujours déploré la conduite imprudente, méfiante, souvent injurieuse de la cour à l'égard de ce parti. Nous pensons que le prof. SMYTH, II. p. 230, écrit non sans raison; «On no occasion does the court or even the king appear to such disadvantage, as whenever the intermediate party of LAFAYETTE and his friends are concerned. As it strikes me, all reasonableness and candour are then at an end. That those patriots made mistakes may be admitted; but that they were patriots and did not mean ill to the monarchy, must surely be allowed. But no merit of this kind was sufficient; nothing could atone for the original crime of having been the first and great movers of the revolution, and the antipathy of the queen and the court to LAFAYETTE may be shown, in more instances than one, to have not a little contributed to their own destruction.»* Mr. SMYTH fait ces remarques à propos de la manière injuste et erronée dont le parti constitutionnel est représenté dans le mémoire célèbre, rédigé par MALLET DU PAN, corrigé par le roi, et remis de la part de ce prince aux souverains alliés, en juillet 1792.»

De tweede noot luidt als volgt: «*Mémoires d'un homme d'état*, I, p. 127. Les contre-révolutionnaires au contraire cherchaient, pour lever les obstacles qui s'opposaient à l'exécution de leurs projets, à persuader aux rois de

(1) Van *The history of the decline and fall of the roman empire*, getiteld: *The progress of the christian religion, and the sentiments, manners, numbers and condition of the primitive Christians.*

Themis, D. II, 1ste St. [1855].

l'Europe que la presque totalité de la noblesse, du clergé, des troupes de ligne, et même une grande partie du peuple était contraire à la révolution, et n'attendait qu'une occasion favorable de se déclarer.»

Als tweede voorbeeld nemen wij het gevoel en des schrijvers over omtrent het noodlottige manifest dat de Keizer van Oostenrijk en de Koning van Pruisen aan den hertog van Brunswijk, zijns ondanks hebben doen teekenen bij den aanvang van den veldtocht van 1792, waar de *garde nationale*, en ieder die «durfde tegenstand bieden,» met den dood, en Parijs met *une exécution militaire en une subversion totale* bedreigd werd: «Nous devons nous permettre de différer d'opinion au sujet du manifeste du 25 Juillet, avec un savant historien et publiciste de notre patrie (1) qui, partageant l'opinion de Mr. DE GENTZ, prétend que les expressions de cette pièce n'étaient trop fortes que par ce que la force d'action ne correspondait pas aux menaces.»

«Nous croyons devoir condamner la rédaction même du manifeste, non seulement comme impolitique et offensante pour un grand peuple, mais encore comme contraire aux intentions de LOUIS XVI, dont MALLET DU PAN avait été l'interprète, comme devant exciter un soulèvement national, et enfin comme attentatoire aux principes du droit des gens, pour ce qui concerne les menaces de traiter en rebelles ceux des gardes nationaux qui seraient trouvés les armes à la main, comme si les droits de la guerre n'imposaient pas l'obligation de traiter la milice d'une nation comme la troupe de ligne» (p. 183).

Nog sterker in tegenspraak met de revolutionnaire leer, ten minste met den heer GROEN, laat de schrijver zich uit over diens beweren dat in Frankrijk de regeringsvorm die eener *getemperde* monarchie was. Hij wijdt daaraan eene noot, achter het eerste hoofdstuk geplaatst,

(1) Mr. GROEN VAN PRINSTERER, *Handboek*, p. 1003.

(p. 15—18), waar hij onder anderen zegt: «Croit-on que le gouvernement qui abolissait le parlement, qui violait des promesses sacrées aux protestants, qui foulait aux pieds la liberté de conscience, qui mettait pour ainsi dire hors la loi un million de ses sujets ou les convertissait avec des dragons, qui concédait à ses créatures des deux sexes des lettres de cachet en blanc, croit-on que ce gouvernement, soi-disant tempéré, eût respecté les privilèges de la bourgeoisie en cas de collision?»

Wat nu den inhoud van het werk betreft, zoo moeten wij doen opmerken dat het niet zooveel geeft als de titel doet verwachten; in de plaats van beschouwingen over de geschiedenis wordt eerder de geschiedenis zelve der diplomatie van 1789 tot 1795 geleverd, en waarom de schrijver ook daar afbreekt, met het tractaat met de Bataafsche republiek, is niet zeer duidelijk; daarmede toeh was de tegenstand der andere mogendheden wel gebroken, doch de oorlogstoestand hield eerst later op.

Overigens mag zeker aan dit werk de lof niet onthouden worden van met veel vlijt te zijn zamengesteld; van de nieuwste bronnen is met oordeel gebruik gemaakt, en zekere zullen latere geschiedschrijvers met vrucht het hier geleverde raadplegen, dat hun onderzoek gemakkelijker zal maken. Dat later de gebeurtenissen misschien wel anders zullen worden beoordeeld is minder aan den schrijver te wijten dan aan den tijd waarin hij schrijft. Veel moet er nog omtrent de Fransche omwenteling aan den dag komen en veel is er nog dat niet rigtig kan worden beoordeeld omdat wij nog te veel op het standpunt staan van ooggetuigen. Dit leidt somtijds tot het aannemen van ongerijmdheden. Zoo meent de schrijver (bl. 295) het getal der slagtoffers der omwenteling op 1,022,251 te moeten stellen, nog geen eens die in de Septemberdagen omkwamen enz. medegerekend. Daargelaten nu, dat, volgens de partijdigste berigten op den 2^{den} en 3^{den}

September 1792 niet meer dan 1007 te Parijs kunnen zijn omgebracht, zoo springt de overdrevenheid in het oog, wanneer bedacht wordt dat Frankrijk alstoen geen twintig millioen inwoners telde. Om tot zulk een getal te komen zouden zij, die in den oorlog gevallen zijn moeten worden medegeteld. Hoe het zij, het getal dier ongelukkigen blijft altijd te groot; wij willen alleen doen opmerken dat er nu, terwijl de verhalen der ooggetuigen nog versch in het geheugen liggen, meer aan gehecht wordt dan aan dat van hen, die in den St. Barthelomeus nacht zijn omgekomen en van de slagtoffers van ALBA in de Nederlanden.

Eene opmerking, die wij van gewigt achten, en die met het zoo even gezegde in verband staat, is dat de schrijver terecht heeft ingezien dat de kennis van den innerlijken toestand van Frankrijk volstrekt noodig is om de omwenteling te kunnen beoordeelen, en wij verheugen ons te vernemen daartoe iets te hebben kunnen bijdragen door onze aankondiging van het werk van den heer GROEN: *Ongeloof en revolutie*, in het eerste nummer van jaargang 1848 van dit tijdschrift. Ook bij het beoordeelen van de betrekking waarin een land, als eenheid beschouwt, zich tot andere rijken bevindt is het volstrekt noodzakelijk zich eerst een zoo helder inzicht mogelijk te vormen van de bestanddeelen, die die eenheid uitmaken. Misschien zoude des schrijvers overtuiging niet alleen van de toen heerschende ellende, ook in het intellectuële, en van het groote onderscheid tusschen de beginselen die in 1789 werden toegepast met hetgeen later is gedaan nog sterker zijn geworden, had hij meer de bronnen geraadpleegd of wel de werken, die opzettelijk daarover handelen. Op twee punten achten wij het daarom niet overbodig de aandacht te bevestigen: op het beginsel van vrijen handel, en op den toestand van het onderwijs.

Niettegenstaande eenen heftigen tegenstand in beide

landen was het den Franschen minister van buitenland-
sche zaken DE VERGENNES gelukt om het, vooral voor
dien tijd, uiterst vrijgevig handelsverdrag met Engeland
te sluiten. In dit opzigt vond dus de omwenteling een
reeds gemaanden weg, dien zij aanvankelijk ook bewan-
deld heeft. Het tarief van 1791 is het verstandigste dat
ooit in Frankrijk kracht van wet heeft gehad, en het
verdient opmerking dat de rapporteur op het ontwerp
in de Assemblée nationale tot de voorstanders der bescher-
mende regten behoorde, die echter zijn gevoelen niet
heeft kunnen doordrijven. Het is eerst op den 1^{sten} Maart
1793 dat de convention nationale, onder den druk der
omstandigheden en als oorlogsmaatregel, het noodlottige
besluit nam om alle handelsverdragen met de tegen
Frankrijk oorlogvoerende volken te vernietigen. Eene
andere heilzame maatregel, misschien nog van meer ge-
wigt te achten, was door de Assemblée nationale op den
5^{den} November 1790 genomen, die aan het vorig bewind,
even als de afschaffing der gilden denkelijk niet zoude
zijn gelukt: het opheffen der binnenlandsche tolliniën.
Het schijnt ongelooflijk, en evenwel is het slechts al te
te waar, dat om goederen van een gedeelte van Frankrijk
naar een ander te vervoeren, soms acht dier liniën moes-
ten worden doortrokken, hetgeen natuurlijk even zoo
vele onderzoekingen en andere formaliteiten, en ook zoo-
veel maal betalen van regten, ten gevolge had (1). Bedenkt
men nu hoe krachtig middel tegen een geweldadige
omwenteling het vrijlaten van handel en nijverheid is,
hoe die ommekeer onder het oude bewind werd tegen-
gehouden en welke de reden was waarom de convention
nationale van den goeden weg afweek, dan zal zeker de
omwenteling niet meer zoo gelaakt en hare tegenstanders
kunnen niet meer zoo geprezen worden.

(1) Men zie hierover o. a. *Histoire du régime protecteur en France depuis le ministère de Colbert jusqu'à la révolution de 1848*, par M. PIERRE CLÉMENT. Paris, Guillaumin 1854, p. 77 et suiv.

Van nog grooter belang is het na te gaan hoe de toestand van het onderwijs was onder het oude bewind en welke middelen hem ten dienste stonden, die met kennis van zaken over den tegenwoordigen toestand wilde oordeelen. Hierover zoude veel kunnen gezegd worden; wij willen hier slechts aan eenige bijzonderheden herinneren, die, hoewel zij in het geheel niet onbekend zijn, echter te weinig op den voorgrond worden gesteld.

Zeer zoude men zich bedriegen door aan te nemen, dat het de verkeerde opleiding van het volk in het staatsrogt was, die het den raddraaijers der omwenteling zoo gemakkelijk gemaakt heeft alles in rep en roer te brengen. Integendeel, er was volkomen gebrek aan opvoeding op dit punt. Wij kunnen ons naauwelijks een toestand voorstellen, zoo als Young die in zijne reis door Frankrijk schildert (1), gedurende welke hij in 1789 van Straatsburg tot Besançon, en in die plaatsen zelve, geen enkel dagblad vinden kon, en de grootste onbekendheid aantrof met hetgeen te Parijs en in de overige deelen van Frankrijk omging. « Personne ne saurait douter que cette affreuse ignorance, de la part de la masse du peuple, des événemens qui le concernent le plus, ne provienne du gouvernement. Il est cependant curieux de remarquer que si la noblesse des autres provinces est pourchassée comme celle de la Franche-Comté, ce dont il n'y a guère de doute, tout cet ordre d'hommes subit une proscription et se laisse égorger comme des moutons, sans faire le moindre effort pour résister à l'attaque. Mais il n'y a pas d'association parmi eux; pas d'entente avec les militaires. » Hieruit blijkt vooreerst hoe die door de regering veroorzaakte onwetendheid het middel werd, waardoor alle tegenstand tegen een woesc-

(1) De geheele plaats hiertoe betrekkelijk is in de noten overgedrukt van *les révolutions et le despotisme, envisagés au point de vue des intérêt matériels*, par M. G. DE MOLINARI. Bruxelles 1852.

ten volkshoop onmogelijk werd gemaakt, maar voornamelijk hoe weinig het volk onder den invloed van hen staan konde, die altijd worden voorgesteld als de omwenteling door prediking hunner leer aan den grooten hoop te hebben voorbereid. Hadden zij dit gedaan, dan zoude het volk wel middel gevonden hebben om zich uit die plaatselijke afzondering te rukken, waartoe de regering het gebragt had.

Dat onder de omwenteling soms zonderlingedenkbeelden over staats- en volkenregt zijn gepredikt, is wezenlijk iets waarover men zich minder verwonderen moet dan over de juiste begrippen, die dan toch aanwezig waren. Zoo bevreesd was de Fransche regering voor het doen onderwijzen van die wetenschappen, dat zelfs hij, die het edict van Nantes herriep en ieder, die de staatsgodsdienst niet beled, te vuur en te zwaard vervolgde, protestanten in dienst nemen moest bij het departement van buitenlandsche zaken, omdat er geen catholijken waren, die de stukken met kennis van zaken konden stellen. En dit bleef zoo tot de omwenteling. LEMONTEY(1), dit verhalende, laat er op volgen: «Les publicistes étrangers et luthériens qui se succédèrent sans interruption dans le cabinet de France furent OBRECHT, WALDNER, SPON, LINCK, BISCHOF, HENNEBERG et les trois générations des PFEFFEL. Le cardinal DE FLEURY eut la fantaisie de fonder au Collège de France un cours de droit public et il manda à l'intendant d'Alsace de lui chercher un professeur. L'intendant répondit que l'académie de Saint-Thomas pourrait en fournir un, mais que ce serait un protestant, attendu que les catholiques, aspirant seulement aux judicatures, ne s'adonnaient point aux études transcendantes. Le cardinal, qui aurait mieux aimé gouverner la France par des décrétales, laissa tom-

(1) *Essai sur la monarchie de LOUIS XIV.* 4^e éd. Paris, 1835, p. 104.

ber le projet. Ce fut seulement en 1793, qu'on s'avisa de créer, dans ce même collège, un cours du *droit de la nature et des gens*, en faveur d'un lourd pédant, appelé BOUCHAUD, connu à peine par un fastidieux commentaire de la loi des douze-tables, et ne se doutant pas de ce qu'il devait enseigner » (1).

Was het hooger onderwijs zoo onvoldoende, met het lager was het niet beter gesteld; en de geestelijkheid, die het, om zoo te zeggen uitsluiten!, in handen had, deed hetgeen zij altijd doet, wanneer geene mededinging te vreezen is: zij zag het geheel voorbij dat ook hare pligt was om menschen te vormen bruikbaar voor de maatschappij. Hierover verdient vooral eene memorie aan den Koning door TURGOT (2) te worden gelezen, waarin zeer juist aangetoond wordt hoe onwetendheid tot ontevredenheid tegen elke regering leiden moet en hoe onvolledig de opvoeding door de geestelijkheid was: «Les individus sont assez mal instruits de leurs devoirs dans la famille, et nullement de ceux qui les lient à l'État. Les familles elles-mêmes savent à peine qu'elles tiennent à cet Etat, dont elles font partie; elles ignorent à quel titre. Elles regardent l'exercice de l'autorité pour les contributions qui doivent servir au maintien de l'ordre public commē la loi du plus fort, à laquelle il n'y a d'autre raison de céder que l'impuissance d'y résister et que l'on peut éluder quand on en trouve les moyens. Delà chacun cherche à vous tromper et à rejeter les charges sociales sur ses voisins. Les revenus se cachent

(1) Zie ook de openingsrede van den hoogleeraar VAN ASSEN, *de toestand van het regtsonderwijs in Frankrijk in het laatst der vorige eeuw*. In de *Nieuwe Bijdr. voor Regtsgel. en Wetg.* 1854, bl. 280.

(2) *Mémoire au roi sur les Municipalités, sur le hiérarchie qu'on pourrait établir entre elles, et sur les services qui le gouvernement en pourrait tirer* (1775). Te vinden in *Oeuvres de Turgot*. Paris, Guillaumin 1814, II, p. 502. De redactie schijnt van DUPONT DE NEMOURS te zijn.

et ne peuvent plus se découvrir que très imparfaitement, par une sorte d'inquisition dans laquelle on dirait que Votre Majesté est en guerre avec son peuple. Et dans cette espèce de guerre qui, ne fût-elle qu'apparente, serait toujours fâcheuse et funeste, personne n'a intérêt à favoriser le gouvernement; celui qui le ferait serait vu de mauvais oeil. Il n'y a point d'esprit public parcequ'il n'y a point d'intérêt commun visible et connu...»

«La preuve qu'elle (l'instruction religieuse) ne suffit pas pour la morale à observer entre les citoyens, et surtout entre les différentes associations de citoyens, est dans la multitude de questions qui s'élèvent tous les jours, où Votre Majesté voit une partie de ses sujets demander à vexer l'autre par des privilèges exclusifs; de sorte que votre Conseil est forcé de réprimer ces demandes, de proscrire comme injustes les prétextes dont elles se colorent. Votre royaume, sire, est de ce monde; et c'est à la conduite que vos sujets y tiennent les uns envers les autres, et envers l'Etat, que Votre Majesté est obligé de veiller pour l'acquit de sa conscience et pour l'intérêt de sa couronne. Sans mettre aucun obstacle (et bien au contraire) aux instructions dont l'objet d'élève plus haut, et qui ont déjà leurs règles et leurs ministres, je crois donc ne pouvoir rien vous proposer de plus avantageux pour votre peuple de plus propre à maintenir la paix et le bon ordre, à donner de l'activité à tous les travaux utiles, à faire chérir votre autorité, et à vous attacher chaque jour de plus en plus le coeur de vos sujets que de leur faire donner à tous une instruction qui leur manifeste bien les obligations qu'ils ont à la société et à votre pouvoir qui la protège, les devoirs que ces obligations leur imposent, l'intérêt qu'ils ont à remplir ces devoirs pour le bien public et pour le leur propre.»

Bij al dat gebrekkige kwam nog, in de scholen voor

de hogere standen, het zich bijna uitsluitend bezig houden met de romeinsche oudheid en geschiedenis, zooals zij toen begrepen werd. Het kan geheel ter goeder trouw geweest zijn dat de bisschop, waarvan CHARLES NODIER ergens verhaalt, op de school, waar die schrijver onderwezen werd, eigenhandig den prijs uitreikte voor de beste beantwoording der vraag: welke der twee BRUTUSSEN zijn vaderland de grootste dienst bewezen had? Zoolang de oude sleur bestond werd het op school geleerde vergeten, doch zoodra ieder gevoelde dat hij voor zich zelf te zorgen had, werd natuurlijk het in de jeugd geleerde toegepast.

Wij hebben dit een en ander aangevoerd, om te doen zien waarom en waarin wij meenen dat de schrijver den vasten grondslag mist voor zijne beoordeeling van den inwendigen toestand van Frankrijk; wij hoopen nu nog te kunnen aantoonen, dat hij op het terrein van het volkenregt van een onjuist beginsel is uitgegaan en zich zelf in de toepassing niet gelijk blijft. Het voorname doel van zijn werk is het betoog, dat de gewapende tusschenkomst in Frankrijk door de eerste coalitie in 1792, eene regtmatige uitoefening was van het zoogenaamde regt van interventie (bl. 9). Op twee gronden beweert hij dat dit regt steunde; over de tweede willen wij hier niet twisten: dat de andere mogendheden gevaar liepen door de revolutionnaire propaganda, die volgens hem ook voor 1793 te vreezen was. De uitkomst heeft doen zien, hoe weinig die geweldadige interventie gebaat heeft; waar een regt beweerd wordt, mag zeker dit niet in aanmerking genomen worden, en wij zouden dus weder het betoog moeten leveren, dat het doel oneindig beter en gemakkelijker had kunnen bereikt worden door hervormingen in die landen zelve. Dit zoude echter ons bestek te buiten gaan, en het is te minder noodig omdat wij des schrijvers eersten grond meenen te moeten be-

strijden, niet alleen omdat wij meenen dat zij voor het bijzonder geval hare volkomene toepassing mist, maar ook geheel onafhankelijk van die toepassing op de eerste coalitie. Hij beweert: » En premier lieu, lorsqu'une nation déchire tout à coup tous les liens du devoir et de la fidélité légitime, attaque, suspend et renverse son souverain, lorsqu'elle détruit toute distinction sociale, ne respecte plus aucune propriété, laisse les plus grands crimes impunis, voire même qu'elle justifie ces actes par des discours et des écrits, qu'elle insulte à la religion et à la morale, alors certes toute obligation cesse de la part des autres nations de respecter l'indépendance d'un pareil peuple; elles doivent bien plutôt le ramener dans les limites de l'ordre. »

Is dit nu in overeenstemming met hetgeen onmiddellijk vooraf gaat: » lorsqu'il (un Etat) adopte un nouveau système de gouvernement ou une autre constitution nul doute que l'intervention des cabinets étrangers ne soit inadmissible, » zelfs als neme men aan dat het moet geschied zijn: » d'une manière régulière et avec la sanction de l'autorité légitime. » Wij drukken er geen eens op dat te voren bijna in het geheel niet, en nu nog niet in elk land, de staatsregeling de middelen aan de hand geeft om tot verandering te geraken; zoodat, name men den algemeenen hier gestelden regel aan, bijna altijd het regt van interventie zoude moeten worden toegekend, en die regel dus in de vorige eeuw onder de menigte van uitzonderingen was bedolven geworden. De gewigtigste tegenwerping is, onzes oordeels, dat de opgegevene redenen, die de interventie zouden wettigen, bijna alle in tegenovergestelden zin zullen beoordeeld worden, naar mate van het persoonlijk gevoelen van de vreemde regering die tusschenbeiden treden wil. Iedere regering denkt gewoonlijk, even als de schrijver (p. 3), dat hare beginselen berusten in de « volonté éternelle et immuable

de Dieu » en krijgt die der tegenpartij uit als voortkomende uit de « *volonté individuelle ou collective de l'homme.* » Men denke zich b. v., om een sterk sprekend contrast te nemen, Spanje en Zweden in de vorige eeuw als naburen, zoude dan niet elke regering in de meeste daden der andere eene » *insulte à la religion et la morale* » gezien hebben? Dat in de vorige eeuw zelfsbegoocheling plaats konde hebben, en ieder zijn stelsel onomstootelijk achten kon, is te begrijpen; nu de overtuiging zich gelukkig meer en meer begint te vestigen dat het staatsregt, even als elke andere wetenschap, door onafhankelijk onderzoek en ervaring steeds verder moet ontwikkeld worden, nu is het meer dan ooit geraden elk volk zijn eigen weg te laten gaan, zoo lang het zich met zijne naburen niet bemoeit. Alle poging om zich aan gezag van buiten de wetenschap, hetzij dan uit bovennatuurlijken oorsprong of niet, bij het beslissen van vragen over staatsregt vast te klemmen heeft altijd den ondergang van hen, die er zich mede bevredigden, ten gevolge gehad: waarom dan op zulk een wisselvalligen grond zijne begrippen aan anderen met het zwaard in de hand op te dringen?

Wij zullen met den schrijver niet gaan twisten over het al of niet aanwezig zijn van alle de redenen die hij opgeeft. Over ééne slechts meenen wij te kunnen spreken, omdat wij vertrouwen, dat hij van deze ten minste zal afzien, daar het kennelijk is dat hij deze of gene declamatie heeft nageschreven. Wij bedoelen de aantijging dat de fransche omwentelingsgeest « *ne respectait plus aucune propriété.* » Over het afschaffen der heerlijke regten spreken wij hler niet, maar over den bijzonderen eigendom, waaraan men bijna zou zeggen dat de schrijver volstrekt niet gedacht heeft. Deze nu kan men gerust zeggen dat eerst na en ten gevolge van de omwenteling in Frankrijk is bevestigd geworden. Wij hebben het

reeds in dit Tijdschrift aangetoond (1), en voegen hier alleen nog een paar bijzonderheden bij. Een voorbeeld hoedanig **LODEWIJK XIV** het regt des eigenaars om zijn goed op zoodanige voorwaarden als hem goeddunkt te verkoopen, eerbiedigde, is door **DANGEAU** opgeteekend, die, even alsof het de natuurlijkste zaak ter wereld was, verhaalt dat de Koning, om den luim van een zijner hovelingen te believen, eigenaars dwong om hun goed af te staan (2). Zooals gewoonlijk maakte de miskennis van het regt door den Koning hem onmagtig het door anderen te doen eerbiedigen. Het is bekend hoe **LODEWIJK XIV** den tegenstand der groote grondbezitters niet overwinnen kon, en hij dus het denkbeeld, eerst door de omwenteling verwezenlijkt, heeft moeten opgeven om aan de geldschieters zekerheid te verschaffen door de openbaarheid der hypotheken tot wet te maken. Het is opmerkelijk, dat, terwijl wij dit schrijven, een ontwerp van wet in Frankrijk bij de wetgevende Kamers weder niet weinig tegenstand vindt van de zijde der groote grondbezitters, omdat het reeds bestaande stelsel van openbaarheid bij hypotheken daarin wordt bevestigd en uitgebreid.

Wij zouden hier deze aankondiging kunnen besluiten met de uitdrukking van ons vertrouwen, dat de schrijver,

(1) Zie eerste verzameling VIII, bl. 578 (over de onteigening ten algemeene nutte in Frankrijk) en IX, bl. 125 (in de aankondiging van het werk: *Ongeloof en Revolutie*).

(2) *Mémoires*, 24 Janvier 1700. Het verhaal is te curieus om het niet in de eigen woorden des schrijvers weder te geven: « Le roi a fait acheter toutes les terres qui sont entre la maison de Cavoye et la rivière, et en a fait don à Cavoye, qui désirait passionnément cette augmentation à sa maison, ce qu'il n'aurait pas pu faire sans la bonté du roi, parceque ces terres étaient à beaucoup de particuliers qui lui faisaient tous les jours des difficultés nouvelles. Ce présent est plus considérable par l'attention que le roi a eue de faire plaisir à Cavoye, que pour l'argent qu'il en pourra coûter de roi, et les jardins de Lucienne par-là deviendront tout-à-fait aimables. »

die zooveel blijken geeft, dat hij zonder vooroordeel de waarheid zoekt en voor zijne meening durft uit te komen, het ons ook niet ten kwade zal duiden, zoo wij ook ons gevoelen onverholen hebben uitgedrukt. Wij wenschen echter te doen opmerken, dat wij, aan het beginsel van non-interventie getrouw blijvende, *niet* zeggen dat het werk ook te Berlijn en te Weenen lezenswaard is, omdat wij meenen dat, vooral daar het in het Fransch geschreven is, dit aan de buitenlandsche recensenten eerder past dan aan de inlandsehe. Wij verklaren dit, omdat *de Nederlander* schijnt te meenen, dat geene aankondiging zonder die bijvoeging mag geschreven worden, Dat nu de onze zeer onvoldoende zal zijn, kan ondertusschen ook aan *de Nederlander* geweten worden, wiens redactie het goede voorbeeld nog niet heeft willen geven. Dit blad heeft zich nu bepaald om het werk, zonder directe aanbeveling van den inhoud, aan te kondigen op den dag der verschijning, en, misschien wel door eene vroegere misrekening wijs geworden, geene aanprijzing geschreven zonder het doorlezen te hebben. Dat het nu weder voor de netelige taak terugdeinst om ronduit te zeggen, wat het er in naar de leer vindt, en wat niet, is te begrijpen; maar niet dat het op den 19 Januarij op eens uit de lucht komt vallen met de vertaling van eene aanprijzende, doch niet geheel anti-revolutionaire beoordeeling (1) uit Dr. WOLFGANG MENZEL's *Literatur-*

(1) B. v. : « De schrijver heeft allezins regt. als hij de tweede verdeling van Polen, waartoe zich Oostenrijk en Pruissen gedwongen zagen, slechts om Pruissen en Rusland te bevredigen als een groote ramp karakteriseert. Niets regtvaardigde de zaak der Fransche revolutie zoo zeer dan deze tweede verdeling van Polen. De vorsten deden zich voor als handelaren, ja als beulen, die op onverschoonbare wijze om natien schagcherden, natien ter slagbank voerden, verbrokkelden en verdeelden. Wij bemerken dat de heer VAN DIJK geen democraat is, maar het demonische, dat zich in de Fransche revolutie openbaarde, de goddeloosheid en den waanzin van den afyal van alle goddelijk gezag diep betreurt. »

blatt en op den 24 Januarij als ter loops zegt dat de heer VAN DIJK tot zijne medestanders behoort en « waarschijnlijk zal zijn arbeid enkel in buitenlandsche tijdschriften *als gewigtig* en ook te Weenen en te Berlijn *lezenswaard* worden gewaardeerd. »

Wij zouden het eerlijk achten, zoo *de Nederlander*, wil hij weder onze beoordeeling beoordeelen, aanving met zijn gevoelen over het werk zelf te doen kennen en te motiveren.

J. DE WITTE VAN CITTERS.

(BUITENLANDSCHE LITERATUUR.)

Commentaries upon international law bij R. PHILIMORE. D. G. L. I. 1854. London. LVII en 537 pag. in 8°.

Het internationale regt maakt het schoonste en edelste deel onzer wetenschap uit. Mist het voor alsnog dat vast en stellig karakter aan het burgerlijk en strafregt door de codificatie verschaft, het bezit in zijn gestadig opklimmen tot hooger beginsel en vooral in zijne grootsche roeping eigenschappen wier verhevenheid ieder ander nadeel ruimschoots vergoedt. Immers op den vrijen oceaan gelden zijne wetten alleen. Heerschers daagt het voor zijne vierschaar; staten zijn zijne onderdanen. Van vijanden vergt het mededogen en verbreekt de ketenen der slavernij. De Christelijke volkeren vereenigt het tot eene maatschappij wier grens met de beschaving voortschrjdt en het legt en bevestigt de grondslagen van het heilig rijk der menschheid waarin het eenmaal, gelijk tusschen de ingezetenen van hetzelfde land het burgerlijk en strafregt, de orde en den algemeenen

vrede der wereld stichten en tegen moedwillige verstoring handhaven zal. Ver zij die toekomst verwijderd, het doel staat vast. De opbouw, door HUG DE GROOT's genie begonnen, wordt sedert door de uitnemendste verstandenen onafgebroken voortgezet. Door elken schok dien het verduurt, door elke verandering die het te boven komt verkrijgt het georganiseerde staten-stelsel nieuwe levenskracht. Zelfs het slagveld brengt de natiën elkan-der nader en de vrede die het zwaard in de schede terug-drijft lascht in het corpus juris gentium eene nieuwe en leerrijke bladzijde in.

Het bevreemdt mitsdien niet, dat de felle krijg, in het Oosten ontbrand, de beoefenaars dier heilrijke weten-schap niet afschrikt, maar tot verdubbelde inspanning opwekt. Het aangekondigde werk bevat er het bewijs van. Niettegenstaande, voor zoo veel mij bekend is, nog slechts het eerste deel het licht zag, zal een kort ver-slag van den rijken inhoud wel niet als ontijdig worden beschouwd.

In de voorrede wordt in breede trekken de geschie-denis der internationale regtswetenschap geschetst (waarbij over DE GROOT's *Jus belli ac pacis* dit oordeel wordt uitgesproken: it is scarcely too much to say, that no uninspired work has more largely contributed to the welfare of the commonwealth of states. It is a monu-ment which can only perish with the civilised intercourse of nations, of which it has laid down the master prin-ciples with a masters hand. GROTIUS first awakened the conscience of governments to the Christian sense of duty.), en wordt voorts de verrassende bijzonderheid aan het licht gebracht van het bestaan in Engeland sinds de vroegste tijden van a distinct Bar for the cultivation of Inter-national Jurisprudence. Hetgeen men aldaar het minst verwacht, het Romeinsche regt was er de oorzaak van. In de geestelijke gerigten namelijk bleef dit, te gelijk

met het Canonieke regt dat er zich op geënt had, in gebruik. Ook andere Geregtshoven bedienden er zich van in meerdere of mindere mate. Te OXFORD bezat het een leerstoel. Zoo vormde zich reeds vroeg eene vereeniging van professoren en advocaten for the practice of the Civil and Canon Law die de hervorming overleefde en in 1768 van GEORGE III. corporatie-regt verkreeg. Het Romeinsche regt nu maakt ook van het internationale den grondslag uit en de behandeling der geschillen die dit laatste oplevert werd dus als de voornaamste taak dezer civiele juristen beschouwd. Dit wordt als in eene galerij van de voornaamsten hunner aangetoond en de ceeerpalm gereikt aan den beroemden Lord STOWELL.

In het *eerste* boek vindt men het karakter van het internationale regt en zijne bronnen beschreven. Deze zijn :

1. The Divine Law in both its branches, namely : The principles of Eternal Justice, implanted by God in all moral and social creatures, of which nations are the aggregate, and of which governments are the International organs;

2. The Revealed Will of God, enforcing and extending these principles of Natural Justice.

3. Reason, which governs the application of these principles to particular cases, itself guided and fortified by a constant reference to analogous cases and to the «written reason» embodied in the text of the Roman Law, and in the works of Commentators thereupon.

4. The universal consent of Nations, both as expressed (1) bij positive compact or treaty, and (2) as implied by usage, custom and practice; such usage, custom and practice, being evidenced in various ways, by precedents recorded in History; by being embodied and recorded in treaties; in public documents of states; and recorded in Marine Ordinances of states; in the decisions of

International Tribunals; in the works of eminent writers upon International Jurisprudence.

Opmerking hierbij verdient de aanwijzing, dat de beginselen, uit deze bronnen afgeleid, ook behooren te gelden tegenover onchristelijke mogendheden, doch zonder van deze eene al te naauwkeurige bekendheid daarmede te vorderen. Hunne toepassing wordt, vooral wat het Romeinsche regt waarmede de Schr. zeer hoog loopt aangaat, door een gepast voorbeeld verduidelijkt en eindelijk nog de tegenwerping ontzenuwd, dat, bij gebreke eener overheid die tusschen partijen regt spreekt, het internationale regt op dien naam geen aanspraak hebben zou.

Het *tweede* boek handelt over de subjecten des internationalen regts. Deze zijn geene anderen dan staten. Maar als staat mag niet worden beschouwd elke zamenrotting of nederlating b. v. eener bende zeeroovers. Aan den anderen kant verliest een staat, men denke aan de Barbariÿschen, door het plegen van zeerooverij alleen zijn karakter nog niet. De Porte moet tegenwoordig worden aangemerkt als een integrerend lid van het Europeesch statenstelsel. Alleen die staten echter bezitten internationale persoonlijkheid welke naar buiten vrij in hunne handelingen zijn. In dit opzigt nu laten zich de staten in onderscheidene soorten verdeelen die eerst naauwkeurig gesplitst en dan door voorbeelden, aan de historie, maar vooral aan de tegenwoordige orde van zaken ontleend, toegelicht worden hetgeen dat hoofdstuk zeer interessant maakt voor een diplomaat. Insgelijks wordt aangewezen in hoever de veranderingen en lotwisselingen die een staat ondergaat op zijne internationale persoonlijkheid invloed uitoefenen. Elkander opvolgende regeringen moeten de door hare voorgangers aangegane verbindtenissen eerbiedigen. Dit deden de eerste Fransche revolutie en LAMARTINE in 1848 niet. Men houde

evenwel den Schr. voor geen anti-revolutionair. In den loop van zijn werk wordt een regtmatig vonnis gestreken over het verfoeilijk denkbeeld als konden vorsten over volken als eigenaars beschikken, over de misdadige verdeelingen van Polen, over Pruisen's schandelijke berooving van Saksen, en in het algemeen over de ligtvaardige wijze waarmede op het Weener congres met nationaliteiten is omgesprongen.

Het *derde* en grootste boek heeft de objecten van het internationale regt tot onderwerp. Deze zijn the rights which are to be ascertained, protected and enforced by this law. Men moet ze onderscheiden in degenen die berusten op het strictum ius en op de comitas iuris gentium. De schending der eerste wettigt eene oorlogsverklaring, niet die der laatsten. Uit het beginsel, dat een staat is een free moral person vloeit het regt van *onafhankelijkheid*, zich oplossende in regt van: vrije regeling van inwendig bestuur; onschendbaarheid van grondgebied en eigendom; zelfverdediging, zoo preventief als repressief; vrije ontwikkeling van eigen welvaart door handel; verkrijging van territoriale bezittingen en andere regten, het zij door oorspronkelijke toeëigening, het zij door overdragt; volstrekte en onbelemmerde regtsmagt binnen en, in bepaalde gevallen, buiten eigen grenzen.

De beperkingen aan welke de uitoefening dezer regten kan onderhevig zijn maken uit de leer van interventie.

Uit het beginsel, dat elke staat lid is eener volkerenmaatschappij, vloeit het regt van *gelijkheid*, zich oplossende in regt van: bescherming van eigen onderdanen; aanspraak op erkenning zijner regering door het buitenland; aanspraak op de gewone uiterlijke eer- en beleefdheids-bewijzingen; bekwaamheid om verdragen te sluiten.

De onafhankelijkheids-regten worden dan nader en

breeder ontvouwd en daarbij, o. a., bijzondere zorgvuldigheid besteed aan het onderzoek der territoriale regten betrekkelijk de groote rivieren, zeeëngten en andere min of meer ingesloten of aangrenzende deelen der zee; van den bijzonderen regtstoestand der landengte van Panama; de verschillende wijzen van internationale eigendomsverkrijging (waarbij een zeer veelvuldig gebruik van het Romeinsche regt¹ gemaakt en de toepasselijkheid der onheugelijke verjaring verdedigd wordt); de regelen omtrent de slavernij en den slavéhandel; van de leer der exterritorialiteit ook bij schepen, en der beginselen omtrent zeerooverij en uitlevering van boosdoeners.

Het *vierde* en laatste hoofdstuk is uitsluitend gewijd aan de leer van *interventie*. Er wordt naauwkeurig opgespoord in welke gevallen en onder welke voorwaarden de inmenging in de binnenlandsche aangelegenheden van een vreemden staat voor geoorloofd moet worden gehouden. Bijzondere aandacht wordt geschonken aan de interventie om godsdienstige beweegredenen die binnen zeer enge grenzen wordt teruggewezen. De jongste eischen, door Rusland, betrekkelijk het protectoraat over de Grieksche Christenen in het Ottomanische rijk, aan de Porte gedaan, komen er natuurlijk bij ter sprake. De Schr. verklaart het oordeel over die eischen aan zijne lezers te willen overlaten en zich met eene uiteenzetting der daadzaken te vergenoegen. Doch zijne voorstelling is zoodanig, dat niemand er aan kan twijfelen, of de Czaar heeft groot ongelijk. Intusschen, schoon men als Nederlander voor het Westen partij kiest, omdat, waren wij nog eene groote zeemogendheid, de politiek der geallieerden de onze zou wezen, mag men billijkerwijze niet vergeten, dat Rusland's pogingen om Turkije te bemagtigen oneindig verschoonbaarder zijn dan het streven tot vergrooting van Frankrijk van eenen **LODEWIJK**

of *NAPOLÉON den Grooten* of dan de gewetenlooze mid-
delen vaak door Groot-Brittannië in het werk gesteld
om zijne kolonien uit te breiden of de heerschappij over
de zee te behouden. Als geen eigenbelang de verbonden
legers naar de Krim had gedreven, zou de regtvaardig-
heid van des Sultan's zaak het hebben gedaan?

Uit deze oppervlakkige analyse zal men althans den
rijksdom der stof en de systematische manier ontwaren.
Voortgezet en voleindigd gelijk het is begonnen wordt
het een klassiek werk. In geleerdheid doet de Schr.
voor de beste Duitsche auteurs niet onder en hij paart
er mede de voortreffelijke hoedanigheden van zijnen
landdaard. Nooit ontaardt zijne theorie in bloot wijsgee-
rige hespiegeling, maar houdt gestadig het praktisch
doel voor oogen. Zijne beginselen zijn te gelijk voor-
schriften en zijn werk niet slechts een leerboek der
wetenschap, maar bovenal eene instructie voor den
staatsman. Ook zijn stijl munt uit door helderheid, waar-
digheid en kracht. Moge hij dan, in het vaderland van
DE GROOT EN BYNKERSHOEK, een aantal lezers vinden.

Onder de kleinere vlekjes die ik opmerkte behoort
des Schr's. onbekendheid met onze jongste Grondwets-
herziening en tegenwoordige uitleverings-wet, mitsga-
ders de naar aanleiding van deze gesloten tractaten.
Althans hij zegt, dat onze Koning het regt van uitle-
vering heeft krachtens de Grondwet van 1815 en geeft
eene zeer onvolledige lijst onzer verdragen.

Met de zonderlinge waarschuwing onzer ministers van
buitenlandsche zaken en justitie van 15 April 1854
(*Staatscourant* n°. 91) (immers waar wordt in onze wetten
*roof gewapenderhand in volle zee op een vreemd
schip gepleegd* gestraft?), vergelijkte men wat de Schr.
zegt, pag. 394: The question remains, what is the cha-
racter affixed by the law to the vessel of a *neutral*
state armed as a privateer, with a commission from the

belligerent? That such a vessel is guilty of a gross infraction of International Law, that she is not entitled to the liberal treatment of a vanquished enemy, is wholly unquestionable, *but it would be difficult to maintain that the character of piracy has been stamped upon such a vessel by the decision of International Law.* M. ORTOLAN admits that this position cannot be, *though he desires that it should be, maintained.* Er zou dus op dien ministerieëlen vogelverschrikker nog wel wat vallen af te dingen.

J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO.

(ACADEMISCHE LITERAATUUR.)

J. L. WOLTERBEEK, *Proeve eener geschiedenis van de scheepvaart-wetgeving op den Rijn.* 1854. Utr. 148 pag. in 8°.

Bezit in het algemeen de geschiedenis der Rijnscheepvaart-wetgeving voor de beoefenaars der staathuishoudkunde en des internationalen regts een zeer groot belang, hare kennis mag voor den Nederlandschen staatsman onontbeerlijk worden genoemd. Door de uitgave dezer voortreffelijke proeve heeft dus de Schr. waarschijnlijk reeds velen aan zich verplicht. Hij levert toch een beknopt en zakelijk overzicht van de lotgevallen dier wetgeving, zoo voor als na de Fransche onwenteling. Het blijkt er weder uit, hoezeer de dusgenaamde revolutionaire theoriën, al mogen de middelen waarmede men ze in de eerste opgewondenheid trachtte door te drijven woest en gewelddadig geweest zijn, toch inderdaad ontsproten uit een juist besef der waarachtige behoeften van de tegenwoordige maatschappij en de nieuwe regtstoestand

dien zij te voorschijn riepen ver boven den vorigen is verheven door zuiverheid van beginsel en weldadigheid van gevolgen. De Schr. dringt ten slotte op algeheele vrijmaking der Rijnvaart aan. Om daartoe te geraken heeft men, z. i., deze twee punten in het oog te houden :

I. Afschaffing en opheffing van alle regten, tollèn enz. welke middellijk of onmiddellijk, in het belang van staats-, plaatselijke of bijzondere kassen geheven worden.

II. Zorg te dragen, dat de onkosten welke het gebruik van instellingen ten behoeve des handels en der scheepvaart noodzakelijk maakt zoo gering mogelijk zijn.

« De tijden die wij thans beleven, » zegt hij, « kenmerken zich, meer dan ooit de voorgaande, door eene ontzagwekkende ontwikkeling en uitbreiding van het verkeer der volken. Blijkbaar werkt *alles* te zamen tot de bereiking van één groot doel, *de vereeniging van de algemeene belangen der natien*, de uitbreiding des Christendoms, het doordringen van kennis en wetenschap tot de laagste klassen der maatschappij, hetgeen uit een staathuishoudkundig oogpunt de voortbrengende kracht in groote mate vermeerdert, de hiermede gepaard gaande vordeningen op den weg van kunsten en wetenschappen, die meer en meer in het belang en tot werkelijk heil der menschheid worden aangewend. De handel, als doel en beweegkracht tevens, is het voornaamste middel tot volvoering van dat groote plan gebezigd.

Die zich, door gehechtheid aan het oude, laat misleiden en door instandhouding der nog bestaande bezwaren zich aan deze vooruitgaande beweging onttrekt, blijft noodzakelijk verstoken van de grootte voordeelen, welke voor anderen daaraan verbonden zijn. Derhalve zij het oogmerk der verschillende staten aan den algemeenen vooruitgang deel te nemen. De middelen hiertoe aan te wenden, meen ik, voor zoover de oesterstaten van den

Rijn betreft, te hebben aangewezen. Niets verzet er zich dan tegen, dat de Rijn voor Duitschland de toegang tot den wereldhandel zij.»

Een vergelijkende staat van het goederen-vervoer op en afwaarts, over de jaren 1835—1853, bewijst: «*dat het handels- en scheepvaarts-keer op den Rijn toeneemt, naarmate het aan vrijzinniger wetgeving onderworpen is.*»

Voorts bevat het werkje 12 bijlagen.

J. K. v. d. C.

M. MEES, *de assecuratione in salvam navigationem quae dicitur*. 1854. RHTR. 98 pag. 8°.

Ofschoon onder Latijnschen titel is echter met bewilging van CURATOREN deze merkwaardige dissertatie over een interessant punt uit het handelsregt in het Hollandsch geschreven. Zij bestaat uit twee afdeelingen. In de eerste staat de Schr. al dadelijk stil bij art. 250 KPH. of het algemeen vereischte van belang of interest en wil het zoo opgevat hebben als stond er: indien de verzekerde *ten tijde van het voorvallen der schade* geen belang had. Ondertusschen zal toch wel het belang reeds tijdens het aangaan der verzekering, althans in het vooruitzigt, behooren te bestaan en niet volstrekt toevallig kunnen wezen. Wijders wordt ontvouwd hoe het bewijs van belang en van schade te leveren en aangewezen, dat bij verzekering van goederen de exceptie van onbewezen belang somwijlen zelfs aan den houder van het cognoscement kan worden tegengeworpen. Renuntiatio aan het bewijs van interest strijdt met de wet, ten zij men daarin slechts eene verplaatsing van den bewijslast zie, welke uitlegging echter in den

regel met de bedoeling van partijen niet overeenkomt. Daarna volgt een onderzoek naar den zin en beteekenis van verschillende bij zeeverzekering gebruikelijke bedingen als : *vrij van beschadigdheid*, iets anders dan schade of avarië; *vrij van schade en avarië*, van avarië en avarië *grosse onder 3 pCt.* en tegen *totaal verlies* waaronder het *verlies van de reis* niet is begrepen; eindelijk *op behouden aankomst*.

Hiermede is de weg gebaad voor de tweede afdeeling die *het beding van zeeverzekering op behouden varen* in het *bijzonder* ten onderwerp heeft. Het betoog strekt hoofdzakelijk om aan te toonen, dat, bij de mogelijke onstentenis van belang, dit beding niet meer eene ware verzekering, maar eene weddenschap behelst en het gevolg daarvan is, dat de verzekerde geene aanspraak in regten heeft en zich slechts kan redden door compromis op goede mannen, dewijl deze *ex aequo et bono* en niet volgens de wet regt spreken. Doch, naar het oordeel des Schr^s, kan de handel deze verzekering best missen en door de regelmatige *op behouden aankomst* vervangen. De clausulen die men bij verzekering *op behouden varen* op de polis zet worden duidelijks-halve in eene bijlage medegedeeld.

Het ligt buiten mijne bedoeling die stellingen des hoogst bekwamen Schr^s. waartegen bij mij bedenking bestaat opzettelijk te bestrijden. Eene enkele opmerking nemen echter voor lief. Het gaat niet aan het kenmerk van spel en weddenschap te zoeken in de onstentenis van belang. Spel of weddenschap is ondenkbaar zonder de bedoeling om te spelen of te wedden en die bedoeling kan aanwezig zijn, al is er belang; ontbreken, al is er geen belang. Een houder van aan uitloting onderworpen effecten kan wedden, dat zijne nommers dit jaar niet zullen uitkomen. Eene ware schenking kan afhangen van eene voor gever en begiftigde onverschillige voor-

waarde. Evenmin laat zich toegeven, dat elke der aan het spel deelnemende of in de weddingschap begrepen partijen iets zoude moeten wagen. Een der medespelers kan van de verplichting tot inzet worden vrijgesteld. Een dagblad dat voor de oplossing van een raadsel een prijs uitlooft. Waar van weerskanten iets gewaagd wordt, heeft men eene te zamengestelde of dubbele weddingschap, *eene stipulatio en restipulatio*. Maar de eigenlijke eenvoudige weddingschap is uit haren aard eenzijdig.

Men redenere zoo niet uit de onderstelling, dat verzekering zonder belang noodzakelijk zou wezen eene vermomde weddingschap. Dit is zij alleen, ingeval zij door beide partijen met de bepaalde bedoeling om te wedden gesloten is. Maar wanneer die bedoeling ontbreekt (en zij mag niet verondersteld, maar moet bewezen worden), dan moge het contract als verzekering zonder effect en, juist omdat partijen dat en geen ander contract hebben willen sluiten ook met de algemeene kracht der overeenkomsten niet te redden wezen, art 1825 B. W. althans staat den verzekerde dan niet in den weg en wordt beter geheel buiten de redenering gelaten.

J. K. v. D. C.

F. H. WESTERWOUT. *De matre, patri superstite, liberorum tutelam recusante*. 1854. L. B. 54 pag. in 8°.

Na eene beknopte schets der beginselen aangaande de moederlijke voogdij door de Romeinsche, Oud-Hollandsche en tegenwoordige wetten gehuldigd, betoogt de Schr., dat de moeder die, gebruik makende van de haar in art. 404 B. W. gegeven vergunning, de voogdij

niet aanneemt, desniettemin alle de regten behoudt aan de ouderlijke magt verknocht, en onderzoekt daarna de met opzigt tot zoodanige moeder zich voordoende, bekende en zeer betwiste rechtsvragen: vooreerst, of de opvoeding en de bepaling der verblijfplaats van het kind toekomt aan haar of aan den voogd? ten tweede, of zij de bevoegdheid behoudt bij uitersten wil een voogd te benoemen? en ten derde of het kind zijn wettig domicilie heeft bij haar of bij den voogd? De beide eerste vragen worden beslist ten voordeele der moeder; het domicilie gesteld bij den voogd.

Het stukje is netjes bewerkt en de redeneringen des Schr^s., schoon niet allen nieuw, zijn meestal gezond en overtuigend. Intusschen, wat de beantwoording van de tweede vraag betreft, kan ik mij moeilijk met zijn gevoelen vereenigen. Immers de ouderlijke magt, voor zoover men die als een eigenlijk regt mag beschouwen, daalt met de moeder ten grave. Art. 409 B. W. is uitsluitend in het belang des kinds geschreven, omdat de wet de liefde der ouders meer dan het oordeel des kantonregters vertrouwt. Van berooving van eengedeelte der ouderlijke magt, van straf zonder wet die ze bedreigt kan dus, m. i., geene sprake wezen. En het arg. a contr., uit de letter van artt. 411 en 412 B. W. getrokken, stuit op de ratio legis af. Want alleen daar waar door het overlijden van den langstlevende der ouders de voogdij openvalt komt de benoeming van eenen voogd, hetzij bij uitersten wil, hetzij door den kantonregter, te pas, maar tutorem habenti tutor dari non potest. « On «proposa,» zegt LOCRÉ op art. 399 C. C. *Esprit du C. C.* VI. 62, «de n'accorder à la mère le droit de «nommer le tuteur que lorsqu'elle même serait tutrice.»

C'est ainsi que la disposition a passé dans le Code.

On aperçoit très-bien, au surplus, le principe sur lequel elle est fondée. La faculté de donner un tuteur

étant une suite de la tutelle naturelle, il en résulte tout-à-la fois qu'on ne peut la refuser au père ou à la mère qui demeure tuteur, ni l'accorder à celui des deux qui cesse de l'être, parcequ'il perd le titre duquel seul il tenoit le droit de l'exercer. J. K. v. D. C.

C. BOSCH REITZ. *De duplici natura confiscationis.*
1854. L. B. 76 pag. in 8^o.

De Schr. loopt de geschiedenis der verbeurd-verklaring bij de Grieken, Romeinen, Duitschers, in Frankrijk, Belgie en ons vaderland door; doet zich kennen als een groot voorstander van de afschaffing der algeheele verbeurd-verklaring van goederen en onderscheidt die van bepaalde voorwerpen in de zoodanige die strekt om het voorwerp zelf buiten den handel te brengen en de zoodanige die wordt bedreigd als bijkomende straf. De eerste (waarvan als voorbeelden worden opgenoemd die van verraderlijke wapenen uit den C. P., van tirassen uit de jagtwet, of van quaren en handmolens tot handhaving van den accijns op het gemaal) treft het voorwerp zelf; de andere en verreweg meest gewone behoort alleen ten nadeele van den overtreder en niet ten koste van onschuldige derden te geschieden. Nu wordt onderzocht in hoever deze onderscheiding en hare gevolgen behoorlijk zijn in het oog gehouden in een aantal bepalingen van den C. P. en voorts in de wet van 25 Jan. 1817 *Staatsbl.* n^o. 5 op het kopij-regt, in de tegenwoordige jagtwet (door den Schr. in dit opzigt zeer geprezen) en in de Algemeene Wet van 26 Aug. 1822, *Staatsbl.* n^o. 38. Over art. 162 der Gemeentewet wordt niet gesproken, maar wel met eenige opmerkingen over artt. 11 en 12 van het Strafwetboek van

1847 besloten. Ofschoon er meer van het onderwerp te maken ware geweest, is de behandeling niet zonder verdienste.

J. K. v. D. C.

H. ENSCHEDÉ. *De iis magistratibus qui publice constituti sunt depositarii.* 1853. L. B. 131 pag. in 8°.

De Schr. beschouwt in zijn eerste hoofdstuk de openbare bewaarders in het algemeen en in de vijf volgende de notarissen, de griffiers, de ambtenaars van den burgerlijken stand, de hypotheek-bewaarders en de ontvangers: in die orde, dat telkens wordt gehandeld eerst over den ambtenaar, onderwerp van het hoofdstuk, in het algemeen en over de stukken door hem als zoodanig te bewaren; daarna over de verplichtingen, te dier zake op hem rustende; en laatstelijk, over de gevolgen en de straffen aan de verwaarloozing dezer verplichtingen verknocht. Een vrij naarstig overzigt van dat slach waarvoor een goede graad de beste belooning is.

J. K. v. D. C.

J. H. HOFMEYER. J. H. F. *De corruptionis crimine.* 1854. L. B. 42 pag. in 8°.

Over de omkoopning van ambtenaren naar de gewone historische reeks van regten genoeg om eene dissertatie geschreven te hebben. De Schr., genoodzaakt zijn vertrek uit het moederland te bespoedigen, verontschuldigt hiermede zijne vlugtigheid. Leest men dus aan het slot het gebruikelijke TANTUM, men vrage liefst niet QUANTUM?

J. K. v. D. C.

E. N. RAHUSEN, *De iure retentionis*. 1854. L. B.
98 pag. in 8°.

Op het practicum van Prof. DES AMORIE VAN DER HOEVEN was beslist, dat hij die regt van retentie heeft dit niet kan doen gelden ten nadeele eener faillite massa. Met deze beslissing kon de Schr. zich volstrekt niet vereenigen en vandaar dat hij het regt van retentie tot onderwerp zijner dissertatie koos. Hij behandelde het dus *con amore* en, daar hij tevens zeer goed met het Latijn overweg kan, heeft hij een opstel geleverd dat zich zoo door levendigen en bevalligen stijl, als door fiksche en helder betoog buitengemeen gunstig onder de akademische literatuur onderscheidt. De stellingen die hij achtereenvolgens verdedigt komen hierop neder:

In het Romeinsche regt was de retentie de vrucht der aequitas die steeds meer en meer het strictum ius overwon. Zij heeft dus denzelfden oorsprong als de compensatie van wie zij echter in werking verschilt. Haar orgaan was het b. f. iudicium, en de exceptio doli. Bij ons waar de regter de regtsmiddelen nooit mag aanvullen levert zij eene niet-ontvankelijkheid op. De Nederlandsche wetgever kende in onderscheidene gevallen dit regt uitdrukkelijk toe en men mag het daarbuiten niet uitbreiden of, op den enkelen grond van art. 1375 B. W., houden voor eene algemeene eigenschap der contracten. Het is eene gunst der wet ter liefde der billijkheid verleend. Het veronderstelt altoos eene hoofdschuld en is een indirect dwangmiddel tot en eene zekerheid voor de bekoming harer betaling. Het behoort uit zijnen aard tot de iura in re. Tusschen de zaak waarop en de schuld waarvoor het wordt uitgeoefend behoeft niet te bestaan connexiteit. Een ius singulare in deze stof behelst L. un C. *Etiam ob chirogr.* (8.27) en het aan dit rescript ontleende art. 1205 B. W. Het

wordt echter niet door eene genoegzame reden geregtvaardigd. Het regt van retentie is voorts louter feitelijk en negatief en duurt voort zoo lang de hoofdschuld bestaan en de zaak in des schuldeischers magt blijft. De regtsvordering des eigenaars verjaart door dertig jaren. Het regt van retentie nu kan ook aan derden worden tegen-gevoerd, b. v. aan de concurrerende schuldeischers eener faillite massa, aan een hypotheekaris, ingeschreven na de verkrijging der retentie, of aan een arrestant. Ook kan de eigenaar het niet doen ophouden door het aanbieden van zekerheidstelling. Eindelijk is het naauw met het pandregt verwant en vooral historisch vaak de aanleiding geweest waaruit zich later een privilegie ontwikkelde.

Ten slotte vindt men eene arbitrale uitspraak van vijf Amsterdamsche kooplieden van 25 Maart 1853.

Naar men ziet, zijn er onder de stellingen des Schr. die met regt paradox mogen heeten en het ware dus te wenschen, dat hij ze met hetzelfde talent nogmaals uiteenzette in eenen vorm beter dan eene academische dissertatie tot het uitlokken van polemick geschikt.

J. K. v. d. G.

H. N. GROBBÉE, *de condemnatorum restitutione (sive rehabilitatione) in iure criminali*; 61 pag. 8°. L. B., 1854.

Alvorens de geschiedenis en den positief-regtelijken aard van het door hem ter behandeling gekozen regts-instituut na te gaan, handelt de schrijver in het eerste hoofdstuk zijner proeve *de notione et indole hujus instituti*.

Rehabilitatie wordt door den heer GROBBÉE genoemd: herstelling in de, bij regterlijk vonnis beperkte, regts-bevoegdheid (*status per sententiam iudicialeminuti redintegratio*). Die beperking kan zoowel bij

vonnis van den burgerlijken regter als bij vonnis van den strafregter plaats hebben. Van daar, dat het er ook in het burgerlijk regt sprake kan zijn van rehabilitatie (art. 892 — 899 Kooph.). De schrijver echter, bepaalt zich bij de rehabilitatie uit een strafregterlijk oogpunt beschouwd. Na die verklaring is het tamelijk overbodig, waar hij in de volgende § het verschil uiteen zet tusschen het door hem behandelde en *daarmede verwante* rechts-instituten, eenige bladzijden te wijden aan de *in integrum restitutio*, die het onderwerp uitmaakt van de eerste titels van het vierde boek der Pandecten. Waarlijk er is geen vrees voor verwarring, al wordt het verschil niet aangetoond.

De schrijver houde het mij ten goede, als ik meen, dat ook in zijne historische beschouwing der rehabilitatie de afdeeling gewijd aan het *Ius Romanum*, gemist had kunnen worden, tenzij het geheele onderwerp op ruimere schaal was behandeld. Het begrip van rehabilitatie, zoo als dit wordt opgevat door den Code d'Inst. Crim., is aan het Romeinsche regt — de heer GROBBÉE begint met dit te erkennen — geheel vreemd. Het «*ius romanum*» verklaart hier het latere regt niet, en het is door den schrijver te oppervlakkig behandeld, om op zich zelf belangrijk kunnen genoemd te worden. Veel beter gelukt schijnt mij de tweede afdeeling van het tweede hoofdstuk, waarin wordt gehand over het «*ius Gallicum*,» eerst volgens de Ordonnantie van 26 Aug. 1670, daarna volgens den Code van 1791, en eindelijk volgens den Code van 1808, met de daarin in 1832 en 1852 gebragte veranderingen. Dat het «*ius Germanicum*» slechts eene halve bladzijde vult, is niet vreemd. De rehabilitatie wordt in Duitschland algemeen beschouwd als «*eine Art Begnadigung*» en in de wetgevingen — op enkele uitzonderingen na — niet afzonderlijk behandeld. Vgl. v. JAGEMANN und BRAUER, *Criminallexikon* in in vocibus: *Begnadigung* en *Wiederbefähigung*.

Het derde Hoofdstuk (*ius nostrum*) bevat eene doorloopende niet onverdienselijke aanteekening, op de Wet van 10 Junij 1840 (*Stbl. n. 26*) houdende den 7den titel van het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht: *van herstelling van veroordeelden of rehabilitatie*, — gevolgd door eene korte vermelding der wijzigingen, die ook deze titel in het jaar 1847 heeft ondergaan. Ofschoon schijvers aanteekening op de Wet van het jaar 1840 grootendeels van kritischen aard is, en daaruit alzoo zijne denkbeelden over het *ius constituendum* reeds ten deele kunnen worden opgemaakt, heeft hij het niet ondienstig geacht, deze in eene meer geregelde volgorde mede te deelen in zijne «*conclusio*». Hij wil de rehabilitatie naast het regt van gratie in de wet gehuldigd en geregeld hebben; het verleenen van rehabilitatie wil hij opdragen aan de Arrondissements-Regtbanken, echter niet zonder goedkeuring des Konings, even als die volgens de Wet van 1840 werdt vereischt op de «*brieven van herstelling*» door den Hoogen Raad verleend. In die goedkeuring des Konings wil de heer GROBBÉE echter, niets anders gezien hebben dan eene loutere formaliteit, — «*facile apparet assensum regis mere solennitatis gratia requiri darique*». Ik voor mij zoude van oordeel zijn, dat men kiezen moet tusschen twee stelsels. Behoort het verleenen van rehabilitatie meer eigenaardig tot den werkring der regterlijke magt — wat ik hier niet zal beslissen — van waar dan het groote bezwaar om den regter, die in naam des Konings de straf heeft uitgesproken, mede in naam des Konings de ontheffing van de gevolgen dier straf, op de wijze door de wet geregeld, te laten uitspreken? Wil men daarentegen den Koning doen *beslissen* na ingewonnen advies der regterlijke magt, dan volge men denzelfden weg als bij het verleenen van gratie, maar in geen geval mag een koninklijk praerogatief — zoo men dit in beginsel aanneemt — ontaarden in eene ijdele formaliteit

De verdere beschouwingen des schrijvers betreffen de wettelijke vereischten tot het verkrijgen van rehabilitatie, en de plaats, die deze instelling in de geschrevene wetgeving moet innemen. Zij zijn der overweging wel waardig.

Ten slotte wijdt de heer GROBBÉE een paar bladzijden aan de in mijn oog meer betwiste dan betwistbare vraag, wat, in afwachting van eene wettelijke regeling, thans regtens is omtrent de rehabilitatie. Men kent de leer van den Hoogen Raad, gehuldigd bij arresten van 23 Febr. 1841 en 28 Febr. 1843, het laatste alleen schijnt den schrijver bekend te zijn (1) — »dat rehabilitatie door den Koning, uit kracht van Hoogstdezelfs regt van gratie, kan worden verleend». Die stelling, door sommige schrijvers, laatstelijk nog door den heer VAN DEINSE, in zijne *Algemeene Beginselen van Strafregt*, § 446, verdedigd, wordt door den schrijver, naar het mij voorkomt zeer te regt bestreden. Jammer, dat deze belangrijke vraag door den heer GROBBÉE met groote vlugtigheid wordt behandeld, zonder dat hij bekend schijnt te zijn geweest met het grondige betoog van Mr. G. D(ERHUIS), voorkomende in de *Opmerkingen en Mededeelingen*, jaarg. IX, p. 247 sqq., onder het opschrift: *Is het middel van rehabilitatie met onze wetgeving bestaanbaar?* Bij de vele gronden door dezen ervaren regtsgeleerde voor de ontkenkende beantwoording dier vraag aangevoerd, waag ik het nog dit te voegen. Zoo lang de eerloosheid (*infamia*) niet aan *bepaalde misdaden*, maar, naar het stelsel van den C. P., aan *bepaalde straffen* verknocht is, gaat het niet op van de bevoegdheid, om kwijtschelding der straf met de daaraan verbondene eerloosheid te verleenen, te besluiten tot de bevoegdheid om de straf

(1) In dit Arrest is de vraag slechts *implicite* uitgemaakt. Minder juist is dan ook schrijvers aanmerking, dat de H. R. geene argumenten voor zijne leer zoude geven. Die argumenten kan men vinden in het vroegere Arrest, dat de vraag *explicite* beslist.

van de eerloosheid te scheiden. De straf, en niet de misdaad, maakt eerloos. Daaruit volgt, dat gratie alleen de eerloosheid opheft, omdat zij de straf kwijtscheldt, en dat zij daarom niet kan ingrijpen in de gevolgen door de wet in het algemeen belang aan de toepassing der straf verbonden. Het is geheel iets anders, iemand gratie te verlenen van de opgelegde tuchthuisstraf, omdat *de misdaad*, door hem gepleegd daartoe aanleiding schijnt te geven; geheel iets anders hem, nadat hij eenige jaren in een tuchthuis heeft doorgebracht, van de eerloosheid te ontheffen, omdat *de straf* hem niet eerloos heeft gemaakt, of hij zich later van die smet heeft gezuiverd. Zoo werd het ook begrepen door RAUTER, waar hij leert (II, n^o. 862): »Les conséquences juridiques morales de la condamnation, si elles ont déjà frappé le condamné gracié subsistent depuis la grâce accordée; mais le condamné gracié avant l'exécution n'est pas frappé d'infamie.»

A. A. DE PINTO.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

Het van regeringswege opgemaakt verslag ten geleide van de geregtelijke statistiek des koninkrijks over 1853 ziet het licht. Het omvat ook de regtspraak van het hoog militair gerechtshof en der krijgsgaden, zoo te land als ter zee. Deze statistieke arbeid wekt toenemende belangstelling, naar mate hij reeds over eenige jaren loopt (van 1847—53) en dus meerdere punten van vergelijking oplevert. Hij is bovendien blijkbaar met veel zorg bewerkt.

— Wij meenen de aandacht onzer lezers te moeten vestigen op het jongste verslag omtrent den staat van het onderwijs, over 1853—54. De berigten daarin betrekkelijk de hoogeschole zijn in het algemeen en bijzonder het eigenlijk universiteits-onderwijs uitvoeriger; zij bevatten inlichtingen omtrent de door eene commissie der Tweede Kamer aangewezen punten, welke, ook naar het inzien der regering, de belangstelling verdienen, zoo als het behartigen der mathematische studiën, het gebruik der landtaal bij de lessen, de zienswijze der juridische faculteiten ten aanzien der studie van het regt, het min of meer nuttige van het uitschrijven van prijsvragen, het bijwonen der lessen door de studenten, het gebruik maken van de Nederlandsche universiteiten door vreemdelingen enz. Het uitschrijven van prijsvragen wordt, over het algemeen, als hoogst nuttig

beschouwd en aangeprezen. De faculteit der regtsgeleerdheid komt bij de drie hooge scholen in de hoofdstrekking overeen, namelijk «om in de hooge school te zien niet eene school, waarin men zich ten spoedigste tot een of ander beroep tracht bekwaam te maken, maar eene instelling van hooger onderwijs tot vorming en opleiding van wetenschappelijke mannen.» Hooge prijs wordt gesteld op de beoefening van het Romeinsche regt, en de, ter goede kennis daarvan, onmisbare klassische oudheidkunde. Loutere wetgeleerdheid wil men niet aangekweekt hebben, maar laat ook niet onopgemerkt, «dat uit de vermeerdering en uitbreiding der wetenschappen, behoorende tot het hedendaagsche maatschappelijke leven, en vooral uit de ontwikkeling van het eigen nationaal regtswezen, andere eischen voor den regtsgeleerde voortvloeijen dan die, welke hem vroeger gedaen konden worden; toen de vormen van het maatschappelijk bestaan der volken, en vooral hunne regts-instellingen, nog op de traditie der oudheid geënt waren.» (Facult. v. Leijden.)

«Zal intusschen (spreekt die uit Utrecht) de beoefening van het in Nederland bestaande zoowel burgerlijke als strafregt niet eenzijdig zijn, dan behoort er, volgens de faculteit, niet slechts gevraagd te worden naar de Romeinsche bestanddeelen van het regt, maar moeten ook vooral de germaansche en oud-vaderlandsche regtsbegrippen opgespoord en verklaard worden. Uit deze ontspringt eene bron van kennis, welke, naar het oordeel der faculteit, zoo al niet door de hoogleeraren, die veelal door buitengewone lessen in het ontbrekende trachten te voorzien, dan toch bij de verordeningen op het hooger onderwijs tot dus verre te zeer is veronachtzaamd.»

«De strekking van het onderwijs is en was steeds (zegt de Facult. van Groningen) om het groote onderscheid tusschen bloote wetgeleerdheid en ware regtsgeleerdheid te doen kennen en om telkens op het onontbeerlijke van naauwkeurige, historische, antiquarische en grammaticale kundigheden te verwijzen, als op den eenigen weg, welke zo9 velen in Nederland ten allen tijde den roem van uitstekende juristen deed verwerven.

«De Faculteit verklaart voorts in 't algemeen, dat de vorming van Vaderlandsche regtsgeleerden in den ruimsten zin van het woord, door middel niet alleen van academisch onderwijs, maar ook van opleiding, bij haar op den voorgrond staat; dat daaraan hare openbare en bijzondere lessen, haar omgang met de studenten dienstbaar worden gemaakt.»

Het getal ingeschreven studenten bedroeg op 30 December 1853.

	Gezamenl. In de regtsgel.	
Leijden.	643	270
Utrecht.	489	179
Groningen.	264	97

THEMIS

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Tweede Deel.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *Beschouwingen over de regtsper-
soonlijkheid der vereenigingen, vooral met op-
zigt tot de geestelijke orden, door Jhr. Mr. C. J.
VAN NISPEN TOT PANNERDEN, Substituut-Officier
van Justitie bij de Arrondissemens-Regtbank te
's Hertogenbosch.*

Het hoofdoel is, al te groote vermeer-
dering van goederen in de doode hand
te keeren.

DE BRAUW.

In eene reeks van verhandelingen hoop ik de werking van de thans aangenomen wet tot regeling en beperking der uitoefening van het regt van vereeniging en vergadering te beschouwen.

Ik vang aan met die voorschriften, welke invloed het spoedigst zal worden gevoeld. Het zijn die over de regtspersoonlijkheid der vereenigingen. Onder de onderscheiden soorten van associaties geef ik de eerste plaats aan de geestelijke orden.

Overwegen wij haar tegenwoordigen regtstoestand, de wenschelijkheid om uitbreiding harer bezittingen te keeren of te begunstigen en den invloed, dien de nieuwe

wet op den aanwas van bezittingen in de doode hand uitoefenen zal.

Onverdeelde goedkeuring zal aan mijne beschouwingen wel niet ten deel vallen. Bij de groote verscheidenheid van inzichten, die onlangs gebleken is over dit onderwerp te bestaan, zou het eene ijdele poging zijn naar algemeene toejuiching te streven. Maar ik vlei mij dat men het geschrevene zal opvatten als eene wel vrijmoedige, maar tevens bescheidene uiting van mijn gevoelen. Zoo tegen mijne bedoeling eenige scherpe uitdrukking uit mijne pen mogt vloeijen, verzoek ik mijne tegenstanders deze vooral niet als gerigt tegen hun persoon te beschouwen. Ik heb het voorregt genoten onder hen, wier zienswijs ik weet met de mijne te strijden, mannen te leeren kennen, wier karakter en maatschappelijke deugden ik ten hoogste vereer. Het zou mij grieven deze ook maar in de verte te kwetsen. Maar wáár het zaken, geen personen geldt, kan een eerlijk man van een ander de opoffering zijner overtuiging niet verlangen. Dat ik de mijne onbewimpeld voordrage, zal mij, vertrouwd ik, door niemand euvel geduid worden.

Er is nog eene opmerking, die aan dit vertoog vooraf moet gaan. Menige stelling wordt thans als onbetwistbaar neêrgeschreven, welker waarheid ik in mijne proeve *over het regt van vereeniging en de burgerlyke regtsbevoegdheid van vereenigingen als regtspersonen beschouwd* meen aangetoond te hebben. Eene herhaling der toen ontwikkelde gronden zou voor hen, die het vroeger geschrift met eene lezing vereerd hebben, noodeloos zijn, terwijl zij voor het groot aantal dergenen, die in mijne beschouwingen geen belang stellen, gewis ook zonder nut ware.

«Nederland heeft eene zoo slordige, onvolledige, gebrekkige wetgeving dat bijna alle beschaafde landen «van Europa ons vooruit zijn,» schreef eenmaal de

BOSCH KEMPER. Ik geloof niet dat de geleerde schrijver hetzelfde oordeel zou vellen over onderscheiden wetten, sinds dien tijd tot stand gekomen. Zeker zou dit oordeel hoogst onbillijk zijn over de wet, die thans ons onderwerp regelt. Zij moge niet alles geregeld hebben wat er meê in verband staat, ik geloof niet dat men in eenig land eene zoo volledige verordening vinden zal. Een voorbeeld van eene, die meer vrijheid geeft, zal men gewis niet leveren. Schoon ik geen lofrede op elk der aangenomen bepalingen zou willen houden, heeft het geheel al mijne sympathie. Die eene afkeuring onzer verordening begeert te lezen, legge deze verhandeling ter zijde.

Dan zij werkt, althans wat de regtspersoonlijkheid betreft, niet op vereenigingen vóór hare invoering tot stand gebracht. Onderzoeken wij, alvorens hare bepalingen te ontleden, welke associaties thans reeds als zedelijke lichamen tot de uitoefening van burgerlijke regten bevoegd zijn.

I.

In de eerste plaats zij onze aandacht gewijd aan de associaties, welke vóór de invoering der tegenwoordige wet ontstaan zijn.

Volgens beginselen van transitoir regt en volgens de bepaalde verklaring des Ministers moet de regtstoestand van alle vereenigingen naar het oogenblik harer oprigting beoordeeld worden.

Vereenigingen opgericht vóór de invoering van het Burg. Wetb., missen regtspersoonlijkheid, zoo zij die niet uitdrukkelijk erlangd hebben.

Geoorloofde vereenigingen daarentegen, gevormd onder de heerschappij van het aangehaalde Wetboek, zijn zonder erkenning van overheidswege tot de uitoefening van burgerlijke regten bevoegd.

Ongeoorloofde vereenigen hebben die bevoegdheid niet. Haar bestaan is een feitelijk, geen regtsbestaan. Associaties, die vallen in de termen van art. 291 sqq. van den Code Pénal en geen verlof der Regering erlangd hebben, zijn geene zedelijke lichamen. Op geestelijke orden kan de aangehaalde bepaling niet ligt van toepassing zijn (1). Deze worden beheerscht door de Keizerlijke Decreten van 14 Nov. 1811 en van 3 Jan. 1812 (2), en door de Wet van 18 Germinal an X.

De Keizerlijke Decreten waren verbindend tot de invoering der nieuwe wet. De gronden, waarmede ik deze meening staafde (3), hebben geen weêrlegging gevonden. Alleen verklaarde de *Tijd*, Noord-Hollandsche Courant (4), een ander gevoelen over onze vraag te koesteren, zonder echter eenig argument er voor aan te voeren. Met de *Tijd* stemde de heer MEEUSSEN (5) in. Hij beriep zich op FORTUIN. Dat deze de Decreten onverbindend zou hebben geloofd, kan ik niet toestemmen. Verordeningen, die vervallen waren, mede te deelen, lag niet in zijn stelsel. Bovendien zegt hij in zijne aantekening (6) op het Decreet van 14 Nov. 1811: «Of-
«schoon er vele tijdelijke verordeningen in voorkomen,
«deelen wij het echter om den zamenhang, en tevens
«als eene der belangrijkste verordeningen van dit tijd-
«perk, in zijn geheel, mede.» Er is wel veel tijdelijks in, dit verdient echter in zamenhang met het overige, van blijvenden aard beschouwd te worden. Het hoofdbeginsel bleef werken. Ziedaar zijne meening. Ik ver-
eenig er mij geheel mede. Dat er onder de gegeven

(1) Proeve, bl. 22.

(2) FORTUIN, III, bl. 383 en 384.

(3) Proeve, bl. 23 sqq.

(4) Zitting der 2de Kamer van 24 Aug. 1853, n^o. 1925.

(5) Zitting der 2de Kamer van 8 Maart 1855.

(6) III, bl. 383.

voorschriften waren van tijdelijken aard, b. v. die omtrent de uitkeering van jaargelden aan de leden der opgeheven orden, betwist niemand. Maar het verbod tot oprigting van geestelijke vereenigingen was blijvend. Er is nog eene omstandigheid, die ons de meening van FORTUIJN doet kennen. Alle geestelijke orden waren in Frankrijk verboden. Maar het Decreet van 18 Febr. 1809 schreef eene uitzondering ten voordeele van de zusters van liefde. Bij zijne aanteekening op dit Decreet (1) verklaart hij uitdrukkelijk het als niet vervallen te beschouwen. Zoo de algemeene verbodsbepaling niet bestond, kan er van eene gunstige uitzondering wel geen spraak zijn.

Over de verklaring der aangehaalde Decreten kan met meer grond verschil van gevoelen bestaan. Zij kwamen mij voor alleen de oprigting te verbieden van de geestelijke orden, welke den 3 Jan. 1812 in Nederland gevestigd waren. Art. 1 van het Decreet, dat de aangehaalde dagteekening draagt, luidt: «Les corporations «de religieux et religieuses et ordres monastiques dotés «ou mendians, existants dans les département réunis en «vertu des décrets des 24 Avril, 15 Mai, 9 Juillet, 12 «Novembre et 13 Décembre 1810, sont et demeurent «supprimés.» Houdt men zich aan de letter van het Decreet, zoo zijn alleen die orden verboden, welke op het opgegeven tijdstip in de bedoelde landen bestonden. Het is alsof de in die oorden aanwezige orden met name opgeheven waren. Vul de namen der toenmaals gevestigde associaties in, en uwe omschrijving van het aangehaald art. zal juist met de letter overeenstemmen.

De hoogleeraar VAN HALL heeft eene derde verklaring voorgedragen. Hij ontvouwde de meening dat onze verordening *alle* geestelijke vereenigingen verbood. Het was vooral op den geest der wetgeving, dat hij zich

(1) III, bl. 40.

grondde. Gaarne verklaar ik zijne uitlegging de meest rationele te gelooven. Met de woorden der wet kan ik ze echter bezwaarlijk overeenbrengen. Verschillend zal wel de beslissing zijn naarmate men de letter of wel den geest der wetgeving tot rigtsnoer kiest.

Het zou een werk van grooten omvang zijn te onderzoeken, welke geestelijke orden in de straks genoemde landen gevestigd waren. Genoegzame bouwstoffen bezit ik er niet voor. De vraag schijnt mij trouwens van geene groote praktische waarde, wijl er tot voor korten tijd nog eene andere bepaling bestond, die ongetwijfeld het vormen van alle geestelijke vereenigen verbod.

Art. 11 der Wet van 18 Germinal an X, afgeschaft bij de invoering der Wet op de kerkgenootschappen, luidde : « Les archevêques et évêques pourront avec l'autorisation « du gouvernement, établir dans leurs diocèses des cha- « pitres cathédraux et des séminaires. *Tous autres éta- « blissemens ecclésiastiques sont supprimés* » (1).

Wie aan den zin dier bepaling twijfelt, leze het merkwaardig verslag van PORTALIS, den ontwerper der wet, tot hare toelichting den eersten Consul aangeboden. Er waren bedenkingen tegen onze bepaling geopperd door mannen, die van oordeel waren dat de geestelijke orden niet zonder tusschenkomst van het geestelijk gezag mogten opgeheven worden. Na de bezwaren in korte woorden voorgedragen te hebben, ontvouwt hij breedvoerig het regt van den Staat om aan associaties, als de bedoelde, toelating te weigeren en de noodzakelijkheid, waarin men verkeerde, om van dat regt gebruik te maken. Welligt vindt men de keus van het woord *établissements* vreemd. In de Fransche taal wordt het meermalen van de inrig-

(1) Welligt is men verwonderd dat ik deze bepaling niet reeds in mijne « Proeve » mededeelde. Ik moet bekennen dat zij mij ontsnapt is. Ook aan mijne recensenten is zij gebleken onbekend te zijn.

tingen der geestelijke orden gebezigd. In dien zin vindt men het vaak bij DE LA CHALOTAIS, Procureur-Generaal bij het Parlement van Bretagne, in zijn *premier compte des institutions des Jésuites*; ook in het Edikt van LODEWIJK XV van 1749, voorts bij MERLIN en bij PORTALIS.

Uit het voorgedragene blijkt dat verbod van alle geestelijke orden regel is. Kan het ons bevreemden zulk een voorschrift in de hier te lande executoir-verklaarde Fransche verordeningen aan te treffen? Het gansche Keizerrijk moest aan dezelfde wetgeving onderworpen worden. Een der grondbeginselen van het Fransche stelsel, in een aantal verordeningen geschreven, was de opheffing der geestelijke orden. Op dit punt was NAPOLEON niet minder naauwgezet dan het Republikeinsch Bestuur. Wat zou hem bewogen hebben voor de Hollandsche departementen eene uitzondering te maken? Ontzag voor den geest der bevolking welligt? Zij was hier voorwaar den kloosters niet gunstig. Ook lag toegeven aan de begeerten der menigte gewis niet in 's Keizers aard.

De aangehaalde wet van 18 Germinal is ingetrokken bij de wet op de kerkgenootschappen (1). De associaties, opgericht in den tijd tusschen den aanvang van de werking dier wet en de wet die thans het onderwerp regelt, moeten alleen naar de Keizerlijke Decreten beoordeeld worden.

Het algemeen verbod lijdt eenige uitzonderingen. Art. 2 van het aangehaald Decreet van 3 Jan. 1812 zegt: «Ne sont point compris dans le présent décret «les congrégations, dans lesquelles on ne fait pas de «vœux perpétuels et dont les individus sont uniquement «consacrés par leur institution soit à soigner les malades, «soit au service de l'instruction publique;» een bijzonder voorschrift, dat ook de algemeene bepaling der

(1) *Sébl.* 1253, n^o. 102, art. 14.

wet van 18 Germinal wijzigt. Er zijn twee vereischten: geen eeuwigdurende geloften en eenvoudige toewijding aan de verzorging der zieken of aan de dienst van het openbaar onderwijs. Beide vorderde ik reeds in mijne Proeve (1). De voorstelling van den schrijver in de *Tijd* (2), is onjuist, als hij hier twee categorien opnoemt en mij doet zeggen dat de vereenigingen, waarin men geen eeuwigdurende geloften doet en die, welker leden eenvoudig zich toewijden aan de verzorging der zieken of aan de dienst van het openbaar onderwijs, geoorloofd zijn. Beide vereischten werden niet alleen in de met het Keizerrijk vereenigde landen gevorderd. Ook in Frankrijk werden er geene andere geduld. Eeuwigdurende geloften werden geacht met de beginselen der wetgeving te strijden. Dat zij uitgesloten bleven, werd steeds op den voorgrond gesteld (3). Van den bedoelden aard zijn de *congrégations* ou *maisons hospitalières de femmes*, nader geregeld bij Keizerlijk Decreet van 18 Februarij 1809 (4). Goedkeuring en plaatsing der statuten in het *Bulletin des Lois* werd bevolen, gelofte voor langer dan vijf jaar verboden en het beheer der goederen onderworpen aan de algemeene voorschriften nopens de instellingen van weldadigheid.

Bij Decreet van 8 Nov. 1809 (5), werd dat van 18 Febr. deszelfden jaars ook op de zusters van liefde van de orde van den H. Vincentius van Paula toegepast. In overeenstemming met deze voorschriften vorderde onze Regering in 1820, bij schrijven van den Directeur-

(1) Bl. 27.

(2) van 24 Aug. 1853 n^o. 1925.

(3) Verslagen van PORTALIS.

(4) FORTUJN, III, bl. 41.

(5) FORTUJN, III, bl. 62.

Generaal voor de zaken der Catholijke eeredienst (1), van de geestelijke vereenigingen van vrouwen, gevormd tot opvoeding der jeugd, dat zij binnen vijf maanden hare statuten ter goedkeuring zouden inzenden. Zij verklaarde voorts die, welke aan deze uitnoodiging vóór den 1 Jan. 1821 niet zouden voldaan hebben en die, waarin men in strijd met 's lands wetten eeuwigdurende geloften mogt hebben afgelegd, zonder genade te zullen ontbinden. Het meerendeel der religieusen schijnt aan 's Konings verlangen voldaan te hebben. Althans het IXde Deel van het *Bijv. tot het Stbl.* (2), bevat een uitvoerigen staat van de in het rijk gevestigde vrouwenkloosters, terwijl bij de meeste vermeld wordt dat de statuten door de Fransche of door de Ned. Regering goedgekeurd waren. Onder de vermelde behooren alleen de vereenigingen te Oosterhout in N.-Braband, wier statuten reeds bij Keizerlijk Decreet van 12 Nov. 1811 goedgekeurd waren (3), en te Grubbenvorst in Limburg, welker statuten niet blijken goedgekeurd te zijn, tot de Noordelijke Provinciën. Beide bestaan nog. Of voor het laatste bij een nader Kon. Besl. goedkeuring der statuten gegeven werd, is mij onbekend.

Niet minder strookte met de ontwikkelde beginselen, de opmerking van den Directeur-Generaal in zijn reeds vermelden zendbrief, dat de vereenigingen, die zich zonder doel van algemeen nut aan een beschouwend leven wijdten, geen verlof erlangen konden. Het was de wil van den Koning dat zij langzamerhand zouden uitsterven. Waarschijnlijk deinsde men terug voor den harden maatregel der ontbinding, die anders door het

(1) *Bijv. tot het Stbl.* dl. VII. S. II. bl. 1134. Men verg. voorts Kon. Besl. van 1 Febr. 1824 (*Stbl.* n^o. 20).

(2) S. III. bl. 2083.

(3) *FORTUYN*, III, bl. 333.

strengere recht geboden werd. Onder de hier bedoelde soort noemt de Staat in het *Bijv. tot het Stbl.* (1), vrouwenkloosters te Megen, Deursen, Haren, Uden en Boxmeer, mannenkloosters te Megen, Uden, Velp, Boxmeer en St. Agatha in N.-Brabant en te Maseyk in Limburg.

Van de verordeningen uit den tijd van het Koninkrijk der Nederlanden verdient nog vergeleken te worden het Kon. Besluit van 21 Febr. 1826 (2), houdende verklaring dat de vereeniging van Christelijke broeders hier te lande niet kan toegelaten worden, terwijl voorts de verwijdering van buitenlandsche leden bevolen en den inlanders het dragen van het ordeskleed verboden werd. Elk lid der orde, zegt het aangebaalde Besluit, had bij geschrifte verklaard van een vreemd opperhoofd onafhankelijk te zijn. Toch erlangde men het bewijs, dat desniettegenstaande de vroegere betrekking tussehen den algemeenen overste buiten het rijk en de leden der broederschap hier te lande was blijven voortduren.

Van al de vermelde inrigtingen acht ik alleen die te Oosterhout in het genot der rechtspersoonlijkheid, vermits zij de éénige is, die aan het decreet van 1809 voldoet. Wel meenen sommigen — ik bedoel hier niet de besluiten van 1840, door den heer ELOUT vermeld — dat in later tijd door de Ned. Regering nog statuten van geestelijke zusters goedgekeurd zijn, maar ik vind die niet in het *Staatsblad*, dat de plaats van het *Bulletin des lois* vervangt. Toch werd de mededeeling langs dien weg bij het Keizerlijk Decreet uitdrukkelijk geboden; een zeer heilzaam voorschrift, waardoor derden in de mogelijkheid werden gesteld den persoon met wien zij handelden te kennen. Bij geheime maatregelen is men

(1) Blz. 2112 en 2114.

(2) *Stbl.* n^o. 7.

buiten staat inlichtingen te verkrijgen. Wie zal men aanspreken, bij het ontstaan van geschillen, de individuele leden dan wel het zedelijk ligchaam?

Zeg nu niet dat de Kon. Besluiten, houdende goedkeuring der statuten, de regtspersoonlijkheid verleend hebben niet volgens, maar met wijziging van het Decreet van 1809. Burgerlijke regtsbevoegdheid te verleenen geloof ik niet dat in de bedoeling der regering lag. Men dacht enkel eene geruststellende verklaring voor de belanghebbenden te geven, dat hare associatie door de politie niet zou worden gestoord. Grooter invloed kan aan soortgelijke Besluiten op geenerlei wijs toegekend worden. Zij zijn niet gepubliceerd en missen alzoo een vereischte, dat elke verordening behoeft om te werken. Maar al waren zij openbaar gemaakt, het zou geen verschil opleveren. Bevoegdheid tot uitoefening van burgerlijke regten kon, ook onder de vorige Grondwet, door den Vorst alleen niet geschonken worden. Het genot der burgerlijke regten, in het bijzonder de regtspersoonlijkheid, behoort door de wetgevende magt geregeld te worden. Het is een beginsel, dat algemeen aangenomen en met uitdrukkelijke woorden in de Grondwet geschreven is. Art. 5 der Grw. van 1815 zegt: «De oefening der burgerlijke regten wordt bij de wet bepaald;» art. 161 derzelfde Grw.: «Er zal worden ingevoerd een algemeen wetboek van burgerlijk regt;» met welke bepalingen artt. 5 en 146 der tegenwoordige staatsregeling overeenstemmen.

Sommigen zullen, de juistheid dezer redenering inziende, de quaestie op een ander terrein zoeken te verplaatsen. Men zal toegeven dat de besluiten geen regtspersoonlijkheid verleend hebben. Maar men zal de bevestiging voeren dat zij, naar aanleiding van art. 291 C. Pén, aan de betrokken associaties verlot tot bestaan gegeven en haar mitsdien geoorloofde vereenigingen

gemaakt hebben, welke aan art. 1690 B. W., en bij gevolg aan de wet, bevoegdheid tot uitoefening van burgerlijke regten ontleenen. Er is door mij betoogd — en men heeft het toegejuicht — dat het aangehaald artikel op de geestelijke orden niet van toepassing is. Deze worden door eene afzonderlijke wetgeving beheerscht, die in de wet van 18 Germinal, an X, en in de keizerlijke decreten vevat is. Ik voorzie, dat men ten slotte zal eindigen met ook de waarheid dezer stelling te erkennen. Maar zie hier het uiterste redmiddel, waarin toevlugt zal worden gezocht.

De wet van Germinal was alleen in een klein gedeelte des koninkrijks verbindende. De keizerlijke decreten konden bij koninklijk besluit afgeschafte worden, zoo niet altijd, althans waar het een onderwerp van politie-regt geldt, welks regeling door de vorige Grondwet den Koning overgelaten was.

Over de wet van 18 Germinal zal ik niet handelen, wijl de gronden, voor en tegen hare verbindende kracht aan te voeren, nog versch in het geheugen liggen, en wijl ik mij overtuigd houd, dat de Hooge Raad hare werking, tot aan de invoering van de wet op de kerkgenootschappen, erkennen zal.

Keizerlijke decreten, door den Senaat niet vernietigd, hadden kracht van wet en kunnen alleen door tusschenkomst van de wetgevende magt buiten werking gesteld worden. «Eene wet kan alleen door eene latere wet «hare kracht geheel of gedeeltelijk verliezen,» zegt art. 5 Alg. Bep. De leer, dat keizerlijke decreten in het algemeen bij koninklijke besluiten mogen gewijzigd worden, is door den Hoogen Raad der Nederlanden reeds opzettelijk overwogen en verworpen. Zeer te regt. Te zeggen dat onze Koning elk onderwerp kon regelen, waarin bij keizerlijk decreet voorzien was, is hem dezelfde magt toekennen, als de Keizer der Franschen bezat.

Intusschen is het boven aangehaald art. 5 Alg. Bep. van geen invloed op verordeningen, vóór 1 Oct. 1838 uitgevaardigd. De wet heeft geene terugwerkende kracht (1). Stel nu dat er — wat ik echter niet geloof — vóór het bedoelde tijdstip eenige geestelijke vereeniging bij Kon. Besl. toegelaten is. Zou zulk eene associatie geoorloofd zijn? Naar mijn oordeel zal het antwoord bevestigend zijn, zoo de Grondwet ons onderwerp aan de beschikking van den Vorst overliet. Verordeningen moeten alleen beoordeeld worden naar de staatsorde, die tijdens hare uitvaardiging bestond. Het kan geen verschil maken, dat eene vroegere wetgeving soortgelijke maatregelen aan andere magten opdroeg. Of zal b. v. de magt van den constitutionelen Koning beperkt zijn, omdat over eenig onderwerp, door de uitvoerende magt te regelen, in republikeinschen tijd bij besluit van het wetgevend ligchaam beschikt is? — Het voorgedragen stelsel, door HELLO (2) omhelsd, is ook hier te lande meermalen in toepassing gebracht. Maar de stelling, dat de vorige Grondwet de beschikking over de al of niet toelating van geestelijke orden aan den Koning opdroeg, mag betwijfeld worden. Over haar aanwezig te beslissen, is het recht van vereeniging regelen. De bevoegdheid der burgers om zich tot eene blijvende samenwerking met anderen te verbinden kan, in eene getemperde monarchie, niet afhankelijk worden gerekend van het goedvinden des Vorsten. Onze verordeningen handelen over een tak van het onderwerp, waarin voorts art. 291 sqq. Strafr. voorzien. Zoo de eerste bij koninklijk besluit konden afgeschafte worden, zal men, vóór 1838, hetzelfde moeten zeggen van de laatste, zoo niet wat de straf, althans wat

(1) Art. 4 Alg. Bep.

(2) « Du régime constitutionnel » (3de Parijsche nitgaaf) II, bl. 101 sqq.

de verbodsbepaling betreft. Stel b. v., dat het getal der personen in plaats van op 20 op 10 ware bepaald, of dat het verbod ware uitgestrekt tot vereenigingen, die geene vaste bijeenkomsten houden. — Logische redeneering leidt tot onze gevolgtrekking. Zal men volharden bij eene leer, die zulke uitkomsten heeft?

Ik kan mij niet vereenigen met de meening, dat het nemen van behoedende maatregelen, in het belang der openbare orde en veiligheid, zonder beperking, tot den werkring van het Hoofd van den Staat behoort. Maar zoo zij inderdaad alle bij maatregel van algemeen bestuur dienen getroffen te worden, is het grondwettig voorschrift, dat de Raad van State gehoord zij, in acht genomen?

Doch de strijd bepaalt zich niet enkel tot de geestelijke zusters. Men is van oordeel, dat er voorschriften bestaan van veel wijderen omvang. Besluiten, in het najaar van 1840 genomen, zouden aan alle destijds hier te lande gevestigde orden een wettig bestaan verzekerd hebben. Ik houd het er voor, dat zij van beperkter aard zijn. Er bestond in Noord-Brabant een toenmaals nog gering getal kloosters. Volgens den wil der regering van WILLEM I, moesten deze inrigtingen, door het uitsterven van de aanwezige geestelijke personen, te niet gaan. Nieuwelingen aan te nemen of religieusen van elders te laten overkomen, was verboden. WILLEM II zag in dat uitsterven geen haast. Hij vond er geen bezwaar in, dat men jeugdige kweekelingen in die gestichten opnam. Met deze voorstelling stemt die des ministers overeen (1).

Welke kracht zal men voorts toekennen aan besluiten, die *geheim gehouden* in plaats van *openbaar gemaakt* zijn?

Er zijn er, die aan de Fransche verordeningen verbindende kracht ontzeggen, omdat zij, schoon uitvoerbaar verklaard, nooit in werking gebragt zijn. Ik verwijs

(1) Zitting der Eerste Kamer van 20 April 1855, *Bijblad* bl. 125.

hen naar mijne vroegere weêrlegging dezer stelling (1) en naar de arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden over de bekende wet van 29 Nivôse, an XIII. Ook mag gevraagd worden of zij, met het verdedigen dier stelling, hun' vrienden dienst bewijzen. Zoo onze verordeningen als niet geschreven aangemerkt worden, gelden de oude Placaten.

Over de geestelijke orden handelen de Placaten der Staten-Generaal van 2 Dec. 1637 (2), van 16 Junij 1648 (3), van 5 Maart 1663 (4), van 4 April 1596 (5), van 26 Febr. 1622, 3 Sept. 1629, 30 Aug. 1641, 14 April 1649 (6), van 17 Aug. 1702 (7), van 19 Julij 1730 (8), van 25 Mei 1720 (9). Den tekst dezer verordeningen af te schrijven gedooft het bestek van een tijdschrift niet. De belangstellende lezer gelieve dien zelf te raadplegen. Ik bepaal mij tot enkele aanhalingen.

Sommige der verordeningen, uitgevaardigd vóór den vrede van Munster, blijken door de omstandigheden en door het oorlogsgevaar in het leven geroepen te zijn. Uit de motieven, die zij aan het hoofd voeren, zou men zelfs kunnen afleiden, dat het de bedoeling niet was ze na het eindigen van den krijg in al haar gestrengheid te handhaven. Dan het tegendeel is waar. Den 16 Junij 1648 — na de afkondiging van het verdrag van Munster —

(1) Proeve bl. 37 *sqq.*

(2) Gr. Pleb. I bl. 249 *sqq.*

(3) Gr. Pleb. I bl. 257 *sqq.*

(4) Gr. Pleb. II bl. 289 *sqq.*

(5) Gr. Pleb. I bl. 193 *sqq.*

(6) Gr. Pleb. I bl. 193 *sqq.*

(7) Gr. Pleb. V bl. 557.

(8) Gr. Pleb. VI bl. 359 *sqq.*

(9) Gr. Pleb. VIII bl. 279. Over de verklaring van deze verdient gelezen te worden eene Resolutie der Staten-Gen. in Gr. Pleb. IX bl. 175.

doelde voorregt genieten mogen, en de resolutie van 3 Maart 1747 (1) die, met wijziging van een vroeger besluit, de capitulatie van Breda verklaart ten voordeele van de vereeniging van Bagijnen, aldaar in 1246 opgericht door MECHTILDIS, vrouwe van GODEVAERT V, heere van Breda.

Bij de genoemde kan men een groot aantal Placaten van de Staten der Provinciën voegen, die in gestrengheid voor de vermelde niet onderdoen. De vraag rijst hoe desniettegenstaande — ik zeg niet enkele leden der verboden vereenigingen — maar zelfs geheele inrigtingen hier te lande gevestigd bleven. De geschiedenis en de wetgeving zelve geven het antwoord. De regenten, met de handhaving der wetten belast, waren niet altijd onomkoopbaar (2). Ook verloochenden de vervolgdten vaak hun karakter of stelden het althans in een onjuist daglicht.

Met het reeds vermelde Placaat van 19 Julij 1730, waarmede dat der Staten van Holland van 21 September 1730 (3) overeenstemt, treden de Catholijken in een eenigzins anderen toestand. Zij werden nog geen wettig erkend kerkgenootschap. Hunne Gemeenten bleven *collegia tolerata*, — werden niet *probata*, — en misten uit dien hoofde regtspersoonlijkheid. Intusschen werd thans de oogluiking omtrent de uitoefening hunner eeredienst, vroeger door zwakheid of omkoopning der bestuurders verkregen, door den wetgever veroorloofd. De verbodsbepaling ten opzichte van de Jesuiten en andere geestelijke orden werd echter met nadruk gehandhaafd. Priesters, wilden zij toegelaten worden, moesten bij geschrifte en op hun priesterlijk woord, voor plegtigen eede te rekenen, verklaren niet te behooren tot eenige orde van monniken.

(1) Gr. Pleb. VII bl. 603.

(2) Gr. Pleb. VI bl. 359 *sqq.*

(3) Gr. Pl. VI. bl. 367.

Themis, D. II, 2de St. [1855].

Gestrengeijk werd de stipte handhaving van 's wetgevers verordeningen bevolen. De regenten, die zich, om welke reden ook, tot oogluiking lieten verleiden, werden met afzetting ja met erger gevolgen bedreigd.

Van die inrigtingen, welke nooit geheel vernietigd zijn, verkeert het klooster van St. Agatha in den meest gunstigen toestand. Toch miste het even als de overige een wettig bestaan. In het Placaat van 19 Julij 1730, wordt het land van Cuyk uitdrukkelijk gezegd niet te behooren tot die streken, welke door hare capitulatie een bijzonder voorregt genoten. Er is nog eene afzonderlijke beschikking, waaruit blijkt dat onze inrigting alleen lijdelijk gedoogd werd. Den 28 Julij 1730 statueerden de Staten-Generaal: «Dat soo veel «aangaat het klooster van St. Agatha in den lande van «Cuyk, hetwelk aldaar tegens de Placaten van den «lande is gecontinueerd, en waarin nog eenige monniken zijn van de kruisbroeder-ordre, dat de monniken «die daarin tegenwoordig nog sijn, daarin sullen moogen blijven, maar sullen moeten uitsterven en door «geene andere moogen verwisselt of gesuppleert worden.» Men voegde er bij, dat, bij ontdekking van eenig bedrog door het aannemen van nieuwe leden, het klooster voor uitgestorven gehouden en de aanwezige monniken aanstonds verwijderd zouden worden. Den 21 April 1755 (1) veroorloofden de Staten-Generaal aan de kruisheeren van St. Agatha voor eenmaal om acht personen in plaats van de afgestorvenen aan te nemen. Wellicht was de bewering, door de kruisheeren bij hun verzoekschrift gevoerd, van te zijn reguliere kanunniken, geen monniken, niet zonder invloed op deze gunstige beschikking.

De schoone sexe is door onze voorouders steeds met

(1) Gr. Pleb. VIII bl. 301.

meer hoffelijkheid behandeld. De Placaten, welke ook de geestelijke zusters geboden te vertrekken, gaven haar althans een bekwamen tijd om zich voor de reis gereed te maken. Bij sommige, althans bij de laatste, der aangehaalde verordeningen werd haar niet het verblijf in deze landen, maar alleen de zamenwoning met meer dan twee in een huis ontzegd.

Zeg nu niet dat al de vermelde voorschriften door de staatsregeling van 1798 van werking beroofd zijn. Al wat de uitoefening der eeredienst betreft, heeft zij gewis gewijzigd. Maar de geestelijke orden hebben daarmee niets gemeens. Verboden vereenigingen vóór de constitutie van 1798, zijn zij door haar niet gewettigd. Haar 18de art. erkent het regt van *vergadering*, niet dat van *vereeniging*. Ook haar oorsprong leert ons dat zij de geestelijke vereenigingen niet gunstig kon zijn. Ontworpen zoo niet door, althans onder toezigt van den Franschen gezant DE LACROIX, ademde zij in haar hoofdtrekken den geest der bewindvoerders van onze zuidelijke bondgenoot; bewindvoerders, die gewis geen herstelling der kloosters begeerden.

Zoo naar mijn oordeel de bepalingen van het Bestuur der Vereenigde Nederlanden ons onderwerp regelden, zou ik ze uitvoeriger ontwikkeld hebben. Ik houd ze vervangen door de Fransche verordeningen. Ik heb alleen een beknopt overzicht der vroegere wetgeving willen leveren, om mijne tegenstanders in staat te stellen eene keus tusschen de verordeningen van oud vaderlandschen en die van uitheemschen oorsprong te doen.

Welke zullen de rechtsgevolgen zijn van handelingen door vereenigingen, onbevoegd tot uitoefening van burgerlijke regten, als juridische personen verrigt. Stel b. v. dat eenige geestelijke associatie goederen ten hate name verkregen heeft. Stel dat de koopacte en inschrijving in de registers het zedelijk ligchaam als verkrijger

vermelden; een zedelijk ligchaam, dat niet bestaat. Volgens art. 11 der tegenwoordige wet worden zij geacht de personen te volgen, die de overeenkomst gesloten en de goederen aanvaard hebben, al is het ook dat in de overeenkomsten en titels de handelende personen slechts als gemachtigden of beheerders der vereeniging aangewezen zijn. Maar de regten, verkregen vóór de invoering dezer bepaling, worden niet door haar geregeld. Een stellig voorschrift over ons geval ken ik in de vroegere wetgeving niet. De beslissing zal gegeven worden naar de algemeene beginselen van het Burg. Wetb. en van den Code Civil.

De persoon als eigenaar der goederen genoemd bestaat niet. Het is juist alsof een niet bestaand natuurlijk persoon, b. v. de wandelende jood, gezegd wordt regthebbende te zijn. Waar geen eigenaar is, behooren de goederen aan niemand. Art. 576 B. W. bepaalt: «gronderven en «andere onroerende zaken die onbeheerd zijn en geenen «eigenaar hebben, behooren aan den Staat.» Art. 539 C. G. zegt: «*tous les biens vacants et sans maître appartiennent «au domaine public*» en art. 713 C. G.: «*les biens qui «n'ont pas de maître appartiennent à l'état.*» Het vereischte dat de goederen geen eigenaar hebben is aanwezig. Maar zijn zij onbeheerd? Welk is de zin dier uitdrukking? Behooren de goederen alleen aan den Staat, zoo niemand er zich om bekommert? of is het voldoende dat er geen bezitter *animo domini* aanwezig zij? De geschiedenis raadt ons in dezen zin te beslissen. De oorspronkelijke redactie van het artikel gewaagde van liggende gronden en andere onroerende zaken, die geen eigenaar hebben. Bij de raadpleging in de afdeelingen van de Tweede Kamer werd de vrees geuit dat de Staat zich goederen zou toe-eigenen, sinds eene reeks van jaren door bijzondere personen bezeten, zonder dat deze een behoorlijken titel van eigendom in handen hebben. De bedenking was niet

ongegrond. Het artikel, zoo als het aanvankelijk gesteld was, kon ligt dus worden verklaard dat tegen een eisch van den Staat niet de gewone regelen van bezit en verjaring, maar enkel titel van eigendom zou gelden. De Regering verklaarde door de bijvoeging van het woord *onbeheerd* de geopperde zwaarigheid uit den weg te willen ruimen. Ziedaar de oorsprong van onze uitdrukking. Voeg bij het historisch argument den aard der zaak. Stel dat een zedelijk ligchaam, door het uitsterven der leden, eene stichting, door het vervallen van het doel harer oprigting, te niet gaan, en dat een zaakwaarnemer het beheer der goederen voere, zoo is er gewis iemand die zich om deze bekommert. Zal men in dat geval beweren dat ons artikel geen toepassing vindt?

Welligt zal men aanvoeren dat de leden der vereeniging, ten onregte als rechtspersoon opgetreden, in het bezit der goederen zijn, en op dien grond met vrucht de vordering van den Staat bestrijden kunnen. Dat bezit, zij het ook van langen duur, kan hun niet baten. Zij bezitten niet voor zich zelve, maar voor den gefingeerden persoon.

Art 1996 B. W. leert ons, «dat zij, die voor een ander «bezitten, nimmer iets door verjaring kunnen verkrijgen.» Zeg nu niet dat de oorzaak van hun bezit veranderd is. Ik antwoord met onzen wetgever: «men kan noch uit «eigen wille, noch door enkel tijdsverloop de oorzaak «en het beginsel van zijn bezit veranderen.»

Over de beteekenis van het woord *onbeheerd* verdient nog art. 1172 B. W. vergeleken te worden. Het artikel luidt: «wanneer bij het openvallen eener nalatenschap «zich niemand opdoet die daarop aanspraak maakt, of «wanneer de bekende erfgenamen dezelve verwerpen, «wordt de nalatenschap als onbeheerd beschouwd.» Eene nalatenschap kan dus onbeheerd zijn al is er iemand die haar beheert.

Zeg niet dat de voorgedragene beginselen strijden met het voorschrift van l. 3 D. de coll. et corp. (47, 23) pr. «collegia, si qua fuerint illicita, Mandatis et constituti-
«onibus et actis dissolvantur. Sed permittitur iis, quum
«dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, di-
«videre pecuniamque inter se partiri.» Deze bepaling rust op de stelling dat een collegium illicitum geen regts-
persoon vormt en de verzamelde gelden mitsdien in on-
verdeelden eigendom aan de deelgenooten behooren. De leden, die ze in de gemeene-kas stortten, vervreemdden ze niet. In ons geval moet men aannemen of dat de verkooper, ook na genoten prijs en volbrachte levering, eigenaar gebleven is, of dat de goederen, door het vervallen zijner regtsbetrekking op haar, als bona vacantia aan den Staat komen.

Dan vragen als de gestelde zullen gewis zelden voorkomen. Al geven niet al hare voorvechters het toe, de geestelijke orden zelve wisten al te wel dat zij tot de uitoefening van burgerlijke regten onbevoegd zijn. De goederen, ten haren dienste bestemd, zijn op naam van bijzondere personen verkregen. Zoo luidt b. v. de titel van aankomst, in de registers ingeschreven van het erf waarop het klooster der Redemptoristen te 's Bosch gevestigd is: «te verkoopen en in vollen eigendom over
«te dragen aan de zeer eerwaarde heeren J. H. K., J. B. L.,
«L. H. en J. te V., paters der orde van de geestelijke
«vereeniging of het zedelijk ligchaam der eerwaarde paters
«Redemptoristen, onder den titel van den Allerheiligsten
«Verlosser, erkend (?) en gevestigd te Wittem, te zamen
«ieder voor een onverdeeld vierde gedeelte» enz.
Vreemde redactie, Toch is het duidelijk, dat niet de vereeniging maar de vier genoemde heeren ieder voor hun aandeel verkrijgers zijn.

Maar zoo de geestelijke orden onbevoegd zijn goederen te verkrijgen, kunnen hare leden die verwerven?

Onder bezwarenden titel en door erfopvolging bij versterf zijn zij er toe bevoegd. Verkrijging bij uitersten wil of bij schenking doet de vraag geboren worden of zij welligt *tusschen beide komende personen* zijn, zoodat de making of schenking aan hen gedaan, inderdaad ten voordeele van de orde komt. Art. 958 B. W. luidt: «Eene uiterste wilsbeschikking gemaakt ten voordeele van iemand, die onbekwaam is om te erven, is nietig, zelfs wanneer de beschikking mogt gemaakt zijn op naam van een tusschen beide komenden persoon.

«Voor tusschen beide komende personen worden gehouden de vader en de moeder, de kinderen en afstammelingen, en de echtgenoot van dengenen die onbekwaam is om te erven.»

De laatste alinea bevat geen limitatieve aanwijzing van de tusschen beide komende personen. Zij geeft veeleer te kennen dat de genoemden van regtswege, ook zonder bewijs dat de making ten voordeele van den onbekwamen bedoeld zijn, voor tusschen beide komende personen te houden zijn. JAUBERT zeide tot toelichting van art. 911 C. C., met het onze overeenstemmend: «La loi devait déclarer que l'interposition des personnes ne saurait faire subsister la donation. Seront réputés personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants et l'épouse de la personne incapable.»

«Seront réputés... c'est à dire qu'alors la nullité de la disposition devra être prononcée sans que les héritiers aient besoin d'aucune d'autre preuve; cette présomption légale est assez justifiée par le lien qui unirait le donataire à l'incapable.» Dus is ook het gevoelen van DURANTON (1), van ZACHARIAE (2) en van het Fransche Hof van Cassatie.

(1) Cours de Droit Civil VIII, no. 270.

(2) Cours de Droit Civil Français, (Parijsche uitgaaf) V bl. 35.

Tusschen beide komende personen zijn al degenen die dienen om te bedekken de bedoeling van den onbekwamen te beoordeelen.

De kerkvergadering van Trente (1) bepaalde: «Nemini
«regularium, tam virorum quam mulierum, liceat bona
«immobilia vel mobilia cujuscunque qualitatis fuerint,
«etiam quovis modo ab iis acquisita, tanquam propria
«aut etiam nomine conventus, possidere vel tenere,
«sed statim ea superiori tradantur conventuique incor-
«porentur. Nec deinceps liceat superioribus bona stabilia
«alicui regulari concedere, etiam ad usumfructum vel
«usum, administrationem aut commendam. Administra-
«tio autem bonorum monasteriorum s. conventuum ad
«solos officiales eorumdem, ad nutum superiorum amo-
«vibiles, pertineat. Mobilium vero usum ita superiores
«permittant, ut eorum supellex statui paupertatis, quam
«professi sunt, conveniat; nihilque superflui in ea sit;
«nihil etiam quod sit necessarium iis denegetur. Quodsi
«quis aliter quidquam tenere deprehensus aut convictus
«fuerit, is biennio activa et passiva voce privatus sit
«atque etiam juxta suae regulae et ordinis constitutiones
«puniatur.»

Dit voorschrift is op nieuw gegeven en nog nader aangedrongen in een bulle van Paus CLEMENS, van 20 Maart 1601.

De leden der geestelijke orden verbinden zich bij plegtige gelofte tot individuele armoede. De godsdienst verplicht hen al hetgeen zij verwerven aan de orde af te staan. Zal men onderstellen dat zij, die tot het heil hunner zielen de wereldsche geneugten vaarwel zeiden, dien plicht zouden verzaken? Zullen wij nog twijfelen of giften aan de leden ten bate der orde zelve komen? De instellingen der geestelijke vereenigingen zijn niet geheim. Ieder Catholijk kent haren aard. Een erfflater,

(1) Sessio XXV, Cap. II de regular.

die een lid der orde in zijn uitersten wil bedenkt, weet dat hij niet den ingestelden erfgenaam, maar de orde bevoordeelt. Het is zijne bedoeling deze te begiftigen. Het Hof van Parijs (1) heeft dan ook niet geaarzeld, onder het presidium van den bekenden TROPLONG, het testament van F. C. de S., superieure van eene vereeniging van Carmelitessen, ten voordeele van drie leden der associatie, als zijnde tusschen beide komende personen, nietig te verklaren. In deze uitspraak schijnt de verliezende partij berust te hebben. Ik heb althans geen arrest van het Hof van cassatie over de vraag gevonden. Van de Belgische regterlijke collegiën vindt men onderscheidene beslissingen in gelijken geest.

Zeg niet dat de verbindtenis der religieusen, om hunne goederen aan de orde te geven, rechtsgevolgen mist, en mitsdien hunne goederen niet ontwijfelbaar aan de orde brengt. Zulk eene zekerheid heeft de wetgever niet bedoeld. Of is het onmogelijk dat de vruchten van makingen ten voordeele van afstammelingen eens onbekwamen niet door dezen geplukt worden? Zoo men zich verzet tegen giften als de bedoelde, worden zij bestreden als gedaan in fraudem legis. Art. 1959 B. W. veroorlooft den regter op vermoedens te beslissen, bijaldien uit hoofde van kwade trouw of bedrog tegen eene handeling of akte opgekomen wordt. Zullen onze vermoedens niet gewigtig en overtuigend geacht worden, als men bedenkt dat verbindtenissen als de bedoelde, met meer naauwgezetheid plegen nagekomen te worden, dan die welke men door eene regtsvordering handhaven kan?

(Wordt vervolgd.)

(1) Arr. 20 Mei 1851 Jurisprudence Générale van DALLOZ. 1852, bl. 289.

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Iets over het begrip van Vennootschap*, door Mr. J. G. KIST, Kantonregter te Gouda.

Er zijn in ons recht niettegenstaande de codificatie nog steeds hoofdbeginselen, waaromtrent de rechtspraak wankelt. Er zijn zelfs rechtsinstellingen, die bijna dagelijks voorkomen, welker wetenschappelijke begrippen nog op verre na niet gevestigd zijn, hoewel die begrippen in de toepassing de meest gewigtige gevolgen hebben. Die onbestemdheid is meestal een gevolg daarvan, dat de wetgever zelf zich de beginselen niet helder dacht of die niet duidelijk uitdrukte, of misschien ook van de wijze, waarop onze wetboeken zijn ingerigt, die niet het begrip, maar de uit dat begrip voortvloeiende gevolgen hebben opgenomen, die niet de definitie der rechtsbegrippen bepalen, maar alleen de op die begrippen gebouwde practische gevolgen opteekenen. Men moet dus, wanneer er een niet in de wet voorzien geval voorkomt, naar het beginsel zoeken, dat vooral dan zeer moeilijk is, wanneer de wetgever zelf zich dit beginsel niet duidelijk gedacht heeft, of, zoo als dat in de beraadslagingen wel eens genoemd wordt, aan de algemeene beginselen van recht heeft overgelaten.

Een voorbeeld van die onbestemdheid is het begrip van maatschap of vennootschap. Nog steeds heerscht er verschil van gevoelen over de beantwoording der vraag: Wat is eene maatschap of vennootschap? Is zij eene rechtspersoon? Zoo niet, wat is zij dan?

Over den aard der naamlooze vennootschap is veel getwist en niettegenstaande door velen op overtuigende gronden is aangetoond (1), dat de naamlooze vennootschap geen rechtspersoon is, vindt die meening nog ver-

(1) PFEIFFER, *Die Lehre von den Juristischen Personen*, Tub. 1847. POLS, *Diss. de Corporibus moralibus*, L. B. 1849, § 13, 19.

dedigers. Ook ten aanzien van de andere maatschappen bestaat verschil van gevoelen. Mr. VAN NIEROP (1) beweerde dat alle maatschappen rechtspersonen zijn; Mr. LEVYSSOHN (2) beweert hetzelfde van de vennootschap onder firma, en vele onzer regterlijke collegiën (3) zijn dat gevoelen toegedaan, zoodat zelfs nog onlangs, niettegenstaande een arrest van den Hoogen Raad (4) in tegenovergestelden zin, door het Hof van Zuid-Holland is aangenomen (5), dat «de vennootschap onder firma is eene persona moralis.»

Het is mij voorgekomen, dat het bij dit verschil van gevoelen niet onbelangrijk zoude zijn een onderzoek in te stellen naar den aard der vennootschap. Ik hoop dat de Redactie van de *Themis* aan dit onderzoek wel eenige bladzijden in haar Tijdschrift zal willen inruimen.

Om de bovengestelde vraag te kunnen beantwoorden is het noodig, dat eerst het begrip van rechtspersoon worde vastgesteld; verkeerde opvatting toch van dat begrip heeft m. i. het meest aanleiding gegeven tot bovenvermeld verschil van gevoelen.

Het oorspronkelijk begrip van *persoon*, dat is van *regtsvatbaar wezen*, *subject van regten*, valt zamen met het begrip van mensch.

In het positive recht is dit begrip uitgebreid en ingekort. Ingekort is het door sommige vroegere en latere wetgevingen, die de slavernij erkennen en dus aan sommige menschen de *regtsvatbaarheid*, de hoedanigheid van *regtssubject* ontnomen hebben.

(1) De leer der rechtspersonen toegepast op maatschappen, Ned. Jaarb. v. Regtsg., VIII, p. 297.

(2) Over het naar regten verbindende der faillietverklaring van eene onttbondene vennootschap. *Themis*, II, I, 1, bl. 96.

(3) Zie b. v. vonnis der Arr.-Regtb. te Nijmegen. *Bijbl.* 1847, April, bl. 258. Arrest Hof v. Noord-Holland, 2 Febr. 1845. *Weekbl.* n^o. 565.

(4) Arrest 3 Febr. 1854, *Weekbl.* n^o. 1513.

(5) Hof v. Z.-Holland, 2 Oct. 1854. *Weekbl.* n^o. 1532.

Het begrip van persoon is daarentegen in alle wetgevingen uitgebreid tot denkbeeldige wezens. Aan iets anders dan aan den bijzonderen mensch is door het positive regt regtsvatbaarheid toegekend. Bij den vooruitgang der beschaving openbaarde zich bij meest alle volkeren de behoefte aan zulke fictiën. Men begreep, dat het noodig was personen te fingeren, omdat sommige doeleinden of zonder die fictie niet bereikbaar waren, of door die fictie gemakkelijker konden bereikt worden. Deze alleen door fictie bestaande personen noemt men regtspersonen. Regtspersonen zijn dus die subjecten van regten, welke geene menschen zijn. In het burgerlijke regt openbaart zich die persoonlijkheid voornamelijk in de vatbaarheid om vermogen te verkrijgen, d. i. de vatbaarheid om eigendom te bezitten, verbindtenissen aan te gaan, te erven (1). De overige burgerlijke regten zijn te veel aan de hoedanigheid van mensch verbonden om op niet-menschen te kunnen worden overgebracht.

Verschillend zijn de definitiën van het begrip van regtspersoon, die door verschillende schrijvers gegeven worden. Het is hier de plaats niet die op te noemen en te beoordeelen. Ik zal mij bij enkele bepalen, die mij toeschijnen, dit begrip juist uit te drukken.

SAVIGNY, *System des Röm. Civilrechts*, II, § 85, bepaalt ze aldus: « Die Juristische Person ist ein künstlich angenommenes vermögensfähiges Subject. » Met deze definitie geloof ik mij te kunnen vereenigen, vooral indien de uitdrukking *künstlich angenommenes* eenigzins verduidelijkt wierd. Ook de definitie door Mr. C. J. VAN NISPEN TOT PANNERDEN in zijne zoo duidelijk geschrevene en zoo grondig bewerkte proeve: « Het regt van vereeniging en de burgerlijke regtsbevoegdheid der vereenigingen als regtspersonen beschouwd, » op bl. 36 voor-

(1) SAVIGNY, *System*. § 85. PEIFFER, *Die Lehre von den Juristischen Personen*. § 7, bl. 19. § 11, bl. 24. POLS, *Diss.* cit.

gesteld, komt mij voor de waarheid zeer nabij te komen. «Regtspersoon,» zegt hij, «is een door het regt geschapen «regtsvatbaar wezen.» Die definitie is echter eenigzins onbepaald, en heeft eene nadere uitlegging noodig, zoo als de schrijver die dan ook laat volgen. Want, 1^o. niet alleen de regtspersoon, maar ook de natuurlijke persoon ontleent zijne regtsvatbaarheid aan het regt, en 2^o. een regtspersoon is niet vatbaar voor alle regten, zoo als wij reeds gezien hebben, maar alleen voor *vermogen* (eigendom en verbindtenis).

Ook met de definitie door Mr. A. S. v. NIEROP gegeven in zijn betoog in de Ned. Jaarb. voor Regtsgel. en Wetg. van DEN TEX en v. HALL, 1846, VIII, bl. 302, zoude ik mij in de hoofdzaak kunnen vereenigen. De regtspersoon wordt aldaar aldus door hem bepaald: «Eene fictie, in het positieve regt aanwezig, waardoor «vereeningen of instellingen eigen vermogen kunnen «bezitten, zich aan anderen of anderen aan zich kunnen «verbinden.»

Ik zoude voorstellen de regtspersonen aldus te bepalen: «*Regtspersonen zijn denkbeeldige, voor vermogen vatbare, subjecten van regten.*»

Het hoofdkenmerk der regtspersonen is de vatbaarheid voor vermogen. Die vatbaarheid is het doel der fictie. Men heeft zich personen gedacht buiten den mensch, omdat men begreep, dat het noodig en nuttig was, dat zekere instellingen (stichtingen) of vereeningen van menschen (zedelijke lichamen) vermogen bezitten konden. Van daar, dat men die inrigtingen en vereeningen in dat opzigt met menschen heeft gelijk gesteld, en ze, even als de menschen tot subjecten van regten en verpligtingen heeft gemaakt. Wat het burgerlijke regt aangaat zijn zij alleen voor vermogen vatbare wezens.

Hieruit volgt, dat alleen daar, waar *vatbaarheid voor vermogen bestaat buiten den mensch*, een regts-

persoon kan worden aangenomen en omgekeerd, dat daar, waar een vermogen bespeurd wordt, *waarvan een of meer menschen* de subjecten of dragers zijn, geen regtspersoon bestaat. De fictie van een subject toch is onnoodig, waar een of meer natuurlijke subjecten bestaan.

Waartoe toch zoude het noodig zijn een denkbeeldig eigenaar van een vermogen aan te nemen, wanneer een of meer menschen eigenaars van dat vermogen zijn? Waartoe zoude het noodig zijn een denkbeeldig persoon als schuldenaar eener verbindtenis te fingeren, wanneer een of meer menschen door die verbindtenis verbonden zijn?

Wanneer men dus eene vereeniging aantreft, waarvan de leden voor de verbindtenissen door de vereeniging aangegaan, niet verbonden zijn; waar het vermogen der vereeniging niet tot het vermogen der leden behoort; waar derhalve de leden niet zijn de subjecten van het vermogen der vereeniging, maar de vereeniging zelve, dan zal men kunnen aannemen, dat er een regtspersoon bestaat, en omgekeerd, wanneer bij eene vereeniging de leden, hetzij ieder voor het geheel, hetzij ieder voor een gedeelte, door de verbindtenissen verbonden zijn, dan blijkt daaruit, dat die leden zelve subjecten der verbindtenissen van de vereeniging zijn, en dat er geen gefingeerd subject aanwezig is.

Ik zoude het dan ook Mr. VAN NIEROP in geenen deele durven nazeggen: «al wat betreft de betrekking van natuurlijke personen tot den regtspersoon of zijn vermogen, de meerdere of mindere aansprakelijkheid van «gene voor deze behoort niet tot het wezen van den «juridischen persoon» (1), daar juist dit m. i. wel dege-lijk het kenmerk uitmaakt of eene inrigting of vereeniging regtspersoon is of niet (2).

(1) V. NIEROP, t. a. p. • bl. 302.

(2) Zie de wederlegging van Mr. V. NISPEN TOT PANNERDEN in zijn boven aangehaald werk, bl. 36.

Wanneer toch door de verbindtenissen van eene vereeniging van menschen de leden van die vereeniging verbonden of regtverkrijgenden zijn, of wanneer het vermogen der vereeniging het eigendom is der leden naar evenredigheid van hun aandeel in de vereeniging, dan is niet die vereeniging als regtspersoon het subject dier regten en verbindtenissen, maar ieder lid naar mate van het aandeel, waarvoor hij lid is. Die aansprakelijkheid der leden moet echter uit de verbindtenis der vereeniging zelve ontstaan. Ook wanneer er een regtspersoon bestaat, kunnen de leden zich voor de verbindtenissen van dien regtspersoon borg stellen. Die borgtogt steunt dan echter op eene afzonderlijke overeenkomst tusschen den hoofdschuldeischer en de borgen, zoo als iedere borgtogt. Bestaat die bijzondere overeenkomst niet en zijn toch de leden eener vereeniging voor de verbindtenissen dier vereeniging aansprakelijk, dan volgt daaruit, dat zij de subjecten dier verbindtenissen zijn en niet eene fictie, dat er dus geen gefingeerd subject bestaat. Ik meen daarom, dat juist uit de betrekking der natuurlijke personen tot de vereeniging moet worden opgemaakt of er een regtspersoon aanwezig is of niet.

Ontstaat er nu door de overeenkomst van vennootschap zulk een regtspersoon? Is de vereeniging van personen, die door dat contract wordt daargesteld het subject der verbindtenissen, door de vennootschap aangegaan?

Velen zijn er, zoo als boven reeds is opgemerkt, die deze vraag toestemmend beantwoorden. Behalve de boven opgenoemde Nederlandsche schrijvers zijn bijna alle Fransche auteurs dit gevoelen toegedaan (1). De meeste Duitsche schrijvers daarentegen zijn van een ander

(1) PARDESSUS, *Cours de Droit Commercial*, II, Part. IV, n^o. 916, 975.
FREMERY, *Etudes de Droit Comm.* p. 31.

gevoelen en meenen dat bij maatschappen geene nieuwe regtssubjecten ontstaan (1).

Het laatste gevoelen komt mij voor het ware te zijn. Bij geene der vennootschappen, zelfs niet bij de naamlooze, ontstaat een nieuw regtssubject, de leden blijven steeds, hetzij voor het geheel, hetzij voor een gedeelte, door de verbindtenissen der vennootschap verbonden en geregtigd. Ik zal trachten zulks kortelijk aan te toonen. Daartoe zal ik 1^o. de gronden, welke worden aangevoerd om te bewijzen dat bij vennootschap een regtspersoon ontstaat, pogen te wederleggen; 2^o. den aard der vennootschappen uiteen te zetten.

I. De hoofdgronden, waarmede men het bestaan van een regtspersoon bij maatschappen tracht te verdedigen, zijn de volgende:

1. Het bestaan van een vermogen der maatschap afgescheiden van dat der vennoten.

2. De *persona standi in judicio* der maatschap.

1. Alle de voorstanders van de regtspersoonlijkheid der maatschappen beweren, dat de maatschap een vermogen heeft afgescheiden van dat der vennoten (2) en trekken daaruit het gevolg, dat de maatschap eigenaresse en mitsdien regtssubject is. Duidelijk wordt dit, omtrent de vennootschappen onder firma, uiteen gezet door FREMERY (3). Hij beweert, dat de maatschap, toen omstreeks de twaalfde eeuw de handelsvennootschappen menigvuldig werden en de firma's in gebruik kwamen, zich aan het publiek vertoonde als een *être collectif*, een *être de raison*, een *corpus mysticum*. Het hoofd-

(1) ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, II, 458, § 280. SINTENIS, *Civilrecht*, B. II, Buch II, C. IV, p. 716, not. 90. MITTERMAIER, *Deutsches Privatrecht*, II, p. 729, IV. Zie ook ERINCKMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, IV, 2, § 36.

(2) Zie PARDESSUS, FREMERY. v. NIEROP. I. I.

(3) L. I., bl. 31.

gevolg van dit denkbeeld was, dat het actief der maatschap afgescheiden werd van de bijzondere goederen der vennoten, welk actief dus, met uitsluiting van de bijzondere schuldeischers der vennoten, aan de schuldeischers der maatschap toebehoorde. Dit was, en is nog, volgens FREMERY, een algemeen handelsgebruik. Hij bewijst dit uit het statuut van Genua, L. IV. c. 12 v. 4. «Creditores societatum mercatorum . . . in rebus et bonis societatis . . . praefertur quibuscunque aliis creditoribus sociorum singulorum, etiam dotibus,» en uit de thans nog in Frankrijk geldende jurisprudentie (1).

«Ainsi la société,» zegt hij, «une fois formée et dotée d'un actif social par l'apport d'un capital libre de la part de chaque associé, devient un être de droit, propriétaire et agissant par l'entremise de ses membres, de sorte que la propriété de l'actif accru ou diminué réside désormais dans la personne de la société et non pas, même par indivis, dans celle de chaque associé; l'associé n'est plus que le créancier de la quotité éventuelle, que lui produira pour sa part la liquidation de l'actif social; au moment où la société est dissoute et éteinte la propriété de cet actif retournera de la société aux associés, qui la composent et qui lui survivent.»

Zijne redenering is dus deze: de schuldeischers eener vennootschap hebben voorrang op de goederen der vennootschap; die voorrang kan geen anderen grond hebben, dan dezen, dat de vennootschap een afzonderlijk vermogen heeft; die vennootschap is dus regtssubject, regtspersoon.

Ofschoon in onze wet met geen woord over dien voorrang van de schuldeischers eener vennootschap boven de schuldeischers der bijzondere vennoten gesproken wordt, en het mij dus hoogst twijfelachtig voorkomt, of die voorrang in ons regt wel zoude kunnen worden aange-

(1) DALLOZ, 1831, II, 203. Paris. 31 Aout. 1831.

Themis, D. II, 2de stuk [1855].

nomen, geloof ik echter, dat die voorrang een algemeen handelsgebruik is, dat dit gebruik de billijkheid ten grondslag heeft en dat het wenschelijk ware dat eene dergelijke bepaling in onze wet wierd opgenomen. Uit dien voorrang volgt echter alleen, dat de goederen en schulden eener vennootschap een geheel uitmaken, eene *universitas rerum*, zoo als eene erfenis, boedel of gemeenschap. Er volgt echter nog geenszins uit dat die *universitas rerum* een gefingeerd persoon tot eigenaar heeft: daartoe is het noodig aan te toonen, dat die *universitas* niet, hetzij aan een persoon voor het geheel, hetzij aan meerderen ieder voor zijn aandeel, toebehoort. Dit wordt wel beweerd, doch niet bewezen, en is bovendien in directen strijd met hetgeen op de volgende bladzijde gezegd wordt, dat ieder vennoot (bij vennootschappen onder firma), debiteur is van de schuldeischers der vennootschap.

Buitendien bewijst men te veel wanneer men bij ieder op zich zelf staand vermogen een gefingeerd persoon als eigenaar aanneemt. Of is dan ook de onverdeelde erfenis of boedel een regtspersoon? Ook daar is ieder erfgenaam eigenaar van een onverdeeld aandeel in de baten en lasten. Ook daar kunnen de schuldeischers des boedels den voorrang hebben boven de schuldeischers des erfgenaams; zij kunnen vorderen, dat de boedel des overledenen van die des erfgenaams worde afgescheiden (1). Is dan na die afscheiding de erfgenaam geen eigenaar meer van de door hem geërfde nalatenschap? geen schuldenaar meer van de door hem geërfde schulden (2)?

Toegegeven dus, dat de afscheiding van de goederen, in de vennootschap ingebragt, van de particuliere goe-

(1) Art. 1153 B. W.

(2) Cf. ZACHARIAE, *Handb. des Franz. Civilrechts*, IV, bl. 97. Misschien zoude men uit het woord *schuldvernieuwing* in art. 1155, *novation* in art. 379 C. C., een argument voor een tegenovergesteld gevoelen willen trekken. Zie echter ook hierover ZACHARIAE, IV, bl. 100, not. 23.

deren der vennoten ook in ons regt plaats heeft, dat de vennootschap een vermogen heeft, afgescheiden van de particuliere vermogens der vennoten, dan volgt daar nog niet uit, dat dit vermogen niet pro indiviso naar mate van hun aandeel in de vennootschap aan de vennoten toebehoort. Ware dit niet het geval, dan pas zoude men mogen besluiten, dat de vereeniging een gefin geerd regtssubject uitmaakt, hetwelk eigenaar is der in de vennootschap ingebragte goederen.

De voorrang der schuldeischers van de vennootschap op de goederen van deze, is dan ook m. i. geenszins het gevolg van het denkbeeld, dat de vennootschap een regtspersoon is, maar zij is voornamelijk het gevolg van de hoofdelijke aansprakelijkheid der vennoten bij de vennootschap onder firma.

De vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de verbindtenissen namens de vennootschap aangegaan. Zij kunnen zich tegen die aansprakelijkheid uit de verbindtenissen door een ander aangegaan ontstaande, niet anders waarborgen dan door hunnen wederzijdschen inbreng, door vermeerdering van het actief der vennootschap. Zoo het nu mogelijk is, dat het aandeel van een der vennoten in het actief door de persoonlijke crediteuren van dien vennoot worde gedistraheerd, dan vervalt voor de overige vennoten de waarborg, dien de inbreng van dien vennoot hun gaf, en zijn zij voor het geheel aansprakelijk voor schulden, waarvan zij het, daarin door een of meer hunner medevennoten te dragen, aandeel, op deze niet kunnen verhalen.

Ook het belang der schuldeischers van de vennootschap kan medegewerkt hebben tot invoering van dit handelsgebruik. De schuldeischers toch, die, vertrouwen stellende op de beheerende vennoten en op het ingebragte maatschappelijk kapitaal, met de vennootschap hebben gecontracteerd, zouden door den concursus van de

particuliere schuldeischers van een niet beheerend vennoot van een groot gedeelte van hunnen waarborg kunnen worden beroofd.

Handelsbelang en billijkheid hebben dus tot de invoering van dit handelsgebruik medegewerkt, niet het denkbeeld, dat een rechtspersoon eigenaar van het vermogen eener maatschap zoude zijn.

De Nederlandsche schrijvers trachten het aanzijn van een vermogen der vennootschap en diensgevolge van de rechtspersoonlijkheid der vennootschap te bewijzen met de woorden onzer wet.

Mr. VAN NIEROP, in zijn bovenaangehaald betoog bl. 303, tracht dit te bewijzen uit de artt. 1662, 1668, 1677 en 1679 B. W. en art. 18 v. h. Wetb. van Kooph. Die geheele bewijsvoering is echter alleen dan van eenige waarde, wanneer men het woord «maatschap» of «vennootschap» opvat in de beteekenis, die door Mr. VAN NIEROP daaraan gegeven wordt, en welke mij voorkomt noch duidelijk noch waar te zijn. «Maatschap,» zegt hij t. a. p. «is eene vereeniging meer van zaken dan van personen, «zij vormt geene universitas personarum, maar eene uni-versitas rerum.» Die bepaling komt mij zeer duister voor. Het schijnt dat Mr. VAN NIEROP de maatschap met de goederen der maatschap heeft verwisseld, anders kan ik mij moeilijk voorstellen, hoe eene *maatschap* eene universitas rerum zoude kunnen zijn.

Maatschap heeft, volgens onze wet, tweeërlei beteekenis: 1°. Soms wordt daarmede bedoeld *de overeenkomst van maatschap*, het contract zelf, zoo als in art. 1655 B. W.; 2°. soms de door die overeenkomst gevormde vereeniging der vennooten, of liever de *gezamenlijke vennooten in hunne uit de overeenkomst van maatschap ontstane betrekkingen*. In deze laatste beteekenis komt het voor in de artt. 1662, 1677 en 1679 B. W. en art. 18 Wetb. v. Kooph.

Tot bewijs dat het woord *maatschap* die beteekenis heeft, behoef ik mij alleen te beroepen op het Latijnsche woord *societas*, hetgeen insgelijks soms voorkomt in de beteekenis van het *contract van maatschap*, soms in de beteekenis van de *gezamenlijke vennooten* b. v. l. 23, § 1, ff. pro socio. « Quod non est verum, nam et Marcellus libro « sexto Digestorum scribit, si servus unius ex sociis, so- « cietati a domino praepositus, negligenter versatus sit, do- « minum, qui praeposuerit, *societati* praestaturum: nec « compensandum commodum, quod per servum *societati* « accessit, cum damno. » Men zal toch wel niet willen be- weren, dat in het Romeinsche regt door het contract van maatschap een regtspersoon werd daargesteld.

Indien men het woord maatschap in de bovengemelde beteekenis opvat, dan vervalt de geheele redenering van Mr. v. NIEROP en dan blijkt het wel, dat er *schulden, goe- deren en verbindtenissen* zijn, die de gezamenlijke ven- nooten aangaan, maar niet dat die schulden, goederen en verbindtenissen aan een gefingeerd regts-subject, dat door de vereeniging gevormd is, toebehooren. Alles komt dus aan op de beteekenis van het woord *maatschap*; beteekent het een regtspersoon, dan is de geheele op boven genoemde artikelen gegronde bewijsvoering over- bodig, en dan volgt de stelling: de maatschap is een regtspersoon, reeds van zelf uit de beteekenis van het woord; beteekent het woord iets anders, dan is de be- wijsvoering valsch.

2°. Het is aan geen twijfel onderhevig, dat de ven- nootschappen van koophandel in ons regt eene persona standi in judicio hebben. Volgens art. 4, 4°, en art. 126 Wetb. v. Burg. Regtsv. hebben zij een eigen do- micilium, onafhankelijk van dat der vennooten, en verte- genwoordigers in regten in hare bestuurders. Hieruit volgt evenwel niet, dat zij regtspersonen, gefingeerde regts- subjecten zijn. Meerdere personen of subjecten kunnen

zamen één domicilie, ééne persona standi in judicio hebben, zonder dat hunne vereeniging één gefingeerd regts-subject vormt. Erfgenamen b. v. kunnen ter zake van de verbindtenissen van den erflater, gedurende een jaar na het overlijden, aan de laatste woonplaats van den overledene gedagvaard worden. Art. 4, 5°. W. B. v. B. R. Maken zij daarom te zamen één regtspersoon uit? Zijn daarom de schulden en goederen tot de nalatenschap behorende het eigendom van een gefingeerd subject?

Evenmin kan men uit de omstandigheid, dat vennootschappen eene persona standi in judicio hebben, het gevolg trekken, dat zij regtspersonen zijn.

De wet heeft aan de vennooten, even als aan erfgenamen, in zaken tot de vennootschap of tot de erfenis betrekkelijk, een gezamenlijk domicilie, ééne persona standi in judicio gegeven om de procedure te vereenvoudigen en gemakkelijk te maken, niet als een gevolg van het beginsel, dat die vennooten of die erfgenamen gezamenlijk een regtspersoon zouden uitmaken.

Hiermede meen ik de voornaamste argumenten, die gebruikt worden om te bewijzen, dat de maatschappen regtspersonen zijn, te hebben wederlegd.

Laat ons thans overgaan tot de beantwoording der vraag, wat is eene maatschap of vennootschap?

II. Men zoude zich zeer bedriegen, indien men de beginselen der Romeinsche societas in alle gevallen op onze maatschappen wilde toepassen.

De societas toch had, even als de andere overeenkomsten, alleen gevolgen tusschen de contractanten. Zij werkte niet naar buiten, ten opzichte van derden bestond zij niet. De socius die met een' derde handelde, verbond alleen zich zelve, niet zijne socii, terwijl daarentegen de derde alleen aan den socius, met wien hij gehandeld had, niet aan de andere vennooten verbonden was. Voor dien derde was het dus geheel onverschillig of er eene societas

bestond of niet. Alleen toch de persoon, met wien hij was overeengekomen, was aan hem verbonden. De socii daarentegen waren krachtens de societas aan elkander verbonden en gehouden om alles in de maatschap in te brengen, waartoe zij zich bij het contract verbonden hadden, alsmede de winsten, die zij ter zake van eene maatschappelijke onderneming hadden gedaan; terwijl zij daarentegen gerechtigd waren om het nadeel, dat zij ter zake van eene zoodanige onderneming hadden ondergaan, van de vennoten ieder voor zijn aandeel terug te vorderen. Die regten en verplichtingen worden gehandhaafd door de *actio pro socio*, welke de eenige uitwerking was van het contract van maatschap, zoodat de leer van maatschap, volgens het Romeinsche regt, zich geheel oplost in de verklaring der *actio pro socio*.

De tegenwoordige maatschap of vennootschap is geheel iets anders. Het contract van vennootschap werkt thans ook naar buiten. Derden, die met de vennoten in zaken de vennootschap betreffende gehandeld hebben, worden daardoor verbonden niet aan den vennoot, met wien zij gehandeld hebben, alleen, maar aan de gezamenlijke vennoten en verbinden door eene overeenkomst met een der beheerende vennoten namens de vennootschap aangegaan niet alleen dien vennoot, met wien zij zijn overeengekomen, aan zich, maar alle de vennoten, hetzij ieder voor het geheel, zoo als bij de vennootschap onder firma (1), hetzij ieder voor een gedeelte, zooals bij de burgerlijke vennootschap (2); hetzij sommige vennoten voor het geheel en andere tot het beloop van zekere door deze ingebragte geldsom, zoo als bij de vennootschap *en commandite* (3); hetzij allen tot het beloop van eene door hen gestorte of nog te

(1) Art. 18 W. B. v. K.

(2) Art. 1650 B. W.

(3) Art. 20 W. B. v. K.

storten som, zooals bij de naamlooze vennootschap (1).

Er bestaat dus thans groot verschil of iemand handelt voor zich zelve, of namens eene vennootschap. Naar het Romeinsche regt verbond de socius altijd alleen zich zelve, thans verbindt hij, die namens eene vennootschap handelt, ook anderen. Hij verbindt thans zich zelve en Co. Daarom hebben derden, die met eenen vertegenwoordiger eener vennootschap gehandeld hebben, eene actie, niet tegen dengenen, met wien zij gehandeld hebben, maar tegen de gezamenlijke vennoten, tegen N. N. en Co., terwijl aan den anderen kant, niet de vennoot, die overeengekomen is, maar de gezamenlijke vennoten eene actie hebben tegen derden, die zich aan een hunner namens de vennootschap handelende verbinden. De vennootschappen hebben dus thans eene eigene persona standi in judicio, en de beheerende vennoten namens de vennootschap handelende en overeenkomsten aangaande verschijnen thans niet in privé, maar in qualiteit, als vertegenwoordigers der vennootschap.

Vanwaar die groote verandering! Ik geloof dat aan eene andere instelling van het Romeinsche regt, welke met de societas is zamengevoegd, te mogen toeschrijven, de instelling der *institores* namelijk en de *actio institoria*.

Institores waren oorspronkelijk die slaven, welke door hunnen meester met het beheeren van eenen winkel of van eene handelszaak waren belast. Later werden ook vrije menschen, die voor een ander eene handelszaak dreven met dien naam bedoeld. De *actio institoria* was die actie, welke door den Praetor gegeven werd aan hem, die met zulk een institor gehandeld had, tegen dengenen die den institor had aangesteld (2). Indien meer personen gezamenlijk

(1) Art. 40, al. 2 W. B. v. K.

2) Inst. L. IV tit. VII, 2, l. 1. ff. de Inst. actione.

ééenen institor tot de eene of andere zaak hadden aangesteld, werd aan hen, die met den institor gehandeld hadden, tegen ieder hunner eene actio in solidum gegeven (1).

Die instelling schijnt door het handelsgebruik in de groote handelsteden van Italie met het contract van maatschap in verband gebragt te zijn en heeft aldus de tegenwoordige vennootschap onder firma doen ontstaan, waaruit de andere soorten van vennootschappen zich ontwikkeld hebben.

De tegenwoordige overeenkomst van vennootschap is dus een zamenstel van twee overeenkomsten, de overeenkomst van maatschap en die van lastgeving.

Bij het aangaan dier overeenkomst toch komen de vennooten overeen: 1°. om iets in gemeenschap te brengen, ten einde het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen (art. 1655 B. W.) en 2°. geven zij elkander volmagt om de gezamenlijke vennooten aan derden en derden aan de gezamenlijke vennooten te verbinden. (2)

Het eerste geschiedt bij alle vennootschappen op dezelfde wijze. Bij iedere vennootschap, hetzij burgerlijke of handelsvennootschap, wordt overeengekomen, dat men iets in gemeenschap zal brengen, ten einde het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen. Deze overeenkomsten en hare gevolgen worden nog altijd geregeerd door de beginselen der Romeinsche societas, zoo als die door onzen wetgever zijn begrepen en opgenomen in de 1ste, 2de en 4de afdeeling van den titel van ons Burgerlijk Wetboek van maatschap of vennootschap, welke bepalingen ingevolge art. 1 Weth. v. Kooph. ook op handelsvennootschappen toepasselijk zijn.

(1) L. 13, § 2. ff. de Institoria actione. S. v. LEEUWEN, Roomsche-Hollandsch regt. B. IV. D. II. n°. 9, bl. 231. MITTERMAIER, Deuts. Priv. Recht. II, p. 729, V.

(2) Art. 17, 20 en 40 W. B v. K. Art. 1699 B. W.

De tweede overeenkomst is bij de verschillende vennootschappen verschillend gewijzigd en stelt het onderscheid tusschen die vennootschappen daar.

Bij de handelsvennootschappen is die overeenkomst stilzwijgend in het contract van vennootschap begrepen.

Bij de vennootschap onder firma is: «Elk der vennoten, «die daarvan niet is uitgesloten, bevoegd ten name der «vennootschap te handelen, gelden op te nemen, of te «ontvangen en de vennootschap aan derden en derden «aan de vennootschap te verbinden.» Art. 17 Wetb. v. Kooph. Indien dus bij het contract van vennootschap onder firma niets omtrent het beheer is overeengekomen of geene beheerders (*gérants*) benoemd zijn, dan worden de vennoten geacht elkander wederkeerig volmagt gegeven te hebben om elkander te verbinden; zij zijn dus wederkeerig elkanders lasthebbers of *institores*. Is daarentegen een vennoot of een derde met het beheer belast dan is deze alleen de lasthebber of *institor*. Tegen de *lastgevers* geldt dus de *actio institoria* en wel, volgens de Romeinsche beginselen omtrent de *actio institoria*, tegen ieder hunner *in solidum*. Van daar de solidaire aansprakelijkheid der vennoten onder firma (1).

De firma is het middel, waardoor wordt aangeduid of de beheerende vennoot namens de vennootschap of in privé handelt. Tot het gebruik daarvan wordt de vennoot door het contract en vennootschap gerechtigd en die bevoegdheid blijkt aan derde belanghebbenden uit de inschrijving van het contract ter griffie of uit de aankondiging in de dagbladen.

Gebruikt een der vennoten de firma, dan duidt hij daardoor aan, dat hij niet zich zelve alleen, maar ook de andere vennoten verbindt. De firma is dan ook eigenlijk een gezamenlijke naam der vennoten, waarin oor-

(1) Cf. VOET. ff. pro socio, n^o. 13.

spronkelijk alle hunne namen voorkwamen (1). Later heeft men zich vergenoegd met een of twee namen van vennoten met de bijvoeging: «*et socii*» of «*en Co.*» met welke uitdrukking alle de andere niet genoemde vennoten bedoeld worden.

Ook bij de vennootschap en commandite is de lastgeving in het contract van vennootschap begrepen. Bij die overeenkomst worden de aansprakelijke vennoten door den geldschieder gemagtigd om hem tot het beloop van zijnen inbreng te verbinden (2). Hij zelf doet afstand van alle beheer over zijne ingebragte gelden en mag zelfs niet gemagtigd worden om eenige verbindtenis namens de vennootschap aan te gaan (3).

Eenzoo is het gelegen met de naamlooze vennootschap. Ook daar worden bij de acte van maatschap zelve bestuurders aangesteld (4), die gemagtigd zijn, om de vennootschap, d. i. ieder der vennoten tot het beloop van zijn aandeel in de vennootschap, te verbinden. Deze vennootschap verschilt in beginsel alleen daarin van de vennootschap en commandite, dat hier geene aansprakelijke vennoten zijn, alleen commanditaire. Het is eigenlijk eene vereeniging van vennoten bij wijze van geldschieting, van commanditaire vennoten, wier aansprakelijkheid beperkt is tot de som, die zij ingebracht hebben, of moeten inbrengen.

In de burgerlijke maatschap daarentegen is de lastgeving niet stilzwijgend aanwezig, de volmagt om te verbinden ten minste moet daar uitdrukkelijk gegeven worden. Daar kan «een der vennoten de overigen niet verbinden, «indien deze hem daartoe geene volmagt gegeven hebben.» Art. 1679 B. W. «Het beding, dat eene handeling voor

(1) Cf. FREMERY, l. l.

(2) Art. 20, al. 3, W. v. K.

(3) Art. 20, al. 2, W. v. K.

(4) Art. 44 W. v. K.

«rekening der vennootschap is aangegaan, verbindt «slechts den vennoot, die dezelve aangegaan heeft, maar «niet de overigen, tenzij de laatsgenoemden hem daartoe «volmagt gegeven hebben» enz. Art. 1681 B. W. De gezamenlijke vennoten of de maatschap kunnen daar alleen verbonden worden, indien zij zelve gezamenlijk met een' derde gehandeld hebben, Art. 1680 B. W., of indien zij volmagt gegeven hebben om hen te verbinden. In die gevallen zijn zij ieder voor een gelijk aandeel verbonden, tenzij bij de overeenkomst uitdrukkelijk zij bepaald, dat ieder in evenredigheid van zijn aandeel in de maatschap verbonden zoude zijn.

De volmagt daarentegen om derden aan de maatschap te verbinden en dus om de gezamenlijke vennoten regten te doen verkrijgen is ook in deze overeenkomst van maatschap stilzwijgend opgenomen. Want, «indien een der «vennoten in naam der maatschap eene overeenkomst «heeft aangegaan, kan de maatschap de uitvoering «daarvan vorderen.» Art. 1681. Ook bij de burgerlijke maatschap dus verschijnt de beheerende vennoot als gevolmagtigde van de gezamenlijke vennoten, alleen krachtens het contract van maatschap. Ook deze overeenkomst werkt mitsdien tegen derden, want derden worden, door met eenen vennoot namens de vennootschap optredende te handelen, niet aan dien vennoot, maar aan de vennootschap verbonden.

Bij de handeling voor gemeene rekening daarentegen ontbreekt de lastgeving geheel. Die overeenkomsten werken in het geheel niet tegen derden (Art. 88 W. B. v. K.) Derden, die met een' der vennoten gehandeld hebben, hebben alleen eene regtsvordering tegen dien vennoot, niet tegen de gezamenlijke vennoten. Deze overeenkomst staat dus in zooverre geheel met de Romeinsche societas gelijk.

Wij hebben gezien, dat de beheerende vennoten bij

alle onze maatschappen (behalve de handelingen voor gemeene rekening), tegenover derden verschijnen in eene qualiteit, niet in privé. Zij verschijnen als lasthebbers en wel *als lasthebbers van* die persoon of personen die men *de vennootschap* noemt.

Volgt daaruit, dat de vennootschap is een regtspersoon? Uit het boven aangevoerde zal die vraag gemakkelijk te beantwoorden zijn. Wij hebben gezien dat regtspersoon is een gefingeerd regts-subject vatbaar voor vermogen, buiten de menschen, die de natuurlijke subjecten van regten zijn.

De vraag is dus hier alleen of de vennootschap is een *gefingeerd* regtssubject of een of meer *natuurlijke* regts-subjecten, d. i. menschen?

Is de vennootschap een denkbeeldig persoon afgescheiden van de vennoten of maken de gezamenlijke vennoten de vennootschap uit? Mijns inziens kan er geen twijfel zijn of de vennoten zelve zijn de subjecten der verbindtenissen namens de vennootschap aangegaan. De verbindtenissen toch, die namens de vennootschap door de beheerende vennoten worden aangegaan, verbinden *onmiddelijk* alle de vennoten, naar de bovenopgegevene onderscheidingen.

Bij de vennootschap onder firma zijn alle de vennoten hoofdelijk verbonden door de verbindtenissen door een der beheerende vennoten namens de firma aangegaan. Door hunnen gevolmagtigde hebben zij zich verbonden, het is dus eveneens als of zij het zelve gedaan hadden. De vennoten zijn dus zelve subjecten dier verbindtenissen en de fictie van een nieuw subject is mitsdien onnoodig.

Evenzoo is het bij de vennootschap en commandite en bij de naamlooze vennootschappen. De verbindtenis, door den beheerenden vennoot of door den Directeur aangegaan, verbindt de andere vennoten, doch slechts voor hun aandeel of tot het beloop der door hen inge-

bragte of in te brengen som. Ook die verbindtenis is gegrond op de in het contract van vennootschap vervatte lastgeving. De vennoten zijn door hunnen lasthebber zelve partij bij de overeenkomst geweest.

De uitdrukkelijke lastgeving bij de burgerlijke maatschappen heeft dezelfde uitwerking. Ieder vennoot wordt alleen zoover verbonden, als in den door hem gegeven last is uitgedrukt, of als hij zelf tot de overeenkomst heeft medegewerkt. Hier, bij den minst volkomen vorm der maatschap, springt het dus het meest in het oog, dat de vennoten zelve de subjecten zijn van de verbindtenissen der maatschap, daar zij zelve tot die verbindtenissen medewerken, hetgeen bij de meer volkomene handels-vennootschappen niet meer vereischt wordt, maar reeds in het contract van vennootschap zelf is opgenomen.

Het woord maatschap of vennootschap kan nimmer een gefingeerd regts-subject aanduiden, daar een zoodanig subject niet gefingeerd wordt, maar de vennoten zelve de subjecten der regten en verplichtingen van de vennootschappen zijn. Wanneer dus in de wet gesproken wordt van schulden, verbindtenissen of goederen eener *vennootschap* of *maatschap*, dan beteekent dit schulden, verbindtenissen of goederen, verschuldigd door of toebehoorende aan een zeker aantal menschen, die door een contract van maatschap vereenigd zijn, volgens hunne uit die overeenkomst voortspruitende regten en verplichtingen. Het woord *maatschap* of *vennootschap* beteekent dus niet één persoon, één subject, maar eene vereeniging van subjecten. De regten en verplichtingen der maatschappen worden gedragen door eenige natuurlijke personen, niet door één regts-persoon.

Over de veruiziging van de partij, die in het ongelijk gesteld wordt, in de kosten van het geding. — Art. 56 W. v. B. R., door Mr. J. G. A. FABER, advocaat te Hoorn.

Ééne is de stem over de onvoldoende werking onzer tegenwoordige regterlijke instellingen; algemeen wordt de behoefte aan hare wijziging gevoeld. Een tal van min of meer uitgewerkte plannen van regterlijke organisatie zag het licht; de regering diende achterevolgens verschillende ontwerpen in; eene staatscommissie werd gehoord: niets van dit alles mogt tot eene gewenschte eenstemmigheid leiden. En wat erger is, er schijnt zich nog geen kern van juristen, in welke rigting dan ook, over de leidende principes zóó te hebben kunnen vereenigen, dat zij, met opoffering van individueele meeningen over de détails, eenig ontworpen plan in zijn geheel konden goedkeuren.

Een gedeelte van dit verschijnsel is zeker toe te schrijven aan de menigte van deskundigen (ieder meester in de regten is er immers een?) over dit onderwerp. Zij hebben allen eene meening, die zij trachten te doen gelden, maar die te dikwijls, gevormd door de opmerking van leemten en gebreken uit eigen ervaring, het geheel miskent; op die particeele verbetering is dan voornamelijk het oog gevestigd. Maar de oorzaak van dit verschil van meening ligt dieper. Weten wij eigenlijk wel, wat wij willen? Staat ons wel een idée voor oogen, van hetgeen wij in het leven trachten te roepen? Veranderen, verbeteren, ja, willen wij onze regterlijke organisatie, — maar welke verandering zal eene verbetering zijn?

Eene regterlijke organisatie moet, geloof ik, zal ze goed zijn, een zamenstel zijn van magistratspersonen en collegien, van gewaarborgde onafhankelijkheid en kunde, die op de wijze bij de wet voorgeschreven over het

betwiste punt tusſchen partijen uitspraak doen. Is dit waar, dan volgt er ontegenzeggelijk uit, dat men tot nu toe de zaak verkeerd heeft aangelegd. Dan moet niet de herziening der regterlijke organisatie op den voorgrond staan, maar die van het wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. Wanneer eens bepaald is, hoe over het betwiste regt zal worden beslist, dan kan de oprigting van de daartoe noodige vierscharen het gevolg zijn. De procesorde stelt zich eene behoorlijke instructie der zaak voor, om daardoor eene goede uitspraak mogelijk te maken; ze is tevens een waarborg voor partijen, dat zij in hunne middelen en weren worden gehoord. Is men het over hare regeling eens, het zal eene lichtere taak zijn te beoordeelen, welke vierscharen daartoe noodig zijn, hoe die behooren te worden ingerigt.

En hier stooten wij op eene klip, die het ons uiterst moeilijk zal zijn te boven te komen. Ons proces is in de schromelijkste verwarring, zonder theorie, met eene in het duister rondtastende en onzekere praktijk. Het wordt geregeld door het wetboek van B. R., eene navolging van den Franschen *Code de procedure*, en juist daarom voor ons onvoldoende. De Fransche regtstoestand is in dit opzigt geheel anders dan de onze. Daar leeft nevens den Code de traditie, een bijna onafgebroken regtsgebruik. Het had zich reeds onder de Parlementen ontwikkeld, door uitstekende practici was de theorie er van nagespoord, door uitmuntende ordonnantien werd het gecodificeerd; het overleefde de revolutie. De Code bevat weinig andere bepalingen, dan die noodig schenen om onzekerheid weg te nemen, of die eenheid zouden brengen in den afwijkenden stijl van verschillende collegien, en eindelijk noodig gekeurde veranderingen invoeren. Op een bekenden grondslag bouwde de Fransche wetgever voort. Bij ons is het geheel anders; de oud-Hollandsche overlevering is afgebroken; de stijl van proce-

deren voor het voormalig Hof van Holland of den vroegeren Hoogen Raad geeft ons geen licht; de Fransche traditie wordt niet aangenomen; wij moeten ons bepalen bij ons Wetboek, en dat is, helaas! opgesteld alleen met het plan, om het Fransche regt hier en daar wat te veranderen — of het daardoor alleen een Nederlandsch wierd! — hoogstens om eenige partieele verbeteringen in te voeren, doch zonder regel, zonder systeem. Hoe dan een theorie van procesregt er uit te ontwikkelen?

De kracht dier traditie zien wij in Frankrijk in zoovele *adagia*, wier geldigheid, als aan de bepalingen van het geschreven regt ten grondslag liggende, niet wordt betwist. Zij drukken een beginsel uit, dat tot rigtsnoer strekt bij de uitlegging der artikelen. Wat wordt er bij ons van? Men denke aan het: *nul ne plaide par procureur, si ce n'est le roi*, dat toch zoo duidelijk aan art. 6 ten grondslag ligt, maar door den Hoogen Raad niet wordt erkend. Tot welk eene wrijving van gevoelens heeft niet het bekende: *l'interlocutoire ne lie point le juge* reeds aanleiding gegeven; ik vrees, de twist zal door de interpretatie der wet nooit beslist worden, daar de wetgever zelf op twee gedachten heeft gehinkt.

De gevolgen van de wijze, waarop ons wetboek is zamengesteld, springen in het oog; men vindt geheele regtsinstituten niet of nauwelijks geregeld. Een enkel voorbeeld zij het ons vergund aan te voeren:

de requesten: wat leest men omtrent hunnen vorm, de onderteekening, inlevering, beteekening, het hooger beroep, de kracht van gewijsde zaak; moet men niet erkennen, dat deze geheele materie in het Wetboek eigenlijk niet is geregeld?

de executie: men vindt ja, hoe men roerende en onroerende goederen en schepen kan in beslag nemen en derden-arrest leggen, maar hoe te handelen, als herstel van eene zaak in den vorigen toestand of eene

bepaalde daad, b. v. handhaving in het bezit, is bevolen? De deurwaarder vindt schaars een enkel voorschrift voor een bijzonder geval (b. v. art. 444). Een algemeene regel, waarnaar hij zich bij opkomende moeilijkheden kan rigten, ontbreekt. Zoo vindt men wel bepaald de formaliteiten, bij de executie van een vonnis van den kanton-regter, waarbij ontruiming is bevolen, in acht te nemen, maar geenszins indien ze door de regtbank is gelast (1).

De procureurs: wat zijn zij naar den geest van onze wetgeving? Ik geloof niet, dat iemand, die niet uit de praktijk hun werkkring kent, uit het wetboek alleen zelfs in de verte den aard en den omvang van hun ministerie zal kunnen opmaken. En geen wonder! Uit de beraadslagingen schijnt te blijken, dat de regering bij het ontwerpen en zelfs bij het bediscussieren van het wetboek niet geheel zeker was, of zij ze wilde behouden of niet. De aard hunner betrekking, naar mijne overtuiging voor eene goede regtsbedeeling onontbeerlijk, schijnt zoo te kunnen worden omschreven, dat zij zijn de wettelijke vertegenwoordigers van partijen bij geregtelijke handelingen. Zij is gegrond zoo op het belang van partijen, die geacht worden den loop en de formaliteiten van het regt niet genoegzaam te kennen, als op dat der

(1) Een leerrijk voorbeeld zag ik in de praktijk. Bij eene droogmaking waren in de bedijking begrepen eenige aangrenzende oude landerijen, onder zekere voorwaarden afgestaan. De dijk was er over gelegd, de ringsloot er door gegraven, en wat binnen den dijk viel afgeveend tot het gemeene vlak. Op grond van de niet-nakoming der overeenkomst werd zij bij vonnis van de Arrondissements-regtbank te Hoorn onthouden, en de terugbrenging van die landerijen tot hun vorigen staat gelast. De zaak werd daarna geschikt; maar welke executie zoude dit gegeven hebben? Door het gedeeltelijk slechten van den dijk zoude niet alleen de geheele drooggemaakte meer weder een waterplas geworden zijn, maar juist daardoor konden nabijgelegen polders zeer in de waagschaal zijn gesteld. Waar den afgegraven grond te vinden? In één woord, hoe die executie door te zetten?

publieke orde, daar de regter de verschijnende personen niet kent. De procureurs staan in voor hunne identiteit, voor de eenzelvigheid met den aangenomen naam, waarvoor bij notarieele acten op eene andere wijze is gewaakt. Welk een verschil van opvatting bij onderscheiden regterlijke collegien! Nu eens ziet men ze bij een référé verschijnen, dan weder komen partijen zelve. Op de eene griffie passeren zij de acten namens partijen, of worden partijen alleen door hen gesisteerd daartoe toegelaten; op de andere compareren partijen zelve of wel door op de gewone wijze gemagtigde personen; op de eene kunnen zij mededeeling of inzage bekomen van de in raadkamer gegeven dispositien op de door hen ingediende verzoekschriften; op andere wordt hun zulks geweigerd, en moeten zij, om ze kennen, daarvan expeditien ligten.

Mogt eenmaal eene regterlijke organisatie, op een goed wetboek van regtsvordering gegrond, tot stand komen, op eene zaak zal men, geloof ik, nog de aandacht dienen te vestigen, van namelijk de regterlijke collegien niette zeer te vermenigvuldigen, maar ze alleen te vestigen op plaatsen, die het middelpunt zijn van een uitgebreid vertier. Niet alleen dat men dan een minder aantal magistratspersonen noodig heeft, waardoor de waardigheid der betrekking stijgt; dat men ze dan beter kan bezoldigen, waardoor ook zij, die in de praktijk een ruim en eervol middel van bestaan vinden, naar die betrekking zullen mededingen, maar voor de regtsbedeeling zijn kleine collegien, waarbij weinig zaken voorkomen, na-deelig. Door het kleine personeel is de zamenstelling ligt gebrekkig; de weinige zaken, hare geringe omvang en groote overeenkomst dragen er weinig toe bij, om den regtszin der leden te ontwikkelen; eene goede balie wordt er niet ligt bij aangetroffen. Deze schijnt van niet minder gewigt dan een goede regtbank. Immers aan de practizijns is de leiding der zaak, de voorstelling der feiten, de

ontwikkeling van het regtpunt opgedragen; zij brengen de zaak in staat van wijzen, en hunne dingtalen maken eene goede regtspraak mogelijk. Maar welk een ruimen werkkring hebben zij nog buiten het geding. Bij het sluiten van overeenkomsten geraadpleegd, trachten zij reeds de processen in de toekomst te voorkomen; door hunne tusschenkomst worden geschillen in de geboorte bijgelegd. Partijen vertrouwen in hunnen raad; zij zijn de middelaars tusschen het regt en de regtzoekenden. De praktijk, die hunne standplaats hun aanbiedt, moet dan zoo zijn, dat zij die roeping getrouw kunnen blijven. De zucht naar een geding moet geen invloed op hun advies uitoefenen. Het voorbeeld van geachte ambtgenooten, de geest daardoor aan de balie levendig gehouden, zij de beste waarborgen voor de integriteit van den practizijn.

Uit het gezegde volgt, dat ik geen voorstander ben van uitbreiding der regtsmagt van de kantongeregten. In de meeste zoo niet alle kantons hoofdplaatsen is eene balie volstrekt onmogelijk; op zijn hoogst vindt men er eene niet al te slechte zaakwaarnemerij. Gewoonlijk voert men het voordeel voor partijen aan, van den regter in de nabijheid te hebben; het is schijnbaar. Afscheiden van het appel, in alle eenigzins belangrijke zaken openstaande, moeten de meesten die voor het kantongeregte moeten verschijnen, namelijk al die niet in de hoofdplaats wonen, zich toch verplaatsen. Indien zij hunnen gewonen raadsman, veelal in de arrondissements-hoofdplaats gevestigd, willen raadplegen, dubbel. Zij zullen, stellen zij eenig belang in de zaak, hem de behandeling willen opdragen. Zijne verplaatsing is uit den aard veel kostbaarder dan die van partijen. In burgerlijke zaken behoeft men daarenboven zelden in persoon voor den regter te verschijnen. Een of twee comparitien met den raadsman zijn in den regel voldoende; het overige kan door correspondentie worden afgedaan. Indien dus de raadsman in den zetel

der rechtspraak woont, is het de vraag, wat onkostbaarder is, zelve telkens over te komen, of de behandeling aan hem op te dragen.

Met dat al ben ik geen voorstander van de blinde grepen tot afschaffing van deze of gene regtbank, in der voege zoo als zij in vroegere ontwerpen zijn gedaan. Zij kwamen niet voort uit een systeem, ook niet uit spaarzaam overleg, maar uit bezuinigingsmanie. Men lette niet op het betrekkelijk gewigt, maar wilde, welke dan ook, eenige regtbanken supprimeren.

Gegronde beschuldigingen worden er tegen den gang van ons proces ingebracht; vooral klaagt men over langdurigheid en kostbaarheid. De klagten, schoon gegrond, schijnen overdreven; immers hetgeen men zich voorstelt door eene betere proces-orde te verkrijgen, schijnt in die mate onbereikbaar. Processen zullen altijd geld kosten, zoolang de regtsstudie een afzonderlijk vak blijft, dat voor mannen van kunde en een deftigen stand een middel van bestaan moet opleveren: zij zullen altijd tijd kosten, zoolang het regt ingewikkeld is en de feiten verward, zoolang er termijnen noodig zijn, om de middelen van eisch en verwering bijeen te brengen. En is in onze maatschappij, bij onze regtsontwikkeling, wel een andere regtstoestand, voor hoeveel verbetering ze overigens vatbaar moge zijn, denkbaar? Die klagten zijn dan ook zoo oud, als een eenigzins ontwikkeld proces zelf. Dankbaar moeten wij ook het vele goede, dat reeds om daarin verbetering te brengen is tot stand gekomen, erkennen. Men denke aan de geslachten heugende processen van het Duitsehe rijk, aan de erfstukken van de rechtspraak in de republiek. Op dien weg moet worden voortgegaan; daar is nog veel te doen.

Verblijvend is het intusschen, dat omtrent sommige punten eene gemeene overtuiging zich begint te vestigen. Daaronder reken ik in de eerste en voornaame plaats het

proces in cassatie, dat door de kundige hand van een der redacteurs van dit Tijdschrift zulke doodelijke slagen heeft geleden. Zoo noodzakelijk en heilzaam de cassatie is in strafzaken, waar het beginsel der materieele waarheid gehuldigd wordt, als een hechte en niet te ontduiken waarborg voor de naleving der vormen in het algemeen belang voorgeschreven, zoo noodlottig schijnt zij in het burgerlijk geding, waarin de formeele waarheid op den voorgrond staat; daar is zij zelden iets anders dan eene derde instantie, waartoe men vooruit niet kan weten of men zal toegelaten worden, maar die door de toevallige redactie van eene regterlijke uitspraak geopend wordt. Men kent den boom aan de vruchten. Welnu, waar zijn die vruchten voor de eenheid der regtsontwikkeling, die men ons als haar doel voorspiegelt. Men ga b. v. het procesregt na, dat uit zijn aard zoo geschikt is, om door gewijsden te worden geregeld, daar de meeste quaestien op zich zelve vrij onverschillig zijn, indien men maar weet, waaraan zich te houden. Wat heeft de cassatie tot de vaststelling der daarin twijfelachtige punten toegebracht? De dag, waarop de Hooge Raad van Hof van cassatie verandert in een Hof van appel voor het geheele rijk, zal een gelukkige zijn voor de regtzoekenden. Dan zal hij in waarheid het toezigt hebben over de regtsbedeeling in ons vaderland; en zijne jurisprudentie, de voor hem gevolgde stijl van procederen, een grondslag zijn voor eene wetenschappelijke en daardoor echt praktische ontwikkeling van het regt.

Op een ander punt, niet minder gewichtig, wensch ik thans de aandacht te vestigen; ik bedoel het beginsel, in art. 56 van het W. v. B. R. uitgesproken, bij het tarief gedeeltelijk nader ontwikkeld, dat de verliezende partij in al de kosten van het geding wordt veroordeeld; een beginsel, zoo als het wordt toegepast, verderfelijk in praktijk, onhoudbaar in theorie.

De nieuwe bepalingen, welke de woorden der wet hebben ingevoerd, wijken meer af van den Code, dan de bedoeling des wetgevers schijnt geweest te zijn; de praktijk is nog strenger dan de wet. Onder de kosten, die volgens de Fransche wetgeving ten laste der succomberende partij komen (art. 130 *C. d. P.*), behooren de registratie- en zegelregten, de griffie-kosten en die der deurwaarders, de schadeloosstelling der getuigen, deskundigen enz. en eindelijk in burgerlijke zaken, in tegenoverstelling van commercieele, het salaris der procureurs en in sommige gevallen eenig salaris der advocaten, voor beide, voor zoo verre het berekend mogt worden, nauwkeurig getarifeerd. In het Wetboek van 1828 vindt men geene afwijking (1) Bij het eerste ontwerp van herziening werd het tegenwoordige art. 57 ingelascht, dat in zaken, waarin de wet de verrigtingen van advocaten of procureurs toelaat of vereischt, de salarissen en verschotten van beide in de uitspraak over de kosten begrepen zijn, behalve de laatste woorden, *volgens de tarieven, welke daarvan zullen worden gemaakt*. De regering had op het tegenwoordige art. 21 aangemerkt: «Men beklagt zich thans teregt, dat de kosten van eenen advocaat aan de succomberende partij niet kunnen worden in rekening gebragt, en mitsdien hij, die bij regterlijke uitspraak bevonden en verklaard is, het regt geheel aan zijne zijde te hebben, nog aanzienlijke kosten te voldoen heeft; in het vervolg van dezen titel zal men daarom eene bepaling vinden, om in dit kwaad te voorzien.» Maar nu ontstond hieruit eene andere vraag, namelijk: of en in hoe verre het gebruik van een advocaat in een regtsgeding toegelaten of verplichtend zoude zijn? Uit de beantwoording dier vraag moest natuurlijk het gevolg ten aanzien van het in rekening brengen der kosten worden afgeleid.

(1) Zie v. d. HONERT, *Handboek voor de B. R. passim*.

Men zou hieruit het gevolg trekken, dat de regering voornemens was alleen dan het salaris van den advocaat ter rekening van de verliezende partij te brengen, indien zijn bijstand door de wet werd gevorderd. En wat natuurlijker, indien toch een litigerende zich onnoodig de weelde van een advocaat veroorlooft, moet dan de wederpartij het betalen?

In de memorie van toelichting kwam dan op art. 57 ook voor, dat het van zelve sprak, dat niet alle kosten, die een advocaat of procureur ten laste van zijn client te vorderen heeft, aan de succomberende partij in rekening kunnen worden gebragt; doch dit punt behoorde niet in dit wetboek en zoude nader geregeld worden.

In de eerste afdeeling merkte men op, dat de kosten, die buiten noodzakelijkheid zijn aangewend, niet onder de bij het artikel bedoelde kunnen begrepen zijn, waaruit volgt, dat in zaken, waarin de wet de verrigtingen van advocaat en procureur toelaat, doch niet vereischt, hunne salarissen en verschotten niet in rekening kunnen worden gebragt. De tweede en vierde afdeeling spraken in denzelfden geest; een lid wilde de reiskosten en daggelden van een van elders komenden advocaat uitdrukkelijk hebben uitgezonderd. Ten gevolge hiervan werden de straks gemelde woorden aan het artikel toegevoegd.

De tarieven zouden dus de ontwikkeling van het beginsel behelzen. Men mogt er eene opgave in verwachten, wat noodzakelijke kosten zijn. Zij zouden worden getarifiseerd, niet om de remuneratie van den advocaat te bepalen, eene zaak tusschen hem en zijnen client, maar tot maatstaf van de berekening der noodzakelijke kosten aan de tegenpartij. In plaats daarvan werd de zaak omgekeerd. De belooning van den advocaat werd er in geregeld; zij komt in den regel ten laste der ver-

liezende partij. Art. 13, 2^e al., en 14 van het tarief voor advocaten houden slechts eene uitzondering op dien regel in, welke aan geene bepalingen is gebonden, maar aan de subjectieve beoordeeling des regters overgelaten. Zelfs in zaken, waarin het ministerie van den advocaat niet vereischt wordt, behoeft het eene afzonderlijke beslissing, dat zijn bijstand onnoodig was; anders rekent hij evenwel aan de verliezende partij.

Het gevolg liet zich in de praktijk niet wachten, zelden wordt van die bepalingen gebruik gemaakt; de verliezer krijgt in den regel de hoog opgevoerde declaratie ten zijnen laste.

Men zal bij dit alles vergeefs het beginsel trachten op te sporen, dat de wetgever bij het invoeren der verandering geleid heeft. Als beweeggrond vindt men niets dan eene zekere meêwarigheid met hem, die een geding gewonnen heeft, dat hij nu nog de declaratie van zijn advocaat moet betalen. De arme ongelukkige, hij heeft getriumfeerd, en dit kost hem nu nog geld! alsof de winst zijner zaak hem niets waard mogt zijn. De wet zegt immers, dat een regterlijk oordeel, in kracht van gewijsde gegaan, waarheid is tusschen partijen. Uit die praesumptie voortdenerende komt men er ligtelijk toe, dat hij, die in het ongelijk gesteld is, ook werkelijk ongelijk gehad heeft. En vandaar tot het besluit, dat hij eene onregtmatische daad pleegde, is de overgang gemakkelijk. Dit is dan ook het oogpunt, waaruit de bepaling gemeenlijk verdedigd wordt. Zien wij, wat daarvan zij?

De wetgever vond het noodig het als een wettelijk vermoeden vast te stellen, dat de gewijsde zaak voor waarheid geldt tusschen partijen. Is dit geene erkenning, dat het regterlijk vonnis te dikwerf dwaalt? Waartoe anders dien regel op te nemen en met de kracht van een *praesumptio juris et de jure* te voorzien? Het zoude, beantwoordde de regterlijke uitspraak altijd aan

de waarheid, overbodig zijn. Dit is geen verwijt tegen de regtspraak; het is, geloof ik, een noodzakelijk gevolg van de beginselen van regtspleging, — niet alleen van de onze, maar onafscheidelijk van elken ontwikkelden regtstoestand — dat hetgeen door den regter over het punt in geschil wordt beslist in eene menigte gevallen afwijkt van de waarheid. Het formeele principe geldt toch in burgerlijke zaken; de regter onderzoekt alleen hetgeen partijen elkander betwisten, wat daarvan blijkt, welk bewijs daaromtrent door de proces-voerenden is aangebracht; daarover oordeelt hij, het feit zelve, dat den grondslag van het geding uitmaakt, blijft aan zijn onderzoek vreemd; hij bepaalt zich tot de voorstelling van partijen. Waar zij onjuist was, zal de afwijking ook in het vonnis worden aangetroffen.

In vele gevallen zal de regter het *non liquet* moeten uitspreken. Dan is er aan geen onregtmatische daad van de zijde des eischers te denken; hij moge volkomen gelijk gehad hebben, doch het bewijs ontbrak. Ik zwijge nu nog van de mogelijkheid van dwaling bij den regter. Dat zij dikwijls plaats grijpt, bewijzen de menigvuldige vonnissen in eene hoogere instantie vernietigd. Wordt niet de noodzakelijkheid van een hooger beroep juist door de menschelijke feilbaarheid het best betoogd? En zal men, haar aan den eenen kant erkennende en er regtsinstituten op bouwende, aan de andere zijde eene onfeilbaarheid der regterlijke uitspraken fingeren, zóó dat hij, die de uitkomst niet voorzag, gerekend moet worden eene onregtmatische daad te hebben gepleegd? Neen, laten wij het erkennen, die zijn regt aan de beslissing der daartoe gestelde magt onderwerpt, die van de middelen, in eene beschaafde maatschappij daartoe aan ieder verschaft, gebruik maakt, doet geen onregtmatische daad. *Suo jure utitur*, en

daarmede is immers het begrip van onregt geheel vervallen.

In die scherpte wordt het beginsel dan ook zelden volgehouden. Men tracht de discussie op een ander terrein te brengen, en zegt, al handelt de verliezer niet onregtmatig, hij handelt zeker ter kwade trouw. Alsof de regts-instellingen zoo eenvoudig waren, de wetten zoo duidelijk, dat ieder verschil in opvatting getuigde van kwade trouw! Niet alleen is het bij ons, bij een zeker zeer ingewikkelden regtstoestand, zoo niet, maar het is eene hersenschim voor elke ontwikkelde maatschappij. Welk gebied van menschelijke kennis is zoo eenvoudig en helder, dat verschil van opvatting, dwaling — zelfs grove, tastbare dwaling — kwade trouw vooronderstelt? Is dit waar bij elke wetenschap, zelfs bij de meest abstracte, die door zuiver denken verder kunnen worden ontwikkeld en van mistastingen gezuiverd, hoe veel te meer bij het regt, dat den geheelen maatschappelijken toestand omvat; dat in zijne toepassing zoowel het feit moet kennen, als het onder den juisten regel assumeren. De uitstekendste regtsgeleerden verschillen over een regts-principe, over de uitlegging der wet, terwijl zij die quaestien alleen om der wille der wetenschap zonder het oog te hebben op een concreet geval behandelen; zal men nu de partij, die op hun gezag steunt, die hun gevoelen inroept, van kwade trouw beschuldigen? Zijn dan niet al de deskundigen, die dat gevoelen openlijk verdedigden, de auteurs die het ontwikkelden, medeplichtig daaraan? En zijne raadslieden dan? En de regter, die hem in eerste instantie gelijk gaf, doch wiens vonnis in hooger beroep werd vernietigd? Waarom hem dan alleen gestraft? En waar zetelt die kwade trouw, wanneer in verschillende zaken door onderscheiden vierscharen verschillend wordt gevonnisd, of wanneer, hetgeen niet zonder voorbeeld is, twee afdeelingen van het hoogste

regterlijk collegie over hetzelfde regtpunt verschillend denken.

Hetgeen ik trachtte aan te toonen omtrent het regtpunt, is even waar omtrent de feiten. Kwade trouw kan zeker met een geding, gelijk met honderd andere handelingen, gepaard gaan, doch ze is er geenszins de onafscheidbare gezellin van, ook niet van de voorstelling der daadzaken. Men denke aan de menigvuldige gevallen, waarin de wet een bepaalden vorm van bewijs voorschrijft. Is hij, die op de goede trouw zijns medecontractants bouwde en het voorgeschreven bewijsmiddel niet in acht nam, ter kwader trouw, als hij zich op de werkelijk aangegane overeenkomst beroept, schoon hij ze niet naar eisch van regten moge kunnen bewijzen? Wat, indien de getuigen gedurende den regtstrijd sterven, of door andere beletsefen niet zijn bij te brengen, of de acte verloren gaat? Wat, zoo de aanlegger het geding door een misslag zijner practizijns, door eene informaliteit, door eene niet-ontvankelijkheid, verliest.

De regel, die door het geheele regt geldt, dat de kwade trouw niet wordt verondersteld, maar moet worden bewezen, is voor het proces even waar. Kwade trouw is eene daadzaak, die door de bijzondere omstandigheden van elk geval moet worden aangetoond, doch geenszins uit een algemeenen regel kan worden afgeleid.

Het verheugt mij, dat ik mij omtrent het hier ontwikkelde op een der coryphaeen van de regtsgeleerde wetenschap kan beroepen. SAVIGNY (1) behandelt opzettelijk de vraag, of kwade trouw als een algemeen gevolg van het geding kan worden aangenomen.

« Diese Behauptung, » zegt hij, « müssen wir zunächst nach allgemeiner Betrachtung entschieden zurück weisen. Die Unredlichkeit des Bewusstseyns ist, wie schon

(1) System. VI, 36.

oben bemerkte wurde, eine reine Thatsache, die nur aus den Umständen jedes einzelnen Falls erkannt, nicht aus dem allgemeinen Daseyn des bloßen Rechtsstreits gefolgert werden kann. Sie wird also oft vor dem Rechtsstreit vorhanden seyn, oft während des ganzen Rechtsstreits fehlen, welches besonders durch die Erwägung einleuchtend wird, dasz ja der Beklagte mit Unrecht verurtheilt werden kann, und in diesem Fall doch gewisz kein unredliches Bewusstseyn gehabt hat. Eine Anknüpfung an die Litis-Contestation hat also gar keinen inneren Grund, und sie könnte also nur auf einer Fiction des Dolus beruhen, der gefährlichsten und willkührlichsten aller Fictionsen, wovon sich anderwärts nirgend eine Spur findet (1).»

Is alzo de bepaling van art. 57 niet door eenig be-
ginsel te regtvaardigen, verderfelijk toont zij zich in de
praktijk. Wat wordt in vele gevallen de groote kunst
van den advocaat — de tegenpartij door exceptien zoo
te vermoeijen, dat de hoofdzaak nimmer worde behan-
deld; eene chicane, waardoor men kans heeft de tegen-
partij in de kosten van een incident te doen veroordee-
len, is praktisch meestal meer waard dan eene goede
regtskundige verdediging, doch die bij verschil van op-
vatting in haren uitslag twijfelachtig is. Zoo wordt de
geest van chicane aangewakkerd, en tegelijk de kost-
baarheid der gedingen vergroot. Men kent zijne tegen-
partij niet; men heeft met haar geen medelijden, maar
is veelal met een vooroordeel tegen haar bezielde; men
heeft over haar getriumfeerd; uit den aard der zaak wordt
de rekening zoo veel mogelijk opgevoerd. Dit wordt niet
weinig daardoor aangewakkerd, dat als men zelf een
geding verliest men zijnen ongelukkigen client over-

(1) Hij haalt verder eene plaats van PAULUS aan (L. 40 pr. *de herid pct.*
V. 3). *Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter
metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.*

stelpt ziet door de rekeningen van de practizijns der tegenpartij.

In bijna geen geval kan de naauwgezette pleitbezorger voor de winst van een geding instaan. Schier elke zaak, waarover geschil is, is voor tweeledige opvatting vatbaar; daarbij is de loop van een proces niet vooruit te berekenen. De rechtschappen practizijn is meestal gedwongen zijnen client het op het touw zetten van een geding af te raden, en hem tot het berusten in de meest overdreven vorderingen aan te sporen. Immers de kosten van een verloren geding, dat zonder incidenten toch altijd door drie instantien loopen kan, zijn vooruit onberekenbaar. De uitkomst leert, dat zij meestal te hoog zijn voor de krachten van een gewoon burgergezin. Iemand, die geen onafhankelijk vermogen heeft, maar moet leven uit de opbrengsten van zijn middel van bestaan, mag zich als goed huisvader niet bloot stellen aan de kosten van een verloren proces.

De ondervinding toont, dat schikking thans bijna onmogelijk is. Juist de halsstarrige partij, zij, die ter kwader trouw is, grondt zich op den schroom der tegenpartij, en wil van hare overdreven en onregtmatige eischen geen afstand doen. Gedurende den loop van een proces is transactie bijna ondoenlijk, de kosten beletten het. Spoedig toch overtreffen zij in een eenigzins ingewikkeld geding, dat niet van overwegend belang is, het belang der zaak. De hoofdzaak wijkt; het belang van partijen verdwijnt, dat der practizijns treedt op den voorgrond, wie zijne declaratie betaald zal krijgen.

Vroeger kon de pleitbezorger zijnen client er opletend op maken, dat hij ja regt had, en waarschijnlijk regt konde verkrijgen, doch dat dit hem altijd geld zoude kosten. Het bedrag was ongeveer te berekenen; de client kon beoordeelen, of het hem zooveel waard was. Bij een verloren geding kon men door moderatie zijner eigene

declaratie de ramp lenigen; thans dreigt de ongelukkige uitslag van een proces den ondergang te zijn van een huisgezin.

Bij ons is dus ook geen regt te zoeken, dan door zeer rijken of zeer armen. De eerste kunnen het uitstaan, de laatste hebben toch niets te verliezen. En hier ontmoeten wij een der grootste kankers van onze instellingen; een geding *pro deo* tegen een goeode kan eene speculatie zijn. Men neme er eenige op zich, slechts wint men er een; bij de verlorene heeft men niets gelaten dan de aangewende moeite; het gewonnene moet alles goed maken. Zoude het te loochenen zijn, dat de wetenschap hiervan reeds hier en daar bij den arme doorgedrongen is? dat al de leden der balie zich geheel vrijhielden van dergelijke speculatie?

Ik heb door ouderen meermalen de opmerking hooren maken, dat het vooroordeel, hetwelk in vroegere tijden tegen de regtsbezorgers veelal heerschte, gedurende de Fransche instellingen geheel begon te wijken. De stand van pleitbezorger was een der meest geachte; zij verdienden in den regel niet alleen het publiek vertrouwen, maar genoten het ook. Hunne onbaatzuchtige tusschenkomst drukte menig dreigend geschil den kop in; zij wisten overdreven vorderingen te matigen; familietwisten werden door hen bijgelegd. Zij oefenden eene vrijwillige magistratuur uit.

Zullen zij dit standpunt onder de tegenwoordige bepalingen kunnen behouden? Ik vreeze van neen. Eene roekelooze hand is geslagen aan de kiesche betrekking tusschen hen en hunnen client. Waar zij optreden, hebben zij alreeds den schijn niet het hun toevertrouwd belang voor te staan, maar dat hunner declaratie. Zullen zij zich onder dien schijn, die volksovertuiging dreigt te worden, ook altijd onthouden van het wezen?

Men had in eene afdeeling er op aangedrongen, dat ook de kosten van een gemagtigde bij eene zaak, voor den kantonregter behandeld, onder de proces-kosten zouden worden begrepen. De regering achtte het niet raadzaam, omdat daardoor de kosten dier volgens haar doel zoo eenvoudige wijze van procederen zouden worden vermeerderd, en aan eene menigte nuttelooze en schadelijke zaakwaarnemers in de hand gewerkt. Is niet door de invoering van het beginsel bij de gedingen voor de regtbanken de balie tot eene zaakwaarnemerij verlaagd?

Moeten dan de praktische gevolgen ons den terugkeer tot de bepalingen der Fransche wetgeving omtrent de berekening van proces-kosten doen wenschen; ik geloof, dat een dieper doordringen in den aard der betrekking tusschen den advokaat en zijnen client ons zal overtuigen, dat die bepalingen ook in beginsel juist zijn.

In wiens belang raadpleegt de client zijnen raadsman? Immers in zijn eigen. Welnu! die kosten, in eigen belang door hem gemaakt, behooren ook door hem te worden voldaan. In het inroepen van regterlijke adviezen door den niet-regtsgeleerde ontmoeten wij het algemeene verschijnsel van verdeeling van den arbeid. Niet allen kunnen alles kennen; ieder in de maatschappij legt zich op een eigen vak toe, om daarin niet alleen een nuttigen werkkring, maar ook een geevenredigd middel van bestaan te vinden. Worden zijne diensten ingeroepen, hij wordt er voor beloond; heeft hij de diensten van anderen noodig, uit zijne eigene verdiensten vindt hij de middelen ook hen te remunereren. Zoo zeer dit geldt op het gebied der nijverheid, evenzeer is het waar op het gebied der wetenschap, waar zij niet bloot bespiegeland om haar zelve wordt beoefend, maar hare vruchten aan het leven dienstbaar maakt; waar zij dient tot een intellectueel beroep. Hij, die in ziekte de hulp van den genees-

heer inroept, voldoet gaarne de remuneratie, die hem, naar zijn maatschappelijken stand en de algemeene overtuiging van hetgeen den geneesheer toekomt, wordt in rekening gebracht. Welk verschil is er met hem, die den raad en den bijstand van den regtsgeleerde noodig heeft?

Men heeft zich van de werkzaamheden van den pleitbezorger in een' geding een verkeerd denkbeeld gevormd. Een gedeelte van zijne bemoeijingen zijn zeker in het belang der publieke orde ingevoerd. De formaliteiten en wat daartoe behoort, het zijn noodzakelijke gevolgen van het proces; de kosten daardoor veroorzaakt moeten door hem, die het proces draagt, worden betaald. Van een anderen aard is de zorg, die de practizijn heeft voor de belangen van zijn client. Hij onderzoekt de bewijsmiddelen, hij weegt ze, hij bestuurdeert het regtspunt, hij overlegt en bewaakt den loop van het geding; dit zijn werkzaamheden uitsluitend ten behoeve der partij, die in hem haar vertrouwen stelt. Ware zij zelve met de noodige kennis uitgerust, zijne bemoeijingen zouden overbodig zijn. Het is een personeel vertrouwen, dat zijn client hem schenkt; dat vertrouwen en de werkzaamheden, die er het gevolg van zijn, moeten niet door een ander worden geremunereerd. De waardij daarvan kan niet door de wet worden getarifiseerd, om door hem, tegen wien het is gebruikt, te worden beknibbeld en met tegenzin voldaan. In geld geconverteerd, is het 't gevoel streelende van geschonken en beantwoord vertrouwen verdwenen.

Mogt de regering, eenmaal overgaande tot partieele herziening, ook dit punt onder hare aandacht nemen. Is het voor de regtzoekenden van het hoogste aanbelang, niet minder gewigtig is het voor den stand, waartoe ik eer heb te behooren, die thans, door verkeerde instellingen bij het publiek in een ongunstig daglicht gebracht,

van haren ouden luister beroofd, dreigt of bij gebrek van werkkring te verdwijnen, of tot zaakwaarnemerij te vervallen. De schoone usance van de Fransche balie moge onder ons herleven, die de diensten van den raadsman in geld onschatbaar achtende, wel het bestaan eener actie tegen den client erkende, maar hare instelling als onkiesch afkeurde. De band tusschen hen blijve vertrouwelijk, door hen alleen geschat. Dan zal de advocatuur weder kunnen beantwoorden aan de schildering, die MERLIN er van gaf (1):

«Het eenig onderscheid, hetwelk thans tusschen den magistraat en den regtsgeleerde gevonden wordt, bestaat hierin, dat het regtsgebied van den eersten is bepaald tot twistende partijen, dat des anderen geheel vrijwillig en zich over alles uitstreckende; dat zij is vrij voor dezen, gedwongen bij genen. De magistraat heeft geene jurisdictie dan in zaken en over partijen in zijn district; hij is verplicht hen te hooren en hunne zaken te beslissen; de advocaat daarentegen heeft den geheelen aardbol tot regtsgebied. Alle menschen, van welk land of rang zij zijn mogen, kunnen zich tot hem vervoegen en hij is meester om hun zijn gevoelen mede te deelen of te weigeren, naar gelang van de achting en het vertrouwen, dat hij hun bewijzen wil. Hij vermag niets door gezag, maar alles door wijsheid en kunde; men mag hem zelf den eersten magistraat onder zijne medeburgers noemen. Hoe vele geschillen en twisten smoort hij niet in hunne geboorte! Hij is de goede geleigeest van de rust der familien, de vriend der menschen, hun gids en beschermer.»

(1) Bij VAN DER LINDE, *Verhandeling over de Advocaten enz.*, p. 98.

STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — *Vlugtige opmerkingen over den invloed van het volkenregt op het strafregt*, door Jhr. Mr. C. J. VAN NISPEN TOT PANNERDEN, substituut-officier van justitie bij de Arrondissements-Regtbank te 's Hertogenbosch.

De aanleiding tot het schrijven van dit vertoog is van geheel practischen aard. In den aanvang van mijnen werkring bij het Openbaar Ministerie vroeg ik van den regter de toepassing eener strafbepaling, bij een der met België gesloten tractaten geschreven. De verbindende kracht der ingeroepen strafbepaling werd door de verdediging betwist. De regter ontsloeg van alle regtsvervolging. Herhaling van dezelfde feiten en herhaalde klagten noopten mij tot een nader onderzoek van de regtsvraag. Het resultaat mijner navorschingen onderwerp ik aan het oordeel van het regtsgeleerd publiek, in de hoop van teregtwijzing, zoo ik bevonden word in kennis of oordeel gedwaald te hebben.

Bij het schrijven hield ik schier uitsluitend mijn oog gevestigd op de wijzigingen, door het jus gentium in de inwendige strafwetgeving gebragt. Over de zoogenaamde misdrijven tegen het volkenregt, als daar zijn zeeroof, schending eener wettige blokkade enz. vermeed ik te handelen. Ook dus beperkt wane men niet hier de stof volledig bearheid te zien. Het zijn slechts vlugtige aantekeningen, die ik den lezer aanbied. Onder de vereischen om eene goede verhandeling over het volkenregt te schrijven rekende PUFFENDORF te regt eene ontzaggelijke bibliotheek en veel vrijen tijd. Beiden miste ik. De hulpbronnen, waarover men in eene provincie-stad kan beschikken, zijn gering. De veelvuldige werkzaamheden van het Bosscher Parket lieten mij slechts weinig tijd tot het raadplegen der schrijvers. Uit dien hoofde hoop ik eenige toegevendheid voor mijn werk.

Korthedshalve onthoud ik mij van eene ontvrouwing der beginselen van het jus gentium. Ik moet onderstellen, dat de lezer er meê bekend is, vooral wáár van het niet geschreven volkenregt gesproken wordt.

Eenige der afwijkingen van het gemeene regt, die door het laatste geboden worden, zijn van algemeene bekendheid. Dat vreemde vorsten b. v. en hunne gezanten in andere rijken een aantal voorregten genieten, die ook door hen, welke de juistheid der benaming betwijfelen, veelal met den naam van Exterritoriaal regt (Regt van Exterritorialiteit) bestempeld worden, weet iedereen.

De wetenschap, dat ook bij het geschreven volkenregt vele onderwerpen geregeld zijn, die een deel van het inwendig beheer uitmaken, en vooral de overtuiging, dat er een Algemeen Staatsregt bestaat, waardoor de wetgeving der onderscheiden staten beheerscht wordt, acht ik niet zoo algemeen verbreid.

Toch is het niets nieuws in de geschiedenis, dat de eene vorst zich veroorloofd heeft invloed uit te oefenen op de wijs, waarop een ander zijne onderdanen regeerde. Vooral sinds de hervorming vindt men in verdragen vaak bestemmingen over de godsdienstige aangelegenheden in andere rijken. Onder de meest bekende voorbeelden behoort het *Uti Possidetis* van den Munterschen vrede. Bij een der onderscheiden tractaten, die alle onder dien naam bekend zijn — dat tusschen Zweden en zijn bondgenoot Frankrijk ter eenre en het Duitsche rijk ter andere zijde —, werd het bezit der geestelijke goederen in dit land en al hetgeen tot uitoefening der eeredienst betrekking heeft, geregeld (1). Vele voorschriften dier overeenkomst, die in zoo menig opzigt diep ingrepen in Germaniëns tēerste belangen, werden tot

(1) DEMONT, Corps Universel Diplomatique, VI, 1, bl. 469 sqq.

de nieuwere tijden toe nageleefd en zelfs thans worden zij nog niet zelden voor de vierscharen ingeroepen. Zoo was een belangrijk deel der inwendige wetgeving mede het werk van vreemde vorsten.

Bij den vrede van Utrecht werden de Zuidelijke Nederlanden afgestaan onder uitdrukkelijk beding, dat in den toestand der Roomsche kerk geene verandering zou worden gebracht (1). Van daar de bepaling in het zoogenaamde barrière-tractaat, dat de openbare uitoefening van de Catholijke eeredienst en het bestaan van kloosters en andere geestelijke inrigtingen op denzelfden voet als vroeger zou worden gehandhaafd in de streken, die aan de Vereenigde Nederlanden overgingen (2).

Maar vooral levert de akte van het Weener-Congres menigvuldige voorbeelden van inmenging der Mogendheden in het binnenlandsche bestuur van andere staten. Dat congres achtte zich geroepen eene constituerende vergadering voor gansch Europa te zijn. Men ging van het denkbeeld uit, de Europesch Maatschappij een nieuwen vorm te geven en in groote trekken het staatsregt te schetsen, van hetwelk de bijzondere wetgeving der onderscheidene landen alleen de ontvouwing zou zijn. Het evenwigt der staten en de zekerheid der troonen werd in menig opzigt afhankelijk geacht van de wijs, waarop het een of ander volk bestuurd werd.

Had niet de omwenteling in Frankrijk den regeringsvorm in alle naburige landen gewijzigd, en ook in de meer verwijderde al het bestaande doen wankelen? Was door het zegevierend gemeenebest, en vooral door het bewind, later uit de volksregering geboren, niet elke waarborg tegen overheersching van den eenen staat door den anderen verbroken? Had men den eersten van de reeks der toen geëindigde oorlogen niet veeleer aangevangen om de

(1) DUMONT, t. a. pl., VIII, I, bl. 370.

(2) DUMONT, t. a. pl., bl. 461.

uitbreiding van de revolutionnaire begrippen te keeren, dan uit ridderlijke belangstelling in het lot van **LODEWIJK XVI** en van **MARIE ANTOINETTE**? En zou men zulk een gevaar in de toekomst niet duurzaam trachten te weren, nu men eindelijk als overwinnaar keerde uit den langen strijd? Verwonderen wij ons dan ook niet in de akte van het congres eene menigte bepalingen aan te treffen, die men eer in eene staatsregeling, dan in een verdrag zou zoeken. Niet alleen het belang, maar ook het regt billijkt eenigzins de maatregelen der overwinnaars. Het Krijgsregt gaf hun in zekeren zin de beschikking over de veroverde landen. Bij den vrede van Parijs behielden zij zich die uitdrukkelijk voor. Zij gaven een groot deel van het buitgemaakte land niet aan de vroegere bezitters terug, maar begunstigen er dezen en genen mede. Laat het zich niet verdedigen, dat zij aan hun giften voorwaarden verbonden, die althans verpligtend waren voor hen, die ze aannamen?

Geven wij thans eenige voorbeelden van bestemmingen, als de bedoelde, door de afgevaardigden der Mogendheden vastgesteld.

Reeds art. 1 der Congres-akte verzekert aan de Polen eene volksvertegenwoordiging en nationale instellingen.

Art. 46 gebiedt volkomen gelijkstelling van belijders der onderscheiden Christelijke gezindheden als grondslag aan te nemen van de Staatsregeling der vrije stad Frankfort. Bij aanhangsels, waaraan men dezelfde kracht toekende alsof zij geheel in de akte opgenomen waren, schreef men onder andere de staatsregeling voor de stad Krakau, en regelde het beheer van den Duitschen bond. Enkele bepalingen van het laatste verdienen eene afzonderlijke vermelding. Men stelde regterlijke collegiën aan met regtsmagt over de landen van onderscheiden Souvereinen. De zoogenaamde *gemediatiseerde* vorsten et-

langden, zelfs met afschaffing van vroegere wetten, uitgebreide voorregten.

Art. 102 der akte handhaaft de koopers van vroegere geestelijke goederen in den Kerkelijken Staat in het rustig genot hunner bezittingen.

Ik ontleen nog een voorbeeld aan de bepalingen voor ons eigen land gemaakt. In het reglement voor de Rijnvaart is het voorschrift opgenomen, dat, bij overtreding en veroordeeling door den lageren regter, gelegenheid moet blijven tot hooger beroep op de centrale commissie voor de Rijnvaart, uit afgevaardigden van de Regeringen der Oeverstaten gevormd. Ziedaar beregting van Nederlanders door eene uitheemsche vierschaar, uit diplomaten, niet uit regtsgeleerden, zaâmgesteld! Strookten met zulk eene bepaling de beginselen der Grondwet van 1815? (1).

Toch hadden de mogendheden zelve geboden die Grondwet als staatsregeling voor het koninkrijk aan te nemen. Het eerste der acht artikelen, die de voorwaarden der vereeniging van het Noorden en Zuiden regelden, verpligtte tot behoud der Grondwet, die de Hollandsche provincie beheerschte, en veroorloofde alleen het maken van zoodanige wijzigingen als de veranderde omstandigheden vereischten (2). Te regt merkte de voorzitter der commissie van 1815 (HOGENDORP) op: « qu'aux termes des huit articles du protocole de Londres, la constitution Hollandaise est adoptée et prescrite par les puissances alliées à la Belgique (3). »

Niet minder krachtig uitte zich de Graaf DE THIENNES, die uit naam der Regering de vergadering van de voorzitters der notabelen opende — 5 Aug. 1815 — als hij

(1) Niemand kan worden afgetrokken van den regter, dien de wet hem geeft.

(2) MARTENS, *Recueil*, III, bl. 153.

(3) *Journal de RAEPSAET*, Séance du 6 Juin.

zeide: «het is eeniglijk om te erkennen, of de wijzigingen, in de Grondwet gebragt, de goedkeuring der notabelen verwerven, dat men het ontwerp aan hunne aanneming of verwerping voorstelt. Met één woord, het is niet over de wet, *bepaald* door *Europa*, op het Weener Congres vergaderd, dat zij geraadpleegd worden, maar alleen over de wijzigingen welke dezelve autoriseert (1)».

Somtijds daalde men zelfs af tot het geven van voorschriften over ondergeschikte punten. Art. 77 der Congresacte verbiedt het herstel der tienden in het vroeger bisdom Bazel. Art. 81 wijst gelden aan voor het openbaar onderwijs in eenige Zwitsersche kantons.

In de instelling van zulk een algemeen staatsregt, als de mogendheden beoogden, is men althans voor een gedeelte geslaagd. Te Aken en te Verona werkte men in denzelfden geest voort. Spanje en Napels leerden, dat wijzigingen te brengen in het binnenlandsch bestuur een vergrijp was niet alleen tegen hunnen vorst, maar tegen al de soevereinen. Bijna zag men het droombeeld van HENDRIK IV, ééne groote Christelijke republiek met scheidsregters ter beslechting der onderlinge geschillen, verwezenlijkt.

Eischt men van een volk, dat het zich aan de bestemmingen van anderen onderwerpe, men vordert dat het zijne onafhankelijkheid prijs geve. Maar als het zijne toestemming gegeven en zich bepalingen over zijne inwendige aangelegenheden heeft laten welgevallen, kan met regt verlangd worden, dat het er zijne wetgeving meê in overeenstemming brenge. Onttrekt het zich aan de nakoming van wettig gesloten verdragen, loopt het gevaar met geweld tot de naleving gedwongen te worden. Verwerpt het de bestemming des niet geschreven volkenregts,

(1) *Staats-Courant* van 18 Aug., n^o. 195.

zoo is uitsluiting van het verkeer der beschaafde natiën te vreezen. Of er reden bestaat om die kans te wagen, beslist het hoogste gezag in elken Staat. Zoo de wetgever verordeningen uitvaardigt, die strijden met het *jus gentium*, gehoorzamen de onderdanen aan de bevelen van hun eigen regeerders. De regter verkeert in geen anderen toestand. De positieve wetgeving van zijn eigen land is zijn eenige rigtsnoer. Aan haar onleent hij zijne bevoegdheid.

Tot handhaving der wetten is de regter geroepen. De wet is de uitgedrukte wil van hem of hen, die tot hare vaststelling bevoegd is of zijn. Zoo geene wet de voorschriften van het volkenregt bevestigt, is dit te wijten aan onwil of verzuim van den wetgever. Is er onwil, zoo zou de regter, die ze toepaste, tegen den wil van den wetgever, dus in strijd met de wet, handelen. Is er verzuim, dan is er geen *uitgedrukte* wil. In dit geval zou eveneens eene beslissing volgens het volkenregt geene beslissing volgens de wet zijn.

Het zijn de Nederlandsche wetten, niet het *jus gentium*, die de regter met plegtigen eede bezweert.

Maar, zegt men, de wetgever is onbevoegd eenige bepalingen over ons onderwerp vast te stellen. Hetgeen bij eene algemeene overeenkomst — zij het ook stilzwijgend — door alle mogendheden bepaald is, kan door ééne alleen niet buiten werking gesteld worden.

Eene verordening, die spruit uit overschrijding van magt, mist verbindende kracht. Een mijner meest geachte tegenstanders (1) erkende zelf de onjuistheid dier bewering, als hij zeide, dat elke staat tot wetgeving in eigen boezem bevoegd is. Ik vereenig mij met die meening. Maar stel, dat de wetgever zijne magt overschreed, dat hij onderwerpen regelde buiten zijn grondgebied of buiten

(1) Jhr. Mr. DE JONGE, *Themis*, 1849, bl. 55 sqq.

zijne sfeer. Is dan des regters gezag boven dat des wetgevers verheven? Is de eerste tot toezigt over de handelingen van den laatsten bevoegd? Neen, zijne rol is geheel lijdelijk. Deel van de uitvoerende magt (1), past hij algemeene voorschriften op bijzondere gevallen toe. Zelfs wáár hij de gewone wet, als niet overeenkomend met de Grondwet, verwerpt, geeft hij alleen de voorkeur aan de eene wet boven de andere. In dit geval handhaaft hij de verordening van het hooger boven die van het lager gezag (2). Een regter, die, buiten een stellig voorschrift, zijne beslissing op volkenregt of op natuurregt grondde, zou, naar mijne eerbiedige meening, zijne roeping miskennen. Andere beginselen over ons onderwerp aan te nemen, schijnt mij niet zonder gevaar. Vragen uit het natuur- en volkenregt plegen buiten dagelijksche behandeling te blijven. Uit dien hoofde vallen voorbeelden, er aan ontleend, niet dadelijk in het oog. Maar er zijn andere voorschriften, die in aller gemoederen leven. Hetgeen voor de heerschappij van ons regt pleit, kan gewis in nog veel sterkere mate voor het Goddelijk regt aangevoerd worden. Hoe vaak is de wetgever, naar het oordeel van velen, buiten zijne bevoegdheid getreden bij het regelen van onderwerpen, welke de dienst van het Opperwezen raken. Waar zou het heen, indien de regter de toepassing van verordeningen weigerde, omdat hij alleen het geestelijk gezag tot hare vaststelling bevoegd achtte?

Neemt men de ontvouwde beginselen aan, zoo is geen voorschrift van het algemeen staatsregt voor toepassing

(1) Wie is er, die nog aan de juistheid van MONTESQUIEU'S verdeeling geloofd? Om een voorbeeld uit ons eigen land te nemen, wijs ik op twee uitstekende mannen van geheel verschillende rigting, Mr. COCK en Mr. THEORBECKE. Beide verwerpen haar.

(2) Men weet, dat de Ned. Staatsregeling zelfs verbiedt de bevelen des wetgevers aan haar eigen bepalingen te toetsen.

vatbaar, zoo het met de inwendige wetgeving strijdt. Ook eindigt de werking van een verdrag, zoowel door eene eenzijdige verordening van het wetgevend gezag, als door eene nadere overeenkomst. Geen voorschrift van het volkenregt, maar alleen de uitgedrukte wil van 'slands regeerders zal de vierscharen tot erkenning der voorregten van vreemde gezanten bewegen.

In meer dan één land heeft men zich met het voorgedragen gevoelen vereenigd, en verordeningen vastgesteld ter voldoening aan de eischen van der volken gemeene gewoonte. De Oostenrijksche burgerlijke (1) en strafwetboeken (2) verklaren, dat vreemde gezanten met hun gevolg en alle diplomaticke personen niet aan 'slands wetten onderworpen zijn. Gelijke bepalingen vindt men in Pruisen (3). In Engeland heeft men eene parlamentsacte van het jaar 1708 (4). De Vereenigde Staten van Noord-Amerika hebben de voorregten der gezanten erkend bij acte van 30 April 1790 (5). In Denemarken schijnt dit geschied bij eene verordening van 8 Oct. 1708 (6). Voor Frankrijk geldt de wet van 13 Ventôse, an II.

Over een ander beginsel van volkenregt heeft men een advies van den staatsraad van 20 Nov. 1806, dat ook hier te lande executoir verklaard is (7). Het wijst aan, in

(1) Art. 33.

(2) 1ste D., art. 221.

(3) Landrecht.

(4) Men vindt de akte in haar geheel medegedeeld bij MERLIN, op het woord *ministre public*.

(5) EVERTSEN DE JONGE, Over de grenzen van de regten van gezanten en secretarissen van legatie van vreemde Mogendheden, bl. 316 sqq.

(6) HEFFTER, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart, Zweite Ausgabe, Berlin, 1848, bl. 375, noot (3°).

(7) FORTUJN, II, bl. 414. In het verslag der commissie belast met het onderzoek over de nog hier te lande verbindende wetten en verordeningen

hoever een buitenlandsch schip in eene Fransche haven als grondgebied van het land, waaraan het behoort, te beschouwen is.

Eene ordonnantie van 29 Nov. 1833 regelt de regtsmagt van vreemde consuls over hunne onderhoorigen en landgenooten, die in Frankrijk vertoeven.

Ook in ons vaderland heeft men enkele stellingen van het jus gentium in het geschreven regt opgenomen. De krijgsmann, die in dienst van den lande op vreemd grondgebied verblijft, wordt geacht onderworpen te zijn aan de wetten van zijn land. In dien zin schreef men art. 10 van het Wetboek van 1815 voor het krijgsvolk te water en te lande.

Gezanten plegen vrijdom van belastingen te genieten. Naar aanleiding daarvan treft men een voorschrift aan in art. 5, 2^o., der Algemeene Wet van 26 Aug. 1822 (1) over de heffing der regten van in-, uit- en doorvoer, en van accijnsen.

De bovenaangevoerde argumenten schijnen mij beslissend. Toch wordt de regtsgeldigheid der volkenrechtelijke voorschriften, ook zonder dat zij door eene stellige wetsbepaling geschraagd zijn, door zoo velen aangenomen, toch rust zij op een zoo eerbiedwaardig gezag, dat men bijna genegen is het hoofd te buigen.

Er is meer dan één arrest van den Hoogen Raad der Nederlanden, waarbij dat collegie zijne regtspraak op beginselen van volkenregt grondde.

Bij arrest van 12 Junij 1850 oordeelde de Hooge Raad, dat een Ned. schip, ook in eene vreemde reede, tot ons

van Franschen en anderen oorsprong vindt men een ontwerp ter vervanging dezer verordening.

(1) *Stbl.* n^o. 33. Zeer juist is het betoeg van EVERTSEN DE JONGE (bl. 336 sqq.), dat deze bepaling de gezanten niet van alle Ned. wetten ontheft. Zou vrijstelling van sommige belastingen vrijverklaring van burgerlijk en strafregt zijn? Is twijfel daarover mogelijk?

grondgebied blijft behooren, en dat mitsdien een misdrijf, dáár gepleegd, niet volgens art. 9 Strafvord., maar in het algemeen volgens de geldende strafwet behoort beregt te worden.

De stellers intusschen schenen het algemeen beginsel, waarop zij zich beriepen, op zich zelf niet genoeg te vertrouwen. Zij trachten het te versterken door te wijzen op artt. 35, 60, 994 B. W., waar de schepen ondersteld worden aan de Ned. wetgeving onderworpen te zijn, en, voegde men er bij, er was geen reden waarom dit niet in strafzaken evenzeer zou moeten gelden. Het argument mag niet onopgemerkt blijven. Uitbreiding der strafwet, op grond van analogie met het Burgerlijk Regt!

Bij arrest van 30 Augustus 1850 (1) werd hetzelfde volkenregtelijk beginsel erkend voor vreemde schepen, die zich in onze havens ophouden, maar tevens beslist, dat het op een houtvlot geen toepassing vindt.

Het is vooral op deze uitspraak, dat ik de aandacht vestig, wijl men ze had kunnen gronden op het reeds aangehaald advies van den Franschen Staatsraad van 20 Nov. 1806, waarop zoowel het Hof van Zuidholland, als het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad zich hadden beroepen. Aan onbekendheid met die verordening kan hier niet gedacht worden.

Opmerking verdient ook 's Raads beslissing van 22 Sept. 1840 (2), die aan een vonnis, in strafzaken geweest, door eene Regtbank, tijdens den Belgischen opstand door de zegevierende muitelingen ingesteld en dus *facto* maar niet *jure* bestaande, dezelfde kracht toekende als aan vonnissen, door Nederlandsche vierscharen uitgesproken. Dit gewijsde moet te meer vermeld worden, wijl het

(1) v. d. Hon., Sc., 1350, II, bl. 81.

(2) v. d. Hon., Gem. Zaken, I, n^o. 27.

eene uitbreiding was van het geschreven volkenregt Het traktaat van 19 April 1839 (1) bepaalde, dat de vonnissen, in *burgerlijke of handelszaken* geweest, tijdens het Belgisch beheer in die gedeelten van Limburg en van het Groot-Hertogdom Luxemburg, welke weder in het bezit van den Koning der Nederlanden overgingen, in kracht en werking zouden gehandhaafd worden. Dus die in *strafzaken* niet, zou men verwachten geoordeeld te zien.

Nog heeft de Raad beslist, dat het tractaat met Oostenrijk, den 31 Mei 1815 te Weenen gesloten, de acte van het Weener-Congres en de tractaten met Pruisen van 26 Julij en 7 Oct. 1851 van toepassing zijn op de vraag, of iemand in staatsregtelijken zin Nederlander, en mitsdien tot uitoefening van het kiesregt bevoegd was (2).

Bij het gezag van ons Hoogste Regterlijk Collegie, dat ook door de wetenschap met eerbied genoemd wordt, voegt zich eenigzins dat der Fransche jurisprudentie. Er zijn onderscheidene arresten van Hoven, waarbij het exterritoriaal regt aangenomen (3) wordt. Van deze gaan sommige verder dan de aangehaalde wet van 13 Ventôse an II. Maar het beginsel is daarin erkend, en bij scherpe redenering kunnen bijna al de gegeven beslissingen er door geregvaardigd worden. Onder de uitspraken van het Hof van Cassatie, die ik over onze quaestie gevon-

(1) Tusschen Nederland en de Grootte Mogendheden en tusschen Nederland en België art. 23. (*Stbl.* 1839, n^o. 26).

(2) *Weekbl.* n^o. 1165.

(3) Parijs, 5 April 1813, 15 Maart 1815, 23 April 1841. Aix, 14 Aug. 1829. Bordeaux, 20 Mei 1829. Korthedshalve geef ik geen verslag van elke der gedingen. Men vindt de uitspraken geheel medegedeeld bij DALLOZ, *Répertoire*, op de woorden *Agent Diplomatique* en *Consul*. Men zie ook een Arrest van het Hof van Aix van 1843, bij HEFFTER, « Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart », bl. 333.

den heb, heeft één mij getroffen. Het geschil liep over de vraag, of een buitenlandsch Consul aanspraak had op vrijstelling van dienst bij de nationale garde. Een uitdrukkelijk voorschrift ten zijnen behoeve bestond niet. Toch werd in bevestigenden zin geantwoord. Vooreerst werd de beslissing gemotiveerd op gronden, aan het stellig regt ontleend. Regterlijke ambtenaren, zeide men, waren tot dienstbetoon onverplicht. De regtsmagt der Consuls was door het Fransche regt erkend. Uit dien hoofde vielen zij in de uitzondering. Deze redenering was op voortreffelijke wijs ontwikkeld, en, hoezeer welligt min juist, toch niet geheel te verwerpen. Doch ten slotte beriep men zich tevens op het volkenregt en de cassatie werd mede uitgesproken wegens *schending der regelen van het internationaal regt* (1).

Bij de aanhouding der vijf vrienden van den ouderen tak der Bourbons op den *Carlo Alberto*, leidden beginselen van volkenregt het Hof van cassatie tot het aannemen van de wettigheid der inhechtenisneming. Ook de argumenten, waarmede de Hoven van Lyon en Aix hunne oordeelvellingen staafden, waren er aan ontleend (2). Beslissingen, die te meer vreemd zijn, wijl het reeds aangehaald advies van den Staatsraad van 20 Nov. 1806 de arrestatie wettigde. Zij hebben echter weinig gezag en zijn gewis geen sieraad der Fransche regtspraak.

Hoe onjuist, ik zeg niet, de beslissing, maar de motivering, ook volgens het *jus gentium* was, is op overtuigende wijs door onzen DEN TEX betoogd (3).

Ook schrijvers van naam kleven het bestreden stelsel

(1) Het Arrest van 26 April 1834, is textueel te vinden bij DALLOZ, Répertoire, op het woord *Consul*, bl. 281.

(2) Bijdragen tot Regtsgel. en Wetg. door DEN TEX en VAN HALL, VIII, bl. 573 sqq.

(3) Bijdragen, t. a. pl.

aan. De BOSCH KEMPER (1) en VAN DEINSE (2) wijzen tot staving van de voorregten der gezanten op eene breede lijst van schrijvers over volkenregt. Maar een argument uit ons geschreven regt zoekt men bij hen te vergeefs. De ROUVILLE (3) erkent zonder aarzelen de heerschappij van het volkenregt boven de inlandsche wetgeving.

DEN TEX (4), als hij tegen de Fransche toepassing van het jus gentium in het straks vermeld geding te velde trok, bleek echter regtspraak volgens hetzelfde niet ongeoorloofd te gelooven.

BERNER (5), van wien men een opzettelijk vertoog verwachten zou, geeft allen een beknopt en, wat erger is, zeer onnaauwkenrig overzicht van de gevoelens der leeraren van het volkenregt. Zelfs FOELIX zou ik niet bepaald onder mijne bondgenooten durven tellen.

RAUTER (6) daarentegen grondt het exterritoriaal regt op de aangehaalde wet van 13 Ventôse an II, dus op het stellig regt. VON ROTTECK (7) is mijne meening toegedaan. De voorregten van buitenlandsche vorsten en van hun gezanten rusten, volgens hem, of op eene bepaling der geschreven wetgeving of op gewoonte. Gewoonte is ook bron van regt en mist bij ons alleen door een stellig voorschrift (8) de kracht, die zij elders bezit. Ten slotte mag ik wijzen op Mr. EVERTSEN DE JONGE,

(1) Wetb. van Strafv., I, bl. 13.

(2) Allgemeeene Beginselen van Strafrecht, § 263 sqq.

(3) De vraag van regt in de zaak van het Ned. schip *de Jonge Albert*.

(4) T. a. pl.

(5) Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Person, Berlin, 1853, § 49 en 50.

(6) Traité du Droit Criminel, Parijsche Uitgaaft, I, bl. 57 en 58.

(7) Staats-Lexicon op het woord *exterritorialität*.

(8) Art. 3 Alg. Bep.

die in een allezins lezenswaardig geschrift (1) de meening ontvouwde, dat elke bepaling van het volkenregt om te werken de sanctie der stellige wetgeving behoeft.

Gemis aan overeenstemming tusschen de wetgeving en het geschreven volkenregt komt minder voor dan tusschen de eerste en het niet-geschreven volkenregt. Uit dien hoofde wordt er zeldzamer over gehandeld. Toch heeft men wel eens de handhaving van tractaten ten spijt van 's lands instellingen verlangd. De procureur-generaal bij den Hoogen Raad vroeg van den regter de toepassing der Maintzer-overeenkomst over de internationale vaart op den Rijn, hoezeer hij niet durfde beweren, dat zij met de Grondwet strookte.

Tot wettiging van zijn verlangen voerde hij aan, dat dit verdrag een noodzakelijk gevolg was der akte van het Weener congres, die het Koninkrijk der Nederlanden geschapen had, en als constitutieve titel er van 's lands staatsregeling beheerschte.

Begrijp ik de boven aangehaalde arresten van den Hoogen Raad wel, dan is daardoor de heerschappij van het volkenregt gevestigd. Al gelooft men niet, dat zij juist zijn, toch zal men wel doen er zich in de praktijk aan te onderwerpen.

De eenvormigheid der regtspleging behoort, zooveel mogelijk, bevorderd te worden. Ook doet in de pleitzaal één arrest van ons hoogste regterlijk collegie ligter de schaal overhellen dan tien wets-voorschriften. Waar het beslist heeft, blijft weinig anders over dan de spreuk van den kerkvader AUGUSTINUS toe te passen: *Roma locuta est, causa finita est*. Onderwerpen wij het oordeel van onze rede aan de uitspraak van het Hoogste Gezag, en rangschikken wij de stelling niet onder die, waarover twijfel geoorloofd is, maar onder de uitgemaakte geloofs-artikelen.

(1) Over de grenzen van de Regten van Gezanten en van Secretarissen van Vreemde Mogendheden, Utrecht 1850.

Vooral met het oog op vragen, die, zoo de oorlog voortduurt, gewis dikwijls aan de orde zullen zijn, is het ontwikkelde stelsel gewichtig te noemen. Zoo der volken gemeene gewoonte het een of ander gebiedt zal dit, ook met inbreuk op het geschreven regt, gehandhaafd kunnen worden. En men zal in zulk geval van geen schending der regten van bijzondere personen mogen spreken.

Onder de bestemmingen van het niet geschreven volkenregt verdienen de voorregten der gezanten in de eerste plaats genoemd te worden. Of zij op eene wezenlijke exterritorialiteit steunen, wordt door velen betwijfeld, maar, door dezen meer beperkt door genen meer uitgebreid, en ten opzichte van de personen, die er aanspraak op hebben, en ten opzichte van den aard der regten zelve, worden zij toch, in het algemeen, door alle schrijvers erkend, door alle Regeringen geëerbiedigd. Over de regtsgeldigheid van haar bestaan in Nederland wordt verschillend geoordeeld. De argumenten, die er voor pleiten, zijn van tweederlei aard.

Vooreerst de heerschappij van het volkenregt, dat onze stellige wetgeving beheerscht. Op dezen grond zouden zij waarschijnlijk door den Hoogen Raad gehandhaafd worden.

Anderen erkennen het *jus gentium* als regtsbron, wel niet boven, maar toch naast de geschreven wetgeving (1). Naar hun oordeel bestaat er geen stellig voorschrift, met het regt van exterritorialiteit in strijd. Dit gemis van strijd is voor hen genoeg om het aan te nemen. Wel lezen wij in art. 8 Alg. Bep. dat «de strafwetten en de verordeningen van politie verbindende zijn voor allen, die zich op het grondgebied van het rijk bevinden.» Maar dit is volgens hen alleen een voor-

(2) Jhr. Mr. W. A. C. DE JONGE, in *Themis*, bl. 57.

schrift: «de régime intérieur», en van geen toepassing op vragen, die naar het volkenregt behooren beslist te worden.

De opneming van het jus gentium onder de rechtsbronnen is reeds genoegzaam bestreden. Maar in dit geval steunt men op een bijzondere grond. Onze algemeene bepalingen van wetgeving zijn ontleend aan de voorschriften, in den aanvang van het G. C. geplaatst.

Bij de raadpleging in den Franschen Staatsraad was een voorstel gedaan tot uitdrukkelijke erkenning van het exterritoriaal regt. Het werd verworpen. Het tribunaal beklagde zich bij het corps législatif over het stilzwijgen der wetgeving over dit punt.

De orateur du gouvernement (PORTALIS) antwoordde: «ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens; nous n'avons point à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur (1).» Dus zou als het ware stilzwijgend de geldigheid van het jus gentium erkend zijn (2). Woorden als de aangehaalde zijn niet zonder gewigt, waar het de uitlegging eener dubbelzinnige wetsbepaling geldt, maar wat kenbron is van regt zullen wij toch aan geen lid van den Franschen Staatsraad vragen. Ook geloof ik, dat men aan de woorden des bedoelden sprekers eene te ruime beteekenis geeft.

PORTALIS zeidē niet, dat de wetgever zich met het bedoelde onderwerp nooit had bezig te houden, maar alleen dat het in de voorgedragen wet niet behoorde geregeld te worden. Dit was volkomen juist. Zoo ooit, moest hier zeker eene bijzondere verordening zijn. De Fransche Regering zelve had ook reeds meermalen vol-

(1) MERLIN, Répertoire, op het woord *ministre public*; LOCRIÉ, Esprit du Code Napoleon, I, bl. 202.

(2) DE JONGE, t. a. pl.

kenregtelijke onderwerpen voor wettelijke regeling vatbaar geoordeeld, getuige de wet van 13 Ventôse an II, die verbiedt gezanten voor den gewonen regter te betrekken en op eenigerlei wijze hun persoon te krenken.

Ook bij de vaststelling van het Decreet van 5 Julij 1792 achtte men eene uitdrukkelijke uitzondering noodig, om de gezanten van het gemeene regt vrij te stellen.

Art. 16 bepaalde: « tout homme résidant ou voyageant en France est tenu de porter la cocarde nationale », maar, voegde men er bij, « sont exceptés de la présente disposition les ambassadeurs et agents accrédités des puissances étrangères » (1). Vroegere en latere besturen hadden niet anders geoordeeld. Van LODEWIJK XIV heeft men eene uitvoerige ordonnancie over de prises maritimes (2). Wat als wettig buit gemaakt te beschouwen was, moest niet naar beginselen van volkenregt, maar naar de stellige wetgeving beoordeeld worden (3). Over hetzelfde onderwerp vindt men ook een Decreet der consuls van 2 Prairial an XI (4). Reeds FRANS I regelde bij ordonnancie de regten van onzijdige Mogendheden (5).

Er is nog een argument, dat in mijn oog alles beslislust. De woorden van art. 8 Alg. Bep. zijn algemeen en ondubbeltzinnig. Zij dulden de gewraakte onderscheiding niet. Zij, die aan de beraadslagingen de voorkeur geven boven de letter der wet, hebben het pleit bij de wetenschap en bij de jurisprudentie verloren.

Van geheel anderen aard zijn de argumenten, die men put uit Placaten, in den tijd der Republiek door de Staten-Generaal en door de Staten van Holland uitgevaardigd. Mr.

(1) DALLOZ, Répertoire, op het woord *Agent Diplomatique*, n^o. 30.

(2) WHEATON, Histoire des Progrès du Droit des Gens. Leipzigsche uitg. van 1841, bl. 58, en MERLIN, op het woord *prise maritime*.

(3) WHEATON, t. a. pl., bl. 75.

(4) MERLIN, t. a. pl., § 3, art. 2.

(5) WHEATON, t. a. pl., bl. 62.

EVERTSEN DE JONGE (1) gaf een uitvoerig verslag van de meeste dier Placaten, terwijl hij tevens hunne voortdurende regtsgeldigheid betwistte. Voor zoover ik heb kunnen nagaan, regelen al die Placaten alleen het gijzelen van Gezanten wegens schulden en het leggen van beslag op hunne goederen. Ik heb er geen gevonden dat verbod hen strafregtelijk te vervolgen. Wel bestaan er goede redenen om aan te nemen, dat men in voorkomende gevallen zulk eene strafvervolging niet geduld zou hebben. Maar dit neemt niet weg, dat ook de vroegere wetgeving bepaalde voorschriften over ons onderwerp miste. Uit dien hoofde acht ik, in eene verhandeling over den invloed van het volkenregt op de strafwetgeving, een onderzoek naar de verbindende kracht van de bedoelde Placaten overbodig.

Zou het ongeoorloofd zijn den wensch te uiten, dat, men, het voorbeeld van Oostenrijk, van Pruisen, van Groot Britannië en van de Vereenigde Staten van Noord-Amerika volgende, het exterritoriaal regt op de voorschriften der stellige wetgeving entte, in plaats van op den onvasten bodem van het niet geschreven en in menig opzigt nog zeer onzeker volkenregt? Het is mogelijk, dat de Hooge Raad zijn stelsel wijzige en aan 's lands wetten boven het volkenregt de voorkeur geve. Dan waren welligt ernstige moeilijkheden te vreezen. Wel behoort het thans gelukkig onder de zeldzaamheden, dat een diplomaat zich aan eene misdaad pligtig maakt. Maar men vergete niet, dat ook het ondergeschikt personeel door velen geacht wordt in het voorregt der Gezanten te deelen. De gansche reeks der bedienden van zoo onbesproken en ingetogen wandel te gelooven, dat geen hunner zelfs de politie-voorschriften zou overschrijden, schijnt gewaagd.

Ongaarne zou ik met Mr. EVERTSEN DE JONGE op af-

(1) T. a. pl., bl. 450 sqq.

schaffing, althans op beperking der voorregten van vreemde gezanten aandringen; ware er geen andere reden, reeds dan zouden de gronden door mijn' geachten medearbeider aan dit tijdschrift, Mr. DE JONGE, in korte woorden, maar op voortreffelijke wijs ontwikkeld, ons klein vaderland tot behoedzaamheid aansporen. De voorregten der gezanten vind ik ook op zich zelf zoo verwerpelijk niet.

Het wenschelijke van gelijkheid van allen voor de wet is het hoofdargument, ter bestrijding er van door Mr. EVERTSEN DE JONGE aangevoerd. Afkeurenswaard zijn gewis privilegiën, in het belang van bijzondere personen verleend. Maar hoe weinig zij, in het belang der maatschappij geschapen, met het stelsel der meest vrijzinnige school strijden, leert ons het beginsel der onschendbaarheid van den vorst, dat, ook bij groote euveldeaden, geen teregtstelling van dezen gedooft. Uit de erkenning onzer voorregten door de N. Amerikaansche republiek, blijkt dat zij zelfs met de zuiverste volks-regering niet onbestaanbaar zijn. Aan de behoefte der voortdoring van hetgeen eene eeuwen-oude gewoonte in het leven riep, mag niet getwijfeld worden. Bij het internationaal verkeer zijn dikwerf punten van dagelijksche aanraking, wier behandeling geen uitstel gedooft. In-hechtenisneming of gijzeling der vertegenwoordigers van vreemde mogendheden zou noodzakelijk vertraging, zoo niet geheele afbreking der onderhandelingen veroorzaken. Men zegge niet, dat de arrestatie van elken ambtenaar evenzeer de publieke dienst verlamt. In het binnenland is er dadelijk een gezag bij de hand, dat in de leemte voorziet. Niet alzo in de diplomatie, waar de verwijdering der Hoven soms maanden met eene aanvulling doet verloop. Bovendien is de teregtstelling van eenen gezant minstens niet vleijend voor de regering, die hem afvaardigde. Zij zal ophelderingen begeeren en soms in de waardering der feiten volstrekt niet overeenstemmen

met het gezag van het rijk, waar de daad gepleegd werd. Keurt zij het gedrag van haren vertegenwoordiger af, zoo zal deze, bij terugzending, zijn straf niet ontgaan, en verliest men derhalve niets bij inachtneming der voorschriften van het volkenregt. Kiest zij daarentegen zijne partij, dan kunnen uit dit verschil van meening niet anders dan verwikkelingen geboren worden, waarvan het gevolg verkoeling, ja geheele afbreking der wederzijdsche betrekkingen moet zijn. Zullen handel en nijverheid daarbij winnen?

Bovendien is er nog veel ergers te vreezen. Nog voor weinig jaren hebben wij gezien, dat de oorlog op het punt stond van tusschen twee magtige natiën te ontvlammen om de onheusche bejegening van een ondergeschikt agent (1). Dus zouden welligt duizende menschenlevens opgeofferd worden om het getal der veroordeelden met een enkele te vermeerderen.

De schrijvers plegen onze voorregten mede te regtvaardigen door te wijzen op het gevaar, dat men uit politieke redenen gezanten eener buitenlandsche Mogendheid voor den regter brenge. In zijne warme ingenomenheid met den tegenwoordigen toestand der wereld, noemt Mr. EVERTSEN DE JONGE die vrees hersenschimmig. Overal is, volgens hem, de regtszekerheid genoegzaam gewaarborgd. Is die schildering niet te sterk gekleurd? Is de persoonlijke vrijheid overal veilig? Hoe gaarne zou men — om slechts een enkel voorbeeld te noemen — Englands agenten als medepligtig aan het zoenenaamde vergrijp der MADIAS getroffen hebben?

Gezanten worden geacht hun domicilie in het vaderland te behouden. Zal men, bij terugzending wegens gepleegd misdrijf, de gewone strafwet toepassen, dan wel art. 8 en 9 Strafordering? Het antwoord kan niet

(1) Pritchard.

twijfelachtig zijn. Misdrijven, buiten 's lands gepleegd, worden alleen beregt volgens de aangehaalde artikelen van het Wetboek van Strafvordering. In een aantal wanbedrijven voorzien deze niet. Het gevolg is, dat een gezant, die in den vreemde door zijne voorregten veilig is, ook bij terugkeer naar Nederland, vaak straffeloos zal blijven.

Gelden de voorschriften van het niet geschreven volkenregt boven onze stellige wetgeving, zoo zal dit gewis nog veel meer het geval zijn met het geschreven volkenregt. Vinden wij in verdragen bestemmingen, die met ons regt niet overeenkomen, zoo zullen wij aan de eerste boven het laatste de voorkeur geven.

Maar de tractaten, althans die welke vóór de Grondwetsherziening van 1848 gesloten zijn, rusten nog op een anderen, en, naar mijn oordeel, veel hechteren grondslag.

In het algemeen kan het strafregt, gelijk alle andere onderwerpen van wetgeving, alleen door samenwerking van Koning en volksvertegenwoordigers geregeld worden, maar, volgens de Grondwet van 1815, is er eene uitzondering voor tractaten.

Art. 57 dier Grondwet geeft aan den Koning de magt om verbonden en verdragen met vreemde Mogendheden te sluiten. Aan die magt zijn slechts twee grenzen gesteld. Afstand en ruiling van grondgebied moeten in vreedestijd aan de goedkeuring der Staten-Generaal onderworpen worden. Alle andere beschikkingen kunnen zonder hunne toestemming door den Vorst getroffen worden.

Sommigen beperken de bevoegdheid des Konings tot het regelen van onderwerpen, die geen onderwerpen van wetgeving zijn.

Die onderscheiding is buiten de wet. De woorden van het aangehaald artikel der Grondwet zijn algemeen.

Ja die woorden zelve weérleggen de tegenwerping.

Alinea 3 van ons artikel schrijft eene uitzondering op den algemeenen regel, in de 1ste al. gesteld.

Die uitzondering betreft afstand van grondgebied.

Het grondgebied des Rijks is bij de staatsregeling zelve omschreven. Elke afstand er van brengt wijziging in de Grondwet.

De grondwetgever achtte den regel zoo algemeen, dat, om verandering der Grondwet uit te sluiten, eene uitdrukkelijke bepaling noodig was.

Intusschen niet elke verandering verbood hij, maar de aangehaalde alleen.

Elke andere wijziging kon bij tractaat worden bevolen, te eer wijziging der gewone wetgeving.

Ik begijp niet, hoe de tegenstanders hunne verklaring met de woorden der Grondwet rijmen.

Immers, waarvoor de uitzondering geschreven, indien de algemeene regel niet alles omvatte? Die 3de alinea ware meer dan doelloos, zoo de bestreden verklaring van al. 1 werd aangenomen.

Aan THORBECKE kon de juistheid der aangevoerde gronden niet ontgaan. Bij herziening der Grondwet eene andere bepaling begeerend, erkende hij, dat de letter der bestaande staatsregeling zijn stelsel niet gunstig was (1).

In 1848 begreep men dan ook, dat, zou de bevoegdheid des Konings tot het sluiten van tractaten beperkt worden tot onderwerpen, die niet tot den werkkring der wetgevende magt behooren, zulks ook in de Grondwet bepaald moest worden. En men schreef (2): «verdragen, welke hetzij afstand of ruiling van eenig grondgebied des Rijks in Europa of in andere werelddeelen, *«hetzij eenige andere bepaling of verordening, wet-*

(1) Aant. op de Gw, I. bl. 118 sqq.

(2) Art. 57, al. 3.

«telijke regten betreffende (d. i., blijkens de verhandelingen in de Staten-Generaal, «al hetgeen onderwerp «van wetgeving is») inhouden, worden door den Koning «niet bekrachtigd, dan nadat de Staten-Generaal die «bepaling hebben goedgekeurd.»

Tegen de ontwikkelde meening zijn velerlei bedenkingen geopperd, van welke slechts eene mij gewichtig voorkomt. Ik bedoel het beroep op den geest der Grondwet. Zij heeft, zegt men, zeer juist onderscheiden tusschen wetgevende en uitvoerende magt. Zou zij haar stelsel den bodem hebben ingeslagen bij het leerstuk der tractaten en hier aan den vorst veroorloofd alle wettelijke waarborgen met eene pennestreek te vernietigen? Naar mijn oordeel mag geenerlei beschouwing ons van de verklaring doen afwijken, wier aanneming de duidelijke letter der wet gebiedt. Ik durf het hier te minder, wjl ik de taal der Grondwet met de bedoeling harer ontwerpers in overeenstemmig geloof. In 1815 was men gewend aan en vol eerbied voor den invloed, dien de mogendheden zich op het beheer van andere Staten aanmatigden. De vorst alleen stelde zich in betrekking met de andere regenten. Voor zooveel hem de vrije keus gelaten werd, nam hij — niet het volk — deel aan de raadpleging over de te maken bestemmingen. Zoo trad WILLEM VAN ORANJE tot de acht artikelen en tot de acte van het Weener-congres toe, zonder de goedkeuring van de vertegenwoordiging der Vereenigde Nederlanden te vragen. Toch grepen zij diep in onze teerste belangen. Toch was het artikel der staatsregeling van 1814 veeleer voor verschil van meening vatbaar, dan dat van die van 1815. Vond men des Regenten daad niet in overeenstemming met de aangenomen beginselen van staatsbestuur, gewis had men bij de nieuwe Grondwet tegen zulk eene aanmatiging van gezag gewaakt. Zou, om de mogelijkheid van nieuwe bestemmingen der mo-

genschappen te voorzien, buitengemeene scherpzinnigheid vereischt zijn geweest? Ook behoeven wij niet eens te onderstellen, dat onze wetgevers een blik op de toekomst geworpen hebben.

De acte van het Weener-congres was vóór de vaststelling onzer staatsregeling bekend. Ik heb reeds aangewezen, dat zij, bij het reglement op de Rijnvaart, afwijking van de bepalingen onzer Grondwet gebood. Zou men eene herziening der Grondwet gewild hebben, om het tot stand brengen er van mogelijk te maken? Wat nu de vrees voor willekeur betreft, het is eene bedenking die men tegen het verleenen van elke bevoegdheid kan opperen. Er is geene magt, of misbruikt leidt zij tot verderfelijke gevolgen. Men denke aan het regt der volksvertegenwoordiging, om de heffing der belastingen te weigeren. Zoo zij zonder reden alle middelen tot bestrijding der staatsuitgaven wegnam, zou regeringeloosheid niet onvermijdelijk zijn? Wat zal men zeggen van de onschendbaarheid des vorsten, die hem veroorlooft alle gruwelen straffeloos te plegen? Tegen voortdurende miskenning van ambtspligten, kan geen staatsregeling waken. Ook behoeft de vrees voor kwade gevolgen ons niet van het aannemen der voorgedragen verklaring terug te houden. De bevoegdheid van het hoofd van den Staat tot het sluiten van tractaten is thans beperkt. De afkeurenswaardige bepalingen van vroegere verdragen berusten voor het meerendeel op het algemeen Europeesch staatsregt. Wij zullen ons toch aan hare naleving niet kunnen onttrekken.

Een laatsten steun zoekt men in art. 1 Strafvordering. Het artikel luidt: «Niemand mag tot straf vervolgd of veroordeeld worden dan op de wijze en in de gevallen «bij *de wet* voorzien.» Meestal duidt gewis het woord *wet* verordeningen aan, die in gemeen overleg door Koning en volksvertegenwoordiging vastgesteld zijn. Toch

wordt het ook wel aangetroffen in de beteekenis van *wettelijke verordening*. In dezen zin moet men het hier opvatten. 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?

Werd de bestreden verklaring van het artikel aangenomen, geen veroordeeling zou voortaan op een provinciaal of plaatselijk reglement gebouwd worden. Men zegge niet, dat voor het bestuur van gewest en gemeente de grens bij de wet afgebakend is. Ik wil eens toegeven dat men onder maat van straf de *wijze* van straffen zou kunnen verstaan. Maar zeker zijn bij overtredingen, als de bedoelde, de *gevallen* niet bij de wet voorzien. Het zijn de keuren, die het geval regelen, die het feit tot misdrijf maken. Bovendien bestaat er meer dan eene strafvordering, die geen wet in engen zin genoemd kan worden, en evenmin op eene zoodanige verordening rust. Men denke b. v. aan de publicatie der representanten van Bataafsche Brabant van 27 Mei 1796, aan de Keizerlijke Decreten enz. Wat zal dezer lot zijn? Zal men de juistheid der vergelijking ontkennen, door er op te wijzen, dat de wet geen terugwerkende kracht heeft? De tegenwerping zou welligt gegrond zijn, indien er spraak was van een misdrijf, vóór de invoering van het Wetboek van Strafvordering gepleegd. Indien het waar is, dat ons artikel den regter verbiedt andere straffen op te leggen, dan die door den Koning en de Staten-Generaal vastgesteld zijn, moet het verbod algemeen geacht worden. Er is geene uitzondering voor vroegere verordeningen. Ware het anders, men zou geen bezwaar hebben tegen de straffen, bij het tractaat over de Rijn-

vaart bepaald, maar wel tegen die, bij de met België gesloten overeenkomsten bedreigd.

Bij een uitnemend gemotiveerd arrest (1) heeft de Hooge Raad de voorgedragen verklaring der Grondwet aangenomen. De strijd liep over de bepalingen van het tractaat nopens de Rijnvaart, die, ter beslechting van geschillen, uit hetzelfde gerezen, eenen afzonderlijken en in sommige gevallen zelfs buitenlandschen regter aanwijzen, terwijl art. 165 der Grondwet bepaalde, dat niemand zal worden afgetrokken van den regter, dien de *wet* hem geeft. De regtsspraak der Rijnvaart-regters werd gehandhaafd; en later ook nog bij arrest van 26 Maart 1847 (2).

Hetzelfde beginsel werd ook aangenomen bij arresten van 25 Januarij 1845 (3) en 12 October 1847 (4). In beide viel op grond van verdragen de beslissing over punten, wier regeling bij de wet geboden is. Een uitdrukkelijk oordeel over onze regtstvraag vindt men hier echter niet. Het kwam niet te pas. Dat de tractaten verbindend waren werd door partijen niet betwist. Gewis waren zij de vroegere uitspraak van den Raad indachtig.

Onder de Tractaten, die strafbepalingen inhouden, verdient eene eerste plaats ingeruimd te worden aan het Tractaat nopens de Rijnvaart, ook wel bekend onder den naam van de Maintzer-Conventionie. Dit in velerlei opzichten merkwaardig verdrag maakte een einde aan de bekende geschillen over de uitlegging van de Weener Congres-akte. Onder de gevolgen der groote Fransche omwenteling, die de vrije internationale vaart op de rivieren en stroomen onder 's menschen natuurlijke regten begreep, behoorde mede de opheffing van de schier

(1) Arr. van 25 Junij 1841, v. D. HON., Gem. Zak., II, bl. 29, sqq.

(2) v. D. HON., Gem. Zak., VI, bl. 28, sqq.

(3) v. D. HON., Gem. Zak., III, bl. 61.

(4) v. D. HON., Belast., III, bl. 232 sqq.

tallooze belemeringen, waardoor vroeger de Rijnvaart gedrukt werd. Het door de Republiek aangevangen werk werd door NAPOLEON voortgezet. Naauw had Nederland zijne onafhankelijkheid herkregeu, of de Souvereine Vorst herstelde de oude tollèn. Maar de Parijssche vrede (geheime artikelen) en het Weener Congres stelden den vrijen Rijnhandel onder de bescherming van Europa. Het Ned. Gouvernement wist aan de gemaakte bestemmingen veel van hare waarde voor de Duitschers te ontnemen door ze te beperken tot den arm des Rijns, die den naam van Lek draagt, en door de uitdrukkingen *jusqu'à son (du Rhin) embouchure* en *jusqu'à la mer* te verklaren, alsof zij beteekende tot aan de plaats, wáár zich het zee- met het rivierwater vermengt, niet tot in volle zee. Het plotseling toegeven in 1831 aan de eischen van Duitschland mag worden verklaard door de begeerte om steun tegen den Belgischen opstand te winnen.

Het oorspronkelijk verdrag (1) is bij een aantal latere overeenkomsten gewijzigd. Men vindt van deze eene volledige opgaaf in de BOSCH KEMPER'S *Handleiding tot de kennis van het Ned. Staatsregt* (2). Politie-voorschriften treft men voornamelijk aan in den VIden titel van de oorspronkelijke overeenkomst, wiens opschrift met den inhoud overeenstemt. Strafbepalingen bevatten artt. 64 en 65 in verband met artt. 61 en 62. Maar er zijn een aantal voorschriften, tegen wier overtreding geene straf geschreven is. Deze leemte heeft men trachten aan te vullen bij art. 2 van het Kon. besluit van 9 Julij 1831 (3), dat de toepassing van art. 1 der wet van

(1) *Stbl.* van 1831, n°. 19.

(2) § 227. — In de opgaaf van het nummer van het *Stbl.*, waaronder de overeenkomst van 1842 te vinden is, vindt men eene drukfout. Men leze 6 in plaats van 36. Bij de door onzen schrijver vermelde plaatsen voege men nog *Stbl.* 1851, n°. 144 en 218, die aan zijn scherpziend oog ontsnapt schijnen.

(3) *Stbl.* n°. 22.

6 Maart 1818 gebiedt op overtreding van bepalingen, die eene poenale sanctie in het tractaat zelf missen. Of het besluit in de behoefte voorziet, betwijfel ik. Zoo de geregelde onderwerpen al tot het gebied der maatregelen van algemeen bestuur behooren, mist men echter den grondwettigen vorm. Met uitzondering van het besluit van 21 Aug. 1841 (1), onder het Ministerie RocHUSSEN genomen, blijkt over geen der overeenkomsten de Raad van State gehoord te zijn. Het is niet onmogelijk, dat zijn advies over alle gevraagd is. Maar de verordening zelve moet het bewijs er van leveren. Uit dien hoofde kunnen een aantal der gegeven voorschriften niet gehandhaafd worden. Bij het zoo even aangehaald besluit van 1841 werd uitdrukkelijk naar de wet van 6 Maart 1818 verwezen. In 1843 schreef men weder straffen bij tractaat (2).

De oorspronkelijke overeenkomst bevat eene beperking, die niet onvermeld mag blijven. Art. 46 zegt, dat het gansche reglement niet verbindend is voor schippers of scheepsbestuurders, die de vaart alleen uitoefenen binnen het grondgebied van hun Souverein. Sommige onderwerpen zijn bij andere verordeningen voor de inlandsche vaart geregeld (3). Maar meer dan één voorschrift zoekt men voor deze te vergeefs. Het is een vreemd verschijnsel; dat onderscheiden heilzame bepalingen voor de internationale vaart bestaan, terwijl het verkeer te water binnen ons eigen grondgebied ongeregeld blijft. Men wordt tot de onderstelling genoopt dat zij het werk zijn van de vreemde afgevaardigden in de Maintzer-bijeenkomst, en

(1) *Stbl.* n^o. 29.

(2) Bepalingen der Maintzer-Conventionie van 29 Aug. 1843 (*Stbl.* 1844, n^o. 1).

(3) Men zie onder andere: Kon. Besl. van 26 Jan. 1815 (*Stbl.* n^o. 7), over het vervoer van buskruid; Kon. Besl. van 31 Julij 1841 (*Stbl.* n^o. 26), over het aanleggen van stoombootdiensten.

het hart van hem, die prijs stelt op de eer van zijn vaderland en er zich gaarne op verhoovaardigt Nederlander te zijn, kan niet zonder eene pijnlijke aandoening blijven.

Het Maintzer-verdrag mag gerekend worden onder de algemeene bepalingen, die het tegenwoordig statenstelsel van Europa schiepen. Het is een uitvloeisel der acte van het Weener-congres. Hierop doelde gewis de heer procureur-generaal bij den Hoogen Raad, als hij in een bekend geding de reeds bovenaangehaalde woorden uitte. Bij die gelegenheid schijnt met nadruk te zijn beweerd, dat zoowel het Weener-congres als de Maintzer-conventie niets anders beoogde dan te verhoeden, dat de heffing van tollén of regten een middel zou zijn, om de onderdanen van andere Staten in de vrije vaart op den Rijn te belemmeren.

Aan regeling der politie zou niet gedacht zijn. Ten opzichte van het te Maintz gesloten verdrag weerspreekt zijn gansche inhoud die bewering. Niet anders was de bedoeling van hen, die in Oostenrijks hoofdstad over het lot van Europa raadpleegden. Art. 2 van het aanhangsel nopens de vaart op den Rijn bepaalde: *le système qui «sera établi pour le maintien de la police, sera le même «pour tout le cours de la rivière (1).»* De geschiedenis bevestigt onze meening. Gelijk voor meer andere belangrijke onderwerpen, werd op het Weener-congres ook eene afdeling gevormd, wier taak het was meer bijzonder hare aandacht te wijden aan het verkeer op de rivieren en stroomen, die onderscheiden landen doorsnijden. WILLEM VAN HUMBOLD, een harer leden, ontwierp eene schets, waarin men de grondslagen aantreft van hetgeen later vastgesteld werd. Bij het 7de der door hem behandelde punten, ontvouwde hij de noodzakelijk-

(1) CH. DE MARTENS, Recueil, III, bl. 179.

heid van de regeling der *politie* op de scheepvaart door de gezamenlijke regeringen der betrokken Staten.

Behalve de bovenvermelde gronden voor de werking van tractaten in het algemeen, is er nog een afzonderlijk argument aangevoerd tot betoog der verbindende kracht van ons reglement. De schippers en scheepsbestuurders, zegt men, die volgens het tractaat eene admissie tot de Rijnvaart hebben aangevraagd, moeten geacht worden zich stilzwijgend aan al zijne bepalingen onderworpen te hebben. Ik verwerp dien grond zonder aarzelen. Indien men verlof vraagt tot het oprigten eener fabriek en de Regering, bij het verleenen van hare toestemming, voorwaarden stelt, die zij niet bevoegd was te maken, kan men door die bedingen niet gebonden zijn. Hetzelfde geldt in ons geval. Mogten de argumenten, aan de Grondwet en aan het volkenregt ontleend, te zwak bevonden worden, zoo geloof ik aan de handhaving van ons reglement te moeten wanhopen.

De verdragen, na het in werking treden van de gewijzigde Grondwet gesloten, behooren afzonderlijk behandeld te worden. De heerscaappij van het volkenregt kan voor deze, even als voor vroegere, ingeroepen worden, niet alzoo de bepaling der Grondwet. Op de verandering van hare voorschriften over ons onderwerp, wees ik reeds vroeger.

Bij Kon. Besluit van 11 Oct. 1849 (1) zijn eenige bepalingen over het patent der Rijnvaart-schippers bekrachtigd. Zij waren vóór het veranderen van onze staatsregeling (2) vastgesteld. Maar een tractaat geldt pas van het oogenblik der ratificatie af. Blijkens het aangehaald Kon. Besluit geschiedde die den 25 Sept. 1849. Ons verdrag moet dus gewis aan de nieuwe voorschriften getoetst worden. Welligt zou het vragen van de goedkeuring der

(1) *Stbl.* no. 52.

(2) In de zitting der Commissie van 1847.

Staten-Generaal niet ongepast geweest zijn. Maar, wijl het strafregt niet dadelijk in den strijd gemengd is, bepaal ik mij tot vermelding van het bezwaar.

Een Kon. Besluit van 8 Jan. 1851 (1) bekrachtigt het politie-reglement voor de vaart op den Rijn, door de centrale commissie te Maintz ontworpen. De veiligheidsmaatregelen voor de middelen van vervoer te water en te lande werden vroeger steeds voorgeschreven zonder medewerking der Kamers. Waren mannen van dezelfde beginselen aan het roer gebleven, zou het geen bevreemding kunnen baren, ze ook thans niet aan de goedkeuring der vertegenwoordiging onderworpen te zien. Minder verklaarbaar is het, dat de oppositie, die zich jaren lang in de pleitzaal en in geschrifte tegen die uitbreiding der maatregelen van algemeen bestuur gekant had, aan het bewind gekomen, dezer kring geenszins beperkte (2).

Het tractaat bevat geen strafbepalingen. Art. 21 bepaalt, dat de overtredingen in elken der oeverstaten gestraft zullen worden overeenkomstig de wetten en reglementen, die aldaar bestaan of nog zullen worden ingevoerd. Welke die in Nederland zijn, is mij onbekend. De wet van 6 Maart 1818 mag hier niet worden

(1) *Stbl.* n^o. 2.

(2) Eene uitzondering vindt men in de wet van 16 Junij 1851, houdende goedkeuring van art. 1—22, der met België gesloten overeenkomst tot wijziging van art. 22 van het Reglement op de Scheepvaart op het kanaal van Terneuzen (*Stbl.* n^o. 58). Daarentegen heeft men uit denzelfden tijd onder anderen een Kon. Besl. van 29 Junij 1851 (*Stbl.* n^o. 85), houdende vaststelling van het Reglement van politie, betrekkelijk de stoomvaart op het groot Noord-Hollandsch kanaal en op het kanaal door het eiland Voorne. Ik kan niet gissen, waarom de goedkeuring der Wetgev. Magt voor het eene niet, voor het andere wel gevraagd werd.

Zie voorts over het gebied der Maatregelen van Algemeen Bestuur, vooral sints de herziening der Gw. van 1848, het voortreffelijk verhoog van DE BOSCH KEMPER onder het opschrift: « Wat zijn Maatregelen van Algemeen Bestuur ? » te Amsterdam, 1852, in het licht verschenen.

genoemd. Zou ooit eene overeenkomst met eene vreemde mogendheid als maatregel van inwendig bestuur kunnen gelden? Beide verschillen van elkander en uit den aard der zaak en volgens de voorschriften der Gw. In allen gevalle had de Raad van State moeten zijn gehoord. Het besluit draagt er geen teeken van. Men schijnt dit gebrek spoedig bemerkt te hebben. Bij besluit van 11 Nov. 1851 (1) werd andermaal de plaatsing in het Staatsblad van het Reglement bevolen, doch thans met vermelding, dat men het advies van den Raad van State ingewonnen had. Ik onderstel, dat het de bedoeling was de toepassing der wet van 6 Maart 1811 te bevorderen. Moet het geen bevreemding baren in een maatregel van *inwendig bestuur* voor het koninkrijk der Nederlanden voorzorgen te zien geschreven voor de vaart tusschen St. Goar en Bingen, plaats en dagreizen ver buiten ons grondgebied gelegen.

In de latere wijzigingen van onze overeenkomst vind ik de reeds vermelde beperking van art. 46 niet herhaald. Toch schijnt zij evenzeer voor deze te gelden. Het zijn alle deelen van hetzelfde stelsel. Zij vormen te zamen één geheel. Geen van alle verbindt, naar mijn oordeel, scheepsbestuurders, die hunne vaart binnen de grenzen van Nederland bepalen.

Na de verdragen nopens het verkeer op de waterbaan van den trotschen stroom, die Zwitserland, Frankrijk, Germanië en ons Vaderland doorsnijdt, noemt men als van zelf de tractaten, waarbij de scheiding tusschen de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden geregeld is. Zij zijn een uitvloeisel van denzelfden geest, inmenging der groote Mogendheden in de inwendige aangelegenheden van andere Staten. De tusschenkomst der Mogendheden vond trouwens plaats naar aanleiding van hetgeen op het congres te Aken vastgesteld was. Geheel te regt beschouwt WHEATON het verdrag van

(1) *Stbl.* n°. 144.

1839 als deel van het algemeen Europeesch volkenregt.

Met het oorspronkelijk tractaat, den 19 April 1839 te Londen tusschen Nederland en de groote Mogendheden en tusschen Nederland en België aangegaan (1) staan in een onafscheidelijk verband de overeenkomsten van 5 Nov. 1842 (2) en van 20 Mei 1843 (3) tusschen Nederland en België gesloten. Het tot stand brengen der laatste was door het eerste gebiedend voorgeschreven, terwijl tevens de hoofdbeginselen der te maken bepalingen vastgesteld werden. Het verdrag van 5 Nov. 1852 is, als bevattende afstand of ruiling van grondgebied, bij eene wet van 4 Febr. 1843 goedgekeurd.

Thans kom ik tot vermelding van het geschil, dat mij tot een onderzoek der behandelde punten noopte. De stoombooten van eene maatschappij, wier zetel te Venlo gevestigd is, pleegden, bij het ophouden te Grave, hare ligplaats te kiezen in het vaarwater van het veer op de Maas, zoodat daardoor het oversteken der pont onmogelijk werd gemaakt. Bij vervolging van den kapitein der boot, beriep het Openb. Min. zich op art. 44 van het Reglement op de Maasvaart, vastgesteld bij overeenkomst van den 20 Mei 1843, terwijl de straf, bij art. 45 bedreigd, geëischt werdt. Met de hem eigen redenaarsgaven bestreed Mr. N. T. SASSEN, als verdediger van den beklagde, 's Konings bevoegdheid om bij tractaat strafbepalingen vast te stellen, die door mij verdedigd werd. De Regtbank liet de vraag der bevoegdheid in het midden, maar ontsloeg van alle regtsvervolging op grond, dat ons artikel enkel die veren betreft, welke op de Maas bestaan ter plaatse wáár deze de grensscheiding tusschen Nederland en België vormt.

De eenige motivering ten opzigte van het regt luidde:

(1) *Stbl.* 1839, n^o. 26.

(2) *Stbl.* 1843, n^o. 3.

(3) *Stbl.* n^o. 45.

« *Overwegende*, dat tegen het geïncrimineerde feit bij
« geenerlei strafbepaling voorzien is, daar art. 44 van het
« reglement door het Openb. Min. aangehaald en voor-
« komende in het *Stbl.* van 1843, n^o. 45, is vastgesteld
« ter uitvoering van het tractaat van 19 April 1839, in
« welks art. 9 uitsluitend gehandeld wordt van de scheep-
« vaart op de stroomen en bevaarbare rivieren, die het
« Belgisch grondgebied van het Hollandsch grondgebied
« van een scheiden of gelijkelijk doorloopen, zoodat de
« bepalingen van het ingeroepen reglement, in verband
« beschouwd met art. 13 van het tractaat tusschen Ne-
« derland en België van 8 Aug. 1843 (*Stbl.* 1844, n^o. 12),
« alleen toepasselijk zijn op veren met ponten, schuiten
« of booten, die op de Maas bestaan of mogten daargesteld
« worden ter plaatse waar deze rivier de grens daarstelt. »

Uitspraak en redenering schijnt mij even vreemd. De
1ste § van het door de Regtbank aangehaald art. 9 luidt:
« de beschikkingen der art. CVIII tot CXVII ingeslo-
« ten van de algemeene akte van het Congres van Wee-
« nen, betrekkelijk de vrije scheepvaart op de stroomen
« en bevaarbare rivieren, zullen toepasselijk worden
« gemaakt op de stroomen en bevaarbare rivieren, die het
« Belgisch grondgebied en het Hollandsch grondgebied
« van een scheiden of gelijkelijk doorloopen. »

De Regtbank oordeelde de woorden *gelijkelijk door-
loopen* van dezelfde beteekenis als de woorden *van een
scheiden*. Zulk een pleonasme ware op zich zelf reeds
vreemd in een verdrag, dat door mannen van Europe-
sche vermaardheid ontworpen is. « Les rivières qui tra-
« versent à la fois le territoire Belge et Hollandais: » —
dus luidt de Fransche text — dat zijn de stroomen, wier
wateren zoowel het Belgisch als het Hollandsch grondge-
bied doorsnijden.

Reeds de letter van het art. geeft die verklaring aan
de hand. Eene rivier immers, die de grensscheiding

tusschen twee landen vormt, loopt niet door het grondgebied van elk dier landen, doorsnijdt het niet, *ne le traverse pas*. Deze uitlegging wordt bevestigd door de artikelen der akte van het Weener-Congres, die onze bepaling wil toegepast zien. Zij bevatten geene bijzondere beschikkingen voor het verkeer op plaatsen, wáár rivieren de grensscheiding tusschen twee landen vormen, maar regelen de gansche internationale vaart op stroomen, wier beide oevers tot het grondgebied van denzelfden Staat behooren, en wier wateren onderscheiden rijken achtereenvolgend besproeijen.

Dan het was voorwaar niet noodig de akte van het Congres te raadplegen. Men behoeft slechts de overige §§ van het aangehaald art. 9 in te zien, om zich te overtuigen, dat hier de rede is van de internationale vaart, niet van het grensverkeer. Men leze b. v. § 7. waarbij, in afwachting der vaststelling van het definitief reglement voor de vaart op de Maas, de aanneming bevolen wordt van de bepalingen der reeds besproken Maintzer-overeenkomst. Ieder, die den loop des Rijn kent, moet vermoeden, ieder, die het Maintzer verdrag gelezen heeft, weet, dat het niet strekte tot regeling van het grensverkeer in streken, wáár onze rivier het grondgebied van den eenen Staat van dat des anderen scheidt.

De Regtbank beriep zich nog op het tractaat van 8 Augustus 1843 (1). Kon het haar ontgaan, dat deze overeenkomst met de onze niets gemeens heeft? De eerstgenoemde, gesloten naar aanleiding van art. 6 van het tractaat van 19 April 1839, beschrijft de grenzen tusschen België en Nederland. De onze, van 20 Mei 1843 (2), getroffen ter uitvoering van art. 9 des aangehaalden tractaats, is van geheel anderen aard. Zoo ons reglement enkel handelt van plaatsen, wáár de Maas de grens-

(1) *Stbl.* 1844, n^o. 12.

(2) *Stbl.* n^o. 45.

scheiding vormt, waartoe eene bepaling, als die van art. 1: «de tollèn op de Maas *van de Fransche grenzen af tot aan Gorcum* zullen geregeld worden volgens het «decreet van het Fransch gouvernement van 10 Brumaire XIVde Jaar?» of als die van art. 16: «de schepen «tot de Maasvaart behoorende, alsmede derzelyer ladingen, komende *van den Rijn of van de Nederlanden* «zullen vrijelijk in regstreekschen doorvoer en zonder «tot lastbreken gehouden te zijn, over de *geheele uitgestrektheid der Maas tot in Frankrijk door varen?* »

Niet minder duidelijk is het voorschrift van art. 32 al 2: «er zal een patent of vergunning aan den schipper «of scheepsbestuurder worden afgegeven, die door de «autoriteit van zijn land als bekwaam erkend is, en dit «stuk zal hem het regt geven tot de uitoefening der «scheepvaart over de *geheele uitgestrektheid der Maas.* » Het zijn slechts een paar voorbeelden uit vele.

De bedoeling trouwens der ontwerpen van het tractaat van 1839 is niet twijfelachtig. Bij art. 1—7 werden Nederland en België als van elkander onafhankelijke Staten gevestigd en de grenzen van hun gebied aangewezen. De artt. 8—11 handelen over het waterverkeer. Het is bekend, dat de internationale vaart tusschen de Zuidelijke en Noordelijke Nederlanden en vooral die op de Schelde, sinds eeuwen een bron van twist en tweedragt geweest is. Na den opstand werd de Schelde door de Nederlandsche Regering gesloten. Zij begeerde dien toestand, ook bij de eindregeling der scheiding, te handhaven. De Mogendheden veroorloofden het niet.

Het reglement nopens de vaart op de Maas bevat eene gelijke uitzondering als dat over de Rijnvaart. Scheepsbestuurders, die hunne vaart binnen het Nederlandsch grondgebied beperken, zijn er niet door gebonden (1). Meer dan één heilzaam voorschrift mist men daardoor.

(1) Art. 35.

Zoo kan bij v. een vaartuig de overvaart der pont, den geregelden loop van posten en diligences belemmeren, zonder dat de schipper straf behoeft te vreezen. Ik heb althans geen bepaling gevonden, die tot tuchtiging regt gaf.

De overeenkomst van 20 Mei 1843 (1) is zeer uitvoerig. Zij bevat zes onderscheiden reglementen, een voor de vaart op de Schelde, een over het loodswezen, een over de visscherij, een nopens de vaart op de binnenwateren tusschen Rijn en Schelde, een over de vaart op het kanaal van Terneuzen. In alle vindt men straf-bepalingen. Met uitzondering van dat nopens het loodswezen, houden alle het strenge voorschrift in, dat de scheepsbestuurder verantwoordelijk is voor de boeten, door het scheepsvolk verbeurd.

Het verdrag van 12 Julij 1845 (2) handelt over het zijkanaal van de Maas. Het verwijst dikwerf naar het reglement over de Maasvaart. Over dit kanaal hebben de beide regeringen zich nog nader verstaan bij overeenkomst van den 5 Sept. 1850 (3).

Het strafregt bleef daarbij geheel buiten spel. Bij Kon. besluit van 15 Oct. 1850 (4) werd een reglement van politie geschreven voor het Nederlandsch gedeelte van ons kanaal. Tot handhaving der genomen veiligheidsmaatregelen wordt naar de wet van 6 Maart 1818 verwezen. In een enkel artikel (34) treft men eene bijzondere strafbepaling aan. Zoo eenig vee op de dijken, bermen of glooijingen langs de vaart weidt, zonder dat het bestuur schriftelijke vergunning gegeven heeft, zal het in beslag genomen worden, totdat de eigenaar een schutsgeld betale van zestig cents en de kosten der voeding van het vee. Zulk eene bepaling schijnt mij buiten

(1) *Stbl.* n^o. 45.

(2) *Stbl.* n^o. 49.

(3) *Stbl.* n^o. 61.

(4) *Stbl.* n^o. 65.

twijfel te treden op het gebied der wetgevende magt.

Hoe nuttig de tractaten over de uitlevering van misdadigers zijn, behoeft niet ontvouwd te worden. Bij haar vermelding pleegt men te twisten over den zin van art. 4 der vorige Grondwet. Ik zal mij thans niet mengen in dien strijd. Is de gegeven verklaring van art. 57 der Grondwet juist, zoo beslist het de vraag ten voordeele van de wettigheid der uitlevering, bij verdragen beloofd.

In het tractaat met Hannover, het oudste van allen, lees ik een zeer heilzaam voorschrift, hetwelk in de latere gemist wordt. De uitlevering moet natuurlijk langs diplomatieken weg gevraagd worden. Maar om ontvlugting gedurende den tijd, met de aanvraag en beschikking verloopend, te voorkomen, verzoeken de regters en officieren van justitie in de beide landen elkander onderling om de verdachten aan te houden. Zulk eene aanvraag van den betrokken ambtenaar verplicht tot voorloopige in-hechtenis-stelling. Kan men geen dergelijken maatregel nemen, dan wordt het vragen van uitlevering maar al te dikwijls geheel doelloos. Snelheid van handelen is geen kenmerk der diplomatie. Bovendien zou, ook bij den meesten spoed, de voorgeschreven weg te veel tijd vorderen, om niet aan den booswicht de gelegenheid te geven tot ontvlugting naar het een of ander rijk, dat niet uitlevert. Engeland, waar men niet elken dag zijne toevlugt neemt tot middelen, als die welke Kämper in handen der Nederlandsche justitie bragten, is vaak eene veilige schuilplaats.

Zoover te gaan, als men deed bij de overeenkomst met Pruissen, tot beteugeling der bosc-delicten, van 16 Aug. 1828, zou ik niet durven aanbevelen. Daarbij wordt aan de officieren van justitie opgedragen, niet de voorloopige in-hechtenis-stelling in afwachting van de beschikking der Regering, maar de uitlevering zelve, eene uitlevering, die geschieden zal op een enkel verzoek van den officier van justitie, ondersteund door bewijzen

of althans door aanwijzingen (1) van het misdrijf. De Nederlandsche onderhandelaars waren de administrateur der Domeinen en de heer LÉCLERCQ, destijds procureur-generaal te Luik, en een der woordvoerders van de liberale oppositie in de Kamer, thans procureur-generaal bij het Belgisch Hof van cassatie. Hij staat bekend als een der bekwaamste mannen van de vrijzinnige partij. Dit voorbeeld leere ons, hoe zeer zij dwalen, die meenen, dat toegevendheid jegens misdadigers een noodzakelijk gevolg van hunne volksgezinde denkbeelden is.

Scheen mij de aangehaalde bepaling van het eerste onzer uitleveringstractaten prijzenswaard, ik vond er ook eene andere in, die weinig lof verdient. Zij belooft uitlevering wel niet wegens alle, maar toch wegens sommige staatkundige misdaden. Op staatkundig terrein worden de handelingen der menschen vaak naar de uitkomst beoordeeld. Menig gelukzoeker wordt groot door meened en verraad, terwijl zij, die getrouw waren aan eed en plicht, als ballingen in den vreemde rondzwerven. Hij, die veroordeeld is wegens een vergrijp tegen de staatsinrigting, kan een achtenswaardig man zijn. Te regt verbood de wet van 13 Aug 1849, tot regeling der toelating en uitzetting van vreemdelingen (2), het vaststellen van bepalingen als de bedoelde.

Zoowel het tractaat tot wering van boschdelicten als dat met Hannover geven aan vreemde beambten de bevoegdheid misdadigers over onze grenzen te vervolgen. Het is gewis eene groote afwijking van den gewonen regel agenten eener buitenlandsche mogendheid met de openbare magt op ons grondgebied te bekleeden, die niet zonder gevaar voor het ontstaan van botsingen is.

(1) De Hollandsche vertaling zegt: « kenteekenen van het vergrijp ». De woorden van den oorspronkelijken Franschen tekst zijn: *indices du délit*, die het mij juist voorkomt door *aanwijzingen* te vertolken. *Preuves* zijn niet volstrekt noodig. Men kan met *indices* volstaan.

(2) *Stbl.* n^o. 39.

ROMEINSCH REGT.

Schets der possessoire regtsvorderingen van het Romeinsche regt, in eene reeks van opstellen door
Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te
's Gravenhage.

De possessoire regtsvorderingen des Romeinschen regts zijn in de jongste halve eeuw de lievelings-stof der Duitsehe regtsgeleerden geweest. Na den stoot door von SAVIGNY's beroemde verhandeling gegeven hebben zij, gebruik makende van de inmiddels ontdekte bronnen, dit onderwerp met onverdroten ijver en verbazende scherpzinnigheid zoo gelukkig bewerkt, dat het, tot welverdiend loon voor al die inspanning, als het ware van nieuws wedergeboren en in zijne oorspronkelijke zuiverheid en glans hersteld werd. Doch de vruchten van dien arbeid liggen in een te groot aantal geschriften en losse betoogen verspreid om gemakkelijk toegankelijk te wezen. Deze omstandigheid bewoog mij, ten behoeve van de lezers van dit tijdschrift, de voornaamste uitkomsten der tegenwoordige wetenschap zamen te smelten in eene reeks van opstellen waarvan thans het eerste, bevattende de inleiding tot de volgende, wordt medegedeeld. Want durf ik mijne compilatie geenszins voor volledig uitgeven, toch kan zij misschien aan de vaderlandsche regten eene kleine dienst bewijzen, daar in dit, meer zelfs dan in eenig ander leerstuk, de juiste kennis der Romeinsche beginselen den grondslag moet uitmaken waarop de beoefening van het hedendaagsche regt rust.

INLEIDING.

§ 1.

Jus. — Possessio.

Het woord «*possessio*» heeft in de Latijnsche regtstaal meer dan eenen zin en, schoon men een zeker verband

en geleidelijken overgang tusschen deze verschillende beteekenissen kan opmerken, veroorzaakt het natuurlijk groote verwarring, als men ze niet behoorlijk onderscheidt en uit elkander houdt. Daarom zal het tot goed verstand der zaak dienstig zijn al dadelijk aan te vangen met de verklaring van het meest algemeene denkbeeld dat door *possessio* wordt uitgedrukt.

De wetenschap van het privaat regt is in twee stukken begrepen waarvan het eene het burgerlijk regt in den engeren zin of de leer der regten, het andere de leer der regtsvordering behelst. Aan deze onderscheiding laten zich de beide bestanddeelen van het klassieke regt, het civiele en het praetorische regt, in zeker opzigt aanknoopen. Niet als wisten de XII tafelen van geene regtsvorderingen of de praetor van geene regten, want eene dergelijke afscheiding ware in het algemeen ondenkbaar, dewijl het regt niet meer dan de stof is die eerst door de regtsvordering wordt bezielt en in beweging gezet. Maar het groote verschil tusschen het civiele en praetorische regt moet gezocht worden in de kenmerkende eigenschap, dat het eerste bestaat uit een stelsel van regten, het laatste daarentegen uit een stelsel van regtsvorderingen, zoodat dáár de actie eene slechts ondergeschikte rol speelt en van het wettig aanwezen des regts afhangt, terwijl hier het omgekeerde plaats grijpt en juist in het verleenen der actie de stilzwijgende erkenning van het regt ligt opgesloten. Het civiele regt scheidt dus *iura*, het praetorische *actiones* (1).

De civiele regten nu zijn van tweeërhande soort: òf regt van inschuld, *obligatio*, òf regt van toebehooren, *suum*.

Uit het eerste ontstaat de persoonlijke regtsvordering of *in personam actio*: d. i. de zoodanige waarmede men de nakoming eener verbindtenis eischt; uit het

(1) *Themis*. X. 275. 283.

tweede de onpersoonlijke regtsvordering, *in rem actio* of *vindicatio*: d. i., de zoodanige waarmede men op iets als op het zijne aanspraak maakt.

Zoodanig regt van toebehooren kan tot voorwerp hebben òf menschen, *personae*, òf zaken, *res*; òf gerechtigdheden, *iura*; òf nalatenschappen, *hereditates*. Het omvat alzoo:

Vooreerst, het familierecht of de leer der magten, behelzende weder het regt van vrijheid en slavernij, de huisvaderlijke magt (*potestas*, *manus*, *mancipium*) en de wettelijke voogdij en curatele;

Ten tweede, het regt van eigendom;

Ten derde, het regt der servituten, hetzij persoonlijke, hetzij erfdienstbaarheden;

Ten vierde, het regt van erfgenaamschap.

Van deze regten wordt iedere soort en ondersoort gehandhaafd door eene eigene *petitoire actie*, *personae*, *rei*, *iuris*, *hereditatis* *vindicatio*, en zij komen voorts allen onderling overeen in de hoofdeigenschap, dat zij hunne verwezenlijking vinden in zekeren doorgaanden toestand. Zoo, b. v., beantwoordt aan het regt van slavernij de toestand van dienstbaarheid, aan het regt van eigendom of erfgenaamschap het hebben van zaak of nalatenschap.

Intusschen wat bestaat is niet altoos wat zoo behoorde te wezen. Regt en feit zijn in de wereld geenszins onafscheidelijk van elkander. Immers een vrije kan voor het oogenblik in een staat van dienstbaarheid, een slaaf in het genot der vrijheid verkeeren, de houder van zaak of nalatenschap een ander dan de ware eigenaar of regte erfgenaam zijn. Hieruit rijzen dan de *petitoire geschillen*. De een beweert, dat de toestand waarin zich de tegenpartij bevindt met zijn regt strijdt en dus ten zijnen behoeve veranderd worden moet; de ander van zijn kant verdedigt het bestaande. Gene is eischer, deze

verweerder en een dergelijke toestand die, in het afgetrokkene beschouwd, aan een bepaald regt van toebehooren beantwoordt en waarvan dus de wettigheid, op grond van des eischers regt, ten petitoire kan worden aangevallen heet, in het algemeen, *possessio* en daarnaar de gedaagde ten petitoire *possessor*. *Possessor* in deze beteekenis is mitsdien hij die zich bevindt in den toestand waarin zich de eischer ten petitoire, als hij gelijk heeft, bevinden moest of waardoor althans dien eischer het genot zijns regts wordt onmogelijk gemaakt (1).

Deze *possessio*, waarbij voor als nog het onderzoek naar het regt of den titel blijft buiten gesloten, behoorde eigenaardig tot het domein van den praetor, want op hem, als door zijn ambt met het opperbeleid der regtsbedeeling belast, rustte natuurlijk de zorg, dat dit voordeel ten petitoire aan dengene ten deele viel die er de grootste en beste aanspraak op had (2). Ten einde dit oogmerk te bereiken, bedacht de praetor eene reeks van regtsmiddelen die de strekking hadden om de *possessio* te doen aanvaarden, behouden of wederbekomen door den persoon die er in zijn oog de naaste toe was (3) en die, eigenlijk meer als maatregelen ter hand-

(1) L. 25 pr. D. *de O. et A.* (44. 7) L. 62 D. *de Judic.* (5. 1.) LL. 1 pr., 7 § 5, 10, 12 § 3 D. *de liber. caus.* (40. 12.) L. 52 pr. D. *de Pec.* (15. 1.) L. 14 D. *de Prob.* (22. 3.) L. 9 D. *de R. V.* (6. 1.) Bij de hereditatis *petitio* wordt *iuris possessor* genoemd de zoodanige die eene tot de nalatenschap behorende inschuld heeft. LL. 9, 13 §§ 13, 15, 16 § 4 D. *de H. P.* (5. 2.) Bij *servituten* treft men de merkwaardige eigenschap aan, dat de *possessor* in dezen zin te gelijk zelf *petitor* wezen kan. § 2 J. *de Act.* (4. 6.) LL. 5, 6 D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 6. § 1 D. *si servit. vind.* (8. 5.) Vgl. v. SAVIGNY. *Besitz.* § 3. (107—110). BRUNS. *Besitz.* 83 86

(2) GAI VI. § 16. Intusschen schreef de wet of het herkomen den praetor, althans in zekere gevallen, hieromtrent vaste regelen voor. L. 24 § 4 D. *de O. J.* (1. 2.) LIV. III. 44, 47. FEST. v. *Vindiciae.* 376 (Ed. MUELL.)

(3) L. 24 D. *de R. V.* (6. 1.) L. 1 § 2 D. *Qu. leg.* (43. 3.) L. 1 § 4 D. *U. P.* (43. 17.) L. 3 § 13 D. *de itin. actq. priv.* (43. 19.)

having eener goede proces-orde dan als gewone regtsvorderingen te beschouwen, zich van de *actiones* onderscheidten ook door hunnen bijzonderen vorm; *interdicta adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis* (1). Dientengevolge bragten zij dan ook maar te weeg, dat de overwinnende eischer feitelijk in de beste stelling geplaatst werd en niet dat hem eenig wezenlijk regt werd toegekend (2).

Doch de praetor liet het hierbij niet. Het civiele regt namelijk had de verkrijging der verschillende regten van toebehooren vrij lastig gemaakt en afhankelijk gesteld van een aantal vereischten en omslagtige formaliteiten. Hoe meer nu de kring der maatschappelijke betrekkingen zich verbreedde en ruimer inzigten de vroegere naauwgezetheid en angstvalligheid begonnen te temperen, des te menigvuldiger moest het voorkomen, dat het regt, bij ontstentenis van eenigen dier vereischten en formaliteiten, naar de regelen van het civiele regt niet verkregen was, alhoewel de algemeene volks-overtuiging alle de wezenlijke voorwaarden voor zijn bestaan vervuld en het ontbrekende slechts van ondergeschikt belang achtte. In zoodanige gevallen verschaftte de praetor weder hulp en uitkomst op het *possessoir* gebied en beschermde zulk een toestand die schier een regt was door den *possessor* tegenover den eischer die zich op de strikte beginselen van het civiele regt beriep eene exceptie te verleenen, of ging zelfs nog een stap verder, stelde hem met een volkomen regthebbende gelijk en schonk hem in die hoedanigheid eene gelijksoortige actie als het civiele regt aan dezen had toegestaan (3).

(1) *GAL. IV. §§ 139, 143. § 2 J. de Interd. (4. 15.) L. 2 § 3 D. de Interd. (43. 1).*

(2) *L. 14 § 3 D. de exc. rei iud. (44. 2.)*

(3) *§ 3 J. de Act. (4. 6.) L. 52 D. de A. R. D. (41. 1.) L. 1 § 4 D. U. P. (43. 17.)*

Door dit kunstmiddel trad, evenwijdig als het ware aan de reeks der civiele regten van toebehooren, eene reeks van door den praetor daaraan gelijk gemaakte possessiones te voorschijn. Zoo beantwoordt aan den eigendom de *bonae fidei possessio* (1), aan het regt van dienstbaarheid de *ususfructus* (2) of *servitutis possessio* (3), aan het regt van erfgenaamschap de *honorum possessio* (4). Tot in het familiereg, schoon anders voor dusdanige uitbreiding minder vatbaar, ontmoet men van eene dergelijke tusschenkomst des praetors enkele sporen. Althans wanneer een meester aan zijnen slaaf de vrijheid gaf, maar zonder inachtneming der civiele vormen van vrijlating, handhaafde de praetor, tot de *LEX IUNIA NORBANA* den toestand dezer lieden wettelijk had geregeld, den niet behoorlijk vrijverklaarde in de possessie of in het feitelijk genot zijner vrijheid (5). Als beheerscher van het terrein der *possessio* wist alzoo de praetor de onderscheidene regten van toebehooren ongevoelig te verdubbelen en naar de eischen eener hoogere beschaving te plooijen. Toen mogt men gaan spreken niet enkel van civiel, maar tevens van praetorisch eigendom, servituut en erfgenaamschap en bediende zich tot uitdrukking dezer tegenstelling wel eens in het algemeen van de woorden *dominium* en *possessio* (6). In dien zin beteekent dan *dominium* den rechtsgrond der rechtstreeksche civiele-*possessio* den rechtsgrond der toe-

(1) *GAL.* IV. § 36. *L. 7* §§ 6, 8 *D. de publ. in r. act.* (6. 2.) *L. 35* pr. *D. de O. et A.* (44. 7.) *L. 49* *D. de V. S.* (50. 16.)

(2) *L. 23* § 2 *D. Ex qu. c. mai.* (4. 6.) *L. 3* *D. si ususfr. pet.* (7. 6.) *L. 4* *D. U. P.* (43. 17.) *Cf. FR. VAT.* § 61. *L. 1* § 1 *D. Qu. mod. ususfr.* (7. 4.) *L. 11* § 2 *D. de P. et H.* (20. 1.) *L. 29* *D. de usu et usufr.* (33. 2.)

(3) *L. 2* *D. Comm. Praed.* (3. 4.) *L. 1* § 9 *D. de superf.* (43. 13.)

(4) *GAL.* III. § 32. *IV. § 34.* *ULP.* XXVIII. § 12. *LL. 1, 2* *D. de poss. her. pet.* (5. 5.)

(5) *ULP.* I. § 10. *GAL.* III. § 56 *FR. DOSITHEI de manmissionibus.* § 5.

(6) *L. 3* *D. si ususfr. pet.* (7. 6.) *V. SAVIGNY. Bes.* 218, 219.

gepaste praetorische petitoire actie; *directa, utilis, in rem actio*.

Evenwel de taak des praetors was hiermede niet afgesponnen. Langs denzelfden weg voortgaande, veroorloofde hij zich sommige inzettingen waaraan het civiele regt slechts onder de verbindtenissen eene eigene plaats had aangewezen eerst door interdict, vervolgens door middel eener reële actie onder de regten van toebehooren over te planten. Zoo deed hij met den opstalhebber, *superficiarius*, wien hij met den eigenaar gelijk stelde (1) en voorts met de hypotheek die hij uitrustte met eene zelfstandige in factum actio waarmede de schuldeischer de possessie van het pand tegen derden konde vervolgen (2). In een geval als het laatste lost zich de nieuwe instelling waarvoor het civiele regt geen passenden tegenhanger aanbiedt geheel in de actie op en van daar de groote moeilijkheid om het Romeinsche regt dat uit zijn aard tweeslachtig is, en uit een dubbel stelsel het eene van regten, het andere van regtsvorderingen, is te zamen gegrooid, te persen in het keurslijf der dogmatiek en tot een eenvormig en net sluitend geheel te verwringen.

§ 2.

Interdicten (3).

Het is boven gezegd, dat de regtsmiddelen tot aan-

(1) L. 1 § 1 D. *hae superf.* (43. 18.) L. 3 § 7 D. *U. P.* (43. 17.) LL. 73 § 1, 74, 75 D. *de R. V.* (6. 1.) L. 16 § 2 D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 15 D. *Qu. r. pign.* (20. 4.) L. 3 § 3 D. *de O. N. N.* (39. 1.) L. 49 D. *de V. S.* (50. 16.)

(2) § 7 J. *de Act.* (4. 6.) L. 17 § 2 D. *de Pact.* (2. 14.) L. 13 § 1 D. *ad Senatusc. Vell.* (16. 1.) L. 66 pr. D. *de Evict.* (21. 2.)

(3) J. *de Interdictis* (4. 15.) D. *de Interdictis* (43. 1.) C. *de Interdictis*. (8. 1.) GAJUS. IV. §§ 139 seqq. v. SAVIGNY. *Besitz*. § 34 (446—450). KELLER. *Der Römische Civilprocess*. §§ 74 fgg. (312—321). K. A. SCHMIDT. *Das Interdikten-verfahren der Römer*.

Themis, D. II, 2de St. [1855].

vaarding, behoud of wederbekoming der possessie welke de praetor had ingevoerd geene actiones of regtsvorderingen in den engeren zin, maar zoogenaamde interdicten waren (1). Die interdicten bestonden in mondelinge ordonnantiën die de praetor in tegenwoordigheid der voor hem verschenen partijen uitsprak en behelsden of een verbod of een bevel (2).

De eersten of *prohibitoria*, op wie de benaming interdicit eigenlijk alleen past (3), waren gerigt of tot beide partijen gelijkelyk, *duplicia*, of tot ééne van beiden, *simplicia*, en dus wederkeerige of eenzijdige (4). De wederkeerige werden verleend op verzoek hetzij der gezamenlijke partijen, hetzij der meest gereede van haar en men trad wederzijds daarbij op in hoedanigheid zoowel van eischer als te gelijk van verweerder (5). Bij de eenzijdige daarentegen was eischer de verzoeker en gedaagde degeen tot wien het verbod gerigt werd (6).

De interdicten der tweede soort, oorspronkelijk niet aldus, maar juister *decreta* geheeten (7), hielden in een bevel, hetzij het gebod om iets op te leveren, *exhibitoria*, hetzij het gebod om iets te vergoeden, *restitutoria*, en waren uit den aard der zaak altoos eenzijdig (8). De verzoeker om het decreet vervult de rol van aan-

(1) Even als bij ons het woord *regtsgeding* in ruimeren of engeren zin genomen wordt, naarmate men daaronder de gevallen waarin zonder dagvaarding geprocedeerd wordt al of niet mede begrijpt, werden ook de interdicten medeggeteld onder de actiones in de nitgebreide beteekenis van dat woord. L. 37 pr. D. *de O. et A.* (44. 7.) SCHM. 320 n^o. 45.

(2) GAI. § 139. pr. J. h. t.

(3) GAI. § 140. § 1 J. h. t.

(4) GAI. §§ 156. 158. § 7 J. h. t. SCHM. 180—188.

(5) GAI. § 160. § 7 J. h. t. L. 37 § 1 D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 3 § 1 D. *U. P.* (43. 17.)

(6) GAI. § 159. § 7 J. h. t.

(7) GAI. §§ 139, 140. § 1 J. h. t.

(8) GAI. §§ 140, 142. §§ 1, 7 J. h. t. LL. 1 § 1, 2 pr. D. h. t.

legger, de persoon aan wien de oplevering of vergoeding gelast wordt de rol van gedaagde (1).

Somwijlen behelsde een interdict, schoon hoofdzakelijk inhoudende een verbod, bovendien een bevel (2). Men noemde het alsdan een gemengd, *mixtum* (3).

Op deze ordonnantiën nu werd, behalve wanneer de andere partij aanstonds toegeeft en aan het interdict gehoorzaamt (4), het proces dat volgen moest gebouwd en wel in dezer voege (5). De eischer sluit door stipulatie eene overeenkomst met den gedaagde, dat deze, als hij blijkt tegen het uitgesproken verbod gezondigd of aan den inhoud van het uitgevaardigd bevel niet voldaan te hebben, aan hem zal uitkeeren eene zekere som gelds. Eene gelijke overeenkomst die men deswege het tegenbeding, *restipulatio*, noemde gaat de verweerder met den eischer aan voor het tegenovergestelde geval en, indien het een wederkeerig verbod is, stipuleert en restipuleert daarenboven beurtelings elke partij. Uit de getroffen overeenkomsten ontspringen nu twee of, ingeval van wederkeerigheid, vier gewone geldvorderingen of *condictiones* die echter, als allen afhankelijk van de beslissing van hetzelfde geschilpunt, door den praetor ter kennismeming worden opgedragen aan denzelfden regter, hetzij aan eenen enkele, *iudex*, hetzij aan meerderen, *recuperatores* (6). Deze manier van procederen die bij alle interdichten zonder onderscheid toepasselijk is heet *agere cum periculo* of *per sponsonem* (7).

(1) GAL. §§ 156, 157. § 7 J. h. t. L. 2 pr. D. h. t. SCHEM. 218—220.

(2) L. 1 § 1 D. de aqua cot. (43. 20.)

(3) L. 1 § 1 D. h. t. SCHEM. 72—74.

(4) L. 6 § 2 D. de confess. (42. 2.) SCHEM. 220—224.

(5) GAL. §§ 139, 141, 161, SCHEM. 235—262.

(6) GAL. §§ 141, 162, 165, 166. CIC. pro CAEC. c. 21. HUSCHKE. *Analecta litteraria*. 224.

(7) GAL. §§ 141, 162.

Bij de interdicten der tweede soort nogtans, bij de *exhibitoria* en *restitutoria*, stond het vrij, mits zulks doende aanstonds na de uitspraak van het decreet, den praetor eene arbitraire of rau-actie aan te vragen. Men noemde dit *agere sine periculo* of *per formulam arbitrariam* (1).

Bovendien waren bij de afzonderlijke interdicten, naar gelang van zaken, nog weder eigenaardige formaliteiten en procedures gebruikelijk, zoo als bij de behandeling der verschillende possessoire regtsmiddelen nader blijken zal.

Velerhande waren de voorwerpen dezer praetorische beschikkingen en wel, in de eerste plaats, òf dingen van het menschelijk òf dingen van het goddelijk regt, *humani aut divini iuris* (2). Tot de laatsten rekent men de interdicten nopens gewijde zaken, *res sacrae* (3), en nopens grafplaatsen, *res religiosae* (4).

De dingen van het menschelijk regt worden weder onderverdeeld in de zoodanigen die aan niemand en de zoodanigen die aan iemand toebehooren, *res quae sunt nullius aut quae sunt alicuius* (5). Onder de eersten verstaat men vrije menschen. De interdicten, op hen betrekkelijk, strekken òf tot handhaving van des eischers regt, *sui iuris tuendi gratia* (als daar zijn: het interdict des huisvaders tot het opleveren en laten volgen zijns kinds (6) en dat des patroons tot oplevering zijns vrijgelatenen) (7), òf tot handhaving van het regt eens derden wiens lot zich de eischer aantrekt, *officii tuendi*

(1) GAI. §§ 141, 162, 163, 164. CIC. pro TULL. c. 53. ULP. *Fragm. ENDLICHERRIANUM*. SCHM. 262—270.

(2) LL. 1 pr., 2 § 1 D. *h. t.*

(3) I. 9 D. *de D. R.* (1. 2.) D. *Ne quid in loco sacro fiat* (43. 6.)

(4) L. 1 D. *de mort. infer.* (11. 3.)

(5) L. 1 pr. D. *h. t.*

(6) D. *de liberis exhibendis, item ducendis* (43. 30.)

(7) GAI. § 162.

gratia (1), namelijk tot oplevering van iemand dien men beweert, dat ten onregte wordt gehouden in een staat van dienstbaarheid (2).

De dingen die aan iemand toebehooren laten zich verder onderscheiden in publiek en particulier goed, *res publicae aut singulorum* (3). De interdicten wegens publiek goed worden gegeven in het openbaar belang, b. v. ter zake van het gebruik der staatslanderijen, der openbare wegen en vaarten, en zijn, als het ware, politieverordeningen (4).

Particuliere goederen zijn of gansche boedels (waarop b. v. de interdicta quorum bonorum, possessorium, sectorium betrekking hebben) (5) of enkele zaken, *aut ad universitatem pertinent aut ad singulares res* (6). In de laatste klasse behooren de eigenlijke possessoire regtsmiddelen (7).

Bij sommige interdicten nu komt des eischers titel te berde, zoodat zij, in zeker opzigt, als petitoir kunnen worden aangemerkt. Dit is, onder anderen, het geval met degenen die gegeven worden ter zake van de dingen des goddelijken regts of ter zake van vrije menschen ter handhaving van des eischers regt en eveneens met enkele wegens partikuliere goederen (8). Maar in den regel bemoeijen zich de laatsten, *quae rem familiarem spectant*, uitsluitend met de possessie (9) en rangschikt men ze, naar deze eigenschap, in drie klassen, als strekkende of tot aanvaarding of tot behoud of tot

(1) L. 2 § 1 D. *h. t.*

(2) D. *de homine libero exhibendo*, (43. 29.) PAUL. R. S. V. VI. § 14.

(3) L. 1 pr. D. *h. t.*

(4) LL. 1 pr., 2 § 1 D. *h. t.* Cf. D. 43. 7—16.

(5) GAL. §§ 144—147. D. *Quorum bonorum*. (43. 2.)

(6) L. 1 pr. D. *h. t.*

(7) L. 1 pr. D. *h. t.*

(8) L. 2 § 2 D. *h. t.* SCHM. 31—95.

(9) GAL. § 139. pr. J. *h. t.* L. 2 § 3 D. *h. t.*

wederbekoming der possessie, *interdicta adipiscendae, retinendae vel recuperandae possessionis* (1). Sommigen hunner vertoonen intusschen, naar omstandigheden, zoowel de eene als de andere dezer strekkingen en heeten deswege tweeslachtige, *duplicia* (2).

Vele interdicten zijn onderworpen aan eene éénjarige verjaring (3). Bij de verbiedende bepaalt de verjaring den termijn waar binnen het proces, op straffe van verval, moet zijn aangevangen (4). Bij de anderen, vooral de restituitoire, rekent men sedert de gebeurtenis waaruit de verpligting tot vergoeding voortvloeit, maar kan, na het verstrijken van het jaar, de teruggave voor zoo ver de gedaagde is gebaat, *id quod ad eum pervenit* (5), nog altijd gevorderd worden. Als deze interdicten worden gebezigt wegens eene onregmatige daad, door de onderhoorigen des verweerders bedreven, vindt daarbij het voorregt der noxae deditio plaats en zijn zij mitsdien *noxalia* (6). Wanneer er teruggave van vruchten geschiedt, worden deze gemeenlijk verantwoord sedert den dag der uitspraak (7), doch bij onregmatige daad, sedert het feit is gepleegd (8).

De toestand, door de verbiedende interdicten in bescherming genomen, wordt beoordeeld of naar het oogenblik der uitspraak, *in praesens*, of naar een vroeger tijdstip, *in praeteritum*. Dit blijkt uit de uitdrukkingen waarin zij gesteld zijn (9). Het gewone formulier is

(1) GAI. § 143. § 2 J. h. t. L. 2 § 3 D. h. t.

(2) ULP. *Fragm.* ENDLICH. L. 2 § 3 D. h. t.

(3) L. 1 § 4 D. h. t. SCHM. 116—125.

(4) SCHM. 250.

(5) L. 4 D. h. t.

(6) L. 5 D. h. t. SCHM. 171—180.

(7) L. 3 D. h. t.

(8) L. 1 § 4 D. *de vi*. (43. 16.) L. 25 § 4 D. *Quae in fraud. cred.* (42. 7.) L. 38 D. *de usur. et fruct.* (22. 1.) SCHM. 40—44.

(9) L. 1 § 2 D. h. t. SCHM. 76—81.

voorts, bij bevelende, *exhibeas* (1), *restituas* (2); bij verbiedende, *ne facias, facere veto*, maar meestal *vim fieri veto* (3) en, schoon zij soms in onpersoonlijke bewoordingen vervat zijn, *in rem concepta*, blijven zij nogtans steeds uit hunnen aard persoonlijk (4), dewijl het bij ieder interdict altoos de vraag is: heeft de beklagde partij den wil des praetors gehoorzaamd?

Gelijk uit de opsomming hunner menigvuldige onderwerpen blijkt, bestonden de interdicten hoofdzakelijk òf in hetgene men thans onder politie-maatregelen rangschikt òf dienden ter bewaring van ieders regt (5), ter uitvoering van gewijsden (6) en, in het algemeen, ter verzekering eener goede regtsbedeeling. Dit laatste was inzonderheid het karakter der interdicten ter zake van particuliere goederen of derzulken die de possessie ten onderwerp hebben, daar, zonder regeling daarvan, de petitoire gedingen geen voortgang konden hebben en de behoorlijke loop des civielen regts werd gestremd (7). Het sprak toch van zelf, dat ieder burger gehouden was den praetor die als hoogste overheid de regtspleging bestuurde, binnen den kring zijner bevoegdheid, eerbied en gehoorzaamheid te bewijzen. En strekte de praetor, in het belang der maatschappij en der regtzoekenden zelve, zijne magt ten deze wat verder uit dan onze hedendaagsche begrippen zouden veroorloven, over dit verschijnsel verbaze men zich niet, dewijl het geheel met de inzigten en wenschen der Romeinsche natie strookte en door hare republikeinsche staatsinstellingen volstrekt onschadelijk werd gemaakt.

(1) SCHM. 49.

(2) SCHM. 33, 35.

(3) SCHM. 50.

(4) L. 1 § 3 D. *h. t.*

(5) L. 1 § 2 D. *Qu. leg.* (43. 3.)

(6) L. 52 § 2 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) KELLER. § 22.

(7) GAL. §§ 139. 140, pr. J. *h. t.* L. 3 C. *h. t.*

De interdicten, althans de meesten hunner, schijnen tot hooge oudheid op te klimmen (1) en werden, nadat men in de praktijk hunne nuttigheid eenmaal had leeren waarden, bij voortdoring in het jaarlijksch edict aan de belanghebbenden vooruit beloofd (2). Zij zelve berustten op de regtsmagt des praetors (3), maar het daaruit geboren proces, als door middel van sponsiones voorbereid, kon zeer goed, naar omstandigheden, een iudicium legitimum wezen (4).

§ 3.

Verband tusschen bezit en eigendom (5).

Behalve in de toegelichte algemeene beteekenis, bezigen de Romeinen *possessio* als kunstwoord ter aanduiding van het eigenlijk *bezit* in streng regtskundigen zin. En geen wonder, want, in zeker opzigt althans, staat het bezit tot den eigendom in gelijke verhouding als de *possessio* in eerstgemelde beteekenis tot het regt van toebehooren in het algemeen.

Het bezit namelijk is de toestand die als feit beantwoordt aan den eigendom als regt. Vóór wij derhalve overgaan tot de beschouwing der regelen waarnaar het bezit wordt beoordeeld, zal het noodig zijn eenen vlugtigen blik te werpen op zijn verband en gemeenschappelijken oorsprong met den burgerlijken eigendom.

De betrekking tusschen den mensch en de stoffelijke wereld waarin hij zich beweegt moet in iedere zamen-

(1) SCHM. 303.

(2) Ook in de provincien werd het edict gevolgd. L. 1 C. *h. t.*

(3) *Auctoritas praetoris*. GAL. § 139. *imperium* L. 7. D. *Ne quid in loco publico* (43.8.). SCHM. 314.

(4) Cf. GAL. IV. §§ 103—110.

(5) V. SAVIGNY. *Bes.* §§ 5, 6. (24—58.) BRUNS. *Bes.* § 1 (1—5.)

leving door het maatschappelijk rechtsgevoel en den algemeen wil worden geregeld, doch de wijze waarop zulks geschieden zal hangt af van de eigenaardige denkwijze en verschilt naar de bijzondere omstandigheden des volks. Evenwel in het groot zijn er twee oplossingen van het vraagstuk waartusschen de keuze moet worden gedaan, onderwerping der zaak of aan de gemeenschap of aan het individu (1). In het eerste geval verkrijgt men eene soort van communistisch of socialistisch gemeenebest; in het laatste een eigendoms-staat.

Voor al met opzigt tot den grond is de keuze tusschen deze twee beginselen van bepaalde gegevens afhankelijk. Door de verspreiding van het menschelijk geslacht werd de aardbodem tusschen de verschillende natiën verdeeld en het grondbezit tusschen volk en volk; de territoriale eigendom, op welke wijze verkregen en gehandhaafd, is dan ook, naar de geschiedenis uitwijst, de oudste geweest. Doch zoolang de woeste stam zich bijkans uitsluitend met jagt of veeteelt geneert, maakt haar gebied slechts het gezamenlijk jagt-veld of de gemeenschappelijke weide uit, eene onverdeelde marke waarvan hoogstens het genot tusschen de enkele opperhoofden en hunne aanhangers gescheiden is. Maar als het volk, op hooger trap van beschaving gestegen, zich vestigt en aan den landbouw overgeeft, als de kunstmatige toebereiding den bodem in ontelbare omslotene hoeven en afgepaalde akkers begint op te lossen (2), verandert weldra de zaak van gedaante. De aanschouwing van den grond dien hij dagelijks bearbeit en verzorgt en daardoor tot zijn werk en zijne schepping maakt vervult het gemoed van den bouwman met een levendig besef van de naauwe betrekking die tusschen mensch en zaak behoort te bestaan en, zoo

(1) V. SAVIGNY, *System.* § 56. (I. 367.)

(2) Cf. L. 60 D. *de V. S.* (50. 16).

dan dat besef niet wordt onderdrukt door bijgeloovige priestervereering of slaafsch ontzag voor een aangeboren vorst, zal spoedig de uitsluitende heerschappij van het individu erkend, de particuliere eigendom geboren en daarmede aan het burgerlijke regt een hechte en zelfstandige grondslag verzekerd zijn.

Aan deze ruwe schets beantwoordt, in allen deele, de geschiedenis des Romeinschen regts. Aanvankelijk bestond de Romeinsche natie, zoo de overlevering verhaalt, uit eene te zamengeraapte herders- en roovershorde die onder een patriarchaal bestuur leefde. Al het gezag was in handen van eenige weinige patricische geslachten en familiën, als wier onderzaten en vasallen de groote menigte beschouwd werd, en het genot van het grondgebied des staats, voor particulieren eigendom onvatbaar (1), verdeelden de hoofden dier regerende familien, ieder met zijne volgelingen, onderling tusschen zich. Maar toen de invloed en de magt der plebs grooter en de akkerbouw de nationale industrie geworden was, zegevierde het beginsel des privaten eigendoms in eene zuiverheid en kracht waarvan men welligt te vergeefs bij eene andere natie de wedergade zoeken zal.

Ten gevolge van verovering, naar het schijnt, deed men van staatswege aan de hoofden der enkele huisgezinnen uitgiften van landerijen (2) met het ter bebouwing noodige vee en in den krijg gevangene dienstknechten waarbij dan vermoedelijk te gelijk werden vastgesteld de gebuurregten of weg- en water-dienstbaarheden die de verkrijgers onderling genieten zouden (3).

(1) *Tum erat res in pecore et locorum possessionibus* zegt Cic. *de Rep.* II. c. 9. in f. van den tijd van ROMULUS. Cf. et FESTUS. v. *possessiones*. 241.

(2) Zoodanige uitgiften schrijft Cic. *de Rep.* c. 14. c. 18. toe aan NUMA POMPILIUS en ANCUS MARTIUS.

(3) Eene spoor van dergelijke *lex agrorum* in L. 1 § 23. D. *de aqua pluv. arc.* (39. 3).

Denkelijk geschiedde deze uitgifte echter niet geheel om niet, maar tegen eenen geringen prijs, *per aes et libram*, en mitsdien in den vorm van koop en verkoop bij openbare akte, *mancipatio* (1), waarnaar de in dier voege toebedeelde goederen de hoedanigheid van *res mancipi* ontvingen (2). Het zoo tusschen zaak en persoon gevestigd verband konde niet worden losgemaakt dan door overdragt op dezelfde plegtstatige wijze waaraan zich verder de geregtelijke afstand, *legis actio*, paarde, die dan weder ter bereiking van verschillende oogmerken kon worden aangewend, *in iure cessio*, *do lego legatum*, *adiudicatio* (3).

Bewijst derhalve de een vroeger eigendom aan de zaak, *ex iure quiritium suum* (4), te hebben gehad, zonder dat de wederpartij in staat zij aan te toonen, dat hij het later op regtsgeldige wijze weder heeft verloren, zoo moet deze voor hem zwichten en het goed ten zijnen

(1) GAI. I. §§ 113. 119. VARRO *de L. L.* VII. § 105.

(2) GAI. I. § 120. II. §§ 15 seqq. ULP. § 1. Op het ontstaan van den eigendom uit buit vindt men bij de ouden vele toespelingen, b. v. in de verklaring van *res mancipi* door *res quae manu capitur*, VARRO. *de L. L.* VI. § 85. GAI. I. § 121. ULP. XIX § 6. PAUL. DIAC. v. *manceps*. 123. ISIDOR. *Orig.* V. c. 25. IX. c. 4., of van de laus, *hasta*, als teeken des regten eigendoms; *quia maxime sua esse credebant quae ea hostibus cepissent*. GAI. IV. § 16. Intusschen taalkundig beteekent *manceps* niet *qui manu*, maar *qui manum capit*; d. i., eigendoms-verkrijger en bleef in gebruik voor dengene die koopt of pacht van den staat. PAUL. DIAC. v. *manceps*. 151. Vgl. *Themis* X. 276. n°. 213. Insgelijks is de laus het natuurlijk zinnebeeld en sprekend wapen der *quirites* of speerdragers. *Curis* toch beduidt een *spies*. OVID. *Fast.* II. 477. PAUL. DIAC. v. *curis*, *curitis* 49. Misschien zag deze benaming oudtijds op het voetvolk in tegenstelling met de ruitery of patricische *celereres*. LIV. I. 15. PAUL. DIAC. v. *celereres* 55.

(3) ULP. XIX. § 2. Vgl. *Themis* X. 215—223. Andere wijzen van eigendoms-verkrijging, zoo als de opvolging onder algemeenen titel of het koopen van den staat, VARRO *de R. R.* II. c. 10, komen hier natuurlijk in geene aanmerking.

(4) Over deze formule vgl. *Themis* X. 232. n. 28.

behoefte ontruimen. Met andere woorden, de een kan bezitten, terwijl de andere eigenaar is en hieruit een petitoir geding ontstaan. Opdat nogtans uit de al te volstreckte toepassing dezer beginselen geene onophoudelijke en voor de rust der maatschappij gevaarlijke onzekerheid zoude voortvloeijen, veroorloofde men den informeelen doch eerlijken verkrijger zich bij onroerende goederen door twee en bij roerende goederen door één-jarig bezit te beëigenen, *usucapio* (1). En ofschoon bij res nec mancipi de vervreemding geschiedde door eenvoudige levering, *traditio* (2), en hier dus de eigendom in zooverre door een minder stevig bolwerk dan bij res mancipi was omgeven, moest echter de gave en volledige aanneming van het regtsbegrip bij de eene soort van zaken noodzakelijk te weeg brengen, dat ook bij de andere soort zijne erkenning en wetenschappelijke ontwikkeling niet lang achter wege bleef.

De formaliteiten tot behoorlijke vervreemding vereischt, het geschil ten petitore en de invoering der verjaring konden niet nalaten de aandacht te vestigen op het bezit dat, na de huldiging van het regt des eigendoms, zich aanstonds moest doen kennen als een regtstoestand. Immers eigendom is niet anders dan het uitsluitend regt van een bepaald persoon op het bezit eener bepaalde zaak en veronderstelt dus, als algemeen, door den staat gewettigd grondbeginsel, de bestemming der zaak om den persoon te dienen en de bevoegdheid van den persoon om zaken aan zich te onderwerpen. Breng dan beiden bijeen en gij bekomt *bezit*. Dit is, in den eigendomsstaat, de natuurlijke en regtmatige betrekking tusschen persoon en zaak en de bevoegdheid of het regt om te kunnen bezitten bevat alzoo slechts de toepassing van het regt van persoonlijkheid in het algemeen.

(1) GAL. II. §§ 41—45. L. 1 D. de Uet U. (41. 3.)

(2) ULP. XIX. § 7.

Hieruit volgt, dat, schoon bezit in de natuurlijke beteekenis bij ieder redelijk wezen denkbaar is, het regtens alleen kan bestaan bij een persoon. Daarom konden slaven (1) en huiskinderen (2) die in het Romeinsche regt geene persoonlijkheid genoten aldaar ook geene bezitters zijn, evenmin als zij wien het wel niet aan persoonlijkheid ontbreekt, maar die zelve hiervan geene bewustheid hebben, zoo als degenen die in een staat van razernij (3) of nog in de eerste kindschheid (4) verkeeren, het door hunne eigene wils-uiting konden verkrijgen.

Eigendom en bezit derhalve, alhoewel men, bij de behandeling der burgerlijke regtswetenschap, ze steeds zorgvuldig behoort af te scheiden en nimmer in het minste met elkander te verwarren (5), zijn nochtans, van een hooger standpunt gezien, ten naauwste aan elkander vermaagschapt, want beiden zijn de uitvloeisels van het groote beginsel dat den grondslag van den eigendoms-staat uitmaakt, de onderwerping van de dingen der stoffelijke wereld niet aan de gemeenschap, maar aan het individu. En daarom kan, even als de juridieke beteekenis van het bezit uit de invoering des eigendoms, ook wederkerig, voor zoo ver het feit slechts de grondstof oplevert waaraan eerst het regt fatsoen en vorm geeft, de eigendom worden afgeleid uit het bezit. Om een voorbeeld te noemen, de in bezitneming eener zaak die aan niemand

(1) L. 19 D. *Ex quib. c. mai* (4. 6.) L. 54 § 4 D. *de A. R. D.* (41.1.) LL. 1 § 6, 23 § 1, 24, 30 § 3, 49 § 1 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 15 pr. D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 38 §§ 7, 8. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 118 D. *de R. J.* (50. 17.)

(2) LL. 30 § 3, 49 § 1 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 4 § 1. D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 93 D. *de R. J.* (50. 17.)

(3) LL. 1 § 3, 18 § 1 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

(4) LL. 1 § 3, 32 § 2 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 3 C. *de A. et R. P.* (7. 32.)

(5) LL. 12 § 1, 52 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

toebehoort, *occupatio*, moet waar het eigendoms-beginsel erkend is noodwendig *toeëigening* zijn (1).

§ 4.

Begrip en regelen des bezits (2).

De mensch, ofschoon inderdaad een en ondeelbaar of een individu, kan door ons verstand niet anders worden begrepen dan als een uit ziel en ligchaam te zamen gesteld wezen. Deze zijne tweeslachtige natuur vindt men in het bezit waarin zich zijne persoonlijkheid afspiegelt terug. Volslagen onderwerping der zaak aan den persoon, lost zich het bezit in twee elementen op, in een zinnelijk waarneembaar feit en in eene innerlijke gemoedsgesteldheid: *facti est et animi* (3). Men bezit naar ligchaam en ziel, *corpore et animo* (4).

Door het eerste wordt verstaan eene zoodanige stoffelijke verhouding tusschen persoon en zaak waardoor de zaak zich bevindt in de uitsluitende heerschappij des persoons (5). Door het laatste bedoelt men den op het bewustzijn dier magt gegronden en daaraan beantwoordenden wil om als onafhankelijk heer en meester over de zaak te beschikken (6).

Beide deze bestanddeelen, het feit en de wil, moeten vereenigd zijn, zal bezit verkregen of behouden worden (7). Men bekomt derhalve het bezit door de daad van de zaak te brengen onder zijne magt met den wil

(1) L. 1 § 1 D. *A. v. A. P.* (41. 2.)

(2) D. *de acquirenda vel admittenda possessione.* (41, 2.) C. *de acquirenda et retinenda possessione* (7. 32). V. SAVIGNY, *Besitz.*

(3) L. 1 § 15 D. *Si is qui test. lib.* (47. 4.)

(4) L. 153 D. *de R. J.* (50. 17.)

(5) L. 1 pr. D. *h. t. v. S.* § 1. (1—6.)

(6) v. S. § 9. (110—151). § 20. (279—281.)

(7) LL. 3 § 1, 3 D. *h. t. L.* 153 D. *de R. J.* (50. 17.) PAUL. R. S. V. II, §. 1. v. S. § 29. (380—384).

om haar meester te wezen (1) en men verliest het, zoodra die magt of die wil ophouden, hetzij beiden te gelijk, hetzij een van beiden (2). Ook is het bezit uit den aard uitsluitend, want dezelfde zaak kan op hetzelfde oogenblik maar éénen meester hebben voor het geheel (3). Telt zij dus ter gelijker tijd meerdere bezitters, zoo bezit ieder van deze wel de gansche zaak, doch slechts voor een zeker aandeel (4) waarvan de hoegrootheid afhangt van hunne verhouding onderling (5).

De zinnelijke heerschappij over de zaak die tot het bezit wordt vereischt behoort nu evenwel niet te worden genomen in eenen bekrompenen of al te letterlijken zin. Immers de burgerlijke zamenleving is geen bijeenraapsel van woeste en teugellooze menschen die alleen lichamelijke kracht ontzien, maar eene vereeniging van regtsgenooten die zich als met rede en zedelijkheid begaafde wezens plegen te gedragen en gewoon zijn elkanders persoonlijkheid wederkeerig te eerbiedigen. Men moet dus te rade gaan met het gezond verstand en de ervaring en denken aan zulk eenen toestand als, volgens de begrippen van het dagelijksche leven en de bijzondere eigenschappen van het in bezit genomen voorwerp, aan den persoon de vrije beschikking over de zaak ver-

(1) LL. 1 § 2, 3 § 1, 23 pr., 34 pr., 41 D. *h. t. L.* 1 § 15 D. *Si qui test. lib.* (47. 4.) v. S. § 28. (376—380.)

(2) LL. 3 §§ 6, 9, 13, 8, 13 pr., 15, 17 § 1, 18 § 1, 23 § 1, 25 pr., 29, 30 §§ 3, 4, 34 pr., 41 § 2 D. *h. t. L.* 153 D. *de R. J.* (50. 17.) v. S. § 30. (384—395.)

(3) L. 3 § 5 D. *h. t. L.* 5 § 15 D. *Commod.* (13. 6.) L. 19 § 3 D. *de castr. pec.* (49. 18.) *Cic. Acad. Pr.* II. c. 43. v. S. § 11. (178—205.)

(4) LL. 26, 42 pr. D. *h. t.*

(5) D. L. 3 § 2 *h. t.* Een onbepaald aandeel $\frac{1}{n}$ kan niemand bezitten. In het afgetrokkene geredeneerd, zou men alzoo tot het besluit komen, zegt LABEO, L. 32 § 2 D. *de U. et U.* (41. 3), dat, wanneer het bezit toebehoort aan meerderen gezamenlijk, doch deze over de hoegrootheid

zekert (1). Nu valt het doorgaans moeilijker het verband aan te knooien dan, nadat het eenmaal is aangeknoopt, voor verbreking te bewaren en aan deze oorzaak schrijve men het toe, dat de aanvaarding van het bezit vaak een grooter magtsbetoon zal vereischen dan de voortzetting er van; want, is het eenmaal aangevangen, dan duurt het ook voort, zoolang een zoodanige toestand voortduurt die den bezitter in staat stelt de daad der aanvaarding steeds ongehinderd en naar believen te herhalen (2).

Insgelijks is de gemoedsgesteldheid, in den bezitter vereischt, geene bloote begeerte, maar een waarachtige wil die zich niet denken laat dáár waar het geloof aan zijne eigene bestaanbaarheid ontbreekt. Want iemand in wien de overtuiging, dat de zaak zich in zijne magt bevindt, wordt gemist kan wel het verlangen, maar niet den wil hebben om te bezitten. Maar het spreekt van zelf, dat men in dit opzigt bloot staat aan dwaling en kan meenen eene zaak nog in zijne magt te hebben, nadat een ander er zich reeds meester van heeft gemaakt, of, omgekeerd, wanen zich in het bezit niet te kunnen handhaven, niettegenstaande men daartoe werkelijk zeer goed in staat was. In het eene geval duurt de wil voort, in het andere houdt hij op (3).

hunner respectieve aandeelen het onderling niet eens zijn, niemand hunner bezitten zou. De waarheid ondertusschen is, dat dan ieder inderdaad weet een bepaald aandeel ($\frac{1}{a}$) te bezitten, doch waarvan het juiste bedrag vereffend worden moet, zoodat dan elk bezit voor zoo veel blijkt hem toe te behooren.

(1) LL. 1 § 21, 3 §§ 3, 10, 11, 13—18, 18 § 2, 44 pr., 51 D. *h. t.* L. 77 D. *de R. V.* (6. 1.) L. 74 D. *de contr. emt.* (18. 1.) LL. 1 § 2, 14 § 1 D. *de peric. et comm. r. v.* (18. 6.) L. 9 § 3 D. *de J. D.* (23. 3.) LL. 5 § 1, 9 § 6, 55 D. *de A. R. D.* (41. 1.) L. 79 D. *de solut* (46. 3.) § 13 J. *de R. D.* (2. 1.) GAI, II. § 67. L. 1 C. *de Don.* (8. 54.) v. S. §§ 13—19 (225—274.)

(2) L. 3 § 13 D. *h. t.*

(3) v. S. §§ 31, 32 (395—426).

Zoo zijn er, b. v., in de bergstreken van Italie weilanden die men slechts een gedeelte des jaars gebruiken kan (1), sommigen enkel des zomers, anderen enkel des winters. Maar wegens deze omstandigheid alleen verliest de bezitter geenszins met den aanvang van ieder ongunstig seizoen zijn bezit, want hij mag de redelijke verwachting koesteren den volgende zomer of winter alles te zullen terug vinden, gelijk hij het ten vorigen jare heeft gelaten, en behoudt in waarheid, voor zooveel de aard der zaak gedooft, de beschikking over zijne weide (2). Hetzelfde gebeurt, als de bewoner, zich voor eene poos verwijderende, zijn huis of hoeve alleen laat (3). Dewijl echter gedurende dat ongunstig jaargetijde of gedurende die afwezigheid alle zichtbare betrekking tusschen persoon en zaak heeft opgehouden, zeide men, dat hier het bezit wordt voortgezet door den enkelen wil (4). Die wil blijft alsdan voortduren, tot men de stellige overtuiging verkregen heeft, dat het bezit is overgegaan aan een ander, alhoewel deze zich inmiddels van de zaak meester kan gemaakt hebben, lang vóór dat men het bemerkt. In zoodanig geval gaat mitsdien, ondanks de inbezitneming door een derde, het bezit niet eer verloren, dan nadat gebleken is, dat de bezitter, van het gebeurde onderrigt, zich niet vermag, niet durft of niet verkiest te handhaven (5).

Daarentegen indien een bezitter personen ziet naderen die hij vermoedt, dat komen om hem te verdrijven en in de meening, dat hij zich toch niet zal kunnen staande houden tegen de overmagt, om ten minste

(1) L. 67 D. *de Leg.* III (32).

(2) L. 3 § 11, 44 § 2, 45 D. *h. t.*

(3) L. 6 § 1 D. *h. t.* L. 1 § 25 D. *de Vi.* (43. 16) L. 4 C. *h. t.*

(4) LL. 3 § 7, 27 D. *h. t.*

(5) LL. 3 §§ 7, 8, 6 § 1, 7, 18 §§ 3, 4, 25 § 2, 46 D. *h. t.* LL. 1 § 24, 3 § 8 D. *de Vi.* (43. 16.) Zie hierachter de *Bijlage* § 1.

Themis, D. II, 2de St. [1855].

persoonlijke mishandelingen te ontgaan, bij tijds de vlugt neemt, verliest hij zijn bezit, onverschillig of zijne vrees geground of ingebeeld zij en de personen wier komst hij ducht wezenlijk bedoelen hem te ontzetten of misschien iets geheel anders in het schild voeren. Want in beide gevallen verliest hij gelijkelijk de overtuiging, dat hij bij magte is de zaak te behouden, en zonder die overtuiging kan de wil om te bezitten niet bestaan (1).

Die wil nu wordt natuurlijk gevorderd in den bezitter zelven. De feitelijke magt over de zaak daarentegen kan men hebben zoo door zijn eigen ligchaam als door dat van een ander (2). Men moet, in het laatste geval, onderscheiden tusschen twee soorten van personen: de onderhoorigen des bezitters en van hem onafhankelijke derden.

Zij namelijk die zich bevinden in iemands huisvaderlijke magt worden regtens aangemerkt, als het ware, als bloote werktuigen waarmede hij zijn vermogen beheert en vermeerdert (3). Het is mitsdien klaar, dat hij, wanneer hij zijne zaken door hen bezorgen laat, door hunne daden het bezit behoudt evenzeer als door zijne eigene. Ja hiertoe is niet meer noodig, dan dat hij over den persoon die hem ten dienste staat als over zijn ondergeschikte gebiede. Wezenlijke eigendom aan den slaaf is alzoo geen vereischte. Want als men dengene dien men, onder welken titel ook, als slaaf te werk stelt zijne landerijen laat bebouwen, oefent men ontegenzeggelijk door dien knecht zijn bezit uit (4).

(1) CIC. pro CAEC. c. 16. PAUL. V. VI. § 4. L. 9 pr. D. *Qu. met. caus.* (4. 2.) LL. 1 § 29, 3 §§ 6, 7 D. *de Vi* (43, R. S. 16.) L. 33 § 2 D. *de U. et U.* (41. 3.) Zie hierachter de *Bijlage* § 2.

(2) L. 3 § 12 D. *h. t.* PAUL. V. II. § 1.

(3) Pr. J. *per qu. pers. n. acq.* (2. 9.) GAI II. § 86.

(4) LL. 25 § 1, 40 pr. D. *h. t.* L. 31 § 3 D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 1 §§ 22, 45 D. *de Vi* (43. 16).

Trouwens niet enkel van eigenlijke onderhoorigen is dit waar, want men heeft het bezit insgelijks door onafhankelijke derden die ten onzen name in het bezit zijn (1). Men noemt dezulken gewoonlijk houders. Houder voor mij derhalve is een derde die de zaak in zijne magt heeft als mij toebehoorende, hetzij ingevolge een titel die uit verbindtenis afkomt (zoo als mijn gemagtigde, huurder en dergelijken), hetzij krachtens een regt van toebehooren, als opstalhebber (2) of vruchtgebruiker van mijn goed (3).

Deze betrekking nu kan zich uitstrekken door eene lange reeks van personen. Als ik mijn huis aan u in vruchtgebruik uitgeef en gij het verhuurt aan een derde die het weder onderverhuurt, houde ik door u, gelijk gij door uwen huurder en deze door den zijnen, welke alzoo mijn achter-achter-houder wordt en door wiens ligchaam ik bezit (4). De persoon die, te rekenen van den laasten en eigenlijken houder af, aan het hoofd der reeks staat is de bezitter en neemt, al moge hij zulks inderdaad niet wezen, den rang in die aan den eigenaar toekomt. Deswege noemt men den wil om te bezitten, met een kunstterm echter dien de Romeinsche juristen zelve niet bezigen, *animus domini* (5). En niet zonder reden, want die wil is gerigt op eene dergelijke onderwerping der zaak als naar regten den inhoud des eigendoms uitmaakt. Wie iemand boven zich erkent heeft den wil, tot het bezit vereischt, niet.

(1) GAL. IV. § 153. § 5 J. *de Interd.* (4. 15.) L. 8 D. *Commod.* (13. 6.) LL. 9 pr., 18, 25 § 1 D. *h. t.* L. 31 § 3 D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 1 § 21 D. *de Vi* (43. 16.)

(2) L. 3 § 7 D. *U. P.* (43. 17.)

(3) GAL. IV. § 153. L. 12 pr. D. *h. t.* L. 5 § 1 D. *ad Exhib.* (10. 4.)

(4) L. 30 § 6 D. *h. t.*

(5) THEOPHILUS in § 4 J. *per qu. pers. n. acq.* (2. 9.) et § 2 J. *Qu. mod. obl. toll.* (2 29.)

Ten opzichte der bezitsverkrijging door anderen gelden eenige bijzondere regelen (1).

De vader erlangt het bezit door middel van het kind dat hij in zijne magt heeft, als dit de zaak in zijn naam aanvaardt hetzij, al is het juiste tijdstip den vader niet bekend, met diens voorkennis of anders met diens goedkeuring, zoodra hij van de inbezitneming kennis bekomt (2). Die voorkennis of latere goedkeuring wordt zelfs niet eens vereischt, wanneer het kind een peculium heeft en zijne handeling daartoe betrekkelijk is (3).

Op gelijke wijze verschaft de slaaf het bezit aan zijnen heer, mits hij zelf zich in diens bezit bevinde (4), alsmede aan zijnen *bonae fidei* possessor of vruchtgebruiker, mits dan de inbezitneming in het vermogen des verkrijgers of in den persoonlijken arbeid van den slaaf hare oorzaak hebbe (5).

Eindelijk wordt bezit bekomen door middel van eenen onafhankelijken derde die de zaak aanvaardt in naam zijns meesters (6), als deze zulks van te voren heeft gelast of naderhand goedkeurt (7). Het bezit des meesters vangt dan aan, in het eerste geval, op het oog-

(1) v. S. § 26 (350—356).

(2) L. 50 pr. D. *h. t. L.* 10 § 2 D. *de A. R. D.* (41. 1.) *GAI. II.* §§ 89, 90.

(3) *LL.* 1 § 5, 4 D. *h. t.*

(4) *LL.* 1 §§ 5, 7, 9—20, 3 § 12, 4, 15, 24, 44 § 1, 48 D. *h. t.*

(5) *LL.* 1 §§ 6, 8, 4, 13 § 3, 49 pr. D. *h. t.* *GAI. II.* §§ 91, 92, 94.

(6) Bij levering beslist de bedoeling des leveraars. L. 13 D. *de Don.* (39. 5.) Vgl. echter BREMER. *Beiträge zu der Lehre von dem Besitz-erwerb durch einen Stellvertreter.* *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XI.* 209 fgg.

(7) *LL.* 1 §§ 20, 21, 34 § 1, 49 § 2 D. *h. t.* *LL.* 1, 8 C. *h. t.* § 5. 249 *J. per qu. pers. n. acq.* (2. 9.) *PAUL. R. S. V. II.* § 2. L. 11 § 6 D. *de pign. act.* (13. 7.) *LL.* 20 § 2, 21 pr. 53 D. *de A. R. D.* (41. 1.) I. 31 § 2, 41 D. *de U. et U.* (41. 3.) I. 1 C. *per qu. pers. n. acq.* (4. 27.)

blik der aanvaarding; in het laatste, op het oogenblik der goedkeuring (1).

Vereenigde lichamen echter en in het algemeen zoogenaamde regtspersonen kunnen zelve niet handelen noch willen en worden daarom in regten vertegenwoordigd (2). Hieruit volgt, dat door de aanvaarding in hunnen naam ten hunnen behoefte bezit wordt verkregen, wanneer dit geschiedt, hetzij door hunne wettige vertegenwoordigers in persoon, hetzij, op last of onder goedkeuring van deze, door een ander (3). Even zoo handelt de voogd voor den pupil, de curator voor den waanzinnige over wien hij gesteld is (4).

Als iemand die tot nog toe bezat voor zich zelf de zaak overdraagt, doch onder voorwaarden ten gevolge waarvan zij in zijne magt verblijft, b. v. onder voorbehoud van vruchtgebruik (5), of onder afspraak, dat het geleverde hem ter leen of in bewaring gelaten wordt (6), gaat desnietteenstaande het bezit over, want de gewezen bezitter wordt thans houder voor den nieuwen (7). Men noemt dit *constitutum possessorium* (8).

Juist het omgekeerde gebeurt, wanneer de bezitter de zaak vervreemdt aan iemand die reeds ten zijnen behoefte in het bezit is. Want de laatstgenoemde wordt

(1) L. 42 § 1 D. h. t. PAUL. R. S. V. II. § 2. L. 13 D. de A. R. D. (41. 1.) Vgl. BREMER. a. a. O. 211 fgg.

(2) v. S. § 21. (281—297).

(3) LL. 1 § 22 D. h. t. L. 7 § 4 D. ad Exhib. (10. 4.) Nopens een sterfhuis cf. L. 1 § 15 D. Si is qui test. lib. (47. 4).

(4) LL. 1 §§ 3, 11, 13, 20, 18 § 1, 32 § 2 D. h. t. Tot bezitsverkrijging om niet is ten behoefte eens personeel onbekwamen een ieder bevoegd. L. 3 C. h. t. Cf. et L. 26 C. de Don. (8. 54). I. 11 § 6 D. de pign. act. (13. 7.) Zie hierachter de Bijlage § 3.

(5) LL. 28, 35 § 5 C. de Don. (8. 54.) FR. VAT. § 313.

(6) L. 77 D. de R. V. (6 § 1.)

(7) LL. 13 pr., 19 pr., 21 § 3. 23 D. h. t.

(8) v. S. § 27 (368—376).

nu, in plaats van houder voor den eerstgenoemde, houder voor zich zelf en, bij gevolg, bezitter (1). Men noemt dit *traditio brevi manu* (2).

Ondertusschen staat het aan dengene die tot nog toe houder voor een ander was niet vrij door eenvoudige verandering van eigen wil zich zelf tot bezitter te verheffen. De regel: *neminem sibi causam possessionis mutare posse* maakt zulks onmogelijk (3). De houder kan zich tegen den wil des bezitters het bezit niet anders aanmatigen (*intervenire possessionem*) dan, bij roerende zaken, door het plegen van een waren diefstal (4) en, bij onroerende zaken, nadat blijkt, dat de bezitter zich tegen die aanmatiging niet vermag, niet durft of niet verkiest te handhaven (5).

Overigens, als de zaak uit de feitelijke magt des houders geraakt, gaat natuurlijk het bezit, in den regel, aanstonds verloren. Indien nogtans de houder het goed door den dood ontruimt of het, zelfs ter kwader trouw, verlaat, wordt weder het bezit niet eer voor verloren gehouden, dan wanneer het blijkt, dat de bezitter zich niet vermag of niet verkiest te handhaven (6).

Slechts houder, geen bezitter is hij die een ander

(1) L. 3 §§ 3, 20 D. h. t. L. 9 §§ 1, 2 D. de public in r. a., (6. 2.) L. 9. § 9 D. de R. Cr., (12. 1.) L. 9 § 5 D. de A. R. D., (41. 1.) § 44 J. de R. D., (2. 1.)

(2) v. S. § 19. (274—279).

(3) LL. 3 § 19, 19 § 1 D. h. t.

(4) L. 3 § 13, 20, 47 D. h. t. LL. 1 § 2, 67 pr. D. de Furt., (47. 2.) Vgl. SCHIRMER. Ueber den Verlust des Besizes deponirter und vom Depositar veruntreuter Sachen. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XI. 397 fgg.

(5) L. 3 § 8 D. h. t. LL. 12, 18 D. de Vi., (43. 16.) v. S. § 33. (426—444.)

(6) LL. 3 § 8, 25 § 1, 31, 32 § 1, 40 § 1, 44 § 2 D. h. t. L. 31 D. de dolo. (4. 3.) L. 60 § 1 D. Loc. (19. 2.) L. 33 § 4 D. de U. et U., (41. 3.) L. 7 pr. D. pro emt. (41. 4.) L. 12 D. de Vi., (43. 16.) L. 12 C. h. t. v. VANGEROW. Pand. § 209 (1. 433.)

boven zich als meester der zaak erkent (1). Op dezen regel, zegt men, bestaan vier uitzonderingen die men de gevallen van het *afgeleide bezit* noemt (2), te weten:

I. Het bezit ter bede, *precarium*.

Het zal in het vervolg blijken, dat het bezit van den rogans (3) zich uit de oorspronkelijke beteekenis en strekking van het *precarium* zeer goed laat verklaren en de *animus domini* bij hem inderdaad voorhanden is.

II. Het bezit des bewaarnemers bij wien de zaak in geschil is gesteld in bewaarder hand, *sequester*.

De bewaarnemer bezit alleen, in geval partijen, opdat geene van beiden het bezit door zijn persoon hebben moge, het uitdrukkelijk aan hem opdragen (4). Hij heeft dan voorzeker den wil om iedereen, zelfs de in bewaring gevers, van de zaak uit te sluiten, doch, strikt genomen, mangelt hem de wil om de zaak te hebben ten eigen behoeve. Dewijl men intusschen het bezit toch aan iemand moest toekennen en het vaststond, dat geene van beide partijen het had, schoot wel niet anders over dan het toe te schrijven aan den *sequester*, ten minste zoo men niet uit louter theoretische spitsvindigheid een maatregel waar men in den loop eener *procédure* vaak niet buiten kon voor onbestaanbaar wilde verklaren (5).

III. Het bezit des erfpachters, *emphyteusis*.

Het is buiten kijf, dat de erfpachter het genot der *possessoire* regtsvorderingen heeft, maar twijfelachtig onder welken titel; d. i. of men hem aanmerkte als bezitter in den eigenlijken zin des woords of, zoo als den opstalhebber, met den bezitter gelijkstelde. De beste

(1) L. 1 § 23 D. *h. t. l.* 9 D. *de R. V.* (6. 1.) L. 3 § 8 D. *U. P.* (43. 17.)

(2) v. S. §§ 23—26 (320—349.) v. VANGEROW. *Pand.* § 200 (1. 404—411.)

(3) LL. 4 § 1, 6 § 3, 15 § 4 D. *Qu. Prec.* (43—26).

(4) L. 39 D. *h. t. l.* 17 § 1 D. *Depos.* (16. 3.)

(5) Vgl. KIERULFF. *Theor. des' gem. Civilr.* 355, 356.

gronden schijnen te pleiten voor het eerste gevoelen (1) en inderdaad de omvang van het regt des erfpachters wettigt zulks genoegzaam (2).

IV. Het bezit des schuldeischers wien het onderpand geleverd is, *pignus*.

Als wij met de geschiedenis van het pandregt beter bekend waren, zou de reden waarom men den schuldeischer bezit toekende (3) ons gewis duidelijk worden. Nu behoort men zich van alle stellige verzekeringen dienaangaande te onthouden, daar men beperkt is tot het opperen van louter gissingen (4).

In den eigendoms-staat, gelijk boven werd aangetoond, is het bezit de natuurlijke toestand tusschen den persoon en de dingen der buitenwereld en hieruit volgt, dat het niet kan gedacht worden dan aan een stoffelijk voorwerp of lichamelijke zaak (5). Regten of zoogenaamde onligchamelijke zaken zijn er mitsdien onvatbaar voor (6). Wel wordt aan houders (7) onder den titel van vruchtgebruik, gebruik of opstal vergund zich ter hunner bescherming te bedienen van gelijke regtsvorderingen als regtstreeks waren ingevoerd ten behoeve des bezit-

(1) L. 15 §§ 1, 6 D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 12 § 2 D. *de publ. in r. a.* (6. 2.) L. 16 D. *de Serv.* (8. 1.) L. 31 D. *de P. et H.* (20. 1.) L. 25 § 1 D. *de Usur.* (22. 1.) L. 16 § 2 D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 15 §§ 26, 27 D. *de damn. inf.* (39. 2.) L. 5. § 3 D. *arb. furt. caes.* (47. 7.) BRUNS. *Bes.* 8, 9.

(2) PUCHTA. *Vorlesungen.* § 125.

(3) LL. 1 § 15, 36, 40 pr. D. *h. t.* L. 15 § 2 D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 3 § 5 D. *ad Exhib.* (10. 4.) LL. 35 § 1, 36 D. *de pign. act.* (13. 7.) LL. 16, 33 § 6 D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 16 D. *de O. et A.* (44. 7.)

(4) BRUNS. *Bes.* 12.

(5) L. 3 § 1 D. *h. t. v. S.* § 12 (205—215).

(6) L. 4 § 27 D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 32 § 1 D. *de S. Pr. U.* (8. 2.) *Thémis* IX. (224—289).

(7) L. 12 D. *h. t. l.* 60 § 1 D. *de Usufr.* (7. 1.) L. 3 § 7 D. *U. P.* (43. 17) L. 6 § 2 D. *Qu. prec.* (43. 26.)

ters (1), doch deze *gelijkstelling met den bezitter of quasi possessio* (2) geeft hun evenmin waar bezit, als de gelijkstelling van den bezitter ter goeder trouw met den eigenaar den eis cher met de *actio publiciana* waren eigendom geeft (3).

Voorts kan zich de bezitter of quasi bezitter van een huis met het *interdictum uti possidetis* in het genot der erfdienstbaarheden die zich met het gebouw vereenzelvi gen (4) en de bezitter of quasi bezitter van een stuk land met daartoe opzettelijk vervaardigde *interdicten* (5) in de uitoefening van weg- en water-geregtigheden be schermen. Maar ook deze regtsmiddelen kenmerken zich door de eigenschap, dat de bezitter of quasi bezitter en niet (gelijk bij de *petitoire actie*, *actio confessoria*, regtens is) uitsluitend de eigenaar van het heerschend erf er mede ontvankelijk is. Hoedanige uitoefening der *servituut*, *usus*, in ieder geval vereischt wordt, hangt steeds af van den aard der zaak en de bijzondere bepa lingen van het bedoelde *interdict*. Daarom maakt men zich schuldig aan eene groote fout en vervalt tot zonder linge tegenstrijdigheden, wanneer men de regelen van het bezit onvoorwaardelijk op dien *usus* wil toegepast hebben. *Usus* en *possessio* zijn volstrekt niet gelijkslach tig (6) en een quasi bezit van regten aan het Romeinsche regt onbekend; ja daarin een onding.

Uit hetzelfde beginsel volgt wijders, dat de zaak die

(1) FR. VAT. § 90. L. 2 § 3 D. *si serv. vind.* (3. 5.) L. 60 pr. D. *de Usufr.* (7. 1.) L. 27 D. *de Don.* (39. 5.) LI. 1 § 5, 3 §§ 13 seqq. D. *de Vi.* (43. 16.) L. 3 § 7, 4 D. *U. P.* (43. 17.) L. 1, §§ 1 2 D. *de superf.* (43. 18.) L. 3 § 5 D. *de itin. actug. priv.* (43. 19).

(2) GAL. IV. § 139. pr. J. *de Interd.* (3. 15.)

(3) GAL. II. § 93. L. 52 pr. D. *h. t. L.* 1 § 8. D. *Qu. leg.* (43. 3).

(4) L. 3 § 6 D. *U. P.* (43. 17).

(5) D. 43. 19—23.

(6) ALBERT. *Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen.* § 100.

bezeten worden zal in den handel moet zijn; d. i. behooren tot de zoodanigen die zich, naar de wetten der natuur of van den staat, in de uitsluitende heerschappij van het individu bevinden kunnen (1).

Een ander gevolg er van is (2), ten slotte, dat het voorwerp des bezits behoort te wezen van dien aard, dat het, in het gebruik, eene eigene en zelfstandige zaak vormt (3) en dus afzonderlijk bezit toelaat (4).

§ 5.

Ager publicus. — Provinciale solum.

De beroemde geschiedschrijver NIEBÜHR (5) bragt aan het licht, dat de Romeinsche staat, sinds de vroegste tijden van zijn bestaan, rijke grondbezittingen had die als openbaar domein voor partikulieren eigendom onvatbaar werden gerekend, doch met wier genot de hoofden der patricische of althans voornaamste families beleend waren. Deze landerijen noemde men *ager publicus* en het genot daarvan *possessio* (6), welk woord dan ook gebezigd werd tot aanduiding van zoodanig stuk gronds zelf (7).

Later paste men dit beginsel van onvatbaarheid voor echten of civielen eigendom, uit hoofde van het opper-

(1) LL. 3 § 17, 23 § 2, 30 §§ 1, 3 D. h. t. L. 34 D. *de stip. serv.* (45. 3).

(2) v. S. § 22. (297—312.) v. VANGEROW. *Pand.* § 204 (I. 418—427).

(3) LL. 3 § 2, 26 D. h. t. L. 3 D. *de R. V.* (6. 1.) L. 32 § 2 D. *de U. et U.* (41. 3.)

(4) L. 30 pr. D. h. t. L. 7 §§ 1, 2 D. *ad Exhib.* (10. 4.) L. 15 § 2 D. *de damn. inf.* (39. 2.) LL. 23, 30 § 1 D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 7 § 1 D. *pro emt.* (41. 4.) L. 44 § 1 D. *de O. et A.* (44. 7).

(5) *Römische Geschichte.* II. 161 fgg.

(6) Liv. VII. c. 16.

(7) Fest. v. *possessiones.* 241

eigendom des staats, mede toe op den bodem der wingewesten, buiten Italie door de Romeinen overheerd, *provinciale solum* (1), voor zoover die bodem niet uitdrukkelijk door wetduiding met Italiaanschen gelijk gesteld en door deze gunst het civiele regt deelachtig gemaakt was, *ius italicum soli* (2). Evenwel dreef men de zaak niet tot zulk een uiterste, dat men ook den natuurlijken eigendom in de wingewesten buitensloot, Alleen het *dominium ex iure quiritium* verklaarde men daar regtens onmogelijk, maar geenszins ook het *dominium iuris gentium* (3). De eigenaar van dergelijke in de wingewesten gelegen landerijen heette nu weder *possessor* (4) en zijn regt of ook het landgoed zelf *possessio* (5).

NIEBÜHR trachtte de waarde zijner ontdekking te verhoogen door de gissing te opperen, dat geschiedkundig het bezit des burgerlijken regts aan die *possessio* van het staatsdomein vast te knoopen en daaruit af te leiden ware. Zijn vriend en vereerder v. SAVIGNY (6), die aan zijne navorschingen en werkzaamheden een zeer levendig aandeel genomen had, en andere uitnemende geleerden (7) drongen dit vermoeden nader aan en gaven daaraan een grooten schijn van waarheid. Intusschen

(1) GAI. II. §§ 7, 21.

(2) v. SAVIGNY. *Vermischte Schriften*. I. 44 fgg.

(3) FR. VAT. §§ 6, 259, 283, 293, 315, 316.

(4) L. 6 § 5, 18 § 25 D. *de Muner.* (50. 4.) L. 1 D. *de decret. ab ord. fac.* (50. 9.)

(5) L. 5 § 12 D. *de reb. cor. qu. sub. tut.* (27. 9.) L. 7 D. *de incend.* (47. 9.) L. 4 D. *de Peter.* (49. 18.) L. 22 § 7 D. *ad Municip.* (50. 1.) L. 18 § 21 D. *de Muner.* (50. 4.) L. 3 D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 73 D. *de V. S.* (50. 16.)

(6) v. S. § 12^a (215—225).

(7) Vgl. HESCHKE. *Ueber die Stelle des Varro von den Liciniern*. 75. REDORFF. *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.* XI. 333.

bleef van den anderen kant de tegenspraak niet uit (1) en, als men het voor en tegen onpartijdig overweegt, komt men inderdaad tot het besluit, dat, wel is waar, de buitengemeene schranderheid waarmede NIEBÜHR en de zijnen hun gevoelen verdedigen hoogen lof en bewondering verdient, maar toch dat gevoelen zelf als eene schadelijke en het wezenlijk inzicht in de zaak belemmerende dwaling behoort verworpen en uit de wetenschap verbannen te worden.

Immers, terwijl de kenmerkende eigenschap van den ager publicus in zijne onvatbaarheid voor burgerlijken eigendom is gelegen, wordt juist eerst door de invoering des burgerlijken eigendoms de juridieke beteekenis van het bezit openbaar. Zoo eischte het stelsel van eigendomsverkrijging, ter zijner volmaking en wilde het behoorlijk werken, de verjaring of *usu capio* en niemand twijfelt er dan ook aan, of deze regtsinstelling klimt tot de hoogste oudheid op. Maar was niet reeds dit voldoende om de aandacht op het bezit te vestigen, daaraan een juridiek karakter bij te zetten en het tot een onderwerp van wetenschappelijk onderzoek en bespiegeling te maken?

De omstandigheid, door v. SAVIGNY zelf (2) op zoo uitstekende wijze verklaard, dat de onderscheiding tusschen *civilis* en *naturalis possessio* alleen met het oog op en in betrekking tot de usucapio verstaanbaar wordt, bevat van de waarheid dezer bewering een moeilijk te ontzenuwen bewijs. *Civilis possessio* namelijk is de zoodanige die alle de vereischten der verjaring in zich vereenigt; *naturalis* de zoodanige welke aan die ver-

(1) PUCHTA. *Instt.* § 227. v. VANGEROW. *Pand. I.* 766. SINTENIS. *Das prakt. gem. Civilr.* I. 465. n°. 6.

(2) § 7. (58—101.) Zie ook BRUNS. 14 (20—27) en daartegen v. VANGEROW. *Pand. I.* 397—404.

eischen niet voldoet (1). De beteekenis van het laatste is dus louter negatief, zoodat het, gesteld tegenover *possessio alleen*, het feitelijk bezit des houders of de detentie zonder *animus domini* beduidt (2). Waarom nu buiten de grenzen des burgerlijken regts naar een steunpunt gezocht, wanneer zich daar binnen zulk een geschikt aanbiedt, en willekeurig hetgeen bijeen behoort gescheiden om te verbinden wat niets met elkander gemeen heeft?

Insgelijks konde het niet anders, of moest door het eigendomsgeeding het bezit aanstonds op den voorgrond treden. Hieraan hebben werkelijk de *interdicta retinendae possessionis* hun aanzijn te danken gehad, want zij dienden om uit te wijzen aan welke van beide partijen het bezit en dus ten petitoire de rol van gedaagde toekwam. Hoe zal het interdictum *utrubi*, uitsluitend voor roerende goederen bestemd, met den *ager publicus* samenhangen? En echter zou de veronderstelling, dat het jonger ware dan het interdictum *uti possidetis*, uit de lucht gegrepen en door niets gestaafd zijn. Ook tusschen de interdicten ter zake van weg- en water-geregtigheden en den *ager publicus* laat zich geen verband hoegenaamd denken, daar de laatste voor servituten ongeschikt was (3) en men de ware beteekenis der eersten eerst leert kennen uit hunne verhouding tot de *actio confessoria* of tot het petitoir.

Gaat men nu voorts de andere *possessoire* regtsverderingen na, dan moge het waar wezen, dat men op zeer vernuftige wijze beproefd hebbe het *precarium* en het interdictum *quod precario* almede met den *ager publicus*

(1) L. 1 §§ 9, 10 D. *de Vi.* (43. 16.) L. 3 § 5 D. *ad Exhib.* (10. 4.) L. 26 pr. 1. *de Donat.* (39. 5.) L. 2 § 1. D. *pro hered.* (41. 5.)

(2) LL. 3 § 3, 12 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 38 § 7 D. *de F. O.* (45. 1.)

(3) GAL. II. § 31.

in aanraking te brengen, het zal nogtans ter zijner plaatse betoogd worden, dat ook deze gissing niet houdbaar is en veel eer onze geschiedkundige overleveringen het precarium eenstemmig verbinden met de verpanding door eigendomsoverdragt, *fiducia*, zoodat het eigenlijk bestond in een beding tusschen eigenaar en bezitter (of schuldeischer en schuldenaar) waarmede de ager publicus weder niet de minste verwantschap hebben kan. Het vermoeden, dat de praetor eertijds ook een bijzonder interdict ter zake van heimelijke bezitsontneming plagt te verleenen, zal eveneens blijken den toets geenszins te kunnen doorstaan en ter regtvaardiging van een zoo eenvoudig en onmisbaar regtsmiddel (1) als het interdictum *unde vi* behoeft men waarlijk zijne toevlugt niet te nemen tot de eigenschappen van het oude staatsdomein (2).

Uit dit alles volgt dus de onaannemelijkheid van NRE-BÜHR's gissing. Trouwens veel daaraan verloren is er niet, want zij brengt niets bij tot het beter verstand van het bezit en maakt dit, ofschoon, in zijn wezenlijk en organiek verband met den eigendom beschouwd, zulk een natuurlijk en ligt te begrijpen verschijnsel, integendeel tot een uitheemsch gewas dat in het burgerlijk regt eigenlijk niet te huis behoort en er kunstmatig in werd overgeplant en opgekweekt. Zooveel nogtans laat zich toegeven, dat er zekere punten van overeenkomst bestaan tusschen de *possessio* van den ager publicus en het bezit des burgerlijken regts, zoo in de feitelijke heerschappij over de zaak, als in de tegenstelling, schoon uit gansch andere oorzaken, met den eigendom, (3) en deze punten van overeenkomst zijn genoegzaam ter verklaring der gemeenschappelijke benaming.

(1) L. 1 § 1 D. *de Vi.* (43. 16.)

(2) Dit geeft v. S. 221 n^o. 2. zelf toe.

(3) L. 115. D. *de V. S.* (50. 16.)

Eindelijk werd, gelijk bij ons de woorden *bezitting* en *grondbezit*, zoo in het Latijn het woord *possessio* in het spraakgebruik van het gewone leven ook gebezigd voor eigendom aan onroerend goed of ook voor het vast goed zelf (1). †Deze opmerking kan soms voor de uitlegging van gewigt wezen.

§ 6.

Possessoire regtsvorderingen (2).

Daar de *possessoire regtsvorderingen* het eigenlijk onderwerp onzer navorsching uitmaken, behoort naauwkeurig te worden omschreven wat men daaronder te verstaan hebbe. Wilde men zoo betitelen alle actien die het bezit tot voorwerp hebben, zeer groot zou dan het aantal en zeer verschillend de natuur dier regtsmiddelen zijn. Maar het wezen eener actie wordt bepaald door haar beginsel of regtskundige oorzaak en om deze reden mogen alleen de zoodanigen waarmede uitsluitend de ware of quasi bezitter en geen ander ontvankelijk is met den naam van *possessoire* worden bestempeld. Daaronder dus zijn zelfs diegenen waarmede, *onder anderen*, ook de bezitter wordt toegelaten niet eens begrepen, ofschoon zij veel ter zijner bescherming kunnen bijdragen en derhalve onder de verdedigingsmiddelen die hem ten dienste staan (men denke slechts aan het *interdictum quod vi aut clam* en dergelijken) eene belangrijke plaats kunnen vervullen. Van de *regtsvorderingen* des bezitters maken alzoo de eigenlijk gezegde *possessoire* niet meer dan een gedeelte uit, want onder *possessoire* verstaat men alleen de zoodanigen die *regtstreeks* en uit-

(1) L. 78 D. *de V. S.* (50. 16.) v. S. § 8. (105, 106.)

(2) v. S. § 35. (452—472.)

sluitend op het bezit des eischers gegrond en tot bescherming daarvan bestemd zijn.

v. SAVIGNY heeft het eerst deze zeer juiste bepaling gegeven en hierdoor de wetenschap ten hoogste aan zich verplicht. Ongelukkig echter liet hij zich door de zucht naar stelselmatigheid en het voorbeeld van DONEL-LUS (1) verleiden om er het beweren bij te voegen, dat alle actien die, naar zijne omschrijving, tot de possessoire behooren, te weten de interdicta retinendae en recuperandae possessionis, moeten worden gehouden voor regtsvorderingen *uit onregtmatische daad* (2).

Hij stelt de zaak dus voor. Iedere stoornis van, iedere eigendunkelijke inbreuk op eens anders regtmatig bezit bevat een vergrijp of delict (3). Die stoornis is of de zoodanige die aan den beleedigde het bezit ontnemt, of de zoodanige die hem slechts in het bezit verontrust. In het eerste geval heeft hij eene regtsvordering tot herstelling, in het laatste tot handhaving in het bezit.

Oppervlakkig is er veel, dat voor deze leer pleit, en zij is dan ook een tijd lang algemeen zeer gunstig ontvangen geworden. Doch latere navorschingen hebben aangetoond, dat zij verre van de waarheid afwijkt. Want de interdicta retinendae possessionis spruiten in het minste niet voort uit onregtmatische daad, maar strekken ter beslechting van wederzijdsche aanspraken op het bezit (4). Het interdictum quod precario heeft veeleer een contractueel karakter (5) en dat de clandestina pos-

(1) Wien hij deswege in zijne voorrede, bl. XXVII, uitbundigen lof toezwaait.

(2) § 6. (31—35.)

(3) § 2. (6—11.)

(4) PUCHTA, *Voirles*. § 133. v. VANGEROW. *Pand. I.* 764. SINTENIS. *Civilt.* I. 442. n^o. 8. SCHMIDT. *Interd.* 189—205.

(5) L. 5 § 1 D. *de Pecul.* (15. 1).

sessione heeft nooit bestaan (1), zoodat de redenering van v. S. alleen opgaat ten aanzien van het interdictum unde vi.

Het is dus in geenen deele waar, dat de possessoire regtsmiddelen allen dezelfde naaste oorzaak hebben. De praetor heeft ze ingevoerd, naarmate de ervaring er de noodzakelijkheid van leerde kennen en geenszins naar een van te voren beraamd plan. Het resultaat dezer geschiedkundige wording was wel, dat men, ten slotte, in alle mogelijke gevallen voorzien en den bezitter behoorlijk beschut had, maar dit nam niet weg, dat ieder dier regtsmiddelen zich zelfstandig en zonder regtstreeksch verband met de overigen had ontwikkeld. Zij vormden te zamen de leden van een organiek geheel, maar daarom nog geen, naar streng logische regels, juist afgepast en in elkander sluitend stelsel.

Tot staving dezer bewering kan men zich met vrucht op het gezag der klassieke juristen beroepen. Bij hen vindt men nergens van de possessoire actien als van eene bijzondere klasse of soort van regtsvorderingen gesproken. Veelmeer behandelen zij ze ieder op zich zelve. Want, als zij de interdicten verdeelen in adipiscendae, retinendae en recuperandae possessionis, hoedanig denken zij zich dan de possessio? Vooreerst niet als oorzaak, maar als *doel*, en ten tweede niet als aanduidende het eigenlijk bezit, maar als beantwoordende aan het regt van toebehooren in het algemeen (2) of in zoo uitgestrekte beteekenis, dat de verdeling *alle de interdicten die op particuliere goederen betrekking hebben*

(1) PUCHTA. *Voirles*. § 134.

(2) In welken zin b.v. de *usus servitutis* eene possessio is, L. 20 D. *de Serv.* (8. 1.) L. 2 § 3 D. *de Interd.* (43. 1), of het interdictum *quam hereditatem*, naar gelang van omstandigheden, adipiscendae of recuperandae possessionis wezen kan. FR. ULP. ENDLICHER.

Themis, D. II, 2de St. [1855].

omvat. Ons wetenschappelijk begrip van possessoire actien zoekt men dus bij de Romeinen te vergeefs.

Hierin echter kwamen allen die onder dat begrip vallen overeen, dat zij naar den vorm interdicten waren en dientengevolge het proces werd gevoerd door middel van stipulatiën die liepen over de vraag, hetzij of aan het bevel des praetors voldaan, hetzij of tegen zijn verbod gezondigd was. En dewijl nu van de beslissing dezer vraag de uitslag van het geding afhing, kan men in zoo ver zeggen, dat bij elk interdict het geschil eene ongehoorzaamheid jegens den praetor en mitsdien eene onregmatige daad tot onderwerp had. Maar deze merkwaardige eigenschap der *procédure* heeft kennelijk niets gemeen met het karakter en den wezenlijken oorsprong der actie, of met datgene wat haar tot eene possessoire maakt. Immers als men het *interdictum unde vi* eene *actio ex maleficio* noemt, doet men dit, niet omdat de weigering der teruggave ondanks des praetors bevel, maar omdat *de oorzaak van dat bevel*, de gewelddadige ontzetting door den gedaagde bedreven, een delict is. Welnu, naar dezelfde reden, mag ook van het *interdictum uti possidetis* niet gezegd worden, dat het nit onregmatige daad voortvloeit, wanneer dit steunt op geen beteren grond, dan dat partijen er mede twisten over eene tegen het verbod des praetors gepleegde gewelddadigheid, dewijl dat geweld, hetgeen dan, ook meestal in een bloot denkbeeldigen zin wordt opgevat, slechts strekken moet om de vereischte figuur aan het proces te geven en het zelfs ongerijmd zou wezen het als de oorzaak van het verbod te willen beschouwen.

Eerst nadat het aan de vereenigde krachtsinspanning van velen gelukt was de plaats van *Gaius* die over dit onderwerp licht verspreidt genoegzaam te ontcijferen, is dit alles tot klaarheid kunnen gebragt worden. Herinnert men zich nu, dat v. *Savigny* zijn beroemd werk

reeds ten vierden male had uitgegeven, vòòr het handschrift van GAIUS ontdekt werd, zoo zal men zich minder verwonderen, dat zelfs die uitstekende geleerde hier eenigzins misgetast en de ware beteekenis van het *vim facere* niet beter dan zijne voorgangers geraden heeft. Ondertusschen blijft het altoos jammer, dat die toevallige omstandigheid zulk eenen nadeeligen invloed op zijne voorstelling der possessoire actien heeft uitgeoefend. Wanneer men zich van deze eene grondige kennis en een juist beeld verschaffen wil, moet men trachten zich zoo veel mogelijk op hetzelfde standpunt met de Romeinen te plaatsen en alle elders opgedane denkbeelden en dogmatieke vooroordeelen ter zijde stellen. Bijkans alles toch hangt af van de bewoordingen van ieder bijzonder interdict, in verband gebragt met de daarbij gebruikelijke procedure, en het is dus naar de verkrijging van een goed inzicht op deze punten, dat in de eerste en voornaamste plaats met ijver moet worden gestreefd. Het schetsen der possessoire restitutoire interdicten van het klassiek regt zij dan de taak waaraan wij in de eerstvolgende dezer opstellen onze krachten gaan beproeven.

B I J L A G E.

De regelen en beginselen van het bezit zijn door v. SAVIGNY zoo uitnuntend verklaard, dat men in het algemeen met eene verwijzing naar zijn werk kan volstaan. Doch een paar punten uit de leer van het verlies en de verkrijging des bezits maken ten deze eene uitzondering en vorderen eene exegetische uitwijding die, als te groot voor het bestek eener noot, gegeven wordt in deze bijlage.

§ 1 (1).

Verlies door heimelijke ontneming.

Het ligt in den aard der zaak, dat de bezitter be-

(1) Vgl. v.S. 406—416.

voegd is zich te weer te stellen tegen aanrandingen van buiten, want hoe zal men zijne heerschappij over de zaak beter toonen dan door de aanvallen van derden af te keeren (2)? Uit deze eenvoudige waarheid volgt, dat het bezit niet verloren gaat reeds door de enkele poging om het den bezitter te ontnemen, maar dat men moet afwachten welken einduitslag die poging heeft. Als er dus, gelijk vaak gebeuren zal, tusschen partijen eene worsteling ontstaat die eene kortere of langere poos aanhoudt, zal nogtans regtens dat tijdsverloop, gedurende hetwelk het lot des bezits onbeslist blijft, behooren te worden aangemerkt als te vervullen maar een enkel ondeelbaar oogenblik en wel zóó, dat het bezit wordt geacht verloren te zijn, eerst sedert de ontzetting is *volbragt*, maar daarentegen de toegebragte schade berekend wordt sedert het tijdstip waarop de ontzetting is *aangevangen*.

B. v. A. verdrijft B., wordt echter aanstonds door dezen weder verjaagd, doch eindigt met hem ten tweeden male en nu voor goed te ontzetten. Deze met afwisselend geluk gevoerde kamp over het bezit, deze drie achtereenvolgende en te zamenhangende ontzettingen maken in regten uit slechts één enkel feit (3). B. verloor het bezit, eerst toen hij ten tweeden male werd verdreven, maar A. moet hem vergoeding betalen voor de gansche schade sinds den aanvang der eerste ontzetting geleden (4).

Een ander voorbeeld. Er gaat eenige tijd voorbij, eer dat B. A. bespeurt en kan te keer gaan, omdat, toen deze op het erf trad, hij zich toevallig bevond aan een anderen hoek. De aanvankelijke onwetendheid van B.

(2) LL. 1 §§ 27, 28, 3 § 9 D. *de Vi.* (43. 16.)

(3) L. 17 D. *eod.*

(4) L. 1 §§ 31, 34, 40, 41 D. *eod.*

zal hem weder niets schaden, noch de bloote komst van A. hem van het bezit kunnen berooven, maar alles afhangen van hetgeen geschiedt, wanneer hij het onraad ontdekt en de gelegenheid om zich te verdedigen gehad zal hebben. Verjaagt hij dan alsnog A., zoo behoudt hij onafgebroken het bezit; wordt hij door dezen overmand of kiest hij de vlugt, zoo verliest hij het door ontzetting.

Het maakt voorts geen onderscheid, of de reden, dat B. de komst van A. niet dadelijk, maar eerst eene poos later bemerkt, hierin gelegen is, dat hij zich bevond op een afgelegen gedeelte des erfs, of dat hij toevallig niet te huis was. Het eene geval staat volmaakt gelijk met het andere. Want iemand die zich tijdelijk verwijdert en zijne woning onderwijl alleen laat verliest daarom, in een beschaafden staat waarin openbare veiligheid heerscht, nog geenszins het bezit, omdat hij het redelijk vertrouwen mag voeden de zaken te zullen terugvinden in denzelfden toestand als bij zijn vertrek. Onophoudelijke bewaking is niet noodig. Ontwaart nu echter B. bij zijne te huis komst, dat, gedurende zijne afwezigheid, A. in de woning is binnen geslopen en jaagt dien ongenoodden gast terstond weder ter deure uit, zoo handhaaft hij zich in het bezit, zoo spoedig hij kan, en heeft het mitsdien bij voortdoring behouden, hoe lang hij ook zij uitgebleven en A. inmiddels in de woning vertoefd hebbe. Laat de waarheid dezer bewering zich moeilijk in twijfel trekken, er volgt uit van den anderen kant, dat, bijaldien A. den teruggekeende den toegang verspert of hem doet afdeinzen voor zijne overmagt, men zal moeten beslissen, dat B. *eerst op dat oogenblik en wel door ontzetting* het bezit verliest. Immers het oogenblik waarop het bezit verloren gaat is dat waarop het wordt uitgemaakt, of het al of niet wordt behouden, en slinksche overrompeling staat gelijk met regtstreeksch geweld.

Met roerende zaken is het op dezelfde wijze gesteld.

Als een dief in de afwezigheid des eigenaars het vee uit de weide wegvoert en nu de bestolene, zoodra hij van het feit kennis krijgt, het spoor nazet, den dief, al ware het na eene vervolging van meerdere dagen, achterhaalt en den buit weder afhandig maakt, zal ontegenzeggelijk ook hij gerekend moeten worden het bezit van het vee nooit verloren, maar onafgebroken behouden te hebben (5). Meestal evenwel zal een dief, vòòr de eigenaar hem ontdekt, de gestolene goederen reeds in veiligheid gebragt hebben. Dan natuurlijk gaat door die berging het bezit onherroepelijk verloren, omdat nu voor den beroofde de kans om zich in het bezit te handhaven voorbij is.

De algemeene regel nopens het verlies des bezits is derhalve deze. De bezitter verliest zijn bezit, zelfs na de aanvankelijk geslaagde poging om er hem van te berooven, niet eer dan nadat gebleken is, dat hij zich niet langer òf vermag òf durft òf verkiest te handhaven, en de persoon die hem belet zulks te doen, of door zijne overmagt van de poging er toe afschrikt, maakt zich schuldig aan gewelddadige ontzetting.

De toepassing van dezen regel op den afwezigen grondbezitter is m. i. door v. SAVIGNY in een verkeerd daglicht geplaatst. Hij wil namelijk daarin zien niet het eenvoudig gevolg der algemeene en natuurlijke leerstellingen nopens het verlies des bezits, maar eene buitengewone, aan onroerende goederen eigenaardige, fictie die eerst van lieverlede in de jurisprudentie ingang zou verkregen hebben, zoodat men te dien aanzien moet onderscheiden tusschen drie tijdvakken.

Eerste tijdvak. LABEO weet van de fictie nog niets af. Hij rekent dus het bezit des afwezigen verloren onmiddellijk bij de inbezitneming door een derde.

Tweede tijdvak. NERATIUS, CELSUS EN POMPONIUS

(5) Cf. L. 10 pr. D. *de eond. furt.* (13. 1.) L. 44 D. *de A. R. D.* (41. 1.)

kennen bereids de fictie, doch als iets waarvan toenmaals de waarheid nog geenszins algemeen werd toegegeven.

Derde tijdvak. PAPINIANUS, ULPIANUS en PAULUS dragen de fictie voor als eenen vast aangenomen, ten hunnen tijde volstrekt niet meer twijfelachtigen stelregel.

Het gevoelen van LABEO vindt men bij ULPIANUS (6). «LABEO,» zegt hij, «leert, dat, als iemand, terwijl de «bezitter naar de markt is, in de woning binnen dringt, «hij zich schuldig maakt aan eene *heimelijke inbezit-* «*neming*» (6^a).

ULPIANUS meent, in een tusschenzin, hieruit te mogen afleiden, dat «derhalve de ter markt gegane bezitter «ondanks zijne verwijdering het bezit behoudt» (6^b). En te regt, want *heimelijke* inbezitneming van eene *onbeheerde en ontruimde zaak* is niet denkbaar. Het praktisch gewigt dezer opmerking ligt evenwel voornamelijk hierin, dat degene ten wiens nadeele het bezit heimelijk is verkregen, zegeviert in het interdictum retinendae possessionis.

LABEO zelf redeneerde dus voort, «maar als nu hij «zijne te huis komst de ter markt gegane bezitter door den «indringer wordt buitengesloten, gaat de heimelijk «aangevangen bezits-ontneming in eene gewelddadige «ontzetting over (6^c);» d. i. verkrijgt hij ook het interdictum unde vi.

«Hetzelfde zal,» volgens PAULUS (6^d), «regtens wezen,

(6) LL. 6 § 1. 7 D. *de A. r. A. P.* (41. 2.)

(6^a) ULPIANUS, *libro 70 ad Edictum*. Qui, ad nundinas profectus, neminem reliquerit et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere. LABEO scribit.

(6^b) (Retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit.)

(6^c) Verum (v. S. leest *Unde*) si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi (v. S. lees *intelligitur*) possidere, non clam.

(6^d) PAULUS, *libro 51 ad Edictum*, et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amississe possessionem videbitur et ita NERTIUS quoque probat.

«wanneer de ter markt gegane bezitter niet naar de «woning durft terug keeren, uit vrees voor mishandelingen van de zijde des indringers; een gevoelen dat «ook NERATIUS ombelsd had.»

Welke zwaarigheid wordt nu tegen deze hoogsteenvoudige verklaring geopperd? Dat men, zoo doende, den indringer laat verkrijgen en heimelijk en gewelddadig bezit, terwijl toch slechts één van tweeën mogelijk is. Maar deze tegenstrijdigheid is slechts schijnbaar. Immers heimelijke inbezitneming is aanwezig dáár waar men zich steelsgewijze of ter kwader trouw, buiten weten en achter den rug des bezitters om in het bezit dringt (7). Dat nu uit den aard der zaak iets dergelijks hierplaats grijpt, valt inderdaad niet te loochenen. Die van des bezitters afwezigheid gebruik maakt, sluipt heimelijk binnen. De leer van LABEO komt dus eigenlijk neder op deze twee stellingen: vooreerst, dat men zich tegen eene heimelijke bezits-ontneming even goed mag verdedigen als tegen eene gewelddadige. De waarheid hiervan behoeft geen betoog. Ten tweede, dat diegene zich schuldig maakt aan ontzetting en met het interdictum unde vi kan worden aangesproken welke den bezitter die zich tracht te handhaven wederstaat en overmant. Ook dit zal wel niemand betwisten. Wel verre dat er iets ongerijms in gelegen ware, dat eene bezits-ontneming, heimelijk begonnen, met eene ware ontzetting eindigt, zal straks blijken, dat CELSUS hetzelfde aannam bij eenen bezitter die tijdens de komst des indringers op het erf *tegenwoordig* is en op wien dus gewis geene andere dan de gewone regelen toepasselijk zijn.

Desniettemin begrijpt v. SAVIGNY aan onze plaats eene gansch andere uitlegging (waaraan hij eenen eenigzins gewijzigden tekst tot grondslag legt) te moeten geven. Zij is deze:

(7) L. 6 pr. D. de A. v. A. P. (41.2).

Van LABEO is alleen de eerste zinsnede. Hij leert, dat het bezit des afwezigen door de heimelijke inbezitneming des indringers dadelijk te niet gaat. Daar nu echter later, door de invoering der fictie, het tegendeel regtens geworden was, zou ULPIANUS het noodig gekeurd hebben, bij wijze van stilzwijgende verbetering, er bij te voegen, dat dus de afwezige zijn bezit behoudt, zoodat hij, als hij bij zijne te huis komst wordt afgewezen, moet geacht worden (niet meer, als ten tijde van LABEO, heimelijk van het bezit beroofd, maar) met geweld ontzet te zijn.

Ofschoon v. SAVIGNY aan zijne tekst-varianten nog al veel hecht, laten zich des noods met beide lezingen (gezwegen, dat de gewone dan toch in elk geval de beste autoriteiten in haar voordeel heeft) beide verklaringen vereenigen. De innerlijke waarde dier verklaringen moet alzoo hier beslissen. En dan mag men vragen, of die van v. SAVIGNY niet uitermate gedwongen is, daar zij juist datgene wat zij bewijzen zal, de latere invoering namelijk der beweerde fictie, stilzwijgend veronderstelt? Want kan men niet, als men zich zulke vrijheden en aanvullingen in gedachte veroorlooft, aan een schrijver laten zeggen al wat men wil?

Hoe voorts v. SAVIGNY uit het zeggen van PAULUS: *et ita NERATIUS quoque probat* kan opmaken, dat laatstgenoemde jurist zijn gevoelen hield hetzij voor eene nieuwigheid, hetzij voor iets betwistbaars, is meer dan onbegrijpelijk.

Hetzelfde geldt van CELSUS (8). Deze doet door eene fraaie tegenstelling uitkomen, dat het vermoeden altoos pleit voor het behoud en tegen de overweldiging van het bezit.

«De eigenaar,» zegt hij, «die, op het oogenblik dat «een ander zich heimelijk in het bezit van het erf stelt,

(8) L. 18 §§ 3. 4 D. *de A. r. A. P.* (41. 2.)

«zich bevindt op een afgelegen gedeelte, verliest geenszins aanstonds het bezit van het reeds ingenomen gedeelte, omdat het vermoeden er voor is, dat hij den vreemden indringer, zoodra hij hem ontdekt, alsnog «zal kunnen verjagen.» (8^a)

«Een overweldiger daarentegen verkrijgt het bezit «voor geen voet gronds verder, dan hij metterdaad «bezet heeft, al is zijne overmagt zoo groot, dat aan «tegenweer niet te denken valt.» (8^b)

Voor hetgeen v. SAVIGNY er uit halen wil, deugt deze plaats niet in het minste, want CELSUS spreekt zonder eenigen zweem van twijfel (daardoor ware immers de tegenstelling geheel in het water gevallen) en bovendien niet van eenen *tijdelijk afwezigen*, maar juist van eenen *op het erf tegenwoordigen* bezitter. Maar ook zijne uitspraak bewijst, dat het bezit der gansche zaak behouden wordt, zoolang niet alle kans op handhaving vervlogen is, en er mitsdien niets vreemds is in het denkbeeld eener bezitsontneming die, heimelijk aangevangen, ten slotte in eene gewelddadige ontzetting overgaat. Want stel, dat, in het geval van CELSUS, de bezitter te kort schiet in de poging om zich te handhaven, dan zal men toch wel willen toegeven, dat hij met geweld ontzet wordt, want, verjaagt niet hij zijne tegenpartij, zoo verjaagt immers deze hem (9).

Eindelijk beroept v. SAVIGNY zich op een fragment uit het werk van POMPONIUS (10) op den ouden jurist

(8^a) CELSUS, *Libro 23 Digestorum*. Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desiisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero.

(8^b) RURSUS. si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intraverit obtinet.

(9) v. S⁵. opvatting der woorden *facile expulsurus finibus* leidt, vreemd genoeg, tot het resultaat, dat de bezitter alleen dan kan beschouwd worden als ontzet, *wanneer het hem gemakkelijk valt den ander te verjagen.*

(10) L. 25 § 2 D. de A. r. A. P. (4 2).

Mucius. Het is waar, dat in den aanvang dezer plaats een twijfelende toon heerscht. Maar de reden ligt voor de hand. Wij hebben te doen met eene consultatie. Degeen die den jurist de vraag ter beantwoording voorlegde deed ze natuurlijk voorkomen als twijfelachtig. Maar de slotwoorden die het advys, hetzij dan van POMONIUS, hetzij van MUCIUS, bevatten zijn stellig genoeg.

De plaatsen waarin, volgens v. SAVIGNY's eigen beweringen, de regel als volmaakt zeker wordt voorgedragen (11), en die nog met twee van ULPIANUS (12) kunnen worden vermeerderd, bevestigen eenvoudig het betoogde en vereischen dus geene nadere toelichting.

Derhalve heeft men allezins reden om te gelooven, dat de Romeinsche juristen van alle tijdvakken het er onderling over eens zijn geweest, dat het bezit ook bij heimelijke bezits-ontneming niet verloren gaat, alvorens gebleken zij, dat de bezitter zich niet kan, niet durft of niet wil handhaven tegen den indringer, en deze beslissing niet bevat eene eigenaardige fictie ten behoeve van het grondbezit, maar regtstreeks voortvloeit uit den aard der zaak en het gemeene regt omtrent het verlies van het bezit. Uit dien hoofde heeft de zaak groot belang ook voor het Nederlandsche regt. Is namelijk het betoogde waar, dan zal de leer der Romeinsche juristen ook nog heden ten dage behooren te worden gevolgd. Maar heeft men daarentegen, met v. SAVIGNY, aan zulk eene bijzondere fictie te denken, dan zal, daar ons B. W. van die fictie nergens melding maakt en de jurisprudentie de gapingen der wet niet mag aanvullen, in het tegenwoordig regt, volgens eene juiste opmerking van Mr. ORZOOMER (13), het tegendeel moeten gelden; waarvan groote

(11) PAPINIUS in L. 46 D. de A. v. A. P. (41. 2); ULPIANUS in L. 6 § 1; PAULUS in LL. 7 en 3 §§ 7, 8 eod.

(12) LL. 1 § 24, 3 § 8 D. de Vi. (43. 16).

(13) *Aanteeken. op het B. W.* II 38, 39.

verwarring in sommige gevallen het gevolg zou kunnen zijn.

§ 2.

Bezits-verlies bij vlugt (1).

Ik zie eene gewapende bende op mij afkomen om mij te verjagen. Tegen de overmagt toch niet bestand, neem ik liever bij tijds de vlugt dan mij te wagen aan persoonlijke mishandeling. Heb ik thans het bezit verloren? En kan ik de lieden waarvoor ik gevlugt ben beschuldigen, dat zij geweld jegens mij hebben gepleegd?

Beide vragen verdienen een afzonderlijk onderzoek.

I. Het is hoven opgemerkt, dat men het bezit, voor eene poos van huis gaande, geenszins prijs geeft, omdat met zoodanige tijdelijke afwezigheid de redelijke overtuiging, dat men de beschikking over de zaak niet verloren heeft, zeer goed vereenigbaar is. Het bezit blijft dus behouden, zoolang de wil om zich te handhaven voortduurt. Maar om die zelfde reden verliest het de bezitter die vlugt, want deze verwijdert zich juist uit besef, dat hij toch weinige oogenblikken later zal moeten bukken voor de overmagt en dus wijzer doet met zich niet eens te verdedigen.

II. Insgelijks is het klaar, dat zij die den bezitter in dier voege verjagen hem in waarheid geweld aandoen. Wat toch is iemand ontzetten anders dan hem door physische overmagt dwingen tot verlating van het bezit? Maar persoonlijke mishandeling is daarbij geen wezenlijk vereischte. Het doet er niets toe, of men iemand weerloos maakt, nadat hij zich eene poos heeft te weer gesteld, of aanstonds door het enkel vertoon eener onweerdstaanbare kracht en het aanjagen van genoegzame vrees. Daarom hield reeds CICERO (2) het voor eene uit-

(1) Vgl. v. S., 402—406.

(2) Pro CAEC. c. 16.

gemaakte zaak, dat hij die, nadat de bezitter verklaard heeft zich, wijkende voor des aanvallers overmagt, goedschiks te willen verwijderen, het ontruimde erf in bezit neemt als gewelddadig bezitter in den zin van het interdictum uti possidetis behoort te worden beschouwd (2^a).

Eveneens oordeelde LABEO, dat degenen voor wie de bezitter gevlugt is aansprakelijk zijn met het interdictum unde vi (3^a). Intusschen om hen met vrucht van geweldoefening te kunnen beschuldigen, moet, volgens de juiste definitie van POMPONIUS (4), hunne bedoeling om den gevlugte te verdrijven gebleken zijn uit hunne eigene, *onder het bereik der zinnelijke waarneming vallende, daden* (3^b), als daar is, b. v. wanneer zij zich aanstonds in het bezit van het ontruimde erf gesteld hebben (3^c).

Immers de oorzaak der vlugt, de angst voor het naderend gevaar, is eene inwendige drijfveer die met gelijke kracht op het gemoed (animus) des bezitters werkt, of het gevaar wezenlijk of maar ingebeeld zij, en hem in ieder geval het bezit doet verlaten.

Maar uwe vrees is niet genoeg om mij tot geweldoefenaar te maken. Daarom beslist ULPIANUS, (5) dat,

(2^a) Quum ad vim faciundam veniretur, si quos armatos quamvis procul prospexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsonem facere possent: ni adversus edictum praetoris vis facta esset.

(3^a) Idem LABEO ait, eum qui metu turbae perterritus fugerit, videri deiectum.

(3^b) Sed POMPONIUS ait, vim sine vi corporali locum non habere.

(4^c) Ergo etiam eum qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri deiectum.

(3) L. 1 § 29 D. de Vi. (43. 16.)

(4) *Vis corporalis* beteekent dus hier niet mishandeling of lijfsgeweld, maar geweld dat zich openbaart door uiterlijke, voor regtskundig bewijs vatbare bedrijven in tegenstelling met de bloot innerlijke vrees. Zoo *res corporalis* voor zaak die valt onder de zinnen. *Corporalis possessio* in L. 25 § 2 D. de A. v. A. P. (41. 2.) *Corporale vitium* in L. 1 § 10 D. de Aed. ed. (21. 6).

(5) L. 3 §§ 6, 7 D. de Vi. (43. 16.)

zoo de ontweken bende trok naar het erf van een ander, of zoo het gerucht harer aankomst een valsch alarm was, of op zich zelf waar, maar niet uit hare eigene bedrijven bleek, dat zij het op den gevlugte gemunt had (5^a), door de vlugt wel het bezit verloren, maar geene regtsvordering wegens aangedaan geweld verkregen worden zal.

Niet anders hadden vroeger LABEO en POMPONIUS (6^a) het begrepen. Zij beweerden, dat de gevlugte bezitter noch het interdictum unde vi noch de actio quod metus causa met vrucht konde instellen, wanneer de personen waarvoor hij de wijk genomen had hem konden te gemoet voeren: waarom hebt gij ons niet afgewacht? Gij zoudt ondervonden hebben, dat wij u volstrekt geen kwaad wilden (6^a).

De vlugt alleen is dus niet genoeg. Er moeten bijkomen feiten die de gegrondheid der vrees aantoonen. Als zulk een feit is reeds opgenoemd de inbezitneming van het verlaten erf door de beklaagde bende. Maar, ofschoon in bezit te nemen voor zich wel meestal het doel zal wezen waarom men een ander verdrijft, hangt toch de ontzetting zelve daarvan in geen en deele af, omdat zij uitsluitend bestaat in de verjaging des bezitters, onverschillig met welk bijoogmerk gepleegd. Ook door andere

(5^a) Si quis autem, visis armatis qui alibi tendebant, metu hoc deteritus profugerit, non videbitur deiectus, quia non hoc animo fuerunt qui armati erant, sed alio tendebant. Proinde si, quum armatos audisset venire, metu decesserit de possessione, sive verum sive falsum audisset, dicendum est non esse eum armis deiectum, nisi possessio ab his fuerit occupata.

(6^a) Denique tractat (POMPONIUS), si fundum meum dereliquero, audito quod quis cum armis veniret, an huic Edicto locus sit; et refert LABEONEM existimare Edicto locum non esse et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor deiectus qui deieci non expectavi sed profugi.

(6) L. 9 pr. D. *qu. met. c.* (4. 2.)

daden dus kan het kwaad opzet aan den dag gelegd worden. B. v. de bende had het kennelijk op den bezitter voorzien en diens vrees is dus stellig geregtvaardigd, als op het oogenblik der vlugt de vijandige bende reeds den voet op den erf had gezet (6^b) of later er op is gekomen (7^a).

Ja, het is zelfs niet noodig, dat het erf betreden worde. Is het plan alleen den bezitter te verdrijven, doch ziet men hem reeds in de verte wegvlieden, vergewist zich van zijne verwijdering, b. v. door hem eenigen tijd te vervolgen, en neemt, na alzoo zijn boos voornemen volvoerd te hebben, den terugtocht aan, zoo is door deze handelingen van het opzet om te ontzetten voldoende gebleken en die ontzetting waarlijk volbragt. Maar het erf zelf is dan niet met geweld in bezit genomen en de verdreven bezitter heeft dan wel het interdictum unde vi, maar niet het interdictum uti possidetis (8^a).

De zaak komt dus hierop neder.

Het bezit gaat door de vlugt in ieder geval verloren. Want de vrees, hetzij gegrond, hetzij ingebeeld, neemt de tot het bezit noodzakelijke overtuiging, dat men er zich in kan staande houden, altoos weg.

(6^a) *Aliter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim Edicto locum facere.*

(7^b) *Vi deicitur et is qui, violentiae opinione comperta, possessione cessit, si tamen adversarius eam ingressus sit.*

(8^a) *Si dominus fundi homines armatos venientes extimuerit, atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi deiectus videtur, sed nihilominus id praedium, etiam antequam in potestatem domini redeat, a bonae fidei possessore usu capitur, quia lex PLAUTIA et JULIA ea demum vetuit longa possessione capi quae vi possessa fuissent non etiam ex quibus vi quis deiectus fuisset.*

(7) PAUL. R. S. V. VI. § 4.

(8) L. 33 § 4 D. de U. et U. (41. 3.) Over de verbetering van *extimaverit* en *extimuerit*, door CUIAC. z. v. S. 403. n³.

Maar om de personen waarvoor men gevlugt is te kunnen beschuldigen van geweldoefening wordt vereischt, dat men van hunne bedoeling om te ontzetten het bewijs kunne leveren uit hunne eigene daden. Welke bepaalde daden nogtans geacht mogen worden zoodanige strekking aan den dag te leggen is eene feitelijke en geene regtsvraag.

Dit zien de auteurs over het hoofd die in de aangevoerde plaatsen strijd wanen te vinden (9). Van bijna elke zinsnede maken zij een eigen gevoelen, zoodat de eene jurist de ontzetting niet zal hebben aangenomen dan in geval van inbezitneming; de ander dan zoo de bende den voet op het erf heeft gezet, enz. Het zijn echter alle slechts omstandigheden waaruit, onder anderen, de bedoeling om te ontzetten met genoegzame zekerheid kan worden afgeleid en die voor bewijs in regten, door getuigen b. v., valbaar zijn, zoodat de opnoeming er van niet limitatief, maar enuntiatief gemeend is.

§ 3.

Levering ten behoeve een kinds.

Een kind, nog niet in staat, den wil te vormen tot het bezit vereischt, wordt door dit gebrek belet het bezit te verkrijgen, zelfs al heeft er ten zijnen behoeve werkelijke inbezitneming plaats gehad. Desniettegenstaande nam men aan, dat zoodanig kind het bezit toch bekwam, wanneer de inbezitneming geschied was door of op autoriteit van zijnen voorgd (1). Wel ontveinsde men zich niet, dat deze beslissing lijnregt streed, zoowel met het begrip des bezits, als met het wezen der voorgdij,

(9) Zoodanige zijn v. VANGEROW. *Pandekten*. § 207. Anm. I. 431. Mr. OPZOOMER. *in de Jaarboeken*. XI. 253—263.

(1) L. 1 §§ 3, 20 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 11 § 6 D. *de pign. act.* (13. 7.)

vermits, zoo doende, de magt des voogds wier eigenlijke strekking in de aanvulling eener bloot juridieke onbekwaamheid om te handelen was gelegen werd aangewend tot bemanteling van een natuurlijk en geheel feitelijk gebrek dat, naar zuivere beginselen van regten, het ontstaan des bezits volstrekt onmogelijk maakt, maar men meende de onregelmatigheid te kunnen verdedigen met de praktische noodzakelijkheid die haar dan ook, naar het schijnt, reeds vroeg had doen invoeren (2). Trouwens, daar aan jeugdige weezen soms aanzienlijke goederen behooren, zou streng vasthouden aan de eischen der theorie dikwerf groote ongelegenheid in het beheer hunner fortuin kunnen veroorzaken. Liever dan hun een dergelijk nadeel toe te brengen, stapte men over het wetenschappelijke bezwaar heen, en vergenoegde zich, in dit bijzonder geval met de toestemming of aanneming des voogds, gevoegd bij de werkelijke inbezitneming, corpus, maar verleende vrijstelling van het andere vereischte, animus, of van den *wil in het kind zelf*.

Deze merkwaardige afwijking verkreeg nog verdere uitbreiding onder Decrus. Hem werd ter beslissing voorgelegd het volgende geval.

Iemand had eenige onroerende goederen aan een kind geschonken, maar de levering er van gedaan aan een ander dan den voogd. Nu deed men de vraag: kan men zeggen, dat het kind het bezit verkregen heeft door de enkele inbezitneming ten zijnen behoeve door een derde persoon gedaan? Zeker niet, als men staan blijft op het beginsel, dat *corpore alieno* bezit verkregen worden kan alleen door iemand die zelf den animus heeft, want het kind is niet bij magte zoodanigen wil te vormen. Naar des keizers oordeel nogtans, moet het bezit van het geleverde, gedurende den leeftijd waarin het kind

(2) L. 32 § 2 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

Themis, D. II, 2de St. [1855.]

nog niet heeft het volle behoorlijk besef, ondanks de ontstentenis van den animus gehouden worden voor verkregen. Want, indien in het te beslissen geval degeen die de levering in naam des kinds had aangenomen ware geweest de voogd, zou immers niemand aan de geldigheid der overdragt hebben getwijfeld. En toch zouden zelfs des voogds handelingen het bezit aan het kind nooit geven kunnen, wanneer men dat vereischte niet wilde laten varen, maar vragen naar den animus bij het kind zelf. Voogd of geen voogd, de anomalie is in beide gevallen even groot en dezelfde praktische beweegredenen die aan de tussehenkomst van den eersten zulk een exceptioneel regtsgevolg hadden doen toekennen, spraken er voor, bij verkrijging om niet, aan ieder ander, onverschillig wie, de bevoegdheid te verleenen om door zijne inbezitneming aan het bevoordeelde kind het genot der gift te verschaffen (3).

Men mag veilig beweren, dat het gezegde op eenen waanzinnige mede toepasselijk is. Zijn toestand toch, schoon uit verschillende physiologische oorzaken, komt met dien des besefloozen kinds volmaakt overeen (4), en zijn curator staat dan ook ten deze op eene lijn met den voogd (5). De beslissing van DECIVS dus zal behooren te gelden van *persoonlijk onbekwamen* in het algemeen.

De juistheid der gegeven verklaring berust op het

(3) Imp. DECIVS A. RUFINO. Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem esse quaesitam. Alioquin, sicuti consultissimi viri PAPINIANI responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. L. 3 C. de A. et R. P. (7. 32.) Cf. et L. 26 C. de Donat. (8. 54).

(4) LL. 1 § 3, 18 § 1 D. de A. v. A. P. (41. 2.)

(5) L. 1 § 20 D. eod. Vgl. SENTENIS. *Dasprakt. gen. Civilr.* I. 458, n. ⁸⁰.

taalkundig verband tusschen *a quacumque persona* en *quaeritur*. Ondertusschen wordt door de meesten de zaak anders begrepen (6). Om slechts te gewagen van v. SAVIGNY (7) en PUCHTA, wil gene *a quacumque persona* laten afhangen van *donatarum*, deze van *tradita*. De een maakt er van eene overtollige en zinledige bijvoeging; de ander neemt tot eene ver gezochte en vrij gedwongen beteekenis zijne toevlugt (8), waardoor tevens *corpore quaeritur* allerzonderlingst in de lucht komt te zweven. Voorts gaat in beider opvatting de eigenlijke kracht van het aan PAPINIANUS ontleende argument, de tegenstelling tusschen voogd en nietvoogd, jammerlijk verloren en wordt men genoodzaakt *corpore quaeritur* te verstaan, niet van inbezitting *corpore alieno* of door een derde als houder voor het kind, maar door het kind zelf, *corpore infantis*, alhoewel er dan moest geschreven zijn *ab infante* in plaats van *infanti*, dewijl in dat geval, daargelaten, dat aanvaarding van een stuk onroerend goed door een klein kind slechts zou wezen eene ijdele vertooning, dat kind had moeten zijn voorgesteld niet als lijdelijk, maar als handelend.

(6) Vgl. echter MERENDA. *Contr. Jur.* XII. c. 22. n^o. 8.

(7) 288—297. waartegen PUCHTA met eene uitvoerige bestrijding optrad in *Rhein. Mus.* V. 44. 64.

(8) Die Direction, zegt hij 63, die das Kind durch die Anweisung irgend einer andern Person erhält welehe dem Kind die Sache tradirt, und die als *Tradent* eine gleiche Autorität über das Kind erhalten kann, wie sie ein Vormund, vermöge seiner der elterlichen analogen Stellung, hat. Maar handelt bij de *acquisitio pertutorem* deze als *tradens* of juist als *is cui traditur*? En staat er in de plaats zelve van zoodanige door het kind ontvangen aanwijzing iets? Men vindt overigens het denkkeeld van PUCHTA reeds bij MARANUS ad L. 1 § 2 D. *de A. v. R. P.* (41. 2.) O. O. 601.



BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

Brief aan een vriend over de circulaire der provinciale commissie van geneeskundig onderzoek en toezicht in Zeeland van 19 Mei 1854, door J. PERSANT SNOEP. — Goes, L. DE FOUW, 1854. 23 bl. in 8°.

De wettelijke bepalingen op de uitoefening der inwendige geneeskunst, voor den heelmeester ten platten lande, onderzocht en toegelicht door C. J. SNIJDERS, stedelijk en plattelands heel- en vroedmeester te Nieuwe Tonge. — Middelburg, J. C. en W. ALTORFFER, 1854. 32 bl. in 8°.

«Ge zijt toch met den toestand der geneeskundige staatsregeling hier te lande te wel bekend, om niet te weten, dat onze fraaije wetten en verordeningen speelruimte laten voor alle mogelijke subjectieve opvattingen.»

Aldus vangt de schrijver van het eerst aangekondigde werkje zijnen brief aan.

Geheel onbepaald en onvoorwaardelijk kan zoo iets misschien wel van geene wet, en dus *zelfs* niet van de wet van 12 Maart 1818, gezegd worden. Eene waarheid echter, die niemand wederspreken zal, is het, dat onze geneeskundige wetgeving verkeert in een staat van ontbinding, die iederen dag harder schreeuwt om verbetering en herziening. Geen wonder, die herziening is eenmaal opgedragen aan eene staats-commissie; en de geneeskundige wetgeving deelt het lot van alle takken van wetgeving, die, even als haar, die ramp getroffen heeft. Wij hebben gehad commissiën voor de geneeskundige wetgeving, voor de militaire wetgeving, voor de Fransche wetten, voor de politie; de rei der verslagen is nu onlangs

vermeerderd met dat van eene commissie voor de visscherijen. Reden genoeg, om alle die zaken te laten, zoo als zij zijn. Het is nu éénmaal bij ons eene vaste gewoonte en eene uitgemaakte zaak, dat men staats-commissiën benoemt, om haar verslagen te laten maken; maar dat men het dan ook daarbij laat, en zich vooral zorgvuldig wacht, om aan die verslagen eenig gevolg te geven, en wel het allermeeft om tot de voorgenomen en noodzakelijk verklaarde herziening over te gaan.

Intusschen zal aan ieder, die weet hoe ellendig het met onze geneeskundige wetten gesteld is, iedere bijdrage, en vooral als het stukjes zijn zoo wel geschreven als deze, welkom zijn, die, of men wil of niet, ons *noodzaakt* het kwaad te zien, en misschien eenmaal eindigen zal met ons te *dwingen* niet langer* de genezende hand terug te houden.

De plattelands-heelmeesters zijn sedert het jaar 1818 in het rustig, ongestoord en ongestraft *bezit* van de uitoefening der inwendige geneeskundige praktijk. Thans wordt dat regt betwist, voor het minst betwijfeld; en de beide aangekondigde werkjes trachten het te verdedigen tegen de aanvallen en bedreigingen, waaraan het in den laatsten tijd is blootgesteld.

Wat is er van de zaak, *regtens*?

Ongelukkig voor hen en ongelukkiger nog voor de plattelands-bewoners, zijn de plattelands-heelmeesters met geene interdicten te helpen.

Ik moet beginnen met kortelijk te herinneren aan de geschiedenis der instructie. Het is bekend, dat in het jaar 1818, bij koninklijke besluiten zijn vastgesteld instructiën voor de verschillende geneeskunst-oefenaren, en daaronder ook voor de plattelands-heelmeesters. Kon dat op die wijze geschieden? Het is, geloof ik, niet vrij van bedenking. Schijnt het aan de éne zijde eene waarheid, dat het wel in de bedoeling gelegen heeft der

wet van 12 Maart 1818, dit aan den koning over te laten; aan den anderen kant is het mij altijd alles behalve zeker voorgekomen, dat het maken van die instructiën niet iets meer zijn zou dan eenvoudige *uitvoering* der wet. Maar hoe dit zij, zooveel is zeker, dat die instructiën, om algemeen verbindend te zijn, ten minste behoorlijk hadden moeten zijn afgekondigd. Ook dit is verzuimd, en het is om die reden, dat zij bij meer dan één arrest van den hoogen raad voor onverbindend zijn verklaard. En het gevolg hiervan is, dat er tot op dit oogenblik *geene* instructie bestaat voor plattelands-heelmeesters.

Wat zegt nu de wet?

«De heelmeesters welke zich ten platten lande willen nederzetten, zullen ook moeten geëxamineerd worden in de behandeling der meest voorkomende inwendige ziekten; (,) de hulp in haastige en gevaarlijke toevallen, en de eerste beginselen ten minste der arts-enij-mengkunde, ten einde aan hen worde toegelaten om *ook inwendige ziekten te behandelen* en geneesmiddelen te leveren, bij dispensatie van het volgende art., en op *zoodanige wijze als bij de instructie voor dezelve verder zal worden bepaald.*» Art. 7.

Nu kan men, geloof ik, toegeven, dat de wet zelve aan de plattelands-heelmeesters in het algemeen het regt geeft, om inwendige ziekten te behandelen; en dat niet afhankelijk maakt van eene *vergunning* door de instructie al of niet te verleenen. Maar *hoe* wordt het regt gegeven? Niet geheel onbeperkt; de *modus quo* zal eerst worden geregeld door de instructie; en alleen, met inachtneming der te geven voorschriften der instructie, mag het regt worden uitgeoefend.

Met den besten wil der wereld valt er, dunkt mij, in de wet niets anders te lezen, hoe gaarne ik het wenschen zou; want ik ben er diep van overtuigd, dat de zaak anders zou *behooren* te zijn, dan zij *is*.

Wat volgt daar echter uit? Dat ieder plattelandsmeester, die inwendige ziekten wil behandelen, moet aantoonen, dat hij dat doet op de wijze bij eene wettige instructie voorgeschreven. En dat bewijs kan hij nooit leveren, omdat zoodanige instructie niet bestaat.

Ik had gaarne in de aangekondigde werkjes gronden gevonden, die eene andere leer mogelijk maken; maar ik heb ze te vergeefs gezocht.

Men kan toch, dunkt mij, in ernst niet volhouden, dat de instructie in art. 7 der wet slechts zou zijn *voorbehoud* en geene *voorwaarde*. Want er staat niet geschreven: de plattelands-heelmeester heeft het regt om de inwendige practijk uit te oefenen, *behoudens* zoodanige beperkingen in den *modus quo*, als nader bij de instructie zullen worden vastgesteld. Maar er staat zeer duidelijk: hij heeft dat regt alleen op *zoodanige wijze*, als de instructie zal bepalen. Derhalve, zoolang er geene instructie is, bestaat het regt op het papier, maar het kan niet worden uitgeoefend.

Dat het meer dan hard is voor de plattelands-heelmeesters, om op die wijze de slagtoffers te worden van een verzuim van de regering van 1818, waarbij alle opvolgende regeringen, ook na de arresten van den hoogen raad, hebben goedgevonden te volharden; wie zal het betwisten? — Maar men gaat te ver, als men daaruit nu wil afleiden: «dat het verzuim alleen ten nadeele van het *openbaar gezag* moet uitloopen, daar de heelmeesters van de onwettigheid niet de minste schuld dragen.» — De onaannemelijkheid van zulk eene stelling behoeft in een regtskundig tijdschrift zeker niet betoogd te worden; want er is wel geen jurist, die daaraan een oogenblik twijfelen kan.

Ik moet nog eens herhalen, dat ik de wet niet verdedig. Ik zal even weinig beslissen, *hoe* het zou behooren te zijn; maar dat de verzuimen der regering

ons eenen toestand geschapen hebben, die niet is vol te houden, dat is, dunkt mij, meer dan duidelijk. Doch ik zeg met den eersten schrijver:

«Het zou de eenige ongerijmdheid niet zijn, welke gij — als ge daartoe lust gevoelt — in de rhapsodie onzer geneeskundige wetten en verordeningen kunt opschommelen.»

Er is nog eene tweede vraag, waarmede de beide schrijvers zich bezig houden. In de hypothese van de wettigheid der instructie, hoever strekt zich dan het regt uit der plattelands-heelmeesters om inwendige ziekten te behandelen?

Het antwoord is: tot *alle ziekten*, zonder uitzondering; en ik geloof, dat het bewijs dezer thesis geleverd wordt op onwedersprekelijke gronden.

Inderdaad, art. 2 der instructie is, even als art. 7 der wet, zoo algemeen, dat iedere onderscheiding onmogelijk wordt, het zij tusschen meer of minder gevaarlijke, het zij tusschen heete en slepemde, het zij tusschen haastige of niet haastige ziekten. En het minst denkbaar van alles is het wel te zeggen, dat ieder individu zijne praktijk moet beperken tot die bepaalde ziekten, waarover zijn examen geloopt heeft; met dat schoone gevolg, dat ieder persoon eene andere bevoegdheid hebben zal.

Ik zal mij echter niet verder verdiepen in eene vraag, die voor mij geene vraag is. *Cui bono* ook, als het vaststaat, dat, zoo als nu de wet ligt, de geheele bevoegdheid niet bestaat?

De toestand echter, die hieruit volgt voor de bewoners van het platte land, is allerrampzaligst.

Zij *mogen* hunne zieken niet laten genezen door plattelands-heelmeesters.

Zij *kunnen* hen niet laten genezen door den gepromoveerden geneesheer, *die er niet is*.

Dus de zieke moet, bij gebrek aan hulp, omkomen.
Is dit een toestand, dien men langer mag laten voortduren, als men het middel heeft, om, in afwachting des needs van eene nieuwe wetgeving, dien iederen dag te doen ophouden? A. DE PINTO.

De burgemeester, hulp-officier van justitie. Eene handleiding bij de toepassing der daartoe betrekkelijke Artikelen van het Wetb. van Strafv., door Mr. L. G. GREEVE, Kantonregter te Schiedam. — Schiedam, H. A. M. ROELANTS, 1855. — 142 bl. in kl. 8^o.

De werkring aan den burgemeester, vooral op het platte land aangewezen, als hulp-officier van justitie, bij de opsporing en vervolging der misdrijven, is dikwijls zeer gewichtig. Maar niet ieder burgemeester, vooral niet ten platten lande, is jurist. Het schijnen deze denkbeelden, die de gedachte van dit werkje hebben ingegeven.

De schrijver zegt in zijne voorrede, dat hij geen ander doel had, dan dat om practisch nuttig te zijn. Inderdaad maken zulke werkjes geene aanspraak op wetenschappelijke verdiensten; en het ware een onredelijke eisch die daarvan te vorderen.

Wat heeft de burgemeester, vooral hij die geen regts- of wetgeleerde is, noodig? En wat wordt hem hier aangeboden? Eene korte, eenvoudige mededeeling en verklaring van de bepalingen der wet, die hij als hulp-officier heeft uit te voeren. Ik geloof, dat hij dat in dit werkje vinden zal.

In eene eerste afdeeling wordt gehandeld over het proces-verbaal, over de verplichting voor den burgemeester om van iedere klagt proces-verbaal op te maken, over

de inrigting en den inhoud van het proces-verbaal, en over de opzending daarvan aan den officier van justitie.

De tweede afdeeling beschrijft meer opzettelijk de pligt van den burgemeester, als hulp-officier. Zij handelt over de ontdekking op heeterdaad, een begrip dat door den schrijver wel wat zeer ruim schijnt te worden opgevat; voorts over de voorloopige aanhouding, de bemoeijenssen van den hulp officier ingeval van moord, kindermoord, diefstal en brandstichting, en eindelijk over de betrekking van den burgemeester tot andere hulp-officieren.

Ik besluit dit kort verslag met een paar dubia, die ik aan het oordeel des schrijvers wil onderwerpen.

Op bl. 46 zie ik de voorloopige aanhouding aanbevolen, vooral ingeval van *ontkentenis* door den verdachte. Ik meen te mogen vragen, of niet juist, ingeval van *erkenntenis*, dit middel minder onzeker en minder gevaarlijk zijn zou? De schrijver wil de aanhouding doen dienen, als een *middel om den verdachte tot BEKENTENIS TE BRENGEN*. Daargelaten nu, dat ik voor mij met die middelen in het algemeen niet veel zou ophebben, geloof ik zeker niet, dat de voorloopige aanhouding *daartoe* dient.

Op bl. 72 wordt behandeld over de zoogenaamde longenproef. De schrijver schijnt er weinig geloof aan te hechten; en de proef is, indien ik mij niet bedrieg, door de wetenschap sedert lang veroordeeld. En toch wordt er de *spoedige* aanwending van aanbevolen, «omdat, wil zij nog *eenige waarde* hebben, zij zoo spoedig mogelijk na den dood moet plaats hebben.» — Maar als zij inderdaad *geene* waarde heeft, als zij meer geschikt is om den regter op een bedriegelijk dwaalspoor te brengen, dan om tot eenige zekere of zelfs waarschijnlijke uitkomst te leiden, — ware het dan niet beter en veiliger geweest de geheele zaak den burgemeesters bepaaldelijk te *ontraden*?

A. DE PINTO.

Handboek voor den Kantonregter en den Ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij de Kantongeregtten voor de behandeling van strafzaken, door Mr. E. T. DE JONGH, Griffier bij het Provinciaal Geregts-hof te Groningen, en Mr. A. OUDEMAN, Wethouder, Advocaat bij het Provinciaal Geregts-hof, Regter-plaatsvervanger in de Arrondissements-Regt-bank te Groningen. — Te Groningen, bij J. B. WOLTERS, 1855, blz. 232.

Niet hetgeen men gewoonlijk door een handboek verstaat wordt hier gevonden, en daarom kon de titel wel een andere zijn geweest. Hetgeen hier wordt aangetroffen, is hetgeen men vroeger niet had mogen leveren, immers niet zoo volledig en niet zonder vergunning. Sedert men echter heeft begrepen, dat de wet de eigendom is van niemand, omdat zij de eigendom is van allen, gelijk Mr. S. P. LIPMAN, in zijn *Onderzoek omtrent de wettigheid der koninklijke besluiten van 2 en 30 Julij 1822 en 18 Junij 1829*, Amsterd. 1840, blz. 6, zich uitdrukt, — sedert de intrekking van het besluit van 2 Julij 1822 (*Stbl.* no. 16), betreffende het Staatscopieregt, bij dat van 24 April 1841 (*Stbl.* no. 11), is men bij ons ontslagen van de belemmeringen om nut te stichten door wettelijke verordeningen afzonderlijk uit te geven of op te nemen. — Met den tijd moest de behoefte aan en mitsdien de noodzakelijkheid van die vrije beweging in dit opzigt worden gevoeld. Immers de steeds aangroeiende menigte wettelijke verordeningen is reeds tot zulk eene massa geworden, dat het moeite kost, de zoodanige op te rakelen, die tot een bepaald punt betrekking hebben.

Hij die zich die moeite getroost en zoodanige *Verzameling van wettelijke verordeningen* in het licht geeft, doet een nuttig werk. De heeren DE JONGH en

OUDEMAN hebben dat in het boek, dat zij *Handboek* heeten, gedaan ten behoeve van den kantonregter en den ambtenaar van het openbaar ministerie bij de kantongeregtten voor de behandeling van strafzaken.

De betrekking van kantonregter toch is, in mijn oog, de zwaarwigtigste van alle regterlijke betrekkingen en ik kan er zoo gereedelijk mede instemmen, als de gemoedelijke regtsgeleerde verklaart, zoo om andere redenen van meer materiëlen aard, als *omdat hij alleen zit*, een raadsheerspost den voorrang geeft. — Ik zeg het onzen verzamelaars gaarne na, dat de kantonregter, hoewel de laagste in rechtsgebied op de trappen der regterlijke magt in ons vaderland, echter ontegenzeggelijk in vele opzichten een belangrijken werkkring heeft. Boven zijne veelvuldige bemoeijingen van buitengeregte lijken aard en die waarin de wet meer dan zijne tegenwoordigheid, waarin zij zijn toezigt en zorg voor de teederste belangen vordert, *zit hij daar alleen* om kennis te nemen van burgerlijke- en handelszaken, die te onderzoeken en daarover uitspraak te doen, en dat zonder voorlichting van een ambtenaar van het openbaar ministerie, enkel op de meestal duistere voordragt der partijen zelve of die van meer verduisterende zaakbedervers, die evenmin als de veeartsen met het patent de kunde erlangen. Wie ooit tegen zulke lieden voor den kantonregter heeft overgestaan, zal erkennen hoe moeilijk het valt hunne ketterijen te verstaan, de eenvoudigste beginselen van het regt, of den zin der duidelijkste wetsbepalingen aan hun verstand te brengen, het afdwalen en vermengen van de meest verschillende zaken en begrippen te verhoeden. — De taak des kantonregters wordt door die verduistering moeilijker gemaakt. — En toch, het is meer gezegd, de belangrijkheid der rechtsvraag is niet van het gewigt der geldsom afhankelijk. De kantonregter, zelfs niet overal regts-

geleerde, drijft in burgerlijke zaken op zijne eigen wiken, en nochtans zal de grootste regsgeleerde, indien hij niet zot is van verwaandheid om het misschien bij zijne promotie toegekende bewijs der grootste voortreffelijkheid van geleerdheid, het belang der wisseling van gedachten bij regterlijk onderzoek moeten erkennen. Wij betreuren het voortdurend bestaan dier judiciële monarchie, en zullen den dwalenden kantonregter nooit hard vallen.

De regspraak over een aanzienlijk getal kleine of zoogenaamde politie-overtredingen is den kantonregter mede opgedragen. Zij heeft eene grootere uitgebreidheid verkregen door de beide wetten van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102 en 103). Het hoofd van het bestuur der gemeente, een commissaris van politie, een lid van voorzeggd bestuur of een goedgekeurd persoon neemt het openbaar ministerie bij die zaken waar; maar de kantonregter *zit* toch maar weder *alleen* om te onderzoeken en te beslissen.

Niet minder dan de 150 in Nederland alleen en met zich zelve onderzoekende en regsprekende kantonregters, maar even zoovele ambtenaren van het openbaar ministerie hebben er belang bij, de verschillende strafbepalingen, welker toepassing moet worden gevorderd en uitgesproken, te kennen. Die bij elkander te hebben en ze met aantekeningen, « datgene inhoudende wat over het artikel door schrijvers is gezegd en door de beslissingen der regters, vooral van den Hoogen Raad, omtrent den zin der wetsbepaling is uitgemaakt, » te bezitten, is voor hen eene belangrijke aanwinst, te meer als het werk met zorg is behandeld, gelijk dat van den met lof in de regsgeleerde wereld bekenden heer Oudemans en diens medearbeider vooral mogt worden verwacht.

Behalve de inhoudsopgave wordt achter deze verzameling een naauwkeurig zaakregister, weder tot bevordering van gemakkelijheid bij het gebruik, gevonden.

Het is een nuttig werk, dat de schrijvers hebben geleverd: het kan aan eene goede regtsbedeeling en policie in Nederland bevorderlijk zijn, en daarmede zal hun wensch zijn vervuld.

Behalve de wettelijke verordeningen in dit werk voorkomende, zijn het de plaatselijke keuren die gemaakt zijn en nog worden, welker kennisneming bij den kantonregter als policie-regter behoort. De schrijvers konden hunnen arbeid hiertoe niet uitstrekken.

Zij deden waarlijk reeds genoeg met de wettelijke bepalingen van algemeen belang, dat is, voor al de kantongeregten dienstig, te verzamelen en toe te lichten. Ongetwijfeld zal die verzameling den kantonregter en den ambtenaar van het openbaar ministerie eene nuttige handleiding zijn.

Het kan zijn, dat enkele wetsbepalingen hier worden gemist; het heeft ons niet mogen gebeuren die op te sporen. — Het belangrijkste omtrent de medegedeelde verordeningen is in de aantekeningen vermeld.

DAV. H. LEVYSSOHN.

De Regtspraak van den Hoogen Raad, door Mr. D. LÉON, Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden en Lid der Provinciale Staten van Zuidholland, Tweede deel, Vijfde Afl., *Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, 'sGravenhage, 1855, p. 737-1174.

De lof, den ijverigen Mr. D. LÉON door anderen elders, door mij in *Themis*, 1ste verz., op verschillende plaatsen van Deel XI—XIV toegezwaard, komt hem in ruime mate toe voor de bewerking der jurisprudentie omtrent burgerlijke regtsvordering. Het wetboek dat aan dit werk ten grondslag ligt, is een practicaal wetboek voor deze behandeling bijzonder vatbaar. De theorie der

regtsvordering zal altijd duister en onvolledig zijn, en het is omtrent haar, dat de woorden van JUSTINIANUS vooral gelden: *omnia apertius et perfectius a quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.* — Ik beschouw de mededeeling der jurisprudentie van dit practicale wetboek als eene belangrijke aanwinst voor al wie zich met de behandeling van regtszaken bezigt houdt. Het boek dat wij aankondigen, is eene veilige handleiding ter behandeling van regtszaken, een behoedmiddel tegen het verwerken des regts.

Het wetboek dan dat alleen door de practijk geleerd en gekend wordt, vereischt de kennis der opvatting zijner bepalingen. Die opvatting is bij den regter niet altijd dezelfde geweest, zelfs niet bij hetzelfde collegie, een gebrek dat bij collegiën veranderend van personeel altijd zal blijven bestaan. — De schrijver geeft echter den succincten inhoud der regtsgronden, hier en daar zijn eigen gevoelens en overal de geopenbaarde gevoelens der regtsgeleerden. De naauwkeurigheid die men op iedere bladzijde kan opmerken, wekt verwondering, en nogtans noopt voorzigtigheid, bij een werk van zoo grooten omvang, om de aangehaalde bronnen zelve zoo veel mogelijk op te slaan, al ware het slechts, om zeker te zijn, dat hetgeen geleerd wordt, op de aangeduide plaats wordt gevonden.

Is ons oordeel gunstig over het geheele werk, de lezer zal dat gewis deelen bij de lezing bijv. der behandelde artt. 46, 56, 83, 152, 159, 615, enz.

Wij wenschen den heer LÉON geluk met de voltooiing van dit gedeelte van zijnen arbeid, en verzekeren hem, dat de practicale wereld hem zal moeten dank weten, dat hij haar op die wijze op de hoogte heeft gebragt, waarop de jurisprudentie der practicale wetsbepalingen staat na verloop van bijkans 17 jaren.

DAV. H. LEVYSSOHN.

J. REYNVAREN. — *Spec. cont. quaestiones ex lege*
27 Dec. 1817, *de tributo hereditario*. L. B.
1854. — 32 pag. in 8°.

Twee vragen uit de wet van 1817 worden hier behandeld.

Vooreerst: is er successie-regt verschuldigd voor het executeurs-loon?

Ja, antwoordt de schrijver, voor het loon bij testament besproken, het zij onder den naam van *legaat*, het zij onder dien van *belooning*, het zij onder iedere andere benaming; — neen, voor het wettige loon, verschuldigd, bij het stilzwijgen van den erflater; — omdat, in het eerste geval, het loon verkregen wordt uit krachte van het testament, en door den vrijen wil des erfaters, die daartoe niet verplicht was; maar omdat in het tweede geval het loon daarentegen is eene schuld der nalatenschap, door de wet zelve aan den executeur toegelegd. Die onderscheiding schijnt volkomen juist. De stelling echter van den schrijver, dat bij testament niet zou mogen bepaald worden, dat de executeur geen loon hoegenaamd voor zijne werkzaamheden zal genieten, en dat eene zoodanige beschikking zou moeten gehouden worden voor niet geschreven, zou ik niet durven aannemen. Het eenige gevolg hiervan zou, naar mijne meening, zijn, dat de executeur een zoodanigen last weigeren kan; maar wil hij dien aannemen, en afstand doen van het loon der wet, ik zie niet ééne reden, die dit verhinderen zou. Verkiest hij daarentegen den last, *onder de gestelde voorwaarde*, niet te aanvaarden, dan zal de geheele executele vervallen.

De tweede vraag is deze:

Hoe moet het successie-regt berekend worden, wan-

neer aan een erfgenaam bij testament het vruchtgebruik is gelaten van een grooter deel, dan dat waarvan hij *ab intestato* den vollen eigendom zou verkregen hebben?

Het antwoord is, dat over het geheele bedrag van het in vruchtgebruik geërfde, naar aanleiding van art. 17 der wet, verschuldigd is, de helft van het gewone regt.

A. D. P.

G. L. HERCKENRATH. — *De vera cod. merc. indole, sive commentarius ad cod. merc. Neerl. Art. 1.* —
L. B. 1854. 120 pag. in 8°.

Eene verdienstelijke monographie van Art. 1 Wetb. van Kooph.

Een eerste hoofdstuk handelt over het verband van het Burg. Wetb. en het Wetb. van Kooph., in het algemeen. Het eerste lid van Art. 1 wordt daarin meer bepaaldelijk toegelicht, maar ook aan een wetenschappelijk onderzoek onderworpen. Ik geloof niet, dat het stelsel op zich zelf, om de handelszaken te onderwerpen aan de gewone bepalingen van het burgerlijk regt, waar het handelsregt geene bijzondere voorzieningen vaststelt, met grond kan worden bestreden; ofschoon het misschien aan dezen schrijver en aan anderen kan worden toegegeven, dat men hier en daar heeft gereglementeerd, wat beter ware overgelaten geworden aan de gebruiken van den handel. De menigvuldige verwijzingen naar het burgerlijk regt in het Wetb. van Kooph. voorkomende, worden met zorg in dit hoofdstuk vereenigd; en de aanmerking, dat vele van die verwijzingen tamelijk overtollig zijn, is zeker niet onjuist.

Een tweede hoofdstuk, over het bewijs in zaken van
Themis, D. II, 2de St. [1855.]

koophandel, verklaart het tweede lid van het Art., waarbij, in den regel, voor alle handelszaken, bewijs door getuigen wordt toegelaten. Die regel wordt door den schrijver in ruimen zin opgevat, zoodat hij b. v. ook eene dading in handelszaken voor getuigen-bewijs vatbaar acht. Ik meen te regt. Minder kan ik mij ver-eenigen met de stelling, dat ook in burgerlijke zaken dezelfde regel zou gelden, maar dat alleen de uitzon-deringen daar meer in getal zijn. Als men alleen hangen blijft aan de letter van het eigenlijk niets zeggende art. 1932 B. W., mag dit waar *schijnen*; maar als men let op de *wezenlijkheid* en op hetgeen werkelijk *bepaald wordt* bij de volgende Artt., moet, dunkt mij, het be-sluit juist het tegenovergestelde zijn. A. D. P.

H. VAN AKEN. — *De assecuratione contra incen-dium.* — L. B. 1853. — 75 pag. in 8°.

Niet zonder reden verwondert er zich de schrijver dezer verhandeling over, dat de wet elk assurantie-contract, als zoodanig, rangschikt onder de daden van koophandel. Alleen van de zijde van den verzekeraar, wanneer die, zoo als gewoonlijk, daarvan een gewoon beroep maakt, is zij dit. Maar hij, die b. v. zijn huis tegen brandschade verzekert, pleegt daarom handels-daad. De koopman, die zijne waren koopt of verkoopt, verrigt zeer zeker eene handelsdaad. Is daarom het contract van koop en verkoop eene zaak van koop-handel? — Voorts wordt hier gehandeld over den ver-zekeraar, den verzekerde, de gevaren voor verzekering vatbaar, de vergoeding, de gevallen waarin die niet verschuldigd is, den vorm en de premie. A. D. P.

J. G. DE SAIN. — *De rebus naufragis.* — L. B. 1854. — 128 pag. in 8°.

Lang heeft de onmenselijke dwaalleer gegolden, door allerlei voorwendfels en drogredenen volgehouden, dat de schipbreukeling geen regt behield op zijne gestrande goederen. Nu eens waren het *res pro derelicto habitae*, waarop men den regel *cedunt primo occupanti* toepaste; meer algemeen werd de toeëigening daarvan geacht te behooren tot de regten van den *fiscus*. Van lieverlede echter deed én het kerkelijk regt, én de aangroeiende handel en zeevaart, én de toenemende ontwikkeling van het regt, die hardheid en onregtvaardigheid van het aloude regt, plaats maken voor mildere begrippen, en voor de bescherming van den bijzonderen eigendom, tot dat men eindelijk terugkeerde tot het oude Romeinsche beginsel: «quid enim jus habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium segetur?»

Na eene beknopte ontwikkeling van deze denkbeelden in eene welgeschreven inleiding, volgt in een eerste gedeelte dezer verhandeling een geschiedkundig overzicht van het strandregt bij de verschillende volken van Europa. Het tweede gedeelte echter, in de voorrede aangekondigd, over de beginselen waarnaar tegenwoordig het strandregt wordt uitgeoefend, is achterwege gebleven. Of dit later afzonderlijk is uitgegeven, is mij onbekend.

A. D. P.

F. X. VERHEIJEN. — *De rehabilitatione in rebus mercatoriis.* — L. B. 1854. — 44 pag. in 8°.

Men vindt hier in afzonderlijke §§ besproken den oorsprong, de definitie van de rehabilitatie, de personen

die dit regt kunnen inroepen, den vorm waarin de rehabilitatie gevraagd en verleend wordt, en hare gevolgen. Alleen het laatste is misschien van eenig practisch gewigt, omdat het Wetb. van Kooph. nergens zegt, wat, in het algemeen, het rechtsgevolg is van den staat van faillissement, en bijgevolg van de rehabilitatie. Of de mededeeling van die gevolgen in alle opzigten volledig is, durf ik echter niet verzekeren. A. D. P.

G. G. VAN HARENGARSPEL. — *De articulo 5 legis continentis praecepta generalia legislationis.* — L. B. 1855. — 32 pag. in 8°.

Reeds uit de inleiding verneemt men, dat het onderwerp dezer verhandeling eigenlijk niet is, dat wat de titel zou doen verwachten.

Art. 5 Alg. Bep. zegt, dat de wet alleen door eene latero wet hare kracht geheel of gedeeltelijk verliest. De strekking dezer bepaling is, om te waarschuwen, dat de wet noch afgeschaft noch gewijzigd wordt, het zij door gewoonte, het zij door reglementaire bepalingen.

Deze verhandeling daarentegen is enkel gewijd aan de verklaring van den regel: *in toto jure per speciem generi derogatur*. Dat nu deze regel ook bij ons gelden moet, zal ik den schrijver volstrekt niet betwisten; even gelijk hij mij moet toegeven, dat die echter in geene onzer wetten, en bepaaldelijk niet in Art. 5, uitdrukkelijk geschreven staat.

In een eerste hoofdstuk vinden wij den zin en de beteekenis van den besproken regel verklaard, naar Romeinsch regt, ook in verband met andere verwante regtsregels, bepaaldelijk met dien: *semper specialia generalibus insunt*.

Een tweede hoofdstuk handelt over het hedendaagsch Nederlandsch regt. Ook hier gaat eene korte verklaring vooraf; en daarop volgt, in eenige voorbeelden, de toepassing op enkele bijzondere gevallen.

Onder de vragen, die de schrijver met zijn regel meent te kunnen oplossen, behoort ook die over het voortdurend bestaan der Fransche rente-wet van 1807. Als ik het wel begrijp, dan meent de schrijver, dat die wet, uit kracht van zijn regsregel, moet worden gehouden voor *niet* afgeschaft. Ik zou het intusschen betwijfelen, of daarmede alleen wel zij, die eene andere meening zijn toegedaan, tot andere overtuiging zullen te brengen zijn. Al het overige daargelaten, meen ik toch, dat Art. 1907 B. W., dat het bedingen van zoo hooge renten als men goedvindt *toelaat*, in dit opzigt, niet minder *speciaal* is dan de wet van 1807, die dit verbiedt. En bovendien, heeft de schrijver niet een anderen regel, en juist dien, die in art. 5 zijne wettige sanctie vindt, over het hoofd gezien? — *Lex posterior derogat priori, quatenus ei contraria est*. De vraag is, geloof ik, kan eene vroegere wet, die iets *verbiedt*, blijven bestaan met en naast eene latere wet, die datzelfde *toelaat*?

Wat daarvan echter zij, ik veroorloof mij ten slotte ééne opmerking. Ik ben er yer af, om het nut en de waarde van de oude, veelal zoo logische als kernachtige Romeinsche regsregels te miskennen. Maar ik geloof toch, dat men met het gebruik daarvan niet voorzigtig genoeg zijn kan; en dat men zich op eenen gevaarlijken dwaalweg begeeft, als men meent, dat men de vragen, voortspruitende uit ons hedendaagsch geschreven regt, kan doorhakken met de enkele verwijzing naar een ouden regsregel. Het misbruik is, ik weet het, in onzen tijd niet vreemd, maar het is juist daarom des te gevaarlijker.

A. D. P.

J. B. NOORDENDORP, *Ad titulum VI, libri I, Cod. Civ. Neerl. L. B.* 1853, 54 pag. in 8^o.

De huwelijksstaat is eene miniatuur-maatschappij (1). Behoort in de groote maatschappij hij, die zijne regten wil doen gelden, zijne verplichtingen niet uit het oog te verliezen, dit is bij de huwelijksvereëning zoo zeer waar, dat het geheele daarover handelende hoofdstuk van den franschen Code Civil (Liv. I, tit. 5, chap. 6, art. 212—226), volgens art. 75, bij de voltrekking des huwelijks moest worden voorgelezen, in welke voorlezing onze wetgever echter eene ontluistering der huwelijksplegtigheid heeft gezien en die bepaling daarom achterwege heeft gelaten. De regelen der regten en verplichtingen der echtgenooten worden nogtans wel degelijk in onze wet aangetroffen, en, al worden zij dan ook niet voorgelezen, de aanstaande echtgenooten niet door die voorlezing daaraan herinnerd, zij worden gerekend met dat gedeelte van het Burgerlijk Wetboek niet minder dan met de geheele wetgeving bekend te zijn.

De heer NOORDENDORP heeft den 6^{en}. titel van het 1^e boek B. W., met name de artt. 158—173, gecommentarieerd, en niet alleen de Nederlandsche echtgenooten die Latijn verstaan, maar den regsgeleerde daarmede dienst gedaan. Zoodanige commentarius of annotatio op elk artikel kan nuttig zijn en is gemakkelijk; ik zelf heb, zoo zij wordt afgekeurd, er mij aan schuldig gemaakt. Het nut hangt van de bewerking af, en het gemak kan niet worden ontkend, als men weet, dat men zoo gaarne de plaats opslaat, waar men zoo wat alles bij elkander vindt wat ter zake is dienende, zonder

(1) *Facto matrimonii existit nova persona, familia, vel, ut alii putant, nova societas* (Diss. p. 13).

dāt zelf uit de grootere werken te moeten oprakelen. Men leest, helaas, niet meer, men slaat na.

De dissertaties zijn schaarscher geworden, sedert men op theses mag promoveren. De practicus heeft er nooit hoog mede geloopen, maar geklaagd, dat hij er nooit in vond wat hij er in zocht, vergetende, dat hij zelf misschien nooit aan de quaestie zou hebben gedacht, die hij te behandelen heeft, als zij zich niet had voorgedaan en hij er niet over ware geraadpleegd.

Heeft nu onze schrijver niet bij elk der zestien artikelen alle mogelijke daaruit ontstaanbare quaestien behandeld, wie zal het hem niet gaarne vergeven, wie niet erkennen, dat dikwijls een enkel artikel oneindige quaestien kan doen geboren worden, hetgeen vooral waar is, wanneer eene wet maar uit een enkel artikel bestaat. Men denke aan het decreet van 24 Januarij 1812 over de fideicommissen en de zeven-kinderen-wet van 29 Nivôse, an XIII.

In eene dissertatie behoort men, mijns inziens, indien zij, gelijk de onderwerpelijke, bevat eene annotatio ad articulos, meer eene interpretatie van het artikel naar het regt en in verband tot de overige bepalingen der wet, dan wel de behandeling van quaestien te vinden. Men zoeke in die van onzen schrijver de geschiedenis, den zin van het artikel en de beginselen, waarnaar de zich opdoende regtsvragen moeten worden beoordeeld, en men zal zijne mocite niet onbeloond zien; men zal zelfs enkele malen eene quaestie behandeld vinden.

Art. 158 behoort, volgens den schrijver, als een nudum praceptum morale bevattende, in een wetboek niet t'huis. Nogtans erkent hij, dat uit de voorgeschreven *getrouwheid*, de wettelijke bepalingen omtrent hare overtreding door overspel voortvloeijen (1). De *hulp*, hier

(1) Uxor, cujus maritus adulterium commisit, deploratur; — ille contra (adulterium committente uxore) irridetur. Diss. p. 6.

bedoeld, betreft geldelijke hulp. *Le secours sort de la bourse*, volgens MARCADÉ. Onze schrijver bevestigt dit vooral met ons art. 162, 2^e lid. Te regt zegt diezelfde fransche auteur van groot gezag, voor de wetenschap zeker te vroeg ontslapen, *l'assistance vient du coeur*. De *bijstand*, waarvan hier de rede is, verschilt dan ook van dien, waarvan in art. 163, 165, 166 gesproken wordt, alwaar dat woord *magtiging* beteekent, zie art. 167, dat is *bijstand in regten*, gelijk het in art. 160 heet. In art. 158 is de *bijstand* wederkeerig, maar later alleen bij den man, ten behoeve zijner vrouw. Wordt dit in het oog gehouden, zoo is het verschil duidelijk.

Art. 159 ziet, volgens N., op het *gezamenlijk* dragen der kosten van onderhoud en opvoeding der kinderen, en mitsdien op het *wederzijdsche* der verpligting der ouders met opzigt tot die kosten, terwijl art. 253 meer bepaald het oog heeft op die verpligting zelve die, zonderling genoeg, op het voetspoor van den franschen Code, als een gevolg der vaderlijke magt voorkomt.

Art. 160 omschrijft de magt des mans ten aanzien der goederen zijner vrouw. *Besturen* (beheeren) bevat, volgens N., ook vervreemden, want het staat bij *goederen*, waardoor de roerende goederen worden verstaan, en slechts het vervreemden van onroerende goederen is verboden. De beteekenis van dit woord verschilt dus hier hemelsbreed van art. 170 en 195. Het is hier zeker verkeerdelijk gebezigd.

Art. 161 herinnert de fransche vaudeville *l'article 213* (Code Nap.). De verpligte gehoorzaamheid der vrouw brengt mede het volgen van haren man, waar hij dienstig oordeelt zijn verblijf te houden (*résider*), volgens MARCADÉ, van wien onze schrijver verschilt. Hoe echter haar, bij verlating, tot terugkeering te noodzaken, hoe vooral haar in de gemeenschappelijke woning te doen blijven? dit is niet mogelijk zonder delict te plegen.

De heer N. zou zulk eene vrouw niet terug verlangen, en alleen, daartoe termen zijnde, art. 1401 inroepen.

Art. 162. Wil de man zijne vrouw niet bij zich ontvangen, hij zal daartoe kunnen veroordeeld worden, en bij volharding, haar buiten 's huis (in zulk geval raadzamer) moeten onderhouden. Hoe ver zal het dan met de *bescherming*, waarvan hier gesproken wordt, en met den *bijstand* « qui vient du coeur » en met de *getrouwheid* van art. 159 gaan?

Art. 163 bewijst, dat de man is het hoofd der echtvereeniging; de bijstand des mans is voor haar noodig als regel, behoudens de stellige uitzonderingen. Wanneer die bijstand gerekend wordt te zijn gegeven, hoe hij wordt bewezen, is moeilijk te bepalen. Geeft eene getrouwde vrouw zich uit voor ongetrouwd, de handelingen die hare bevoegdheid te buiten gaan, zullen daardoor niet geldig worden. Het slot van dit artikel is strict te interpreteren.

Art. 164 is eene wettelijke praesumtie, die de man kan doen ophouden door aankondiging der intrekking zijner (gepresumeerde) bewilliging door middel der dagbladen.

Wij willen echter geene verdere aantekeningen op aantekeningen maken, of uittreksels uit die des schrijvers geven. Ons oordeel over dit geschrift is, dat de schrijver zich daarin doet kennen als iemand, die bij de behandeling van een artikel deszelfs wording te regt meent te moeten opsporen, en bij die bij eene quaestie niet terugdeinst om zijn eigen gevoelen te uiten en de gronden mede te deelen, waarop dat gevoelen berust.

DAV. H. L.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

De afdeeling *Wetgeving en Staatsregt* van de Fransche academie der zede- en staatkundige wetenschappen had voorleden jaar als prijsvraag uitgeschreven: *l'Histoire et l'appréciation des deux divers régimes auxquels les contrats nuptiaux sont soumis*. In antwoord daarop waren drie verhandelingen ingekomen, waarvan eene zeer verdienstelijk, hoewel nog niet geheel voldoende werd gecoordeeld; de academie heeft de prijsvraag tot den 31 Dec. 1855 verlengd. De uitgeloofde prijs is vijftienhonderd franken, evenzeer als voor eene nieuwe prijsvraag, thans uitgeschreven, en welke betreft: « *Les origines, les variations et les progrès du droit maritime international.* » Het gewigt van die vraag was sedert lang gevoeld en een zamenloop van omstandigheden heeft de behandeling van die vraag meer dan ooit geschikt doen voorkomen in den tegenwoordigen tijd, na de praktijk der voornaamste zeestaten meer en meer tot de huldiging van de beginselen van regtvaardigheid en beschaving leidt.

Wij laten het programma deswege hier in het oorspronkelijke volgen.

PROGRAMME.

« La mer est le domaine commun et indivisible du genre humain. Le libre usage de ce domaine appartient à tous, quoique tous ne soient pas également à portée d'en jouir. Quelque vaste que soit l'étendue des mers, les hommes ne tardèrent pas à s'y rencontrer. La force termina les différends qui s'élevèrent parmi les premiers navigateurs. L'abus de la force fit sentir la nécessité d'une loi commune qui mit un frein à la violence. Tels furent incontestablement les commencemens du droit maritime.

« Il procède du droit des gens; mais le droit des gens se divise en droit des gens naturel et en droit des gens positif, pragmatique ou volontaire. Duquel des deux dérive le droit maritime?

« La solution de cette importante question déterminera la nature et l'esprit des principes de ce droit.

« Une recherche studieuse de ses origines historiques doit succéder à cette première recherche. Nous ignorons les usages maritimes des peuples de l'ancien monde. Nous n'avons des Grecs qu'un fragment de la *Loi Rhodienne*, mais ce fragment, reproduit par les jurisconsultes romains qui ont compilé le *Digeste*, est devenu l'occasion de nombreux et savants travaux que les concurrents pourront consulter.

« Avec la décadence de l'empire romain, commencèrent les dépredations des barbares. La mer leur appartient sans partage. Il n'était pas temps alors d'examiner si les peuples établis sur ses

rivages sont légitimes propriétaires des côtes qu'ils habitent ; s'ils peuvent prétendre à la possession exclusive des ports, des havres et des détroits que les terres environnantes semblent enclore ; si ces peuples sont fondés à s'attribuer, à l'exclusion de tous autres, le droit de pêcher les poissons ou autres animaux marins qui fréquentent leurs parages en certains temps de l'année ; enfin jusqu'à quelle distance des terres peut s'étendre sur les flots le domaine des riverains de la mer ?

« Toutefois ces graves questions doivent appeler l'attention sérieuse des concurrents ; elles touchent aux fondements du droit maritime.

« Un coup d'œil rapidement jetté sur cette déplorable époque, les aidera à apprécier les avantages de l'établissement du droit et à mesurer ses progrès.

« L'excès du mal les amena.

« Quelques réfugiés, chassés de leur pays et réunis dans les lagunes du golfe Adriatique, ne pouvant demander leur subsistance à l'agriculture, se vouèrent à la navigation. Le transport des marchandises, d'abord leur unique trafic, devint bientôt, par leur industrie, un commerce florissant. A mesure que l'Occident commençait à respirer, ils trouvèrent des imitateurs ; La Méditerranée fut bientôt sillonnée par les navires pacifiques sortis des ports de Venise, d'Amalphi, d'Ancône, de Nice et de Gènes.

« L'histoire de ces républiques est celle des premiers développements et des plus anciennes variations du droit maritime : elles fondèrent la *jurisdiction consulaire et commerciale* et naturalisèrent leurs lois partout où elles établirent leurs comptoirs. Il est nécessaire que les concurrents étudient l'esprit de ces institutions et en rendent compte.

« *Les Tables Amalphitaines*, qui sont peut-être l'humble commencement du droit écrit maritime ;

« *Le consulat de la Mer*, recueil des lois nautiques de la Méditerranée, et dont la république de *Barcelone*, digne émule des villes libres et commerçantes de l'Italie, dispute l'honneur aux *Pisans* ;

« *Les Rôles et Jugements d'Oleron*, écrits en vieux français dans une pauvre petite île dépendante du duché de Guyenne et que distinguent des dispositions pleines d'humanité ;

« Enfin *les Ordonnances de Wisbuy*, grande et puissante ville du Gothland, qui renferment une précieuse collection des usages de la mer Baltique et du droit maritime des villes hanséatiques, peuvent être considérés comme les *coutumiers* de la mer et composent le corps de législation maritime qui a régi exclusivement les navigateurs européens jusqu'à la fin du XVII^e siècle.

« Les concurrents, en comparant leurs dispositions aux usages, aux mœurs, à la situation politique des États maritimes dans les époques contemporaines, saisiront les rapports intimes qui lient le droit

maritime à la prospérité des peuples, aux progrès des lumières, du commerce et de la civilisation.

« Le cap de Bonne Espérance doublée, l'Amérique découverte, agrandirent la navigation et le commerce.

« Les Portugais, les Hollandais, les Anglais, multiplièrent leurs relations commerciales et leurs établissements coloniaux. L'Angleterre aspira à la domination des mers. Il importe de consulter les actes officiels qui attestent l'ingénieuse sollicitude des Hollandais et surtout des Anglais pour procurer l'accroissement de la navigation et assurer leur prépondérance sur tous les marchés.

« En France, François Ier et ses successeurs, dans diverses ordonnances, s'occupèrent de la marine, mais donnèrent peu d'attention aux intérêts du commerce et de la navigation. Louis XIV répara cet oubli. Avant lui la France s'était conformé au droit maritime de l'étranger, la belle ordonnance de 1681 devint le droit commun de l'Europe.

« Durant le XVIIIe siècle, les intérêts du commerce et de la navigation ont été placés au premier rang des intérêts politiques. Ces intérêts sont devenus un des premiers objets du droit, de la paix et de la guerre. C'est à ce point de vue nouveau que le droit maritime a besoin d'être étudié de nos jours.

« La nécessité où l'on s'est trouvé de maintenir pendant la guerre la paix avec les États neutres, et d'observer à leur égard, les règles du droit des gens et les lois de la sociabilité, la nécessité non moins grande de conserver intacts le droit et les intérêts de la guerre qui ont pour but le rétablissement de la paix, sont devenues une des grandes complications de l'état de guerre. Une branche nouvelle du droit maritime est née de ces complications, la plus importante peut-être, c'est celle qui détermine et règle *les droits de la neutralité*.

« Une multitude de questions difficiles et délicates s'y rattachent, telles sont celles qui concernent le *droit d'embargo*, le *droit de blocus*, le *droit de visite*, la saisie des *batiments neutres en pleine mer*, la confiscation des marchandises réputées *contrebande de guerre*, la *représentation des pièces de bord*, qui légitiment l'expédition des navires, le droit de *course* et de *recousse*, le jugement et les conditions de validité des prises maritimes, d'autres questions encore qui intéressent spécialement la sécurité des personnes. Ainsi, la police des mers n'est-elle pas le droit de tous, puisqu'elle n'appartient à aucun État en particulier ? Tous n'ont ils pas le droit ou plutôt le devoir de veiller à la sûreté des passagers dans l'intérieur des navires quand elle peut être évidemment compromise ; de pourvoir à la répression de la piraterie, et d'empêcher l'établissement ou la continuation de la traite des personnes libres, quelle que soit leur race et leur couleur.

« L'indication de ces questions n'est que démonstrative : l'Académie n'entend point avoir tout prévu en les énonçant, les concurrents ne

devront négliger aucune de celles qui leur paraîtraient dignes d'examen.

« Depuis le milieu du siècle dernier, les documents abondent. Les publications officielles, et les pièces diplomatiques sont nombreuses, des publicistes habiles et expérimentés ont éclairé ces graves sujets de leur lumière. L'histoire contemporaine et les faits accomplis sont riches en enseignements. Les concurrents sauront puiser avec discernement et sobriété à ces sources inépuisables d'informations.

« Les écrivains et souvent les États eux-mêmes sont divisés d'opinions, et ne professent pas les mêmes maximes. L'Académie souhaite que les concurrents signalent ces dissentiments, exposent, avec concision, les arguments opposés, et les apprécient. Dans une matière où la raison et le droit sont les seules autorités qu'on veuille invoquer, il est utile de justifier les usages établis, s'ils sont légitimes, de les soumettre à un examen rigoureux, s'ils sont contestables, et de les combattre, si on les juge contraires à la justice, qui est la loi suprême des nations comme des individus.

« On voit que ce n'est pas un simple tableau de législation comparée, une exposition plus ou moins complète des usages maritimes, des traités des transactions diplomatiques, des décisions officielles des gouvernements ou de la jurisprudence des cours d'amirauté des divers États, que l'Académie attend du résultat de ce concours. C'est une appréciation raisonnée de l'histoire et des progrès du droit maritime depuis son origine jusqu'à nos jours; c'est le rapprochement de ses dispositions successives avec les différents degrés de la civilisation des peuples.

La tâche est vaste, sans doute, mais l'intérêt est grand; il est actuel, il doit animer et soutenir le courage des concurrents.»

Le prix est de la valeur de *quinze cent francs*.

Les mémoires, écrits *en français* ou *en latin*, devront être déposés, *francs de port*, au secrétariat de l'Institut, le 30 Novembre 1856, *terme de rigueur*.

STATISTIEKE OPGAVEN OMTRENT DE REGTSBEDEELING
IN NEDERLANDSCH INDIE.

*Staat der arresten, door het Hoog Gerechtshof van Nederlandsch
Indië gewezen gedurende het jaar 1855, volgens de beginselen der nieuwe wetgeving.*

Omschrijving der zaken	Jaar 1855.
Arresten in burg, zaken in eersten aanleg	Geene.
Idem in hooger beroep	24.
Cassatie van vonnissen der raden van justitie op Java in burg, zaken in het hoogste ressort	10.
	Transportere 34.

	Transport	54
Idem van vonnissen van landraden op Java in het hoogste ressort	Geene.	
Idem in het belang der wet van vonnissen der raden van justitie in burg. zaken in het hoogste ressort	Geene.	
Idem in het belang der wet van vonnissen, gewezen in zaken van overtreding door raden van justitie en landraden op Java	6.	
Arresten in regeling van regtsgebied	2.	
Idem op verzet van het Openb. Min. op beschikkingen van raden van justitie bij instructie van strafzaken	6.	
Idem op requisitoiren van het Openb. Min. van verschillende aard	1.	
Totaal		49.

Staat der door het Hoog Gerechtshof van Nederlandsch Indië gedurende het jaar 1853, volgens de oude procedure, gedane uitspraken, ingevolge art. 84 der bepalingen van overgang.

Omschrijving der zaken.	Jaar 1853.
Sententiën definitief in hooger beroep op vonnissen van raden van Justitie in burg. zaken op Java	4.
Idem in burgerlijke zaken in eersten aanleg	Geene.
Interlocutoire sententiën	Geene.
Arresten op vonnissen van regtbanken in de buitenbezittingen, in burgerlijke zaken	11
Totaal	15.

Voorts heeft het Hoog gerechtshof gedurende het jaar 1853, bij wege van revisie, kennis genomen van de vonnissen, in zaken van misdrijf gewezen door Europesche en inlandsche regtbanken, zoo op als buiten Java.

Daaruit blijkt, dat die vonnissen waren: 10. van de drie raden van justitie op Java (Batavia, Samarang en Soerabaija) en wel tot veroordeeling 25, tot vrijspraak 13, gezamenlijk 36. Er was onder de eerste ééne tot doodstraf, welke straf echter gewijzigd is.

Veroordeelingen.	Mannen.	Vrouwen.
Doodstraf	33	»
In den ketting	Buiten Java	267
	Op Java	23
Buiten den ketting	Buiten Java	20
	Op Java	53
	Ter plaatse der veroordeeling.	7
Transportere	403.	5

	Transport	403	5
Voorloopige gevangenhouding als straf en ge-			
vangenisstraf		5	1
	Totaal.	408	6

Van de 33 doodvonnissen zijn er 23 ten uitvoer gelegd en 10 gewijzigd; voorts vindt men voor vrijspraken: 256 vonnissen (244 tegen mannen) en 56 arresten.

Eindelijk ontslag van regtsvervolging: 5 vonnissen (tegen mannen).

Het **GEZAMENLIJK GETAL** teregtgestane personen is dus 731.

3°. Wat aangaat de **LANDRADEN** op Java, hieromtrent vindt men de volgende uitkomsten:

	<i>Veroordeelingen.</i>	Mannen.	Vrouwen.
<i>In den ketting.</i>	{ Buiten Java	49	»
	{ Op Java	352	»
	{ Ter plaatse der veroordeeling	5	»
<i>Buiten den ketting.</i>	{ Buiten Java	94	»
	{ Op Java	1108	47
	{ Ter plaatse der veroor-		
	deeling.	95	25
Gevangenis-straf.		4	1
Voorloopige detentie-straf.		57	4

Vrijspraken.

Vonnissen	371	23
Arresten	176	9

Ontslag van regtsvervolging.

Vier arresten tegen mannen.

Onder deze arresten van het Hoog Geregthof zijn echter niet begrepen 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, van onbevoegdheid daarvan, noch die, houdende last tot herstel van verzuimde formaliteiten.

4°. Wat aangaat de **BUITENBEZITTINGEN**, vindt men: *veroordeelingen*, tot doodstraf 3 (mannen); in den ketting 29 (mannen), buiten den ketting 28 (mannen); gevangenis-straf 3 (2 mannen 1 vrouw); bannissement 2, vrijspraken 15. Te zamen 80 personen.

5°. Uit een staat van de in 1853 bij het **HOOG MILITAIR GERECHTSHOF** van Nederlandsch Indië behandelde zaken blijkt, dat zijn behandeld:

In eerste ressort.	Europeanen.	Inlanders,
Kogel	6	4
Strop	1	3
Andere straffen.	98	90
Vrijspraken	28	22
Reclamanten	6	1
	139	120

(Van het getal reclamanten waren 4 gegrond.) 259

Laatste ressort	Europeanen.	Inlanders.
Kogel	3	1
Strop	4	4
Andere straffen	99	96
Vrijspraken.	30	18
Reclamanten	6	"
	139	119

(Van de reclamanten waren 2 gegrond.) 258

Van de op dezen staat vermelde negen doodvonnissen zijn er drie ten uitvoer gelegd, en wel twee tegen Europeanen en één tegen een inlander; de overige zes zijn gewijzigd.

6°. ALGEMEEN OVERZICHT *der gedurende het jaar 1855 voor het Hoog Geregtsch Hof van Nederlandsch Indië behandelde zaken.*

BURGERLIJKE ZAKEN.

Ie eersten aanleg, hooger beroep of cassatie, volgens de nieuwe wetgeving	34
In eersten aanleg of hooger beroep volgens de oude proces-orde	15

STRAFZAKEN.

In eersten aanleg, hooger beroep of cassatie, in zaken van overtreding, voorts bij de regeling van regtsgebied of verzet van het Openb. Min. enz.	15
Bij wege van revisie van vonnissen, gewezen in zaken van misdrijf:	
Door de raden van justitie op Java	36
Door de regtbanken van omgang op Java	731
Door de landraden op Java.	2424
Door raden van justitie en andere regtbanken, in de buiten-bezittingen gevestigd.	80

Te zamen. 3335

(In 1850 beliep het getal 2900; in 1851 3362.)

THEMIS

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Tweede Deel.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. *Over het bezit van één jaar bij bezit-regtelijke actiën, naar de Fransche, oud-Hollandsche en hedendaagsche wetgevingen*, door Mr. L. OLDENHUIS GRATAMA, Regter in de Arrondissements-Regtbank te Assen.

Plurimum ex jure possessio mutuat.
l. 49 D. de aeq. vel amit. poss.

Het bezit behoort tot de moeilijkste punten van wetgeving en regtswetenschap.

De reden is, dat zoo vele gevolgen van en beschouwingen over het bezit alléén in de wetenschap, en niet in de werkelijkheid bestaan; b. v.:

Volgens den aard der zaak kan het bezit slechts bij één zijn: *non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris* (1).

En echter heet het in regten: hij, die door stoornis het bezit verliest, verliest slechts het feitelijke bezit en niet het bezit-regt.

Tot het bezit zou, naar den onkundige, alleen de eigenaar geregtigd zijn.

(1) l. 3, § 5, D. de Acq. vel amit. poss.

Themis, D. II, 3de St. [1855].

En echter kan in regten zelfs de bezitter tegen den eigenaar in het bezit gehandhaafd worden: *fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest ut et possessor idem et dominus sit* (1).

Tot hoe vele moeilijkheden moeten niet reeds deze en dergelijke, alleen in de wetenschap gegronde onderscheidingen aanleiding geven!

Van daar, dat in de stellige wetgevingen niet zelden verschillende bepalingen over de belangrijkste punten van het bezit worden aangetroffen.

Onder deze behoort ook de bepaling van den duur van het bezit, vereischt om daarop rechtsgevolgen te gronden, of wel de bepaling van sommige wetgevingen, dat het bezit één jaar moet geduurd hebben, om vatbaar te zijn voor de gewigtigste gevolgen, met andere woorden, het vereischte van het éénjarige van het bezit, om voordeel te kunnen hebben van de voorregten daaraan verknocht.

Ik heb mij voorgesteld over het vereischte van het éénjarige in het bezit een kort overzicht te geven.

Het éénjarige van het bezit schijnt oorspronkelijk uit de Salische wet, want men leest daarin: «*Si quis mi-graverit in villam alienam, et ei aliquid intra duodecim menses secundum legem contestatum non fuerit, securus ibidem consistat*» (2).

In het Romeinsche regt is mij van het vereischte van één jaar niets voorgekomen.

Volgens de Coutumes de Paris en de Ordonnantie van 1667 in Frankrijk, waarover nader, werd bezit van jaar en dag, in andere regten genoemd van jaar en zes weken, in cas possessor vereischte gerekend; de oudere Fransche regtsgeleerden noemden bezit van jaar en dag

(1) l. 1, § 2. D. de Acq. vel amitt. poss.

(2) Cap. 47, n^o. 4.

possession civile, saisine, en het kortere bezit *possession naturelle*.

De Fransche Code de Procédure Civile vereischt in art. 23 voor de possessoire actie bezit van één jaar (1), en is in dit opzigt tot de Salische wet teruggekeerd.

Gaan wij de lotgevallen van het vereischte van het éénjarige van het bezit onder het Fransche recht kortelijk na, en wel eerst bij de *réintégrande* (interdictum recuperandae possessionis).

Frankrijks uitstekende regsgeleerden, HENRION DE PANSEY, MERLIN, FAVARD DE L'ANGLADE, DALLOZ, DURANTON, PARDESSUS en GARNIER, keurden, volgens een uitmuntend betoog van den Heer OPZOOMER, opgenomen in dit Tijdschrift (2), bij de *réintégrande* het bezit van jaar en dag af, als oordeelende, dat de *détention naturelle*, of het bezit ten tijde der gewelddadige ontzetting, voldoende was. TOULLIER, CARRÉ, PROUDHON, AULANIER, CHAUVEAU en TROPLONG keurden, volgens OPZOOMER t. a. pl., deze meening onvoorwaardelijk af; — en evenwel heeft het Hof van cassatie bij drie verschillende arresten, aangehaald bij OPZOOMER t. a. pl. (3), geoordeeld, dat art. 23 van den C. de P. C., in een gezonden zin verstaan, niet op de *réintégrande* toepasselijk was. In een dier arresten lezen wij, na de voorafgaande bewering, dat uit art. 2060 2^o. C. N. volgt, dat de *réintégrande* niet was afgeschaft, en dat die berust op het groote beginsel van rechtsveiligheid in den Staat: «que l'art. 23 «Pr., sainement entendu, ne doit être appliqué qu'aux «actions possessoires ordinaires, à l'égard desquelles, «c'est le droit ou la qualité et non pas le fait de la

(1) Vgl. ook art. 1026 C. N. en art. 1054 B. W.

(2) VI, bl. 200. Vgl. ook het Burgerlijk Wetb. door Mr. C. W. OPZOOMER, op art. 619.

(3) Bl. 201; die arresten komen voor bij SIREY, XX, 1, 209 XXVII. 1. 74 en XXXV. 1. 386, als ook nog XXXVI. 1. 15.

« possession qu'on considère; que l'action en réintégrande, « naissant d'une dépossession par violence ou voie de « fait et fondée sur une jouissance matérielle, ne doit « présenter qu'une simple détention naturelle au moment « de la violence ou voie de fait. »

Men moet er van zeggen, dat het Hof van cassatie met vaste hand het groote beginsel van regtsveiligheid in den Staat heeft gehandhaafd, en dat het, van dit beginsel doordrongen, eene meer vrije, maar niettemin, naar mijn bescheiden oordeel, meer gegronde wets-uitlegging gaf, waartegen wel geen ander bezwaar kan worden ingebracht, dan het gebruik van het onbepaalde meervoud in art. 23, 't welk het Hof zeer te regt met beroep op art. 2060 2^o. C. N. opvat van de actions *possessoires ordinaires*.

Ook nog later, den 28 Dec. 1826, verwierp het Hof van cassatie eene voorziening tegen een arrest, waarbij werd verstaan: « l'action en réintégrande (à la différence « de l'action en complainte) est recevable, bien que le « demandeur, qui se plaint de spoliation, n'allègue qu'une « possession actuelle, méconnue par voie de fait, il n'est « pas nécessaire qu'il allègue la possession annale (1).

En den 17 Mei 1827 verwierp het Hof van cassatie eene voorziening tegen een arrest, waarbij verstaan was: « si en règle générale le demandeur en réintégrande « n'est pas obligé de justifier d'une possession annale, il « n'en est pas de même, lorsqu'il a argumenté de cette « possession avec offre de la prouver » (2).

HENRION DE PANSEY zegt: « Pour la réintégrande il « suffit de prouver, que l'on possédait au moment de la « spoliation » (3).

PIGEAU zegt, dat de réintégrande ingesteld kan worden

(1) SIREY, XXVII, 173.

(2) SIREY, XXVII, 1, 457.

(3) *De la compétence des juges de paix*, éd. de Bruxelles, bl. 146.

door hem, die uit het bezit is verdreven : hij vereischt geen bezit van een jaar (1).

BERRIAT ST. PRIX zegt er van : « Il suffit de la possession effective au moment de la spoliation » (2).

Ook MERLIN vereischt voor de réintegrande alleen het daadwerkelijk bezit (3).

Bij CARRÉ, « les lois de la procédure civile » wordt het gevoelen van het Hof van cassatie bestreden, voornamelijk omdat art. 23 C. de P. C. niet onderscheidt, en het dus den wetsuitlegger evenmin of veelmin geoorloofd zou zijn te onderscheiden (4).

Ontrent de réintegrande waren het dus de jurisprudentie en de regtsgeleerdheid vrij goed eens, om geen bezit van een jaar te vorderen.

Meer moeijelijkheid had de vraag over het vereischte van het bezit van jaar en dag bij de complainte (interdictum retinendae possessionis).

De coutume de Paris in art. 96 en de ordonnantie van 1667 in art. 1 van tit. XVIII vereischten voor de complainte : « une possession publique, sans violence et à autre titre que celui de fermier ou possesseur précaire » met bijvoeging, dat dan « en cas de saisine et de nouvelleté dans l'an et jour du trouble » de complainte kon worden ingesteld (5).

Het bezit was zuiver feitelijk en werd verkregen door het houden der zaak, hoe kort ook, maar saisine of burgerlijk bezit was een bezit van jaar en dag, non vi, nec clam, nec precario.

Van daar de jurisprudentie, dat de complainte een bezit van jaar en dag vereischte.

(1) *La procédure civile des tribunaux de France*, II, p. 509.

(2) *Cours de Procédure Civile*, bl. 117, n^o. 3.

(3) Zie zijn *Répertoire* in voce *voie de fait*, § 1, art. 2, n^o. 1.

(4) Edition de CHAUVEAU (ADOLPHE), Bruxelles, I, bl. 109.

(5) HENRION DE PANSEY, t. a. pl., bl. 104.

De schrijver van den *Grand Coutumier de France* zegt dit met zoo vele woorden (1), als ook DE LAURIÈRE, sur Part. 96 de la coutume de Paris.

En echter was er een ander schrijver aangehaald bij HENRION DE PANSEY en door hem genoemd « *très recommandable*, » die, volgens de coutume de Paris en de ordonnantie van 1667, voor de complainte slechts een eenvoudig bezit, of alleen de daad van bezit vereischt en niet civiel bezit of saisine (2).

De *lex ultima ff. de acq. vel am. possessione*, eene dier heldere uitspraken van het Rom. Regt, waarvan men de eenvoudige waarheid en de korte duidelijkheid niet genoeg kan bewonderen, « *adversus extraneos vitiosa « possessio prodesse solet* » deed eene onderscheiding invoeren, die bij de regtsgeleerden vele verdedigers vond.

DUPARC-POULAIN, in zijne principes du droit français suivant les maximes de Bretagne (3), onderscheidt, of de stoornis gedaan is door een derde, die op de zaak geen regt hoegenaamd beweert of heeft, dan wel of dezelve gedaan is door iemand, die ook beweert bezitter te zijn.

BOUCHEUL, sur la coutume du Poitou (4), verdedigde insgelijks deze onderscheiding, welke de procureur-generaal MERLIN, in zijn requisitoir bij het Hof van cassatie, in de zoo veel gewag gemaakt hebbende zaak van USQUIN en LEFEBVRE tegen THOMAS, nader ontwikkelde; hij trachtte te bewijzen dat artt. 1 en 3, Tit. XVIII, der ordonnantie van 1667, geen bezit van jaar en dag vereischten (5), maar alleen als termijn van

(1) Livr. II, Chap. XXI.

(2) Zie HENRION DE PANSEY, bl. 104. kolom 2.

(3) 10 bl. 705.

(4) Art. 399, n°. 19.

(5) Zie ook BERRIAT ST. PRIX t. a. pl., bl. 114, ad h. 29.

instelling vereischten het beginnen of doen gelden der complainte binnen het jaar; hij trekt zijn gevoelen te zamen in deze woorden :

« En deux mots, l'ordonnance accordant la complainte « à tout possesseur public actuel, pourvu qu'il agisse « dans l'année du trouble, il en résulte évidemment, « que la possession annale n'est pas nécessaire pour « intenter cette action contre un tiers qui n'avait pas la « possession de la chose, et que la possession non annale « n'est insuffisante que contre le possesseur d'an et jour « qui vient troubler le possesseur du moment » (1).

Den 12 fructidor, an X, werd conform deze conclusie de voorziening in cassatie verworpen.

Men moet zeggen, de onderscheiding is juist en bevorderlijk voor eene goede regtsbedeeling.

Waar toe toch het bezit van een jaar vereischt bij dengenen, die gestoord wordt door hem, die in 't geheel geen regt heeft? De grootste onregtvaardigheden kunnen daarvan het gevolg zijn; de zucht, om die te vermijden, meer dan eene strikte, letterlijke wetsuitlegging, althans onder 't gezag van art. 23 C. de P. C., waarover wij nu zullen spreken, gaf bijval aan dezelve.

Uit de algemeenheid der uitdrukking, en uit het gebruikte meervoud in art. 23, zou men de bedoeling der zamenstellers van den C. de P. C. kunnen afleiden, om alle onzekerheid in dit opzigt en alle onderscheiding af te snijden.

Ondertusschen hebben wij reeds gezien, hoe, ten aanzien der réintégrande, ook onder het gezag van den C. de P. C., het bezit van een jaar niet noodig gerekend werd.

En ook ten aanzien der complainte, bleef het verschil van gevoelen over de onderscheiding gegrond op de l. ult. ff. de A. et O. P. bestaan.

(1) Zie *Questions*, in voce *complainte*, § 11, en *Répertoire*, in voce *voie de fait*, § 1.

PIGEAU zegt: «Si le trouble est formée par le précédent possesseur, qui a joui plus d'un an et qui a été «troublé ou dépossédé depuis moins d'un an, comme il «est encore dans l'année de la plainte, il peut intenter «la plainte, et le nouveau possesseur, qui n'a pas «encore acquis le temps de possession requis, ne pourrait «se plaindre du trouble;

«Mais si le trouble est apporté contre le possesseur «de moins d'un an par un tiers, qui n'a jamais possédé, «ou qui, s'il a possédé, a cessé de posséder depuis plus «d'un an, et perdu par la l'action possessoire, ce possesseur peut se plaindre du trouble, quoi qu'il n'ait pas un «an de possession: autrement ce tiers pourrait sans droit «s'emparer d'un bien par voie de fait, et il n'y aurait «aucun moyen de le réprimer» (1).

Bij CARRÉ (2) wordt de quaestie zeer volledig behandeld: «pour former l'action faut-il absolument avoir «possédé pendant une année, ou bien la possession la «plus courte avant le trouble peut-elle suffire?»

Na de onderscheiding en hare voorstanders te hebben vermeld, zegt hij, dat de woorden van art. 23 dezelve wel schijnen uit te sluiten, maar dat zij echter nog aannemelijk is: hij toont aan, dat het tegengestelde tot het onregtvaardige gevolg kan leiden, om iemand eenig goed te laten, waarop hij hoegenaamd geen regt noch bezit heeft, maar waarop hij alleen eene aanmatigende en zeer af te keuren feitelijkheid pleegt; hij vraagt, zoo de onderscheiding niet wordt aangenomen, hoe dan te beslissen tusschen twee bezitters, waarvan geen van beiden het bezit van een jaar heeft, waarvan toch *hij* moet voor gaan, die het eerste en dus het langste heeft bezeten, en hij roept, als in volmaakte zekerheid over de juistheid

(1) t. a. pl., II, p. 507.

(2) t. a. pl., bl. 106, n°. 107.

zijner opvatting, uit, in toepassing op deze quaestie en op art. 23: «*Etsi tamen verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult!*»

De verdere behandeling der vraag, die hij even als PIGEAU beslist, is zeer belangrijk.

GARNIER (1), PONCET (2), BROSSARD (3) en CAROU (4), hebben de onderscheiding van PIGEAU bestreden, welke bij een arrest van het Hof van cassatie van 9 Febr. 1837 (5), opzettelijk is verworpen.

Onze geleerde landgenoot J. D. MEIJER maakt de opmerking, dat zoowel de oudere Fransche schrijvers, als die over de Hollandsche praktijk handelden, DE LAURIÈRE en HENRION DE PANSEY welligt alleen uitgezonderd, in de verklaring der possessoire middelen, ten onregte hunne toevlugt namen tot de interdicta der Romeinen, vermits die possessoire middelen met de Romeinsche interdicta niets gemeens hadden en eerder tot de oude gewoonten en tot het Germaansche, waarvan ze oorspronkelijk waren, moesten worden teruggebracht (6).

De omstandigheid, boven door ons medegedeeld, dat men in het Romeinsche regt van het eenjarige, als vereischte in den duur van 't bezit geen gewag gemaakt vindt, bevestigt deze opmerking.

In het Oud-Hollandsche regt had men drie possessoire middelen, het mandement van maintenue, het mandement van complainte en het mandement van spolie.

(1) P. 35.

(2) *Traité des actions.*

(3) *Jurisdiction des juges de paix.*

(4) N^o. 587.

(5) SIREY, XXXVII, p. 609.

(6) Zie zijne verhandeling over de gevolgen der gecontinueerde gemeenschap tusschen den langstlevenden der echtgenooten en de erfgenamen der eerstgestorvenen, naar oud-Hollandsch en costumier regt, in de *Bijdragen tot rechtsgeleerdheid en wetgeving*, VI, bl. 76 en 77.

VAN WASSENAER zegt in zijn Praktijk judicieel (1) . . .
«Tusschen *maintenu* en *complaincte* is in syn selven
«dit onderscheyd noch, dat in *maintenu*, so in bene-
«ficiale saken als andere, niet gerequireerd word possessie
«van jaer en dage, maar is genoeg dat men toont
«actuele possessie ende in *complainte* moet men be-
«tonen het leste jaar alleen possesseur geweest te zijn enz.»
en op eene andere plaats (2): «een successeur in leenen
«heeft geene *complaincte* te intenseeren voor en alear
«hy is geïnvestieert ende jaar en dach in possessie is
«geweest» (3).

In de «*Differentiae Juris Romani et Belgici*», wordt
het onderscheid tusschen het mandement van *maintenue*
en dat van *complaincte* ook aldus opgegeven: «in priore
«vincit qui se re ipsa possidere probat, in altero qui se
«annum et diem possedisso docet (4).

Ook in enkele land- en stadsregten vindt men het
bezit van jaar en dag vereischt, als in 't Oldambster
Landregt, III, 102 (5).

Maar het uitvoerigste over onze quaestie is PIETER
BORT, in zijn tractaat «van *complaincte*», een dier werken,
welke door grondigheid, door logische juistheid van
redenering en door echt classieke geleerdheid, onder
alle wetgevingen waarde behouden; hij zegt: dat «hij
«*complaincte* is vereischt possessie van jaer ende dach,
«volgens articul 95 der Instructie van den Hoogen
«Raede» (6); hij verdedigt uitvoerig, dat de tijdsbepa-

(1) Cap. XII, bl. 280.

(2) Cap III, bl. 295.

(3) Vgl. ook V. D. LINDEN, *Practijk Judicieel*, B. II, Hoofdst. 19,
20 en 21.

(4) Blz. 253.

(5) Vgl. ook S. VAN LEEUWEN, *Rooms Holl. Regt*, II, 3, § 1 en DE
GROOT, *Inleiding tot de Hollandsche Regtsgeleerdheid*, II, 7, al. 7.

(6) Tit V, n^o. 36 en volg.

ling van jaar en dag, gelijk staande met een jaar, is gegrond op de natuur en den aard der zaak, op de gewone ommekomst van alle menschelijke handelingen en op de dagelijksche spreekmanier, waarvan hij voorbeelden aanhaalt uit de comedien van TERENTIUS, daar het jaar alle jaargetijden en maanden omsluit; hij spoort daarvan zelfs voorbeelden op in het Mosaische regt, hoewel hij niet ontveinst «dat er gelegenheden zyn, daer «de acten seer selden komen voor te vallen en geene «speciale acte possessoir, binnen een geheel jaer en sou- «den kunnen worden geëxerceert, noch eene continua «possessio is vallende, waarin hy toch de complaincte «toestaat» (1).

In de wetgeving van Koning LODEWIJK NAPOLEON treft men geene bepalingen aan, waarbij een bezit van een jaar wordt vereischt; zie art. 459—466 van 't Burg. Wetb. en art. 711—720 van 't Wetb. op de regterlijke instellingen.

Over het Fransche regt, in voege het hier te lande van kracht geweest is, hebben wij gesproken.

In het ontwerp van 1820 was in navolging van dat regt in art. 1174 bezit van een jaar vereischt.

Maar hoe is het in het thans geldend Burg. Wetb.?

De bepaling van art. 23 van den C. de P. G. en van art. 1174 van 't ontwerp van 1820 is niet herhaald; — daarin ligt reeds het gereedste argument, om het er voor te houden, dat ons regt geen bezit van een jaar vereischt. Wel voeren de tegenstanders aan eene plaats uit de memorie van toelichting der Regering, op art. 132 van het Wetb. van B.₁R. (2), waarin de Regering zegt: «terwijl art. 23 reeds in het Burg. Wetb. is overge- «nomen»; maar hiertegen merk ik aan:

(1) t. a. pl., n^o. 42, 43 en 44.

(2) Zie dezelve bij v. D. HONERT, *Handb. voor de Burg. Regtsv.*, I. 132, bl. 259.

1^o. het uitleggend gezag van eene memorie van toelichting der Regering alleen is zeer gering in Staten, waarin de wetgeving berust bij de Regering en bij de beide Kamers der Staten-Generaal: de Staten-Generaal konden immers de wet, maar niet daarom de motieven, goedkeuren en aannemen;

2^o. eene uitdrukking door de Regering, als in het voorbijgaan en niet opzettelijk, in eene memorie van toelichting bij een ander punt van wetgeving gebezigd, zou nimmer in de schaal des regts kunnen opwegen tegen het stilzwijgen der wet, of wel tegen gronden, ontleend uit de woordelijke wetsuitlegging en uit den geest der wet;

3^o. art. 23 bevat verschillende bepalingen; nu heeft immers, wil men der Regering geene tegenstrijdigheid toeschrijven, de steller der memorie van toelichting alléén die bepalingen van art. 23 op 't oog gebad, die werkelijk waren herhaald.

Ons eerste gereedste argument, ontleend uit het niet herhalen van art. 23, blijft dus in volle kracht.

Opmerkelijk is het, dat noch Mr. F. A. VAN HALL, in zijne zoo bekende dertig vragen omtrent bezit en bezitregt (1), noch Mr. C. ASSER, in zijne vergelijking van het Burgerlijk Wetb. met het Code Napoleon, noch Mr. S. P. LIPMAN in zijn Burg. Wetb. met aantekeningen enz., van deze verandering van wetgeving spreken, en dat daarvan bij VOORDUIN, in zijne geschiedenis en beginselen enz., geen gewag gemaakt wordt.

Het denkbeeld van het vereischte van het eenjarige bezit was door de Fransche wetgeving zoo gevestigd, dat een betoog van den Heer G. W. OPZOOMER noodig scheen, om de overtuiging te vestigen, dat zelfs bij het instellen der regtsvordering van art. 619 B. W., geen burgerlijk bezit vereischt wordt (2).

(1) *Bijdragen*, 3, bl. 113.

(2) Zie *Themis*, VI. n^o. 2, bl. 175.

Maar welk bezit vereischt gij dan? Wilt gij in 't geheel geene beperking van tijd?

Ik antwoord: een eischer kan volstaan met in de dagvaarding te stellen en daarna te bewijzen een openlijk, ondubbelzinnig bezit, als eigenaar, voldoende om gehandhaafd te worden; het is in ieder enkel geval aan het oordeel des Regters, in 't algemeen aan de wetenschap en aan de jurisprudentie overgelaten, te beoordeelen, hoedanig dat bezit moet zijn voor iedere zaak of soort van onroerend goed.

De regter moet nu in ieder enkel geval beoordeelen en beslissen, of het gestelde bezit, naar omstandigheden en plaatselijke gelegenheid, voor voldoende kan worden gehouden, om bezitregt te doen ontstaan en daarin gehandhaafd te worden. Ik noem dit eene verbetering van wetgeving; want èn naar mate van den aard der onroerende goederen of regten, welke men in bezit meent te hebben, èn naar mate van het gebruik, waartoe ze bestemd zijn en alleen kunnen dienen, èn naar mate van de plaats, waar ze gelegen zijn, moet een verschillende duur van bezit als voldoende gesteld en door den regter beoordeeld worden; dan eerst kan de bezitregtelijke actie aan haar doel beantwoorden. Een paar voorbeelden zullen dit duidelijker doen uitkomen.

Om het bezit tot handhaving voldoende van een akker aan te nemen, neemt men de daden van bezaaijing en van inoogsting.

Van een stuk heideveld, alleen tot plaggesteken dienstig, neemt men de daden van dat plaggesteken gedurende den laatsten tijd dat zulks pleegt te geschieden; van een steeg of wegje of muur, zoodanig en zoolang bezit als 't geen grond geeft, om aan bezit van een' eigenaar te denken.

Zaken, waarvan het houden langer dan een jaar eerst aan bezit als eigenaar doet denken, vereischen dus voor

de possessoire actie een langer bezit en die, waarvan zulks het geval niet is, een korter.

De bezitregtelijke actie blijft dan meer in overeenstemming met de werkelijkheid, en een openlijk ondubbeltzinnig bezit als eigenaar, waaraan eenige dagen van het jaar ontbreken, behoeft niet meer onvoldoende verklaard te worden, evenmin als een bezit, 't welk alleen gevestigd kan worden door daden, welke slechts eens in 't jaar of in langeren tijd kunnen plaats hebben.

Aan den eenen kant kan dus, naar de Nederlandsche wetgeving, een langer, aan den anderen kant een korter bezit vereischt worden dan van een jaar.

Met eenig vertrouwen voer ik de tegenstanders tegen: dat om het bezit éénjarig te doen zijn of te vereischen, er eene uitdrukkelijke wetsbepaling moest zijn, die dit voorschrijft.

Het is toch een axioma bij de uitlegging der wetten: dat tijds- en dagbepalingen haar aanzijn ontleenen van de stellige wet; en

daarin niet voorkomende, moeten geacht worden niet te bestaan.

Sommige voorstanders van een tegengesteld gevoelen willen die tijdsbepaling per analogiam afgeleid hebben uit art. 2015 van 't B. W., waarbij bepaald wordt, dat de verjaring gestuit is, wanneer de bezitter gedurende meer dan een jaar van 't genot der zaak beroofd is.

Ik antwoord hierop:

1°. Tijdsbepalingen kunnen in de wet niet per analogiam worden afgeleid, maar moeten opzettelijk vastgesteld zijn.

2°. Ook in het Fransche regt, waarin wij in art. 2243 C. N. eene gelijke bepaling aantreffen, was nog bovendien de bepaling van art. 23 C. de P. C., waarbij het éénjarige bezit vereischt werd, noodig.

3°. De stuiting der verjaring is nog geheel iets anders

dan de provisie, die door de bezitregtelijke actie wordt verzekerd aan den bezitter, bij wien zelfs de eigendom niet in aanmerking komt.

Ter nadere bevestiging van het door ons voorgestane gevoelen, voegen wij hier nog bij deze beschouwingen:

1°. Tot regt verstand der zaak, en ook om onze vraag juist te beoordeelen, moet men met TOULLIER (1) de volgende onderscheidingen maken:

Het regt om te bezitten, hetgeen slechts aan den eigenaar uit kracht van den eigendom kan toekomen.

Het bezit of het eenvoudig houden der zaak, hetgeen is een feit.

Het regt van bezit of bezitregt, saisine door de oudere Fransche schrijvers genoemd, hetgeen aan den bezitter toekomt uit kracht van zijn bezit van een jaar, naar het Fransche, en van een voldoende bezit, om gehandhaafd te worden, naar ons regt.

In art. 601 beteekent bezit, in de woorden: *men verliest het bezit*, het regt van bezit, en in alinea 1°, het feitelijk bezit, het houden der zaak.

De nieuwe feitelijke bezitter, zelfs te kwader trouw, verkrijgt dadelijk het bezit en de regten in art. 605 hem toegekend; de vroegere bezitter verliest het bezit, maar niet het *bezitregt*, en kan daarom de regtsvordering tot handhaving instellen gedurende een jaar. De verjaring blijft gedurende dien tijd te zijnen voordeele loopen; hij wordt te dien opzichte geacht in het bezit gebleven te zijn (2).

2°. De grondregel door SIMON DE BUGY, eersten president van het Parlement in Frankrijk, ingevoerd (3):

(1) *Le Droit Civil*, III. p. 33, n°. 79.

(2) Vgl. de woorden van Mr. J. A. JOLLES, subst.-offic. bij de Regtbank te Amsterdam, in eene conclusie door hem genomen, voorkomende in *Regtsgel. Bijblad*, XI, 1849, blz. 46, en DE PINTO, *Handl.*, blz. 218.

(3) Zie HENRION DE PANSEY, t. a. pl., blz. 103 en DE LAUBIÈRE op art. 96 der coutume de Paris.

dat hij, die ontzet is van het bezit van een erf of stuk vast goed, slechts het feitelijke en niet het bezitregt verliest, geldt ook in onze wetgeving. Vgl. artt. 601 en 603.

3°. De bezitregtelijke actie moet binnen het jaar worden ingesteld; de praesumtie aan 't bezit verknocht, geeft eene provisie, die, om de zekerheid der eigendommen, binnen den korten tijd van één jaar moeten worden ingeroepen.

Hieruit volgt, dat de stoorder zich op het bezit van één jaar moet beroepen en dat bewijzen, maar volstrekt niet, dat het bezit, dat *tegen* den stoorder wordt ingeroepen om gehandhaafd te worden, moet zijn van een vol jaar; hetzelfde moet, zoo als boven is aangetoond, voldoende zijn tot handhaving; dit jaar komt meer overeen met het jaar tot de stuiting der verjaring vereischt, in voege bedoeld in art. 2015 B. W., waarover wij boven spraken, dan de gewaagde door ons bestredene gevolgtrekking, dat de tijdsbepaling van één jaar, vereischt voor het bezit tot handhaving, uit dat artikel zou mogen worden gesuppleerd. Ook hierbij ligt ten grondslag het denkbeeld van de l. ult. ff. de A. et O. P. *adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet*, namelijk in zoo verre als van den stoorder een moeilijker bewijs van bezit aan tijdsverloop van één jaar verbonden gevorderd wordt. Het bezit van den stoorder is ook veelal ter kwader trouw.

Men voert nog tegen het verdedigde gevoelen in dit opzigt aan, dat, indien men niet bezit van een jaar vereischt, binnen het jaar verschillenden zouden kunnen vorderen in 't bezit van dezelfde zaak te worden gehandhaafd.

Ik antwoord hierop:

1°. Dat men op deze wijze wel een der zeldzaamste gevallen stelt, die immer gebeuren, want, zoo als de

heer DIEPHUIS (1) zeer te regt en naif zegt: «het is «natuurlijk ook eene meer zeldzame wijze van bezit-«verkrijging, dat men zich in het bezit stelt tegen wil «en dank van den bezitter.»

2°. In zoodanig zeldzaam, hoezeer denkbaar geval, beoordeelt de regter, wie het oudste en beste bezit heeft; in art. 617 B. W. komt een analogisch geval voor.

3°. Al ware het, dat ich in de werkelijkheid eens een moeilijk en ingewikkeld geval kon voordoen, geeft dit nog geen regt om bij wetsuitlegging voor den duur van het bezit, tot handhaving vereischt, in den regel de tijdsbepaling van een jaar te vorderen, die in de wet niet is geschreven.

Sedert de invoering van de Nederlandsche wetgeving is de behandelde vraag in verschillenden zin beantwoord.

Tegen het door ons voorgestane gevoelen zijn:

Een vonnis van de Arr.-Regtb. te Haarlem van 2 Maart 1841, R., d. X, § 32;

Een vonnis van de Arr.-Regtb. te 's Hertogenbosch van 12 April 1843, opgenomen in *Weekblad* n°. 418, waarover zie *Regtsg. Bijbl.* IX, bl. 368;

Een vonnis van de Arr.-Regtb. te Assen van 28 Dec. 1846, opgenomen in 't *Regtsg. Bijbl.*, IX, bl. 360;

Een vonnis van dezelfde Regtbank van 20 Oct. 1845, in 't *Regtsg. Bijbl.*, IX, bl. 278, *Weekbl.* n°. 845 (dit meer stilzwijgend);

Een vonnis van dezelfde Regtb. van 23 Oct. 1848, in 't *Regtsg. Bijbl.* II, 1852, bl. 260 (dit zeer duidelijk);

Een vonnis van de Arr.-Regtb. te Amersfoort van 22 Sept. 1846, *Regtsg. Bijbl.* 593 en 17 Dec. 1845, *Bijblad* 1846, VIII, bl. 226.

(1) Het Ned. Burg. regt, B. II, tit. II, blz. 108.

Overeenkomstig met het door ons ontwikkelde gevoelen zijn :

DIEPHUIS, het *Nederl. Burg. Regt*, III, n^o. 184, bl. 101;

DE PINTO, *Handl.* II, § 358, 362;

LÉON, *Regtspraak v. d. H. R.* op art. 614 B. R.;

Vonnis der Arr.-Regtb. te Leeuwarden van 7 Dec. 1842, *Bijblad V*, bl. 521, *Regtszaal II*, bl. 53;

Vonnis der Arr.-Regtb. te Maastricht van 9 Oct. 1846, *Bijblad IX*, bl. 189, *Weekblad* n^o. 839;

Vonnis der Arr.-Regtb. te Amsterdam van 25 Julij 1843, *Bijblad VI*, bl. 88, en van 9 Jan. 1849, *Regtsg. Bijbl.* XI, 1849, bl. 40 vlgg., *Weekblad* n^o. 997;

Vonnis der Arr.-Regtb. te Assen van 22 Jan. 1855, in zake van de Drenthsche veen- en midden-kanaal-maatschappij. (Tegen dit vonnis is eene voorziening in cassatie ingesteld, zoodat welligt de Hooge Raad eerlang eene opzettelijke beslissing in deze vraag zal geven). Zie *Weekbl.* n^o. 1665, van 2 Aug., en *Regtsg. Bijbl.*, beide van 1855; en

In een arrest van den Hoogen Raad der Nederlanden van 5 Maart 1852, te vinden in *Weekblad* van 5 April 1852, n^o. 1318, komt echter reeds als in 't voorbijgaan voor: «O., dat, volgens de tegenwoordige wetgeving, «geen eenjarig ongestoord bezit wordt vereischt, om de «actie tot handhaving in 't bezit te mogen instellen, «en in allen gevalle», enz.

Moge dit overzicht strekken ter bevordering van eenheid in de jurisprudentie over dit belangrijk regtspunt.

*Over familiestukken en papieren bij eene boedel-
beschrijving, door Mr. G. B. EMANTS.*

Bij menige boedelbeschrijving en boedelscheiding, vroeger in mijne betrekking van kantonregter bijgewoond, maakte ik dikwijls aanmerking op de gewoonte om familiestukken, b. v. schilderijen, portretten, papieren en dergelijke buiten eenige beschrijving te laten. Ik vond dit in strijd met de wet en het belang der partijen.

Zijn de belanghebbenden alle meerderjarig, dan hebben zij ten volle regt, om met die voorwerpen naar verkiezing te handelen. Doch zijn onder hen minderjarigen, dan kan die gewoonte dezen tot groot nadeel strekken.

Tot verdediging dier gewoonte voerde men steeds aan, dat die voorwerpen voor geene schatting vatbaar waren, omdat zij voor derden geene waarde hadden, en daarom ook niet konden beschreven worden. Werden zij beschreven, zoo vermeende men, dat hunne waarde daarbij moest vermeld worden en dit achtte men ondoenlijk. De weg, welken men volgde, was, dat men die voorwerpen zonder beschrijving liet onder het hoofd of onder een der leden der familie, die ze dan natuurlijk zonder titel bleef bezitten.

Is dit regtens? Ik beken, de bepaling van de waarde dier voorwerpen is moeilijk: meestal hebben zij in zichzelf weinig of geene waarde. Die voorwerpen, den overledenen bij deze of gene gelegenheid ten geschenke gegeven, zijn wegens de herkomst zijnen naamgenooten, of aan enkele leden der familie veel waard; aan derden niets meer, dan voor zooverre daaraan goud, zilver of iets dergelijks bevestigd is, waarvan wederom andere voorwerpen te maken zijn, of wel wanneer het kunststukken zijn. Aan het bezit van familieportretten hecht men veel waarde; dan, is de familie-naam uitgestorven, zoo ziet men die portretten spoedig in de winkels der

opkoopters, waar zij waarde erlangen voor hen, die zich voorouders scheppen. Wat zijn familiepapieren, genealogiën en dergelijke stukken voor vreemden in den regel meer dan scheurpapier en oud perkament.

Dan de opkoopters heeft die portretten, dat papier en dat perkament op eenen prijs, welken ook, geschat: er zijn geene zaken zonder waarde. De familie kan bekend zijn in de geschiedenis, het voorwerp kan tevens een kunststuk zijn, het portret het werk van eenen VAN DIJK, van een' ander' beroemd schilder, of van een' die beroemd kan worden; en hetzelfde papier, stuk of portret vroeger niets waard, kan later eenen hoogen prijs hebben en verkrijgen ook voor anderen.

Ik vermeen dus recht te hebben, die gewoonte verkeerd te noemen, en het een vooroordeel te heeten, dat het waarden van de portretten zijner ouders onwettig zoude zijn, als of men hen, en niet het schilderstuk, waardeerde. Daarenboven, die gewoonte is in strijd met de wet, want zij beveelt eene beschrijving en waardering dier voorwerpen.

De Code Napoleon bevatte dienaangaande geene bepaling. Art. 184 B. W. regelt dit onderwerp bij huwelijk; het zegt: «de kleedingstukken, de kleenooden en gereedschappen, behoorende tot het beroep van een der echtgenooten, mitsgaders de boekerijen en verzamelingen van voorwerpen van kunst en wetenschap, en eindelijk de papieren of gedenkstukken, bijzonder tot het geslacht van een der echtgenooten betrekkelijk, kunnen aan de zijde waarvan zij oorspronkelijk afkomstig waren, worden teruggevorderd, tegen den prijs waarop dezelve, in der minne, of door deskundigen geschat worden.»

Het art. 184 B. W. wordt gevonden onder de bepalingen betrekkelijk de scheiding der wettelijke gemeenschap na ontbinding des huwelijks. Bij gebreke van

dergelijke bepaling, zouden die goederen moeten volgen het lot der andere van de gemeenschap en derhalve bij helfte verdeeld worden tusschen den man en de vrouw of hunne erfgenamen, zonder aanzien der zijde waarvan die goederen zijn gekomen (art. 183 B. W.). Men gaf dus aan de familie, waarvan zij afkomstig waren, een regt om die goederen, welke anders voor haar moesten verloren gaan, te naasten. AssER zeide daarvan (1): «het regt van naasting bij art. 184 B. W. toegekend, «prijst zich door billijkheid aan, vermits bij de scheiding der goederen ieder der echtgenooten groot belang «kan hebben, om zoodanige voorwerpen in natura en «tegen eenen billijken prijs te behouden, die hem dier«baar zijn, omdat dezelve van zijn geslacht afkomstig «waren. Deze bepaling berust op het gevoel van zede«lijkheid»; en NICOLAI zeide (2): «Cette disposition «faisant partie du système de la communauté univer«selle dans presque toutes les provinces où elle avait «lieu autrefois, et étant encore aujourd'hui réclamée «par les habitudes et l'usage, il a semblé que la loi «nouvelle pouvait la consacrer, et satisfaire ainsi le «voeu de ceux qui y attachent quelque prix.»

De wet handelt over die voorwerpen, zoo als ik aantoonde, alleen bij scheiding van eenen gemeenschappelijken boedel. In andere gevallen wordt zoodanig regt derhalve niet toegekend, doch komt het ook in den regel niet te pas, omdat de familie zelve onder zich verdeelt. In den regel, zeg ik, want heeft de overledene over al zijne goederen en dus mede over die voorwerpen beschikt ten behoeve van eenen derde, dan zullen de leden zijner familie zich geenszins op een regt kunnen beroepen, hetwelk alleen bij uitzondering in een bepaald geval hun toegekend wordt.

(1) Pag. 94, § 132.

(2) VOORDEIN, ad art. 184 B. W., II, pag. 311.

Doch volgt uit deze bepaling, dat de wet aan die voorwerpen eene waarde toekent, en dat, daar zij in geval van gemeenschap voor beschrijving en waardering vatbaar zijn, er geene reden bestaat, waarom niet evenzeer in ieder anderen boedel zoodanige beschrijving kan geschieden.

Die goederen hebben eene waarde, welke dan ook, waarvan uit de boedelbeschrijving moet en kan blijken; dit is te meer noodzakelijk, wanneer die goederen, zooals gewoonlijk zonder toescheiding onder den een' of ander gelaten worden. De wet laat evenwel toe, dat die prijs *in der minne* bepaald worde: dit is eene uitzondering op den gewonen regel, die steeds de waardering aan eenen derden opdraagt. Krachtens art. 184 toch zal schatting in der minne mede kunnen plaats hebben, indien onder de erfgenamen zich minderjarigen bevinden, en zal eerst bij verschil de hulp van eenen deskundige behoeven ingeroepen te worden. Voor zoodanige waardering in der minne bestaan geldige redenen; de familie moet gelegenheid hebben die voorwerpen «tegen eenen billijken prijs te behouden,» Behoeft alzoo de geheele koopwaarde, b. v. van een familie-portret, omdat het door een beroemd schilder vervaardigd is, niet in rekening gebragt te worden, van den anderen kant mag de prijs van affectie, welken de familie of de overledene aan het voorwerp hechtte, geenen invloed op den prijs hebben: zoodanige waarde toch is denkbeeldig en kan zelfs door geenen deskundige bepaald worden. Verschillen evenwel partijen, dan zal de deskundige natuurlijk alleen op de verkoopwaarde letten.

«De voorwerpen, bijzonder betrekkelijk tot het geslacht «van een der echtgenooten» zegt de wet, «kunnen terugge«vorderd worden aan de zijde, waarvan zij oorspronkelijk «afk omstig waren, tegen den prijs, waarop zij geschat «worden.»

Om dit regt alzoo uit te oefenen moeten zij betrek-

kelijk zijn tot het geslacht, dat terugvordert en daarvan afkomstig. Missen zij dit vereischte, dan vallen zij in de gemeenschap; er bestaat alsdan geen regt tot terugvordering en de regel van art. 183 B. W. herneemt hare kracht, hoe veel waarde die voorwerpen overigens voor dat geslacht mogen hebben. Stel, een schilder heeft het portret van eenen geleerde of staatsman vervaardigd: een vreemde koopt dit. In den boedel van dezen zal de familie van dien geleerde of staatsman dat regt van terugvordering op dit portret niet kunnen uitoefenen, ook wanneer zij daarin partij is, omdat het portret wel is betrekkelijk tot hare familie, maar daaraan nimmer heeft behoord noch daarvan afkomstig is. Om terug te vorderen moet de overledene als lid der familie het voorwerp bezeten hebben. De brieven aan den staatsman geschreven, zijn bij den ontvang zijn eigendom geworden; de inhoud kan betrekking hebben op de familie des afzenders: dan bestaat er een regt tot terugvordering, doch het zal in andere gevallen niet aanwezig zijn.

Zij kunnen teruggevorderd worden aan de zijde, waarvan zij oorspronkelijk afkomstig zijn. Komt dit regt alzoo toe aan ieder lid der familie, zelfs wanneer hij overigens bij de gemeenschap geen belang heeft? De onbepaalde uitdrukking *aan de zijde, waarvan zij afkomstig waren*, terwijl art. 260 van het ontwerp van 1820 dit regt alleen gaf aan den echtgenoot en art. 17 der wet van 2 Aug. 1822 en art. 286 van het ontwerp van 1830 aan den langstlevende der echtgenooten, zou dit doen vermoeden. Doch dan moest dit regt voor derden in iedere nalatenschap openstaan; terwijl het nu slechts wordt gevonden bij scheiding eener gemeenschap, waar vermenging van familie-goederen heeft plaats gehad, en bij welke gemeenschap mitsdien tweëerlei familie belang heeft. Dit regt van terugvordering komt alzoo alleen toe aan den langstlevenden echtgenoot of de erfgenamen des

anderen; de een, zoowel als de anderen, vertegenwoordigen ieder eene familie.

Indien bij scheiding eener gemeenschap van dat regt gebruik gemaakt wordt, valt de geschatte waarde in de gemeenschap in de plaats dier voorwerpen. Doch hoe nu, wanneer zij onbeschreven gebleven en op deze wijze langzamerhand in de handen van derden overgegaan zijn? In dit geval zijn zij m. i. gebleven de onverdeelde eigendom der beide familiën. Degene, wien die voorwerpen gelaten zijn, zal dan gelijk staan met ieder ander, die na het overlijden eens erfaters de geheele nalatenschap of een gedeelte daaryan voor de boedelbeschrijving bezit of bewaart (art. 681, n^o. 6 B. R.). Hij is vrijwillig bewaarder zonder dat daarvan schriftelijk bewijs bestaat. Art. 1737 en volgende B. W. zijn toepasselijk: de leden der familie van welker zijde die voorwerpen afkomstig zijn, kunnen ze alzoo van hem terugvorderen, terwijl de waarde behoort aan de geregtigden tot de gemeenschap, waaruit die voorwerpen gekomen zijn. Aan hun verzuim om de voorwerpen te doen beschrijven en waarden moeten zij het wijten, dat zij geen ander bewijs hebben dan den bewaarder den eed op te dragen, en dit, wanneer die voorwerpen verloren gegaan zijn, tot eenen door den regter te bepalen som.

Zijn die voorwerpen in handen van eenen derden gekomen, wien die bewaarder ze overgegeven heeft, dan kan de familie tegen dien derde die vordering tot oplevering niet instellen. Tusschen hen bestaat geen vinculum juris.

Tot staving van een en ander deel ik ten slotte eenen brief mede van den vermaarden regtsgeleerde Mr. J. D. MEIJER; het betrof eene verzameling familieportretten, welke uit handen van den een' in die des anderen overgegaan was verloren geraakt. Ik deel dien brief mede ook omdat hij uit andere oogpunten belangrijk is.

«Jure Romano» zegt de bekende regtsgeleerde «was het depositum een contractus re constans. § 3 Inst. quibus modis re contrahitur obligatio; dit contract werd alleen traditione, door de dadelijke overgifte geperfecteerd en deze zelfde bepaling heeft het hedendaagsche regt overgenomen Cod. Civ. art. 1919. Deze eenvoudige doctrine bewijst reeds tegen het laatste gedeelte van uwen brief, waarbij gij zegt: «Men kan hierbij voegen, dat N bezwaarlijk «door eigen eed de waarde der schilderijen kan beslissen, want wel verre dat dezelve van hand tot hand van «deponent tot depositaris zijn overgegaan, zoo zijn dezelve «onder verschillende personen geweest sedert het oogenblik «dat zij uit het bezit van N in handen van den depositaris «zijn gekomen. Hoe kan zij dus met eede bevestigen, «dat juist die schilderijen, welke door haar zijn achter«gelaten en in verschillende huizen zijn geweest, de«zelfde zijn, welke naderhand bij den laatsten depositaris «werden gebracht.» Ik kan mij bij een reëel contract geen en eersten of laatsten depositaris denken. N. heeft gedeponoord; zij weet wat zij gedeponoord heeft en de depositaris moet dit weder opleveren. Heeft diegene, die het depôt aangenomen heeft, de schilderijen weder aan een ander ter bewaring gegeven, dit is zijne zaak die N niet concerneert; zij heeft geene actie ex contractu tegen iemand met wien zij niet heeft gecontracteerd, en zij kan precies weten wat zij re et facto ter bewaring gegeven heeft. Er is tusschen deponent en depositaris geen intermediaire persoon; het bewaarde gaat van hand tot hand van den deponent tot den depositaris over; dit is de essentia contractus. Men zoude zich alleenlijk kunnen verbeelden, dat N door eenen mandataris had gehandeld, doch dan zoude deze mandataris actione mandati convenibel zijn om aan N te leveren hetzij het goed zelve, hetzij de actio depositi te dier zake competerende. (Cod. Civ. art. 1991 en 1992). N heeft de schilderijen aan iemand gelaten of

overgegeven; was dit eene bewaargeving, dan is deze bewaarder gehouden de identieke schilderijen die N kan kennen, weder op te leveren; was het alleen een mandaat om in bewaring te geven, dan moet hij rekening doen van het mandaat en alzoo bewijzen, dat hij gedeponeerd heeft. N heeft alleen met dien eersten persoon, die onmiddellijk met haar heeft gehandeld, te doen; haar concerneert geen verder of later depôt; zij ageert niet in rem *tot* reclame van haar eigendom en dus contra *quemcumque* possessorem; zij ageert niet *actione cessa*, hetzij die cessie uitdrukkelijk of stilzwijgend (Cod. Civ. art. 1166, 1994, laatste al.) zij; zij ageert *actione depositi directa*, zoo zij gedeponeerd heeft en het goed van hand tot hand uit haar bezit in handen van den eersten persoon, met wien zij gecontracteerd heeft, is overgegaan, of *actione mandati directa*, zoo zij de schilderijen heeft gelaten om te deponeren.

Wat het bewijs van het depôt aangaat, meende ik, dat *quoad factum* geene quaestie bestond: trouwens de delatie van eed (Cod. Civ. art. 1360), staat altijd vrij en geen gedaagde kan zich daaraan onttrekken. Het gebrek aan bewijs ten definitieve zoude ontzegging van den eisch ten gevolge kunnen hebben; aan eene exceptie of niet-ontvankelijkheid laat zich niet denken. Eene niet-ontvankelijkheid is, mijns inziens, eene defensie, die het onderzoek au fond niet noodig maakt, hetzij dat de eischer geene bevoegdheid heeft daartoe geadmitteerd te worden, hetzij ook dat, wanneer die fond bewezen was, daaruit tegen den ged. geen regt zou ontstaan; b. v. een pupil ageert ongeadsisteerd, een erfgenaam ageert in eene qualiteit, die niet erkend is; men vraagt betaling van iemand, die zich over de aditie nog niet heeft gedeclareerd, etc.; het gebrek aan bewijs is de cardinaalste defensie au fond. Wat zoude voor de ontzegging van eenen eisch tot grond kunnen worden

aangevoerd, wat als de principale quaestie worden beschouwd, indien het onderzoek naar het faict exceptive kon worden voorgedragen? Wat is eene exceptie? *Exceptio est quasi exclusio*. L. 2. D. de except. Saepe accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur, pr. Inst. de except. Beter bewijs, dat een ged. zich niet bij wijze van exceptie, *omdat men geen schrift overlegt* (kan verdedigen), kan niet gevonden worden, dan in Code Proc., ad art. 65; het staat vrij nader de bewijzen over te leggen op eenige poene que les frais n'entrent point en taxe; hoe zal uit het niet produceren eene fin de non recevoir geboren worden? Wie kan beoordeelen of ik niet heb een schriftelijk bewijs, hetgeen ik (b. v. om registratie of boete te besparen) reserveer voor het geval, dat de handeling ontkend wierd. Wanneer ik sustineer te hebben gedeponeerd, en uit kracht van art. 1360 den eed defereer, heb ik noch schriftelijk bewijs, noch begin van bewijs bij geschrifte noodig; dit zegt de wet duidelijk, en de redenen zijn evident.

Manifestae est turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jus jurandum referre. L. 38 D. de jure jurando. Celui à qui le serment est déferé ne peut se plaindre de ce qu'on le laisse juge dans sa propre cause; il serait honteux de refuser d'affirmer la vérité et la sincérité d'une demande ou d'une exception, dans laquelle on prétendrait persister. Rapport du tribun FAVARD ad art. 1360. — Eindelijk, hetgeen alle mogelijke zwaarigheid beneemt, Cod. civ. art. 1924 geeft aan den depositaris, die zonder schriftelijk bewijs wordt geattaqueerd niet eene exceptie, maar het privilegie van op zijn woord te worden geloofd op de ontkenenis.

De depositaris moet evenzeer zich stellig verklaren, al is er geen schriftelijk bewijs sur la chose, qui en serait l'objet. Wil de depositaris zeggen: er is slechts

eene schilderij gedeponeerd, of de gedeponeerde schilderijen zijn die, welke ik u hier aanbiede, zoo geloofst hem de wet op zijn woord: deponens habet, quod sibi imputat, dat hij geen geschrift heeft gemaakt; doch stellig moet de verklaring van den depositaris zijn. Deze opgave geldt alleen de identiteit van de zaak of hare opgave; zegt b. v. de depositaris: ik heb twintig schilderijen ontvangen, zoo kan N. niet geadmitteerd worden tot een bewijs, dat er dertig zouden geweest zijn; doch hij moet verklaren, dit zegt art. 1924. Het zeggen: bijaldien ik schilderijen gehad heb, is dit of dat het geval geweest, kan, naar de woorden der wet, niet aangenomen worden.

Om alle die redenen zoude ik voor N. de citatie aldus inrigten, dat ik poseerde het feit van het deponeren van zoovele familie-portretten en de niet restitutie derzelve, en concludeerde dat de ged. zal worden gecondemneerd zich te verklaren over het ontvangen in bewaring van . . . stuks familie-portretten en het niet restitueren derzelve, bij foute van welke declaratie de eische. zal worden geadmitteerd onder eede te verklaren, dat zij bij den gedaagde heeft gedeponeerd . . . stuks familie-portretten, welke aan haar niet zijn gerestitueerd; dat voorts, ingevalle de bewaargeving niet wordt ontkend, noch de restitutie daarvan beweerd, de gedaagde zal worden gecondemneerd aan de eische., binnen drie dagen na de significatie van het te vallen vonnis, tegen quitantie en betaling van alle gevallen voorschotten, uit te reiken zooveel stuks familie-portretten, als uit des gedaagdens declaratie of, dezelve ontbrekende, uit der eische. opgave zullen worden bevonden onder hem te zijn gedeponeerd; dat voor zooverre de gede. aan de restitutie moge blijven in gebreke, dezelve zal worden gecondemneerd aan de eische. te betalen de waarde der portretten, waaromtrent, voor zoo verre die waarde niet

anders zal kunnen worden geverifieerd, de eische, op haren eed zal worden geloofd ter concurrentie eener somma van *f*. . . of van zooveel meer of minder, als de regter in goede justitie zal vermeenen te behooren, met de kosten.

Tegenstrijdige belangen van minderjarige kinderen;
door Mr. B. EMANTS.

Er is stellig geen onderwerp der verschillende wetgevingen, hetwelk steeds zoo veel belangstelling onder- vond en ook verdiende, als de zorg voor minderjarigen. Men voegde hun personen toe, die voor hunne belangen moesten waken en deswege verantwoordelijk waren; en stelde wederom anderen, die moesten toezien op het be- heer van dezen. Toch toonde de ondervinding aan, dat dit niet altijd voldoende was; dat en beheerder en hij, die op dezen toezag, beiden bij dezelfde zaak gelijk, meerder of minder belang konden hebben, als hij, wien zij vertegenwoordigden: bijzondere curators en voogden, deelvoogden, bewindvoerders werden voor voorkomende en bepaalde gevallen voorgeschreven.

Onze wetgeving heeft, op het voetspoor der vroegere, voorzien in het lot van minderjarige personen. Geenszins is het mijn doel die verschillende voorzorgen, welke men in hun belang nam, ter toetse te brengen; maar ik wenschte te onderzoeken, wat regtens is, wanneer die minderjarigen tegenstrijdige belangen hebben, hetzij met hunne voogden, hetzij onderling.

De wetgever spreekt van belangen des minderjarigen, die in tweestrijd zijn met die van den voogd (art. 427 B. W.), en van tegenstrijdige belangen, welke hij met

dezen en den toezienden voogd beiden of zijnen vader kan hebben (art. 1118 en 365 B. W.).

Met die tweederlei uitdrukking wordt evenwel hetzelfde bedoeld. — Strijd van belangen is niet zeldzaam: werkelijk bestaat hij in meerder' of minder' mate bij elke handeling der voogdij. Het belang des minderjarige eisch dit of dat; dat de voogd voor den minderjarige niets verzuime en als een goed huisvader die handeling besture; doch mede ten zijnen eigen' opzigte dat hij zijne verantwoordelijkheid van voogd dekke: dit laatste zal hij niet anders kunnen doen dan ten koste des minderjarigen. Diezelfde verantwoordelijkheid doet hem aarzelen en nalaten, wat anderen in twijfelachtige gevallen raadzaam oordeelen. De minderjarige gaat verbintenissen aan, die hem op het oogenblik baten; doch de voogd weigert die na te komen, vreezende, dat die verbindtenissen den minderjarige ten laatste schade berokkenen.

Deze voorbeelden zou ik met vele kunnen vermeerderen om aan te toonen, hoe telkenmale het belang des voogds in tweestrijd kan zijn met dat der aan zijne zorg toevertrouwde minderjarigen. Indien evenwel dan steeds bij elken twijfel de voogd zich moest onthouden, zou hij voor iedere handeling eene verschooning kunnen vinden; doch dan werd ook elke vertegenwoordiging des minderjarigen onmogelijk, dewijl voor den toezienden voogd, den deelvoogd of wien ook, die redenen evenzeer zullen gelden. Niet iedere tweestrijd van belang, niet elk tegenstrijdig belang kan dus den voogd regt geven zich van zijn beheer te verschoonen, noch hem onbevoegd maken; en moeten die woorden derhalve in eenen meer beperkten zin opgevat worden.

Let men op den aard der zaak, zoo wijst de beteekenis dier woorden zich zelve aan, te weten: opdat er tegenstrijdig belang besta, moet ter zake van het onderwerp der handeling reeds eene verbindtenis bestaan tusschen voogd

en minderjarige, of wel dat onderwerp moet tussehen hen een vinculum juris doen geboren worden. Is er belang uit anderen hoofde, b. v. ter zake van het beheer des voogds, omdat hij voor zijne verantwoordelijkheid gevaar ziet, dan is er wel tweestrijd van belang bij den voogd, maar niet tussehen hem en den minderjarige, tweestrijd bij de handeling, maar geenszins wegens het onderwerp der handeling.

Het onderwerp der handeling zelve, geenszins de meer of min verwijderde oorzaak daarvan bepaalt alzo den aard van het belang. Die handeling moet ten gevolge hebben wederkeerige regten en verpligtingen, zoodat de behartiging van de zaken des eenen kan doen ontstaan benadeeling van die des anderen (1). Eene handeling, welke geene regten noch verpligtingen tusschen beiden doet geboren worden, doet geen tweestrijd van belang in den zin der wet ontstaan. Zoo kan bij eene scheiding, waarbij een minderjarige en de vader des voogds partijen zijn, op dat oogenblik wel een tegenstrijdig belang bestaan tussehen dien minderjarige en den vader van den voogd, maar niet met den voogd zelve, hoewel deze later in de regten en verpligtingen zijns vaders zal treden. Evenmin bestaat dat tegenstrijdig belang met den voogd, wanneer hij bij eene scheiding vertegenwoordigt twee minderjarigen, die verschillende belangen hebben. Die scheiding doet wel regten en verpligtingen ontstaan tussehen die minderjarigen onderling, waarover straks, maar niet tussehen hen en den voogd, dan voor zooverre diens beheer als voogd, waartoe hij gehouden is, betreft; dit alleen, zagen wij zoo even, maakt hem niet onbevoegd, want het onderwerp der handeling en hare onmiddellijke of waarschijnlijke gevolgen, voor zooverre zij tussehen partijen zelve verbindtenissen doen geboren

(1) Zie vonnis Arr.-Regt. b. Utrecht, 20 Nov. 1845, *Regtsg. Bijblad* 1846, bl. 145.

worden, bepalen dit belang; geenszins doet dit de oorzaak der handeling. Zoo werd door het Hof van Amiens bij arrest van 25 Febr. 1837 beslist: «Qu'il suffit que «les droits du mineur, d'abord distincts de ceux du «tuteur, leur soient devenus opposés par suite des stipulations d'une transaction consentie en son nom par le «tuteur, pour que cette transaction bien qu'accompagnée «des formalités prescrites doive être annulée en ce qu'il «n'y a pas été représenté par son subrogé-tuteur; et en «cas pareil l'opposition d'intérêts est résultée de ce que «le tuteur a abandonné les intérêts des mineurs pour «ne songer qu'aux siens propres (1);» omdat eerst door die transactie de voogd zich ten koste des minderjarigen bevoordeelde.

Wanneer alzoo behartiging van eigen regten en verplichtingen voor den voogd moet te weeg brengen benadeeling van die des minderjarigen, dan is hij onbevoegd, en moet de toeziende voogd zijne plaats innemen (2). Zoo niet, zijn bij de handeling de regten des voogds niet betrokken, dan moet hij vertegenwoordigen, en mag de toeziende voogd niet in zijne plaats treden.

Doch en voogd en toeziende voogd, beiden kunnen met den minderjarige een tegenstrijdig belang hebben; wat dan? Bij boedelscheiding vinden wij de bepaling, dat in dat geval beiden zich moeten onthouden en een of meer deelvoogden die minderjarigen moeten vertegenwoordigen. Er zijn evenwel meerdere omstandigheden, waarin een gelijk tegenstrijdig belang kan bestaan: men denke slechts aan koop en verkoop, huur en verhuur, maar vooral aan dading, welke zoo dikwijls eene boedelscheiding voorafgaat, en derhalve als een gedeelte

(1) DALLOZ, *Répertoire Meth. et Alph. de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Tom. 32. Minorité § 301.

(2) Zie vonnis Amsterdam, *Weekbl. v. h. Regt*, n^o. 366.

daarvan kan beschouwd worden, maar ook zonder deze mogelijk en noodzakelijk kan zijn.

Nergens geeft de wet aanleiding tot de vooronderstelling, dat het geoorloofd is in zoodanige gevallen *deelvoogden*, bijzondere voogden, of hoe men ze noemen wil, te benoemen. Het regt van minderjarigen te vertegenwoordigen moet m. i. op de wet gegrond zijn, doch kan niet bij analogie daaruit ontleend worden. Zoo kan bij voogdij van den vader, wanneer deze, even als de toeziende voogd, een met den minderjarige tegenstrijdig belang heeft, krachtens art. 365 B. W., een bijzonder curator benoemd worden; doch wordt de benoeming van zoodanigen curator in andere omstandigheden, b. v. bij testamentaire voogdij, niet voorgeschreven, en niet op de wet gegrond, zou zij, m. i., onwettig zijn en daarom geen regt geven.

Wel zegt DALLOZ, § 719 (1): «Enfin on peut poser comme règle générale qu'il y a lieu à la nomination d'un tuteur ad hoc toutes les fois, que le mineur a des intérêts opposés à ceux de son tuteur;» doch uit hetgeen hij daarop laat volgen blijkt, dat hij in den regel onder tuteur ad hoc verstaat den toezienden voogd.

De wetgever heeft zoo bepaaldelijk de verschillende gevallen onderscheiden, wanneer en hoe de voogd vervangen moet worden, dat ik schroom om den regter dit regt in andere omstandigheden toe te staan, wanneer de wet daaromtrent niets bepaald heeft. Doch dan ook is de handeling tijdelijk onmogelijk, ten zij de voogd of toeziende voogd, door in het bijzonder geval van art. 436, n°. 4, B. W. eerst zijn ontslag te verzoeken en een anderen voogd of toezienden voogd te doen benoemen, de onmogelijkheid der handeling doet ophouden; of wel, indien zijn belang dit vorderde, door de benoeming van eenen bewindvoerder ten zijnen koste, krachtens art. 387

(1) L. C.

Themis, D. II, 3de St. [1855].

B. W., doet voorzien in het gebrekige, eigen aan hunne vertegenwoordiging, dewijl beiden met den minderjarige een tegenstrijdig belang hebben. Vindt men hiertoe geene aanleiding, dan moet men wel tot het besluit komen, dat zoolang de voogdij duurt, de handeling onmogelijk is, daar voogd en toezierende voogd beiden even onbevoegd zijn, en hunne vervanging door de wet niet erkend wordt.

Hoe nu, wanneer niet de voogd en de toezierende voogd, of een hunner, maar de minderjarigen zelve onderling tegenstrijdige belangen hebben? Dit doet zich telkens, ja bijna bij iedere boedelscheiding voor. Stel twee minderjarige broeders of zusters moeten eenen boedel deelen; wien zullen het land, wien de effecten aanbedeeld worden? De eene minderjarige is tot inbreng gehouden, de ander niet, terwijl het bedrag onzeker is; de een is bij testament bevoordeeld, de ander heeft belang bij de vernietiging van de erfstelling des eersten. Wie zal bepalen, of de vernietiging van het testament of der erfstelling moet gevraagd worden? Zal de voogd naar willekeur die vernietiging vragen of de geldigheid der beschikking beweren, dan wel naar verkiezing met een van beiden den toezierenden voogd kunnen belasten.

Geenszins is het in deze de vraag, op welke wijze de voogd, of, indien deze uit eigen hoofde een tegenstrijdig belang hebbende verhinderd wordt, de toezierende voogd het best zijne verantwoordelijkheid kan dekken, maar wat regtens, wat zijn pligt is. Hij toch is voogd en moet alzoo, met uitsluiting van ieder ander, den minderjarige vertegenwoordigen, zoolang de wet daartoe geenen anderen aanwijst; weigering of nalatigheid stelt hem verantwoordelijk voor de schade daardoor veroorzaakt.

Onder den Code Nap. kon ik de vraag niet stellen, want art. 838 zeide bepaaldelijk: «S'il y a plusieurs mineurs, qui aient des intérêts opposés dans le partage,

il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial et particulier.» Ons Burgerlijk Wetboek heeft die bepaling niet overgenomen; terwijl art. 1118 B. W. alleen spreekt van tegenstrijdige belangen tusschen den voogd en toezienenden voogd met de minderjarigen, en niet tusschen dezen onderling.

Om deze zwaarigheid uit den weg te ruimen, stelde men, dat, even als onder de Fransche wetgeving, het regelmatig zoude zijn, in zoodanig geval voor ieder kind eenen deelvoogd of dergelijk persoon te benoemen. Boven heb ik reeds mijne meening te kennen gegeven over zoodanige benoemingen, buiten de gevallen in de wet bepaald. Art. 838 C. N. is niet overgenomen, weshalve er geene bepaling is, welke den regter tot die benoeming magtigt, en uit het niet overnemen van die bepaling wel zal moeten besloten worden, dat de bevoegdheid tot het aanstellen van zoodanige bijzondere voogden is afschaft. De aanstelling van zoodanigen niet meer bij de wet erkenden persoon, zou m. i. mitsdien onwettig zijn, en de andere belanghebbenden zouden te regt zwaarigheid maken te handelen met iemand, wiens daden de minderjarigen later zouden kunnen ontkennen. Evenmin of minder nog zou de benoeming van eenen deelvoogd, ambtshalve door den kantonregter, regtens zijn. Zijn toch partijen onbevoegd haar te vragen, waaruit zal de regter zijne magt ontleenen om haar ambtshalve uit te spreken. Die bemoeijingen ambtshalve kunnen de door de wet gestelde gevallen niet te buiten gaan, of zij worden willekeur. Het ontslag van den voogd en de benoeming van eenen anderen, of wel de vertegenwoordiging des minderjarigen door den toezienenden voogd baat evenmin, dewijl daardoor de vraag niet opgelost wordt.

Zijn er slechts twee minderjarigen, zoo zou men, hoewel hiertoe de wet geene aanleiding geeft, den een' door den voogd en den ander' door den toezienenden voogd

kunnen doen vertegenwoordigen, doch zijn er meer, wat dan? Hetgeen regtens is, wanneer er meer minderjarigen zijn, zal dit ook wezen, wanneer er slechts twee zijn.

Indien ik schreef de jure constituendo, zoude ik wenschen, dat bij eene algemeene bepaling den kantonregter de bevoegdheid opgedragen wierd, om bij tegenstrijdige belangen tusschen minderjarigen onderling of tusschen minderjarigen en hen, die deze vertegenwoordigen, voor zoodanige gevallen andere vertegenwoordigers te benoemen. Hierdoor zouden al die bijzondere bepalingen vervallen en daarmede het vreemde, dat die benoeming nu eens door de regtbank en dan weder door den kantonregter geschiedt. Maar wij hebben te doen met de geschreven wet; het is derhalve niet de vraag; wat wenschelijk, maar wat regtens is.

De wet zegt: «de voogd zal den minderjarige in alle «burgerlijke handelingen vertegenwoordigen (art. 441 «B. W.).» Meer gebiedend kon zij niet spreken; de eenige uitzondering, welke zij op dit gebod toelaat, is, wanneer de voogd uit eigen hoofde een tegenstrijdig belang met dien minderjarigen heeft; dan wordt die vertegenwoordiging tijdelijk op den toezienden voogd overgedragen (art. 427 B. W.). Welke bezwaren de voogd moge hebben, hij alleen moet dus handelen, zolang hij niet uit eigen hoofde een tegenstrijdig belang heeft. Weigering of nalatigheid kan alleen ten gevolge hebben, dat ten zijnen koste een bewindvoerder benoemd worde, die onder verantwoordelijkheid des voogds handelt (art. 387 B. W.); en zal de toeziende voogd daarvoor kunnen en ook moeten zorgen. Het veiligst zal dus de voogd doen zelf te handelen, en hiertoe is hij ook verplicht, want de wet laat hem geene andere uitkomst. Doch hiervan is het gevolg, dat bij voorkomende gevallen hij voor ieder dier minderjarigen moet kiezen. Bij boedelscheiding

zal dit voor de verdeeling der goederen weinig bezwaar leveren, daar hij des verkiezende krachtens art. 1125 B. W. door het lot die verdeeling kan doen bewerkstelligen.

Vreemd schijnt het, dat bij koop en verkoop en bij dergelijke overeenkomsten, hoewel dit zeldzaam zal voorkomen, hij alzoo bij dezelfde acte verkooper en koper zal zijn, doch dat bevreemdende verdwijnt, wanneer men bedenkt, dat ook bij boedelscheiding hij wel voor den eenen eene overbedeeling kan aannemen, en daaruit aan den anderen diens aandeel geheel of gedeeltelijk betalen.

Moeijelijker wordt de toestand van den voogd, wanneer een uiterste wil betwistbaar in den vorm of in de erfstelling zijne minderjarigen als partijen tegenover elkander doet staan. Hij moet kiezen dien uitersten wil ter zijde te stellen of ten uitvoer te leggen, het geschil door den regter te doen uitmaken of daaraan door dading een einde te maken. Eigenmagtig dien uitersten wil ter zijde leggende of dien uitvoerende, stelt hij zich bloot aan eene actie van den benadeelde, wanneer deze meerderjarig geworden rekening en verantwoording vraagt. Alleen op eene der beide laatste wijzen dekt hij zijne verantwoordelijkheid, want is zijne meening ongegrond, dan weigert de regter de magtiging tot het geding of de goedkeuring aan de dading; was zij gegrond, dan zal het eindvonnis op het geding of de goedgekeurde dading hem verantwoorden.

In al deze gevallen zal hij alzoo al de minderjarigen, beide partijen moeten vertegenwoordigen. Hierin is niets ongerijms gelegen, zijne voogdij onsplitsbaar ten opzichte van iederen minderjarige in het bijzonder (art. 587 ontw. 1824), is daarom niet onsplitsbaar voor allen te zamen. Voor ieder beheert hij in het bijzonder, ieder vraagt later alleen voor zich zelve rekening en verant-

woording, want zij moet gedaan worden, «zoodra een «minderjarige zijne meerderjarigheid heeft bereikt» (art. 468 B. W.); op dat tijdstip en niet wanneer de laatste meerderjarig wordt, eindigt het beheer van den voogd (art. 467 B. W.) voor ieder afzonderlijk. Dat de voogdij voor elken minderjarige op zich zelve moet beschouwd worden, volgt ook daaruit, dat de wet niet bepaald zegt, dat één en dezelfde persoon voor al de kinderen uit hetzelfde huwelijk tot voogd moet verkozen worden. Art. 413 B. W. zegt: «in de voogdij zal worden «voorzien:» het staat alzoo aan het toezigt des kanton-regters, of hij voor allen één, dan wel voor ieder kind op zich zelve een' voogd zal benoemen; het onbepaalde lidwoord in art. 409 laat mede den langstlevende der ouders vrij voor elk kind eenen bijzonderen voogd te benoemen (1).

Er zijn derhalve in iedere voogdij zoo vele administratiën als er kinderen zijn, en even zoo vele hoedanigheden vereenigt de voogd op zich. Dezelfde persoon kan wel van meerdere, die toch niet altijd gelijke belangen zullen hebben, lasthebber zijn; waarom zou de voogd niet te gelijker tijd meer dan één minderjarige, hoewel zij tegenstrijdige belangen hebben, kunnen vertegenwoordigen. Voor den eersten handelende is hij een ander persoon, dan wanneer hij den tweeden vertegenwoordigt.

(1) Zie ook *Juridische Vraagstukken*, 1854, p. 331.

*Over de kracht der hypotheek tot verzekering van
een geopend crediet; door Mr. AUG. PHILIPS,
Advocaat te Amsterdam.*

In de tegenwoordige maatschappelijke betrekkingen neemt het crediet noodzakelijk eene grootere plaats in dan vroeger het geval was. De groote omvang, welken het vermogen in roerende goederen bereikt heeft en de spoedigere vorming van nieuwe kapitalen, maakt het den eigenaar veelal noodzakelijk deze, tot vruchbaar gebruik, aan vreemde handen toe te vertrouwen. De breede schaal, waarop handel en nijverheid gedreven worden en meest, zoo zij tegen mededinging zullen bestand zijn, ook gedreven moeten worden, vordert aan de andere zijde de beschikking over middelen, die vaak de krachten van den handelaar te boven gaan en hem het aanwenden van vreemde kapitalen wenschelijk maakt. Tusschen hem die gelden wenscht te plaatsen en hem, die zich de beschikking over gelden van anderen zoekt te verzekeren, vormt in den handel de bankier den meest gewonen schakel; maar ook een aantal andere instellingen zijn er ontstaan, die in allerlei vormen hetzelfde doel beoogen, schoon onderling verschillend in de voorwaarden en wijzen waarop zij werken, zoowel als in de keuze der takken van nijverheid te wier behoefte zij zich voorstellen het crediet meer algemeen of minder bezwarend te maken.

Met de veelvuldigheid en het gewigt dier handelingen, die het verschaffen van crediet ten doel hebben, vermeedert ook het belang dat de daaruit tusschen de partijen ontstaande regtsbetrekkingen vast en ontwijfelbaar zijn. Bij het ter leen geven van gelden tegen een waarborg uit roerende goederen bestaande, is de regts-toestand nog verre van die zoo wenschelijke vastheid te hebben bereikt en mogen de belanghebbenden inder-

daad meer op de eerbiediging door heerschende goede trouw dan op de bescherming der wet staat maken. Men denke slechts aan de tegenstrijdige regtspraak over de kracht der beleening- en prolongatie-contracten en over het al of niet geoorloofde eener vindicatie van papieren aan toonder, om te beseffen op welk een wan- kelenden grond het crediet op roerende goederen ge- bouwd is, wanneer het zich niet van den weinig rekke- lijken vorm, dien het pand-regt aanbiedt, kan bedienen.

Beter is het gesteld waar den uitleener tot waarborg zijner vorderingen een regt op onroerende goederen wordt toegekend. Het bij onze wet aangenomen stelsel van hypotheeken levert buiten kijf den geldschieter eene aanmerkelijk grootere zekerheid op dan de vroegere wetgeving verschafte, en talrijke gevaren en hindernis- sen zijn thans uit den weg geruimd, die het weleer niet wel mogelijk was te ontgaan. Maar ofschoon menige vraag, welke onder de heerschappij van den *Code Civil* de schrijvers verdeeld hield, thans òf beslist is òf niet meer kan ontstaan, zoo is toch ook onder onze wetge- ving nog altijd een punt in twijfel, hetgeen, juist met betrekking tot crediet, van het hoogste belang is. Het geldt de kracht, welke moet worden toegekend aan eene hypotheek gevestigd tot waarborg van een geopend, maar nog niet gebruikt crediet. De vraag is, naar mijn oordeel, ook na velerlei proeve van oplossing eene be- handeling nog overwaard.

De feitelijke samenhang, waarin het regtspunt eene beslissing vereischt, is gemeenlijk van dezen aard (1). Een bankier verbindt zich aan iemand gedurende eenen bepaalden tijd een crediet te verleenen tot een zeker bedrag, tot waarborg van welk crediet de ander hypo- theek verleent. De hypotheek wordt ingeschreven op den dag der aangegane overeenkomst. Vóór dat de crediet-

(1) Zie voorbeelden in de later aan te halen arresten en schrijvers.

nemer van de hem toegekende bevoegdheid, om over gelden des bankiers te beschikken, gebruik maakt, leent hij gelden van een ander of gaat jegens een ander eene schuld aan, voor welke hij dezelfde goederen hypotheccair verbindt.

Welke hypotheek heeft den voorrang?

Dezelfde vraag doet zich voor wanneer een fabrikant zich heeft verplicht tot het leveren van goederen op crediet, in zoodanige mate en op zulken tijd als zal worden verlangd en zich hypotheek heeft bedongen tot zekerheid voor de vorderingen, welke hij aldus genoodzaakt kan worden te verkrijgen.

Alvorens over te gaan tot de behandeling van den rang, welke aan zoodanige hypotheek toekomt, moet vooraf de twijfel worden vermeld, die nopens hare geheele geldigheid is geopperd.

Hypotheek, namelijk, is een regt des schuldeischers op onroerende goederen om daaraan de voldoening eener verbindtenis te verhalen; het kan niet bestaan zonder verbindtenis voor welke nakoming het ten waarborg strekt; het is, in één woord, slechts een accessoir regt, zonder eene hoofdverbindtenis ondenkbaar. De hoofdverbindtenis, tot welke verzekering hier de hypotheek verleend wordt is, volgens de redenering der Fransche schrijvers over dit onderwerp, de verplichting des credietnemers om de gelden, welke hij ten gevolge van het hem geopend crediet zal genieten, aan den credietgever terug te betalen. Maar deze verbindtenis bestaat nog niet tijdens het sluiten der overeenkomst en de inschrijving der hypotheek, en het is zelfs geheel afhankelijk van den wil des nemers of die verbindtenis wel ooit zal bestaan. Immers, hij heeft wel het regt verkregen over de bepaalde som te beschikken, maar hij is daartoe niet verplicht; indien hij van het geopend crediet geen gebruik maakt zal hij nimmer tot eenige

teruggave gehouden zijn. De verplichting tot terugbetaling is derhalve afhankelijk van eene voorwaarde, welker vervulling geheel afhangt van den wil des schuldenaars; en daar nu volgens de bepaling van art. 1174 *Code Civil* (1) zoodanige verbindtenissen nietig zijn, moet ook aan de daarvan afhankelijke hypotheek alle kracht worden ontzegd (2).

Wanneer men eenmaal het bestaan eener potestative voorwaarde aanneemt is het niet te ontkennen dat de gevolgtrekking door de woorden van het aangehaald art. gewettigd wordt; strikt opgevat laten zij ook de uitlegging niet toe, welke TROP LONG er aan geeft, als of de nietigheid niet eene volstreckte ware en door de vervulling der voorwaarde ware gedekt. Maar de aangehaalde wetsbepaling is zeker in te ruime uitdrukkingen gesteld en behoort beperkt te worden tot dezelfde gedachte, die in ons art. 1292 van het Burgerl. Wetb. vollediger is opgenomen. Wanneer men zich met deze uitlegging, door de meeste schrijvers en ook door de regtspraak aangenomen (3), vereenigt, dan vervalt ook voor het Fransche regt de eenige grond waarop de twijfel aan de geheele geldigheid der hypotheek berustte. In ons regt schijnt de geldigheid eener hypotheek voor eene toekomstige verbindtenis verleend en behoorlijk ingeschreven, even weinig betwistbaar als in het Romeinsche regt het geval was. « Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunq; obligatione . . . sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione; . . . *sed et futurae obligationis nomine dari possunt* (4).» Maar

(1) «Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.»

(2) DELVINCOURT VIII. 58. Zie voorts MERLIN, *Questions v. Hypoth.* III. TROP LONG, *Privilèges et Hypoth.*, I, n. 480.

(3) Zie v. SAVIGNY, *System* III, § 117, nol. h. MARCAÛÉ ad art.

(4) l. 5 D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) Ook bij andere accessoire

dewijl hypotheek zonder hoofdverbindtenis onbestaanbaar is, zoo zal het vooraf verleende zakelijke regt eerst dan kracht verkrijgen als de verbindtenis werkelijk geboren wordt, even als zulks met borgtocht en andere accessoire verplichtingen het geval is (1).

Het is juist deze laatste stelling die bij de crediet-hypotheek tot talrijke moeilijkheden en strijd aanleiding geeft, dewijl daardoor haar rang tegenover later verleende hypotheken gevaar loopt. De vraag is overigens geenszins nieuw en is reeds in het Romeinsche regt (en naar aanleiding daarvan, door de commentatoren van dat regt) ter sprake gebracht. De l. 11 pr. D. *Qui potiores* (XX. 4), schijnt op ons geval volkomen toepasselijk. «Potior est in pignore qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam: quamvis cum alio ante convenerat ut, si ab eo pecuniam acceperit sit res obligata; licet ab hoc postea accepit. Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.» En daarmede stemt geheel overeen de inhoud der l. 4. D. *Quae res pignori* (XX. 3): «TITIVS, cum mutuam pecuniam accipere vellet a MAEVIO, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit (PAULUS) quum in potestate fuerit debitoris,

regten is dat niet te betwijfelen. «Neminem puto dubitaturum quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit.» l. 35 D. de iudiciis (5. i.) l. 6. § 2 de fidejuss. et mand. (45.1.)

(1) POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, ch. 1. sect. II, art. 3. «On peut «même constituer une hypothèque pour une dette qui n'a point été contractée, mais qu'on contractera; mais comme il ne peut y avoir une hypothèque, qu'il n'y ait une dette, cette hypothèque n'aura lieu que du jour «que la dette aura été contractée.»

DURANTON, *Cours* XVIII, n^o. 297.

DALLOZ, *Répertoire* (nieuwe uitgave) v. Cautionnement, n^o. 68.

post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est; et ideo inspiciendum quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.» In deze beide plaatsen wordt het geval gesteld dat TIRIUS, voornemens zijnde van MÆVIUS geld te leen te nemen, aan dezen hypotheek op zekere goederen toestaat; vóórdat hij gelden van MÆVIUS ontvangt verbindt hij dezelfde zaken voor eene bestaande schuld aan anderen, of wel verkoopt hij eenige dier goederen. In het eerste geval wordt beslist dat de later verleende hypotheek den voorrang heeft; terwijl in het tweede geval het geheele bestaan der hypotheek op de verkochte goederen ontkend, wordt, omdat de hypotheek eerst met het ontstaan der verbindtenis aanvangt en de verbondene op dat tijdstip geene regten meer op die goederen bezat. De grond van beide beslissingen is deze dat de hypotheekgever door het geld niet te vragen van alle verplichtingen bevrijd blijft en er alzoo, vóór het werkelijk ontvangen van geld, geene verbindtenis te zijnen laste bestaat (1).

Te vergeefs poogt men tegen die uitspraken anderen over te stellen, in welke eene verschillende meening zoude gehuldigd zijn. Men pleegt als zoodanig vóór allen te wijzen op l. 1 D. *Qui potiores* (XX. 4). PAPINIANUS stelt daar het geval dat hij die zich verbonden heeft een huwelijksgoed voor eene vrouw te geven, hypotheek bedingt voor de teruggave, en dat, na gedeeltelijke betaling dier bruidschat, de man dezelfde goederen voor eene andere schuld bezwaart. In dat geval, beslist de jurist, moet niet de tijd der betaling, maar die waarop de verbindtenis is aangegaan tot maatstaf strekken en de hypo-

(1) l. 30 D. *de rebus creditis* (XII. 1.) «Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet ne accipiendo se obstringat.»

theek voor het volle bedrag van dat oogenblik af gelden. Doch hierin is inderdaad geene afwijking van de vorige beslissing zichtbaar. De *dos*, welke de man verbonden is te restitueren, is namelijk niet slechts dan aanwezig wanneer het bedrag daarvan is uitbetaald, maar reeds zoodra iemand zich tot het geven eener *dos* verbonden heeft en het vermogen van den man alzoo met eene vordering vermeerderd is. Juist in die vordering bestaat dan de *dos*. *Dotis promissio* is reeds eene *dotis constitutio*(1); en daarom ontstaat te gelijk met die *promissio* de verbindtenis tot teruggave, welke door hypotheek kan verzekerd worden. — Die plaats kan dus niet gebezigd worden als voorbeeld dat er eene hypotheek werd erkend vóórdat de hoofdverbindtenis ontstaan was. Met niet meer grond eene andere daartoe bijgebragte plaats. AFRICANUS verhaalt namelijk (in l. 9 D. *Qui potiores*) het volgende geval: Er is een had gehuurd tegen den eersten Julij en tot pand voor de voldoening der huur is een slaaf gegeven, op wien echter nog vóór het ingaan der huur aan een ander pandregt wordt toegestaan; ofschoon er nog niets wegens de huur verschuldigd is, zegt AFRICANUS, moet toch de verhuurder in het bezit van zijn pand worden gehandhaafd en den ander voorgaan. — Maar het is duidelijk dat hier uit de huur-overeenkomst nog wel geene geldschuld, maar toch reeds eene verbindtenis bestaat, op welke het accessoire pandregt kan steunen. Er kan wel hypotheek of pand bestaan ter verzekering van regten, die men nog niet kan doen gelden, maar zonder eenig regt is het accessoir niet mogelijk.

Men ziet dat de grond, op welchen de Romeinsche juristen

(1) PUCHTA, *Pandekten*, § 415. «Die *promissio dotis* an dem «Mann ist eine Bestellung der *dos*; nicht erst Verpflichtung zur Bestellung.» cf. ook *ibid.* § 420. Voorts WINDSCHEID, l. *infra cit.* Tot hoeveel misverstand die l. 1. aanleiding gaf zie men bij TROPLONG, MERLIN en VOET ll. *citand.*

(in de gecit. l. 11 *Quae potiores* en l. 4, *Quae res pignori*) aan de tweede hypotheek den voorrang toekennen, enkel daarin ligt dat de verbindtenis, welke aan de vroegere hypotheek ten onderwerp strekt, eerst later ontstaan is. Die grond is ook volkomen voldoende en op dezen alleen beroepen zich tot staving van hun gevoelen onderscheidene regtsgeleerden in de *Hollandische consultatien* I n^o. 291 en IV n^o. 134. Een brouwer had zich verbonden aan een herbergier bier te leveren op credit, tot eene bepaalde som, en daarvoor speciaal hypotheek bedongen op diens huis. Later wordt hetzelfde huis mede speciaal verbonden voor eene bestaande schuld, vóórdat de levering tot de gecrediteerde som had plaats gehad. Vrage: welke hypotheek voorgaat? » Dunkt den ondergeschreven, alhoewel na regten kennelijk is dat men hypotheecque stellen en krachtelijk affecteeren kan en mach voor eene schuld, die noch te maken is: soo moet nochtans verstaan werden al zulke veronderpanding van te voren gedaan, niet eer kracht te hebben nochte vigeur te krijgen, om te geven *jus prioritatis*, als ten tijde dat de schuld, ten aanzien van de welke dezelve geïnterponeert is, datelijk werd gecontraheert. Want alzoo te voren geene schuld en is, en kan ook niet verstaan werden eenige hypotheecque te wezen, *cum unum sine altero intelligi non possit. Nec possit dici debiti constitutionem fictione juris retrahere ad tempus constitutae hypothecae, quasi tunc in creditum iverit D.; cum potius vice versa hypothecae constitutio ad tempus debiti trahenda sit et tunc primum intercessisse videatur; atque ita secundum vulgare juris enunciatum accessorium sequatur suum principale, non contra.* » Op dit bondig betoog schijnt weinig aan te merken, en onder aanhaling dezer plaatsen wordt hetzelfde gevoelen geleeraard door Voet ad Pandect. tit. *Quae potiores*, n^o. 30; doch daar wordt de beslissing

in verband gebragt met eene andere orde van begrippen, welke wij reeds hebben aangestipt, die aan de geheele zaak vreemd is, doch uit welker inmenging in den volgenden strijd over dit punt eene niet geringe verwarring van denkbeelden ontsproten is.

Men kan, zoo betoogt VOET ter aangehaalde plaatse, men kan eene hypotheek verleenen niet slechts zuiver, maar ook onder eene voorwaarde en niet slechts voor eene zuivere schuld, maar ook voor eene voorwaardelijke schuld. Doch dan merke men op dat de voorrang niet bepaald wordt naar den tijd, op welken de voorwaarde vervuld wordt, maar volgens dat tijdstip waarop de hypotheek verleend is. Zoo geldt de hypotheek door den erfgenaam gesteld tot zekerheid van voorwaardelijke legaten, bij vervulling der voorwaarde boven eene andere, welke in dien tusschentijd voor eene zuivere schuld mogt verleend zijn. Dit geldt evenwel slechts van hypotheek verleend voor eene zoodanige verbindtenis welker voorwaarde niet van den wil des verbondenen afhankelijk is. Daarop vervolge hij aldus: «*Quodsi ex adverso obligationis, cui dies aut conditio adjecta fuit, natura sit ut invito debitore nasci nequeat, contra dicendum fuerit eum potiore fore cui pignus tempore posteriore pro debito puro constitutum, antequam conditio prioris obligationis extitisset; veluti, si cum alio ante convenerit ut si ab eo pecunia acciperetur, res ei obligata esset; vel alius pignus acceperit ad eam summam, quam intra certum diem numeraturus esset et forte priusquam numeraretur alii res pignori data sit; poterat enim is qui ita priori pignus obligaverat non accipere ab eo pecuniam ac sua habebat in potestate an accipiendam se ei obstringat, adeoque eo invito neque conditio impleri potuisset neque debitum nasci. Quin imo ante numerationem tempore medio neque pura neque conditionalis obligatio principalis suberat, sed tantum spes fore ut principaliter*

contraheretur; ac proinde necesse erat pignus quoque inane esse; quippe quod sine pura aut conditionali obligatione praecedente subsistere non poterat.» De beslissing is alzoo dezelfde als die door de Romeinsche juristen en den steller der consultatie gegeven was, namelijk dat eene hypotheek voor toekomstig te sluiten leeningen eerst aanvangt op den dag dat de leening werkelijk gesloten wordt; en niettegenstaande Voet dit betoog in verband brengt met de behandeling van pandrecht voor voorwaardelijke verbindtenissen, verwacht hij de hier bestaande regtsbetrekking daarmede volstrekt niet. Integendeel, hij vestigt er herhaaldelijk de aandacht op dat er hier noch zuivere noch voorwaardelijke verbindtenis bestaat (neque pura neque conditionalis obligatio principalis») en op het onbreken van *alle* verbindtenis grondt hij ten slotte zijne uitspraak.

De Fransche schrijvers echter, die Voet te regt in hooge achting houden en zich bij dit onderwerp meerendeels op hem beroepen, hebben wat hij hem juist en scherp onderscheiden blijft deerlijk ondereen gemengd. TROPLONG (1) omhelst het gevoelen van Voet; meent het nader te staven door een beroep op de uitspraak van BARTOLUS, dat de vervulling eener potestative voorwaarde geene achteruitwerkende kracht heeft («Si conditio est casualis, existente conditione retrotrahitur obligatio; secus si est potestativa»), rangschikt de credit-hypotheek onder de pandregten voor voorwaardelijke verbindtenissen verleend, en ontzegt haar dan op grond van art. 1174 Code Civil alle kracht, tot dat die quasi-voorwaarde zal vervuld zijn (2)! Genoegzaam op

(1) Privilèges et Hypoth., l. 474 seqq.

(2). l. c. n^o. 478. «Cette stipulation d'hypothèque est évidemment assoumise à la condition *si Jacques qui en est débiteur fait usage du crédit*. «Or, c'est là une condition potestative de la part du débiteur...» Hier wordt daarenboven weer de voorwaarde der hypotheek verward met de voorwaarde der verbindtenis, die zij tot zekerheid strekt.

gelijke wijze wordt dezelfde stelling betoogd door MERLIN (1), die, na eerst VOET getrouwer te hebben gevolgd, toch in dezelfde voorstelling van eene verbindtenis onder potestative voorwaarde terugvalt. TOULLIER schroomt evenmin aan eene hypotheek voor een geopend crediet alle kracht te ontzeggen, tot dat er werkelijk van het crediet gebruik wordt gemaakt, zoodat een in den tusschentijd gevestigd hypotheek moet voorgaan (2); en DURANTON, schoon hij een strijdig arrest zoekt te verdedigen, vereenigt zich daarmede (3); maar beiden putten, even als TROPLONG, hun bewijs uit de stelling dat de vervulde potestative voorwaarde niet terugwerkt. Van de gronden evenwel afziende, mag men beweren dat de meest gunstig bekende schrijvers ook voor het tegenwoordige regt de leer der Romeinsche juristen handhaven en de stelling omhelzen, dat de crediet-hypotheek rang heeft, *niet* volgens den dag der inschrijving of der aangegane overeenkomst, maar naar den tijd op welken van het crediet werkelijk is gebruik gemaakt. Of men die leer nu regtvaardigt daardoor, dat er geene hoofdverbindtenis, of wel dat er eene verbindtenis onder *conditio potestativa* bestaat, mag voor de uitkomst vrij onverschillig heeten, hoewel het later zal blijken dat dit in andere opzichten van belang is. Het zal voldoende zijn, behalve de reeds genoemden, nog CHAMPIONNIÈRE en RIGAUD met DALLOZ (4) te vermelden, om de algemeen-

(1) *Questions v. Hypothèque*. § III.

(2) *Droit Civil* VI 546. in not.

(3) *Cours* XIX. 244.

(4) DALLOZ, *Répertoire v. Enregistrement* n°. 1357 in f.: «C'est ainsi qu'en matière civile une opinion généralement admise et que nous avons nous-mêmes adoptée, décide que l'hypothèque offerte par le crédité pour sûreté du crédit qui lui est ouvert par le créditur, prend date non pas du jour du contrat, mais seulement des époques successives auxquelles les avances promises ont été affectées.»

Dat hier gesproken wordt van de geldigheid dier meening *en matière*

Themis, D. II, 3de stuk [1855].

heid te bewijzen dezer leer, voor welke ook in ons regt geheel dezelfde gronden pleiten.

Hoe talrijk en aanzienlijk intusschen de schare is van de voorstanders dezer leer, het ontbreekt ook niet aan schrijvers die een tegengesteld gevoelen in bescherming nemen en aan de crediet-hypothek een rang toekennen naar den tijd der aangegane overeenkomst, dagteekend van de gedane inschrijving (1). Bovenal opmerkelijk is het dat de Fransche geregtschoven en het Hof van Cassatie op dit punt in doorgaanden strijd verkeerden met de meest gezaghebbende schrijvers, en in eene reeks van arresten de kracht en den voorrang der crediet-hypothek standvastig handhaven (2). Of zij daarbij niet meer geleid worden door een gevoel van billijkheid dan door regtskundig te verdedigen redenen, moge blijken uit de ontleding der bewijzen die voor hunne beslissing worden aangevoerd,

civile is geen tegenstelling tegen *matière commerciale*, daar juist de geciteerde arresten aan handelszaken ontleend zijn. Het dient ter onderscheiding van de *matière administrative, de régie*.

Van de duitsche schrijvers zie PUCHTA, *Pandekten*, § 210. 1. SAVIGNY, *System* III § 120, d.

(1) Daaronder behoort ook ZACHARIAE, *Handbuch* II. § 266, n^o. 23. Hij voert voor zijne niet zeer stellig uitgedrukte meening, geenerlei grond aan.

(2) Men vindt de meeste dier arresten geciteerd bij TROPLONG, l. c. (édit. Comment. des Commentair.) DALLOZ, o. c. *Enregistrement* cit. en *Compte Court*. n^o. 65, 66. MERLIN, l. c. en WINDSCHEID infr. cit. In zijn *Traité théorique et pratique des opérations de Banque* (Paris 1853, 2^e édit.) geeft COURCELLE SENEUIL aldus de jurisprudentie op (400):

«L'hypothèque consentie en garantie d'un compte-courant, régulièrement inscrite et conservée, couvre jusqu'à due concurrence le banquier de la totalité des avances faites au moment de la faillite ou de la déconfiture du client.

«Cette dernière décision n'a pas été obtenue sans peine; on a soutenu cet... Aujourd'hui les tribunaux semblent unanimes sur cette grave question.»

Er bestaat, dus beweert men, tusschen den bankier, die een crediet opent, en hem te wiens behoefte dit geschiedt, wel degelijk eene regtsbetrekking. De overeenkomst verbindt den bankier reeds dadelijk om het gecrediteerde bedrag te verschaffen, zoodra de ander het verlangt (1).

Dit voorzeker kan niet worden ontkend; maar te regt antwoordt men, dat de hypotheek immers niet het accessoir is van de verbindtenis des gevers, maar des nemers van crediet. En die laatste is zeker niet tot teruggave van eenige som verbonden krachtens de crediet-overeenkomst; hij wordt het eerst door van het toegekende regt gebruik te maken. Bij het betoog, dat de bankier verbonden is moest nog, om iets te bewijzen, aangetoond worden dat die verbindtenis niet eene éézijdige is. Die weg wordt dan ook, in overeenstemming met onderscheidene arresten, ingeslagen door PARDESSUS (2), PERSIL (3) en DURANTON (4). Maar ook deze zijn het niet eens in de bepaling, welke dan de inhoud der weerkeringe verbindtenis zij. «Er is,» zegt PARDESSUS, «een véritable contrat synallagmatique,» waarbij de bankier zich verbindt geld te verschaffen, en de ander om de bedongen som in den bepaalden termijn tegen zekere rente te nemen, zoodat de laatste, bij gebreke van dit te doen, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen gehouden is. Dit beweren is inderdaad eene volslagen miskenning van het doel der handeling; de credietnemer is immers nooit verplicht van zijn crediet gebruik te maken, of mogt dit bedongen zijn, dan behoort dit geval niet tot de

(1) GRENIER apud TROPLONG l. c.

(2) Cours de droit Commerc. II. 1137.

(3) Questions sur les Privil. Ch. IV, § 3.

(4) Cours l. c. Wij zeiden reeds dat deze schrijver in beginsel een ander gevoelen omhelst, maar «dans l'espèce» verdedigt hij weer de thans besproken meening.

onderstelling, welke aan de vraag te gronde ligt. In den handel, zegt PERSIL, kan men bij den nemer geen volkomen vrijheid onderstellen, die hem de keus zou laten van zijn crediet al of niet gebruik te maken; daar is alles voorzien en berekend; wie weet of hij niet reeds wissels daarop getrokken heeft! Dit bewijst te veel, omdat het onderstelt dat er van het crediet reeds gebruik is gemaakt, terwijl er sprake is van de kracht der hypotheek vóór dit gebruik; maar hij voegt er bij: uit de overeenkomst ontspringt eene dadelijke verbindtenis voor den een, dus moet er ook eene geboren worden voor den ander, want *contractus claudicare non debet*. Deze redenering leidt regtstreeks tot de ontkenning dat uit eene overeenkomst eenzijdige verbindtenissen ontstaan kunnen, en verdient dus waarlijk geene wederlegging. DURANTON neemt daarom eene weerkeerige verbindtenis aan, dewijl er interessen bedongen waren, en de overeenkomst dus ook in het belang des bankiers was; maar hij zegt zelf dat die interessen toch eerst verschuldigd worden van den tijd der betalingen af («à partir des époques des versements»), hetgeen dus niets bijdraagt om het bestaan eener verbindtenis vóór dien tijd aan te toonen. Daartoe zou men inderdaad met meer regt eene andere omstandigheid kunnen doen gelden. Het is namelijk niet ongevoon dat de bankier bij de opening van het crediet eene commissie in rekening brengt, en na vrij langen twist heeft de Fransche regtspraak de wettigheid dier berekening, ook zonder opzettelijk beding, erkend, op grond dat de noodzakelijkheid om de gecrediteerde som steeds ter beschikking te houden regt geeft op eene belooning (1). Reeds door de crediet-overeenkomst wordt alzoo de nemer dit commissieloon, provisie of hoe men het noemen

(1) DALLOZ v. Banquier, n^o. 39, v. Compt. Cour. n^o. 112. COURCELLE SENEUIL o. c. p. 398. Envooral NOBLET, *du Compt. Courant* (Paris 1848) n^o. 163 in not.

wil, schuldig; er bestaat dus ook te zijnen laste dan reeds eene verbindtenis. Maar het antwoord ligt toch voor de hand: het is immers niet *die* verbindtenis, om provisie te voldoen, welke de hypotheek beoogt te verzekeren; en in het beste geval gaat de kracht dezer redenering toch niet verder dan om de hypotheek *tot het bedrag dier provisie* werkzaamheid toe te kennen, hetgeen voorzeker een schraal resultaat zoude zijn! Niet gelukkiger acht ik de poging om het weerkeerige te bewerken, enkel door den vorm der overeenkomst; men wil namelijk in eene uitdrukkelijke verklaring des gecrediteerden, dat hij het crediet aanneemt, een middel vinden om de weerkeerigheid der verbindtenis buiten twijfel te stellen. Doch die aanneming blijft steeds de aanneming van een toegekend regt, waardoor men wel den credietgever den terugtogt afsnijdt, maar niet zelve eene verplichting op zich neemt, even weinig als dit, bij voorbeeld, geschiedt door de aanneming eener borgtogt of schenking. Het betoog voor het bestaan eener wederzijdsche verbindtenis schijnt ons derhalve mislukt en geenszins de stelling te hebben verzwakt: dat de verplichting om terug te geven eerst ontstaat nadat er zal zijn ontvangen.

Maar dat ontvangen (aldus luidt een tweede grond), moet als reeds geschied worden aangemerkt. Men moet zich de zaak voorstellen alsof de credietnemer de geheele som reeds had genoten, en die thans bij den bankier, als bij zijn' kashouder, heeft laten berusten; er heeft als eene *ficta traditio* plaats gevonden (1). Ik betwijfel of men zich de gevolgen dezer stelling wel voor den geest hebbe gebragt; zij leidt, consequent voortgezet, daartoe, dat de gecrediteerde som reeds eigendom is van

(1) PERSIL l. c. «Par une espèce de tradition feinte il est censé d'avoir reçu les 200,000 francs et les avoir bientôt après déposés dans la caisse [du banquier] pour s'en servir à volonté.

den nemer; dat zij bij overlijden aan zijne erven, bij faillissement aan zijnen boedel behoort; dat zijne schuldeischers er beslag op kunnen leggen, en den bankier, als derden houder, tot verklaring noodzaken, terwijl in al die gevallen de mogelijkheid tot compensatie veeltijds kan verijdeld worden. Ja zelfs! dewijl de bankier dan als bewaarnemer moest worden beschouwd, zou compensatie altijd zijn uitgesloten, krachtens art. 1465, 2 B. W. Maar daargelaten het bedenkelijke en gevaarlijke dat in de aanneming dezer stelling voor den handel gelegen ware, zoekt men te vergeefs naar eenigen regtsgrond, waarop die *traditio ficta* kan worden beweerd. Eene *fictio* nu mag zonder regtsregel niet worden ondersteld. En, hetgeen alléén ik reeds beslissend tegen haar acht, zij is volkomen met de overeenkomst in tegenspraak en vernietigt haar. Want terwijl de overeenkomst strekt om eene verplichting tot leenen te doen ontstaan, strekt de *fictio* om die verplichting als reeds vervuld te beschouwen.

Meerdereren schijn heeft het volgende. De toestand van den bankier die zich verbonden heeft tot zeker bedrag crediet te verleen, is in den grond der zaak dezelfde, alsof hij tot dat bedrag promessen had gegeven, of wissels des nemers aan eigene order had geaccepteerd. In het eene zoowel als in het andere geval kan hij genoodzaakt worden dat bedrag uit te keeren, en in beide gevallen slechts indien de credietnemer het verlangt. De strengere dwang der wisselbepalingen raakt het wezen der zaak en den aard der verbindtenis niet. Ook voor den credietnemer is in beide gevallen de toestand dezelfde, en het zal meest van toevallige omstandigheden afhangen of het wenschelijker is een crediet te genieten, waarover men beschikt als men het noodig acht, of wel voor het geheele bedrag acceptatiën te nemen, die men in portefeuille houdt en naar gelang der behoefte in omloop brengt.

Die verschillende vorm, waarin het crediet gekleed wordt, behoort geen invloed te oefenen op de regtsbetrekking, die dezelfde blijft. Nu betwijfelt niemand dat hij, die op de laatste wijze crediet verleent, reeds dadelijk schuldeischer wordt voor het geaccepteerde bedrag, en dat de hypotheek tot waarborg zijner vordering zal dagteekenen van den tijd, waarop de acceptatiën zijn gegeven — niet eerst van het oogenblik waarop de houder ze in omloop brengt. Waarom niet evenzeer de hypotheek voor een geopend boek-crediet?

Dit denkbeeld ligt, schoon niet uitvoerig ontwikkeld, bij eenige arresten ten grond (1). Van nabij beschouwd, blijkt echter de gelijkstelling tusschen hem, die zich verbindt crediet te verleenen, en die promessen afgeeft, ten eenemale onhoudbaar. Die een crediet opent is voorwaardelijk schuldenaar, die promessen afgeeft, verbindt zich zuiver (2); de eerste verbindt zich te *leenen*, de tweede te *betalen*. De gevolgen van dat onderscheid zijn praktisch gewichtig: de eerste is gehouden eene overeenkomst aan te gaan, die zonder de toestemming der partij niet mogelijk is; de tweede is schuldenaar eener geldsom, die hij ook tegen den wil der partij kan betalen (3); bij niet-nakoming zijner verbindtenis is de eerste slechts gehouden het *interesse* te vergoeden, de tweede het volle bedrag der acceptatiën te voldoen. Wel kunnen beiden

(1) Ook SIREY, XIV. 2 p. schijnt daarvan niet vreemd.

(2) Wel is waar bestaat de noodzakelijkheid om eene verplichting na te komen altijd slechts zoo de gerechtigden het verlangen (SAVIGNY *System*, III, § 117 b.) en daarom zou men dit verschil schijnbaar kunnen achten. Doch in het eerste geval is niet de noodzakelijkheid tot uitvoering, maar het bestaan zelve der verplichting van eene wilsverklaring afhankelijk. Is die wilsverklaring niet geschied, dan bestaat er geen recht, dat op de erven b. v. zou overgaan, hetgeen met de vordering, krachtens eene in den hoedel gevonden acceptatie, wel het geval zal zijn.

(3) Art. 240 W. K., j^s artt. 1417 en 1440 B. W. Zie VISSERING, *het Wisselrecht der 19^e eeuw*, p. 94.

genoodzaakt worden gelden uit te keeren, maar de een tot verkrijging eener vordering, de ander tot delging eener schuld.

Is de toestand aan zijde des gevers dus niet gelijk, evenmin die aan zijde des nemers. Wie een crediet bedingt, kan de beschikking over de gecrediteerde som *vorderen*; die acceptatiën ontvangt heeft de beschikking reeds *verkregen*. Of de verstrekking geschiedt in schuldbekentenissen van A., van de Nederl. Bank of van den credietgever is hetzelfde, in elk geval is de waarde uit het vermogen des eenen reeds in dat des anderen gekomen, en het tijdstip, waarop die waarde in omloop wordt gebracht, is even onverschillig als het oogenblik waarop geleende geldstukken door den leener worden uitgegeven. Vooral het punt, hetgeen hier eigenlijk alleen ter sprake behoeft te komen om de gelijkstelling der hypotheek af te wijzen, is in beide gevallen zeer onderscheiden. Zoodra ten behoeve des nemers het vermogen des credietgevers verminderd is, bestaat er voor den eersten eene verbindtenis tot vergoeding, die onderwerp van hypotheek kan zijn. Dat nu is enkel het geval zoo er acceptatiën gegeven zijn; men vermindert zijn vermogen ook door schuld op zich te nemen, waardoor men, volgens de kernachtige Romeinsche uitdrukking, zijn eigen geld tot *aes alienum* maakt.

Men beweert, al verder, eene verwantschap van de crediet-hypotheek en de hypotheek die de voogd verplicht is te geven tot zekerheid van zijn beheer of de rekenpligtige ambtenaar bij de aanvaarding zijner bediening (1). Die hypotheek ook strekt tot waarborg van penningen, die nog niet ontvangen zijn; het is zelfs mogelijk dat de voogd nooit iets schuldig wordt — en toch is de rang

(1) Bijvoegsel tot het *Staatsblad*, 1848, n^o. 238. De hypotheek wordt daargesteld (Model A) «tot waarborg van zijn goed en deugdelyk beheer en van «de door hem in de opgemelde hoedanigheid te ontvangen penningen» enz.

dier hypotheek door de wet zelve boven allen twijfel verheven. — Men vergeet daarbij dat er nog wel geen geld verschuldigd is, maar dat toch reeds de aanvaarding van voogdij of ambt dadelijke verbindtenissen voortbrengt, onzeker in hare geldswaarde, maar zeker in haar bestaan. De voogd en de ambtenaar hebben, zelfs onafhankelijk van alle geldelijke gehoudenheid, verplichtingen te vervullen en de nakoming daarvan is hetgeen door de hypotheek gewaarborgd wordt (1).

Bij redeneringen, die zonder eenigen regtsgrond aan te geven enkel zich op het belang van den handel en de billijkheid beroepen, wensch ik thans niet stil te staan; maar eene bepaalde overweging verdient nog eene verdediging van den voorrang der crediet-hypotheek, zoo als die voor eenige jaren gevoerd is door WINDSCHEID. (2) In verband met eene eigenaardige beschouwing over de natuur der voorwaardelijke regtsbetrekkingen (waarvan het nieuwe toch ook voor een groot deel in de terminologie schijnt te liggen) onderzoekt hij hier bepaaldelijk de thans behandelde vraag en komt tot het besluit dat de voorrang der crediet-hypotheek op geen der gronden, die men er tot nog toe voor pleegt aan te voeren, houdbaar is. Hij zelf slaat tot hare verdediging een nieuwen weg in. Boven wees ik reeds aan dat de Fransche regtsgeleerden vrij algemeen de

(1) Opmerkelijk is het dat de rang der wettelijke hypotheek des voogds inderdaad in het Rom. Regt betwijfeld is. Zie l. 6. § 4 C. *De bonis quae liber in potest* (VI. 61) «dubitabatur ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio an ex eo, quo male aliquid gestum est.» JUSTINIANUS heft den twijfel op.

(2) Ueber die Wirkung der erfüllten Potestatio-Bedingung, in het *Archiv für Civil Praxis*, 1852 (XXXV. p. 51.) Hij verwijst daarin naar een door hem uitgegeven Academisch programma, hetgeen mij niet ter hand kwam, maar waarvan de strekking is op te maken zoowel uit dit opstel als uit «die «Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung.» Dusseldorf 1850, van denzelfden schrijver.

regtsbetrekking des credietnemers beschouwen als eene verbindtenis, afhankelijk van eene potestative voorwaarde, en juist daarom als óf geheel zonder werking óf eerst aanvangend te werken op het oogenblik van de vervulling der voorwaarde. WINDSCHEID nu stelt met hen het aanwezig zijn eener verbindtenis onder potestative voorwaarde; maar scheidt zich daar van hen af en beweert — in strijd met een algemeen aangenomen gevoelen — dat ook de vervulling eener *potestativa conditio*, even als die der *casualis* en *mixta*, achteruit werkt tot den tijd waarop de overeenkomst is aangegaan. Het gevolg daarvan is dat het onder eenè *conditio potestativa* verleende zakelijke regt bij vervulling der voorwaarde geacht wordt tijdens de wilsverklaring te zijn ontstaan en door latere beschikkingen niet gedeerd wordt.

De stelling zelve, omtrent de kracht der vervulde potestative voorwaarde, behoef ik hier niet te bespreken; zij zoude, trouwens, niet in het voorbijgaan kunnen behandeld worden, maar een opzettelijk onderzoek eischen. Hier mag ik er mij daarom van onthouden omdat, mijns inziens, dat geheele begrip ten onregte in het spel wordt gebracht. Voorwaarde wordt in deze redenering genoemd wat vereischte is der regtsbetrekking (1). De verbindtenis om terug te geven zou bestaan onder voorwaarde dat men ter leen neemt; dit zegt niets anders dan dat er eene leening moet plaats hebben om de verplichtingen des leeners te doen geboren worden. Even juist is de stelling dat een ieder verbonden is onder voorwaarde ... dat hij zich verbindt! men maakt aldus het bestaan der verbindtenis

(1) SAVIGNY, *System* III, § 116. «Ebenso ist es keine wahre Bedingung, wenn das als Bedingung Ausgedrückte ohnehin schon nothwendige Voraussetzung des Rechtsverhältnisses war, so dass die Nothwendigkeit nicht erst auf willkürliche Weise hervorgebracht worden ist,» p. 122. Zie *ibid.* p. 128 en 129.

POCHTA, *Institut*. II, § 204-

tot hare voorwaarde. Eene verbindtenis is voorwaardelijk wanneer, bij alle juridieke vereischten der bindende regtsbetrekking, haar bestaan door partijen nog willekeurig van een feitelijk vereischte afhankelijk wordt gesteld. Maar de voorwaarde zou hier juist in een juridiek vereischte gelegen zijn. Te beweren dat het toetreden van dit vereischte eene achteruitwerkende kracht heeft, is de bewering dat een regt aanwezig is vóór dat de vereischten er van bestaan. Inderdaad schrikt WINDSCHEID daarvoor niet terug. Hij zegt (p. 57). «Dat hier door de handeling (welke de potestative voorwaarde uitmaakt, namelijk, het ter leen vragen) te gelijk eerst een juridiek vereischte voor de mogelijkheid van het bestaan der gewenschte regtsbetrekking (de hypotheek) geboren moet worden, kan geen verschil maken. Immers, wij zeggen dat eene voorwaardelijke wilsverklaring verbindend is, niet omdat zij de te bewerken regtsbetrekking dadelijk te weeg brengt, maar in weerwil dat zij die *niet* te weeg brengt (1).» De geestigheid der uitdrukking bedekt het woordenspel niet. Wij zeggen dat eene voorwaardelijke wilsverklaring verbindend is, omdat zij haren inhoud aan den vrijen wil der partijen onttrekt en voortaan tot juridieke noodzakelijkheid maakt; omdat door die wilsverklaring afstand wordt gedaan van de vrijheid van wil. Die gebondenheid is de regtsbetrekking, die men wenschte voort te brengen, en die bestaat zeer zeker onmiddellijk; eene zuivere verbindtenis daarentegen wordt niet te weeg gebracht juist omdat die *niet* gewild is.

Dat WINDSCHEID niet zoozeer de verpligting des leeners, als wel het bestaan van het pandregt van eene potestative voorwaarde laat afhangen, verbeterd de zaak niet, want juist de verpligting des leeners is regtsvereischte voor

(1) «Denn wir erklären ja eben die bedingte Willenserklärung für bindend nicht, weil sie sogleich das Rechtsverhältniss, worauf sie geht, hervorbringt, sondern trotz dem, dass sie es nicht hervorbringt.»

de hypotheek. Het resultaat is altijd dat men een gevolg aanneemt, hetgeen aan zijne oorzaak zou voorafgaan. — Ook niet dáárdor wordt de voorstelling der regtsbetrekking als verbruikleen onder *potestativa conditio* geregvaardigd, dat de een zich reeds tot het doen der leening verbonden heeft. Wanneer aan een koopman goederen tot zekeren prijs te koop worden aangeboden heeft hij het in zijne magt tot dien prijs kooper te worden. Maar wien zal het in de gedachte komen te beweren, dat hij dan schuldenaar van den koopprijs is — onder de potestative voorwaarde dat hij koope? —

Er is, ook in dat stelsel der potestative voorwaarde, hetgeen WINDSCHEID voorstaat, geen grond te vinden om af te wijken van VOET's regtsleer, dat hier noch voorwaardelijke, noch zuivere verbindtenis aanwezig is en de daarvoor verleende hypotheek alzoo in het geheel geen kracht heeft. Zoo blijft het bij den eenvoudigen en natuurlijken regel in de Hollandsche consultatien op den voorgrond gezet: «*Accessorium sequatur suum principale, non contra.*»

De hypotheek voor de teruggave van te leenen sommen geldt slechts van het oogenblik waarop de leening heeft plaats gehad. Ziedaar de uitkomst tot welke wij gevoerd werden. Bij de overweging van de weinige kracht der gronden daartegen aangevoerd, is het verschijnsel dubbel merkwaardig, dat de Fransche regtspraak zonder weifeling en zonder uitzondering eene andere zienswijze huldigt (1). Er ligt daarin eene sprekende erkenning van de groote onbillijkheden die de eenige, mijns inziens, juiste beslissing der vraag doorgaans met

(1) Even zoo de Rijn-Pruissische regtspraak. Zie WINDSCHEID. Slechts één arrest in tegengestelden zin vind ik aangevoerd van het Belgische Hof van Cassatie, als vermeld in de *Belgique Judiciaire*, II, hetgeen ik niet de gelegenheid had te raadplegen.

zich voert. De credietgever heeft toch zijne verbindtenis, waardoor hij aan de noodzakelijkheid onderworpen is schuldeischer te worden, enkel en alleen aangegaan in het vertrouwen op den waarborg dien het bedongen pand hem aanbood; en terwijl hij gedwongen kan worden zijne belofte na te komen, is het niet billijk dat de hem toegezegde zekerheid verminderd, ja, vernietigd kan worden (1). Voeg daarbij dat met onze inrigting der hypotheek-registers ieder, die later eene hypotheek op dezelfde goederen verkrijgt, kon, ja, moest weten, dat zijn schuldenaar aan een ander op die goederen eene hypotheek konde schuldig worden; zoodat, bij strijd van beider belang, niet de laatst-ingeschreven begunstiging verdient.

Deze en dergelijke bedenkingen, gepaard aan het groote belang dat de handel bij een welgeordend crediet heeft, wegen ongetwijfeld zeer zwaar en mogen zeker als de verklaring der standvastige bescherming dezer hypotheeken door den regter, worden aangemerkt. Zelfs onder hen die eene regtvaardiging dezer beslissing ondoenlijk achten, zijn er die op de genoemde gronden wenschen dat de wetgeving den knoop doorhakke en den voorrang der crediethypotheek vaststelle.

Het is geoorloofd te vragen of dan immer de wettiging wenschelijk is van een begrip, dat men voor juridiek onmogelijk verklaart; of men het in eene wetsbepaling natuurlijk kan achten, wat men in de wetenschap ongerijmd acht, dat namelijk het accessoir zou bestaan zonder het principale, het gevolg zonder oorzaak, een regt zonder zijn inhoud? En of niet die onmiskenbare strijd tusschen regt en regtsgevoel veeleer daarop wijst, dat wij de feitelijke betrekkingen niet regtskundig hebben opgevat; dat wij in den vorm zijn gevangen geraakt en dat alzoo de wensch naar tusschenkomst des

(1) Zie GESTERDING, Pfandrecht, p. 45 (cit. apud WINUSCHEID.)

wetgevers slechts een hulpmiddel zoude zoeken voor eigene onbeholpenheid?

Inderdaad heeft hier, naar mijn inzien, iets dergelijks plaats en ontstaat de aangewezen strijd niet uit den inhoud van het regt, maar uit een gebrek in den vorm; zoodat hij is op te heffen niet door eene onregtskundige bepaling in de wet in te dringen, maar door het regt in geschikter vorm toe te passen. Het betoog daarvan vordert eene korte beschouwing van wat de overeenkomst in waarheid inhoudt.

Die een crediet opent, verbindt zich voor een bepaalden tijd een deel van zijn vermogen te onderwerpen aan de beschikking van een ander. Men stelt het gewoonlijk voor als eene verbindtenis om te leenen (1) en die voorstelling, ofschoon niet geheel juist (2), heeft geen bezwaar. De credietgever verlangt bij het aangaan dier verbindtenis verzekerd te zijn dat de mogelijkerwijze door hem te betalen sommen hem zullen teruggegeven worden. Hij zal, wel is waar, zoodra hij aan of ten behoeve des credietnemers betalingen doet, tegen dezen eene vordering kunnen doen gelden, maar aan die persoonlijke vordering heeft hij niet genoeg; hij verlangt dat de alsdan te verkrijgen vordering eene door (eerste) hypotheek gewaarborgde zij. En hij moet thans reeds verzekerd zijn dat die vordering eene zoodanige wezen zal. Ziedaar klaarblijkelijk wat partijen verlangen; ziedaar ook alles wat noodig is om de overeenkomst veilig te kunnen aangaan. Hetgeen de credietgever behoeft is niet dat hij dadelijk reeds eene hypotheek hebbe voor nog niet aan hem verschuldigde gelden; maar dat hij zekerheid hebbe die hypotheek te verkrijgen, zoodra hem gelden zullen verschuldigd zijn. Zijn doel is: het van

(1) Zie b. v. TROPLONG, du Prêt, n^o. 218.

(2) Immers, dat hangt geheel af van de wijze waarop partijen handelen. Het crediet kan genoten worden door lastgeving, borgtocht, enz.

de willekeur des credietnemers onafhankelijk te stellen, dat hij te gelijk met zijne vordering daarvoor den bedongen waarborg zal verwerven.

Wat nu is noodig om den credietgever de zekerheid te verschaffen dat te gelijk met zijne vordering daarvoor een zoodanig regt zal ontstaan, als hij heeft bedongen? Niets anders, dan dat de credietnemer verstoken worde van zijne bevoegdheid om op de goederen, waarop het regt zal drukken, aan anderen regten toe te kennen; derhalve dat hij afstand doe van zijne bevoegdheid om die goederen te vervreemden of te bezwaren. Daarmede is elk gevaar en elke klagt over onbillijkheid opgeheven; want de gewraakte onbillijkheid lag niet dáárin dat de credietnemer nog niet met hypotheek is bezwaard, maar hierin dat hij het ontstaan dier hypotheek onmogelijk kan maken. «Het zoude immers, zegt VANGEROW (1) (die den voorrang der crediet-hypotheek verdedigt)» het zoude immers de schreeuwendste onbillijkheid zijn, als de toekomstige schuldenaar, die den schuldeischer elk oogenblik dwingen kan zijn woord te houden, van zijne zijde ten nadeele des schuldeischers de verpande zaak vervreemden konde of bezwaren!» Daaruit volgt enkel dat bij den toekomstigen schuldenaar die magt om te vervreemden en te bezwaren niet meer bestaan moet; maar dat er daarom reeds eene hypotheek moet zijn ligt in de gevolgtrekking geenszins opgesloten!

Eene eenvoudige verbindtenis evenwel van niet te vervreemden of te bezwaren zoude geen doel treffen; die verbindtenis moet tegen derden kunnen werken, zoodat eene handeling, met haar strijdig, nietig zij. Een middel om dit te bewerken kan schijnen zeer nabij te liggen; het zou geheel in den geest onzer wetgeving zijn aan eene inschrijving der overeenkomst in de openbare registers, ter zijde der onroerende goederen, de gewenschte werking

(1) *Leitfaden*, II, 763.

toe te kennen. In onderscheidene gevallen wordt aan de inschrijving van eigendomsbeperkingen inderdaad die kracht toegelegd van ze ook tegenover derden geldig te maken, onverschillig of die beperking voortvloeit uit éézijdige wilsverklaring, uit overeenkomst of uit processale handelingen (zie de artt. 1033, 1154, 1230 B. W. en art. 505 B. R.). Maar toch geloof ik dat zij hier die werking zoude ontberen, omdat bij onze wet de openbaarheid der regtsbetrekkingen ten opzichte van onroerende goederen slechts in zeer bepaalde gevallen toegepast en van gevolgen voorzien is (1).

Door het gemis van dien vorm, die zeker de meest gewenschte en meest gepaste ware, is men gedwongen de handeling in een min geschikten te dringen. Nu de verbindtenis van niet te vervreemden of te bezwaren niet onmiddelijk kan worden geldig gemaakt door hare inschrijving — zoodat zij zelve tegen ieder zou worden gehandhaafd door vernietiging van wat in strijd met haar verrigt werd — kan men haar slechts beperkte werking verschaffen en zich tegen hare niet-nakoming, als bij iedere andere verbindtenis, verzekeren door hypotheek. Eene dadelijk werkzame hypotheek is alzoo noodig, enkel omdat de verbindtenis van niet te vervreemden niet door inschrijving tot eene onbevoegdheid kan worden verheven; omdat de verbindtenis geen beperking van eigendom uitwerkt (zoo als in art. 1230 B. W.), maar steeds een persoonlijk regt blijft, alleen geldig tegenover den gecrediteerde. In plaats van vernietiging te kunnen doen uitspreken van hetgeen in strijd met zijn regt is verrigt, kan de credietgever slechts vragen de vergoeding der kosten, schaden en interessen, in welke de verbindtenis zich bij niet-nakoming oplossen zal; maar

(1) Vergelijk over dit punt het belangrijk geschrift van Mr. M. S. POLS, *De openbaarheid des eigendoms en der zakelijke regten*, Leiden 1854, bijzonder hier bl. 89.

deze kan hij dan ook waarborgen door hypotheek.

Wanneer men naauwlettend gadeslaat wat er tusschen partijen voorvalt zal men, geloof ik, de stelling beamen dat er aan zijde des credietnemers, vóór hij van het crediet gebruik maakt, nog geene andere verplichting bestaat dan om zich te onthouden van alles waardoor de credietgever buiten de mogelijkheid zou geraken in het vervolg, voor zijn dan te ontstane vordering, het bedongen zakelijk regt te verkrijgen; dat is, geene andere verplichting dan om het tot pand bestemde niet te vervreemden of te bezwaren. Het komt er slechts op aan den vermogens-toestand des toekomstigen schuldenaars ten opzichte der te verbinden goederen te handhaven, zoo als die thans bij het aangaan der overeenkomst is. Deze stelling wordt ten volle bevestigd door de beschouwing van hetgeen er bij geheel dezelfde handeling plaats vindt, wanneer de zekerheid, voor het geopend crediet bedongen, niet in vaste, maar in roerende goederen bestaat. Bedingt de credietgever zich in dat geval een pandregt voor de mogelijk te ontstane schuld? Geenszins; dat regt ware even onbestaanbaar als de hypotheek bleek te zijn. De bankier verbindt zich in dat geval voorschotten te doen tegen een dépot van waarden (effecten, aandeelen in maatschappijen enz.). Hij wordt niets dan bewaarnemer en kan, vóór er van het crediet gebruik is gemaakt, geenerlei regt op de gedeponeerde waarden beweren. Maar door dat hij houder dier waarden is, wordt de toekomstige schuldenaar buiten de mogelijkheid gesteld er over te beschikken; is hem de magt om te vervreemden of te bezwaren feitelijk ontnomen, zoodat het niet kan missen of er zal, bij het doen van voorschotten, voor den bankier een regt op die waarde ontstaan. Datzelfde wat bij roerende goederen feitelijk tot stand komt, moet bij onroerende regtens geschieden; diezelfde zekerheid, welke de bankier zich

bij roerende goederen door zijn houden verschaft, moet hij bij onroerende door een regtsmiddel verwerven. En waarom is de bankier door dat houden bij roerende goederen veilig? Niet omdat hij zelf er reeds een regt op heeft, maar omdat geen ander er een regt op kan verkrijgen. Dat is het doel bij crediet tegen dépot; dat moet ook het doel zijn bij crediet op vaste goederen; want de geheele overeenkomst en het oogmerk van partijen zijn dezelfde; op hunne regtsbetrekking blijft de verschillende aard der goederen zonder eenigen invloed. Nu is het zeer denkbaar dat de regter, op het voetspoor van den wetgever voortgaande, aan de inschrijving eener overeenkomst van niet te vervreemden of te bezwaren ook tegen derden werkzaamheid toekende, en dan zoude ten opzichte van onroerende goederen volkomen dezelfde zekerheid regtens verworven zijn, die bij roerende feitelijk wordt verkregen. Maar het is minstens even mogelijk dat aan de inschrijving die kracht ontzegd en de verbindtenis slechts tusschen partijen werd gehandhaafd. En daardoor ontstaat er noodzakelijkheid om die verbindtenis door hypotheek te waarborgen.

De ketterij, dat er eene hypotheek zou bestaan zonder hoofdverbindtenis, behoeft dus ten gunste des credietgevers noch verdedigd, noch gewettigd te worden; de vorm moet pas worden gemaakt voor het regt, niet omgekeerd. En nu moge de meest geschikte vorm in de wet ontbreken; hetzelfde doel is toch met volkomen zekerheid te bereiken. De gecrediteerde verbindt zich niet te vervreemden of te bezwaren en verleent tot zekerheid voor de nakoming dezer verbindtenis eene hypotheek op de goederen, welke de verbindtenis betreft. Dat is zeker een omweg, maar zoo wordt de bestaande regtsbetrekking naar waarheid uitgedrukt en buiten het bereik van allen twijfel gesteld (1).

(1) Eene dienovereenkomstig ingerigte akte zoude ongeveer aldus kunnen

Er blijft over te bespreken hoe de nu bestaande hypotheeken tot zekerheid voor de teruggave van later te verleenen voorschotten, moeten beoordeeld worden. Dat zij volgens den strikten inhoud der akten, achter moeten staan bij later ingeschrevene hypotheeken, van welke de hoofdverbindtenis bestond vóórdat de leening was geschied, meen ik te hebben aangetoond. Intusschen poogde ik tevens het betoog te leveren, dat de inhoud dier akten inderdaad niet weergeeft wat tusschen partijen gehandeld en beoogd werd. Kan het nu geoorloofd zijn zich van de letter der akte tegenover derden op de bedoeling te beroepen, en het «plus actum quam scriptum valet,» ook hier toepasselijk te verklaren? Zoude niet alsdan langs den weg der interpretatie worden gedaan, wat zelfs door formeel bewijs niet geschieden mag, namelijk een inhoud der verbindtenis worden aangenomen tegen en buiten den inhoud der authentieke akte? Alles moet daarin, dunkt mij, van de woorden der akte afhangen; zoo deze zich slechts eenigzins daartoe leenen, zal de gunstigste interpretatie voor den credietgever aanbeveling verdienen (1). Maar men kan, bij formele

inlden, nadat in den aanvang A zich had verbonden aan B een crediet te verleenen tot een bedrag van f 50,000.

Tot zekerheid van de eventuele teruggave van hetgeen B ten gevolge dezer overeenkomst zal ontvangen, verbindt B zich, zoolang hij A niet van zijne hoven omschreven verpligting zal hebben ontslagen, de hem in eigendom toebehoorende onroerende goederen x, y, z niet te vervreemden noch te bezwaren, opdat A, ten tijde dat er van het crediet gebruik gemaakt wordt, voor de te leenen sommen op die goederen eene eerste hypotheek kunne verkrijgen, welke B nu voor alsdan verklaart te verleenen.

Tot zekerheid dier verbindtenis (van niet te vervreemden of te bezwaren) verklaart B ten behoeve van A speciaal te verbinden en te hypotheekeren de onroerende goederen x, y, z en zulks voor een bedrag van f 50,000, voor den tijd van jaren.

(1) Bij zeer talrijke akten van dien aard, namelijk die welke van crediet-instellingen uitgaan, kunnen nog geheel andere overwegingen,

regtshandelingen, niet het gebrek in den vorm om de ontwijfelbaarheid der bedoeling voorbijzien.

KOOPHANDELSREGT. *Kan de eigendom van wisselbrieven ook na het faillissement van den betrokkene door middel van endossement worden overgedragen? Ontkennend beantwoord door Mr. J. G. ROCHUSSEN, Advocaat te 's Gravenhage.*

Art. 133 W. K. bepaalt, dat de eigendom van wisselbrieven, *zoolang zij niet zijn vervallen*, aan anderen door middel van endossement kan worden overgedragen.

Uit dit artikel volgt alzoo, dat wisselbrieven, zoodra zij zijn vervallen, dadelijk onvatbaar worden voor verdere eigendoms-overdragt door middel van endossement.

Dit is uitdrukkelijk en ten allen overvloed herhaald bij art. 139 W. K., bepalende, dat wisselbrieven waarvan de verval dag is verstreken, niet vatbaar zijn voor endossement, maar dat de eigendom bij eene afzonderlijke acte van cessie, overeenkomstig de voorschriften van het Burgerlijk Wetboek, moet worden overgedragen.

Met het oog op deze beginselen van ons wisselregt rijst nu de vraag, of de algemeene bevoegdheid bij art. 133 gegeven, om den wisselbrief tot op den verval dag bij endossement over te dragen, al dan niet behoort te worden beperkt of uitgesloten, ingeval de betrokkene vóór het aan onze vraag vreemd, de bij voorbeeld, beslissing bepalen. Zoo kunnen credietgever en nemer met elkander in betrekking van maatschap staan (gelijk dit bij de Amsterdamsche Crediet-Vereeniging het geval is), en eene weérkeerigheid der aangegane verpligting dan reeds dáárin gelegen zijn. Elders is de toestand van crediet-instellingen door voorregten aan het gemeene regt onttrokken. Op deze en diergelijke verscheidenheid kon bij onze beschouwing natuurlijk niet worden gelet.

aanbreken van den vervalddag is gefailleerd,— met andere woorden, of de wisselbrief ook na het faillissement van den betrokkene vatbaar blijft voor endossement tot op den werkelijken vervalddag?

De ratio dubitandi is gelegen in de (naar het schijnt) niet zeer duidelijke redactie van art. 155, bepalende, dat wisselbrieven, zoodra de betrokkene is gefailleerd, *voor vervallen worden gehouden* (1).

Heeft toch de wetgever daarmede willen te kennen geven, dat wisselbrieven, zoodra de betrokkene is gefailleerd, als werkelijk vervallen wisselbrieven, dat is als wisselbrieven, waarvan de vervalddag is verstreken, moeten worden aangemerkt en daarmede gelijk gesteld, dan volgt uit art. 155, in verband met de artt. 133 en 139, dat de wisselbrief, zoodra de betrokkene is gefailleerd, onvatbaar wordt voor verdere endossementen, even als ware de werkelijke vervalddag verstreken.

Neemt men daarentegen aan, dat art. 155 niets anders is dan de bloote toepassing van den bij de wet gestelden regel (2), dat door het faillissement de nog niet vervallen schulden ten laste van den schuldenaar opeischbaar worden, voor zooveel hem betreft, dan wordt de algemeene bevoegdheid bij art. 133 gegeven, om den wisselbrief tot op den vervalddag te endosseren, door art. 155 niet verkort of beperkt, want dan volgt uit die bepaling niets anders, dan dat de betrokkene, zoodra hij is verklaard in staat van faillissement, tot onmiddellijke betaling van den wisselbrief kan worden aangesproken, zonder dat hij den houder

(1) Art. 155 luidt: Wisselbrieven worden gehouden voor vervallen, zoodra de betrokkene is gefailleerd en kunnen door den houder, des verkiezende, dadelijk van non-betaling worden geprotesteerd.

In dat geval kunnen de trekker en de endossanten, aangesproken wordende, de betaling uitstellen tot op den vervalddag in den wissel nitgedrukt, mits inmiddels borg stellende volgens het bepaalde in art. 177.

(2) Art. 1307 B. W., j^o art. 778 W. K.

die de betaling vordert, de dilatoire exceptie kan tegenwerpen, dat de vervaldag nog niet is aangebroken.

De Hooge Raad heeft zich bij een nog zeer recent arrest (1) met deze laatste opvatting vereenigd, en dus beslist, dat de wisselbrief ook na het faillissement van den betrokkene vatbaar blijft voor endossement tot op den werkelijken vervaldag. De gronden, waarop die beslissing berust, komen genoegzaam hierop neder:

dat de bevoegdheid, bij art. 133 gegeven, om den wisselbrief tot op den werkelijken vervaldag door endossement over te dragen, is algemeen en zonder uitzondering;

dat die algemeene bevoegdheid door de bepaling van art. 155 niet wordt verkort en beperkt, omdat daarbij, even als in de geheele afdeeling waarin het artikel is geplaatst, alleen de rede is van de regten en verplichtingen tusschen den houder en den betrokkene ten aanzien van de betaling;

dat uit den inhoud van art. 155 blijkt, dat het gevolg aan dit voor vervallen houden verbonden niets anders is, dan dat de wisselbrief dadelijk tegen den betrokkene van non-betaling kan worden geprotesteerd, en van de endossanten zekerheid voor de betaling ten werkelijken vervaldage gevorderd;

dat hieruit volgt, dat de bepaling van art. 155 alleen den betrokkene betreft, ten wiens aanzien in geval van faillissement, de wisselbrief, ook dan als de vervaltijd nog niet verschenen is, opeischbaar wordt, en voor vervallen wordt gehouden;

dat alzoo door het voor vervallen houden in geval van faillissement de werkelijke vervaltijd in geenen deele ophoudt te bestaan, daar de bevoegdheid om den wissel dadelijk voor vervallen te houden, slechts is facultatief, en de houder kan volstaan om ten werkelijken vervaltijd

(1) Dit arrest, den 17 November 1854 gewezen, is te vinden in de *Ned. Regtspraak*, deel XLVIII, § 55, alsmede in *Weekbl.* n^o. 1609.

de vereischte diligentie tot bewaring zijner regten aan te wenden.

Wij kunnen ons, behoudens allen eerbied voor de uitspraak van het hoogste regterlijk collegie in Nederland, met deze beschouwingen niet vereenigen, en hebben ons voorgesteld de gronden, die tegen de aangenomen leer pleiten, den lezers der *Themis* te onderwerpen. Het konde zijn, dat dezelfde quaestie zich andermaal voordeed, en hij, die met hare behandeling casu quo mogt zijn belast, beoordeele bij het onderzoek over de vraag omtrent het al of niet instellen eener voorziening in cassatie, ook de waarde onzer argumenten, bij het bewustzijn, dat de Hooge Raad aan een vroeger arrest niet is gebonden. Wij hadden onze beschouwingen over het ongetwijfeld belangrijk regtspunt in den gewonen vorm van een zuiver wetenschappelijk betoog kunnen gieten, maar hebben de voorkeur gegeven aan de opgave en uiteenzetting onzer gronden, uitsluitend met het oog op die van evengemeld arrest, zoo omdat daarin de aanleiding tot ons geschrift is gelegen, als omdat deze wijze van behandeling ons zelve gemakkelijk is voorgekomen. Men zal het, hopen wij, om dien vorm alleen, niet noemen eene bloote bestrijding van een gewezen arrest, een bloot napleiten, in een wetenschappelijk tijdschrift niet te huis behoorende. Wij willen rekenschap geven van onze juridieke overtuiging. Het bewijs, dat wij zullen trachten te leveren, zal zich dus oplossen in het positief betoog, dat de bevoegdheid van den wisselbrief door middel van endossement over te dragen na en door het faillissement van den betrokkene wordt opgeheven en ingetrokken.

Dit betoog gronden wij in de allereerste plaats op de bewoordingen, waarin art. 155 is vervat, en wij vragen dus al dadelijk, welke is de zin van dat artikel?

Leest men die bepaling in haar geheel, dan ziet men dat zij bestaat uit twee hoofdbestanddeelen: vooreerst

bevat zij het beginsel, waarop het geheele artikel is gebouwd, en in de tweede plaats bevat zij de gevolgen van dit beginsel. Het beginsel is, dat wisselbrieven, zoodra de betrokkene is gefailleerd, voor vervallen worden gehouden; de gevolgen van dit voor vervallen houden zijn, dat de houder naar zijne keuze *of* dadelijk voor het bedrag van den wisselbrief als crediteur in het faillissement van den betrokkene kan opkomen, en dus vóór den vervaldag betaling eischen, *of* dat hij protest kan laten opmaken en zekerheid vorderen van den trekker en endossanten, dat de wisselbrief op den vervaldag zal worden betaald. De wet geeft dus den houder de keuze tusschen twee regtsmiddelen om zich, in geval van faillissement, betaling van den wisselbrief te verschaffen. Vermits intusschen die regtsmiddelen slechts de gevolgen zijn van het voor vervallen houden van den wisselbrief in geval van faillissement, volgt daaruit noodwendig, dat, welk dier beide regtsmiddelen ook door den houder wordt gekozen, de wisselbrief altijd en in ieder geval, zoodra de betrokkene is gefailleerd, voor vervallen moet worden gehouden.

De vraag dus, waar alles op aan komt, is: wat beteekenen die woorden: «worden voor vervallen gehouden»?

Volgens algemeen spraakgebruik niets anders dan dat wisselbrieven, in geval van faillissement van den betrokkene, als werkelijk vervallen wisselbrieven — dat is als wisselbrieven, waarvan de vervaldag is verstreken — moeten worden aangemerkt, dat zij daarmede moeten worden gelijkgesteld, en dat zij dus, behoudens altijd de uitdrukkelijk gemaakte uitzonderingen, onderworpen worden aan dezelfde regtsgevolgen en bepalingen, die bij de wet ten aanzien van werkelijk vervallen wisselbrieven zijn vastgesteld. Gelijkstelling van den wisselbrief, in geval van faillissement van den betrokkene, met den werkelijk vervallen wisselbrief, is dus de regel;

beperking dier gelijkstelling is slechts uitzondering.

Wat bepaalt nu de wet ten aanzien van werkelijk vervallen wisselbrieven?

Het antwoord vinden wij in de artt. 149 en 133 jo. 139. De vervallen wisselbrief is, volgens die artikelen, vooreerst betaalbaar, d. i., de betaling kan worden geïescht; en, in de tweede plaats, onvatbaar voor verdere endossementen.

De wetgever, alzoo bepalende, dat de wisselbrief, in geval van faillissement van den betrokkene, behoudens de uitdrukkelijk gemaakte uitzonderingen, voor vervallen wordt gehouden, heeft derhalve gewild, dat de wisselbrief, zoodra de betrokkene is gefailleerd, even als ware de werkelijke vervaldag verstreken, zoude worden *en* opeischbaar *en* onvatbaar voor verdere endossementen, voor zoo verre die beide regtsgevolgen of slechts één dier beiden, niet uitdrukkelijk is uitgesloten.

Zagen wij nu hierboven, dat de twee regtsmiddelen, waartusschen de houder, in geval van faillissement van den betrokkene, moet kiezen, beiden ten doel hebben om den houder betaling van den wisselbrief te verschaffen; — zagen wij, dat die regtsmiddelen zijn geheel van exceptionnelen aard, vermits den houder in den regel de verplichting is opgelegd om eerst op den werkelijken vervaldag betaling te vorderen van den betrokkene, en zoo deze niet volgt, protest te doen opmaken en betaling te eischen van de endossanten of van den trekker; — zagen wij dus, dat de gelijkstelling tusschen den wisselbrief, in geval van faillissement, met den werkelijk vervallen wisselbrief alleen is gewijzigd wat betreft de opeischbaarheid op den vervaldag, en dus slechts in één enkel opzigt; — zagen wij eindelijk, dat het tweede regtsgevolg, volgens hetwelk de vervallen wisselbrief ophoudt voor verdere endossementen vatbaar te zijn, ten aanzien van den wisselbrief, in geval van faillissement, noch is uitgesloten, noch beperkt, noch gewijzigd, — dan meenen

wij daaruit veilig te mogen afleiden, dat de wetgever juist daardoor de gelijkstelling in dit opzigt in haren geheel omvang heeft willen handhaven. Wij geven het dus den H. R. toe, dat de zin van art. 155 in de eerste plaats deze is, dat de houder des verkiezende protesteren kan en regres nemen. Doch dan volgt uit de op dit punt niet beperkte gelijkstelling tussehen den wisselbrief, in geval van faillissement, met den werkelijk vervallen wisselbrief, toch nog altijd dit, dat de wisselbrief, in geval van faillissement, *even als ware de vervalldag verstreken*, ophoudt voor verdere endossementen vatbaar te zijn. Van daar dan ook, dat de wetgever zich bedient van eene fictio juris; van daar, dat hij niet zegt: de wisselbrief vervalt zoodra de betrokkene is gefailleerd, maar de wisselbrief *wordt voor vervallen* GEHOUDEN (1).

Wij moeten hier een bezwaar oplossen, dat men ons welligt zoude kunnen tegenwerpen. Wij zeiden hierboven, dat de gevolgen van het voor vervallen houden in art. 155 hierin bestaan, dat de houder bevoegd wordt om pro lubitu hetzij den betrokkene, hetzij den trekker en endossanten, tot betaling of tot zekerheidstelling aan te spreken. Men zoude hieruit kunnen afleiden, dat, in ons eigen systeem, die gevolgen alleen betrekking hebben tot de betaling en dus niet tot het endossement.

Wij antwoorden op dit bezwaar, dat ja de bevoegdheid aan den houder gegeven om te protesteren en regres te nemen een gevolg is aan het voor vervallen houden van den wisselbrief verbonden, maar zeker niet het eenige gevolg. De wet noemt wel die bevoegdheid speciaal als een gevolg van het voor vervallen houden in geval van faillissement, maar zal men daaruit afleiden uitsluiting van alle de overige gevolgen? Zal men daaruit besluiten, dat men de gelijkstelling met den vervallen wisselbrief, die hij, blijkens den aanhef van art. 155,

(1) Zie *Themis*, 1ste verz., V, 461 en volgg.

zoo algemeen mogelijk heeft gewild, alleen tot het aldaar speciaal genoemde rechtsgevolg moet beperken? Wij mogen dit niet aannemen, want wij gelooven, dat men op die wijze des wetgevers bedoeling ten eenemale zoude miskennen.

In dien zin echter besliste de H. R. De gevolgen van het voor vervallen houden, zegt de H. R., betreffen, blijkens den inhoud van art. 155, alleen den betrokkene, en regelen alleen het opeischbaar worden van den wisselbrief, in geval van faillissement; — zij beperken dus niet het endossement. Konde de H. R. uit het oog verliezen, dat de wetgever door bij art. 155 niet uitdrukkelijk te hebben uitgesloten het voorschrift van art. 139, volgens hetwelk de vervallen wisselbrief onvatbaar is voor endossement, juist daardoor zoo duidelijk mogelijk heeft te kennen gegeven, dat dit voorschrift, bij gelijkstelling van den wisselbrief, in geval van faillissement, met den werkelijk vervallen wisselbrief, in zijnen geheelen omvang moet worden gehandhaafd, volgens den bekenden rechtsregel: «*exceptio firmat regulam in casu non excepto*»? Of verstaat de H. R. door het vervallen van den wisselbrief welligt niets anders, dan dat de betaling kan worden gevraagd, en niet tevens dat de wisselbrief voor verdere eigendoms-overdragt bij endossement onvatbaar wordt? Zoo ja, dan heeft de H. R. wel niets beslist in strijd met den zoo even genoemden rechtsregel, maar dan miskent de H. R. het beginsel in de artt. 133, 139 en 149 gelegen, volgens hetwelk aan het vervallen van den wisselbrief twee rechtsgevolgen zijn verbonden, deze namelijk, dat vooreerst de betaling kan worden gevraagd, en in de tweede plaats, dat de wisselbrief voor verdere endossementen onvatbaar wordt.

Dat de H. R. dit tweeledig rechtsgevolg aan het verstrijken van den vervalddag verbonden inderdaad heeft uit het oog verloren, en den vervalddag uit-

sluitend aanmerkt als den betaaldag zonder meer, volgt ten duidelijkste uit het arrest. Want, wat wordt daarbij overwogen en beslist? Dat de bevoegdheid den houder gegeven, om den betrokkene tot dadelijke betaling aan te spreken, slechts is facultatief, vermits hij kan volstaan met zekerheid te vorderen van den trekker en van de endossanten; — dat daaruit volgt, dat de bevoegdheid om den wissel voor vervallen, dat is dan, in het systeem van den H. R., voor betaalbaar of opeischbaar te doen houden, evenzeer is facultatief.

Met andere woorden komt die beslissing hierop neder, dat de wisselbrief, in geval van faillissement van den betrokkene, wel voor vervallen zal worden gehouden, wanneer de houder goedvindt den betrokkene aan te spreken, maar niet, wanneer hij protest opmaakt en regres neemt tegen den trekker en endossanten.

Strijdt niet die leer met de bewoordingen van art. 155, die zoo stellig mogelijk als beginsel en als regel vaststellen, dat wisselbrieven, zoodra de betrokkene is gefailleerd, niet voor vervallen *kunnen* worden gehouden, maar voor vervallen *worden* gehouden, en die de bevoegdheid, om des verkiezende den betrokkene tot betaling aan te spreken, slechts heeft gegeven als gevolg daarvan?

De overweging van den H. R., dat dáárom in art. 155 alleen van de betaling, en niet van het endossement wordt gehandeld, omdat in de afdeeling waarin art. 155 geplaatst is, hoofdzakelijk, zoo niet uitsluitend, van de regten en verpligtingen tusschen den houder en den betrokkene ten aanzien van de betaling wordt gesproken, kan de zaak niet redden. Immers dat het artikel verkeerd is geplaatst, — en dat werd, naar wij meenen, nooit betwist (1), — zal toch wel niet mogen leiden tot eene

(1) Zie ook Mr. F. A. VAN HALL: *Kritische beschouwing der zeven eerste Titels van het Nieuwe Nederlandsche Wetboek van Koophandel*, te vinden in de *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving*. Deel IV, 1828, p. 86.

interpretatie, die van elders blijkt met de bedoeling des wetgevers in strijd te zijn.

Doch aangenomen eens, dat de bevoegdheid om den wisselbrief, in geval van faillissement van den betrokkene, voor vervallen te doen houden slechts is facultatief; aangenomen, dat de wisselbrief niet voor vervallen zal worden gehouden, indien de houder, zonder den betrokkene aan te spreken, regres neemt tegen den trekker of de endossanten. Wat zal dan nog het gevolg zijn?

Altijd weder uitsluiting van verdere eigendoms-overdragt bij endossement.

Dit toch zal men ons wel willen toegeven, dat de wetgever, door den houder de bevoegdheid te hebben gegeven, om in het exceptionele geval van faillissement van den betrokkene, tusschen twee exceptionele regtsmiddelen te kiezen, ten einde zich betaling te verschaffen, hem daardoor tevens ieder ander regtsmiddel tot bereiking van hetzelfde doel heeft willen ontzeggen.

Daargelaten nu eens voor een oogenblik de vraag, of de houder bevoegd is om na het faillissement van den betrokkene te blijven endosseren, dan blijft het toch altijd waar, dat hij naar zijne keuze, of als crediteur zal moeten opkomen in de faillite massa van zijnen schuldenaar, of dat hij den trekker of een' der endossanten tot zekerheidstelling zal moeten aanspreken.

Wat zal daar nu al weder uit volgen?

Dat, indien hij opkomt in het faillissement, zijn naam zal worden opgeteekend op de lijst der erkende schuldeischers, als crediteur voor die bepaalde pretentie, en dat reeds daardoor derhalve de bevoegdheid wordt opgeheven om den wisselbrief, dat is den titel zijner schuldvordering, bij een eenvoudig endossement zonder beteekening aan den schuldenaar (1) over te dragen. En spreekt hij daarentegen, na vooraf opgemaakt protest

(1) Zie art. 668 B. W., al. 2.

van non-betaling, den trekker of een' der endossanten tot borgstelling aan, dan zal het gevolg hetzelfde zijn, want het ten verzoeke van den houder opgemaakt protest, constaterende de niet-betaling door den betrokkene, kondigt den trekker of den endossant, die tot borgstelling wordt aangesproken, aan, dat de houder zijne regresactie tegen hem zal rigten. Het protest stelt dien trekker of dien endossant regelrecht jegens den houder en jegens niemand anders in obligo, het maakt, even als ware de vervalldag verstreken, den houder tot zijnen crediteur voor die bepaalde schuldvordering. Na het protest, — en het opmaken daarvan is bij de regresactie tegen trekker of endossanten verplichtend gesteld, — is dus de houder niet meer bevoegd den wisselbrief bij endossement over te dragen, want door en na het protest wordt de verdere circulatie van het handelspapier gestuit.

Van daar dan ook, dat het opmaken van protest, dat in den regel altijd moet geschieden, wanneer de betrokkene op den vervalldag niet betaalt (1), bij het voor vervallen houden van den wisselbrief, in geval van faillissement, slechts verplichtend is gesteld voor het enkele geval, dat de houder regres neemt tegen den trekker of de endossanten, en niet voor het geval, dat de houder zich als crediteur aanmeldt in het faillissement van den betrokkene. Immers is, gelijk wij betoogden, uitsluiting van verdere circulatie door endossement, in dit geval het gevolg van de faillietverklaring zelve, die alzoo in de plaats treedt van het protest. Daarom behoefde de wetgever het opmaken van protest in dit geval niet verplichtend te stellen; daarom konde hij ook, in dit opzigt, van hetgeen in den regel regtens is afwijken; daarom stelde hij het endossement in dit geval slechts facultatief.

Het Provinciaal-Geregtshof in Zuidholland, tegen welks

(1) Art. 179 W. K.

arrest dd. 1 Februarij 1854 (1) de voorziening in cassatie bij het bedoelde arrest van den H. R. werd verworpen, vond in dit facultatief stellen van het protest een hoofdbezwaar tegen het gevoelen, dat wij verdedigen, en eenen grond te meer om aan te nemen, dat de bepaling van art. 155 slechts is de bloote toepassing van den regel van art. 1307 B. W. Dit bezwaar vervalt echter geheel op den door ons aangevoerden grond, dat de failliet-verklaring van den betrokkene zelve uitsluiting van verdere endossementen ten gevolge heeft.

Doch ook al ware dit anders, dan nog mogen wij vragen: hoe heeft de Hooge Raad het endossement na het faillissement van den betrokkene kunnen admitteren? Verliest dan niet de betrokkene ten gevolge der tegen hem uitgesprokene failliet-verklaring de bekwaamheid tot het aangaan van alle burgerlijke contracten? Hoe dus konde de Hooge Raad aannemen, dat de wisselbrief na het faillissement van eene der partijen voor verder endossement, dat is voor verder wissel-contract, vatbaar blijft, wanneer bijna ieder contract op den enkelen grond van faillissement van eene der partijen te niet gaat (2).

Men heeft getracht dit bezwaar op te lossen door te beweren, dat een eigenlijk gezegd wisselcontract als zoodanig niet bestaat. Wij mogen dit niet toegeven, doch wij zullen het thans niet onderzoeken, omdat ons bestek dit niet toelaat. Aangenomen echter eens voor een oogenblik, — dan nog is het bezwaar daarmede niet opgeheven. Gesteld slechts, de betrokkene heeft vóór zijne failliet-verklaring den wisselbrief geaccepteerd. Door zijne acceptatie heeft hij zich jegens den houder in obligo gesteld: door zijne acceptatie is dus tusschen hem en den houder ontstaan een vinculum juris, eene verbindtenis.

(1) Men zie dit arrest in de *Ned. Regtspraak*, t. a. pl., deel XLVIII, § 55, en in het *Weekblad van het Regt*, n^o. 1513.

(2) Zie art. 1683, n^o. 4, art. 1850, al. 3, 1880 B. W. etc.

Neemt men nu aan, dat de houder bevoegd is om den wisselbrief na de daaropvolgende failliet-verklaring van den betrokkene te blijven endosseren, wat zal dan het gevolg zijn? Dat, terwijl de schuldenaar (de betrokkene) dezelfde blijft, een nieuwe schuldeischer gesteld wordt in de plaats van den vorigen, ten wiens opzigte de schuldenaar van zijne verbindtenis ontslagen wordt. Het endossement brengt dus, zoo de wisselbrief door den betrokkene is geaccepteerd; volgens art. 1449, n^o. 3 B. W., schuldvernieuwing te weeg. Maar, volgens de bepaling van art. 1450 B. W., kan schuldvernieuwing slechts plaats hebben tusschen personen, die bekwaam zijn om verbindtenissen aan te gaan. Hoe is daarmede overeen te brengen de door ons bestredene leer, medebrennende dat endossement, d. i. schuldvernieuwing, geoorloofd is ook na het faillissement van eene der partijen? — Hoe is voorts die leer te rijmen met de regtsgevolgen der tegen den betrokkene uitgesprokene failliet-verklaring zelve? Door die failliet-verklaring wordt de betrokkene openlijk aangekondigd als buiten staat om aan zijne verbindtenissen te voldoen, en het van hem in omloop zijnde handelspapier te betalen. Hoe is daarmede overeen te brengen de leer van den H. R., dat de wisselbrief ook na die failliet-verklaring vatbaar zou blijven voor verder endossement, d. i. voor verdere circulatie? — Hoe zullen de curators kunnen overgaan tot verevening en liquidatie van den faillieten boedel? Daartoe wordt boven alles vereischt bekendheid met den waren staat van den boedel, bekendheid met de namen der crediteuren, en met het bedrag en den aard der schuldvorderingen. Hoe zal dit doel kunnen worden bereikt, indien niet onmiddellijk gestuit wordt alle verdere circulatie van des failliets passief? In het systeem van den H. R., dat de circulatie van het handelspapier ook daarna toelaat tot op den vervalddag, — dat is tot op een welligt nog zeer

verwijderd tijdstip — zal althans het doel niet kunnen worden bereikt, dat zich de wetgever voor oogen stelde: eene spoedige liquidatie van het faillissement.

Doch al ware ook dit doel te bereiken, dan nog valt het gemakkelijk aan te toonen, dat eene schuldvordering ten laste van eenen gefailleerden schuldenaar nooit vatbaar is voor overdragt door middel van endossement.

Het endossement toch is eene exceptionele wijze van eigendomsoverdragt, alleen toegekend aan nog niet vervallen handelspapier. Het is eene cessie, doch eene cessie die zich in twee bebelangrijke opzigten van de gewone burgerlijke cessie onderscheidt. Vooreerst heeft zij ten aanzien van den schuldenaar gevolg ook zonder beteekening (1), en ten tweede brengt zij mede, dat de trekker en ieder endossant, en dus ook de cedent ipso jure solidair verplicht is den houder te waarborgen, dat hij ten vervaldage zal worden betaald (2), terwijl naar het gemeene regt de cedent niet voor de gegoedheid van den schuldenaar aansprakelijk is, indien hij zich daartoe niet uitdrukkelijk heeft verbonden (3). De wetgever moet dus, toen hij den trekker en den endossanten deze solidaire aansprakelijkheid oplegde, noodzakelijk hebben verondersteld en gewild, dat door endossement niet anders zouden worden overgedragen dan schuldvorderingen, ten laste alleen van zoodanige debiteuren, die althans in staat zouden zijn de schuld op den vervaldag in haren geheelen omvang te kunnen betalen. Eene schuldvordering ten laste van eenen gefailleerden schuldenaar, dat is ten laste van eenen schuldenaar, die van regtswege het beheer en de beschikking over zijne goederen heeft verloren (4), die dus op den vervaldag met geene mogelijkheid kan

(1) Cf. art. 668, al. 2 B. W.

(2) Art. 146 W. K.

(3) Art. 1571 B. W.

(4) Art. 770 W. K.

betalen, en voor wiens gegoedheid ten vervalddage derhalve niet kan worden ingestaan, — eene schuldvordering eindelijk, die door het faillissement van den schuldenaar in omvang en in waarde is verminderd, is dus klaarblijkelijk voor eigendoms-overdragt bij endossement onvatbaar.

Waartoe komt men dan ook, door met den H. R. aan te nemen, dat het endossement geoorloofd is zelfs na het faillissement van den betrokkene?

Het antwoord ligt voor de hand.

Gesteld, de vervalddag is nog maanden, althans nog weken verwijderd: gesteld het faillissement is vóór het aanbreken van dien vervalddag of bij accoord getermineerd, of wel de boedel insolvent verklaard en verevend, — wat zal dan al weder het gevolg zijn?

Dat de wisselbrief steeds is blijven circuleren ten laste van den betrokkene, zelfs nadat zijn faillissement geheel is geliquideerd; — dat de wisselbrief dus op den vervalddag door den betrokkene niet zal kunnen worden betaald; dat de houder op dien vervalddag protest zal opmaken en regres nemen tegen een' der endossanten. Maar die endossant wist niet vooruit, dat hij door den houder aansprakelijk zoude worden gesteld: hij heeft dus de gelegenheid niet gehad om zelf in het faillissement van den betrokkene op te komen. Men heeft hem iederen maatregel van verhaal tegen den betrokkene benomen, en hij verliest dus het geheele bedrag van den wisselbrief door de enkele willekeur van den houder, die althans zeker de bevoegdheid had om den wisselbrief niet verder te endosseren, maar die van die bevoegdheid niet heeft gelieven gebruik te maken. En nu zegge men niet: die endossant wist, dat hij zou worden aansprakelijk gesteld, want zoodra de betrokkene is gefailleerd, heeft de houder ter voldoening aan art. 155 protest moeten doen opmaken. — Immers, wij antwoorden

gelijk wij reeds hierboven hebben betoogd: indien eenmaal protest is opgemaakt, is reeds daardoor het endossement uitgesloten. Wij vragen dus: kan de wetgever eene zoo groote onbillijkheid ten aanzien van den trekker en de endossanten hebben gewild? Is het aannemelijk, dat hij de bevoegdheid om den wissel al dan niet tot op den werkelijken vervalldag te blijven endosseren, en daardoor de regten van den trekker en de endossanten te verkorten, aan de loutere willekeur van den houder heeft kunnen en willen overlaten? Wij zouden die opvatting moeten verwerpen, al ware het alleen omdat zij strijdt met de allereerste beginselen van regt en billijkheid.

Neen, de uitsluiting van verdere endossementen volgt *en* uit het algemeen beginsel van art. 155, dat de wisselbrief, zoodra de betrokkene is gefailleerd, voor vervallen wordt gehouden, *en* uit de gevolgen aan dit voor vervallen houden, bij art. 155 speciaal verbonden, *en* uit den aard van het endossement, *en* uit de rechtsgevolgen van de failliet-verklaring des betrokkenen zelve.

En, is dit laatste waar, blijkt het, dat de rechtsgevolgen der failliet-verklaring zelve geene eigendoms-overdragt bij endossement toelaten, wat is dan het gevolg?

Eenvoudig dit, dat de bevoegdheid om den wissel tot op den werkelijken vervalldag te endosseren, niet langer gelden kan wanneer de betrokkene is gefailleerd, en dat bij gevolg de bepaling van art. 133, waarbij die bevoegdheid in het algemeen en in den regel werd toegekend, voor het geval van faillissement niet geschreven is. Wij hebben derhalve de bepaling van art. 155, ten betooge onzer stelling, zelfs niet noodig; reeds art. 133 is tot toelichting dier stelling alles afdoende en beslissend. Zoo oordeelde reeds het Fransche Hof van Cassatie bij arrest dd. 20 Dec. 1821 (1). Opmerkelijk is

(1) Men zie dit arrest bij DALLOZ, *Rép. in voce effet de commerce*, Ch. 2, Sect. 6, art. 1, § 2, n^o. 414.

die beslissing, omdat eene bepaling, overeenstemmende met de artt. 139 en 155 van het Ned. Wetb. v. Kooph., in den Franschen Code de Comm. ontbreekt, en omdat derhalve het Hof van Cassatie, toen het zich met het door ons verdedigd gevoelen vereenigde, het betoog daarvoor uitsluitend heeft geput uit de regsgevolgen der faillietverklaring en uit den aard van het endossement. Opmerkelijk vooral is die beslissing, omdat de wetgeving, onder welke vigueur zij is gevallen, het endossement zelfs niet uitsluit na het verstrijken van den vervaldag, maar zich vergenoegt met, zonder meer, te bepalen (1): que la propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement (2).

Wij meenen het positief bewijs onzer stelling te hebben geleverd. Wij hebben nu nog slechts te vragen, welke afdoende bezwaren kunnen daartegen worden ingebracht?

Zal men ons tegenwerpen, gelijk het Hof deed, dat ons gevoelen strijdig is met den regel van art. 1307 B. W.? Blijkbaar zoude dit verwijt geenen grond hoegenaamd hebben. Ook wij erkennen dat de bevoegdheid den houder gegeven om dadelijk, en dus vóór den vervaldag, in het faillissement van den betrokkene op te komen, uitsluitend op den regel van art. 1307 B. W. berust. Ook wij erkennen dus de toepasselijkheid van den regel van art. 1307 B. W. Alleen betwisten wij de stelling, dat art. 155 niets anders is, dan de toepassing van dien

(1) Art. 136 Code de Comm.

(2) DALLOZ, dit arrest mededeelende, verklaart zich met het gevoelen van het Hof van cassatie niet te kunnen vereenigen, hoofdzakelijk op grond, dat de cedent, ook bij endossement, volgens art 1694 C. C., niet voor de gegoedheid van den schuldenaar aansprakelijk is, ten zij hij zich daartoe uitdrukkelijk hebbe verbonden. Konde echter DALLOZ vergeten, dat art. 118 Code de Comm., even als art. 146 W. K. den trekker en de endossanten voor de gegoedheid van den betrokkene solidaire aansprakelijk stelt, en dat derhalve het wisselregt de aansprakelijkheid van den cedent niet alleen niet beperkt, maar veeleer aanmerkelijk uitbreidt?

regel. Volgde niet uit de bepaling van art. 155 nog een speciaal rechtsgevolg, — bevatte zij niets dan de bloote toepassing van den regel in art. 1307 B. W. uitgedrukt, waartoe dan die noodlooze herhaling? Is dan niet de bepaling van art. 1307 even als iedere andere bepaling van het Burgerlijk Wetboek, voor zooverre daarvan niet uitdrukkelijk is afgeweken, ook op het handelsregt van toepassing? Voorzeker ja (1); maar de wetgever stelde bovendien den wisselbrief in geval van faillissement met eenen vervallen wisselbrief gelijk; hij admiteert dus, gelijk wij betoogden, nog een speciaal rechtsgevolg ten aanzien van endossement, dat hij na het faillissement uitsluit.

Wie zal zich nu over de uitsluiting van het endossement kunnen beklagen? De betrokkene zeker niet, want hij heeft door zijne faillissement, volgens art. 1307 B. W., het voorregt van tijdsbepaling verloren, en heeft dus bij de verdere circulatie geen belang. De houder evenmin, want de wet geeft dezen, zoodra de betrokkene is gefailleerd, regtsmiddelen die hij kan aanwenden tot bewaring en uitoefening zijner regten. De wet ontnemt hem wel de bevoegdheid om den wisselbrief na het faillissement aan anderen te endosseren, maar het vermogen om den eigendom van den wissel over te dragen is hem daarom niet ontzegd. Immers wat hij niet meer doen mag bij endossement, mag hij, volgens art. 139, doen bij gewone acte, even als ware de werkelijke vervalddag verstreken. De vroegere endossanten en de trekker kunnen zich ook niet beklagen, want de wetgever, die den houder, met toepassing van den regel van art. 1307, de bevoegdheid gaf, om dadelijk in het faillissement van den betrokkene op te komen, ontzegde hem tevens voor als nog de regres-actie tegen den trekker en de endossanten. Immers bepaalt art. 155 dat zij, aangesproken wordende, de betaling kunnen uitstellen tot op den werkelijken

(1) Art. 1 W. K.

vervaldag, mits borg stellende. Door het vervallen van de wisselschuld ten aanzien van den gefailleerden betrokkene worden zij dus niet tot vervoegde betaling gedwongen, of in hunne regten {verkort. De latere endossanten eindelijk, die, van het faillissement des betrokkenen onbewust, den wisselbrief te goeder trouw aan zich hebben doen endosseren, zullen zich ook niet mogen beklagen, want het endossement na faillissement heeft ten hunnen aanzien geen gevolg. Zij zijn door dat endossement geene eigenaars geworden, en zij hebben dus eene regres-actie tegen dengene, die hun wel den wisselbrief endosseerde, doch die door dat endossement geene regten van eigendom op hen heeft overgedragen of zelfs heeft kunnen overdragen.

Bovendien, al ware dit anders, ook dan nog mogen de latere endossanten zich over de uitsluiting van het endossement niet beklagen. Zij waren, zegt men, met de tegen den gefailleerde uitgesprokene failliet-verklaring niet bekend, en het was ter goeder trouw, dat zij den wisselbrief in eigendom overnamen. Wij antwoorden daarop eenvoudig, dat die latere endossanten zich niet op hunne onbekendheid met des betrokkenen failliet-verklaring mogen beroepen. Bepaalt de wet dan niet, dat aan de failliet-verklaring publiciteit moet worden gegeven? Wordt het vonnis van failliet-verklaring dan niet extractsgewijze aangeplakt en in de dagbladen geplaatst? Buiten twijfel ja, volgens art. 793 W. K. De endossanten konden en moesten dus van de failliet-verklaring kennis dragen, en, zoo zij daarmee, niettegenstaande de door den Wetgever genomene voorzorgen, onbekend bleven, hebben zij de gevolgen slechts aan zich zelven te wijten.

Zal men ons ten slotte tegenwerpen, dat de wet in art. 107 bepaalt: dat de betrokkene geacht wordt fonds in handen te hebben, indien hij, bij *het vervallen*

van den wisselbrief, of op het tijdstip waarop dezelve volgens art. 155 voor vervallen wordt gehouden, aan den trekker eene opeischbare som schuldig is? Zal men daaruit afleiden, dat de wet het *vervallen* en het voor *vervallen houden* van elkander onderscheidt, en dus niet gelijkstelt?

Het bezwaar zoude boven bedenking ongegrond zijn.

Wat heeft de wet in art. 107 willen bepalen?

Dat de betrokkene geacht wordt fonds in handen te hebben, indien hij den trekker eene opeischbare som schuldig is op het tijdstip dat hij tot betaling kan worden aangesproken, — dat is, in den regel, op den werkelijken verval dag, en bij uitzondering, in geval van faillissement, op het tijdstip, waarop de wisselbrief voor vervallen wordt gehouden, en waarop de schuld alzoo evenzeer, volgens art. 1307 B. W., opeischbaar wordt.

Dat de wetgever ook, bij het vaststellen van die bepaling, het oog had op den regel van art. 1307 B. W. en dat hij het *vervallen* en het *voor vervallen houden* niet onbepaald en in alle opzichten heeft willen gelijkstellen, — iets, wat wij trouwens niet beweren — geven wij gaarne toe. Doch, dat de wisselbrief ook na het faillissement van den betrokkene vatbaar zou blijven voor endossement, zal men zeker uit art. 107 nooit kunnen bewijzen.

Wat blijkt dus uit dit alles?

Dat de leer, die wij verdedigen, evenmin strijdt, met de wet als met bijzondere persoonlijke belangen.

ROMEINSCH REGT.

Schets der possessoire regtsvorderingen van het Romeinsche regt, in eene reeks van opstellen (vervolg) door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage.

REGTSMIDDELEN TOT WEDERBEKOMING VAN HET BEZIT.

Interdicta restitutoria.

I.

INTERDICTUM UNDE VI (1).

A.

Vulgare (2).

§ 1.

Procédure.

Degene welke beweert door een ander uit het bezit ontzet te zijn roept zijne tegenpartij op om met hem voor den praetor (3) te verschijnen. Aldaar gekomen (in iure), verzoekt hij den praetor om het interdict of liever decreet (4), voor dit geval in diens edict beloofd. De praetor, op het verzoek des eischers regt doende, geeft aan den gedaagde een bevel van den volgende inhoud:

«Herstel den eischer in het bezit in geschil waaruit «gij hem, nog geen jaar geleden, hetzij in persoon, «hetzij door hen voor wie gij aansprakelijk zijt, ontzet

(1) D. *de Vi.* (43. 16.) C. *Unde Vi.* (8. 4.) GAL. IV. §§ 154, 155. § 6 J. *de Interd.* (4. 15). v. SAVIGNY. § 40 (505—547).

(2) CIC. *pro CAEC.* c. 32. KELLER. *Semestria ad M. TULLIUM CICERONEM.* I 293 sqq.

(3) Of anderen bevoegden magistraat. L. 1 § 6 D. *de off. praef. urb.* (1. 12.) L. 2 C. *de Interd.* (8. 4).

(4) GAL. IV. § 140. CIC. *pro CAEC.* c. 29.

«hebt, zonder dat hij het van u met geweld, heimelijk, «of ter bede had» (5).

Na het uitspreken van dit bevel gaat men, ten zij de gedaagde daaraan terstond gehoorzame, tot het sluiten der sponsiones over (6). De eischer stipuleert van den gedaagde eene som gelds voor het geval niet blijkt, dat de gedaagde hem heeft teruggegeven al hetgeen hij hem volgens het edict teruggeven moest; de gedaagde restipuleert op zijne beurt gelijke som van den eischer voor het tegenovergestelde geval (7).

De regtsvorderingen, wederzijds uit deze overeenkomsten verkregen, worden, als beiden afhankelijk van dezelfde vraag, door den praetor ter kennisneming opgedragen aan denzelfden regter, met last daarover bij een en hetzelfde vonnis uitspraak te doen (8). Als de gedaagde triomfeert, wordt des eischers vordering uit de stipulatie ontzegd en daarentegen des gedaagden vordering uit de restipulatie toegewezen, weshalve de eischer jegens den gedaagde tot betaling der in de sponsiones genoemde

(5) Ten tijde der klassieke Juristen, naar de redactie van JULIANUS:

Unde tu NUMERI NEGIDI AULUM AGERIUM in hoc anno vi deieicisti aut familia tua deiecit, qua de re agitur, quum nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo restituas. GAI. IV. § 154. L. 1. pr. § 30 D. *h. t.*

Ten tijde van CICERO:

Unde tu NUMERI NEGIDI aut familia aut procurator tuus AULUM AGERIUM aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deieicisti, qua de re agitur, cum AULUS AGERIUS possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo restituas. *Lex THORIA. c. 7. CIC. pro CAEC. c. 19, 30, 31, 32. pro TULLIO. c. 44. 45.*, of ook:

Unde de dolo malo tuo NUMERI NEGIDI AULUS AGERIUS aut familia aut procurator eius in hoc anno vi detrusus est. *rel. CIC. pro TULL. c. 29. pro CAEC. c. 17. KELLER. 293—315.*

(6) De gedaagde antwoordde dan: *se restituisse* (ik heb niets te restitueren). *CIC. pro CAEC. c. 8. in f. 19, 21, 28, 29.*

(7) GAI. IV. §§ 141, 165.

(8) GAI. IV. § 141. Over het afwisselend gebruik van recuperatores en eigenlijke iudices z. HUSCHKE. *Anal. litt. 224.*

som (sponsio summa) veroordeeld wordt. Als de eischer triomfeert, gebeurt natuurlijk juist het omgekeerde, maar er volgt dan nog een naspel. De eischer namelijk verbindt met zijn eisch uit de stipulatie, voor het geval deze wordt toegewezen, eene vordering tot teruggave der zaak in geschil zelve (iudicium de restituenda re) (9), uit kracht waarvan nu de gedaagde, indien hij den eischer niet vrijwillig volkomene genoegdoening verschaft, jegens dezen wordt veroordeeld tot uitkeering eener schadeloosstelling in geld, wier bedrag door den eischer zelf, mits beëdigd en behoudens vermindering door den regter (iusurandum in litem), begroot wordt (10).

Men zal opgemerkt hebben, dat deze manier van procederen iets van een kansspel heeft, vermits de partij die in het ongelijk gesteld wordt altoos ten behoeve der winnende eene som gelds verbeurt, als het ware, als boete of als den prijs eener weddenschap. Men noemde derhalve deze manier van procederen *de gevaarlijke* (agere cum periculo) (11).

Men stelde daarom, en, naar het schijnt, vrij spoedig, nog een eenvoudiger weg open. Als hetzij de verweerder (12), hetzij de aanlegger (13), zich tegen dat gevaar

(9) GAI. IV. § 165 in f.

(10) LL. 1 § 31, sqq., 6, 9 § 1, 10, 19 D. h. t. Cf. L. 18 pr. de Dol. (4. 3).

(11) GAI. IV. §§ 141, 162.

(12) In dit geval schijnt zijn antwoord geweest te zijn: *se restitutum* (heb ik iets te restitueren, ik verklaar mij er toe bereid).

(13) V. SAVIGNY. *Syst.* V. 499 n°. KELLER. 341 n°. betwijfelt echter, dat ook de aanlegger dit regt had, als de verweerder verkoos liever cum periculo te procederen. Inderdaad heeft men daarin denkkelijk, althans in den beginne, zwarigheid gevonden. Maar uit GAI. IV. § 163. (eene nogtans slechts gedeeltelijk ontcijferde plaats) schijnt te blijken, dat ten zijnen tijde ook de aanlegger die keus had, doch de verweerder hem dan het iudicium calumniae konde tegenwerpen dat geacht werd gelijk voordeel op te leveren als de stipulatio. GAI. IV. §§ 174, 175, 181. SCHMIDT 268.

wenschte te vrijwaren, kon hij zulks doen door eene eenvoudige bereidverklaring om de vraag naar het al of niet verschuldigde der verlangde restitutie van zijn kant te onderwerpen aan het oordeel van eenen met vrije magt bekleeden regter (arbiter), mits die verklaring werd afgelegd aanstonds bij de eerste verschijning voor den praetor. (14). Later was men daarmede niet meer ontvankelijk (15). Indien zij bij tijds geschiedde, benoemde thans de praetor zulk eenen arbiter (16), met last om te onderzoeken, of de verweerder aan den aanlegger waarlijk volgens het edict restitutie schuldig was en, zoo ja, hem die restitutie als nog te bevelen en, bij gebreke van gewillige nakoming van dit bevel, jegens den aanlegger in eene geldelijke schadevergoeding te veroordeelen, op de boven omschreven manier begroot (17).

Op deze wijze werd alzoo, hoewel niet zonder voorafgaand interdict, aan partijen toegestaan raauwelijks met eene gewone regtsvordering (formula arbitraria) te procederen, zoodat men in het geheel geene sponsiones sloot en dus wederzijds de kans van eene summa sponsionis te verbeuren ontweek. Uit dien hoofde heette deze meer eenvoudige manier *de ongevaarlijke* (agere sine periculo) (18).

(14) GAI. IV. §§ 141, 163. ULP. FRAGM. ENDLICH. CIC. *pro TULL.* c. 54.

(15) GAI. IV. § 164.

(16) Ook hier konden recuperatores benoemd worden. HUSCHKE. *ll.* 224.

(17) Formula arbitraria. Si paret AULUM AGERIUM a NUMERIO NEGIDIO de fundo CORNELIANO, quo de agitur, vi deiectionem esse, cum AULUS AGERIUS (possideret, quod) nec vi nec clam nec precario a NUMERIO NEGIDIO possideret, nisi eum fundum, casque res quas AULUS AGERIUS tunc ibi habuit NUMERIUS NEGIDIUS AULO AGERIO restituat, quanti ea res est, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO condemna, si non paret absolvo. KELLER. 301 n¹¹.

(18) GAI. IV. §§ 141, 162.

§ 2.

Vereischten om met het interdict te slagen.

Het ligt in den aard der zaak, dat, wanneer de praetor, gelijk hier, aan de eene partij eene stellige verplichting om iets aan de andere te restitueren oplegt (interdictum restitutorium), alsdan zoodanig regtsmiddel eenzijdig (simplex) wezen en de aanlegger, of impetrant van het interdict, de rol van schuldeischer en de verweerder die van schuldenaar bekleeden zal (19). Daarnaar regelt zich dus, met inachtneming der gewone voorschriften, de bewijslast. De voorwaarden nu die vervuld moeten worden, zal de eischer slagen, zijn de volgende:

1°. Hij moet zijn ontzet uit het bezit van gebouwde of ongebouwde eigendommen (20), hetzij door den verweerder in persoon, hetzij door lieden voor wier daden deze regtens aansprakelijk is. Op het bezit van *roerende* zaken heeft het interdict geene betrekking (21).

Bezit wordt hier genomen in den eigenlijken en regtskundigen zin des woords (22). Houders voor anderen zijn dus in het interdict niet-ontvankelijk. Natuurlijk echter drukt op den verweerder het bewijs, dat de eischer, die van zijn kant aantoot houder te zijn geweest, houder was voor een derde (23).

Onder *ontzetting* (vi deiectio) wordt verstaan niet alleen iedere verdrijving uit het bezit door aanwending

(19) GAI. IV. § 157.

(20) L. 1 §§ 3, 4 D. *h. t.*

(21) L. 1 §§ 6—9 D. *h. t.* PAUL. R. S. V. VI. § 5. Zoogenaamde *onligchamelijke* zaken of regten laten evenmin ontzetting als bezit toe. L. 4 § 27 D. *de U. et U.* (41. 3).

(22) L. 1 §§ 9, 10, 23 D. *h. t.* CIC. *pro CAEC.* c. 31, 32. L. 13 § 15 D. *de damn. inf.* (39. 2).

(23) Daarom noemt CIC., *pro TULL.* c. 45., het eene *exceptie*.

van feitelijke overmagt (24), maar zelfs alle dwang tot verlating van het bezit uit vrees voor dergelijke overmagt, mits slechts van het oogmerk om te ontzetten door uiterlijke, onder het bereik der zinnelijke waarneming vallende daden (*vis corporalis*) gebleken zij (25).

Voorts wordt vereischt, dat de aanlegger door de ontzetting hebbe *opgehouden te bezitten* (26). Hieruit vloeijen deze twee belangrijke gevolgtrekkingen voort:

Vooreerst, dat de eischer door den verweerder ontzet kan wezen, zonder dat hem persoonlijk eenig geweld zij aangedaan, namelijk als de persoon verdreven wordt door wien hij de zaak in bezit heeft (27). Immers door de verdrijving zijns houders verliest de bezitter zijn bezit (28).

Ten tweede, dat de aanlegger in persoon verjaagd kan wezen, zonder dat er ware ontzetting hebbe plaats gegrepen, namelijk als hij wel zelve door den verweerder met geweld is verjaagd, doch niettemin de personen waardoor hij het bezit behoudt er ten zijnen behoeve in zijn verbleven, zoodat hij het regtens niet heeft verloren (29).

Eindelijk behoort ten laste des verweerdens het bewijs

(24) Vroeger, zegt CIC., *pro CAEC.* c. 17., plagt de praetor het woord *detrudere* te gebruiken, dat meer dan *deicere* naar lijfsgeweld smaakt.

(25) CIC. *pro CAEC.* c. 11. 15. 16. 17. LL. 1 §§ 24, 29, 3 §§ 6, 7 D. *h. t.* PAUL. *R. S. V.* VI. §§ 4, 6. L. 9 pr. D. *quod met. c.* (4. 2). LL. 6, 7, 25 § 2 D. *de A. v. A. P.* (41. 2). L. 33 § 2 D. *de U. et U.* (41. 3). Vgl. *Bijlage* § 2. (Themis. 2de Verz. II. 336—340).

(26) L. 1 §§ 1, 3, 4, 26 D. *h. t.* L. 1 § 4 D. *U. P.* (43. 17).

(27) CIC. *pro CAEC.* c. 13. PAUL. *R. S. V.* VI. § 3. LL. 1 § 22, 10, 20 D. *h. t.*

(28) Van deze waarheid doordrongen, liet men de vermelding van des eischers *familia* of *procurator*, die ten tijde van CICERO *pro TULL.* c. 29, 44. in het interdict voorkwam, daaruit later als overtollig weg. KELLER. 312.

(29) L. 40 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 1 § 45 D. *h. t.*

geleverd te worden, dat de ontzetting is gepleegd òf door hem in persoon, òf door lieden voor wier bedrijf hij aansprakelijk is. Laatstgenoemden zijn òf zijne onderhoorigen (familia) (30), òf onafhankelijke derden (procuratores) (31).

Als de onderhoorige in naam en op last des huisvaders gehandeld heeft, is deze evenzeer voor de daad verantwoordelijk, als wanneer zij door hem zelven verrigt ware (32). Maar heeft de onderhoorige uit eigen beweging en tegen den wil des huisvaders gehandeld, zoo staat het aan diens keuze om de aansprakelijkheid voor de daad op zich te nemen of van zich af te werpen, mits, in het laatste geval, onder verplichting tot uitlevering van den kwaaddoener (noxae deditio) en teruggave althans in zoo verre, als hij door het gebeurde is gebaat (33).

Bijaldien de ontzetting door een onafhankelijken derde in naam en voor rekening des verweerders is gepleegd en deze het feit inderdaad gelast of naderhand goedgekeurd heeft, is hij weder voor de in zijn naam gepleegde daad verantwoordelijk, even als ware het zijn persoonlijk bedrijf (34).

(30) L. 1 §§ 16, 17, 18, 20, 21 D. h. t. PAUL. R. S. V. VI, § 3. LL. 40 § 2, 192 § 2 D. de V. S. (50. 16). CIC. pro CAEC. c. 19, 20.

(31) CIC. pro CAEC. c. 20. HUSCHKE, l. l. 283.

(32) LL. 1 §§ 12, 15, 3 § 11. D. h. t.

(33) LL. 1 §§ 11, 15, 3 § 11 D. h. t. Niet zonder schijn nogtans betwijfelt KELLER. 308, of deze bevoegdheid tot noxae deditio reeds ten tijde van CICERO zoo algemeen gegolden hebbe, en stelt in verband hiermede het vermoeden op, dat het formulier unde de dolo malo tuo A^{us}. A^{ius}. detrusus est, vermeld pro TULL. c. 29, uitgedacht zou zijn ten einde den huisvader die aan het feit volstrekt onschuldig was niet al te zeer te bezwaren. Anders wordt dit formulier uitgelegd door v. S. 517, 519. en HUSCHKE. l. l. 142.

(34) LL. 1 §§ 13, 14, 3 § 10 D. h. t. L. 152 §§ 1, 2 D. de R. J. (50. 17). Daar men alzoo de daad van den procurator, als de dominus er voor aansprakelijk was, als diens eigene handeling beschouwde,

Doch, dewijl niemand onregtmatige daden mag uitvoeren, ook al geschiedt zulks in naam, op last en voor rekening van een ander, blijft die derde zelf insgelijks tot restitutie gehouden. De eischer heeft dus de keuze wien hij wil aanspreken, den lasthebber of den meester, want ieder hunner is jegens hem hoofdelijk voor het geheel (in solidum) verbonden (35.)

Meer evenwel dan het feit der ontzetting behoeft niet bewezen te worden. Het is derhalve geen vereischte, dat de verweerder bij den aanvang des gedings bezitter zij (36), want het doet er niets toe, of de ontzetting al dan niet vergezeld zij gegaan van eene inbezitneming door of namens den verweerder, nademaal iemand ontzet te hebben (vi deiiciens) en bezitter met geweld (vi possessor) te wezen twee geheel verschillende en volstrekt niet te verwarren dingen zijn (37). Ja de eisch blijft gegrond tot de algeheele restitutie toe en mitsdien zelfs, niettegenstaande de eischer reeds eene gedeeltelijke restitutie bekomen hebbe, b. v. wel het bezit terug kreeg, maar nog geene volle vergoeding der door de ontzetting berokkende schade ontving (38).

Ten slotte merke men op, dat de regtsvordering des verdreven bezitters, gelijk zijne andere inschulden, overgaat op zijne erfgenamen (39).

2°. Het tweede vereischte om te slagen bestaat hierin,

L. 1 § 12 D. h. t., en van den anderen kant, wanneer de procurator geheel op eigen gezag gehandeld had, ook hem alleen de verantwoordelijkheid liet, nam men later de uitdrnkkelijke vermelding van den procurator des verweerders, die nog tijdens CICERO, *pro TULL. c. 44.*, *pro CAEC. c. 19.*, in het interdict voorkwam, er niet meer in op. KELLER. 312.

(35) LL. 1 § 13, 13 pr. D. h. t.

(36) LL. 1 §§ 36, 42, 7, 15 D. h. t.

(37) LL. 4 § 22, 33 § 2 D. de U. et U. (41. 3).

(38) L. 1 § 32 D. h. t.

(39) L. 1 § 44 D. h. t.

dat het bezit des eischers tegenover den verweerder regtmatig of zonder gebreken zij geweest (40).

Onregtmatig of *gebrekkig* (*iniusta, vitiosa possessio*) heet het bezit, dat men van zijne tegenpartij hetzij *met geweld* of *heimelijk* bekomen heeft, hetzij slechts *bij vergunning* of *tot wederopzeggens toe* geniet (aut *vi*, aut *clam*, aut *precario*) (41). Tegen den persoon van wien men op een dezer drie manieren het bezit verkregen heeft is men met het interdict niet-ontvankelijk (42). Maar tegen derden schaadt de onregtmatigheid van het bezit niet, daar zij zich op een gebrek dat hun niet aangaat ook niet kunnen beroepen (43). Die gebreken (*vitia possessionis*) leveren dus even zoo vele exceptien op en natuurlijk drukt op den verweerder het bewijs, dat tegenover hem het bezit des eischers een der opgenoemde gebreken aankleeft (44).

3°. Het laatste vereischte om te slagen is, dat de ontzetting voorgevallen zij *binnen het jaar bevorens*, terug rekenende van den dag waarop het interdict uitgesproken is (45). Door een jaar wordt nogtans hier niet bedoeld een tijdvak van drie honderd vijf en zestig *achtereenvolgende* dagen (*annus continuus*), maar een tijdvak gedurende hetwelk drie honderd vijf en zestig dagen verlopen zijn, op ieder waarvan de eischer bij magte geweest is om het interdict aan te vragen (*annus utilis*) (46). Bijzondere omstandigheden die hem zulks

(40) L. 1 C. h. t.

(41) L. 3 § 5 D. *de A. v. A. P.* (41. 2). LL. 2, 3 pr. D. *U. P.* (43. 17). L. 19 pr. D. *Qu. Prec.* (43. 26).

(42) GAI. IV. § 154. CIC. *pro TULL.* c. 45. *pro CAEC.* c. 32. PAUL. R. S. V. VI. § 7.

(43) LL. 1 § 30, 12 D. *h. t.* L. 53 D. *de A. v. A. P.* (41. 2).

(44) CIC. *pro TULL.* c. 45.

(45) L. 1 pr. D. *h. t.* L. 2 C. *h. t.* L. 5 C. *de Exc.* (8. 36.) FR. VAT. § 312:

(46) L. 1 § 39 D. *h. t.* v. SAVIGNY. *Syst.* IV. 421 fgg.

zouden hebben belet moet hij natuurlijk bewijzen (47).

§ 3.

Omvang der restitutie.

Behalve de zuivere winst der summa sponsionis, indien cum periculo was geprocedeerd (48), erlangde de zegevierende eischer *algeheele restitutie* (49).

Hieronder was in de eerste plaats begrepen *herstelling in het bezit* (50). Naar dit zijn hoofddoel wordt het interdict gezegd te strekken tot wederbekoming van het bezit (interdictum recuperandae possessionis) (51). Evenwel vatte men zulks niet te letterlijk op, want, gelijk reeds is aangemerkt, regtens is het eene onverschillige en feitelijke eene toevallige omstandigheid, dat de verweerder zelf bezit of ooit bezeten heeft (52). Ja, ofschoon hij in staat zij de zaak terug te geven, wordt hij niet, zijns ondanks, met den sterken arm tot ontruiming genoodzaakt. Het is namelijk een grondregel der Romeinsche regtspleging, dat geene andere dan geldelijke veroordeelingen voor tenuitvoerlegging vatbaar zijn (53). Aan den verweerder wordt dus wel door den regter gelast de zaak terug te geven, maar, als hij niet kan

(47) Cf. L. 1 D. de div. temp. praesc. (44. 3).

(48) Op deze summa sponsionis schijnt PAULUS te doelen in L. 24 D. de H. P. (5. 3.) waar in het oorspronkelijke denkelijk voor poenam ex eo commissam p. ex sponsione comm. gelezen werd.

(49) LL. 22, 35, 75, 81, 246 § 1 D. de V. S. (50. 16).

(50) L. 1 § 1 D. h. t. L. 1 § 4 D. U. P. (43. 17). L. 17 D. de A. v. A. P. (41. 2). L. 1 §. 26 D. de U. et U. (41. 3). L. 16 § 4 D. de H. P. (5. 3).

(51) § 6 J. de Int. (4. 15). L. 2 § 3 D. eod (43. 1). GAI. IV. § 154.

(52) LL. 1 §§ 36, 42, 15 D. h. t.

(53) GAI. IV. §§ 48—53.

Themis. D. II, 3de St. [1855].

of niet wil gehoorzamen, wordt vervolgens de waarde die het bezit voor den eischer heeft geschat en de verweerder tot betaling van dat bedrag bij eindvonnis veroordeeld (54), welke veroordeeling men nu op de gebruikelijke wijze door inbeslagneming van de goederen des schuldenaars ten uitvoer legt (55). Als schatter dient de eischer zelf, doch onder eede en mits blijvende binnen het door den regter te bepalen maximum (56).

Doch de verschuldigde restitutie omvat veel meer dan de enkele herstelling in het bezit.

Zijn ten gevolge der ontzetting roerende goederen die zich op het erf bevonden, of welke de verdreven bezitter bij zich had (57), beschadigd of vernield (58), — is het erf zelf door of na het gebeurde in waarde verminderd, b. v. door het verbranden van den opstal (59), het te niet gaan zijner geregtigheden en dergelijken meer, — voor dit alles moet volledige vergoeding verschaft worden, hetzij in natura, hetzij in geld. Eveneens moeten de vruchten (en wel die de eischer had kunnen trekken) (60) teruggegeven worden, sedert den dag der ontzetting (61); kortom, *alles wat de verdreven bezitter heeft moeten missen* (62). Hetgene hij van den

(54) GAL. IV. § 163. § 31. J. *de Act.* (4. 6.) L. 21 D. *qu. met. c.* (4. 2.)

(55) L. 15. D. *de Re Jud.* (42. 1.)

(56) LL. 1, 2, 4 §§ 1—3, 5 pr. § 1, 4 D. *de in lit. iur.* (12. 3.) L. 9 C. *h. t.* v. SAVIGNY. *Syst.* V. 119. fgg.

(57) Van die goederen werd wel in de formula arbitraria of het iudicium de restituenda re afzonderlijke melding gemaakt, maar niet in het interdiet, omdat reeds in het woord restituas ook hunne teruggave begrepen was. KELLER. 299.

(58) LL. 1 §§ 6, 32, 3, 34, 37, 38, 6, 19 D. *h. t.* PAUL R. S. V. VI. § 8. L. 14. § 11 D. *qu. met. c.* (4. 2.)

(59) L. 1 § 35 D. *h. t.* L. 14 § 11 D. *qu. met. c.* (4. 2.)

(60) L. 4 C. *h. t.*

(61) L. 1 § 40 D. *h. t.* L. 4 C. *h. t.* L. 38 § 4 D. *de Usur.* (22. 1.)

(62) L. 1 § 41 D. *h. t.*

verweerder ontvangt behoort geheel op te wegen tegen het nadeel hem berokkend en hij te worden teruggebracht in dien toestand, dat de som zijner fortuin dezelfde zij, als zij geweest ware, bijaldien er geene ontzetting plaats gegrepen had (63).

Bij gebreke echter eener zoodanige verpligting tot vergoeding der door den eischer geledene schade, bleef soms over eene subsidiaire verbindtenis tot teruggave van het door den gedaagde genoten voordeel (64), of tot uitkeering voor zoover de gedaagde door het feit was gebaat (*ad restituendum id quod ad eum pervenit*). Deze uitkeering was verschuldigd:

1°. door den *gewelddoefenaar*, nadat de hoofdvordering was verjaard (65).

2°. door *zijne erfgenamen*. Volgens het Romeinsche regt kunnen erfgenamen ter zake van de onregtmatische daden huns erflater niet verder worden aangesproken (66), dan voor zoo veel zij er door zijn gebaat of zonder hunne kwade trouw zouden zijn. Ontzetting nu, de grond van het interdict, is eene onregtmatische daad (67), zoodat de gehoudenheid van erfgenamen ook hier naar dien algemeenen regel wordt beoordeeld (68).

3°. door *den huisvader*, ingeval van ontzetting buiten

(63) LL. 1 § 31, 6 D. *h. t.*

(64) Was dus de gedaagde door de ontzetting in het bezit gekomen en sedert daarin verbleven, zoo moest de eischer nog altijd er in hersteld worden. v. S. 545.

(65) LL. 1 pr., 3 § 12 D. *h. t. L.* 7 D. *Comm. Div.* (10. 3.) L. 4 D. *de Int.* (43. 1.)

(66) L. 1 pr. D. *de priv. del.* (47. 1.) LL. 33, 44, 127 D. *de R. I.* (50. 17.) Altijd voor zoover niet reeds met den erflater *litis contestatio* had plaats gehad. L. 26 D. *de O. et A.* (44. 7.)

(67) L. 1 §§ 13, 14 D. *h. t. L.* 27 § 4 D. *de Pact.* (2. 14.)

(68) LL. 1 § 48, 2, 3 pr. §§ 1, 18, 9 D. *h. t. L.* 2. C. *h. t. L.* 35 pr. D. *de O. et A.* (44. 7.)

zijnen last bedreven door zijne onderhoorigen waarvoor hij zich niet verantwoordelijk stelt (69).

4°. door een *zedelijk ligchaam* wegens ontzetting in naam er van gepleegd door het bestuur (70).

De vordering van deze uitkeering is aan geene bijzondere verjaring onderworpen (*perpetua*) (71).

Onteerend voor den gedaagde (*famosum*) was dit interdict evenmin als eenig ander (72). Nogtans rekende men het strijdig met *den eerbied* (*pietas*), dat kinderen het bezigden tegen hunne ouders of vrijgelatenen tegen hunne patronen. Men gaf liever in zoodanig geval eene zoogenaamde in *factum actio*, wier gevolg echter, wat de restitutie betreft, op hetzelfde nederkomt (73).

B.

De vi armata (1).

§ 1.

Procédure.

Van de eenvoudige ontzetting (2) onderscheidde de praetor de gequalificeerde, of de zoodanige die was bedreven met behulp van daartoe te zaamgebragte of gewapende lieden. In dat geval werden er, ten verzoeke des eischers, eenige wijzigingen in het interdict gemaakt dat nu aldus luidde:

«Herstel den eischer in hetgene waaruit gij hem,

(69) LL. 1 §§ 15, 19, 20, 16 D. *h. t.*

(70) L. 4 D. *h. t.*

(71) L. 3 § 1 D. *h. t.*

(72) L. 13 D. *h. t.*

(73) L. 1 § 43 D. *h. t.* LL. 2 § 1, 7 § 2 D. *de obseq. par.* (37. 15.) L. 11 D. *de dol.* (4, 3.) L. 11 § 5 D. *de accus.* (43. 2.)

(1) KELLER. *Semestria ad M. TULLIUM CICERONEM. pro CAECINA.* I. 321 seqq. Vgl. ook HOLTIIUS. Over het *Interdictum de vi armata.* Bijdragen. VII. 5—22.

(2) Door CIC., *pro CAEC.* c. 32., bij tegenstelling *vis quotidiana* genoemd dat echter geen kunstterm is.

«hetzij in persoon, hetzij door hen voor wie gij aansprakelijk zijt, met behulp van daartoe bijeen gebragte of «gewapende lieden ontzet hebt, of van wiens ontzetting «in dier voege gij ter kwader trouw medeoorzaak zijt «geweest (3).»

De loop van het regtsgeding was volmaakt dezelfde als in het gewone geval met dit onderscheid, dat, volgens een niet onwaarschijnlijk vermoeden, hier alleen de *procédure cum periculo*, en niet die per *formulam arbitrariam*, werd toegelaten (4).

§ 2.

Vereischten om met het interdict te slagen.

Het interdict is in dezen vorm voor den aanlegger in zooverre bezwaarlijker, dat hij nu niet meer volstaan kan met het eenvoudig bewijs der ontzetting, maar bovendien moet aantonen, dat zij vergezeld is geweest van *verzwarende omstandigheden*.

Die omstandigheden zijn twee in getal: (6)

a. het plegen van ontzetting door middel van daartoe *bijeen gebragte lieden*.

b. het plegen der ontzetting *gewapenderhand*.

Het spreekt dus van zelf, dat de vordering gegrond is, indien er zamenloop van beiden plaats grijpt, d. is

(3) Unde tu NUMERI NEGIDI aut familia aut procurator tuus AULUM AGERIUM aut familiam aut procuratorem illius vi hominibus coactis armatisve deieicisti aut dolo malo fecisti quo magis AULUS AGERIUS aut familia aut procurator illius ita deieceretur, qua de re agitur, eo restituas. *Cic. pro CAEC.* c. 8. 21, 22. *ad famil.* XV. 16. *GAI* IV. § 155. L. 3 § 12 *D. h. t.* KELLER, 324.

(4) HUSCHKE *Anal. litt.* 178. KELLER, 340. SCHMIDT, 267. Bovendien wil HUSCHKE. l. l. 224, dat bij het interdictum de vi armata de beregting der zaak uitsluitend aan recuperatoren opgedragen werd. Doch deze gissing laat zich niet wel rijmen met *Cic. pro CAEC.* c. 21. non enim reperies quemquam *iudicem* aut recuperatorem qui ita *probet armatum*.

(6) KELLER, 225.

als de ontzetting werd bedreven door *eene gewapende bende*. Op dit geval, naar het schijnt, had de praetor voornamelijk het oog en in dien geest stelt dan ook CIGERO in den loop van zijn pleidooi voor CAECINA de zaak gedurig voor (7).

Doch het is eene tweede vraag, of niet genoegzaam geacht werd, wanneer slechts één dezer vereischten vervuld was, en dus het interdict mede voorzag in geval van ontzetting

a. door eene, schoon *ongewapende bende*;

b. door één persoon, mits *gewapenderhand*.

Voor eene bevestigende beantwoording dezer vraag kan men zich op de bewoordingen zelve van het interdict beroepen. Immers de praetor verlangt niet: bijeen gebragte *en* gewapende (*coacti armatique*), maar bijeen gebragte *of* gewapende lieden (*coacti armative*) (8).

Van den anderen kant echter zijn er overwegende gronden die beletten het geval van ontzetting door eene *ongewapende bende* onder dit interdict te begrijpen, want alle onze getuigenissen stemmen hierin overeen, dat *geweld van wapenen* (*vis armata*) ten deze essentieel is, ja zelfs het interdict daarnaar zijn naam draagt (9). Maar er wordt niet gevorderd, dat alle de tot de bende behorende lieden gewapend zijn; integendeel, de bende is eene gewapende, als slechts een harer leden gewapend is (10).

(7) C. 1. 2. 3. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 21. 22.

(8) KELLER. 325, 336, 337 n²⁴, 365.

(9) *Devi hominibus armatis*. CIC. *pro CAEC.* c 8. *vis armata. eod c. 29. vi hominibus armatis deiectus. ad Famil.* XV. 16. *velut si armis eum vi deieceris.* GAI. IV. § 155. D. *h. t.* De vi et de vi armata.

(10) L. 3 § 3 D. *h. t.* KELLER. 325 n², maakt de opmerking, dat de verklaring van het woord *Coacti* in dit fragment ontbreekt. Men schrijve dit echter niet op rekening van ULPIANUS, maar van JUSTINIUS die beide interdicten te zamen smolt en het vereischte van *coacti homines* achterwege liet. Om deze reden excerpeerden de compilatoren noch het formulier

Hieruit volgt, dat, strikt genomen, ook het tweede mogelijke geval (dat namelijk van ontzetting wel gewapenderhand, doch door een enkel persoon gepleegd) niet viel in de termen van het interdict. Inderdaad vindt men doorgaans van *meerdere* gewapenden of van eene bende gesproken (11).

Desniettegenstaande is het meer dan waarschijnlijk, dat men bij de verklaring van dit interdict dezelfde regelen van uitlegging in toepassing bragt, als bij de verklaring der daaraan zeer naauw verwante *actio vi bonorum raptorum* (12), bij welke men aannam, dat aan het vereischte van *coacti homines* voldaan was, zoodra maar het feit was begaan door middel van één

van het interdictum de *vi armata*, noch den commentaar van ULPIANUS op het woord *coacti*. Nogtans werden niet alle sporen uitgewischt. Daaronder behoort vooreerst de aangehaalde plaats, want wat beduidt hier *unus vel alter*, als men reeds genoeg had, hetzij aan éenen gewapende alleen, hetzij aan meerdere ongewapenden? Waarbij men lette op het woordje *plane*, dat bijkans altoos gebezigd wordt om eene juist voorafgegane stelling nader te bepalen en binnen hare ware grenzen te beperken. Het verband was dus waarschijnlijk in het oorspronkelijke zoo: *«coactis armatisve* zegt de praetor. Nogtans vergenoegt hij zich niet met een van tweeën, maar vordert «beide vereischten vereenigd. Ontzetting door eene ongewapende bende, ofschoon strafbaar volgens de *lex JULIA de vi privata*, valt dus niet in de termen van ons interdict. *Evenwel om de gansche bende tot eene gewapende te maken is het genoeg, als deze of gene harer leden gewapend als* » § 3 cit. Tot versterking van dit vermoeden dient: 1º, dat ook in § 4 weder van het verschil tusschen eene *ongewapende* en eene *gewapende* bende de rede is; 2º, *L. 5. D. de l. Jul. de vi pr.* (48. 7.) die, blijkens het opschrift, hier te huis behoort en het geval van ontzetting door eene *ongewapende bende* opzettelijk behandelt.

(11) Want waar, zoo als in *L. 3 § 9 D. h. t.*, van een enkel persoon de rede is, geschiedt dit in algemeene beteekenis, of wordt, zoo als in § 10 *cod.*, hij bedoeld wiens werktuig de bende is (is qui cogit.) Als *CIC. pro CAEC.* c. 22. zegt: *non si pluribus, quam si uno armato*, wil hij, blijkens het voorgaande, kennelijk niet meer beweren dan hetgeen ULPIANUS leert in *L. 3 § 3 D. h. t.* namelijk, dat het er niet toe doet, hoe velen van de bende gewapend zijn.

(12) *CIC. pro TULL.* c. 46. HUSCHKE l. l. 163. KELLER 593.

enkel daartoe gebezigd persoon (13). Men had er dan altoos nog twee, den gedaagde of *auteur* (is qui coegit) en zijn *werktuig* (is qui coactus est). Doch men deed nu ook den laatsten stap en begreep hetzelfde te moeten laten gelden, *zelfs wanneer auteur en werktuig een en dezelfde persoon waren*. Gelijk men niet ontveinsde, beroofde deze uitlegging, die zeker van gezochtheid moeilijk geheel vrij te pleiten is, het verklaarde woord van alle zijne kracht en maakte het overtollig (14). Volgde men derhalve, hetgeen niet meer dan consequent was, bij ons interdict dezelfde wijze van verklaring, zoo heldert het zich hoogst eenvoudig op, hoe geweld van wapenen daarbij zoo zeer op den voorgrond kwam te staan. Immers iedere ontzetting, gewapenderhand gepleegd, wordt dan door het interdict bestraft, terwijl men het andere vereischte gansch weggeredeneerd heeft.

Door *wapenen* verstaat men alle werktuigen, strekkende om 's menschen ligchamelijke kracht te verhoogen (15).

De ontzetting is *gewapenderhand* geschied:

a. indien de aanvallers voorzien van zoodanige wapenen gekomen zijn, ook al maakten zij er geen gebruik van (16).

b. indien de aanvallers bij de ontzetting van zoodanige wapenen hebben gebruik gemaakt, ook al zijn zij onvoorzien daarvan gekomen; b. v. zoo zij die wapenen eerst op het erf gevonden en opgevat hebben (17).

(13) L. 2 § 6 D. *de vi b. r.* (47. 8.)

(14) L. 2 § 7 D. *de vi b. r.* (47. 8.) V. SAVIGNY. *Verm. Schr.* III. 234, 235. HUSCHKE. *l. l.* 191. KELLER. 561.

(15) Taalkundig schijnt de oorspronkelijke beteekenis van *arma* meer uitsluitend *krijgsgereedschap* te wezen. CIC. *pro CAEC.* c. 21. 22. L. 3 § 2 D. *h. t.* Cf. LL. 9, 11 § 1 D. *ad l. Jul. de vi publ.* (48. 6.) L. 41 D. *de V. S.* (50. 16.)

(16) L. 3 § 5 D. *h. t.*

(17) L. 3 § 4 D. *h. t.*

2°. Ten tweede breidt hier de praetor den kring der gedaagden uit door ook dengene er onder te begrijpen wien wel de ontzetting zelve niet zou kunnen worden toegerekend (18), zoodat het gewone interdict tegen hem niet baten zou, maar die niettemin aan het feit medepligtig is; d. i. door zijne kwade trouw tot het bedrijven daarvan zoozeer heeft bijgedragen, dat hij mede als eene der oorzaken van het gebeurde moet beschouwd worden (*qui dolo malo fecit, quo magis quis deiiceretur*) (19). Natuurlijk drukt het bewijs hiervan op den aanlegger.

3°. Ten derde laat hier de praetor de exceptiën wegens gebrekkig bezit weg, hetgene den aanlegger ontvanke-lijk maakt, niettegenstaande hij, toen de ontzetting voor- viel, het bezit van den verweerder met geweld, heimelijk of ter bede verkregen had (20).

4°. Ten vierde laat hier de praetor ook de eenjarige verjaring weg (21).

Zoodanig is de voorstelling die men bij de klassieke juristen van dit interdict gegeven vindt (22). Doch volgens CICERO verschilde het van het gewone nog in een ander, niet minder belangrijk opzigt. Terwijl namelijk, in het laatstgenoemde geval, van des eischers bezit uitdrukkelijk melding plagt gemaakt te worden, had de praetor die vermelding in ons interdict met opzet wegge-

(18) Ten aanzien dier toerekening gelden hier dezelfde regelen als in het gewone geval. L. 3 §§ 6—12 D. *h. t.*

(19) L. 3 § 12 D. *h. t.* Cf. LL. 2 §§ 2, 3, 4 seqq. D. *de v. b. r.* (47. 8.) KELLER. 313 n³⁵. meent, dat deze clause in het interdict zelf niet gelezen werd. Het tegengestelde is echter waarschijnlijker, omdat de orde waarin ULPIANUS die clause behandelt zoo juist beantwoordt aan de plaats die zij moet hebben ingenomen in het interdict, dat hij in zijn commentaar op den voet volgt.

(20) CIC. *pro CAEC.* c. 8. 12 seqq. 31 seqq. *pro TULL.* c. 46. GAI. IV. § 156. L. 14 D. *h. t.*

(21) CIC. *ad Famil.* XV. 16.

(22) BRUNS. 62 fgg.

laten (23) en uit dat opzettelijk zwijgen trok nu CICERO het besluit, dat bezit, van welken aard ook, inderdaad geen volstrekt vereischte is bij verdrijving met geweld van wapenen (24). Alhoewel de groote redenaar in het belang van zijnen client de snaar wat te sterk spant en te ver gaat in zijne beweringen, kan men hem echter geenzins zoo geheel ongelijk geven (25). De zaak schijnt zich namelijk in diervoege te hebben toegedragen.

Toen CICERO CAECINA's eisch bepleitte, was, naar hij getuigt, ons interdict eerst onlangs ingevoerd en had zijn ontstaan te danken gehad niet aan den natuurlijken loop der regtsontwikkeling, maar aan de onrust, burgerkrijg en regeringloosheid die de bange tijden welke men beleefde kenmerkten (26). De rijke grondbezitters, in plaats van hunne geschillen voor den regter te brengen, beslechtten ze liever met behulp hunner talrijke slavenmagten en die hunner vrienden en onderdrukten hunne minvermogende medeburgers (27). Werd nu vervolgens de zaak beregt met het gewone interdict, dan was het den verweerder geoorloofd den eischer tegen te werpen: gij hadt geen waar bezit, of ook: uw bezit was met opzigt tot mij niet regtmatig; en, daar men bij zulke twisten gewoonlijk wel over en weder eenige schuld heeft, werd misschien dergelijke exceptie niet zelden althans door eenigen schijn ondersteund (28). Zoo handhaafde de chicane wat het geweld had gesticht en werd de maatschappelijke vrede straffeloos verbroken.

(23) *Cic. pro TULL. c. 46.* (24) *Cic. pro CAEC. c. 32.*

(25) Op de hand van CICERO zijn HUSCHKE *l. l.* 163. en KELLER 327 sqq. 376 sqq. bij wien men, 427, eene lijst van voor- en tegenstanders aantreft die, wat de laatsten betreft, kan vermeerderd worden met PUCHTA, *Inst. § 225.* en v. VANGEROW. III. 584. Vgl. voorts HOLTJUS. *t. a. p.* 20. GOUDSMIT en OPZOOMER. *Themis.* 1ste Verz. V. 262. en VI. 292.

(26) *Cic. pro TULL. c. 46.* KELLER. 328 n^o.

(27) *Cic. pro TULL. c. 8.*

(28) *Cic. pro TULL. c. 45. pro CAEC. c. 32.*

Om hieraan een einde te maken, besloot de praetor alle exceptien af te snijden (29) en zich met het bewijs der ontzetting door middel eener gewapende hende te vergenoegen. Doch, letterlijk opgevat, moest dit, wat des eischers bezit betrof, tot gevolgtrekkingen voeren, waarvoor, schoon met het talent van CICERO voorgedragen, het gezonde regs-bewustzijn, dat bij de Romeinen altoos zoo sterk sprak, terug schrikte. Daarom drong PISO, de advocaat van AEBUTIUS, CAECINA's tegenpartij, er op aan, dat, komt al het woord *bezitten* in het interdict niet voor, dit weinig ter zake doet, naardien toch het woord *ontzetten* dat er wel degelijk in voorkomt op niemand behalve den bezitter past (30). Dit beweren, dat

(29) Cic. *pro TULL.* c. 46. *pro CAEC.* c. 3, 22, 29. GAI. IV. § 155. KELLER. 331 sqq. leert in welken zin dit moet worden opgevat en verklaart hij die gelegenheid de exceptie *quod tu prior hominibus armatis non veneris*, CIC. *ad Famil.* VII. 13.

(30) *pro CAEC.* c. 31, 32. In L. 1 §§ 9, 23 D. *h. t.* wordt hetzelfde geleerd door ULPIANUS en deze bedoelt aldaar den *eigenlijken bezitter*. Ondertuschen is de beteekenis van *possidere* en *naturaliter possidere* dubbelzinnig en kan, in ruimeren zin, daarender ook begrepen worden de *bloote houder*. Aan den blooten houder nu betwistte PISO, de advocaat van AEBUTIUS, het interdictum de *vi armata* waarschijnlijk niet, want, daar zijne tegenpartij volstrekt geen bezit had, was, als pleiter, dat terrein voor hem het voordeeligste. Zijne verdediging kwam dan denkelijk hierop neder.

De praetor zegt *deieicisti*. Deieicisti nu kan alleen slaan op iemand die zich op het erf en in het bezit daarvan bevindt; d. i. althans *houder* is.

En de praetor heeft toch de vermelding van des eischers bezit uit het interdict weggelaten? Het is zoo, maar waarom? Alleen opdat niet de gedaagde in de gelegenheid zij te beweren, dat de eischer geen bezit heeft gehad voor zich zelve of *animo domini*. Eigenlijk gaf CICERO zelf de juistheid dezer oplossing ingewikkeld toe, want hij spreekt van *exceptie* c. 8. 22., *defensie* c. 29. *pro TULL.* c. 45. *bewijs, te leveren door den verweerder, dat de eischer geen behoorlijk bezit had.* *pro CAEC.* c. 31, 32. *pro TULL.* c. 45. Welaan, zoo mogt PISO hem afvragen, hoe laat zich dit anders denken dan zóó, dat, als de eischer bewezen heeft houder te zijn geweest en dien ten gevolge de praesumptie voor zich inroept waarnaar hij geacht wordt houder te zijn geweest voor zich zelve, daarop de gedaagde wil gaan leveren het *tegenbewijs*:

reeds toen niet nieuw schijnt te zijn geweest en door CICERO alles behalve ligt geteld werd, had nogtans het groote nadeel van zoo niet met de bedoeling des praetors, dan toch met de strenge woord-uitlegging in strijd te zijn. Geen wonder echter, dat later, als onder den keizerlijken scepter orde en veiligheid hersteld waren en de wetenschap zich meer had volmaakt, het gevoelen, door PRISO verdedigd (31), zegevierde en men toen de vermelding van des eischers bezit, die de ervaring als overtollig en als slechts een steen des aanstoots voor de jurisprudentie had leeren kennen, ook in het gewone interdict weder heeft uitgewischt (32).

dat de eischer houder is geweest voor een ander en mitsdien niet-ontvankelijk behoort te worden verklaard. Immers dit is de regelmatige loop van zaken bij het gewone interdict. Daarbij kan wel het ontbreken van den *animus domini*, maar niet het ontbreken der detentie, wel het ongenoegzame, maar niet de volslagen ontstentenis van het bezit den grond eener *exceptie* en het onderwerp voor een *tegenbewijs* van den kant des gedaagden opleveren. Geeft men derhalve toe, dat de bedoeling des praetors niet verder gaat dan het afsnijden der *gewone exceptien*, dan lost zich die bedoeling eenvoudig op in *het niet vergen van den animus domini noch van regelmatige aankomst*. Met andere woorden: de regelmatige praesumptio iuris ten voordeele des houders gaat, ingeval van ontzetting gewapenderhand gepleegd, in eene praesumptio iuris et de iure over.

Dat zich voor dit stelsel practisch meer zeggen liet dan voor het systema van CICERO, valt gemakkelijk in te zien. Met dat alles is nogtans de bedoeling om *exceptiën* af te snijden iets zoo negatiefs, dat, zoolang men er niet over heen was ook het interdictum de vi armata aan iedereen, behalve den eigenlijken bezitter, te weigeren, en mitsdien aan de weglating der woorden *cum ille possideret* alle gevolg te ontzeggen, de vraag aan welke meerdere personen de praetor door die weglating het interdictum wilde verzekerd hebben voor geene andere dan willekeurige beslissing vatbaar was en dus wel een punt van voortdurenden strijd moest blijven.

(31) (Ten minste, zoo deze reeds den *animus domini* vergde). LL. 1 §§ 9, 23, 26, 3 § 3 D. h. t. FR. VAT. § 91.

(32) Dat denkelijk eerst gebeurde bij de nieuwe redactie door JULIANUS. HUSCHKE l. l. 165. KELLER. 312, 339, 382, 387 sqq.

§ 3.

Omvang der restitutie.

Ook in dit opzigt stemt ons interdict met het gewone geheel overeen. Alleen verdient nog opmerking, dat het, wegens het snoode van het feit, ook door kinderen tegen hunne ouders en door vrijgelatenen tegen hunne patronen mogt worden gebruikt (33).

C.

Utile interdictum.

Het interdict is alleen voor den bezitter, maar niet voor den blooten houder bestemd. Behalve het zoo even opgemerkte nopens het karakter van het interdictum de *vi armata* ten tijde van Ciceró, liet men op dezen regel slechts twee uitzonderingen toe, te weten: ten behoeve des houders uit personeel servituut (*usuarius*, *usufructuarius*) en ten behoeve des houders uit regt van opstal (*superficiarius*).

Dewijl personeel servituut en opstal regten zijn die men zich niet denken kan dan aan eens anders zaak (*iura in re aliena*), heeft hij die als vruchtgebruiker of opstalhebber in het bezit is de zaak in zijne magt als eene die hem niet toebehoort, en mist den wil om haar als de zijne te beheeren (*animus domini*), zoodat hij niet mag worden aangemerkt als bezitter in den regtskundigen zin des woords en niet meer is dan houder voor den (waren of vermeenden) eigenaar (1). Aan dit beginsel moet streng worden vastgehouden, zal niet de leer

(33) L. 1 § 43 D. *h. t.*, L. 10 § 12 D. *de iniur. voc.* (2. 4.) I. 7 § 2 D. *de Injur.* (47. 10.)

(1) GAI. II. § 93. L. 10 § 5 D. *de A. R. D.* (41. 1.) LL. 1 § 8. 12 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2) L. 1 § 8 D. *qu. leg.* (43. 3.) L. 6 § 2 D. *Qu. Prec.* (43. 26.) L. 5 § 1 D. *ad Exh.* (10. 4) FR. VAT. § 90.

van het bezit in schromelijke verwarring geraken (2). Doch de houder wegens dergelijk regt verkeert niettemin in eenen eigenaardigen toestand, daar hij gerechtigd is om houder te wezen, onafhankelijk van den wil des eigenaars of bezitters, en de zaak in zijn bezit heeft als daartoe met uitsluiting van alle anderen bevoegd (3). Deze zijne zelfstandigheid waardoor hij zich van iederen anderen houder onderscheidt geeft alzoo hem kennelijk aanspraak op hoogere en bijzondere bescherming.

De praetor zag dit zeer goed in (4) en verleende hem die bescherming door hem, ofschoon geen bezitter zijnde, evenwel naar het voorbeeld van dezen te behandelen en met gelijksoortige regtsmiddelen toe te rusten. De in dier voege naar analogie des bezitters gehandhaafde houder heeft *met den bezitter gelijkgestelde* (quasi possessor), en de, ten gevolge dier gelijkstelling, buiten hunnen eigenlijken sfeer op zijn geval toepasselijk gemaakte regtsmiddelen *overdragtelijke* (utilia interdicta) (5).

Doch zoo mild en vrijzinnig als zich de Romeinen betoonden in de zaak, zoo streng en angstvallig dachten zij over den vorm. De regter namelijk moet bij de beslissing der vraag, of de gedaagde aan het gebod des praetors voldaan heeft, zich stipt houden aan den letterlijken zin der woorden. Nu komen er in het interdict uitdrukkingen voor, zoo als *ontzetten*, *bezitten*, die naar zuivere regtsbegrippen op den vruchtgebruiker niet slaan kunnen. Het gewone formulier derhalve (interdictum directum) kan niet regtstreeks op hem toegepast, maar dient ten zijnen behoeve eenigzins gewijzigd te worden. Alzoo wordt het interdict dat hij van den

(2) L. 52 pr. D. de A. v. A. P. (41.2.)

(3) L. 60 § 1 D. de Usufr. (7. 1.) PAUL. R. S. III. VI. § 30.

(4) L. 3 § 13 D. h. t.

(5) L. 27 D. de Don. (39. 5.) L. 3 § 17 D. h. t. GAL. IV. § 139. pr. J. de Int. (4. 15.) FR. VAT. §§ 90, 91. L. 60 pr. D. de usufr. (7. 1.)

praetor krijgt, ofschoon zoo trouw mogelijk naar het model dat het gewone aan de hand geeft nagebootst, echter een weinig anders geformuleerd. Het luidt nu dus:

«Herstel den eischer *in het genot* in geschil dat gij «hem, nog geen jaar geleden, hetzij in persoon, hetzij «door hen voor wie gij aansprakelijk zijt, *belet hebt te «genieten*, zonder dat hij het van u met geweld, heime-«lijk, of ter bede had (6).»

Procédure, verjaring (7), exceptien, beperking tot onroerende goederen (8), overgang op (9) en tegen (10) erfgenamen, volledigheid der restitutie (11) en wat dies meer zij, bleef alles hetzelfde. De enkele punten die opmerking verdienen zijn:

1^o. De eischer moet *als vruchtgebruiker* (of *gebruiker*) (12) in welk geval het woord *frui* uit het interdict wordt weggelaten) *in het genot geweest zijn* (13). Van

(6) Unde tu NUMERI NEGIDI AULUM AGERIUM in hoc anno vi prohibuisti aut familia tua prohibuit, qua de re agitur, quum nec vi nec clam nec precario a te uteretur fruereetur, eo restituas. FR. VAT. §§ 90, 91. RUDORFF. *Zeitschr. f. gesch. Rwissch.* XI. 347, 348. Het kenmerkende woord is hier *prohibere*, waaruit blijkt, dat in den oorspronkelijken commentaar van ULPIANUS de slotwoorden van L. 3 § 12 D. *h. t.* tot ons interdict en niet tot dat de vi armata behoorden. Vgl. SCHMIDT. 121. Vermits nu echter CIC. *pro CAEC.* c. 13. zegt: *Unde vi prohibitus sis nemo unquam interdixit; novum est, non dico inusitatum sed inauditum*, terwijl hij c. 32. beweert, CAESENNIAM possedissee propter usumfructum non negas, zou men daaruit misschien eenigen grond kunnen ontleenen voor het anders zoo vreemde gevoelen, hetgeen echter ook in KELLER een voorspraak vindt, dat men ten tijde van CICERO den vruchtgebruiker waar bezit toeschreef.

(7) L. 3 § 12 D. *h. t.*

(8) L. 3 §§ 13, 15^r D. *h. t.*

(9) L. 3 § 17 D. *h. t.*

(10) L. 3 § 18 D. *h. t.*

(11) LL. 3 § 15, 9 § 1, 10 D. *h. t.* L. 60 pr. D. *de usufr.* (7. 1.)

(12) L. 3 § 16 D. *h. t.*

(13) L. 3 § 14 D. *h. t.*

welken aard echter dat vruchtgebruiksregt hetwelk hij zich toeschrijft zij, of hij het ontleene aan het civiele of aan het praetorische regt, doet niets ter zake (14). Het is genoeg, als hij zich slechts in het bezit der zaak bevindt met den wil om het vruchtgebruik, als hem toebehoorende, te genieten (15) en uit dat genot gewelddadig verdreven wordt (16).

2°. De restitutie moet ook hier eene volledige zijn en de eigenaardige gemakkelijkerheid waarmede het regt van vruchtgebruik verloren gaat geeft aan die restitutie soms eene zeer onverwachte wending. Is b. v. de vruchtgebruiker na de ontzetting gestorven, zoo kunnen zijne erfgenamen alleen vergoeding vorderen tot aan zijn overlijden, daar met den dood het regt een einde neemt (17). Of heeft hij, door *den eigenaar* verdreven, dien ten gevolge zijn regt in twee jaren niet kunnen uitoefenen, zoodat het door verjaring te niet gegaan en tot den eigendom terug gekeerd is, dan zal nu de eigenaar gehouden zijn hem dat regt nogmaals te verleenen (18). Is daarentegen die verjaring het gevolg geweest van ontzetting door *een derde*, zoo heeft zich nu wel het vruchtgebruik onherroepelijk met den eigendom hereenigd, maar zal thans die derde de waarde er van moeten vergoeden, omdat hij de man is op wiens hoofd alle de schade, door zijne onregtmatige daad veroorzaakt, nederkomen moet (19).

De eigendom van den opstal laat zich van den eigen-

(14) L. 3 § 16 D. *h. t.*

(15) L. 3 § 17 D. *h. t.*

(16) LL. 3 §§ 13, 14, 9 § 1, 10 D. *h. t.* L. 60 § 1 D. *de Usufr.* (7. 1.) L. 27 D. *de Don.* (39. 1.) FR. VAT. § 91.

(17) L. 3 § 17 D. *h. t.* L. 60 pr. D. *de Usufr.* (7. 1.)

(18) L. 9 § 1 D. *h. t.*

(19) L. 10 D. *h. t.*

dom van den bodem zelfs niet in gedachte scheiden (20), zoodat ook het regt van opstal geene soort van eigendom uitmaakt, maar een regt van genot aan eens anders zaak (21). Doch in die hoedanigheid werd het eerst later erkend, want, terwijl de personele servituut reeds van het civiele regt hare organisatie ontvangen had, liet dat regt den opstalhebber nog geheel op het gebied der verbindtenissen staan en schreef hem uitsluitend persoonlijke regtsvorderingen toe (22). Eerst de praetor bragt hem verder en verleende hem, zoo *ten possessoire* door interdicten, als *ten petitoire* door reëele actien (23) bescherming. Deze laatsten waren geschoeid op de leest der regtsvorderingen, door het civiele regt ten behoeve van den eigenaar opgesteld, en niet nagebootst naar degenen waarmede dit den vruchtgebruiker had toegelust, zoodat de opstalhebber werd gelijk gesteld, niet met den vruchtgebruiker, maar met den eigenaar (quasi dominus) (24). Hieruit verklaart het zich ligt, dat men nog veel minder zwaarigheid maakte om den opstalhebber, dan om den vruchtgebruiker gelijk te stellen met den bezitter (25), zoo als blijkt uit de omstandigheid, dat men het niet eens noodig schijnt te hebben gekeurd om, bij overdragt op den verdreven opstalhebber, de

(20) L. 2 D. *de Superf.* (43. 18.) L. 31 § 3 D. *de Leg. I.* (30.) L. 44 § 1 D. *de O. et A.* (44. 7.)

(21) L. 36 § 4 D. *de Leg. I.* (30.) L. 19 pr. D. *de damn. inf.* (39. 2.) L. 30 D. *de nox. act.* (9. 4.)

(22) L. 1 § 1 D. *de Superf.* (43. 18.) L. 18 § 4 D. *de damn. inf.* (39. 2.)

(23) L. 1 §§ 1, 3 D. *de Superf.* (43. 18.) L. 3 § 7 D. *U. P.* (43. 17.) LL. 73 § 1, 74, 75 D. *de R. V.* (6. 1.) L. 3 § 3 D. *de O. N. N.* (39. 1.)

(24) L. 1 §§ 5, 6, 7, 8, 9 D. *de Superf.* (43. 18.) L. 3 § 7 D. *U. P.* (43. 17.) L. 16 § 3 D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 15 D. *Qu. r. pign.* (20. 4.) L. 49 D. *de V. S.* (50. 16.)

(25) L. 27 D. *de Don.* (39. 5.)

Themis, D. II, 3de St. [1855].

bewoordingen van het gewone interdict te veranderen en bij hem althans meende te mogen spreken van eene *ware ontzetting* (26).

II.

INTERDICTUM QUOD PRECARIO (1).

§ 1.

Procédure.

De praetor rigt tegen dengene die iets ter bede heeft een bevel van den volgende inhoud:

« Geef aan den eischer terug wat gij ter bede van hem « hebt, of zonder uwe kwade trouw van hem zoudt « hebben » (2).

Ook dit interdict behelst dus een gebod tot teruggave en is als zoodanig eenzijdig (*restitutorium, simplex*) en de behandeling der zaak geschiedt op geheel dezelfde wijze als bij het interdictum *unde vi* (3).

§ 2.

Vereischen om met het interdict te slagen.

Het eenige wat door den eischer moet worden bewezen is, dat de gedaagde het terug gevorderde van hem

(26) L. 1 § 5 D. *h. t.* Daar nu van het voorwerp des bezits in het interdict geen gewag wordt gemaakt, Cic. *pro CAEC.* c. 29., was het eenig aanstootelijke woord dat overbleef *possidere*. Daarvoor werd misschien in de plaats gesteld (e lege locationis sive conductionis) *frui*. L. 1 pr. D. *de Superf.* (43. 13).

(1) D. *de precario* (43. 26.) C. *de precario et Salviano interdicto* (3. 9.) V. SAVIGNY. § 42 (555—566) en V. VANGEROW. *Pand.* III. 591—601.

(2) Quod tu NUMERI NEGTDI ab AULO AGERIO precario habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas. L. 2 pr. D. *h. t.*

(3) L. 2 § 1 D. *h. t.*

ter bede heeft. De dingen nu die het onderwerp van het hebben ter bede kunnen uitmaken zijn van zeer verschillenden aard (4).

1°. Vooreerst het eigenlijk bezit zelf, zoo van onroerende als van roerende zaken (5).

2°. Ten tweede het in het bezit zijn of de bloote detentie dier goederen (6).

3°. Ten derde het quasi bezit uit hoofde van personeel servitnuut of opstal (7).

4°. Ten vierde eenig genot aan een onroerend goed als van eene erfdienstbaarheid (8).

5°. Ten vijfde vrijdom van zoodanige erfdienstbaarheid (9).

In alle deze gevallen is de houder ter bede op de eerste aanmaning tot teruggave verplicht en dit interdict strekt om hem er toe te noodzaken (10).

Exceptien wegens gebrekkig bezit des eischers worden hier uit den aard der zaak niet toegelaten. Evenmin is het interdict aan eenige bijzondere verjaring onderworpen (11).

Het precair bezit, quasi bezit, of genot van erfdienstbaarheid verschaft tegen derden alle de regten die een gewoon bezitter heeft (12). Doch tegenover den persoon die de teruggave vorderen kan wordt het beschouwd als gebrekkig en mitsdien van bescherming in regten

(4) L. 2 § 3 D. h. t.

(5) LL. 4 pr. § 1, 7 D. h. t.

(6) L. 6 § 2 D. h. t. L. 10 pr. § 1 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 33 § 6 D. *de U. et U.* (41. 3.)

(7) L. 12 § 2 D. *de Usufr.* (7. 1.)

(8) LL. 2 § 3, 3, 15 § 2 D. h. t. L. 1 § 11 D. *de itin. actq. pr.* (43. 19.)

(9) L. 17 D. *Comm. Pr.* (3. 4.)

(10) L. 2 §§ 1, 2, 4 § 2, 12 pr., 15 pr. § 1 D. h. t.

(11) L. 3 § 7 D. h. t.

(12) LL. 4 § 1, 17 D. h. t. L. 3 § 5 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) LL. 1 § 9, 2 D. *U. P.* (43. 17.)

verstoken. De preciaire bezitter is tegen den verleener van het precarium noch met het interdictum unde vi (vulgare), noch met de interdicten ter zake van de uitoefening van erfdienstbaarheden ontvankelijk en moet insgelijks voor hem onderdoen bij strijd met het interdictum uti possidetis of utrobi. Als zoodanig, als bezit waaraan tegenover een bepaald persoon een gebrek aankleeft (vitiosa possessio), wordt het precair bezit, even als dat hetwelk met geweld of heimelijk is verkregen, *onregtmatic* (iniusta possessio) genoemd (13). Doch de onderscheiding tusschen regtmatic en onregtmatic bezit wordt nog in eene andere beteekenis gebruikt, namelijk naarmate het al of niet zijn oorsprong heeft in eene onregtmatic handelwijze. In dien zin is het gewelddadig of heimelijk bezit *onregtmatic*, het bezit ter bede daarentegen *regtmatic* (14).

In den regel toch spruit het hebben ter bede, de hoedanigheid welke ten deze den persoon des verweerders aanwijst en bepaalt, uit eene overeenkomst tusschen partijen voort en wel uit een verzoek des verweerders dat door den eischer goedgunstiglijk is toegestaan (precarii rogatio) (15). De eerste heet als zoodanig *rogans*, de laatste *rogatus*. Desniettemin bestaat er mogelijkheid, dat men iets ter bede hebbe zonder er om te hebben gevraagd, en omgekeerd (16). Als voorbeeld van het eerste vindt men het geval opgenoemd, dat iemand iets ter bede bezit door middel van een zijner onderhoorigen, want nu is de eischer om de zaak gebeden door dien onderhoorige, en niet door den verweerder in

(13) L. 19 pr. D. *h. t.* LL. 2, 3 pr. D. *U. P.* (43. 17.) L. 3 § 5 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

(14) L. 7 § 4 D. *Comm. div.* (10. 3.) L. 22 § 1 D. *de nox. act.* (9. 4.) L. 13 § 1 D. *de Publ. act.* (6. 2.)

(15) LL. 1 pr., 12 pr. D. *h. t.*

(16) L. 4 § 2 D. *h. t.*

persoon (17). Tot opheldering van het laatste wordt aangevoerd het geval, dat de zaak waarvan het bezit ter bede verkregen werd des bezitters eigendom is, vermits men, volgens eenen algemeenen regel des Romeinschen regts, niet kan wezen precair bezitter van zijn eigen goed. Wanneer dus de rogans tevens de ware eigenaar blijkt te zijn, vervalt de verplichting tot teruggave en daarmede het gebrek dat anders zijn bezit tegenover den rogatus zoude aankleven (18).

Eene uitdrukkelijke toestemming van den rogatus wordt tot het sluiten van het precarium niet vereischt. Reeds eene stilzwijgende inwilliging is genoegzaam. Ja zelfs het eenvoudig gedoogen, dat iemand die er hem om verzocht heeft in het bezit zij (19).

Als, op het oogenblik dat het interdict wordt uitgesproken, de verweerder de zaak wel vroeger van den eischer ter bede bekomen heeft, doch nu niet langer bezit, zijn er twee gevallen mogelijk. Hij heeft alsdan opgehouden te bezitten, hetzij geheel buiten zijne schuld, hetzij ten gevolge eener oorzaak die te wijten is aan zijne kwade trouw. In het eerste geval is hij van alle aansprakelijkheid ontheven; in het laatste geval daarentegen blijft zijne verplichting tot teruggave voortduren, even als of hij de zaak nog had (20). Het bewijs dier kwade trouw drukt natuurlijk op den eischer. Daaronder wordt hier verstaan zoo wel eigenlijk

(17) L. 4 § 2 D. *h. t.* Opdat echter de huisvader persoonlijk gehouden zij, is het noodig, dat het verzoek in zijn naam en met zijne voorkennis of goedkeuring gedaan zij, of de beginselen nopens de *actio de peculio* toepasselijk zijn. L. 13 D. *h. t.* Cf. L. 5 § 1 D. *de Pec.* (15. 1.) Insgelijks kan men houder ter bede worden door een procurator. L. 6 § 1 D. *h. t.*

(18) LL. 4 § 3, 11 D. *h. t.*

(19) LL. 4 § 4, 5, 8 §§ 1, 2, 9, 10 D. *h. t.* PAUL. R. S. V. VI. § 11. Eveneens kan het precarium onder goedkeuring van den rogatus door een zijner onderhoorigen verleend zijn. L. 19 § 1 D. *h. t.* L. 16 D. *de O. et A.* (44. 7)

(20) LL. 2 pr., 18 §§ 3, 5 D. *h. t.*

gezegde arglist (*dolus malus*), als grof verzuim (*culpa lata*) (21). Voor ligt verzuim (*levis culpa*) of toeval (*casus*) staat de verweerder niet in, behalve nadat het interdict is uitgesproken, dewijl hij door die uitspraak in gebreke (*mora*) gesteld wordt (22).

§ 3.

Omvang der restitutie.

Het hebben ter bede, of ter kwader trouw opgehouden hebben te hebben, is alzoo de oorzaak van de verbindtenis tot teruggave. De restitutie behoort weder eene volkomene te wezen. Al het nadeel dat, sedert het oogenblik dat het interdict werd uitgesproken, door de niet-teruggave aan den eischer is berokkend, moet hem worden vergoed en derhalve teruggave plaats hebben ook der vruchten sedert dien dag. Al de schade, na de uitspraak van het interdict, en zelfs te voren, mits ter kwader trouw, aan de zaak toegebracht, b. v. door het laten verloren gaan van erfdienstbaarheden, moet worden gebeterd; in een woord, hetzij door teruggave in natura, hetzij door vergoeding in geld, de eischer geheel kost- en schadeloos gesteld worden (23).

§ 4.

Geschiedenis van het precarium.

Het precarium is eene zeer eigenaardige regtsinzetting wier oorsprong en wasdom slechts gekend en begrepen kunnen worden in verband met het pandregt in welks geschiedenis die van het precarium ingeweven is.

(21) L. 3 §§ 3, 6 D. *h. t.* L. 23 D. *de R. J.* (50. 17.) L. 14 § 11 D. *de furt.* (47. 2.)

(22) L. 3 § 6 D. *h. t.*

(23) L. 3 §§ 4, 5, 6 D. *h. t.* Cf. et L. 10 *cod.*

Met het regt van pand is het bij de Romeinen bijkans op dezelfde wijze gegaan als met het regt van opstal. Als een zelfstandig en zoogenaamd zakelijk regt op eens anders goed, in den zin waarin men thans gewoon is dien kunstterm te gebruiken, was het in het civiele regt niet bekend. Veeleer bleef dit ook hier op het terrein der verbindtenissen staan en onderscheidde tweeërlei soort van pandcontract, de inpandgeving door overdragt des eigendoms en de inpandgeving door levering van het bezit. De eerste soort heette *contractus fiduciae* en was inzonderheid bij onroerende goederen gebruikelijk, terwijl de andere, vooral bij roerende goederen voorkomende, *contractus pignoris* werd genoemd (24).

De vorm van het fiduciair contract was deze. De schuldenaar draagt den eigendom van het pand door middel van een der plechtige vormen van eigendomsovergang, *mancipatio* of *in iure cessio*, aan den schuldeischer over, doch onder beding, dat deze hem dien eigendom zal wedergeven, ingeval hij zijn pand ten behoorlijken tijde lost. Uit dit beding ontstaat eene verbindtenis tusschen partijen, waaruit de schuldenaar eene persoonlijke vordering tot teruggave en rekening en verantwoording ontleent tegen den schuldeischer, die zijnerzijds, zoo daartoe gronden zijn, eene tegenvordering verkrijgt (*actio fiduciae directa, contraria*) (25).

De belangen des schuldeischers zijn op deze wijze vrij goed verzekerd. Hij bekomt aanstonds alle de regten en regtsvorderingen, aan den eigendom verknocht, en bij niet voldoening der schuld wordt de zaak onherroepelijk

(24) L. 238 § 2 D. de V. S. (50, 16.) § 7 J. de Act. (4 6.)

(25) GAL. II. § 59. IV. §§ 33, 62 PAUL. R. S. II. XIII. CIC. de Off. III. c. 15. 17. ad. Famil. VII. c. 12. pro CAEC. c. 2. pro Q. ROSC. Com. c. 6. de Nat. Deor. III. c. 30. Lex Jul. munic. vs. 108—111. RUDORFF. Zeitschr. f. gesch. Russch. XIII. 123.

de zijne (26). Voor den schuldenaar daarentegen is het fiduciair contract uiterst bezwarend. Want, ofschoon met zoodanige eigendomsoverdragt, althans waar het onroerende goederen geldt, niet noodwendig eene levering van het onderpand in de magt en het bezit des schuldeischers gepaard gaat (27), kan toch die levering door dezen ter ieder ure met de gewone eigendomsactie of reivindicatio afgedwongen worden. De schuldenaar loopt dus gevaar het genot zijner zaak te zullen moeten ontberen reeds van het oogenblik af, dat het pand wordt gesteld, en zulks te meer, omdat de schuldeischer er inderdaad groot belang bij heeft het goed op te eischen, want, laat hij den schuldenaar een jaar lang in het rustig bezit, zoo verkrijgt deze door eene bijzondere verjaring, usu receptio geheeten, den verloren eigendom terug (28). Hier komt nu aan partijen het precarium uitmuntend te stade.

De schuldeischer vordert het goed niet op, maar vergunt aan den schuldenaar het bezit te behouden tot wederopzeggens toe. De laatste is dus, althans voor het oogenblik, geholpen, maar heeft nu een precair bezit waarop zich geene verjaring, van welken aard ook, gronden kan, zoodat van zijn kant de schuldeischer tegen de usu receptio is gewaarborgd (29).

Ofschoon thans de schuldenaar de zaak slechts bij vergunning des schuldeischers heeft, is het niettemin geen wonder, dat men hem waar bezit toeschrijft. Bijkans ieder schuldenaar beeldt zich in wel in staat te zullen zijn om te betalen en acht het verband dat op zijn goed

(26) Was het pand echter meer waard dan de schuld, zoo liet men, althans later, eene afrekening toe. PAUL. R. S. II. XIII. § 1. BACHOFEN. *Pfandr.* I. 8. KELLER in RICHTERS *Kritische Jahrbüch.* XI. 962.

(27) GAI. I. § 121. ULP. XIX. § 6.

(28) GAI. II. § 60. III. § 201.

(29) GAI. II. § 60. *Interpr.* PAUL. R. S. V. VI. § 7. ISID. *Orig.* V. 25. L. 16 D. *de O. et A.* (44. 7.)

ligt als iets van voorbijgaanden aard. Hij moge den geldschieter tot eigenaar in regten gemaakt hebben, hij blijft desnietteenstaande het pand, dat immers met de aflossing der schuld tot hem moet terugkeeren, bij voortdoring als zijn eigen goed beschouwen (30). Het bezit, waaruit de geldschieter redelijk genoeg is hem niet te verdrijven, is slechts de voortzetting van zijn vroeger bezit als eigenaar en zal er spoedig weder in overgaan, doordien het met de afdoening der schuld aanstonds ophoudt precair te wezen en weder onherroepelijk wordt. In plaats van vreemd en onregelmatig, is het dus niet meer dan natuurlijk, dat men den fiduciairen schuldenaar steeds waar bezit bleef toeschrijven (31). Want iedere andere beslissing zou met de gansche toedragt der zaak en de kennelijke bedoeling van partijen onvereinigbaar geweest zijn.

Zoo is dan het precarium een onmisbaar lid in het stelsel der fiducia en usu receptio en behelst, in zijn eigenlijk en oorspronkelijk karakter, eene vergunning aan den bezitter om tot wederopzeggens toe het bezit te behouden, gegeven door dengene die als eigenaar het goed van hem zou kunnen opvragen, en welke vergunning voor den een het voordeel oplevert, dat hij het genot dat hij trekt voorshands niet behoeft te missen, en voor den ander, dat de verjaring ten zijnen nadeele onmogelijk wordt gemaakt. Men moet zich mitsdien, in den regel, den rogatus als eigenaar, het goed als zijn eigendom voorstellen (32). Van daar het beginsel, dat een precarium aan eigen zaak niet bestaanbaar is (33),

(30) Cf. GAL. II. § 220 PAUL. R. S. II. XIII. § 6. III. VI. § 16.

(31) L. 4 § 1 D. h. t.

(32) LL. 3, 4 § 4, 6 pr., 12 pr., 15 pr. § 4, 18, 22 pr. D. h. t. *Interpr.* PAUL. R. S. V. VI. § 7.

(33) LL. 4 § 3, 6 § 4 D. h. t. LL. 21 § 3, 40 § 3 D. de A. v.

want, zoo aan den eigenaar de rol van rogatus toekomt, kan hij onmogelijk de rol van rogans bekleeden, dewijl twee tegenstrijdige hoedanigheden zich niet kunnen vereenigen in denzelfden persoon.

Doch men vatte dit alles weder niet te letterlijk op. Ook het precarium heeft zijne geschiedenis gehad en verschillende trappen van ontwikkeling doorloopen. In het fiduciair contract zoekte men wel de aanleiding, maar geenszins de eenige toepassing onzer overeenkomst, want ook onder andere omstandigheden kan het voorkomen, dat de een den eigendom en de ander het bezit heeft en nu gene aan dezen, liever dan hem met de rei vindicatio uit te winnen, toestaat tot wederopzeggens toe in het bezit der zaak te vertoeven (34). De wederzijdsche voordeelen zullen dan dezelfde zijn: voor den bezitter, behoud van het bezit; voor den eigenaar, verhindering der verjaring. Ingelijks is er geene reden uit te denken waarom de vordering van den rogatus juist eene rei vindicatio zou moeten wezen en niet in eene andere actie, eene hereditatis petitio b. v., zou kunnen bestaan (35); ja, zij behoeft niet eens eene petitioire te zijn, zelfs eene possessoire is toereikende. B. v. gij hebt mij het bezit van mijn erf met geweld outnomen. In plaats van het u met het interdictum unde vi weder af te nemen, verleen ik u het precair bezit (36). Het eenige mitsdien dat eigenlijk in den persoon van den rogatus wordt vereischt

A. P. (41. 2.) L. 45 D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1 § 11 D. *de tin. actq. priv.* (43. 19.) L. 15 D. *Depos.* (16. 3.)

(34) L. 22 pr. D. *h. t.* L. 6 pr. D. *pro emt.* (41. 4.)

(35) L. 21 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 6 pr. D. *pro emt.* (41. 4.), waarbij men zich het belang herinnere, dat de erfgenaam in het oude regt had om de *lucrative usucapio* te stuiten. *GAI.* II. §§ 52 sqq.

(36) *LL.* 6 § 3. 7 D. *h. t.* L. 23 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) Uit L. 10 pr. § 2 *eod.* ziet men, dat ook de naakte detentie door het precarium in bezit *animo domini* veranderd worden kon.

is een beter regt op het bezit dan dat van den rogans, het zij petitoir, het zij possessor.

Doch in dat *beter regt ten possessorie* lag weder de kiem opgesloten eener verdere volmaking onzer regtsinzetting die minder strak deed vasthouden aan den ouden stelregel, dat niemand precair bezitter zijner eigene zaak wezen kan. Ook hier volgde het precarium het pandregt op den voet. Zoo als boven reeds is opgemerkt, kende het civiele regt buiten het fiduciair contract nog eene andere pandovereenkomst, *contractus pignoris* (37). Wanneer het pand in dier voege gesteld wordt, behoudt de schuldenaar den eigendom en draagt op den schuldeischer alleen het bezit over (38). Natuurlijk ontstonden ook uit dit contract wederzijds persoonlijke regtsvorderingen (*actio pignoratitia directa, contraria*) (39). Maar tegen derden heeft thans de schuldenaar de reële actie. De schuldeischer moet zich vergenoegen met de possessorie en dus bij roerende goederen welke meest op deze wijze verpand werden met het *interdictum utrubi*. Al zijne zekerheid bestaat gevolgelijk in het bezit, weshalve hier uit den aard der zaak aan geen precarium te denken valt. Zijn regt werd naderhand evenwel nog daardoor uitgebreid, dat het gebruikelijk werd bij de inpandgeving het beding te voegen, dat het den geldschieter bij wanbetaling zou vrijstaan het pand te verkoopen en zijne schuldvordering op de opbrengst te verhalen (39^a).

(37) *Isid. Orig.* V. 25.

(38) *GAJ.* III. §§ 200, 204. § 4 *J. Qu. m. r. obl.* (3. 14.) § 7 *J. de Act.* (4. 6.) L. 15 § 2 *D. Qu. satisd. cog.* (2. 3.) L. 3 § 15 *D. ad exh.* (10. 4.) LL. 9 § 2, 35 § 1, 37 *D. de pign. act.* (13. 7.) L. 37 *D. de A. v. A. P.* (41. 2.) LL. 16, 33 §§ 4, 6 *D. de U. et U.* (41. 3.)

(39) § 4 *J. Qu. m. r. obl.* (3. 14.)

(39^a) *GAJ.* II. § 64.

Van oudsher ondertusschen had de gewoonte nog eene derde soort van pandgunning in zwang gebragt welke door eenvoudige overeenkomst gesloten werd, maar uitsluitend voor één enkel zeer bijzonder geval was toegelaten, namelijk ten behoeve des verhuurders op de zogenaaemde *invecta et illata* des huurders (40). Ten einde aan dit pandregt kracht bij te zetten, had de praetor SALVIUS begonnen den verpachter een interdict te geven strekkende om hem, zelfs tegen derden, in het bezit der verbonden *invecta et illata* te stellen (*interdictum salvianum adipiscendae possessionis*) (41). Doch er bleef een groot bezwaar over. Het salviaansch interdict was namelijk prohibitoir, zoodat daarbij door partijen altoos *cum periculo* moest worden geprocedeerd hetgene, zoolwel voor den verpachter, als voor den derden bezitter, die beiden ligtelijk door den pachter misleid konden zijn, op den duur zeer lastig en nadeelig was. Hiertegen schafte nu weder de praetor SERVIUS raad. Hetgeen hij niet doen mogt na het uitspreken van het interdict, besloot hij te doen zonder voorafgaand salviaansch interdict, ofschoon op het voetspoor daarvan, door aan den verpachter eene gewone arbitraire actie toe te staan waarmede hij het bezit der verpande *illata et invecta* konde opeischen van iederen houder (*actio serviana*) (42).

Eenmaal op deze hoogte gekomen, liet men het er niet bij, maar strekte het pandregt door eenvoudige overeenkomst (*hypotheca*) (43) tot alle soorten van daarvoor

(40) CATO *de R. R.* (ed. GESNER) 146. 148—150. L. 4 pr. D. *de Pact.* (2.14.)

(41) GAI. IV. § 147. § 3 J. *de Interd.* (4. 15.)

(42) § 7 J. *de act.* (4. 6.) L 2 D. *de Salv. int.* (43. 33.) KELLER in RICHTER'S *Kritische Jahrbüch.* XI. 977—981. v. VANGEROW. *Pand.* I. 1013, 1021. 1023.

(43) ISID. ORIG. V. 25. LL. 4, 5 D. *de P. et H.* (20. 1.) L. 9 § 2 D. *de pign. act.* (13. 7.)

vatbare goederen uit en verleende dan den schuldeischer eene dergelijke, naar die des verpachters nagebootste regtsvordering (*actio quasi serviana*) (44).

Doch hetgeen men den hypothecharis toestond, mogt men natuurlijk aan den creditor pignoratitius niet onthouden. Er greep dien ten gevolge eene groote toenadering tusschen pignus en hypotheca plaats, ja beiden smolten eigenlijk in een (45). Bij beide soorten van verpanding werd de magt om te verkoopen, ten ware men het tegendeel uitdrukkelijk bedongen had, stilzwijgend verondersteld (46) en aan den schuldeischer de *actio quasi serviana* toegekend; d. i. eene reële regtsvordering tot verkrijging van het bezit welke hiernaar ook *actio pignoratitia in rem* wordt geheeten (47).

Toen eenmaal de creditor pignoratitius in staat gesteld was het pand onder iederen houder uit te winnen, met bevoegdheid om het vervolgens te verkoopen, had het bezit waarin eertijds al zijn waarborg bestaan had veel van zijne vroegere beteekenis voor hem verloren. Daarentegen is gewoonlijk voor den schuldenaar niets onaangenaamer en drukkender dan zijn goed dadelijk uit de handen te moeten geven.

Men maakte alzoo ook bij het pignus de afspraak, dat de schuldenaar tot wederopzeggens toe het bezit behouden zou (48).

Met de oude regtsbeginselen nogtans liet zich dit niet goed rijmen, want de schuldenaar bekomt nu zijne *eigene*

(44) §§ 7, 31 J. *de Act.* (4. 6.)

(45) L. 1 pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 5 § 1 D. *de P. et H.* (20. 1.)

(46) L. 4 D. *de pign. act.* (13. 7.)

(47) L. 7 § 12 D. *Comm. div.* (10. 3.) L. 9. pr. D. *Qu. m. pign.* (20. 6.) LL. 11 § 10, 19, 30 § 1 D. *de exc. rei iud.* (44. 2.)

(48) L. 15 § 2 D. *qui sat. cog.* (2. 3.) LL. 22 § 3, 29, 35 § 1 D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 36 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 16 D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 2 C. *de distr. pign.* (8. 28.)

zaak ter bede. Doch, nadat zich de gedaante der dingen in den loop des tijds zoo geheel veranderd had, moest de kracht der overlevering voor het belang van partijen zwichten. LABEO regtvaardigde deze practijk door eene zeer fijne en echt juridieke redenering. De oude regel, zegt hij, komt daarvan daan, dat bij het fiduciair contract hetgene de eerste aanleiding tot het precarium heeft opgeleverd het beter regt van den rogatus juist bestaat in eene petitoire actie of in des schuldeischers eigendom. Doch waarom zoude nu, gelijk bij het pignus gebeurt (49), het beter regt van den rogatus, op zich zelf, niet zuiver possessor moogen wezen, daar toch het precarium niet meer dan het bezit ten onderwerp heeft (50)? Door zoo door te dringen tot in het diepste wezen der zaak deed de theorie eene groote schrede voorwaarts. Er was weinig aan gelegen, dat men, volgens sommigen, moet praesumeren, dat bij het pignus het precarium niet het bezit, maar de naakte detentie ten onderwerp heeft (51), want het blijft altoos een precarium aan eigene zaak. De reden dier praesumtie is dan ook niet in de natuur van het precarium, maar van het pignus te zoeken, welks wezen, gelijk gezegd is, bestaat in de overdragt op den schuldeischer van het bezit (52). Maar het groote punt dat LABEO veroverde was de erkenning, dat het beter regt van den rogatus ook bloot possessor mag wezen en dus zelfs een eigenaar precair bezitter zijn kan, als zijne tegenpartij, wat het bezit zelf betreft, de beste aanspraken heeft en dus met de possessoire actie de overwinning

(49) Want ook de Serviana actio heeft alleen de possessie ten onderwerp L. 66 pr. D. de Evict. (21. 2.)

(50) L. 6 § 4 D. h. t. Even als men ook eene emptio en conductio possessionis door den eigenaar toeliet. LL. 28, 37 D. de A. v. A. P. (41. 2.) LL. 35 § 1, 37 D. de pign. act. (13. 7.) L. 34 § 4 D. de contr. emt. (18. 1.) v. S. 29.

(51) L. 33 § 6 D. de U. ct U. (41. 3.)

(52) L. 35 § 1 D. de pign. act. (13. 7.)

zou behalen (53). Eene dergelijke betrekking tusschen partijen kan natuurlijk ook onder andere en zelfs zeer verschillende omstandigheden voorkomen, zoodat men weder in het pignus wel de eerste aanleiding, maar geenszins de eenige toepassing van het nieuwe beginsel behoort te zien (54).

Doch wordt tot het verleenen van het precarium een beter regt vereischt, uit al het aangevoerde volgt, dat het volstrekt niet noodig is, dat de rogatus op het oogenblik, dat hij het verzoek toestaat, bezitter zij, of zelfs ooit geweest zij (55). Aan de andere zijde verbiedt niets het precarium te verleenen, als men werkelijk bezitter is. De vergunning gaat dan vergezeld van eene overdracht van het bezit door den rogatus aan den rogans. Van zoodanige levering ter bede komen eveneens enkele voorbeelden voor.

Met de oorspronkelijke strekking van het precarium laat zich, inzonderheid volgens de beginselen van het civiele regt, niet overeenbrengen, dat het de oorzaak zoude kunnen worden eener gewone persoonlijke vordering tot teruggave. Want als toegestaan verzoek bevat het gewis eene overeenkomst (conventio) (56), maar aan bloote overeenkomsten verbond het Romeinsche regt het regtsgevolg eener actie niet (57). Evenmin grijpt er eene vrijking van den rogans ten koste van den rogatus plaats, daar immers het fiduciair contract juist den schuldeischer tot eigenaar maakt. Grond voor eene condictio is er dus ook niet aanwezig. Het precarium behelst een louter gunstbewijs, een uitstel van executie, eene verzekering, dat de schuldeischer, mits tegen het gevaar der usu receptio

(53) L. 7 D. *h. t.*.

(54) LL. 3 pr., 22 pr. D. *h. t.* L. 23 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

(55) LL. 6 § 3, 18 D. *h. t.* L. 21 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

(56) L. 12 pr. D. *h. t.*

(57) L. 7 pr. §§ 1, 2 D. *de Pact.* (2. 14.) L. 3 pr. D. *de pollic.* (50. 12.)

veilig, redelijk genoeg is om maar niet aanstonds van zijn uiterste regt gebruik te maken (58). De bedoeling om zich wezenlijk te *verbinden*, om een waar negotium te sluiten, ontbreekt ten eenemale. De verplichtingen van den schuldenaar, de regten van den schuldeischer worden volstrekt niet verminderd, noch uitgebreid. De laatste kan de vergunning ieder oogenblik terug nemen (59) en, zoodra hij het pand begeert, den schuldenaar ten petitoire uitwinnen.

Doch de eigendomsprocédure was van omslagtigen aard en het moest onbillijk schijnen den rogans daarbij het voordeel van het bezit te gunnen, dewijl hij door zijn verzoek zelf erkend heeft, dat de rogatus er de meeste aanspraken op heeft. Om dus den eischer te gemeet te komen gaf hem de praetor ons interdict (60). Dat men in dit regtsmiddel waarlijk voordeel zag, leert de volgende omstandigheid. Als een verkooper de verkochte zaak reeds geleverd heeft, doch later de vervulling eener ontbindende voorwaarde den koop weder te niet doet, kan hij het geleverde met de *actio venditi* en zelfs met de *rei vindicatio* weder terug eischen. Om zich nu evenwel die terugvordering gemakkelijk te maken, leverde men liefst ter bede en bediende zich dan tegen den kooper van ons interdict (61).

Naderhand breidde men den kring der persoonlijke civiele acties uit door middel der *actio praescriptis verbis*, ook *civilis incerti* en in *factum* geheeten. Het is hier de plaats niet om over de beginselen die men in dit opzigt in acht nam uit te weiden. Genoeg zij het te

(58) LL. 1 § 1, 2 § 2, 3 § 3, 14 D. *h. t.* L. 14 § 11 D. *de Furt.* (47. 2.)

(59) LL. 1 pr. § 2, 2 § 2, 12 pr., 15 pr. D. *h. t.*

(60) L. 14 D. *h. t.*

(61) L. 20 D. *h. t.* I. 13 § 21 D. *de act. emti.* (19. 1.) L. 11 § 12 D. *Qu. vi aut. cl.* (43. 24.) LL. 3, 4 C. *de pact. int. emt. et vend.* (4. 54.) L. 41 pr. D. *de R. V.* (6. 1.) L. 38 pr. *de damn. inf.* (39. 2.)

vermelden, dat men gezegde actie mede op het precarium dat zich inmiddels meer en meer zelfstandig had ontwikkeld toepaste (62), zoodat de rogatus, tevens eigenaar zijnde, ten tijde der klassieke juristen de drieledige keuze had, of hij wilde ageren ten petitoire, met het interdict of uit contract.

In alle de gevallen nu waarin het precarium bestaat in eene vergunning aan den bezitter om het bezit te behouden, brengt het in den titel van den rogans eene verandering te weeg die, als door het toedoen van den rogatus veroorzaakt, niet strijdt met het gebod, dat niemand door eigen wil het beginsel zijns bezits mag wijzigen (36), en, naar reeds herhaaldelijk is opgemerkt, voor den rogatus het voordeel oplevert, dat van nu aan de rogans, had anders zijn bezit tot verjaring kunnen leiden, dat regt verliest, nademaal het precarium eene erkenning inhoudt van het beter regt van den rogatus en alzoo de precaire bezitter niet usucapieren kan (64). De toepassing van het precarium ook op het pignus voerde ten deze tot eene merkwaardige uitzondering. Het pignus namelijk maakt wel den schuldeischer tot bezitter en verschaft hem als zoodanig de possessoire regtsvorderingen, maar desniettegenstaande wordt, wat de verjaring betreft, het bezit geacht steeds ten behoeve van den schuldenaar door te loopen (65). Deze regel strekte tot voordeel van beide partijen, want, verkrijgt de schuldenaar door verjaring den eigendom, zoo bevestigt zulks het pandregt des schuldeischers (66). Nu

(62) I.L. 2 § 2, 19 § 2 D. *h. t.* PAUL R. S. V. VI. § 10. Het precarium werd dus een waar *contract*. L. 23. D. *de R. J.* (50, 17.)

(63) LL. 5, 6 § 3, 22 pr. D. *h. t.*

(64) L. 6 pr. D. *pro emt.* (41. 4.) L. 16 D. *de O. et A.* (44. 7.)

(65) L. 29 D. *de pign. act.* (13. 7.) LL. 1 § 15, 36 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 16 D. *de U. et U.* (41. 3.)

(66) L. 41 D. *de pign. act.* (13. 7.)

Themis, D. II, 3de St. [1855].

staat in het algemeen precair bezit bij den rogans met bezit bij den rogatus gelijk (67). Hier dus liep de verjaring ten behoeve van den schuldenaar altoos door, hetzij hij zelve ter bede in het bezit van het pand bleef, hetzij dat bezit bij den schuldeischer was (68).

Een ander gevolg van het door LABEO verdedigd beginsel, dat het beter regt van den rogatus ook zuiver possessoris kan wezen, bestond hierin, dat nu door de aan het precarium verknochte verandering van het beginsel des bezits de rogatus soms inderdaad regten verliezen konde. B. v. ingeval hij aan den rogans, na door dezen met geweld verdreven te zijn, vergunt het bezit ter bede te behouden, is hij later tegen hem niet meer ontvankelijk met het interdictum unde vi, want, dewijl precair bezit bij den rogans met bezit bij den rogatus gelijkstaat, geldt hier het sluiten van het precarium voor restitutie (69).

§ 5.

Karakter des interdicts.

Het inderdict quod precario behoort volgens v. SAVIGNY tot de possessoire actien in den eigenlijken zin des woords. Misschien zoude men dat beweren op goede gronden kunnen tegen spreken. Immers de exceptien wegens gebrekkig bezit die men, zoowel in het interdictum unde vi, als in alle de interdicta retinendae possessionis, de possessoire actien bij uitnemendheid, aantreft, worden hier gemist. Het precarium bepaalt zich geenszins uitsluitend tot het bezit, integendeel zijne voorwerpen bieden eene veel rijkere verscheidenheid en soms een gansch ander karakter dan die der overige interdicten aan en, wat meer zegt, men kan eigenlijk niet

(67) L. 15 § 2 D. *Qu. sat. cog.* (2. 3.)

(68) L. 29 D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 36 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

(69) L. 6 § 3 D. *h. t.*

volhouden, dat ons interdict regtstreeks in het bezit des eischers wortelt. Het vloeit veeleer voort uit het precair beding, of het, door de vergunning gebleken, *beter regt* van den rogatus, en dat beter regt bestaat meestal in *eigendom*, zoodat de vergunning verleend kan zijn zelfs door iemand die niet bezat, noch ooit bezeten heeft, dewijl niet meer gevorderd wordt, dan dat de gedaagde houder ter bede zij.

Hierop doorgaande, zou men voorts kunnen vragen, of het interdict wel, zoo als gewoonlijk verzekerd wordt, steeds *recuperandae possessionis* en niet, naar omstandigheden, vaak *adipiscendae possessionis* wezen zal?

Het mag inderdaad allezins opmerkelijk heeten, dat de Romeinen zich over dit twistpunt volstrekt niet uitlaten, en de hoedanigheid van *recuperandae possessionis* te wezen nergens aan ons interdict, ja eigenlijk uitsluitend aan diegenen toeschrijven welke in het edict onder de rubrick *unde vi* gelezen werden (70). Doch er bestond niettemin voor de klassieke juristen eene sterke drangreden om ons interdict met dat *unde vi* onder één gezichtspunt te brengen. Bij het *interdictum uti possidetis* namelijk, het belangrijkste der *interdicta retinendae possessionis*, verbleef de overwinning aan den actuelen bezitter, behalve in geval deze het bezit van de tegenpartij met geweld, heimelijk of ter bede verkregen had, want, als de zaak zich dus had toegedragen, greep het omgekeerde plaats en behaalde de niet-bezitter de zegepraal. Men trachtte zulks in dier voege te verklaren, dat nu partijen, met behulp eener fictie, teruggebracht worden in den staat waarin zij zich bevonden, toen de geweld-

(70) L 2 § 3 D. *de Interd.* (43.1.) GAI. IV. § 154. § 6 J. *de Int.* (1.15) Zowel *adipiscendae*, als *recuperandae possessionis* zijn, naar omstandigheden, de *interdicta quem fundum, quem hereditatem, quem usumfructum* ULP. FRAGM. ENDLICH. FR. VAT. § 92. Met deze zou dus het *interdictum quod precario* inderdaad het meest overeenkomen.

dadige of heimelijke inbezitting voorviel, zoodat het nu in gedachte zoo beschouwd wordt, als ware juist op dat oogenblik het interdict reeds uitgesproken geweest. Doch wilde men de eenheid in de theorie handhaven, dan moest ook het precair bezit aan deze fictie aangesloten, d. i. de rogatus geacht worden het bezit aan den rogans te hebben verloren op het oogenblik, dat hij diens verzoek inwilligt. Men bereikte zijn oogmerk door de volgende redenering. Om bij het fiduciair contract, het oudste geval te blijven, stelle men zich voor, dat de schuldenaar, zoo als hij eigenlijk verplicht is, den schuldeischer te gelijk met den eigendom tevens het bezit opdrage, maar nu dit laatste aanstonds van hem ter bede terugkrijge. Thans heeft inderdaad de rogatus het bezit, al heeft hij het maar een ondeelbaar oogenblik gehad, aan den rogans verloren. Doch waartoe zooveel omslag gemaakt, terwijl de eenvoudige vergunning om het bezit te behouden voor eene dergelijke levering en herlevering in de plaats kan treden? Die vergunning bevat alzoo eene soort van *constitutum possessorium* (71). De rogatus moet gerekend worden op hetzelfde oogenblik het bezit van den rogans ontvangen en weder aan hem verloren te hebben (72). De bezitter ter bede staat derhalve in dit opzigt met den heimelijken of gewelddadigen bezitter op eene lijn (73).

Naar dezelfde reden kan men ons interdict voor *recuperandae possessionis* verklaren en op het gebied der *possessoire actien*, naar de bepaling door v. SAVIGNY er van gegeven, naturaliseren (74). Maar men wachte zich om aan dat zuiver dogmatiek begrip eene te groote

(71) L. 15 § 2 D. *Qu. sat. cog.* (2. 3.) L. 6 § 3 D. *h. t. v. S.* 374.

(72) LL. 2 § 3, 15 § 4, 22 pr. D. *h. t.* L. 21 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

(73) L. 7 § 5 D. *Comm. div.* (10. 3.) L. 13 §§ 1, 7, 8, 9 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

(74) L. 40 § 2 D. *de H. P.* (5. 3.) L. 7 § 5 D. *Comm. div.* (10. 3.) L. 13 § 7 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 31 § 4 D. *de U. et U.* (41. 3.)

waarde te hechten. De practische natuur, vereischen en strekking van het interdict blijven volmaakt dezelfde, of men het onder de possessoire actiën rangschikke of niet. Men mag nooit vergeten, dat het een zelfstandig bestaan, een afzonderlijken werkring, eene eigene geschiedenis heeft gehad, en te zamenhing met regtsinzettingen die op de leer van het bezit geenerlei dadelijke betrekking hadden. Het kan dus alleen uit zich zelven gekend en mag niet naar redeneringen a priori beoordeeld worden.

v. SAVIGNY echter heeft deze waarheden uit het oog verloren en, in verband met zijne algemeene theorie over de natuur der possessoire actien, ook het interdictum quod precario voorgesteld als eene regtsvordering uit delict, op grond, dat de weigering der teruggave eene onregtmatische daad zoude bevatten (75). Maar die weigering moet plaats hebben òf na òf vóór het uitspreken van het interdict. In het eerste geval kan zij onmogelijk de reden van des praectors tusschenkomst zijn, en in het laatste geval stelt zij slechts in zooverre eene onregtmatische daad daar, als b.v. de weigering om eene geleende zaak terug te geven voor het instellen der actio commodati zulks doet; namelijk, in zooverre zij bevat de tekortkoming aan eene wettige verplichting. De oorzaak nu dier verplichting tot teruggave kan hier niet anders wezen dan het hebben ter bede zelf. De waarheid dezer stelling blijkt ten overvloede uit de omstandigheid, dat eerst het uitspreken van het interdict den gedaagde in gebreke stelt (76) en hij ter zake zijner onderhoorigen wordt aangesproken naar de regelen der actio de peculio en niet der noxae deditio (77).

(75) v. S. 33. 557. Hiermede hangt zamen zijn aldaar n^o. gevoerd beweren, dat het bezit van den rogans door die weigering iniusta worden zou, dat zeer goed is wederlegd door ALBERT, *Ueber das interdict. v. P.* 76.

(76) L. 8 §§ 4, 6 D. *h. t.*

(77) L. 13 D. *h. t.* L. 5 § 1 D. *de Pec.* (15. 1.) Cf. L. 1 § 2 D. *de priv. del.* (47. 1.) L. 49 D. *de O. et A.* (44. 7.) v. SAVIGNY. *Syst.* V. 558.

Insgelijks worden de verplichtingen van den rogans niet beoordeeld naar de regelen omtrent schuldenaars uit onregtmatische daad, maar naar de regelen ten aanzien des gedaagden uit hoofde van een bepaalden toestand (possessor). De houder ter bede laat zich mitsdien het best vergelijken met den verweerder ten petitoire. De rei vindicatio is gerigt tegen den bezitter en bovendien tegen dengene die ter kwader trouw heeft opgehouden te bezitten. In het laatste geval ontaardt zij in eene actie uit onregtmatische daad (78). De erfgenaam van iemand die ter kwader trouw heeft opgehouden te bezitten is dus aansprakelijk voor zooveel hij door de kwade trouw zijns erf-laters is gebaat (79). Het bezit daarentegen is iets feitelijks en gaat niet van regtswege op erfgenamen over (80). Uit hoofde van het bezit huns erf-laters zijn deze derhalve, ten ware met hem reeds litis contestatio mogt gesloten zijn, niet verantwoordelijk (81). Zoodra evenwel de erfgenaam in persoon het bezit aanvaardt, wordt hij natuurlijk uit eigen hoofde gehouden, evenzeer als ieder derde (82).

Hiermede stemt nu het interdictum quod precario bijkans geheel overeen.

In zoo verre als het gerigt worden kan tegen dengene die ter kwader trouw heeft opgehouden te hebben, en dus ontegenzeggelijk het karakter bezit eener regtsvordering uit onregtmatische daad, zijn de erfgenamen weder verantwoordelijk voor zooveel zij door de kwade trouw huns erf-laters gebaat zijn (83). Doch het behoeft geen betoog, dat dit een zeer ondergeschikt punt is (83^a). Daar-

(78) v. SAVIGNY. *System* V. 55.

(79) L. 52 D. de R. V. (6 1.)

(80) L. 22 pr. D. de A. v. A. P. (41. 2.)

(81) L. 42 D. de R. V. (6. 1.) L. 58 D. de O. et A. (44. 7.) L. 1 § 2 D. de stip. praet. (46. 5.) L. 139 pr. D. de R. J. (50. 17.)

(82) L. 55 D. de R. V. (6. 1.) v. SAVIGNY. *System*. V. 203.

(83) I. 8 § 3 in f. D. h. t.

(83^a) En evenwel alleen daarop is het, dat v. S. 33, n⁴. zich beroept.

entegen wegens de hoofdzaak, wegens het bezit ter bede huns erfslaters, kunnen zij, ten minste wanneer niet reeds met dezen litis contestatio hebbe plaats gegrepen, niet vervolgd worden, maar wel wegens hun eigen bezit. Alleenlijk wijkt ons interdict hier eenigzins van de reële actie af, omdat het niet, zoo als deze, tegen *elken* houder gaat, maar uitsluitend tegen iemand die houder is op eene bepaalde wijze en wel eene zoodanige die hem tot den eischer in eene persoonlijke betrekking plaatst.

Bijaldien de erfgenaam de zaak in de nalatenschap vindt, wetende, dat het iets is hetgene de overledene ter bede had, en van zijn kant de rogatus van het afsterven van den rogans kennis draagt en thans uitdrukkelijk toestaat, of zelfs maar stilzwijgend gedooft, dat de erfgenaam in het bezit blijve, zijn alle vereischten vervuld en tusschen partijen een nieuw precarium aangeknoopt, weshalve de erfgenaam uit *eigen* hoofde houder ter bede en dus met ons interdict aansprakelijk wordt (84).

Bijaldien daarentegen de rogatus van het overlijden niets af weet, ja misschien de erfgenaam die gebeurtenis opzettelijk voor hem bedekt houdt, verkrijgt laatstgenoemde het bezit niet meer met bewilliging, maar door

(84) L. 3 § 3 D. *h. t.* Hoc interdictio heres eius qui precario rogavit tenetur *quemadmodum ipse*. Men kan dit tweeledig opvatten; of zoo: de verplichting gaat over op den erfgenaam, zoodat deze gehouden is *uit hoofde van het bezit zijns erfslaters* (v. S. 560 n^o. v. VANGER. III. 600); of zoo: de gehoudenheid des erfgenaams wordt beoordeeld naar dezelfde regelen als die des erfslaters (ten. qu. ipse), zoodat hij alleen aansprakelijk is *wegens zijn eigen bezit*. Dat deze laatste opvatting de ware is, wordt bewezen: 1^o. door de omstandigheid, dat naar de eerste opvatting deze plaats met anderen strijdt; 2^o. uit hetgeen er volgt: *ut sive habet, sive dolo fecit quominus haberet, vel ad se perveniret, teneatur. Ex dolo autem defuncti haecenus quatenus ad eum pervenit. d. i.* «zoodat hij slechts gehouden is *wegens zijn persoonlijk hebben, of ter kwader trouw gezorgd hebben, dat hij niet had. Maar zijne aansprakelijkheid uit hoofde zijns erfslaters zich bepaalt tot hetgene waarvoor hij door diens kwade trouw geheet is.» Cf. L. 2 C. *h. t.* Bij adoptio Cf. L. 6 D. *h. t.* Vgl. ook SCHMIDT, 164—167.*

de onkunde van den rogatus, zoodat hij geen precair, maar heimelijk bezitter (85) en als zoodanig met het interdictum uti possidetis of utrobi vervolgbaar is.

Bijaldien eindelijk de erfgenaam het goed naar zich neemt, ter goeder trouw verkeerende in den waan, dat zijn erfflater het niet ter bede bezeten, maar hem in vrijen eigendom nagelaten heeft, kan hij evenmin als houder ter bede worden aangemerkt, naardien hij van het beter regt van den rogatus onbewust is (86), zoodat er tegen hem niet ten possessoire, maar ten petitoire of met de actio praescriptis verbis geageerd moet worden.

Wat den dood van den rogatus aanbelangt, het precarium zelf, voor zoo verre het berustte op zijn wil, houdt natuurlijk hierdoor op en het staat aan den erfgenaam, of hij verkiest door het verleenen eener tweede vergunning het precarium te vernieuwen (87). Ook behoeft het tevens geen betoog, dat de dood van den rogatus den rogans niet bevrijdt van zijne verplichting tot teruggave en derhalve het interdict op den erfgenaam des overledenen overgaat (88). Voor zooveel dat interdict betreft, wordt mitsdien de rogans beschouwd als houder ter bede voor den erfgenaam, zelfs al kent hij diens hoedanigheid niet (89). Dezelfde beginselen gelden, wanneer het precarium ophoudt door het verstrijken van den termijn waarvoor het gesloten is (90), of doordien ééne van beide partijen tot razernij vervalt (91). De verplichting tot teruggave duurt ook in deze gevallen steeds voort.

Eene dergelijke ontbinding van het precarium en overgang van het interdict heeft mede plaats bij opvolging

(85) PAUL. R. S. V. VI. § 12.

(86) L. 11 D. de div. temp. praescr. (44. 3.)

(87) L. 12 § 1 D. h. t. D. L. 4 D. Loc. (19. 2.)

(88) L. 12 § 1 D. h. t. SCHMIDT. 143.

(89) L. 8 § 1 D. h. t.

(90) LL. 4 § 4, 5 D. h. t.

(91) L. 6 pr. D. h. t. L. 31 § 4 D. de U. et U. (41. 3.)

onder bijzonderen titel. Gelijk boven is uiteengezet, dacht men zich het precarium eigenlijk als een beding tusschen den eigenaar ter eener en den derden bezitter ter andere zijde. Vervreemdt nu de eerste zijn eigendom en eischt de nieuwe verkrijger het goed niet aanstonds op, maar duldt, althans gedurende een bekwamen tijd, dat de zaak onder den rogans verblijve, zoo behoort voortaan deze te worden aangemerkt als niet langer houder ter bede voor den oorspronkelijken rogatus, maar voor den nieuwen verkrijger (92).

Men is evenwel tot restitutie verbonden niet jegens den eigenaar als zoodanig, maar jegens dengene met wien men regtstreeks gehandeld en van wien individueel men de zaak ter bede gekregen heeft. Is hij een derde dien de eigenaar tot het verleenen der vergunning in staat gesteld heeft, zoo zal niettemin de teruggave moeten geschieden aan hem in persoon. Doch de eigenaar kan hem met de actio mandati tot den afstand van het interdict noodzaken, of, indien er voor die actie geen termen zijn, als ware hij zelve de houder ter bede, met eene actio in factum, in navolging van het interdict gegeven, tot restitutie aanspreken (93).

§ 6.

Beweerde betrekking tusschen het precarium en den ager publicus.

NEBÜHR (94) heeft door eene merkwaardige speling van zijn rijk vernuft het precarium met den ager publicus in aanraking pogen te brengen. Hij acht zich namelijk, op grond eener plaats van FESTUS (95), gerechtigd tot het vermoeden, dat de patriciers hunne cliënten tot weder-

(92) L. 3 § 2 D. h. t.

(93) L. 3 pr. D. h. t.

(94) *Röm. Gesch.* II. 167.

(95) *In v. patres.* 146.

opzeggens toe of precario plagten te beleenen met een gedeelte der openbare landerijen, possessiones, waarmede zij van staatswege verlijd waren. Het interdictum quod precario zal nu het regtmiddel geweest zijn waarmede de patroon den weerspannigen client tot ontzuiming noodzaakte.

Aan dit vermoeden heeft v. SAVIGNY (96) zijn zegel gehecht niet alleen, maar in buitengemeene mate zijn onovertroffen talent van voorstelling aan de verdediging er van te koste gelegd. Geen wonder, dat het algemeen grooten opgang maakte (97), niettegenstaande de gronden waarop het rust, wel bezien, ongelooflijk zwak genoemd verdienen te worden.

Immers, daargelaten dat de bewuste plaats van FESTUS zeer goed eene andere verklaring toelaat (98), mist zij voor de regtbank der gezonde kritiek alle bewijskracht om de eenvoudige reden, dat hare bewoordingen slechts voor de helft recht, maar voor het overige, en wel bepaaldelijk diegenen waarop het aankomt, *gerestitueerd* zijn (99).

De toepasselijkheid van het precarium op andere zaken dan landerijen levert dan ook al dadelijk eene onoverkomelijk zwarigheid tegen de gissing van NIEBÜHR op. v. SAVIGNY evenwel tracht die zwarigheid met groote (96) 563—565.

(97) Zoo vindt men het nog bij IHERING. *Geist. des Röm. R.* I. 238 fgg. Ten bewijze, dat het ook onder onze vaderlandsche geleerden verbreid is, vgl. OPZOOMER. *Aant. op het B. W.* II. 51. en de uitspraak van Mr. GOUDSMIT, daar aangehaald.

(98) En wel deze: «De patriciers zijn *vaders* genoemd, omdat zij een gedeelte der staatslanderijen ten behoeve der schamele gemeente in «partikulier grondeigendom veranderd hadden;» iets wat oudtijds niet anders konde gebeuren dan door eene *lex curiata*; d. i. door de patres.

(99) Atque (si patres dicti sunt quia) agrorum partes ad (tribuerant tenuioribus) perinde ac liberis. *Al het tusschen haakjes gestelde is louter conjectuur.* Naar men weet, is het handschrift van FESTUS gedeeltelijk verzengd waardoor in dat gedeelte slechts halve regels leesbaar gebleven zijn. Onder die half verbrande plaatsen nu behoort de onze.

scherpzinnigheid weg te cijferen. Hij wil toch in de plaats waarin ULPIANUS leert, dat het precarium ook aan roerende goederen bestaanbaar is (100), aan de florentijnsche lezing *constitit* boven de algemeen gevolgde *consistit* de voorkeur geschonken hebben. Uit die lezing, gevoegd bij de omstandigheid, dat ISIDORUS het precarium beschrijft als vergunning om het bezit van een in pand gegeven onroerend goed te behouden (101), trekt hij nu het besluit, dat er een tijd moet geweest zijn waarin men de vatbaarheid van roerende goederen voor het precarium aan twijfel onderhevig achtte. Die twijfel zou dan juist voor de waarheid van NIEBÜHR^s gevoelen pleiten, want daarvandaan zou gekomen zijn, dat het precarium voorheen enkel op landerijen betrekking had. Doch de plaats van ISIDORUS ziet kennelijk op de *fiducia* en bewijst niets meer, dan dat de meest gewone voorwerpen van deze en mitsdien der precarii rogatio landerijen waren. En, al billijkt men de lezing *constitit* bij ULPIANUS, de uitlegger die er de overlevering van een lang vergeten twijfel in zoekt, gaat gewis in zijne gevolgtrekkingen veel te ver. Want, aangenomen zoodanige twijfel had ooit bestaan, hij zou in elk geval reeds bij het leven van den dichter TERENCE beslecht moeten geweest zijn, daar in diens EUNUCHUS op de exceptio precariae possessionis in het interdictum utrubi als op eene zaak van algemeene bekendheid gezinspeeld wordt (102). De aanwendbaarheid van het precarium ook op erfdiensbaarheden en de vrijheid er van laat voorts v. SAVIGNY geheel onaangeroerd, ofschoon zij zich evenmin met de eigenschappen van den ager publicus verdraagt.

(100) L. 4 pr. D. *h. t.*

(101) *Orig.* V. c. 25. precarium est, dum preece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

(102) II. III. 27. Nunc hanc tu mihi vel vi vel clam *vel precario* fac tradas. Er is hier de rede van eene *slavin*.

Eindelijk gelooft hij de anders, naar zijne schatting, onverklaarbare bijzonderheid, dat vóór de invoering der *actio praescriptis verbis* het *precarium* maar een interdict en geene gewone actie voortbragt, uit die veronderstelde betrekking tot den *ager publicus* te kunnen ophelderen. De eenvoudige reden, zegt hij, was deze, dat de *ager publicus* niet kon uitmaken het voorwerp van een burgerlijk contract. Toegegeven, dat dit uit den aard der zaak zoo was met opzigt tot civiele verbindtenissen *ad dandum*, is het daarom nog geenszins waarschijnlijk, altans blijkt het nergens uit, dat hetzelfde gold ten aanzien van *obligationes iuris gentium ad faciendum*, als daar zijn huurovereenkomsten of het *precarium* zelf (103). Intusschen behoeven wij ons in dit duister onderzoek niet te begeven, omdat, gelijk bereids is aangetoond, deze bijzonderheid van het *precarium*, zoowel als zijne andere eigenaardigheden (104), door het verband met de *fiducia* uitmuntend verklaard wordt. Op dat verband wijzen ons de getuigenissen die wij bezitten eenstemmig. Waarom dien vasten bodem verlaten en een gewaagden sprong gedaan naar den neveligen *ager publicus*? Te meer, omdat men toch altoos van daar naar de *fiducia* en den *ager privatus* weder terugkeeren moet en dat wel zonder middel van geleidelijken overgang. Want, eene overeenkomst tusschen den eigenaar ter eener en den bezitter ter andere zijde, hoe zal zij afkomstig wezen van het voor eigendom niet vatbare grondbezit? v. SAVIGNY beproeft zelfs niet de kloof tusschen beiden te dempen en, al ware het om die reden alleen, wordt er dus door zijne hypothese metterdaad niets voor de wetenschap gewonnen.

(103) LL. 1 § 1, 15 § 5, 22 § 1 D. *h. t.* BÖCKING *Pand. I.* § 106. n³⁴.

(104) B. v. de voorname regel, dat niemand kan wezen bezitter ter bede zijner *eigene* zaak, waarvan bij den *ager publicus* geene sprake kan zijn.

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

Wetgeving betreffende de nalatenschappen, vroeger door de Wees- en Momboirkamers beheerd, benevens eene lijst van die kamers en hare keuren, gevolgd door de officiele oproepingen der erfgenamen, met eene voorrede van Mr. DAV. H. LEVYSSOHN, Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden; 's Gravenhage, bij Gebr. BELINFANTE, 1855, XXXVIII en 221 bladz.

De instelling der wees- en momboirkamers was reeds bij de invoering der Fransche Wetgeving vervallen. Kort ten tijd daarna werden sommige dier administratiën vereffend, terwijl andere dier kamers slechts een toezigt hielden over de benoeming van voogden en over de afdoening van nalatenschappen. Weder andere daarentegen, in wier bezit soms belangrijke kapitalen zich bevonden, bleven in statu quo, totdat den 1 April 1835 een Koninklijk Besluit verscheen, betreffende de vereffening der boedels en nalatenschappen, onder de voormalige wees- of momboirkamers berustende. Blijkens den considerans van dat besluit nam Z. M. in aanmerking dat, hoezeer, sedert de invoering der Fransche Wetgeving binnen deze landen, alle bemoeijenissen van voormalige wees- of momboirkamers, voor het vervolg, hebben opgehouden, echter die collegien, of de commissien, welke dezelve hebben vervangen, zijn belast gebleven met de vereffening der boedels en nalatenschappen, die onder het beheer dier kamers waren gevallen, en dat het alzoo van belang is om de afdoening en vereffening dier boedels, op eene regelmatige wyze te bespoedigen en te doen afloopen. Ten gevolge van dat besluit bleven die com-

missiën tijdelijk met de vereffening belast en waren zij verplicht lijsten te vervaardigen der onder haar berustende of door haar beheerd wordende waarden. Van daar een aantal bekendmakingen wegens nog af te geven boedels, die sedert 1836 in de Staatscourant plaats hadden. Het liet zich echter aanzien dat, ofschoon van tijd tot tijd aan verscheidene belanghebbenden verantwoording en afgifte plaats greep, de geheele vereffening van alle door de gemelde commissiën beheerde kapitalen misschien ad calendas Graecas zou worden verschoven. Door alle de nog bestaande zaken op één punt te vereenigen en de beoordeeling en behandeling daarvan aan ééne commissie op te dragen, in verband met wettelijke bepalingen ten opzichte van de bestemming van kapitalen, waarvan geene regthebbenden zich opdoen of bekend zijn, zou de eindelijke afdoening worden bespoedigd. Dit heeft geleid tot de wet van den 5 Maart 1852 (Staatsblad n^o. 45). Daarbij werden de besturen van de voormalige wees- en momboirkamers ontbonden verklaard en vervangen door eene algemeene commissie van liquidatie der zaken, betreffende de voormalige wees- en momboirkamers. Reeds driemaal werd door die commissie van hare werkzaamheden aan den Koning verslag gedaan, terwijl verschillende aankondigingen, betrekkelijk voormalige weeskamers, in de Staatscourant zijn geschied.

Die oproepingen in de Staatscourant zullen echter dikwijls niet ter kennis van de belanghebbenden komen. Meerdere verspreiding en openbaarheid blijft dus hoogst wenschelijk. Daarom was het een zeer gelukkig denkbeeld van Mr. LEVYSSOHN om, door het aangekondigde werk, aan dat doel bevorderlijk te zijn. Doch het zijn niet alleen bijzondere boedelstaten, die men hier aantreft, de geachte schrijver geeft bovendien in eene met veel zorg en studie bewerkte voorrede een historisch overzicht omtrent het ontstaan en de ontwikkeling der voor onze

vaderlandsche regtsgeschiedenis zoo belangrijke voormalige wees- en momboirkamers, waarbij tevens de gronden worden onderzocht, tot verdediging of tot bestrijding dier instelling aangevoerd. Bij de voorrede werd nog gevoegd eene lijst van wees- en momboirkamers, met aanduiding van hare keuren en ordonnantien. Eindelijk worden in dit werk medegedeeld de tot dit onderwerp betrekking hebbende wet en koninklijke besluiten, voorts de Memorie van toelichting, die het ontwerp der wet vergezelde, benevens de verslagen der commissien van rapporteurs over het ontwerp, in de beide Kamers der Staten-Generaal uitgebragt, alsmede de verslagen der algemeene commissie van liquidatie, wegens den stand harer werkzaamheden op 31 December der jaren 1852, 1853 en 1854.

Daar wij het doel der uitgave van dit werk oprecht toejuichen is bijna de verzekering onnoodig, dat wij het werk een ruim debiet toewenschen.

C. VAN BELL.

Het Wetboek van Strafrecht (code pénal) met aantekeningen, door Mr. M. SCHOONEVELD, lid der Arrondissements-Regtbank te Amsterdam. — Nieuwe uitgave. — Amsterdam M. SCHOONEVELD EN ZOON, 1855. — 445 bl. in gr.-3°.

De eerste uitgave van dit handboek zag in 1850 het licht. Zij werd aangekondigd door den heer LEVYSSOHN, in *Themis*, XIII, 633–642.

Het is reeds op zich zelve eene aanbeveling, indien na vijf jaren eene tweede uitgave noodzakelijk wordt. Vooral bij ons, waar de boeken duur zijn, en (is het daarom?) weinig gelezen, en nog minder gekocht

worden. Hoe dat zij, zeker heeft men er zich over te verheugen, dat de schrijver heeft moeten besluiten tot de herziening van zijn nuttig werk, niet zoo zeer, omdat hij daardoor in de gelegenheid is geweest aan eenige wenken en raadgevingen gehoor te geven, en hier en daar verbeteringen aan te brengen; ook niet enkel omdat zich daardoor de gelegenheid aanbood, om zijne aantekeningen aan te vullen met hetgeen de literatuur en de jurisprudentie der laatste vijf jaren heeft opgeleverd. Maar ons strafregt zelf heeft sedert dien tijd zulk eene aanmerkelijke verandering ondergaan, en door de afschaffing van het beruchte besluit van 1813, en door de nieuwe wijzigingen in den Franschen code pénal, die ons nog regeert, en vermoedelijk nog wel zeer vele jaren regeren zal, dat het beste handboek van 1850 thans naauwelijks meer bruikbaar is.

Hoezeer ook het werk dier telkens herhaalde partiele wijzigingen een betrekkelijk nut hebbe in een land, waar men tot geen afdoenden maatregel *wil* besluiten, te ontkennen valt het niet, dat de wetenschap van het strafregt er weinig mede wint, en dat het hoe langer hoe moeilijker wordt het bestaande regt te kennen, of liever om te weten, wat eigenlijk voor ons wet is, wat van den Code nog van kracht is in zijn geheel, wat veranderd, wat geheel vervangen is. Iederen dag wordt het oude kleed met nieuwe lappen opgeknapt. Heden houdt men op; morgen breekt men af; en eindelijk wordt uit dat alles een chaos van verwarring geboren, die ons telkens omtrent den juisten toestand van het geschreven regt in twijfel brengt, en die van de voordeelen der codificatie niets anders laat bestaan dan den naam. Het is waar, men is bij ons sedert lang in vele zaken gewoon zich daarmede tevreden te stellen. Maar het is niet minder waar, dat voor geen gedeelte van het regt de codificatie en noodzakelijker is en wenschelijker, dan juist

voor het strafregt. De heer SCHOONEVELD zegt ons niet-temin in zijne voorrede, «dat het geloof aan de verschijning van een Wetboek van Strafrecht hem eindelijk heeft verlaten.» — Ik ben dat geheel met hem eens. Maar waarom is dat zoo? De wetenschap, de praktijk, de ondervinding, het voorbeeld van anderen, dat alles toch heeft de zaak zoo rijp gemaakt, dat er naauwelijks een gemakkelijker en een eenvoudiger werk meer te denken is.

Maar wat ook hier weder van zij, een goed handboek alleen, kan, bij de dagelijks toenemende regts-onzekerheid, ons het gemis van een wetboek eenigzins vergoeden. En in die behoefte wordt door den heer SCHOONEVELD op eene uitmuntende wijze voorzien. Hij geeft ons den text van den *Code* met de officiële vertaling op zoodanige wijze, dat men met een oog-opslag zien kan, wat daarvan voor ons nog wet is, of op welke wijze het is veranderd. De partiële wijzigings-wetten van 1854 zijn als bijlagen achter het werk afgedrukt.

Over de aantekeningen zal ik niet veel zeggen. Zoo wel hare strekking als haar inhoud is bekend genoeg. Het zijn minder eigen beschouwingen waaraan die gewijd zijn, dan eene beknopte opgave van de leer der jurisprudentie en der schrijvers. Zulke aantekeningen dienen minder om gelezen, dan om ter gelegener tijd geraadpleegd te worden; en ieder, die zich van de aantekeningen van den heer SCHOONEVELD bediend heeft, heeft zich gemakkelijk kunnen overtuigen, dat zij én door beknoptheid én door volledigheid uitmunten; terwijl het in den aard der zaak ligt, dat zij, voorgelicht door eene ondervinding van vijf jaren, vooral in dit laatste opzigt, veel hebben moeten winnen.

Maar nog in twee andere opzigten heeft de schrijver gemeend aan zijne aantekeningen eene nieuwe uitbreiding te moeten geven.

De eerste druk vergenoegde zich met eene opgave

van de Fransche wijzigingen van 1832, de tweede geeft ons ook de meest belangrijke wijzigingen in België ingevoerd.

De tweede uitbreiding bestaat in eene beoordeeling der Nederlandsche regtspraak, vooral daar waar de schrijver met haar in gevoelen meende te moeten verschillen. Ik ben een groot voorstander van dergelijke kritiek, die ik altijd voor hoogs nuttig heb gehouden. De jurisprudentie heeft die onpartijdige contrôle der wetenschap noodig, zal zij niet in dwaling en willekeur vervallen. Ik kom er niet-temin voor uit, dat ik niet geloof, dat die kritiek juist noodwendig behoort tot de roeping van zulk een handboek. Zeker heeft men geen regt die er van te vorderen. Mij ten minste heeft het zeer verwonderd te vernemen, dat het gemis van zulk eene beoordeeling door de openbare kritiek, »als eene leemte in het werk beschouwd is.» — Maar al houde ik nu ook de vordering voor onbillijk, men is toch den schrijver dank verschuldigd, dat hij er gehoor aan heeft willen geven, al ware het alleen omdat men er altijd hier en daar eene juiste opmerking aan te danken heeft; al ligt het dan ook in den aard der zaak, dat dit gedeelte van den arbeid het minst op volledigheid aanspraak mag maken, en dat er juist daarom niet te groote waarde aan moet gehecht worden.

A. DE PINTO.

(ACADEMISCHE LITERAATUUR.)

C. A. VAN DER KEMP, *Specimen juridicum inaugurale ad artum. 1223 b Cod. Civ. Neerl.* Lugd. Bat., 1855, 45 bladz.

Sedert de invoering der Nederlandsche Wetgeving, waarin door art. 1223 B. W. eene belangrijke leemte van

het Fransche regt vervuld werd, heeft dit art., dat zoodikwijls in de praktijk van toepassing is, tot velerlei quaestien aanleiding gegeven. De voornaamste dier quaestien worden in het aangekondigd Specimen medegedeeld en over het geheel met juistheid beantwoord. Van de opmerkingen van auteurs en van de jurisprudentie, betrekkelijk dit onderwerp, heeft de schrijver met oordeel en naauwkeurigheid gebruik gemaakt.

De hier besproken vraagpunten bestaan in de volgende:

1°. Of de tweede of verdere hypothecaire schuldeischer de onherroepelijke volmagt bedingen mag, voor het geval, dat hij eerste hypothecaris zal geworden zijn. Zoodanig beding acht de schrijver geoorloofd.

2°. Welke naam moet aan dit beding worden toegekend? Volgens den schrijver is het een *contractus sui generis*.

3°. Of de schuldenaar de gehypothekeerde zaak zelf verkoopen mag, wanneer de onherroepelijke volmagt door zijnen schuldeischer is bedongen. De schrijver leert, dat de schuldenaar dit regt behoudt. Het eenig nadeel, dat uit zoodanigen verkoop voor den schuldeischer zou kunnen ontstaan, bestaat daarin, dat laatstgenoemde het geleende geld vóór den vervaldag zou terugontvangen. Daartegen is echter het voorschrift van art. 1254 B. W. een hulpmiddel.

4°. Mag de hypothecaire schuldeischer bedingen, dat de schuldenaar het verbonden goed niet zonder toestemming van den schuldeischer zal mogen verkoopen? Deze vraag wordt door den schrijver bevestigend beantwoord.

5°. Evenzoo wordt de vraag beantwoord, of de schuldeischer zijn regt kan uitoefenen, zoodra de schuldenaar niet aan de bepalingen der overeenkomst voldoet, of in gebreke blijft te betalen.

6°. betoogt de schrijver, dat het aan den schuldeischer geoorloofd is om, in plaats dat hij van zijn beding van

onherroepelijke volmagt gebruik maakt, het verbonden onroerend goed in beslag te nemen en hetzelfde op de gewone wijze van uitwinning te verkoopen.

7°. Moet de kantonregter bij den verkoop, welke door den eersten hypothecairen schuldeischer, krachtens zijn beding, wordt bewerkstelligd, tegenwoordig zijn, ten einde de koper de zuivering van hypothecaire lasten zal kunnen vorderen? De schrijver schaart zich bij hen, die eene ontkennende beantwoording dier vraag voorstaan, voornamelijk op grond der in het tweede lid van art. 1223 B. W. voorkomende woorden: «en zal «de veiling moeten plaats hebben op de wijze als bij «artikel 1255 is voorgeschreven, met uitzondering alleen «dat de tegenwoordigheid van den kantonregter niet ver«eischt wordt.» Mijns inziens is de verkoop op zich zelve geldig, wanneer de eerste hypothecaire schuldeischer, zonder de tegenwoordigheid van den kantonregter, verkocht heeft. Die tegenwoordigheid namelijk wordt onder de bij art. 1223 B. W. voorgeschreven formaliteiten niet opgenomen. Doch art. 1255 B. W. verlangt de tegenwoordigheid van den kantonregter uitdrukkelijk. Wordt die formaliteit verzuimd, zal de koper in zijne vordering tot ontlasting van hypothecaire verbanden niet-ontvankelijk zijn. Een koper, die zoodanige niet-ontvankelijkheid, om het ontbreken der formaliteit, voorzien kan, zal het te veilen perceel, of in het geheel niet koopen, of voor eenen minderen prijs, dan anders het geval zou geweest zijn. Een eerste hypothecaire schuldeischer zal derhalve steeds, wanneer het perceel boven de waarde belast is, in het belang van den verkoop handelen, door de tegenwoordigheid van den kantonregter in te roepen. Mr. Loke, in zijn Handboek voor Notarissen, I p. 184, 2° noot (van den tweeden druk), schreef te regt: «Art. 1223 stelt vast, dat bij «den verkoop krachtens onherroepelijke volmagt, al de «formaliteiten moeten worden in acht genomen, bij art.

«1255 voorgeschreven, met uitzondering dat de kanton-regter niet behoeft tegenwoordig te zijn; doch deze «bepaling heeft alleen betrekking tot de waarborgen, die «men ten behoeve van den eigenaar van het verbonden «goed noodig achtte; zij regelt alleen de gevolgen van «het beding aldaar besproken, en heeft met de zuivering «niets gemeen. Waar deze zal plaats hebben, en waar «alzo de belangen van derden in het spel komen, wil «art. 1255, dat een regterlijk ambtenaar tusschen beide «trede, om voor die belangen te waken; en er is geene «enkele reden denkbaar, waarom die tusschenkomst beter «bij eenen verkoop krachtens onherroepelijke volmagt, «dan bij iedere andere willige verkooping, zoude kunnen «worden gemist.»

8°. Wordt gehandeld over de vraag, of de schuldeischer altijd de bevoegde persoon is om den koopprijs te ontvangen.

9°. Naar aanleiding eener te Amsterdam gevoerde en in het Regtsgel. Bijblad van 1853 medegedeelde procedure beantwoordt de schrijver de vragen, of de eerste hypothecaire schuldeischer het in het openbaar geveilde goed aan den hoogsten bieder altijd moet toewijzen, en of hij, ingeval van herveiling en toewijzing voor eenen minderen prijs, aan den eigenaar, zijnen schuldenaar, wegens de eerste veiling verantwoording schuldig is.

10°. Onderzoekt de schrijver hoedanig de zuivering plaats heeft in het geval van art. 510 W. v. B. R.

11°. Behandelt de schrijver de vraag, welke de kosten zijn, waarvan bij art. 510 W. v. B. R. gesproken wordt.

12°. Eindelijk wordt onderzocht, in hoeverre de curator in het faillissement, wegens de kosten daarvan bevoorregt is, indien tevens door eenen eersten hypothecairen schuldeischer van zijn beding van onherroepelijke volmagt is gebruik gemaakt.

C. VAN BELL.

H. N. GROBBEE. — *De condemnatorum restitutione
sive rehabilitatione in jure criminali.* — L. B.
1854, 61 pag. in-8°.

Wij zijn nog altijd in de blijde verwachting van eene wettelijke regeling der rehabilitatie. De partiële wijziging heeft nog altijd verzuimd er hare krachten aan te beproeven; en de wetten van 10 Junij 1840 en 8 Februarij 1847, die in dit onderwerp voorzien, maar die een deel uitmaken van het aanstaande (?) wetboek van strafregt, wachten nog altijd op de invoering van het geheel, om in toepassing te worden gebragt.

Intusschen bestaat het middel van rehabilitatie *niet*, ten minste *jure* niet, al heeft men getracht het *facto*, onder den voorgewenden naam van een onderdeel van het regt van gratie in te smokkelen. Dit laatste nu bewijst wel de groote behoefte die er aan de zaak bestaat naast eene wet, die, behalve de straf, aan het veroordeelend vonnis nog het gevolg hecht van eerloosheid, of van burgerlijke en staatsburgerlijke onbekwaamheid; maar daarmede is volstrekt niet uitgemaakt, dat kwijtschelding van straf, en opheffing van de gevolgen van het veroordeelend vonnis, geheel afgescheiden en onafhankelijk van 's regters beslissing, met andere woorden, dat gratie on rehabilitatie, ééne en dezelfde zaak zijn, althans slechts verschillen als *genus* en *species*.

Dat dit althans naar ons geschreven strafregt het geval niet is, bewijst de duidelijke text van art. 66 Grondwet. En ware het anders, dan waren de wetten van 1840 en 1847, en zeker de wijze, waarop die de zaak regelen, ten eenemale ongrondwettig.

De schrijver van deze verhandeling is hetzelfde gevoelen toegedaan. Meer gewaagd komt mij eene andere door hem verdedigde stelling voor, wanneer hij zich verklaart tegen alle *exceptiones juris ex beneficio principis*, zelfs

legen het koninklijk regt van gratie. Niet, dat hij de zaak wil hebben opgeheven; maar hij wil die overbrengen bij den regter; hij zegt: «*hae judicis non regis sunt partes.*» — Waarom? Ik zou het tegendeel zeggen. De roeping van den regter, is de wet toe te passen, zoo als zij is, zonder aanzien van personen, zonder te letten op de gevolgen. De regter zegt: «*lex dura, sed ita scripta.*»

Wij vinden overigens in deze verhandeling, behalve eene inleiding, die handelt over den aard en de grondslagen der rehabilitatie, en behalve eenige mededeelingen over Romeensch, Fransch en Duitsch regt, de wetten van 1840 en 1847 toegelicht met korte exegetische en kritische aantekeningen. Van groot gewigt zijn deze, geloof ik, niet. Men vindt er echter juiste opmerkingen onder, anderen misschien, die meer betwistbaar kunnen schijnen. Ik geef hiervan ten slotte een paar voorbeelden.

Of het noodig of niet noodig zij, het verzoek om rehabilitatie te doen indienen door een procureur, wil ik in het midden laten. Maar zonderling is zeker de grond, waarop dat voorschrift wordt afgekeurd: «*het is zoo moeilijk voor hen, die ver van den Haag wonen.*» — Ik zou juist meenen, dat het voor deze de zaak gemakkelijker en eenvoudiger maakt; en dat reeds dit alleen, al ware er anders niets voor te zeggen, eene aanbeveling is voor de gevorderde tusschenkomst van den procureur.

Ik ben met den schrijver van gevoelen, dat het niet wenschelijk is de openbare bekendmaking te vorderen van de brieven van rehabilitatie; omdat ik geloof, dat de voordeelen daarvan rijkelijk worden opgewogen door het groote ongerief dat er in gelegen is voor den veroordeelde. Maar men gaat toch te ver, wanneer men met een pennestreek beslist, dat die bekendmaking geenerlei nut hebben kan. Het kan voor derden zeer zeker van groot nut zijn de rehabilitatie te kennen, en vordert men

geene openbare bekendmaking, dan vervalt ieder middel om dat doel te bereiken.

A. D. P.

EISO BERGSMa. *De collegiis pupillaribus in Hollandia et Zeelandia.* Traj. ad Rhen. 1855.

Over de weeskamers, zoo als die vroeger in Holland en Zeeland bestonden, door E. BERGSMa. Utrecht 1855, 122 bl. in 8°.

Deze is, gelijk wij elders opmerkten, de vierde dissertatie, immers voor zoo veel ons bekend is, waarin over de weeskamers wordt gehandeld, gedurende de laatste honderd jaren aan onze academiën verdedigd. Immers, behalve de hierboven met haren dubbelen titel aangekondigde, bezitten wij nog die van A. W. STORM, de camera pupillari (vulgo *weeskamer*), Franequerae 1754, P. PAULUS, de collegiis pupillaribus, Lugd. Bat. 1832, en H. G. DU PERRON, de cameris pupillaribus, L. B. 1842. Men wane echter niet, dat met hetgeen in deze gezamenlijk voorkomt, deze stof zou zijn uitgeput, — en nogtans vreezen wij, dat er niet veel meer te wachten is. Immers voor de regtsgeschiedenis van ons land kan het onderzoek dezer verouderde instelling alleen belang hebben, en hoe flauw wordt over die regtsgeschiedenis niet gedacht!

De schrijver der tegenwoordige dissertatie deelt, na eene korte inleiding, eene lijst mede van ordonnantiën op de weeskamers voor zoover die hem bekend waren, en maakt daarbij de opmerking, dat zij niet volledig kan zijn omdat de weeskeuren van vele plaatsen alleen in geschrift bestaan.

Zij die er belang in stellen, om eene meer volledige

opgave dier keuren te kennen, zie de *Lijst* op bladz. XXIX en volgg. der onlangs uitgekomen *Wetgeving, betreffende de nalatenschappen vroeger door de weesen momboirkamers beheerd enz.*, 's Gravenhage 1855. — De aanvulling is te danken aan de verplichtende mededeeling van Mr. L. P. C. VAN DEN BERGH, daartoe het best in de gelegenheid door zijne betrekking tot het archief. Sedert zijn dien kundigen onderzoeker nog voorgekomen en ons welwillend medegedeeld:

CASTRICUM. Ordonnantie geapprobeerd door het Hof, 19 December 1768, geregistreerd vierde Memor. Bodt fol. 229 v.

OUDE EN NIEUW LOOSDRECHT. Ordonnantie van Ambachtsheer en Geregte. dd. 1556. Nieuwe ordonnantie geapprobeerd door het Hof 5 November 1770, geregistreerd zevende Memoriaal Bodt folio 173 v. (zie bladz. 73 der vorm. *Wetgeving* enz. 1^e Afdeling).

IJSSELMONDE. Schout en Schepenen representeerden aldaar de weeskamer in 1734, Zes en dertigste Memoriaal THIERRY fol. 358.

De keuren der weeskamers van *Naarden*, *Oegstgeest* en *Poelgeest*, *Beverwijk*, *Oost-Zaandam*. *IJsselstein*, in meergemelde verzameling vermeld bladz. 86—88, die van *Petten* bladz. 73, ook nog van *Biggekerke*, *Oost- en West Souburg* zijn tot nog toe onbekend.

Het *eerste* hoofdstuk der Academische verhandeling handelt over de zamenstelling der weeskamers en geeft een belangrijk overzicht over het collegie zelve, terwijl het *tweede* dat beschouwt in betrekking tot de voorgdij, het *derde* eindelijk het beheer uiteenzet, zoodat nagenoeg al wat tot die verouderde instelling behoort, immers wordt aangestipt.

Als wij met bijzonderen lof dit proefschrift vermelden, is het niet, om er ons met een' pennestreek van af te maken, maar is dit de slotsom van ons oordeel over

de bijzondere deelen. Of bewijst het niet zeer voor den onderzoekenden geest des jeugdigen schrijvers, als wij hem in zijn onderzoek volgende omtrent eene instelling die bijna enkel tot het gebied der historie behoort, uit oude geschied- en regtsboeken, octrooijen en instructien, en uit deze te zamen den aard, de regten en verpligtingen dier collegiën zien oprakelen.

Die mededeeling is voor de zoo verwaarloosde regtsgechiedenis van ons land hoogst gewichtig; en slechts de dorre practicus, die wat afgeschapt is alle onderzoek onwaardig keurt, zal zich niet kunnen begrijpen, hoe alsnog zoo veel moeite aan dat onderzoek wordt te koste gelegd. Hij echter die eene edeler roeping in den regtsgeleerde erkent, zal het historisch onderzoek naar voormalige instellingen waarderen, en daarom, niet minder dan wij, met grond vertrouwen, dat deze schrijver zal willen medewerken, om eene geschiedenis van het regt in ons Vaderland, waaraan volgens eenstemmig oordeel van bevoegde geleerden, behoefte is, te leveren. Hij vinde daartoe aanmoediging in het gunstig oordeel, dat algemeen over deze zijne eersteling zal moeten worden geveld.

Zie hier, ter bevestiging van ons gevoelen omtrent den belangrijken inhoud, de lijst der onderwerpen door den schrijver vóór zijn werk geplaatst:

HOOFDSTUK I.

- § 1. Over de *verkiezing* der Weesmeesters.
- § 2. Over de *vereischen* der Weesmeesters.
- § 3. Over de *verpligtingen* der Weesmeesters.
- § 4. Over het *aanzien* en het *loon* der Weesmeesters.
- § 5. Over den *Secretaris* der Weeskamer.
- § 6. Overige *personen ten dienste der Weeskamer*.

HOOFDSTUK II.

- § 1. Over het *stellen van Voogden*.

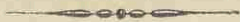
- § 2. Over het stellen van *Voogden door de Weeskamers*.
- § 3. *Hoe* aan de Weeskamers moest worden bekend gemaakt, dat er *Voogden gesteld* moesten worden.
- § 4. Over het stellen van *Voogden bij testament*.
- § 5. Over de *nitsluiting* van de Weeskamers.
- § 6. Over de *verplichting* om de *voogdij aan te nemen*.
- § 7. Over den *eed* der *Voogden*, de *opvoeding* en het *onderhoud* der weezen.
- § 8. Over de *mondigheid* der weezen.
- § 9. Over de *mondigverklaring* (*venia aetatis*).

HOOFDSTUK III.

- § 1. Over het opmaken van den *Inventaris*.
- § 2. Over de *vrijstelling* van het opmaken van den *Inventaris*.
- § 3. Over den *inhoud* van den *Inventaris*, en den *tijd*, binnen welken deze opgemaakt moest worden.
- § 4. Over het *bewijs van goederen* der weezen.
- § 5. Over den *uitkoop*.
- § 6. Over de *boedelscheiding*.
- § 7. Over den *verkoop der roerende goederen*, en het brengen ter Weeskamer.
- § 8. Over het stellen van *borgtocht* voor het beheer.
- § 9. Van het *beheer der Voogden* over roerende en onroerende goederen.
- § 10. Over het *beleggen* der gelden.
- § 11. Over het *vertegenwoordigen* der weezen in regten.
- § 12. Over de *rekening en verantwoording* der *Voogden* en het *ontzatten* uit de *voogdij*.

Met deze inhoudsopgave meenen wij tot de lezing van dit verdienstelijk proefschrift te hebben aangespoord, en daartoe alleen strekt hare vermelding door ons in dit tijdschrift.

DAV. H. L.



BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

HET ARCHIEF VAN HET VOORMALIG HOF VAN GELDERLAND.

In het onlangs uitgekomen tienden deels, tweede stuk der bekende *Bijdragen voor Vaderl. Geschiedenis en Oudheidkunde* van Mr. J. A. NIJHOFF, vindt men een verslag van dit archief, door den adjunct-archivaris van Gelderland, den heer P. NIJHOFF ontworpen, dat zich aansluit aan het overzicht van dat der voormalige hooge regtscollegien in Holland, ten vorigen jare in het verslag over den toestand van het Rijks-archief, door den steller van dit bericht medegedeeld. Het zal niet ongepast gerekend worden dat ook de *Themis* van deze nieuwe poging kennis neemt, om de bronnen voor onze regts-geschiedenis te openen en algemeen bekend en toegankelijk te maken.

De steller opent zijn verslag met een kort, maar belangrijk historisch bericht van de lotgevallen des Hof's sedert de oprigting door KAREL V in 1547. Hij bespreekt de inrigting, het politieke en administratieve gezag, de regtsmagt en de voornaamste veranderingen die in een en ander hebben plaats gehad, genoeg om daardoor een algemeen denkbeeld te verkrijgen, en de belangrijkheid der archieven van dit collegie te doen nitkomen, dat in vele zaken de souvereiniteit vertegenwoordigde, met het handhaven der landvorstelijke regten belast was en het hoogste geregts-hof voor het Furstendom en de Graefschap, gelijk het heette, vormde.

Het archief wordt thans op drie hovenvertrekken in het paleis van Justitie bewaard, omvat het geheele tijdvak van deszelfs bestaan; van 1544 tot 1811. Over de jaren 1544 tot 1600 is echter veel verloren gegaan of vroeger naar elders verplaatst, het is dus in dit opzigt minder gelukkig dan dat van het Hof van Holland, welks oorkonden sedert 1428, hoewel met enkele gapingen, tamelijk wel bewaard zijn gebleven.

Tot nog toe was dit archief bijna niet geordend en behoorlijke registers ontbraken genoegzaam geheel, waardoor, zooals men begrijpen kan, het gebruik uiterst moeilijk was. Aan beide behoeften is nu voldaan, door den archivaris zijn twee uitvoerige registers vervaardigd, het eene naar tijdsorde ingerigt, het andere alphabetisch. Het eerste is door hem in twee afdeelingen gesplitst, de eene aan het judiciele, de andere aan het politieke en administratieve gewijd. Al wat 's Hof's archief in deze opzigten belangrijks bevat, is daarin kortelijk aangeteekend en naar de tegenwoordige regeling gemakkelijk te vinden; wij betreuren het echter, dat nog altijd eenige bestanddeelen van deze verzameling daarvan gescheiden zijn, en steeds in ballingschap op het toch reeds zoo rijke Provinciaal archief berusten: *suum cuique*. Van het overige wordt hier een beknopt overzicht aangeboden.

Wanneer eenmaal deze registers (die, naar wij vernemen, door

de zorg der Provinciale Staten van Gelderland, die hier een roemrijk voorbeeld geven, in het licht zullen verschijnen) meer bekend zijn, zal eerst het nut van dit regtsarchief in het volle licht schijnen, en, naar wij hopen, tot navolging uitlokken. De regtsarchieven toch verkeerden nog bijna overal in eenen staat van verwaarloozing, die alleen aan onbekendheid met den inhoud en met de praktische waarde die zij nog bezitten, toe te schrijven is. In Holland is mij dit uit eigen ontdekking, van Gelderland uit berigten gebleken. Moge de ijverige en bekwame bewerker van dit archief voortgaan met zich die stukken ook van de mindere gerigten, zoowel van de klaarbanken als van de ambtsgerigten en anderen aan te trekken, hij zal er de beoefenaars der historische wetenschappen, vooral der regtsgechiedenis, duurzaam mede aan zich verplichten.

L. PR. C. B.

Bij gelegenheid dat in België eene algeheele herziening van de wetten nopens de zamenstelling der regterlijke magt wordt voorbereid, heeft een regtsgeleerde daar te lande, in den *Indépendance belge* van 8 Augustus jl., een lezenswaardig stuk doen plaatsen, waarin de vraag behandeld wordt of het geen tijd wordt terug te komen van belemmeringen, die uit vroegere toestanden herkomstig zijn en die nog ten opzichte van buitenlands gewezen vonnissen, bij verschillende regtbanken, met name tusschen die van België en Frankrijk, bestaan.

De schrijver meent, dat de ontwikkeling van den handel, de herziening van tol-tarieven in milderen geest, het drukker verkeer tusschen personen van verschillende natiën, door spoorwegen, telegraaflijniën, enz., die reeds eenige wijzigingen hebben aangebracht, tot nog meerdere moeten aanleiding geven. Reeds hebben Nederland en België, zegt hij, het voorbeeld gegeven door een merkbaar tempering van het stelsel van passen; reeds zijn internationale betrekkingen van ruil, van waarborg van letterkundigen of kunst-eigendom aangegaan; reeds hebben België en Frankrijk nopens de wettig zamengestelde naamlooze vennootschappen in één van beide landen de bevoegdheid gegeven, om in regten in het andere land op te treden.

Men behoorde zoo voort te gaan, en het meerder verkeer der volken door het doen verdwijnen van wettelijke beletselen nog meer in de hand te werken. De schrijver vestigt zeer de aandacht op de regtsweigering die partijen uit den vreemde kan treffen, zoodra zij het regt van inboorlingschap of wettige woonstede niet genieten in het land waar zij hunne geschillen aan den regter overgeven. En vooral vestigt hij ook de aandacht op de bekrompene wijs, waarop somwijlen vonnissen of arresten, zelfs tusschen kooplieden, en de acten van de vrijwillige jurisdictie, regtens beoordeeld worden, buiten het grondgebied, van waar zij herkomstig zijn.

Ondanks nabuurschap, gelijkheid, voor een ruim gedeelte, van taal en bronnen van wetgeving, zijn België en Frankrijk thans, in die opzichten, nog veel meer ten achter, dan de meeste andere, onderling in soortgelijke omstandigheden verkeerende, volken der beide halfronden. « Intusschen treft deze aanmerking, zegt de schrijver, wel voornamelijk Frankrijk, daar België, wat de geschillen tusschen vreemdelingen aangaat, niet streng is, zelfs niet ten opzichte van Frankrijk, hetwelk het ten opzichte van alle andere volken is, het Belgische niet uitgezonderd; en men, met betrekking tot de vreemde vonnissen en acten, zich bij ons bepaald heeft tegen Frankrijk het voorbeeld te volgen, dat het tegen het Belgische volk, gelijk tegen zoo vele andere natiën, gegeven heeft. Maar het feit blijft nogtans, over het algemeen, tot onderling nadeel bestaan.

» Nopens de geschillen tusschen vreemdelingen, is de Fransche regtspraak in dien geest gevestigd, dat, behalve de handelszake, de vorderingen van natuur- of volkenregtelijken aard of de actien, betrekkelijk onroerende goederen in Frankrijk gelegen, de exceptie van onbevoegdheid, aan den Iandaard der partijen ontleend, zonder onderscheid van de plaats, waar de overeenkomst gesloten is, en door den verweerder opgeworpen, den regter noodwendig bindt; het staat dezen bovendien vrij, zich ook uit eigen hoofde onbevoegd te verklaren. De Belgische regtspraak, daarentegen, beslist sedert een aantal jaren, dat de bevoegdheid onzer regtbanken ten opzichte van welke vreemdelingen ook, die elkander dagvaarden, aan de regelen van het gemeene regt onderworpen is, behalve in het geval, dat gedingen, waarbij inboorlingen betrokken zijn, al den tijd der regterlijke overheid mogten vorderen.

» Nu ware het te wenschen, dat de Belg in Frankrijk tegen een vreemdeling regt kon erlangen, gelijk dit reeds bijkans altijd voor een Franschman in België mogelijk is. De regtsgronden, welke voor het verwezenlijken van zulk eene uitkomst pleiten en waarbij zich nog andere van nut en gepastheid voegen, zijn in verscheiden arresten onzer Hoven in het breede vermeld; zoo mede in het requisitoir van den procureur-generaal LECLERCQ, op wiens conclusien het arrest van ons Hof van cassatie van 12 Maart 1840 ge-
wezen is (1). Wat het voorbehoud betreft, dat ten behoeve van de inhoorlingen gemaakt wordt, en dat gegrond is op het denkbeeld, dat de regter zich eerst en vooral er aan moet wijden, hun regt te verschaffen, zoo diene men op te merken, dat in de praktijk, en bij den goeden wil der magistratuur, de gevolgen daarvan zoo goed als niets beteekenend zijn. Maar dit neemt niet weg, dat ook dat voorbehoud dient te verdwijnen. Het regt heeft eene te algemeene roeping, dan dat het dit onderscheid zou moeten dulden, en 't belang

(1) Art. 13 van den Code Napoleon.

der inboorlingen zelf brengt dit mede, dat, wil men de vreemdelingen tot zich lokken, het regt zoodanig ingerigt zij, dat het aan iedereen kunne worden bedeed. Dragen de vreemdelingen buitendien ook niet tot de kosten der regtsbedeeling bij door de belastingen, die hen treffen, in 't algemeen als inwoners, en in 't bijzonder als partijen in regten, en in evenredigheid tot de bescherming die zij van staatswege genieten? Wij weten het, er zijn vraagstukken, en wel in de eerste plaats de vraagstukken van staatsbelang, wier regeling tusschen louter vreemde partijen hoogst bezwaarlijk is, maar is dit niet eveneens zoo in geval de Fransche regtspraak toestaat dat de geautoriseerde woonstede van eene der partijen den regter bevoegd maakt? En, kunnen zich daarenboven, wanneer vreemdelingen en inboorlingen tegen elkander pleiten, de vraagstukken van staatsbelang niet evenzeer voordoen met opzigt tot de eersten, als met opzigt tot de laatsten?.....»

«Het vraagstuk van het debat tusschen vreemde eischers en verweerders (gaat de schrijver voort) staat in verband met dat over de uitvoering van regterlijke uitspraken buiten het land, alwaar zij geweest zijn, in zoo verre de regterlijke overheden, zoo als natuurlijk is, geneigd zijn zoo min mogelijk nuttelooze vonnissen uit te spreken; het zijn juist de vonnissen tusschen vreemdelingen, die gewoonlijk regtsgevolgen buiten 's lands eischen; en het volk, dat de bij een ander volk gewezen vonnissen afwijst, haalt zich gemeenlijk eene gelijke bejegening op den hals. Maar hier verbreedt zich de gezigteinder. Daargelaten de zedelijke ongelegenheid, die er bestaat, om te trachten, alleen ter wille van eene grenslijn, het regt te ontgaan, en daargelaten wat, tot in zekere mate, slechts het gevolg van eene persoonlijke toetreding is, wat al omstandigheden bestaan er toch, welke de noodzakelijkheid doen beseffen om in Frankrijk uitvoering te geven aan hetgeen in Belgie als regt is gewezen, en *vice versa!*

«Art. 546 Code de procédure van 1806 bevestigt als algemeen regel het beginsel, dat in de artt. 2123 en 2128 Cod. Napol. in zake van hypotheek is aangenomen. Dien ten gevolge zijn, behalve de uit de verdragen voortvloeiende uitzonderingen, de in den vreemde gewezen vonnissen in Frankrijk niet uitvoerbaar vòór dat zij dit verklaard zijn, en hebben behalve dezelfde uitzonderingen, de in den vreemde aangegane authentieke acten, in Frankrijk alleen het karakter van eenvoudige beloften. Wanneer men nu deze bepalingen, wier inhoud overeenkomt met den aanhef van art. 421 der ordonnantie van 15 Januarij 1629, verbindt met het, niet afgeschafte, slot van datzelfde artikel, dan bevindt men dat, voor het speciaal geval, waarin de vreemde vonnissen tegen de Franschen zijn gewezen, deze op nieuw hunne regten kunnen debatteren, *comme entiers* voor de regtbanken huns lands, en dat, buiten dat geval, de uitdrukking *déclarer exécutoire*, als noodwendig veron-

derstellende dat het ten uitvoer te leggen vonnis gemaintineerd worde, de Fransche regtbanken slechts de souvereiniteit hebben te behoeden, van welke zij releveren, en alvorens zij de tenuitvoerlegging van een vreemd vonnis toestaan, te onderzoeken hebben, of dat vonnis niet, uit welken hoofde ook, op gezegde souvereiniteit inbreuk maakt. Dat was het stelsel, hetwelk in Frankrijk gevolgd werd tot het arrest van het Cassatie Hof, van 19 April 1819. Maar sedert heeft de rechtspraak er eene andere rigting aangenomen: men beschouwde het zoodanig, dat het oude regt en de van kracht zijnde Codes niet anders hadden kunnen doen dan het beginsel vaststellen, volgens hetwelk: «toute personne, étrangère ou française, à laquelle on oppose un jugement rendu à l'étranger, peut débattre ses droits comme entiers devant les tribunaux français.» (1)

«De ordonnantie van 1629 was nooit in België gepubliceerd. Toen wij van Frankrijk werden afgescheiden, bleef onze wetgeving dus minder onvoordeelig te zijnen aanzien, als de zijne ten onzen opzigte. Van daar het besluit van 9 September 1814, navolging van art. 121 der ordonnantie, en dat zonder verwijl de onderlinge toestanden gelijk maakte. Voorts betrad de Belgische rechtspraak hetzelfde spoor van uitlegging, als dat bepaaldelijk in Frankrijk gevolgd; zich aan het woord ingezetenen (*habitans*) waarvan het besluit zich bedient, houdende, nam zij de revisie in België aan van in Frankrijk gewezen vonnissen, zelfs tegen anderen dan Belgen. Welligt herinnert men zich nog, dat de heer ERNST, minister van justitie, den 14 Mei 1836(2), eene wetsvoordragt aan de Kamer van Verteegenwoordigers aanbod, waarbij de intrekking van het besluit van 1814 werd voorgesteld. Als grond daarvan had hij, bij vergissing, aangevoerd, dat het besluit van 1814 Frankrijk harder behandelde, dan het ons bejegende; en die vergissing was denkelijk wel de oorzaak, dat genoemde minister geen gevolg aan dezen arbeid gaf. Maar hij verkondigde tevens, zoo als het sedert de rapporteur van onze nieuwe hypotheekwet ook deed, dat ten opzigte van al de andere landen, buiten Frankrijk, België slechts door den Code Napoleon en den Code de procédure van 1806 gebonden was. Eindelijk verscheen art. 77 der wet van 16 December 1851, hetwelk, wat de authentieke acten betreft, eene voortschrede deed, waarvan zelfs Frankrijk voordeel kon trekken.»

De schrijver moedigt vervolgens aan op dit spoor voort te treden waardoor de volken in hunne onderlinge betrekkingen allezins zouden gebaat worden.

(1) *Pasicrisie Belge*, 1840, blz. 316 en volg.

(2) TOULLIER, Deel X, n^o. 82.

THEMIS

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

TWEEDE VERZAMELING,

Tweede Deel.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH),

STAATSREGT. — *Onderzoek naar den aard en den regtstoestand der buurtwegen*, door Mr. G. A. FOKKER, Lid van Gedeputeerde Staten van Zeeland.

Het is aan niemand onbekend welk een gewichtig onderwerp de wegen in de huishouding van den Staat uitmaken. De welvaart van staten, gewesten en van gemeenten hangt in groote mate af van den toestand der middelen van gemeenschap het zij binnen 's lands, het zij naar buiten, en is daarmede zoo naauw verbonden, dat de verbetering en vermenigvuldiging er van gelijken tred houdt met de beschaving, en daarvan een der kenmerken oplevert. SAY zeide, dat de gemakkelijkheid der gemeenschap tusschen de menschen, den eersten grondslag der maatschappij uitmaakt. «Etablir, perfectionner les voies de communication d'un pays, c'est augmenter le rayon dans lequel peuvent s'effectuer ses échanges, c'est diminuer le prix de revient de la plupart de ses produits, c'est donc contribuer puissamment à sa richesse,» wordt elders (1) te regt opgemerkt. Hoe meer

(1) In *Dictionn. de l'écon. polit.* op het woord: *voies de communication.*
Themis, D. II, 4de St. [1855].

de beschaving toeneemt, des te meer uitbreiding ziet men aan de middelen van gemeenschap geven, en de verbazende ontwikkeling, die aan deze voorwaarde van de welvaart der volken in de laatste jaren in Europa te beurt viel en steeds voortgaat, zal door het nageslacht niet onder het minst merkwaardige der negentiende eeuw worden gerekend.

Wij willen geene verhandeling over dit belangrijk staathuishoudkundig onderwerp leveren; maar wij wenschen de uitkomsten mede te deelen van ons onderzoek naar den aard der bijzondere soort van wegen, die men sedert eeuwen met den naam van buurtwegen heeft aangeduid.

Waren vroeger de zoogenaamde groote wegen bijna uitsluitend het voorwerp van de zorg der staatslieden en wetgevers, de buurtwegen zijn in lateren tijd als een der meest gewigtige takken der middelen van binnenlandsche gemeenschap erkend geworden. Getuige Frankrijk, alwaar men van 1831—1851 aan den aanleg en het onderhoud der buurtwegen niet minder dan 890,945,067 fr. heeft ten koste gelegd (1).

Frankrijk en België hebben hunne rijkswetten op de buurtwegen; in Nederland hebben onderscheidene provinciën afzonderlijke verordeningen of reglementen op het onderhoud en het beheer er van.

Ziet men echter deze reglementen en verordeningen in, dan is het inderdaad onmogelijk daaruit tot de kennis te geraken van het begrip, 't welk men in Nederland aan het woord *buurtwegen* hecht. Het *Reglement op het*

(1) In Frankrijk besloegen de 284,737 in 1851 als buurtwegen erkende wegen, bij eene lengte van 558,441 kilometres, eene oppervlakte van 378,313 bunders. of ongeveer het 141ste gedeelte van het rijk. De groote wegen hadden in datzelfde jaar slechts 36.038, de departementale wegen 45,633 en de spoorwegen 4,272 kil. lengte. *Annuaire de l'écon. polit.* 1855, p. 642.

beheer en het onderhoud en de politie der buurtwegen en voetpaden in Zeeland (van 6 Julij 1838) onderscheidt de buurtwegen in drie klassen en brengt

Tot de eerste: alle heerenwegen of heerbanen dienende tot communicatie tusschen de steden, zoo binnen als buiten de provincie onderling en de takken derzelve, welke naar de groote wegen en overzetveren leiden, voor zoover zij geen gedeelte uitmaken van de groote wegen der 1ste en 2de klasse;

Tot de tweede: diegenen welke de onderlinge communicatie daarstellen van steden met dorpen en gehuchten, of van dezelve naar de groote wegen en overzetveren leiden, voor zoover deze communicatiën niet tot die der 1ste klasse behooren; en

Tot de derde: de zoodanige, welke ten algemeenen nutte in de gemeenten zelve bestaan, of de communicatie tusschen de tot dezelve behorende dorpen, gehuchten of buurten daarstellen.

Het *Reglement op het toezigt over de buurtwegen in het hertogdom Limburg* (van 12 Julij 1853) brengt onder de buurtwegen, behalve de openbare voetpaden, alle wegen ten dienste van het algemeen bestemd en noch onder de groote rijkswegen, noch onder de provinciale kunstwegen of de ijzeren spoorwegen te rangschikken; het verdeelt de buurtwegen in 3 klassen, als:

1°. De wegen over het grondgebied van verschillende gemeenten loopende en op den grooten weg uitkomende;

2°. De wegen dienende tot gemeenschap van de eene gemeente met de andere, of van eene gemeente met den grooten weg; en

3°. Alle wegen ten dienste van het algemeen bestemd en niet onder n°. 1 en 2 begrepen.

Het *Reglement op het onderhoud en gebruik der wegen in de provincie Utrecht* (van 8 Nov. 1853) noemt het woord *buurtwegen* niet, maar verdeelt de wegen in

3 soorten, namelijk: in provinciale, in geconcessioneerde en in alle andere in de 1ste of 2de soort niet begrepen wegen.

Het Groningsch *Reglement op het toezigt der wegen* (van 10 Julij 1854) kent evenmin buurtwegen als dat van Utrecht; het verdeelt de wegen in *a.* kunstwegen, *b.* aardenwegen, en *c.* wegen die eeniglijk bestemd zijn voor uitweg of uitvaart van eenig dorp of gehucht, of van landen aan onderscheidene eigenaren toekomende. Ook dat van Drenthe, *op het beheer van wegen en waterlossingen* (van 15 Julij 1852), kent geene buurtwegen, maar onderwerpt aan zijne bepalingen alle wegen en voetpaden tot openbaar gebruik dienende, uitgezonderd die over welke het toezigt en de schouw door het algemeen of provinciaal bestuur, of andere autoriteiten of personen, volgens bijzondere verordeningen worden uitgeoefend.

Het *Reglement op de wegen en voetpaden in de provincie Zuidholland* (van 11 Nov. 1852), noemt de buurtwegen in ééne adem met gemeente-, waterschaps-, bij- of andere wegen, welke niet tot de kunstwegen, noch tot de voetpaden behooren. Gedepnteerde Staten van Gelderland eindelijk, omschrijven buurtwegen als middelen van gemeenschap tusschen onderscheidene gemeenten of hare groote afdeelingen, of die gemeenschap daarstellen met de groote rijks- en provinciale wegen, de spoorwegen, veren en openbare aanlegplaatsen aan de zee of bevaarbare stroomen; terwijl zij de openbare rij- of landwegen, die de onderscheidene deelen eener gemeente onderling verbinden (volgens het Zeeuwsch *Reglement*, buurtwegen der 3de klasse), niet als zoodanig aanmerken (1).

Men treft eene dergelijke onderscheiding aan in eene missive van den Minister van Binnenlandsche Zaken, dd.

(1) *Weekbl. voor de Burg. Adm.* n. 173.

12 Maart 1850 (1), waarbij de wenschelijkheid eener verdeeling der wegen in de volgende hoofsoorten wordt aangegeven; 1°. de buurtwegen, die als middel van gemeenschap tusschen onderscheidene gemeenten dienen en niet behooren tot de groote wegen der 1ste en 2de klasse, noch tot de zoogenaamde provinciale wegen, waarover het toezigt aan bijzondere ambtenaren is opgedragen; 2°. de openbare rij- of landwegen en voetpaden, welke de onderscheidene deelen eener gemeente onderling verbinden; eene onderscheiding, die ook in het door denzelfden Minister vastgesteld model van het gemeente-verslag voorkomt, 't welk sub n°. 4 van het Vde hoofdstuk, ten opschrift hebbende: *gemeente-, polder- of buurtwegen en voetpaden*, twee rubrieken aangeeft, als *a.* buurtwegen, *b.* de openbare rij- of landwegen,

Neemt men nu in aanmerking, dat, volgens deze onderscheiding de openbare rij- of landwegen, welke de onderscheidene deelen eener gemeente onderling verbinden, niet als buurtwegen worden aangemerkt, terwijl zij zulks volgens het Zeeuwsch Reglement wel zijn, dan mag men zich niet verwonderen, dat vele gemeente-besturen het onderscheid tusschen buurtwegen en openbare rij- of landwegen niet schijnen te vatten, daar sommigen in hun jaarverslag onder de rubriek *a.* openbare rij- of landwegen, die de onderscheiden deelen der gemeente onderling verbinden, behandelen, terwijl zij onder *b.* van buurtwegen spreken; want volgens bedoeld Reglement passen de buurtwegen zoowel in de eene als in de andere rubriek.

In de zoo evenbedoelde missive des Ministers van Binnenlandsche Zaken wordt gezegd, dat het geen betoog zal behoeven, dat nopens het enderwerp der gemeentepolders of buurtwegen en openbare voetpaden hier te

(1) Te vinden bij LUTTENBERG, *Waterstaat*, 2^e uitg., n°. 331.

lande, even als in de naburige Rijken, door de wet algemeene regels worden gesteld, waarvan de uitvoering aan de provinciale en plaatselijke besturen kan worden overgelaten, te meer omdat in de reglementen, welke in de meeste provinciën zijn vastgesteld, deze zaak verschillend geregeld is. Dit gevoelen beaamende, vermeen ik echter dat, zal zoodanige wet goed en doeltreffend zijn, het noodig schijnt dat men het vooraf algemeen eens zij over het karakter der verschillende soorten van wegen, vooral over het kenmerk van de belangrijkste onder deze, namelijk van de buurtwegen. Intusschen zal men, geloof ik, niet ligt tot die gewenschte overeenstemming geraken, zoolang men de bepaling van den aard eens wegs afhankelijk maakt nu eens van de beantwoording der vraag: aan wien het toezigt of beheer daarover is opgedragen? dan weder van de omstandigheid, of hij door kunst verbeterd is of wel in den oorspronkelijken toestand verkeert, zoo als onder anderen in het *Groningsch* en in het *Zuidhollandsch* Reglement geschied is.

En wanneer buurtwegen worden onderscheiden van of gesteld tegenover gemeente-, kunst- of provinciale wegen, dan mag men vragen, of zoodanige onderscheiding juist is? Immers vele gemeentewegen zijn gedeelten van buurtwegen? houden zij daarom op gemeentewegen te zijn? of zoo niet, vervalt dan hun karakter van buurtwegen? Zoo worden in het Zuidhollandsch reglement de buurtwegen onderscheiden van kunstwegen, d. i. die door bestrating, bescheping, begrinding of soortgelijke bewerking door corporatiën of particulieren in een verbeterden staat zijn gebracht. Houdt een buurtweg op buurtweg te zijn, wanneer hij van zand- of aardenweg in eenen klinker- of grindweg veranderd wordt? En wat zijn provinciale wegen? Volgens het *Utrechtsch* reglement, die waarvan het onderhoud komt ten laste der provincie. Maar

wanneer de Staten eener provincie goedvinden eenen buurtweg te begrinden of te bestraten, en het onderhoud daarvan, 't welk te voren door anderen bekostigd werd, op zich te nemen, wordt dan daardoor, door dit feit van verbetering, het karakter van buurtweg aan den verbeterden weg ontnomen? Kan een provinciale weg, een gemeenteweg, gesteld men wil dien naam toekennen aan de wegen, die door de provincie of door de gemeente worden onderhouden, — niet tevens een buurtweg zijn of een gedeelte daarvan? Mij dunkt dat de feiten in iedere provincie deze vraag toestemmend beantwoorden, en dat men het kenmerk van een buurtweg niet te zoeken hebbe in den persoon of het lichaam die den weg beheert, onderhoudt of verbeterd heeft, noch ook in het feit of de oppervlakte des wegs uit aarde, zand, steen, grind of schelpen bestaat; maar alleen en uitsluitend in de strekking van den weg en in de beantwoording der vraag: welke gemeenschap wordt er door beoogd en bevorderd?

Men zal uit het bovenstaande gereedelijk ontwaren, welk een verschil van zienswijze, welke uiteenloopende begrippen, ja welke verwarring van denkbeelden er ten aanzien van den aard der buurtwegen bestaan. Het kon uit dien hoofde, dacht mij, zijn nut hebben uit vroegere en latere wetgevingen na te gaan welk begrip men aan het woord *buurtweg* te hechten hebbe, en alzoo te trachten iets bij te dragen tot de bevordering van eenheid van begrip die aan eene goede, het zij rijks-, het zij provinciale of gemeentelijke wetgeving op dit onderwerp ten grondslag behoort te liggen. De volgende bladzijden zullen de uitkomsten van dat onderzoek bevatten. Mogten deze niet allen bevredigen, men bedenke dat het veld niet of weinig bearbeid is, en dat in onze te dien aanzien niet zeer rijke staatsregtelijke litteratuur veel duisterheid en verwarring heerschen, die

het onderzoek niet zeer gemakkelijk maken. Mogten anderen er door opgewekt worden om mijn arbeid te vervolgen en te verbeteren, veel van hetgeen nu duister schijnt zal welligt worden opgehelderd en der wetenschap zal eene niet onbelangrijke dienst worden bewezen.

§ 1.

In het Romeinsche, gelijk ook in het Oud-Hollandsch regt onderscheidde men de wegen in drie soorten: in openbare of heerenwegen (*viae publicae*), in bijzondere wegen (*viae privatae*) en in buurtwegen (*viae vicinales*) (1). Openbare of heerenwegen waren de dusgenaamde groote wegen, onder de verschillende benamingen van *viae regiae, militares, praetoriae, consulares* bekend (2); zij waren de zoodanige welke strekking van lengte en breedte door het openbaar gezag (3) was aangewezen; zij waren op Staatskosten aangelegd en werden door den Staat onderhouden; de grond er van was openbaar eigendom; ZIJ LEIDDEN NAAR DE ZEE OF NAAR DE STEDEN, OF NAAR EENEN ANDEREN GROOTEN WEG (4).

Bijzondere wegen waren of dezulken die uit erfdiensbaarheid ontstaan waren, of zoogenaamde landwegen (*viae agrariae*). De eersten, in ons oud-Hollandsch regt nood- of lijwegen (5), in ons tegenwoordig regt uitwegen (6) genaamd, waren van tweederlei aard; zij moesten of ter bede worden toegestaan, in welk geval zij, zoo als

(1) Lex. 2. § 22 ff. *ne quid in loco publ. vel itin. fiat*, en VOET, ad h. t.

(2) Zie de gissingen der geleerden aangaande het onderscheid tusschen deze verschillende soorten van groote wegen bij OTTO *de tutela viarum*, p. 328 sqq.

(3) *Ab eo qui jus publicandi habuit*, l. 2. § 21 ff. t. l.

(4) l. 3. § 1 ff. *de loc. et itin. publ.*

(5) V. LEEUWEN, *Cens. for.* 2. 14. 34.

(6) Art. 715, Burg. Weth.

DE GROOT (1) zegt, alleen tot den oogst, tot een lijk of andere noodzakelijkheid te gebruiken waren, en door den eigenaar van het dienstbaar erf konden worden afgesloten en opgegraven, mits hij «ter nood verzocht «zijnde opening deed;» of zij werden onder bezwaren den titel, d. i. tegen schadevergoeding, verleend, in welk geval de volle erfdienstbaarheid van weg gold, zoodat de eigenaar van het dienstbaar erf niet bevoegd was den weg af te sluiten, althans niet anders dan zóó dat de toegang en het gebruik ten allen tijde voor den eigenaar van het heerschend erf vrij stond (2). Dat wij in ons tegenwoordig Burgerlijk Wetboek alleen de laatste soort van noodwegen behouden hebben is bekend.

De andere soort van private wegen waren de zoogenaamde land- of veldwegen, die VAN DEN OPENBAREN WEG NAAR DE LANDERIJEN EN LANDHOEVEN VOERDEN, *e quibus ex viâ publica divertitur in villas aut colonias* (3).

ULPIANUS zegt dat ook deze onder de openbare wegen kunnen gerekend worden, omdat iedereen er over gaan mag; en misschien staat hiermede in verband 't geen hij van de bijzondere wegen, in tegenstelling van de openbare, *ejus etiam solum publicum est*, zegt: dat de grond van den bijzonderen weg bijzonder eigendom, maar het gebruik er van, *jus eundi et agendi*, gemeen is (4). Moet dit naar het Romeinsch regt voor waar worden gehouden, dan zie ik inderdaad niet in waartoe de door ULPIANUS zelve, ter gelegenheid van het interdict *nequid in loco publico* etc. zoo zorgvuldig gemaakte onderscheiding tusschen publieke en private wegen dient; want dan is

(1) Inl. tot de H. R. d. 2. b. 35. § 7.

(2) Verg. VOET, ad tit. ff. *de servit. praed. rust.* n^o. 4.

(3) Gothofredus in notis ad l. 2. § 22 ff. *ne quid* etc. Volgens OTTO de *Aedil. colon. et munic.* beteekent colonia: *praedium rusticum aut villam, in quâ quis colendi causa diversatur.* Verg. l. 2. § 23 t. l.

(4) L. 2. § 21 ff. t. l.

dat interdict ook op private wegen (uitgezonderd de noodwegen) toepasselijk, ofschoon ik zulks zou meenen te mogen betwijfelen, op grond zoowel van de woorden: *ne quid in loco PUBLICO*, als van de definitie van *locus publicus* door LABEO in § 3, van de aangehaalde lex 2 gegeven (1).

Wat hier ook van zijn moge, zeker acht ik het dat de bedoelde uitwegen, in Zeeland van oudsher *wegelingen* genaamd, naar oud-Holl. regt geene openbare of heerenwegen waren, maar eene van deze onderscheiden soort, waarvan de eigendom den geburen toekwam, die ze in hun bijzonder belang hadden aangelegd. Deze wegen worden door DE GROOT te regt buurwegen genaamd, d. i. die verscheiden bureu 't zamen toekomen; ten onregte evenwel schijnt zoowel DE GROOT als VOET deze wegen met buurtwegen (*viae vicinales*) vereenzelvigd te hebben. Immers wanneer de eerste (2) en op diens gezag ook de laatstgenoemde schrijver (3) te kennen geven, dat de buurtwegen met gemeene bewilliging der bureu kunnen worden afgesloten, 't geen naar Romeinsch regt in die algemeenheid zeker niet het geval was, terwijl VAN LEEUWEN (4) leert, dat de buurtwegen ten dienste van 't gemeen ongesloten moeten blijven, dan meen ik te mogen gelooven, dat hier misverstand of vermenging van tweeërlei soort van wegen plaats heeft. De buurwegen waarvan DE GROOT spreekt, zijn geene *viae vicinales*, zoo als wij aanstonds zullen zien, maar die welke in art. 1248 van het ontwerp van KEMPER gezegd worden aan verscheiden bureu te zamen toe te behooren, en waardoor deze van hunne landen komen op den heerenweg; dezelfde alzoo die bij de Romeinen

(1) Zie echter l. 31 ff. *ad legem Aquilianam*.

(2) T. a. p. § 10.

(3) Ad. tit. ff. *de serv. praed. rust. n. 5.*

(4) Roomsche Holl. regt. b. 2. d. 21. n. 9.

agrariae, in Zeeland van oudsher wegelingen (1) genaamd worden, en die in art. 719 van ons Burg. Wetb. worden aangeduid als wegen aan verscheiden burengemeen, en die hun tot eenen uitweg dienen. Men heeft voor eenigen tijd getwist over den aard dezer bij art. 719 B. W. bedoelde wegen, en van de gemeenschap der geburen ten deze. Is het gemeenschap van eigendom op den grond waarover een zoodanige uitweg loopt? Heeft men aan erfdiensbaarheid te denken, waardoor ieder gedeelte van den grond ten behoeve van alle andere geburen bezwaard is? of moet men alleen denken aan bijzonderen eigendom der geburen ieder voor het deel 't welk aan zijn erf grenst, met gemeenschappelijk gebruik van alle de geburen? Het laatste gevoelen, 't welk mij niet onaannemelijk toeschijnt, wordt voorgestaan door Mr. DIEPHUIS (2), die gemeld artikel aldus meent te moeten opvatten: dat de afzonderlijke eigenaren hun bijzonder aandeel in den tot gemeen gebruik dienenden weg niet tot een ander einde gebruiken mogen; dat zij niet, door dit ten aanzien van hun aandeel te doen, den weg als zoodanig vernietigen mogen, en dat zij ook op het door hen in bijzonderen eigendom bezeten gedeelte den overrid, datgene wat eigenlijk den weg daarstelt, niet mogen leiden langs eene andere plaats dan de gewone, en dus den weg niet mogen verleggen (3).

Hoe dit ook zij, de hier bedoelde wegen zijn en waren

(1) Van de heerenwegen onderscheiden. Zie o. a. een Placaat van de Staten van Zeeland, dd. 3 Junij 1679 (Gr. plac. boek IV, 1055) bevelende: « dat men de spijsse die men uit de slooten delft op de heerenwegen, wegelingen en bermen der dijken moet laten liggen.»

(2) Het Ned. Burg. Regt, d. 3. § 667.

(3) Zie echter de arresten van het Hof van Zuidholland en van den Hoogen Raad, medegedeeld in *Regtsg. Bijbl.* d. 7, bl. 248—253, met het daarop door de Redactie aangegeekende.

altijd bijzondere wegen, waaruit het regt der geburen tot sluiting met gemeene bewilliging natuurlijk voortvloeit (1).

Maar de buurtwegen, *viae vicinales*, waren noch in het algemeen openbare- noch alle bijzondere wegen; van daar dat zij eene eigene of derde soort van wegen uitmaakten. Hunne eigenaardigheid bestond hierin, dat zij van de groote wegen naar de dorpen en vlekken leidden of daarin gelegen waren; *vicinales sunt viae quae in vicis sunt vel quae in vicos ducunt* (2). Zij werden *vicinales* genoemd, niet omdat zij, zoo als de Groot zich uitdrukt, verscheiden bureu 't samen toekomen, en alzoo van *vicinus*; maar van *vicus*, omdat zij naar een dorp of vlek leidden (3). Zij waren hierin van de openbare of heerenwegen onderscheiden, dat, terwijl deze altijd van eene stad naar de zee of op eenen anderen grooten weg uitliepen, gene van de heerenwegen in de dorpen of vlekken doodliepen, *sine ullo exitu inter moriuntur* (4); van de buurwegen, door de Groot bedoeld, onderscheidten zij zich hierdoor: dat deze alleen dienden tot uitweg van landerijen en landhoeven naar den heerenweg, gene van den heerenweg naar een dorp of vlek, of van het eene dorp of vlek naar het ander liepen.

Voor zoover de buurtwegen door particulieren uit hunnen grond waren aangelegd en daarvan de heugenis bestond, waren zij bijzondere wegen; maar de overigen,

(1) Dat zij ofschoon open en voor ieder toegankelijk echter daarom niet als openbare wegen kunnen worden aangemerkt, heb ik als Kantonregter geoordeeld bij een vonnis van 5 Dec. 1851, medegedeeld in *Weekbl. v. h. Regt* no. 1319.

(2) L. 2. § 22 ff. ne quid etc.

(3) *Per hanc enim transit omnis qui in vicum abit*. Theoph. ad § 5 Inst. de lege Aquilia.

(4) L. 3. § 1 ff. de loc. et itin. publ. Verg. VoET ad h. t.

dat is die uit openbare gronden waren aangelegd, of van welker daarstelling uit de gronden van particulieren de herinnering verloren was gegaan, waren openbare wegen, onverschillig of zij door de aangelanden of geburen, dan wel op kosten van het algemeen werden onderhouden (1). Men had derhalve openbare en bijzondere buurtwegen. Op de laatsten alleen kan het gezegde van VOET: dat de vruchten der buurtwegen aan de gelanden (*qui contulerunt*) toebehoorden en dat zij zich daardoor van de openbare wegen onderscheiden, welker vruchten der Grafelijkheid toekwamen, toepasselijk zijn; ook bestond te hunnen aanzien nog dit onderscheid tusschen het Romeinsch en oud-Hollandsch regt, dat, terwijl volgens het eerste het gebruik van alle buurtwegen voor een ieder openstond en, voor zooveel ik heb kunnen nagaan, aan niemand kon worden ontzegd, de bijzondere buurtwegen bij ons met gemeene bewilliging der bureu konden worden afgesloten. Dit kan, behalve uit de reeds aangehaalde plaatsen bij DE GROOT en VOET, o. a. ook blijken uit het placaat van de Staten-Generaal van 20 Maart 1653 (2), waarin men van eenen «*ley-wech van den eenen dorpe in d'ander daar heckens hangen*» gesproken vindt; aldus toch werden oudtijds bij ons de buurtwegen genoemd, niet, zoo als VAN LEEUWEN zegt (3), omdat zij, «*ofschoon eenige gemeenschap toebehoorende, ten dienste van 't gemeen ongesloten «blijven en daardoor den af- en toegang van anderen «komen te lijden,»*» waarom hij de kunstwegen lij- of lijdwegen noemt, maar omdat zij naar de dorpen *leiden, in vicus ducunt*. Dit ongesloten blijven der buurtwegen ten dienste van het gemeen, volgens VAN LEEUWEN,

(1) 2. § 22 ff. *ne quid*, etc. Verg. POTHIER, *Pand. Just.* ad h. t. n^o. 15 en l. 3 pr. *si de loc. et itin. publ.*

(2) Groot Plac. boek I. 1263.

(3) Roomsche holl. regt. 2. 21. 9.

zondigt; mijns inziens, evenzeer door zijne algemeenheid, als het regt van sluiting met gemeene bewilliging, 't welk DE GROOT en VOET, ten aanzien van alle buurtwegen, zonder onderscheid aan de geburen toekennen; de tegenstrijdigheid dezer tegenovergestelde beweringen moet, geloof ik, hieruit verklaard worden, dat gemelde schrijvers niet hebben onderscheiden tusschen de buurtwegen, die bijzondere wegen waren, omdat de herinnering aan hunnen aanleg uit de gronden van particulieren nog bewaard was gebleven, en tusschen die welke openbare of heerenwegen waren, het zij omdat die herinnering verloren was gegaan, het zij omdat zij uit openbare gronden waren aangelegd geworden.

Houdt men dit onderscheid in het oog, zoo als wij hierboven gedaan hebben, dan is er geen strijd; maar dan heeft VAN LEEUWEN gelijk voor zooveel de openbare buurtwegen aangaat, DE GROOT en VOET voor zooveel de bijzondere buurtwegen betreft, die dan in dit opzigt met de door DE GROOT bedoelde buurtwegen volkomen gelijk stonden.

Dit meer en meer verloren gaan van de herinnering aan hun ontstaan uit de gronden van bijzondere personen, heeft waarschijnlijk van lieverlede meest alle buurtwegen onder de openbare of heerenwegen doen rangschikken, zoo zelfs, dat reeds vóór twee eeuwen VAN LEEUWEN zeggen kon: dat door verloop van tijd derzelver eerste beginselen en instellingen verloren waren gegaan en 't gebruik van dien voor het meerendeel zoo gemeen geworden was, dat bijna alle wegen werden verhoefslaagt en geen of weinig landen van het onderhoud derzelve vrij zijn, zoo als de landen waren «die tot haar bijzondere dienst de naastbijgelegen lijdwegen 't haren koste «eerst gemaakt en geschikt hebben en daarom op geene «wegen eenig banwerk maken.» Bovendien zijn van tijd tot tijd sommige dezer wegen (volgens VAN LEEUWEN

t. a. pl.), uit hoofde van hun meer algemeen belang, door de ambachten in onderhoud ten algemeenen koste aangenomen, waardoor zij van lieverlede in de categorie van heerenwegen geraakt zijn. Ik betwijfel dan ook, of er tegenwoordig wel vele eigenlijk gezegde buurtwegen zullen gevonden worden, die gezegd kunnen worden privaat eigendom te zijn. Genoeg acht ik het voor ons doel te hebben aangetoond, dat volgens ons oud regt de buurtwegen zoodanige waren, die van den openbaren weg naar een dorp of vlek, of van het eene dorp naar het andere of naar een gehucht liepen, en dat zij gedeeltelijk tot de openbare, gedeeltelijk tot de bijzondere wegen behoorden, naarmate hun aanleg uit de gronden van particulieren al dan niet kan worden nagegaan en bewezen.

§ 2.

In Frankrijk waren de wegen tot op KAREL DE GROOTE in eenen zeer verwaarloosden toestand. Daar deze evenwel het belang der groote wegen tot behoud zijner veroveringen inzag, deed hij in de eerste plaats de heerbanen of militaire wegen der Romeinen, herstellen en vervolgens nieuwe openen. LODEWIJK DE GOEDE en sommige zijner opvolgers regelden de politie over de wegen, doch de onlusten der 10de en 11de eeuwen deden deze zaak geheel verwaarloozen. Eerst onder PHILIPPE AUGUSTE werd zij met zorg ter hand genomen en men kan bij MERLIN (1) zien wat in dit opzigt door de opvolgende regeringen verrigt is geworden.

Eene classificatie der wegen trof ik voor het eerst aan in een door MERLIN medegedeeld *Arrêt du conseil pour les provinces de Normandie, pays du Perche et de Chateaufneuf en Thimaraïs*, van den 28 April 1671,

(1) In zijn *Répertoire*, op het woord: *chemin*.

waarin gezegd wordt, dat alle wegen, die leiden van de hoofdstad van iedere provincie naar de *lieux d'anciens bailliages et où il y a poste et messagerie royale*, als koninklijke wegen zullen beschouwd worden; dat dezulken die van de eene stad naar de andere voeren, of van *un bourg à l'autre, seront dits chemins publics et vicinaux*; en dat zij, die van een dorp of gehucht naar een ander leiden, of die korter zijn om van de eene stad naar de andere te gaan, zullen zijn en doorgaan voor *chemins de traverse*. Zonderling is het dat het woord: *chemins vicinaux*, ofschoon in dit stuk voorkomende, van zoo weinig algemeen gebruik schijnt geweest te zijn, dat men het noch in den dictionnaire van FURETIÈRE (1690), noch in dien van TRÉVOUX (1704), noch in de 5de uitgave van den *Dictionnaire de l'Académie* (1796) vermeld of verklaard vindt. Ook schijnt men zich niet lang of niet algemeen aan de in dat *Arrêt du conseil* gemaakte onderscheiding, tusschen *chemins vicinaux* en *chemins de traverse*, gehouden te hebben; want de *coutumes de Tours* en die van *Loudun* gewagen van *chemins vicinaux*, waarmede, volgens LE PROUST, den commentator van laatstbedoelde *coutumes*, worden bedoeld: *les traverses pour aller aux lieux voisins pour la commodité des habitants des bourgs et villages*; en de *Code des hauts-justiciers* (1) spreekt van *traverses qui vont de villes à autres, de bourgs, paroisses et villages en d'autres lieux*, terwijl POTHIER (2) leert, dat de *chemins de traverse qu'on appelle VIAE VICINALES*, als openbare wegen buiten den handel en derhalve niet voor verjaring vatbaar zijn, en in den *Dictionn. de droit et de pratique* van DE FERRIÈRE (3) mede gesproken wordt van *chemins de traverse appellés viae vicinales*.

(1) Aangehaald bij MERLIN op het woord: *chemin public*.

(2) In zijn *Traité de la prescription* n°. 7.

(3) Op het woord: *chemin*.

De bovenvermelde classificatie is bij Arrêt van 6 Febr. 1776 vervangen, waarin men echter het woord *chemins vicinaux* niet aantreft, maar waarin de wegen in vier klassen verdeeld werden, welker laatste de *chemins particuliers destinés à la communication des petites villes ou bourgs* omvatten. Op diezelfde wijze werden de buurtwegen in de Wet van 6 Oct. 1791, *concernant les biens et usages ruraux, et de la police rurale, als nécessaires à la communication des paroisses* aangeduid en ten laste der gemeenten gebracht. Het woord *chemin vicinal* schijnt intusschen sedert het laatst der vorige eeuw (1), voor goed het burgerregt in de Fransche wetgeving verkregen te hebben, en men kent dan ook tegenwoordig, bepaaldelijk sedert de Wet van 9 Ventôse an XIII, *relative aux plantations des grandes routes et des chemins vicinaux*, slechts twee soorten van openbare wegen in Frankrijk, namelijk groote wegen en buurtwegen. Art. 6 dezer wet bepaalt, dat de administratie de oude grenzen der buurtwegen zal doen opzoeken en erkennen, en de breedte er van zal bepalen naar plaatselijke omstandigheden, zonder evenwel, wanneer het noodig mogt zijn de breedte te vermeerderen, die boven 6 el te mogen brengen, of eenige verandering te maken aan de buurtwegen die op dat tijdstip eene meerdere breedte hadden. Het uitvoerig Decreet van 16 Dec. 1811 *contenant Règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes*, bepaalt bij art. 13, dat de algemeene raden in hunne zitting van 1812 zouden aanwijzen: de departementale wegen in art. 3 bedoeld, die zij zouden oordeelen opgeheven of in de klasse der

(1) Zie de Wet van 10 Junij 1793, *qui détermine le mode de partage des biens communaux* sect. 3 art. 36; de wet van 16 Frim. an II, *qui ordonne la réparation des routes et des ponts*, art. 1, en die van 11 Frim. an VII, *qui détermine le mode administratif des recettes et dépenses départementales, municipales et communales*, art. 4, 2°.

Themis, D. II, 4de St. [1855].

buurtwegen gerangschikt te moeten worden; of de buurtwegen die zij zouden meenen dat tot den rang van departementale wegen behoorden verheven te worden (1).

Dat de buurtwegen in Frankrijk openbare wegen en het eigendom der gemeenten zijn die ze doorloopen, blijkt zoowel uit de hiervoren aangehaalde plaats van POTHIER, als uit de geschiedenis van art. 538 van den *Code Napoléon*. In het ontwerp van dat wetsartikel werd gelezen: *les chemins publics, rues et places publiques etc. sont considérés comme dépendances du domaine public*; maar op de aanmerking van REGNAUD DE ST. JEAN D'ANGELY, dat de wetten de groote wegen en de buurtwegen onderscheiden, en dat deze laatste het eigendom zijn der gemeenten die ze ook onderhouden (2), werd het artikel veranderd gelijk het nu luidt.

Nadat men gedurende vele jaren de behoefte aan eene betere wettelijke regeling dezer zaak, in het belang van het binnenlandsch verkeer, gevoeld had, werd op den 28 Julij 1824 eene wet *sur les chemins communaux* vastgesteld, die evenwel ten onregte de buurtwegen met gemeentewegen vereenzelvigde, en bovendien al spoedig bleek niet aan alle behoeften te voldoen. Zij werd daarom door die van 21 Mei 1836 *sur les chemins vicinaux* vervangen, eene wet die als eene weldaad voor Frankrijk wordt aangemerkt. Men zal daarin te vergeefs naar eene omschrijving zoeken van hetgeen zij door *chemins vicinaux* verstaan wil hebben; maar wanneer men in aanmerking neemt dat deze wet strekte om die van 1824 te verbeteren en te vervangen, dat bij deze laatste van de gemeentewegen, die zij met buurtwegen verwarde, gezegd werd *qui sont nécessaires à la communication*

(1) De departementale wegen maken een onderdeel uit van de groote- of rijks-wegen.

(2) Verg. DALLOZ, *Jurispr. du XIX^e siècle*, in V^e roierie sect. 1. art. 2. § 6, en MERLIN, *Rép. V^e chemin*.

des communes, — dat DALLOZ de buurtwegen definieert als: *ceux que l'autorité administrative a déclarés nécessaires à la généralité des habitants d'une ou plusieurs communes*, — en dat ROGRON (ad art. 538 C. Civ.) buurtwegen noemt *qui conduisent d'une commune à une autre*, dan zal men hieruit, in verband met het hiervoren uit oudere bronnen medegedeelde, gerustelijk mogen aannemen dat men in Frankrijk onder het woord *buurtwegen* verstaat die welke, met uitzondering van de groote rijks- of departementale wegen, als middel van gemeenschap dienen tussehen de verschillende landgemeenten; of die van de groote wegen naar de kleine steden of naar de landgemeenten leiden (de eigenlijke *chemins de traverse*.) Volgens DALLOZ kan zelfs een voetpad of een overpad buurtweg zijn, wanneer het door de administratieve magt als noodzakelijk voor de gemeenschap der gemeenten erkend, en op de tableaux der buurtwegen gebragt is. De wet onderscheidt de buurtwegen in gewone- en in groote buurtwegen; de laatsten zijn de zoodanige die, wegens hunne belangrijkheid voor het verkeer, door den *conseil général* op voorstel van den Prefect en na de municipale en arrondissements-raden gehoord te hebben als: *chemins vicinaux de grande communication* worden aangewezen (art. 7). In dat geval wordt door den *conseil général* de rigting van den weg bepaald, en tevens gemeenten aangewezen die voor den aanteg en het onderhoud moeten bijdragen; de prefect stelt de breedte en de grenzen vast, en bepaalt jaarlijks de bijdrage van iedere gemeente in het onderhoud. Deze buurtwegen, als ook in buitengewone gevallen de andere, kunnen uit de departementale kas gesubsidieerd worden, en staan onder het toezigt van den Prefect.

In België heeft men deze wet nagevolgd bij die van 10 April 1841, waarven de voornaamste bepalingen worden

medegedeeld door BIVORT in zijn *Commentaire sur la loi communale*, ad art. 131. Volgens dit artikel behooren de kosten aan het onderhoud der buurtwegen tot de verplichte uitgaven der gemeenten en moeten op hare begrotingen worden gebragt; niettemin kunnen de provinciale raden beslissen, dat de kosten van onderhoud geheel of gedeeltelijk zullen worden gedragen door de aangelanden, dáár waar de gewoonte zulks medebrengt, behoudens de verplichtingen voortvloeiende uit, vóór de invoering der wet, verkregen regten der gemeenten, en behoudens de reglementen der polders en waterschappen (1).

§ 3.

Uit het vorenstaande zal, meen ik, voldoende gebleken zijn, wat men naar ons Roomsch-Hollandsch regt, alsmede in de oud-Fransche wetgeving onder buurtwegen verstond, en dat men in de nieuwere Fransche wetgeving aan dat begrip getrouw is gebleven.

Neemt men in onze wetgeving datzelfde begrip aan, men zal dan niet meer van provinciale- of van gemeentewegen in tegenstelling van buurtwegen spreken; men zal dan, om te weten of een weg al dan niet een buurtweg zij, niet vragen wie den weg aangelegd of verbeterd heeft, wie met het toezigt, beheer of onderhoud er van belast is, noch ook uit welke grondstof de oppervlakte des wegs is zamengesteld; maar men zal erkennen dat zoodaanaamde provinciale wegen, dat gemeentewegen buurtwegen kunnen zijn; en dat een buurtweg alleen kan worden gekend uit zijne strekking en het blijkbaar doel van zijnen aanleg, onverschillig wie den weg heeft aangelegd, onderhoudt of daarop toezigt uitoefent, onverschillig of de weg in zijnen oorspronkelijken toestand verkeert, dan wel door kunst verbeterd is. Men zal dan misschien ook met mij instemmen wanneer ik beweerc dat

(1) Zie art. 13 der Wet van 10 April 1841.

alle gemeentewegen buurtwegen zijn voor zoover zij de *gemeenschap eener gemeente met eene andere of met de groote wegen, met de overzetveren, met de havens en spoorwegen ten doel hebben*; en dat alle andere wegen binnen de gemeente, met uitzondering van de groote wegen, van de waterschaps- en van de bijzondere wegen, als zuivere gemeentewegen moeten worden aangemerkt, waaromtrent alleen de gemeenteraden bevoegd zijn politie-wetgeving in 't belang van het gemeentelijk huishouden uit te oefenen.

Maar wie kunnen ten onzent geacht worden eigenaren der buurtwegen te zijn? Wie is bevoegd daarover politie-wetgeving te oefenen? Wie behoort ze te onderhouden? Over deze belangrijke vragen en over de uit hare beantwoording voortvloeiende staatsregtelijke gevolgen wensch ik ten slotte mijne meening te uiten.

Wij hebben hierboven gezien dat in Frankrijk de buurtwegen zonder onderscheid door de gemeenten worden onderhouden, soms met eene subsidie uit de departementale kas; dat zij als het eigendom der gemeenten worden aangemerkt (1), en dat men zoowel dáár,

(1) De reden die daarvoor door de meeste schrijvers wordt opgegeven, namelijk omdat de buurtwegen door de gemeenten worden onderhouden, komt mij niet aannemelijk voor. Die reden moet mijns inziens veel eer hierin worden gezocht, dat vóór de afschaffing van het leenstelsel de straten pleinen van de dorpen, de woeste gronden en de wegen buiten en palende aan de dorpen aan de *seigneurs-hauts-justiciers* behoorden, die er politie wetgeving over uitoefenden en met de zorg voor het onderhoud belast waren; en dat toen bij het decreet der Nationale vergadering van 26 Julij 1790 (door den Koning bij *Lettres patentes* van 15 Aug. bekrachtigd), *relatif aux droits de propriété et de voirie sur les chemins publics, rues et places de villages, bourgs ou villes, et arbres en dépendant*, bepaald was: *le régime féodal et la justice seigneuriale étant abolis, nul ne pourra dorénavant, à l'un ou à l'autre de ces deux titres, prétendre aucun droit de propriété ni de voirie sur les chemins publics, rues et places de villages, bourgs ou villes*, waardoor het eigendomsrecht der leenheeren ook op de buurtwegen vervallen was,

als in België, gemeend heeft de zorg voor den goeden staat der buurtwegen als eene rijks-aangelegenheid te moeten beschouwen, blijkens de algemeene wetten op dit onderwerp in beide Rijken.

Wanneer het waar ware, dat bij ons alleen die wegen gemeentewegen zijn, die door de gemeenten aangelegd zijn, onderhouden en beheerd worden, er zouden, althans in Zeeland, niet vele buurtwegen aan de gemeenten behooren. Want moest men, bij de onmogelijkheid om nategaan wie ze oorspronkelijk hebben aangelegd, alleen zien op het ligchaam of op den persoon die met het beheer of onderhoud er van belast is, de buurtwegen zouden deels aan de gemeenten, deels aan de waterschappen, deels aan de provincie, deels aan de aangelanden, deels aan de bijzondere personen of vereenigingen (geoctroyeerd) behooren, daar ieder dezer lichamen of personen respectievelijk met het onderhoud of beheer van buurtwegen belast is.

Ik zou meenen dat men den eigendom der buurtwegen, overeenkomstig art. 230 der Gemeentewet, aan de gemeenten behoorde toe te kennen, voor zoover hun aanleg uit gronden van particulieren niet kan worden bewezen, onverschillig wie op dit oogenblik met hun beheer of die eigendom noodwendig aan anderen moest- en aan niemand anders kon toegekend worden dan aan de gemeenten over welker grondgebied zij liepen, die dan ook als de naaste belanghebbenden met het onderhoud er van werden belast. Deze verpligting is alzoo niet de oorzaak van het eigendomsregt der gemeenten op de buurtwegen, maar slechts een der gevolgen daarvan. De toekenning van den eigendom der buurtwegen aan de gemeenten wordt wel bij geene wet uitdrukkelijk gedaan; maar zij wordt door alle Fransche schrijvers als een feit aangenomen; misschien kan men er gelijken grond voor aanvoeren, als waarop *LOCRÉ* (*Espr.* tom. 7. 96), de eigendom van den Staat op de openbare wegen doet rusten, namelijk de veronderstelling dat deze wegen op Staatsgrond zijn aangelegd; vermits de buurtwegen, tot op hewijs van het tegendeel, moeten geacht worden op gemeentegrond te zijn aangelegd. Dat deze eigendom *publici* niet *privati juris* is, valt in het oog.

onderhoud belast is; zulks op grond dat zij in de gemeente gelegen en tot openbare dienst bestemd zijn, en bij gebreke van tegenbewijs, moeten gerekend worden uit gemeentegrond te zijn aangelegd; hun onderhoud is dan, volgens art. 231 der gemeentewet, behoudens bestaande wettige verpligting, een gemeentelast, want «wat ten «gebruike van allen bestaat, dient op gemeene kosten «onderhouden te worden» (1).

Doet men dit, dan rijst de vraag of de provinciale wetgever bevoegd is omtrent deze wegen provinciale verordeningen vast te stellen, waarbij geboden en verboden wordt, en waarbij op de overtreding van hare bepalingen straffen worden gesteld? Uit de bevoegdheid toch tot toezigt bij art. 192 der Grondwet aan de Staten toegekend, vloeit geene bevoegdheid tot wetgeving voort, die ten aanzien van gemeentewegen, werken en inrigtingen aan de gemeenteraden toekomt. «Ik meen,» zegt Mr. BOISSEVAIN, in zijn *Algemeen Overzicht van de Provinciale Wet*, «dat een Provinciaal Reglement, 't welk «de gemeenteraden beperkte in de vrije regeling van «het gemeente-huishouden, ten eenemale krachteloos «was. Onze Grondwet wijst aan beide magten haren «afzonderlijken werkring aan. Zoodra nu eene dier «magten den kring van de andere binnen dringt, ver- «liest zij haar gezag. Zij is daar onbevoegd, vooreerst «omdat zij een werk verrigt dat haar *niet* was opge- «dragen, en ten andere omdat zij zich mengt in eene «bevoegdheid die uitdrukkelijk aan eene andere magt «was overgelaten» (2). Intusschen zijn de nu laatstelijk

(1) Mem. van toel. op art. 231 der gem. wet. Dat deze wijze van onderhoud der wegen veel billijker is dan het verpligte onderhoud door aangelanden, wordt door Mr. OLIVIER betoogd in zijne *Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politie-regt*, bl. 121 en 122.

(2) Verg. de aantekeningen van denzelfden schrijver ad art. 137 der prov. wet, en Mr. OLIVIER in zijn aang. werk bl. 139 en volgg.

door de Staten van Limburg, Groningen, Zuidholland en Utrecht vastgestelde Reglementen door den Koning bekrachtigd, ofschoon in alle deze politie-maatregelen zijn verordend, met strafbedreiging tegen de overtreding, op alle ten dienste van het algemeen bestemde wegen, hetzij gemeente-, waterschaps-, buurt-, bij- of andere wegen (reglement van Zuidholland), hetzij ze dienen tot verbinding van meerdere gemeenten, of wel zich tot eene enkele gemeente bepalen (reglement van Utrecht); ja zelfs tref men in het Groningsch reglement bepalingen aan omtrent de straten in de bebouwde kommen der gemeenten (1), terwijl diezelfde reglementen, met uitzondering van dat van Utrecht, de zoogenaamde provinciale wegen, tegelijk met de rijkswegen, uitzonderen, en dus daarvoor, ofschoon zeker van uitnemend provinciaal belang, geene regels bevatten. Zoo de Staten dezer provincien bij die verordeningen een provinciaal belang hebben willen regelen, krachtens de hun naar art. 134 der Grondwet toekomende bevoegdheid, hoe komt het dan, dat zij, behalve die van Utrecht, bij die verordeningen de provinciale wegen hebben uitgezonderd en buiten politie-regeling gelaten? Zoo zij een belang 't welk niet als provinciaal maar als gemeentelijk moet worden aangemerkt hebben willen verzorgen, zijn zij dan niet getreden op het gebied van den gemeentewetgever, aan wien die zorg bij de Grondwet is opgedragen? «De grenslijn,» zegt te regt Mr. DE VRIES (2), «tusschen de onderscheidene belangen van het rijk, van de provincien en van de gemeenten, ofschoon hier en daar scherp geteekend, is niet overal even duidelijk; het is niet altijd gemakkelijk te beslissen, waar de gelijkheid aller belangen eene algemeene beschikking vereischt, waar de verschillende eigenaardigheden der bijzondere

(1) Zie de artt. 31 en 39 van dat Reglement.

(2) De wetgev. magt der plaats, best., 2de uitg., kl. 32*.

gemeenten plaatselijke regeling noodig maakt.» Ook Mr. BOISSEVAIN erkent dat het niet wel mogelijk is met volkomene juistheid den kring te beschrijven binnen welchen de provinciale wetgeving zich mag bewegen, zoo dat er geen onderwerp buiten valt, 't welk er binnen hoort, of omgekeerd er binnen wordt gesloten 't welk er buiten moest liggen, en dat men met de elders (1) gegevene definitie: «Provinciaal belang is 't geen alleen de provincie hetzij in haar geheel als gemeente beschouwd, hetzij hare leden als leden dier gemeente betreft,» niet veel gevorderd is, omdat, al wordt daardoor ook het begrip der zaak eenigzins opgehelderd, daardoor geene stellige merken worden aangewezen, die in elk bijzonder geval het provinciaal- van het rijks- of van het plaatselijk gemeentebelang onderscheiden.

Ik geloof evenwel dat de moeilijkheid, met betrekking tot de buurtwegen voor oplossing vatbaar is, en dat de Provinciale Staten bevoegd zijn om de politie en het beheer dezer wegen, ofschoon ze gemeentewegen zijn, in eene provinciale verordening te regelen, op grond dat de buurtwegen, als buiten de grenzen van de gemeenten, waarin zij gelegen zijn, reikende en deel uitmakende van de algemeene gemeenschapsmiddelen binnen de provincie, niet kunnen gezegd worden uitsluitend ééne gemeente in 't bijzonder aan te gaan, vermits de belangen van eene of meer andere gemeenten er bij betrokken zijn; de buurtweg omvat niet uitsluitend de inwendige aangelegenheden eener bepaalde gemeente, maar tevens de uitwendige, dat is, hare betrekking tot andere gemeenten of plaatsen, hetzij binnen, hetzij buiten de provincie. Daardoor, en vermits «de gemeente «slechts hare eigene zelfstandige huishouding heeft voor «zoover zij belangen heeft afgezonderd van de algemeene «of provinciale belangen, d. i. voor zoo ver zij belangen

(1) Door Mr. OLIVIER in zijn a. mg. werk.

« heeft die haar uitsluitend eigen zijn » (1), houdt de regeling dezer aangelegenheid op een zuiver gemeentebelang te betreffen, en valt zij buiten den kring der wetgevende bevoegdheid der gemeenteraden en binnen dien van de Provinciale Staten. Op deze wijze alleen laat zich de bekrachtiging der bovenbedoelde reglementen door den Koning verklaren, ofschoon ik, met de Staten van Utrecht, niet inzie, waarom niet in eene verordening als deze de politie op zoogenaamde provinciale wegen, die door de provincie aangelegd of verbeterd zijn en onderhouden worden, zoude worden geregeld, vermits die regeling mij toeschijnt juist in zoodanige verordening hare plaats te moeten vinden.

Uit deze mijne zienswijze echter volgt niet, dat de Staten bevoegd zouden zijn om, zoo als die van Groningen meenden te zijn, voorschriften te geven aangaande de straten in de bebouwde kom der gemeenten; noch ook dat zij bevoegd zouden zijn om politie-voorschriften te geven omtrent alle in de provincie ter openbare dienst bestemde wegen, onverschillig of deze buurt-, waterschaps-, bij- of andere wegen zijn. Want men zal opgemerkt hebben, dat ik tusschen buurtwegen en *andere* gemeentewegen onderscheide; dat ik onder de eersten alleen die begrijp, welke eene gemeente, het zij met eene andere, het zij met den grooten weg en de algemeene gemeenschapsmiddelen in de provincie verbinden of daarvan deel uitmaken (uitgezonderd altijd de groote wegen); terwijl ik tot de andere soort meen te moeten brengen alle zoodanige wegen binnen de gemeente, die noch groote wegen, noch buurtwegen, noch gedeelten daarvan zijn, maar binnen de gemeente ten algemeenen nutte bestaan, door de gemeente aangelegd zijn of onderhouden en beheerd worden, met uitzondering alzoovan de waterschaps- en bijzondere wegen. Dat deze

(1) Mr. DE VRIES a, w. bl. 31 en volg.

laatste geene gemeentewegen zijn, ofschoon binnen de gemeente gelegen en met eene dienstbaarheid ten behoeve van het publiek belast, springt in het oog, en dat was de reden waarom aan eene, door de Staten van Gelderland in 1852 ontworpen verordening wegens den staat der wegen, na uitvoerige briefwisseling tusschen die Staten en den Minister van Binnenl. Zaken, 's Konings goedkeuring werd onthouden, dewijl daarbij aan de gemeente-besturen de verpligting was opgelegd, om *alle* in de gemeente aanwezige wegen *als gemeentewegen* te beschrijven en op eenen staat te brengen (1).

Wordt de door mij gemaakte onderscheiding aangenomen, men zal de bevoegdheid der gemeenteraden, om de eigenlijk gezegde gemeentewegen, onder toezigt der Staten, te beheeren en de daarvoor noodige politieverordeningen te maken, niet betwisten, maar die aan de Staten ontzeggen, welke laatste daarentegen bevoegd zullen worden geacht omtrent buurtwegen de noodige provinciale verordeningen vast te stellen. Voor de polder- of waterschapswegen zullen de waterschapsbesturen, onder goedkeuring der Staten, keuren of verordeningen van politie kunnen maken en op de overtreding daarvan geldboete en gevangenisstraf, te zamen of afzonderlijk stellen, overeenkomstig de Wet van 12 Julij 1855 (*Stbl.* n^o. 102).

Mogt ook al op deze wijze niet veel eenheid tusschen de van zoo verschillende lichamen afkomstige verordeningen te verwachten zijn, het zal als een gevolg van den bestaanden regtstoestand moeten worden aangemerkt, waarin alleen door eene algemeene wet, misschien door de bij art. 191 der Grondwet bedoelde, zal kunnen worden te gemoet gekomen.

(1) Zie hieromtrent de belangrijke mededeelingen en opmerkingen in *Gemeentebld* n^o. 173, 182 en 266.

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Het gunnen van eenen termijn aan den verweerder, om alsnog aan zijne verplichting te voldoen, art. 1302, lid 4 B. W., staat den Regter bij wederkeerige overeenkomsten, ook dan vrij, wanneer een termijn van betaling is bepaald (obligation à terme); derhalve ook bij gevorderde ontbinding van huur en ontruiming van het gehuurde, wegens wanbetaling der huurpenningen; door Mr. J. DE VRIES Jzn., Kantonregter te Amsterdam.*

«De tout temps la rigueur des conditions résolutoires sous-entendues a été adoucie par la jurisprudence des tribunaux, et les délais que le juge ne refusait jamais au débiteur qui se présentait pour exécuter de bonne foi la convention, étaient plus ou moins longs. L'on a pensé qu'il était préférable de fixer un délai *uniforme*, parce que l'on a été persuadé qu'il valoit mieux être jugé par la disposition de la *loi*, que par la volonté arbitraire de l'homme.»

NICOLAÏ bij VOORDEIN, *Gesch. en Beg. der Ned. Wetb.*, Dl. V, bl. 36.

In het algeméén is, volgens het Nederlandsche regt, aan den regter de bevoegdheid *niet* verleend, om den verweerder, van welken betaling of nakoming van andere verplichtingen gevorderd wordt, een uitstel te verleenen, om alsnog aan zijne verplichtingen te voldoen. Zoo ook kan de regter, wanneer bijv. een huurder door zijnen huurder om betaling der huurpenningen wordt aangesproken, geenen termijn verleenen, om alsnog die verplichting jegens de wederpartij na te komen, indien de eischer zich daartegen verzet. De wetgever heeft het echter in enkele gevallen aan het bescheiden oordeel van den regter overgelaten, om, naar gelang der omstandigheden, het strenge regt door de billijkheid te temperen,

wanneer namelijk de *ontbinding* der wederkeerige verbintenissen wordt gevorderd in regten, ten gevolge van de nalatigheid der wederpartij om aan hare verplichting te voldoen. Men treft daaromtrent eene bepaling aan in art. 1302, lid 4 B. W., hetwelk in onze Nederlandsche wetgeving wel van de Fransche is ontleend, maar toch ten eenenmale gewijzigd is. (1)

Art. 1302 luidt in zijn geheel als volgt:

«De ontbindende voorwaarde wordt altijd voorondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, in geval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet.

«In dat geval, is de overeenkomst niet van rechtswege ontbonden, maar moet de ontbinding in regten gevraagd worden.

«Deze aanvraag moet ook plaats hebben, zelfs indien de ontbindende voorwaarde wegens het niet nakomen der verplichting in de overeenkomst mogt zijn uitgedrukt.

«Indien de ontbindende voorwaarde niet in de overeenkomst is uitgedrukt, staat het den regter vrij om, naar gelang der omstandigheden, aan den verweerder, op deszelfs verzoek, eenen termijn te gunnen om alsnog aan zijne verplichting te voldoen, welke termijn echter den tijd van ééne maand niet mag te boven gaan.»

De stelling nu, die wij aan het hoofd van dit opstel hebben geplaatst en aan het laatste lid van dit art. 1302 meenen te mogen ontleenen, sluit de meening in zich, dat het den Regter ook vrij staat, eenen moratoiren of dilatoiren termijn te gunnen, ingeval er wel een termijn

(1) Cf. PAILLIET bij art. 1184 C. Civ., en VOORDUIN t. a. p. bij art. 1302 B. W.; C. ASSER, *Het Ned. Burg. Wetb., vergeleken met het Wetb. Nap.*, bl. 474.

van betaling in de wederkeerige overeenkomst uitgedrukt en vast bepaald is (zooals dit in de gewone mondelinge of schriftelijke huur-contracten van woningen enz. steeds geschiedt), maar er daarin geene *speciale* voorziening is bij bepaald, als voorwaarde van *ontbinding*, zooals bijv. dat bij wanbetaling der huurpenningen de huur zal gerekend worden ontbonden te zijn, of wanneer er bijv. eene strafbepaling, penale clause, is bedongen.

Wij hebben onze gedachte ten aanzien van deze stelling uitvoeriger uiteengezet in een vonnis, dat wij dáárom hier zullen laten volgen, ten einde door de mededeeling van een herhaald en uitvoerig betoog te dezer plaatse als inleiding, in geene wijdloopigheid te vervallen, waaraan wij ons misschien reeds in het Vonnis hebben schuldig gemaakt, en alzoo op deze wijze, de geheele toedragt der zaak mededeelende, tevens door aanhaling der tot de zaak betrekking hebbende motieven, langs dien weg de gronden op te geven en aan anderen ter beoordeeling aan te bieden, die ons ten deze als de meest-gewigtige voorkwamen.

Bedriegen wij ons niet, dan is deze onze mededeeling, gelijk wij dit steeds naar gering vermogen in andere opstellen getracht hebben te doen, werkelijk van eenig *practisch* gewigt, hetwelk ons te meer aanspoorde, om onze meening openbaar te maken en anderen, die met ons in meening verschillen mogten, tot de mededeeling van de gronden, voor hun gevoelen pleitende, uit te lokken. Wij moeten echter wel nitdrukkelijk daarbijvoegen, dat de regter gewis *uiterst spaarzaam* behoort te zijn in het verleenen van een *délai de grâce* bij huurcontracten, waarin toch zooveel aankomt op de *preciese* betaling der verschenen termijnen. De belangrijke vraag voor 't overige, wat er te denken was van het aanbod *in casu* door den gedaagde *pendente lite* gedaan? of

dit aanbod niet ontijdig was? en of het in een behoorlijken vorm was geschied? is niet door ons overwogen, omdat het aanbod, door geene consignatie gevolgd zijnde, ten deze geen effect kon hebben, en alzoo alleen in morelen zin iets tot de omstandigheden kon afdoen.

Wij herinneren voorts, dat in het *Regtsgel. Bijblad* voor 1854, Dl. IV, bl. 245, een vonnis voorkomt van het Prov. Geregts-hof in Gelderland, waardoor onze stelling bevestigd wordt en dat de quaestie van het aanbod, *pendente lite* gedaan, mede overweegt. Een opstel, geplaatst in de *Opmerk. en Meded.*, verz. door Mr. A. OUDEMAN en Mr. G. DIEPHUIS, X Jaarg., 1854, bl. 185, 198, beperkt de toepassing van art. 1302, lid 4, tot die verbindtenissen, die bestaan in iets te *geven* of te *doen*, en waaraan *nog* door te geven of te doen kan voldaan worden; waarmede wij instemmen.

Nu wij dit schrijven, is het ons voorgekomen, dat er ook nog uit de bewoordingen van het 3 lid van art. 1302 B. W. zelve een argument of toelichting voor onze stelling te putten is. Immers wordt daar gesproken van *eene ontbindende voorwaarde* WEGENS HET NIET NAKOMEN DER VERPLIGTING *in de overeenkomst uitgedrukt*. Deze woorden, welke aan lid 4 voorafgaan, geven, naar onze bescheidene meening, juist datgene te verstaan, waarop wij bij onze medegedeelde uitspraak doelen, dat het niet genoeg is, den termijn van betaling, in de wederkeerige huur-overeenkomst uitgedrukt, als ontbindende voorwaarde bij wanbetaling aan te nemen; maar dat er, om den regter te beletten eenen moratoiren termijn te gunnen, eene ontbindende voorwaarde in de overeenkomst moet zijn ingelascht of uitgedrukt, *speciaal* WEGENS HET NIET NAKOMEN DER VERPLIGTING, en waarin de ontbinding in dat geval wordt *gestipuleerd*: met andere woorden, dat het *gevolg*, hetwelk de verhuurder uit de overeenkomst

en de vooronderstelde stilzwijgende ontbindende voorwaarde *kan en mag afleiden*, om tot ontbinding te geraken en te ageren, in die overeenkomst *speciaal* staat uitgedrukt. De heer ASSER heeft t. a. p. de zaak duidelijk onderscheiden. De officiële vertaling van het *Wetb.* van 1830, noemt het in art. 1328: *lorsque la condition résolutoire POUR INEXÉCUTION DES ENGAGEMENTS sera exprimée dans le contrat.*

Wij moeten er hier ook nog dit bijvoegen. Wanneer er eene *schuldvordering* bestaat zonder termijn van betaling, dan is die dadelijk opvorderbaar en de regter kan zelfs dan geen uitstel verleenen. Dit kon hij *wel* doen, volgens den Cod. Civ., zie art. 1244, al. 2 C. Civ. Men heeft *dit* echter, volgens VOORDUIN t. a. p., bij art. 1426 B. W. weggelaten; zooals bekend, tot groot leedwezen van den afgevaardigde Mr. L. C. LUSAC, terwijl de toegezegde bepaling daaromtrent in het latere *Wetb.* van Burg. Regtsv., vergeten of althans nooit gevolgd is. Nu is het daaruit blijkbaar, dat de regter voor eene opvorderbare schuld nimmer uitstel verleenen kan. Alléén bepaalt art. 1797 B. W., dat de regter dit doen kan, als het eene schuldvordering betreft wegens *verbruik-leening*. Bovendien komt *die* geheele zaak *hier* niet te pas, waar geene sprake is van gewoon uitstel van *betalen*, maar van uitstel, om *ontbinding* eener verbindtenis te ontgaan. Deze onderscheiding, gelijk wij daarop in den aanhef van dit opstel gewezen hebben, vonden wij ons verplicht ten slotte nog eens te herhalen.

Voorts willen wij nog opmerken, dat er eenig verschil van meening zou kunnen bestaan bij de toepassing der woorden in lid 4, art. 1302 B. W., *welke termijn echter den tijd van ééne maand niet mag te boven gaan*; naar ons gevoelen beteekent dit: ééne maand na den dag van het uitspreken van het vonnis. In het *Wetb.* van 1830 was aan de gebrekkige partij een uitstel van

twintig dagen gegund, te rekenen van de regtsvordering af tot de voldoening aan hare verbindtenis, en luidde aldaar die wetsbepaling aldus: «Indien de ontbindende voorwaarde niet in de overeenkomst is uitgedrukt, kan de verweerder de ontbinding der verbindtenis te keer gaan door aan zijne verplichting te voldoen, binnen twintig dagen, te rekenen van dien der regtsvordering.»

Wij laten hier thans het Vonnis door ons gewezen volgen, omdat daaruit ook de geheele toedragt der zaak, *de omstandigheden*, waarvan art. 1302, lid 4 gewaagt, des te beter zullen gekend worden.

Wij hopen door die mededeeling en door het bovenstaande als inleiding, hoezeer dan ook geen zeer betwist of betwistbaar punt, aan de aandacht der lezers van de *Themis* aanbevolen te hebben, echter toch opmerkzaam gemaakt te hebben op iets, dat *practisch* van geen belang ontbloot schijnt.

Vonnis, Kantongeregt n^o. 4 te Amsterdam, 2 Maart 1855.

Overw. wat de daadzaken betreft:

Dat de eischer bij exploit van 15 Febr. jl., den ged., als huurder en bewoner van een den eischer in eigendom toebehoorend huis op den Haarlemmerdijk alhier, heeft doen sommeren, om aan den Deurw. voor hem eischer tegen kwijting te betalen f 50.00 voor een kwartaal huur, verschenen 1^o. dier maand, en hierop geene betaling bekomen hebbende den ged., bij hetzelfde exploit, voor ons heeft doen dagvaarden en]geconcludeerd, om te hooren verklaren de tusschen partijen bestaande huur en verhuur, uit hoofde van wanbetaling der huurpenningen, vernietigd en ontbonden, met veroordeeling, om dat huis en tuin, binnen 24 uren na de beteekening van het in deze te wijzen vonnis, met zijn gezin, zijne goederen en inwonende personen te ontruimen, en met overgave

der sleutels, ter vrije beschikking des eischers te stellen, met magtiging, om hij gebreke daarvan, den ged. te noodzaken door het [inroepen der sterke magt en het brengen der goederen op de straat, voorts den eischer bij wijze van schadeloosstelling te betalen f 100.00 voor 2 kwartalen huur, van 1^o. Febr. jl. en 1^o. Mei e. k.;

Dat de ged., de vordering tegensprekende, heeft ontkend, dat hij door gemelde sommatie behoorlijk in gebreke is gesteld, en nalatig geweest, weshalve de twee vereischten ontbraken, om ontbinding der huur te kunnen vorderen; dat hij in het begin van Febr. eenige dagen uitstel der betaling van de huur gevraagd hebbende, de eischer hem dat niet geweigerd had; dat voorts de gemelde sommatie, gedaan onder Beurstijd, toen hij afwezig was, en *onmiddellijk* opgevolgd door dagvaarding, bij dezelfde acte, geene behoorlijke in-gebreke-stelling was, en hij ook door het enkel verloop van den termijn van de betaling der huur niet in gebreke was gesteld; dat hij daarop, na vruchteloze pogingen, om aan den eischer zelven, zijnen gemagtigde ten deze, en den Deurw., de verschenen huur te voldoen, den eischer bij exploit van 17 Febr. jl. heeft doen aanbieden, f 50.00 voor de verschenen huur, met f 5.00 voor nader te verrekenen kosten, welk aanbod niet was aangenomen, terwijl het den eischer, die met ged. vroeger onderhandeld had *om zelf het door hem gekochte huis te bewonen*, zoo als deze nu reeds het bovenhuis ging betrekken, blijkbaar *alléén* te doen was, om den ged. thans tot ontruiming te *dwingen*, en hij dáárom *opzettelijk* geen huur *heeft willen* ontvangen; dat bovengenoemd aanbod wel door geene geregtelijke consignatie was gevolgd, maar dat het ook strekte *niet* tot liberatie, maar ten bewijze alleen, dat hij ged. niet *in gebreke* is geweest, noch nalatig gebleven in de betaling, edoch de eischer onwillig was geweest in de ontvangst; dat hij ged. alsnog den eischer f 50.00,

benevens *f* 5.00 voor nader te verrekenen kosten, op de balie aanbod, verzoekende voorts, bijaldien deze het aanbod, thans op nieuw gedaan, mogt weigeren, dat hem ged. een termijn door ons zoude worden gegund, om alsnog aan zijne verpligting te voldoen;

Dat de ged. voorts nog heeft aangevoerd, dat het huurcontract, waarvan de eischer de vernietiging en ontbinding vorderde, door hem was aangegaan *niet met den eischer*, maar met zekeren Loggen; dat de eischer wel beweerde door openbaren verkoop in de regten van dezen als verhuurder te zijn *gesurrogeerd*, maar verzuimd had hem ged. dit geregteijk te doen beteekenen, zoodat er regtens geen zoodanig huurcontract, als waarvan de eischer vernietiging en ontbinding vroeg, *bestond*;

Dat de eischer repliceerde: te ontkennen, dat hij den ged. eenig uitstel van huurbetaling, immers uitdrukkelijk, gegeven had, hem alleen geantwoord hebbende: « *wij zullen zien*, » dat de ged. wiens hoofdverpligting, ingevolge art. 1596, lid 2 B. W., als huurder, was, om den huurprijs op den bepaalden termijn te voldoen, reeds door het enkel verloop van den termijn van 1^o. Febr. jl., en bovendien nog ten overvloede door de gedane sommatie des eischers, aan 't hoofd der dagv. geplaatst, in gebreke was gesteld, en dat het er niet toe afdeed, dat die sommatie onder Beurstijd aan des ged. huisvrouw was gedaan, en dadelijk door dagvaarding opgevolgd, doordien de wet geen verloop van tijd tusschen sommatie en dagvaarding voorschreef; dat art. 42 R. O. den verhuurder het regt gaf ontbinding van huur en ontruiming wegens de enkele wanbetaling, zelfs zonder in gebreke stelling, te vorderen, en de Regter die vordering gehouden was toe te wijzen; dat hij eischer van het aanbod der *f* 50.00 en *f* 5.00 voor de kosten, regtens geen kennis had gehad; en dat hij het aanbod, op de balie gedaan, niet aannam, dan in mindering zijner vordering

der schadeloosstelling; dat de ged. zelf, schoon er wel is waar geene beteekening van kooptransport was geschied, door vóór Febr. de huur aan hem eischer, als gesurrogeerd in de regten van den vorigen eigenaar en verhuurder, *steeds, tot drie malen toe, promptelijk te voldoen*, hem eischer toch inderdaad als verhuurder had erkend; eindelijk, dat de Regter wel bevoegd was een termijn te verleenen, wanneer bijv. in het geheel geen termijn van betaling in de verbindtenis was uitgedrukt, maar dat art. 1302, lid 4 B. W., *in casu* niet toepasselijk was, als zijnde eene *obligation à terme* daarvan uitgesloten.

Overweg. in regten:

Dat partijen ten deze moeten gerekend worden werkelijk tot elkander te staan in betrekking van *verhuurder en huurder* van het voormelde huis en tuin; immers, dat de ged. zelf zich als zoodanig heeft beschouwd door het betalen aan den eischer vóór Febr. van 3 termijnen en voorts, door zijn eigen aanbod der huur van 1^o. Febr. jl., terwijl zijne geheele houding in dit proces dit nog kan bevestigen, zoodat des ged. beweren ten dezen aanzien eene *protestatio actui contraria* daarstelt;

Dat het beroep van den eischer op art. 42 R. O., ten aanzien van het ontbinden van huur van huizen en derzelve ontruiming ter zake van wanbetaling der huurpenningen, ten deze *niet* afdoet, doordien bij deze Wet, allhans in dat art., alléén des *regters bevoegdheid* wordt geregeld of *regterlijk georganiseerd*, en aan het B. W. niet wordt gederogeed, en dáár geen burgerlijk regt wordt vastgesteld (1);

Dat, wat betreft het B. W., dáárin ten opzichte van de *ontbinding* van *huur* wegens *wanbetaling*, geene bijzondere bepalingen voorkomen; immers, dat art. 1596

(1) Men vergelijke hiermede een vonnis, door ons gewezen, in gelijken zin, *Regtsg. Bijl.* 1855, Dl. V. bl. 296.

B. W., bepalende «dat de hoofdverplichting des huurders is, om den huurprijs *op de bepaalde termijnen* te voldoen,» daartoe niet kan gerekend worden, en voor geene in de huurverbindtenis *uitgedrukte ontbindende voorwaarde wegens het niet nakomen van des huurders verplichting* kan subintreren; dat de ontbinding van huur wegens wanbetaling der huurpenningen alzoo, zich regelt naar de voorschriften, omtrent de ontbinding van wederkeerige verbindtenissen in het algemeen, bij dat Wetboek in art. 1302 en volgg. voorgeschreven;

Dat de bepaling, in eene huur-verbindtenis, van de *termijnen* van de betaling der huurpenningen, zonder meer, wél de ontbindende voorwaarde bij wanbetaling, na de verschijning dier termijnen, *medebrengt*, gelijk de ontbindende voorwaarde, ook zonder bepaling van termijn, in alle wederkeerige overeenkomsten plaats grijpt, zoo een der partijen aan zijne verplichting niet voldoet, maar dat die gewone termijn-bepaling van betaling der huur in huur-contracten, op zich zelve, zonder meer, niet kan genoemd worden eene uitdrukkelijke *voorziening* te zijn van de ontbindende voorwaarde of, met andere woorden, niet dat, wat art. 1302 B. W. in het 1ste, 2de en 4de lid verstaat door «eene ontbindende voorwaarde in de overeenkomst *uitgedrukt wegens het niet nakomen der verplichting van eene der partijen, of ingeval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet;*» dat immers deze woorden der wet, hoe ook opgevat, hetzij in ruimeren of engeren zin, toch altoos voorzeker zooveel beteekenen en inhouden, dat hier steeds eene *uitdrukkelijke, expresse en formele* bepaling of beding in de wederkeerige overeenkomst zelve, *speciaal* ten aanzien der *ontbinding*, bedoeld is (zooals echter *in casu niet* hestaat) in tegenoverstelling eener *stilzwijgende, tacite, ontbindende voorwaarde* (zooals *in casu wel* bestaat);

Dat derhalve de enkele bepaling van termijnen van betaling in eene huur-verbindtenis tot de *niet uitgedrukte* ontbindende voorwaarden moet gebragt worden, terwijl de bepaling dier termijnen van huur-betaling met de clausule bijv. *dat de huurder in gebreke blijvende promptelijk de huur te voldoen*, van verder *huurgenot verstoken zal zijn* of iets dergelijks, tot de in de verbindtenis *uitgedrukte ontbindende voorwaarden, indien eene der partijen aan zijne verplichting niet voldoet*, moet geacht worden te behooren; dat hieruit dus volgt, dat de regel van het Romeinsche regt *dies interpellat pro homine* niet onvoorwaardelijk in het Nederlandsch regt is aangenomen, maar alléén gelden kan, als er, of een beding van straf of *poenaliteit* in de verbindtenis is vervat, of anderzins daartoe grond is, krachtens den aard en de clausulen der verbindtenis zelve, of bij uitzonderingen bij de wet speciaal bepaald, zooals bijv. in art. 1554 B. W.;

Dat hetzelfde moet geoordeeld worden ten aanzien der in-gebreke-stelling, art. 1274 B. W. (welke hier ten aanzien der *omstandigheden* in aanmerking komt, in verband met den door ons te verleenen moratoiren termijn): dat aldaar gesproken wordt van eene wettelijke in-gebreke-stelling uit krachte der verbindtenis zelve, wanneer deze *medebrengt*, dat de schuldenaar in gebreke zal zijn door het enkel verloop van den bepaalden termijn zonder een bevel of soortgelijke acte; immers, dat, ofschoon die bewoordingen *wanneer de verbindtenis zelve medebrengt*, eene min krachtige beteekenis in zich sluiten, dan die van art. 1302, echter toch ook uit dat art. 1274 voortvloeit, vooreerst: dat het alleen de *wijze* regelt *waarop*, en niet de *gevallen* bepaalt *waarin* zij vereischt wordt; doch ook, ten andere: dat door eene enkele bepaling van termijn der betaling van huur in eene verbindtenis, niet kan gezegd worden, dat alsdan

de gebrekeige huurder alléén door het verlopen van den bepaalden termijn, in gebreke is gesteld ten aanzien van al hetgeen uit die ontbindende voorwaarde, schoon niet *gestipuleerd*, wordt afgeleid, zooals de eischer daarvan *in casu* ontbinding, ontruiming en schadeloosstelling afleidt; dat door verloop van dien termijn er voorzeker regtens en wettelijk bestaat *wanbetaling*, ook in den zin van art. 42 R. O., zoodat een verhuurder, zonder formele in-gebreke-stelling, de betaling van den verschenen termijn van huur in regten vorderen kan, met veroordeeling des huurders in de kosten van het regtsgeding, terwijl de huurder den huurprijs op den bepaalden termijn krachtens art. 1596 en art. 1429 B. W., ten huize des verhuurders moet voldoen, en de verhuurder niet verplicht is die van hem te vragen; maar, dat daardoor eene *formele* in-gebreke-stelling bij eene vordering tot *ontbinding* van huur en *ontruiming* met schadeloosstelling, *niet* kan gemist worden; dat voorts ook inderdaad dit art. 42 R. O., niets anders of meer dan de bepaling van art. 1302 B. W. op het oog heeft;

Dat dus de ged. ten deze alleen kan gerekend worden te zijn in-gebreke gesteld, voor zooveel betreft den tijd, die tusschen de sommatie en den dag, waarop hij in regten te verschijnen had, verliep, en alzoo door de dagvaarding zelve, welken tijd hij tot aanbod en consignatie op de wijze bij art. 1440 B. W. bepaald, had kunnen bezigen, om zich *en* van de mora, *en* van de wanbetaling te purgeren;

Dat eene in-gebreke-stelling, zooals hier beweerd is geschied te zijn door de sommatie, den gesommeerde geen bekwamen tijd of gelegenheid laat, om aan zijne verplichting behoorlijk, al dan niet, te voldoen; daargelaten de vraag, of eene dagvaarding in dien vorm, *gecombineerd met eene sommatie*, missende al hetgeen bij het W. v. B. R. voor dagvaarding en in het hoofd

derzelve, op straffe van nietigheid, is voorgeschreven, wel aan de vereischten der wet voldoet, daar hier beroep en woonplaats der partijen enz. wel aan het hoofd der sommatie staan, maar bij de dagvaarding zelve geheel ontbreken; dat dit echter hier geen punt van beslissing behoeft uit te maken, daar de ged. vrijwillig op de dagvaarding is verschenen, en de nietigheid van het exploit van dagvaarding op dien grond niet heeft ingeroepen;

Dat eindelijk, onafhankelijk van al het hierboven aangevoerde, hier als hoofdpunt van beslissing in regten te onderzoeken is, of de Regter ten deze het verzoek des verweerders al dan niet vermag in te willigen, om hem alsnog een termijn te gunnen, om aan zijne verplichting tot betaling der 1^o. Februarij jl. verschenen huur te voldoen?

Overw. daaromtrent, dat de eischer wel heeft beweerd, dat die vraag ontkennend moet beantwoord worden, maar dat zijn beweren is ongegrond; immers, dat art. 1302 B. W. vooreerst al dadelijk van geene in-gebreke-stelling gewaagt en alzoo, wat deze betreft, onvoorwaardelijk, het zij er eene in-gebreke-stelling alreeds aan de dagv. is vóórafgegaan, of niet, den Regter veroorlooft den termijn van uitstel te verleenen; dat alzoo, ook indien de dagv. zelve als eene in-gebreke-stelling beschouwd wordt en de ged. inmiddels; tusschen den dag van het exploit en dien van verschijning in regten, zich door aanbod van betaling, gevolgd door consignatie, kan dekken, dit ook dan den Regter (zoo dit verzoek ten minste ten gevolge der aanbieding en consignatie, waardoor een ged. werkelijk is *gelibereerd*, niet moge gerekend worden overbodig te zijn) nogtans *niet* verhindert, om het verzoek toe te staan;

Dat, ten andere, de inwilliging van het verzoek in meergenoemd art. 1302, is overgelaten aan 's Regters

arbitrium, alléén onder conditie, dat de ontbindende voorwaarde niet *uitdrukkelijk* in de verbindtenis is *uitgedrukt*, *ingeval eene der partijen aan zijne verpligting niet voldoet*; dat voorzeker, daaronder wel in de eerste plaats behoort het geval, wanneer er eene wederzijdsche verbindtenis bestaat, waarbij *geen termijn* is bepaald, en die dus dadelijk bij wanprestatie ontbindbaar zoude zijn; maar, dat het art. geene aanleiding geeft, om het tot een dergelijk geval alléén te beperken; dat het integendeel niet verbiedt, hetzelve ook toe te passen op een geval, waarbij *niet* in de verbindtenis *uitdrukkelijk* is bepaald, dat het contract zal geacht worden ontbonden te zijn *door wanbetaling op den termijn*:

Dat de Regter, in gevolge art. 1302 B. W., *naar gelang der omstandigheden*, het verzoek kan gunnen of weigeren: dat alsnu de omstandigheden, waarvan dat art. gewaagt, zoodanig zijn in dit proces, als men de gemelde daadzaken in aanmerking neemt, dat er voor ons termen bestaan, om hetzelve te gunnen; terwijl, bij faute van voldoening binnen dien termijn, de ged. de gevorderde ontbinding en ontruiming en schadeloosstelling lijden moet, die de eischer *het regt* heeft, om, als een gevolg der stilzwijgende ontbindende voorwaarde, daarvan af te leiden en in regten te vorderen,

Regt doende in naam des Konings en in het Eerste Ressorst:

Gezien art. 42 R. O., 1302, 1303, 1274 en 1279 B. W. en art. 56 B. R.;

Verleenen partijen acte van hetgeen, waarvan zij acte gevraagd hebben;

Veleenen den ged. eenen termijn van acht dagen na de beteekening van het vonnis, doch altoos binnen eene maand na deze onze uitspraak, om alsnog aan zijne verpligting te voldoen, tot betaling aan den eischer

eener som van *f* 50.00 tegen behoorlijke kwitantie, voor de op 1^o. Februarij jl. verschenen huurpenningen voorschreven;

Ontzeggen den eischer, bijaldien de ged. daaraan zal hebben voldaan, zijne vordering ten deze tegen den ged. ingesteld;

En, voor het geval de ged. binnen dien termijn niet voldoet, verklaren, de huur en verhuur, bij dagvaarding vermeld, tusschen partijen ontbonden, veroordeelen den ged. om het huis met tuin vermeld, binnen 24 uren na de beteekening door den eischer van dit vonnis, met zijn gezin en goederen, en de bij hem inwonende personen te ontruimen en te verlaten, met magtiging op den eischer, om den ged., bij gebreke daarvan, door het invoeren der sterke magt daartoe te noodzaken;

Verklaren deze laatste uitspraak uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande hooger beroep, zonder borgstelling;

Veroordeelen voorts alsdan den ged. om den eischer voor schadeloosstelling tegen behoorlijke kwitantie te betalen *f* 100.00, uitmakende den 1^o. Febr. jl. verschenen en loopenden huurtermijn tot op 1^o. Mei e. k., en zulks met de renten van dien berekend tegen 5 pCt. in het jaar, van den dag af der dagvaarding tot de volle voldoening toe;

Verwijzen den ged. in de kosten van het rechtsge-
ding enz.

De zoogenoemde Contracten van beleening regtskundig beoordeeld, door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, advocaat te Rotterdam.

De zoogenoemde contracten van beleening, in den handel gebruikelijk, waren in den laatsten tijd het onderwerp van ijverig onderzoek. Het laatst werd dit punt opzettelijk behandeld door mijnen geachten confrère, Mr. M. MEES, in de *Nieuwe Bijdragen van Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, V, n^o. I, bl. 109.

Dit stuk, dat zich door netheid van bewerking zeer aanbeveelt, doch met welks hoofdstrekking ik mij niet kan vereenigen, gaf mij vooral aanleiding tot de behandeling dezer voor de praktijk zeer gewigtige stof. Gelijk bekend is, worden de zoogenoemde contracten van beleening op effecten opgemaakt in den vorm van koop en verkoop met het beding van wederinkoop. Daar de koopprijs bij dit contract niet uitgedrukt, maar van de schatting van te benoemen makelaars of van eenen lateren beursprijs afhankelijk gesteld wordt, is er twijfel gerezen, of zulk een verkoop wel regtsgeeldig is. De heer MEES ontkent dit, op grond eener uitlegging, die hij van art. 1501 van ons Burg. Wetboek geeft.

Hij zegt, art. 1501 vordert dat de prijs bepaald zij. Derhalve kan de prijs niet afhankelijk gesteld worden van eenen lateren beursprijs, daar ook deze latere beursprijs nog bepaald moet worden. Evenmin kan de bepaling van prijs worden overgelaten aan makelaars, die nog benoemd moeten worden, want daartoe zou eene nieuwe wilsverklaring van partijen gevorderd worden. De wet spreekt alleen van prijsbepaling door derden, zoo zij in het contract genoemd zijn, dat is volgens den heer MEES eene exceptie op den regel, en moet dus zeer beperkt worden opgevat. Aan extensieve uitlegging is niet te denken, en derhalve kunnen de contracten van

beleening, die allen slechts op die wijze de koopprijs willen bepaald hebben, niet als koopcontracten gelden. Met deze nitlegging van art. 1501 slaat en valt het geheele betoog van den schrijver. Kan men aantoonen, dat de zoogenoemde beleenings-contracten regtsgeldige koopcontracten zijn, dan ontgaat men de geheele kunstmatige, om niet te zeggen verwrongene regtsopvatting, die de schrijver aan deze contracten geeft. Laat ons daartoe de bepalingen van art. 1501 B. W. in hunnen oorsprong en hunne ontwikkeling nagaan.

De prijs was in het Romeinsche regt, even als nog bij ons, een essentieel bestanddeel van het koopcontract. Deze moest in geld zijn uitgedrukt, om dit contract te onderscheiden van ruiling (*). En de hoegrootheid van den prijs moest bepaaldelijk door de partijen zijn uitgedrukt en bepaald, het moest een *certum pretium* zijn. «Sed et certum esse pretium debet,» zoo luidt het algemeene voorschrift in de *Inst. Just.* § 1 de *Emt. et Vend.* De gewone wijze om den prijs te bepalen, was dien uit te drukken in een getal muntstukken: van daar de twijfel, of, als dit niet geschied was, echter de prijs voor genoegzaam bepaald, en het koopcontract voor geldig mogt gehouden worden. Een eerste geval is, indien de koper koopt voor zooveel geld, als hij in zijne kist heeft. Hoewel hier de som niet genoemd is, de hoeveelheid geld, die zal betaald worden geheel onbekend is, verklaart toch *ULPIANUS* zulk een koop geldig en wil hij zelfs geen twijfel hebben toegelaten, of in dit geval de prijs wel genoeg bepaald is: «neque enim

(*) Dit gevoelen der *Proculejanen* werd in het Romeinsche regt opgenomen met ter zijde stelling van de leer der *Cassiaansche school*, die koop en ruiling voor hetzelfde hield. *Inst. Just. de Emt. et Vend.* § 2 overgenomen van *PAULUS*, l. 1 *ff. de Contr. Emt.* (13. 1.) Volgens de hedendaagsche zienswijze, zou een toekomstig wetgever welligt weder de voorkeur aan het gevoelen van *SABINUS* en *CASSIUS* geven.

incertum est pretium, tam *evidenti venditione*, magis enim ignoratur, quanti emptus sit (fundus), quam in rei veritate incertum est.» ff. l. 7 § 1 De Contr. Emt. (18.1). Of de hoeveelheid geld, die als prijs zal gegeven worden, derhalve aan partijen bekend is, doet niets ter zake, maar het is zelfs niet noodig, dat dezelve reeds in werkelijkheid ten tijde van het sluiten van het contract bepaald zij: de hoegrootheid kan zelfs van toekomstige feiten afhangen. Zoo is de koop van een landgoed geldig, zoo de koper zich verbindt tot het betalen van een prijs van honderd, en zooveel meer als hij dat goed zelf verkoopen zal ff. l. 7 § 2 eod. (*) en ff. l. 13 § 24 Emt. et Vend. (†). Met dit laatste is eenigzins gelijksoortig, zoo partijen de bepaling van den koopprijs aan eenen derden hebben overgelaten. Twee gevallen zijn hier te onderscheiden. Vooreerst men kan zijn overeengekomen, dat de prijs door goede mannen zal bepaald worden (secundum boni viri arbitratum), of dit kan aan één of meer bepaalde personen zijn opgedragen. Dat het eerste

(*) Si quis ita emerit, EST MIHI FUNDUS EMTUS CENTUM ET QUANTI PLURIS EUM VENDIDERO, valet venditio, et statim impletur: Habet enim certum pretium, centum; augetur autem pretium, si plus emtor fundum vendiderit.

Deze vermeerdering van prijs is voorwaardelijk, maar niet onbepaald. In dat geval moest zij ook niet als *gedeelteijke koopprijs* gevorderd worden *actione venditi*, maar *praescriptis verbis*. Door zijn stilzwijgen toont ULPIANUS duidelijk, dat hij oordeelt dat ook deze vermeerdering door dezelfde actie kan gevraagd worden, als het *centum*, zoodat zij ook *koopprijs*, derhalve ook *bepaald* is. Vergelijk de volgende noot.

(†) Si inter emtorem praediorum et venditorem convenisset, ut, si ea praedia emtor heresque ejus, pluris vendidisset, ejus partem dimidiam venditori praestaret; et heres emtoris pluris ea praedia vendidisset: venditorem ex vendito agendo partem ejus, quo pluris vendidisset, consecuturum.

Met deze clause is geheel overeenkomstig de volgens POTIER bij de Fransche wijkbouwers zeer gebruikelijke prijsbepaling. *au prix, que les voisins vendront.*

als genoegzame bepaling van den prijs in het Romeinsche regt gold, schijnt mij buiten twijfel te zijn. Het meest afdoende is hier l. 7 pr. ff. de contr. emt. (18. 1) (*). Het volgende geval wordt daar door ULPIANUS gesteld. Een slaaf heeft eene zaak verkocht onder voorwaarde, dat zijn heer zijne rekening en verantwoording (van het beheer dat hij voert), zal goedkeuren. De regtsvraag is of deze verkoop geldig is. ULPIANUS voert aan, dat zoo men hier nitsluitend aan de willekeur van den Heer te denken heeft, zoodat daarvan de goed- of afkeuring afhangt, deze verkoop ongetwijfeld nietig is, daar de voorwaarde dan afhankelijk is van den wil van den verbondene. Maar hij overweegt verder, dat reeds door de ouden (veteribus placuit) onder deze *domini arbitratus* de *boni viri arbitratus* verstaan werd. En hiermede oordeelt hij de vraag opgelost, als het koopcontract afhankelijk gesteld is van het oordeel van een goeden man, *boni viri arbitratus*, dan heeft hij geen twijfel of het contract bestaat. Op dezelfde wijze vinden wij een gelijksoortig geval over huur van werk, behandeld door PAULUS (†). Een slaaf heeft een werk laten aannemen onder voorwaarde, dat zijn heer dat werk zal goedkeuren. Ook PAULUS brengt deze voorwaarde eerst terug tot de

(*) *Hæc venditio servi, si rationes domini computasset arbitrio conditionalis es: conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. Sed utrum hæc est venditionis conditio si ipse dominus putasset suo arbitrio? an vero: si arbitrio boni viri?* nam si arbitrium domini accipiamus venditio nulla est: quemadmodum si quis vendiderit, si VOLUERIT; vel stipulator sic spondeat, *si voluero, decem dabo*. Neque enim debet in arbitrium rei ferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus, magis in boni viri arbitrium id collatum videri, quam domini. Si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse: impleta conditio emtionis est, et ex emto venditor conveniri potest.

(†) L. 24 pr. ff. *Loc. Cond.* (19. 2) *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur perinde habetur ac si boni viri arbitrium comprehensum fuisset: idemque servatur si alterius cuiuslibet*

voorwaarde, dat een goede man het werk zal goedkeuren, secundum boni viri arbitrium. Hij geeft kortelijk de reden op, waarom hij het daarmede gelijkstelt; want, zegt hij, «de goede trouw vordert, dat de Heer, zulk eene beoordeeling van het werk geve, als het eenen goeden man betaamt,» Derhalve zulk een arbitratus moet door partijen bedoeld zijn. ULPIANUS geeft het op eene andere plaats als algemeenen regel, dat overal waar de goedkeuring aan den Heer of zijnen gemagtigde wordt opgedragen, dit moet gehouden worden voor *boni viri arbitrium*, en deze regel is door JUSTINIANUS in de regulae juris opgenomen. Hieruit blijkt, dunkt mij, genoegzaam, dat die voorwaarde van boni viri arbitrium in het Romeinsche regt geldig en algemeen gebruikelijk was. Er is waarlijk geene reden denkbaar, waarom men niet de hoegrootheid van den koopprijs, daarvan afhankelijk stellen konde. Ten overvloede blijkt het, dat men dat deed uit de aangehaalde plaats van ULPIANUS, l. 7 pr. ff. de contr. emt. Beslissend is de l. 16 § ult. ff. de Pign. (20. 1) (*), waar MARGIANUS leert, dat bij het geven van een pand, de voorwaarde kan gemaakt worden, «dat, zoo op eenen bepaalden tijd niet betaald wordt, de pandhouder *met reyt van koper* in het bezit zal treden van de zaak, *die dan op billijken prijs zal moeten worden geschat*. Men kan bij die prijsbepaling niet anders denken, dan aan het *boni viri arbitrium*, en wij hebben dus een voor-

arbitrium comprehensum sit. Nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit: idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet; nisi idipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.

(*) Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeve, ut, *si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat rem. justo pretio tunc aestimandam*: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: et ita DIVUS SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt.

beeld van zulk eene bepaling der hoegrootheid van den prijs met uitdrukkelijke woorden in de Pandecten opgenomen. En dat men hier niet aan een speciaal regt voor *Pignus*, zoo als door *Bartolus* en door *Arcursius* en den hen volgenden *Noodt* (ad hunc tit. *Dixi quid juris*) wordt beweerd, heeft te denken, schijnt mij uit de woorden van *Marcianus* duidelijk. Waar hij toch de reden van zijne stelling opgeeft, schijnt mij zijne redenering deze te zijn. Zulk eene aan het pandverdrag accessoire bepaling is geldig, want men zoude het voor een verkoop kunnen houden, onder de opschortende voorwaarde, dat het geld niet zal betaald zijn, en op dien grond hebben ook *Divus Severus* en *Antoninus* zulk een beding voor geldig verklaard. Indien in dit Keizerlijk rescript een andere regtsgrond was aangehaald, mag men veilig aannemen, dat *Marcianus* dien vermeld zou hebben, het woordje *ita* slaat dus evenzeer op den grond voor de beslissing als op de beslissing zelve. Althans zoo verklaar ik de woorden: «hoc enim casu videtur quodam modo conditionalis esse venditio: et ita *Divus Severus* et *Antoninus* rescripserunt.» Ik leg een bijzonder gewigt op den gang dezer redenering. De jurist brengt het voorgestelde geval omtrent de geldigheid der voorwaarde bij pandverdrag eerst terug tot de leer van koop en verkoop, en nadat hij heeft aangenomen, dat men dit accessoir beding met verkoop kan gelijkstellen, is alle verdere twijfel verdwenen, en verklaart hij het beding voor geldig, hoewel de bepaling van den koopprijs aan arbitrage wordt overgelaten. Het is dus duidelijk, dat het voor *emptio* moest vaststaan, dat de prijs op die wijze kon bepaald worden, anders had hij deze vraag nog te behandelen. Zijne geheele redenering was dan onbeduidend.

Ik meen het dus te mogen aannemen, dat in het Pandecten-regt, de in het koopcontract opgenomene bepaling, dat de koper de waarde der verkochte zaak zal betalen

secundum boni viri arbitratum, voor genoegzame prijsbepaling, voor *certum pretium* gehouden wordt. ULPIANUS, MARCIANUS en PAULUS (de laatste voor huur, maar de zaak en de redenering zijn geheel analoog) (*) stemmen hierin overeen. Wel schijnt hiermede GAJUS, l. 25, *pr. ff. Loc. Cond.* (19. 2), in strijd te zijn (over huurprijs), maar deze plaats, die aan GJACIUS en NOODT verdacht voorkomt, en waarin zij de hand van TRIBONIANUS vermoeden, schijnt mij toe verkeerd begrepen te zijn en niet in strijd met de voorgestelde leer, doch hierover later. — Wij gaan over tot de tweede soort van prijsbepaling door derden, dat is door één of meer *bepaaldelijk aangewezen* personen. Ook bij andere contracten vinden wij in het Romeinsche regt dikwijls van dit beroep op arbitrage van derden melding gemaakt, zoowel bij koop en huur, als bij contracten van maatschap, bij de *contractus stricti juris* en bij testamentaire bepalingen. Ook hier heeft men weder twee belangrijke onderdeelen te onderscheiden; althans in de *contractus bonae fidei*. Partijen konden namelijk den derden uitsluitend bedoeld hebben, zoodat zij alleen hunne toestemming tot het contract geven, ziende op de arbitrage van dien bepaalden persoon. Doch zij konden ook in het algemeen een *boni viri arbitrium* bedoeld hebben, en nu slechts éénen persoon bij hunne overeenkomst hebben aangegeven, doch zonder juist aan zijne personaliteit te hechten, daar zij zich met ieder ander billijk arbitrium zouden tevreden stellen (+). Het regtsgevolg

(*) Om eenen verschillenden regel voor de verschillende *contractus bonae fidei* aan te nemen, daarvoor bestaat geen reden. Huur en koop mag men nog te meer op ééne lijn stellen (wat deze zaak betreft) daar ook de *decisio* van JUSTINIANUS l. 15 *Cod. de Contr. Emt.* (4. 38.) gelijkelijk op koop en huur betrekking heeft. Ik zou oordeelen dat het *boni viri arbitrium* als eene op zich zelf bepaalde zaak in alle contracten dezelfde waarde had.

(+) l. 76 b. ff. *Pro Soc. Arbitrorum genera sunt duo: unum ejus-
Themis. D. II, 4de St. [1855].*

van beide bepalingen is zeer verschillend, in het laatste geval, kan het ten onregte uitgebragte oordeel van den arbiter in het *judicium bonae fidei* worden verbeterd, l. 79, *ff. Pro Soc.* (17. 2) (*). Men mag, mijns inziens, aannemen, dat de magistraat in extraordinariis judiciis (zoo als in den lateren tijd alle judicia waren) dit zelf konden wijzigen, of op nieuw aan arbiters ter beoordeeling opdragen, zoo als waarschijnlijk wel meest het geval zal geweest zijn. Stierf de door partijen aangewezen arbiter, of was hij verhinderd, of wilde hij zijn oordeel niet uitbrengen, dan moest door partijen een andere arbiter, benoemd worden, of bij gebreke van dien door den regter, want het stond geheel gelijk met de *clausule secundum boni viri arbitratum*, volgens welke partijen zich op eenen bepaalden persoon moesten vereenigen of zich onderwerpen aan regterlijke benoeming, zoo als in den aard der zaak ligt.

Indien in het eerste geval de partijen éénen persoon uitsluitend als arbiter bedoelden, dan moeten zij zich aan zijne uitspraak onderwerpen, geene inkorting of wijziging is mogelijk, «*arbitrium hoc est ejusmodi, ut sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus*. Alleen tegen benadeeling door kwade trouw konde men zich zeker verweren, door de *exceptio doli*. Indien de benoemde arbiter verhinderd werd of weigerde zijn oordeel uit te brengen, dan was er geene verbindtenis, l. 43, *ff. de V. O.* (45. 1), want er kon geen ander benoemd worden, daar de partijen zich niet in het algemeen aan

modi, ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus; quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est; alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, et si nominatim persona sit comprehensa, ejus arbitratu fiat. Vergelijk ook l. 24 pr. ff. Loc. Cond. hierboven aangehaald.

(*) Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per *judicium bonae fidei*.

het oordeel van eenen goeden man hadden onderworpen.

Welke dezer twee soorten van arbitrage door de partijen, die eenen arbiter benoemd hadden, bedoeld werd, was steeds eene zeer moeilijke vraag. Bij testamenten en legaten verklaart POMPRONIUS het geheel algemeen (l. 6, *de Cond. et Dem.*) (35. 1), dat geene boete verschuldigd is voor het niet oprigten van een monument, zoo hij, volgens wiens arbitrium dat moet worden opgerigt niet meer leeft, of zijn oordeel niet kan of wil uitbrengen. Voor contractus stricti juris verklaart ULPIANUS hetzelfde, l. 43, *ff. de V. O.* (45. 1), doch eenigzins twijfelachtig, zoo als de woorden *magis probandum est* aanduiden. Beide juristen kunnen echter die beslissing alleen met het oog op een bijzonder geval gegeven hebben, wat wij, daar hunne geschriften ons slechts bij fragmenten zijn overgekomen, niet zeker kunnen beoordeelen. En al mag men den door hen gestelden regel als doorgaanden regel van uitlegging aannemen, dat er geene uitzonderingen op waren, is moeilijk aan te nemen, want ik zie althans geene reden, waarom partijen niet eene andere bepaling maken konden, b. v. zoo zij te kennen gaven, bij ontstentenis van arbitrage van den benoemde, andere arbiters te verlangen. Doch de grootste moeilijkheid bestond gewis bij de contractus bonae fidei. Men zou kunnen vermoeden, dat, daar algemeen was aangenomen dat men meer op de billijkheid gezien had en bij het benoemen van eenen arbiter vooral het arbitrium boni viri op het oog had; te meer daar men op die wijze niet alleen de bepaling *secundum domini arbitrium*, maar ook *ex locatoris arbitrio* uitleide en geldig verklaarde, l. 22, § 1, *ff. de Reg. Jur.*, en l. 77, *ff. Pro soc.* (17. 2) (*). Wij vinden echter meer dan

(*) Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei judiciis

dan ééne plaats, waar men deze bepaling in het contract zoo verklaart, dat alléén de benoemde de arbitrage doen kan, zoodat er bij gebreke daarvan geen contract bestaat. Dit leert CELSUS voor het geval, dat er eene maatschap gesloten was, waarin de socii zouden deelen voor zulk een deel, als TITUS zou oordeelen (*arbitratus fuerit*). TITUS sterft vóór hij zijn oordeel uitbragt, nu, zegt CELSUS, is er geen contract. Men mag opmerken, dat ook in dit geval ieder ander *bonus vir*, weinig bevoegd zou zijn te oordeelen, daar eene geheel bijzondere kennis met personen en zaken gevorderd werd, en daarenboven het eene zaak was van bijzonder vertrouwen. Eene andere plaats van gewigt is van GAJUS, l. 25, *pr. ff. Loc. Cond.* Het is deze plaats, waarin, naar mij voorkomt, CUJACIUS, l. 43, *ff. d. V. O.*, en NOODT, ad tit. de Contr. Emt., *Dixi quid juris*, eenige moeilijkheid gevoelden, en die zij welligt daardoor voor geïnterpoleerd verklaarden. Het schijnt mij toe, dat daartoe geene genoegzame reden bestaat. Vooreerst, omdat men volstrekt geene interne gronden voor die verandering kon aangeven. De zuivere en bondige bewoording, waarin het gevoelen van GAJUS in dit fragment vervat is, verraadt nergens de hand van TRIBONIANUS. Ten tweede is de wet zeer goed uit te leggen, zonder dat men tot dit middel zijne toevlugt behoeft te nemen. De plaats luidt aldus:

«Si merces promissa sit generaliter *alieno arbitrio*, locatio et conductio contrahi non videtur. Sin autem *quanti Titius aestimaverit*, sub hac conditione stare locationem, ut si quidem ipse qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem et mercedem persolvi oporteat et conductionem ad

confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio. pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

Dat dit ook gold voor huur, verklaart PAULUS l. 77, *Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.*

effectum pervenire : sin autem ille vel noluerit vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta.»

De grootste moeilijkheid bestaat in de opvatting van de woorden *alieno nomine*. Gewoonlijk vatte men die op, dat GAJUS daarmee bedoelde: «indien het loon bedongen is *volgens schatting van eenen derden*.» Doch dan zou het met andere woorden hetzelfde zijn, als hetgeen verder volgt: *quanti Titius aestimaverit*, en GAJUS onderscheidt deze beide clausulen, zoo als blijkt uit de woorden *sin autem*, waarmee hij eene tegenstelling aanduidt, en uit de geheel verschillende waarde, die hij aan de beide uitdrukkingen hecht. *Alieno nomine* maakt het contract nietig, *quanti Titius aestimaverit* maakt de overeenkomst volgens GAJUS voorwaardelijk. Daarenboven, het is niet denkbaar dat GAJUS het *boni viri arbitrium* als onbepaald en het contract ongeldig makend, verklaren zou. Hij was dan in lijnregten strijd met de andere juristen en met zoo vele plaatsen der Pandecten, waarvan ik boven eenige voorbeelden aanhaalde. En dit is niet denkbaar, daar de Romeinen gewoon waren zich dikwijls daarop te verlaten, getuige de veelvuldige vermelding er van in de Pandecten. Zij hielden het *boni viri arbitrium* zeker en bepaald als de *aequitas* zelve. Een sterk voorbeeld hoe veel zij daaraan overlieten, geeft ons ULPIANUS l. 131, ff. de Legat: II (31), daar hij een legaat aan eenen minderjarige, waarvan de grootte zal bepaald worden *arbitratu tuorum*, dat is volgens den jurist, *boni viri arbitrio*, voor genoeg bepaald en geldig verklaart. Daarenboven, om tot de wet terug te keeren, kan men niet aannemen, dat GAJUS eerst den algemeenen regel omtrent het *arbitrium* van derden gegeven, en vervolgens een bijzonder geval daarvan behandeld heeft, want er staat niet: *et generaliter, si merces promissa sit alieno arbitrio*, maar: *si promissa*

sit generaliter alieno arbitrio, het woord *generaliter* slaat op *alieno arbitrio*, en deze laatste woorden beteekenen *quanti alius aestimaverit* (*) *alius*, d. i. *generaliter, non nominatim indicatus*. En zoo staan deze woorden tegenover de clause, *quanti* TITUS *aestimaverit*. De redenering van GAJUS is dan deze. Indien in het contract de huurprijs beloofd is, zoo groot als een ander dien bepalen zal, dan is er geene huur en verhuur gesloten, want er is geene bepaling van huurprijs. Maar indien is overeengekomen voor zooveel als TITUS den huurprijs schatten zal, dan heeft er voorwaarlijke verhuring plaats gehad; zoodat, indien de benoemde den huurprijs geschat heeft, in allen opzigte volgens zijne schatting en de huurprijs betaald moet worden en de huur in werking treedt; maar indien deze den huurprijs niet heeft willen of niet heeft kunnen bepalen, dan is de huur nietig, als zijnde geen huurprijs bepaald.

De beslissing van het laatste geval is geheel gelijk aan die van GELIUS over maatschap, boven aangehaald, l. 75 ff. Pro Soc., en de benoemde arbiter behoort tot de eerste soort van arbiters volgens de onderscheiding van PROCULUS in l. 76 ff. Pro Soc. Het eerste geval met de clause, *quanti alius aestimaverit* (*alieno nomine*), is mijns inziens niet uit de praktijk genomen, want het is, dunkt mij, niet aannemelijk, dat partijen ooit zulk eene onbestemde bepaling (of liever niet-bepaling) van huurprijs

(*) Het is mij aangenaam voor deze uitlegging der woorden *alieno arbitrio*, ook DONELLUS te kunnen aanhalen. Ook hij verklaart deze woorden niet anders, dan *quanti alii arbitrati fuerint*, hoewel hij er verder niet de gevolgtrekking uit afleidt, die er door mij uit getrokken wordt en hoewel hij er niet die gewigtige beteekenis aan hecht. Hij stelt het over tegen *boni viri arbitrium*, maar geeft de aangehaalde woorden slechts als paraphrase van het geval door GAJUS in deze wet gesteld, *Jus Civ. XIII. I. § 11*. Deze verklaring wordt ook nog bevestigd door de *BASILICA XX. I. 25*: *Ἐὰν οὕτως γένηται μίσθωσις, ὍΣΟΥ ΤΙΣ ὈΡΙΣΗΘΗ οὐκ ἔρρωται. Ἐὶ δὲ οὕτως, ὍΣΟΥ ΠΕΤΡΟΣ ὈΡΙΣΕΙ, εἰ μὲν ὀρίσει, πάντως πρὸς τὸ λεχθὲν ἔρρωται.*

geven zouden, door dien te onderwerpen aan de schatting van eenen anderen, wien dan ook, den eersten den besten. Het schijnt mij daarom een geval door den jurist gesteld, alleen om de theorie toe te lichten. De Rom. Juristen stellen dikwijls zulke niet praktische gevallen, b. v. «si coelum non adscenderis», «si digito coelum attigeris» enz. Het spreekt van zelf, dat zijne oplossing zijn moet, dat er geen contract bestaat, daar werkelijk niets omtrent prijs bepaald is. Men zou nog kunnen vragen, of men niet moet aannemen, dat volgens bedoeling der partijen met deze beide clausulen het *boni viri arbitrium* werd aangeduid. In dat geval zou de beslissing van GAJUS en de geheele wet in strijd zijn met de leer daaromtrent in zoo vele plaatsen door verschillende juristen verkondigd. Doch ik antwoord, GAJUS heeft van die bedoeling niets gesproken, wij hebben dus geen regt dezelve aan te nemen, en welligt kan om bijzondere redenen die wij niet kennen, in het tweede praktische geval, van zulk eene bedoeling geene sprake zijn. Ook lag het niet in de rigting zijner school, om op eene bedoeling van partijen te letten, die niet bepaaldelijk in het contract geschreven stond (*).

(*) Het is moeijelijk op te maken, wat precies het gevoelen der verschillende oude Juristen geweest is over de clause *quanti Titius aestimaverit*. De plaats van GAJUS, *Inst.* III. § 140, is daarover van zeer veel gewigt, doch wij moeten betreuren, dat de jurist over deze rechtsvraag zoo kort is. De plaats luidt aldus: «*Pretium autem certum esse debet. alioquin, si inter eos (nos HUSCHKE) convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanto sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere. quam sententiam Cassius probat: Ofilius et eam emptionem putat et venditionem ejus opinionem Proculus secutus est.*»

Het wekt bevreemding dat op dit punt, CASSIUS het gevoelen van LABEO, en PROCULUS dat van OFILIUS den leermeester van CAPITO omhelsd heeft, zoodat deze hoofden der beide verschillende sekten, door wie de rigtingen, die naar hen genoemd werden, scherper waren afgebakend, hieromtrent van gevoelen gewisseld hadden. Opmerkelijk is dit verschijnsel ongetwijfeld, hoewel DIRKSEN in zijne uitstekende verhandeling over de Rom. Juristen-scholen, *Beitr. zur Kunde des R. R.* p. 131 opmerkt,

Op deze wijze verklaard, is het fragment van GAJUS geenszins in strijd met de leer der andere Juristen. En thans tot de aanvankelijk door mij gestelde gevallen, waarin de hoegrootheid van koopprijs van schatting van derden

dat OFILIUS door POMPONIUS niet genoemd wordt als tot eene der sekten te hebben behoord, en hoewel wij later van GAJUS, die Cassiaan was, een voorbeeld hebben in *Just.* III. § 98 en naar mij voorkomt ook in l. 4 ff. *Mand.* (17. 1.), dat hij aan de leer der Proculejanen de voorkeur gaf. In GAJUS, die later leefde, is dit echter niet zoo te bevreemden.

Aangaande de clause *quanti Titius aestimaverit*, stel ik mij voor dat dit de gang van ontwikkeling is geweest. Door OFILIUS was zij in het algemeen in het koopcontract toegelaten. LABEO, die koop van ruil onderscheidde, en daarom in het eerste bepaling der waarde in geld vorderde, wilde deze clause niet hebben toegelaten, daar de prijs aan de willekeur van TITIUS overgelaten, werkelijk onbepaald was; gesteld dat TITIUS den prijs 10 malen beneden de waarde schatte, dan was het contract eerder eene *donatio*. Door PROCULUS zijnen grooten volgeling werd op dit punt echter de leer van LABEO verlaten, welligt vooral om deze reden. Bepaling van den prijs, door *boni viri arbitrium*, als uitspraak der aequitas (die bij de ontwikkeling van het Rom. regt steeds meer en meer werd geëerbiedigd) werd zeker ook door LABEO, den stichter der meer vrijzinnige en wijsgeerige rigting, als voldoende beschouwd. Nu konden zeker de partijen, met de woorden *quanti Titius aestimaverit*, enkel een *boni viri arbitrium* bedoelen. In dit opzigt deed dus PROCULUS van wien deze onderscheiding, zoo het schijnt afstamt (l. 7 ff. *pro Soc.*) niet anders dan de leer van LABEO ontwikkelen, geheel in overeenstemming met de rigting der school, die en in contracten en in de uitlegging der regtsbronnen, meer op de bedoeling dan op de letter wilde gelet hebben. Welligt oordeelde deze jurist, dat men doorzaans in de *contractus bonae fidei* dit als bedoeling der partijen met deze clause onderstellen moest. Eene dergelijke vrije uitlegging, konde aan CASSIUS en zijne rigting niet behagen, want zij wilden eene meer letterlijke uitlegging ook van contracten. En het is dus niet te verwonderen, dat hij die niet deelde, en zich eerder met LABEO verenigde. Hierin schijnt het mij toe, dat hij weder door GAJUS verlaten werd, en te regt. In dezen zie ik de Cassiaansche leer tot volkomenheid gebracht. Volgens hem bestaat de koop *quanti TITIUS aestimaverit*, indien de aestimatie door dezen gedaan is; billijk of onbillijk doet niets ter zake, aan zijne schatting hebben zij zich onderworpen. Heeft echter TITIUS den prijs niet willen of niet kunnen bepalen, dan kan aan den wil van partijen niet voldaan worden, dan is er geen contract, want

afhankelijk kan gemaakt worden terugkeerende, meen ik als Pandectenleer te mogen stellen.

Voor het eerste geval, dat de koopprijs van het *boni viri arbitrium* afhangt: dat dit geldt als eene zekere bepaling van den prijs. Voor het tweede geval dat de derde die den prijs bepalen moet, in het contract benoemd is, moet men twee onderdeelen onderscheiden, 1^{mo} dat terwijl één bepaald werd aangewezen, echter *boni viri arbitrium* daarmede bedoeld werd. Dit staat dan geheel gelijk met het eerste geval, en is evenzeer regts-geldig, hoewel voorwaardelijk. 2^{do} dat de benoemde uitsluitend als arbiter bedoeld werd. Dan is het contract, de koop voorwaardelijk, namelijk onder de voorwaarde, dat de derde, de benoemde arbiter, den prijs zal bepaald aan het oordeel van eenen anderen dan TITIUS, hebben de partijen zich niet onderworpen. Volgens letterlijke opvatting zal wel niemand de juistheid dezer redenering in twijfel trekken.

Toen later het scherpe verschil der scholen verdwenen was, komt mij natuurlijk voor, dat de juristen onderzochten wat de partijen met deze clausule bedoeld hadden, en dat zij in het eene geval zich aan PROCULUS, in het andere aan GAJUS aansloten en dat alzoo de Pandecten-leer is, zoo als verder door mij betoogd wordt. Alleen dit zij nog opgemerkt, dat zoo zij met de woorden *quanti TITIUS aestinaverit* een *boni viri arbitrium* bedoeld achtten, zij echter deze overeenkomst niet zuiver, zooals indien partijen zich in het algemeen door de woorden in het contract *secundum boni viri arbitrium*, daaraan onderworpen hadden oordeelden, maar dat zij dezelve steeds als voorwaardelijk beschouwden. Dit is zeer ligt verklaarbaar, daar men aan contracten met deze clausule, wel een verschillend regtsgevolg hechten wilde, maar ze niet als geheel verschillend van aard beschouwen konde. Ook laat het zich uit den tegenstand tegen de geldigheid dezer contracten verklaren, dat men algemeen niet zoo ver gaan wilde, om ze als onvoorwaardelijk aan te nemen. Zie behalve andere door mij aangehaalde plaatsen l. 7 pr. ff. *de Contr. Emt.* In deze wet zijn de woorden *veteribus placuit* zeer opmerkelijk. *Veteres* dat zijn de Juristen vóór AUGUSTUS. Zie DIRXSEN *Beitr. zur Kunde des R. R.* bl. 164 seq en de talrijke uit BRISSONIUS aldaar aangehaalde plaatsen. Het verdient opmerking, dat de herleiding tot het *boni viri arbitrium* van dergelijke gevallen, reeds van dien ouden tijd dagteekent. Het *aequum* volgens *boni viri arbitrium*, gold dus toen reeds als *iets bepaalds*.

hebben. Doet hij dit niet, dan is er geen contract. Men lette wel dat bij het *boni viri arbitrium* de overeenkomst niet voorwaardelijk is, maar pura: dit ligt in den aard der zaak, maar is bovendien in l. 1; § 1 ff. de leg. II (31) bepaaldelijk uitgesproken. «Quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod injectum legato, velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii» (*). Zoo stond derhalve het regt vast, maar voor de praktijk bleef eene onoverkomelijke moeilijkheid. Wie toch zoude uitmaken, of de derde, aan wien de prijsbepaling was opgedragen, of persoonlijk bedoeld was, en of men daarmede eene uitspraak van een goeden man bedoeld had. Tallooze gronden konden vast in ieder geval voor elk der gevoelens pleiten. Tot hoe vele bijkans onoplosbare processen moest dit niet aanleiding geven? Daaraan zijn wij de beslissing van JUSTINIANUS in l. 15 Cod. de Contr. E. et V. (4. 38) (†) verschuldigd. De

(*) Zulk een contract schijnt mij even weinig voorwaardelijk te zijn, als dat met de prijsbepaling, *quantum pretii in arca habeo*. Op beide zou ik niet aarzelen de woorden van JUSTINIANUS uit den tit. *Inst. de Verb. Obl.* § 6 toe te passen, «quae per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, etiamsi apud nos incerta sint.»

(†) Super rebus vendendis, si quis rem ita comparaverit, *ut res vendita esset, quanti TITUS aestimaverit* magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus: quam decedentes sancimus, cum hujusmodi conventio super venditione procedat, *quanti ille aestimaverit*, sub hac conditione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est, pretium definiat, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis, sive sine scriptis contractus celebretur: scilicet si hujusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit: sin autem, vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto: nulla conjectura (immo magis divinatione) in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes contractantes ad haec pacta venerint: quia hoc penitus impossibile esse credentes, per hujusmodi sanctionem expellimus.

Quod etiam in hujusmodi locatione locum habere censemus.

decisie betreft het door mij gestelde tweede geval, de verkoop met de clause, *quanti Titius aestimaverit*. De Imperator zegt niet, dat er verschil omtrent de regtsopvatting dezer clause tusschen de juristen bestond, maar dat zij tot groote moeilijkheid en twijfel aan vele beoefenaars der oude regtsleer had aanleiding gegeven (*magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus*). Dezen twijfel wil de Keizer opheffen. Hij bepaalt daarom, dat men in het vervolg niet meer zal onderzoeken, wat de partijen met de aanwijzing van den derden om den prijs te bepalen bedoelden; maar dat men het er steeds voor zal houden, dat deze persoon alleen en uitsluitend bedoeld werd, zoodat men de gewone regtsleer volgende, het contract voor gesloten houdt, zoo hij den prijs bepaald heeft; doch steeds voor niet bestaande, als hij dit niet doen wil of niet doen kan; alzoo zal men zich voor het vervolg bij zulk eene clause niet meer in gissingen te verdiepen hebben, (zoo onzeker, dat men met een ziensblik daartoe zou moeten gewapend zijn), of de partijen daarmede ook een *boni viri arbitrium* bedoeld hadden. De Keizer zegt dat hij deze bepaling maakt, omdat het ten eenemale onmogelijk is, dat te beoordeelen. En hij nam zeker hiermede eene vruchtbare bron van processen weg, en bewees daardoor eene groote dienst aan het publiek en aan het regt, en bezwaar had de bepaling niet, daar partijen zoo zij een *boni viri arbitrium* over den kooprijns wilden, dit slechts in het contract hadden uit te drukken: want de constitutie verbood alleen de clause, *QUANTI TITIVS aestimaverit*, als *boni viri arbitrium* uit te leggen, niet het *boni viri arbitrium* zelf. CUIACIUS en NOODT op de aangehaalde plaatsen, hebben mijns inziens dit voorbijgezien, en gemeend dat JUSTINIANUS elke prijsbepaling door derden, ook van den *bonus vir* in zijne constitutie had begrepen. Eene naauwkeurigelezing van dezelve zal, geloof ik, genoegzaam

zijn, om de door mij gegevene opvatting als de ware te verklaren. Noort komt ten gevolge dezer misvatting tot de onhoudbare en vreemde stelling, dat, zoo de prijsbepaling aan eenen *bonus vir* is opgedragen, er geen contract bestaat, maar wel, zoo zij is opgedragen, aan eene der partijen, b. v. aan den Heer of aan zijnen Procurator: doch hij vergeet, dat men voor dit laatste geval dat slechts leert, omdat zulk eene clause gelijk wordt gesteld met het *arbitrium boni viri*.

Cujacius ter aangehaalde plaatse is op dit punt, dat hij slechts ter loops behandelt, kort; beiden, hij en Noort, geven geen bijzondere reden voor hunne opvatting der decisie van Justinianus, die mij onjuist voorkomt, op. De eerste grond tot de dwaling werd reeds gelegd door Bartolus, die de woorden *alieno arbitrio* in l. 25 pr. ff. Loc. Conl. uitlegt, als te beteekenen, *secundum arbitrium incertae (in het contract niet benoemde) personae*, zoodat volgens hem, ook de prijsbepaling door een *bonus vir* was uitgesloten. De decisie van Justinianus gaf aanleiding tot vele moeilijkheden. Ook hier meende men, dat door den Keizer de uitspraak door goede mannen was uitgesloten. Paulus echter was daardoor niet bevredigd, en had op uitzonderingen in andere contracten gewezen. Accurcius voert er nog meer aan, onder anderen ook de door mij boven behandelde l. 7 ff. de Contr. Emt., zoodat op die wijze de regel weinig baatte, daar men in de leer van het koopcontract zelve uitzonderingen aannam.

Eene groote verwarring heerschte omtrent de vraag, of men zich steeds aan de uitspraak der benoemde scheidslieden, of zij billijk of onbillijk was, onderwerpen moest, Azo leerde, dat men daaraan steeds verbonden was, en dit was zeker omtrent de decisie van Justinianus volkomen juist; maar daar men die te ver uitbreidde, zag men in, dat men het gevoelen van Azo omhelzende, tot

groote onbillijkheid en strijd met sommige Pandecten-plaatsen komen zoude, en daarom meenden sommigen, dat men bij onbillijke uitspraak steer's zijne toevlugt tot andere scheidsmannen nemen konde, anderen alleen in het geval dat de benadeeling meer dan de helft bedroeg. Zoo leert ons ACCURSIUS.

Wel kwam nu de natuurlijke regtsopvatting tegen deze op dwaling gegronde leer der school op, en verklaart ons VINNIUS op de woorden *quanti ille aestimaverit* van § 1 J. J. de Emt. et Vend., dat volgens de *communis sententia* het *boni viri arbitrium* als genoegzame prijsbepaling gold, en dat het zoo door den Regter en in den handel werd toegepast. Wel vinden wij ook FACHINAEUS (Controvers. Jur. II. c. 1) onder de verdedigers van dat gevoelen. Onder de Juristen behield echter de leer der school de bovenhand, onder anderen ook door PINELLUS (ad l. 2 Cod. de Resc. Vend. p. 1. c. 1. n^o. 6), en door VINNIUS zelven op de aangehaalde plaats voorgestaan. CUIACIUS en DONELLUS op de reeds genoemde plaatsen bragten in die leer geene verandering. Haar zijn toegedaan behalve NOODT l. 1., VOET ad h. t. n^o. 23 en 24 en GLÜCK XVI, § 980. In den laatsten verdient het opmerking, dat door hem, de strijd waaraan JUSTINIANUS bij zijne decisie een einde maakte, vrij juist gesteld is. «Der dritte will oder kann den Preis nicht bestimmen. Hier war es unter den alten Juristen streitig, ab dennoch der Kauf gelte oder ungültig war.» Van deze meer juiste opvatting is echter door dien schrijver geene partij getrokken. POTHIER in zijne Pandecten is kort omtrent dit punt, en verwijdert zich niet van de gewone leer. In zijn *Traité du contrat de vente*, handelende over de *qualité du prix* n^o. 23—29, verdedigt hij echter het gevoelen, dat de bepaling van den koop prijs aan deskundigen kan worden overgelaten, dat, zooals het schijnt, ook na VINNIUS, in de praktijk gebruikelijk bleef. N^o. 25

lezen wij: «On peut vendre une chose pour le prix, qu'elle sera estimée par experts, dont les parties conviendront. Si, en ce cas, le prix n'est pas certain lors du contrat, il suffit, qu'il doive le devenir par l'estimation qui en sera faite. Quelques interprètes prétendent que ce contrat est un contrat *innominé*, qui donne lieu à l'action *praescriptis verbis*, et qui imite seulement le contrat de vente; mais ces subtiles distinctions de contrats ne sont point admises dans notre droit Français, et ne sont d'aucun usage dans la pratique.» Op deze laatste woorden van den uitstekenden Franschen Jurist is, dunkt mij, wel iets af te dingen, maar er blijkt genoegzaam uit, dat POTHIER zich hier aansluit aan de Fransche praktijk van zijne dagen, zonder dat hij hier deze fijne regtsvraag Romeinsch-regtelijk wil behandelen.

Ook indien verkocht is *voor de waarde* oordeelt POTHIER de koop geldig n^o. 26. «Il y a plus de difficulté, lorsqu'il est seulement dit, qu'on vend une chose *pour le prix, qu'elle vaut*. Néanmoins comme les conventions doivent être interprétées, *magis ut valeant, quam ut pereant*, les parties doivent être censées, par ces termes, être convenues du prix, que la chose sera estimée valoir par des experts dont elles conviendront, de même que dans l'espèce précédente.»

Ik heb POTHIER zelve laten spreken, om aan te toonen dat deze Jurist meer op natuurlijke regtovertuiging en algemeene gronden het heerschend gebruik verdedigt. De algemeene leer der Romanisten van zijnen tijd wederlegt hij niet. — Ook van de nieuwere Romanisten is mij geen bekend, die iets belangrijks omtrent deze zaak mededeelt.

Mogt het mij gelukt zijn eene juiste behandeling dezer stof te geven, dan kunnen wij de Justiniaansche regtsleer daaromtrent aldus zamenvatten. Bij het koopcontract

moet de prijs bepaald en een zekere zijn, dat is, van den wil van een der partijen onafhankelijk, en ontwijfelbaar. Aan partijen bekend en zelfs, in werkelijkheid reeds bepaald, behoeft de prijs echter nog niet te zijn. Hij kan van toekomstige omstandigheden afhangen, ook van de bepaling van derden, mits het dan zij de *billijke prijs*, volgens de uitspraak van goede mannen of deskundigen. In alle deze gevallen is er overeenkomst van koop en verkoop dadelijk en zuiver, hoewel de hoegrootheid van den prijs nog later moet bepaald worden. Niet alzoo indien de prijs door eenen bij het contract benoemden derden moet worden bepaald. Dan is koop voorwaardelijk, en hangt af van de daad van bepaling van dien derden. Heeft die niet plaats, dan is er geene verkoop. In dit laatste geval moet men zich onderwerpen aan de uitspraak van derden, al is deze ook onbillijk (*). In het eerste kan de regter in den geschatten prijs naar billijkheid wijziging brengen.

Deze Romeinsche regtsleer was de grondslag van de bepalingen van den Code Civil, zoo als de geheele codificatie omtrent contracten in den regel niet dan een uittreksel is uit het Romeinsche regstelsel. In het ontwerp, dat aan het Tribunaat werd ingediend (+), luiden de art. 1591 en 1592 aldus:

«Art. 1591. Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.

Art. 1592. Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers. »

Het eerste dezer artikelen werd onveranderd aangenomen en in onze wetgeving in de eerste al. van art. 1501 Burg. Wetb. vertaald: «De koopprijs moet door partijen worden bepaald.» Het is niets dan eene overneming

(*) Door de exceptio doli was men echter gewaarborgd tegen kwade trouw

(+) Zie de Conférences op deze art.

van den Romeinschen regtsregel, dat het *pretium certum* zijn moet. Geene afwijking of wijziging werd bedoeld, wij moeten dus de Romeinsche opvatting van dien regel overnemen, vooral daar deze volkomen rationeel is. Derhalve behoeft de prijs niet dadelijk bekend te zijn, zoo hij slechts ontwijfelbaar is vastgesteld. En evenzoo kan de bepaling van den prijs aan het oordeel van deskundigen worden overgelaten, dat men, als gelijk van waarde met het *boni viri arbitrium* in het Romeinsche regt, zal mogen opnemen.

Tegen het tweede dezer artikelen werd door het Tribunaat bezwaar ingeleverd. Het stelde voor het artikel aldus te wijzigen: « Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers expressément désigné par les parties. Si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente. » Als grond voor dit amendement werd opgegeven, dat er zulke groote moeilijkheden ontstaan konden, ingeval een derde was aangewezen om den prijs te bepalen. Er was twijfel wat er te doen stond, indien de aangewezene derde zijne benoeming niet wilde of niet konde aanvaarden. Men ziet het is dezelfde redenering, het zijn dezelfde gronden, die door JUSTINIANUS in zijne decisie gegeven werden. En hoewel de Fransche Tribunen de aanleiding tot hun amendement niet noemden (zoover mij bekend is), geloof ik dat MALLEVILLE zeer juist deze decisie als bron daarvan aangeeft. Deze decisie was, volgens dien schrijver (op art. 1592), door het Hof van Bordeaux toegepast en gold zeker voor de invoering van den Code Civil algemeen in Frankrijk (althans op het gebied van het *jus scriptum*). Het was dus niet vreemd, dat de Tribunen die bepaling in de wetgeving wilden behouden.

Gelijk bekend is, werd het artikel aangenomen, zoo als het geamendeerd was, alleen met weglating der woorden: *expressément désigné par les parties*, die men waarschijnlijk voor overbodig hield. Bij ons werd deze bepa-

ling vertaald in de 2de en 3de al. van art. 1501 B. W. :

«Dezelve kan echter aan eenen derden worden overgelaten.

«Indien die derde de begrooting niet wil of niet kan doen heeft er geen koop plaats.»

Aan art. 1592 C. C. en art. 1501 al. 2 en 3, B. W., moet men dus denzelfden zin hechten, als aan de beslissing van JUSTINIANUS, die alleen ziet op het geval, dat een derde, aan wien de bepaling van den koopprijs is overgelaten, in het contract door de partijen benoemd is.

Op vaststelling door deskundigen ziet deze wetsbepaling niet. Dit blijkt ook uit de woorden van het art. zelf, want «*si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation,*» «indien *die derde* de begrooting niet wil of kan doen» kan in gezonden zin slechts slaan op den hij contract benoemden derden. Dit kan geene betrekking hebben op het geval, dat men zich in het algemeen op eenen deskundige verlaat. Van eenen deskundige in het algemeen kan immers nimmer gezegd worden, dat hij eene begrooting niet kan of niet wil doen. — Nog duidelijker blijkt (indien men nog meer bewijs verlangt), dat ook PORTALIS (*) het artikel zoo opvatte, daar hij in zijn discours voor de wetgevende vergadering dit omschrijft met de woorden: «*Mais la vente est nulle si ce tiers refuse la mission qu'on lui donne.*» Bepaald *ce tiers* kan niet anders zijn, dan de *tiers nommé dans le contrat.*

(*) *Code Nap. et motifs. Discours*, VI. bl. 7. ed. FIRMIN DIDOT, 1808.

Zie hier de omschrijving van art. 1592 in zijn geheel, uit het discours uitgesproken 7 Vent. XII:

«*La nécessité de stipuler un certain prix n'empêche pourtant pas, qu'on ne puisse s'en rapporter à un tiers, pour la fixation de ce prix. Mais la vente est nulle, si ce tiers refuse la mission, qu'on lui donne, ou s'il meurt avant de l'avoir remplie. Une des parties ne pourrait exiger qu'il fût remplacé par un autre.*»

De verdere toelichting is onbeduidend en doet niets ter zake.

Themis, D. II, 4de stuk [1855].

Nog ééne vraag blijft mij ter behandeling over. Indien partijen zijn overeengekomen, dat de koper het gekochte zal betalen volgens marktprijs, is dan de prijs genoeg bepaald, bestaat er dan koop? Op gebied van Romeinsch regt is mij geene wet bekend, die deze vraag behandelt: Ik zou echter zeer overhellen om met VIENIUS (*) dit als voldoende bepaling aan te nemen. Deze schrijver vermeldt eerst de clause *justum pretium*, en oordeelt, dat dit als prijsbepaling gelden moet voor die waren, waarvoor de prijs bij de wet bepaald is (†). Vervolgens past hij dit ook toe op zaken, die eenen vasten koers hebben (*pretium quo communiter talis res vendatur in foro Publico*). Ik zie ook geene reden waarom men zulk eene prijsbepaling niet zou toelaten, het is waar, de toekomstige markt- of beursprijs is op het oogenblik van het sluiten van het contract nog onbekend, maar die prijs is toch onafhankelijk van den wil der partijen; daarbij het is niet twijfelachtig, wat de partijen bedoelden. De beursprijs is bepaald. Mogt er voor enkele gevallen twijfel zijn, deze kan steeds worden opgelost niet altijd door den regter, maar dan door deskundigen, en in dat geval is de clause teruggebracht tot hetgeen Romeinsch-regtelijk *boni viri arbitrium* was. Vooral op dezen grond verklaart ook POTHIER, in veel wijderen omvang, de verkoop *voor de waarde* geldig, ter boven aangehaalde plaatse (§).

(*) Ter aangehaalde plaatse der Just. op de woorden *certum esse pretium debet*. Hij volgt hierin het gevoelen van vele oude regts-doctoren.

(†) In het Romeinsche Keizerrijk was dit zeer gewoon. Een belangrijk gedeelte van zulk eene prijsbepaling bezitten wij in een fragment van een *EDICTUM DIOCLETIANI DE PRETIIS RERUM* van het jaar 303, te Stratonice in 1709 opgegraven, te vinden onder anderen bij SPANGENBERG, *Monumenta Legalia quae collegit* HAUBOLD. p. 248.

(§) Eenigzins staat hiermede in verband de verkoop, voor den prijs waarvoor de bureu verkoopen zullen, vooral naar de wijze, waarop POTHIER

Na deze uitlegging van art. 1501, mogen wij het zoo- genoemde beleeningscontract als een geldig koopcontract verklaren. Want de koopprijs wordt daarin steeds aan het oordeel van deskundigen overgelaten, of geregeld door den beursprijs. Het laatste behoeft geene verdere verklaring, aangaande het eerste is nog een punt te behandelen. Want in het gewone formulier wordt niet alleen de prijs aan het oordeel van deskundigen overgelaten, maar er wordt ook bepaald, dat de partijen die deskundigen binnen vier en twintig uren zullen benoemen. Men vraagt, wat regtens is, zoo zij niet benoemd worden. Voor de beantwoording heeft men te onderzoeken, wat die clause van benoeming in het contract beteekent, en welke de aard van het contract is. De effecten zijn verkocht voor den prijs, zoo als die door deskundigen zal geschat worden, dat is voor eenen bepaalden prijs, dat is de juiste ruilingswaarde op eenen bepaalden tijd, het *justum pretium*, een begrip op zich zelf en onafhankelijk van de meening van bepaalde personen. De verkoop bestaat dus dadelijk, en het contract is niet afhankelijk van eene opschortende voorwaarde,

die oplost, n°. 28. « C'est une manière de vendre fort usitée dans notre Province d'ORLÉANAIS, que de vendre le vin de sa récolte aux prix que les voisins vendront le leur.

« Ce contrat est valable; car le prix, quoique incertain lors du contrat, deviendra certain par la vente que feront les voisins; et il ne sera pas moins certain, quoique les voisins vendent à différens prix; car les parties sont censées être convenues en ce cas du prix moyen entre ces différens prix. » Of men vooral bij bepaling van den beursprijs, den gemiddelden zal moeten nemen, schijnt mij zeer twijfelachtig. Zoo kan in het begin van den beurstijd een koop voor zeer hoogen of lagen prijs gesloten zijn, terwijl alle latere verhandelingen voor eenen vasten prijs plaats hadden. Men zou dan door het midden te kiezen, zeer slecht *den beursprijs* terug geven. Vele bijzondere gevallen zijn hier denkbaar. De koopman en de makelaar zal daarover een juister oordeel kunnen vellen dan de Jurist, en de regter zal derhalve voorzigtig handelen, bij twijfel het oordeel van deskundigen in te roepen.

de benoeming der deskundigen. De bepaling dat zij benoemd zullen worden, is dus een accessoir in de overeenkomst, het stelt eene bijkomende verbindtenis daar; zoo een der partijen in gebreke blijft daaraan te voldoen, zal hare nalatigheid moeten hersteld worden, dat is, zij zal zelve eenen deskundige later moeten benoemen, of hij onwil zal de regter dit voor haar doen, en zij zal de kosten, die daarop vallen, moeten dragen. Het is zelfs geen bezwaar, dat de benoeming der beide makelaars aan den verkooper is opgedragen. Het contract bestaat immers van het oogenblik dat het gesloten is, af. Bij nalatigheid zal men ook in dit geval de benoeming door den regter vragen. Bij benoeming in het contract zelve zou dit anders zijn, en zou het contract zijn opgeschort, tot dat de voorwaarde, prijsbepaling door de benoemde makelaars, had plaats gehad.

Ook de overige voorwaarden van het gebruikelijke contract, hebben, zoo als door Mr. MEES reeds zeer juist is opgemerkt, niet het minste bezwaar. Partijen mogen immers bedingen, dat het gevaar van het verkochte goed voor rekening van den verkooper zal blijven, dat de koper de vruchten der verkochte zaak aan den verkooper zal uitkeeren, dat de koper een voorschot, vermoedelijk met den koopprijs gelijkstaande, geven zal, dat dit naderhand met den koopprijs zal gecompenseerd worden. Even weinig moeilijkheid is er in de bepaling, dat de verkooper, bij daling der effecten, reeds vóór drie maanden verlopen zijn, van zijn regt van wederinkoop moet gebruik maken, nadat hij bij exploit is aangemaand om dat te doen, of om een bepaald gedeelte van het voorschot terug te geven. Geen dezer bedingen is tegen de openbare orde of tegen de zeden, en kan evenmin den aard van het contract zoodanig wijzigen, dat het daardoor ophoudt koop en verkoop te zijn.

Zoo kan derhalve het koopcontract bij zoogenoemde

beleening op effecten letterlijk opgevat en stiptelijk nagekomen worden. Vele moeilijkheden en praktische bezwaren zijn daarmede opgeheven, en de partijen zullen zonder omwegen eenvoudig verkrijgen, wat zij bedoelden en uitdrukten in de overeenkomst. Bij faillissement is de geldschieder, zonder den omslag van voorafgaande tot niets dienende benoeming en schatting door makelaars, zoo als billijk is, voor zijn voorschot gewaarborgd, daar hij werkelijk eigenaar is der in zijn bezit gestelde effecten. De failliete massa zal van het regt van wederinkoop afstand kunnen doen of gebruik maken, naardat zij voordelig zal oordeelen. Naar mij voorkomt zijn alle moeilijkheden omtrent dit zeer gebruikelijke contract verdwenen, indien de door mij gegevene uitlegging van art. 1501 B. W. de ware is. Door eenvoudigheid zal zij zich aanbevelen. Indien men haar aannemelijk vindt, zal men inzien hoe noodig eene naauwkeurige kennis van elken onzer regsregelen is, en hoe men anders zich in vele omslagtige kronkelpaden van allerlei dwalingen verliezen kan. Mr. LIPMAN (*), houdt het zoogenoemd beleeningscontract voor een *simulatum*, zonder te bedenken, dat men geene enkele bepaling in het contract kan aantoonen,

(*) *Burg. Wetb.*, bl. 354. Bij arrest van 2 Dec. 1847 (*Regt in Nederl.* 1847, bl. 346, aangehaald door Mr. MEES en Mr. MOLSTER) van het Hof van Noordh., werd dit gevoelen omhelsd. Het Hof oordeelde, dat van prijsbepaling door verkoop op de beurs of door benoemde makelaars, *noch het een noch het ander had plaats gehad, en dat er dus geen koop was tot stand gekomen*, en in zoover was dit juist, dat er vóór die bepaling geen eindvonnis tot betaling van den koopprijs konde gegeven worden. Maar het contract was en bleef toch koopcontract, en men konde tot de prijsbepaling geraken.

Door Mr. MEES is zeer juist aangetoond, dat het zoogenoemde beleeningscontract, niet als pandcontract gelden kan, daar het de zekere dagteekening mist, en de vorm niet moet beoordeeld worden naar hetgeen is voorgewend (hier dus koopcontract), zooals door Mr. OPZOOMER in strijd met de Fransche rechtspraak is aangetoond, *Burg. Wetb.*, III, bl. 9.

die partijen niet zouden gewild hebben, dat er geene enkele bepaling in staat, waarmede de partijen in strijd met de werkelijkheid eenen valschen schijn gaven, zooals indien de partijen eene kleine uitkeering door den begiftigde, in strijd met de waarheid, koopprijs noemen. Een beroep op den titel *Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur*, Cod. IV. 22, is vruchteloos, want men moet aannemen, dat in al de daar gestelde gevallen bewezen was, dat de partijen, iets anders bedoelden, dan zij geschreven hadden, wat hier ontbreekt. Waarom zouden partijen door contract van koop met wederinkoop, niet een gevolg mogen bereiken, soortgelijk aan pand?

Dikwijls hoort men aanvoeren, dat het contract als steunende op algemeen gebruik en usantie moet gelden (*). Dit gevoelen is wel het minst aannemelijke

(*) Bij vonnis der Arr.-Regtb. van Leijden, in Sept. 1848, *W.* n^o. 978, van de Arr.-Regtb. van Amsterdam, 16 Febr. 1849, *W.* n^o. 1010. Arrest van het Prov. Hof van Zuidh., 27 Julij 1849, *W.* n^o. 1040, wordt het prolongatie-contract stilzwijgend als wettig bestaande aangenomen.

Het laatste arrest wijst bepaaldelijk op de usantie:

«O., dat de aard en het gebruik van de prolongatie-contracten vorderen, dat tot waarborg van den geldschieder een surplus op de verstrekte waarde wordt bijgevoegd, en bij daling van die waarde steeds wordt aangezuiverd.» De geldigheid van het prolongatie-contract aangenomen zijnde, konde die verwijzing naar usantie, om daaruit de genoemde verplichtingen af te leiden, volstrekt niet te pas komen, want juist die verplichtingen is men gewoon in het prolongatie-contract op te nemen. Het schijnt mij daarom toe, dat men in deze woorden naar den aard en het gebruik verwees om daarop de regtgeldigheid van het contract te gronden.

Door Mr. MOLSTER, *Geld en fondsenhandel*, bl. 108, wordt nog een arrest van Noordh., 14 Febr. 1850, *W.* n^o. 1156, als stilzwijgend het prolongatie-contract aannemende, aangehaald.

Het komt mij echter voor, dat het Hof in dat arrest deze zaak niet aanroert, en dat het ook in het stelsel van het Hof niet te pas kwam, om er over te spreken.

van allen. Men schuilt dan achter algemeene termen, ten einde streng regtskundige oordeelvelling te ontgaan. Doch wat baat dat beroep op usantie? Hoe zal de usantie gelden? als gewoonteregt? Dan moest de wet zijn aangewezen, die er naar verwijst. Of als vermoedelijke bedoeling der overeenkomende partijen? Dan moet toch eerst het karakter dier overeenkomst vaststaan, om niet in het blinde rond te tasten.

Anderen en hieronder behoort ook Mr. MEES willen dit contract, als belofte tot verkoop laten gelden, dat dan volgens dezen schrijver bij de overdragt der effecten in eigendom aan den kooper, in werkelijke koop en verkoop zou overgaan. Eene dergelijke *metamorphose* van overeenkomsten is mij onbekend. Aangenomen dat het zoogenoemde beleeningscontract geen koop en verkoop is, was wel de beschouwing van den schrijver mijns inziens juist, dat het dan niet anders konde gelden, dan als *contractus innominatus*, waarin voorwaardelijk belofte tot verkoop gedaan werd; maar het zou ook nimmer koopcontract worden, en steeds *contractus innominatus* blijven.

Hij is hierin geheel eenstemmig met Mr. DIERHUIS VII n^o. 70. Op één punt waar hij verschilt, zou ik aan dezen laatsten de voorkeur geven. Mr. MEES oordeelt, dat al. 2 van art. 1501 eene uitzondering daarstelt op al. 1 van dat art., en dat men daarom die al. strikt moet uitleggen. De onjuistheid daarvan, schijnt door den geleerden DIERHUIS gevoeld te zijn, al is hij minder gelukkig gelukkig geweest, om dit uit te drukken n^o. 66. Wij gelooven, dat men juist dit artikel zou kunnen aanhalen, als voorbeeld, welk een misbruik van den regtsregel *exceptiones sunt strictae interpretationis* kan gemaakt worden. Deze regel geldt eigenlijk slechts voor het bijzondere regtsmiddel, de exceptie, waardoor men zich tegen eene regtmatische regtsvordering verweren

kan (*). Dezelve verder toe te passen is zeer gevaarlijk. Op dit art. meen ik te hebben aangetoond, dat de eerste al. niets is, dan de Romeinsche regtsregel, reeds door LABEO voor verkoop gevorderd, dat het *pretium certum* zijn moet; en de tweede al. de opneming der decisie van JUSTINIANUS. Zou het eenen Romein in het hoofd hebben kunnen komen, om het een meer strikt uit te leggen, dan het ander? Waarom zouden wij het dan doen, die niets deden en wilden, dan hun regt overnemen?

Ook bij de Fransche Juristen is omtrent de uitlegging van art. 1592 verdeeldheid, zelfs eenige verwarring. Het voetspoor van POTHIER volgende, verklaren DELVINCOURT (†) en DURANTON (§), de prijsbepaling door twee deskundigen, door partijen te benoemen, geldig voor het koopcontract; de laatste voegt hierbij, dat het koopcontract bestaat, zoo de twee alzoo benoemde deskundigen den prijs bepaald hebben, doch dat, bij ontstentenis daarvan, geen ander weder door partijen of bij gebreke daarvan door den Regter benoemd mag worden. Dit laatste werd ook aangenomen en bevestigd door de regtspraken, een arrest van LIMOGES 4 April 1826 (***) en van TOULOUSE 5 Maart 1827. Door ZACHARIAE is

(*) Zelfs zou men den regel niet op alle exceptiën in ons regt kunnen toepassen. Het begrip van exceptie, formeel genomen, is bij ons van veel wijderen omvang dan in het Rom. regt, zooals zeer juist is aangetoond in een stukje van Mr. J. G. A. FABER, *de leer der exceptiën*. Op al wat materieel genomen exceptie is, zal men ook dezen regel mogen toepassen.

(†) II. p. 125.

(§) L. III. t. 6. n^o. 114.

(**) Beide arresten zijn te vinden bij SYRÉY, XXVII. 2. 10 en 125 en bij DALLOZ, XXVII. 2. 19 en 103. De regtspraak werd er echter nog niet mede gevestigd, want 18 Nov. 1831, besliste de *Cour Royale de Paris*, dat men bij ontstentenis van bepaling van prijs door den derden, enen anderen daartoe benoemen konde, *lorsque l'appréciation n'exige pas des connaissances spéciales*.

dit geheele gevoelen van DURANTON overgenomen (*).

TROPLONG (+) is het gevoelen, dat door den Regter geen deskundige bij ontstentenis van bepaling door den benoemden, kan worden aangewezen, niet twijfelachtig toegedaan n^o. 156. «La négative est certaine, à moins que la volonté des parties de se soumettre à un arbitre nommé d'office ne résulte positivement de la convention.» Volgens den wil der partijen wil hij het dus hier hebben toegelaten. Hiermede is eevigzins in strijd, dat hij in het volgende n^o. 157 geene prijsbepaling door derden, deskundigen door partijen en bij gebreke van dien door den Regter te benoemen, wil hebben toegelaten. Hij oordeelt dat «les textes Romains supposent toujours, que le tiers a été nommé dans le contrat de vente (§).» De l. 16 § ult. ff. *de Pign.* (20. 1), die hiermede in strijd is, verklaart hij dan op het voetspoor der oude Juristen, waarvan hij Voer aanhaalt, als eene uitzondering alleen bij het pandregt. Ook de bepaling *justo pretio* verklaart hij niet geldig n^o. 159.

Men ziet er heerscht eenige verwarring (**). Had men

(*) P. II. L. I. § 349, bl. 390, ed. AUBRY et RAU.

(+) Op Art. 1592, n^o. 153—159.

(§) Ik geloof tot het tegengestelde geregtigd te zijn, dat bijna overal de op dit onderwerp betrekkelijke fragmenten, de regts geldigheid van het bepalen van den prijs in het algemeen *door goede mannen* onderstellen. Zie de boven aangehaalde plaatsen.

(**) GRÉNIER, Orateur du Tribunaal, meende dat de prijsbepaling niet aan meer, maar slechts aan éénen derden kon worden opgedragen. TROPLONG n^o. 155 oordeelt, «cette opinion tellement erronée, qu'il est inutile de la refuter. On voit avec quelle défiance il faut adopter les assertions des orateurs du gouvernement.» Wel te regt maakt hij deze opmerking; eene onzinniger opvatting, dan die van GRÉNIER is wel niet mogelijk; toch bemoeijen zich de Fransche Juristen met de wederlegging daarvan. DURANTON, n^o. 113, gaat zelfs zoover het eene halve bladzijde beslaande stuk uit deze redevoering mede te deelen, en stilzwijgend er zijne goedkeuring aan te hechten.

de Romeinsche regtsleer juist ingezien, dan had al die strijd niet bestaan. Men zou dan tot het eenvoudige besluit gekomen zijn, dat zoo de deskundigen bij contract benoemd zijn, de Regter geene anderen in hunne plaats vermag te benoemen, doch dat partijen zich ook aan het oordeel van deskundigen in het algemeen kunnen onderwerpen, die door hen zelve of door den Regter moeten benoemd worden (*).

Bij ons verklaarde MOLSTER, *Bepalingen van wet en regt omtrent den geld en fondsenhandel*, bl. 104 seqq., ons gebruikelijk beleenings-contract niet geldig als koopcontract, doch op gronden, die reeds voldoende door Mr. MEES, hoewel hetzelfde gevoelen toegedaan, wederlegd zijn.

Het wordt als zoodanig geldig erkend, door Mr. SCHULLER en Mr. VERNEDE, op art. 1501. Deze beide schrijvers

(*) Reeds was dit geschreven, toen ik dezelfde oplossing bij MARGADÉ vond. De tegengestelde leer wordt door dezen schrijver niet wederlegd. Zijn gevoelen, in korte en bondige taal vevat, is echter der vermelding waardig. Op art. 1592. II, lezen wij:

« Ce qu'il faut, c'est que les parties se soient suffisamment liées pour que le prix puisse être ultérieurement déterminé sans un nouvel acte de leur volonté, et en conséquence du consentement dès à présent donné par elles. Si, par exemple, après que les parties ont dit, que la vente est faite pour un prix, *dont elles conviendront plus tard* (ce qui ne suffirait pas, puisque cette phrase ne les lie pas) elle ajoutaient: *ou qui sera fixé, en cas de désaccord, par un expert désigné par elles ou par le juge de paix du canton*, il est clair que la vente existerait, puis qu'il n'est plus au pouvoir des parties d'empêcher que la fixation soit faite. Le résultat serait le même, si, sans s'expliquer aussi catégoriquement, les parties avaient cependant manifesté cette idée de s'en rapporter au besoin à la justice pour la désignation d'un ou de plusieurs experts; mais, quand rien n'indiquerait ce consentement, la fixation ne pourra se faire que par l'expert ou les experts, qu'auront désignés les parties; et si l'un d'eux refuse, meurt ou se trouve dans l'impossibilité de faire l'estimation, la vente n'existera pas, la condition dont elle dépendait, ne se réalisant pas. »

Welligt is dit gevoelen vooral geground op het aangehaalde arrest van 18 Nov. 1831.

zijn kort echter op dit punt, en geven geene nieuwe gronden. Even weinig vond ik iets der vermelding waardig in de meer omslagtige behandeling van dit onderwerp bij Mr. ZUBLI, *Beleening- en prolongatiecontracten*, bl. 46 seqq. De schrijver bedoelde daarmede ook zeker meer eene practische handleiding, dan eene wetenschappelijke behandeling. Ik heb getracht de door hem voorgestane meening, dat dit contract als koopcontract gelden kan, door wetenschappelijk gronden te staven en tevens het bewijs te leveren, dat naauwgezette studie van de Romeinsche regtsbronnen, voor de kennis van ons hedendaagsche regt onontbeerlijk is, zelfs ter beoordeeling van contracten uit onzen handel, die den Romeinen ten eenemale onbekend waren. Indien ik in mijn betoog niet ongelukkig mogt geslaagd zijn, geloof ik ook geen ondienst aan de praktijk en den handel bewezen te hebben. Dan zal het gevoelen van den handel, tegenover de leer der school eeuwen lang gehandhaafd, ook op gronden van wetenschap voor den jurist vaststaan, en dan zal men zich, bijzonder in de zoogenoemde beleeningscontracten, veilig van den gewonen vorm kunnen bedienen. Zelfs de wijzigingen, door Mr. ZUBLI voorgesteld, die eenigzins wantrouwen in zijn eigen stelsel verraden, zou ik den handel niet raden in de formule op te nemen. Naar mij voorkomt, voldoet de thans bestaande vorm aan de behoefte; alleen, zoo men weder nieuwe formules laat drukken, zou men er de bepaling, dat de deskundigen binnen vier en twintig uren na het sluiten van het contract zullen benoemd worden, uit kunnen laten, daar dat toch nimmer gebeurt. Zoo als ik opmerkte, gevaar heeft die bepaling niet, maar zij is geheel overbodig. Het ware juist er voor in de plaats te zetten, dat de prijs bij verschil zal bepaald worden door deskundigen binnen tweemaal vier en twintig uren na aanmaning, nadat uitdrukkelijk of

stilzwijgend van het regt van wederinkoop zal zijn afstand gedaan, door partijen en, bij gebreke daarvan, door den regter te bepalen.

BIJLAGE.

FORMULIER VAN HET GEBRUIKELIJKE BELEENINGS-
CONTRACT OP EFFECTEN.

De Ondergeteekenden
wonende ter eenre
en
wonende , ter andere zijde

Verklaren met elkander overeen gekomen te zijn en bepaald te hebben omtrent den koop en verkoop der hier onder te noemen effecten, hetgeen volgt:

De Ondergeteekende ter eenre heket bij dezen te hebben verkocht aan den Ondergeteekende ter andere zijde, gelijk de Ondergeteekende ter andere zijde bekent gekocht te hebben van den Ondergeteekende ter eenre, de navolgende effecten, als :

en wel op maanden na dato dezes, mitsgaders tegen zoodanigen prijs, als dezelve effecten, alsdan door twee gezworen makelaars, van wederzijden één, of de Ondergeteekende ter eenre van zijne zijde, daarin nalatig blijvende, na verloop van vierentwintig uren eerstkomende, beiden door den Ondergeteekende ter andere zijde te benoemen, getaxeerd zullen worden; ofte wel, indien de Ondergeteekende ter andere zijde mogt goedvinden die binnen den tijd van drie dagen na het einde van voorschreven maanden, ter beurze, door een' gezworen makelaar te verkoopen, tegen zoodanigen prijs, als dezelve in dat geval daarvoor zuiver, en na aftrek van alle onkosten zal kunnen bekomen, en voorts op de navolgende conditiën en voorwaarden, als

1°. De voorschreven effecten, zullen dadelijk door den Ondergeteekende ter eenre aan den Ondergeteekende ter andere zijde uitgeleverd worden, en deze uitlevering gedaan zijnde, zal de Ondergeteekende ter andere zijde aan den Ondergeteekende ter eenre op rekening van den eventuelen koopprijs voorschieten de somma van Guldens.

2°. De Ondergeteekende ter eenre zal aan den Ondergeteekende ter andere zijde voor dit voorschot op den koopprijs interessen betalen, gerekend tegen pro cent in 't jaar. Daarentegen zullen alle de renten, tot den vervaltijd van dezen koop en verkoop toe, op de voorschreven

effecten, vallende, ten profijte van den Ondergeteekende ter eenre zijn en blijven.

3°. De Ondergeteekende ter eenre behoudt en bedingt voor zich, tot den vervaltijd van dezen koop en verkoop toe, het regt van naasting of wederkoop: en dienvolgende zal het hem vrijstaan, om, tot dien tijd toe, elken dag, wanneer hij zulks begeert, tegen dadelijke teruggave aan den Ondergeteekende ter andere zijde van deszelfs gedaan voorschot met den vollen intrest tot den bedongen vervaltijd toe, en de kosten, de voorschreven effecten, weder op te eischen, en naar zich te nemen; des zal het rembours in allen gevalle in eener somma voluit moeten geschieden, en dadelijk bij de gedane naasting, zoo die vroeger heeft plaats gehad, of, dezelve niet vroeger zijnde geschied, alsdan uiterlijk 's daags voor den vervaltijd van dezen koop en verkoop, geëffectueerd moeten zijn ter woonstede van den Ondergeteekende ter andere zijde, in klinkenden gelde.

4°. De Ondergeteekende ter eenre binnen den voorschreven tijd van zijn regt van wederkoop geen gebruik hebbende gemaakt, zullen alsdan de voorschreven effecten, het onherroepelijk eigendom van den Ondergeteekende ter andere zijde worden en blijven. De Ondergeteekende ter andere zijde zal alsdan aan den Ondergeteekende ter eenre betalen, hetgeen hij aan denzelven, per resto van den koopprijs, gefixeerd op eene van de twee manieren hierboven bepaald, en ter keuze van den Ondergeteekende ter andere zijde gelaten, mogt schuldig zijn, en, zoo het bij de uitkomst mogt blijken, dat hij aan den Ondergeteekende ter eenre, daarop eene meerdere somma, dan het bedragen daarvan, had voorgeschoten, zal dezelve dit meerdere aan hem dadelijk restituëren en vergoeden. In gevalle de koopprijs niet naar het zeggen en de tauxatie van de daartoe, als boven, te benoemen gezwoeren makelaars, maar naar het zuiver rendement van de voorschreven effecten, wordt geregeld, (de Ondergeteekende ter andere zijde namelijk hebbende verkozen, om dezelve niet aan te houden, maar ter beurze door een' makelaar te doen verkoopen) worden de interessen van het voorschot gerekend tot den dag toe, dat de Ondergeteekende ter andere zijde daarvan met het ontvangen der kooppenningen van zijnen koper voldaan is geworden.

5°. In het geval dat de voorschreven effecten, voor zooverre dezelve courant zijn en blijven naar uitwijzen van den prijs, die daarvan telken beurs-dag wordt genoteerd, en, veor zoo verre dezelve incourant zijn of worden, ten zeggen en op tauxatie van twee gezwoeren makelaars, als boven te benoemen, in den loop der maanden, waarop deze koop en verkoop is gesloten, tot beneden de pro cent hoven het daarop gedaan voorschot mogten komen te dalen zal het aan den Ondergeteekende ter andere zijde vrijstaan, aan den Ondergeteekende ter eenre bij

exploit van eenen deurwaarder te doen aanzeggen, om, het zij binnen maal vierentwintig uren eerstkomende, van zijn bedongen regt van wederkoop gebruik te maken, of, ten minste aan den Ondergeteekende ter andere zijde zoodanig gedeelte van het gedaan voorschot terug te geven, als hij noodig zal hebben, om procent waarde boven hetzelfde voorschot in handen te houden. Noch het een, noch het ander binnen den voormelden tijd van maal vierentwintig uren eerstkomende doende, zal de Ondergeteekende ter eenre dadelijk, en van dat oogenblik af, van het voormeld zijn regt van wederkoop verstoken zijn, de primitive tijd, waarop deze koop en verkoop is geschied, zoo veel gerekend worden te zijn vervroegd, en dienvolgende zullen de voorschreven effecten, van dien tijd af dadelijk het onherroepelijk eigendom van den Ondergeteekende ter andere zijde worden en blijven voor dien prijs, welken denzelven alsdan op den voet, zoo als bij den aanvang van dit contract is gezegd, zullen blijken te gelden. Waarna ook dadelijk de finale liquidatie en vereffening deswege zal plaats hebben, waarvan hiervoren gesproken is.

6°. Eindelijk is nog geconvenieerd, dat alle periculen of schaden, welke er tot den primitiven of eventuelen vervaltijd van dit contract van koop en verkoop aan de voorschreven effecten, door eenig cas fortuit, en buiten schuld of toedoen van den Ondergeteekende ter andere zijde, mogten overkomen, voor rekening en risico van den Ondergeteekende ten eenre zullen zijn.

Eu bekennen de Ondergeteekenden ter eenre en andere zijde, te weten, de Ondergeteekende ter andere zijde, de meergemelde effecten, ten gevolge en op den voet van dit contract bij het teekenen dezes uit handen van den Ondergeteekende ter eenre te hebben ontvangen, en de Ondergeteekende ter eenre gelijkelijc en op zijne beurt, uit handen van den Ondergeteekende ter andere zijde te hebben ontvangen de hiervoren gemelde somma van guldens, aan hem, als is vermeld, door den Ondergeteekenden ter andere zijde op den koopprijs daarvan verstrekt en voorgeschoten, waarvan deze over en weër is strekkende tot quitantie en bewijs.

Verbindende voorts de Ondergeteekenden ter eenre en andere zijde zich tot de geheele en getrouwe nakoming dezes, als ingevolge de Wet.

En zijn hiervan gemaakt, en ter wederzijde geteekend twee eensluitende afschriften.

Gedaan in den
des jaars achttien honderd (*)

(*) Het beleenings-contract voor *goederen* is hiermede bijna gelijkluitend en heeft regts dezelfde waarde.

ROMEINSCH REGT.

Schets der possessoire regtsvorderingen van het Romeinsche regt, in eene reeks van opstellen (2de vervolg); door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage.

REGTSMIDDELEN TOT BEHOUD VAN HET BEZIT.

Interdicta prohibitoria.

I.

INTERDICTUM UTI POSSIDETIS (1).

A.

Directum.

§ 1.

Procédure.

Beide partijen, hetzij vrijwillig (2), hetzij de eene door de andere behoorlijk opgeroepen, verschijnen voor den praetor, die een verbod (interdictum prohibitorium) uitspreekt van den volgenden inhoud (3).

«Ik verbied u elkander te storen in het bezit der zaak

(1) D. *Uti possidetis*. (43. 17.) *C. eod.* (8. 6.) v. SAVIGNY, § 38, (486—493.) ALBERT. *Ueber das interdictum uti possidetis der Römer.* (HALLE, 1824.) KELLER. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft.* XI. 287—333. RUDORFF. *Ebendasselbst.* 333—361. BRUNS. § 6. (38—62.) SCHMIDT. 49—65.

(2) Dit schijnt het meest gewone geval te zijn geweest. THEOPH. ad pr. *J. de Interd.* (4. 15.)

(3) *Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, quod nec vi nec clam, nec precario alter ab altero ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.* FESTUS in v. *possessio*. 233. *Uti (nunc) eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.* L. 1 pr. D. *h. t.* GAT. IV. § 160. PAUL. *R. S. V.* VI. § 1. L. *un. C. h. t.* § 4. *J. de Interd.* (4. 15.)

« in geschil, gelijk gij, over en weder, bezit hebt, zonder « het, de een van den ander, hetzij met geweld, hetzij « heimelijk, hetzij ter bede, te hebben verkregen.»

Dit verhod blijft van kracht gedurende een *annus utilis* (4). Als de zaak binnen dien termijn vervolgd wordt, begint men met uit te maken wie van beiden, hangende het geschil, het genot der zaak hebben zal. Het wordt toegewezen aan den meest biedende (*fructus licitatio*) (5). De verkrijger moet zich, voor het geval dat hij het proces verliest, door stipulatie, *fructuaria stipulatio*, verbinden om, overminderd zijne verpligting tot teruggave der zaak en der inmiddels genoten vruchten, bovendien aan de tegenpartij, als zuivere winst of straf (*poena*), den geboden prijs (*licitationis summa*) uit te keeren (6).

Na deze toewijzing van het provisioneel bezit gaat men over tot het sluiten der sponsiones die ter voorbereiding van het eigenlijk geding strekken.

A. stipuleert van B., dat deze hem eene zekere som gelds zal betalen, indien niet blijkt, dat hij A. tegen het edict des praetors gezondigd heeft.

B. restipuleert gelijke som van A., indien wel blijkt dat deze tegen het edict des praetors gezondigd heeft.

Op gelijke wijze stipuleert B. van A., dat deze hem eene dergelijke som zal geven, indien niet blijkt, dat hij B. tegen het edict des praetors gezondigd heeft, en restipuleert A. dezelfde som van B. voor het tegenovergestelde geval (7).

(4) L. 1 pr. D. h. t. KELLER. 303. Anders HUSCHKE. GAIVS. Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen 195—199. (LEIPZIG. 1855).

(5) GAL. IV. § 166.

(6) GAL. IV. § 167.

(7) GAL. IV. § 166. welke plaats volgens HUSCHKE. Zeitschr. f. gesch. R.-Wssch. XIII. 334. dus moet worden gelezen: postea alter alterum sponsione provocat: si adversus edictum praetoris possidentibus nobis (of, gelijk HYPOTH. 355. wil, possidenti sibi) vis facta est; et invicem ambo restipu-

Er worden alzoo in het geheel vier verbindtenissen aangegaan: twee hoofdovereenkomsten (stipulationes) en twee tegenovereenkomsten (restipulationes). Uit iedere dezer verbindtenissen ontstaat eene zelfstandige regtsvordering, zoodat men eigenlijk ook vier processen krijgt, en iedere partij in twee dezer processen de rol van eischer, in de beide anderen die van verweerder bekleedt. Doch in allen hangt de uitslag af van de beslissing derzelfde vraag: wie van beiden zondigde tegen het edict des praetors? Zij worden dus gevoegd en aan denzelfden regter ter kennisneming opgedragen, opdat hij er uitspraak over doe bij een en hetzelfde vonnis. In dat vonnis worden aan de zegevierende partij beide hare eischen toegewezen en aan de onderliggende de haren ontzegd, weshalve de laatste jegens de eerste wordt veroordeeld tot betaling der dubbele summa sponsionis (8).

Er zijn thans twee dingen mogelijk. Of de overwinning is behaald door dengene die bij de aanvankelijke fructus licitatio het hoogste bod gedaan heeft. Dan behoudt nu deze het bezit en is hiermede de zaak geheel afgeloopen (9). Of hij is het die de nederlaag lijdt. Dan volgen er nog drie gedingen.

1°. Vooreerst eischt de overwinnaar van hem met *latur adversus sponsionem*, vel *stipulationibus iunctis duabus una inter eos sponsio unaque restipulatio adversus eam fit*. Iedere partij konde kortheidshalve hare stipulatie en restipulatie in één formulier bijeen voegen. A. stipuleert: *si adversus edictum praetoris possidenti mihi vis abs te facta est et possidenti tibi a me vis facta non est, quanti quaeque earum rerum erit, tantum dare mihi spondes?* en van zijn kant B.: *si adversus edictum praetoris vis a me tibi possidenti facta non est, et si mihi possidenti vis abs te facta est, quanti quaeque earum rerum erit, tantum dare mihi spondes?* Tegen de bedenkingen van SCHMIDT. 237. n⁷. houdt hij, GAIUS n²⁰⁴, zijn gevoelen vol, alleen opgevend de *qu. ea r. e.* in de stipulatiën. Statt dessen, zegt hij, muss allerdings die verdoppelte bestimmte Summe der einfachen Stipulation stehen.

(8) GAI. IV. § 166 in f.

(9) GAI. IV. § 163.

de regtsvordering uit de ter dier zake gesloten stipulatie geboren den voor het provisioneel bezit geboden prijs (licitationis summa) als straf (10).

Evenwel staat het vrij deze stipulatie achterwege te laten en de licitationis summa te vorderen (11) met een bijzonder daartoe bestemd geding waarin de gedaagde zekerheid stellen moet (cautio iudicatum solvi), en hetwelk fructuarium (12) en, even als dat tot teruggave der zaak in geschil zelve, secutorium iudicium genoemd wordt (13).

Ten tweede eischt de overwinnaar van den provisionelen bezitter de teruggave der zaak zelve (14). Hij doet dit met een regtsmiddel, naar den praetor die het had ingevoerd, cassellianum en, naar de plaats die het in het proces als gevolg der sponsiones inneemt, secutorium iudicium geheeten (15). Het was weder eene arbitraire actie. De regter begint met den gedaagde te gelasten de zaak aan den eischer in natura terug te geven. Wordt echter dit bevel in den wind geslagen, zoo volgt geene ontruiming met behulp van den sterken arm, maar eene veroordeeling in geld, op de wijze boven breeder omschreven (16). Niet onwaarschijnlijk nogtans is het vermoeden (17), dat de praetor later nog een stap verder gegaan is en, met behulp van een opzettelijk daartoe

(10) GAL. IV. §§ 166. 167.

(11) GAL. IV. § 169. SCHMIDT. 289. Vgl. echter RUDORFF 356.

(12) Het handschrift van GAIUS heeft hier eene gaping die men op verschillende manieren tracht aan te vullen. Z. SCHEURL. *Beiträge*. II. 273. Doch de zin is wel kennelijk deze: in plaats van met de zelfstandige conditio uit de fructuaria stipulatio kan de licitationis summa ook geëischt worden met een iudicium sponsionis formulae subiectum, dat fructuarium heet.

(13) GAL. IV. § 169.

(14) GAL. IV. § 166.

(15) GAL. IV. §§ 166. 169.

(16) GAL. IV. §§ 166. 167. 169. L. 3. § 11. D. *h. t.*

(17) Van RUDORFF. 360, met beroep op L. 52 § 2 D. *de A. v. A. P.*
(41. 2.) Daartegen Z. SCHMIDT 71. n. ⁵⁶.

bestemd interdict, aan den eischer plagt te veroorloven zich eigenmagtig in het bezit te stellen, met verbod aan den gedaagde om zich tegen die inbezitneming te verzetten. Eindelijk eischt nog de overwinnende partij vergoeding der, hangende het proces, door de andere genotene vruchten (18).

Het gansche proces bestaat derhalve uit drie stukken:

A. De inleiding, of de veiling en toewijzing van het voorloopig bezit (fructus licitatio).

B. De hoofdzaak, of het geschil over de vraag wie van beiden tegen het bezit des praetors gezondigd heeft (sponsiones).

C. De executie, of de vorderingen tot uitkeering der licitationis summa en vergoeding der genotene vruchten en tot teruggave der zaak (iudicia secutoria.)

Het verlies van het proces kan aan de onderliggende partij vijf verschillende veroordeelingen op den hals halen (19).

§ 2.

Vereischten om met het interdict te slagen.

Uit het opgehangen tafereel blijken al aanstonds twee dingen:

1°. Vooreerst, dat zoodanige procédure alleen bestaanbaar is tusschen twee personen *waarvan de een inderdaad in het bezit is*, want zonder dat valt aan geene veiling en toewijzing van het provisioneel bezit te denken en zoude dus de grondslag van al het volgende, de inleiding van het geding, ontbreken.

2°. Ten andere, dat de regten der gedingvoerende partijen in ieder opzigt geheel dezelfde zijn. De praetor rigt tot beide partijen wederkeerig het woord. Zij zijn gelijkelyk

(18) GAL. IV. § 167.

(19) GAL. IV. § 167.

bevoegd tot opbieden bij de fructus licitatio en hebben evenmin iets op elkander vooruit bij de sponsiones, waarbij iedere om beurten stipuleert en restipuleert. Zoodanige algeheele gelijkstelling en doorgaande vermenging der hoedanigheden van eischer en verweerder drukken de Romeinen uit door het interdict een *wederkeurig* (interdictum duplex) te noemen (20).

De eindelijke zege hangt af van het vonnis door den regter der sponsiones te vellen, en die sponsiones verwijzen naar het edict des praetors, of den inhoud van het door dezen uitgesproken verbod (21). Reeds de enkele deelneming aan het proces en bepaaldelijk aan de veiling van het provisioneel bezit wordt door de Romeinen als *stoornis* (vim facere) aangemerkt (22). Het eenige punt alzoo dat te onderzoeken overblijft is: aan wien behoort volgens den praetor het bezit zelf?

Vermits eene der partijen, op het oogenblik dat het proces een aanvang neemt, het bezit noodzakelijk hebben moet, zijn maar twee gevallen mogelijk.

I. A. die bij de uitspraak van het interdict in het bezit is heeft dit noch met geweld, noch heimelijk, noch ter bede van B. verkregen.

In dit geval, dat men als het regelmatige behoort te beschouwen, twijfelt niemand er aan, of de zege verblijft aan A. (23).

II. A. is ten aanzien van B. gebrekkig bezitter, doordien hij het bezit van dezen, hetzij met geweld, hetzij heimelijk, hetzij ter bede, bekomen heeft.

(20) GAI. IV. §§ 158. 160. L. 3 § 1 D. *h. t. L.* 2. pr. D. *de interd.* (43. 1.) § 7. J. *de interd.* (4. 15.) L. 37 § 1 D. *de O. et A.* (44. 7.)

(21) GAI. IV. § 166.

(22) GAI. IV. § 167. KELLER. 317. 318.

(23) GAI. IV. §§ 150. 166. LL. 1 §§ 1. 4. 6. 9. 2 D. *h. t. L. un. C. h. t.* § 4. J. *de interd.* (4. 15.) PAUL. R. S. V. VI. § 1.

Het staat vast, dat thans A. het proces tegen B. niet winnen kan (24) en dus zijn eisch uit de stipulatie ontzegd en daarentegen de eisch van B. uit diens restipulatie toegewezen zal moeten worden. Maar, volgens de voorstelling die men zich gewoonlijk maakt van eene regtsvordering tot *behoud* van het bezit (*interdictum retinendae possessionis*), mag de zaak evenmin gewonnen worden door B., *dewijl deze, op het oogenblik dat het interdict werd uitgesproken, geen bezitter was*. Ook aan B. dus zou zijn eisch uit zijne stipulatie niet volgen kunnen en daarentegen aan A. diens eisch uit zijne restipulatie behooren te worden toegewezen.

Partijen zouden mitsdien over en weder vooreen gedeelte in het gelijk, voor een gedeelte in het ongelijk gesteld moeten worden, met dat gevolg, dat er volledige compensatie plaats grijpt. Het derde en laatste bedrijf onzer procedure, of de executie, vervalt hiermede van zelf (25) en de einduitslag komt nu hier op neder, dat die partij welke *toevalligerwijze* bij de introductieve veiling der zaak het hoogste bod gedaan heeft, en dien ten gevolge in het provisioneel genot gesteld is, het bezit *voor goed* behoudt.

Doch zoodanige uitkomst is ten eenemale verwerpelijk en ongerijmd. Daar nu vaststaat, dat de gebrekkige bezitter A. het proces niet winnen kan, schiet geen ander besluit over dan dat B. het wint, en in alle punten in het gelijk gesteld wordt, zoodat ook zijn eisch uit zijne stipulatie hem toegewezen en die van A. uit diens restipulatie ontzegd wordt; met andere woorden: dat in dit geval B. van volkomen dezelfde conditie is als in het vorige A. (26).

(24) L. 1 § 9 D. *h. t.* L. 3 C. *U. F.* (3. 4) LL. 7, 17 D. *de Prec.* (43. 26.)

(25) *GAI.* IV. § 163.

(26) L. 3 pr. D. *h. t.* L. 3 C. *U. F.* (3. 4) Dit alles is voortreffelijk betoogd door KELLER. 323 die tevens de onhoudbaarheid aantoot der

Eerst hierdoor leert men de ware beteekenis der zoogenaamde exceptien wegens gebrekkig bezit kennen. De praetor wil, dat het bezit, met geweld, heimelijk of ter bede verkregen, niet medetelle en de zaak dus verblijve aan dengene die, op het oogenblik dat het interdict wordt uitgesproken, tegenover de wederpartij *het jongste bezit zonder gebreken heeft* (27).

Door bezit wordt hier verstaan het eigenlijk bezit in regtskundigen zin (28) van gebouwde en ongebouwde eigendommen (29).

Gewelddadig is het bezit dat zijn onmiddellijken oorsprong heeft in eene ontzetting der tegenpartij, door den tegenwoordigen bezitter zelven bedreven (30).

Heimelijk is het bezit dat, verkregen door zich ter sluik in het bezit te stellen, steeds is behouden, zonder dat de indringer zich feitelijk tegen de verdrongen tegenpartij heeft behoeven te handhaven, daar hij in het laatste geval als gewelddadig bezitter wordt aangemerkt (31).

Het bezit ter bede eindelijk wordt hier beoordeeld eveneens als bij het interdictum quod precario.

Overgang van het interdict op erfgenamen heeft geene plaats (32).

§ 2.

Onderwerp en oorsprong des interdicts.

Bepaalt zich 's regters onderzoek tot de vraag aan door v. SAVIGNY voorgestane meening, dat ten deze onderscheid zou zijn gemaakt tusschen dengene die het interdict had aangevraagd (is qui ad interdictum provocavit) en de tegenpartij.

(27) KELLER. 324. PUCHTA. § 225 n°. v. VANGER. 772. BRUNS. 53 SCHMIDT. 112—115. HUSCHKE. GAIUS. 133.

(28) GAI. IV. § 153. L. 3 § 8 D. *h. t.* L. 9 D. *de R. V.* (6. 1.)

(29) L. 1 §§ 1. 6—9 D. *h. t.* GAI. IV. § 149.

(30) L. 3 § 10 D. *h. t.* LL. 1 §§ 22, 23, 33. § 2 D. *de U. et U.* (41. 3.) LL. 1 § 23, 7 D. *de vi.* (43. 16.)

(31) LL. 6, 7 D. *de A. v. A. P.* (41 2.)

(32) SCHMIDT. 145.

welke van beide partijen, naar de voorschriften des praetors, het bezit toekomt, zoo volgt daaruit, dat het interdict strekt om een strijd over het bezit waarop twee personen wederzijds aanspraak maken te beslechten, en dus de vereffening eener zoogenaamde controversia possessionis ten onderwerp heeft (33). Meestal staat zoodanige twist over het bezit met een geschil over den eigendom in verband en daartoe verklaren onze overleveringen dan ook het interdict betrekkelijk (34).

De burgerlijke regtspleging der Romeinen onderscheidde zich van de onze onder anderen in dit opzigt, dat zij de persoonlijke medewerking van partijen verlangde en de vertegenwoordiging door procureurs niet kende. In het vroegste tijdperk van Rome's volksbestaan, toen de beschaving nog op zeer lagen trap stond en de kunst van lezen en schrijven door weinigen werd verstaan, moest het proces nog geheel mondeling worden gevoerd en wel, gelijk de aard der zaak, zal niet de grootste verwarring heerschen, medebrengrt, op zeer plegtstatige wijze (per legis actionem). Een geschil over eigendom dacht men zich destijds nog niet als eene eenzijdige opvordering van hetgene de eischer beweert het zijne te zijn, maar veeleer als een wederzijds aanspraak maken op den eigendom, hetgene trouwens in het dagelijksch leven het meest gewone geval is. Beiden beweren eigenaar te zijn (vindicare) en de eischer daagt daarop den gedaagde uit om de vraag wie hunner de waarheid gesproken heeft aan het oordeel des regters te onderwerpen (sacramento provocare). Dit sacramentum bestaat in eene som gelds die ieder van beiden in de openbare kas stort (35), met dien verstande, dat de

(33) CICERO. *de Republ.* I. c. 13. GAI. IV. §§ 139. 150.

(34) GAI. IV. § 143. L. 2 §§ 2, 3, 4 D. *h. t. l. un. C. h. t.* § 4 J. *de interd.* (4. 15.) l. 35 D. *de A. v. A. P.* (41. 2)

(35) Of waarvoor hij den praetor zekerheid stelt.

overwinnaar (36) zijn geld terug krijgen, maar de ander het aan den staat verbeuren zal (37). Op den uitdager of eischer drukt nu in de eerste plaats de bewijslast en eerst daarna staat het aan den gedaagde tegenbewijs te leveren. Maar dewijl dat tegenbewijs gewoonlijk slechts eene ondergeschikte rol speelt en eigenlijk zich oplost in de aanwijzing, dat de eischer zijn regt niet naar behooren heeft gestaafd, terwijl, als geen van beiden zijn eigendom regtvaardigt, niettemin het gevolg geen ander wezen kan, dan dat nu alles bij het oude blijft (38), bragt dit van zelf tot het besluit, dat de gedaagde, in tegenstelling met den eischer, de persoon is die voor eigenaar wordt gehouden, zonder dat hij zijn eigendom behoeft te bewijzen, en dus verreweg de beste conditie heeft. Insgelijks is het klaar, dat de hoedanigheid van gedaagde toekomt aan hem die geen belang heeft bij de verandering van den bestaanden toestand, d. i. *aan den tegenwoordigen bezitter*.

Er was alzoo beide partijen ten hoogste aan gelegen voor bezitter door te gaan en het proces over den eigendom kon geen voortgang hebben, voordat was uitgemaakt wie het in waarheid was. Van oudsher werd dan ook, bij voorbereidenden maatregel, dit punt opzettelijk vooraf geregeld (39).

Toen naderhand de legis actio door de formula was

(36) *Is cuius sacramentum iustum iudicatur. CIC. pro CAEC. c. 33.*

(37) *GAI. IV. § 16. VARRO. de L. L. V. 180. FEST. in v. sacramentum. 345. 347. KELLER. der Röm. Civilpr. § 13.* De voorstelling van KELLER wordt tegen de aanvallen van STINTZING. *Ueber das Verhältniss der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis.* (HEIDELBERG. 1853.) verdedigd door ROEMER in *Kritische Ueberschau.* II. 352.

(38) *LL. 125, 123 pr. D. de R. J. (50. 17.)*

(39) *GAI. IV. § 16. CIC. pro MUR. c. 12. FESTUS. in v. superstites, vindictiae. GELLIUS. XX. c. 10.*

vervangen, verviel wel de inderdaad geheel overbodige, formele aanspraak op den eigendom van den kant des gedaagden (*contraria vindicatio*) en nam de *petitoire actie*, even als bij ons, het karakter eener strikt eenzijdige vordering aan (40), maar bleven nogtans in den grond der zaak de wederkeerige belangen volmaakt dezelfde (41). Ook nu behoorde vooruit vast te staan wie als eischer en wie als gedaagde zou optreden of, met andere woorden, wie bezitter was (42). Konden partijen het hierover in der minne eens worden, zoo bleek zulks uit eene formaliteit, *deductio quae moribus fit* geheeten, welke daarin bestond, dat de toekomstige gedaagde den toekomstigen eischer kwansuis uit de zaak zette en zich tegen hem in het bezit handhaafde (43). Indien men daarentegen van weerskanten op het bezit aanspraak maakte, diende ons interdict om dien twist te beslechten en door den regter te laten uitwijzen wie, op het oogenblik van

(40) GAI. IV §§ 91, seqq.

(41) LL. 24, 36 pr. D. de R. V. (6. 1.)

(42) L. 62 D. de Jud (5. 1.) L. 3 C. de Interd. (8. 1.)

(43) CIC. *pro CAEC.* c. 1. 7. 8. 32. *pro TULL.* c. 16. v. SAVIGNY. *Verm. Schr.* I. 311. KELLER. 287 figg. en *Semestria.* 366 sqq. Het rechtstreeksch gevolg der *deductio* nogtans bestond alleen hierin, dat de *deducens* genoodzaakt werd voor zijne verschijning in regten te Rome den *deductus* zekerheid te stellen (*vadimonium*). De *deductus* verloor dus geenszins de vrijheid om, des verkiezende, zijne aanspraak op het bezit alsnog met het *interdictum uti possidetis* te laten gelden. KELLER. *Semestria* 372. Daarop doet CIC. *pro CAEC.* c. 1. *si facta vis esset moribus. superior in retinenda possessione non fuisse.* Uit zijne redenering in c. 32. leide men voorts niet af, dat gewoonlijk de ware bezitter zich liet deduceren, in plaats van het zijne tegenpartij te doen. Het tegendeel is waar. Maar in den regel had die bezitter de keus en wil CICERO, door verdraaijing der omstandigheid, dat de door AEBUTIUS gedane denuntiatio geene andere strekking had dan om het landgoed in geschil uit den boedel van CAESENIA te houden (KELLER, *Semestria.* 354 seqq.), het zoo doen voorkomen, alsof werkelijk zijn client CAECINA hier die keuze had gehad.

het uitspreken des interdicts, in waarheid de bezitter was (44). Het was dus de actuele bezitter die het possessoir geding moest winnen (45).

Doch het stond te vreezen, dat juist zij die het minst zeker waren van hun regt ten petitoire zich het voordeel, aan de rol van gedaagde verbonden, langs onbehoorlijke wegen zouden trachten te verschaffen door zich, het zij met geweld, het zij heimelijk, in het bezit der zaak te stellen. Dergelijke kwade praktijken mogten natuurlijk niet geduld worden, want niemand mag regten ontleenen uit zijne eigene onregtmatische daden (46). Het middel om zulks tegen te gaan was zeer eenvoudig. Men behoefde slechts te verbieden zoodanig onregtmatisch bezit te laten medetellen en partijen terug te brengen in den stand waarin zij zich zonder het gepleegd geweld of begane heimelijkheid zouden bevonden hebben, door het zoo te beschouwen, als ware het interdict reeds uitgesproken geweest op het oogenblik dat de onregtmatische in bezitneming voorviel. Hieraan sloot zich ook het precair bezit aan, dat zijn oorsprong had in eene vergunning van den eigenaar aan den bezitter om tot wederopzeggens toe in het bezit te blijven, zoodat in de precarii rogatio de erkenenis van het beter regt van den rogatus ligt opgesloten. Het ware toch met alle begrippen van regt en billijkheid in strijd geweest toe te laten, dat de rogans de goedheid zijns schuldeischers misbruikte om zich ter bestrijding van diens regt in eenen voordeeligen toestand te plaatsen. Ook aan den rogatus derhalve kende men het bezit toe.

(44) GIC. *pro CAEC.* c. 1. GAI. IV. §§ 148—151. L. 1 § 3 D. *h. t.* L. 24 D. *de R. V.* (6. 1.) L. 35 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) § 4 J. *de Interd.* (4. 15.)

(45) L. 1 § 4 D. *h. t.*

(46) L. 12 § 1 D. *de Furt.* (47. 2.) L. 155 pr. D. *de R. J.* (50. 17.)

De petitoire actie was nogtans weder wel de aanleiding, maar niet de eenige toepassing van het interdict. Is het voor de beregting van een geding over den eigendom noodig te weten wie bezitter is, daarom is het van de andere zijde nog niet noodwendig, dat, zoo- dra men weet wie bezitter is, er een proces ten petitoire volge. De partij die in het interdict triomfeert kan zelve dat proces niet aanvangen (47) en heeft evenmin regt of belang om de tegenpartij daartoe te noodzaken. Deze kan dus, des verkiezende, het er verder bij laten zitten, want het bezit en de eigendom, schoon elkander rakende, zijn inderdaad in regten twee geheel verschillende dingen (48). De praetor geeft het interdict, onbekommerd over hetgene later gebeuren zal; en dat interdict is dus, in het algemeen, een regtsmiddel ter beslechting van een strijd over een bezit in geschil, waardoor dit verblijft aan de partij die, op het oogenblik van de uitspraak des interdicts, het jongste bezit zonder gebreken heeft.

§ 4.

Het interdict als retinendae possessionis.

Het interdictum uti possidetis wordt herhaaldelijk en met nadruk genoemd een regtsmiddel tot *behoud* van het bezit (interdictum retinendae possessionis). Hoe laat zich die benaming rijmen met de merkwaardige eigenschap der exceptien wegens ouregtmatic bezit en welk is het eigenlijk onderscheid tusschen een interdictum retinendae en recuperandae possessionis?

De oplossing dezer vragen is niet zoo moeilijk te geven als het schijnt, want het interdictum uti possidetis heeft tot onderwerp *het bezit in geschil zelve*, en daarentegen het interdictum unde vi, het eigenlijke

(47) § 2 J. de Act. (4. 6.)

(48) L. 1 § 2 D. h. t. LL. 12 § 1, 52 pr. D. de A. v. A. P. (41. 2.)

recuperandae possessionis, *eene eenvoudige verbindtenis tot schadevergoeding* (49).

In het eerste wordt het bezit bij beide partijen mogelijk geacht, door beiden gevorderd, en moet het bij den aanyang van het proces bij eene van beiden berusten, ten slotte aan eene van beiden verblyven (50). In het laatste is juist bezit bij geene van beiden noodzakelijk, ja, bij eene van beiden, bij den eischer, niet-bezit vereischte (51). Het eerste wordt gerigt tegen den *vi possessor*, het laatste tegen den *vi deficiens* (52). Met het eerste kan men slechts terugbekomen de zaak in den toestand waarin zij zich bevindt (53); het laatste verschaft algeheele vergoeding wegens de gansche door de ontzetting geleden schade (54).

Het juridiek onderwerp dezer twee regtsmiddelen is derhalve geheel verschillend en, daar waar zij praktisch tot hetzelfde doel zouden kunnen leiden, verdient het interdictum unde vi verre de voorkeur om het minder omslagtige en, bij onverhoopt verlies, minder gevaarlijke der procédure (55). En mogt er al een met geweld verdreven bezitter gevonden worden die, in de vaste overtuiging van zijn regt en uit liefhebberij tot procederen, verkoos om het interdictum uti possidetis te vragen, dan stond het nog altoos in de magt der andere partij om, bij de eerste verschijning voor den praetor, aan dezen de zaak bloot te leggen en hem onder het

(49) L. 1 § 4 D. *h. t.*

(50) GAI. IV. §§ 143, 149, 166, 167, 169. CIC *Acad. Pr.*, II. 43.

(51) L. 1 §§ 42 45 D. *de Vi.* (43. 16.)

(52) LL. 1 § 36, 15 D. *de Vi.* (43. 16.) L. 1 § 22, 33 § 2 D. *de U. et U.* (41. 3)

(53) GAI. IV. §§ 166, 169. L. 3 § 11 D. *h. t.*

(54) L. 1 § 31 D. *de Vi.* (43. 16.)

(55) RUDORFF. 335.

oog te brengen, dat het geschil hier eeniglijk de vraag betrof, of de verzoeker restitutie eischen konde. Dan weigerde de praetor eenvoudig het interdictum uti possidetis en verwees den verzoeker naar het interdictum unde vi, met dat gevolg, dat nu de zaak zelfs sine periculo met eene arbitraria formula konde worden afgedaan.

Alles hangt dus af van de houding die partijen bij de eerste verschijning voor den praetor aannemen. Vraagt de eene het interdictum uti possidetis zonder dat de andere er zich tegen verzet, dan wordt het natuurlijk uitgesproken. Maar hierin is volstrekt niets verwonderlijks. Waar beide partijen zich tot den strijd met dat interdict bereid verklaren, daar blijft het niet langer een geschil over de eenvoudige vraag: zijt gij mij restituteschuldig? (aan wier beslissing alleen het interdictum unde vi dienstbaar kan worden gemaakt), maar heeft men te doen met eene echte controversia possessionis of wederzijds aanspraak maken op het bezit. De ondervinding leert, dat, als de een beweert door den ander met geweld van het bezit te zijn beroofd, de beklagde zich meestal niet bepaalt tot eene bloote ontkenenis van het hem te laste gelegde feit, maar veeleer van zijn kant voorgeeft, dat het bezit hem toekomt en juist de klager het is over wiens feitelijkheden hij zich te beklagen heeft. Welnu om regt te doen op zoodanig wederkeerig beklag is kennelijk het interdictum uti possidetis, niet het interdictum unde vi bestemd.

Het gezegde kan met geringe wijziging worden toegepast op het interdictum quod precario, want ook de rogatus wien het alleen om restitutie te doen is zal, om gelijke redenen, wijs doen dat interdict te kiezen, of des noods daartoe door den praetor worden gedwongen. Bovendien strekte het zich veel verder, namelijk tot alle mogelijke voorwerpen van het precarium, uit en

verschafte restitutie niet slechts van den houder ter bede, maar ook van dengene die ter kwader trouw opgehouden had ter bede te hebben.

Voor de verwarring tusschen deze interdicten en het interdictum uti possidetis bestaat alzoo geene de minste vrees en het laatste wordt *retinendae possessionis* genoemd, omdat het uitmaakt *aan welke van partijen het door beiden gevorderd bezit in geschil behoort te verblijven*.

§ 5.

Duplex possessio.

Bij de Romeinen is niet de praktijk op de theorie, maar de theorie op de praktijk gevolgd. De interdicten in het algemeen en het interdictum uti possidetis in het bijzonder waren sinds onheugelijke tijden in zwang, voor het wetenschappelijk nadenken gerijpt en men over de leerstellige verklaring der merkwaardige eigenschap zijner exceptiën tot helderheid gekomen was.

Naar onze terminologie zoude zich die eigenschap wellicht dus laten omschrijven. De gebrekkige bezitter heeft het bezit en, dien ten gevolge, tegen derden het bezitregt. Maar staat hij tegenover den persoon die zich op dat gebrek beroepen kan, zoo heeft deze het bezitregt zonder het bezit; gene het bezit zonder het bezitregt. Ofschoon de Romeinsche Juristen zoodanige onderscheiding tusschen bezit en bezitregt niet maken en steeds alleen van het eerste, van *possessio*, spreken, schijnt echter aan sommigen hunner iets dergelijks voor den geest te hebben gezweefd. In het algemeen, zoo redeneren zij, is het niet mogelijk, dat twee personen, ieder voor het geheel, te gelijker tijd bezitten, maar ons geval maakt op dien regel eene uitzondering. Hier heeft de bezitter eene iniusta, de niet-bezitter eene iusta

possessio en bezitten dus beiden gelijktijdig (56). Hoe vreemd dit beweren bij den eersten oogopslag schijne, liet er zich echter veel voor zeggen.

Het is toch een natuurlijk vermoeden, dat de gewezen bezitter zijn bezit zoude behouden hebben, als men er hem niet uit verdreven of verdrongen had (57). De exceptiën wegens gewelddadig of heimelijk bezit schijnen derhalve te steunen op de eenvoudige fictie, dat men geacht wordt hetgene waarvan men onregtmatig beroofd is niet te hebben verloren; iets dat zich ook zoo laat uitdrukken: « *het gebrekkig bezit telt voor de tegenpartij die gerekend wordt haar bezit door den geweldoefenaar of indringer voort te zetten.* » Vooral het precarium was geschikt om voedsel aan deze verklaring te geven, want het mogt verleend worden door een niet-bezitter, zoo dat het mogelijk was, dat zelfs in het interdictum uti possidetis het bezit verbleef aan iemand die nooit te voren in waarheid bezitter geweest was. De historische oorsprong van het precarium, als vergunning des eigenaars aan den bezitter om in het bezit te blijven, geeft den sleutel op dit alles aan de hand. Althans, zoo de verleening van het precarium steeds van eene wezenlijke overgifte der zaak vergezeld ware geweest, had men naar alle gedachte den rogans slechts als houder, niet als bezitter aangemerkt (58) en ook nu nog drijft het afhankelijk karakter van zijn bezit in zoo ver boven, dat in menig opzigt, zelfs tegen derden, het voor den

(56) L. 3 § 5 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 3 pr. D. *h. t. l.* L. 19 pr. D. *de Prec.* (43. 26.)

(57) L. 17 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) heeft echter hierop geene betrekking (vgl. BRUNS 58, 59.), evenmin als L. 22 D. *eod.*

(58) Zoo wordt hij geregeld vergeleken met den huurder. LL. 22 § 3, 35 § 1 D. *de pign. act.* (13. 7.) LL. 10, 21 § 3, 28, 40 § 3 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 33 § 6 D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 1 § 11 D. *de itin. actq. prir.* (43. 19.) L. 11 § 12 D. *Qu. v. aut cl.* (43. 24.) L. 14 §§ 11, 12 D. *de Furt.* (47. 2.) L. 45 D. *de R. J.* (50. 7.)

rogatus onverschillig wordt gerekend, of hij in persoon of met zijne vergunning de rogans het bezit heeft (59). Geldt nu bezit bij den rogans ten behoeve van den rogatus als eigen bezit en wordt niet te min van den anderen kant aan den eersten waar bezit toegeschreven, zoo schijnt inderdaad het besluit gewettigd, dat men hier bezit moet aannemen *bij beide partijen te gelijk* (duplex possessio) (60).

Doch een gevoelen, dat zoo zeer tegen de natuur der zaak streed, vond in eene andere partij aan wier hoofd de diepzinnige LABEO stond krachtige tegenspraak. Bezit, zeiden deze rechtsgelèerden, is uitsluitend bij hem die het in waarheid heeft. Bezit bij beide partijen is een onding (61). De gevolgen der bezitsgebreken zijn van ondergeschikten aard (62) en op andere wijze verklaarbaar. Immers, het doel des praetors met de bewuste exceptien is eenvoudig partijen terug te brengen in haar vorigen stand. De fictie raakt niet het wezen van het bezit, maar het tijdstip waarop de praetor tusschen beiden treedt, *of de dagtekening van het interdict*. Men behandelt de zaak zóó, alsof het interdict reeds ware uitgesproken geweest op het oogenblik, dat de gewelddadige of heimelijke inbezitneming gebeurde.

Men sloot ook het precarium aan deze redenering aan door het zich als eene soort van constitutum possessorium voor te stellen, want denkt men zich alsdan het interdictum uti possidetis gegeven juist op het

(59) L. 15 § 2 D. *Qu. sat. cog.* (2. 3.) L. 4 D. *Loc.* (19. 2.) L. 36 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 33 § 6 D. *de U. et U.* (41. 3.) L. 1 § 11 D. *de itin. actq. priv.* (43. 19.) L. 11 § 12 D. *Qu. vi aut el.* (43. 24.) L. 6 § 3 D. *de Prec.* (43. 26.)

(60) L. 3 § 5 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) LL. 4 § 2, 15 § 4, 19 pr. D. *de Prec.* (43. 26.) L. 15 § 2 D. *Qu. sat. cog.* (2. 3.)

(61) L. 3 § 5 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 5 § 15 D. *Commod.* (13. 6.)

(62) L. 2 D. *h. t.* LL. 3 § 5, 53 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

voogenblik, dat de rogatus geacht wordt het bezit van den rogans te hebben ontvangen en nu op zijne beurt aan hem ter bede te zullen terug leveren, zoo berust de exceptie ter zake van precair bezit weder op hetzelfde beginsel met de beide anderen.

De leer van LABEO en der zijnen verdiende en verkreeg de voorkeur, als het meest overeenkomstig met de natuur van het bezit. Doch de sporen van het andere gevoelen bleven nog lang, vooral bij het precarium, in wezen. Het verschil zelf betrof trouwens slechts de wetenschappelijke verklaring van door niemand ontkende daadzaken en had dus praktisch eigenlijk geen gewigt.

§ 6.

Stoornis.

De vereffening eener controversia possessionis kan niet gezegd worden het onderwerp uit te maken eener regtsvordering uit onregtmatige daad. v. SAVIGNY, die deze hoedanigheid aan alle possessoire actien toeschrijft, ziet zich dus in het belang van zijn stelsel genoodzaakt datgene, hetwelk alle getuigenissen als de eigenlijke bestemming van het interdictum uti possidetis afschilderen, op den achtergrond te schuiven en er nog twee andere functien aan toe te kennen, die bovendien, naar zijn gevoelen, zelfs voor de voornaamsten moeten gehouden worden (63).

1°. Het interdict, zegt hij, strekt in de eerste plaats om den bezitter die door stoornis in zijn bezit schade geleden heeft die schade te doen vergoeden, mits de stoornis gepleegd zij binnen het jaar voor de inroeping van des praetors tusschenkomst (64). Doch het wezen

(63) 472. 480. 485.

(64) v. Ss. hoofdargument voor deze functie, 473 n¹., is de *verjaring*, vermeld L. 1. pr. D. *h. t.*, welke, zegt hij, anders geen zin zou hebben. Doch de woorden *neque pluris quam quanti res erit intra annum quo primum*

Themis, D. II. 4de St. [1855].

der prohibitoire interdicten is juist te zoeken in de omstandigheid, dat zij een verbod behelzen voor de toekomst en geene betrekking hebben op het verledene (65). In het proces dat uit ons interdict voortvloeit blijft dus het onderzoek naar stoornis, gepleegd voor het verbod om te storen gegeven was, uit den aard buiten gesloten. Hij die, na het uitspreken van het interdict, niets verrigt heeft wat daarmede strijdt kan niet veroordeeld worden, vermits de regter der sponsiones alleen te oordeelen heeft over de vraag, of hij gezondigd heeft tegen des praetors verbod. De eerste functie van v. S. moet dus, althans voor het klassieke tijdperk, verworpen worden (66).

Buitendien is dat verbod om elkander te storen, dat vim fieri veto, niet zoo ernstig gemeend. Het dient hoofdzakelijk slechts om een vorm te geven aan het proces *experiundi potestas erit agere permittam*, dragen te duidelijke sporen van onder de handen der compilatoren veel te hebben geleden, dan dat men voor het klassieke regt de verjaring van v. S. er uit zou kunnen ontleenen. Volgens het thans heerschend gevoelen, RUDORFF, 359. BRUNS, 53. KELLER, 307. SCHMIDT, 119. zagen zij oorspronkelijk op het iudicium *CASCELLIANUM*. HUSCHKE. *GAIUS*. 195. wil ze laten slaan op het onmiddellijk voorgaande en dus niet op het interdict, maar op eene actio in factum de cloaca, die hij veronderstelt, dat de praetor plagt te geven. Wel zoo waarschijnlijk echter is het, dat zij betrekking hadden op het interdict zelf en den termijn behelsden binnen welken het proces, op straffe van verval, moest worden voortgezet. Immers het bezit van partijen wordt beoordeeld naar den dag van de uitspraak van het interdict, maar dit kan niet eeuwig duren. Een dergelijke termijn is dus noodzakelijk. De praetor, gelijk beneden blijken zal, beloofde derhalve wel dwangmiddelen om eene onwillige tegenpartij tot procederen te noodzaken, doch voegde er bij *neque pluris quam quanti res erit* (sponsonem facere et tantummodo) *intra annum agere permittam*. L. 4 D. de Interd. (43. 1.) welke kennelijk van interdicta simplicia spreekt is hier niet toepasselijk. Vgl. SCHMIDT. 302.

(65) *GAI*. IV. §§ 140. 141. L. 1 §§ 1, 4, 6 D. *h. t.* L. 1 § 2 D. de Interd. (43. 1.) L. 12 D. de us. et usufr. leg. (33. 2.) L. 2 § 17 D. Ne qu. in l. publ. [43. 8.] L. 1 § 12 D. Ne qu. in fl. publ. (43. 13.)

(66) KELLER, 306. SCHMIDT. 61.

en de stof te leveren voor de sponsiones. Als beide partijen tot den strijd bereid zijn, wordt wijders niets meer vereischt. Het is genoeg, dat zij elkander het bezit betwisten en daarvan door deelneming aan de fructus licitatio blijken doen (67).

Bedenkelijker is de zaak, als eene der partijen het proces verlangt, maar de andere hare medewerking weigert (68). Men onderscheide ten deze tusschen den bezitter en den niet-bezitter.

A. *De bezitter weigert deel te nemen aan het proces.*

In zijn pleidooi voor CAECINA verzekert CICERO (69), dat het eene algemeen erkende waarheid is, dat iemand die, als hij eene gewapende bende, gekomen met het doel om hem het bezit met geweld te ontnemen, naderen ziet, liever dan zich bloot te stellen aan persoonlijke mishandeling en lijfsgevaar, goedschiks zich verwijderd, na zich, door aanroeping van voorbijgangers of geburen, getuigen te hebben verschaft, dat hij alleen voor de overmagt wijkt, gerustelijk de sponsio kan sluiten *bij het interdictum uti possidetis gebruikelijk*.

Het interdictum uti possidetis wordt hier kennelijk door CICERO gedacht, als nog niet gegeven op het oogenblik, dat de ontzetting plaats grijpt, en het is eveneens zonneklaar, dat die geweldpleging onder het nog eerst te verbieden vim facere contra edictum praetoris niet *onmiddellijk* kan begrepen zijn. Wat de zaak zelve betreft, bezit zulks geene zwaarigheid, sinds wij weten, dat hij die bewijst, dat het bezit der tegenpartij van hem met geweld is verkregen, het proces wint; maar formeel laat het zich niet anders verklaren dan door de veronderstelling, dat *de gebrekkige bezitter die, na de uitspraak*

(67) GAL. IV. §§ 166. 167.

(66) De plaats van GAIUS. IV. § 170. waarin dit punt behandeld wordt is helaas onleesbaar.

(68) C. 16. Vgl. *Bijlage* § 2. n^o.

van het interdict, het bezit behoudt geacht wordt in strijd daarmee te handelen (70). Zal nu de overtreding niet straffeloos begaan worden, zoo behoort men, na de uitspraak van het interdict, den bezitter altoos te kunnen noodzaken om de regtmatigheid van zijn bezit te verdedigen; d. i. om aan het proces deel te nemen. Het gebezigde dwangmiddel bestond waarschijnlijk hierin, dat de praetor den beklagde bezitter in de keuze gaf, om zich partij te stellen en zijn bezit tegen de beschuldiging van onregtmatigheid te verdedigen, of het bezit ten behoeve van den klager te ontruimen, aan wien tot dat einde met een bijzonder interdict de magtiging verleend werd om zich in het bezit te stellen, met last aan den ander zich tegen die inbezitneming niet te verzetten (71). Had de beweerde bezitter in het geheel geen bezit, zoo kon dat bevel — had hij regtmatig bezit, zoo kon het proces hem niet schaden. De praetor bereikte dus volkomen zijn oogmerk zonder verkorting van iemands regt (72).

B. *Na de uitvaardiging van het interdict bedrijft de niet-bezitter A. allerlei feitelijkheden, maar weigert halsstarrig over te gaan tot het proces.*

Het is ontegensprekelijk, dat men in zoodanig geval het verbod om elkander te verontrusten als wezenlijk gemeend beschouwde en dus middelen had om eene

(70) L. 102 D. *de R. J.* (50. 17.) Eerst hierdoor verkrijgt het gezegde in L. 1 § 5 D. *h. t.* zijne volle beteekenis en de ter verklaring der exceptien aangewende fictie eene nieuwe bevestiging. Immers moet het interdict gerekend worden reeds uitgesproken te zijn geweest, toen de geweldadige in bezit-neming voorviel, zoo was die in bezit-neming eene overtreding van het interdict, reële stoornis.

(71) ULP. *Fragm. Endlich.* L. 52 § 2 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 80 D. *de R. V.* (6. 1.) L. 60 pr. D. *de Usufr.* (7. 1) FR. VAT. § 92. PAUL. R. S. V. VI. § 13. L. 15 D. *de O. N. N.* (39. 1.) L. 45 D. *de Damn. inf.* (39. 2.) L. un. C. *h. t.* RUDORFF. *Zeitschr. f. gesch. Russch.* IX, 7 fgg. Vgl. SCHMIDT. 296.

(72) HUSCHKE. 337.

onwillige tegenpartij tot procederen te dwingen. Naar alle waarschijnlijkheid ging men in dier voege te werk. Als B. zich bij den praetor over de feitelijkheden, door A. gepleegd, beklagt, behandelt deze den beklagde, wanneer hij zich aan het proces blijft onttrekken, als een gewonen indefensus en veroorlooft den klager beslag op zijne goederen te leggen (73).

Laat A. zich tot procederen bewegen, zoo zijn twee dingen mogelijk.

a. Nu men hem toch dwingt, stelt hij zich ook van harte partij en werkt tot de *fructus licitatio* mede. Dan ligt weder reeds daarin een betwisten van het bezit en dus eene genoegzame stoornis opgesloten, zoodat de feitelijkheden die tot het beklag bij den praetor aanleiding gaven niet meer behoeven te worden bewezen.

b. Of hij blijft zich geheel lijdelijk gedragen en ziet van zijn regt van opbieden af, waarmede van zelf de *fructu-aria stipulatio* of die ter zake der *licitationis summa* vervalt. Men gaat aanstonds over tot het sluiten der *sponsiones*. A. is verplicht B. van zich te laten stipuleren en restipuleert natuurlijk. Maar hij ziet weder van zijn regt om zijnerzijds van B. te stipuleren af, waardoor ook diens restipulatie eene onmogelijkheid wordt (74). Bewijst nu B. de beweerde stoornis, zoo wordt A. jegens hem, schiet hij in dat bewijs te kort, zoo wordt hij jegens A. tot betaling der *sponsionis summa* veroordeeld. Daarmede is de zaak afgelopen. Van *secutoria iudicia* kan hier natuurlijk niets inkomen (75).

(73) HUSCHKE. 335. 336.

(74) SCHMIDT. 286. HUSCHKE. GAIUS. 195.

(75) GAI. IV. §§ 167. 168. Want zelfs gesteld, dat A. van B. gestipuleerd en deze dan gerestipuleerd had, zoo zouden, daar toch ook B. niet tegen des praetors verbod gezondigd had, de wederzijdsche veroordeelingen elkander opwegen en dus geene van beide partijen hare meerderheid bewezen hebben.

Alleen derhalve in het laatstelijk omschreven geval houdt het onderwerp van het geschil op eene ware controversia possessionis te wezen en ontaardt het interdict in een eenzijdigen strijd ter zake van beweerde stoornis. Op dit geval dus moeten de, trouwens niet zeer talrijke, plaatsen waarin de Romeinsche juristen nagaan, wat ten deze onder stoornis te verstaan zij, betrekkelijk worden gemaakt. Zij blijven daarbij aan hun oorspronkelijk denkbeeld getrouw. Voor stoornis, leeren zij, moet gehouden worden iedere feitelijkheid die de gezindheid aan den dag legt om den bezitter zijn bezit te betwisten (76), en hem te beletten zijne zaak naar believen te gebruiken (77); door b. v. daarop beplantingen of vergravingen te maken, het land om te ploegen, er iets op te bouwen, of iets anders te doen waardoor de bezitter in het vrije genot belemmerd wordt (78). Zoo maakt [zich aan stoornis schuldig: de huurder, als hij zich verzet tegen het bewerkstelligen der noodige reparatiën door den eigenaar (79); of een buurman die de wijnranken zijns nabuurs op zijn erf leidt en den ander verbiedt ze af te snijden of naar zich te nemen (80).

Ofschoon deze voorbeelden en bepalingen ook algemeen kunnen worden opgevat, wijzen zij echter meer regtstreeks op het verband met het interdictum Quod vi aut clam. (81) In het Romeinsche regt namelijk konde een ieder een ander verbieden, zelfs op eigen grond, eenige werken te maken waardoor de toestand des bodems verandering onderging. Zette nu de ander, niettegen-

(76) L. 3 § 2 D. *h. t.*

(77) L. 3 § 5 D. *si serv. vind.* (3. 5.)

(78) L. 11 D. *de Vi.* (43. 16.) L. 52 § 1 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 12 D. *Comm. divid.* (10. 3.) L. 14 D. *de Iniur.* (47. 10.)

(79) L. 3 § 3 D. *h. t.*

(80) L. 3 § 4 D. *h. t.*

(81) L. 5 § 10 D. *de O. N. N.* (39. 1.)

staande zoodanig verbod, het werk door, zoo werd hij tot terugbrenging der zaak in den vorigen toestand en het betalen van schadevergoeding met genoemd interdict genoodzaakt. Een dergelijk regt van verbod ware nu ondragelijk geweest, indien er geen middel had bestaan om er zich tegen te verzetten. Dat middel was het interdictum uti possidetis. Degene die, nadat het op verzoek der tegenpartij was uitgesproken, zijn verbod niet ophief, werd geacht den bezitter te storen en kon dus worden genoodzaakt de regtmaticheid van zijn verbod ten possessoire te verdedigen. (82)

2°. Het interdictum uti possidetis, zegt v. S. (83), strekt in de tweede plaats om, als er vrees voor toekomstige stoornis bestaat, den bezitter daartegen te waarborgen en wel door middel eener verplichting tot het stellen van zekerheid die de regter aan de tegenpartij oplegt.

Ook deze bewering evenwel strijdt met de natuur van ons regtsgeding. Noch bij de fructus licitatio, noch bij de sponsiones kan van zoo iets sprake zijn. (84) Het eenig tijdstip waarop men aan het opleggen eener cautie van dien aard denken kan zou wezen ter gelegenheid van de restitutie der zaak met het cascellianum iudicium, welk arbitrium echter eerst te pas komt, als de overwinnaar bij de aanvankelijke fructus licitatio het onderspit gedolven heeft, en het opleggen der cautie ware alleen denkbaar, in geval de restitutie geschiedt in natura, en niet als de litis aestimatio betaald wordt. Wanneer alle deze voorwaarden vervuld zijn, kan het misschien voorkomen, dat de arbiter den gedaagde tot het stellen van zekerheid tegen allen verderen overlast van zijne zijde noodzaakt. Maar dan doet hij zulks blootelijk uit kracht van de uitgebreide regtsmagt waarmede deze soort van regters in het algemeen was bekleed, en in verhouding

(82) SCHMIDT. *Zeitschr. f. Civile. u. Pror. N. F. I.* 364. 365.

(83) 480. 489.

(84) RUDORFF. 357.

tot den ganschen aanleg van ons regtsmiddel is het iets zoo onbeduidends en toevalligs, dat het niet kan worden aangemerkt als eene zijner regelmatige functien, maar slechts als eene niet geheel onmogelijke bijzonderheid der restitutie. (85) Maar men zie niet over het hoofd, dat het eenvoudigste middel om zich tegen toekomstige storingen te beveiligen, even als om aan bestaande een einde te maken, gelegen is in het aanvragen van het interdict zelf. (86) Het is waar, dat het na verloop van een jaar zijne kracht verliest, maar men vrage het dan op nieuw.

De slotsom van dit alles is dus, dat, met eene enkele ligt verklaarbare uitzondering, het interdictum uti possidetis slechts ééne strekking had, namelijk *het vereffenen eener controversia possessionis*, en het begrip van stoornis daarbij werd genomen niet in een eigenlijken, maar, als het ware, figuurlijken zin.

§ 7.

Verschillende formulieren.

Ons interdict had uitsluitend betrekking op onroerende lichamelijke zaken, gebouwde of ongebouwde eigendommen. (87) In het eerste geval was het een interdictum uti possidetis eas *aedes*, in het andere een interdictum uti possidetis eum *fundum*. (88)

Buitendien evenwel was nog een derde formulier in gebruik. Want niet altijd loopt het geschil over het bezit van het gansche huis of land, maar soms alleen over een gedeelte van het erf, over een klein stukje gronds dat

(85) Vgl. SCHMIDT. 273. 279. met beroep op L. 2 § 13 D. *Ne quid in loco publ.* (43. 3.)

(86) Cf. THEOPH. ad § 1 J. *de Int.* (4. 15.)

(87) L. 1 § 3 D. *h. t.*

(88) GAL. IV, § 150. FESTUS. *v. possessio*. L. 1 pr. D. *h. t.*

men zich wederzijds aanmatigt. (89) Zulk een onbepaald stukje gronds noemen de Romeinen *locus*, in tegenstelling van *fundus* of van het gansche erf als juridieke eenheid beschouwd (90), zoodat men in dit geval een *interdictum uti possidetis eum locum* gaf. (91)

Wegens andere zaken kon het *interdictum* niet worden verleend en alzoo bepaaldelijk niet ter zake van verhindering in de uitoefening van erfdienstbaarheden. Eene uitzondering op dezen regel maakt die klasse van huis-dienstbaarheden (*servitutes praediorum urbanorum*) welke zich met het pand waartoe zij behooren vereenzelvigen en er den bouw en de gestalte van bepalen, omdat iemand wien de uitoefening van eene dergelijke erfdienstbaarheid wordt belet inderdaad wordt gestoord in het bezit van het huis zelf. B. v. uw buurman schrijft zich het regt toe om aan zijne woning een uitstek of balkon over uwen grond te hebben. Als gij nu dat balkon niet wilt gedogen, kunt gij dan te zamen uw geschil niet ten *possessoire* met het *interdictum uti possidetis* laten uitmaken?

Het schijnt een punt geweest te zijn waaromtrent de oudere juristen verschillend dachten. *CASSIUS* meende, dat het niet kon, vermits de natuur van het *interdict* medebrengt, dat partijen elkander het bezit *derzelfde zaak* betwisten, terwijl in ons geval de eene bezit den grond waarover het balkon uitsteekt, en de andere het huis waaraan dat balkon behoort (92). *LAEEO* daarentegen geloofde, dat men deze zwarigheid zou te boven komen door het geschil te beperken tot de plaats waarboven het balkon uitsteekt, zoodat de vraag, aan 's regters oordeel te onderwerpen, deze wordt: hoe is tusschen

(89) L. 1 § 7 D. *h. t.*

(90) L. 60 D. *de V. S.* (50. 16.)

(91) *RUDORFF*, 336. 338.

(92) L. 3 § 5 D. *h. t.*

partijen de onderlinge bezitstoestand; zóó dat de plaats in geschil door een balkon overdekt wordt, of zóó dat zij vrij is? Hij begreep dus, dat het bezwaarde gedeelte van het dienende erf moest beschouwd worden als *de plaats in geschil*. Doch ULPIANUS vraagt, of het niet even geoorloofd, en voor den bezitter van het balkon voordeeliger (93), zijn zal het heerschend gebouw voor de zaak in geschil te houden, mits zorgende het eigenlijk twistpunt door eene bijvoeging in het interdict behoort te omschrijven, en beantwoordt die vraag, schoon niet zonder eenig aarzelen, in een bevestigenden zin (94). Volgens LABEO derhalve komt hier een interdictum uti possidetis eum *locum* (95), volgens ULPIANUS ook een interdictum uti possidetis eas *aedes* te pas (96).

B.

Utile.

Het is reeds bij de behandeling van het interdictum unde vi opgemerkt, dat houders wegens personeel servituit of regt van opstal met den eigenlijken bezitter worden gelijk gesteld (*quasi possessores*). Ook het interdictum uti possidetis, schoon niet regtstreeks op hen toepasselijk, wordt met geringe wijziging in de uitdrukkingen aan hunne belangen dienstbaar gemaakt.

§ 1.

Personeel servituit.

De strekking van het interdict blijft dezelfde. De

(93) Dewijl hij zich dan ook tegen derden beschermen kan.

(94) L. 3 § 6 D. *h. t.*

(95) Uti nunc eum locum qui proiecto tegitur, qua de re agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.

(96) Uti nunc eas aedes ex quibus projectio est, Q. D. R. A. rel. RUDORFF, 348. 353.

vruchtgebruiker of gebruiker die als zoodanig in het genot der zaak is, of wien dat genot op onregtmatige wijze ontnomen is, heeft gelijke belangen als de ware bezitter. Is hij buiten het bezit, zoo moet hij ten petitoire beginnen met zijn regt te bewijzen, terwijl, zoo hij in het bezit is, de eischer die hem met de actio negatoria aanvalt beginnen moet met zijn eigendom te staven. Ook tusschen eigenaar en vruchtgebruiker of gebruiker, tusschen bezitter en quasi bezitter kan dus het interdict ter voorbereiding van het petitoir noodzakelijk zijn (1).

Insgelijks kunnen er possessoire geschillen oprijzen tusschen twee vruchtgebruikers die te zamen genieten, of waarvan de een zijn regt aan den anderen heeft afgestaan, of tusschen twee gebruikers of een vruchtgebruiker en een gebruiker die te zamen in het genot zijn; kortom tusschen twee quasi bezitters onderling. In alle deze gevallen bewijst het interdict zijn nut (2). De wijziging die zijne uitdrukkingen ondergaan bestaat hierin, dat de praetor bij den vruchtgebruiker niet van possidere, maar van uti frui spreekt, en bij den gebruiker van uti alleen (3), en nu ten behoeve van iedere partij het voor haar passende woord in het interdict opneemt (4). De procédure volgt weder geheel denzelfden loop (5) en de uitslag is, dat hij, die het jongste bezit of quasi

(1) L. 5 pr. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 52 pr. D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) L. 60 § 1 D. *de Usufr.* (7. 1.) FR. VAT. §§ 90. 91. 92.

(2) L. 4 D. *h. t.* RUDORFF. 344. PELLAT. *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété.* 30 n. 4. *Themis* IX. 243.

(3) FR. VAT. § 90.

(4) *Uti nunc eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero possidetis, utimini fruimini, quominus ita possideatis, utamini fruamini, vim fieri veto.* RUDORFF. 344.

(5) Ook eene fructus licitatio laat zich hier zeer goed denken. L. 19 pr. D. *de Usur.* (22. 1.) RUDORFF. 354.

bezit zonder gebreken heeft het proces wint en in het bezit of quasi bezit gehandhaafd wordt.

§ 2.

Opstal (6).

Het *utile interdictum uti possidetis de superficiebus* (7) is vooral merkwaardig, omdat het de eerste stap schijnt te zijn geweest dien de praetor gedaan heeft om het lot des opstalhebbers, aan wien het civiele regt slechts persoonlijke regtsvorderingen uit contract toestond, te verbeteren. Ook hier liet zich de praetor besturen door de gedachte, dat het eene hardheid was, als de opstalhebber die zich in het bezit bevond en er toch ook belang bij had, om liever gedaagde dan eischer te wezen, even als om zich tegen derden te kunnen beschermen, die voordeelen moest derven, alleen omdat hij naar strikte regtsbegrippen ten *possessoire* niet ontvankelijk was. Ook hier dus lost zich alles op in eene gelijkstelling des opstalhebbers met den bezitter en blijven overigens de strekking van het interdict, de *procédure* en de regelen der beslissing geheel dezelfde (9). Het eenige wat gebeurt is, dat in het interdict ten behoeve des opstalhebbers niet van *possidere*, maar van *frui* gesproken wordt, dewijl hij wel eens anders zaak geniet, maar geenszins gezegd kan worden den opstal die zich van den bodem niet laat scheiden in eigendom te bezitten (10). Daardoor wordt tevens uitgedrukt, dat hij nu

(6) *D. de Superficiebus.* (43. 13.)

(7) *Uti (nunc) ex lege locationis sive conductionis superficiei, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero fruimini, quominus ita fruimini, vim fieri veto.* L. 1 pr. *D. h. t. RUDORFF. 345.*

(8) L. 1 § 1 *D. h. t.*

(9) L. 1 § 2 *D. h. t.*

(10) L. 3 § 7 *D. U. P.* (43. 17.) *LABEO* kende, blijkens deze plaats, het *interdictum de superficiebus* nog niet en ontzegde den opstalheb-

het proces zelfs tegen den eigenaar, hoewel den eigenlijken bezitter, moet winnen, indien hij een niet onregtmatig verkregen genot volgens zijn titel heeft (11).

II.

INTERDICTUM UTRUBI. (1)

§ 1.

Procédure.

Ter zake van roerend goed geeft de praetor een verbod van den volgenden inhoud:

Ik verbied, dat diegene uwer welke den slaaf in geschil, gedurende het verleden jaar, het langst, ten aanzien zijner tegenpartij noch met geweld, noch heimelijk, noch ter bede, gehad heeft door den ander verhinderd worde hem met zich te nemen. (2)

Dit interdict is alzoo weder prohibitoir en wederkeerig, weshalve partijen immer cum periculo moesten

ber alle possessoire actie. Hij onderscheidde echter te regt het geval, dat een huis hetgene op zich zelf staat en een eigen opgang heeft boven een kelder of pakhuis is uitgebouwd, want nu blijft beider bezit gescheiden. In L. 3 § 9 *ead.* schijnt het geval bedoeld, dat iemand een gemeenen muur, om zich het uitzigt daarop te veraangenameu, versiert, niet alleen voor zijn gedeelte, maar ook voor dat zijns buurmans. Thans kan deze hem tot wegruiming dier versierselen, voor zoo ver zijn gedeelte betreft, met het interdictum uti possidetis noodzaken. Over de beteekenis van *tectoria* z. MENAGIUS, *Amoen. Jur.* c. 29.

(1) Ex lege locationis sive conductionis. Cf. L. 1 § 3 D. *de loc. publ.* (43. 9)

(1) D. *Utrubi* (43. 31.) v. SAVIGNY. § 39 (492—503.)

(2) *Utrubi hic homo, quo de agitur, apud quem, nec vi, nec clam nec precario ab altero, maiore parte huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* GAI, IV §§ 150, 160. L. *un. pr. D. h. t.* PLAUTUS. *Stichus*, V. IV. 14, TERENT. *Eunuch.* II. III. 27.

procederen en iedere op hare beurt stipuleerde en restipuleerde. (3) De verdere loop der proëdure kan bij gemis aan bescheiden niet met zekerheid worden aangegeven, maar droeg zich naar alle waarschijnlijkheid zoo toe.

De slaaf in geschil moet bij de verschijning voor den praetor worden medegebragt en nu iedere partij zich aanstonds verklaren, of zij er zich tegen verzet, dat de andere hem met zich neemt. Bij wederkeerig verzet maakt men uit, wie staande het proces den slaaf onder zich hebben zal. Het is niet waarschijnlijk, dat men, even als bij het interdictum uti possidetis, zoo ook hier, dat voordeel toeweest aan dengene die er het meeste voor biedt. Men schijnt eer te moeten gelooven, dat in den regel de slaaf gelaten werd bij dengene die hem voor den praetor medebrengt, en dus blijkt de feitelijke bezitter te wezen, en misschien in bijzondere gevallen het bezit bij een derde in bewaring gegeven werd. (4)

Vervolgens worden de sponsiones gesloten. Als nu de zaak gewonnen wordt door de partij die feitelijk buiten het bezit is, wordt ongetwijfeld eene dergelijke arbitraire regtsvordering tot uitkeering verleend, als het iudicium cascillianum bij het interdictum uti possidetis is. Tegen den sequester heeft men de actio depositi. (5)

§ 2.

Vereischen om met het interdict te slagen.

De praetor kent de overwinning toe aan hem die aantoot, gedurende de jongste drie honderd vijf en

(3) GAI. IV. §§ 140. 141. 153. 160. L. 36 § 1 D. *de O. et A.* (44. 7.)

(4) L. 39 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) LL. 6. 17 pr. § 1, 33 D. *Depos.* (16. 3.)

(5) LL. 5 § 1, 12 § 2 D. *Depos.* (16. 3.)

zestig dagen op den dag van de uitspraak des interdichts verleden (6). het bezit gehad te hebben op *meer* (7) dagen dan zijne tegenpartij, onverschillig of op de eersten of op de laatsten (8), op achtereenvolgende of op verspreide (9).

Doch onregtmatig, d. i. van de tegenpartij of haar auteur (10) met geweld, heimelijk of ter bede verkregen, bezit geldt ten deze voor geen bezit en telt dus niet mede (11). Daarentegen is het geoorloofd bij zijn persoonlijk bezit dat zijns voorgangers te voegen, mits onder deze voorwaarden :

1°. vooreerst, dat men persoonlijk bezit, al ware het slechts op éenen dag, kunne aanwijzen. Wie persoonlijk, hetzij in het geheel geen, hetzij slechts onregtmatig, bezit heeft gehad, dien kan het bezit zijns voorgangers niet baten, dewijl eene bijkomende zaak niet denkbaar is zonder hoofdzaak waaraan zij zich aansluit. (12)

2°. dat men tot den voorganger wiens bezit men in rekening brengen wil in betrekking sta van regtverkriggende of opvolger, hetzij onder algemeenen, hetzij onder bijzonderen titel; als erfgenaam, kooper, begiftigde, pandhouder of in andere soortgelijke hoedanigheid,

(6) GAI. IV. § 152. PAUL. R. S. V. VI. § 1.

(7) L. 156 D. *de V S.* (50. 16.)

(8) GAI. IV. § 152.

(9) L. 13 § 5 *D. de A. v. A. P.* (41. 2.)

(10) L. 11 C. *de acq. poss.* (7. 32.) L. 4 § 27 D. *de dol. m. et met. exc.* (44. 4.)

(11) GAI. IV. §§ 150. 151.

(12) GAI. IV. § 151. L. 13 § 13 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.) LL. 14, 15, 16 D. *de div. temp. praescr.* (44. 3.) L. 11 § 13 D. *de aet. emt. et vend.* (19. 1.)

en die betrekking niet lijde aan eene nictigheid welke door derden mag worden ingeroepen (13).

3°. dat het bezit diens voorgangers tegenover de tegenpartij niet onregtmatig verkregen zij geweest. (14)

4°. ten slotte, dat die voorganger niet de tegenpartij zelve zij, wanneer de opvolging voortspruit uit schenking. (15)

Voorts wordt het onregtmatig verloren bezit dat men in regten heeft terug bekomen als steeds behouden aangemerkt. (16)

Ofschoon in het interdict het woord «bezit» niet wordt genoemd, wordt hier echter slechts eigenlijk bezit in regtskundigen zin in aanmerking genomen. (17)

Eindelijk heeft het interdict betrekking uitsluitend op roerende lichamelijke zaken (18).

§ 3.

Onderwerp en oorsprong des interdicts.

Het interdictum utrubi bewijst bij roerende voorwerpen dezelfde dienst als het interdictum uti possidetis bij onroerende. Het maakt uit aan welke van beide partijen het bezit toekomt en strekt inzonderheid ter voorbereiding van het geding ten petitoire (19). Het eenig onderscheid tusschen beide interdicten bestaat hierin, dat bij het onze het bezit wordt toegewezen aan den regtmatigen bezitter die *het langdurigste*, en bij het interdictum uti

(13) L. 46 D. *de Don. int. v. et ux.* (24. 1.) L. 11 D. *de A. R. D.* (41. 1.)

(14) L. 13 § 13 D. *de A. v. A. P.*

(15) FR. VAT. §§ 293. 311.

(16) L. 13 §§ 7. 9 D. *de A. v. A. P.* (41. 2)

(17) GAI. IV. §§ 149—154.

(18) GAI. IV. § 149, PAUL. R. S. V. VI. § 1, I. un. § 1 D. *h. t.*

(19) GAI. IV. § 148. § 4 J. *de Interd.* (4. 15.)

possidetis aan den regtmatigen bezitter die *het jongste* bezit heeft. Hoe men er toe gekomen is om dus bij roerende voorwerpen af te wijken van hetgene en de natuur van het bezit en de regelen van het petitoir schenen te vorderen, laat zich bij gebreke van voldoende narigten niet met zekerheid bepalen. Waarschijnlijk werd de praetor bestuurd door de overweging, dat het hier, bij de vaak grootere moeilijkheid van het eigendomsbewijs en de meerdere gemakkelijkerheid waarmede roerende voorwerpen van hand tot hand gaan, tot erge onbillijkheid aanleiding geven konde, als men de voordeelige rol van gedaagde aan het naakte feit van het jongste bezit wilde verbinden, zelfs daar waar beide partijen konden aantoonen binnen een betrekkelijk kort tijdsbestek bezit te hebben gehad, weshalve hij voor de min beteekenende omstandigheid der latere dagteekening het meer stellige overwigt van den langeren duur in de plaats stelde. Het verdient daarbij allezins opmerking, dat GAIUS het juist vreemd schijnt te vinden of althans de aandacht er op meent te moeten vestigen, dat hier het *oudste* bezit niet meer geldt dan het *jongste* (20), terwijl naar onze begrippen veelmeer het omgekeerde zijne verbazing opwekken moest (21).

§ 4.

Het interdict als retinendae possessionis.

Even als het interdictum uti possidetis, strekt ook het onze ter beslechting van een geschil over het bezit (controversia possessionis). Ook hier dus is het bezit zelf het onderwerp van het geding en wordt daarop wederzijds aanspraak gemaakt, zoodat het bij den aanvang

(20) GAI. IV. § 152.

(21) Van daar, dat SCHEUFL dan ook lezen wil prior *mea*. *Beitr.* II. 275.

van het proces bij eene der partijen werkelijk berusten en ten slotte aan eene van beiden voor goed verblijven moet. Het vereenigt alzoo alle de kenmerken van een interdictum retinendae possessionis in zich (22).

Ondertusschen kan het geval, dat degene die bij den aanvang van het proces het bezit niet had zulks evenwel ten slotte behoudt, hier nog veel menigvuldiger voorkomen dan bij het interdictum uti possidetis, namelijk zelfs als beide partijen in het afgelopen jaar regmatig bezit gehad hebben, doch het oudste tevens het langdurigste geweest is. Om die reden te vermoeden, dat ons interdict door de Romeinen zelve als ten deele retinendae, ten deele recuperandae possessionis beschouwd werd, gelijk v. SAVIGNY wil (23), is niet slechts met alle onze narigten, maar tevens met de natuur der zaak in strijd. Een interdictum recuperandae possessionis is alleen daar mogelijk, waar eene verbindtenis tot teruggave bestaat, en de jongste regmatige bezitter moet wel wegens den korteren duur van het bezit voor den anderen onderdoen, maar staat daarom nog geenszins met dezen in eene persoonlijke regtsbetrekking die eene verplichting tot teruggave ten onderwerp heeft. Het interdictum utrubi leert dus op nieuw, dat de gewone, trouwens alleen op willekeurige opvatting van het woord *retinere* gegronde, voorstelling van het karakter der interdicta retinendae possessionis niet deugt en door de bovenopgenoemde kenmerken moet worden vervangen.

§ 5.

Duplex possessio.

Het interdictum utrubi was wel geschikt om LABEO en de zijnen te versterken in den krijg dien zij voerden

(22) GAL. IV. § 148.

(23) 503 n 1.

tegen de meening van SABINUS en zijne volgers welke aan het gelijktijdig bestaan eener iusta en iniusta possessio geloofden. Ook hier toch treft men weder dezelfde exceptien wegens gebrekkig bezit aan. Doch kon het bij het interdictum uti possidetis den schijn hebben, als telde het gebrekkig bezit niet voor dengene die het had, maar juist voor de tegenpartij, hier waar zulks inderdaad van het uiterste belang zou zijn geweest viel alle schijn daarvan weg. Het gebrekkig bezit telt hier noch voor hem die het heeft, noch voor de tegenpartij (24), met andere woorden, telt in het geheel niet mede. Het beginsel: krachteloosheid, het resultaat: wegeijfering van het gebrekkig bezit, is in beide gevallen hetzelfde. Dat beginsel wordt verwezenlijkt, dat resultaat wordt bereikt ginds door aan het interdict', als het ware, eene vroegere dagteekening te geven, hier door den tijd van het onregtmatig bezit als niet verlopen te beschouwen. Maar dit is slechts het gevolg van den verschillenden maatstaf waarnaar, in het eene en het andere geval, de overwinning wordt afgemeten. In het eene betreft de fictie de dagteekening, in het andere den duur van het bezit; in beide gevallen *den tijd*.

§ 6.

Stoornis.

Het verbod des praetors was niet, gelijk bij het interdictum uti possidetis, algemeen, maar betrof uitsluitend het zich verzetten tegen de wegvoering van den slaaf door de partij die de beste aanspraken had, en diende weder hoofdzakelijk om een vorm aan het proces te geven en de stof voor de sponsiones op te leveren.

De zaak in geschil moest namelijk, gelijk gezegd is, bij de

(24) L. 13 § 7 D. *de A. v. A. P.* (41. 2.)

verschijning voor den praetor worden medegebragt en partijen zich dus aanstonds verklaren. Liet de eene toe, dat de andere den slaaf medenam, zoo was de zaak dadelijk uit, maar verzette men zich wederzijds, zoo was men genoodzaakt te procederen en bepaalde zich 's regters onderzoek tot de vraag, aan wie van beiden behoort het bezit (25)? Eigenlijke stoornis behoefde dus nooit te worden bewezen.

De eenige zwarigheid bestond hierin, dat degene die den slaaf feitelijk in zijne magt had konde weigeren bij de verschijning voor den praetor hem mede te brengen en, zoo doende, het proces onmogelijk maken kon. Doch daartegen hielp de actio ad exhibendum (26) waarmede men, onder verklaring dat zulks dienen moest ter voorbereiding van het proces met het interdict, de oplevering van den slaaf van den bezitter konde eischen (27). Het vim facere is mitsdien hier, zelfs nog meer dan bij [het interdictum uti possidetis, van zuiver formelen aard.

Ten slotte verdient het de aandacht, dat, als de wederzijdsche aanspraken tegen malkander opwegen en iedere partij regtmatig bezit kan aantoonen van een *gelijk* getal dagen, geene van beiden tegen het edict des praetors gezondigd heeft, daar slechts verboden wordt zich te verzetten tegen het medenemen van den slaaf door iemand die een *langduriger* bezit heeft. Alzoo moet in zoodanig geval de zaak verbleven zijn aan hem wien het provisioneel bezit is toebedeeld en dit maakt het waarschijnlijk, dat men zulks hier niet toewees aan den meestbiedende, maar aan hem die, bij de uitspraak van het interdict, het feitelijk bezit heeft; iets waarvan den praetor

(25) THEOPH. ad § 4 J. de Interd. (4. 15.)

(26) Cf. L. 1 § 6 D. de Vi. (43. 16.)

(27) L. 3 §§ 5, 12 D. ad exhib. (10. 4.) Cf. L. 3 § 1 D. de liber. exhib. (43. 30.)

altoos voldoende bleek door het medebrengen der zaak.

§ 7.

Quasi bezit.

Dewijl opstal uitsluitend vast goed ten onderwerp heeft, kan ten deze alleen sprake zijn van houders wegens personeel servituut. Ofschoon nergens geboekstaafd, mag men veilig gelooven, dat ook dit interdict hun niet werd geweigerd. Het was niet eens noodig de termen ten hunnen behoefte te wijzigen (28), want de praetor heeft hier, als het ware opzettelijk, het gebruik van het woord *bezitten* vermeden. «Degene, zegt hij, bij wien de slaaf het langst geweest is.» *Apud quem maiore parte anni fuit.*

(28) RUDORFF. *Zeitschr. f. gesch. Russch.* XI. 345.

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(NEDERLANDSCHE LITERATUUR.)

De orde der advocaten in Nederland, hare regten en pligten, naar aanleiding van het reglement van orde en discipline, geschetst door Mr. W. F. OTTEN, advocaat en plaatsvervangend-kantonregter te Amsterdam. — Amsterdam. J. H. GEBHARD EN COMP. 1855. — 88 pag. in 12^o.

Er is dikwijls geklaagd over de onvolledigheid en de menigvuldige gebreken van het reglement van orde, zonder dat men tot nu toe er in is mogen slagen, om de

regering tot het aanbrengen van verbeteringen te bewegen, het zij dan omdat men de klagten hield voor ongegrond, het zij, wat misschien waarschijnlijker is, omdat men de zaak niet gewichtig genoeg oordeelde, om er zich veel aan te laten gelegen leggen.

Intusschen, als het eenmaal zoo ver komt, dat wij eene nieuwe regterlijke organisatie krijgen, inzonderheid als het gerucht waarheid spreekt, dat van die gelegenheid zal worden gebruik gemaakt, om alle advokaten te promoveren tot prokureurs, dan is eene herziening van het reglement eindelijk te voorzien.

Uit dien hoofde is het dan ook zeker niet ongepast, de aandacht eens op nieuw te vestigen op een anders weinig besproken onderwerp. De schrijver doet dat op eene wijze, die zeker lof verdient; want het wel geschreven werkje zal, meen ik, met genoegen worden gelezen; en bevat meer dan ééne nuttige opmerking, die bij eene eventuele herziening zeer de overweging verdient.

Dit alles neemt echter niet weg, dat er èn in het oordeel des schrijvers over het reglement, èn in zijne uitlegging er van, veel is waarmede ik het moeilijk eens zou kunnen worden; en dat het laatste dikwijls, ik zou bijna zeggen, niet vrij is van paradoxe.

Ik zal niet in vele bijzonderheden treden; dat is niet het doel dezer aankondiging. Ik bepaal mij tot een paar voorbeelden.

Zoo heeft de schrijver mij b. v. volstrekt niet overtuigd van de aannemelijkheid zijner verdediging van het eedsformulier; en ik geloof zelfs niet, dat de zaak er iets beter door worden zou, indien zijne uitlegging van het woord *regtvaardig* de ware zij; indien daaronder moeten verstaan worden alleen die zaken, die naar de *geschreven wet* gegrond zijn. Ik geloof niet, dat dit is de taalkundige beteekenis van het woord; en ik zou denken, dat ook het reglement niet heeft willen of kunnen wegnemen

het verschil tusschen *regtvaardige* en *wettige* zaken.

Niettemin zullen gemakkelijk alle bezwaren tegen het eeds-formulier vervallen, indien de leer des schrijvers juist is, dat noch beëdiging, noch inschrijving op het tableau verplichtend is; maar dat men advocaat is, en als zoodanig regt van pleiten heeft, zonder het één en zonder het ander. Ik moet erkennen, dat die leer mij verrast heeft, maar dat ik haar, ook na aandachtige overweging, blijf houden voor meer scherpzinnig dan waar.

De stelling komt hierop neder, dat ieder doctor in de regten, uit kracht van zijnen promotie-brief, advocaat is. Maar, wat nu de Latijnsche woorden van den doctoralen bul beteekenen mogen, zooveel is, dunkt mij, zeker, met het reglement is die uitlegging niet overeen te brengen.

Art. 1 zegt al dadelijk, dat hij, die den graad van doctor verkregen heeft, niet *advokaat is*, maar *als advocaat kan worden toegelaten*. Het is dus duidelijk, dat het reglement, behalve de promotie en den wetenschappelijken graad, nog vordert eene *toelating*, en zelfs de mogelijkheid vooronderstelt van afwijzing. Ik erken niettemin, dat van dit laatste in de praktijk moeijelijk sprake zal kunnen zijn, omdat het reglement verzuimd heeft de redenen van afwijzing te vermelden, en omdat het zeker den regter niet de bevoegdheid heeft willen of kunnen geven, en ook niet geeft, om die eigenmagtig te scheppen.

Wat is er evenwel van de toelating? hoe en op welke wijze geschiedt die? — Het is waar, met zoovele woorden zegt het reglement ook dit niet; het zegt eenvoudig, dat men, om de advokatie uit te oefenen, moet zijn *toegelaten*. Intusschen, voor ieder die het reglement met aandacht leest, en die niet verlangt daarin bepaalden onzin te zoeken en te vinden, is het, dunkt mij, dui-

delijk, dat, vermits er geene andere formaliteit gevorderd wordt, de toelating juist bestaat in de *beëdiging* en de *inschrijving*. Die niet beëdigd en niet ingeschreven is, heeft wel den wetenschappelijken titel, en het radicaal *om te worden toegelaten*, maar hij *is* daarom nog niet toegelaten. Mij althans komt het voor, dat dit, in gezonden zin, de eenig denkbare beteekenis is van het reglement; en ik kan mij zeer moeilijk voorstellen, dat het reglement het aan het goedvinden van ieder advocaat zal hebben willen overlaten, of hij al of niet zich aan het één en aan het ander zal willen onderwerpen; eene leer trouwens, waardoor beide zaken iedere beteekenis, ieder doel verliezen.

Nog ééne vraag hierover. Hoe maakt de schrijver het in zijne leer met de bepalingen van § 3 van art. 4? — De advocaten, *ingeschreven* bij den hoogen raad, hebben de *bevoegdheid* hun beroep uit te oefenen, enz. — Mij dunkt, hier wordt toch wel zeer duidelijk de bevoegdheid om *het beroep* (?) uit te oefenen afhankelijk gemaakt juist van de *inschrijving*. Neemt men dit niet aan, dan zal het gevolg zijn, dat de *niet-ingeschrevenen* van oneindig beteren toestand zullen zijn dan de *ingeschrevenen*; de eersten zullen mogen rondreizen en pleiten waar zij willen, omdat zij zich aan het reglement niet storen; maar de tweeden, die het reglement gehoorzamen, zullen in dit vermogen zeer beperkt zijn, en binnen bepaalde territoriale grenzen gebonden.

Ik geloof niet, dat er veel liefhebbers zouden gevonden worden, om zich uit enkel genoegen te onderwerpen aan die gemakkelijke formaliteit, en aan het vooral niet minder gemakkelijk jaarlijksch visum.

Een ander punt, waaromtrent ik met den schrijver van gevoelen verschil, bestaat hierin, dat de schrijver de advocaten ook wil hebben toegelaten, om *als zoodanig*, de partijen te vertegenwoordigen bij de kanton-geregtten,

hoezeer erkennende, dat de tegenwoordige wet hen uitsluit. Ik blijf, om de bekende redenen, vooral om de kosten, eene zoodanige verandering minder wenschelijk achten, ofschoon het niet te ontkennen is, dat de gronden voor een ander gevoelen haar gewigt hebben; en dat bovendien, bij eene eenigzins aanzienlijke uitbreiding van de regtsmagt der kanton-geregtten, eene verandering hierin wenschelijk en noodig worden kan.

Het lag niet in de bedoelingen van den schrijver eene volledige en doorlopende commentarius te geven van het reglement. Van daar, dat meer dan ééne bepaling onbesproken is gebleven; en dat b. v. de wel eens betwijfelde wettigheid van de disciplinaire regtsmagt der raden van toezigt niet is onderzocht; terwijl natuurlijk de quaestie over het patent, als gelegen buiten het reglement, ook niet lag op den weg van den schrijver.

A. DE PINTO.

Proeve van eene algemeene plaatselijke politie-verordening, meer bijzonder ingerigt voor de gemeenten ten platten lande, verzameld en bewerkt, met bijvoeging van ophelderende aantekeningen, door J. F. VAN UDEN, secretaris der gemeente en plaatsvervangend kanton-regter te Boxtel, en A. DIJKHOFF, secretaris der gemeente Helvoirt, en der burgerlijk-administratieve vereeniging van burgermeesters en secretarissen, gevestigd te Vught. — 's Hertogenbosch. F. STOKERS. — 1855. — 91 bl. in 8°.

Het maken van goede politie-verordeningen, die noch te veel noch te weinig reglementeren, die noch te streng noch te zwak zijn, is voorwaar geen gemakkelijk werk.

Mag men aan de ééne zijde met de schrijvers dezer proeve aannemen, dat de vrijheid der ingezetenen niet meer dan *volstrekt noodzakelijk* is, moet worden beperkt; in den zin van dit *volstrekt noodzakelijk* ligt juist de groote moeilijkheid; en het is juist de vraag wat die *volstreckte noodzakelijkheid* al of niet vordert; want het is, aan de andere zijde, niet minder zeker, dat men zich van geene beperkende maatregelen mag laten afschrikken door de enkele vrees, van aan enkelen te mishagen of hinderlijk te zijn, indien zij werkelijk door het algemeen belang, en dus door de *volstreckte noodzakelijkheid*, gevorderd worden.

Bovendien is eene meer of minder grondige kennis van het algemeen staats- en strafregt een onmisbaar vereischte voor den plaatselijken politie-wetgever. Hoe zal men anders weten, hoe ver men met zijne verordeningen gaan mag en moet? wat men bepalen *mag*, of *kan*? wat bij de algemeene wet reeds is voorzien? wat nog aan plaatselijke regeling behoefte heeft?

Is het te verwachten, dat al die kennis bij onze 1200 gemeente-besturen zal gevonden worden? Ik geloof dit te mogen in twijfel trekken. En toch zullen *allen* hunne politie-wetten moeten herzien, en in overeenstemming brengen met de wet; want de gemeente-wet is algemeen en onverbiddelijk. Die dit alles bedenkt, zal ook gevoelen, hoe onmisbaar een goede leidraad voor dien moeilijken arbeid is, vooral voor de besturen der kleine gemeenten; en deze mogen den schrijvers dezer proeve opregt dankbaar zijn voor de hulp hun zoo onverwacht aangeboden.

Intusschen mag toch niet worden uit het oog verloren, dat van dergelijken leidraad niet dan met de grootste voorzigtigheid mag worden gebruik gemaakt, en dat men zich vooral te wachten hebbe voor het zonder oordeel onberedeneerd naschrijven. Want gezwogen van het zeer

uiteenlopend gevoelen, dat over vele onderwerpen bestaan kan en bestaat; gezwezen ook over de dwalingen, waarvan ook deze proeve wel niet vrij zal zijn, — nergens bijna doen zich plaatselijke omstandigheden en behoeften meer gevoelen dan bij, op niets werken zij zoo verschillend als op de politie-zorg. Wat hier dringende behoefte is, is daar volmaakt overtollig, misschien schadelijk; wat hier zonder gevaar kan worden teegelaten, moet daar gestreng worden verboden. De schrijvers hebben dit zeer goed gevoeld en gezegd. Zij hebben wel getracht de taak der gemeente-besturen gemakkelijk te maken; niet om het werk voor hen te verrigten. Waar men zich dit laatste verbeelden ging, zou de proeve in plaats van nut, groot onnut stichten.

Het is mijn voornemen overigens niet mij te begeven in eene beoordeeling der voorgestelde bepalingen. Dat zou geen nut hebben. De meeste zijn eenvoudig, en zullen wel overal noodig zijn; oversommigen kan verschillend gedacht worden. Maar de proeve heeft zeker die verdienste, dat zij de niet ongewone fout onzer plaatselijke wetten, van langdradigheid en omslagtigheid heeft weten te vermijden, maar integendeel door duidelijkheid en beknoptheid van redactie uitmunt.

Ik wil niet zeggen, dat, hoevele verdiensten het werkje ook hebben moge, ik er geene aanmerkingen op hebben zou. Ik waag het er een paar, als voorbeelden, mede te deelen.

In het derde hoofdstuk vind ik gehandeld over het vervaardigen en verkoopen van *roggebrood*. Waarom alleen van *roggebrood*? Er wordt toch ook op het platte land nog wel *tarwe-brood* verkocht?

Elders vind ik eene afdeeling *over de verdeling der gemeente in wijken* en het nummeren der huizen. Het eerste heeft echter niets gemeens met de politie-verordening. Art. 1 zegt, dat de gemeente wordt verdeeld

in zooveel wijken, die door letters worden aangeduid. Art. 6 zegt, dat iedere overtreding van ééne der bepalingen van deze afdeeling wordt gestraft met eene geldboete van één gulden. Welnu! Als de gemeente *niet* in wijken wordt verdeeld, of als die wijken niet door letters, maar b. v. door nummers, worden aangeduid, dan is er overtreding van ééne der bepalingen dezer afdeeling. Zou men daarvoor nu willen vorderen eene boete van één gulden? en van wien zal men die vragen?

De aantekeningen zijn niet onbelangrijk, maar zullen ook door meer geoefenden met nut geraadpleegd worden, en geven aan het boekje eene zekere wetenschappelijke waarde. Zij deelen o. a. vrij volledig mede de administratieve en regterlijke beslissingen over de bevoegdheid der gemeente-wetgeving. Dit laatste is thans zeker noodig en nuttig, nu het voor uitgemaakt schijnt te moeten worden gehouden, dat de regter een oordeel heeft te vellen over de wettigheid der plaatselijke wet, hoezeer dan ook, naar mijne meening, in openbaren strijd met de duidelijke bepalingen der wet. Maar is dit eenmaal zoo, en geschiedt het *facto*, dan is het ook zeker nuttig voor de gemeente-besturen, om te weten, wat de regters hun toelaten, wat zij hun verbieden te verordenen.

A. DE PINTO.

Wet regelende en beperkende de uitoefening van het regt van vereeniging en vergadering, naar aanleiding der daaromtrent gehouden heraadslagingen, met aantekeningen voorzien door Mr. JAC. J. VAN GIGCH, doctor in de regten en letteren, advocaat te 's Hage. Gorinchem. J. NOORDUYN EN ZOON, 1855. X en 61 bl. in 8^o.

Na twee mislukte pogingen is het nu eindelijk gelukt om een wetsontwerp over dit zoo moeilijk onderwerp

te doen aannemen. De tijd zal leeren of deze wet in alle voorkomende gevallen voorziet, of zij in de toepassing blijken zal duidelijk te wezen en voor hen, die er aan moeten gehoorzamen, geene belemmering oplevert, zwaarder dan die in het welbegrepen belang der openbare orde gevorderd wordt. De regtsvragen, waartoe zij aanleiding geven kan, te voorzien, is in de meeste gevallen, even als bij elke andere nieuwe wet, niet wel mogelijk. Deze uitgaaf bevat dan ook om zoo te zeggen alles wat onder die omstandigheden van den uitlegger kan gevorderd worden, zoo zijn voornemen niet geweest is om eene uitgewerkte toelichting te schrijven. Bij elk artikel wordt gewezen op de veranderingen, die het, ten gevolge van het onderzoek door de Tweede Kamer ondergaan heeft; waar het noodig scheen, worden de memorie van toelichting of de beraadslagingen aangehaald, gewezen op de algemeene regtsbeginselen of wettelijke voorschriften, waarop de bepaling steunt, op de er mede in verband staande wetsartikelen, en de wet uitgelegd, waar zij duister schijnen mogt.

Als bijlage is het ontwerp van 1850 afgedrukt, terwijl hier en daar ook artikelen uit dat van 1849 worden medegedeeld.

De inleiding bevat eene beknopte geschiedenis der wet en eene, wij vermeenen wel wat al te korte; ontwikkeling harer beginselen. Verzuimd is de opgaaf van de dagteekening der wet en van het nummer van het *Staatsblad*, terwijl de titel ook niet geheel en al juist is opgegeven. Het behoorde vermeld te worden, dat het is de *Wet van den 22^{en} April 1855, tot regeling en beperking der uitoefening van het regt van vereeniging en vergadering.* (*Staatsblad* n^o. 32).

J. DE WITTE VAN CITTERS.

(BUITENLANDSCHE LITTERATUUR.)

Untersuchungen zur L. 122 § 1 D. de V. O.
(45. 1.), von Dr. GOLDSCHMIDT, Privatdocenten in
Heidelberg. — Heidelberg. 1855. 69 pag. in 8°.

Het advijs van SCAEVOLA, in de bekende L. CALLIMACHUS vervat, is van oudsher tot de duistere Pandekten-plaatsen gerekend. Wat de een trachtte te verkrijgen door sijngesponnen, maar in de lucht zwevende veronderstellingen, meende de ander te bereiken door even vernuftige, maar niet minder gewaagde tekst-veranderingen. De jongste bijdrage tot deze rijke literatuur levert het aangekondigd geschrift van Dr. GOLDSCHMIDT.

Hij splitst het fragment in twee stukken. Het eerste, loopende tot *promisit Callimachus* en waarbij hij slechts kort stil staat, behelst de tusschen partijen gesloten overeenkomst, wier inhoud hij, voortbouwende op de door HUSCHKE (1) gelegde grondslagen, dus opgeeft.

«CALLIMACHUS hat von STRICHUS, dem Sklaven des LUCIUS TITIUS, in Syrien für eine Reise von Beryt nach Brundusium ein Seedarlehn für die Dauer von 200 Reisetagen empfangen, unter Verpfändung von Waaren, welche er in Beryt kaufen und nach Brundusium verschiffen, sowie derjenigen Waaren, welche er in Brundusium einkaufen und zu Schiff nach Beryt zurückbringen sollte. Und dabei ward festgestellt, dass CALLIMACHUS nach seiner Ankunft in Brundusium innerhalb des nächsten 13 Sept. andere Waaren kaufen, verladen, und selbst nach Syrien absegeln solle; wenn er aber innerhalb des oben gedachten Termines nicht wieder Waaren angekauft habe, und von jener Stadt abgefahren wäre, dann solle er, als sei nun die Seereise beendigt, sofort das ganze Geld zurückgeben, und allen Aufwand den Begleitern des Geldes,

(1) *Zeitschr. f. Civilt. u. Proc.* N. F. X. 1—17.

welche dasselbe nach Rom bringen sollten, auszahlen.»

Het beding omtrent den termijn van 200 dagen en den 13den Sept. had zijne oorzaak in vrees voor de najaarsstormen.

Uit het slot der plaats, waaraan nu verder het onderzoek wordt gewijd, leert men zoowel het eigenlijk geval, als de vragen, er uit getrokken door den advocaat, naar de Schr. wil, van CALLIMACHUS, mitsgaders het advijs van SCAEVOLA, kennen.

Na de onjuistheid der drie hoofdverklaringen van CUIACIUS, van ROBERT en van DE GLOSSE, ALCIATUS, HUSCHKE en anderen betoogd te hebben, gaat de Schr., met behoud van den gewonen tekst, over tot de voordragt van zijne uitlegging, wier grondslag gelegen is in de volgende voorstelling van CALLIMACHUS handelwijze.

CALLIMACHUS hat einen Theil der eingekauften Waaren verladen, und ist vor Ablauf des 13 Sept. in der Richtung nach Syrien abgesegelt. Allein er that nur so, als wollte er ohne Aufenthalt die Fahrt nach Syrien fortsetzen. Aus dem Hafen herausgekommen, blieb er auf der Rhede, oder sonst wo in der Nähe auf dem Wege nach Syrien liegen, liess sich die übrigen bereits eingekauften Waare (auf Böten oder Leichterschiffen) nachbringen, verlud dieselben und reiste alsdann weiter. Auf dieser Weiterreise ging das Schiff unter.

EROS, de tot ontvangst der penningen aan CALLIMACHUS medegegeven slaaf des schuldeischers, had zijne toestemming tot dit vreemd bedrijf verleend. Het moest strekken om de overeenkomst te ontduiken. Want, daar deze niet met even vele woorden van « *volle lading* » sprak, hoopte CALLIMACHUS zich te redden door *voor* 13 Sept., al ware het dan ook maar ten halve, *geladen uit te zeilen*.

De zin der eerstgestelde vraag, die op dit punt betrekking heeft, is dus, om kort te gaan, deze: heeft niet CALLIMACHUS althans aan de letter der overeenkomst voldaan?

Voor het geval echter die vraag ontkennend mogt beantwoord worden, stelde de advocaat van CALLIMACHUS de tweede: of niet het te laat vertrek van CALLIMACHUS gedekt wordt door de toestemming van EROS?

Deze vragen en de daarop gevallen beslissingen van SCAEVOLA geven den Schr. aanleiding tot een breed onderzoek naar de wijze waarop ten nadeele des meesters diens contracten door de handelingen van zijnen slaaf gewijzigd worden konden. Doch welke verdiensten dat onderzoek anders bezitten moge, men zal wel als onaannemelijk verwerpen moeten eene uitlegging die staat of valt met een zoo ver gezocht en onwaarschijnlijk verzinsel, als de kunstgreep is waarvan de Schr. CALLIMACHUS beticht, doch van welken in den tekst zelf niet het geringste voorkomt. Trouwens breedvoerige wederlegging schijnt te minder noodig, omdat de zwaarigheid waarover men sinds DE GLOSSE pleegt te struikelen, n. i., slechts het gevolg van een misverstand is en de ware zin door eenvoudige paraphrase blijken kan.

CALLIMACHUS bevracht te Berytus in Syrië een schip naar Brundusium in Italië, om van daar met eene retourlading terug te keeren. STICHUS, slaaf van LUCIUS TITUS, schiet hem, namens dezen, geld op de behouden heenreize, *foenus nauticum* (a), doch met beding, dat zijn meester in geen geval langer gevaar loopen zal dan gedurende 200 dagen of tot 13 Sept. e. k., aanvang van het ongunstig seizoen (b).

Tot zekerheid voor de betaling van kapitaal en premie, verbindt CALLIMACHUS (c) vooreerst de lading heen, voor het geval de schuld opeischbaar wordt, eer zij te Brundusium aangekomen en verkocht is (d).

(a) CALLIMACHUS mutuam pecuniam nauticam accepit a STICHO, servo LUCII TITII, in provincia Syria, civitate BERYTO usque ad BRENTESIUM.

(b) Idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos,

(c) sub pignoribus et hypothecis

(d) mercibus a BERYTO comparatis et BRENTESIUM perferendis,

Ten tweede de lading terug, voor het geval de schuld opeischbaar wordt, als zij reeds is ingekocht (*e*).

Dien ten gevolge wordt bepaald (*f*):

dat, als CALLIMACHUS zoo vroeg te Brundusium mogt zijn aangekomen, dat hij nog binnen den 13^{den} Sept. zijne retourlading verscheept heeft en de terugreize aanneemt, kapitaal en premie opeischbaar zullen zijn met den dag waarop hij uitzeilt, omdat met den aanvang der terugreize de heenreize geheel afgeloopen is (*g*);

dat, als daarentegen CALLIMACHUS op 13 Sept. zijne retourvracht nog innemen en van Brundusium vertrekken moet, kapitaal en premie na 13 Sept. aanstonds opeischbaar zijn zullen, krachtens het beding, dat de geldschietter niet langer gevaar loopen zal dan uiterlijk tot dien dag, en dus in elk geval de heenreize dan als beëindigd beschouwd worden moet, al zij zij het ook niet (*h*).

Kapitaal en premie zullen door CALLIMACHUS stipt ten vervaldage voldaan moeten worden te Brundusium, met bijpassing van het noodige, om de penningen vrij van kosten naar Rome over te brengen (*i*).

Zoo luidde de door partijen gesloten stipulatie (*k*).

Een der slaven van LUCIUS TITUS, met name EROS, vaart mede om ten vervaldage het zijnen meester ver-

(*e*) et quas BRENTESIO emturus esset et per navem BERTO invecurus.

(*f*) Convenitque inter eos, uti

(*g*) quum CALLIMACHUS BRENTESIUM pervenisset et inde intra idus septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emtis et in navem missis, ipse in Syriam per navigium proficiscatur;

(*h*) aut si intra diem suprascriptum non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet continuo pecuniam, quasi perfecto navigio;

(*i*) et praestaret sumtus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem ROMAN eam deportarent.

(*k*) Eaque sic recte dari fieri fide roganti STICHO, servo LUCHI TITII promisit CALLIMACHUS.

schuldigde te Brundusium in ontvang te nemen en naar Rome te brengen.

Het eerste geval in de overeenkomst voorzien gebeurt. Nog vóór 13 Sept. heeft CALLIMACHUS zijne retourlading scheep en zeilt uit Brundusium thuiswaarts: stel op 31 Aug. EROS nochtans, in plaats van nu op 31 Aug. het aan zijnen meester verschuldigde in ontvang te nemen en er mede naar Rome te gaan, komt met CALLIMACHUS overeen, dat hij liever met hem (*l*) regtstreeks naar Berytus terug stevenen en eerst daar afrekenen zal.

Op de terugreize (misschien nog wel vóór 13 Sept.) vergaat het schip.

Vermits nu het schip verongelukt is, toen, volgens het eerste geval in de overeenkomst voorzien, de retourvracht reeds scheep was, en dus tijdens de verplichting om de verder naar Rome te vervoeren gelden te Brundusium uit te betalen voor CALLIMACHUS reeds geboren was, zoo wordt gevraagd (*m*):

Kan EROS, wien ten aanzien der bewuste gelden na den verval dag geene andere magt of last dan om ze in ontvang te nemen en naar Rome te brengen verstrekt is, desniettegenstaande geacht worden door zijne nadere overeenkomst met CALLIMACHUS zoodanige wijziging tot diens voordeel in het oorspronkelijk bedongene gebragt te hebben, dat het geld niet door de afreize uit Brundusium verschuldigd geworden, maar voor rekening van den geldschieter is blijven loopen, of moet het er veeleer voor gehouden worden, dat krachtens de termen van het

(*l*) Et quum ante idus suprascriptas secundum conventionem, mercibus in navem impositis, cum EROTE, conservo STICHI, quasi in provinciam Syriam perventurus, enavigavit,

(*m*) quaesitum est nave submersa, quum secundum cautionem CALLIMACHUS merces BERYTO perferendas in navem misisset eo tempore, quo iam pecuniam BRENTESIO reddere ROMAM perferendam deberet,

contract CALLIMACHUS aan LUCIUS TITIUS met de actio ex stipulatu aansprakelijk geworden is (*n*)?

Antwoord. Zooals de daadzaken voorgesteld worden, is CALLIMACHUS aansprakelijk. (*o*).

Aangenomen, dat de schuldvordering door L. TITIUS regtens verkregen zij, zoo wordt in de tweede plaats gevraagd of kan opgaan het beweren, dat minstens de overeenkomst van EROS met CALLIMACHUS, om liever naar Berytus terug te varen, aan CALLIMACHUS grond oplevert tot eene exceptio doli, zoodat de vordering, door den meester verkregen, ten gevolge der door zijn slaaf verleende toestemming weder te loor gegaan zijn zoude (*p*)?

Antwoord. Aan de toestemming van EROS kan hier zoodanig regtsgevolg niet worden toegekend, want, om dergelijke exceptie te kunnen toelaten, moest de bepaling van tijd en plaats der betaling aan het goedvinden van den slaaf overgelaten geweest zijn (*q*).

De juistheid van SCAEVOLA's beslissingen loopt te zeer in het oog om toelichting te behoeven.

Behalve de verdubbeling van *et* achter *pervenisset*, waartoe mij de bevoegdheid wel niet betwist worden zal, en de voor den zin onverschillige verbetering van *SEI* in *L. TITII* door HUSCHKE (1), laat deze verklaring den

(*n*) an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia suprascripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam ROMAM perferret, et nihilominus actione ex stipulatu CALLIMACHUS de pecunia domino STICHI teneatur.

(*o*) Respondit, secundum ea quae proponerentur, teneri.

(*p*) Item quaero, si CALLIMACHO post diem suprascriptam naviganti EROS suprascriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel acquisitam adimere poterit.

(*q*) Non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset, eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi.

(1) 4. n. ¹³.

gewonen tekst ongeschonden. Zij berust voorts op deze twee stellingen:

1°. dat het geld geschoten werd alleen op behouden *heenreize*;

2°. dat de laatste der 200 dagen, na welke des geldschieters gevaar in elk geval ophouden zou, viel op 13 Sept., idus Septembres quae tunc proximae futurae erant.

Sinds DE GLOSSE, en dit was de voorname oorzaak van het misverstand, heeft men algemeen het er voor gehouden, dat het geld gegeven was zoowel voor de *heenreize* van Berytus naar Brundusium, als voor de *terugreize* van Brundusium naar Berytus. Intusschen het tegendeel staat met ronde woorden in den tekst: *pecuniam nauticam accepit usque ad Brundusium* en geenszins *vice versa*. Uit den samenhang blijkt alleen, dat men door *heenreize* verstond *tot aan den aanvang der terugreize*, zoodat men ook de ligdagen te Brundusium er onder begreep. Trouwens, zoolang het schip aldaar in veilige haven lag, liep de geldschieter, wien de tweeledige pandovereenkomst genoegzame zekerheid voor de betaling verschaftte, volstrekt geen gevaar, terwijl afrekening op het oogenblik, dat zijne zaken te Brundusium afgelopen waren, voor CALLIMACHUS gewis het verkieslijkste was.

Staat het echter vast, dat het geld geschoten was eensdeels tot aan den aanvang der *terugreize* en anderdeels voor niet langer dan 200 dagen, er volgt noodzakelijk uit, dat kapitaal en interessen op tweeërlei wijze opeischbaar worden konden, òf door het vertrek uit Brundusium vóór het verloop dier 200 dagen, òf door het verloop der 200 dagen vóór gezegd vertrek. En dit leidt van zelf tot het besluit, dat de reden waarom de akte bij het regelen van den tijd en de plaats der *teruggave* van *idus septembres quae tunc proximae futurae erant*

spreekt, geen andere is dan deze, dat de 13de September de laatste der bewuste 200 dagen was, en dat wel, uithoofde de aanvang van het ongunstig herfstsaizoen op 14 Sept: gesteld werd (1).

Men rekende, dat met 11 Maart de gedurende den winter geslotene vaart weer open wierd (2). CALLIMACHUS, die waarschijnlijk zoo dra mogelijk in het voorjaar uit Berytus wenschte te zeilen, en voor de uitrusting van het schip en den aankoop der lading geld noodig had, nam dit op bij eene akte, 25 Februarij tusschen partijen geteekend, in welke de schuldeischer uitdrukkelijk beëindigt, dat, door welke omstandigheden ook de reize opgehouden worden mogt, hij nooit langer gevaar loopen zou dan tot den aanvang van het najaar.

Door deze uitlegging vervallen alle zwaarigheden en wordt de zaak in waarheid allereenvoudigst.

J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO.

(1) VEGETIUS. *De Re militari*. V. 9.

(2) *Eod.*

The law of blockade, as contained in the report of eight cases argued and determined in the High Court of Admiralty on the blockade of the Coast of Courland, 1854. By JAMES PARKER DEANE, D. C. L., advocate in Doctors' Commons, and of the Inner Temple, barrister at law. London. BUTTERWORTHS, 1855. 8°. XVII, and 193 p.

In nog veel grooter mate dan het staatsregt, heeft het volkenregt, als wetenschap beschouwd, in zijne ontwikkeling met de moeilijkheden te kampen, door het gemis der gelegenheid veroorzaakt, om waarnemingen in het praktische leven te doen, die toch het eenige

middel zijn tot het verkrijgen van een toepasbaar theoretisch ontwikkeld stelsel. Zekere omstandigheden te doen geboren worden, dan de verschijnselen waar te nemen en proeven te doen, hetgeen in de natuurkundige wetenschappen meestal zoo gemakkelijk en der studie bevorderlijk is, kan op volkenregtelijk gebied volstrekt niet geschieden. Geduldig moet de geleerde afwachten tot dat de verschijnselen, door omstandigheden buiten zijnen wil ontstaan, gelieven te komen, en dan eerst kan hij de hand aan het werk slaan en de gedane waarnemingen vruchtbaar doen zijn voor de toekomst. Voornamelijk is dit het geval met al hetgeen op den staat van oorlog tusschen europesche volken betrekking heeft, waar het zeker te wenschen is dat de gelegenheid tot waarneming zoo zeldzaam mogelijk gegeven worde, die zich ook in meer dan het derde eener eeuw niet heeft opgedaan. Des te noodzakelijker is het dus, om, wanneer nieuwe ondervinding verkregen kan worden, die te doen strekken tot verrijking der wetenschap en tot het beramen van middelen om in het vervolg datgeen te doen vermijden, waarvan thans de nadeelige gevolgen ondervonden worden. Het hier aangekondigde werk behoort onder diegene, die daartoe zullen bijdragen; het is niet alleen den staatsman of den wetgever, dien het eene dienst bewijst, maar ook bijzondere personen hebben onmiddellijk belang, dat de daarin behandelde regtsvragen zoo duidelijk mogelijk worden uitgemaakt. Verre van benijdenswaardig is toch de handelaar op een oorlogvoerend land, die tot eene onzijdige natie behoort. Het moge waar zijn, dat hij het verlies van zijne goederen menigmaal aan zijne te ver gedrevene winzucht te wijten heeft. Al te dikwijls zal het echter gebeuren, dat, buiten de minste schuld van zijne zijde, de lading, op welke hij regt had, zoo al niet verbeurd verklaard, ten minste langen tijd voor hem nutteloos zal blijven liggen;

en komt zij eindelijk vrij, dan kan hij haar uit de vreemde haven, waarvoor zij niet bestemd was, terug doen halen, terwijl hij geene schade, voor vermindering van waarde, in rekening brengen kan. Zekerheid dient hem zoo veel mogelijk gegeven te worden omtrent hetgeen hem geoorloofd is of niet, en er dient voor gezorgd te worden, dat hij niet door eenige daad, ter goeder trouw, vòòr het uitbreken van den oorlog, of het leggen der blokade verrigt, in ongelegenheid kome.

Daar het volkenregt ook op dit punt veel op gewoonte steunt, slechts in hoofdtrekken door tractaten tot geschreven regt gemaakt, is het van belang de jurisprudentie te kennen, en vooral die van Groot-Brittannie, waar sints geruimen tijd regterlijke collegiën bestaan voor het regtsgeding in eersten aanleg en hooger beroep, die hunne eigene regtsvordering hebben, en waar het gezag der gewijsde zaak reeds een vrij volledig zamenstel van gevestigde begrippen omtrent het onderwerp heeft doen ontstaan. Een eenigzins breedvoerig overzicht van dit werk zal, hopen wij, onzen lezers niet ongevallig wezen, in hetwelk van acht van de belangrijkste regtsgedingen in eersten aanleg wordt verslag gegeven, die, ten gevolge van de blokade van de kust van Koerland in het vorige jaar, gevoerd zijn. De regter, die uitspraak heeft gedaan, deed dit in zijne betrekking van *deputy* van den groot-admiraal, en als *judge of the high court of admiralty*. Deze betrekking wordt tegenwoordig bekleed door Dr. LUSHINGTON; gedurende den vorigen oorlog, en nog lang daarna werd zij vervuld door lord SLOWELL, die onder zijnen vroegeren naam van sir W. SCOTT menigmaal in het bekende werk van WHEATON over het internationale regt genoemd wordt, daar menig beginsel door hem is vastgesteld of zoodanig gehandhaafd, dat het zoo goed als kracht van wet verkregen heeft. Vroeger was van deze uitspraken

hooger beroep op de *Court of Delegates*, dat tevens hof van appel voor kerkelijke zaken was; dit collegie is in den aanvang der regering van WILLEM DEN IV opgeheven en zijne regtsmagt overgebracht op het *judicial committee of the privy council*, bestaande uit den *lord chancellor*, *lord chief justices*, *vice-chancellors*, *master of the rolls*, de regters van de *admiralty*, *bankruptcy* en *prerogative courts*, en uit zoodanige leden van den *privy council* als de Koning daarin wil roepen. Vier regters zijn voldoende om over eené zaak kennis te nemen.

Het werk vangt aan met eene inleiding van den uitgever, waaruit wij het voornaamste later vermelden zullen, daar het door hetgene over het verslag der regtsgedingen mede te deelen is, duidelijker worden zal. Eerst worden van elk der acht zaken de *arguments* medegedeeld, dat zijn de pleidooijen van de raadslieden der Kroon en van de eigenaars der opgebrachte schepen, waarbij de regter, op engelsche wijs, dikwerf tusschen beiden treedt, vragen doet, voorloopig zwaarigheden oplost, enz. Hierop volgt de algemeene voorafsprak van den regter voor de afzonderlijke vonnissen, die in den vorm niet ongelijk is aan die onzer ambtenaren van het openbaar ministerie bij het nemen hunner conclusiën. Wij zullen trachten van dit uitgebreide stuk, dat bijna zeventig bladzijden druks beslaat (p. 87—154) een zoo volledig mogelijk overzicht te geven; daaruit blijkt welke beginselen tegenwoordig in Engeland worden erkend met opzigt tot het instellen en handhaven eener blokade en haar wettelijk bestaan, terwijl tevens eene hoogst merkwaardige vraag, het stilzwijgend herroepen van bepalingen in vroegere tractaten, wordt behandeld. De lezer zal het denkelijk met ons eens zijn, dat de eigenaars van de aangehouden schepen na de meeste voorop gestelde beginselen eene voor hen gunstigere toepassing hadden

mogen verwachten; de wijze, waarop de regter hetgeen hij *in abstracto* toegeeft, hun *in concreto* weder weet te ontnemen, is zeker voor hem, die er geen geldelijk belang bij heeft, niet het minst vermakelijke in dit belangrijke stuk.

Dr. LUSHINGTON stelt op den voorgrond dat hij tot grondslag zijner beslissingen dezelfde beginselen nemen zoude, die aan Lord STOWELL tot rigtsnoer hadden gestrekt; niet alleen omdat hij van hunne deugdelijkheid overtuigd was en dat bijna alle diens vonnissen door het hof van appel waren bevestigd, en dat wel door een der uitstekendste regters Sir WILLIAM GRANT, maar ook omdat die stellingen als deel van het volkenregt waren opgenomen door de vermaardste regtsgeleerden in de Vereenigde Staten.

Vervolgens behandelt hij de algemeene vragen, die in de aan zijn oordeel onderworpen gevallen hare toepassing moeten vinden.

De eerste is: verondersteld dat sir CHARLES NAPIER eenige blokade in de Baltische Zee heeft doen plaats hebben of getracht heeft te doen plaats hebben, had hij daartoe de bevoegdheid?

Ter beantwoording stelt hij het gevoelen van Lord STOWELL op den voorgrond: « dat de in staat van blokade-verklaring eene daad is van souvereiniteit; dat dus alleen de regering van eene oorlogvoerende natie dit kan doen, en daarom ook geen bevelhebber op eigen gezag. Deze moet dus eene magtiging van zijne regering daartoe hebben, ten zij hij zich op eene zeer verwijderde plaats bevindt. » Hoewel nu geene der daartoe gegevene bevelen aan het Hof waren overgelegd, zoo meende hij toch dat het bestaan van zoodanige orders niet in twijfel kon worden getrokken. Vooreerst: omdat toen de eigenaars der opgebrachte schepen op het niet overleggen van die stukken opmerkzaam maakten, hij aangeboden

had, om bij de Admiraliteit de noodige inlichtingen te doen inwinnen, welk aanbod niet was aangenomen. Ten tweede: omdat het besluit der regering tot het uitzenden van eene expeditie, waarvan blokades een noodzakelijk onderdeel waren, al de daden van den bevelhebber wettigde, ten minste jegens onderdanen van andere landen, volgens welk beginsel Lord STOWELL de blokade van Monte Video had aangenomen. Ten derde: omdat het uit behoorlijk afgekondigde regeringsbesluiten blijkt, dat de regering de maatregelen van Sir CHARLES NAPIER niet alleen had goedgekeurd, maar ook dat deze volgens vroegere bevelen waren genomen. Eindelijk, om de algemeene bekendheid, die altijd door dit Hof in zulke gevallen voldoende gerekend was.

Hierop worden eenige vragen behandeld, naar aanleiding van het gepleite voor schepen die van of naar de kust van Koerland (Riga, Windaw en Libau) varende, waren opgebracht. Er was aangevoerd, dat de voor het blokeren dier havens bestemde scheepsmagt niet voldoende was. Overeenkomstig de door vele tractaten bevestigde leer, dat de blokade, om geldig te zijn, niet slechts moet zijn bevolen, maar ook werkelijk uitgevoerd, geeft Dr. LUSHINGTON toe, dat blijken moest van eene genoegzame scheepsmagt, eene zoodanige namelijk, die de kans van aanhouding van elk schip, dat de haven tracht in of uit te zeilen, hoogstwaarschijnlijk maakt. Het gevorderde bewijs evenwel is niet moeijelijk te bekomen. Niet alleen wordt het getuigenis van den hoofdbevelhebber aangenomen, maar een arrest van Sir WILLIAM GRANT wordt aangevoerd, volgens hetwelk des opperbevelhebbers op zich zelven staande verklaring als voldoende bewijs wordt aangenomen. Dr. LUSHINGTON nu neemt voor de door hem behandelde gevallen het getuigenis onder eede van Sir CHARLES NAPIER als voldoende aan, hoewel deze niet uitdrukkelijk had

verklaard, dat hij de scheepsmagt voldoende rekende, maar alleen, dat hij overtuigd was, dat de blokade strengelijk was nagekomen. Hij voegt er nog bij dat, hoewel hij van oordeel is, dat zoodanige verklaring door tegenbewijs kan worden ontzenuwd, zij evenwel gelden moet tot zoolang het, zelfs voor den niet zeeman, blijkt, dat de opperbevelhebber een verkeerd denkbeeld had van hetgeen tot het wettelijk bestaan eener blokade wordt gevorderd. En ook uit dien hoofde wordt de onderhavige verklaring als voldoende beschouwd, daar zij inhoudt dat vier stoomschepen daartoe zijn gebezigd.

Eene tweede vraag betrekkelijk de blokade van Riga en de omliggende havens, is deze, die als zeer gewichtig beschouwd wordt. Was de blokade van kracht, nu het blijkt dat de oorlogschepen zich omtrent Lyser-Ort ophielden? Dit wordt toestemmend beantwoord, omdat het blijkt, dat die schepen het in- en uitzeilen van de golf van Riga konden beletten. De neutrale volken kunnen er zich niet over beklagen, dat dit punt zoo ver van de geblokeerde haven gelegen is, daar de eenige vraag is, of des vijands grondgebied daardoor op voldoende wijze wordt bewaakt, mits slechts geene neutrale haven daardoor worde afgesloten. Teregt was de wettelijkheid der blokade van de Hollandsche kusten (1799) daarbij ingeroepen, hoewel vele schepen zich op grooten afstand van de geblokeerde havens en van elkander bevonden.

Nu volgt het onderzoek naar hetgeen gedaan is om de blokade in te stellen, en of zij met de noodige nauwkeurigheid gehandhaafd was, daar het bewijs van beide die punten mag gevorderd worden. Als vermoeden ten voordeele van het laatste, wordt vooropgesteld het reeds als bewezen aangenomen feit, dat de scheepsmagt voldoende was. Wat het eerste betreft, zoo blijkt het dat de kust van Koerland onder blokade gesteld is op den 17 April, en dat het eerste schip, van diegene waarvoor

hier de rede is, den 21 Mei is aangehouden, zoodat het niet noodig is angstvallig naar den juisten aanvang onderzoek te doen. Voorloopig kon het tweede als bewezen gerekend worden, voornamelijk door de verklaring van Sir CHARLES NAPIER, en ook door die van de kapiteins der afgezonden schepen. Er zijn echter vele tegenwerpingen gemaakt. Vooreerst dat door de bevelhebbers der blokerende schepen aan vele koopvaarders verlof is gegeven om de haven van Riga binnen te zeilen, en ook aan eenige om haar te verlaten. Bij het onderzoek hiervan, wordt als beginsel, wettelijke kracht hebbende, vooropgesteld, dat het niet van de blokerende scheepsbevelhebbers afhangt om dit naar willekeur te doen, wanneer de blokade hetzij door bekendmaking is ingesteld, hetzij zij feitelijk gedurende geruimen tijd heeft plaats gegrepen. Doen zij dit echter in ruime mate, dan kan de blokade naderhand niet tegen neutrale schepen worden gehandhaafd. Doch heeft de blokade slechts kort geleden feitelijk aangevangen, dan mag het neutrale schip met de lading uitzeilen, die voor het begin der blokade was ingenomen. Een enkel verkeerd oordeel hieromtrent kan tot geen gevolgtrekkingen leiden. Neutrale schepen met ballast kunnen altijd uitzeilen. Inzeilen mag zeker geen enkel schip, doch daaruit volgt niet dat elk inzeilend schip moet worden opgebracht, daar het blijken kan dat de schipper van het bestaan der blokade onbewust was. Het is niet gebleken dat eenig schip, in strijd met deze regelen, de haven van Riga verlaten heeft; en ook niet dat eenige der, tijdens de blokade, daar aangekomen schepen zulks met toestemming of oogluiking der Britsche bevelhebbers gedaan hebben. Uit het laatste feit zoude echter kunnen worden afgeleid, dat de blokerende scheepsmagt niet voldoende was. Uit hetgeen hierover door Dr. LUSHINGTON gezegd wordt, blijkt het dat het hieromtrent geleverde bewijs van de zijde der aangehoudene schepen

zeer sterk geweest is, want hij helpt er zich op vrij betwistbare gronden af. Vooreerst voert hij aan, dat het tegen den wil van de blokerende magt binnen zeilen van schepen nooit als de blokada zelve onwettig makende is beschouwd geworden. Voorts dat hij niet beoordeelen kan, of het voldoende bewezen is, dat de blokerende schepen soms geruimen tijd van Lyser-Ort verwijderd zijn geweest. Hij geeft toe dat dit feit pertinent en concludent is, doch de scheepsjournalen, waarop men zich beroept, behelzen voor hem onverklaarbare scheepstermen; hij weet niet hoever van Lyser-Ort de geschiktste plaats was; die plaats konde verschillen naarmate van den heerschenden wind en de daaruit volgende mogelijkheid van in- en uitzeilen. In allen gevalle is het van geen enkel schip bewezen, dat het bij daglicht is ontsnapt. Het voorbeeld van de blokada van de Hollandsche kust in 1799 wordt hier weder gebezigd om aan te toonen, dat eene blokada als gehandhaafd wordt gerekend, al ontsnapt eene menigte schepen.

Hierna wordt het beweren onderzocht, dat de blokada eerst na de officiële afkondigingen in de *London Gazette* van kracht was. Na te hebben vooropgesteld dat geene blokada, die *de facto* is aangevangen, door eene daaropvolgende bekendmaking meerdere kracht kan bekomen, verklaart Dr. LUSHINGTON niet in te zien op welken grond beweerd kan worden dat eene blokada *de facto*, hetzij met opzigt tot haren aanvang, hetzij tot hare wettelijkheid, van het tijdstip harer bekendmaking door de regering, zoude afhangen. Het is de eerste maal, en men kan zich ook op geene autoriteit beroepen, dat beweerd is, dat, als een opperbevelhebber eene blokada instelt en die handhaaft, zij dan naderhand de bevestiging, de goedkeuring of de afkondiging der regering zoude behoeven.

Eene andere stelling, voor de eigenaars der opgebragte

schepen in het midden gebragt en die sterk was aangedrongen, was gegrond op de *Order in Council* van den 15 April, volgens welke de Russische schepen, die vóór den 15 Mei 1854 van de Baltische of Witte zee naar eenige Britsche haven waren uitgezeild, aldaar mogen ontladen en daarna naar eenige niet geblokeerde Russische haven mogen terugkeeren. Nu werd beweerd, dat, volgens deze verordening, eene Russisch schip eene geblokeerde haven, dus ook die van Riga, mogt verlaten, en dat bijgevolg, tegen het volkenregt aan, aan de andere oorlogvoerende natie grootere regten werden toegestaan dan aan de onzijdige, welke inbreuk de blokade van onwaarde moest maken. Hier dient nu onderzocht te worden, of die uitlegging der verordening juist is, wat het volkenregt leert, en of en hoe de geldigheid der blokade door het beweerde zoude kunnen lijden. Op onderscheidene gronden geeft Dr. LUSHINGTON toe, wat, volgens de ingeroepen verordening, een Russisch schip de haven van Riga gedurende de blokade, mits vóór den 15 Mei, had mogen verlaten, en dat de eene oorlogvoerende natie geen regt van handel te drijven aan zich zelve of aan de andere mag toekennen, dat zij aan de onzijdige volkeren wil ontnemen. Doch hieruit volgt slechts, dat aan schepen onder onzijdige vlag, even als de Russische, vóór den genoemden dag, het uitzeilen uit Riga moest toegelaten worden, geenszins dat de blokade daardoor krachteloos werd. Zoo ook kunnen de verkeerde opgaven van een bevelhebber van een der blokerende schepen, waardoor een onzijdig handelsvaartuig in dwaling wordt gebragt, wel de vrijverklaring van dat bijzondere schip, geenszins de nietigheid der geheele blokade ten gevolge hebben.

Hierop deed Dr. LUSHINGTON zijn gevoelen over de vragen van meer algemeenen aard kennen, en wel vooreerst wanneer de blokade aan de naar de geblokeerde

havens zeilende schepen kan geacht worden bekend te zijn.

Bij de zoogenaamde blokadé door bekendmaking (*by notification*) wordt dit gerekend van de kennisgeving, hetzij aan den gezant van de onzijdige natie door de oorlogvoerende regering, hetzij door den gezant dier regering aan die der onzijdige natie. Bij de *feitelijke* blokadé (*de facto*) is natuurlijk ook bekendheid noodzakelijk, en het behoort te worden uitgemaakt dat de schipper van het bestaan der blokadé bewust was om zijn schip voor goeden prijs te verklaren. Het is echter voldoende dat de blokadé van algemeene bekendheid zij; breedvoerig worden vele omstandigheden opgegeven, die tot die algemeene bekendheid moeten doen besluiten, en die het niet wel doenlijk is bij wijze van uittreksel te vermelden. Van meer belang is de opsomming der redenen waarom door een *Prize-court* alle bewijsmiddelen moeten worden toegelaten: 1°. omdat het een gerechtshof is, dat volgens het staats- en volkenregt oordeelt, en dus niet aan de bepalingen van het burgerlijk regt gebonden is; 2°. omdat, al konde eene bewijstheorie worden zamengesteld, die toch niet zoude kunnen toegepast worden, daar zij nooit in overeenstemming zoude kunnen zijn met de wetten van al de Staten, wier ingezetenen partijen in de regtsgedingen kunnen wezen, en die mogen kunnen vorderen van hun beweren door de in hun land toegelatene bewijsmiddelen te staven; 3°. om de groote moeilijkheid van uit verafgelegene landen juist het meest afdoend bewijs te bekomen (*what we are accustomed to call the best evidence*); 4°. omdat aan het gerechtshof daardoor de bevoegdheid niet ontnomen wordt om elk bewijsmiddel te waarderen, en 5°. omdat hooger beroep is toegelaten en het hof van appel gemakkelijker de fout kan verbeteren, die door het toekennen van te groote kracht aan een bewijsmiddel is ontstaan, dan die, welke door de niet-toelating veroorzaakt is.

In het breede wordt vervolgens onderzocht, sedert wanneer de onderhavige blokade kon gerekend zijn algemeen bekend te wezen; de slotsom hiervan is deze: «Is het denkbaar, na al hetgeen gebleken is omtrent het feitelijk bestaan der blokade, omtrent het visiteren van zoo vele schepen en het waarmerken hunner papieren; na al de mededeelingen van de zijde der ministers, van consuls, van de officieren, na de bekendmakingen te Memel en te Riga, en dat bij de gemakkelijkheid van het verkeer met en in de Baltische zee, en bij den spoorslag van het eigenbelang, die ieder betrokkene deelen moest om goede en spoedige berigten te bekomen, is het bij dit alles denkbaar dat het bestaan dezer blokade niet in de eerste dagen van Mei bekend was? Ik zal den juisten dag niet zoeken te bepalen, omdat het van zelve spreekt dat de tijding op onderscheidene tijdsippen in de verschillende havens is ontvangen. Ik kan in gemoede geen redelijken twijfel koesteren dat dit alles niet zoo is, en ik reken mij derhalve verplicht om uitspraak te doen dat de blokade op den gemelden tijd eene zaak van openbare bekendheid was, maar ik wensch met al de zorgvuldigheid en al de naauwgezetheid te handelen, die de ernstige wensch van de onderdanen van onzijdige Staten te beschermen, kan doen in acht nemen; en zoo er een redelijke twijfel, hoe gering ook, aanwezig is, zoo wensch ik hun daarvan het volle voordeel te doen genieten. Ik zal daarom mijn dictum formuleren door te verklaren dat ik deze blokade beschouw als op den bovengemelden tijd eene zaak van algemeene bekendheid geweest te zijn, doch niet van zulk eene algemeene bekendheid, dat zij voor den neutralen koopman onbepaald en reddeloos verbindende zoude zijn, maar toch genoegzaam (en ik kan de allervoldoendste autoriteit voor deze stelling aanvoeren) om op hem den last te werpen van, zoo hij kan, te bewijzen, dat hij

zijn beroep uitoefende in de onwetendheid van dien maatregel, die, in het algemeen gesproken, zoo algemeen bekend was geworden.»

Nu bleef nog ééne vraag van algemeen belang over: is art. 11 van het tractaat van 1661 tusschen Engeland en Zweden, en art. 16 van het tractaat met Denemarken, van 1670 nog van kracht, zoo ja, wat is er de betekenis van?

Art. 11 van het tractaat tusschen Engeland en Zweden luidt, in den oorspronkelijken latijnschen tekst: (DUMONT, *Corps dipl.* t. VI. part. II et III, p. 385):

«Neque confoederatorum alteruter sinat ut suorum cujusquam hostes aut perduelles alterius utantur naveisque vendantur, commo-
denter, n'loye modo usui sint alterutrius hostibus aut perduellibus,
ad ejus incommodum aut detrimentum; alterutri autem confoederatorum
ejusve populo subditivae cum alterius hostibus commercium
habere, usque merces quascunque (de quibus supra exceptum non est)
advehere licebit, idque sine ullo impedimento, nisi iis in portibus,
locisque, qui ab altero obsidentur: quod si acciderit vel obsessis
sua bona dividere, vel ad alium quemvis portum non obsessum
libere se conferre permissum erit.»

en het tractaat met Denemarken (DUMONT, *Corps dipl.* t. VII, part. I, pag. 128):

«Alterutri confoederatorum ejusque subditivae cum alterius
hostibus commercium habere, atque merces quascunque (prohibitivae
solummodo quas contrabandas vocant exceptis) advehere et submi-
nistrare absque ullo impedimento licebit, nisi in portibus locisque
ab alterutro obsessis, quod si fecerint, liberum tamen ipsis erit, ut
obsidentibus bona sua dividere, vel ad alium quemvis portum,
locumve non obsessum sese conferre.»

Van de zijde der Kroon werd beweerd dat die artikelen waren vervallen door de conventie van Junij 1801 tusschen Engeland en Rusland, waartoe naderhand Denemarken en Zweden waren toegetreden; echter slechts in zoo verre als zulks niet streed met vroegere tractaten, over wier vernieuwing werd overeengekomen.

Art. 3, 4^o. dier conventie nu luidt (MARTENS, *Supp.* II, 478):

« Que, pour déterminer ce qui caractérise un port bloqué, on n'accorde cette dénomination qu'à celui où il y a, par la disposition de la puissance qui l'attaque avec des vaisseaux arrêtés, ou suffisamment proches, un danger évident d'entrer. » (1)

Nu was, volgens Dr. LUSHINGTON, de redenering van de raadslieden der Kroon: dat in dit laatste tractaat van woord voor woord de bepalingen in 1780, ook door Denemarken aangenomen, omtrent de gewapende neutraliteit, waren overgenomen, en daartegen niet meer was melding gemaakt van de bepalingen van de twee nu ingeroepen artikelen; dat deze laatstgenoemde daarom door een ander waren vervangen en daardoor vervallen.

Het mag (voegen wij er bij), niet onopgemerkt blijven, dat uit de debatten blijkt, dat de Deensche regering, waarschijnlijk met opzet, het geven van een bepaald antwoord omtrent haar gevoelen hieromtrent, ontweken heeft. Op het verzoek van den schipper van een der aangehouden schepen, is door het Deensche gezantschap te Londen de volgende, in het Engelsch gestelde verklaring, afgegeven:

« At the request of Captain Beck, of the Steen Bille, Danish schooner, it is hereby certified that His Danish Majesty's Government considers the Treaty of Alliance and Commerce between the Crowns of Denmark and Great Britain of the 11th of July, 1670, as being still in force, as well with regard to the 16th Article of the same as to every other part of it which has not been expressly changed or modified by subsequent Treaties. »

(1) Woordelijk overgenomen uit de *Conventions maritimes*, ten opzichte der gewapende neutraliteit in 1780, waartoe ook de republiek der Vereenigde Nederlanden toegetreden is (MARTENS, *Rec.* II, 117. Ned. Jaarb. 1780, bl. 337). Zie b. v. de *Convention maritime entre la Russie et le Danemarck* $\frac{28 \text{ juin}}{9 \text{ juillet}}$ 1780 (MARTENS, *Rec.* II, 103).

Bij de beoordeeling van deze bewering ving Dr. LUSHINGTON aan met te zeggen dat, naar hij meende, de vraag hoe tractaten konden worden herroepen nog niet in de *Admiralty Courts* was behandeld, en dat hij dus de beginselen moest vermelden, volgens welke zij, volgens hem, moest worden beslist. Hij stelde daarna op den voorgrond dat Staten, die zich door tractaten met elkander verbinden, in een geheel anderen toestand verkeeren dan bijzondere personen. Zij zijn aan geene vormen gebonden, noch in het aangaan, noch in het wijzigen of vernietigen van verbindtenissen. Er zijn wel gebruikelijke vormen, doch de partijen zijn er niet aan gehouden, waar het verbindtenissen geldt, hare wederkeerige belangen betreffende.

Het is nu hier uitgemaakt dat de bedoelde tractaten tot 1801 van kracht zijn geweest, en de vraag is welken invloed vat dan 1801 daarop heeft gehad. Indien nu eene schriftelijke oorkonde door eene andere wordt herroepen, zoo kan dit slechts op twee wijzen plaats hebben: door uitdrukkelijke herroeping of door dat het van zelf uit de woorden der laatste volgt (*by necessary implication*). Het laatste alleen wordt beweerd. Om nu dit kunnen volhouden, moet worden aangetoond, dat de gevolgtrekking ontwijfelbaar is, dat de bepalingen in het laatste stuk geheel en al onvereinigbaar zijn met die van het eerste; dat de twee niet te gelijk kunnen bestaan, terwijl het vermoeden tegen de herroeping is, omdat zoo die was bedoeld, het in den aard der zaak ligt, dat zij in uitdrukkelijke woorden zoude geschied zijn.

Hoewel het nu zeker is dat de door Zweden en Denemarken bedongen voorregten, tot in 1793 in de instructien, door de Admiraliteit uitgegeven, waren erkend, en dat daarentegen, van den oorlog in 1803, dit niet meer is geschied, en dat niemand zich ooit daarop in de *Admiralty Court* daarop heeft beroepen, zoo meende

Dr. LUSHINGTON, dat toch van geene herroeping genoegzaam bleek, en dat zij dus geacht moet worden nog van kracht te zijn.

De belangrijkste vraag bleef echter nu nog over: hoe moeten deze artikelen worden uitgelegd? Eene gewigtige bron van uitlegging ontbreekt: de kennis der oorzaken, die tot het vaststellen dier bepalingen aanleiding hebben gegeven. Dr. LUSHINGTON verklaart hieromtrent niets te hebben kunnen vernemen, en in de pleidooijen is ook niets daarover gezegd, zelfs is niet aangetoond kunnen worden of die artikelen in eenigen oorlog voor 1793 toegepast zijn geworden. Ook bestaat er geene authentieke uitlegging, waaromtrent de beide Staten overeen zijn gekomen.

Het dient in het oog te worden gehouden, dat een geregts-hof wel mag beoordeelen of een tractaat uitdrukkelijk of stilzwijgend herroepen is of niet, ook een tractaat kan uitleggen; maar zoo eenige verandering door louter diplomatische schikkingen heeft plaats gegrepen, het zij wat zijn bestaan en voortdurende kracht, het zij wat zijnen zin betreft, zoo is dit de zaak van de twee regeringen, en niet geschikt om voor een regterlijk collegie behandeld te worden (1).

Het wordt nu beweerd, dat bij de beide tractaten de bedoeling was om aan Zweden en Denemarken eenige bijzondere voorregten toe te kennen, boven die van andere onzijdige natiën. Hier dient echter te worden opgemerkt, dat het niet ongebruikelijk is om in tractaten bepalingen in te lasschen, die alleen *legis declaratoriae* zijn, waardoor dus geen voorregten aan de zich verbindende

(1) Ik geloof niet dat deze zinsnede onduidelijker is dan de engelsche: «but if any change has taken place by diplomatic arrangements only, as relates either to the subsistence and continuing effect of the Treaty, or as to any alteration in its meaning, such is a matter for the two Governments, and not fit for a judicial tribunal.»

partijen worden toegekend. Dit wordt bevestigd door eene aanhaling van WHEATON's opmerking over het tractaat met Amerika van 1794: «The stipulation in the Treaty intended to be enforced by this instruction seems to be a correct exposition of the law of nations, and is admitted by the contracting parties to be a correct exposition of that law, or to constitute a rule between themselves in place of *it*.»

Verder mag, in het algemeen gesproken, betwijfeld, en zeer ernstig betwijfeld worden, of volgens het volkenrecht aan eene onzijdige natie voorregten kunnen worden toegekend, waarin andere, in denzelfden toestand verkeerende, niet deelen. Het ware beginsel schijnt toch te zijn, dat de nadeelige gevolgen, die voor onzijdige volken uit een oorlog voortvloeijen, door alle gelijkelijk moeten worden gedragen.

Uit dit een en ander volgt reeds dat het niet zoo geheel zeker is, dat het de bedoeling was om een voorrecht toe te kennen. Voorts zoude men dienen te weten wat het volkenrecht was tijdens het sluiten dier tractaten, en waarin die tractaten van het gemeene recht waren afgeweken. Neemt men intusschen den onzekeren toestand van het volkenrecht, tijdens die tractaten in aanmerking, dan is het wel mogelijk, dat alleen bedoeld is om datgene vast te stellen, dat eigenlijk reeds regtens was.

Toegegeven moet het echter worden, dat het blijkt uit de instructiën der Admiraliteit en uit de toen gevoerde onderhandelingen met Zweden (1), dat de Britsche regering op dit tijdstip van meening was, dat die tractaten eenig voorrecht aan Zweden en Denemarken toestonden, daarin bestaande, dat de schepen van die volkeren, zoo zij voor de eerste maal eene *de facto* geblokeerde haven trachtten binnen te zeilen, slechts afgewezen zouden

(1) Twee, daartoe betrekkelijke stukken zijn in de bijlagen opgenomen.

worden, en eerst dan opgebragt, wanneer zij dit ten tweedemale beproefden.

Deze instructie kan evenwel hier niet in aanmerking genomen worden, omdat kennelijk daarin een geheel ander regt wordt toegekend, dan waarvan in de tractaten de rede is. De eigenlijke vraag toch is, of een Deensch schip regt heeft op eene waarschuwing, zoo het, wetende dat de blokada *de facto* bestaat, toch door tracht te zeilen. Buitendien is die zoogenaamde uitlegging denkelijk alleen van kracht geweest in dien oorlog, en de Engelsche zaakgelastigde te Stokholm schijnt ook van gevoelen geweest te zijn dat het geene uitlegging, maar de in plaats stelling van iets anders is.

Leest men nu de artikelen, zoo als zij daar liggen, dan blijkt er vooreerst uit, dat geen algemeen regt of vrijheid gegeven werd, om naar geblokeerde havens te varen, want *obsessum* beteekend en *belegerd* en *geblokeerd* (1).

Eene letterlijke opvatting der aangevoerde artikelen nu is aan onoverkomelijke zwarigheden onderhevig, denkelijk door de onbekendheid met de gronden waarop zij rusten. Het is denkbaar, schoon het geene reden van beslissing kan uitmaken, dat er een zekere handel gedreven werd, b. v. van levensmiddelen, voor welke de bepaling is gemaakt; want het is, om zoo te zeggen, eene ongerijmdheid om te veronderstellen dat zij op alle soorten van ladingen zouden toepasselijk zijn. In dit geval ware toch de opvatting mogelijk dat de blokerende

(1) Bij de pleidooijen was tot bewijs daarvan aangevoerd, dat BIJNKERSHOEK (*Quaest. Jur. Publ.* I. 11), het woord met opzigt tot de geheele kust van Vlaanderen gebruikt, waar aan geen eigenlijke belegering kon gedacht worden. Gemakkelijker ware het geweest deze woorden daaruit aan te halen: *«quod in urbibus vero obsessis obtinet, et ad castra, quasi obsessa, idonea ratione translatum est, pertinet quoque ad portus hostiles, qui navibus cineti pro obsessis habentur.»*

schepen verplicht waren die te koopen, of aan het schip te veroorloven om naar eene andere haven te varen. Zoude nu een schipper kunnen komen met eene lading zijde of satijn of met ijzer in staven en zeggen: «koop mijne lading of zend mij naar eene vijandelijke, niet geblokeerde haven?» Dit zou niet aangenomen worden, want dan zoude een Deensch of Zweedsch schip van de eene geblokeerde haven naar de andere kunnen zeilen en, telken male als het door een der kruisers werd aangehouden, beweren dat het naar eene der niet geblokeerde havens koers hield. Zoo dit de waarschuwing is, die voor zoodanig schip geëischt wordt, zoo is het een beweren, dat niet op de tractaten rust, dat strijdig is met hunnen geest, en inbreuk maakt op de regten van de oorlogvoerende en de overige onzijdige natiën.

Het is niet denkbaar dat die tractaten iets anders hebben beoogd dan de Zweedsche en Deensche schepen voor opbrenging te waarborgen, wanneer zij in kennelijke onwetendheid van eene blokada *de facto* verkeerden; zoo men wil, hun het regt toekennen van op het blokerende eskader toe te zeilen en te vernemen of de blokada nog wordt gehandhaafd.

Na over deze laatste beweringen nog te hebben uitgewijd, besluit Dr. LUSHINGTON met te zeggen, dat Zweden en Denemarken over deze uitlegging redelijkerwijze niet kunnen klagen, en herhaalt dat, om de tegenovergestelde meening te bewijzen, aangetoond zoude moeten worden, dat de aangevoerde bepaling niet *legis declaratoria* was, en in het algemeen, dat zijn gevoelen onbillijk of met het juist begrip der tractaten strijdig is.

Hierna volgen de uitspiaken betrekkelijk elk afzonderlijk schip, die meestal zeer kort zijn, en weinig belangrijks, wat de beginselen betreft, opleveren. Als voorbeeld van den vorm en ook omdat het eene afwijking van het gewone regt, in het voordeel der eigenaars

van de lading, behelst, geven wij dat in de zaak van het Nederlandsche schip, de *Johanna Maria*, in zijn geheel:

«Dit is een Nederlandsch schip, dat Amsterdam op den 18den April op ballast verlaten heeft, naar Elseneur is gevaren om orders, uit die haven is uitgeklaard op den 5den Mei, Riga is binnengezeild op den 16den, in die haven lading heeft ingenomen, op den 27sten is uitgeklaard en op den 30sten is aangehouden.

Omtrent het schip en de vracht kan geen twijfel bestaan. Zij moeten voor goeden prijs verklaard worden om verbreking van blokadé, en ik moet er bijvoegen, dat al het in deze zaak aangevoerde bewijs en het geheele gedrag van den heer SCHROEDER, mij de overtuiging gegeven heeft, indien ik die niet al reeds verkregen had, dat elk der betrokken personen te Riga de volkomen wetenschap had van de blokadé *de facto*, en dat zij zich aan allerlei dwaalbegrippen hadden overgegeven, met betrekking tot het niet aanwezig zijn eener formele bekendmaking, en ook van een blokerend eskader in de onmiddellijke nabijheid van Riga. Het is zeer te betreuren dat lieden, die zulke verantwoordelijke betrekkingen bekleeden, met niet meer omzigtigheid handelen.

Met de lading kan het echter anders gelegen zijn. Zij behoort niet aan den eigenaar van het schip, maar aan andere personen, zijnde Nederlandsche ingezetenen.

De verklaring van den schipper is als volgt: Hij zegt, dat de lading bestond uit 60 lasten hennep en 29 lasten hennepzaad; dat de inladers waren KRUGER EN Co., van Riga; de eigenaar de heer SJPSTEIN, van Amsterdam, door wien de lading in 1853 gekocht was.

De chertepartij is geteekend te Amsterdam, op den 14den April. De schipper heeft die per brief te Elseneur ontvangen; hij zegt, en het is verder bewezen, dat

eene voorwaarde van de chertepartij was, dat het schip naar Riga zoude varen om zaad voor Amsterdam te laden, en dat de chertepartij nietig zoude zijn, indien het schip door blokade daarin zoude worden belet. Te Elseneur heeft de schipper, zoo als hij zegt, zich tot den Nederlandschen Consul om inlichtingen en raad gewend, heeft daaruit zijn eigene gevolgtrekkingen afgeleid, en is naar Riga vertrokken.

Dit is, wat de lading betreft, de wezenlijke inhoud van het getuigenis van den schipper, en dit schijnt nog door de scheepspapieren bevestigd te worden. Wij hebben dus hier een Nederlandsch koopman in eene Russische haven, met hem toebehoorende goederen, door hem in December 1853 en Januarij 1854 gekocht, drie maanden vóór de vijandelikheden; hij chartert een schip om die lading, zoo spoedig als het ijs toeliet, te doen wegvoeren. Hij teekent de chertepartij en het schip zeilt uit zonder kennis van de blokade. De blokade werd verwacht, in welk geval de chertepartij nietig zoude zijn (1).

De schipper was niet de lasthebber van de eigenaars van de lading. Aangenomen dat hij Elseneur verlaten heeft, van de blokade kennis dragende, zoo schijnt het mij toch niet toe dat die daad aan den eigenaar der lading of zijn lasthebber toerekenbaar is.

Ik meen derhalve, dat, indien er verbreking van blokade door inzeiling is begaan, de eigenaar van de lading daaraan niet schuldig is.

Ten opzigte van het uitzeilen, heeft deze zaak eene geheel andere gedaante. De inladers waren gewis de lasthebbers van de eigenaars der lading, en hebben het inladen in dit schip bevolen in weerwil van de blokade. Hiervan konden de eigenaars geen kennis dragen, het is ten minste niet waarschijnlijk.

(1) Zie art. 499 W. v. K.

De vraag is of zij behooren voor de daden hunner lasthebbers verantwoordelijk gesteld te worden.

Wij weten allen, dat het een algemeene regtsregel is, dat lastgevers verbonden zijn door de daden hunner lasthebbers; maar dit gerechtshof, zoo als uit menigvuldige vonnissen blijkt, is niet geneigd om dit beginsel tot die uiterste gevolgtrekkingen te drijven, die bij gewone handelingen gemaakt mogen worden. Het is toegevend, en ik meen met regt toegevend, in die zaken, waar onzijdige personen, buiten hunne schuld, hun eigendom in gevaar zien gebracht door het uitbreken van vijandelikheden en door daden van lasthebbers, over wie zij op dit oogenblik geen toezigt kunnen uitoefenen, en die er belang bij kunnen hebben om de schepen te laten vertrekken, waardoor dan het eigendom hunner lastgevers gevaar loopt.

Ik zal twee of drie vroegere gevallen opnoemen om te zien of dit onderhavige onder het toen aangenomen beginsel in billijkheid gebracht kan worden: «de Neptunus, de Adelaïde en de Jufvrouw Maria Schroeder.»

Het beginsel in die vonnissen is kortelijk, dat de goederen van onzijdigen, die zich vóór de blokada in eene haven bevinden, daaruit mogen vervoerd worden. Dit beginsel schijnt mij toe in dit geval van onmiddellijke toepassing te zijn. De goederen behoorden aan den reclamant niet alleen vóór de blokada, maar vóór den aanvang van den oorlog.

In deze zaken is het evenwel mogelijk seherpzinnige onderscheidingen te maken; en ik moet doen opmerken, dat door geen der aangehaalde of een der mij bekende vonnissen het gewettigd wordt, om een onzijdig schip op ballast naar eene geblokeerde haven te zenden, ten einde goederen, aan onzijdigen behorende, weg te voeren; zelfs al zijn die vóór het uitbreken van den oorlog gekocht.

Ik zal deze lading teruggeven, in de overtuiging dat

de goederen vóór het uitbreken van den oorlog gekocht waren; dat de eigenaars der lading onbewust waren van de blokada vóór het uitzeilen van het schip; dat het verbreken der blokada bij het inzeilen niet met hun weten is geschied; en dat het verbreken bij het uitzeilen, niettegenstaande het door de inladers van Riga, die hunne lasthebbers waren, is bedreven, evenwel tot geen veroordeeling kan leiden, bepaaldelijk omdat zij geene gelegenheid hebben gehad om tegenbevelen te geven. — Ik ben van dit gevoelen, 1^o. om de reden, vermeld in de zaak der Jufvrouw Maria Schroeder; 2^o. om het beginsel in de aangehaalde vonnissen aangenomen.»

In een aanhangsel zijn de aangevoerde artikelen van de tractaten van 1661 en 1670 opgenomen, de afkondigingen in de *London Gazette*, de instructiën aan de blokerende schepen, en nog eenige andere stukken, waaronder twee, tot de bovenvermelde onderhandeling in 1793 betrekking hebbende.

Wij keeren thans tot de inleiding terug, waarin Dr. J. PARKER DEANE voornamelijk zijne beschouwingen mededeelt omtrent de bevelen, aan de scheepsbevelhebbers in het vervolg te geven, die, zoo als het uit deze regts-gedingen schijnt te blijken, in het onderhavige geval, niet zeer bekend waren met hunne regten en verplichtingen, zoo ten opzichte van hetgeen bij den aanvang der blokada te verrigten was, als bij het aanhouden der schepen. Hij dringt er op aan, dat de opperbevelhebber zoo spoedig mogelijk zijn voornemen tot het instellen der blokada bekend make aan de gezanten zijner regering in de naburige onzijdige staten, dit bij het werkelijk instellen herhale, en ook daarvan kennis geve aan zijne eigene regering. Alle de consuls, ook van de natie tegen wie de blokada gerigt is, in de naburige havens zouden gelijke kennisgeving behooren te ontvangen, en zelfs

wordt aanbevolen om door een parlementair den aanvang der blokada aan de autoriteiten in de geblokeerde haven bekend te maken. In een woord, niets behoort verzuimd te worden om, zoo spoedig mogelijk, eene blokada *de facto* in eene door bekendmaking te doen veranderen.

Ook omtrent de wijze om de lijn te bepalen, waarop het blokerend eskader zich zoude ophouden, heeft onzekerheid geheerscht. In de Zwarte zee schijnt men begrepen te hebben, dat die lijn mogt worden aangenomen, die voor het handhaven der blokada het gemakkelijkst was, om het even of havens van onzijdige landen ook daardoor werden afgesloten. In de golf van Finland hebben de schepen eerst aan de eene zijde, toen aan de andere zijde, toen in het midden nabij de geblokeerde havens gelegen. Dr. J. P. D. vermeent dat geene andere blokada wettig behoorde te zijn, dan die, waardoor uitsluitend havens van den vijand worden afgesloten, zoodat eene haven aan den mond eener rivier nimmer zoude mogen worden geblokeerd, wanneer aan die rivier handelsteden van onzijdige volken gelegen zijn. Hij erkent dat dit beginsel in de toepassing, b. v. aan den Donau, zulke moeilijkheden geven zal, dat er niet veel kans bestaat om het in de praktijk te zien aangenomen.

Na eenige der resultaten, door de in het werk opgenomen beslissingen verkregen, te hebben opgenoemd, dringt de Schr. er zeer op aan, dat met meerder zorg deschriftelijke bescheiden omtrent de visitatie der schepen mogen worden opgemaakt, dan in het vorige jaar door de Engelsche zeeofficieren is geschied. Door dat de namen der koopvaarders meestal op het gehoor werden opgeteekend, is het o. a. gebeurd, dat een schip, dat viermaal door verschillende oorlogschepen was gevisiteerd, ook onder vier verschillende namen in de registers voorkwam.

Voor hen, die eene scherpe, hoewel zeker meeren-
deels verdiende, kritiek der Engelsehe jurisprudentie op
het stuk van zeeregt zouden verlangen te lezen, voegen
wij hier nog bij, dat toen het bovenstaande reeds geschre-
ven was, ons in handen kwam: *Das Recht des neutra-
len Seehandels und eine Revision der darüber gelten-
den Grundsätze des Völkerrechts*, von Dr. LUDWIG
GESSNER (Bremen, LUDWIG STARCK, 1855, XII en 175 bl.
in 8^o). Zoo ver eene zeer oppervlakkige inzage daar-
toe het regt geeft, meenen wij te mogen zeggen, dat
er veel opmerkenswaardigs in voorkomt; het doel is
zeker lofwaardig: datgene waarover wij in den aanvang
spraken, om uit het bestaande gewoonterecht een beter
te trachten zamen te stellen. Jammer is het, dat de
schrijver zich zoo gehaast heeft; hem is het hier aange-
kondigde werk onbekend gebleven, waardoor slechts
enkele der laatste uitspraken van de *Court of Ad-
miralty* uit de nieuwspapieren ter zijner kennis zijn
gekomen, en hij verstoken is geworden van de vele
bouwstoffen, ook tot kritiek, die de rede van Dr. LUS-
HINGTON oplevert. Wat ons land betreft, verkeert hij
in dezelfde onbekendheid met de tegenwoordige instel-
lingen, die bij de meeste vreemdelingen wordt aange-
troffen; volgens hem bestaan hier de admiraliteiten nog
volgens het reglement van 1781. Doch ook omtrent
Frankrijk gaat zijne wetenschap niet verder dan het
einde der vorige eeuw, en hij is er niet van onderrigt
dat, bij den aanvang van den oorlog met Rusland, een
Conseil des Prises, te Parijs zitting houdende, is op-
gerigt (Decreet van den 18 Julij 1854, in den *Moniteur*
van den 19 Julij), bestaande uit een lid van den
staatsraad, als voorzitter, en zes leden, waarvan twee
uit de *maitres de requêtes* van den staatsraad; een
commissaris der regering is ambtenaar van het open-
baar ministerie en voor de gedaagden treden de advocaten

bij den staatsraad op. De aanstelling der leden is geschied bij het decreet van den 24 Julij 1854 (*Moniteur* van den 27 Julij). Het regt op schepen, door de Britsche en Fransche zeemagt te zamen genomen, is geregeld door de conventie van den 18 Mei 1854, te Londen gesloten (*Moniteur* van den 25 Mei).

J. DE WITTE VAN CITTERS.

Du droit de perpétuité de la propriété intellectuelle.—
Théorie de la propriété des écrivains, des artistes, des inventeurs et des fabricants, par ADOLPHE
BRUILLIER, avocat à la cour impériale de Paris. —
Paris. DURAND. 1855. — 140 pag. in 8°.

De vraag over den letterkundigen eigendom zal vermoedelijk nog lang aan de orde van den dag blijven. Het is een vraagstuk, waarover niet alleen de gevoelens nog zeer ver uiteenloopen; maar het geldt bovendien eene zaak, om niet te zeggen eene waarheid, die nog altijd te worstelen heeft met velerlei bekrompen vooroordeelen.

De schrijver vond tot het uitgeven dezer niet onverdienstelijke, hoezeer dan ook niet door groote volledigheid en grondigheid uitmuntende, bijdrage, aanleiding in hetgeen wij eenvoudig noemen de Parijische tentoonstelling, door hem aangeduid met de wel wat hoogdravende *phrase* van: «le congrès universel du génie humain, le plus éclatant concile artistique et industriel dans la capitale du monde intellectuel, qu'ait jamais enregistré l'histoire.»

Het werkje is verdeeld in drie boeken, voorafgegaan door een geschiedkundig overzicht van de oudere en nieuwere wetgevingen der voornaamste rijken, waarvan dit

de uitkomst is, dat de oude octrooijen en privilegiën niet zoo zeer ten doel hadden om aan de schrijvers te *geven* een regt op hun werk, hetwelk men vooronderstelde, dat zij zonder dat niet hebben zouden, als wel om hunne *bestaande* en *erkende* regten tegen de aanrandingen en inbreuken van anderen te *beschermen*.

Nederland wordt bij dit overzicht niet geheel vergeten, hoe weinig beteekenend en onvolledig het ook zij, wat er van ons regt wordt medegedeeld. Wij zijn echter te goed gewoon aan onbekendheid met onze zaken bij de vreemden, vooral bij onze Fransche naburen, om ons hierover hard te beklagen; en het zal ons te minder verwonderen die aan te treffen bij een schrijver, die de drukkunst eenvoudig noemt de uitvinding van GUTTENBERG, en die niet eens schijnt te weten, dat die uitvinding voor het minst betwist wordt, en dat die GUTTENBERG zelfs een mededinger heeft.

Het eerste boek heeft tot onderwerp de leer en de beginselen van den eigendom in het algemeen; en de schrijver volgt daarbij de *théorie* van BASTIAT. Misschien had dit geheele boek wel kunnen wegblijven, en is ook hier het verwijt:

«gemino bellum Trojanum orditur ab ovo,»
niet geheel ongegrond, al zij het ook waar en zeker, dat hij die in het geheel geen eigendom erkent, dien ook niet zal willen toegepast hebben op de voortbrengselen van den geest en van het verstand. Ik zou althans denken, dat van de ruimte daaraan besteed een nuttiger gebruik had kunnen gemaakt worden, indien er eenige meerdere volledigheid ware gegeven aan de wederlegging van de bestrijders van den letterkundigen eigendom, die niet altijd vrij te spreken is van oppervlakkigheid, vooral te betreuren, indien men eene goede zaak verdedigt.

Wil men hiervan één voorbeeld, men zal het vinden (pag. 109) daar waar bestreden wordt de leer van den

hertog DE BROGLIE; dat de letterkundige eigendom, de octrooijen van eigendom, even als andere (?) monopolieën en privilegiën, «n'existe que de par la loi, n'existe que sous le bon plaisir de la loi, et tire de la loi, non-seulement son inviolabilité positive, mais son droit au respect dans le for intérieur.»

Hoe weinig moeilijk het nu ook zijn moge dergelijke ketterijen te wederleggen, maakt men er zich toch misschien wel wat al te gemakkelijk af, door eenvoudig uit te roepen:

«Enoncer un pareil système, c'est assez faire pour le réfuter.»

Op die wijze toch wordt geen pleit beslist, om de eenvoudige reden, dat zoowel hij die het grootste onrecht, als hij die het grootste regt verdedigt, volkomen vrij is zich van zulk een gemakkelijk middel te bedienen.

Mij dunkt, voor het overige, dat de geheele vraag hierop neder komt:

De mensch heeft een verkregen regt op de vruchten van zijn arbeid; de mensch is eigenaar van de waarde, die hij voortbrengt. Is er nu eene andere dan willekeurige reden, om te zeggen, dat dit alleen waar is voor het werk van de handen? en dat het niet waar is voor de voortbrengselen van het vernuft en van het verstand?

Ik geloof niet, dat dit in goeden ernst is vol te houden. En ik geloof, dat het zelfs in zekeren zin onverschillig is, welke théorie van het eigendoms-regt men aanneemt. Geloofst men b. v., dat de toeigening (occupatie) door de enkele gedachte geschiedt, wel nu dan staat zeker het werk van den geest met dat van het ligchaam gelijk. Meent men daarentegen, dat er, behalve den wil en de gedachte, eene lichamelijke daad van toeigening noodig is: ook deze heeft de schrijver, de kunstenaar, de uitvinder eener zaak, zoodra hij aan zijne gedachte eene stoffelijke gedaante gegeven heeft. En zij,

die zeggen, dat de gedachte voor geene *toeigening* en *bezit* vatbaar is, omdat zij slechts een denkbeeldig en geen lichamelijk bestaan heeft, vergeten, dat die gedachte, éénmaal op het papier of op het doek gebragt, afgescheiden ook van *dat ligchaam*, stoffelijke voordeelen en vruchten schept, voortgebragt door den schrijver of schilder, door zijne inspanning, door zijn werk. Dit wordt door den schrijver zeer duidelijk uiteengezet en aangetoond.

Het derde boek eindelijk betoogt, dat de letterkundige eigendom even als iedere andere, uit zijn aard, is altijd durend, behoudens alleen de beperkingen van verjaring of onteigening ten algemeenen nutte. Dit is een natuurlijk en regtstreeksch gevolg van het voorafgaande. Eenmaal het eigendoms-regt aangenomen, kan er zeker geene reden zijn, om daaraan andere eigenschappen en gevolgen te geven dan aan ieder ander eigendoms-regt, hoezeer misschien de leer van de onteigening op den letterkundigen eigendom inzonderheid moeilijkheden kan geven in de toepassing.

A. DE PINTO.

Select Theses on the laws of Holland and Zeeland, being a Commentary on HUGO GROTIUS' Introduction to Dutch jurisprudence, by DIONYSIUS GODEFREDUS VAN DER KEESSEL, Leyden 1800; translated from the original Latin, by CHARLES AMBROSE LORENZ of LINCOLN'S INN, Esq., advocate of the Supreme Court of the Island of Ceylon. London 1855.

Is het een dankbaar nageslacht gegund, zich op zijne voorvaderen te beroemen, Nederland heeft het volste regt op hen te bogen, waar het solide geleerdheid geldt. HUGO DE GROOT, dat licht zijner eeuw, is ook bij ons

Themis, D. II, 4de St. [1855.]

geboren, heeft bij ons gewerkt, en mag met zijne zedig genoemde *Inleiding tot de Hollandsche Regtsgeleerdheid* van den jare 1619, als den wetgever zijner dagen bij ons worden beschouwd.

Dat boek van het grootste gezag, is twee eeuwen lang de vraagbaak en gids in onze regtskundige wereld geweest, niettegenstaande de schrijver het in zijne gevangenis te Loevestein heeft opgesteld, alwaar hij «weinig «boeken en andere hulpmiddelen bij zich heeft gehad; «ook geen omgang met andere menschen die hem noodig «zouden zijn geweest om met hen te spreken van de «Hollandsche Costumen en gebruiken,» waarover hij zich in zijn brief aan zijne kinderen CORNELIS, PIETER en DIEDERIK beklagt. Multum est, potuisse me praestare quod praestiti illo loco ac tempore, schreef hij aan SIMON VAN GROENEWEGEN VAN DER MADE, die het werk in 1643, volgens DE GROOT zelve, cum annotatis bene elaboratis et perutilibus heeft uitgegeven.

Professor D. G. VAN DER KEESSEL, — van wien zijne nog slechts schaarsche leerlingen met gelijken eerbied spreken, als wij van onzen NICOLAAS SMALENBURG gewoon zijn te doen, — heeft zes en veertig jaren lang, van 1770—1816, het Romeinsche en sedert 1792 ook het toen geldende regt aan de Leidsche Hoogeschool onderwezen. Op het voetspoor zijner groote voorgangers, met name van VOET en SCHELTINGA, had hij DE GROOT's *Inleiding* tot zijn gids genomen, en de Zeeuwsche regten daarbij verklaard.

DE GROOT schreef aan zijne zonen: «Zoekt kennis met «ervaren regtsgeleerden te maken, om 't geen aan de «*Inleyding* mag ontbreken, uit de Hollandsche Costumen en gebruiken te vervullen.» Professor VAN DER KEESSEL heeft zijne commentariën in den vorm en onder den titel van *Theses Selectae* uitgegeven, waarin hij zijn gids heeft opgehelderd en aangevuld tot op zijnen tijd.

Die Theses waren, op hare beurt, voor hem weder een leiddraad, en zijne onuitgegeven dictaten liggen, als 's mans onwaardeerbare vermaking, voor de hand bij het binnentreden der kostbare bibliotheek te Leiden.

VAN DER KEESEL was een uitmuntend regtsgeleerde, omdat hij niet, als vele juristen onzer dagen, door de politiek afgetrokken, het regt als bijvak beschouwde, noch ook het regt alleen literarisch behandelde, maar (gelijk het ergens heet) *quum ad juris scientiam inclinavit, id solum egit, id universum hausit*.

Geen beteren grondslag kan men, volgens VAN DER LINDEN, tot de studie van het Oud-Hollandsch regt leggen dan door de *Inleiding van DE GROOT*, opgehelderd door de *Regtsgeleerde observatiën* (1) en aangevuld uit de *Theses van Professor VAN DER KEESEL*.

De geleerden schreven in vroegeren tijd in het Latijn (en van daar Latijnsche Theses op een Hollandsch werk), en dat was wel de reden dat onze schriften van groot gezag konden worden ook in het buitenland, waar men, om van anderen niet te spreken, zich heden nog met vrucht op M. VOET beroept. Jammer dat die taal uit de geleerde wereld wordt verbannen, terwijl er het Hollandsch *niet* wordt ingevoerd.

DE GROOT's *Inleiding* gold bij ons, gelijk wij zeiden, als ware het een wetboek: dat was ook het geval in onze koloniën. In die welke wij verloren, ja lang ook

(1) De schrijver bedoelt hier kennelijk het werk dat in de jaren 1777 en 1778 te 's Gravenhage in vier deeltjes, door het Genootschap van regtsgeleerden: *ab omnibus libenter discite quod nescitis*, is uitgegeven, en van hetwelk VAN DER LINDEN een ijverig mede-arbeider is geweest. Dat Genootschap had in 1776 een tractaatje door den druk gemeen gemaakt, onder den titel van: *Dertig Regtsgeleerde vragen uit de Inleiding tot de Hollandsche Regtsgeleerdheid* van wijlen Mr. HUGO DE GROOT, aan het publiek ter beantwoording voorgesteld, en die met de daarop ingekomen antwoorden van Mr. WILLEM SCHORER, Mr. HENDRIK VAN WIJN en anderen, in 1777 uitgegeven.

in die welke wij behielden, bleef onze voormalige wetgeving, waarschijnlijk mutatis mutandis, gelden. Niet gemakkelijk, niet geraden is het dikwijls, eene wetgeving te veranderen. Staatkundig Britsch geworden, bleven zij nogtans in de wetgeving Hollandsch. Met de veranderde regering zal ook de landtaal zijn veranderd; en onder die omstandigheden is de wet in de landtaal noodzakelijk; hoe zal men die anders algemeen kennen?

De *Inleiding* van DE GROOT is dan ook daarom door HEBBERT van Britsch Guiana, — de verhandeling van VAN DER LINDEN over de judicieele praktijk, ten behoeve der koloniën Demerary, Essequebo en de Berbice, door HENRY in het Engelsch vertaald.

Wat wonder nu, dat de Theses selectae van VAN DER KEESSEL den laatsten schrijver over het oude regt, — dat dit werk, door VAN DER LINDEN een libellus vere aureus genoemd, mede de eer eener vertaling heeft genoten? De Heer CHARLES AMBROSE LORENZ, — aangezocht door een der weinig overgebleven leerlingen van VAN DER KEESSEL, een' warm vereerder der nagedachtenis van dien grooten leermeester, het gemis betreurende eener volledige levensbeschrijving, — heeft door de vertaling van diens klassiek werk, hem eene waardige hulde gebragt (1). Aan eene aanvulling van DE GROOT's *Inleiding* tot op een later tijdvak dan het begin der 17^e eeuw, werd behoefte gevoeld op het eiland Ceylon, alwaar ook het oud-Hollandsch regt geldt, en daaraan is deze vertaling haren oorsprong verschuldigd. Een gelukkig denkbeeld voorwaar, om in die behoefte met de bekendmaking des werks van een groot man te voorzien.

DIONYSIUS GODEFRIDUS VAN DER KEESSEL, geboren te Deventer, alwaar zijn vader predikant was, den 22 September 1738, en overleden te Leiden den 7 Augustus

(1) Zie *Algemeene Konst- en Letterbode* van 20 October 1855, n^o. 42.

1816, heeft zich, al ware het alleen door zijne Theses Selectae opgehelderd door zijne dictaten, een onverwelkbaren roem verworven. Van hem zijn, boven en behalve de in 1800 te Leiden uitgegeven Theses Selectae, in druk verschenen:

1. *Dissertatio inauguralis de usucapione partus et foetus rei furtivae*. Lugd. Bat. 1761.

2. *Oratio, qua disquiritur, an capita illa juris Romani quae in usu hodie non esse dicantur, in Academicis doceri expediat*, Gron. 1762, (waarmede hij een jaar na zijne promotie het Hoogleeraarambt in de regten aan de Hoogeschool te Groningen aanvaardde).

3. *Oratio de legislatorum Belgarum in recipiendo jure Romano prudentia*, L. B. 1770, (waarmede hij als opvolger van den geleerden RUCKER het Hoogleeraarambt in de regten aan de Hoogeschool te Leiden aanvaardde).

4. *Oratio de amore patriae in juventute Belgica excitando prudenterque dirigendo*, L. B. 1774 (Rectorale oratie).

5. *Oratio de aequitate judicantium, optimo turbatae reipublicae remedio*, L. B. 1786. (Rectorale oratie).

6. *Oratio de studio juris civilis ad bonos mores formandos et virtutem colendam aptissimo*, L. B. 1790. (Ter gelegenheid der bevordering MORE MAJORUM van den Heer J. C. VAN DER KEMP tot Doctor in de regten, die eene redevoering hield de cerebrina judicium aequitate, sive quantum intersit Reipublicae, arbitraria justitia non regi).

7. *Oratio de advocato Christiano*, 1792. (Rectorale oratie).

In 1808 zijn 70jarigen ouderdom bereikt hebbende, werd hij emeritus, met volle behoud van rang en voordeelen, maar onderwees niettemin tot zijnen dood toe —

getuige een leerling van v. d. KEESSEL, die den Heer LORENZ meldt, zijne collegien van 1814 tot 1816, dat is veertig jaren geleden, te hebben bijgewoond.

Onze beroemde VAN DER KEESSEL is een der leermeesters van den Erfsprins van Oranje geweest, die als Koning WILLEM I, hem, kort na de instelling der Orde van den Nederlandschen Leeuw, het eereteken dier orde schonk. Hij heeft, gelijk wij onzen geachten leermeester SIEGENBEEK gaarne nazeggen, den welverdienden roem van een voortreffelijk onderwijzer, bondig geleerde en regtschappen mensch en Christen nagelaten (1).

VAN DER KEESSEL in 1770 tot Professor juris civilis te Leiden benoemd, is in 1799 ook Professor juris hodierni geworden. Van toen af vooral zocht hij den regtsgeleerden practicus te vormen, eerst door zijne toelichting van DE GROOT's *Inleiding*, en na de uitgave zijner Theses in 1800, met de uitbreiding van deze door zijne uitvoerige dictaten. Op beide wijzen heeft hij aangevuld wat bij DE GROOT wordt gemist en sedert DE GROOT tot op zijnen tijd omtrent het regt bij ons was voorgevallen, — wat regt was geworden. Aan hem was het wel toevertrouwd, de dwalingen van DE GROOT, vooral omtrent hetgeen deze wereldberoemde schrijver, hetzij aan het Romeinsche regt ontleende of aan eigen instellingen toeschreef, aan te wijzen, en zelfs van hem, *modeste dissentire*, gelijk hij het heette.

Die Theses Selectae maakten DE GROOT's inleiding zoo-

(1) Zie over VAN DER KEESSEL en zijne verdiensten: J. G. TE WATER, *Narratio de rebus Academiae Lugduno Batavae seculo XVIII prosperis et adversis*, L. B. 1802, pag. 231. J. VAN VOORST, *Oratio de commodis atque emolumentis, quae e singulari principum Europaeorum, in religione Christiana his temporibus profitenda, consensu sperare et augurari liceat*, in de *Annales Academici* van 1816—1817. pag. 30—33. en pag. 57*. *Galerie Historique des contemporains*. BRUX. 1819. tom. 6. pag. 7. en M. SIEGENBEEK, *Geschiedenis der Leidsche Hoogeschool*, Leiden 1829 en 1832. D. I, p. 285. 325. 326. 335. 393. 428. en D. II, p. 217. 218. 416.

danig als DE GROOT haar waarschijnlijk in 1800 zelf zou hebben geschreven; en zij die DE GROOT's werk als den grondslag hunner wetgeving in 1855 nog volgen, en het zelfs in hunne landtaal (het Engelsch) bezitten, hadden er behoefte aan, om ook die theses in het Engelsch te hebben, want zij leven niet in de 17^e, maar in de 19^e eeuw. De Heer LORENZ heeft hen op die hoogte gebragt, en zij zullen het daarmede moeten doen, zoolang niet een ander geleerde den moed heeft om ook de lijvige dictaten te vertalen; stellende L. zich echter voor, uittreksels daarvan te eeniger tijd in het Engelsch over te brengen.

De Heer LORENZ, want het wordt tijd, van het boek zelve te spreken, geeft in eene uit Amsterdam den 19 December 1854 gedagteekende voorrede, op, dat hij in het belang zijner Ceylonesche medeburgers, deze vertaling heeft ondernomen, en in die vertaling heeft getracht, het oorspronkelijke zoo getrouw mogelijk te blijven. Dit is wezenlijk geschied. Van daar zelfs hier en daar een eenigzins stroeve, dorre, en als ik het mag zeggen, vreemde stijl. De vertaler wil zich slechts vertaler heeten, want hij voegt er geen enkel woord van zich zelve bij; en daarom erlangt CEYLON ook de Theses van VAN DER KEESSEL met de gebreken die zij bij de uitgave in 1800 hadden.

Mijns inziens had het werk nuttiger kunnen zijn, indien men onder den tekst der Theses, het excerpt uit de dictaten had gevoegd, en meer speciaal gewezen op hetgeen tot de koloniën betrekking heeft.

In den Index des vertalers vind ik, op het woord COLONIES, niet anders dan met de woorden *East and West Indian rule of Succession ab intestato*, eene verwijzing naar de 352^e Thesis, terwijl het in het register bij v. d. KEESSEL heet: *Successio quae in coloniis nostris recepta sit*, Th. 352.

Laat ons, tot proeve, ons bij deze bepalen, want de Latijnsche Theses van v. d. KEESSEL, behoeven ons

onderzoek niet, en aan de beoordeeling der Engelsche vertaling wagen wij ons niet.

V. D. KEESSEL.

Thesis CCCLII.

Jure Edicti 1599, in Successionibus utuntur colonia *Surinamensis* ex decreto O. O. General. 30 Aug. 1742, et insula *Curaçao* ex decreto 17 Novembr. 1752: *Ceterae Coloniae in Indiis Occidentalibus* reguntur Pol. Ord. Hollandica ex decreto 13 Octobr. 1629, art. 59, et 14 April. 1763. *Orientalis Coloniae* et in eas iter facientes utuntur quidem politica Ordinatione, declarata per decretum 13 Maji 1594, sed cum hoc temperamento, ut parens superstes in semissem, exstantibus fratribus eorumque liberis ex parente praemortuo, non exstantibus illis, ex asse succedat, lege 10 Jan. 1661. Idem jus concessum *Coloniae de Berbice*, vid. Leg. 6 Dec. 1732, art. 30.

LORENZ.

Thesis CCCLII.

The colony of *Surinam* and the Island of *Curaçoa*, under certain Resolutions of the States General (1) follow in respect of Succession the rules of the Placaat of 1599. *The other colonies in the West Indies* are regulated by the Political Ordonnancè of Holland, under a Resolution of the 13th October 1629 and the 14th April 1763. *The East Indian Colonies* and the persons travelling there, follow the Political Ordonnancè as declared by a Resolution of the 13th May 1594, subject however to this modification, that the surviving parent, in case there be brothers or brothers children on the side of the predeceased parent, succeeds to a half, but if there be none, then to the whole (2). The same right has been conceded to the Colony of *Berbice* (3).

Uit deze proeve ziet men de wijze van behandeling: zij bestaat in bloote vertaling, en zuivering van den tekst der aanhaling van de bronnen, die hier in noten voorkomen.

Wij leeren uit deze *Thesis*, dat het Placaet (dit woord

(1) *Surinam* 30 Aug. 1742 et *Curaçao* 17 Nov. 1752.

(2) Resol. 10 January 1661.

(3) Resol. 6 Dec. 1732, art. 30.

wordt door den heer L. overal behouden) op 't stuck van de successiën ab intestato van 18 December 1599, te vinden in het *Groot Placaatboek*, I, p. 343 en volgg., gold in de colonie Suriname, en dat is zeer waar krachtens de aangehaalde resolutie van 30 Aug. 1742, van de Staten-Generaal, te vinden in het *Groot Placaatboek*, VII, p. 1573 en volgg., — maar minder waar is het, dat dit in de overige West-Indische coloniën het geval niet zou zijn geweest. Wat Demerary betreft, ook in die colonie gold het Aasdomsrecht, ofschoon geen enkel der oude schrijvers dit vermeldt. De resolutie hieromtrent is van 4 October 1774: zij staat niet in het *Groot Placaatboek*, maar wordt gevonden in de resolutiën van de Hoogmogende Heeren Staaten Generaal der Vereenigde Nederlandsche provinciën, genoomen in den jaare 1774, pag. 592, en luidt als volgt: Dat in Essequebo en Demerary — sig sullen reguleeren — omtrent de successiën ab intestato na het Aasdoms versterfregt, soo en in diervoegen als hetselve begreepen is in het placaat van de Heeren Staaten van Holland en Westvriesland van den 18 December 1599.

En hiermede stap ik van deze beoordeeling af. Enkele onnauwkeurigheden, als GODEFREDUS in plaats van GODEFRIDUS op het titelblad, en *Professor SCHORER* in plaats van *President SCHORER* loopen iederen regtsgeleerde van zelve in het oog.

De vertaler heeft een voor Ceylon en zeker ook voor de West-Indische coloniën, vooral die welke aan Engeland behooren, nuttig werk verrigt, en Nederland is hem erkentelijk voor de hulde daarmede aan de verdiensten van een zijner voortreffelijkste geleerden gebragt.

De Theses van v. d. KEESSEL zijn voor 's mans roem een monumentum aere perennius. Hij leeft in eere door dat verdienstelijk geschrift.

DAV. H. LEVYSSOHN.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

De Hollandsche Maatschappij van Fraaije Kunsten en Wetenschappen heeft, in hare jongste Algemeene Vergadering, de volgende Prijsvraag nitgeschreven:

Welke zijn de gebreken in de taal en den stijl onzer wetten, en welken weg heeft de wetgever in te slaan, om die zoo veel mogelijk te vermijden?

De beantwoording moet vóór of op 1 Januarij 1857 zijn ingezonden aan den Algemeenen Secretaris dier Maatschappij.

Politie-wezen in Nederland.

Uit de circulaire van Z. E. den Minister van Justitie, dd. 16 November 1854, n^o. 118, en de daarbij gevoegde statistieke tabellen betreffende het politie-wezen, ontleenen wij de volgende belangrijke bijzonderheden.

Gedurende het jaar 1853 hebben er in Nederland, op eene bevolking van 3,042,982 zielen, plaats gehad:

Aanranding van personen door middel van:	Aanranding van eigendommen door middel van:
manslag 36	braak of opensluiting 1465
verwonding en mishandeling 2248	insluiping bij dag 1601
laster en belediging 1398	insluiping bij avond 1494
aanranding op den openb. weg. 81	zakkenrollerij 126
vergriip tegen de zeden 97	misbruik van vertrouwen 982
2860	5668

Waarde van het ontvreemde door middel van:

braak of opensluiting	f 122,913.78 ¹ / ₂
insluiping bij dag »	14,121.34 ¹ / ₂
insluiping bij avond »	15,703.34
zakkenrollerij »	2,561.46
misbruik van vertrouwen »	24,030.41 ¹ / ₂
	f 179,335.84 ¹ / ₂

Hiervan zijn de daders

	wegens aanr. van pers.:	wegens aanr. van eigend.:
aan de Justitie overgeleverd	3699	2735
onbekend of voortvlugtig	161	2933

Terwijl de ontvreemders van f 116,254.40¹/₂ aan de Justitie overgeleverd en die van f 63,081.44 voortvlugtig zijn.

In evenredigheid van de bevolking is het getal van aanrandingen tegen personen gedurende een drierjarig tijdvak verminderd

	in		
	1851	1852	1853
Binnen het Rijk had 1 aanranding plaats op	795	713	823 zielen.

Minder gunstig was gedurende dat tijdvak de verhouding tusschen bevolking en aanranding tegen eigendommen. Iommers

	in		
	1851	1852	1853
Binnen het Rijk werd diefstal gepleegd op	812	587	559 zielen.

Tegenover de jaarlijksche vermeerdering van het getal der diefstallen staat echter eene aanzienlijke vermindering van het bedrag der waarde van het gestolene.

De verhouding tusschen overgeleverde en voortvlugtige daders van aarandingen tegen de eigendommen was over het gansche Rijk :

in 1852 31 overgeleverden tegen 100 ontsnapt.

» 1853 86.67 » » » »

In dit opzigt bestond dus in 1853 eenige verbetering.

Ten aanzien der vreemdelingen zijn de volgende resultaten verkregen :

	Aangekomen vreemdelingen	landverhuizers	totaal
in 1851	29972	22990	52962
» 1852	44783	27654	72392
» 1853	41321	21925	63246

In 1853 zijn dus minder vreemdelingen dan in 1852 aangekomen, doch nog altijd veel meer dan in 1851, terwijl, wat de landverhuizers betreft, eenige vermindering valt op te merken.

Het getal der weder uitgeleide vreemdelingen was in 1851 1526, 1852 1806, 1853 1907.

In 1852 en 1853 is dus, bij eene mindere aankomst van 3400 vreemdelingen, het getal uitleidingen met 100 vermeerderd.

De aan de justitie overgeleverde bedelaars en landloopers komen nagenoeg in hoofdsom overeen met die in 't vorige jaar. Dat getal was in 1853 1630.

De resultaten verder raadplegende, ontwaart men eene kleine vermindering in de som der aangehouden verdachte personen bij vervoer van goederen niet onaanzienlijke vermindering van aangehoudenen wegens dronkenschap (3606, zijnde 503, of bijna $\frac{1}{2}$ minder dan in 1852), kleine vermeerdering van de aangehoudenen wegens clandestine prostitutie (172 in 1853).

Zijne Excell. de Minister vermeent de onderstelling te mogen wagen, dat de vermindering der aanhoudingen wegens dronkenschap niet aan gebrek van ijver der politie, maar aan eenige verbetering der maatschappij is toe te schrijven.

— Uit het verslag nopens den staat der Oost Ind. bezittingen over 1853 ontleenen wij het volgende.

De door den heer Mr. M. ALTING MEES ingediende memorie betrekkelijk de toepasselijk verklaring van een gedeelte der nieuwe wetgeving op de inlandsche bevolking of op een gedeelte derzelve, waarvan in het vorig Verslag melding werd gemaakt, gaf gedurende het jaar 1853 aanleiding tot eene verdere behandeling van dit onderwerp door den heer Mr. P. BRUNSVELD VAN HULTEN, raadsheer in het Hoogeregts-hof van Nederlandsch Indie. Het van hem ontvangen ontwerp van wettelijke bepalingen dienaangaande was bij het einde van dit jaar nog in behandeling.

De Maleische en Javaansche vertalingen van eenige deelen der Indische wetgeving, waarvan mede in de vorige verslagen sprake was, werden gedurende 1853 in het licht gegeven en algemeen verspreid.

Gedurende 1852 was door onderscheidene te Batavia gevestigde

negotiehuizen bij het Gouvernement arrest gelegd op gelden, onder 's lands administratie berustende en door het Gouvernement aan eenen Arabier verschuldigd.

Daaruit bleek de wenschelijkheid, dat ter zake, in navolging van het bepaalde bij het Reglement voor de militaire administratie, zoomede van hetgeen krachtens de wet van 24 Januarij 1815 in Nederland bestaat, ook voor de andere departementen van administratie in Indie voorschriften vastgesteld wierden.

Na deswege het Hooggeregts-hof en den Raad van Nederlandsch Indie te hebben geraadpleegd, is mitsdien in September 1853 bepaald:

1^o. dat geenerhand beslag of arrest wordt verleend of gedoogd op gelden, schuldbrieven, schuldvorderingen, effecten, actien, papieren of andere roerende goederen, lichamelijke of onlichamelijke, verschuldigd of toebehoorende aan eenig bijzonder persoon of zedelijk ligchaam en berustende onder eenigen uitsluitend met het beheer van 's lands gelden belasten ambtenaar in zijne ambtsbetrekking, of onder eenig kantoor, uitsluitend tot 's lands administratie behoorende, en in het bijzonder op eenige ordonnantie van betaling, welke, het zij ter zake van *bezoldiging*, *wachtgeld*, *maandgeld*, *daggeld*, *toelage*, *pensioen* of *onderstand*, het zij ter voldoening van aannemingen of leveringen van arbeid, nijverheid of stof, of van voorschotten of anderzins, reeds geslagen zijn of nog geslagen moeten worden;

2^o. dat al wie, tot ten-uitvoer-legging van een vonnis of tot zekerheid van eenige vordering, ten laste van eenig bijzonder persoon of van eenig zedelijk ligcheam bestaande, aanspraak maakt op eenige gelden of goederen, in bovenstaand artikel bedoeld, zich moet wenden tot den Gouverneur-Generaal, die daaromtrent naar bevinding beslist, of tot zoodanigen ambtenaar, als daartoe door den Gouverneur-Generaal is of zal worden aangewezen; en

3^o. dat de bepalingen van *Staatsblad* 1822, n^o. 49, 1826, n^o. 22 en andere, betreffende het verleenen van korting of bezoldigingen, pensioenen, maandgelden en daggelden van ambtenaren en officieren, in stand blijven, zoolang niet anders is beschikt (*Staatsblad* 1853, n^o. 70).

In verband tot de sub 2 omschrevene bepaling werd voorts als de ambtenaar tot wien men zich ter zake moet wenden, aangewezen: voor Java en Madura, de Directeur-Generaal van Finantiën, en voor de bezittingen buiten Java en Madura, de ambtenaar met het hoogste burgerlijk gezag bekleed;

Om daaromtrent naar bevinding te beslissen: laatstgenoemde ambtenaren echter onder de verplichting, om daarvan ten zelfden dage kennis te geven aan den Directeur-Generaal van Finantiën (*Staatsblad* 1853, n^o. 71).

Korten tijd na de uitvaardiging dezer bepalingen werd de vraag gedaan, of het sub 1 bepaalde ook betrekking heeft op de *borgtogten door ambtenaren ten behoeve van het Gouvernement gesteld voor de comptabiliteit hunner betrekkingen*.

Daarop is toestemmend geantwoord, nadat de Gouverneur-Generaal zich ten overvloede overtuigd had, dat de Procureur-Generaal bij het Hooggeregtshof dezelfde meening toegedaan was.

Strafregt. — In verband tot de voor Java en Madura gemaakte bepaling, bij art. 546 van het Reglement op de Strafvordering voor de raden van justitie en het Hooggeregtshof van Nederlandsch Indie, is de wenschelijkheid gebleken, dat ook voor de bezittingen buiten Java en Madura eene bepaling werd vastgesteld tot regeling van den ingang van den strattijd der veroordeelden.

Regtsvordering en regterlijke magt. — Door eene leemte in de wetgeving werd vroeger meermalen moeijelijkheid ondervonden bij de behandeling van declaratiën van reis- en verblijfkosten van getuigen, die ter openbare terechtzitting van de raden van justitie waren opgeroepen.

Art. 55 van het Reglement op de Strafvordering voor de raden van justitie op Java en Madura en het Hooggeregtshof van Nederlandsch Indie zegt wel, dat, wanneer een getuige schadeloosstelling vraagt, dezelve door den regter-commissaris volgens de daarvan bestaande of later vast te stellen tarieven zal worden begroot op vertooning van de acte van dagvaarding, maar men was het niet eens, of deze bepaling al dan niet moest geacht worden van toepassing te zijn op de getuigen die niet door den regter-commissaris, maar door eene andere regterlijke autoriteit ter openbare terechtzitting werden opgeroepen.

Deze omstandigheid maakte het wenschelijk nopens de schadeloosstelling der getuigen in het algemeen eene betere regeling daar te stellen.

Militair regtswezen. — In 1853 werd de Procureur-Generaal bij het Hooggeregtshof, tevens advocaat-fiscaal voor de land- en zeemagt in Nederland in Nederlandsch Indie, zoomede de auditeur-militair, aangeschreven om de vereischte inlichtingen te verstrekken en hunne medewerking te verleenen wanneer de officieren van administratie van 's Rijks zeemagt zich in hunne hoedanigheid van fungerende fiscalen en secretarissen bij de zeekrijgsraden tot hen mogten wenden ter erlanging van hunne voorlichting (*Staatsblad* 1853, n^o. 67).

Naar aanleiding van door het Indisch Bestuur gedane voorstellen is door den Koning bij besluit van 1 April 1853, lit. F^o, magtiging verleend om, wanneer het vonnis van veroordeeling zelf ten aanzien van het ondergaan der opgelegde straf geene bepalingen

behelst, ten gevolge waarvan de straf in Nederlandsch Indie moet worden ondergaan, de Europesche militairen, die tot knuiwagen- of tuchthuisstraf veroordeeld zijn, naar Nederland te doen opzenden, ten einde daar hunne straf te ondergaan (*Staatsblad* 1853, n°. 46).

Toestand der rechtsbedeeling. — Omtrent de rechtsbedeeling in het algemeen van 1853 kan in de eerste plaats worden verwezen tot de statistieke opgaven, voorkomende in het tijdschrift: *Het Regt in Nederlandsch Indie* (zie *Themis*, 2^o Stuk van dezen Jaargang).

De achterstand bij het omgaande geregt in de 4de afdeeling, waarvan in vorige verslagen melding is gemaakt, was in het begin van 1853 door den daartoe gecommiteerden ambtenaar, op een paar zaken na, bijgewerkt. Deze zaken waren voorgeene dadelijke afdoening vatbaar en mitsdien aan den omgaanden regter overgegeven, met last om die zoo spoedig mogelijk in behandeling te nemen en voor eene onverwijld afdoening te zorgen.

Volgens de verklaringen van de hoofden van gewestelijk bestuur in hunne algemeene verslagen over 1853, heeft de rechtsbedeeling bij de landraden en overige inlandsche geregten op Java (de residentien Djokjokarta en Soerakarta hieronder niet begrepen), in verband tot de beschikbare middelen, geleidelijk plaats gehad.

De landraad te Probolingo, in de residentie Bezoekie, maakte hierop eene uitzondering.

De resident berigte hieromtrent in het laatst van Mei 1853, dat, volgens een door hem te Probolingo gedaan onderzoek, bij den landraad aldaar een aanmerkelijke achterstand bestond, hoofdzakelijk toe te schrijven aan te veelvuldige werkzaamheden op het bestuur dier afdeeling rustende en aan het geringe personeel daarvoor toegestaan.

De noodige beschikkingen werden genomen om, zoo door vermeerdering van personeel als anderszins, dezen staat van zaken te doen ophouden.

Nopens de regtbanken in de zoogenaamde Vorstenlanden is, wat Soerakarta betreft, gunstig gerapporteerd. Voor Djokjokarta werd echter met verlangen naar eene verbetering uitgezien.

Magt van den Gouverneur-Generaal in zaken van justitie en politie.

Bij het verslag van 1849 is aangeteekend, dat de bepaling in art. 9 der wet op de Regterlijke Organisatie, « dat de regterlijke ambtenaren niet tevens eenig ambt mogen bekleeden, waaraan eene vaste wedde of andere bezoldiging verbonden is, » toen beschouwd was als niet belettende het zenden van eenen raadsheer van het Hooggeregtshof als commissaris van het Gouvernement

naar eene der buitenbezittingen tot het onderzoeken van handelingen van het gewestelijk bestuur, onder genot van een daggeld en zonder op te houden raadsheer te zijn en bezoldiging als zoodanig te genieten.

Dit onderwerp kwam in het jaar 1853 in nadere overweging, bij gelegenheid dat het voorstel was gedaan om eenen regterlijken ambtenaar naar de bezittingen buiten Java en Madura te zenden tot voorbereiding van de regeling van de daar in te voeren wetgeving, en om die zending op te dragen aan een der raadsheeren van het hof (tevens lid der Commissie van dit punt van wetgeving), zonder hem van zijne regterlijke betrekking te ontheffen.

Het Hooggeregtshof heeft bij de behandeling van deze zaak een tegenovergesteld gevoelen geopenbaard, en naar aanleiding daarvan is die commissie later aan een ander regterlijk ambtenaar, met ontheffing van zijne regterlijke betrekking, opgedragen.

Daar het hier de juiste opvatting en nakoming van hoogst belangrijke wettelijke bepalingen geldt, komt het niet overbodig voor de beschouwingen van het Hof hier in haar geheel mede te deelen :

«Ingevolge het voorgeschrevene bij art. 152 der Regterlijke Organisatie, in verband tot het besluit van 17 Januarij 1849, n^o. 26, goedgekeurd en bekrachtigd bij Koninklijk besluit van 29 September daaraanvolgende, n^o 94, en opgenomen in het *Staatsblad van dat jaar onder n^o. 63*, is het Hooggeregtshof onder anderen zamengesteld uit eenen president, eenen vice-president en zeven raadsheeren; — deze bepaling is organiek: — van dezelve mag niet willekeurig afgeweken worden. De wettigheid van iedere, tot dusdanige afwijking strekkende beschikking moet worden betwijfeld; dus ook die, waardoor een raadsheer buiten de mogelijkheid geplaatst zou worden, zijne ambtspligten na te komen; ten ware men welligt mogt willen aannemen, dat het behoud van den titel voldoende ware, om aan de bedoelingen der wet ten deze te beantwoorden. Het wettelijk voorschrift betreffende de samenstelling is van openbare orde, daarbij worden ook den justitiabele waarborgen toegezegd. Geene redenen van convenientie, waaronder eene toestemming van eenen betrokken raadsheer en andere zijn terug te brengen, kunnen alzoo eene inbreuk regtvaardigen.

«Wanneer de betrekkelijke belangen der regterlijke organisatie aandachtig worden nagegaan, blijkt ten duidelijkste, dat de wetgever de bedoeling gehad heeft, als verpligting voor te schrijven, dat de regter geene betrekking op zich mag nemen waardoor hij buiten staat gesteld wordt, zijn regterlijk ambt naar behooren te vervullen of waaraan eene bezoldiging verbonden is.

«Bij elke zending wordt de naleving van eerstgenoemde verpligting onmogelijk; dit behoeft geen betoog; — ook bij eene zending

als waarvan hier de rede is, wordt aan laatstgenoemde verplichting te kort gedaan. Art. 9 toeh der Regterlijke organisatie verbiedt de uitoefening van eene betrekking, waaraan eene vaste wedde of andere bezoldiging verbonden is. Men noeme eene toelegging van gelden aan eene commissie, waarvan thans sprake, nu toelage, daggeld, — in den zin der wet is zij eene bezoldiging.

« Bijaldien verduidelijking noodig ware, zoude het genoeg zijn te verwijzen naar den inhoud van het volgende artikel; dat in tegenstelling de soorten opgeeft der betrekkingen, die in den geest der wet als onbezoldigd zijn aan te merken. Zoo de Gouverneur-Generaal, in het belang van 's lands dienst, het noodig acht Europeesche registers tot de waarneming van andere openbare bedieningen te roepen, is hij ingevolge art. 16 der Regterlijke Organisatie voorzeker bevoegd daartoe over te gaan, echter na gegeven ontslag uit de regterlijke betrekking, omdat eigenlijk gezegde ambten, zoo als is aangetoond, met het regterlijke ambt niet kunnen vereenigd worden. »

— Eene bijzondere commissie bij een besluit van den Koning der Belgen benoemd, werd belast met de taak om onder toezigt van den minister van justitie, uit te geven eene verzameling oude ordonnantiën van België.

Deze commissie, welke tot voorzitter heeft den geachten heer LECLERCQ, procureur-generaal bij het hof van cassatie, en tot secretaris den werkzamen en kundigen Rijks archivarius den heer GACHARD, heeft met den meesten ijver nasporingen gedaan, om in de openbare archiven en boekerijen de oude ordonnantiën en edicten te vinden, welke in de groote verzameling van Belgische ordonnantiën moeten voorkomen. Zij deed meer: zij heeft hare taak in ruimen zin opgevat, door een uitmuntend werk in het licht te geven, getiteld *Recueil des ordonnances de la principauté de Liège*, depuis le 28 Novembre 1684, jusqu'au 3 Mars 1744. Dit werk, dat men aan den ijver van den heer POLAIN, bewaarder van 's Rijks archieven te Luik, te danken heeft, wordt voorafgegaan door eene keurige inleiding, waarin de vervaardiger eene heldere beschrijving geeft van de oude Luiksehe constitutie en de op eigen gezag ingevoerde hervormingen door de prinsen bisschoppen uit het huis van Beijeren. De inleiding en de ordonnantiën, welke daarop volgen, beslaan meer dan 900 folio bladzijden.

