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

MIS

THEMIS.

Verzameling van bijdragen tot de kennis van het Publiek- en Privaatrecht

ONDER REDACTIE VAN

Mrs. A. HEEMSKERK, M. DE PINTO, L. DE HARTOG,
A. R. ARNTZENIUS, H. ZILLESEN,
D. SIMONS en S. J. M. VAN GEUNS.

EEN EN ZESTIGSTE DEEL

1900.

's-GRAVENHAGE,
GEBROEDERS BELINFANTE.

1900.

Gedrukt bij F. J. BELINFANTE, voorh.: A. D. SCHINKEL.

MEDEARBEIDERS.

Mr. S. J. L. van Aalten Jr., advocaat en procureur, Rotterdam.
Mr. J. Baron d'Aulnis de Bourouill, hoogleeraar, Utrecht.
Mr. C. Bake, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.
Mr. Jac. W. v. d. Biesen, advocaat, Breda.
Mr. A. J. E. A. Bik, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
Jhr. Mr. E. N. de Brauw, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
Mr. J. B. Breukelman, commies van Staat, 's-Gravenhage.
Mr. G. Brouwer Jz., advocaat en procureur, Amsterdam.
Dr. E. Brusa, hoogleeraar aan de Universiteit, Turijn.
Mr. J. P. A. N. Caroli, advocaat, Amsterdam.
Mr. F. B. Coninck Liefsting, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
Jhr. Mr. W. Th. C. v. Doorn, advocaat, proc. en kantonr.-plaatsverv., 's-Gravenhage.
Mr. A. P. Th. Eyssell, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
Mr. P. R. Feith, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.
Mr. J. J. van Geuns, raadsheer in het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
Mr. J. J. Gockinga, vice-president der Arrondissements-Rechtbank, Leeuwarden.
Mr. Th. Heemskerk, advocaat en kantonrechter-plaatsvervanger, Amsterdam.
Mr. H. v. d. Hoeven, hoogleeraar, Leiden.
Mr. J. F. Houwing, hoogleeraar, Amsterdam
Mr. Ed. Jacobson, advocaat en procureur. Rotterdam.
Mr. D. Josephus Jitta, hoogleeraar, Amsterdam.
Mr. W. J. Karsten, lid van het Gerechtshof, 's-Gravenhage.
Mr. N. K. F. Land, hoogleeraar, Groningen.
Mr. A. F. A. Leesberg, advocaat en notaris, 's-Gravenhage.
Mr. J. A. Levy, advocaat, Amsterdam.
Mr. P. A. W. Cort van der Linden, Minister van Justitie, 's-Gravenhage.
Mr. J. A. Loeff, advocaat, lid der Staten van Noord-Brabant en van de 2e Kamer der Staten-Generaal, 's-Hertogenbosch.
Mr. J. de Louter, hoogleeraar, Utrecht.
Mr. J. P. Moltzer, lid van den Raad van State, te 's-Gravenhage.
Mr. J. C. Naber, hoogleeraar, Utrecht.
Mr. M. Oldenhuis Gratama, advocaat en procureur, Assen.
Mr. J. C. de Marez Oyens, administrateur aan het Departement van W., H. en N. 's-Gravenhage.
Mr. B. J. Polenaar, advocaat, Amsterdam.
Mr. P. Polvliet, subst.-griffier bij de Arr.-Rechtbank, Rotterdam.
Mr. C. Pijnacker Hordijk, lid van de Eerste Kamer der St.-Generaal, 's-Gravenhage.
Jhr. Mr. J. K. W. Quarles van Ufford, 's-Gravenhage.
Mr. E. E. van Raalte, lid van de 2e Kamer der St.-Generaal, Rotterdam.
Mr. S. M. S. de Ranitz, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage.
Mr. J. Rombach, advocaat, procureur en kantonrechter-plaatsverv., Rotterdam.
Mr. C. O. Segers. Advocaat en Kantonrechter-plaatsvervanger te 's-Gravenhage.
Mr. F. N. Sickenga, te Dordrecht.
Mr. F. W. J. George Snijder van Wissenkerke, Raad-Adviseur aan het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.
Mr. J. M. van Stipriaan Luiscius, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
Mr. A. J. Cohen Stuart, civ.-ing., advocaat en procureur, Amsterdam.
Mr. J. P. R. Tak van Poortvliet, lid van de 2e Kamer der St.-Generaal, 's-Gravenhage.
Mr. F. H. J. Tavenraat, griffier der Staten van Zuid-Holland, te 's-Gravenhage.
Mr. A. Telting, adjunct-archivaris bij 's Rijks Archief, 's-Gravenhage.
Mr. W. Thorbecke, lands-advocaat en procureur, 's-Gravenhage.
Mr. P. A. Tichelaar, hoogleeraar, Leiden.
Mr. M. W. F. Treub, hoogleeraar, Amsterdam.
Mr. J. D. Veegens, advocaat-procureur en lid van de 2e Kamer der Staten-Generaal, te 's-Gravenhage.
Mr. P. Verloren v. Themaat, advocaat-fiscaal bij het Hoog Milit. Gerechtshof, te Utrecht.
Mr. H. Vos, advocaat, Leiden.
Mr. G. Wttewaal, lid van het Gerechtshof te Arnhem.
Mr. C. P. Zaaijer, advocaat en procureur, Rotterdam.

INHOUD.

VARIA.

THEMIS.

LXIste deel. — EERSTE STUK.

De opleiding van den jurist.

DOOR

Mr. Henri Hijmans,

Substituut-Griffier bij de Arrondissements-Rechtbank te Groningen.

INLEIDING.

Wie een vraag goed stelt, heeft haar ten halve opgelost. En wie een bepaald onderwerp wil behandelen, zal dus wel doen te beginnen met, zoo dit niet luce clarius is, te vertellen wat hij wil bespreken en nauwkeurig de grenzen van zijn onderwerp aan te duiden. Vooral is dit noodig op het gebied der rechtswetenschap. Op geen enkel terrein van wetenschappelijk onderzoek is meer verwarring ontstaan, heeft meer misverstand geheerscht alleen tengevolge van het feit dat de wetenschappelijke arbeiders niet goed het terrein wisten af te bakenen, dat zij ter bewerking gekozen hadden, en aldus veel strijd en critiek over hun arbeid zagen ontstaan, die gemakkelijk ware te vermijden geweest, als zij slechts

duidelijk hadden te kennen gegeven wat zij wilden wrochten.

Het is daarom, dat wij in de allereerste plaats willen trachten het door ons ter behandeling gekozen onderwerp zoo nauwkeurig mogelijk te omlijnen.

„Opleiding van den jurist" kozen wij als onderwerp en titel tevens voor dezen arbeid. En wij willen dan nu vertellen in welken zin en omvang deze beide woorden — „opleiding" en „jurist" — door ons bedoeld zijn.

Opleiding. Dit woord is hier in den ruimst mogelijken zin gebruikt. Ik wil nagaan wat er noodig is om van iemand, die als jurist totaal papier blanc is, iemand te maken, die de verschillende werkzaamheden, waartoe een jurist als zoodanig in den regel pleegt geroepen te worden, hetzij dan in hun geheel, hetzij voor een bepaald gedeelte naar behooren kan verrichten. Strikt genomen zou mijn onderzoek een aanvang moeten nemen bij de wieg van den door zijne ouders tot jurist bestemden zuigeling. Terecht wordt evenwel algemeen aangenomen, dat aan elke speciale opleiding eene algemeene dient vooraf te gaan, dat er een gemeenschappelijke ondergrond moet zijn, waarop dan opgetrokken dienen te worden de gebouwen der speciale kennis. Met het onderwijs, dat aan *allen* behoort ten deel te vallen — het lager onderwijs — bemoei ik mij hier niet. Zoodra echter de scheiding intreedt — en dat is het geval waar de leerling een der scholen van het middelbaar onderwijs (1) gaat bezoeken — zoodra wij dus te doen krijgen met een, onderwijs niet meer aan allen gemeen, maar slechts aan een of meer bepaalde groepen gegeven, daar begint mijn taak. Van daar af wensch ik te onderzoeken welk

(1) Daartoe behoort ook het gymnasiaal onderwijs, dat uitsluitend bij ons te lande het voorrecht geniet als hooger te worden betiteld maar daarom nog geen hooger onderwijs is en het ook niet behoort te zijn.

het speciale onderwijs is dat het best geschikt is voor den toekomstigen jurist.

Het is mij daarbij onverschillig of de wegen, waarlangs de jurist geleid moet worden, ook nog geheel of gedeeltelijk door anderen begaan worden (als theologen, literatoren, medici, of ingenieurs, chemici etc. etc.). Het onderzoek of die wegen voor hen geschikt zijn laat ik over aan hunne leiders en ik wensch geen weerwraak te nemen voor het feit dat die leiders vaak van uit de hoogte van hun zelfbewustzijn oordeelen over de geschiktheid dier wegen voor onze troepen. Als medici of philologen meenen dat zij mogen meespreken over de opleiding van den jurist, dan is dit hun zaak, en wij zullen ons wel wachten ons aan rechtvaardige bespotting bloot te stellen door ons te bemoeien met de opleiding van philologen of medici.

Bij den aanvang van het middelbaar onderwijs ligt dus, gelijk gezegd, de aanvang van mijn onderzoek. Nu is het streven van velen om ook na het eindigen van het lager onderwijs nog verschillende groepen van leerlingen zoo lang mogelijk te zamen te houden. In Duitschland worden zij, die naar dit doel streven, genoemd de aanhangers der „Einheitsschule": hun verlangen is om zoo lang mogelijk de leerlingen bij elkander te houden, die later de gegoede burgerij zullen vormen: in één woord dus de scholieren van gymnasium en hoogere burgerschool. Het behoeft niet gezegd te worden, dat dit doel op de meest verschillende wijzen bereikt kan worden: dat de gemeenschappelijke ondergrond zoowel gezocht kan worden in de vakken van het gymnasium als in die der burgerschool als ook in een extract uit het aan de lagere klassen van beide scholen gemeene als ook in een geheel nieuwe combinatie van vakken. Zoo wordt het devies der Einheitsschule door de meest

verschillende richtingen op hun vanen geschreven: het is een slagwoord geworden, waaronder zoowel de hardnekkigste voorstanders van het oude als de vurigste bevorderaars van het nieuwe kunnen strijden, en dan ook inderdaad strijden.

Maar in dezen strijd wensch ik mij niet te mengen. Ik acht mij niet geroepen om te oordeelen over de wijze waarop het samenzijn der a.s. juristen met de andere groepen geregeld moet worden, evenmin als ik mij daar straks bevoegd rekende om na te gaan welk onderwijs voor die andere groepen noodig was. Ieder blijve op zijn terrein. Laten anderen onderzoeken in hoever het onderwijs voor hunne kweekelingen moet geregeld worden: de medicus voor de medici, de philoloog voor de philologen, gelijk ik dat voor den jurist wil doen. Dan is er later gelegenheid om door gezamenlijke bespreking na te gaan in hoeverre samengaan tusschen de verschillende groepen mogelijk is: of dit in het vervolg in meerdere of mindere mate dan thans het geval is moet geschieden. Onderzoek en regeling van dit laatste is het werk van de mannen van de daad, en ook van veel later zorg.

Ik wensch er hier alleen nog op te wijzen hoe mijn hieronder te ontwikkelen beschouwing van de rechtswetenschap als eene wetenschap vooral van het werkelijke leven mij er toe leidt een zoo lang mogelijk samengaan van de a.s. juristen met de andere leerlingen, en wel met zooveel mogelijk groepen daarvan te begeeren.

De lezer weet dus thans waar mijn onderzoek over de opleiding een aanvang neemt. Ik behoef nu dus slechts het eindpunt aan te wijzen, dan zijn hiermede de grenzen getrokken. Dit eindpunt is te dezer plaatse evenwel lastig te preciseeren. De reden daarvan laat zich gemakkelijk begrijpen. Wij behandelen immers de opleiding van den *jurist*. Het eindpunt is derhalve bereikt zoodra

de leerling tot *jurist* bevorderd is. Zoolang wij nu niet weten wat onder jurist te verstaan is, weten wij dus ook niet het eindpunt der opleiding. Maar daartegenover staat dat wij dit eindpunt kennen zoodra wij hebben aangewezen wat wij onder jurist verstaan: hetgeen hier het volgend punt van onderzoek zal zijn.

Zooveel kunnen wij echter al zeggen, dat volgens onze meening de opleiding nog niet voltooid is met het doorloopen van gymnasium en universiteit.

Tot voltooiing zal o. i. na de universiteit nog veel moeten gedaan en geleerd worden. Zoo vervalt ons werk dus in drie hoofdafdeelingen, gymnasiale, universitaire en post-universitaire opleiding. Op deze wijze zullen wij de talrijke geschilpunten te bespreken krijgen, in de laatste tijden omtrent de opleiding van den jurist opgerezen, en die tot op heden nog niet in onderling verband en samenhang zijn behandeld.

Het is ons niet recht duidelijk hoe men één dezer onderdeelen kan behandelen, en daarbij over de andere het stilzwijgen toedoen. Slechts dan zou deze wijze van doen geoorloofd zijn, als in de andere afdeelingen der opleiding alles couleur de rose was — iets wat niemand gaarne zal willen beweren. Onder deze omstandigheden was het verkeerd dat het bestuur der Nederlandsche Juristen-vereeniging, welke het vorige jaar de opleiding van den jurist heeft behandeld, aan de praeadviseurs slechts deze vraag had gesteld: „moeten voor de toelating tot de rechtspraktijk en de magistratuur andere dan de bestaande eischen en waarborgen worden gesteld? Zoo ja, welke?" Zooals de vraag hier was geformuleerd, bestond er voor de praeadviseurs geene aanleiding om hetzij de gymnasiale hetzij de universitaire opleiding te bespreken. In de praeadviezen wordt dan ook over de gymnasiale opleiding geheel gezwegen,

terwijl de universitaire opleiding daar slechts terloops wordt besproken.

Bij de beraadslagingen in de vergadering is de universitaire opleiding evenwel ook druk besproken: over de gymnasiale werd ook daar gezwegen.

In verband hiermede wensch ik nog het volgende op te merken. In het jaar 1898 is naar aanleiding van een ministerieel woord een heftige strijd ontbrand over de gymnasiale opleiding van den jurist, speciaal over de vraag of het Grieksch daarbij als verplicht vak te handhaven is. Hoe heftig die strijd ook was, hij scheen niet door te dringen tot de ooren der eigenlijke belanghebbenden, der juristen zelf. Totaal onbevoegden lieten over en weer de minst doeltreffende argumenten vliegen — de juristen hielden zich opgesloten in den burcht hunner zelfgenoegzaamheid en bleven vandaar stille aanschouwers van den strijd (1).

Wij wenschen anders te handelen. Volgens onze meening is er geen onderdeel der juridische opleiding, dat niet eene grondige herziening behoeft. Vooral lijkt het ons een totaal onvruchtbare handelwijze om alleen na te gaan wat nog na de universiteit aan de bereids genoten opleiding dient toegevoegd te worden. Waar de opleiding aan gymnasium en universiteit alles te wenschen overlaat, daar zouden de beste hervormingen ingevoerd tot aanvulling dier opleiding niets dan vlaggen op even zoovele modderschuiten zijn.

Het zij dus nog eens gezegd — het gansche gebied der opleiding zal voorwerp van ons onderzoek zijn.

Zoo hebben wij dus de grenzen van onzen arbeid naar ééne zijde, die der opleiding, afgebakend voorzoover

(1) Met één enkele uitzondering — Mr. J. A. Levy. Op diens rede (gehouden op het eerste Nederlandsch philologencongres) komen wij later terug.

dit doenlijk was. Thans moeten wij ook naar de andere zijde de grenzen trekken, aanduiden wat wij onder jurist verstaan.

Jurist. Niet iedereen denkt bij het hooren van dit woord aan hetzelfde begrip. Gewoonlijk noemt men hem jurist, die aan eene universiteit tot doctor in de rechtswetenschap gepromoveerd is. De meesten echter dezer doctoren zijn in hunne wetenschap zoo weinig thuis, dat het haast als ironie klinkt hen bereids als rechtsgeleerden te betitelen.

Anderzijds wordt — en dat gewoonlijk in het dagelijksch leven — de naam jurist aan hen gegeven die eenige bepaalde beroepen bekleeden, waarvoor kennis der rechtswetenschap een vereischte is. In den regel wordt dan gedacht aan de meest op den voorgrond tredende beroepen — aan den advocaat eener-, den magistraat anderzijds. Dit begrip van jurist heeft echter steeds iets vaags over zich en is zoodoende niet bruikbaar.

Ons standpunt is het volgende. Gelijk bij alle wetenschappen, die de geschiktheid tot meerdere beroepen verschaffen, moet ook bij de rechtswetenschap waar het geldt de aanduiding harer leerlingen zoowel op de wetenschap zelf als op de beroepen gelet worden tot welke zij den toegang ontsluit. Allereerst op de *wetenschap* zelf. Rechtsgeleerde is hij, die in de rechtswetenschap thuis is — onverschillig of hem tot bewijs daarvan de een of andere officieele stempel opgedrukt is. Op welke wijze hij zijne kennis machtig is geworden deert mij niet, het is mij voldoende dat hij haar machtig is. Menig ongepromoveerd notaris acht ik meer rechtsgeleerde dan den gepromoveerden advocaat. Bij voorkeur denk ik mij hier terug in den bloeitijd van het Romeinsche recht, toen er nog geen examens bestonden, toen de regeering zich nog niet om de opleiding der juristen bekommerde, toen er

in één woord hier nog geene officieele wetenschap bestond.

Jurist is dus hij, die in de rechtswetenschap thuis is. Deze is evenwel geen nauwkeurig omlijnde, één afgesloten geheel vormende wetenschap. Het door haar omvatte gebied is zoo uitgebreid, als door geen andere wetenschap omgrensd wordt; heel het maatschappelijk-economische leven vormt haar voorwerp van onderzoek.

In den loop der tijden heeft de menschheid al meer en meer leeren inzien dat samenzijn en samenleven van meerderen alleen dan vreedzaam kan zijn, als het geregeld is. Zoo hebben de menschen al tastende, zoekende, beproevende steeds meer regelen vastgesteld, aan welke zij zich gebonden rekenden. Toen er langzamerhand zekere organen waren ontstaan die het samenzijn der menschen beheerschten, werden deze organen of een deel daarvan de aangewezen machten om voor verdere ontwikkeling der noodige regelen en voor de handhaving der vastgestelde te zorgen. Dit nam en neemt niet weg, dat de individuen doorgaan met zich zelf regelen op te leggen hetzij algemeene (gewoonten) hetzij voor bijzondere gevallen vastgestelde (overeenkomsten).

Overal waar dergelijke van overheidswege gehandhaafde regelen voorwerp van vaststelling, onderzoek of toepassing uitmaken — onverschillig of die regelen door de individuen zelf of door een of ander gezag gesteld zijn — bevindt men zich op het gebied der rechtswetenschap. En jurist of rechtsgeleerde is hij, die op dat gebied zoo thuis is, dat hij hetzij op dat geheele gebied, hetzij op een bepaald afgebakend deel daarvan eene of meerdere der functies welke met die regelen te verrichten zijn als meester kan uitoefenen.

Wij zouden echter al zeer onpractisch handelen, als wij ons met deze definitie tevreden stelden. Vooral waar het om de opleiding van den jurist te doen is, daar is het

toch in de eerste plaats noodig om na te gaan wat vereischt is om den jurist geschikt te maken voor de verschillende *beroepen*, waartoe hij als zoodanig bij voorkeur geroepen wordt en met het oog op welke dan ook zijne opleiding plaats grijpt.

Wij moeten echter oppassen hier niet te ver te gaan. Er is immers in administratie, handel of industrie geen betrekking denkbaar waar juridische kennis, zoo zij gepaard gaat met de overigens noodige vereischten, niet tot krachtige aanbeveling strekt. Met het oog op al die betrekkingen de opleiding van den jurist na te gaan zou worden een studie over de opleiding tot haast alle beroepen. En dit wordt ook niet verlangd. Voor die groote massa van betrekkingen, waar juridische kennis een *aanbeveling* is, is de opleiding tot de overige vereischten, waaraan voor een bepaalde betrekking te voldoen is, de hoofdzaak. Hier hebben wij ons slechts te bekommeren om die betrekkingen, waarbij rechtsgeleerde kennis de *hoofdzaak* is. Deze zijn het, waarop bij de opleiding van den jurist het oog moet gevestigd worden. Zoo zal niet minder dan aan magistraat of advocaat ook aan notaris, administratief ambtenaar en wetgever (1) gedacht moeten worden. De vraag zal dan oprijzen hoever die groepen eene gemeenschappelijke opleiding hebben te genieten, waar de scheiding zal dienen in te treden.

Een eigenaardige moeilijkheid zal zich hierbij nog voor ons voordoen. Wij leven in een geordende maatschappij, waar ook op het gebied der geestelijke wetenschappen een zekere arbeidsverdeeling is aangenomen en op deze wijze een zeker aantal bepaalde beroepen ontstaan zijn. Nu is evenwel, gelijk in het industrieele leven, hier alles

(1) De werkzaamheid van den wetgever wordt nog te weinig beschouwd als een bijzonder beroep — maar als iets wat een ieder op zijn beurt kan doen. Vandaar veel mislukte proefnemingen.

beweging en verandering en wordt, al is het dan ook veel langzamer dan daar, het oude overboord geworpen en door het nieuwe vervangen en is de arbeidsverdeeling van heden niet gelijk aan die van gisteren en zal die van morgen wederom anders zijn. Om één voorbeeld te noemen, rechtspraak in burgerlijke en in strafzaken berust thans bij ons bij denzelfden rechter. Al meer en meer dringt evenwel de meening door dat de rechtspraak in strafzaken moet komen aan rechters, die naast juridische vooral ook zekere medische kennis bezitten. Als dit in de toekomst eens aangenomen mocht worden, dan zou het niet aangaan van denzelfden man te eischen dat hij ook in het civiele recht meester was. Wij zouden dus krijgen twee betrekkingen in plaats van ééne, en dit zou weer ten gevolge hebben dat in de opleiding verandering moest intreden. Aan den éénen kant zou noodig zijn een nauwkeurige regeling van het onderwijs dat den a.s. strafrechtsgeleerde ten deel zou vallen, terwijl anderzijds zou uitgemaakt moeten worden hoever deze nog met de andere rechtsgeleerden één zelfde onderwijs moest genieten.

De moeilijkheid dan, waarop ik zooeven duidde, is deze. Wij zouden ons bij onze bespreking der opleiding van den jurist kunnen houden aan de bestaande beroepen. Dan zou evenwel elke verandering in de beroepsgroepeering onzen arbeid voor een groot deel nutteloos maken. Gaan wij evenwel bij onze onderzoekingen uit van groepeeringen, zooals die door ons gewenscht worden maar nog niet bestaan, dan zweeft onze arbeid in de lucht op het gevaar af van nimmer den vasten bodem te zullen bereiken, als n.l. aan onze wenschen omtrent toekomstige arbeidsverdeeling in de rechtswetenschap niet voldaan wordt.

Ons plan is om die moeilijkheid te ontzeilen door alleen op die veranderingen in de arbeidsverdeeling te

letten, die hetzij in de wetenschap algemeen verlangd worden, hetzij met groote zekerheid te voorzien zijn. Wij behoeven echter hier ter plaatse nog niet daarop in te gaan. Want al deze vragen komen eerst te pas bij de universitaire opleiding. Welke ook de arbeidsverdeeling der toekomst moge zijn, steeds zal er eene aan de universiteit voorafgaande school moeten zijn waar aan alle toekomstige juristen dezelfde opleiding te beurt valt. Wij kunnen dus de bespreking der hier aangeduide vragen veilig laten wachten tot het hoofdstuk over de universitaire opleiding. Hier was het alleen noodig tot nauwkeurige afbakening van ons onderwerp aan te duiden wat wij bedoelden met opleiding tot *Jurist*.

Maar voordat wij tot de behandeling der verschillende stadia der opleiding kunnen overgaan, moeten wij nog een enkel woord zeggen over den grondslag waarop onze onderzoekingen gebaseerd zijn. Dit is daarom noodig, omdat de rechtswetenschap is in zooverre ten achteren bij hare zusters, dat zij eigenlijk nog niet weet wat zij wil. Over de meest fundamenteele vragen wordt nog gestreden. Haar eigenlijk wezen is voorwerp van verhittenden strijd. Over de gewenschte methode of methoden bestaat allerminst eenstemmigheid.

Wanneer wij nu eerst over de principieele vragen onzer wetenschap ons oordeel wilden vormen en uitspreken, dan zouden wij waarschijnlijk na langen tijd een rechtsphilosophisch werk van meerdere of mindere waarde voortbrengen, maar zou het vraagstuk der opleiding wel wat al te lang moeten wachten. Anderzijds is het evenwel onmogelijk om over de opleiding tot een zekere wetenschap en de op die wetenschap gebaseerde beroepen te schrijven zonder althans in hoofdtrekken onze meening over het wezen dier wetenschap gevormd en verkondigd te hebben. De lezer zal het mij dus niet ten kwade

duiden als ik in deze inleiding nog een enkel woord zeg over twee punten, die tegelijk behooren tot de fundamenteelste vragen onzer wetenschap en tevens vooral ook op de vraag der opleiding in de sterkste mate influenceeren, gelijk ons onmiddellijk zal blijken.

De hoofdvraag is deze. De rechtswetenschap geeft ons, gelijk hierboven uiteengezet, een aantal regelen, op verschillende wijze ontstaan. Die regelen gelden in de maatschappij. *Welke is nu de verhouding tusschen die regelen en de maatschappij?*

Alvorens die vraag te bespreken en tot voorbereiding dier bespreking willen wij het volgende opmerken, teneinde elk misverstand uit te sluiten. Men zal allicht denken dat wij met onze vraag ons willen mengen in den strijd, sinds enkele jaren in Nederland gevoerd naar aanleiding van HAMAKER's bekend werkje over „Het Recht en de Maatschappij" en in welken strijd als laatste incident Mr. LEVY zijn Prolegomena van „Rechter en Wet" heeft geworpen.

Wij willen echter verklaren dat het ons plan niet is ons in dezen strijd te mengen. Immers wordt in HAMAKER's werk niot de door ons bedoelde, maar een geheel andere vraag besproken en het is dan ook in den strijd over deze laatste dat Mr. LEVY zijn zware batterijen, bij de beste buitenlandsche leveranciers besteld, in het vuur brengt. Ter zuivering van het terrein dienen wij evenwel het door HAMAKER gestelde probleem onder de oogen te zien.

Wat is dan de vraag door HAMAKER opgeworpen?

HAMAKER gaat uit van het feit dat er in het algemeen overeenstemming is tusschen onze moreele en rechtsbegrippen en de maatschappelijke handelingen der menschen. Wij bezitten, zoo zegt hij, in onzen geest begrippen van moraal en recht en we zien tevens dat in

het algemeen de samenleving om ons heen aan die begrippen beantwoordt. Hoe is, dus gaat hij verder, die overeenstemming te verklaren?

Indien zij niet toevallig is — en dat is niet aan te nemen — dan moet zij haar oorzaak hebben òf daarin, dat de moreele en rechtsbegrippen de maatschappij maken tot wat ze is, òf daarin, dat het maatschappelijk leven die begrippen doet ontstaan. Dit is dan het punt waarop de oudere en de nieuwe richting volgens HAMAKER uiteengaan.

En Mr. LEVY, scherp als gewoonlijk, formuleert de tegenstelling aldus: Volgens de ééne opvatting zijn de moreele en rechtsbegrippen het prius en is de maatschappelijke ordening secondair, volgens de andere opvatting is de maatschappelijke ordening de bron, waaruit wij onze moreele en rechtsbegrippen putten.

Wij kunnen tot ons leedwezen in deze tegenstelling geen ernstig voorwerp van strijd zien die eenig fundamenteel punt der rechtswetenschap zou raken. Salva omni reverentia staan wij hier slechts voor één der vele vormen en gedaanten, waarin zich deze eeuwenoude vraag voordoet: wat is er eerder geweest, de kip of het ei? En hier luidt dan steeds het antwoord: Deze vraag is niet vatbaar voor een direct antwoord. Geen van beiden is er eerder geweest. Geen kip legt een ei waaruit gelijke kip als de vorige zal voortkomen. Kip en kippenei, gelijk wij die op een bepaald moment zien, zijn niets dan rustpunten in eene eeuwige ontwikkeling, waarvan wij nòch het begin nòch het einde kennen. Men kan dus wel zeggen: ei a is voorafgegaan aan kip b, de laatste is uit het eerste gekropen. Maar daar ei a gelegd is door een kip die niet b maar $b + x$ of $b - x$ was, welke laatste wederom gekropen was uit een ei dat $a + ij$ of $a - ij$ was, bestaan er geen vaste begrippen van

kip en ei, wier tijdelijke relatie wij zouden kunnen aanwijzen.

Zoo is het ook met de verhouding tusschen de begrippen die zich in onzen geest gevormd hebben omtrent hetgeen recht of moraal is en de rechts- en moreele ordening der maatschappij. Men kan niet zeggen dat onze geest uitsluitend actief of dat hij uitsluitend passief is, maar hij is beide. De maatschappelijke toestanden roepen onze begrippen in het leven onder medewerking van allerlei andere uiterlijke omstandigheden en toevalligheden, tot welke laatste behooren andere maatschappelijke ordeningen dan die waarin wij leven, hetzij van menschen hetzij van dieren, hetzij oude hetzij nieuwe: en door dit alles verrijkt en bevrucht is onze geest wederom in staat op de maatschappelijke toestanden in te werken en die te doen veranderen.

Die veranderde maatschappelijke toestanden werken dan wederom te zamen met andere uiterlijke omstandigheden en toevalligheden hetzij op onzen geest hetzij op dien der menschen, welke na ons komen, zoodat er dan wederom door dien vernieuwden of nieuwen geest nieuwe veranderingen in de maatschappelijke ordening kunnen bewerkt worden. Het is dwaas te ontkennen dat de menschelijke geest in den loop der tijden steeds krachtig heeft ingegrepen in de maatschappelijke ordeningen, maar het is even dwaas te ontkennen dat de mannen, die zoo ingrepen, zelf de vrucht waren van de maatschappelijke toestanden van hun tijd en van allerlei toevalligheden, geheel vreemd aan de menschelijke rede, en dat ook alweer slechts de in hun tijd bestaande toestanden en verhoudingen hun de gelegenheid hebben verschaft in te grijpen gelijk dat door hen gedaan is.

Maar genoeg hiervan. Reeds te lang spraken wij over een vraag, alleen maar om te betoogen dat deze eigenlijk

geen vraag was. Maar dit was noodzakelijk teneinde het terrein te zuiveren. Nu dit gedaan is, kunnen wij overgaan tot de behandeling der hierboven door ons gestelde fundamenteele vraag:

Welke is de verhouding tusschen de rechtsregelen en de maatschappij?

Gegeven eenerzijds eene bestaande maatschappij met een aantal beroepen en ambachten, met een zekere organisatie, met een bepaalde arbeidsverdeeling, met zekere wijzen en vormen van leven — in één woord gegeven eenerzijds het *leven* zelf en anderzijds de regelen, die in een dergelijke maatschappij gelden als recht, naar welke geleefd moet worden op straffe van dwang, regelen hetzij opzettelijk vastgesteld hetzij zonder dergelijke vaststelling als geldende aangenomen — welke is dan de verhouding tusschen *dat leven* en *die regelen*? Welke is met name de *waardeverhouding* tusschen leven en regelen, wat moet in de eerste plaats gekend worden? Is het soms mogelijk de regelen te kennen zonder het leven te hebben doorgrond? Moet de rechter, die een geschil naar aanleiding van een regel gerezen te beoordeelen krijgt, bij zijne beslissing alleen naar den regel kijken en dezen uitleggen naar de bedoeling van dengene die hem gesteld heeft, of moet hij niet veeleer in de eerste plaats acht slaan op het leven zelf of op het stuk daarvan, waarop toepassing van den regel gevraagd wordt?

De groote meerderheid der juristen zal deze vragen zonder nadenken beantwoorden en haar antwoord als vanzelf sprekend beschouwen. Natuurlijk is voor hen de regel de hoofdzaak. De regel moet worden toegepast: het leven is van die toepassing het lijdende object. Het spreekt vanzelf dat de regel gekend kan worden ook door hem wien het leven vreemd is. Er zijn immers zooveel boeken die de regelen bevatten en uitleggen. En

de rechter is immers aangesteld om de regelen toe te passen: hoe minder hij van het leven weet, des te onpartijdiger zal zijne beslissing zijn.

Deze leer, welke met de opvatting van de leeken omtrent de rechtswetenschap samenvalt, vond ik nergens zoo scherp geformuleerd als bij BOUTMY (1) in eene verhandeling getiteld: „Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques", welke strekt om te betoogen dat de aard der rechtswetenschap niet toelaat de politieke studies, als vereischende eene gansch andere methode, ook aan de rechtsscholen te onderwijzen. Het zij mij vergund aan dit betoog eenige zinsneden te ontleenen.

Tot karakteriseering der rechtswetenschap beschrijft BOUTMY de werkzaamheid van den magistraat. „Que fait le magistrat sur son siége, sinon dégager les rapports de droit contenus dans un cas particulier et les comparer ensuite à des règles simples et toujours les mêmes, à des formules catégoriques et toutes préparées, expression de principes abstraits, généraux, immuables, qui ont été glorifiés sous le nom de „raison écrite"? En dan verder: „on simplifie d'abord rapidement et sommairement la réalité; on compare ensuite cette réalité émondée à un modèle extérieur et supérieur qui n'en procède point, à un idéal fixe, accepté, disposé d'avance pour cette confrontation."

Het is tegen deze leer dat front gemaakt moet worden. Zij is het die op haar geweten heeft de diepe kloof die op het oogenblik de rechtsgeleerden van het volk scheidt. Die kloof kan gedempt worden, zoo zich slechts een juister inzicht vormt over de verhouding tusschen de regelen van het recht en het werkelijk leven.

---

(1) Revue internationale de l'enseignement 1889 deel XVII p. 217 e. v.

Een dergelijk juister inzicht vinden wij bij STAMMLER in zijn bekend werk: „Wirtschaft und Recht." Op p. 230 luidt het daar: „Das Recht ist nicht ein für sich bestehendes Ding, das dem sozialen Zusammenleben in Selbständigkeit gegenüberstände und auf dieses in bestimmter Weise einwirkte, sondern in jeder rechtlichen Normierung liegt immer und notwendig eine Regelung von unterliegender sozialen Wirtschaft. Es giebt gar keinen Rechtssatz, der nicht als Inhalt eine bestimmte Regelung des sozialen Zusammenwirkens von Menschen enthielte." En dan verder: „die Rechtsbefehle haben nur Sinn und Gehalt in ihrem regelnden Bezuge auf ein durch sie als gesellschaftliches ermöglichtes, menschliches Zusammenwirken."

Dit alles is zoo goed gezegd, dat het wel herhaald kan worden, maar niet beter uitgedrukt. Toch is een nadere uitwerking der nieuwe leer vereischt.

Het is n.l. volgens mijn meening ook onjuist om al generaliseerende te zeggen: (1) de regel is inferieur aan het werkelijke leven, dit laatste moet in de eerste plaats gekend worden, en zoo de regel daarmede in strijd is, moet hij wijken. Een dergelijke algemeene uitspraak zou even onjuist zijn als de tegenovergestelde dit was. Ook hier ligt, gelijk zoo vaak, de waarheid in het midden, en is een onderscheiding van noode.

De waardeverhouding tusschen regel en leven hangt af van het doel waarmede de regel gesteld wordt. Dit doel is niet steeds hetzelfde. Soms is de regel als gebiedend voorschrift bedoeld, maar niet minder vaak is de regel slechts gemeend als neerslag van het bestaande, zonder eenige bedoeling van den steller om het bestaande,

(1) Tot vermijding van misverstand merk ik op dat ik STAMMLER niet verdenk deze meening aan te hangen.

zoo dat anders bleek of anders werd, voor den regel te doen wijken.

Waar nu de regel als gebiedend voorschrift bedoeld is, zal hij het leven beheerschen. In een geordende maatschappij kan dit niet anders. Kennis van het leven is tegenover zulke regels vooral nuttig om te weten of misschien verandering in het leven moet leiden tot wijziging van den regel. Zoolang dat niet het geval is, dient de regel door de onderdanen te worden opgevolgd. In zooverre is echter bij de uitlegging ook van dezen regel kennis van het leven noodig, dat tot goed weten van de bedoeling met welke de regel gesteld is noodig is kennis van het leven van den tijd waarin de regel gesteld is.

Is daarentegen de regel niet anders bedoeld dan als afspiegeling van het leven, als vingerwijzing hetzij voor de individuen bij hunne rechtshandelingen, hetzij voor den rechter bij zijne beslissing, dan zal de kennis van het werkelijke leven meer gelden dan die van den regel. De regel zal dan moeten wijken, zoo hij met het leven strijdt. Uit dat leven zal dan de rechter zijne beslissing hebben te putten. (1)

De groote moeilijkheid hier is deze. Het is onmogelijk de gansche rechtsstof in twee streng afgescheiden helften te splitsen, zoodat dan eenerzijds de gebiedende voorschriften en anderzijds de niet als zoodanig bedoelde regelen

---

(1) In een opstel, getiteld: »Le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit, te vinden in de Revue Internationale de l'enseignement 1890 deel XIX pag. 482 e. v., en geschreven tot bestrijding van Boutmy's hiervoren geciteerd geschrift, toont Saleilles speciaal voor het contractenrecht aan hoe daar in ruime mate de levende maatschappij zelf bron is voor de beslissing van rechtsgeschillen. Op schitterende wijze zet hij uiteen hoe in het domein de overeenkomsten naast imperatieve voorschriften regels staan die slechts presumpties van den wil der partijen zijn, presumpties hetzij gegrond op gewoonten uit den aanvang der eeuw hetzij op een min of meer sterke voorkeur van den wetgever voor ééne van twee mogelijke oplossingen.

zouden komen. In bijna elk der deelen waarin het recht gewoonlijk pleegt gesplitst te worden, komen zoowel regelen van de eene als van de andere soort voor.

Het is de taak van den rechter om uit te maken wat in dit opzicht de beteekenis en de bedoeling is van den rechtsregel, welks toepassing van hem verlangd wordt. Hij zal daarbij noodig hebben vooral een groote mate van rechtsgevoel, in hem ontstaan door een niet minder grondige bestudeering van de levende maatschappij dan van de rechtsregelen. Uitgebreide historische rechtskennis zal hier evenwel ook van noode zijn. Want niet zelden zal alleen de geschiedenis van eenigen rechtsregel licht kunnen verspreiden over zijne waarde en over de bedoeling, waarmede hij gesteld is.

Naast de werkzaamheid van den rechter is op het gebied der rechtswetenschap vooral ook belangrijk de taak van den wetgever. Vooral waar deze imperatieve voorschriften wil geven, dient hij nauwkeurig het leven te kennen waarop hij wil inwerken. De gevolgen van die inwerking na te gaan is hoogst bezwaarlijk. En toch wordt van den wetgever op elk gebied steeds meer en meer inwerking gevraagd. Ik wijs hier vooral op de nieuwe wetenschap, door den genialen Petrazycki voor enkele jaren onder den naam Civilpolitik ingevoerd (1) en wier taak is na te gaan den invloed van de privaatrechtelijke regelingen op het maatschappelijk leven, teneinde aldus die regelingen te kunnen treffen, die op dat leven den besten invloed uitoefenen.

Zal de Civilpolitik ooit goede vruchten dragen, dan is inderdaad grondige kennis van het maatschappelijke leven van noode. Zonder deze zoude allicht tot zeer gewaagde proefnemingen worden overgegaan.

(1) Zie Petrazycki. Die Lehre von Einkommen en vooral ook het aanhangsel van deel II.

Met de hier voorafgaande beschouwingen is evenwel het probleem van de verhouding tusschen de rechtsregelen en het leven niet opgelost. Niet alleen dient er verschil gemaakt te worden tusschen de kracht der verschillende rechtsregelen, maar de erkentenis moet worden afgelegd dat een belangrijk gedeelte van het rechtsleven door geen vaste rechtsregelen wordt beheerscht nòch door gebiedende nòch door niet-gebiedende Ik wijs hier op het uitgebreide gebied der niet door de wet geregelde overeenkomsten, wier verbindende kracht evenwel door eene uitdrukkelijke wetsbepaling is uitgesproken. Ik vestig hier verder de aandacht op het feit dat volgens niet minder uitdrukkelijke wetsbepaling in het algemeen de overeenkomsten verbinden tot hetgeen door de billijkheid en het gebruik wordt geëischt. In al deze gevallen — en het kan niet ontkend worden dat wij hier staan voor een zeer omvangrijk en hoogst belangrijk deel van het rechtsleven — ontbreken vaste rechtsregelen en zal de rechter zijne beslissing uit het leven zelf moeten putten. Zoo hij dat leven kent, maar ook dan alleen, zal hij de daarin opkomende rechtsregelen gevoelen en door zijn uitspraken tot hun regelmatigen groei bijdragen.

Wanneer het mij geoorloofd is door een beeld de verhouding tusschen de rechtsregelen en het leven uit te drukken, dan lijkt mij daartoe het volgende geschikt. De gebiedende rechtsregel is een afgebakende weg, en men zal dien weg hebben te gaan. Niet gebiedende regelen zijn het best te vergelijken met de roode „Wegmarkirung" die men op vele bergen vindt. Deze wijst slechts de richting aan, waarin gewoonlijk gewandeld wordt. Maar op veel plaatsen — en zeker niet de minst schoone — ontbreekt zelfs de „Wegmarkirung" en zal men langs zelf gebaande wegen hebben te gaan.

Hoe komt het, dat dit alles zoo lang miskend is? Hoe

te verklaren dat de juristen gedurende zoo lange eeuwen steeds in de meening hebben verkeerd dat zij slechts de regelen hunner wetenschap hadden te kennen en uit te leggen, en dat zij in het maatschappelijk leven nooit iets anders zagen dan het voorwerp van toepassing dier regelen? De sleutel tot dit raadsel geeft eene uitlating van Boutmy t. a. p. pag. 221. „La croyance à l'absolu est une condition essentielle de bonne justice. Le juge qui ne croit pas trop à l'autorité de ses maximes est bien près de n'y pas croire assez."

De rechtswetenschap een geloof! Ziedaar de opvatting die steeds onbewust aan deze wetenschap ter grondslag heeft gelegen. Men gelooft aan de regelen van het recht gelijk aan die van den bijbel: de dogmata van het recht eischen even strenge onderwerping als die der kerk. Zoo is de opvatting der massa der juristen.

En die opvatting is niet onverklaarbaar. De mannen, die zich met de rechtsstudie bezighielden, waren in vele landen de geestelijken en priesters: zoo was het in het oude Egypte, te Rome, in de middeleeuwen tijdens den bloeitijd van het kanonieke recht. En de boeken waaruit geput werd waren voor godsdienst en recht soortgelijke: oude, eerwaarde boeken, met het stof der eeuwen bedekt. En de geesten die zich met de rechtswetenschap bezighielden hetzij die van priesters hetzij die van leeken waren van geloof doordrongen. Is het dan te verwonderen dat die geesten, waar zij een ander stel regelen te bestudeeren kregen, ook niet anders konden doen dan daaraan *gelooven*? Is het niet verklaarbaar dat degenen die hun leven voor een deel besteden aan ernstige overpeinzingen over van Godswege gestelde regelen, die steeds bezig zijn met de uitlegging van die niet altijd even duidelijke regelen, daar waar zij geplaatst worden tegenover de van overheidswege afgekondigde regelen van het recht, niet

anders kunnen doen met die regelen dan wat zij hun leven lang deden met die van den Bijbel?

Op deze wijze laat zich ook verklaren het geloof der juristen aan hunne autoriteiten. Gelijk voor die godsdienstigen de opvattingen der geestelijken, zijn voor de juristen de meeningen der groote schrijvers van bindend gezag. De geloovige leert van den geestelijke, de jurist van den schrijver hoe de text is op te vatten. Eigen meening is hier haast even zelden als ginds. En gelijk voor den geloovige het geheele godsdienstige leven door den Bijbel beheerscht wordt, kan hij zich ook niet anders voorstellen dan dat het rechtsleven door de Wet wordt beheerscht. Rechtsregelen, die slechts wijzen op hetgeen gebruikelijk is, laat staan belangrijke stukken van het rechtsleven, waarover geen rechtsvoorschriften zouden bestaan dat alles is voor hem ondenkbaar.

Het is m. i. niet voor ernstige betwisting vatbaar dat hier de verklaring ligt van de heerschende opvatting aangaande de verhouding tusschen de rechtsregelen en het leven. Het is het geloof dat de geesten zoo heeft gevormd, dat zij, waar zij regelen zagen, niet anders konden dan daarin gelooven.

Men meene evenwel niet dat ik hieruit de gevolgtrekking zal afleiden dat slechts bij ongeloof een andere, een meer vrije opvatting der rechtswetenschap en van hare regelen mogelijk is. Zeer zeker zal het voor hem, die niet gewend is aan het gelooven, allicht gemakkelijker vallen tegenover de regelen van het recht een meer gereserveerde houding aan te nemen. Maar ook de geloovige zal, al is het dan ook met meer inspanning, tot een vrij inzicht in de verhouding tusschen de rechtsregelen en het maatschappelijk leven geraken, als hij zich slechts daarvan bewust is dat het recht geen godsdienst is, dat de regelen hier van gansch anderen aard zijn dan daar,

en dat slechts bij die van den godsdienst geloof te pas komt.

Wij kunnen hier ter plaatse niet verder ingaan op het zoo diep in het menschelijk leven ingrijpend verschijnsel van den invloed, door den godsdienst onbewust op het wetenschappelijk denken uitgeoefend. Wij moeten er ons mede tevredenstellen voor de rechtswetenschap op het bestaan van dit verschijnsel en ook op zijne gevolgen de aandacht gevestigd te hebben. Hoe gaarne wij dit netelige onderwerp ook overgeslagen hadden, wij waren wel verplicht er op in te gaan, teneinde op deze wijze ruim baan te krijgen voor onze opvatting omtrent de verhouding tusschen rechtsregel en leven, gelijk wij die hierboven ontwikkeld hebben.

In het kort geresumeerd, komt onze opvatting dan hierop neder. Zoowel bij de uitlegging en toepassing van den bestaanden alsook bij de vorming van den nieuwen regel moet het leven gekend worden: geen rechtsregel is begrijpelijk zonder het stuk leven te kennen dat in hem is opgesloten en waarop hij betrekking heeft en de gevolgen van een nieuwen rechtsregel zijn onberekenbaar voor hem die niet ten allernauwkeurigste het leven heeft onderzocht, dat de nieuwe regel zal moeten beheerschen. Verder is bij de toepassing van de rechtsregelen eene onderscheiding noodig tot bepaling der waardeverhouding tusschen die regelen en het leven; gebiedende regelen zijn te gehoorzamen en beheerschen het leven; niet gebiedende zijn alleen met behulp van het leven uit te leggen en de beslissing is daar aan de hand van den regel uit het leven zelf te putten. En ten slotte — op een hoogst belangrijk gedeelte van het rechtsleven komen nog geen vaste regelen voor: de rechter zal dan zijne beslissing uitsluitend op het leven hebben te gronden.

Het is hier niet de plaats over dit alles in verdere bij-

zonderheden te treden. Slechts willen wij nog een enkelen schrijver in het geding brengen, niet als autoriteit, maar omdat hetgeen wij gevoelen door hem met onovertreffbare welsprekendheid, met woorden die tot het hart niet minder dan tot het verstand spreken, is gezegd. Wij hebben hier Albert Sorel op het oog, wiens rede over „L'enseignement des sciences sociales dans le Universités Françaises" aan elken jurist bij den aanvang zijner studies behoorde voorgelegd te worden (1).

Wij zullen ons tot drie citaten uit deze rede bepalen. Allereerst eene beschouwing over de verhouding tusschen de wet en het leven.

„Un Code de lois, au premier coup d'oeuil ne présente qu'un recueil de définitions abstraites et de prescriptions sèches. C'est le dernier mot de l'esprit classique, au sens où le prenait Taine. Les hommes n'y paraissent point, ni même leurs ombres. L'homme même, tout abstrait de l'humanité, s'y échappe et s'y découpe en sousabstractions de soi-même, aussi éloignées, aussi épurées si vous le voulez, de la réalité humaine, que la ligne et le point géométriques le sont des choses très concrètes que nous désignons de ce nom dans le langage de tous les jours : le point où je suis, la ligne de cette corniche, de ces montagnes. Ici c'est le mineur, l'époux, l'épouse, le tuteur, l'ascendant, le collatéral, le commerçant, le prévenu, l'accusé, le condamné. Mais sous ces termes généraux, sous cette épure de l'édifice, c'est pourtant de la société humaine, des hommes, qui nous ont précédés, de ceux qui nous coudoyons, de ceux qui viendront après nous, de leurs intérêts, de leurs affections, de leurs passions, de leurs besoins, de leurs travaux, de leurs droits, de vous

(1) Deze rede is den 3 November 1897 te Rijssel gehouden en afgedrukt in de Revue internationale de l'enseignement, deel 34 p. 385 e. v.

et de moi qu'il s'agit. C'est une société, c'est une civilisation qui s'est distillée, réduite à des éléments simples et s'est analysée dans ces articles."

En dan over den oorsprong der wet, over hare wording:

„La loi s'est élaborée dans le passé comme elle s'élabore dans le présent. Les législateurs d'autrefois ont été des hommes, comme ceux d'aujourd'hui, mêlés à la vie de leur temps et législateurs d'autant plus clairvoyants et bienfaisants qu'ils étaient mieux pénétrés de la vie contemporaine. C'est ainsi que je cherche à me les répresenter, si je veux me rendre compte de leurs oeuvres: non en toge, en rabat et perruque, immobilisés en portraits de galéries ou figés en statues de péristyle, mais à leur table de travail près des fenêtres qui s'ouvrent sur la rue où passe la foule des hommes.

C'est toute la tragédie, toute la comédie humaine que met en scène sous nos yeux l'histoire de nos lois. Ne craignons point de le dire et de le montrer. La loi naît du conflit des passions humaines et nous l'enseignons à des hommes, qui la retrouveront toute animeé de ces conflits, dans les études de notaires, dans les études d'avoués, dans les tribunaux. Elle nous vient de la vie, elle retourne à la vie, ne la desséchons pas au passage."

Het is duidelijk wat de conclusie van dat alles moet zijn. En in de woorden waarin Sorel haar uitspreekt, ligt tevens opgesloten de verklaring waarom deze beschouwingen in onze inleiding eene zoo belangrijke plaats innemen. Sorel dan zegt, en mochten al de leeraren in de rechtswetenschap dit woord als tot hen gericht beschouwen: „La vie, la vie! observée, aimée, recueillie de partout, répandue avec largesse, abondante, ardente, mais aussi refléchie et consciente, pleine de lumière et pleine de devoirs; voilà ce que nous devons apporter, avant tout,

dans l'enseignement de ces sciences, et ce qui en doit principalement ressortir pour nos élèves."

Het is voor het oogenblik ondoenlijk de diepe verandering aan te duiden, die deze nieuwe opvatting bestemd is in het rechtsgeleerd onderwijs te brengen. In het hoofdstuk gewijd aan de universitaire opleiding van den jurist en daarmede aan de rechtswetenschap zelve zullen wij de gelegenheid vinden om in hoofdtrekken de omwenteling te schetsen, die hier de toekomst trots allen conservatieven tegenstand zal brengen. Hier was het er alleen om te doen met kracht en nadruk op den voorgrond te stellen dat voor den jurist kennis van het werkelijke leven de hoofdzaak is: van de samenleving zoowel van het heden alsook van het verleden, waarin zich het recht heeft gevormd. En de conclusie waartoe deze opvatting voor de opleiding van den jurist moet leiden ligt voor de hand. Deze opleiding moet van het begin tot het eind, ook voor dat deel hetwelk voor de universiteit valt, als hoofddoel hebben den leerling het leven in al zijn schakeeringen te doen kennen.

Waar wij dit thans op den voorgrond hebben gesteld, hebben we meteen een vaste basis verkregen voor onze verdere onderzoekingen. Maar tot afronding en volmaking van die basis is ook nog noodig er op te wijzen hoe de nieuwe door ons uiteengezette beschouwing der rechtswetenschap ook leidt tot een *andere methode* dan die welke tot heden op het gebied dezer wetenschap bij voorkeur gevolgd wordt.

Dit punt, door ons gaarne tot later bewaard, moeten wij hier wel in hoofdtrekken aanduiden om de eenvoudige reden dat bij de beoordeeling der geschiktheid van allerlei vakken tot voorbereiding voor de juridische opleiding het van groot belang is te weten of die vakken voorbereiden voor de methode die den jurist in het bijzonder eigen

moet zijn. Is de oude, nog vrijwel heerschende opvatting juist, dat de deductieve methode die is, welke de aangewezene, alleenzaligmakende methode voor den jurist is, dan dienen bij zijn opleiding die vakken op den voorgrond te staan, welke zijn geest bijzonder geschikt maken tot het hanteeren dier methode. Is daarentegen gelijk ook door mij meermalen verkondigd is, (1) de deductieve methode in hare buitensporige toepassing de booze geest der rechtswetenschap, die haar van het werkelijke leven vervreemdt en daarentegen de inductieve methode bestemd om in die wetenschap al grooter en grooter rol te spelen, dan zullen aan den toekomstigen jurist vooral die vakken onderwezen moeten worden, welke tot waarneming aanleiding geven of dwingen.

Het nadenken over, het aanwijzen van de vereischte methoden van wetenschappelijk onderzoek behoort tot de allerfijnste functiën van den menschelijken geest. En het komt dan ook niet bij mij op hier en passant dit ingewikkelde probleem voor de rechtswetenschap met een enkel machtwoord te willen afdoen. Speciaal op het gebied dier wetenschap komen zoovele verschillende methoden in zooveel complicaties van aanwending te pas, naarmate van het onderdeel dier wetenschap waarmede men zich bezighoudt (gebiedende of niet gebiedende regelen) en naar gelang van de functie die men in dat onderdeel te verrichten heeft (rechtspraak, historisch onderzoek, wetgeving), dat slechts in een zeer uitvoerige uiteenzetting het probleem hier zou zijn op te lossen. Zooveel staat echter vast, dat in de rechtswetenschap gelijk in zooveel andere wetenschappen het onderzoeken zoowel als het handelen door de meesten onbewust pleegt verricht te

---

(1) Zie Themis 1897 pg. 312 en het W. v. 't R. Nos. 6995 en 7023.

worden. Zelfs de diepzinnigste geleerden begeven zich vaak in de fijnste en scherpzinnigste onderzoekingen, zonder veel na te denken volgens welke methode zij te werk gaan. Gelijk hij het best het zwemmen leert, die er niet steeds over nadenkt hoe hij zijn armen en beenen heeft uit te slaan, zoo zijn ook vaak zij de beste juristen, die er niet al te veel over nadenken volgens welke methode zij werken. Ik verwijs slechts naar de Romeinsche juristen! Niet dat zij geen methode hadden, maar zij waren er onbewust van dat zij er eene hadden.

Tegenwoordig is de toestand echter anders: de juristen zijn zich over het algemeen bewust eene methode te hebben, en wel de deductieve. En voor zoover zij er zich niet van bewust zijn is toch die methode hun eigen geworden door de wijze van redeneeren, hun ingeprent door hunne leermeesters.

De twee methoden, die hier tegenover elkaar staan, de deductieve en de inductieve, laten zich aldus het best definieeren. De deductieve methode gaat uit van zekere bepaald regels (of constructies!) en beweegt de zich voordoende gevallen zoolang langs die regels heen, tot dat zij bij een regel gekomen is, waaronder het geval past. Past het geval onder meerdere regels, dan wordt nagegaan onder welken regel het geval het best past, het fraaist uitkomt.

De inductieve methode daarentegen gaat uit van de zich voordoende gevallen. Zij vergelijkt die met andere gevallen van soortgelijken aard en tracht aldus door allerlei proefnemingen en waarnemingen een regel te vinden.

Hoe nauw deze beide methoden elkaar raken blijkt daaruit, dat de door inductie gevonden regel zoo die op eenigerlei wijze (wet of gewoonte) is gefixeerd, weder het uitgangspunt van deductie kan worden. Door inductie

gevonden wordt dan de regel bron van deductie. Het is echter steeds de vraag of dat wat *kan* ook *behoort* te gebeuren.

Gelijk gezegd, de oude richting erkent de deductieve methode als de alleenrechthebbende. In engen samenhang staat deze opvatting met die andere, volgens welke de regelen, door wet of gewoonte gesteld, beschouwd moeten worden als de maatschappij beheerschend: ja beide opvattingen zijn eigenlijk één en dezelfde. Duidelijk komt dit uit bij BOUTMY, waar deze in zijn bovenaangehaald opstel na in de daar geciteerde woorden de werkzaamheid van den magistraat omschreven te hebben, de door dezen te volgen methode aldus omschrijft: „Propositions abstraites, subtiles interprétations verbales, déductions fortement enchaînées, simplifications parfois excessives, conclusions toujours catégoriques, voilà dans quelle fréquentation de tous les instants l'intelligence apprend et aime à se mouvoir. „L'esprit de géométrie", au sens où l'entendait Pascal, devient sa règle. Elle perd „l'esprit de finesse", tout en dépensant beaucoup de finesse d'esprit. Elle acquiert, exerce et développe jusqu' à une maîtrise incontestée la faculté dialectique."

Waar nu evenwel de oude leer omtrent de verhouding tusschen de rechtsregelen en het werkelijke leven ons onhoudbaar bleek, daar valt dus ook de op die leer gegronde huldiging der deductieve methode als de alleenheerschende op het gebied der rechtswetenschap. Want voorzooverre de waarheid geldt dat zeer dikwijls de oplossing van rechtsgeschillen in het leven zelf gezocht moet worden, moet ook de methode veranderen. Duidelijk komt dit uit bij SALEILLES, BOUTMY's bestrijder in diens leer omtrent de verhouding tusschen rechtsregel en leven, en die door zijn meening omtrent het vaak praevaleeren van het leven komt tot een alsdan toepassen der induc-

tieve methode. Gelijk SALEILLES zelf het aangeeft, de vraag: „Est-il donc vrai que dans aucun cas l'interprète n'ait à tenir compte des manifestations actuelles du progrès juridique dans l'interprétation de la loi?" komt m. a. w. neer op deze vraag: „est-il donc vrai que la méthode d'observation, qui n'est autre que la méthode historique, (1) bonne seulement pour la critique de la loi, doive être absolument étrangère à son interprétation?"

Op deze tweelingsvraag geeft SALEILLES vervolgens een ontkennend antwoord. En na tot steun voor dit antwoord de hierboven (2) in het kort medegedeelde beschouwingen over de verhouding tusschen leven en regel op het gebied van het contractenrecht te hebben ontwikkeld, laat hij volgen: „Mais alors, qu'est ce donc ce procédé d'interprétation sinon la pure méthode d'observation et la méthode historique, transporté dans le domaine, beaucoup plus élastique qu'on ne voulait le faire croire du code civil?"

Er bestaat dus een nauwe samenhang tusschen de opvatting omtrent de verhouding van rechtsregel en leven, en de methode, die verkozen wordt. Zij die alleen op den regel letten en van dezen uitgaan, zullen de deductieve methode als de uitsluitend bruikbare beschouwen. Daarentegen zullen zij, die alleen het leven als rechtsbron beschouwen, zich van geene andere methode dan de inductieve kunnen bedienen. Onze hierboven ontwikkelde leer, die het midden houdt tusschen deze beide opvattingen, zal dus moeten beginnen met het goed recht van

---

(1) SALEILLES (t. a. p. p. 483) definieert de historische methode als „l'observation de phénomènes d'évolution sociale au fur et à mesure de leur apparition". Zij is dus volgens hem niets dan historische inductie. In het aan de universitaire opleiding gewijde hoofdstuk komen wij op dit punt terug.

(2) Zie p. 18 noot 1.

beide methoden op het gebied der rechtswetenschap te erkennen. De deductieve methode is te gebruiken bij de uitlegging en toepassing van imperatieve regelen: de inductieve overal waar uit het leven de beslissing moet geput worden.

Het is natuurlijk onmogelijk om precies aan te wijzen welke der beide methodes den een of anderen jurist het meest te pas zal komen. Dit hangt hoofdzakelijk af van de functie die hij op het gebied der rechtswetenschap te vervullen heeft. Maar wel kan men in het algemeen zeggen dat de inductieve methode in die wetenschap de hoofdrol heeft te vervullen. De deductieve methode komt immers alleen te pas bij de toepassing van gebiedende regelen. Daarentegen is de toepassing der inductieve methode niet beperkt tot het reeds op zichzelf zoo ruime gebied der gevallen, waarin het leven zelf bron van beslissing is. Ook bij de gebiedende rechtsregelen heeft de inductieve methode een belangrijke rol te vervullen. Ten eerste bij hunne uitlegging, bij de langs historischen weg plaats vindende opsporing van hun beteekenis, waar immers het leven moet gekend worden van den tijd, waarin de regelen ontstaan zijn. Maar zelfs ook bij hunne toepassing, daar eerst langs inductieven weg moet nagegaan worden welke rechtsregel als gebiedend bedoeld is, welke niet. En vooral ook bij het scheppen van nieuwe gebiedende voorschriften komt inductie te pas. Want deze kunnen niet anders zijn dan de vrucht van herhaalde in den geest des wetgevers plaats grijpende proefnemingen, gegrond op kennis van het werkelijk leven.

Het belang dat deze beschouwingen hebben voor de opleiding van den jurist is reeds hierboven door ons aangeduid. Waar voor den jurist de inductieve methode de voornaamste bleek, daar moeten ook bij de voorbereiding van den jurist die vakken in de allereerste plaats in aan-

merking komen, die het observatievermogen scherpen en zoo tot de inductieve methode opleiden. Zooals ons later zal blijken, zijn dit dan wederom de vakken van het werkelijke leven. En verder zal bij die vakken, die zich tot beiderlei methoden van onderwijs leenen (zooals de levende talen) het voor den aanstaanden jurist het nuttigst zijn als het onderwijs in den geest der inductieve methode geschiedt.

Wij willen thans in een paar woorden het in deze inleiding vervatte resumeeren. Door een ontwikkeling der begrippen opleiding en jurist zagen wij wat het door ons te behandelen onderwerp was en trokken vaste grenzen voor ons onderzoek. Vervolgens hebben wij in afwijking van de heerschende leer onze opvatting omtrent de verhouding tusschen de rechtsregelen en de levende maatschappij ontwikkeld. En in aansluiting daaraan hebben wij uiteengezet hoe deze opvatting moest leiden tot het op den voorgrond treden der inductieve methode in de rechtswetenschap.

Zoo hebben wij een vaste basis verkregen, op welke steunende wij thans kunnen overgaan tot een uitvoerige behandeling van het gansche vraagstuk der opleiding van den jurist — vóór, aan en na de universiteit.

Art. 182 der Fw. en de Fiscus-Schuldeischer

DOOR

Mr. J. J. Heijse,

Advocaat en Procureur te Middelburg.

Wat is de bedoeling, de geest, de strekking van dit artikel, wat zijn de gevolgen, wat onderscheidt het van de desbetreffende bepaling in het voormalige derde boek van het Wetboek van Koophandel? Ziedaar eenige vragen, wier beantwoording de schrijver van dit opstel, zoo goed hem dit mogelijk is, zich tot taak heeft gesteld.

En waarom zou ik dat willen doen? om geen andere reden, dan dat dit schijnbaar zonneklare artikel reeds herhaalde malen aanleiding heeft gegeven tot botsingen tusschen curators en rechters-commissaris bij de vereffening van een boedel, tot botsingen, die reeds eenige malen de oorzaak zijn geweest, dat een rechterlijk oordeel over de uitlegging van het onderhavige artikel is uitgesproken.

Inderdaad, de uitlegging en derhalve de toepassing van dit artikel is moeilijker, meer omvattend, dan men op het eerste oogenblik zou meenen.

Laat ik voor een oogenblik den weg der vergelijking betreden en naast elkaar stellen het nu geldende art. 182

en het daarmee overeenkomende art. 863 eerste lid van het Wetboek van Koophandel.

Wat is het hoofdonderscheid tusschen de oude en de nieuwe wetgeving? Het bepaalt zich tot dit belangrijke verschil, dat, waar vroeger de kosten van het faillissement, daaronder begrepen het loon van den curator, als eerste post ter uitbetaling in de rij der schuldeischers figureerde, nu de algemeene faillissementskosten, het salaris van den curator daaronder begrepen, percentsgewijs over ieder deel van den boedel worden omgeslagen.

Op het groote verschil dat hierin is gelegen kom ik dadelijk terug, na nu eerst nog de vraag te hebben gesteld, of dat het eenige onderscheid is.

Fw. Art. 182.	W. v. K. Art. 863 1e lid (oud).
De algemeene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van den boedel, met uitzondering van hetgeen, overeenkomstig de bepaling van art. 57 door den pand- of hypotheekhoudenden schuldeischer zelf is verkocht.	De curators worden als eerstbevoorrechte schuldeischers op de geheele opbrengst gerangschikt voor de kosten op het faillissement gevallen, hun loon daaronder begrepen.

Aan de rechtsche kolom behoort ter volledigheid te worden toegevoegd het eerste lid van art. 854 en dat van art. 858 W. v. K.

Art. 854 lid 1, 1e zinsnede (oud).

De pandhouder of beleener kan alle rechten uitoefenen, welke hem bij de wet zijn toegekend, evenals of geen faillissement had plaats gehad.

Art. 858 lid 1 (oud).

In geval van het beding, bij het tweede lid van art. 1223 des Burgerlijken Wetboeks vermeld, kan de hypothecaire schuldeischer zijn rechten uitoefenen, alsof er geen faillissement had plaats gehad.

Naar mijn meening ja, zonder eenigen twijfel. Evenwel het is er verre vandaan, dat dit een communis opinio zou zijn, of althans is geweest.

Niemand zal ontkennen, dat nu, èn de pandhouder èn de hypothecaire schuldeischer met het beding van art. 1223 B.W., nooit en te nimmer, voorzoover zij op het hun verbonden goed, het hun toekomende, geheel kunnen verhalen, iets van het plaats hebben van het faillissement zullen bemerken, althans niet in dier voege, dat zij tot eenige bijdrage in de alg. faill.-kosten verplicht kunnen worden.

Voorzoover zij zich niet bevinden in het geval van art. 57 lid 2, en zij zich gedragen naar de voorschriften van art. 58, kunnen zij hun rechten uitoefenen — ik citeer de woorden van het eerste lid van art. 57 — alsof er geen faillissement ware.

Met andere woorden zij staan dan buiten het faillissement en dragen dus van zelf niet bij in de kosten. Bovendien wordt dit laatste nog eens uitdrukkelijk gezegd in art. 182; naar mijn bescheiden meening geheel overbodig, daar immers zaken, die in pand worden gehouden of hypothecair, met het beding van art. 1223 B. W., zijn verbonden, zoolang de termijn van art. 58 niet, zonder dat er van gebruik is gemaakt, is verstreken, nimmer als deelen van den boedel mogen worden aangemerkt, en derhalve nooit met de alg. faill.-kosten kunnen worden bezwaard. Men werpe mij niet tegen, dat het nog niet zoo zeker is, dat zij geen deelen van den boedel zullen worden, immers de rechthebbenden kunnen den termijn van art. 58 ongebruikt laten voorbijgaan. Ja zeker, dat kan, hoewel het niet licht zal voorkomen; maar wat zegt dat nog; eerst dàn zullen zij deel van den boedel uitmaken, maar geen oogenblik eerder.

Maar hoe dit ook zij, overbodig of niet, in dit opzicht

kunnen de bewoordingen van art. 182 Fw. geen bezwaar voor de uitlegging opleveren, omnium consensu staat het vast, dat de pandhouder en de hypothecaire schuldeischer als bedoeld in art. 57, nimmer met een deel der alg. faillissementskosten mogen worden bezwaard, tenminste niet zoolang de opbrengst der hun verbonden goederen, hun vorderingen met interessen en kosten volledig kunnen dekken.

Geheel anders was dit volgens sommigen onder de oude wet. Toen redeneerde men, de curators worden als eerste bevoorrechte schuldeischers gerangschikt op de geheele opbrengst, dus (sic!) ook op de opbrengst der krachtens beding van art. 1223 B. W. verkochte hypothecair verbonden goederen en op die van zoodanige goederen, als in pand mochten zijn gegeven.

Ik zal de vrijheid nemen eenige vonnissen en schrijvers tot staven van dit mijn beweren aan te halen en wijs derhalve eerst op een vonnis van de Rechtbank te Heerenveen van 28 Juni 1842, waarvan — men zie Wkbld. 409 — het dictum aldus luidt; „De hypothecaire schuld-„eischer die gebruik gemaakt heeft van het beding van „onherroepelijke volmacht van art. 1223 Burg. Wetb., is „na het faillissement van den schuldeisscher niet bevoor-„recht op de opbrengst van het verkochte boven den „curator, voor de kosten van het faillissement."

Deze meening werd blijkbaar gedeeld door den schrijver in de Rechtsgeleerde Adviezen — men zie het tweede deel blz. 194.

Niet geheel maar toch gedeeltelijk vind ik nog dezelfde zienswijze gehuldigd in een vonnis van de rechtbank te Zwolle van 10 Jan. 1883 R. B. en B. Afd. A. 261.

Dat evenwel ook de tegenovergestelde meening aanhangers vond, blijkt voldoende uit de beide volgende voorbeelden. In de eerste plaats een vonnis van de recht-

bank te Amersfoort van 2 Juli 1851 te vinden in Wkbld. 1262, waarvan het dictum luidt: „De hypotheekhouder, „die krachtens het beding bij art. 1223 Burg. Wetb. ver„meld, het verbonden goed heeft verkocht, is niet ge„houden te dragen in eenige kosten van het faillissement, „zoodat de curator tegen hem art. 863 W. v. K. of art. „1195 N°. 1 Burg. Wetb. niet kan inroepen, zelfs indien „de verkoop heeft plaats gevonden na het vonnis van „faillietverklaring."

In de tweede plaats vestig ik de aandacht op een beslissing van den Minister van Financiën van 25 Nov. 1863 N°. 99, te vinden in het Periodiek Woordenboek N°. 4560, alwaar in de volgende woorden de bedoeling van den minister ten duidelijkste doorstraalt:

„De hypotheekhouder, die bij faillissement gebruik „heeft gemaakt van het beding van art. 1223 B. W., is verplicht den curator rekening te doen van de opbrengst „van het verkochte, de meerdere opbrengst wordt in de „rangregeling door den rechter-commissaris opgenomen, „derhalve is geen evenredig registratierecht van $^1/_2$ pct. „verschuldigd, over het bedrag der eerste hypotheek, „*omdat deze eigenlijk niet in de rangregeling behoort te wor„den opgenomen.*"

Men ziet, het pro en het contra zijn beide vertegenwoordigd, en ik acht mij bepaald gelukkig 2 vonnissen uit de eerste 12 jaren van het bestaan van de wettelijke faillietregeling van 1838 naast elkander te hebben kunnen stellen, daar toen zeer zeker van een gevestigde jurisprudentie over dit punt nog geen sprake kon zijn.

Zooals ik reeds hierboven liet bemerken, schaar ik mij zonder eenige aarzeling, aan de zijde van het vonnis der Amersfoortsche Rechtbank, en dit om de volgende m. i. doodeenvoudige overweging. Zoowel in het eerste lid van art. 854 als in dat van art. 858, staat zonder omwegen,

en buiten iedere beperking geschreven, dat èn de pandhouder èn de hypothecaire schuldeischer met het bewuste beding van onherroepelijke volmacht hunne rechten uitoefenen, alsof er geen faillissement had plaats gehad.

En als er geen faillissement plaats heeft, zijn er geen kosten en worden die derhalve ook niet door den schuldeischer geheel of ten deele betaald. Ten slotte: de opbrengst der betroffen goederen behoort niet tot de opbrengst bedoeld in art. 863 eerste lid, daar zij buiten het faillissement blijven, en met de geheele opbrengst, bedoeld in laatstgenoemd art., toch wel niet anders zal zijn gemeend, dan de goederen, die *door* den curator en *ten bate der* schuldeischers worden gerealiseerd.

Er is ook geen enkele economische of op billijkheidsgronden gevestigde overweging, die tot het bezwaren dier schuldeischers met faill.-kosten aanleiding zou kunnen geven. Immers het failliet verklaren, van hun schuldenaar geschiedt niet ten hunne profijte: het laat hun volledig koud, mits de eventueele opbrengst der hun verbonden goederen hen voldoende schadeloosstelt, en daarvoor hebben zij zelven kunnen zorgen.

Maar dan de andere hypothecaire schuldeischers? Moeten die, hoewel, mits zij niet te veel geld op te weinig waarde hebben geschoten, ook voor hen geen voordeel in een faillissement van hun schuldenaar is gelegen, wel bijdragen? Zeer zeker is dit zoo volgens de oude wet: immers het hun verbonden goed valt in den boedel en ergo onder de geheele opbrengst. Dat nu evenwel de nieuwe wet zoo is ingericht, dat, altijd aangenomen, dat zij niet, dan tegen behoorlijke dekking, geld hebben geschoten, ook door die schuldeischers, alleen in schijn en niet in waarheid in de faill.-kosten wordt bijgedragen hoop ik nader aan te toonen.

Men vergeve mij de tamelijk lange beschouwing de

lege mortua, maar ik acht het van het grootste belang er den nadruk op te leggen, dat de nieuwe wet ten aanzien der faillissementskosten, slechts in één opzicht, namelijk betrekkelijk de wijze, waarop de kosten over den boedel worden omgeslagen, een wezenlijk onderscheid met de oude wet kan aanwijzen.

Vervolgens kunnen die beschouwingen ons nog leiden tot een verklaring van het feit, waarom de vervaardiger der nieuwe wet, de naar mijn oordeel in art. 182 overbodige verwijzing naar art. 57 heeft opgenomen. Deze verklaring ligt na het besprokene voor de hand. Bevreesd als hij was, dat zich zou herhalen, wat onder de oude wet, onder vigueur der bepaling van art. 863 juncto artt. 854 en 858 was geschied, namelijk dat ten nadeele van de rechtszekerheid, van de homogeniteit der vonnissen, bij de eene rechtbank de hypothecaire schuldeischer met het beding van art. 1223 B. W. wel in de kosten zou meedragen, en in het rechtsgebied van een andere rechtbank niet, heeft hij in art. 182 de geïncrimineerde woorden opgenomen.

Zij staan daar, mijns inziens, met geen andere dan deze strekking: ik wetgever waarschuw u, er aan te denken, dat door de bepaling van art. 57 j°. 58 van deze wet, noch het met beding van art. 1223 B. W. hypothecair verbonden goed, noch dat, hetwelk door iemand in pand wordt gehouden, deelen zijn van den boedel, in den zin van art. 182.

En nu mag ik deze beschouwing wel besluiten met de opmerking, dat die zin mij voorkomt de gezonde, de eenige ware te zijn. Noch de in pand gegeven zaak, noch het verhypothec. goed in quaestie zijn, ook in logischen zin, meer deelen van den boedel des schuldenaars, zij zijn er om zoo te spreken uitgelicht, en geen ander den schuldenaar animo toebehoorende zaak, is corpore

méér in de macht van een zijner schuldeischers gebracht, dan juist deze twee.

Ik keer nu tot mijn punt van uitgang terug, het werkelijke verschil tusschen art. 863 W. v. K. eenerzijds en art. 182 Fw. anderzijds.

Wat moet volgens het voorschrift van art. 863 eerste lid geschieden? Wordt alles verkocht, wat er is; landerijen, huizen, onverschillig of zij al dan niet onder hypothecair verband staan, roerende goederen, zonder te letten op het feit dat sommige schuldeischers daarop eenig voorrecht kunnen uitoefenen? Het antwoord kan niet wel anders dan bevestigend luiden, immers het aangehaalde wetsartikel is duidelijk en ten dien opzichte niet voor tweeërlei uitlegging vatbaar. De geheele opbrengst moet worden vastgesteld en daarop de faill. kosten plus des curatorsloon worden gekort.

Ik schreef: „duidelijk en niet voor tweeërlei uitlegging vatbaar", maar dit betreft alleen dat, wat in het artikel in quaestie is neergeschreven. Ten aanzien der uitvoering van dit voorschrift bestaan wel degelijk bezwaren, en men miste noode nadere bepalingen, die hierin zouden moeten voorzien.

Ter verduidelijking citeer ik de volgende dicta van vonnissen.

I. „De hypothecaire schuldeischer moet in de faillisse-„mentskosten bijdragen, wanneer de kosten niet uit de „massa kunnen worden gevonden, zonder aantasting der „opbrengst van het verbonden onroerend goed; hij „moet ze zelfs ten volle voldoen, wanneer de massa „uitsluitend uit de opbrengst van gezegd onroerend „goed bestaat." (Arr. Rechtbank Leeuwarden 29 Nov. 1883 W. 5073).

II. „De tweede en de verdere hypothecaire schuld-„eischers moeten bij faillissement van hunnen schuldenaar

„mede dragen in de faillissementskosten. (Arr. Rechtbank Rotterdam 23 Sept. 1885 W. 5260).

III. „Wanneer het bedrag van de opbrengst der aan „geene schuldeischers van den faillieten boedel speciaal „verbonden goederen het bedrag van het aan den curator „verschuldigde overtreft, dan behoeft de opbrengst van „een door den curator verkocht hypothecair verbonden „goed niet in de kosten van het faillissement mede te „dragen." (Arr.-Rechtbank Rotterdam 22 Dec. 1886 W. 5400.)

Ik meen, dat deze drie voorbeelden genoegzaam aantoonen, wat ik meen, als ik opmerk, dat niet het voorschrift van art. 863 zelf onduidelijk was, maar niettemin door gemis aan nadere bepalingen, ten aanzien der uitvoering er van in de practijk gewichtige bezwaren moesten rijzen.

Nemen wij een concreet voorbeeld:

In den faillieten boedel van A is de staat van zaken als volgt:

Actief zijn aanwezig een onroerend goed X, dat bij verkoop heeft opgebracht *f* 400.— en een menigte andere goederen, wier opbrengst bedraagt *f* 1175.—.

Voorts is er een schuldeischer, aan wien het onr. goed A zonder dat hij het beding van art. 1223 B. W. heeft gemaakt, hypothecair is verbonden voor een schuld van *f* 340.—, vervolgens een schuldeischer die krachtens art. 1191 B.W. voor een schuld van *f* 280.—, preferent is op alle roerende en onroerende goederen van den schuldenaar, maar wiens recht achterstaat bij dat van den hypothecairen schuldeischer, terwijl er eindelijk een aantal concurrente schuldeischers zijn met vorderingen tot een bedrag van *f* 3560.—.

Ten slotte bedragen de faillissementskosten met inbegrip van des curators loon *f* 445.—. Wat zal nu geschieden?

Wat het eerst moet plaats hebben, wanneer aan de voorschriften van art. 862 is voldaan, blijkt duidelijk uit art. 863: al de tot geld gerealiseerde baten worden bijeengeteld en vormen in casu een som van *f* 1575.—.

Hierop moeten nu de kosten plus het loon van den curator in de eerste plaats worden gekort. Deze beloopen *f* 445.—, zoodat de voor de schuldeischers bestemde baten bedragen een som van *f* 1131.—.

Wat moet daarmee gebeuren? Moet men handelen als volgt: de hyp. schuldeischer krijgt zijn *f* 340.—, de preferente schuldeischer zijn *f* 400.— en de resteerende *f* 391.— worden rata parte over de concurrente schuldeischers met een bedrag van vorderingen ad *f* 3560.— verdeeld, zoodat de kosten van het faillissement geheel door de concurrente schuldeischers worden gedragen, zoolang het hyp. verbonden onroerend goed maar een bedrag heeft opgebracht niet kleiner dan de schuldvordering, waarvoor het is verbonden, of moet de kostenomslag zoo geschieden, dat ook de hyp. en de preferente schuldeischers een deel daarin betalen?

De wetgever heeft het niet gezegd, geen enkel artikel in deze vijfde afdeeling kan doen vermoeden, wat des wetgevers bedoeling is, of het moest zijn het tweede lid van art. 862, waar men uit het voorschrift, dat de opbrengst der verkochte goederen, zoo roerend als onroerend, in de algemeene rangschikking moet zijn aangewezen en daarin de rang en de som, waarnaar en waarvoor ieder der pandhoudende, hypothecaire schuldeischers batig wordt gerangschikt, moet worden opgenomen, terwijl eindelijk slechts van de concurrente schuldeischers wordt gerept, voor de som, die *dientengevolge* (de zooeven genoemde rangschikking) ten bate van hen (dus van hen allen te zamen) zal kunnen overblijven.

Inderdaad, hieruit zou kunnen worden afgeleid, dat

de wetgever, een deeling in den kostenomslag heeft gewild, zooals ik die in de eerste plaats noemde, en zooals wij die bij de hierboven sub I en III aangehaalde vonnissen vonden vastgesteld.

Edoch het is slechts een vermoeden, niets meer, en ook op de billijkheid van een dusdanige uitvoering valt nog wel een en ander af te dingen.

Of wat is er van te denken, wanneer het den hypothecairen schuldeischer verbonden goed maar juist genoeg opbrengt, om de vordering te kunnen betalen; moet ook dan deze schuldeischer volledig worden voldaan?

Immers moet, in dat geval, volgens het stelsel der aangehaalde vonnissen, het antwoord bevestigend luiden, want er is genoeg opbrengst uit de niet speciaal verbonden massa om de kosten te voldoen. Maar een dergelijke handeling kan toch niet geacht worden met de billijkheid te strooken, daar nu immers de kosten van verkoop van het ten voordeele van den hypothec. schuldeischer verkochte goed, als onder de alg. faill.-kosten vallende, niet door hem, of zelfs niet door de opbrengst van het hem verbonden goed, maar enkel en alleen uit de massa gedekt worden.

Wat zal er dan moeten geschieden? Percentsgewijze verdeeling? Maar deze wordt door den wetgever niet gewild, althans niet voorgeschreven: ik kan mij te dien opzichte beroepen op en refereeren aan de overwegingen van een vonnis van het Gerechtshof te Arnhem van 30 Juni 1886 te vinden in Wkbld. 5422.

Of moeten de tweede hypothecaire schuldeischers altijd meedragen, ook dàn, wanneer de opbrengst van het hun verbonden goed, hunne vorderingen voldoende dekt, zooals is aangenomen bij het boven sub II aangehaalde vonnis der Rechtbank te Rotterdam van 23 Sept. 1885.

Zeer zeker is dit billijk, wanneer er geen de minste

overwaarde bestaat, maar even zeker heeft de wetgever hieromtrent geen enkele bepaling gemaakt, veel minder aanleiding gegeven, dat men het zijn wil zou achten, hen ook dan te doen deelen in de kosten, als het goed veel meer opbrengt, dan noodig is om alle op dien waarborg aangegane schulden te dekken.

De rechter, die zoo oordeelde, mag het *Γνῶθι σεαυτόν καὶ μηδὲν ἄγαν* van den Delphischen tempel in zijn oor knoopen en niet vergeten, dat hij, wanneer hij bij afwezigheid van wetsbepalingen de aanwijzingen van zijn billijkheidsgevoel gaat volgen, ook hierin de grens kan overschrijden, en door te algemeen billijk te willen zijn in bijzondere onbillijkheden kan vervallen.

Maar hoe dit ook zij, met allen eerbied voor de rechterlijke gewijsden, die de onduidelijke, of ik kan nu met meer recht zeggen, door haar onduidelijkheid, lees onvolledigheid, onbillijke wetsbepaling, zóó trachtten toe te passen, dat aan de billijkheid niet of althans zoo weinig mogelijk werd te kort gedaan, geloof ik toch niet, dat een andere maatstaf van deeling mag worden aangelegd, dan die in de boven sub I en III aangehaalde vonnisen der Rechtbanken van Leeuwarden en Rotterdam wordt voorgestaan.

Dit moet naar mijn meening (cf. het reeds bovengeuite vermoeden) ex art. 863 j°. art. 862 tweede lid, vooral in fine, volgen. De wetgever heeft misschien geen onbillijkheid gewild, maar door niet ver genoeg in de casuistiek door te dringen, heeft hij er eene geschapen, wier wezenlijk bestaan m. i. niet viel weg te redeneeren.

En thans het nieuwe art. 182, komt dat aan alle bezwaren tegemoet en mag ik zeggen, dat het in alle gevallen uit het strijdperk glorierijk te voorschijn treedt en de rechtvaardigheid hoog houdt, zonder de billijkheid meer dan strikt noodig is, of liever in 't geheel niet, uit

het oog te verliezen. Treedt de wet hier werkelijk zóó na aan de aequitas, dat zij als deze, om het Romeinsche adagium te gebruiken „est quod in singulari casu justum est". Werkelijk meen ik deze lofspraak aan ons artikel niet te mogen onthouden.

Dat de wetgever in de periode van 1838—1893 èn uit de herhaaldelijk tegenstrijdige vonnissen èn uit de scherpzinnige opmerkingen van schrijvers uit dat tijdperk, genoeg heeft geleerd om de boven gehouden lofspraak waardig te zijn, hoop ik nu aan te toonen.

Vooreerst, gelijk ik reeds boven heb opgemerkt, staat de nu met den pandhouder en den hypothecairen schuldeischer, met het beding van art. 1223 B. W., te volgen handelwijze onomstootelijk vast. Zij blijven door het faillissement volledig onberoerd, behalve dat ze — en dit is eene meening die ik in 't voorbijgaan uitspreek en waarvoor het hier de plaats niet is om haar te verdedigen — wanneer althans de verkoop der boven verbonden goederen niet ten minste een voldoenden tijd voor den dag der faillietverklaring is aangevangen, hun vorderingen behooren te doen verifieeren, om eventueele benadeeling der concurrente schuldeischers te vermijden en tevens om bij eventueel te geringe opbrengst der hun verbonden goederen nog als concurrente schuldeischers voor het tekort in het failliet te kunnen optreden — en behoudens dat zij de meerdere opbrengst der hun verbonden goederen aan den curator moeten verantwoorden.

Nemen wij nu weder als boven een concreet geval om de werking van art. 182 toe te lichten, dan kan ik bij voorkomende gevallen daaraan mijn opmerkingen in verband met de verbetering door de nieuwe wetgeving aangebracht, vastknoopen.

A is failliet verklaard, geen accoord is gehomologeerd,

alle voorbereidende maatregelen zijn afgeloopen en de vereffening kan een aanvang nemen.

1. Ingebracht door een hypothecairen schuldeischer met beding van art. 1223 B. W., als meerdere opbrengst van het door hem verkocht onroerend goed X f 400,—.

2. Een som van f 300.— ingebracht door een gewezen pandhouder als meerdere opbrengst van het door hem verkochte pand.

3. Een som van f 2200, als opbrengst van een onroerend, dat wel onder hypothecair verband stond, maar ditmaal ten behoeve van een schuldeischer, die niet het beding van onherroepelijke volmacht had gemaakt.

4. De opbrengst van een partij goederen ten tijde van of kort na de faillietverklaring, uit een andere plaats aan den failliet toegezonden, ten bedrage van f 350.—.

5. De opbrengst van alle overige in de failliete massa behoorende goederen, benevens het aanwezige geld, alles te zamen tot een bedrag van f 16500.

Op de lijst der erkende schuldeischers fungeeren in de eerste plaats, een schuldeischer A, met een vordering van f 400.—, gedekt door een tweede hypotheek, op het sub 1 genoemde verkochte onroerend goed; en vervolgens een schuldeischer B, met een vordering van f 1500.—, gedekt door een hypothecair verband op het sub 3 bedoelde onroerende goed, dat, als deel uitmakende van de failliete massa, door den curator is verkocht.

Voorts komt nog op de lijst voor: een schuldeischer C, die opkomt met een vordering ten bedrage van *f* 28.50, voor vervoer en andere kosten gemaakt ten behoeve van de hierboven sub 4 gemelde partij aangevoerde goederen, en die derhalve krachtens art. 1185 nº. 6 B.W. voor zijn vordering op de opbrengst der vervoerde goederen preferent moet worden gerangschikt.

Nog compareeren onder de erkende schuldeischers twee

hunner: D en E met vorderingen, respectievelijk ad *f* 40.— en *f* 31.—, die voor deze vorderingen krachtens art. 1195 n°. 4 respectievelijk n°. 6 op de geheele failliete massa zijn bevoorrecht.

Ten laatste zijn er een groot aantal concurrente schuldeischers met vorderingen tot een totaal bedrag van *f* 30.000.—.

Wanneer wij nu aannemen, dat de algemeene faillissementskosten, als bedoeld in art. 182 Fw., zich verheffen tot een bedrag van juist 10 pCt. van alle aanwezige activa, op welke wijze moet dan de omslag der kosten geschieden?

Had dit faillissement onder de vigueur der oude wetgeving plaats gegrepen, dan zouden de schuldeischers A, B, C, D en E, nadat de curator gezien had, dat de hem verbonden waarden hun vorderingen behoorlijk dekten, onmiddellijk geheel batig zijn gerangschikt, de overschietende massa met $^1/_{10}$ verminderd, en het dan nog overblijvende ponds-pondsgewijs onder de concurrente schuldeischers verdeeld zijn, zoodat die alleen alle kosten zouden dragen. Immers de 10 pCt. worden, men zie art. 863 lid 1 op de geheele opbrengst gekort, terwijl overeenkomstig het ook door ons aangenomen stelsel der Rechtbank van Leeuwarden van 29 Nov. 1883, de hypothecaire en preferente schuldeischers alleen dan bijdragen, wanneer uit de goederen, welke niet speciaal aan eenigen schuldeischer zijn verbonden, de algemeene faillissementskosten niet geheel kunnen worden voldaan.

Wat daarentegen geschiedt onder werking van het onderhavig artikel der nieuwe faillissementswet? Nu worden niet de kosten op de geheele opbrengst gekort, zoodat bij gebrek aan nadere voorschriften, voor hen, die zich niet met het uit de wet opgebouwde stelsel der rechtbanken van Leeuwarden en Rotterdam kunnen vereenigen, er tamelijk wel totale onzekerheid bestaat, hoe

de omslag der kosten over de verschillende schuldeischers of over de verschillende of hypothecair — of preferent — of niet-verbonden goederen moet geschieden, maar (immers art. 182 zegt het ten duidelijkste) de omslag treft ieder deel van den boedel.

Deze bepaling is naar mijn meening niet voor tweeërlei opvatting vatbaar:

De eerste vraag luidt: wat zijn boedeldeelen? Korter en duidelijker dan met de woorden van Mr. J. D. Veegens in zijn aanteekeningen op de Faill. wet kan het wel niet worden gezegd (men zie ad art. 182, tweede alinea blz. 160 1e druk): „De omslag der kosten zal „feitelijk slechts behoeven te geschieden over die deelen „van den boedel, welker opbrengst tot eene afzonder- „lijke verdeeling aanleiding geeft."

In dien zin, die mij voorkomt de eenig ware te zijn, valt in het nu besproken geval, de boedel in de volgende deelen te splitsen.

1. De onder de activa sub 1 genoemde f 400, overschot van een, door een hypothecairen schuldeischer met onherroepelijke volmacht, verkocht, onroerend goed. Deze f 400 zijn een afzonderlijk boedeldeel, omdat zij afzonderlijk zijn verbonden voor de vordering van den tweede hypothecairen schuldeischer op bedoeld onroerend goed. Was er niet een zoodanige tweede hypothec. schuldeischer, dan vielen deze f 400 ongerept in de massa, daar zij dan tot geen bijzondere verdeeling aanleiding zouden geven. Tegenover deze f 400 staan de f 300, die de pandhouder als meerdere opbrengst aan den curator heeft verantwoord, en die, als geen aanleiding gevende tot afzonderlijke verdeeling, de algemeene massa van f 16,500 tot f 16,800 verhoogen.

2. Het tweede boedeldeel wordt gevormd door de boven sub 3 vermelde f 2200, de opbrengst van een tweede

onroerend goed, dat, als zijnde speciaal verbonden voor de vordering van een hypothec. schuldeischer zonder onherroepelijke volmacht, noodzakelijk als een afzonderlijk boedeldeel behoort te worden aangemerkt.

3. In de derde plaats komt het sub 4 genoemde bedrag van f 350.— als opbrengst van vervoerde goederen, waarop krachtens art. 1185 N°. 7°, de boven met C. aangeduide schuldeischer, voor een vordering voor vrachtloon en bijkomende onkosten ad f 28.50 is bevoorrecht.

4. In de vierde plaats komt voor afzonderlijke verdeeling in aanmerking de massa ad f 16.500, die reeds met f 300.— is vermeerderd en nu nog moet worden verhoogd met hetgeen eventueel zal overschieten van de sub 1, 2 en 3 genoemde boedeldeelen nadat de daarop bijzonderlijk bevoorrechte schuldeischers geheel zullen zijn afbetaald.

Op deze geheele massa zijn bevoorrecht de boven als D. vermelde schuldeischers met vorderingen, voor diensten werkloonen over het verschenen jaar en hetgeen over het loopende jaar is verschuldigd, en dit krachtens art. 1195 N°. 4 B. W.

5. Ten vijfde behoort theoretisch en volgens den wil van den wetgever, dezelfde geheele massa, nu verminderd met den zooeven sub 4 genoemden post nog eens als afzonderlijk boedeldeel te worden behandeld, en dit wel, omdat zij ook krachtens art. 1195 N°. 6 B. W. speciaal verbonden is aan den onder de schuldeischers met D. aangeduiden kostschoolhouder, voor een over het laatste jaar loopende vordering ad f 310.—.

6. Ten zesde en laatste komt de geheele massa nu èn met den post sub 4, èn met dien sub 5 verminderd, nog eens in aanmerking, als zijnde nu in haar geheel ten behoeve der concurrente schuldeischers beschikbaar.

Gaan wij nu na, hoe over deze 6 deelen de omslag

der kosten zal behooren te geschieden. Tellen wij ter vaststelling van het totaal kostenbedrag eerst alle activa te zamen, dan verkrijgen wij een bedrag van f 400.— + f 300.— + f 2200.— + f 350.— + f 16.500 = f 19.750.

De algemeene faillissementskosten bedragen, zooals wij onderstelden, 10 pCt., dus een som van f 1975.— behoort over de verschillende boedeldeelen te worden omgeslagen.

Het sub 1 genoemde boedeldeel ad f 400.—, wordt dus overeenkomstig art. 182 Fw. met 10 pCt. verminderd, zoodat ter dekking van de f 400.—, groote vordering van den schuldeischer A.; een bedrag van f 360.— beschikbaar is en hij voor de overige f 40.— concurrent schuldeischer is geworden, zoodat het bedrag der concurrente vorderingen nu is gebracht op f 30,040.—.

Hier nu in de eerste plaats valt op de groote verbetering door de nieuwe wet aangebracht, het helderste licht. Stond men onder de oude wet, blijkens de verschillende vonnissen, voor de moeilijke keus: òf den hypothec. schuldeischer wèl te laten bijdragen in de kosten, zonder ergens in de wet een maatstaf te vinden, waarnaar die omslag behoorde te geschieden, zoodat men dus nu eens te mild, dan weer te onbillijk tegenover hem zou handelen, òf — en dit stelsel meende ik als volgens de wet het meest rationeele te moeten omhelzen — hem nooit te laten betalen, wanneer er genoeg waarde in de massa was, tengevolge waarvan hem, ook in een geval als dit, waarin het verbonden goed niet de minste overwaarde bezit, het geheele bedrag zijner vordering vrij van kosten zou moeten worden uitgekeerd, en daardoor de concurrente schuldeischers alle kosten zouden dragen; thans hebben die twijfel en daarmede die onbillijkheden een einde genomen.

De wetgever zegt in art. 182 duidelijk, wat hij wil, en verheft de billijkheid tegenover de concurrente schuld-

eischers in dier voege ten troon, dat de opbrengst van het den hypothec. schuldeischer verbonden boedeldeel, zijn aandeel in de kosten moet dragen, en hij dus, wanneer hij onvoorzichtiglijk heeft gehandeld, door te veel geld op te weinig onderpand te schieten, de gevolgen van zijn zorgeloosheid moet dragen, door over het wel in schijn, maar niet in wezen behoorlijk gewaarborgd deel zijner vordering, zich in de rijen der concurrente schuldeischers te moeten scharen.

Op dit boedeldeel ad f 400.— is het kosten-percentage ad f 40.— gedelgd; wij noteeren zulks en gaan over tot het tweede boedeldeel.

Dit wordt gevormd door de f 2200.— opbrengst van een onroerend goed, waardoor de hypothec. vordering van den schuldeischer B. van f 1500.— wordt gedekt. Het aandeel van dit boedeldeel, bedragende dus 10 pCt. van f 2200.— = f 220.—, kan zonder nadeel voor B. op de opbrengst worden gekort, zoodat zijn vordering volledig wordt voldaan. Hij immers heeft niet de zorgeloosheid van den sub A. genoemden schuldeischer gehad: zijn vordering is door voldoende waarde gedekt. Ik vestig hier de aandacht op het woord boedeldeelen in art. 182: de wetgever heeft zeer terecht niet de schuldeischers zelve als zoodanig met de kosten willen bezwaren, maar de opbrengst der goederen, die hunne vorderingen moesten waarborgen. Hebben zij zelf of heeft de wetgever voor hen gezorgd, dat die opbrengst genoegzaam was, dan staat niets de geheele voldoening hunner vorderingen in den weg; zijn zij nalatig of onvoorzichtig geweest, of heeft de wetgever hun, door het hun geschonken voorrecht, geen voldoenden waarborg gegeven, dan moet het eind de lasten dragen; wat de hypothec. schuldeischers aangaat, volkomen terecht door eigen schuld, wat de wettelijk bevoorrechte aangaat, krachtens

de wet zelf, wat men wel kan betreuren voor die schuldeischers, echter zonder daarbij uit het oog te verliezen, dat zij toch al in een gunstiger positie verkeeren dan anderen, en theoretisch gesproken niets hun in den weg stond, door pand of hypotheek, zelf voor voldoende dekking zorg te dragen.

Daar van de opbrengst van het onroerend goed, na vermindering met de f 220 kosten en het bedrag der vordering ad f 1500,— nog f 480 overschiet, en die niet speciaal aan eenige schuldeischers zijn verbonden, vallen deze in de geheele massa, die dientengevolge klimt tot een som van f 17280.— Om evenwel te vermijden, dat op de later vast te stellen in totaal overschietende massa, van deze f 480 nog eens 10 pCt. dus f 48 en dus een te groot bedrag voor kosten zou worden uitgetrokken, staan twee wegen open.

In de eerste plaats kan men de f 220,— als afbetaald noteeren, en de f 480,— ongerept in de massa voor de concurrenten storten, nadat deze massa met 10 pCt. zal zijn verminderd en dit gelijkt misschien theoretisch de beste en meest zuivere wijze van handelen, òf men kan, — en deze weg schijnt mij toe in de practijk te moeten worden gevolgd, — de f 220 weer bij de f 480 voegen en deze f 700, in de massa storten. Die f 700 brengt later weer zijne 10 pCt. dus f 70 op, terwijl men de tekort komende f 150,— als onbetaald noteert, maar ten slotte, van de met 10 pCt. verminderde massa aftrekt, alvorens het percentage aan de concurrenten, dat wordt uitbetaald, vast te stellen.

Om twee redenen oordeel ik de laatstgenoemde wijze van handelen, hoewel schijnbaar onlogisch en omslachtig, de beste.

Primo, omdat zij slechts schijnbaar onlogisch is, daar de opbrengst van het boedeldeel ad f 2200,— gebleken is zonder schade voor den daarop bevoorrechten schuld-

eischer, de daarop vallende kostenpercenten te kunnen dragen en dus de f 220,— vanzelf uit de anders voor de concurrenten overschietende som van f 700,— moeten worden gevonden, terwijl het geen verschil oplevert, of voor hen uit dit boedeldeel beschikbaar blijft f 480,— vrij van kosten, dan wel f 700,— min 10 pCt. = f 630,— en dit verminderd met de nog onbetaalde f 150,— dus ook f 480,—. Secundo, en dit is de voornaamste reden, die mij noopt, de tweede wijze van handelen als de beste, zoo niet eenig goede aan te bevelen, omdat, wanneer men die f 480,— tot aan de verdeeling van de massa onder de concurrente schuldeischers daaruit verwijderd houdt, de belangen van een zekere categorie schuldeischers uit het oog worden verloren. Hiermee heb ik het oog op hen, die krachtens art. 1195 B. W. op de geheele opbrengst en dus ook op die f 480,— zijn bevoorrecht, en door het verzwijgen daarvan, nu wel niet in het hier onderstelde faillissement, maar wellicht bij een anderen stand van zaken daaruit nadeel zouden kunnen lijden. Om nu evenwel uit groote voorzorg voor hun belangen, hen niet alweer al te mild te behandelen, moeten wij, wanneer wij de voor hen beschikbare massa, met 10 pCt. voor de kosten verminderd, vaststellen, ook niet vergeten de nog onbetaald gebleven f 150,— in aanmerking te nemen.

Wij noteeren dus f 150,— als onbetaalde kosten, en storten de f 700,— in de massa die alsnu is gestegen tot f 17.500.—

Na het voorafgaande kan de behandeling van het derde boedeldeel, een som van f 350,— waarop een vervrachter voor f 28.50— is geprefereerd, geen bezwaren opleveren.

Nadat wij ons hebben verzekerd, dat zonder nadeel voor den onderhavigen schuldeischer de 10 pCt., zijnde

f 35,— door de opbrengst van het hem verbonden goed kan worden gedragen, wordt zijn vordering volledig voldaan. De na aftrek van de f 28.50,— overschietende f 321.50 worden in de massa gestort, die nu het cijfer van f 17.821.50— heeft bereikt, terwijl mede in overeenstemming met het aangenomen stelsel de 10 pCt. van de betaalde f 28.50— dus f 2.85— als onbetaald worden genoteerd, om later bij de eventueele uitdeeling aan de concurrenten in rekening te worden gebracht.

Het vierde boedeldeel vormt de geheele massa ten bedrage van nu f 17.821.50,— waarop de sub D genoemde schuldeischers, n.l. de dienst- en werkboden van den failliet met vorderingen tot f 140,— zijn bevoorrecht. Alweder blijkt, dat na aftrek der 10 pCt. = f 1782.15,— geen bezwaar bestaat de vordering volledig te voldoen, ook dan niet, wanneer men in aanmerking neemt de sommen van f 150,— en f 2.85,—, die nog als onbetaalde faillissements-kosten openstaan.

De vorderingen ad f 140,— worden dus geheel voldaan; de massa vermindert tot f 17681.50,— en de lijst der onbetaalde faillissementskosten wordt met een bedrag van f 14,— zijnde 10 pCt. van f 140,— vermeerderd.

Geheel op dezelfde wijze handelen wij met het vijfde boedeldeel, n.l. de nu nog overschietende massa, waarop de onder E genoemde kostschoolhouder is bevoorrecht. Ook zijn vordering van f 310,— wordt door het verminderen van zijnen waarborg van f 17681,50— met 10 pCt. en met de nu 3 in getal zijnde onbetaalde posten van respectievelijk f 150,— f 2,85 en f 14,— niet gelaedeerd, zoodat ook aan de algeheele voldoening zijner vordering niets in den weg staat.

Weder volkomen overeenkomstig het door ons aanvaarde en verdedigde stelsel, bedraagt nu de massa f 17371.50,—, terwijl bij de onbetaalde posten voor kosten

een vierde wordt gevoegd tot een bedrag van 10 pCt. van des kostschoolhouders vordering, zijnde f 31,—.

Het zesde en laatste boedeldeel is nogmaals de geheele overschietende massa, welke ten bedrage van nu f 17371.50, thans na aftrek der tien kosten-percenten en der, wegens de boven vermelde oorzaak, als betaald genoteerde posten, ten zake van kosten omslag nog nader over de sub 2, 3, 4 en 5 vermelde boedeldeelen verschuldigd, ten beloope van respectievelijk f 150,— f 2.85,— f 14,— en f 31,— te zamen f 197.85— voor de concurrente schuldeischers beschikbaar is.

De vorderingen der concurrente schuldeischers ad f 30.000, benevens de f 40,— waarvoor de sub A genoemde hypothecaire schuldeischer nu nog concurrent mag opkomen, moeten dus betaald worden uit. . f 17.371.50.—

Verminderd met 10 pCt.	= f 1737.15—	„ f 1935,00.—
en de bewuste	f 197.85—	
ergo . . .		„ 15436.50.—

Recapituleeren wij nog eens, dan blijkt ons de lijst als volgt:

Activa.

1. Overschot onroerend goed met beding 1223 B. W.	f 400.—
2. Overschot opbrengst in pand gegeven goed. .	„ 300.—
3. Opbrengst hypothec. verbonden onroerend. . goed	„ 2200.
4. Opbrengst door expediteur aangev. goederen ,	„ 350.—
5. Opbrengst overige activa	„ 16500.
Totaal . . .	„ 19750.

Passiva.

A. Tweede hypothec. schuldeischer op onr. goed 1	„ 400.—
B. Eerste en eenige hypothec. schuldeischer op. onr. goed 3.	„ 1500.

C. Vervrachter	f 28.50.
D. Dienst- en werkboden	„ 140.—
E. Kostschoolhouder	„ 310.—
F. Concurrente schuldeischers	„ 30.000
Totaal . .	f 32.378.50.

Alg. Faill.-Kosten.

10 pCt. van de activa	f 1975.—

Uitdeelingslijst.

Schuldeischer	A	f 400.—	uitbetaald	met	f	360.—
„	B	- 1500.—	„	„	-	2200.—
„	C	- 28.50	„	„	-	28.50
Schuldeischers	D	- 140.—	„	„	-	140.—
Schuldeischer	E	- 310.—	„	„	-	310.—
Schuldeischers	F	- 30000.—	„	„	-	15436.50
Schuldeischer	A	- 40.—				

Men zal zeer zeker de opmerking reeds hebben gemaakt, dat ik van een mogelijk voorkomen van belastingschulden niet heb gesproken, hoewel het toch zeer dikwijls gebeurt, dat de fiscus van een gefailleerde iets heeft te vorderen.

Het verwijt schijnt gegrond, maar op de verklaring van dit schijnbaar vergeten, zal ik niet langer laten wachten. Het vindt zijn oorzaak in de omstandigheid, dat ik vermeende het voorkomen in een faillissement van den fiscus-schuldeischer geheel afzonderlijk te moeten behandelen, uithoofde van de belangrijke, zoo theoretische als practische bezwaren, die zich in een dergelijk geval niet alleen kunnen, maar dikwerf zullen voordoen.

Ik heb hierbij in de eerste plaats het oog op 's Rijks Directe Belastingen, met name op de Grondbelasting, de Personeele Belasting, de Vermogensbelasting, en de Be-

lasting op Bedrijfs- en andere Inkomsten, alles in verband met de Wet van 22 Mei 1845 S. 22, houdende regelen voor de invordering van 's Rijks Directe Belastingen.

In de tweede plaats zal het van belang zijn, te spreken over de Wet op het Recht van Successie en den Overgang bij Overlijden en op de algemeene Accijnzenwet van 1822.

Bepalen wij ons dus in de eerste plaats bij 's Rijks Directe Belastingen, en met name bij art. 7 der bovengenoemde wet van 1845. Daar lezen wij het navolgende:

„Huurders . . . . . curators in boedels van gefail-„leerden of van in staat van kennelijk onvermogen ver-„keerende belastingschuldigen, en alle ander houders of „schuldenaars van pensioen dezelve toekomende, zijn ver-„pligt, op de daartoe gedane vordering van den ontvan-„ger, voor rekening van deze belastingschuldige voor „zooverre de penningen, onder hen berustende of door „hen verschuldigd strekken, de directe belastingen door „dezen verschuldigd te betalen, zonder daartoe een veri-„ficatie en beëediging van schuldvordering, eene rangre-„geling of regterlijke uitspraak te mogen afwachten, ten-„zij onder hen beslag gelegd of verzet gedaan ware ter „zake van inschulden, waaraan bij art. 12 voorrang boven „'s Rijks schatkist is goedgekeurd. Zij zijn zelfs bevoegd, „die betaling uit eigen beweging te doen, voordat zij tot „de afgifte der penningen of tot voldoening van het ver-„schuldigde overgaan.

„De quitantiën der betaalde belasting moeten hem in „rekening worden geleden.

„De in dit artikel bedoelde houders of schuldenaars „van penningen, in gebreke blijvende aan de vordering „des ontvangers te voldoen, worden door dezen bij execu-„toriaal beslag vervolgd, op de wijze bij het 2e boek,

„2e titel, 2de afdeeling, van het wetboek van burgerlijke „rechtsvordering bepaald. De kosten van vervolging ko„men in dat geval voor hun rekening, zonder te dier „zake eenig verhaal op de belastingschuldigen zelven te „kunnen uitoefenen."

Naast dit artikel 7 komt nog art. 12 derzelfde wet in aanmerking, luidende:

„'s Rijks schatkist heeft het regt van voorrang:

„A. Wat de grondbelasting aangaat:

„1°. op de aan den belastingschuldige toebehoorende „veld- en boomvruchten, turf te velde, en verdere op„brengst der goederen aan de belasting onderworpen, „mitsgaders op de verschuldigde en verschuldigd wor„dende pacht- of huurpenningen, en op de tot zeker„heid der belasting wegens te verveenen gronden ge„consigneerde waarborgs-penningen.

„2°. op de goederen zelve aan de belasting onderworpen.

„B. Wat de overige directe belastingen aangaat:

„op al de roerende en onroerende goederen van den „belastingschuldige.

„Het regt van voorrang bij dit artikel toegekend, „geldt boven alle andere, zelfs boven pand en hypotheek, „met uitzondering alleen van de bevoorregte inschulden „in de artt. 1185 N°. 1 en 1195 N°. 1 van het burger„lijk wetboek opgenoemd.

„Hetzelve houdt stand twee jaren na den dag der „afkondiging in art. 1 of, na de dagteekening van het „bevelschrift in art. 5 bedoeld. De bepalingen van dit „artikel brengen geen nadeel toe aan verbanden of „privilegiën vóór de afkondiging dezer wet verkregen".

Ten slotte vestig ik de aandacht op art. 24: „De be„palingen dezer wet omtrent den voorrang en de ver„volgingen, strekken zich niet alleen uit tot de belasting „zelve, maar ook tot de opcenten en tot de aangewende

„kosten, aanslag, zegel, schatting, telling, herziening en „vervolging" (1).

De bepalingen dezer wet zijn implicite bij art. 78 der wet van 16 April 1896 S. 72, tot regeling der Personeele Belasting en expressis verbis bij art. 66 der wet van 26 Mei 1870 S. 82, betrekkelijk de grondbelasting, ten aanzien van die belastingen gehandhaafd.

In art. 53 der wet van 27 Sept. 1892 S. 223 op de Vermogensbelasting, lezen wij: „De wet van 22 Mei „1845 S. 22 op de invordering van 's Rijks directe be„lastingen, is niet van toepassing op de invordering van „de vermogensbelasting".

Voorloopig laten wij deze dus buiten beschouwing, en komen thans tot de wet van 2 October 1893 S. 149, tot heffing eener belasting op bedrijfs- en andere inkomsten.

Bij art. 58 dezer wet worden eenige veranderingen gebracht in onderscheidene bepalingen der wet van 22 Mei 1845 S. 22, welke nochtans met uitzondering van het reeds op art. 24 dier wet aangeteekende, op de voor onze materie belangrijke artikelen, geen betrekking hebben, zoodat deze ten opzicht van de hier bedoelde belasting, implicite zijn en blijven gehandhaafd.

Hiermede hebben wij dus, wat directe belastingen aangaat, alle voor ons opstel noodzakelijke bouwstoffen bijeengezameld. Immers art. 2 I letter c der wet van 12 Juli 1821 S. 9, houdende de grondslagen van het stelsel van 's Rijks belastingen met den jare 1822, kent geen andere directe belastingen, dan Grondbelasting, Personeele Belasting en Patent-Belasting en deze laatste ter kwader ure uit Gogel's brein ontsproten, aanvankelijk

(1) De redactie van dit laatste artikel, zooals die thans luidt, is vastgesteld bij de wet van 2 October 1893 S. 149. (Belasting op bedrijf en andere inkomsten.)

geregeld bij de wet van 21 Mei 1879 S. 34, en herhaaldelijk gewijzigd, laatstelijk bij wet van 17 April 1887 S. 64, heeft luidens art. 60, der meergemelde wet van 2 October 1893 S. 149, opgehouden te bestaan, terwijl wij de wet op de vermogensbelasting, zooals ik reeds heb opgemerkt, hierna aan een onderzoek zullen onderwerpen.

Vast staan nu — men zie het aangehaalde art. 12 der wet van 1845 — ten eerste de rang van het voorrecht aan 's Rijks Directe Belastingen toegekend en voorts de aard daarvan, zooals dat bij letters A en B van hetzelfde artikel duidelijk is omschreven.

Ten opzichte van het in toepassing brengen dezer voorschriften in de werkelijkheid, geldt de bepaling van art. 7. Onder vigeur van onze faillissements-wetgeving, zooals deze was neergelegd in het derde boek van het Wetboek van Koophandel, kon aan de uitvoering dezer voorschriften niet de minste zwarigheid in den weg staan.

De wetgever van 1845 had het volste recht aan de wetsbepaling van artt. 815 sqq. en 862 sqq., zooals die door den wetgever van 1838 waren vastgesteld te derogeeren, door voor te schrijven, dat de fiscus-schuldeischer geen verificatie en beëediging, en evenmin eenige rangregeling of rechterlijke uitspraak behoefde af te wachten, maar onmiddellijke betaling kan eischen.

Mocht er eenige mogelijkheid bestaan, dat de kosten van boedelredding enz., bevoorrecht boven den fiscus, krachtens de artt. 1185 N°. 1 en 1195 N°. 1 B. W., tengevolge van het betalen der belasting, niet geheel uit de overschietende baten zouden kunnen worden gekweten, dan stond daarvoor de weg van verzet open, zooals die in art. 7 eerste lid wordt genoemd en bij art. 15 der wet van 1845 nader wordt omschreven.

Overigens vind ik in art. 7, juncto art. 12 voorlaatste

lid en art. 15 dezer wet nog een zeer welkome versterking voor de uitlegging van de artt. 862 en 863 W. v. K., zooals die worden geïnterpreteerd bij de in den aanvang van dit opstel door mij aangehaalde en verdedigde vonnissen der rechtbanken van Leeuwarden en Rotterdam van 29 Nov. 1883 en 22 Dec. 1886, ten opzichte van den omslag der kosten in een faillissement.

Immers, ware het niet de bedoeling van den wetgever van 1838 geweest, dat wanneer de, niet aan speciale schuldeischers verbonden goederen, de alg. faill.-kosten voldoende dekken, de hypothec. en bevoorrechte schuldeischers *niet* met deze kosten mochten worden bezwaard, waar zou het dan heen met de duidelijke voorschriften der wet van 1845, hoe zou men, om met het vonnis der rechtbank van Rotterdam van 23 Sept. 1885 te spreken, het aandeel vaststellen, dat de fiscus-schuldeischer in de faill.-kosten zou moeten dragen. Immers geen enkel voorschrift, noch in de wet van 1845 noch in 't W. v. K., onderscheidt zijn voorrecht in een ander opzicht van de hypothec. gewaarborgde, of door voorrecht begunstigde vorderingen, dan dat hij een hoogeren rang inneemt.

Kunnen wij dus na het voorgaande gerustelijk aannemen, dat de wet van 1845, hoezeer ook in enkele opzichten derogeerende aan de voorschriften van het derde boek van het W. v. K., niettemin aan het stelsel daarin neergelegd, geen wezenlijke afbreuk doet, geen tal van bezwaren te voorschijn roept; minder rooskleurig vertoont zich de toestand, wanneer men de wet van 1845 op de nieuwe faillissementswet wil toepassen.

Derogeert ook nu art. 7 der wet van 1845 aan de Fw., is ook nu van verificatie en rangregeling van den fiscus-schuldeischer geen sprake, is ook nu de mogelijkheid uitgesloten, dat deze immer zijn aandeel in de kosten

drage, ook dan, wanneer de hem verbonden goederen niet of slechts ternauwernood zijn vordering kunnen dekken?

Deze vragen, worden nu ter beantwoording ons voorgelegd!

In de eerste plaats: derogeert art. 7 nog aan de Fw., in dit opzicht, dat ook nu van verificatie enz. geen sprake is? Hier verlaten wij wel voor een oogenblik de kosten quaestie, maar ik meen tot dezen uitstap gerechtigd te zijn, wegens het nauwe verband, dat dit vraagstuk met de door ons behandelde materie kan aanwijzen.

Meermalen geslingerd tusschen de twee antwoorden, die op deze vraag kunnen gegeven worden, meen ik ze echter bevestigend te moeten beantwoorden. Daarbij heb ik in mijn voordeel de inhoud van art. 2 van de wet van 20 Januari 1896 S. 9, (1) waar, onder de afgeschafte en gewijzigde wetten van vroegeren datum geen bepaling aangaande de wet van 1845 voorkomt, en in de tweede plaats de utiliteit, in zoover te begrijpen, dat wanneer de meerderheid onzer rechtscolleges en curators, de bepaling aan art. 7 der wet van 1845, voor de nieuwe faill.-wet ipso iure vervallen achtte, er een voortdurende aanleiding tot conflicten tusschen de rechterlijke en administratieve machten zou ontstaan, daar de fiscus met haar — men vergeve mij de uitdrukking — door herhaaldelijke ontduikingen gevestigd wantrouwen en bekende begeerigheid, zeker niet zou nalaten haar werkelijk of vermeend recht te handhaven, tengevolge waarvan menig curator, op straffe van zijn rechtsovertuiging aan zijn portemonnaie op te offeren, bij weigering van betaling de kosten van vervolging uit eigen zak moeten dragen.

Men verwijte mij niet, dat ik een knieval doe voor

---

(1) De wet tot invoering der wet op het faillissement en de surséance van betaling.

de utiliteit; neen! ik behoef mijn overtuiging niet voor geldelijke belangen op te offeren, vermits ik voldoenden grond voor mijn stelling vind in de woorden of liever gezegd in de er niet staande woorden van art. 2 der invoeringswet. Overigens gevoelde ik lang iets voor de meening, dat art. 7 der wet van 1895 implicite zou zijn vervallen, doordat wij met de Fw. van 1896 een geheel nieuwe faillissementswetgeving hebben gekregen, die op een gansch anderen voet is geschoeid dan de oude, met name niet is een vernieuwing of herziening of remplaçant van het 3e boek van het W. v. K., en dat derhalve alle bepalingen die op de oude faillissementswetgeving betrekking hadden, met huid en haar zijn verdwenen.

Had men ook ten deze het uitstekende stelsel van de wet van 15 April 1886 S. 64 tot invoering van het Wetboek van Strafrecht in art. 3 letter d aanvaard, gevolgd, dan was ieder bezwaar uit den weg geruimd geworden. Edoch, men heeft het niet gedaan, wij moeten met het gebeurde tevreden zijn, en mogelijke wrange vruchten zonder een spier van het gelaat te vertrekken opeten.

Het antwoord op de tweede vraag hangt met het voorgaande ten nauwste samen. Heb ik nu eenmaal aanvaard, dat art. 7 der wet van 1845, blijft derogeeren aan de Fw., dan brengt de consequentie mede, dat ook van rangregeling, beter gezegd opnemen in de rangschikking van den fiscus-schuldeischer geen sprake kan zijn. Daar de fiscus dus stante pede behoort te worden betaald, bestaat er ook geen aanleiding, om de hem voor zijn vordering verbonden goederen als een afzonderlijk boedeldeel in aanmerking te nemen, waarop krachtens art. 182 Fw. de algemeene faillissementskosten behooren te worden omgeslagen.

Vermeent de curator — en dit is hetzelfde geval als reeds ten aanzien der oude wet is medegedeeld, — dat

de alg. faill.-kosten — die toch zeker wel onder de in art. 1195 N°. 1 bedoelde en bij art. 12 der W. van 1845 boven het voorrecht van den fiscus geprivilegeerde vorderingen, zullen moeten worden begrepen — na volledige afbetaling der belastingen niet geheel uit de dan nog aanwezige baten kunnen gedekt worden, dan staat hem ook thans de weg van verzet open, zooals die bij art. 15 der W. v. 1845 is geregeld. Een mogelijk bezwaar, om het salaris van den curator onder de in art. 1195 N°. 1 genoemde en boven den fiscus bevoorrechte gerechtskosten te begrijpen, dunkt mij ten volle ontzenuwd door de bepaling van art. 71 der Fw., dat vaststelt, dat in alle gevallen, ook bij accoord en kostelooze behandeling, het bedoelde salaris door den rechtbank wordt vastgesteld, geen faillissement zonder curator denkbaar is, en dus aan een zoodanigen door de wet bij gerechtelijke boedeldeeling geëischten persoon, verschuldigde salaris, niet wel anders dan als deel der gerechtskosten kan worden gequalificeerd.

Overigens zal het, ten aanzien van de in letter B van art. 12 op alle goederen bevoorrecht verklaarde belastingen, en vooral ten opzichte van de grondbelasting, waarvoor dan toch eenig onroerend goed moet bestaan, wel niet licht voorkomen, dat de belastingen niet zonder nadeel voor de alg. faill.-kosten kunnen worden betaald.

Denkbaar is het geval, dat iemand rijk geweest zijnde plotseling tot den bedelstaf wordt gebracht, en zijn onroerende goederen dan in de eerste plaats verkoopt, zoodat bij een eventueel binnen 2 jaren — de verjaringstermijn voor de grondbelasting volgend faillissement, de ontvanger geen enkel goed meer vindt, om daarop zijn voorrecht voor de nog van vroeger verschuldigde grondbelasting uit te oefenen. Hoe onwaarschijnlijk ook, is dit

geval toch denkbaar. De curator verkeert dan in de onmogelijkheid hem te voldoen, hoeveel roerend goed er dan ook in den boedel mag zijn. Geverifieerd wordt de fiscus dan wel niet, maar moet dan toch in afwijking van gewone omstandigheden onder de concurrente schuldeischers plaats nemen. Waar niet is, verliest de keizer zijn recht, en hoe onwillig ook, zal dan de nu niet — meer geprivilegeerde schatkist, wegens gebrek aan goed om zijn privilege op uit te oefenen, de op roerend goed bevoorrechte schuldeischers stuk voor stuk hun vorderingen zien verhalen, om dan ten laatste met misschien luttele concurrents-percenten genoegen te moeten nemen.

Dit geval heeft de wetgever van '45 voorzien in art. 5 laatste lid. Volgens het daar aangenomen stelsel blijft de nieuwe verkrijger van onroerend goed aansprakelijk voor de grondbelasting voor het loopende en het vorige jaar. De nieuwe verkrijger boet dus voor de zonden van zijn voorganger, en de fiscus treedt in gevallen, waar het hem anders onmogelijk zou zijn, eenig privilege voor zijn vordering te doen gelden, zonder verlies uit den strijd te voorschijn.

En nu is er nog iets. De, lege en in gewone gevallen ook facto, altijd buiten het faillissement of althans buiten de rangregeling blijvende, eerste hypothec. schuldeischer met onherroepelijke volmacht, wordt er nu door de wet van 1845 toch zijdelings in betrokken.

Immers, hoezeer ook het aan den hier bedoelden schuldeischer verbonden onroerend goed als zoodanig, van den faillieten boedel is uitgesloten, behalve in zoover dat een eventueele overwaarde boven het bedrag der vordering weer in den boedel wordt gestort, niettemin blijft het tot den verkoop deel uitmaken van de bezittingen van den gefailleerde.

Nu kan zich zeer wel het geval voordoen, dat de gefailleerde de op dat goed verschuldigde grondbelasting over het laatste jaar niet heeft voldaan, en de fiscus nu met een beroep op art. 12 A der Wet van 1845, zijn voorrecht op bedoeld goed komt handhaven.

Is nu de opbrengst van gemeld goed maar amper voldoende om de er door gewaarborgde vordering te dekken, dan doet zich het geval voor, dat de hypothec. schuldeischer, met het beding van art. 1223 B. W. gewapend, en met een opbrengst van het hem verbonden goed, die hem in staat stelde zich zelven behoorlijk te betalen, door de tusschenkomst van de schatkist nu toch nog genoodzaakt wordt, voor het tekort komende als concurrent schuldeischer op te treden.

Tegen deze m. i. onbillijke handelwijze, valt rechtens niets in te brengen, daar in art. 12 tweede lid der W. v. '45, de voorrang is verleend, zelfs boven pand en hypotheek, zonder dat er, zooals in art. 182, ten aanzien der in casu bedoelde hypotheekhouders, eenige uitzondering is gemaakt. Ook ten opzichte van de overige hypotheekhouders valt hetzelfde op te merken.

Nemen wij b.v. het boven onderstelde faillissement als voorbeeld. De opbrengst van het voor een vordering van f 1500.— verbonden onroerend goed ad f 2200.— werd daar overeenkomstig art. 182 verminderd met het kostenpercentage. Was er nog onbetaalde grondbelasting over datzelfde goed geweest, dan had de opbrengst ook hiermede verminderd moeten worden, of liever gezegd de reeds daarvoor bestede gelden hierop in mindering moeten gebracht zijn. In casu zou dit den hypothec. schuldeischer vermoedelijk niet hebben benadeeld, maar hoe licht had zijn vordering wat hooger of de opbrengst wat geringer kunnen zijn en dan zou ook hij voor het tekort concurrent hebben moet opkomen.

Thans stappen wij af van de Wet van 22 Mei 1845 S. 22 en keeren den blik naar de nog onbehandeld gebleven directe belasting, op het vermogen, geheven wordend krachtens, en geregeld bij de Wet van 27 Sept. 1892 S. 223.

Zooals wij reeds weten, wordt luidens art. 53 dier wet, voor deze belasting niet de gewone weg van invordering gevolgd, daar de toepassing van de bepalingen der Wet van 1845 uitdrukkelijk is uitgesloten.

Dit op het eerste gezicht zonderlinge verschijnsel vindt zijn verklaring in de omstandigheid, dat de aanslag en invordering dezer belasting niet zijn opgedragen aan de ambtenaren der dir. bel., maar dat krachtens de bepalingen dezer wet de ambtenaren der indirecte belastingen hiervoor zijn aangewezen.

Van belang voor ons onderwerp is ten eerste de bepaling van art. 4, volgens hetwelk het vermogen der vrouw — behalve voor zoover scheiding van tafel en bed of van goederen heeft plaats gehad, of de vrouw, overeenkomstig art. 195 B. W., haar eigen goederen beheert en de inkomsten er van geniet, met dien verstande, dat in de laatste beide gevallen, ook nog geen splitsing is toegelaten, maar alleen de uitkomst van de berekening over beide vermogens wordt omgeslagen —, geacht wordt met dat van den man één geheel uit te maken, voor het geheel waarvan de man, behoudens verhaal belastingschuldig is.

Vervolgens noem ik de bepalingen van de artt. 41 en 42 betreffende waarschuwing, aanmaning en regeling van het recht van parate executie met den aankleve van dien.

Eindelijk luidt art. 43 als volgt: „De belasting is ver„haalbaar op de goederen van den aangeslagene, zoomede „op die der vrouw, wier vermogen voor de regeling der „belasting, geacht is met dat van den aangeslagene één „geheel uit te maken".

Over mogelijk overlijden voordat de belasting is aangezuiverd spreekt art. 44, maar van faillissement wordt niet gerept, en toch zal dit zeer wel kunnen voorkomen, daar menschen met een vermogen van f 13000 en meer daarom nog niet voor een faillissement bewaard behoeven te blijven.

Ik stel nu het eenvoudigste geval; de gefailleerde man en zijn vrouw zijn in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd, zoodat met toepassing van art. 63 Fw., de gemeenschap failliet is verklaard. Alle meer samengestelde gevallen kunnen met toepassing van art. 4 der Wet op de Vermogensbelasting en met inachtneming van de artt. 61, 62 en 63 Fw. gemakkelijk worden ontward.

Waarschuwing en aanmaning zijn ongenoegzaam gebleken en de ontvanger is bezig een dwangbevel uit te vaardigen. Inmiddels wordt de debiteur van den fiscus in staat van faillissement verklaard; nu is art. 7 der Wet van 1845 dáár, om door zijn voorbeeld a contrario te betoogen, dat, nu den curator geen verplichting tot onmiddellijke betaling is opgelegd, — en wat meer nog zegt, het is uit alle woorden van art. 42 duidelijk, dat aan geen faillissement gedacht is, — hij met een beroep op art. 26 Fw. gerechtigd is de voldoening van iedere vordering uit den boedel te weigeren, daar deze op geen andere wijze meer kunnen worden ingesteld, dan door aanmelding ter verificatie. Wegens de niet-toepasselijkheid der Wet van 1845 en bij gebrek in de Wet op de Vermogensbelasting aan eenig voorschrift analoog aan art. 7 dier wet, is de fiscus verplicht zijn vordering ter verificatie aan te geven en verder den loop der dingen af te wachten.

Wat nog meer zegt, doordat in het boven aangehaald art. 43, niet staat „bevoorrecht", maar slechts het woord

„verhaalbaar" is hij als iedere gewone schuldeischer gedwongen zich met de uitdeelingspercenten der concurrente schuldeischers tevreden te stellen.

Mocht evenwel de fiscus in het hem geschonken recht van *parate* executie aanleiding meenen te vinden, dit ook bij faillissement door te drijven, dan vestig ik nog nader op twee omstandigheden de aandacht.

In de eerste plaats lees ik in het eerste lid van art. 42, dat het dwangbevel meêbrengende het recht van parate executie, tegen den aangeslagene wordt ten uitvoer gelegd. Eilieve hoe is dit mogelijk, daar — men zie art. 23 Fw. — door de faillietverklaring den schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faill. behoorend vermogen heeft verloren, en dus van een tenuitvoerlegging tegen den aangeslagene niet wel sprake kan zijn.

En in de tweede plaats omdat, indien de fiscus nu vermeent met de executie tegen den curator te mogen voortgaan, het derde lid van art. 42 der Wet op de Vermogensbelasting hem dwingt hierbij de regelen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ten aanzien van de tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke acten, in acht te nemen, terwijl luidens art. 33 Fw., immers alle gerechtelijke tenuitvoerlegging op eenig deel van het vermogen van den schuldenaar, vóór het faill. aangevangen, tengevolge van het vonnis van faill.-verklaring onmiddellijk een einde neemt.

Hiermede geloof ik voldoende te hebben aangetoond, dat de fiscus voor de vermogensbelasting tegenover een failliet in een gansch anderen toestand verkeert, dan voorzoover het vorderingen uit eenige andere wet op dir. bel. voortspruitende, aangaat.

Wij keeren den rug toe aan de directe belastingen en bepalen onze aandacht op de indirecte, om te zien, in

hoever zij met het door ons behandelde onderwerp in eenige betrekking staan. Daartoe volg ik de lijst der indirecte belastingen, zooals die achtereenvolgens worden behandeld in de wet van den 12 Juli 1821 S. 9, houdende de grondslagen van het stelsel van 's Rijks belastingen met den jare 1822.

In art. 2 lees ik: „Het voorschreven stelsel (dat der „belastingen), zal bestaan uit de navolgende belastingen". In dit artikel vinden wij sub II de Indirecte Belastingen, zijnde *letter d* de tegenwoordige registratie,- zegel-, griffie- en hypotheekrechten;

letter e: het recht op de successiën.

De griffierechten kunnen buiten behandeling blijven en evenzeer zou dit het geval kunnen zijn met de overige in letter d genoemde rechten, omdat hiervoor nimmer crediet wordt verleend en zij onmiddellijk bij heffing in haar geheel moeten betaald worden, maar om twee redenen moet ik speciaal ten aanzien der registratie- en zegelrechten een uitzondering maken. Vooreerst, omdat in de successiewet, daar ter plaatse, waar over de vervolging wordt gehandeld, naar den daartoe te volgen weg bij het middel van de registratie wordt verwezen, en vervolgens omdat in één geval vooral het zich kan voordoen, dat de ontvanger der registratie genoodzaakt is, rechten te vorderen van iemand, die in staat van faillissement is verklaard.

Ten bewijze van dit beweren zal ik dit geval eerst aanhalen. Ik heb het oog op de moeilijkheden, die zich kunnen voordoen bij het vorderen van recht op stukken, die in debet zijn geregistreerd, en — men zie artt. 868 en 869 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering — indien de tegenpartij van hem, die kosteloos geding voert, in het ongelijk is gesteld, op de verliezende kunnen worden verhaald. Nu is het zeer wel mogelijk,

en het geval heeft zich ook eenige malen voorgedaan, dat die verliezende partij, voor en aleer eenig verhaal van de zijde van den ontvanger is gedaan, in staat van faillissement wordt verklaard, als wanneer dan de moeilijkheid ontstaat, die ik zooeven veronderstelde.

Men verwijte mij niet, dat ik hier partij kies tusschen het bekende arrest van den Hoogen Raad van 18 Maart 1842 te vinden in het P. W. 2/1842 pag. 32, en het regelrecht daarmede in strijd zijnde vonnis van de rechtbank te Gorichem van 28 December 1850, P. W. 1299, ten aanzien van de vraag of art. 869 aan de registratie werkelijk een actie 't zij rechtstreeks, 't zij niet rechtstreeks tegen de verliezende partij toekent: ik stel mij geen partij, daar het hier niet de plaats is daarover te handelen, maar aanvaard slechts in het belang der casuïstiek, voor het hier wel behandelde onderwerp, de mogelijkheid tot het instellen eener actie, die, hoewel vaak geloochend, zeker evenveel malen als bestaande wordt aangenomen, en waarvoor men zoo niet de letter dan toch den geest der wet in zijn voordeel kan aanvoeren.

Hiermede meen ik voldoende mijn goed recht te hebben aangetoond, om ook aan vorderingen wegens verschuldigd registratierecht een woord in dit opstel te wijden.

Tengevolge van de bestaande concurrentie van wijze van invordering voor verschuldigde successie-en registratierechten, kunnen wij beginnen met de desbetreffende artikelen uit de wet van 22 Frimaire an VII relative à l'enregistrement des actes civils et judiciaires et des titres de propriété, aan een onderzoek te onderwerpen.

Voor de vorderingen wegens verschuldigde successierechten vinden wij de bepalingen der boven aangehaalde wet toepasselijk verklaard bij art. 62 der Wet van 13 Mei 1859 S. 36 op het recht van successie en van over-

gang, terwijl in de Wet van 3 October 1843 S. 47 op het recht van zegel, bij art. 35 met een klein onderscheid hetzelfde is bepaald.

De bedoelde artikelen der nog uit den Franschen tijd dagteekenende wet zijn de volgende:

Art. 64. „Le premier acte de poursuite pour le recou„vrement des droits d'enregistrement, et le paiement des „peines et amendes prononcé par la présente sera une „contrainte: elle sera décernée par le receveur ou préposé „par la Régie; elle sera visée et déclarée exécutoire par „le juge de la paix du canton où le bureau est établi, „et elle sera signifiée.

„L'exécution de la contrainte ne pourra être inter„rompue que par une opposition formée par le rede„vable et motivée, avec assignation à jour fixe, devant „le tribunal civil du département. Dans ce cas, l'oppo„sant sera tenu d'élire domicile dans la commune où siège le tribunal.

Art. 65. „L'introduction et l'instruction des instances „auront lieu devant les tribunaux civils du département, „la connaissance et la décision en sont interdites à toutes „autres autorités constituées on administratives.

„L'instruction se fera par simples mémoires respecti„vement signifiées.

„Il n'y aura d'autres frais à supporter par la partie „qui succombera, que ceux du papier timbré, des signi„fications et du droit d'enregistrement des jugements.

„Les tribunaux accorderont soit aux parties, soit aux „proposés de la Régie qui suivront les instances, le délai „qu'ils leur demanderont pour produire leurs défenses: „il ne pourra néanmoins être de plus de trois décades. „Les jugements seront rendus dans les trois mois au „plustard, à compter de l'instruction des instances, sur „le rapport d'un juge, fait en audience publique, et sur

„les conclusions du commissaire du directoire exécutif; „ils seront sans appel, et ne pourront être attaqués que „par voie de cassation."

Niettegenstaande de talrijke wijzigingen, aanvullingen enz., die deze wet heeft ondergaan, laatstelijk bij Wet van 29 December 1893 S. 245, hebben de aangehaalde artiken zich onveranderd weten te handhaven, met uitzondering van een voor ons onderwerp onbeteekenende wijziging van het tweede lid van art. 65, daarin gebracht door art. 17 der wet van 27 Ventôse An IX relative à la perception des droits d'enregistrement.

Bij de behandeling der wetten op de Directe Belastingen, met uitzondering van die op de vermogensbelasting, ontmoetten wij 3 elementen, — zoo zal ik ze maar noemen —, die ons belang inboezemden.

I. Het recht van parate executie.

II. Het recht (art. 7 der Wet van 1845) om ook in geval van faill. onmiddellijke betaling te eischen.

III. Een voorrecht op alle op of eenige bepaald aangewezen goederen van den belastingschuldige.

In de gunstigste positie verkeerde, gelijk wij toen opmerkten, de fiscus dáár, waar hij voor zijn vorderingen, met uitzondering van hen die krachtens artt. 1185 no. 1 en 1195 no. 1 B. W. privilege bezaten, als het eerst in rang boven alle andere schuldeischers op alle roerende en onroerende goederen van den belastingschuldige was bevoorrecht, zooals dit voor de Personeele Belasting, wijlen de Patentbelasting, en sedert 1893 voor de Belasting op Bedrijfs- en andere Inkomsten het geval is. Iets, maar slechts weinig, minder gunstig was zijn toestand, waar hij voor verschuldigde grondbelasting zijn rechten wil doen gelden, maar zeer belangrijk verandert zijn positie, wanneer hij van een gefailleerden schuldenaar de vermogensbelasting wil innen.

De sub II en III genoemde elementen zijn verdwenen en ik betoogde dat het recht van parate executie in dat geval meer schijn dan wezen is. Hij behoort zijn vorderingen te doen verifieeren, wordt in de rangregeling begrepen, en draagt in de algemeene faill.-kosten, in dier voege mede, dat hij zich als ieder concurrent schuldeischer met de soms luttele uitdeelings-percenten moet tevredenstellen.

Voor de inning van verschuldigde zegel- en registratierechten, schijnt hij mij toe in niet-betere omstandigheden te verkeeren, daargelaten het feit, dat dit minder zal voorkomen. Ook hier is alleen het element, sub I vermeld, aanwezig, en eveneens komt het recht van parate executie mij hier voor een ijdele klank te zijn, daar geen voorschrift als dat van art. 7 der W. van 1845 den curator tot uitbetaling verplicht.

De concurrents-percenten zal, mocht het ooit voorkokomen, dat de fiscus voor registratierechten in een faill. optreedt, alles zijn, wat hem kan worden uitgekeerd.

Staat de verzekering van de geheele voldoening zijner vorderingen dáár, waar hij voor verschuldigde successierechten in een faillieten boedel opkomt, beter vast?

Men zou zeggen ja, immers hier is een voorrecht en dus het element sub III weer aanwezig; maar laten wij geen schijn voor wezen nemen, en het den fiscus bij art. 8 der wet van '59 geschonken voorrecht, nader onder de oogen zien.

Dit artikel luidt: „'s Rijks schatkist heeft te rekenen „van het overlijden voor het recht van successie een „voorregt op alle onroerende en roerende zaken in het „algemeen door het overlijden geërfd of verkregen, on„middellijk rang nemende na alle op dat oogenblik be„staande voorregten, pand of hypotheek."

„Dat voorregt vervalt met *twee* jaren na den dag van

„het overlijden, ten ware, binnen dien termijn, vervol-
„gingen mochten zijn ingesteld, en, in dit laatste geval,
„met twee jaren na de beteekening der laatste acte."

„Het vervalt, evenzeer, door de overeenkomstig art. 47
„gestelde zekerheid. De schatkist is, voor het regt van
„overgang, op gelijke voet bevoorrecht op de zaken, voor
welke het regt van overgang verschuldigd is."

Voorwaar in geval van faillissement een schamel voorrecht: eerst algemeene kosten van het faillissement, dan hypothec. en alle andere bevoorrechte schuldeischers en eindelijk de schatkist. Niettemin, het is meer dan bij de hierboven behandelde gevallen, en bij slot van rekening verschaft het geciteerde artikel der schatkist gelegenheid, als een der erfgenamen failliet gaat, buiten dat faillissement te blijven en zijn vordering op de overige erfgenamen te verhalen. Immers alle door het overlijden geërfde of verkregen onroerende en roerende zaken zijn voor de vordering wegens successierechten verbonden.

De moeilijkheden komen eerst dan aan den dag, wanneer er slechts één persoon is, die door het overlijden voordeel geniet en deze failliet wordt verklaard. Dan zijn er geen andere goederen om het recht op te verhalen.

Dan moet de fiscus zich wel voor zijn vordering doen verifieeren en met zijn simpel voorrecht zoeken te verkrijgen wat hij kan.

Nog moeilijker wordt zijn positie in het volgende geval: een erflater heeft niets nagelaten dan roerende goederen, en de eenige erfgenaam is een buitenlander. Deze komt in het land kort na het overlijden van zijn bloedverwant en vertrekt onmiddellijk daarop, voordat een successie-memorie is ingediend, met medeneming van alles naar zijn woonplaats in het buitenland. Langs diplomatieken weg moet dan getracht worden, betaling

der successierechten te erlangen, doch maar al te vaak zal dit bij trachten moeten blijven.

Hier is het eindelijk de plaats, de aandacht nog op eene bijzonderheid te vestigen. De voorrechten van den fiscus èn dat, bedoeld bij art. 12 der Wet van 1845 S. 22, èn dat van art. 8 der Wet van 1859 S. 36, dragen slechts een tijdelijk karakter. Beide komen — men zie de laatste leden der respectievelijk aangehaalde artikelen — in twee jaren te vervallen, en dan blijft, voorzoover de actie nog mocht blijken te bestaan, slechts een onbevoorrechte vordering voor den fiscus over.

Hebben wij tot nog toe met geen zeer bijzondere moeilijkheden moeten kampen, in de materie, die zich nu aan ons voordoet, zullen deze niet achterblijven.

Hoe zal het gaan, wanneer de fiscus een vordering wil doen gelden wegens verschuldigde accijnzen en de belastingschuldige is inmiddels in staat van faillissement verklaard?

Op geen enkel gebied bezitten wij een meer verouderde wetgeving, dan op dat der accijnzen. Mogen wij al in tal van détails ten aanzien van bijzondere accijnzen een menigte wetten en kon. besl. kunnen aanwijzen, in het algemeen geldt nog zoogoed als ongewijzigd, onherzien en vooral onverbeterd, het uitvloeisel van art. 2 Nos. III en V en art. 10 letter a der wet van 1821 S. 9, namelijk de algemeene wet van 26 Aug. 1822 S. 38 over de heffing der rechten van In-, Uit-, en Doorvoer en van de Accijnzen, alsmede het Tonnegeld der zeeschepen.

Deze wet was en is nog altijd de code voor de accijnzen, en bij haar art. 1 is o. a. ook ingetrokken en buiten werking gesteld de algemeene wet op den ophef der inkomende en uitgaande rechten en van de accijnzen, d. i. de wet van 12 Mei 1819 S. 20. Ik noem deze wet, omdat ik meen, daaraan nog een bijzonderheid te moeten

ontleenen. In eerstgenoemde wet van 1819 S. 20 is bij art. 1 opgeheven o. a. de wet van 15 Sept. 1816 S. 49, op de Invordering der Indirecte Belastingen. Maar hoe, zal wellicht iemand vragen, gold of liever geldt deze laatste wet dan niet voor de invordering van de rechten van zegel, registratie, griffie en hypotheek, en van successie en overgang bij overlijden?

Dat zijn toch volgens de Alg. Wet van 1821: indirecte belastingen. Zij geldt daarvoor niet, en — want anders was het wel een op zijn zachtst gesproken zonderlinge wijze van doen geweest haar bij de Wet van 1819, die met de zoo juist genoemde rechten niets te maken had, af te schaffen — zij heeft er nooit voor gegolden.

Dit vindt zijn verklaring juist in die Wet van 15 Sept. 1816 S. 35, waarbij het stelsel der indirecte belastingen wordt geregeld. Bij art. 1 dezer wet, antérieur aan die van 1822, en volgens haar opschrift bevattend de regeling van het toen ter tijde bestaande stelsel van indirecte belastingen, werden deze alle, voor de Noordel. Prov. bij publ. van 23 Dec. 1813, voor de zuidelijke bij besluiten van 27 Oct. 1814, 10 Jan. en 18 Aug. 1815 en 22 Febr. 1816 vastgesteld, vervangen door belastingen op zout, zeep, wijnen, buiten- en binnenl. gedisteleerd, bieren, azijnen, turf, steenkolen, binnenl. lastgeld, waag- en tonnemaat.

Op deze en geen andere doelde de Wet van 15 Sept. 1816 S. 49, en zoo kon bij de Wet van 1819, laatstgenoemde wet worden afgeschaft en buiten werking gesteld, zonder dat de bij letter B. van art. 2 der Wet van 1821 S. 9, bedoelde indirecte belastingen, daardoor eenigermate werden gelaedeerd.

Thans slaan wij op, het 24ste hoofdstuk der Alg. Wet van 1822, dat aan het hoofd voert de woorden: „Van de parate executie, privilegie en legaal verband", en welks inhoud,

voorzooveel voor ons onderwerp van belang, luidt als volgt:

Art. 290. „De ontvangers hebben, namens de admini-„stratie het regt van parate executie, privilegie op de „roerende goederen, rangnemende onmiddellijk na de „privilegiën bij art. 2101 en 2102 van het burgerlijk „wetboek en bij art. 191 van het wetboek van koophan-„del verleend, mitsgaders legaal verband op alle onroe-„rende goederen van diegenen, welke den accijns schul-„dig, en zulks zoo voor denzelven, als voor de kosten „wegens den opslag en het bewaren der accijns belaste „goederen, het constateren van derzelver hoeveelheid en „het invorderen van den accijns gemaakt. Het legaal „verband zal kosteloos worden ingeschreven door de be-„waarders der hypotheken, met waarneming der formali-„teiten in art. 2153 van het burgerlijk wetboek vermeld.

„Voor zoover echter de debiteuren den verschuldigden „accijns hebben gedekt, door het entreposeren van goe-„deren, door eenen borgtocht in geld, in onroerende „goederen of in inschrijvingen in het grootboek, zal het „recht van privilege en legaal verband niet toepasselijk „zijn, en zal daarvan op derzelver verzoek bewijs wor-„den afgegeven.

„Dien overminderd is de administratie en alle andere „crediteuren geprefereerd op de goederen, welke ten „name van den debiteur in entrepôt zijn.

„Onder het privilege van de administratie op de „roerende goederen, zijn begrepen alle werktuigen en „gereedschappen, welke in de fabrijken en trafijken der „belastingschuldigen gevonden worden, zonder onder-„scheid, aan wien dezelve in eigendom toebehooren, en „te dien effecte dat op dezelve evenals op roerende „goederen zal worden geëxecuteerd.

„Het privilege en legaal verband gaat in met den „dag dat de schuld is aangegaan, en eindigt één jaar,

„nadat dezelve invorderbaar is geweest. Het regt van „parate executie strekt zich uit tot de borgen der be„lastingschuldigen, en eindigt zoo ten aanzien van den „eenen als van den anderen met het verloopen van één „jaar, nadat de schuld invorderbaar is geweest. Na dien „tijd behoudt de ontvanger echter, namens de admini„stratie de gewone personele actie, tegen den debiteur, „behalve in die gevallen, in welke een korter termijn „van prescriptie is bepaald".

Laatste lid, voor ons onderwerp zonder belang.

Art. 291. Het 1ste en het 2de lid behelzen bepalingen aangaande de dwangbevelen zelve.

„De dwangbevelen eenmaal afgegeven zijnde, zal de „parate executie, door den geëxecuteerden niet kunnen „geschorst worden, tenzij door eene gemotiveerde en „behoorlijk aan den ontvanger, door wien het dwang„bevel is afgegeven, beteekende oppositie, houdende tege„lijk eene dagvaarding van denzelven, tegen eenen „bekwamen rechtsdag, invallende binnen den tienden „dag na de beteekening der oppositie."

Het 4de en de verdere leden behandelen het nader verloop der oppositie enz., voor ons onderwerp zonder dadelijk belang.

Van de drie vroeger aangehaalde elementen zijn, evenals ten aanzien van vorderingen wegens verschuldigde successierechten, slechts die, sub I en III aanwezig. Geen voorschrift bindt den curator tot onmiddellijke betaling, en ter vergoeding van mijn meening, dat ingeval van faillissement, zoowel, wanneer een dwangbevel reeds mocht zijn uitgegeven, als wanneer dit nog niet het geval is geweest, van uitoefening der parate executie geen sprake kan zijn, verwijs ik naar hetgeen dienaangaande bij het behandelen der vermogensbelasting is opgemerkt.

Ik kan thans aannemen, dat de fiscus, voor deze zijn vorderingen zich laat verifieeren en aldus in het faillissement als schuldeischer optreedt.

Ik mag mij nu bepalen bij, en overgaan tot de behandeling der den fiscus verleende voorrechten, na nog (evenals op blz. 66) de opmerking te hebben ingevlochten, dat ook in deze — men zie het vijfde lid van art. 290 — de voorrechten en het legaal verband slechts een tijdelijk karakter dragen.

Blijkens het aangehaald art. 290, zijn den fiscus 3 belangrijke waarborgen voor de voldoening zijner vorderingen in dezen aangewezen.

I. Een voorrecht op [alle] de roerende goederen van den accijnsschuldige, rangnemend onmiddellijk na de privilegiën bij artt. 2101 en 2102 van het burgerlijk wetboek en bij art. 191 van het Wetboek van Koophandel vermeld.

II. Een legaal verband op alle onroerende goederen van de accijnsschuldigen.

III. Een voorrecht, rangnemend vóór alle andere crediteuren op de goederen, die ten name van den accijnsschuldige in entrepôt zijn.

Nu nemen wij aan dat de accijnschuldige failliet is verklaard, en de fiscus zich diensvolgens voor zijn vorderingen uit accijnsrechten voortspruitende, heeft doen verifieeren en zich de hem verleende voorrechten ten nutte wil maken.

Het in de derde plaats genoemde voorrecht, vertoont bij den eersten oogopslag een groote overeenkomst met pand, evenals dáár is ook hier de verbonden zaak feitelijk in de macht van den schuldeischer, evenals daar is ook hier deze boven alle andere schuldeischers op het zich in zijn macht [in entrepôt] bevindende goed bevoorrecht.

Niettemin bestaat er een principieel verschil tusschen

pandrecht en het hier bedoelde voorrecht; waar toch is de overeenkomst, krachtens welke de fiscus het recht uitoefent? Zij is er niet! Welzeker, zal een ander zeggen, zijn recht vloeit in dezen uit de wet zelve voort! Niets meer of minder dus dan een wettelijk pandrecht, evenals het straks aan te voeren wettelijk verband op onroerende goederen. Kende men het laatste luidens den Code Civil onder den naam „Hypothèque légale", de naam van „Nantissement légale", of „Gage légale", zou voor het hierbedoelde recht zeer zeker even gepast mogen heeten.

De juridische constructie van het bij art. 290 derde lid aan den fiscus verleende voorrecht brengt dus mede, dat men het theoretisch gesproken, als pandrecht moet qualificeeren, zonder daarbij evenwel uit het oog te verliezen, dat het volgens den letter der wet *geen pandrecht* is.

Bijzonderlijk zal dit in geval van faillissement uitkomen bij de toepassing van art. 182 Fw. Daar uitdrukkelijk alleen de eerste hypothecaire schuldeischer met onheroepelijke volmacht en de pandhouder, dat is hij, die dit is, niet alleen inderdaad maar ook in naam, en overeenkomstig de voorschriften van Titel XIX van het tweede boek B. W., van den omslag der alg. faill.-kosten zijn vrijgesteld, valt de fiscus ten deze daaronder niet.

Hij komt in den faillieten boedel gewoon op, als ieder ander preferent schuldeischer, en zijn positie daarin is niet beter aan te duiden dan door de volgende evenredigheid.

De hypothec. (eerste, tweede of verdere) schuldeischer *zonder* beding van art. 1223 B. W. staat tot de eerste hypothec. schuldeischer *met* onherroepelijke volmacht, als de fiscus ter zake van het hem bij het derde lid van art. 290 der Alg. Wet van '22 S. 38 verleende voorrecht tot den pandhouder.

De hem verbonden goederen, d. z. die, welke onder hem in entrepôt zijn opgeslagen, worden verkocht en de opbrengst wordt verminderd met het er op vallende kostenpercentage. Is het dan overschietende voldoende om den accijns te betalen, dan wordt de vordering geheel voldaan; wordt die vordering door het overschietende van de opbrengst niet geheel, of in 't geheel niet gedekt, dan treedt de Staat voor het tekort in de rijen der concurrente schuldeischers.

Hiermede ga ik over tot een tweeden waarborg, voor de voldoening van 's Rijks accijnzen, te vinden in het den fiscus bij art. 290 in principio, verleende voorrecht op de roerende goederen van den accijnsschuldige, rangnemend onmiddellijk na de privilegiën bij artt. 2101 en 2102 van het burgerlijk wetboek (oud) en bij art. 191 van het wetboek van koophandel verleend.

Behoudens de opmerking, die bij behoorlijke vergelijking een ieder zal maken, dat zoomin de artt. 1185 en 1195 B. W., als art. 313 W. v. Kooph. getrouwe afschriften zijn, noch in schijn noch in wezen, van de artt. 2102 en 2101 van den voor Nederland pasklaar gemaakten Code Civil, en van art. 191 van den Code de Commerce, en dus het door onderscheidene redacteurs van wetsverzamelingen, waarin de onderhavige is opgenomen, gevolgde gebruik, om door een aanteekening mede te deelen, dat men hier moeten lezen artt. 1185 en 1195 B. W. en art. 313 W. v. K., op zijn minst genomen voorbarig, zoo niet verkeerd moet worden genoemd, zal ik ten aanzien van den rang van dit voorrecht verder geen meening uiten. Hoofdzaak voor ons onderwerp is de omstandigheid, dat, zooals reeds is opgemerkt, de vordering der schatkist aan verificatie en rangregeling is onderworpen, en na plaats gehad hebbenden verkoop der haar verbonden goederen, evenals boven aangaande het

voorrecht sub III vermeld is, de, na aftrek van het kostenpercentage, en de bedragen der vorderingen van boven de schatkist bevoorrechte schuldeischers, overblijvende opbrengst voor de voldoening van den accijns wordt aangewezen. Voor een eventueel tekort zal zij zich met de concurrenten-percenten moeten vergenoegen.

En nu eindelijk het legaal verband, het zwarte schaap onder de den fiscus verleende waarborgen. Bestaat dit nog of moeten de bepalingen dienaangaande als een doode letter worden beschouwd?

In de eerste plaats zij een woord gewijd aan een zekere circulaire van den Minister van Financiën van 30 Januari 1841, te vinden in het Bijv. tot het Staatsblad, deel XXVIII, 52, die b.v. den heer Mr. H. Vos aanleiding gaf, om in zijn uitgave der Nederlandsche Staatswetten, en speciaal in het behandelde art. 290 der Algemeene Wet van 1822, alles wat het legaal verband aangaat, tusschen haakjes te plaatsen.

Deze circulaire, in extract medegedeeld, in de kleine en handige uitgave van het Bijv. tot het Staatsblad, door Mr. B. van Dorp, Jaar 1841 N°. 31 op blz. 52, draagt aan het hoofd de woorden „houdende afschaffing van het „legaal verband op de onroerende goederen van „accijnsschuldigen".

Nietwaar? dit opschrift is treffend door zijn eenvoud, en verbazingwekkend door zijn stoutmoedigheid. Men zou geneigd zijn den steller de lezing aan te bevelen van het evenzeer eenvoudige als duidelijke voorschrift van art. 5 der wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk van 15 Mei 1829 S. 28.

Dit voorschrift, dat een wet alleen door een latere wet, geheel of gedeeltelijk haar kracht kan verliezen, met zijn 13 collega's artikelen uit de 73 artikelen lange inleiding van het ontwerp 1820 voor een burgerlijk wet-

boek gelicht, en nu toepasselijk op de geheele wetgeving en dus ook op die betrekkelijk de accijnzen, maakt het zelfs een Minister van Financiën uit den tijd der eerwaardige besluitenregeering, onmogelijk bij circulaire een wetsvoorschrift te wijzigen, laat staan af te schaffen.

Maar dit in parenthesi; het komt mij niet ondankbaar voor, enkele overwegingen uit deze circulaire af te schrijven, welke ik hier laat volgen:

„Uit overweging voornamelijk, dat het legaal verband, „'twelk bij art. 290 der Algemeene Wet van den 26sten „Augustus 1822 (Staatsblad N°. 38), ten behoeve der „schatkist, is toegekend op de onroerende goederen der„genen, die den accijns, waarvoor zij crediet genieten „door een persoonlijke borgstelling verzekerd hebben, „uitsluitend drukt op de belastingschuldigen, welke vaste „goederen bezitten, terwijl de overigen, uit den aard „der zaak, daarvan ontheven zijn en, tot genot van „crediet, met een persoonlijke borgstelling volstaan.

„Dat hieruit verder volgt, dat eerstgemelde zekerheid „juist daar gevorderd wordt, waar het minst voor ver„liezen der schatkist te vreezen is;

„Dat, afgezien nog van den twijfel, door sommigen „geopperd, of de bepalingen van art. 290 der Algemeene „Wet, betreffende gemeld legaal verband, niet zijn ver„vallen door de invoering der nieuwe Nederlandsche „wetgeving, de hypothecaire inschrijving van hetzelve, „althans door de wetgeving, veel omslachtiger is gewor„den, en, eindelijk, dat de ondervinding geleerd heeft, „dat dit voorrecht, gedurende eene reeks van jaren, dat „het bestaan heeft, weinig of geen nut voor de schat„kist heeft opgeleverd, is door mij aan Zijne Majesteit „voorgesteld, om, bij uitbreiding van den maatregel, „welke bereids in 1828 was voorgenomen, ter beperking „van de gevallen, waarin het bedoeld verband zou

„worden ingeschreven, verder, in het geheel, geen ge-
„bruik van hetzelve meer te maken".

Niemand zal ontkennen, dat de overwegingen van deze circulaire, een uiterst gezonden geest ademen, maar, zooals ik boven reeds zeide, kan de circulaire de wet niet wijzigen, en staat dus niets ons borg, dat niet te een of anderen tijd, een minister van financiën het legaal verband uit het stof oprakelt, en een circulaire in de wereld zendt, met een aan haar voorgangster gansch tegenstrijdige resolutie.

Het schijnt mij dáárom, en ook uit een theoretisch oogpunt, niet onbelangrijk de alsnog toepasselijkheid van de desbetreffende wetsbepaling, aan onze huidige wetgeving te toetsen.

De eerste vraag die wij hebben te beantwoorden is deze: wat is legaal verband?

De definitie laat zich samenstellen uit de artt. 2114 en 2117 1ste lid en 2122 van den Code Civil:

„L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles
„affectés à l'acquittement d'une obligation.

„Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier
„sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur
„chaque portion de ces immeubles.

„Elle le suit dans quelques mains qu'ils passent".

„L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi".

„Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer
„son droit sur tous les immeubles appartenant à son
débiteur et sur ceux qui pourront lui appartenir dans
„la suite, sous les modifications ci-après exprimées.

Voorts leest men in art. 2148 onder hetgeen in de vereischte borderellen moet zijn opgenomen sub no. 5: „L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur
„lesquels il entend conserver son privilège ou son hypo-
„thèque", met deze bijvoeging: „Cette dernière disposi-

„tion n'est pas nécessaire dans les cas des hypothèques „légales on judiciaires: à défaut de convention, une „seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau".

Ten slotte geeft art. 2153 het navolgende voorschrift:

„Les droits d'hypothèque purement légale de l'Etat „. . . . . seront inscrits „sur la représentation de deux bordereaux contenant „seulement:

„1°. Les nom, prénom, ... du créancier et le „domicile qui sera par lui, ou pour lui élu dans l'arron- „dissement;

„2°. Les nom . . . . . ou désignation précise du „débiteur;

„3°. La nature des droits à conserver et le montant „de leur valeur quant aux objets déterminés, sans être „tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, „éventuels ou indéterminés".

Gelijk men ziet, is dit legaal verband in lijnrechten strijd met het, in den Code Civil wel voor de hypothèque conventionnelle, maar niet voor de hypothèques légale et judiciaire, gehuldigde beginsel van specialiteit, dat evenwel in de Nederlandsche wetgeving tot in de uiterste consequentie is doorgevoerd. Met name haal ik daarvoor aan de artt. 1219 eerste lid, 1220 eerste lid, 1221 en 1231 no. 4 van het burg. wetboek.

En nu kan het naar mijn meening geen tegenspraak dulden, dat, wanneer een privaatrechtelijk instituut, zooals het hypotheekrecht er een is, geheel wordt herzien, waardoor de oudere desbetreffende wetgeving komt te vervallen, ook die artikelen in wetten van publiekrechtelijken aard, waarin over bedoeld instituut wordt gehandeld, of liever, waarin dit wordt toegepast, ook ten eenenmale zijn vervallen, beter gezegd krachteloos zijn

geworden, voor zoover zich daarbij strijd openbaart met de nieuwe wetgeving.

Art. 290 der Alg. Wet van 1822, dat het krachtens de aangehaalde artt. van den C. C. bestaanbare legaal verband schonk aan den fiscus, is dus na de invoering van het B. W. niet vervallen, want deze wet is nimmer in dien zin gewijzigd — maar heeft ten aanzien der legale verbanden de mogelijkheid tot toepassing verloren. Aan den fiscus is een voorrecht geschonken, dat niet meer, dus niet bestaat. En nu behelpe men zich niet met een huismiddeltje als dat, waarop vermoedelijk door den Min. van Fin. in de toen aangehaalde circulaire met de woorden: „of de hypothecaire inschrijving van hetzelve althans, door die wetgeving (die van 1838) veel omslachtiger is geworden," wordt gedoeld. Een hypotheek nemen op, en inschrijven van de onroerende goederen van den accijnsschuldige, op de wijze in de tweede afdeeling van titel XX voorgeschreven, is geen legaal verband, zooals art. 290 der W. v. '22 j°. de aangehaalde artt. van den C. C. dat verstaat. Niemand dan de debiteur kan den fiscus verhinderen een gewone conventioneele hypotheek op de onroerende goederen te nemen (want dat zou hij toch kunnen), maar ook kan niemand de hypotheekbewaarders in dezen dwingen bij een zoodanige inschrijving, de bepalingen van art. 290 der Alg. Wet van 1822 in acht te nemen. Een zoodanige hypotheek is er een als een andere, en heeft zoomin in schijn als in wezen iets weg van het in onze burgerlijke wetgeving niet meer bestaande legaal verband.

Nog eens: niet de bepalingen van art. 290 zijn afgeschaft, ook niet daar, waar zij over legaal verband handelen, maar de toepassing er van is ten eenenmale onmogelijk geworden, omdat het legaal verband zelf niet meer bestaat.

Het komt mij voor, dat naast geen enkel afdoend juridisch argument er ook geen billijkheids- of opportuniteitsargument bestaat, om mij de waarheid dezer stelling te betwisten.

Indien er ooit — wat ik ten sterkste ontken — reden bestaat, om uit een oogpunt van opportuniteit de positieve wet in het aangezicht te slaan, dan hier zeker niet, waar — men zie de overwegingen in de aangehaalde circulaire,— het legaal verband, den fiscus weinig of nooit voordeel heeft gebracht, en er bovendien ter zake van accijns nog andere voorrechten de voldoening zijner vorderingen, waarborgen.

Ten slotte waag ik nog een opmerking over het toekennen van legaal verband op de onroerende goederen der accijnsschuldigen in de Wet van 1822 zelve. Art. 2121 van den C. C. bedoelt met de woorden: „Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont" m. i. dat geen andere legale verbanden zullen bestaan, dan de sub 1°, 2° en 3° genoemde en daaronder komen de hier bedoelde niet voor. Ik weet zéér wel, dat de wetgever van 1822 zich daaraan weinig had te storen, of hij evenwel de elegantia iuris, zoo handelende, wel betrachtte, is een vraag, die, geloof ik, niet anders dan ontkennend mag worden beantwoord.

Volledigheidshalve behoor ik nog eenige bijzondere der schatkist verleende voorrechten te vermelden.

Hierbij heb ik het oog op twee wetten van Franschen oorsprong, die hier te lande executoir zijn verklaard, en als in 1840 nog van kracht zijnde, althans, wat de straks eerst te noemen wet aangaat, worden medegedeeld in het bekende werk van Mr. C. J. Fortuyn, tweede deel blzn. 454—458.

De eerste is de wet van den 5 Sept. 1807 (Bull. des Lois N°. 159), relative aux Droits du Trésor public sur les biens des comptables.

Volgens FORTUYN is deze wet de hoofdwet, naar welke het privilege der schatkist wordt uitgeoefend. Toegegeven voor zoover het des fiscus vorderingen op de comptabelen betreft, ofschoon ik hierbij in herinnering breng eenige, dezelfde materie behandelende, artikelen der Alg. wet van 15 Sept. 1816 S. 49 op de invordering der indirecte belastingen. Zooals ik reeds boven opmerkte, is echter die wet bij eene van 1819 en deze weer bij art. 1 der Alg. Wet van 1822 S. 38 afgeschaft.

Ik zal nu de belangrijkste artikelen laten volgen en daaraan telkens een korte opmerking verbinden.

Art. 2. „Le privilège du trésor public a lieu sur tous „les biens meubles des comptables, même à l'égard des „femmes séparées de biens, pour les meubles trouvés „dans les maisons d'habitation du mari, à moins qu'elle „ne justifient légalement que lesdits meubles leur sont „échus de leur chef, ou que les deniers employés à „l'acquisition leur appartenaient.

„Ce privilège ne s'exerce néanmoins qu'après les pri„vilèges généraux et particuliers énoncés aux articles „2101 et 2102 du Code Napoléon." De aard van het privilege is uit het eerste lid genoegzaam duidelijk en dit kan ook onder de nieuwe burgerlijke wetgeving geen verwarring stichten.

Ten aanzien van den rang in geval van faillissement, kan ik volstaan met het, ad art. 290, ten opzichte van het daarbij in principio verleende privilege, gezegde. De schatkist moet zich voor haar vordering ongetwijfeld doen verifieeren en moet, wanneer het bedrag harer vordering de opbrengst der haar verbonden goederen, nadat daarvan de kostenpercenten en de, aan met hoogeren rang geprefereerde schuldeischers toekomende bedragen, zijn afgetrokken, overtreft, voor het tekort als concurrent schuldeischer opkomen.

Ik vestig nu nog de aandacht op de volgende zinsnede van FORTUYN: „Het behoeft wel niet opgemerkt te „worden, dat men, in de plaats der artikelen uit den „Code Napoléon, thans de daarmede overeenstemmende „bepalingen van het Burgerlijk Wetboek moet ver- „gelijken".

Ik nam reeds boven de vrijheid, de natuurlijkheid daarvan op de daar in het voorbijgaan aangevoerde gronden niet geheel in te zien, althans de gemakkelijkheid van de toepassing in de practijk min of meer in twijfel te trekken.

De nu volgende artikelen 4, 5 en 6 dezer wet verleenen in de eerste plaats een voorrecht op bepaalde onroerende goederen van den comptabelen ambtenaar en in de tweede plaats eeu hypothèque légale, op andere onroerende goederen.

Het legaal verband kan ik, na het ad 290 daarover gezegde, met stilzwijgen voorbijgaan, en mij dus wenden tot het voorrecht op zekere onroerende goederen. Deze zijn — men zie art. 4 — „1° les immeubles acquis à titre „onéreux par les comptables postérieurement à leur nomi- „nation; 2° ceux acquis au même titre, et depuis cette „nomination, par leurs femmes, même séparées de biens", alweer met uitzondering van de goederen der echtgenoote, „lorsqu'il séra légalement justifié que les deniers „employés à l'acquisition leur appartenaient."

De omvang der verbonden goederen is hiermede voldoende aangegeven, terwijl ten aanzien van rang enz., in art. 5 het volgende wordt bepaald:

„Le privilège du trésor public mentionné en l'article „4 ci-dessus, a lieu conformément aux articles 2106 et „2113 du Code Napoléon, à la charge d'une inscription „qui doit être faite dans les deux mois de l'enregistre- „ment de l'acte translatif de propriété.

„En aucun cas, il ne peut préjudicier, 1° aux créan-
„ciers privilégués désignés dans l'article 2103 du Code
„Napoléon, lorsqu'ils ont rempli les conditions prescrites
„pour obtenir privilège; 2° aux créanciers désignés aux
„articles 2101, 2102 et 2105 du Code Napoléon, dans le
„cas prévu par le dernier de ces articles; 3° aux créan-
„ciers du précédent propriétaire qui auraient sur le bien
„acquis, des hypothèques légales, existantes indépendam-
„ment de l'inscription, ou toute autre hypothèque vala-
„blement inscrite."

De voor de instandhouding van dit voorrecht vereischte inschrijving is die, bedoeld bij Sectie IV van den achttienden titel Boek III C.C. Onder vigueur van dit wetboek was een dergelijke inschrijving vereischt tot instandhouding van alle voorrechten op onroerend goed, alleen met uitzondering van die, vermeld in art. 2101, voorzoover deze, in het bij art. 2105 ondersteld geval, zich tot het onroerende goed uitstrekken.

Voorzoover in onze wetgeving krachtens de artt. 1185 en 1195 nog privilegiën op onroerend goed bestaan, heeft het vereischte van inschrijving opgehouden te bestaan.

Ik geloof ten aanzien van dit privilege der schatkist te mogen aannemen, dat het niet, zooals het legaal verband, heeft opgehouden te bestaan. Immers hier is geen bezwaar, om het in toepassing te brengen onder vigueur van het B. W.

De eenige moeilijkheid, die zich voordoet, betreft den rang, dien het inneemt. In de eerste plaats tegenover hypotheek. Is de houder daarvan, ook dán, wanneer die hypotheek van later dagteekening is, dan de benoeming van den comptabelen ambtenaar, op de opbrengst van het hem verbonden goed boven den fiscus bevoorrecht. Het komt mij voor van wel, en dit op grond van art.

1180 lid 2 van het B. W., dat bepaalt, dat, behoudens de wet anders voorschrijft, pand en hypotheek altijd boven privilege gaan.

Met betrekking tot de overige privilegiën in de enkele gevallen waarin zij in botsing zullen komen, zal men op art. 5 lid 2 dezer wet, dezelfde acht moeten slaan, als men voor het voorrecht op roerend goed, op art. 1 behoort te doen.

Ook hier meen ik de quaestie van de congruentie tusschen de artt. 2101, 2103, 2104 en 2105 C. C. met art. 1195 B. W. buiten behandeling te mogen laten.

Het resultaat onzer beschouwing over de voorrechten bij deze wet, moet dus het volgende zijn. De fiscus is voor de vorderingen op zijn comptabelen, op diens roerende en zekere onroerende goederen, beide bevoorrecht. Bij een eventueel faillissement van den debiteur behoort hij zich te doen verifieeren; op de opbrengst van het hem verbonden goed wordt het kostenpercentage gekort en het overschietende dient tot dekking zijner vorderingen. Het legaal verband hem bij art. 6 dezer wet verleend is evenmin afgeschaft als hetgeen hem bij art. 290 der Alg. Wet van '22 is geschonken, maar onder de huidige wetgeving is de mogelijkheid van toepassing uitgesloten.

De tweede wet, die nog bijzondere privilegiën verleende, was de „loi relative au mode de recouvrement „des frais de justice au profit du trésor public, en ma„tière criminelle, correctionnelle et de police", eveneens van den 5 Sept. 1807 (Fortuyn II blz. 457, Bull. des Lois N⁰ 158, Rondonneau II p. 46).

Zonder te treden in de quaestie of deze wet nu geacht moet worden te zijn vervallen door art. 79 der Wet van 18 April 1874 S. 66 tot vaststelling der tarieven van gerechtskosten in strafzaken, waarvan de gewone rechter

kennis neemt, schijnt het mij toe, dat zij in ieder geval grootendeels haar belang heeft verloren. Immers door de wet van 15 April 1896 S. 70, worden de gerechtskosten in strafzaken behoudens enkele uitzonderingen geheel ten laste van den staat gebracht. Deze uitzonderingen, met name, ten aanzien der door nalatige of onwillige getuigen en door onoplettende ambtenaren veroorzaakte kosten, zullen uit den aard der zaak weinig of nooit voorkomen, zoodat ik deze wet veilig als buiten toepassing kan voorbijgaan. Niettemin is het noodig er de aandacht op te vestigen, dat zij nimmer expressis verbis is afgeschaft. Men vindt ze ook nog in het Bijvoegsel tot het Staatsblad, in het 13de deel, 4de afdeeling, blz. 111 opgenomen.

Ik zou hier gevoegelijk mijn taak als geëindigd kunnen beschouwen, indien ik niet een enkel woord wenschte te wijden aan de voorrechten, die aan de onderscheiden organieke deelen des rijks en aan de heemraadschappen, waterschappen, dijk- en polderbesturen voor de door hen, krachtens de wet, uitgeschreven belastingen of heffingen, op de goederen der belastingschuldige ingezetenen zijn verleend.

In de eerste plaats slaan wij daartoe op, de interessante Wet van 9 October 1841 S. 42, gew. bij W. van 15 April 1886 S. 64, betrekkelijk de regtsmagt der hooge en andere heemraadschappen, dijk- en polderbesturen enz., interessant om haren titel, dewijl reeds onmiddellijk in art. 1 wordt verklaard, dat bedoelde lichamen hoegenaamd geene rechtsmacht zullen hebben of kunnen uitoefenen. Maar dit ter zijde gelaten. Bij art. 3 wordt den collegiën en besturen als in art. 1 genoemd, het recht van dwangbevel en parate executie verleend op de goederen, o. a.:

a. van de dijk-, polder-, schot- en andere pligtigen,

(voor) alle omslagen en lasten, het dijksdistrict of den polder betreffende;

b. van de daartoe verpligten, (voor) alle de kosten der werken en opruimingen, bij n° 1 van art. 2 bedoeld, of van al wat in strijd met de bestaande reglementen en gebruiken of voorschriften, naar aanleiding daarvan gegeven, mocht zijn gebouwd, geplaatst, gemaakt, gedaan of geplant, met uitzondering nochtans van de beloopen boeten.

Volgens art. 24 verjaren alle vorderingen te dezer zake met den tijd van 5 jaren, behoudens stuiting, terwijl art. 25 aan de genoemde besturen voor deze vorderingen een privilege verleent op de gronden, land- en andere eigendommen, welke aan de bedoelde lasten of omslagen zijn onderworpen, met dien verstande, dat bedoeld privilege gedurende 2 jaren stand houdt en in rang gelijkstaat met datgene wat bedoeld wordt bij art. 1185 N°. 4 van het B. W.

Ook de hierbedoelde besturen zijn niet vrij van verificatie en mogelijk dragen in de kosten in geval van faillissement. Daarin opkomende worden zij na verificatie en insolventverklaring, in de rangregeling begrepen. De hun verbonden goederen worden verkocht, de opbrengst met de daarop vallende alg. faillissementspercenten verminderd, en uit het overschietende hun vorderingen gekweten. De economische positie van het dijkbestuurschuldeischer is zeker een zeer eïgenaardige. Voor de vorderingen waarvoor het opkomt wordt het gelijkgesteld, met hem, die kosten tot het behoud eener zaak gemaakt. Aan een belasting wordt hierbij dus eigenlijk niet gedacht, maar men beschouwt het zoo alsof het betrokken bestuur als mandataris of negotiorum gestor, voor zijne ingelanden is opgetreden: als mandataris indien het de sub a, als negotiorum gestor, wanneer het

de sub b boven genoemde vorderingen betreft. Dit publiekprivaatrechtelijke mixtum compositum van den wetgever van 1841, heeft zeker de staatscommissie, ingesteld bij K. B. van 21 April 1892 No. 4 om de uitvoering van de voorschriften der Grondwet, omtrent het waterstaatsbestuur voor te bereiden, niet aangenaam aangedaan.

Tenminste het door hen aan de koningin voorgelegde ontwerp tot herziening der hier bedoelde wet, heeft dienaangaande een groote wijziging gebracht.

Het voorgestelde art. 27 luidt aldus:

„Voor de omslagen en andere lasten door haar gehe„ven en voor de kosten in het vorig artikel bedoeld (die „welke in de wet van 1841, in art 2 b. zijn gemeend), „wordt aan de instellingen in art. 1 genoemd voorrang „toegekend op de eigendommen, welke de aanslag geldt, „of waarvoor de kosten gemaakt zijn, en de daarop ge„vestigde rechten van erfpacht of vruchtgebruik of be„klemming.

„Dit voorrecht gaat boven hypotheek en wordt gerang„schikt onmiddellijk na het voorrecht der schatkist voor „de grondbelasting."

Voorts wordt de duur van het voorrecht gebracht op 3 jaren.

De groote veranderingen bestaan hierin, dat naast den eigendom, ook de rechten van erfpacht, vruchtgebruik en beklemming, onder het verband zijn begrepen, zooals de memorie van toelichting zegt, om de licht te bevroeden reden, dat een dusdanig bezwaard eigendom, grootendeels zijn waarde verliest, en dus het voorrecht, zonder op die rechten te drukken, meer in schijn dan in wezen zou bestaan. Voorts onderscheidt het ontwerp tusschen kosten voor herstel en onderhoud, die louter ten behoeve van den ingeland persoonlijk, en die welke voor hem als eigenaar zijn gemaakt.

Wij mogen voor deze détails met een bloote vermelding volstaan, om onze aandacht op de voor ons onderwerp belangrijke wijzigingen te bepalen. Evenals dat voor de grondbelasting, wil het ontwerp het voorrecht in rang boven hypotheek stellen. Dit is onder vigueur der wet van 1841 op zijn minst genomen twijfelachtig: men vergelijke *„verbanden of privilegiën"* in lid 3 van art. 25 tegenover de uitdrukkelijke gelijkstelling met het *voorrecht* van art. 1185 No. 4 B. W. in het vierde lid. Ik voor mij geloof, dat het vierde lid in dezen den hoofdregel geeft, en als zoodanig het bedoelde voorrecht in rang na hypotheek doet komen.

Maar hoe dit zij, men ziet in het ontwerp het voorrecht der dijks- en andere besturen ook wat den duur aangaat, op haar juiste waarde geschat, en onmiddellijk na dat van de schatkist voor de grondbelasting gesteld; waarbij wij evenwel nimmer uit het oog behooren te verliezen, dat art. 7 der wet van 1845 op de Invordering der Dir. Bel. hier in geenen deele toepasselijk is, en dus van onmiddellijke betaling door den curator geen sprake kan zijn.

Nu ik mij toch eens bezighoud met de bekende ontwerpen, mag een enkel woord over, een herinnering aan het derde ontwerp niet wegblijven. Het is het ontwerp voor de lang verwachte wet ter uitvoering van art. 188 der Grondwet, tot het stellen van algemeene regels omtrent het waterstaatbestuur. Werd reeds bij de wet van 12 Juli 1855 S. 102, gew. bij die van 15 April 1886 S. 64, tot voorloopige voorziening in sommige waterstaatsbelangen, in art. 10 ondersteld, dat uitvoering van sommige werken door dijks- of andere besturen kon worden geweigerd of nagelaten, en werden in de art. 11 e. v. voorschriften gegeven, dat en hoe van rijkswege die werken zouden worden uitgevoerd. en op welke wijze te

kosten zouden worden geïnd, en werd een zelfde voorrecht voor die kosten als volgens art. 25 der W. v. 41, aan de besturen der bedoelde instellingen was gegund, ook hier bij art. 22 verleend, men vindt het evenzoo in art. 55 van het ontwerp III terug. Art. 55 luidt: „Voor de om-„slagen, waarvan de regeling door Gedeputeerde Staten „geschiedt tot verhaal der kosten bedoeld in art. 46, wordt op de eigendommen, welke de aanslag geldt, en „de daarop gevestigde rechten van erfpacht, vruchtgebruik „of beklemming voorrang toegekend boven de lasten „door het bestuur der instelling omgeslagen."

Men ziet, dat dus ook hier juist hetzelfde voorrecht, als aan de besturen bij art. 27 van het straks besproken ontwerp verleend, voor de invordering van deze kosten wordt geschonken: het neemt echter rang boven dat en komt dus onmiddellijk na dat der schatkist voor de grondbelasting.

En nu eindelijk de privilegiën der gewesten en gemeenten, hoe is het daarmede gesteld? Het antwoord geeft het tweede lid van art. 1183 B. W.

„Die (dat zijn: de voorrang, de orde waarin ze worden „uitgeoefend, en de tijd van hunnen duur) van de be-„sturen der gewesten, gemeenten, dijken, polders, wate-„ringen en andere dergelijke gemeenschappen, wegens „de door hen te heffen lasten, worden geregeld door de „wetten en de wettige op dat stuk daargestelde verorde-„ningen."

Dus, en hier kom ik nog eens terug op de waterschappen waaronder ook (cf. dergelijke gemeenschappen) veenpolders zijn begrepen, kunnen deze en de gewesten en de gemeenten zich over de door hen uit te schrijven belastingen, bij locale verordeningen zelf voorrechten scheppen, den duur daarvan vaststellen en last not least, den voorrang er van bepalen!

Zeer zeker kunnen zij dat, de wetgever van 1838 heeft hun die bevoegdheid gegeven, en ik ben het met OPZOOMER — cf. deel IV blz. 560—567 — volkomen eens, dat de letter der wet hier te duidelijk is, om met een beroep op de ongerijmdheid van dit voorschrift, het door betoogen, als die van Mr. FOKKER (Themis II 25) en Mr. E. H. KARSTEN (Themis III 19) of anderen, als niet bestaand, of althans niet zoo gemeend te achten. Ik zou de volgende zinsnede van OPZOOMER, wat dit artikel aangaat, als geloofsbelijdenis willen nemen: „Acht men „die bevoegdheid én buitensporig én gevaarlijk voor de „rechten der schuldeischers, vereenigt men zich met al „wat vroeger tegen het opnemen van de verordeningen „in ons artikel is aangevoerd, dit kan van groot gewicht „zijn, voor den tot hervorming geroepen wetgever, maar „kan geen invloed hebben op de uitlegging van wat „door de wet zelve bepaald is."

In trouwe, de opportuniteit is een slechte leidsvrouw bij de uitlegging der wet, zij bevooroordeelt en verblindt, en wil den dag zien, waar het nacht is. Slechte wetsbepalingen worden niet goed door machtelooze beschouwing, maar haar fouten en ongerijmdheden, moeten een spoorslag zijn om ze door wijziging te verbeteren, geenszins een aanleiding geven, om door spitsvondige, hoe ook geleerde, redeneeringen, ze een masker van redelijkheid voor te zetten en aldus den verkeerden toestand nog langer te bestendigen

En nu zal een verordening van gewest, gemeente of waterschap, die een dergelijke bepaling behelst, wel niet licht het aanzijn genieten, maar ik zou wenschen, dat het eens gebeurde om te zien, of dat geen schok zou geven aan de knarsende en zich langzaam bewegende raderen van de machine, die den fraaien en veelbelovenden naam draagt van wetgevende macht. Men zou

een man wenschen, een Napoleon den Groote, die den ganschen boel in elkaar trapt en schoon schip maakt op het einde onzer stervende eeuw. En nu zegge men niet dat dit een kleinigheid is, en ik hier overdrijf. Laat het een kleinigheid zijn, maar dan is het een van de duizend kleinigheden, die samen het groote, neen reusachtige geheel vormen, dat eindelijk eens wil afgedaan worden. Ik eindig met het woord van HOMERUS (Ilias IV 164/165 en VI 448/449)

Ἔσσεται ἦμαρ ὅτ' ἂν ποτ' ὀλώλῃ Ἴλιος ἱρὴ
Καὶ Πρίαμος καὶ λαὸς ἐυμμελίω Πριάμοιο.

Beschouwingen omtrent het ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek.

(*Vervolg Themis LVe Deel*, 1894. *blz.* 30.)

428.

Uit de toelichting van dit artikel blijkt dat de commissie conniventie mogelijk acht tusschen voogd en toezienden voogd.

Een reden te meer moest dit dan ook voor haar geweest zijn, om ook de bepaling van de hoegrootheid der Hypotheek in art. 426 niet alleen aan voogd en toezienden voogd over te laten.

Ik zoude dus steeds den familieraad willen gehoord hebben.

Het is ook onjuist, zooals de commissie vermeent, dat bij het thans vigeerend regt, gedurende de voogdij, de toeziende voogd, buiten de gevallen, voornoemd in art. 394 en 397 B. W., steeds de hypotheek zoude kunnen doen royeeren.

De Hooge Raad toch bij Arrest van 22 November 1889 W. 5794 leert juist 't tegendeel.

429.

Zooals bij art. 428 zoude ik ook hier steeds de familieraad willen gehoord hebben.

430.

Ik begrijp mij waarlijk niet, dat de Commissie de vermelding overbodig acht, dat als 't goed van een derde voor 't voogdij-beheer verbonden wordt, de toestemming van die derde in die bezwaring zijner goederen moet worden gevraagd en verkregen. Dit toch, dunkt mij, is en blijft de eerste en nooit te verzuimen voorwaarde. Waarom de minderjarigen blootgesteld aan de gevolgen van stellionnaat?

Ook hier zoude ik steeds de bloedverwanten doen hooren.

432.

Ik zoude in dit art. gelezen willen hebben onroerende goederen.

Want alleen als minderjarigen onroerende goederen in den vreemde hebben, kan dit een reden zijn, dat de voogd die onroerende goederen door anderen laat beheeren.

Ik zoude den voogd ook zekerheid doen stellen in evenredigheid van de opbrengst dier onroerende goederen.

De voogd toch kan immers ook dengenen, die hij aanstelt en die dit zeker niet dan tegen goede belooning doen zal, ten zijnen behoeve garantie vragen.

434.

Ik zie in de macht aan den voogd hier gegeven, om de lichamelijke roerende zaken al of niet te verkoopen en ook om aan zijne beslissing over te laten of de goederen aan eene aanmerkelijke vermindering van waarde onderhevig zijn, geen bezwaar, mits ook de toeziende voogd hierin toestemt; bij verschil van meening zoude de kantonrechter, de familieraad gehoord, moeten beslissen.

En waarlijk de macht hier *alleen* aan den voogd gegeven is te groot.

Hij toch b. v. kan meenen dat een kabinet, schilderijen moet behouden blijven, terwijl 't waarachtig belang van de minderjarige vordert, dat het te gelde worde gemaakt en ook omgekeerd, enz. enz.

Nu dit systeem aangenomen en 't systeem van art 447 B. W. is verworpen, zullen de artikelen 683—688 Burg. Rechtsvordering, handelende „van de verkoop der roerende goederen", ook wijziging moeten ondergaan, men zal ook moeten denken aan de art. 1059 en 1080 B. W.

Dat de Commissie verder de bepalingen van art. 446 B. W. niet heeft overgenomen, komt mij goed voor.

Vooral nu toch door de jurisprudentie en de auteuren vrij algemeen aangenomen wordt, dat al was nu door den rechter de som vastgesteld, jaarlijksch door den voogd te besteden voor onderhoud en opvoeding der minderjarigen en de voogd ging daarboven, men hem toch de meerdere uitgaven, die noodzakelijk en betamelijk bleken te zijn in goede rekening zoude moeten brengen, zie art. 468 Aubry et Rau. Diephuis, systeem V 391, 489 en volgende; Opzoomer II, 2de druk 379.

Daar komt bij, dat dit art. 44 bijna nooit opgevolgd wordt. Het was dus reeds door de communis opinio veroordeeld.

Art. 435.

Ik zie geen reden, om als belegging het koopen van huizen te verbieden.

De Commissie zegt: de waarde daarvan is zoo wisselvallig. Maar evenzoo de waarde der landerijen, deze zijn sinds 1880 b.v. bijna met de helft der waarde verminderd.

Wil men echter huizen uitsluiten, dan gebruike men niet de uitdrukking „landelijke eigendommen", daar hier-

onder zeer zeker alle buitenhuizen gerekend kunnen worden; men spreke dan van landerijen.

ART. 436.

Dit artikel is eene werkelijke verbetering.

Bijna nooit worden nu door voogden de aan hunne pupillen opgekomene erfenissen onder beneficie van boedelbeschrijving aanvaard.

De voornaamste oorzaak is, dat het publiek bij eene beneficiaire aanvaarding altijd meent, dat de nalatenschap een berooid boeltje is en dat beneficiair aanvaard wordt om zich de vingers niet te branden. De familie van den erflater neemt het den voogd meestal hoogst kwalijk, als hij volgens zijne plicht, beneficiair aanvaardt, en toch is hij er toe verplicht. Als nu nog maar alleen eene verklaring ter griffie vereischt werd, maar die ongelukkige advertentiën in de Courant. Doet hij 't niet, de minderjarigen kunnen er zich later, bij benadeeling op beroepen en zelfs derden, als zij ter zake dier niet beneficiair aanvaarde nalatenschap, b.v. voor schulden door hen aan die nalatenschap te voldoen, worden aangesproken, kunnen zich met een exceptie van de zaak afmaken, zeggende, wij betalen u niet, want later kunnen de minderjarigen tegen de aanvaarding opkomen en wij stellen ons dan bloot aan schade.

Nu tracht men zich in gevallen, waarin beneficiair had moeten zijn aanvaard, wel te redden met dan nog beneficiair te aanvaarden, welke aanvaarding dan eene terugwerkende kracht heeft, maar dit kan ook betwist worden.

Zie Arrest Hof Arnhem 20 Febr. 1889 W. 5760 en Arr. H. Raad 3 Februari 1882 v. d. HON. B. R. 47 p. 162, maar dit alles wordt onnoodig bij 't voorgedragen systeem der Commissie, dat de aanneming eener erfenis

door een voogd voor minderjarige, van rechtswege de gevolgen heeft eener beneficiaire aanvaarding.

ART. 437.

Onder N° I zoude ik willen lezen:

„Geene onroerende zaken enz. van den minderjarige vervreemden bezwaren, *verpanden* of *verbinden*.

Ik meen dat dan aan alle chicaneuse opwerpingen den pas zoude zijn afgesneden.

Verder behelst dit artikel werkelijke verbeteringen.

442.

Als ik dit artikel goed begrijp, dan hebben de toeziende voogd en de opvolgende voogd of voogden de macht om de genoemde handelingen van den voogd gedurende de voogdij nietig te doen verklaren, dan helpt de exceptie niet, dat de handeling geen nadeel voor den minderjarige heeft opgeleverd.

Als de minderjarige, meerderjarig geworden, de handeling niet uitdrukkelijk of stilzwijgend goedkeurt, kan hij alleen de handeling nietig doen verklaren met inachtneming van hetgeen in 't 3de lid gezegd wordt.

Maar derden kunnen m. i. zoolang de minderjarige nog niet mondig is of zoolang van de meerderjarig geworden minderjarige, 't nog niet zeker is, of zij berusten in of goedkeuren de daad van hunnen voogd, ten allen tijde de exceptie opwerpen, dat zij tot 't een of ander niet gehouden zijn op grond, dat 't nog niet zeker is, dat de handeling zal worden goedgekeurd.

Het is voor derden dezelfde toestand als indien de voogd eene erfenis niet beneficiair aanvaard heeft.

Art. 444.

Het komt mij voor, dat ook in dit artikel, evenals nu in art. 461 v. 't Vig. Wetboek laatste lid is vermeld, de bepaling moet gehandhaafd worden, dat de voogd in de kosten plus schadevergoeding zal kunnen veroordeeld worden, als hij, om vergunning tot procedeeren te bekomen, de rechter door valsch voorgeven of verberging der waarheid misleid heeft.

Om dit te verschuiven tot de voogdijrekening, komt mij gewaagd voor.

445.

Ik zoude ook art. 462 v. 't Vig. Wetboek willen aanhouden.

Geene berusting in eene, tegen den minderjarige ingestelde eisch, of de voogd moet daartoe gemachtigd zijn. Het is voor den minderjarige van 't hoogst belang, dat niet alleen de voogd, maar ook de kantonrechter hierover zijn oordeel laat gaan.

Zooals nu art. 445 door de Commissie geredigeerd is, zal ook wel nooit een voogd verzuimen vergunning te vragen om te berusten. Want als hij berust met die vergunning, wordt hij vermoed gehandeld te hebben in 't belang van den minderjarige, ergo wordt hij geacht niet gehandeld te hebben in 't belang van den minderjarige, als hij geene vergunning aanvraagt en staat daardoor bloot aan eene tegen hem in te stellen actie tot schadevergoeding.

Niet 't minste heil zie ik dus, in deze verandering. Men behoude art. 462 en voege er bij 't slot van art. 461, dan is 't belang van den minderjarige in alle opzichten gewaarborgd.

Het zoude zeer te bejammeren zijn, als 463 niet werd overgenomen.

De Commissie zegt: „maar waarom de voogd verplicht „om rechtelijke machtiging tot scheiding en deeling aan „te vragen?

„Niemand toch behoeft in onverdeeldheid te blijven. „Wellicht blijft hij bij weigering met deelgenooten van „den minderjarige zitten, waarmede hij niet kan opschieten.

Maar ik vraag, als waarlijk 't belang van den minderjarige 't medebrengt, om dengeen die hem vertegenwoordigt, den voogd namelijk, van lastige deelgenooten te ontslaan, waarom zoude dan de rechter de machtiging tot scheiding en deeling weigeren?

In alle geval zegt de Commissie, moet toch de kantonrechter de scheiding en deeling goedkeuren en daardoor is 't belang van den minderjarige genoegzaam gewaarborgd.

Geenzins.

Stelt, de minderjarige is betrokken met andere in eene goede winstgevende zaak.

Die andere maken het den voogd lastig of wel de voogd vindt 't beheer voor zich te omslachtig. Wellicht ook wil hij de zaak in de hand der anderen spelen.

Nu volgt de scheiding en deeling.

De zaak wordt toegescheiden aan de deelgenooten en eene som gelds aan den minderjarige in verhouding tot de waarde der zaak.

En wij allen weten, hoe 't gaat met taxeeren van zaken en vooral met 't taxeeren van 't recht om een of andere firma te voeren, waaraan toch soms zooveel gelegen is.

Wat kan de kantonrechter nu doen?

Als werkelijk de som aan den minderjarige toegewezen, niet te laag is, dan kan hij niet zeggen, deze scheiding en deeling is in 't nadeel van den minderjarige.

Hij zal ze dus goedkeuren.

En toch kan 't zeer in 't nadeel van den minderjarige zijn.

Als de voogd alvorens scheiding en deeling aan te vragen, bij den kantonrechter had moeten komen om vergunning te vragen, dan zoude die rechter in vele gevallen zeggen, ik weiger U die vergunning om te scheiden en te deelen, want b.v. binnenkort is de minderjarige meerderjarig, dan kan hij doen wat hij wil of dat aandeel in die zaak of de winsten dier zaak zijn zoo goed, dat 't zonde zoude zijn, dat de minderjarige er uit zoude geraken. In initio kan de rechter aldus spreken, maar zoo kan hij niet meer spreken, als de geheele volbrachte scheiding en deeling slechts op zijne goedkeuring wacht, daar dan door die scheiding en deeling in se, de belangen v. d. minderjarige niet geschaad zijn geworden, ik zoude dus Art. 463 willen behouden en zelf rechterlijke machtiging eischen om op eenen eisch tot sch. en d. te kunnen antwoorden, om zoodoende conniventie tusschen den voogd en andere deelgenooten te voorkomen, want wil de voogd verkeerd, dan vraagt hij het niet zelf, maar laat anderen beginnen met sch. en d. aan te vragen.

446—447—448.

Deze artikelen bevatten werkelijk goede verbeteringen. Het kan toch evengoed in 't belang van een minderjarige zijn om met anderen, dan met zijnen vader of met zijne moeder eene zaak voor te zetten.

Alleen zoude ik in art. 448 bepaald willen zien, dat het den voogd niet vrij staat,. om die zaken te liquideeren of daar uit te gaan als 't hem goeddunkt.

Hij ook moet daartoe verlof vragen aan den rechter

door intrekking van het aan hem verleend verlof te verzoeken.

Daar staan hier soms te groote belangen op 't spel. Alleen de gedachte, dat anderen den voogd zouden kunnen overhalen, om die liquidatie of uittreding in hun belang te bewerken is voldoende, om ook door den voogd verlof te doen vragen.

Negende Afdeeling.

Van de Rekening en Verantwoording.

Ik ga met de Commissie mede wat deze afdeeling betreft.

Ik zoude echter den vroegeren voogd, die décharge ontving van zijne opvolger, niet vrij willen stellen van nadere aanspraken, door den gewezen minderjarige in te stellen.

Stel dat eene rijke voogd eene volledige maar niet verdiende décharge ontving, van eenen niets of weinig bezittenden voogd, dan toch zoude de minderjarige de dupe van de geschiedenis zijn.

Art. 451 zoude ik verduidelijkt willen zien, door de zinsnede „strekkende om de voogd van zijne verantwoordelijkheid te ontlasten" te lezen als volgt „strekkende „om den voogd van zijne verantwoordelijkheid *geheel of „gedeeltetijk* te ontlasten."

Nu zoude men zeggen, dat het artikel van de Commissie alleen sloeg op algemeene kwijtingen. Dit kan de bedoeling niet geweest zijn.

Bij Arrest v. d. H. Raad in dato 25 Oct. 1894 W. 6570 is uitgemaakt, dat onder overeenkomsten rakende voogdij en voogdijrekening begrepen zijn algemeene kwijtingen te dier zake, men zoude dus stipt genomen,

niet afzonderlijk van algemeene kwijtingen behoeven te spreken.

In art. 453 las ik gaarne, in plaats van „loopt van de dagteekening" „wordt berekend met het oog op de dagteekening" enz. Want men zoude nu kunnen meenen, dat de termijn van art. 451 pas begon te loopen van af de dagteekening.

Niets echter is minder waar.

De Commissie wilde zeggen, dat minstens 6 maanden *voor* die dagteekening de rekening moet zijn ingezonden.

Ik wil ten slotte nog wijzen op eenige rechterlijke uitspraken, die van nabij deze materie raken.

1° Het slot van rekening genoemd in art. 471 B. W. is gelijk aan 't saldo van art. 779 R. V. Hof Amsterdam 24 Maart 1893 W. 6357.

2°. De voogd is alleen rekenplichtig, al heeft de toeziende voogd de administratie voor den voogd waargenomen.

Hof Gelderland, 26 Febr. 1873. R. B. 1874 p. 119.

3° De mede voogd kan niet zelfstandig, zonder de moeder voogdesse, tot rekening en verantwoording opgeroepen worden. H. R. 9 Juni 1893. W. 6358.

4° Onder kosten in art. 468 B. W. vermeld, zijn niet de kosten van het rekening en verantwoordingproces begrepen. H. R. 14 Mei 1890. W. 5963.

5° Merkwaardig is ook nog een vonnis der Regtbank v. Leeuwarden van 17 Januari 1895 W. 6690, waarin werd beslist, dat onder „verrichtingen van den voogd", bedoeld bij art. 472 B. W. *niet* begrepen is het in ontvang nemen en beheeren van kapitalen, aan de minderjarige opgekomen, zoodat hier de verjaring van art. 472 is uitgesloten.

ZESTIENDE TITEL.

De Venia Aetatis kan gerust vervallen als men op 21 jaar meerderjarig wordt.

Dat verkrijgen van dien brief van meerderjarigheid was ook eene zeer dure geschiedenis en kwam weinig voor.

Behoudt men echter den 23-jarigen leeftijd voor meerderjarigheid, dan zoude ik de Venia Aetatis behouden willen zien.

De beperkte handlichting kon ook in vele gevallen wel gemist worden, daar men evengoed den minderjarige kan volmachtigen om dit of dat bedrijf, deze of gene onderneming te verrichten, maar er zijn ook gevallen, waarin beperkte handlichting goede diensten kan bewijzen.

Art. 457.

In art. 457, moet achter „bewaren" ingelascht worden „verpanden of verbinden" om chicanes te voorkomen.

Art. 460.

Door hier de Rechtbank in 't hoogste ressort te doen beslissen, is cassatie nog niet uitgesloten.

Wil men cassatie en des noods hooger beroep behouden, men zoude na het eerste vonnis voorloopig de handlichting kunnen schorsen tot aan het gewijsde, om aan de minderjarige tijd en gelegenheid te ontnemen om verdere verkeerde zaken te doen en verkwistingen te maken.

Art. 461.

Wil men hooger beroep of cassatie toelaten, dan zoude ook de tijdelijke schorsing der handligting tot aan 't gewijsde openbaar moeten worden gemaakt.

ZEVENTIENDE TITEL.

Van Curateele.

Art. 462.

Dit artikel bevat eene groote verbetering.

Menigmaal toch gebeurt 't, dat men nu niet weet wat aan te vangen met hen, die wel niet krankzinnig zijn, maar toch door zwakheid van verstand, aanhoudende kwalen, lichaamsgebreken of hoogen ouderdom, niet in staat zijn hunne eigene belangen waar te nemen.

Dikwerf toch willen of kunnen zij 't zelf niet aanvragen en daar zij niet bepaald krankzinnig zijn te noemen, baart dit dikwerf groote moeielijkheden.

Ik kan mij echter niet vereenigen met N° 3 luidende „wegens verkwisting, wanneer die van zoodanigen aard „is, dat zij, bij voortduring, hen tot behoeftigen staat „zou doen vervallen"; zooals deze alinea geredigeerd is zoude men een jongman, die op een avond *f* 1000 stuk sloeg, onder curateele moeten stellen, want bij voortduring kan daar geen een fortuin tegen.

Gaarne zoude ik hier ook gewag zien gemaakt van dronkenschap en dan bijv. lezen, „wegens voortdurende „verkwisting of gewoonte van dronkenschap, wanneer „die van zoodanigen aard zijn, dat zij den verkwister „of dronkaard, of zijn vermogen, zijn huisgezin of zijne „zaken ten ondergang zullen brengen."

Art. 463.

Het tweede gedeelte van dit art. dat de bevoegdheid geeft om Nederlanders, die hun domicilie naar het buitenland hebben overgebracht, nog binnen drie jaren daarna hier te lande onder curateele te doen verklaren, vind ik uitstekend.

Art. 6 der Algemeene Bepalingen zegt wel, dat de wetten, de rechten, den staat en de bevoegdheid der Nederlanders betreffende, hen ook verbindt, *wanneer zij* zich buiten 's lands bevinden, maar dan moet men in het Buitenland ageeren.

Daarbij komen bij de toepassing van art. 6 zoovele moeielijkheden, dat ik het voorstel nog te meer toejuich. Men sla slechts op Arrest H. Raad van 15 Febr. 1861, W. 2278, waar bepaald is, dat alles wat betreft de regten en verplichtingen van erfgenamen, behoort tot de statuta realia en niet valt onder Art. 6 der Algemeene bepalingen.

ART. 464.

De vraag is gerezen of een voogd namens zijne pupillen, de onder curateele-stelling van een bloedverwant dezer pupillen kan vorderen?

Neen, zeide de Regtbank v. Arnhem 8 Mei 1873. Ja, zeide 't Geldersch Hof 4 Juni 1873, beiden te vinden R. B. 1876, A. p. 54.

Ik schaar mij, met 't oog op art. 441 B. W. aan de zijde van het Hof.

De minderjarige kunnen er 't grootste belang bij hebben.

Bij dit ontwerp zoude de voogd 't openbaar ministerie kunnen verzoeken het te doen, indien 't niet ging krachtens art. 479 ontwerp.

ART. 465.

Gelukkig stelt de Commissie voor, om de onder curatelestelling in eerste aanleg in raadkamer alleen te doen afloopen.

Dit zal de zaak veel bekorten en goedkooper maken.

Men zal dan ook niet meer de dwaasheid beleven, dat iemand, die op eigen verzoek, wegens zwakheid van ver-

mogens, onder curateelestelling vraagt, zich zelf moet dagvaarden om op de terechtzitting te verschijnen.

De curateele word ook niet bij verstek verleend en evenmin conclusie genomen tegen de defaillante, al liet de onder curateele te stellen niets van zich zien of hooren enz. enz.

De zaak was nu bedorven, door haar half in raadkamer en half op de openbare zitting te brengen; men kreeg nu een wonderlijk mengsel, waarbij de eene Rechtbank deze gedragslijn, de andere wederom eene andere voorschreef.

Art. 466.

Ik voor mij zoude 't zeer wenschelijk achten, dat steeds bij de aanvrage van onder curateelestelling wegens krankzinnigheid of zwakheid van vermogen, eene geneeskundige verklaring werd overgelegd.

Dit toch zoude in 't algemeen eene zeer goede waarborg zijn om verkeerde aanvragen buiten te sluiten.

Steeds zoude ik ook den verzoeker tot onder curateelestelling doen ondervragen en niet minder de vader en moeder, de kinderen en echtgenoote van den onder curateele te stellen persoon, deze allen zijn toch zoo innig bij de zaak betrokken, dat zij in ieder geval dienden gehoord te worden.

Voor 't verhoor van verdere bloed- en aanverwanten zoude ik mij ook niet warm maken.

Art. 467.

De persoonlijke kennismaking met den patient is voor den Rechter zeer gewenscht.

Wil hij zich nog hierbij doen bijstaan door deskundigen, er is niets tegen, maar dan zouden het altijd andere geneeskundigen moeten zijn, dan zij, die de verklaring

van art. 466 afgaven en nimmer de geneeskundige van het gesticht, waarin de patient verblijf houdt.

Om moeielijkheden te ontwijken, zou in dit artikel moeten bepaald worden, dat steeds de procureur, die de onder curateelestelling heeft verzocht, bij 't verhoor tegenwoordig kan zijn. Desnoods zoude de rechter hem, zoo dat geraden voorkomt, kunnen doen vertrekken, maar hij moet 't recht hebben om zijne opmerkingen te kunnen maken.

Bij eenige Rechtbanken worden de practizijns bij 't onderzoek toegelaten, bij andere geweerd.

Noodzakelijk komt 't mij voor den practizijn er bij te laten. Hij weet de oorzaken waarom curateele is verzocht, hij kent 't zwakke punt en als de patient op de nu gebruikelijke en banale vragen, als daar zijn „hoeveel kwartjes heeft een rijksdaalder", als 4 koeien ieder *f* 100 kosten, wat kosten ze dan te zamen, of op soms veel ingewikkelder rekenproblemen, voldoende antwoorden geeft, kan hij zeggen, Rechter vraag hem eens naar dit of dat en reeds dadelijk zal dan 't zwakke punt, de zaak of 't idee waarop of waarin krankzinnigheid bestaat, uitkomen.

Dat 't onderhoud bij onuitvoerbaarheid achterwege blijft, is dunkt mij te duidelijk om nog afzonderlijk vermeld te worden.

468.

Als er steeds vooraf eene geneeskundige verklaring geëischt wordt, moet noodwendig dit art. gewijzigd worden.

470.

Gaarne zag ik dat bepaald werd, dat al is de patient in een gesticht, het onderzoek niet *kan* maar *moet* worden ingesteld en door een Regter-Commissaris en den

Officier van Justitie der Regtbank, die de beslissing moet nemen.

Hunne persoonlijke opvatting kan m. i. niet gemist worden en zal ook niet den sleur in 't leven roepen, dat steeds de rechter zal aangewezen worden der Regtbank, waaronder 't gesticht ressorteert. In ieder geval hij, die niet alleen behoeft te relateeren maar ook uitspraak moet doen, heeft meer besef van zijne verantwoordelijkheid.

471.

Volgens dit art. kan nu de Regtbank, zoodra zij 't noodig vindt, eenen bewindvoerder benoemen. De quaestie of 't nu kon dadelijk *na* de ondervraging of pas na 't vonnis is dan beslist.

Wat nu de bewindvoerder mag doen is ook beter bepaald.

Maar de vraag als de bewindvoerder niet handelend optreedt, wat er dan moet gebeuren is nog onbeantwoord gebleven.

Zie H. R. 12 Dec. 1879. R. B. 1880 A. p. 302.

473.

Bij aanvrage zonder redelijken grond zoude m. i. de verzoeker steeds in de kosten *moeten* veroordeeld worden. Nu wordt 't hier facultatief gesteld.

Verder kan ik mij zeer goed vereenigen met de afschaffing der art. 501 en 502 B. W., 't waren niets als rijkvloeijende bronnen voor processen, zie o. a. Weekbladen v. 't Recht N° 6572—6833, maar ik keur af, dat de onder curateele gestelde, alleen de ontheffing der curateele kan verzoeken en dat hij dit niet kan zoolang hij in een Gesticht wordt verpleegd.

Echtgenooten, bloedverwanten in de opgaande en nederdalende linie en in de zijdlinie tot en met den 4e graad

dienden ook ontheffing te kunnen vragen, dit waarborgt meer de vrijheid en is een afdoend middel tegen alle willekeur.

Het Openbaar Ministerie moet 't ook natuurlijk steeds kunnen vorderen.

ART. 476.

Ik zie niet in, waarom een zeer korte termijn voor hooger beroep niet kan worden toegestaan, als 't verzoek wordt afgewezen. Wil men de onder curateelestelling verlengen, dan kan men dit toch, door in cassatie te gaan en hierdoor vervalt de grond waarom de Commissie 't hooger beroep niet wil toelaten.

ACHTIENDE TITEL.

ART. 500.

Dat de gevolmachtigde maar in naam van eenen persoon mag optreden bij familieraden zoude ik niet afschaffen. Het is toch gevaarlijk de volmagt van meerdere in zulk een gewichtige zaak aan een persoon te geven; hij kan daar ligt misbruik van maken.

ART. 501.

De mindere standen weten nooit wie hen, in de zesde graad bestaat.

Het ware verkiezelijk de op te roepene tot in en met den 4de graad te beperken, den rechter vrijheid latende verwanten van eenen verdere graad op te doen roepen, indien hij dit noodig oordeelt.

ART. 502.

Uit 't geen ik reeds zeide bij de behandeling van art. 406, kan ik er mij niet mede vereenigen, dat iemand alleen wegens onbekwaamheid of pligtverzuim, uit het

ouderlijk gezag zoude kunnen worden ontzet, tenzij dit van dien aard mocht zijn, dat daardoor die uiterste maatregel gewettigd wordt.

Art. 504.

Ik zoude de personen van art. 502 hier niet uitsluiten. Waarom hen niet gehoord, indien zij dat verlangen, schaden kan 't nooit, maar soms veel licht aanbrengen?

Art. 505.

De toepassing van dit artikel kan, ten opzichte van hen, die in krankzinnigenhuizen verblijven, groote moeijelijkheden geven.

Ik zoude er de krankzinnigen en onnoozelen buiten laten, maar de Commissie zal wellicht 't oog gehad hebben op art. 86 van 't ontwerp, waar onnoozelen en krankzinnigen gerechtigd worden verklaard om te huwen. (Zie mijne bemerkingen op art. 86.)

Art. 506.

Die schadeloosstellingen, aan hen, die opgeroepen worden om gehoord te worden, zijn geheel overbodig.

Niemand heeft er tot dusverre om gevraagd.

Men beschouwt het als eén plicht om zoo noodig op te komen zonder daarvoor iets te vorderen.

Kan men niet komen of laten de middelen het niet toe, dan verschijne men bij gemachtigde.

Al dat betalen door den staat brengt mij te veel tot de oppervoogdij, die de Commissie volgens hare toelichting ook bij dit artikel aan den staat toekent. Neen de staat is geen oppervoogd, alleen daar, waar de familie niet voor voogden of curators zorgt, moet de staat daarvoor in de plaats treden. Alle die benoemingen behooren

bij het familieregt en de staat heeft er niets mede te maken, dan bij verzuim of ontstentenis.

Art. 507.

Nu iedereen in beroep kan komen, zelfs al benoemt de Kantonrechter dengeen, die de meerderheid der gehoorden aanwees, zal alles veel langer duren, voordat de zaak definitief beklonken is. Bij benoeming van voogden kunnen er wellicht omstandigheden zijn, die zulk een hooger beroep wettigen, maar bij curateele zoude ik bij 't oude stelsel blijven.

NEGENTIENDE TITEL.

Van afwezigheid.

Ik vind het zeer goed van de Commissie, dat zij, met 't oog op de rechten, die aan een afwezige opkomen, nadat zijn bestaan onzeker is geworden, aanneemt, dat hij nog in leven is, tot aan de vermoedelijk overlijdens verklaring en dat hij, na die verklaring, niet meer in leven is, zoodat de vierde afdeeling van den 19den Titel van het nu vigeerend Burgerlijk Wetboek komt te vervallen.

Er was toch geen reden om onderscheid te maken tusschen reeds verkregene rechten *voordat* iemands bestaan onzeker was geworden, en *nadat* iemands bestaan onzeker was geworden.

Nu geldt iemand als bestaande, voor alle rechten reeds bestaande of later opkomende, totdat hij verklaard wordt vermoedelijk te zijn overleden, na dat tijdstip wordt hij geacht niet meer te bestaan.

ART. 519.

Ik zoude het, even gelijk nu in art 524 B. W., aan den rechter vrij laten, om de verklaring uit te spreken of niet, want de reden, die de rechter heeft om zijne uitspraak eens uit te stellen, kan ook nog bij hem bestaan, als hij voor de 2de maal in de zaak moet vonnissen.

ART. 521.

Het stelsel der Commissie brengt mede om de vermoedelijk overleden verklaarden als overleden te beschouwen, terwijl ons B. W. er van zwijgt.

Zoude men aan den rechter ten dezen opzichte niet wat meer vrijheid moeten geven, zoodat hij zoude kunnen bepalen in bijzondere omstandigheden, dat hij ten opzichte van 't een of ander niet als overleden wordt beschouwd, b.v. bij vennootschap enz.

ART. 531.

Ik vind het voor de echtgenoote veel verkieselijker dat art. 539 B. W. behouden blijve, vooral omdat ik eene verklaring van vermoedelijk overlijden niet voldoende vind om een nieuw huwelijk aan te kunnen gaan. Het overlijden moet dan zeker zijn.

ART. 535.

Ik zoude hier ook den alouden geijkten term van 30 jaren willen behouden zien.

TWINTIGSTE TITEL.

Van Vereenigingen.

De grens tusschen vereenigingen en zedelijke lichamen, de Commissie merkt het terecht op, is zeer moeielijk te trekken.

Ik zoude dus den titel van zedelijke lichamen willen behouden.

Al is 't waar, dat art. 1690 gewijzigd is door de wet van 1855 (zie Arrest H. Raad 30 Jan. 1863, v. D. HONERT B. R. 27 Deel pag. 248) zoo is het toch ook waar dat de wet van 55 niet alle vereenigingen omvat, b.v. de universitas rerum zooals een polder, enz. die toch ook zeker geene stichting uitmaakt.

Die wet van 55 slaat meer op personen.

Art. 1690 sluit daarentegen de universitates rerum niet uit.

Wil men nu in het Eerste boek constateeren, dat vereenigingen als rechtspersonen kunnen optreden, het is mij wel, maar men moet er niet tevens bij willen uitmaken, welke vereenigingen rechtspersonen zijn of kunnen zijn zonder door eene wet of door de kroon te zijn erkend.

Dit is eene uiterste lastige materie, die in lange door deze ontworpen titel niet is uitgemaakt.

Bijv. alle vereenigingen, als kerkgenootschappen en wat daarmede onafhankelijk in verband staat, als parochiën, kloosters, bisdommen enz. enz. vallen niet onder de wet op de vereenigingen; dan wordt ook het leerstuk der coöperatieve vereeniging, een amalgaam van vereeniging en stichting onaangetast gelaten, even als de maatschap en de vennootschap in hare verscheidene vormen en schakeeringen.

Het eerste en eenige artikel dezer titel moet dan m. i. luiden:

Vereenigingen van personen, die gerechtigd zijn om als rechtspersonen op te treden, kunnen die bevoegdheden uitoefenen, die met den aard hunner fictieve persoonlijkheid overeen te brengen zijn.

Verder zoude ik die stof niet behandelen, daar de wet

op de vereenigingen, op de Coöperatieve vereenigingen, het Burg. Wetboek het oude en ook het ongeschreven regt deze materie regelen.

Acht men veranderingen of wijzigingen noodig, dan zoude er eene nieuwe algemeene wet moeten vervaardigd worden.

Maar dit is gemakkelijker gezegd dan gedaan.

Ten slotte zoude ik ook het leerstuk der stichtingen onaangeroerd laten.

Geen moeielijker materie dan deze.

Alleen over de vraag, wat is eene stichting, kunnen boekdeelen gevuld worden

Ik zoude ze erkennen, door eveneens te zeggen als boven, dat vereenigingen van zaken, die bevoegd zijn, om als rechtspersonen op te treden, die bevoegdheden kunnen uitoefenen, die met den aard hunner fictieve rechtspersoonlijkheid overeen te brengen zijn en verder voorloopig aan de jurisprudentie de verdere regeling overlaten, tot dat een wet het statuut der stichtingen in zijnen geheelen omvang regelt. Maar nooit of nimmer geve men aan de wezentlijke stichting slechts een levensduur van 60 jaren, zooals de Commissie voorstelt.

Niets is meer in strijd met den aard en 't begrip van een stichting.

Het zijn piae causae, die immers zoolang 't menschdom bestaan zal, hunne weldadige invloed zullen doen gevoelen.

En hiermede ben ik aan het einde mijner arbeid. Mochten mijne opmerkingen, in ledige oogenblikken ter neer geschreven, er toe bijdragen om het Eerste Boek te doen beantwoorden aan de eischen van rechtvaardigheid en zedelijkheid, opdat het ten zegen zij voor land en volk.

Breda, 7 Sept. 1899.

JAC. W. VAN DEN BIESEN.

De Kroon en de Afdeeling voor de geschillen van bestuur van den Raad van State. (*)

Het kan niet worden ontkend dat de *Wet van* 21 *December* 1861 (*Stbl.* n°. 129) „houdende regeling der zamenstelling en de bevoegdheid van den Raad van State", al bracht zij niet wat het bekende amendement-VAN HEUKELOM (1) beoogde, de waarborgen voor eene deugdelijke en onpartijdige berechting van twistgedingen, tot het publiek recht behoorende, belangrijk verhoogd heeft.

Vóór 1861 was het met deze berechting hoogst gebrekkig gesteld.

Het recht van klagen over handelingen der administratie bestond, doch een onderzoek der klacht ontbrak bijna geheel. Alle klachten die bij den Koning inkwamen — bijv. in belastingzaken — werden gezonden naar den Commissaris des Konings. Deze verzond de zaak naar

(*) Deze beschouwing, door mij vóór eenigen tijd opgenomen in het *Weekblad voor de Burgerlijke Administratie*, mag wellicht eenige aanspraak maken op de belangstelling ook van hen, die niet zijn lezers van dat blad. In dat vertrouwen wordt zij, op een enkel punt aangevuld met eenige later verschenen beslissingen, hier ter plaatse overgenomen.

(1) Dit strekte om art. 23 der wet aldus te lezen:

«De Afdeeling van den Raad, bedoeld in de 2e zinsnede van art. 13, oordeelt over geschillen van bestuur en andere in de gevallen en op de wijze bij de wet te bepalen. Hetzelfde heeft plaats ten aanzien van die geschillen waarover de uitspraak bij bijzondere wetten aan Ons is opgedragen».

den controleur, van wien zij weer ging naar den ontvanger, den persoon wien de klacht gold. Deze gaf dan zijne toelichting en meening, de controleur vereenigde zich in den regel met deze meening, welke dan weer werd overgenomen door den Commissaris. De tegenpartij miste alle gelegenheid om van haren kant de zaak toe te lichten. Op deze gebrekkige gegevens besliste dan de Kroon het geschil.

In dezen toestand is door de wet van 1861 veel verbeterd.

Allereerst schrijft zij in art. 23 voor dat alle geschillen van bestuur, aan 's Konings beslissing onderworpen, door eene Afdeeling van den Raad van State zullen worden onderzocht, welke den Koning de uitspraak zal voordragen.

Voorts regelen de artt. 36—39 de wijze waarop dat onderzoek zal plaats hebben, en den vorm waarin die uitspraak zal worden voorgedragen. Daarbij is gelet op drie voorname beginselen: openbare behandeling, mondelinge voordracht, het hooren van beide partijen.

Eindelijk bepaalt art. 40 dat, indien 's Konings beslissing van het advies der Afdeeling afwijkt, zij met redenen omkleed, in het *Staatsblad* geplaatst wordt, en tevens in de *Staatscourant* wordt openbaar gemaakt met het rapport van het hoofd van het ministerieel departement, dat 's Konings beslissing mede onderteekend heeft, en het ontwerp-besluit dat de Afdeeling den Koning had voorgedragen.

Aan dit laatste artikel vooral is, ook blijkens de beraadslagingen, groote waarde gehecht.

Men zag daarin een waarborg tegen een lichtvaardig afwijken door de Regeering van het advies der Afdeeling voor de geschillen van bestuur, omdat art. 40 der wet haar zou bloot stellen aan het gevaar, „daarover door de

Staten-Generaal te worden aangesproken en vooral ook de publieke opinie der deskundigen tegen zich in het harnas te jagen".

Eigenlijk heeft men het zich voorgesteld dat, wel is waar de Regeering de *bevoegdheid* zou behouden om van de adviezen der Afdeeling af te wijken, maar dat zij toch van die bevoegdheid een hoogst spaarzaam gebruik, voor uiterste gevallen bewaard, maken zoude. Men wees op *Frankrijk*, waar in 1845 bij de beraadslaging in de Kamer over eene nieuwe wet op den Raad van State, geconstateerd werd dat sinds 44 jaren die bevoegdheid niet door de Regeering was uitgeoefend en zij was voorgesteld als „un droit qui avait toujours *théoriquement* appartenu au Gouvernement et dont on ne pouvait admettre l'usage que dans les cas les plus exceptionnels" (2).

Ook bij ons schrijft Mr. HEEMSKERK (3): „Het spreekt van zelf, dat de Minister, voor de Koninklijke beslissing verantwoordelijk, de door den Raad voorgestelde uitspraak aan eigen oordeel moet toetsen, en dat hij dus *somtijds* daarvan afwijkt, al is het wenschelijk, dat dit zoo min mogelijk gebeure."

Nog onlangs is door de Regeering bij monde van den tegenwoordigen Minister van Waterstaat, de waarde van art. 40 der wet van 1861 hoog aangeslagen tegenover de bezwaren die in de Eerste Kamer — m. i. met allen grond — werden ingebracht tegen het ontwerp, dat geworden is de Wet van 23 Mei 1899 (*Stbl.* n°. 129) „tot opheffing van belemmeringen enz." (4).

Het is thans 37 jaar geleden dat de Wet op den Raad van State is in werking getreden (1 Juli 1862).

---

(2) LAFERRIÈRE, Traité de la juridiction administrative I, blz. 207.
(3) De praktijk onzer Grondwet, I blz. 93.
(4) Zie vergadering Eerste Kamer 19 Mei 1899 (Hand. blz. 447.)

Ik wensch aan de hand van enkele cijfers na te gaan of uit het gebruik van art. 40 der wet in die jaren, werkelijk het streven bij de Regeering blijkt, om zooveel als mogelijk is, aan het advies der Afdeeling te ontleenen den waarborg voor vastheid van rechtspraak in het publieke recht.

De *eerste* openbare vergadering van de Afdeeling voor de geschillen van bestuur had plaats op 19 November 1862.

Let men nu op de gevallen, waarin de Kroon van het recht, haar bij de wet van 1861 gegeven, om af te wijken van het advies der Afdeeling gebruik maakte, dan blijkt dat het aantal afwijkende Koninklijke beslissingen in het 37-jarig tijdvak van 1 Juli 1862 tot heden (1 November 1899) bedraagt: 106.

Naar den aard van het onderwerp gerangschikt (5), hadden deze beslissingen betrekking op:

26 geschillen betreffende de toepassing der *Gemeentewet*:

Kon.	besl.	24 Mei	1863	(Stbl.	no.	66.)
»	»	29 Juni	1863	(»	»	97.)
»	»	14 Dec.	1864	(»	»	108.)
»	»	8 Maart	1868	(»	»	31.)
»	»	15 Dec.	1870	(»	»	196.)
»	»	7 Juli	1875	(»	»	132.)
»	»	7 Juli	1875	(»	»	133.)
»	»	22 Juli	1877	(»	»	161.)
»	»	11 Sept.	1878	(»	»	136.)
»	»	29 Nov.	1879	(»	»	204.)
»	»	23 April	1880	(»	»	73.)
»	»	16 Mei	1881	(»	»	59.)
»	»	18 Juli	1882	(»	»	113.)
»	»	19 Febr.	1884	(»	»	32.)

(5) Eene soortgelijke rangschikking, loopende tot 31 Dec. 1879, vindt men bij Jhr. Mr. W. A. C. DE JONGE in «Bijdragen tot de kennis van het Staats- enz. bestuur» dl. 24, blz. 129.

Kon. besl.	23 Maart	1886	(Stbl. no.	44.)
» »	27 Mei	1887	(» »	88.)
» »	8 Dec.	1887	(» »	214.)
» »	19 Dec.	1890	(» »	185.)
» »	21 Oct.	1895	(» »	171.)
» »	10 Aug.	1896	(» »	150.)
» »	4 Febr.	1898	(» »	50.)
» »	9 Febr.	1898	(» »	51.)
» »	13 April	1898	(» »	104.)
» »	19 Sept.	1898	(» »	211.)
» »	28 Sept.	1898	(» »	215.)
» »	10 April	1899	(» »	103.)

4 geschillen betreffende de toepassing der *Armenwet:*

Kon. besl.	21 Maart	1879	(Stbl. no.	49.)
» »	24 Aug.	1897	(» »	196.)
» »	18 Aug.	1898	(» »	201.)
» »	11 Juli	1899	(» »	157.)

30 geschillen betreffende de toepassing der *Lager-Onderwijswet:*

Kon. besl.	26 Febr.	1863	(Stb. no.	13.)
» »	6 Aug.	1871	(» »	94.)
» »	12 Dec.	1876	(» »	239.)
» »	24 Juli	1881	(» »	139.)
» »	11 Oct.	1881	(» »	163.)
» »	15 Juni	1883	(» »	91.)
» »	9 Dec.	1883	(» »	224.)
» »	29 Mei	1885	(» »	123.)
» »	16 Febr.	1891	(» »	31.)
» »	18 Juli	1891	(» »	148.)
» »	24 Juli	1891	(» »	152.)
» »	25 Juli	1891	(» »	154.)
» »	4 Aug.	1891	(» »	156.)
» »	13 Aug.	1891	(» »	159.)
» »	15 Aug.	1891	(» »	160.)
» »	17 Aug.	1891	(» »	161.)
» »	17 Aug.	1891	(» »	162.)
» »	31 Aug.	1891	(» »	164.)
» »	31 Aug.	1891	(» »	165.)

Kon. besl.	1	Sept.	1891	(Stbl.	no.	166.)
» »	19	Febr.	1894	(»	»	33.)
» »	20	Aug.	1895	(»	»	152.)
» »	1	Juli	1896	(»	»	102.)
» »	24	Juni	1897	(»	»	168.)
» »	17	Oct.	1898	(»	»	221.)
» »	23	Jan.	1899	(»	»	49.)
» »	14	Maart	1899	(»	»	77).
» »	28	Juli	1899	(»	»	197.)
» »	3	Aug.	1899	(»	»	198.)
» »	5	Oct.	1899	(»	»	212.)

19 geschillen betreffende de *Wet op de nationale militie:*

Kon. besl.	17	Maart	1863	(Stbl.	no.	18.)
» »	20	Mei	1863	(»	»	63.)
» »	22	Mei	1863	(»	»	64.)
» »	22	Mei	1863	(»	»	65.)
» »	5	Dec.	1870	(»	»	192.)
» »	25	Dec.	1873	(»	»	196*a*.)
» »	7	Juli	1875	(»	»	131.)
» »	21	Juli	1875	(»	»	139.)
» »	15	Aug.	1877	(»	»	167.)
» »	15	Aug.	1878	(»	»	125.)
» »	3	Aug.	1879	(»	»	147.)
» »	31	Juli	1883	(»	»	124.)
» »	9	Juli	1889	(»	»	94.)
» »	12	Jan.	1891	(»	»	25.)
» »	28	April	1894	(»	»	62.)
» »	24	Oct.	1894	(»	»	165.)
» »	19	April	1895	(»	»	44.)
» »	13	Maart	1896	(»	»	38.)
» »	16	Juli	1898	(»	»	189.)

2 geschillen betreffende de *Begraafwet:*

Kon. besl.	11	Febr.	1880	(Stbl.	no.	19.)
» »	24	Sept.	1887	(»	»	165.)

9 geschillen betreffende de *oprichting van fabrieken* enz. (*Hinderwet*):

Kon. besl.	15	Nov.	1867	(Stbl.	no.	114.)

Kon. besl. 12 Dec. 1871 (Stbl. no. 128.)
» » 21 Aug. 1876 (» » 174.)
» » 9 Dec. 1888 (» » 166.)
» » 24 Oct 1895 (» » 172).
» » 3 Jan. 1896 (» » 3.)
» » 23 Oct. 1897 (» » 208.)
» » 29 Sept. 1898 (» » 216.)
» » 9 Jan. 1899 (» » 44.)

2 geschillen betreffende de *Wet op de personeele belasting:*

Kon. besl. 12 Juli 1899 (Stbl. no. 158.)
» » 30 Sept. 1899 (» » 209.)

1 geschil betreffende *burgerlijke pensioenen:*

Kon. besl. 28 Aug. 1894 (Stbl. no. 144.)

1 geschil betreffende *militaire pensioenen:*

Kon. besl. 29 Mei 1899 (Stbl. no. 144.)

7 geschillen betreffende *wegen en voetpaden:*

Kon. besl. 27 Sept. 1870 (Stbl. no. 166.)
» » 10 Aug. 1874 (» » 117.)
» » 27 April 1878 (» » 25.)
» » 12 Febr. 1879 (» » 32.)
» » 3 Juli 1880 (» » 117.)
» » 21 Maart 1881 (» » 41.)
» » 20 Oct. 1896 (» » 165)

5 geschillen betreffende de toepassing van *polderreglementen:*

Kon. besl. 31 Dec. 1876 (Stbl. no. 292.)
» » 28 Sept. 1895 (» » 166.)
» » 10 Dec. 1896 (» » 218.)
» » 24 Juli 1897 (» » 182.)
» » 14 April 1898 (» » 106.)

Te zamen 106 afwijkende beslissingen.

Gaat men nu na hoe dit aantal verdeeld is over de verschillende jaren, sinds 1 Juli 1862 verstreken, dan wordt men getroffen door het feit dat het grootste aandeel geleverd wordt door de jaren, die slechts zeer kort achter ons liggen.

Neemt men het eerste jaar na de in werking treding der Wet op den Raad van State alleen afzonderlijk, en verdeelt men de volgende jaren tot heden in gelijke tijdvakken van twee jaren, dan blijkt dat:

v. 1 Juli 1862	t. 1 Juli 1863	het	aant.	afwijkende	Kon.	besliss.	bedroeg						: 7
» » »	1863 » » »	1865	»	»	»	»	»	»					: 1
» » »	1865 » » »	1867	»	»	»	»	»	»					: 0
» » »	1867 » » »	1869	»	»	»	»	»	»					: 2
» » »	1869 » » »	1871	»	»	»	»	»	»					: 3
» » »	1871 » » »	1873	»	»	»	»	»	»					: 2
» » »	1873 » » »	1875	»	»	»	»	»	»					: 2
» » »	1875 » » »	1877	»	»	»	»	»	»					: 7
» » »	1877 » » »	1879	»	»	»	»	»	»					: 7
» » »	1879 » » »	1881	»	»	»	»	»	»					: 7
» » »	1881 » » »	1883	»	»	»	»	»	»					: 4
» » »	1883 » » »	1885	»	»	»	»	»	»					: 4
» » »	1885 » » »	1887	»	»	»	»	»	»					: 2
» » »	1887 » » »	1889	»	»	»	»	»	»					: 3
» » »	1889 » » »	1891	»	»	»	»	»	»					: 4
» » »	1891 » » »	1893	»	»	»	»	»	»					: 11
» » »	1893 » » »	1895	»	»	»	»	»	»					: 5
» » »	1895 » » »	1897	»	»	»	»	»	»					: 11
» » »	1897 tot heden	»	»	»	»	»	»						: 24

Let men er bij dit overzicht op dat tot de 7 beslissingen, die vallen in het tijdvak 1 Juli 1862—1 Juli 1863, er 4 behooren die alle betrekking hebben op een geschilpunt voortkomende uit den overgang der oude militiewet op de met 1 Jan. 1862 in werking getreden nieuwe wet van 1861, en dat de 11 beslissingen, behoorende tot het tijdvak 1 Juli 1891—1 Juli 1893, *alle*

zonder uitzondering betreffen de interpretatie van het met 1 Jan. 1890 in werking getreden art. 54*bis* der Lager Onderwijswet, dan springt het in het oog hoe tot 1 Juli 1895 het aantal gevallen waarin van het advies der Afdeeling wordt afgeweken, betrekkelijk gering is, maar hoe na 1 Juli 1895 dat aantal belangrijk stijgt en na 1 Juli 1897 buiten verhouding groot wordt.

Men bevindt dan dat van 1 Juli 1895 tot heden, dus over 4 van de 37 jaren, het aantal afwijkingen 35, dus bijna $^1/_3$ van het geheel, en van 1 Juli 1897 tot heden, dus over 2 van de 37 jaren, 24, dus ruim $^1/_5$ van het geheel bedraagt.

Tevens blijkt uit dit overzicht dat de tijdvakken, waarin die stijging van het aantal afwijkingen is waar te nemen, samenvallen met het bewind van de beide laatste Ministeries.

Onder het Ministerie-VAN HOUTEN (9 Mei 1894—27 Juli 1897) vallen van de hierboven genoemde afwijkende beslissingen: 15.

Onder het tegenwoordig Ministerie dat opgetreden is den 27 Juli 1897, vallen tot op heden (1 Nov. 1899) van het aantal afwijkende beslissingen reeds: 23.

Van de eerstgenoemde 15 dragen 8 het contraseign van den Minister VAN HOUTEN zelven; de overige zijn genomen onder de verantwoordelijkheid van een ander lid van het ministerie.

Van de laatstgenoemde 23 dragen het contraseign van den Minister GOEMAN BORGESIUS niet minder dan 16 afwijkende Kon. beslissingen.

Heeft dus de tegenwoordige Minister van Binnenlandsche Zaken gedurende ruim 2 jaar 16 malen gemeend in de noodzakelijkheid te zijn zich niet te vereenigen met het advies van de Afdeeling voor de geschillen van bestuur van den Raad van State, dan is dit reeds vee

meer voorgekomen dan waarin bijv. de Minister THORBECKE die noodzakelijkheid aannam, van wien gedurende zijn tweede en derde ministerie (het eerste valt vóór de invoering der wet op den Raad van State) — d. i. dus over $5^1/_2$ jaar — slechts 10 afwijkende beslissingen zijn uitgegaan, en slechts weinig minder dan gedurende de ruim 10 jaren, dat de Minister HEEMSKERK aan het bewind was, wiens contraseign onder 20 afwijkende beslissingen voorkomt.

Om de beteekenis van dit verschijnsel naar waarde te kunnen schatten, dient intusschen een oogenblik te worden stil gestaan bij hetgeen ter verzwakking van die beteekenis zou kunnen worden tegengeworpen.

Men zou kunnen aanvoeren dat in de laatste jaren door de invoering van onderscheiden wetten, die nieuwe gevallen van beroep op de Kroon in bestuurszaken opleveren, het aantal Koninklijke beslissingen op zich zelf veel grooter is geworden dan in vroegere jaren, en dat daarmede dus de vermeerdering van het aantal van het advies der Afdeeling afwijkende beslissingen van zelf gelijken tred houdt.

Oppervlakkig schijnt dit eene verklaring; toch is zij het bij nadere beschouwing niet.

Waar is, dat sinds eenigen tijd het aantal Koninklijke beslissingen op zich zelf jaarlijks veel grooter is dan vroeger.

Vooral is dit toe te schrijven aan de invoering van drie belangrijke wetten, die de werkzaamheid der Kroon als rechter in bestuursgeschillen hebben uitgebreid.

Op 1 Januari 1890 trad in werking art. 54*bis* der *Wet van* 8 *Dec.* 1889 (*Stbl.* n°. 175) tot herziening der wet op het lager onderwijs. Bij dit artikel wordt, gelijk bekend is, beroep toegelaten op de Kroon van de vaststelling door Gedeputeerde Staten der Rijksbijdrage, toekomende aan de besturen der bijzondere scholen.

Op 1 Januari 1891 zijn in werking getreden de *Wet van 9 Mei* 1890 (*Stbl.* n°. 78) tot regeling van de pensioenen der burgerlijke ambtenaren, de *Wet van 9 Mei* 1890 (*Stbl.* n°. 79) tot regeling van het pensioen der weduwen en weezen van burgerlijke ambtenaren, en de *Wet van 18 Juli* 1890 (*Stbl.* n°. 109) tot regeling der pensioenen van de mindere geëmploijeerden bij zee- en landmacht. Elke dezer wetten geeft, resp. in art. 28, in art. 14 en in art. 32, aan belanghebbenden het recht om, zoo zij zich met de beschikking op hunne aanvrage om pensioen niet kunnen vereenigen, te verlangen dat daarover wordt ingewonnen het advies van de Afdeeling, bedoeld in het tweede lid van art. 13 der Wet op den Raad van State, waarna verder de zaak wordt behandeld als voor andere geschillen van bestuur is bepaald.

Eindelijk is op 1 Januari 1897 in werking getreden de *Wet van 16 April* 1896 (*Stbl.* n°. 72) tot regeling der personeele belasting, die zoowel in art. 4 § 2 als in art. 64 beroep toelaat op de Koningin van de uitspraken der directeurs omtrent vrijstellingen en ontheffingen van belasting.

Dat nu de invoering dezer wetten in de eerste plaats de oorzaak is der belangrijke toeneming in de laatste jaren van het aantal beslissingen in het algemeen, wordt duidelijk, indien men opmerkt dat die vermeerdering het sterkst is sinds het jaar 1891, waarin voor het eerst de geschillen zich voordeden over het eerste jaar van toepassing (1890) van art. 54*bis* Wet L. O., en over de aanvragen krachtens de hierboven genoemde pensioenwetten. Terwijl tot dat tijdstip het aantal beslissingen per jaar omstreeks 100 — nu eens daarboven, dan weer daaronder — bedraagt, overschrijdt dit aantal in 1891 het cijfer 300. Daarop volgen de jaren 1892 tot en met 1896 met een cijfer, dat belangrijk minder is maar toch

150 overschrijdt, totdat een belangrijke stijging op nieuw aanvangt in het jaar 1897, toen zich voor het eerst de geschillen voordeden over de toepassing der bovengenoemde artikelen van de nieuwe wet op het personeel. In 1897 overschrijdt het aantal beslissingen het cijfer 250, in 1898 is het meer dan 300, en dit jaar is het op dit oogenblik reeds de 270 voorbij.

Indien nu deze belangrijke stijging in het aantal beslissingen — duidelijk gevolg der tot stand koming van genoemde wetten — eene verklaring kon zijn van de niet minder belangrijke stijging van het aantal afwijkingen, dan moest een groot deel dezer laatste zich bewegen op het gebied van juist deze wetten zelve.

Dit blijkt intusschen het geval in geenen deele te zijn.

Van de 38 hierboven opgeteekende, sinds 9 Mei 1894 genomen, afwijkende beslissingen hebben op art. 54*bis* Wet L. O. betrekking slechts 6 Kon. besluiten. Hiervan komen *vier* (6) op rekening van de 23 beslissingen, opgeteekend sinds 27 Juli 1897. De wetgeving van 1890 op de burgerlijke pensioenen heeft tot dit aantal slechts *ééne* beslissing bijgedragen, dat vóór het optreden van het tegenwoordige Ministerie valt (7); de nieuwe Wet op het personeel leverde slechts *twee* afwijkende beslissingen, die beide onder dit Ministerie vallen (8).

Al de overige afwijkingen hebben betrekking op geschillen, waarover de Kroon ook in vroegere jaren de beslissing toekwam; de jongste wet tot deze groep behoorende, is de Hinderwet van 1875 (9).

---

(6) Zie de hierboven vermelde Kon. besl^{n}. 17 Oct. 1898 (Stbl. no. 221), 14 Maart 1899 (Stbl. no. 77), 28 Juli 1899 (Stbl. no. 197) en 3 Aug. 1899 (Stbl. no. 198).

(7) Zie hierboven Kon. besl. 28 Aug. 1894 (Stbl, no. 144).

(8) Zie hierboven de Kon. besl^{n}. van 12 Juli 1899 (Stbl. no. 158) en 30 Sept. 1899 (Stbl. no. 209).

(9) Zie het overzicht hierboven,

Mag men dus aannemen dat geen omstandigheden, aan de wetgeving zelve ontleend, het verschijnsel kunnen verklaren waarop hier de aandacht is gevestigd, dan kan het alleen worden toegeschreven aan de opvatting zelve, die de Regeering huldigt omtrent hare verhouding tot het advies der Afdeeling, en dan kan in elk geval als vaststaande worden aangenomen, dat die opvatting sinds het optreden der laatste ministeries zeer sterk van karakter veranderd is.

Toen in de vergadering van de Eerste Kamer der Staten-Generaal van 19 Mei ll. het ontwerp in behandeling was dat geworden is de Wet van 23 Mei 1899 (*Stbl.* no. 129), strekkende om de belemmeringen op te heffen, die bij de uitvoering van werken van openbaar belang uit de bepalingen van verordeningen kunnen voortspruiten, werd in eene hoogst belangrijke discussie door verschillende leden gewezen op den krachtigen greep, die door de voorschriften dezer wet in de zelfstandigheid der lagere corporaties gedaan wordt, en niet zonder reden zelfs twijfel geopperd of met de Grondwet deze voorschriften zich lieten rijmen.

Het was vooral de heer Rutgers van Rozenburg, die verklaarde dáárom zich te minder hiermee te kunnen vereenigen, omdat, wanneer het betrokken bestuur tegen een besluit van Gedeputeerde Staten tot ontheffing van de bepalingen zijner verordening wenscht op te komen, het zich met zijne bezwaren volgens art. 8 der wet te wenden heeft tot de Kroon, zoodat de Regeering, door wie zelve of met wier concessie het bewuste werk ondernomen wordt, in werkelijkheid wordt rechter in eigen zaak. Wel erkende deze spreker dat daarbij de Regeering het advies had te vragen van de Afdeeling voor de geschillen van bestuur van den Raad van State, maar,

liet hij er op volgen, „wanneer wij eens vroeg of laat kregen een Regeering, die, ruim bedeeld met zelfvertrouwen, dit advies van den Raad van State wel pro forma vraagt, maar als het inkomt ongelezen of, na lezing, toch ter zijde legt, zonder zich er aan te storen, en haar eigen zin volgt, dan is men met dit advies van den Raad van State ook in 't minst niet geholpen" (10).

Wat ik getracht heb aan te toonen en wat, naar ik meen, uit de bovenvermelde cijfers ondubbelzinnig blijkt, is dat van dit *„zelfvertrouwen"* bij de behandeling van bestuursgeschillen, waarvoor de heer RUTGERS VAN ROZENBURG „vroeg of laat" vreesde, de Regeering der laatste jaren reeds in voldoende mate blijk gegeven heeft.

En wat moet treffen is dat bij dezelfde gelegenheid de Minister van Waterstaat, in antwoord op de geopperde bezwaren, stellig heeft verklaard dat „in den regel dat advies (van de Afdeeling) door de Regeering gevolgd wordt" (11).

Het schijnt overbodig ten slotte lang stil te staan bij de bezwaren, die de door de Regeering gevolgde praktijk voor de rechtspraak in bestuursgeschillen oplevert.

Men heeft steeds de bij de wet op den Raad van State ingevoerde verplichting tot het hooren van het advies der Afdeeling en de daarbij geregelde procedure, aan de vaststelling van dat advies voorafgaande, beschouwd als een krachtig middel tot verhooging van de deugdelijkheid der te nemen beslissingen en als een belangrijken waarborg tot verkrijging eener vaste jurisprudentie. Zóó is het ook beschouwd door den wetgever van 1861 zelven, gelijk blijkt o. a. uit het door sommigen

(10) Hand. 1ste Kamer 1898/'99, blz. 444.
(11) T. z. p. blz. 447.

in het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer opgeworpen denkbeeld om, ter voorkoming van het gevaar dat de betrokken minister lichtvaardig van het advies der Afdeeling zou afwijken, — waardoor, voegde men er bij, geheel de instelling haar doel zou missen — te bepalen dat voor afwijkende beslissingen vooraf het hooren van den Ministerraad zou noodig zijn. Men nam ten slotte dit voorschrift, voorkomende in de fransche wet van 1845, niet op, niet omdat men minder waarborgen noodig achtte, maar omdat men vreesde juist op die wijze de verantwoordelijkheid van den betrokken Minister te verzwakken. Het *recht* der Regeering om van het advies af te wijken erkende men natuurlijk; men kon moeilijk anders zoolang het advies een advies blijft en de beslissing blijft aan de Kroon. Maar dat men dit recht beschouwd heeft als eene bevoegdheid, waarvan slechts exceptioneel zou worden gebruik gemaakt, staat vast (12).

Vast staat dan, dunkt mij, ook dat wanneer over een tijdsverloop van ruim twee jaren die bevoegdheid *drie en twintig* maal, en door denzelfden Minister *zestien* maal wordt gebruikt, de bedoeling van den wetgever volkomen wordt miskend.

Dat deze praktijk der Regeering daarenboven aan eene deugdelijke beslissing van bestuursgeschillen weinig bevorderlijk kan zijn, behoeft waarlijk nauwelijks te worden opgemerkt.

Voor de door een college van deskundigen voorgedragen beslissing, stelt de Minister zijn eigen oordeel als unicus judex in de plaats.

---

(12) Herinnerd zij hier nog eens aan wat hierboven werd meegedeeld als het oordeel van LAFERRIÈRE omtrent de toepassing van dit recht in Frankrijk, en als dat van Mr. HEEMSKERK omtrent die toepassing hier te lande.

Ik ben er verre van te willen beweren, dat dit college nimmer en de Minister steeds in dat oordeel zou dwalen. Maar indien de Minister den tijd en de kennis bezit zich dat oordeel te vormen, dan heeft op zich zelf het oordeel van een college van vijf personen, voorgelicht door eene contradictoire en mondelinge behandeling der zaak, meer waarde dan dat van één persoon, die van die voorlichting verstoken is. Indien echter de Minister dien tijd mist — wat hoogstwaarschijnlijk is —, en die kennis niet bezit — wat verondersteld mag worden, zonder aan zijne bekwaamheden als Minister te kort te doen —, dan treedt voor het oordeel der Afdeeling in de plaats dat van de ambtenaren, die den Minister ter zijde staan, en in wier handen aldus feitelijk de beslissing van bestuursgeschillen in hoogste instantie is neergelegd.

Het oordeel van de Afdeeling is bovendien een objectief oordeel van wetsinterpretatie; het oordeel van den Minister *kan* niet steeds objectief zijn, wordt althans niet steeds daarvoor gehouden. Wanneer de meeningen kunnen uiteenloopen over de vraag of zeker artikel der kieswet of gemeentewet de toelating van een raadslid verbiedt of veroorlooft, of art. 54*bis* der wet op het lager onderwijs in het voordeel of in het nadeel eener bijzondere school moet worden uitgelegd, of de armenwet toelaat of er zich tegen verzet dat de fondsen van een armbestuur worden besteed aan de vestiging eener dokterswoning, — dan heeft de beslissing over deze vragen, die zich aansluit bij die van de Afdeeling van den Raad van State, al het overige daargelaten, dit groote voordeel boven de andere, dat zij zelfs den *schijn* van niet objectief te zijn vermijdt.

Wanneer men al het voorgaande samenvat en nagaat

hoe een instituut, door den wetgever in 1861 bedoeld als een correctief voor eene administratieve rechtspraak door de administratie, sinds enkele jaren in praktijk is gebracht, dan kan men niet anders dan constateeren dat nimmer die rechtspraak minder waarborgen voor deugdelijkheid heeft opgeleverd dan thans.

Leiden, 1 November 1899.

H. Vos.

Een merkwaardige hypotheekbank.

Het is onder dezen titel, dat de vaardige pen van den Haagschen advocaat Mr. J. LIMBURG in het Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie, n°. 1471, een vlot geschreven opstel leverde over de juridische constructie der in het jaar 1897 opgerichte Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank. Die bank stelt zich ten doel de rechten der pandbriefhouders beter te waarborgen dan tot dusver bij de bestaande hypotheekbanken het geval is. In het aangehaalde opstel wordt herinnerd hoe herhaaldelijk, tot in den laatsten tijd toe, in de Nederlandsche juristenwereld veel gesproken en geschreven is over de vraag op welke wijze het gestelde doel het best te verwezenlijken zou zijn. De Directie der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank, op de hoogte van haren tijd, meende, dat nu de tijd van handelen was gekomen; zij riep, bedriegt althans de rumor publicus niet, voor de teekening van het door haar te stichten gebouw de hulp in van een der bekwaamste rechtsarchitecten in den lande, den hoogleeraar TREUB, thans tevens President van haren Raad van Commissarissen. De bouwmeester zette zich aan den arbeid, en het is zijn ontwerp, waarvoor Mr. LIMBURG aan het slot van zijn artikel den wensch uit, dat het moge bij-

dragen tot de ontwikkeling van het Nederlandsche credietverkeer.

Reeds kort na de oprichting der Hypotheekbriefbank werd schrijver dezer regelen op het door haar in toepassing gebrachte systeem gewezen. De aanvankelijke indruk was niet gunstig. Voor eene meer diepgaande studie ontbraken destijds de tijd en de aanleiding. Te welkomer was daarom de in dezen zomer namens de Directie eener nog op te richten hypotheekbank ontvangen uitnoodiging om verslag te doen of navolging van het stelsel der reeds meer genoemde bank aanbevelenswaardig mocht heeten. Een bevestigend antwoord scheen, niettegenstaande de eerste ongunstige meening, niet te kunnen uitblijven. Waar toch een man als professor TREUB de ontwerper van het systeem is, iemand als Mr. LIMBURG spreekt van eene constructie, „die den vernuftigen ontwerper alle eer aandoet en de houders van schuldbrieven niet langer doet wachten op de hulp, welke de wetgever hun moet bieden", daar is alle waarschijnlijkheid er voor, dat de schuldbriefhouders der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank werkelijk het beloofde land zijn binnengetreden, en dat de Directie dier instelling niet ten onrechte in het prospectus van uitgifte harer schuldbrieven neerschreef, dat bij de wijze van werken van hare bank déconfiture, menschelijkerwijze gesproken, zoo niet onmogelijk, althans buitengemeen onwaarschijnlijk is, en dat daarbij aan de houders van hare hypotheekbrieven de grootst mogelijke zekerheid wordt geboden.

Toch is ook bij nader en meer gezet onderzoek de aanvankelijk opgevatte indruk niet gewijzigd, maar slechts versterkt. Hieronder mogen de gronden worden uiteengezet, waarop die indruk berust. Al, wat het hypothecair crediet betreft, is van zóó groot belang en grijpt zóó in

op den economischen toestand des lands, dat elke poging om eene schrede voorwaarts op den weg der ontwikkeling van dat crediet te doen eene bespreking ten volle verdient. Een aanvang met zoodanige bespreking is reeds gemaakt door den terecht hoog aangeschreven kenner der notarieele practijk, den heer A. Moll, van wiens hand juist op het oogenblik, waarop de copy van dit opstel gereed was gekomen, in n°s. 6 en 7 van den eersten jaargang van het Notarieel Weekblad eene, ongunstige, beoordeeling van het stelsel der Hypotheekbriefbank verscheen.

De door de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank ingeslagen weg en het doel, dat zij daarlangs tracht te bereiken, worden het best gekend uit het prospectus van uitgifte harer schuldbrieven en de daarachter afgedrukte overeenkomst met het Algemeen Administratie- en Trustkantoor te Rotterdam (1). — Terecht wijst de Directie der Bank er op, dat een pandbrief eigenlijk een brief is zonder pand, nl. zonder ander onderpand dan de gemeenschappelijke waarborg, dien de wet bij artikel 1178 B. W. in de goederen van den schuldenaar aan diens gezamelijke schuldeischers toekent, dat alzoo de pandbriefhouders eener hypotheekbank gewone concurrente crediteuren zijn, die bij faillissement der bank zonder voorrang zijn boven de gewone schuldeischers en zelfs bij de preferente crediteuren ten achter staan. En eveneens wijst zij terecht er op, dat pandbriefhouders geen afdoenden waarborg bezitten, dat eene bank niet meer pandbrieven uitgeeft of in omloop houdt dan het bedrag harer uitstaande hypothecaire vorderingen beloopt, wat bij een juist beheer het geval moet zijn.

(1) Een uittreksel uit die overeenkomst, voorzoover ten deze van belang, volgt achter dit opstel.

Beide bezwaren tracht de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank te verhelpen.

Het zwaartepunt van hare daartoe met het Rotterdamsche Trustkantoor gesloten overeenkomst ligt, gelijk Mr. LIMBURG in zijne verhandeling opmerkt, in de regeling der eerstbedoelde moeilijkheid. *Bij het sluiten van elke hypotheek komt de Bank met den geldnemer overeen, dat, ingeval zij aan zekere verplichtingen jegens hare schuldbriefhouders niet voldoet, hare vordering met de daaraan verbonden hypotheek overgaat op het Trustkantoor, ten behoeve van de gezamenlijke houders van schuldbrieven, te wier bate het Trustkantoor de vordering liquideert;* het Trustkantoor is bij het verlijden der hypotheekacte vertegenwoordigd en neemt de door de Bank gedane voorwaardelijke overdracht aan. Hierdoor krijgen, naar men meent, schuldbriefhouders speciaal in geval van déconfiture der Bank boven alle andere crediteuren voorrecht op de gezamelijke ten name der Bank uitstaande vorderingen. En deze omstandigheid schijnt aan de Directie der Bank van zóóveel belang, dat zij er aanleiding in vindt om hare schuldbrieven hypotheekbrieven te noemen en hare instelling daarnaar te doopen en als Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank aan het geldbeleggend publiek voor te stellen.

Over dien naam slechts een enkel woord. Toegegeven, dat de tegenwoordige voor schuldbrieven eener hypotheekbank algemeen gebruikelijke uitdrukking „pandbrieven" onjuist is, omdat die brieven inderdaad geen pandrecht geven, dat verder aan de schuldbrieven der hier besproken bank wel een zakelijk recht is verbonden en dat zij daarom volmaakt juist als „hypotheekbrieven" worden betiteld, dan nog is dit geen voldoende grond voor het bezigen der raadselachtige uitdrukking „hypotheekbriefbank", waaruit niemand zonder nadere toelichting kan begrijpen, dat daarmede eene hypotheekbank

wordt bedoeld. De uitdrukking is alleen van het standpunt van den businessman te verdedigen, in zooverre als zij een vreemde term is, die de aandacht van het publiek trekt en reclame maakt. Maar deze commercieele factor is op zichzelf, althans zoolang men meent, dat de zaken bij haar juisten naam moeten worden genoemd, nog niet genoeg om de vervanging te rechtvaardigen van de uitdrukking „hypotheekbank", met of zonder nadere toevoeging, door eene andere, die slechts de vraag doet rijzen welke merkwaardige instelling daarmede wordt bedoeld en wat wel de werkkring daarvan zijn mag. Eene hypotheekbriefbank is hoogstens een bank, die hypotheekbrieven uitgeeft, maar dat zij hypotheken sluit, blijkt uit niets. Met evenveel recht zou de Boxtel-Wesel Spoorwegmaatschappij, die eveneens door hypotheek gedekte schuldbrieven uitgeeft, zich hypotheekbriefmaatschappij kunnen betitelen. De uitvinders der nieuwe uitdrukking hebben het bedrijf der Bank, waaraan haar naam ontleend moet zijn, verward met het middel, waardoor dat bedrijf bevorderd wordt.

Overigens is de vraag, of de naam van eene onderneming meer of minder juist gekozen is, van weinig belang; zij valt geheel weg bij die of er aan haar systeem iets hapert. Die vraag is voor de hier besproken instelling aldus nader te formuleeren, of de voorwaardelijke cessie, waarop de beweerde zekerheid der schuldbriefhouders van de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank steunt, wel aan de eischen van het strenge recht voldoet.

Artikel 3 der tusschen de Bank en het Trustkantoor gesloten overeenkomst houdt in, gelijk hiervoren reeds werd medegedeeld, dat, ingeval de Bank aan hare verplichtingen jegens een of meer houders van algemeene hypotheekbrieven niet voldoet, alle vorderingen uit de

door haar onder hypothecair verband gesloten leeningen, waartegenover algemeene hypotheekbrieven zijn uitgegeven, overgaan, voorzoover die vorderingen alsdan nog niet zullen zijn afgelost, op het Trustkantoor, ten behoeve van de gezamelijke houders dier hypotheekbrieven, teneinde ten hunnen bate te worden geliquideerd. Artikel 9 bevat, dat de Bank zich verbindt bij alle geldleeningen te bedingen, dat de schuldenaar bewillige in de voorwaardelijke overdracht zijner schuld. In artikel 6 verklaart de Bank nog eens uitdrukkelijk toe te stemmen in de voorwaardelijke, in artikel 3 bedoelde overdracht van al hare hypothecaire vorderingen en verklaart het Trustkantoor die voorwaardelijke overdracht ten behoeve van hen, die op het tijdstip van de vervulling der voorwaarde houders zullen zijn van hypotheekbrieven, aan te nemen. Eindelijk treedt het Trustkantoor, teneinde aan de hiervoren uiteengezette overeenkomst werking te verschaffen, bij elke geldleening, die de Bank afsluit, op ten behoeve der hypotheekbriefhouders.

De hoofdlijnen der geheele constructie zijn hiermede aangegeven. In iedere acte van geldleening komt, ter voldoening aan de met het Trustkantoor gesloten overeenkomst, de bepaling voor, dat, zoo de Bank in eenige verplichting jegens hare schuldbriefhouders te kort schiet, hare vordering tegen den geldnemer overgaat op het Trustkantoor ten behoeve van de gezamelijke houders van door haar uitgegeven of uit te geven hypotheekbrieven; een gemachtigde van het Trustkantoor neemt deze voorwaardelijke overdracht aan.

De juiste in het hierboven aangehaald artikel 3 voorkomende woorden zijn, „dat ingeval partij ter eene (de Bank) hare verplichtingen jegens hypotheekbriefhouders niet nakomt, al hare hypothecaire vorderingen overgaan

op partij ter andere zijde (het Trustkantoor), ten behoeve van de gezamelijke houders der algemeene hypotheekbrieven", ten einde die vorderingen te hunnen behoeve te innen en de opbrengst onder hen te verdeelen.

Deze woorden laten eenige onzekerheid welke rechtsfiguur is bedoeld. De mogelijkheid bestaat, dat daarmede beoogd is een overdracht der vorderingen aan het Trustkantoor zelf, voor zich, onder den last om aan de hypotheekbriefhouders het beloop der geïnde vorderingen uit te keeren. Maar men kan ze ook zoo opvatten, dat de vorderingen voorwaardelijk worden gecedeerd aan het Trustkantoor als vertegenwoordiger der houders van hypotheekbrieven, en dus inderdaad aan dezen. In de eerste onderstelling worden trustees, in de tweede schuldbriefhouders de onmiddellijk gerechtigden tot de overgedragen hypothecaire vorderingen.

De laatste onderstelling schijnt, al neemt notaris Moll de eerste aan, als juist te moeten worden aangemerkt. Vooreerst om het verband van het reeds aangehaald artikel 3 met de artikelen 1, 6, 24 en 29 der overeenkomst met het Trustkantoor, waaruit mag worden afgeleid, dat dit laatste de voorwaardelijke overdracht bedingt voor en aan hypotheekbriefhouders. In de tweede en voornaamste plaats, omdat de schuldbrieven der Hypotheekbriefbank zonder eenigen of den minsten grond als „hypotheekbrieven" zouden zijn betiteld, zoo, niet de houders daarvan, maar trustees de gerechtigden tot de hypothecaire schuldvorderingen mochten zijn en eerstbedoelden tegen laatstgenoemden alleen eene persoonlijke actie tot uitkeering van de geïnde bedragen der op hen overgegane vorderingen mochten hebben. De hypotheekbrieven zouden dan toch, gelijk de door notaris Moll van zijn standpunt volmaakt terecht getrokken conclusie luidt, precies als de tegenwoordige

pandbrieven brieven zijn zonder zakelijk onderpand. Maar het is niet aannemelijk, dat de directie eener hypotheekbank, die tegen het gebruik der uitdrukking pandbrieven zulk een bezwaar heeft omdat zij tot misverstand aanleiding geeft en denken doet aan een niet bestaand zakelijk recht, de met pandbrieven geheel gelijkwaardige uitdrukking hypotheekbrieven zou bezigen, indien aan die hypotheekbrieven geen schijn of schaduw van zakelijk recht verbonden ware.

Indien alzoo moet worden aangenomen, dat hypotheekbriefhouders, en niet trustees, de voorwaardelijk gerechtigden worden tot de hypothecaire vorderingen der Bank, dan doet zich de moeilijkheid voor, dat naar ons burgerlijk recht de mogelijkheid van eene hypotheek aan toonder door verschillende, waaronder gezaghebbende Nederlandsche juristen wordt ontkend. Mr. LIMBURG wijst op deze moeilijkheid, waar hij de mogelijkheid onderzoekt om aan de gezamelijke schuldbriefhouders eene hypotheek te geven op de gezamelijke hypotheken der Bank. Maar hier zou men eveneens eene toonderhypotheek bekomen. Het moge waar zijn, dat de Bank voor hare schuld aan hypotheekbriefhouders geene hypotheek op hare onroerende bezittingen verleent, maar slechts de hypothecaire vorderingen cedeert, welke zij zelve heeft tegen derden. Maar tengevolge van deze cessie moeten niet alleen de vorderingen, welke aanvankelijk op naam stonden, nl. ten name der Bank, vorderingen worden aan toonder, — wat op zichzelf reeds bedenkelijk is, — maar moet bovendien de daarvoor bedongen onderzetting, welke aanvankelijk ten behoeve der Bank werd verleend en ten haren name luidde, voortaan gelden ten behoeve van de onbekende houders van toonderpapier, nl. hypotheekbrieven, en ten hunnen

name worden gesteld. Is echter hypotheek aan houders van toonderpapier werkelijk naar ons recht onbestaanbaar, dan kunnen houders van niet op naam staande schuldbrieven eener hypotheekbank niet slechts voor hunne vorderingen tegen de Bank zelve, maar ook voor de vorderingen, die zij van de Bank tegen de debiteuren van deze overnemen, geen recht van onderzetting hebben.

In de practijk komen meermalen hypotheken ten behoeve van houders van toonderpapier voor; men waagt het er op. Dit wordt in de Memorie van Toelichting tot de artikelen 327 en 328 van het nieuwe Ontwerp IIde Boek B. W. herinnerd. Maar tevens wordt er bijgevoegd, dat de geldigheid van aldus verleende hypotheken niet zóó boven bedenking verheven is of eene uitdrukkelijke erkenning is gewenscht. Vandaar, dat de ontbonden Staatscommissie voor de voortzetting der herziening van het B. W. in artikel 327 van haar Ontwerp voorstelt de mogelijkheid van het geven van hypotheek ten behoeve van houders van aandeelen aan toonder in eene geldleening in de wet neer te schrijven, maar ook alleen ten behoeve van zoodanige houders; voor geene andere aan toonder luidende verbintenissen kan, volgens artikel 328, onderzetting worden verleend. Slechts de bestaande practijk wordt dus gesanctionneerd. Deze gaat aldus te werk: wanneer eene of andere maatschappij of instelling eene hypothecaire obligatieleening wenscht uit te geven, wendt zij zich tot financiers, die bereid zijn die leening te plaatsen; deze personen treden in de acte van geldleening als geldschieters op en ontvangen voor het door hen verstrekte bedrag obligaties aan toonder. Tot zekerheid van de terugbetaling van het geleende aan de met name in de acte genoemde geldschieters of aan de latere verkrijgers der afgegeven obli-

gaties wordt eene hypotheek verleend, waarbij dan tevens wordt bepaald, dat alle rechten, den crediteuren deswege toekomende, voor en namens dezen zullen worden uitgeoefend door een of meer bij de acte aangewezen vertegenwoordigers. Ziedaar de verbintenissen aan toonder, waarvan de praktijk verzekering door hypotheek kent: na de invoering van het nieuwe Ontwerp IIde Boek zal die practijk een wettelijken grondslag hebben. Maar hier geldt het geheel andere verbintenissen, nl. niet toonderverbintenissen jegens aandeelhouders in eene geldleening, de eenige, welke het Ontwerp noemt, maar verbintenissen, door de geldnemers der Bank jegens deze ten haren name aangegaan en door de Bank aan onbekende, zoo tegenwoordige als toekomstige hypotheekbriefhouders weder overgedragen. Voor die verbintenissen zou naar het systeem der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank aan de houders der door haar uitgegeven hypotheekbrieven eene hypotheek toekomen. Met andere woorden: houders van toonderpapier zouden eene hypotheek kunnen hebben, niet verbonden aan hunne uit dat papier voortspruitende vorderingen, maar aan geheel andere vorderingen, oorspronkelijk op naam luidende, niet tegen, maar aan de Bank toekomende, en van deze op de onbekende hypotheekbriefhouders overgegaan. Voorzeker eene vreemde en gecompliceerde, in de practijk tot dusver onbekende rechtsfiguur, waarvan de bestaanbaarheid door het Ontwerp der Staatscommissie stellig wordt ontkend en die door notaris Moll zeker niet zonder recht „juridisch kwalijk verdedigbaar" wordt genoemd.

Er is echter meer. Volgens de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank zou eene hypotheek door iemand, die haar zelf nog niet verkregen heeft, kunnen worden

overgedragen aan een vertegenwoordiger van personen, die nog niet bestaan.

Hypotheek wordt eerst verkregen door de inschrijving van een borderel; te voren heeft men niets wat op een zakelijk recht gelijkt. De hypotheken, door de Hypotheekbriefbank bedongen, komen dus noodzakelijk eerst tot stand na het verlijden der acten, waarbij zij worden verleend. Maar reeds bij dit verlijden zelf en bij die eigen acten wordt over de nog in een embryonalen toestand verkeerende, ongeboren hypotheken beschikt, zij het dan ook voorwaardelijk. Volgens artikel 639 B. W. wordt eigendom van zaken verkregen door levering tengevolge van eenen rechtstitel van eigendomsovergang, afkomstig van dengeen, die gerechtigd was over de zaak te beschikken. Die bepaling geldt algemeen, voor de overdracht van alle zakelijke rechten. Treedt hier echter niet evenals o. a. in artikel 1507 B. W. het verlangen des wetgevers aan den dag, dat hij, die een zakelijk recht wil overdragen, dat zakelijk recht eerst zelf moet hebben verkregen? En nu moge men dit stelsel zooveel laken als men wil, men moge omgekeerd het in de Staatscommissie voor de voortzetting der herziening van het B. W. prijzen, dat zij in de laatste alinea van haar artikel 100 Ontwerp IIde Boek, voor de overige zakelijke rechten elders toepasselijk verklaard, bepaald heeft, dat, zoo de acte afkomstig is van iemand, die ten tijde van het verlijden geen eigenaar was, doch later den eigendom verkreeg, de overdracht werkt van het oogenblik dier verkrijging, indien de acte toen reeds overgeschreven was, en anders van het oogenblik der overschrijving, in elk geval heeft men thans nog met de bestaande wet te rekenen. Geschiedt dit door de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank? Haar systeem berust op de onderstelling, dat eene hypotheek kan worden overgedragen

door iemand, nl. de Bank, die zelf ten tijde der overdracht die hypotheek nog niet bezit, en dat de inschrijving dier overdracht kan plaats vinden, niet pas nadat het borderel der door de Bank bedongen hypotheek op de registers is geboekt en daarmede de Bank hypotheekhoudster is geworden, maar op datzelfde oogenblik, bij ééne en dezelfde verrichting des hypotheekbewaarders. Eene onderstelling, die niet van waaghalzerij is vrij te pleiten.

De vordering der Bank met de daaraan verbonden hypotheek wordt voorwaardelijk overgedragen op het eigen tijdstip, waarop de Bank haar verwerft. Die overdracht wordt aangenomen door den gemachtigde van het Trustkantoor. Ten behoeve van wie? Van personen, die ten deele nog in het geheel niet bestaan; immers niet slechts van de houders van reeds uitgegeven, maar ook van die van nog uit te geven hypotheekbrieven. Ten behoeve van hen allen zonder onderscheid treedt het Trustkantoor in de acte op. Is dit evenwel mogelijk? Voor eene cessie is noodig het bestaan van twee partijen, cedent en cessionaris. De cessionaris ontbreekt hier. Wel kan men door een vertegenwoordiger optreden. En zelfs kan men aannemen, dat iemand vertegenwoordigd kan worden zonder daartoe opdracht te hebben verstrekt; de ratihabitie helpt hier. Maar dat de werking der ratihabitie zóóver zou gaan, dat dientengevolge een cessionaris, van wien ten tijde der cessie nog niets te bespeuren viel, nl. de toekomstige houder van nog uit te geven hypotheekbrieven, geacht zou kunnen worden op dat tijdstip reeds bestaan te hebben, eenvoudig omdat iemand, tot wien hij destijds in geenerlei relatie stond en niet kon staan omdat hij toen nog niet in leven was, goed heeft gevonden voor hem op te treden, is toch wel wat al te kras. Men zou op die manier, al is men pas aan zijn eersteling toe, even-

goed voor zijne achterkleinkinderen eene schenking of welke andere praestatie ook kunnen aanvaarden.

Ten slotte, om daarmede de juridische bezwaren te besluiten, een laatste punt. De regeling, door de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank ontworpen, moet voornamelijk dienst doen voor het geval, dat zij in staat van faillissement geraakt. Het prospectus voor de uitgifte harer hypotheekbrieven zegt het onomwonden, dat het er om te doen is te bewerken, dat bij eventueele déconfiture de hypotheekbriefhouders uitsluitend bevoorrecht zullen zijn op de ten name der Bank uitstaande hypothecaire vorderingen, die „alsdan" overgaan aan het Trustkantoor. Alsdan! Dat is: na het uitbreken van het faillissement. Maar zal de curator dit maar zoo lijdelijk aanzien? Mr. Limburg meent, dat van de zijde der Bank nimmer verzet tegen den overgang der vorderingen denkbaar is. Het valt te betwijfelen; wanneer er eenmaal moeilijkheden ontstaan tusschen de Bank en de trustees, zal eerstgenoemde zich wel met hand en tand tegen elke liquidatie harer bezittingen verzetten. Maar in elk geval zal de curator dit doen, wanneer ooit een faillissement uitbreekt; de hier besproken voorwaardelijke cessie levert te veel stof tot procedeeren om kalm bij de pakken neer te zitten en toe te zien, dat uit den boedel ten behoeve van een deel der crediteuren en ten nadeele der overigen het grootste deel der baten wegvloeit. Zeker, de curator kan niet altijd beletten, dat na het faillissement de omvang van het actief inkrimpt. De schuldeischers kunnen reclameeren; dit recht berust op de wet. Een onroerend goed, dat reeds is verkocht, maar nog niet geleverd, kan, naar de rechtspraak onder het oude W. v. Kh., tengevolge van de overschrijving der koopacte den boedel verlaten; maar in dat geval

had de kooper reeds vóór het faillissement een definitief, onvoorwaardelijk recht tegen den verkooper verkregen. Maar hier is het geheel iets anders; de hypotheekbriefhouders erlangen hunne volledige aanspraken eerst na het tijdstip der faillietverklaring, evenals ook eerst na dat tijdstip de voorwaardelijk gecedeerde vorderingen op hen overgaan. Tot op dat oogenblik behooren de vorderingen aan de Bank. En regel is, dat hetgeen op het tijdstip van een faillissement aan den gefailleerde behoort in den boedel valt en blijft; artikel 35 Faillissementswet is wel een treffend voorbeeld hoe streng de wetgever dit beginsel heeft gehandhaafd.

Het streven der Hypotheekbriefbank is om ingeval van déconfiture aan hare hypotheekbriefhouders voorrang boven de overige crediteuren te verzekeren. Dat, en dat alleen. Maar voorrang wordt alleen verkregen krachtens de wet, of door den weg te volgen, dien de wet aanwijst. Van wettelijken voorrang is natuurlijk hier geen sprake. Pandrecht zou alleen de vorderingen, zonder de daaraan verbonden hypotheken, omvatten, daargelaten of dit recht hier practisch bruikbaar zou zijn. En hypotheek te geven aan hypotheekhouders op de ten name der Bank uitstaande hypothecaire vorderingen is, gelijk Mr. Limburg terecht opmerkt, een waagstuk, dat dengene, die het tracht te ondernemen, èn feitelijk èn in rechten meer verdriet dan genoegen zal bezorgen.

Deze overwegingen hadden er toe moeten leiden de pogingen tot het bereiken van het gestelde doel op te geven. Maar in plaats daarvan heeft men getracht langs een omweg te verkrijgen wat men niet rechtstreeks bekomen kon. Men heeft eene voorwaardelijke cessie uitgevonden, waarvan de strekking geene andere is dan aan hypotheekbriefhouders hypotheek te geven op de eigen

hypotheken der Bank. Er is geene reëele cessie; de vorderingen der Bank worden, ook niet voorwaardelijk, tegen een bepaalden prijs aan hypotheekbriefhouders overgedragen. Deze blijven, volgens artikel 7 van het met het Trustkantoor gesloten contract, voor de volle som schuldeischers van de Bank, evenals te voren, met dien verstande, dat hetgeen zij uit de liquidatie der overgedragen vorderingen ontvangen in mindering komt van datgeen, waarop zij volgens den hypotheekbrief recht hebben. Het Trustkantoor betaalt uit de opbrengst der geliquideerde vorderingen, voorzooveel deze toereikend is, aan hypotheekbriefhouders de bedragen hunner schuldbrieven uit (artikel 3). Er wordt hier dus inderdaad en enkel en alleen een voorrang gefabriekt, volkomen overeenstemmende met dien, welken eene hypotheek op hypothecaire vorderingen geeft; de cessie is slechts gefingeerd. Maar om een voorrang rechtsgeldig tot stand te brengen, moet de vorm worden gebezigd, dien de wet voorschrijft, op straffe dat anders niets tot stand komt. De vorm is hier een essentieel element; men heeft te dien aanzien de daarvoor bestaande voorschriften op te volgen. Eene hypotheek te willen vestigen op andere wijze dan de wet aangeeft is ondoenlijk; men kan niet straffeloos van de wet afwijken. Het algemeen belang is hierbij betrokken; de wet laat niet aan ieders beleefdheid over overeenkomsten te sluiten, waardoor ingeval van faillissement de eene crediteur alles, de ander niets ontvangen zou. Wanneer een gewoon particulier met zijn crediteur afspreekt, dat, ingeval hij mocht failleeren, die crediteur eigenaar zal zijn van en zich zal kunnen verhalen op zijn huis, of op eene vordering, welke de gefailleerde op een derde heeft, dan zal men wel niet aarzelen om zoodanige overeenkomst krachteloos te verklaren. Maar er is geen reden waarom

het anders zijn zou indien het eene hypotheekbank geldt.

Van een juridisch standpunt schijnen alzoo bij het ontwerpen van het door de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank voor hare schuldbriefhouders opgetrokken gebouw ernstige fouten te zijn gemaakt. Zelfs dan echter, wanneer men voor zich over een of meer der hiervoren besproken bezwaren zou willen heenstappen, blijft het de vraag of de rechtspraak dit ook zou willen doen. Maar alles, wat het hypothecair crediet betreft, moet een hechten grondslag hebben; aanleiding tot twijfel moet zijn uitgesloten. Een eerste eisch om op een zakelijk onderpand af te gaan, is, dat de wijze, waarop het wordt verleend, volmaakt rechtszeker is. Waagstukken, met welke goede bedoelingen ook verricht, zijn verboden spel.

Aan het vorenstaande getoetst en van een zuiver leerstellig standpunt beschouwd, schijnt het systeem der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank alzoo geen succes. Trustees zullen, wanneer hun ingrijpen ooit mocht noodig zijn, nog wel eens menig uur van spanning en onzekerheid doorleven; hun taak is, indien de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank werkelijk eens mocht failleeren, geenszins benijdenswaardig. Ook dan echter, wanneer een geheel andere maatstaf dan die van het strenge recht wordt aangelegd en wanneer aan finantieele en practische overwegingen een plaats wordt geruimd, schijnt het hier besproken stelsel een failure en zonder eenig of het minste belang voor hen, aan wie het als een redding uit den nood wordt aangeprezen. *De ontwerper van het systeem gaat uit van deze stelling, dat de schuldbriefhouders eener hypotheekbank groote behoefte hebben aan voorrang boven hunne medecrediteuren. Hij neemt verder aan, dat de voorrang, zooals hij hun dien in zijn systeem tracht te verschaffen, inderdaad een voordeel is.*

De juistheid van een en ander echter staat niets minder dan vast.

Hebben schuldbriefhouders eener hypotheekbank werkelijk zoozeer behoefte aan voorrang boven hunne medecrediteuren? Ja, zegt het prospectus der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank. „Om slechts één voorbeeld te geven, — zoo luidt het daar —: Wanneer eene hypotheekbank, met het oogmerk om haren naderenden val zoo lang mogelijk uit te stellen, verschillende onderpanden, die het bedrag der hypothecaire leening niet kunnen opbrengen, zelve inkoopt en zich — als het aan den man brengen van nieuwe pandbrieven haar moeilijk wordt — het geld tot het voortzetten harer operatiën verschaft, door zelve op die ingekochte onderpanden geld op hypotheek op te nemen, dan zullen de pandbriefhouders, als het tot de liquidatie komt, een goed deel van hun gewaand onderpand te hunnen nadeele uitsluitend zien ten goede komen aan diegenen, die, in tegenstelling met hen zelven, niet slechts in naam, maar in werkelijkheid een zakelijk onderpand hebben."

Welk een fantastisch voorbeeld! En hoevele en hoe onwaarschijnlijke omstandigheden moeten niet samenloopen, alvorens het ooit in de werkelijkheid zich zal voordoen? De steller van het prospectus gaat uit o. m. van deze onderstelling, dat eene bank een pand heeft ingekocht, omdat dit het bedrag der hypotheek niet kan opbrengen, en dat de bank nu zelf op dat pand hypotheek gaat nemen bij eene andere bank om met het bedrag der leening allerlei gaten te stoppen en haar naderenden val te verschuiven. Maar is dit aannemelijk? Het bedrag, dat eene andere bank op bedoeld pand zal willen schieten, zal altijd wel minder zijn dan dat der werkelijke waarde. Maar dan zal de in nood verkeerende bank, die zoo dringend en zoo onmiddellijk behoefte

heeft aan kasgeld, het pand liever voor een bod, overeenkomende met de werkelijke waarde, laten loopen, ook al wordt zij door dat bod niet gedekt, dan elders eene hypotheek tot een nog lager bedrag te sluiten. Gesteld, dat op het bedoelde pand f 15.000 is voorgeschoten en dat het pand slechts f 10.000 waard is, dan zal de excuteerende bank het liever voor f 10.000 laten gaan, dan het in te koopen, om er naderhand op zijn hoogst f 7500.— op hypotheek voor te krijgen. Maar zelfs dit daargelaten, is nu voor het ondersteld geval, hetwelk het prospectus, „slechts een voorbeeld" noemt, maar dat toch wel niet met veel andere dergelijke voorbeelden zal te vermeerderen zijn, het geheele ingewikkelde knutselwerk der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank noodig? Het valt te betwijfelen of reeds thans, volgens de statuten van verreweg de meeste banken, de directiën wel bevoegd zouden zijn ingekochte onderpanden te hypothekeeren. Maar in ieder geval kan dit door eene eenvoudige bepaling in de statuten worden uitgesloten. Daartoe is het werkelijk geenszins noodig om, zooals de Hypotheekbriefbank heeft gedaan, met een Trustkantoor eene overeenkomst te treffen, volgens welke alle ingekochte panden ten behoeve van schuldbriefhouders aan dat kantoor zullen worden verbonden (artikel 12). Inderdaad eene bepaling, die misschien op schuldbriefhouders heel wat indruk maakt, maar die toch eigenlijk een kostbare en omslachtige weg is, waar men er zooveel makkelijker, goedkooper en zekerder komen kan.

Laat men toch rekening houden met de werkelijkheid. En die werkelijkheid is, — men behoeft hiertoe slechts de balansen onzer hypotheekbanken in te zien, — dat hare schulden, andere dan die aan pandbriefhouders, slechts een bitter klein gedeelte van haar totaal passief uitmaken,

een druppel in de zee. De Rotterdamsche Hypotheekbank b.v. heeft ongeveer 35 millioen pandbrieven uitstaan. Wat beteekenen daarnaast de luttele vorderingen voor kantoorhuur, gas, die van personeel, drukker en anderen? Of pandbriefhouders bij liquidatie met deze crediteuren moeten deelen of niet, maakt geen noemenswaardig verschil uit, misschien eene fractie van een percent. En wat staat nu tegenover het kleine voordeel, dat de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank aan hare schuldbriefhouders tracht te bezorgen? Dit groote nadeel, dat ingeval het ondersteld geval zich voordoet en de Bank in déconfiture geraakt, de fiscus voor den overgang harer vorderingen op schuldbriefhouders het recht van cessie, 1 1/2 %, heft, en dat het Trustkantoor nog eens 1/2 % bekomt. Dit alles moet van de opbrengst der gecedeerde schuldvorderingen af en komt dus uit den zak van hypotheekbriefhouders; voor hen is alzoo de behaalde winst een van duizenden, die voor tienduizenden wordt gekocht.

Maar er is nog meer. Hypotheekbriefhouders hebben, zoo het heet, een vertegenwoordiger in het Trustkantoor. Maar het is een merkwaardig soort vertegenwoordiger, over wien zij niets te zeggen hebben, die buiten hen om handelt, en dien zij niet kunnen afzetten. Tusschen beiden bestaat naar het met het Trustkantoor gesloten contract geen andere rechtsbetrekking dan dat hypotheekbriefhouders — misschien — individueel de trustees kunnen aanspreken tot vergoeding van de door een onrichtig optreden veroorzaakte schade. Maar tegen zoodanig optreden zelf kunnen zij niets doen. Wenschen zij hun vertegenwoordiger zekere gedragslijn voor te schrijven, zij zijn hiertoe onmachtig. Is b.v. de groote meerderheid van hypotheekbriefhouders van oordeel, dat, al is de Bank misschien in eenige minder beduidende ver-

plichting jegens schuldbriefhouders tekort geschoten — want ook zoodanige gevallen zijn voorzien — en al zou dus naar de bepalingen der acte de trustee tot liquidatie moeten overgaan, zulks met het oog op bizondere omstandigheden minder gewenscht is, zoo missen zij de bevoegdheid om in dien zin eene opdracht te doen. Liquidatie is in alle bij de acte voorziene gevallen imperatief voorgeschreven, zonder dat naar het verlangen van hypotheekbriefhouders wordt gevraagd of aan dezen een stem in het kapittel wordt toegekend; hypotheekbriefhouders missen de bevoegdheid zich te uiten. Zij missen het recht andere trustees te kiezen wanneer zij niet langer van de in functie zijnde gediend zijn. Treden trustees af, niet hypotheekbriefhouders, maar de Bank benoemt andere. „Ingeval — zoo luidt artikel 30 — deze overeenkomst vervalt, verbindt partij ter eene (de Bank) zich jegens de houders harer algemeene hypotheekbrieven zoo spoedig mogelijk eene overeenkomst van gelijke strekking aan te gaan met eene maatschappij, welker werkkring met dien van partij ter andere (het Trustkantoor) in hoofdzaak overeenstemt". Hypotheekbriefhouders zijn alzoo vrijwel afhankelijk van de vriendelijkheid en den meerderen of minderen goeden wil der Bank indien de overeenkomst, b.v. wegens het verstrijken van den bepaalden termijn, 20 jaren, niet wordt vernieuwd, of wel het Trustkantoor liquideert.

Dit laatste geval is speciaal bij de overeenkomst voorzien. In artikel 26 toch leest men: „Zij (deze overeenkomst) vervalt van rechtswege van het oogenblik, dat partij ter andere (het Trustkantoor) om eenigerlei reden, welke ook, in staat van liquidatie gaat verkeeren". Alzoo, trustees hebben het in hun macht elk oogenblik zich aan de verdere vervulling hunner verplichtingen te onttrekken; zij hebben daartoe slechts te liquideeren. Hypo-

theekbriefhouders staan dan onbeschermd; alle rechten, die zij hadden, komen eensklaps te vervallen. „Zoodra — luidt artikel 29 — deze overeenkomst, om welke reden ook, is vervallen, houden voor partij ter andere (het Trustkantoor) alle rechten op, welke zij uit deze overeenkomst ontleent, hetzij voor zich zelve, hetzij ten behoeve van de houders der door partij ter eene (de Bank) uitgegeven algemeene hypotheekbrieven. Alsdan vervallen alle verplichtingen, uit deze overeenkomst voor partij ter eene (de Bank) jegens partij ter andere (het Trustkantoor) voortvloeiende, en dat wel niet alleen ten aanzien van nieuw te sluiten hypothecaire geldleeningen en uit te geven algemeene hypotheekbrieven, maar evenzeer ten aanzien van de onder de werking dezer overeenkomst gesloten hypothecaire geldleeningen, ingekochte onderpanden en uitgegeven algemeene hypotheekbrieven, zoodat alle rechten, welke voor partij ter andere, hetzij voor zich, hetzij ten behoeve der houders van door partij ter eene uitgegeven algemeene hypotheekbrieven uit deze overeenkomst voortvloeien, de ontbindende voorwaarde in zich bevatten, dat zij geacht worden nooit te hebben bestaan ingeval deze overeenkomst, om welke reden ook, komt te vervallen."

Waarlijk, krasser kan het niet. Wat hypotheekbriefhouders hadden raken zij met één slag kwijt. Men kan zich slechts afvragen of de steller van het prospectus der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank de overeenkomst met het Rotterdamsche Trustkantoor nooit had gelezen toen hij neerschreef, dat die Bank aan de houders harer hypotheekbrieven *„de hoogst mogelijke zekerheid"* geeft. *„Onze Bank is hier niet alleen in naam, maar ook in werkelijkheid* DE EERSTE!" Men kan het den steller nazeggen, zonder daarmede een lofspraak te bedoelen.

Of er dan in de geheele door de Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank uitgedachte constructie niets goeds te vinden is? Het antwoord moet ontkennend luiden voorzoover men slechts het oog slaat op de bepalingen, ontworpen om aan schuldbriefhouders een zakelijk recht te bezorgen. Maar er komen nog andere bepalingen in de met het Rotterdamsche Trustkantoor aangegane overeenkomst voor, welke een ander doel beoogen, nl. waarborgen te geven, *dat geen hooger bedrag aan schuldbrieven worde uitgegeven of in omloop worde gehouden dan het bedrag beloopt der ten name der Bank uitstaande hypothecaire vorderingen en de waarde der door de Bank ingekochte onderpanden.*

In het nastreven van dit doel kan men iets lofwaardigs zien.

Verreweg de meeste bestaande hypotheekbanken kunnen, zonder dat pandbriefhouders hiertegen iets vermogen, zooveel pandbrieven uitgeven als zij slechts kunnen plaatsen, ook al staat tegenover de hieruit voortspruitende vermeerdering van lasten geen vermeerdering van baten; bij banken, welke wrak staan, kan dit een middel zijn om kas te maken en den werkelijken toestand, ten koste van pandbriefhouders, een tijdlang te verbergen. Wat belet b.v. eene bank, die niet genoeg geld heeft om den eerstvolgenden coupon van de pandbrieven te betalen, om een zeker aantal nieuwe te creëeren en daarop op prolongatie geld te leenen?

Kan men dit tegengaan en zekerheid geven dat tegenover de schuldbrieven, welke eene hypotheekbank uitgeeft, steeds een gelijk bedrag aan hypothecaire schuldvorderingen komt te staan, dan verschaft men aan pandbriefhouders stellig een belangrijken waarborg. Die waarborg zal met erkentelijkheid moeten worden aangenomen. Maar men schatte dien waarborg ook al weer niet *te*

hoog, men zie er niet in, gelijk het prospectus der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank doet, een universeel geneesmiddel tegen alle onheilen, die pandbriefhouders bedingen. Het middel geeft niet alles, en misschien zelfs niet het voornaamste. De beste waarborg, dien eene bank kan geven, ligt in een goed beheer harer directie en in de aanwezigheid van een door soliede aandeelhouders voor het grootste deel nog te storten maatschappelijk kapitaal, dat ingeval van moeilijkheden als reservefonds dienst doet. In het geven van beide waarborgen zijn tot heden de in Nederland werkende banken, redelijkerwijze gesproken, niet te kort geschoten. Van de in het buitenland werkende, in Nederland gevestigde is de oorzaak van haar val — waarbij de schuldbriefhouders echter steeds een aanzienlijk deel van hunne vorderingen terugbekwamen, — geweest òf een nimmer te ontwijken tegenslag, zooals b.v. de ontzaggelijke daling van den Mexicaanschen dollar, òf de buitengewone achteruitgang van de waarde van den grond, eene omstandigheid, welke men in Nederland nimmer in die mate behoeft te vreezen als b.v. in Amerika, òf het feit, dat aandeelhouders niets meer hadden te storten, zoodat geen fonds voor nood beschikbaar was, òf wel, dat aandeelhouders buiten machte bleken het nog door hen verschuldigde te voldoen.

Het behoeft wel geen betoog, dat de meeste factoren voor den ondergang der enkele hiervoren bedoelde, in het buitenland werkende banken, bij in Nederland haar bedrijf uitoefenende hypotheekinstellingen niet voorkomen, of althans in aanmerkelijk geringer omvang, of wel gemakkelijk zijn te ontgaan, door er nauwlettend op toe te zien wie als aandeelhouders worden aangenomen. Er is echter één factor, waarmede, al zijn de toestanden hier te lande minder wisselvallig dan aan

gene zijde des oceaans, ernstig rekening moet gehouden worden, dat nl. op de onderpanden, welke de geldnemers der bank wenschen te verbinden, niet meer geld wordt geschoten dan zij, zelfs bij minder gunstige omstandigheden, ingeval van executie zullen opbrengen. Op dit punt juist zullen de hechtste waarborgen steeds moeten worden gezocht in eene juiste keuze van schatters en een voorzichtig beheer van het bestuur. Wel zou men er over kunnen denken op dit punt de waarborgen van schuldbriefhouders te vermeerderen, door hunnen vertegenwoordiger invloed toe te kennen op het toestaan van aangevraagde geldleeningen, maar daargelaten, dat eenerzijds het geneesmiddel wel eens erger kon blijken dan de kwaal, indien b.v. zoodanige vertegenwoordiger door het stellen van overdreven eischen en een bekrompen optreden het geheele bedrijf der Bank verlamde, zou anderzijds die vertegenwoordiger metterdaad een tweede bestuur der bank uitmaken en zou men twee kapiteins op één schip krijgen, een onhoudbare toestand, dien geen enkele bank tot heden heeft aangedurfd, en terecht.

In hoofdzaak zullen alzoo schuldbriefhouders eener bank steeds moeten blijven vertrouwen op het juiste inzicht en het voorzichtig beheer van het bestuur. Maar daarnaast kan men hun secundaire waarborgen geven, welke geenszins te verwerpen zijn. Wanneer men zekerheid verschaffen kan, dat eene bank te geener tijde meer aan pandbrieven heeft uitstaan dan de geschatte waarde harer bezittingen beloopt, wordt aan de mogelijkheid van tal van minder goede practijken een einde gemaakt. De Eerste Nederlandsche Hypotheekbank heeft op de volgende wijze getracht het geschetste doel te bereiken. Alle schuldbrieven welke zij uitgeeft, worden vóór de uitgifte door het Trustkantoor voor „gezien"

geteekend (artikel 17). Deze bepaling staat in verband met die van artikel 10, luidende: „Partij ter eene (de Bank) verbindt zich tot geen hooger bedrag aan algemeene hypotheekbrieven uit te geven, dan het beloop van dat deel harer hypothecaire vorderingen, dat tot dekking dezer hypotheekbrieven strekt, en het beloop van de sommen, waarvoor partij ter eene onderpanden, waarop door haar onder uitgifte van algemeene hypotheekbrieven geld was geschoten, heeft ingekocht. In geval van geheele of gedeeltelijke aflossing van eene tot dekking der algemeene hypotheekbrieven strekkende hypotheek of van geheelen of gedeeltelijken verkoop van door partij ter eene ingekochte onderpanden, is partij ter eene verplicht een overeenkomstig bedrag aan algemeene hypotheekbrieven af te lossen of in te koopen, ten ware zij de wegvallende dekking door een of meer hypothecaire vorderingen van ten minste gelijk bedrag hebbe aangevuld of wel het afgeloste bedrag, zoolang daarvoor geen nieuwe dekking is in de plaats getreden, ten genoege van partij ter andere, ten behoeve van de houders der algemeene hypotheekbrieven tijdelijk belegge".

De gedachte, in de hier weergegeven bepalingen uitgesproken, is ongetwijfeld juist en gelukkig. Maar de uitwerking is, helaas, geenszins onverbeterlijk. Vooreerst om het, hierboven reeds besproken, gemis aan verband tusschen schuldbriefhouders en hunne trustees; schuldbriefhouders kunnen elk oogenblik, zonder dat zij daartegen iets vermogen, komen te staan voor het feit, dat hunne vertegenwoordigers de bijl er bij neerleggen. Maar in de tweede plaats omdat, al willen trustees hunne taak met toewijding vervullen, hunne bevoegdheid te gering is. Alleen dan heeft eene voor „gezien" teekening der schuldbrieven door trustees waarde, indien dezen daarmede kunnen verklaren, dat op het tijdstip, waarop

zij hunne hand stellen, aan den eisch van artikel 10 is voldaan en geene schuldbrieven boven zeker bedrag in omloop zijn. Maar dat kunnen trustees der Hypotheekbriefbank niet. Daartoe zouden zij op het eigen tijdstip inzage moeten kunnen nemen van de boeken der Bank. En die inzage is hun, volgens artikel 21 van hun contract, slechts eenmaal in het jaar geoorloofd, en dan nog niet eens van alle boeken. Trustees ontvangen bovendien wel elk halfjaar opgaven van de Directie der Bank (artikel 20), maar zij missen de bevoegdheid die opgaven met de boeken te vergelijken. En op het tijdstip zelf, waarop zij de uit te geven schuldbrieven moeten teekenen, wordt hun, naar artikel 17, enkel medegedeeld welke hypotheek of hypotheken daarvoor gesloten zijn, met vermelding van de namen der onderzetters, het bedrag der hypotheek, de dagteekening der acte en den naam en standplaats van den notaris, voor wien zij is verleden. Welke aflossingen intusschen reeds op de uitstaande vorderingen zijn geschied, blijft hun onbekend; de laatste opgaaf daarover kan reeds een half jaar oud zijn.

Wanneer thans de slotsom mag worden opgemaakt van de hiervoren gegeven beschouwingen, dan luidt deze aldus, dat de poging der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank, om haren schuldbriefhouders een zakelijk recht te bezorgen, geheel is mislukt en eigenlijk ook slechts een strijd tegen windmolens was, dat verder haar streven om schuldbriefhouders te waarborgen tegen zekere verkeerde practijken van besturen van hypotheekbanken bij het uitgeven van schuldbrieven lofwaardig is, maar onvoldoende is uitgevoerd. Het denkbeeld om aan schuldbriefhouders eene afzonderlijke vertegenwoordiging te geven, is zeker niet onjuist. Het bestuur eener

hypotheekbank bestaat in de eerste plaats voor aandeelhouders. En de belangen van aandeelhouders zijn niet steeds dezelfde als die van houders van schuldbrieven; beider belangen, die, waar doorgaans omstreeks tien pandbrieven tegen één aandeel bestaan, zich verhouden als een tot tien, kunnen met elkander in botsing komen. Het kan daarom slechts nut hebben, indien schuldbriefhouders vertegenwoordigers bezitten, die steeds uitzien, dat hunne belangen niet worden miskend. Die vertegenwoordigers moeten dan echter volledig inzicht hebben in de zaken der bank en op elk oogenblik, niet slechts van een deel der boeken, maar van alle, en zelfs van de correspondentie en de verslagen, door de schatters uitgebracht, kunnen kennis nemen. Zulk een recht van inzage, uitgeoefend door mannen van ervaring, zal een prikkel te meer zijn voor het bestuur der bank om zich van roekelooze operaties te onthouden. Vertegenwoordigers moeten voorts het recht bezitten schuldbriefhouders ten allen tijde op te roepen, zoodra slechts eenig gevaar dreigt. Zij moeten geheel onafhankelijk zijn van het bestuur der bank en niet door de directie, maar door hunne natuurlijke principalen, schuldbriefhouders, worden benoemd. Hunne wijze van vervanging dient daartoe met zorg te worden geregeld. Zoo uitgewerkt zal het doel, dat de Hypotheekbriefbank heeft nagestreefd, werkelijk kunnen worden bereikt, en zal men met recht van vertegenwoordigers, trustees, vertrouwensmannen van schuldbriefhouders kunnen spreken.

Met een en ander is het voornaamste gezegd, waartoe het systeem der Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank aanleiding geeft. Schrijver dezes zou dus de pen kunnen nederleggen. Maar hij wenscht nog enkele korte woorden te uiten over, om het zoo te noemen, een per-

soonlijk feit. Wanneer een stelsel uitsluitend belichaamd is in ééne enkele instelling, dan neemt de zakelijke strijd tegen dat stelsel onwillekeurig den schijn aan van een persoonlijken strijd tegen de instelling zelve. Het laatste is echter geenszins bedoeld. Schrijver herhaalt wat hij hiervoren schreef, dat schuldbriefhouders eener hypotheekbank in de eerste plaats steeds zullen moeten vertrouwen in het juiste inzicht en voorzichtig beheer van het bestuur. En dat vertrouwen kunnen zij, mag men afgaan op wat daarvan verluidt, ten volle stellen in het bestuur der hier besproken bank. Al mag die bank dus niet bogen op zekere, misschien wat al te luid verkondigde voortreffelijkheden, welke haar eigen zouden zijn, en al kan zij zich dus in geen enkel opzicht verheffen boven zusterinstellingen, zoo mag zij zich terecht gelukkig achten met een bestuur, dat met doortastenden ijver en groote nauwgezetheid in korten tijd de aan zijn zorgen toevertrouwde instelling tot bloei heeft doen komen en waaraan gaarne hier het eeresaluut wordt gebracht.

's-Gravenhage, November 1899.

H. DE RANITZ.

UITTREKSEL DER AKTE, den 27 November 1897 door den te 's-Gravenhage gevestigden notaris W. J. M. DE BAS verleden, houdende de overeenkomst tusschen de „Eerste Nederlandsche Hypotheekbriefbank, als partij ter eene, en „het Algemeen Administratie- en Trustkantoor te Rotterdam", als partij ter andere zijde, betreffende de rechten der houders van Algemeene Hypotheekbrieven.

ARTIKEL 1.

Het beding, door partij ter andere in artikel 24 dezer overeenkomst voor zichzelve gemaakt, omvat als voorwaarde (last) hetgeen in deze overeenkomst ten behoeve van de houders der door partij ter eene uit te geven Algemeene Hypotheekbrieven als derden wordt bepaald, en partij ter andere verbindt zich, in verband daarmede, voor de naleving van alle bedingen, ten behoeve van genoemde derden in deze overeenkomst gemaakt, voor hen en te hunnen bate te zorgen op de wijze als hierna nader wordt omschreven.

ART. 2.

Partij ter eene geeft tegenover de door haar onder hypothecair verband gesloten geldleeningen, welke daartoe aangewezen worden, uit schuldbekentenissen aan toonder, genaamd »Algemeene Hypotheekbrieven".

ART. 3.

De in art. 2 bedoelde Algemeene Hypotheekbrieven geven aan de houders daarvan een vorderingsrecht tegen partij ter eene, ten bedrage van de daarin uitgedrukte som onder de daarin uitgedrukte bepalingen ten aanzien van rente en aflossing.

Ingeval partij ter eene hare verplichtingen jegens een of meer der houders van Algemeene Hypotheekbrieven niet nakomt en hiervan op de in artt. 4 of 5 omschreven wijze is gebleken, gaan alle vorderingen uit de door haar onder hypothecair verband gesloten geldleeningen, waartegenover Algemeene Hypotheekbrieven zijn uitgegeven, voorzoover die vorderingen alsdan nog niet zullen zijn afgelost, over op partij ter andere zijde, ten behoeve van de gezamenlijke houders dier Algemeene Hypotheekbrieven, teneinde:

1°. die vorderingen, gelijk mede de hypothecaire verbanden in art. 12, op de in deze overeenkomst nader omschreven wijze te liquideeren; enz.

3°. aan iederen houder van een Algemeenen Hypotheekbrief uit de opbrengst dier geliquideerde vorderingen, voor zooveel de opbrengst daartoe toereikende zal zijn, uit te keeren een bedrag, gelijk aan de som, in den Algemeenen Hypotheekbrief... uitgedrukt enz.

Art. 6.

Partij ter eene verklaart uitdrukkelijk toe te stemmen in de in artt. 3, 4 en 5 omschreven voorwaardelijke overdracht van alle vorderingen, voortspruitende uit door haar gesloten geldleeningen onder hypothecair verband, welke op het oogenblik van de vervulling der in die artikelen omschreven voorwaarde te haren behoeve loopende zijn, voor zooverre daartegenover Algemeene Hypotheekbrieven zijn uitgegeven en voor zooverre die vorderingen alsdan nog niet zullen zijn afgelost.

Partij ter andere verklaart die voorwaardelijke overdracht ten behoeve van hen, die op het tijdstip van de vervulling der voorwaarde houders zullen zijn van door partij ter eene uitgegeven Algemeene Hypotheekbrieven, aan te nemen.

Art. 7.

In geval van vervulling der in de artt. 3, 4 en 5 omschreven voorwaarde, blijft partij ter eene niettemin schuldenares van de houders der door haar uitgegeven Algemeene Hypotheekbrieven voor het volle daarin vermelde bedrag met de rente, met dien verstande evenwel, dat hetgeen de houders tengevolge van de vervulling der voorwaarde ontvangen, in mindering komt van hetgeen waarop zij blijkens den Hypotheekbrief recht hebben.

Art. 9.

Partij ter eene verbindt zich in alle geldleeningen onder hypothecair verband, welke door haar gesloten worden, voor zoover daartegenover Algemeene Hypotheekbrieven zullen worden uitgegeven, te bedingen dat de schuldenaar toestemme in de in deze overeenkomst geregelde voorwaardelijke overdracht zijner schuld en inzonderheid in de wijze, waarop de eventueele vervulling der voorwaarde volgens art. 8 te zijner kennis zal worden gebracht.

Art. 10.

Partij ter eene verbindt zich tot geen hooger bedrag aan Algemeene Hypotheekbrieven uit te geven dan het beloop van dat deel harer hypothecaire vorderingen, dat tot dekking dezer Hypotheekbrieven strekt, en het beloop van de sommen, waarvoor partij ter eene onderpanden, waarop door haar onder uitgifte van Algemeene Hypotheekbrieven geld was geschoten, mocht hebben ingekocht.

In geval van geheele of gedeeltelijke aflossing van eene tot dekking der Algemeene Hypotheekbrieven strekkende hypotheek of van geheelen of gedeeltelijken verkoop van door partij ter eene ingekochte onderpanden, is partij ter eene verplicht een overeenkomstig bedrag aan Algemeene Hypotheekbrieven af te lossen of in te koopen, tenware zij de wegvallende dekking door een of meer hypothecaire vorderingen van ten minste gelijk bedrag hebbe aangevuld of wel het afgeloste bedrag, zoolang daarvoor geen nieuwe dekking is in de plaats getreden, ten genoege van partij ter andere ten behoeve van de houders der Algemeene Hypotheekbrieven tijdelijk belegge.

Art. 11.

Ingeval door partij ter eene een onderpand, waarop door haar geld was geschoten, wordt ingekocht en de koopprijs minder bedraagt dan de hypothecaire schuld, verbindt zij zich — ingeval het eene leening betreft, waarvoor Algemeene Hypotheekbrieven waren uitgegeven — een gelijk bedrag aan Algemeene Hypotheekbrieven af te lossen of in te koopen als het verschil beloopt tusschen de betrokken hypothecaire vordering en den koopprijs van het onderpand. Deze inkoop of aflossing wordt niet vereischt, wanneer het bedoelde verschil door een of meer nieuwe hypothecaire vorderingen wordt aangevuld.

ART. 12.

In geval van een aankoop als bedoeld in art. 11, verbindt partij ter eene zich nu voor alsdan om terstond op het betrokken onroerend goed, ten beloope van het bedrag waarvoor zij het heeft aangekocht, een eerste hypothecair verband te verleenen, ten behoeve der houders van de door haar uitgegeven of uit te geven Algemeene Hypotheekbrieven, en ten name van partij ter andere, en daarbij aan partij ter andere te verleenen de bij art. 1223 B. W. bedoelde onherroepelijke machtiging tot openbaren verkoop in geval van vervulling der in de artt. 3, 4 en 5 dezer acte omschreven voorwaarde.

ART. 17.

Alle door partij ter eene uitgegeven wordende Algemeene Hypotheekbrieven worden vóór de uitgifte door partij ter andere voor «gezien» geteekend. Op niet door partij ter andere voor «gezien» geteekende Algemeene Hypotheekbrieven is deze overeenkomst niet van toepassing.

Bij de aanbieding van Algemeene Hypotheekbrieven ter teekening wordt door partij ter eene schriftelijk medegedeeld, welke hypotheek of hypotheken daarvoor gesloten zijn, met vermelding van de namen der onderzetters en het door elk hunner gekozen domicilie, het bedrag der hypotheek, de dagteekening der akte en den naam en standplaats van den notaris, voor wien deze is verleden.

ART. 20.

Binnen 14 dagen na afloop van elk half jaar, voor het eerst vóór 14 Juli 1898, zendt partij ter eene aan partij ter andere in duplo:

I. Een lijst inhoudende:

a. de in het afgeloopen halfjaar gesloten hypothecaire geldleeningen enz.;

b. het aantal der in het afgeloopen halfjaar ingekochte onderpanden, met vermelding van de bedragen, waarvoor zij werden ingekocht; en

c. het aantal en het bedrag der in het afgeloopen halfjaar uitgegeven Algemeene Hypotheekbrieven.

II. Een lijst inhoudende:

a. de in het afgeloopen halfjaar plaats gehad hebbende geheele of gedeeltelijke aflossingen van hypothecaire vorderingen, waartegenover Algemeene Hypotheekbrieven waren uitgegeven, met duidelijke

aanwijzing, welke hypothecaire geldleeningen daarbij betrokken zijn; en

b. de in het afgeloopen half jaar afgeloste Algemeene Hypotheekbrieven.

III. Eene verklaring omtrent het bedrag van de op het einde van elk half jaar uitstaande hypothecaire vorderingen en van de op dat tijdstip in het eigendom van partij ter eene zijnde onderpanden, met vermelding van de bedragen, waarvoor zij werden ingekocht, en van de daartegenover op dat tijdstip loopende Algemeene Hypotheekbrieven.

Deze stukken worden door partij ter andere met de bij haar berustende gegevens vergeleken en bij accoordbevinding wordt een der exemplaren daarvan door haar voor «accoord» geteekend aan partij ter eene teruggezonden.

ART. 21.

Jaarlijks in de maand Maart, voor het eerst in de maand Maart 1899, worden de registers van partij ter eene, welke de in art. 20 bedoelde gegevens inhouden, door partij ter andere onderzocht ten kantore der Bank. Van haar onderzoek maakt zij eene verklaring op, welke binnen 14 dagen, nadat dit onderzoek heeft plaats gehad, aan partij ter eene wordt toegezonden.

ART. 24.

Partij ter andere ontvangt van partij ter eene voor de werkzaamheden, welke voor haar uit deze overeenkomst voortspruiten: *a.* enz.

ART. 26.

Deze overeenkomst wordt gesloten voor den tijd van 20 jaren, met stilzwijgende verlenging telkens voor den tijd van 10 jaren bij gebreke van opzegging van de eene of de andere zijde ten minste twaalf maanden vóór afloop van den termijn.

Zij vervalt van rechtswege van het oogenblik, dat partij ter andere om eenigerlei reden, welke ook, in staat van liquidatie gaat verkeeren.

ART. 29.

Zoodra deze overeenkomst, om welke reden ook, is vervallen, houden voor partij ter andere alle rechten op, welke zij uit deze overeenkomst ontleent, hetzij voor zich zelve, hetzij ten behoeve

van de houders der door partij ter eene uitgegeven Algemeene Hypotheekbrieven.

Alsdan vervallen alle verplichtingen, uit deze overeenkomst voor partij ter eene jegens partij ter andere voortvloeiende, en dat wel niet alleen ten aanzien van nieuw te sluiten hypothecaire geldleeningen en uit te geven Algemeene Hypotheekbrieven, maar evenzeer ten aanzien van de onder de werking dezer overeenkomst gesloten hypothecaire geldleeningen, ingekochte onderpanden en uitgegeven Algemeene Hypotheekbrieven, zoodat alle rechten, welke voor partij ter andere, hetzij voor zich, hetzij ten behoeve der houders van door partij ter eene uitgegeven Algemeene Hypotheekbrieven uit deze overeenkomst voortvloeien, de ontbindende voorwaarde in zich bevatten, dat zij geacht worden nooit te hebben bestaan ingeval deze overeenkomst, om welke reden ook, komt te vervallen.

Op datzelfde oogenblik wordt partij ter eene zijde gerechtigd om toestemming te verleenen tot doorhaling van hypothecaire inschrijvingen, waartegenover Algemeene Hypotheekbrieven zijn uitgegeven, zonder daartoe eenigerlei medewerking van wien ook noodig te hebben, en zijn de hypothecaire verbanden ten name van partij ter andere, bedoeld in art. 12, van rechtswege te niet gegaan. Partij ter andere geeft nu voor alsdan hare toestemming tot de doorhaling dezer verbanden.

Art. 30.

Ingeval deze overeenkomst vervalt, verbindt partij ter eene zich jegens de houders harer Algemeene Hypotheekbrieven zoo spoedig mogelijk eene overeenkomst van gelijke strekking aan te gaan met eene maatschappij, welker werkkring met dien van partij ter andere in hoofdzaak overeenstemt.

Het wetsontwerp tot invoering van het recht tot onderzoek naar het vaderschap, beoordeeld door PHILALETHES. 106 pag. — *Utrecht* J. BIJLEVELD, 1899.

Het is niet zonder eenige aarzeling, dat ik op uitnoodiging der redactie van dit tijdschrift op mij heb genomen, de brochure, waarvan de titel hierboven is afgedrukt, met een enkel woord te bespreken. Veroorzaakt werd die aarzeling door het tweeslachtig karakter van de verhandeling; een heftige toon, die somwijlen tot weinig vriendelijke beoordeeling van anderer gedachtengang leidt, gaat daarin samen met niet alledaagsche liefde voor historisch onderzoek. Zoozeer heeft dit laatste den schrijver aangetrokken, dat voor eene bespreking van het wetsontwerp tot invoering van het onderzoek naar het vaderschap slechts weinig ruimte beschikbaar is gebleven en het grootste gedeelte van de brochure gevormd wordt door historische beschouwingen over de vraag, of beiderzijds vrijwillig uitgeoefende gemeenschap den man strafbaar doet zijn of tegenover de vrouw tot schadevergoeding verplicht.

En nu wensch ik reeds dadelijk den nadruk er op te leggen, dat de uitkomst dezer onderzoekingen den verdediger van het wetsontwerp vrij onverschillig kan zijn; geenszins immers wordt daarin eene wijziging voorgedragen van de artt. 242—245 Wetboek van Strafrecht

en evenmin wordt voorgesteld haar, die in de gemeenschap heeft toegestemd, op schadevergoeding aanspraak te geven.

In de eerste plaats geeft de schrijver een overzicht van de wettelijke bepalingen, die in het Frankisch tijdperk ten onzent op dit stuk hebben gegolden, bepalingen, voorkomende in de *Salische*, de *Ripuarische*, de *Chamavische* wetten en in de wet der *Friezen*. Ik moet erkennen, hem slechts schoorvoetend op dit gebied te volgen en niet dan onder alle voorbehoud eenige opmerkingen te wagen met betrekking tot de uitlegging van deze oude teksten, waarbij kennis van tijd en taal mede zulk een voornaam vereischte is.

Niet meer dan het volgende dus naar aanleiding van des schrijvers stelling, dat vrijwillige ongeoorloofde geslachtsgemeenschap volgens die wetten niet tot boete of schadevergoeding van de zijde van den man aanleiding gaf.

1°. De wet der Friezen bepaalt (Titel IX §§ 1 en 2), dat iedere vrouw (*foemina quaelibet*), die met welken man ook „*fornicando se miscuerit*", boete zal betalen. De vrouw, niet de man, wordt dus gestraft, wat, volgens den schrijver, bewijst, hoe overtuigd de Friezen waren van den gezonden zin en krachtigen geest hunner vrouwen. Dat de wet hier van „*foemina*" spreekt, kan echter het vermoeden doen ontstaan, dat de bepaling in het bijzonder beoogt, gehuwde vrouwen op grond van ongeoorloofde gemeenschap te bestraffen.

2°. In de Salische wet komt een plaats voor, waarvan de juiste redactie twijfelachtig is en die tot veel verschil van uitlegging heeft aanleiding gegeven. Door velen wordt zij gelezen als bestraffende defloratie met toestemming van de vrouw. Voor die lezing is in het stelsel van den schrijver geen plaats en het is zeer wel mogelijk, dat hij

juist ziet, wanneer hij beweert, dat niet van meisje in het algemeen, maar van een verloofd meisje sprake is. In de *Lex emendata* luidt de bepaling: *si quis cum ingenua puella desponsata ea consentiente, in occulto moechaverit MDCCC den. qui fac. sol. XIV culp. jud.* en, waar in andere tekstuitgaven „*desponsata*" ontbreekt, kan men zich met den schrijver beroepen op de voorafgaande bepaling: *si quis puellam, quae druchte ducitur ad maritum, in via adsallierit* enz., die dus eveneens eene bruid eenvoudig „*puella*" noemt. Minder aannemelijk echter schijnt de verdere hypothese van den schrijver, die ten doel heeft, den vrijen wil van de vrouw (hetzij meisje of bruid) te elimineeren. Zich beroepend op eene, in het Munchensche handschrift voorkomende, tekst: *si qui cum ingenuam puellam spontanea voluntate, ambis convenientibus, occulte moechanti fuerint,* komt hij tot de conclusie, dat de bepaling „twee mannen" op het oog heeft, „die beiden te zamen komen en beiden uit vrijen wil — dus zonder bevel — overeenkomen een vrijgeboren (verloofd) meisje op een afgelegen plaats (*occulte*) te misbruiken en dit ten uitvoer brengen." Deze m. i. zeer gezochte en onwaarschijnlijke lezing houdt, volgens den schrijver, verband met het *per virtutem* in het voorgaand artikel, luidend: *si quis cum ingenua puella per virtutem moechatus fuerit MMD den. qui fac. sol. LXII cum dimidio culp. jud.* Veel duidelijker is m. i. het verband te zien, indien men in den tekst leest, dat de eerste bepaling een boete van 2500 denarii oplegt aan hem, die een (verloofd) meisje verkracht, de tweede een boete van 1800 denarii aan hem, die met een (verloofd) meisje, dat daarin toestemt, gemeenschap uitoefent.

Toen het Christendom doordrong tot het Westen van Europa, werd ook het *Canoniek* recht in deze landen

ingevoerd; bovendien veroverde het *Romeinsche* Recht zich als „geschreven verstand" een belangrijke plaats naast de rechtsoverleveringen van het volk.

Een tiental bladzijden wijdt de schrijver aan de verdediging van zijne stelling, dat de oud-Hollandsche rechtsgeleerden het Romeinsche recht ten deze grootendeels verkeerd hebben uitgelegd, dat het daarin strafbaar gestelde *stuprum* geenszins beteekent een enkele handeling, zonder geweld bedreven, maar een samenleven als man en vrouw, dat noch huwelijk, noch concubinaat en dus ongeoorloofd was.

Even slecht is, volgens den schrijver, het Canoniek en het Oud-Testamentarisch recht begrepen door hen, die daarop in het oud-Vaderlandsch recht de actie tot schadevergoeding bij toegestemde defloratie hebben gebouwd.

Bij des schrijvers uitvoerige beschouwingen over het Romeinsche recht zal ik niet stilstaan; over de door hem behandelde vraag zoude ik mij geen oordeel durven aanmatigen. De uitlegging, door hem aan Exodus XXII vs. 16 en 17 gegeven, waardoor deze tekst op *bedrog* betrekking zoude hebben, schijnt mij zeer gezocht.

Dat de woorden: „wanneer nu iemand eene maagd verlokt (verleidt), die niet ondertrouwd is, en hij ligt bij haar, die zal haar zonder uitstel eenen bruidschat geven, dat zij hem ter vrouw zij. Indien haar vader ganschelijk weigert, haar aan hem te geven, zoo zal hij geld geven, naar den bruidschat der maagden", dat deze woorden het geval betreffen, dat een meisje haren verloofde, voordat deze formeel aanzoek bij haren vader om hare hand heeft gedaan, vertrouwende op des jongelings belofte van aanzoek en huwelijk, de geslachtsgemeenschap heeft toegestaan, en het aanzoek daarna

uitblijft, is waarlijk niet aannemelijk; zulk eene tekstuitlegging eischt te veel verbeeldingskracht.

Bij zijne bespreking van het Canoniek recht komt helder aan het licht, welk feitelijk het standpunt is, waarop de schrijver zich plaatst. Hij deelt geenszins de algemeene opvatting, dat ook daar, waar schijnbaar beiderzijds vrije wil heeft bestaan, het initiatief door den man is genomen. Hij wil niets weten van „der vrouwe swakheyt", integendeel: heeft geen bedrog of geweld plaats gehad, dan is z. i. in den regel de man door de vrouw verleid, hetzij passief, wanneer stilzwijgend gedoogen harerzijds den man toont, dat zij niet het schaamtegevoel der normale vrouw bezit, hetzij actief door woorden of daden. En ter ondersteuning van zijn beweren beroept de schrijver zich op eene boetpredikatie van St. Hieronymus, den man, die slechts door overdreven ascetisme aan zijne zinnelijke hartstochten het zwijgen kon opleggen, inderdaad geen zeer betrouwbaar getuige in liefdezaken!

Ook waar hij het gebied betreedt van het Nederlandsche recht gedurende de Republiek, blijft de schrijver dit bijzonder standpunt innemen. En het is niet te ontkennen, dat zijn blik op de geschiedenis daardoor aan klaarheid verliest en hij op eene wijze, die den onpartijdige dikwijls pijnlijk aandoet, de woorden van andersdenkenden bestrijdt. Vooral het artikel van Professor Fockema Andreae in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1886 (pag. 433 vlg.) wordt aan een somwijlen vrij gezochte critiek onderworpen.

Een paar voorbeelden.

Prof. F. A. citeert van de Utrechtsche Ordonnantie van 1584 de woorden: „die eenighe eerbaren jonge dochteren van haer eere zullen zetten, sal men hem

reguleeren so in peyne als andersins na beschreven rechten".

Welnu, zegt PHILALETHES, daar staat: van haer eere zetten; de bepaling betreft dus niet het geval, dat de jonge dochter zelve hare eer van zich zet. Alsof niet onteeren de gewone uitdrukking voor ontmaagden, ook bij eigen wille, ware.

Vervolgens schijnt de Utrechtsche Ordonnantie volgens den schrijver slechts het onteeren van meer dan ééne vrouw strafbaar te stellen. Hij leest dit in den meervoudsvorm: eenighe eerbaren jonge dochteren. Deze deductie is echter blijkbaar onjuist. Volkomen dezelfde uitdrukking vindt men b.v. in een keur van de stad Delft (1): „dat eene persoone bekennende eenige maechdekins buyten staete van huwelicke, gehouden sal sijn 't zelve maechdekin te trouwen ofte te doteeren", als ook in de Ordonnantie der Stede Amsterdamme in Matrimonieele zaken van 1586: „interdiceerende te dien eynde die voorsz. Heeren eenen yeghelijcken eenige jonge dochters 't onteeren op pene van deselve te moeten trouwen ten ware mijnen Heeren uyt der deductie van der saecken anders verstonden." Den onpartijdige is het waarlijk niet mogelijk op deze plaatsen in het woord „eenige" iets anders te lezen dan: „welke ook".

Krasser nog dan deze kleinere aanvallen op het betoog van den Leidschen hoogleeraar — een aantal daarvan vindt men door de brochure verspreid — is het volgende. In de zooeven geciteerde woorden der Amsterdamsche Ordonnantie: „ten ware mijnen Heeren uyt der deductie van der saecken anders verstonden" leest Mr. F. A., dat daarbij dus niet aan den onteerder de

(1) Keuren en Ordonnantiën der stad Delft van ± 1506—1536. Uitgegeven door Mr. SOUTENDAM.

keuze werd gelaten tusschen trouwen en doteeren (zooals in de andere ordonnanties meestal het geval was), maar dat het gerecht zoude beslissen. „Is dit, roept PHILALETHES uit, „geene verklaring *pour le besoin de la cause*?" Z. i. is de strekking der zinsnede, dat, indien bij het gerechtelijk onderzoek bleek, dat de man verlokt was, „mijnen Heeren het allicht geheel anders verstonden dan Mr. F. A. en de aanklaagster met eene schrobbeering naar huis zonden".

Nu heeft men slechts na te lezen, wat in de Ordonnantie op de bewuste woorden volgt, om te bemerken, dat de uitlegging van Mr. F. A. volkomen juist is. Daar staat: „in welcken gevalle (d. i. indien de rechter geen huwelijk meende te moeten bevelen) die onteerder gehouden sal wezen haar defloratie te beteren met alsulcke somme van penningen als mijnen heeren van den Gherechte bevinden sullen nae de gelegentheyt van den persoonen ende sake te behooren ende sal boven dien alsulcken onteerder gestraft worden corporelijcken oft civilijcken ter discretie van mijnen voorschreven Heeren".

Ziedaar een wijze van critiek oefenen, die niet nalaat den indruk te maken, dat het standpunt van den criticus niet zeer sterk is. Des schrijvers argumenten hebben mij dan ook niet kunnen overtuigen, dat in den tijd der Republiek slechts enkele plaatselijke wetten den onteerder bij vrijen wil van de vrouw de verplichting oplegde van *ducere aut dotare*. Integendeel schijnt dit een algemeen geldende rechtsregel te zijn geweest, ontstaan uit het Canonieke recht en van kracht gebleven ook na de Reformatie; want al werd toen de geestelijke rechtspraak in wereldlijke zaken afgeschaft, op zedelijk gebied vooral bleef het kerkelijk recht nog grooten invloed uitoefenen. (S. VAN LEEUWEN, Censura forensis I, Lib. I.

c. 1 § 20). Ook het Oud-Testamentarisch recht (*ducere* et *dotare*) schijnt in eenige deelen van ons land te hebben gegolden (1).

De bekende plaats bij Hugo de Groot (Inleydinghe III 35, § 8), die door den schrijver op wonderlijke wijze wordt uiteengerukt, wordt aldus volkomen duidelijk. Het *jus divinum* verplichtte tot huwen; op een huwelijk speculeerend, waren echter vele dienstmaagden en anderen er op uit, gemeenschap uit te lokken met jongelingen van goeden huize. Dit leidde er toe, dat het *jus canonicum*, huwelijk of schadeloosstelling, bijna algemeen werd gevolgd; tevens werd het bewijs billijker geregeld en de eed der vrouw slechts toegelaten, indien vaststond, dat de man haar had bekend. En terwijl de schadevergoeding niet werd toegekend aan de *meretrix* en aan haar, die *meretricio more* den jongeling had verlokt (2), werd in sommige provinciën de actie zelfs *per se* ook aan dienstmaagden ontzegd (3).

De zooeven genoemde eed en in het algemeen *de regeling van het bewijs* speelt in deze materie een groote rol. Mag men den schrijver gelooven, dan heeft de inrichting der bewijsvoering tijdens de Republiek de geheele actie nagenoeg waardeloos doen worden. Hij schijnt daarin echter wel wat ver te gaan, vooral waar hij beweert, dat de eenvoudige ontkentenis van den man voldoende

---

(1) O. a. in Groningen, soms ook in Holland. Zie Utrechtsche Consult. Deel I. I § 1—5 en Oorlogh der Advocaten, pag. 664, geciteerd bij U. J. Heerma van Voss, Defloratie en onderzoek naar het vaderschap in het Oud-Hollandsch recht, Acad. Proefschrift Amsterdam 1889, eene volledige en onpartijdige monographie, die den schrijver niet bekend schijnt te zijn geweest. De meeste mijner citaten zijn daaraan ontleend.

(2) Voor Friesland uitdrukkelijk bepaald in de Ordonnantie van 1723.

(3) Zie b.v. de Zeeuwsche Naerder Ampliatie van het Placaet van politie (Groot-Plaecaatboek D. III pag. 598).

was, om de vordering te doen afwijzen (1). In de plaatsen, geciteerd door Prof. F. A., welke door schrijver — ten onrechte — van ditzelfde gevoelen wordt geacht, is wel degelijk van eenen eed sprake (CUYLENBORG's Egtsordre 1608, artt. 66 vlg., Stadrecht Zwolle 1794 III, 1 art. 19). (2).

Zoo zonderling, als de schrijver het wil doen voorkomen, was de bedoelde zuiveringseed trouwens niet, want van den man werd niet gevergd, te verklaren, dat hij niet de vader was van het kind, welke verklaring hem onder zekere omstandigheden even onmogelijk zou kunnen zijn als die, dat het kind wel het zijne was, maar hij had slechts onder eede te ontkennen, dat hij in het vermoedelijk conceptietijdperk gemeenschap met de moeder had gehad. Het opdragen van den zuiveringseed werd bovendien in de praktijk meestal slechts toegelaten, indien er „eenige probatiën ofte sterke presumtiën" waren (Holl. Consult., Deel I, 301, pag. 483), terwijl den man, die den zuiveringseed niet kon afleggen, ten slotte de *exceptio plurium concumbentium* ten dienste stond (3).

Maar genoeg over de oud-Hollandsche procedure. Geen

(1) Alleen den gehuwden man was dit geoorloofd, vermoedelijk echter slechts om het provisioneel onderhouden van het kind te ontgaan. Zie HEERMA VAN VOSS, t. a. p. pag. 151.

(2) Verg. tal van andere plaatsen bij HEERMA VAN VOSS, t. a. p. pag. 137 Noot 1.

(3) De man kon deze exceptie natuurlijk niet doen gelden tegenover den eed van de vrouw, die hem als den vader aanwees. De beteekenis van dezen haren eed, afgelegd, nadat de man door het weigeren van den zuiveringseed erkend had, gemeenschap met de moeder te hebben gehad, was immers, dat de vrouw door dezen man en door dezen alleen zich had laten beslapen, waardoor het onomstootelijk vaststond, dat hij de vader was. Had het opzweren — zooals gewoonlijk — reeds bij de bevalling plaats gehad, dan diende de *exceptio plurium concumbentium* den man niet. En wanneer men dit in het oog houdt, wordt volkomen verklaarbaar, dat HUGO DE GROOT (t. a. p.) schrijft: «maer 't beslapen bij hem zijnde bekent, werd een vrouwmensch ghelooft in 't aenwijzen van de vader, alwaer 't zoo dat zij bij meer anderen waere beslaepen».

enkel voorstander van de toelating van het onderzoek ontkent, dat in de regeling van het bewijs de groote moeielijkheid gelegen is; algemeen wordt erkend, dat vroegere misbruiken juist door de dikwijls onvoldoende regeling daarvan werden veroorzaakt, vooral door het „*creditur virgini parturienti*" (1).

Het wetsontwerp sluit den eed als bewijsmiddel geheel en al uit, zich daarbij beroepende op art. 1967, 1e lid, B. W. Dit artikel betreft echter slechts den beslissenden eed en tot dezen had dan ook m. i. de uitsluiting beperkt kunnen worden. Aan een der partijen den suppletoiren eed op te leggen had het ontwerp den rechter, zonder tot misbruiken aanleiding te geven, kunnen veroorlooven.

Bij de bladzijden, door den schrijver gewijd aan de Fransche toestanden in de vorige eeuw, de wordingsgeschiedenis van art. 340 *C. N.* en het eerste Gids-artikel van Prof. MOLENGRAAFF, dat in hoofdzaak mede daarover handelt, zal ik niet lang stilstaan (2).

Voorzooverre men uit het heden tot het verleden mag concludeeren, zal aan chantage en schandaalprocessen in Frankrijk wel geen gebrek zijn geweest; de procesorde gaf er trouwens gelegenheid toe. De eerste aanleiding tot beperking van het onderzoek is daar echter zonder twijfel het Decreet van 12 *Brumaire an II* geweest, dat de onechte kinderen, wat het erfrecht betreft, met de

(1) Zoowel in Frankrijk als ten onzent; Zie HEERMA v. VOSS, t. a. p., pag. 161—168, Mr. F. A., t. a p., pag. 463 Noot 1.

(2) Het mag verwonderlijk heeten, dat door den schrijver hierbij geen melding wordt gemaakt van het praeadvies, in 1886 door Prof. FABIUS voor de Ned. Juristen-Vereeniging geschreven, waarin dit deel van het vraagstuk zoo uitvoerig is behandeld. Of is Mr. FABIUS wellicht de derde der drie hoogleeraren, waarvan op pag. 92 en 98 sprake is en wiens naam ik nergens in de brochure heb kunnen ontdekken?

anderen gelijkstelde. En daarop heeft de geringe belangstelling van den Eersten Consul in het lot der onechte kinderen, al moesten deze het gelijke erfrecht weder missen (1), het verbod van onderzoek in den *Code Civil* doen overnemen en zelfs uitbreiden; het Decreet immers bepaalde, dat de onwettige kinderen, om tot de nalatenschap hunner ouders te worden toegelaten, hun bezit van staat zouden moeten bewijzen, welk bewijs zou mogen worden ontleend aan *la représentation d'écrits publics ou privés du père; ou de la suite des soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à leur entretien qu'à leur éducation*, eene ruimere bepaling, naar men ziet, dan die van den *Code*, welke naast de formeele vrijwillige erkenning slechts de toelating van het onderzoek in geval van zwangerschap na schaking bevat. Wel meent de schrijver, dat het Decreet van 12 *Brumaire an II* door eene authentieke interpretatie (bij Decreet van 17 September 1794) tot de formeele erkenning voor den ambtenaar van den Burgerlijken Stand beperkt was en de regeling van den *Code* de onwettige kinderen dus nog in eenigszins betere positie bracht, maar dat is blijkbaar zoo niet: het tweede Decreet besliste eenvoudig, dat slechts deze wijze van erkenning, als niet vatbaar voor tegenspraak, *de plein droit* aan het onwettig kind met uitsluiting van anderen de wettelijke *saisie* van de opengevallen nalatenschap verschaft, wat alleszins natuurlijk is.

In het Burgerlijk Wetboek is het erfrecht der onwettige kinderen minder uitgebreid dan thans in den *Code Civil*; grond voor het overnemen van de in den *Code* nog verscherpte bepaling van het Decreet van *an* II

(1) Bij de wet van 25 Maart 1896 is de erfrechtelijke positie der onwettige kinderen in Frankrijk weder verbeterd.

bestaat dus ten onzent niet; toch bevat het B. W. in art. 342 nog de navolging van art. 340 *C. N.*

Heeft het toelaten van het onderzoek ten gevolge van eene gebrekkige procedure tot misbruiken aanleiding gegeven, dan moeten die bij wederinvoering door verbetering van de procedure worden voorkomen. Dat het ontwerp den eed uitsluit, zeide ik reeds; wat echter daarin wordt gemist en toch onmisbaar schijnt, is het voorafgaand verschijnen der partijen voor een rechterlijk ambtenaar (president der Rechtbank of kantonrechter), zooals dat ook in echtscheidingszaken is voorgeschreven. Of men met *chantage* te doen heeft, zal daar kunnen blijken (1).

Duidelijk blijkt reeds bij den eersten blik, dien men op het wetsontwerp slaat, dat het vaststellen van de afstamming daarin als een recht van het kind wordt beschouwd, waarbij de moeder slechts een indirect belang heeft. De vragen, of aan eene vrouw, die vrijwillig gemeenschap heeft uitgeoefend, recht op schadevergoeding moet worden toegekend en in vroeger tijden is toegekend, vragen, die de schrijver blijkbaar steeds voor oogen heeft, kunnen dus feitelijk buiten beschouwing blijven (2). De eerste wordt trouwens zoowel door Prof. FOCKEMA

(1) Elders heb ik het wenschelijke van dit voorschrift reeds meer uitvoerig besproken; zie Bescherming van Minderjarigen, pag. 118 vlg., 399 vlg.

(2) De vraag, of bij het plegen van ontucht de man alleen, dan wel beiden gestraft moeten worden, wordt evenmin door het wetsontwerp beslist. Geen wijziging wordt voorgesteld in de artikelen van het Wetboek van Strafrecht; deze spreken trouwens wel meestal van geweld van den man of machteloosheid van de vrouw, maar bij vrouwen van minder dan zestien jaren is de man niettegenstaande consent harerzijds strafbaar en bij schaking wordt ook gestraft wie eene vrouw van minder dan drie en twintig jaren met hare toestemming wegvoert.

ANDREAE (1), als door de Regeering beslist ontkennend beantwoord. Wel meent de schrijver in de Memorie van Toelichting te moeten lezen, dat na het toelaten van het onderzoek de actie van art. 1401 B. W. in zekere gevallen voor de willig gedefloreerde zal openstaan, maar blijkbaar ten onrechte.

De Memorie van Toelichting zegt het volgende:

»Om het recht van het kind is het te doen, niet om de vrouw aanspraken te geven tegen hem, die met haar gemeenschap heeft gehad of die de oorzaak is van haar moederschap. Een van beide toch is het geval, de vrouw stemt vrijwillig in de gemeenschap toe of zij doet dit niet. Stemt zij toe, geeft zij zich uit eigen beweging, dan is er geen enkele reden haar een geldelijke aanspraak tegen den man te geven..... Geeft de vrouw zich daarentegen niet uit vrijen wil, wordt zij door eenig misdrijf gedwongen of verleid, d. w. z. met gebruikmaking van valsche voorgevens of valsche beloften, door middel van misbruik van macht of positie of door andere bedriegelijke middelen tot het dulden der gemeenschap overgehaald, dan is ongetwijfeld eene onrechtmatige daad gepleegd, welke volgens art. 1401 B. W. recht geeft op schadevergoeding jegens den dader."

»Het scheen onnoodig nevens deze algemeene bepaling andere meer uitvoerige of gedetailleerde voorschriften te geven. Wel is waar werd zelden of nooit eene vordering tot schadevergoeding wegens verleiding op grond van art. 1401 bij den Nederlandschen rechter ingesteld, maar de oorzaak daarvan is gemakkelijk aan te wijzen: de toewijzing der vordering werd geacht in strijd te zijn met het stellige verbod van het onderzoek naar het vaderschap. Wordt dit verbod, zooals wordt voorgesteld, opgeheven, dan zal voortaan niets meer aan de instelling en de toewijzing der schade-actie in den weg staan. Verwacht mag dus worden, dat de vrouw, als daartoe termen bestaan, d. w. z. als de uitoefening der gemeenschap een tegenover haar onrechtmatig karakter bezit, niet meer zal nalaten den weg

(1) T. a. p., pag 469: «onrechtmatig tegenover een meisje is evenmin de handeling van hem, die met hare volle toestemming, overeenkomstig haar wil en wensch, gemeenschap met haar heeft».

in te slaan haar door art. 1401 B. W. geopend om den dader tot verantwoording te roepen".

De zin dezer woorden schijnt volkomen duidelijk. Is de gemeenschap eene civiliter onrechtmatige daad geweest, dan zal de vrouw bij toelating van het onderzoek met de actie van art. 1401 B. W. kunnen slagen, wat art. 342 B. W. haar thans (behalve in geval van zekere misdrijven) door het verbieden van de bewijslevering onmogelijk maakt (1).

Dit zal echter slechts een indirect gevolg zijn van de nieuwe wet; haar hoofddoel is, het recht te doen erkennen van het kind om te worden opgevoed door hen, die het hebben in het leven geroepen (2).

Dit recht erkent ook de schrijver. Hij acht het echter niet doenlijk, den vader, zoo deze zich niet vrijwillig bekend maakt, op te sporen en aldus te dwingen zijn plicht te vervullen.

En dat om drie redenen: hij vreest chantage en schandalen, vreest ondermijning van het huwelijk en meent, dat het vaderschap zoo goed als niet te bewijzen is.

Tegen chantage en schandalen moet, gelijk ik reeds zeide, de procesorde waarborgen opleveren.

En wat te denken van het gevaar voor ondermijning van het huwelijk? Is dit te vreezen? Waarin zoekt men

---

(1) «Ik erken, ook buiten de gevallen van art. 242, 43, 44, 45 W. v. S. zijn er omstandigheden denkbaar, waaronder de concubitus is te beschouwen als eene onrechtmatige daad van den man tegenover de vrouw. Dan zal echter art. 1401 B. W. haar dienen en heeft zij geene bijzondere wetsbepaling van noode.» Prof. FOCKEMA ANDREAE, t. a. p. pag. 469, noot 1.

(2) Is de gemeenschap van de zijde der vrouw niet vrijwillig geweest, dan zoude men, juridisch denkend, deze feitelijk niet tot het onderhouden van het kind verplicht moeten achten. De natuur echter doet met het moederschap het gevoel in haar geboren worden, dat zij voor haar kind te zorgen heeft, en hoe dikwijls neemt niet de bedrogene die taak zelfs zonder hulp van den vader op zich.

het? In het meer algemeen worden van het concubinaat? Maar dan ligt het gevaar in de thans reeds toegelaten vrijwillige erkenning, niet in de voorgestelde opheffing van het verbod van onderzoek. Want het is niet aan te nemen, dat concubinaat, dat een goede verstandhouding, een het huwelijk nabootsend onwettig samenleven van man en vrouw zal bestaan, als de actie tot vaststelling van het vaderschap wordt ingesteld. Integendeel.

En schrijvers derde bezwaar? Is het vaderschap inderdaad onvatbaar voor bewijs? Berust deze meening niet op eene onjuiste voorstelling van den aard der meeste ongehuwde moeders. Men heeft deze toch waarlijk niet vooral te zoeken onder de *maintenées* en andere vrouwen van lichte zeden, die wel hare maatregelen weten te nemen om bevrijd te blijven van de lasten van het moederschap; evenmin zoude men vele voorbeelden kunnen vinden van goedgeloovige meisjes, die zich door mooie woorden hebben laten ongelukkig maken. Neen, het meerendeel der onwettige kinderen wordt geboren als vrucht van eene verkeering tusschen personen van denzelfden stand, waarin nog minder verfijnde zeden heerschen. Het zijn, wat de Zwitsersche wet *Brautkinder* noemt; het voornemen om te huwen heeft gewoonlijk ook bij den man bestaan, maar waarheen de goede voornemens leiden, is bekend, en de moeder blijft zitten met het kind. In al die gevallen is de vader meestal niet moeielijk te vinden; in den regel is het degene, dien de moeder als zoodanig noemt. Onder deze omstandigheden vervalt ook het bezwaar, door den schrijver geopperd tegen de stelling van het ontwerp, dat „hij, die in het conceptietijdperk gemeenschap met de moeder heeft gehad, de vader is van haar kind, tenzij de vrouw in dien tijd ook met anderen gemeenschap heeft gehad, zoodat de

man, van wien het eerste bewezen is, zich slechts kan bevrijden door te bewijzen dat het tweede heeft plaats gehad". Deze conclusie acht de schrijver onjuist, omdat het feit, dat de vrouw met éénen man gemeenschap heeft gehad, gelijk door haar zelve wordt gesteld, een vermoeden doet ontstaan, dat zij zich ook met anderen heeft ingelaten; niet den man moet dus worden opgelegd, dit laatste te bewijzen, maar aan de vrouw, van het tegendeel bewijs te leveren. Daargelaten nu, dat het steeds bedenkelijk is, het bewijs van een negatief feit te eischen, en het bovendien te ver gaat, deze gevolgtrekking tot een wettelijk vermoeden te verheffen, dat den man van verder bewijs zoude ontslaan, terwijl het op zijn hoogst als vermoeden in den zin van art. 1959 B. W. dienst zou kunnen doen, gaat des schrijvers stelling ganschelijk niet op in al die gevallen, waarin, gelijk wij zagen, de geboorte van het kind de moeder niet als onzedelijk stempelt, maar slechts een gevolg is van de volkszeden in verband met omstandigheden, die het tot stand komen van het huwelijk hebben tegengehouden.

Ten slotte een enkel woord over het denkbeeld, door den schrijver zelven aan de hand gedaan, om in het onderhoud der onwettige kinderen te voorzien. Zijn hiertoe strekkend voorstel doet hij steunen op de bepaling van art. 49 onzer Staatsregeling van 1798: „er zal gezorgd worden voor de opvoeding van verworpen kinders", eene bepaling, overeenkomstig aan die der Fransche wet van 27 *frimaire an* V, welke inhield, dat de verlaten kinderen kosteloos in de *hospices* der Republiek zouden worden opgenomen.

Een bevestiging van dit beginsel vindt de schrijver in de bepalingen der opeenvolgende Grondwetten, welke het armbestuur tot een onderwerp van aanhoudende

regeeringszorg verklaren. Z. i. is de Staat ten gevolge daarvan verplicht, de onwettige kinderen te onderhouden en zijn strafbepalingen op het te vondeling leggen van deze kinderen feitelijk onwettig.

Gevraagd mag worden: 1° of een onwettig kind, dat door zijne moeder wordt opgevoed, ook als arme mag worden beschouwd, dan wel de moeder, om de genietingen der bedeeling voor haar kind te verwerven, dit eerst zal moeten verlaten, 2° of des schrijvers stelling niet voert tot de wonderlijke conclusie, dat ook het te vondeling leggen van een wettig kind niet strafbaar behoort te zijn, omdat de armenwet immers in het algemeen van vondelingen en verlaten kinderen spreekt (1).

De basis van schrijvers voorstel schijnt inderdaad zeer wankel en bovendien dit voorstel zelf: „Staatsopvoeding, waarvan de kosten ten deele zullen worden bestreden door eene belasting op hen, die zich de weelde der ontucht veroorloven", zoo wonderlijk, dat men het nauwelijks ernstig gemeend kan achten. Hoe door het belasten van de bekende, openbare ontucht, waaruit toch wel heel zelden kinderen worden geboren, de ouders der onwettige kinderen gedwongen zullen worden tot het onderhoud van deze kinderen bij te dragen, en hoe dit een middel zou kunnen zijn, om de minachting voor onwettige kinderen te doen verdwijnen en hunne minnelijke opname in het familieverband te bevorderen, zooals de schrijver verwacht, is mij waarlijk niet duidelijk,

---

(1) Men weet, dat in Frankrijk de groote gemakkelijkheid om zich van zijn kind te ontdoen en de zorg daarvoor op den Staat over te dragen, een gevolg van de bovengenoemde wetsbepaling en het Decreet van 19 Januari 1811 in verband met de instelling der bekende *tours*, tot groote misbruiken heeft geleid, met name tot het te vondeling leggen van wettige kinderen; behalve te Parijs is de *Assistance publique* dan ook veel moeilijker geworden bij het opnemen van kinderen, terwijl de *tours* zijn afgeschaft.

zelfs al wordt, volgens diens voorstel, een boete gevorderd van hem, die aan een onwettig kind zijne buitenechtelijke geboorte voor de voeten werpt.

Het bovenstaande zal voldoende zijn, om mijne aarzeling te rechtvaardigen, toen de redactie mij vroeg, dit werkje aan te kondigen. Indien ik ten slotte toch vrij veel ruimte voor de bespreking daarvan heb ingenomen, dan is dit veroorzaakt door den wensch om eens in bijzonderheden de argumenten na te gaan, door een overtuigd tegenstander van de afschaffing van art. 342 B. W. aangevoerd, en tevens op eenige onderdeelen van het vraagstuk nog eens het licht te doen vallen.

Alkmaar, September 1899.

H. L. Asser.

OUDEMAN-LIPMAN, *de Nederlandsche Wetboeken.* Vijfde druk door Mr. BAUDUIN. Deel IV, *Wetboek van Strafrecht, de Grondwet, enz.* 's-Gravenhage, GEBR. BELINFANTE, 1899.

Van Mr. P. BAUDUIN's uitgave der Nederlandsche wetboeken is thans het vierde deel verschenen. Het bevat het Wetboek van Strafrecht met de daarmede in verband staande wetten en besluiten, benevens de Grondwet en eenige wetten en besluiten ter uitvoering daarvan.

Inleidingen in den trant van die van wijlen Mr. S. P. LIPMAN zijn in dit deel niet opgenomen, waartoe trouwens geene aanleiding bestond. Wel vindt men daarin vrij uitvoerige overzichten van de literatuur over het Wetboek van Strafrecht, alsmede van die over den Code Pénal, welke laatste intusschen voor de beoefenaars van het Nederlandsche strafrecht hare beteekenis grootendeels verloren heeft. Wellicht had de schrijver ook beter gedaan door de bewerking van het Wetboek van Strafrecht uit te stellen, althans totdat eene beslissing zal zijn gevallen over de aanhangige wetsontwerpen betreffende de strafbare jeugd; het laat zich nu aanzien, dat dit deel van zijn werk na betrekkelijk korten tijd zal zijn verouderd.

De Grondwet, die achteraan komt, is op soortgelijke wijze bewerkt, met vermelding zooveel mogelijk van de literatuur. Volledigheid was hier, gelijk de schrijver in

een voorbericht zelf opmerkt, wegens de groote uitgebreidheid der stof moeilijk te bereiken. Nog moeilijker moest het zijn, eene keus te doen uit de wetten en besluiten ter uitvoering der Grondwet, waarvan er negen worden medegedeeld: het besluit van den Souvereinen Vorst tot instelling van een Staatsblad, de vreemdelingenwet, de onteigeningswet, de wet op de afkondiging van algemeene maatregelen van bestuur, die op de kerkgenootschappen, die op het recht van vereeniging en vergadering, het besluit ter nadere regeling der afkondiging van wetten en Koninklijke besluiten, de uitleveringswet en die op het Nederlanderschap en ingezetenschap. Naar welk richtsnoer deze keus gedaan is, wordt niet gezegd. Wellicht is getracht die wetten en besluiten bijeen te brengen, die het privaatrecht het meest raken; maar waarom dan hier eene wet als die op de kerkgenootschappen opgenomen? Juist omtrent deze wet is de opgave van literatuur bovendien zeer onvolledig; men zou uit de twee werken, die als zoodanig vermeld worden, niet licht opmaken dat de bedoelde wet eene zoo belangrijke geschiedenis had.

Ondanks deze opmerkingen meen ik dat het aan velen aangenaam zal zijn, dat deze handige uitgave der Nederlandsche wetboeken door de verschijning van dit vierde deel zooveel nader tot hare voltooiing gebracht is.

Juli 1899. J. D. Veegens.

De Strafrechtspraak op de Nederlandsche Drankwet. — Academisch proefschrift door M. G. TEN CATE. — Hengeloo (O.). E. BROEKHUIS, 1898.

Dit proefschrift is een werk — de Schr. noemt het bescheiden een „werkje" — van ijver en geduld, en er behoort ook wel eenig geduld toe om een boek van bijna 400 bladzijden over de rechtspraak op de drankwet door te komen. Toch wil ik gaarne verklaren, dat het mij is meêgevallen, en dat ik met genoegen en belangstelling het goed en gemakkelijk geschreven boek heb doorgelezen.

De Schr. houdt zich trouw aan zijn onderwerp: systematische uiteenzetting en beoordeeling van de sedert 1881 opeengehoopte en hier en daar nog al uiteenloopende strafrechtspraak op de drankwet en op de in het Wetboek van Strafrecht overgegane bepalingen dier wet, — en hij verliest zich niet in niet ter zake dienende uitweidingen, — hetgeen niet van alle academische proefschriften kan gezegd worden.

Hij treedt ook niet in eene beoordeeling van de drankwet, en laat aldus het terrein vrij voor den heer Mr. J. W. BELINFANTE in diens belangrijk proefschrift: *de Staat tegenover het Alkoholisme*, Den Haag 1898.

Ook het werk van den heer TEN CATE op zijn aldus beperkt terrein is verdienstelijk.

Na een kort overzicht van de wijzigingen, die de wet van 28 Juni 1881, Stbl. n°. 97, achtereenvolgens ondergaan heeft, behandelt Schr. in verband met de betrekkelijke rechterlijke beslissingen in een eerste hoofdstuk de verhouding tusschen de drankwet en de vóór haar in werking treden bestaande plaatselijke verordeningen, en worden vervolgens in verschillende hoofdstukken de rechterlijke uitspraken besproken betrekkelijk den ongeoorloofden verkoop en daaraan verwante vormen van verstrekking van sterken drank, zulks met het oog op de localiteiten waarin, de personen aan wie die verkoop of verstrekking plaats heeft, en de daarvoor aansprakelijke personen; voorts de rechterlijke uitspraken betrekkelijk de openbare dronkenschap; de voorschriften van openbare orde, omschreven in art. 13 der wet, in verband met de strafbepaling van art. 23; art. 252 2° Wb. van Strafrecht (het dronken maken van een kind); de herhaling; den samenloop van overtredingen; de ongehoorzaamheid jegens ambtenaren, handelende ter uitvoering van de wet. Ten besluite worden eenige beschouwingen van statistischen aard, geput uit de gerechtelijke statistiek, gegeven.

De slotsom van deze laatste is niet bemoedigend. „Toch — zegt de Schr. — valt in het algemeen deze opmerking te maken, dat van *vermindering* van het aantal feiten geen sprake is: integendeel, vooral ten aanzien van de „overtredingen", de meest belangrijke feiten, valt zelfs een zeer merkbare stijging waar te nemen."

Het is inderdaad treurig om te zien, dat sedert 1887 tot 1897 het aantal veroordeelden wegens overtredingen der drankwet en van de daaruit in het Wetboek van Strafrecht overgegane artikelen van 29 181 tot 32 342

is geklommen! (1) Van deze veroordeelingen waren zeker verreweg de meeste wegens openbare dronkenschap. Al kan aan de drankwet alle goede werking zeker niet worden ontzegd, tot bestrijding van dat volkseuvel schijnt zij nog niet veel te baten.

De jurisprudentie op de drankwet is overvloedig. In een achter het proefschrift geplaatst chronologisch register worden ongeveer een 400-tal rechterlijke uitspraken — sedert de invoering der wet in 1881 tot 1 October 1897 — vermeld, die in het proefschrift bij de verschillende punten besproken worden.

De daarbij besliste groote en kleine vragen worden nauwkeurig, helder en duidelijk uiteengezet, en daarbij telkens het gevoelen van den schrijver over de quaestie medegedeeld. Het is niet de bedoeling van deze aankondiging dat alles nog eens na te pluizen, doch, al zette ik enkele malen hier en daar een vraagteeken, kon ik mij in den regel met de niet zelden scherpzinnige beschouwingen en conclusie van den schrijver vereenigen.

Mijn indruk is, dat de Schr. den tijd, dien hij aan zijn proefschrift heeft gewijd, nuttig heeft besteed, en dat zijn werk door hen, die tot dagelijksche toepassing van de drankwet geroepen zijn, naast de geschriften van Mr. J. Limburg en anderen, met vrucht zal worden geraadpleegd.

's-Gravenhage. Mr. S. M. S. de Ranitz.

---

(1) Gerecht. Statistiek over 1897. — Volgens het staatje op blz. XVI van de Gerecht. Statistiek over 1896 zou het aantal veroordeelden wegens overtreding van de drankwet en van de betrekkelijke artikelen van het Wb. van Strafrecht in dat jaar zelfs 34462 hebben bedragen. Hoe men aan dit cijfer en aan de overige cijfers van dit staatje is gekomen, blijkt niet. De tabel M bevat geheel andere cijfers.

De Staat tegenover het Alkoholisme. Proefschrift van J. W. BELINFANTE. — *Den Haag*, 1898, 310 bladzijden.

Indien het bovenstaand geschrift ook buiten de geheelonthouderskringen veel lezers vindt, dan zal het vermoedelijk menigmaal aangehaald worden door hen, die meenen, dat de Staat zich van rechtstreeksche drankbestrijding liefst onthouden moet.

Wanneer toch een warm vijand van den drank, die tusschenkomst van den Staat in den strijd tegen den alcohol bepaald noodig acht — (zie blz. 16—18, waar Engeland wordt aangehaald ten bewijze, dat de particuliere drankbestrijding alléén niet tot een goed einde leidt) —, na in 254 bladzijden alle mogelijke andere systemen van drankbestrijding waardeloos, ja soms nog erger te hebben genoemd, ten slotte na eenige korte onbeduidende mededeelingen over „local option", slechts een proef met dit stelsel durft aanbevelen, dan lijkt mij dat een betoog voor de Staatsonmacht in dezen, dat door een vijand van drankwetgeving moeilijk verbeterd kan worden.

Gelukkig voor hen, die van den Staat nog wel wat verwachten, dat op de critiek van Mr. BELINFANTE omtrent de verschillende soorten van drankwetten, nog wel wat af te dingen valt, en dat zoo doorzichtig is, waarom er van al die besproken systemen niet een deugen mocht.

De Schr. is geheelonthouder — omtrent dat feit blijft men bij de lezing niet lang in het duister — en heeft als velen van zijne overigens in menig opzicht zeer sympathieke medestanders, zulk een hartstochtelijken afkeer van den alcohol, dat de practische blik op het vraagstuk der bestrijding er hem, naar het mij toeschijnt, bijwijlen door verduisterd wordt.

Dat de alcohol voorloopig als een noodzakelijk kwaad is te beschouwen, dat men niet dan langzaam uitroeien kan, het wil er bij hem niet in. Een strijd à outrance tegen het kwaad is het eenige, waarmee hij zich vereenige kan, doch vraagt men naar de wapenen van de overheid voor dien strijd, dan komt de moeilijkheid. Algemeen verbod van productie en verkoop is in beginsel het eenige aannemelijke, doch hoe ongaarne ook, Schr. moet toestemmen, dat die maatregel in de praktijk vooralsnog niet veel resultaten zou hebben, daar de afkeer van het alcoholgebruik nog niet algemeen genoeg is om te mogen verwachten, dat tegenover de pogingen van velen, om eenerzijds uit winstbejag anderzijds uit drankzucht, het verbod te ontduiken, een krachtig streven zal staan om het verbod streng door te voeren.

Met local option, plaatselijk geheel verbod, neemt de Schr. daarom genoegen, doch eene nadere omschrijving, hoe hij dien maatregel wenscht, blijft achterwege. Moet het verbod bij eenvoudige meerderheid van stemmen worden ingevoerd? Zoo ja, zal het dan met de naleving wel veel beter gaan, dan bij een algeheel verbod in het geheele land? Of wel, met eene meerderheid van $^2/_3$ of $^3/_4$, zoodat het verbod slechts gelden zal als werkelijk eene groote meerderheid in de gemeente tegen den alcohol is, en dus zal medewerken tot strenge naleving? Maar zal dan een proef met het stelsel wel iets opleveren? zal er dan een noemenswaard aantal gemeenten gevonden

worden, waar reeds zoodanige meerderheid is? Moet de local option alleen den kleinhandel betreffen, of ook den groothandel? Ook den invoer van door particulieren elders bestelde dranken? Ziedaar zooveel vragen, die de Schr. niet beantwoordt, terwijl wij toch, nadat alle andere systemen tot in détails zijn bestreden, wel wat meer omschrijving hadden mogen verwachten van het eenige stelsel, dat de Schr. meent te mogen aanbevelen.

Eigenlijk bepleit de Schr. hetgeen hij aanbevelenswaardig acht slechts uit het ongerijmde. De Staat moet de particuliere drankbestrijding helpen; alle maatregelen die van een ander beginsel dan algeheel verbod uitgaan deugen niet; algeheel verbod zelf is nog niet uitvoerbaar, *dus* is local option als voorbode van algeheel verbod aan te bevelen.

Is het wonder, dat, waar de critiek van andere systemen het eenige is wat Schr. aanvoert, voor zijn eigen stelsel, die critiek zoo vaak onbillijk en partijdig is, en dat wie zoo hartstochtelijk tegen den drank is, telkens laat bemerken, hoeveel moeite hij heeft te gelooven in de goede trouw van hen, die wat kalmer te werkwillen gaan. Ik betwijfel dan ook of de Schr. velen overtuigen zal, dat de tot nu toe gewoonlijk aanbevolen middelen van drankbestrijding van Staatswege zoozeer te veroordeelen zijn.

Het ligt geenszins in mijn bedoeling, om in wederlegging te treden van al wat de Schr. tegen die maatregelen heeft aangevoerd; dit zou verre buiten de grens eener aankondiging leiden. Op enkele punten wil ik evenwel wijzen, vooreerst om het belang der zaak, en tevens om aan te toonen, dat Mr. B's proefschrift meer een propagandageschrift voor de denkbeelden van de uiterste linkerzijde der drankbestrijders is, dan een onpartijdige wetenschappelijke studie.

Op den voorgrond stel ik, dat de Schr. bij de be-

strijding van al de maatregelen, die hij besprak: „de repressieve maatregelen, de belastingsystemen, het drankmonopolie, het Gothenburgsche stelsel en het beperkt vergunningensysteem", steeds er op wijst, hoe weinig zij helpen kunnen om drankzuchtigen te genezen. Een billijken toetssteen acht ik dit niet, daargelaten nog dat ook de maatregel, dien de Schr. zelf wenscht, het plaatselijk verbod, wel niet vele aan den drank verslaafden op den goeden weg zal terugbrengen. Drankzucht is eene ziekte — de Schr. zelf betoogt dat herhaaldelijk —; welnu dat men geen zieken kan genezen met wettelijke voorschriften, behoeft geen bewijs. Om de werking van eenig middel van drankbestrijding te beoordeelen, moet men m. i. bijna uitsluitend vragen, of het kan bijdragen om hen, die nog geen of slechts enkele schreden hebben gezet op den weg, die naar hun verderf leidt, van dien weg af te houden, of daarvan terug te brengen.

Nemen wij dit als criterium voor de deugdelijkheid van een maatregel, dan geloof ik — om te beginnen met de soort van maatregelen, die ook de Schr. het eerst behandelt — niet, dat de repressieve bepalingen onzer tegenwoordige drankwet, de bestraffing van openbare dronkenschap zoo geheel doelloos zijn, als Mr. B. het wil doen voorkomen, door er op te wijzen, hoevele dronkaards na herhaalde veroordeelingen, weer in kennelijken staat worden aangetroffen.

Tegenover het publiek acht ik de politiemaatregelen tegen openbare dronkenschap niet waardeloos. Zoude het tafreel van een dronkaard, die door de dienaren van het gezag als een misdadiger langs de straat wordt gevoerd, geen beteren invloed hebben op de algemeene denkbeelden over drinken en dronkenschap, vooral bij de jongeren, dan het gezicht van den dronken man, die zijn zigzagweg ongestoord vervolgt, als ware

in zijn toestand niets ongewoons, hoogstens wat lachwekkends?

Het is waar, aldus opgevat is de straf tegen openbare dronkenschap bedreigd, meer een preventief, dan een repressief middel.

Zuiver repressieve maatregelen, die resultaten hebben, acht ik echter ook wel denkbaar. Men sluite slechts de drankzuchtigen niet in gevangenissen, doch brenge hen gelijk de krankzinnigen in daarvoor opzettelijke opgerichte gestichten, waar men hen houdt zoolang als noodig is om de kwaal te genezen. Op deze wijze ongeveer behandelt men, naar Mr. B. mededeelt, de drankzuchtigen in het canton St. Gallen; (in Noord-Amerika slechts hen, op wie de kosten van het verblijf in het Asyl te verhalen zijn). Jammer, dat de Schr. niets mededeelt omtrent de resultaten van dit systeem, noch zijn oordeel daaromtrent doet kennen.

Ik kan niet nalaten hier als eene proeve van de zonderlinge wijze van redeneeren, die de Schr. soms volgt, zijn conclusie omtrent de strafbepalingen tegen openbare dronkenschap mee te deelen.

Voor de drankbestrijding acht hij ze, zooals ik reeds zeide, doelloos; hij verdedigt echter tegenover NEUKAMP uitvoerig het recht van bestaan en het nut van die strafbepalingen uit het oogpunt van de openbare orde, maar komt desniettemin ten slotte tot de conclusie, dat hij zich schaart aan de zijde van hen, die deze maatregelen afkeuren, en waarom? „het is wel heel mooi", zoo luidt het, „voor de openbare orde en veiligheid te zorgen, heel mooi er voor te waken, dat dronkaards in het openbaar geen aanstoot geven; wat helpen al die repressieve maatregelen, als de dronkenschap op zich zelf niet vermindert?"

Mij dunkt, dit laatste als eenige maatstaf voor de

deugdelijkheid van onze wetten nemende, kan Mr. B. nog vrij wat afkeurenswaardig in ons Staatsblad vinden.

De belastingsystemen, die Schr. van de preventieve maatregelen het eerst behandelt, worden door hem ook weder voornamelijk ondeugdelijk geoordeeld op grond, dat ze geen drinkers genezen. Een drinker pleegt veelal voor hij een kroeg binnen treedt geen begrooting op te maken, — ziehier zijn hoofdargument tegen alcohol-accijnzen —, wel drinkt hij meer, als de drank goedkooper wordt, doch niet minder dan te voren, als de drank duurder wordt; zijn portie moet hij hebben, al kost die wat meer geld.

In die redeneering is zeker veel waars ten aanzien van „drinkers", doch geldt wel hetzelfde bij de jongens, die nog maar zelden iets gebruiken, omdat zij er niet altijd geld voor hebben, en bij die vele oppassende huisvaders, die wel zoo nu en dan een borrel nemen, zonder daarmee hun gezin nog noemenswaard te kort te doen, zoolang zij zich boven aan het hellend vlak staande weten te houden? Zal op die allen de prijs van den alcohol in het geheel geen invloed hebben? gaan wij er al niet op vooruit, wanneer die personen wat kleiner glaasje of hooger waterpercentage voor hetzelfde geld krijgen, tengevolge van den hoogeren accijns?

Ontkennend kan deze vraag nog beantwoord worden, door hen, die vreezen, dat slechtere qualiteit van drank het gevolg zal zijn van accijnsverhooging, en die vervalsching van den alcohol nog het gevaarlijkste van alles achten; doch Mr. B. — en ik geloof terecht — hecht zeer weinig aan de bekende onderscheiding tusschen meer en minder schadelijke alcoholsoorten.

Dat het invoeren of verhoogen van drankbelastingen niet helpt tegen drankgebruik, is intusschen voor Mr. B. alweer reden genoeg om ze af te keuren, zonder te

vragen of ze ook wellicht met een ander doel worden ingevoerd of verhoogd. Voor zoover hij het eigenlijke doel — geld in de schatkist brengen, dat anders door andere, den oppassenden burger meer drukkende, belastingen gevonden moet worden — nog memoreert, is het om er op te wijzen hoe gevaarlijk juist dat doel is.

Eene regeering, die millioenen uit den alcoholaccijns ziet vloeien, zal geen ernst maken met drankbestrijding, zoo betoogt hij, een oude en bekende, maar m. i. in onzen tijd tamelijk ondoordachte redeneering oprakelende, en zulks tegen beter weten in. Immers, haalt hij niet op een andere plaats de woorden van mr. PIERSON aan, waarmede deze betoogt, dat vermindering van de opbrengst van den accijns *tengevolge van afnemend gebruik van alcohol* geen reden tot bezorgdheid voor onze financiën behoeft te geven, omdat de meerdere volkswelvaart, die er tegenover zal staan, alle overige inkomsten zóóveel rijkelijker zal doen vloeien, dat het verlies ruim wordt vergoed. Eene opinie van onzen minister van financiën die, blijkens een citaat van den Schr., door zijnen collega in Rusland wordt gedeeld.

Wat geeft dan mr. B., die zelf toch wel de eerste zal zijn om te erkennen, dat vermindering van drankgebruik een reusachtigen invloed ten goede op de volkswelvaart zal hebben, het recht, om de regeeringen, in het bijzonder ook de onze, voor zoo onzedelijk niet alleen, doch tevens voor zoo onverstandig te houden, dat zij uit vrees voor vermindering van de rijksinkomsten den alcohol, die de volksgezondheid en volksenergie ondermijnt, zullen laten voortwoekeren?

Dat de Schr., die den invloed van eenigen maatregel op de drinkers als criterium neemt, geen heil ziet in de systemen, die vermindering van de verleiding tot grondslag hebben, spreekt vanzelf. Tot die systemen moet m. i.

ook gerekend worden het Gothenburgsche. Mr. B. bestrijdt dit stelsel eigenlijk niet in beginsel, hij beperkt er zich toe om aan te toonen, dat het beginsel van het stelsel, te weten, den drankhandel, te brengen in handen van personen, die er geen belang bij hebben den omzet te vergrooten, in Zweden niet tot zijn recht is gekomen.

De schildering, die de Schr. van de Zweedsche bolags (herbergmaatschappijen) geeft, doet den lezer vermoeden, dat de „achtbare burgers" (Schr.'s woorden), die de maatschappijen hebben opgericht, er al spoedig na de oprichting hun achtbaarheid bij hebben ingeschoten, althans met weinig overleg de zaken hebben aangepakt. Bevreesd voor hun aandeelen en zelfs voor het overbodig worden van hun edel streven, verwaarloozen zij alle middelen, die tot hun eigenlijk doel kunnen leiden; zij heffen alleen die kroegen op, waarvan de omzet klein is, zij streven naar groote winsten, teneinde de bestuursleden hoog te kunnen bezoldigen, en verzuimen, wat noodig is, om de zetkasteleins onverschillig te maken omtrent den alcoholomzet, dat wil zeggen, om hun eene positie te verzekeren voor het geval, dat hun inrichting wegens geringen omzet gesloten mocht worden; zij trachten door het maken van groote winsten, die in de gemeentekas vloeien, andere belastingen onnoodig te maken, enz. enz.

Het is mogelijk, dat de bolags van den oorspronkelijken weg zijn afgeweken, doch indien niet de gemeentebesturen opzettelijk de vergunningen gaven aan maatschappijen van niet-achtbare burgers, lijkt het mij onwaarschijnlijk, dat ze zoozeer verbasterd zouden zijn. De cijfers van het verbruik geven ook geen aanleiding tot zoodanige pessimistische vermoedens; het verbruik per hoofd in Zweden is verminderd, en al geef ik gaarne toe, dat aan de geheel-onthoudersvereenigingen een groot deel der eer daarvan toekomt, dat deze dit succes niet

met behulp van, doch niettegenstaande de wet hebben bereikt, kan de Schr. niet bewijzen.

Wat daarvan echter zij, die critiek zou het beginsel van het Gothenburgsche stelsel slechts treffen, indien een dergelijke ontaarding in den aard van het stelsel lag. Dat dit niet zoo is, blijkt uit de Noorsche toepassing van het systeem, waarbij vele fouten zijn vermeden en waaraan de Schr. dan ook niet allen invloed op de vermindering van het drankgebruik in dat land durft ontzeggen.

Toch schijnt ook de Noorsche toepassing m. i. nog wel voor verbetering vatbaar; wil men het beginsel goed tot zijn recht doen komen en voor ontaarding behoeden, dan geve men de gezamenlijke vergunningen in eene gemeente aan eene „vereeniging tot bestrijding van het alcoholisme", die voldoet aan de volgende eischen. Zij leene het geld benoodigd, om een zeker aantal inrichtingen over te nemen of te stichten tegen een matige rente van particulieren. De winst, die behaald wordt moet na betaling der rente allereerst worden besteed om die leening te amortiseeren, althans grootendeels. Is zulks geschied, dan moet de winst verder worden besteed deels om allerwegen goedkoope melksalons en koffiehuizen zonder vergunning te stichten, in welke het den bezoekers door leeszalen en biljarts zoo aangenaam mogelijk wordt gemaakt, deels om dronkaards-asyls te bekostigen, deels om vereenigingen voor armenzorg in staat te stellen gezinnen van dronkaards, die in asyls vertoeven, te helpen. De traktementen van de beambten der vereeniging (zetkasteleins, bedienden, controleurs) zouden goedkeuring behoeven van het gemeentebestuur (teneinde gefingeerde vereenigingen te voorkomen, wier inkomsten in den vorm van hooge traktementen in den zak der zetkasteleins vloeien), terwijl de vereeniging eindelijk zou moeten zorgen dat de kasteleins enz., wier

inrichtingen wegens verminderden omzet konden worden opgeheven, daardoor niet broodeloos werden. Moeilijk zou dit de vereeniging niet vallen, daar in de melksalons en volksleeszalen, die in dat geval vermoedelijk zouden bloeien, personeel genoeg noodig zou zijn. Aldus toegepast, zou het beginsel van het Gothenburgsche stelsel — zooveel mogelijk wegnemen van al wat tot drankgebruik kan verleiden — m. i. tot zijn recht komen.

De „Volksvriend", hoewel een vijand van het Gothenburgsche stelsel, erkende dan ook, dat bij zoodanige uitvoering van het beginsel (reeds aan de hand gedaan in het Sociaal Weekblad n° 5 van 1898, uit welk artikel de Schr. elders citeert) althans vele der practische bezwaren tegen het Gothenburgsche stelsel zouden vervallen. Ook de commissie uit den Volksbond, had vermoedelijk een soortgelijke toepassing, althans de Noorsche toepassing op het oog, toen zij in haar rapport op een proef met het Gothenburgsche stelsel aandrong. Is het dan wel te verdedigen, dat Mr. B., in zijn aanhangsel het voorstel dier commissie bestrijdende, nog eens al de gebreken opsomt van de oorspronkelijke Zweedsche toepassing van het stelsel, als ware dat de eenige bekende?

Bij de bespreking der Nederlandsche wet, die er op andere en minder doortastende wijze naar streeft, de verleiding tot drinken te verminderen, tracht Mr. B. het nuttelooze van die vermindering aan te toonen.

De wijze, waarop de drank wordt aangeboden, zoo betoogt hij, doet weinig ter zake; in onzen tijd predomineert de vraag. De lust tot drinken is den mensch aangeboren; door vermindering der verleiding op zichzelf zal men weinig kunnen uitrichten, wanneer niet de ziekelijke neiging tot alcohol genezen wordt; wanneer alleen de gelegenheid om alcohol te verkrijgen wordt ontnomen of beperkt, zal de menschelijke geest zich

andere middelen weten te verschaffen om zijn trek naar drank te voldoen. Het schijnt den Schr. ontgaan te zijn, dat hij hier in zijn ijver om aan te toonen, dat vermindering der verleiding niet helpt, tevens ook van algeheel of plaatselijk verbod het nuttelooze aantoont. Tot het genezen van de neiging tot drank, kan de Staat slechts bijdragen door het onderwijs, verder moet hij dit aan particulieren overlaten.

Ik geloof intusschen, dat de Schr. de neiging tot drinken sterk overdrijft; dat sommige personen een praedispositie hebben tot drankmisbruik, moge waar zijn; dat op hen de meerdere of mindere gelegenheid tot drinken, de kunstgrepen van de tappers, om hun omzet te vergrooten, geen noemenswaardigen invloed ten kwade hebben, kan toegegeven worden, doch dat er van de groote menigte, die niet erfelijk belast zijn, even velen als thans den slechten weg zouden opgaan, indien de drank niet zoo vaak — wat het Gothenburgsche stelsel geheel beletten wil, en ook onze wet bestrijdt — aangeboden werd door personen, wier welvaart, ja wier levensonderhoud afhangt van hun omzet, en die gaarne allerlei diensten bewijzen, aan wie drank koopt, of wel indien de drank, niet zoo overal en altijd gemakkelijk te krijgen was, dat schijnt mij eene zuivere a priori bewering (1).

De Nederlandsche drankwet is tot nog toe niet veel meer dan eene vertooning geweest; niet ten onrechte beschouwt de bevolking haar als een fiscale wet. Door de lange overgangsbepaling, door de ontelbare

(1) Als de Schr. nog betwijfelt of er wel eens met tegenzin gedronken wordt, om door den tapper aan werk te worden geholpen, hij leze het onlangs verschenen Van af- tot aanmonsteren. Zouden de zeelieden een even slechten naam houden, wat hun drankmisbruik aangaat als te Rotterdam het Gothenburgsche stelsel streng werd doorgevoerd?

dispensatiën, die tot regel maakten wat als uitzondering bedoeld was, door de clementie van de rechterlijke macht, die den ijver der politie verminderde, zijn de hoofdbeginselen der wet in hooge mate verzwakt; had zij veel resultaten opgeleverd, dan was de alcohol wel een zwakke vijand gebleken. Wordt echter het beginsel, alles wegnemen, wat de neiging tot drank kan doen ontstaan of versterken, in de wet zelve flink doorgevoerd, en wordt zij dan streng toegepast, wat zeer goed mogelijk is, dan zal zij den drankbestrijders tot grooten steun kunnen zijn.

Aan dezen de taak om de al of niet aangeboren neiging te bestrijden, aan den Staat de plicht om te zorgen, dat niet de eene burger uit winstbejag de slechte neigingen bij den anderen opwekke of versterke. Doet de Staat zulks krachtig in het geheele land, er zal meer bereikt worden, dan wanneer, gelijk de Schr. wenscht, in enkele dorpen een algeheel verbod van drankverkoop wordt afgekondigd, dat bij de sterke neiging tot drankgebruik, die den mensch volgens Mr. B. eigen is, een doode letter zal worden.

De twistvraag, of de tegenwoordige drankwet reeds iets uitgewerkt heeft, wordt door den Schr. natuurlijk ook behandeld. Terecht komt hij er m. i. tegen op, dat sommigen de vermindering van het kroegenaantal in het geheele land naast de vermindering van het gebruik in alle gemeenten door elkaar genomen, stellen, en dan concludeeren: de vermindering van het aantal inrichtingen heeft tot vermindering van gebruik geleid. Het is toch zeer goed mogelijk, dat hier het kroegenaantal sterk verminderde en het drankgebruik steeg, terwijl ginds het kroegenaantal gelijk bleef en het drankgebruik afnam; al is dan dooreen genomen het resultaat dat beide daalden, bezwaarlijk kan men tot

eenig verband tusschen beide concludeeren. Mr. B. heeft daarom voor een 47-tal gemeenten op zichzelf het kroegenaantal en het drankgebruik in verschillende jaren met elkaar vergeleken, wat hem tot eene voor de drankwet ongunstige conclusie heeft geleid.

Intusschen is Schr. m. i. in de tegenovergestelde fout vervallen van hen, die hij bestrijdt. Hij plaatst toch voor elke gemeente naast elkaar het kroegenaantal en het aantal liters, per hoofd gedronken, in elk jaar van 1882 tot 1896, en drukt het laatste getal met vette letters zoo vaak het grooter is dan dat van het vorig jaar, terwijl het kroegenaantal afnam. Uit de veelvuldige vette letters in zijn staatjes concludeert hij dan, dat de wet niets helpt.

Ook deze conclusie acht ik niet gewettigd. Indien toch b.v. in eene gemeente met 50 inrichtingen een tweetal onbeteekenende vergunningen worden opgeheven en in datzelfde jaar neemt het gebruik met $^1/_4$ liter per hoofd toe, dan pleit dit zeer zeker geenszins tegen het verband tusschen het aantal vergunningen en het gebruik. Is het goed gezien van Mr. B. om, wat de uitgestrektheid van het terrein betreft, niet te generaliseeren, hij had zulks meer moeten doen ten opzichte van den tijd. Indien in eene gemeente het aantal herbergen van 1882 tot 1896 sterk is verminderd, doch gemiddeld in de jaren 1894—96 per hoofd niet minder dan gemiddeld in de jaren 1881—83 is gedronken, dan eerst kan men m. i. zeggen, dat zulks pleit tegen het bestaan van verband tusschen kroegenaantal en drankgebruik. Pas ik deze methode toe op de cijfers door Mr. B. gegeven, dan pleiten de cijfers van 29 gemeenten door hem vermeld vóór bedoeld verband, die van 18 gemeenten daartegen.

Intusschen, meende ik er op te moeten wijzen, dat de

conclusie die Mr. B. uit de cijfers van het gebruik trekt, mij evenmin geheel gerechtvaardigd voorkomt, als die van hen, die over het geheele land generaliseeren, aan de cijfers zelf hecht ik evenals de Schr. zeer weinig, wijl het groote doch onbekende aantal clandestine inrichtingen elk statistisch onderzoek onmogelijk maakt.

Bij de bespreking der Nederlandsche drankwet wijdt Mr. B. ook eenige bladzijden aan het ontwerp-drankwet der Ned. Ver. tot afschaffing van St. Drank. Wijl het geheel op de leest der tegenwoordige wet is geschoeid, heeft Mr. B. er niet veel sympathie voor. De lichtzijde van het ontwerp acht hij de geheel nieuwe bepalingen omtrent local option; zijn grootste grief daartegen is, dat het zich niet met den groothandel inlaat. Zoolang de productie in het groot en de groothandel niet worden beperkt, zoo redeneert hij in het kort, leidt zelfs de beste regeling van den kleinhandel slechts tot meer gebruik te huis.

Jammer is het dat Schr. weer bij die algemeenheid blijft en niet meedeelt, hoe hij zich die regeling van den groothandel en de productie denkt. Niet in den vorm van een monopolie, dit blijkt uit zijn critiek over monopolie-systemen. Wellicht door local option? Zijn ingenomenheid met de local-option-bepalingen in het meergenoemd ontwerp, die slechts den kleinhandel betreffen, geeft reden tot twijfel; doch gesteld hij wenscht ook productie en groothandel te beperken door plaatselijk verbod, dan zal hij toch nog lang kunnen wachten, voordat te Schiedam en Delft ingevolge eene volksstemming de branderijen worden gesloten.

Alvorens van de Ned. Drankwet af te stappen, nog een enkel woord over Schr.'s beschouwingen over het vergunningsrecht, die geheel overeenkomen met wat

daaromtrent in geheel-onthouderskringen gewoonlijk wordt verkondigd. Dat Schr., die in de opbrengst van het vergunningsrecht weer een motief te meer ziet voor de overheid om met de drankbestrijding geen ernst te maken, daarin een grond vindt om het recht af te schaffen, is begrijpelijk. Ik moet erkennen, dat ik ten dezen opzichte niet in alle gemeentebesturen evenveel vertrouwen stel, als ik boven toonde in de Landsregeering te hebben, en dat ik daarom gaarne zou zien, dat voortaan het vergunningsrecht in 's Rijks kas vloeide.

Het tweede argument van Mr. B. voor afschaffing van het vergunningsrecht is mij echter niet recht duidelijk. Als men het recht afschaft, zoo zegt hij, dan zal tevens de verleiding om clandestien drank te verkoopen, teneinde het vergunningsrecht te ontduiken, tot het verleden gaan behooren. In zeker opzicht is dit waar; zoo zal, als men het eigendomsrecht afschaft, de verleiding tot diefstal verdwijnen. Doch dat er na afschaffing van het vergunningsrecht kroegen zullen verdwijnen, wat wel Schr.'s eigenlijke bedoeling zal zijn, zie ik niet in. Of een tapper *kan* wel vergunning krijgen, doch vraagt die niet om het recht te ontduiken; na afschaffing van het recht wordt die clandestine kroeg een kroeg met vergunning en verkoopt allicht nog meer drank dan te voren; òf een tapper *kan geen* vergunning krijgen, wijl de wet het verbiedt (wegens een der punten van art. 3); tapt deze man toch clandestien, dan zal hij zulks vermoedelijk niet staken, omdat zijn collega's met vergunning voortaan geen recht behoeven te betalen. Het aantal *clandestiene* kroegen moge iets verminderen als het recht wordt afgeschaft, het aantal kroegen in het algemeen niet.

Over de afdeelingen van het proefschrift, die gewijd zijn aan de maatregelen, die Mr. B. in beginsel goed

toeschijnen, kan ik kort zijn, wijl die afdeelingen zelf zoo kort zijn.

Wie weet, hoe rijk de literatuur is voor en tegen algeheel verbod, zou allicht verwachten, dat deze principieele voorstander daaruit een goede bloemlezing zou hebben gegeven, een lastige arbeid voorzeker, doch nuttig en aanlokkelijk voor wie het beginsel zoo goed acht. Wij vinden echter niets van dien aard; één kort historisch overzicht van de wetgeving van een Amerikaanschen Staat, en een vage waarschuwing om niet te gauw te gelooven, wat door anderen in ons land in de laatste jaren over den drankstrijd in een land, dat zoo ver ligt, is geschreven, ziedaar wat de Schr. over den strijd vóór en tegen prohibitie aan gene zijde van den Oceaan meedeelt. Ook van Finland, dat dan toch minder ver weg ligt, geeft Schr. slechts de wetgeving; hoe de probibitie op het platte land aldaar werkt, zoeken wij tevergeefs.

Over de local option, die de Schr. nog wel aanbeveelt, is hij nog korter; enkele woorden worden gewijd aan het tegen den alcohol gericht onderwijs.

Ik zal het bij deze bloemlezing van mijn bezwaren tegen den inhoud van dit proefschrift laten.

Gaarne had ik over het geschrift, dat, wat taal en stijl betreft, zich zeer aangenaam laat lezen, een gunstiger oordeel uitgesproken.

Waar ik echter niet twijfel, of het proefschrift zal in geheel-onthouderskringen, wier denkbeelden en wijze van denken het zoo geheel weergeeft, hoog verheven worden, daar komt het mij in het belang van den Schr. zelve voor, dat er hem van andere zijde op gewezen wordt, dat hij, dus schrijvende, buiten die kringen zeer weinigen overtuigen zal en dus zijn doel, invloed oefenen op de richting onzer drankwetgeving, niet zal bereiken; dat toch opzettelijk somber getinte schilderingen en par-

tijdige voorstelling van hetgeen anderen nuttig achten, eene slechte aanbeveling zijn, van wat men zelf alleenzaligmakend acht, en wellicht als eenig gevolg hebben, dat de tegenstanders van Staatsdrankbestrijding het pleit winnen.

Mr. B., die zoo warm is voor de zaak en blijkbaar zoo gemakkelijk de pen voert, zal zonder twijfel niet voor de laatste maal over het onderwerp geschreven hebben; moge hij een volgende maal niet alleen eenige waardeering overhebben voor wat anderen voorstellen of toepassen, doch moge hij vooral aan hen, die zijn geschriften aankondigen, de gelegenheid geven, niet slechts de meerdere of mindere juistheid van zijn critiek te bespreken, doch zijn eigen uitgewerkte plannen met waardeering te beoordeelen.

's-Gravenhage, Sept. 1899. A. v. Gijn.

VARIA.

Enkele opmerkingen over- en naar aanleiding van het aanhangige wets-ontwerp betreffende „Ouderlijk gezag en Voogdij",

DOOR

MR. E. G. C. SCHEIDIUS, (1)
Kantonrechter te Arnhem.

Met groote ingenomenheid is ongetwijfeld door ieder, die eenig belang stelt in het lot van minderjarigen, de indiening van het genoemde wets-ontwerp begroet. Een woord van dank aan de Regeering mag daarom niet ontbreken, ook waar men enkele bedenkingen tegen het ontwerp heeft. Bezield met de begeerte ook mijnerzijds mede te werken tot verbetering van den rechtstoestand van minderjarigen, wensch ik enkele opmerkingen naar aanleiding van het voorstel te maken en ter overweging aan de leden der wetgevende macht aan te bieden.

Eene opmerking vooraf: Het wil mij voorkomen, dat

(1) Wegens het belang der zaak voldoen wij gaarne aan het verzoek van den schrijver om de in den loop van dit jaar door hem aan den Minister van Justitie en de leden der Staten-Generaal toegezonden brochure in dit tijdschrift te willen opnemen. (RED.)

de ontwerper meer het oog heeft gehad op den persoon van den minderjarige dan wel op diens goederen en werkelijk de bestaande wetgeving betreffende diens vermogen eischt op verschillende punten dringend herziening. Ieder, die met de practijk bekend is, zal dit onmiddellijk toegeven.

Wat het ontwerp betreft, wensch ik mij hoofdzakelijk te bepalen tot twee bezwaren. Het eerste is, dat het m. i. verkeerd is niet streng toe te passen de leer, dat de Kantonrechter bij uitnemendheid de man is en blijft, die de personen kiest, en deze functie nu in verschillende gevallen, zonder eenige noodzaak, wordt overgebracht naar de Rechtbank. Het tweede betreft den „Voogdijraad", bij welks samenstelling en functie, ik meen, dat niet geheel voldoende is gelet op de practijk.

Waar volgens de bestaande wetgeving in de voogdij en toeziende voogdij steeds wordt voorzien door den Kantonrechter (1), trekt het de aandacht, dat het aanhangige Wets-Ontwerp in vele gevallen die functie aan de Rechtbank opdraagt. Men zie art. 261 al. 2: „Bij het uitspreken der ontbinding (nà scheiding van „tafel en bed) benoemt de *Rechtbank* dengene der ouders, „die het ouderlijk gezag uitoefende tot voogd en voor„ziet tevens in de toeziende voogdij", art. 284, ten aanzien van echtscheiding, art. 374*c* al. 5, voor het geval van ontzetting of ontheffing van het ouderlijk gezag, art. 374*e* bij herstel in het ouderlijk gezag, art. 301 al. 2, betreffende de toekenning van het ouderlijk gezag bij het uitspreken eener scheiding van tafel en bed.

---

(1) Art. 440*a* maakt hierop eene uitzondering ten aanzien van de benoeming van een plaatsvervangenden voogd of toezienden voogd; deze benoeming geschiedt door de Rechtbank.

Waarom, mag gevraagd worden, breekt de ontwerper met het beginsel, neergelegd in onze tegenwoordige wetsbepalingen, volgens welke de Kantonrechter steeds beslist omtrent de keuze van de personen, die met de voogdij zullen worden belast.

Voor de gevallen van ontheffing of ontzetting van het ouderlijk gezag vindt men in de Memorie van Toelichting aangeteekend: „*Eenvoudigheidshalve* is bepaald, „dat de *Rechtbank*, die de ontheffing of ontzetting uit„spreekt, daarbij tevens voorziet in de voogdij en toe„ziende voogdij. Dat was te meer noodig, omdat bij de „beslissing zal moeten worden acht geslagen op de aan„biedingen van particulieren of vereenigingen om de „voogdij op zich te nemen". Of dit motief afdoende is, mag betwijfeld worden; dat de Rechtbank beslist of er termen bestaan voor ontheffing of ontzetting, kan als juist erkend worden; de jurisdictie is hier, in het bizonder bij ontzetting, contentieus; maar wat de keuze betreft van personen, aan wie de voogdij moet worden opgedragen, daartoe moet m. i. de Kantonrechter competent blijven als uitoefenende de volontaire rechtsmacht. Hij, de voogdijrechter bij uitnemendheid, is door zijne locale kennis beter op de hoogte van feiten, toestanden en personen dan de Rechtbank; daarenboven kan niet genoeg gewezen worden op de wenschelijkheid alle voogdijbenoemingen bij één rechter te concentreeren; die rechter komt dan met dezelfde personen en gezinnen telkens in aanraking (zie ook in dien zin Mr. H. L. Asser's brochure betreffende het ontwerp van wet, Haarlem, 1898, blz. 27 e. v.). Om die redenen verdient het aanbeveling, ook in de gevallen van echtscheiding, scheiding van tafel en bed en ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, aan den Kantonrechter de keuze te geven van de personen. Meent men

hiertegen te moeten aanvoeren, dat het geding een juist licht werpt op het karakter der echtgenooten of wel dathe t gewenscht is een herhaald onderzoek naar onverkwikkelijke feiten te voorkomen en dat deze overwegingen er toe moeten leiden, de Rechtbank al dadelijk de bevoegdheid toe te kennen om in de voogdij of het ouderlijk gezag te voorzien, dan verlieze men niet uit het oog, dat, volgens de bestaande jurisprudentie, echtscheiding zelfs bij *verstek-vonnis* kan worden uitgesproken en dat in de meeste procedure's betreffende echtscheiding en scheiding van tafel en bed de quaestie alléén loopt over feiten de echtgenooten *zelve* betreffende, zonder dat hieruit eene conclusie kan worden getrokken omtrent de meerdere of mindere geschiktheid om als verzorger van het kind op te treden. Bovendien zouden aan den Kantonrechter — ook ter vermijding van het herhaald onderzoek naar onverkwikkelijke feiten — de stukken van het geding ter kennisneming kunnen worden gegeven.

De opneming in het Burgerlijk Wetboek van eene nieuwe instelling — den voogdijraad — verdient in hooge mate toejuiching, maar wat de samenstelling en de functie van dien Raad aangaat, meen ik, dat de navolgende opmerkingen op hun plaats zijn:

1°. *De samenstelling van den Voogdijraad.*

Het ontwerp wil den voogdijraad gevestigd zien in de hoofdplaats van het arrondissement, terwijl volgens de Memorie van Toelichting in de verschillende gemeenten buitengewone leden, agenten of correspondenten kunnen worden aangesteld. Wat zal dus gebeuren, wanneer de voogdijraad een van zijne functie's — de Rechtbank van advies dienen — moet uitoefenen? In vele gevallen zal die Raad om een deugdelijk advies te kunnen uitbrengen,

eerst inlichtingen moeten inwinnen bij de buitengewone leden, agenten, enz. Dit is omslachtig en kan grootendeels voorkomen worden door den voogdijraad kantonnaal te maken.

Een ernstig bezwaar acht ik het verder, dat het ontwerp (art. 385*a*) de *geheele* organisatie van den voogdijraad bij algemeenen maatregel van bestuur wil geregeld hebben. De groote macht en bevoegdheid aan dien Raad toegekend, maken het m. i. wenschelijk, dat, althans in algemeene trekken, door den Wetgever de samenstelling en de werkkring geregeld worden. Immers al dadelijk blijkt, dat men den verkeerden weg wil inslaan, door, zooals uit de Memorie van Toelichting blijkt, den voogdijraad te recruteeren uit hen „die zich reeds thans aan *philanthropischen* arbeid wijden". Dit geeft den indruk, alsof de voogdijraad eene zuiver *philanhtropische* instelling moet worden, ten dienste van de lagere klassen der maatschappij. En al zal nu de voogdijraad voor hen in het bizonder eene uitnemende instelling zijn, er is toch geene reden, waarom de wetgever, waar het eene zoo ingrijpende verandering in het familierecht geldt, zijne beschermende hand niet ook zou uitstrekken ten behoeve van de economisch sterkeren in de maatschappij, die dikwerf eveneens en nog veel meer door zoodanige instelling gebaat zouden zijn.

Gaf ik hierboven aan de hand den voogdijraad kantonnaal te maken, dan zou ik verder de navolgende regeling *bij de wet* willen voorstellen.

De voorzitter, secretaris en leden van den voogdijraad worden voor elk kanton door de *Rechtbank*, uit eene aanbeveling door den Kantonrechter gedaan, benoemd; zij genieten geene bezoldiging, maar kunnen reiskosten en vacatiegelden in rekening brengen; alléén het secretariaat moet eene flink bezoldigde betrekking worden.

Bij algemeenen maatregel van bestuur moeten dan de meer administratieve voorschriften worden vastgesteld, als: bepaling van het aantal leden, waaruit de Raad zal bestaan, de wijze waarop deze zijne taak vervult en daarin van overheidswege wordt bijgestaan, de wijze, waarop de door den voogdijraad gemaakte kosten door den Staat worden betaald enz. Bij de regeling van de wijze, waarop de voogdijraad zijn taak vervult zal er in het bizonder op zijn te letten, dat aan den secretaris, eenvoudigheidshalve de macht worde gedelegeerd om den Raad bij voorkomende aangelegenheden te vertegenwoordigen.

Der *Rechtbank* moet m. i. de benoeming van den voogdijraad worden toevertrouwd; dat een onafhankelijk en onpartijdig college, voorgelicht door den localen rechter, die benoeming doet, is te verkiezen boven eene benoeming door de Overheid, die uit den aard der zaak zal moeten afgaan op het advies van Burgemeesters en andere officieele en officieuse personen, en waardoor misschien niet even goed wordt bereikt, hetgeen de ontwerper der wet als „eerste voorwaarde" stelt: „den voogdijraad samen te stellen uit personen van verschillende richting zoo op godsdienstig als op politiek gebied."

Daarom wordt met nadruk aanbevolen in de wet te bepalen, dat de voogdijraad wordt benoemd op de hier voorgestelde wijze.

2°. *De functie van den voogdijraad.*

Allereerst ga hieromtrent de algemeene opmerking vooraf, dat het inderdaad wenschelijk zou zijn, dat in één artikel nauwkeurig werd omschreven welke functiën men aan den voogdijraad wenscht op te dragen. Thans moet men verschillende artikelen raadplegen om zich een beeld van deze nieuwe instelling te vormen.

Uit het wets-ontwerp blijkt, dat de bestemming van den voogdijraad is:

a. den rechter bij de belangrijke beslissingen, die hij in het belang der verwaarloosde en verlaten kinderen heeft te nemen, voor te lichten;

b. handelend op te treden, ter inroeping van 's rechters beslissing tot ontzetting uit het ouderlijk gezag en de voogdij;

c. zijne medewerking te verleenen, ter verzekering van de richtige naleving van de verplichting tot onderhoud, die op den ontzette of onthevene rust.

Aan deze drie functie's zou ik willen toevoegen vooreerst de verplichting om zoo spoedig mogelijk zorg te dragen, dat door den Kantonrechter in het gezag over minderjarigen wordt voorzien, zoo dikwijs dit gezag om de eene of andere reden ophoudt, doch bovenal deze, dat de voogdijraad bij ontzetting of schorsing in de uitoefening van het ouderlijk gezag of de voogdij, rechtens als vertegenwoordiger der minderjarigen optreedt, tot dat òf de schorsing is opgeheven, òf door den bevoegden Kantonrechter de betrokken persoon is vervangen.

De belangen van den minderjarige kunnen medebrengen, dat bij de onttrekking aan het over hem gestelde gezag, van rechtswege de voogdijraad optreedt, totdat òf de geschorste weder in het gezag hersteld is, òf in de benoeming van een nieuwen definitieven beschermer zal zijn voorzien. Wel wordt in het ontwerp in enkele gevallen aan de Rechtbank de bevoegdheid toegekend bij schorsing aan een door haar aan te wijzen persoon of aan den voogdijraad zoodanige bevoegdheden ten aanzien van den persoon en de goederen toe te kennen als zij zal oirbaar achten (zie b.v. artt. 269, 374*d* en 439), maar verreweg beter schijnt het mij toe de door de Rechtbank te doene opdracht niet facultatief te stellen. Misbruik van den voogdijraad, samengesteld zooals hier boven is aangeduid, is te dien aanzien niet te vreezen.

Wanneer aan den voogdijraad deze functie wordt toegekend en de minderjarigen dus steeds behoorlijk vertegenwoordigd zijn, is er al weer eene reden vervallen, waarom men niet streng zou vasthouden aan het systeem om de Rechtbank alleen te laten beslissen, omtrent de ontzetting en schorsing en den Kantonrechter uitsluitend de keuze der personen toe te vertrouwen.

Ten slotte nog eene opmerking. Waarlijk, wanneer men eens nagaat hoe *gering* de rechten van den toezienden voogd zijn en hoe *groot* zijne verantwoordelijkheid is; wanneer men bedenkt hoe moeielijk het, onder de tegenwoordige wet althans, voor den Kantonrechter vaak is een toezienden voogd d. w. z. een behoorlijken toezienden voogd te vinden, dan zou men geneigd zijn te vragen: Ware het niet beter de geheele toeziende voogdij af te schaffen, en nu men toch eene geheele nieuwe instelling schept „de voogdijraad", deze op veel breederen grondslag te vestigen en hem van rechtswege de toeziende voogdij toe te kennen, evenals in Nederl. Indië de Weeskamer die functie uitoefent. Zeker, menig voogd zoude met zoodanige contrôle niet ingenomen zijn, doch de minderjarigen zouden er dikwerf door gebaat worden.

Thans wensch ik nog enkele opmerkingen te maken, naar aanleiding van de voorgestelde wijzigingen in de artikelen 364, 407 en 417.

Art. 364 wordt in het ontwerp opnieuw geformuleerd; sedert ons hoogste rechtscollege heeft beslist (1), dat

(1) Bij arr. van 4 April 1889, niet opgenomen in het Weekbl. v. h. Recht, maar te vinden in Weekbl. Not. en Regie no. 1049.

onder het woord „beschikken" niet valt „gelden ter leen opnemen", zoodat de vader, daartoe volgens de bestaande jurisprudentie zonder autorisatie van den Kantonrechter bevoegd is, geloof ik, dat het wenschelijk is in die leemte te voorzien, door de redactie meer analoog te doen zijn met art. 451. De aanhef van het art. zou dan kunnen luiden:

„Hij zal ten behoeve van den minderjarige geen geld „mogen opnemen, noch diens onroerende goederen ver-„vreemden of verpanden, noch deszelfs effecten, schuld-„vorderingen en actiën verkoopen of overdragen, dan „met inachtneming der regelen . . . . . enz."

Art. 407. Terecht is door den ontwerper begrepen, dat de harde straf bepaling verbonden aan het niet aanbieden van den daar bedoelden staat vóór het aangaan van een nieuw huwelijk moet vervallen. In plaats daarvan wordt nu eene regeling voorgesteld, volgens welke alléén dan een staat, waaruit van het vermogen van den minderjarige blijkt, moet worden aangeboden, *wanneer de toeziende voogd dit verlangt.* Eene sanctie voor het geval, dat de toeziende voogd dit verzuimt te vragen, zoekt men in het ontwerp te vergeefs en het wil mij daarom voorkomen, dat deze nieuwe bepaling eene doode letter is. Dat het aanbieden van een staat vóór het aangaan van een nieuw huwelijk doeltreffend is, kan dunkt mij moeilijk worden tegengesproken. Ik zou daarom de bestaande verplichting willen behouden, doch in overweging geven aan art. 405, *zooals dit in het ontwerp thans is geformuleerd,* eene nieuwe alinea toe te voegen, volgens welke de hertrouwende vader-voogd of moeder-voogdes gehouden is bij de bevestiging in de voogdij aan den Kantonrechter te doen blijken, dat de aanbieding van den Staat aan den toezienden voogd heeft plaats gehad.

Ten slotte: het bepaalde in art. 407 al. 2; de *Kantonrechter* kan volgens die alinea bij niet-voldoening aan het verzoek van den toezienden voogd, den voogd *ontslaan*. Het ware dunkt mij, stelselmatiger dit ontslag door de Rechtbank te doen geven.

Art. 417. Nu het tweede lid van dit art. wordt aangevuld, make men tevens van deze gelegenheid gebruik, aan den Kantonrechter de *verplichting* op te leggen in de voogdij te voorzien, zoodra de daar bedoelde kennisgeving door hem van den ambtenaar van den burgerlijken stand zal zijn ontvangen; immers niet alle Kantonrechters meenen, naar aanleiding van die kennisgeving, een voogd te moeten benoemen.

Nu men eenmaal de voogdijwetten aan eene herziening onderwerpt, wijzige men ook de bestaande wetgeving op enkele andere punten, die eveneens dringend voorziening eischen. Zij, die met de toepassing dier wetten belast zijn, kunnen getuigen hoe weinig deze in vele opzichten een voldoenden waarborg opleveren voor het behoud van het vermogen der minderjarigen en hoe onmachtig de toeziende voogd en de Kantonrechter daartegenover staan. Men zal evenwel zien, dat geene partijdigheid voor de minderjarigen den ondergeteekende verblindt, want de eerste grief, die hierna tegen de bestaande wetgeving ontwikkeld wordt, betreft eene wetsbepaling, die niet in het nadeel der minderjarigen werkt en hun zelfs dikwerf, ten koste van anderen, voordeelen geeft, waarop zij geen aanspraak hebben.

I. *De werking der gecontinueerde gemeenschap, bedoeld in art.* 182.

De strafbedreiging van dit art. tegen den langstlevende

der ouders, die, wanneer er minderjarige kinderen aanwezig zijn, verzuimt eene boedelbeschrijving te doen opmaken, werkt — het is herhaaldelijk betoogd, laatstelijk nog door Prof. Mr. HAMAKER in het Weekbl. voor Priv. Recht, Not. Ambt en Regie, n⁰. 1486 e. v. — in vele gevallen onbillijk en geeft in de practijk tot onoverkomelijke moeilijkheden aanleiding. Onbillijk werkt zij, omdat de wet tusschen goede en kwade trouw van den langstlevende niet onderscheidt; zij legt verder de verplichting tot inventarisatie onvoorwaardelijk aan den langstlevende op en maakt geene uitzondering voor het geval, dat de gemeenschap geene baten van beteekenis omvat en de kinderen dus niets te verliezen hebben. Wat is dus het geval, wanneer de langstlevende, omdat er inderdaad niets te beschrijven valt, de inventarisatie achterwege laat? De gemeenschap duurt voort ten voordeele van de minderjarigen, doch nimmer ten hunnen nadeele, d. w. z. erfenissen aan den langstlevende te beurt gevallen, wat door ijver en werkzaamheid wordt overgelegd, enz., — dat alles valt in de continuata communio, ook dan wanneer de langstlevende het bewijs kan leveren, dat er bij den dood geene baten van beteekenis aanwezig waren. Tot onoverkomelijke moeilijkheden geeft zij, bij het bestaande verschil van opvatting over het karakter dier instelling, aanleiding, omdat het eigendomsrecht, in het bizonder van onroerende goederen, op losse schroeven wordt gezet. Onroerende zaken na den dood aangekocht kunnen niet vervreemd of met hypotheken bezwaard worden, omdat de minderjarigen daarin mede gerechtigden zijn. Voor derden is het in vele gevallen ondoenlijk na te gaan of de langstlevende aan de verplichting tot inventarisatie voldaan heeft en dus de vrije beschikking heeft over de na den dood van den eerst-stervende verkregen goederen.

Bovendien vergete men niet, dat de voogd — hetzij deze functie door den langstlevende of door een ander wordt uitgeoefend, — ingevolge, art. 444 toch tot inventarisatie van het vermogen van den minderjarige verplicht is. Bewijzen genoeg voor de bewering, dat de gecontinueerde gemeenschap eene moeielijk te verdedigen instelling is. In het ontwerp B. W. van 1886 komt zij dan ook niet meer voor; evenmin als zij gevonden werd in den code civil. Mocht men toch die instelling willen behouden, dan is het in elk geval een eisch der rechtvaardigheid van de verplichting tot inventarisatie te ontheffen den langstlevende, die van blijkbaar onvermogen doet blijken, b.v. door eene verklaring van den Burgemeester der gemeente, waar de overledene zijne woonplaats had, in den trant van de verklaring bedoeld in art. 13 der Wet van 13 Mei 1859, (Stbl. n°. 36), op het recht van successie en van overgang bij overlijden, „houdende, dat het hem (den Burgemeester) niet bekend is. dat de overledene eenige roerende of onroerende zaken heeft nagelaten." Deze verklaring zou b.v. vrij van alle rechten en kosten gedeponeerd moeten worden ter Griffie van het Kantongerecht, om in overeenstemming te blijven met de bij het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten aanzien van onderhandsche akten van inventarisatie voorgeschreven formaliteiten. In dit geval zoude den Griffier de verplichting moeten worden opgelegd tot het aanhouden van een voor derden toegankelijk register van zoodanige verklaringen.

Ik wil niet beweren, dat deze oplossing de juiste is; gaarne geef ik haar voor eene betere.

II. *De consignatie van effecten aan toonder, aan minderjarigen toebehoorende, voorgeschreven bij art.* 391.

Volgens het bestaande art. kan de Kantonrechter op

verzoek van den *voogd* de consignatie bevelen. Doeltreffend komt het mij voor, dat de Kantonrechter dit bevel kan verleenen ook op verzoek van den *toezienden voogd* en zelfs *ambtshalve*, behoudens beroep van den voogd op den hoogeren rechter. In vele gevallen toch moeten de toeziende voogd en bij akten van boedelscheiding de Kantonrechter het lijdelijk aanzien dat de voogd belangrijke waarden onder zijne berusting neemt, zonder eenigen waarborg, dat bij meerderjarigheid van den pupil alles nog aanwezig is. Dit klemt te meer, wanneer men bedenkt, hoe weinig voogden hunne verplichting tot het stellen van zekerheid nakomen.

Met eene eenvoudige wijziging in het art. zoude de hier besproken bevoegdheid aan den Kantonrechter kunnen worden toegekend.

Het bij art. 391 voorgeschreven verhoor van bloed- of aanverwanten kan gerust vervallen.

III. *Belegging van gelden van minderjarigen.*

Dat de in art. 449 voorgeschreven wijze van belegging, wellicht voldoende in 1838, thans, nu sedert meer dan een halve eeuw is voorbijgegaan, weinig practisch en te beperkt is, is voor geen redelijke tegenspraak vatbaar. Ik zou daarom aan het artikel willen toevoegen, dat de belegging tevens kan geschieden in Gemeentelijke Spaarbanken, waarvan de inleg door de betrokken gemeenten is gewaarborgd, in de Rijks-Postspaarbank en verder in zoodanige fondsen waarin de wet veroorlooft of veroorloven zal de ingelegde gelden der Rijks-Postspaarbank te beleggen (1).

(1) Art. 16 der Wet van 25 Mei 1880, (Stbl. no. 88), tot instelling eener Rijks-Postspaarbank, bepaalt, dat de ingelegde gelden voor een gedeelte kunnen worden belegd in nationale schuld, in obligatiën ten laste van provinciën, gemeenten en waterschappen, alsmede in pandbrieven van door den Koning goedgekeurde hypotheek-maatschappijen.

IV. *De machtiging tot vervreemding van onroerende goederen enz. aan minderjarigen toebehoorende.*

Wanneer de Kantonrechter, overeenkomstig art. 451 aan den voogd machtiging verleent tot vervreemding van onroerende goederen enz., bestaat niet de minste zekerheid, dat de ontvangen koopsom wederom wordt belegd; de voogd alléén ontvangt het bedrag en geeft daarvoor kwitantie. Overweging verdient daarom de vraag of het niet wenschelijk is aan art. 451 eene nieuwe alinea toe te voegen, luidende: „De Kantonrechter be„paalt tegelijkertijd een termijn binnen welken aan den „toezienden voogd moet worden vertoond het bewijs dat „de tengevolge van verkoop of vervreemding ontvangen „gelden wederom belegd zijn."

De poenale sanctie van deze bepaling zou moeten gevonden worden door eene aanvulling der bepalingen, omtrent ontzetting uit de voogdij.

V. *De goedkeuring door den Kantonrechter van eene akte van boedelscheiding, waarin minderjarigen betrokken zijn, art.* 1120.

Worden aan minderjarigen effecten aan toonder toebedeeld, dan levert de hiervoor sub II voorgestelde wijziging van art. 391 een voldoend correctief op voor het behoud dier waarden; doch ten aanzien van toebedeelde contanten wordt de waarborg, dat deze belegd zullen worden gemist. Daarom zou ik willen voorstellen, in de wet op te nemen eene bepaling, waarbij den Kantonrechter de bevoegdheid wordt verleend den termijn te bepalen, binnen welken het bewijs, dat de toebedeelde contanten belegd zijn, aan den toezienden voogd moet worden vertoond. Van zoodanige termijnsbepaling zoude uit de akte van scheiding moeten blijken, terwijl daardaaromtrent alsdan zoude moeten worden bepaald, dat

daarvan geen proces-verbaal behoeft te worden opgemaakt, evenmin als van de goedkeuring, bedoeld in art. 1120 B. W. in fine.

Zal evenwel zoodanige bepaling eenige waarde hebben, dan zal ook hier eene poenale sanctie op de wijze als hiervoor sub IV in fine is aangegeven, niet mogen ontbreken.

VI. *Het kwiteeren voor kapitalen aan minderjarigen toebehoorende.*

Zooeven is gezegd, dat bij vervreemding van onroerende goederen de waarborg gemist wordt, dat de ontvangen koopsom wederom belegd wordt. Die waarborg ontbreekt eveneens bij aflossing van hypothecaire en andere vorderingen, die de voogd eigener autoriteit geheel buiten weten van den toezienden voogd kan opzeggen en waarvoor hij zonder diens medewerking geldig kwijting kan geven.

Om dit euvel te ondervangen zou eene bepaling in de wet kunnen worden opgenomen, volgens welke kwijtingen voor kapitalen, aan minderjarigen toebehoorende, slechts van kracht zijn, wanneer zij gegeven worden door den voogd en den toezienden voogd.

Moge het weinige hier voorafgaande er toe bijdragen den rechtstoestand der minderjarigen, ook nog in andere opzichten dan door de Regeering op zoo loffelijke wijze wordt voorgesteld, te verbeteren, dan is het doel dezer regelen bereikt.

20 Mei 1899. E. G. C. Scheidius.

Advocaten-Hollandsch in de achttiende eeuw.

In *de Onderzoeker* — een tijdschrift in den trant van Van Effens bekenden Spectator — vindt men onder dagteekening van 27 Mei 1777 over verschillende soorten van Nederlandsch gesproken. Na over het *Staats-Duitsch* en het *Saletten-Duitsch* te hebben gehandeld, vervolgt de schrijver aldus:

„Het derde soort van Nederduitsch hebben wy den naam gegeeven van *Stadhuis-* of van *Advokaaten-Duitsch*, omdat op de Stadhuizen, aan de Geregtshoven en onder de Advokaaten en Procureurs zulk een Nederduitsch gesproken wordt. Het is eigenlyk een mengelmoes van Nederduitsche, Latynsche en oude Fransche woorden, die men eenen Nederduitschen uitgang geeft. Dit soort van taal heeft zynen oorsprong getrokken uit de Fransche of liever Bourgondische pleitstylen. die ten tyde dat wy aan Vorsten uit het Huis van Bourgogne onderdaanig waaren in deeze Landen zyn ingevoerd, en waaruit onze tegenswoordige styl van procedeeren oorspronglyk is. Sedert hebben onze Regtsgeleerden, dagelyks bezig met het *Corpus Juris* en andere Latynsche Schryvers, zig het Latyn vry eigen gemaakt, en in hunne opschriften en pleidooyen, zo niet gansche brokken, ten minsten eene menigte Latynsche woorden zig gewend in te flanssen. Deeze taal is op die wys ook die der Regters, en naderhand der Wetgeevers geworden, dewyl de Sekretarissen of Griffiers, aan zulk eene taal gewoon die dikwyls in de wetten in de vonnissen, en in de openbaare aanteke-ningen, *Notulen* genoemd, ook begonnen hebben te gebruiken. Een Advokaat, een Procureur; en alle zulken, die voor elken regel schrifts eene zekere som genieten,

vinden zig ook niet kwaad by 't gebruik van zulk eene taal, vooral dewyl zy hun gelegenheid geeft van, door 't gebruiken van twee woorden die elk het zelve betekenen, het een Nederduitsch, het ander een bastaard woord, hunne schriftuuren merkelijk tot hun nut, schoon tot gering voordeel van hunne Klienten, te doen uitdyen. Tot een voorbeeld kan het volgende dienen. *Maar nu, de zaak, die ik tot dus verre hebbe voorgesteld, is volkomen beantwoordende aan de wetten van de Overheid, die elken onderdaan tot gehoorzaamheid verbinden, onder bedreiging van straf, en gevolgelyk is de daad die ik verdedige volkomen wettig.* Dit voorstel, dunkt mij, is vrij duidelijk en voldoende; maar wanneer het in Advokaaten-Duitsch en in den styl van die Heeren wordt voorgesteld, zal het veel langdraadiger, schoon niet kragtiger, weezen. *Maar nu* autem, *de* cause *die ik tot dus verre hebbe voorgesteld en* gededuceerd, *is volkomen* & ab omni parte *beantwoordende en* conform *aan de* wetten, Ordonnantien, Statuuten, Edicten *en* Reglementen *van de Overheid en den* Souverain, *die elken Onderdaan zonder* exceptie *tot gehoorzaamheid en* obedientie *verbinden en* obligeeren, *onder bedreiging en* sanctie *van straf*, mulcte *en* poene, *en gevolgelyk* per consequentiam *is de daad, de* cause, *die ik verdedige en* patrocineere, *volkomen* & ab omni parte *wettig en* legaal.

„Ondertusschen is deeze wys van spreeken en schryven, vooral zoo dezelve wat vol vreemde woorden is, gantsch aftekeuren. Want waartoe dient het twee woorden, die juist dezelve zaak betekenen, te gebruiken, daar het eene het denkbeeld volkomen uitdrukt? 'T is waar, somtyds vergenoegdt men zig met een bastaard woord, maar daarmede kan men zig na myne gedagte niet verontschuldigen, indien 'er een Nederduitsch woord is dat het zelve even goed doen zoude: of denkt men, dat het eene

verdienste is zoo te spreeken dat men maar van eenige lieden verstaan worde? Wat een walgelyk stuk is het volgende staaltje. *Dus hebbe ik dan, Eedele en Moogende Heeren, de eer gehad van aan uw attentie luce meridiana clarius te demonstreeren, dat de cause die ik patrocineere ab omni parte plausibel en juist is; en dat e contrario de sustenue by partye gedaan van alle fondament is gedestitueerd, zo dat het evidenter consteert dat deeze instantie alleenlyk is aangelegd om dilai te vinden & animo vexandi.*

„Zulken inzonderheid, die gebruikt worden tot het opstellen van wetten" — voegt de Onderzoeker er te recht bij — „behoorden zig te wagten voor het gebruiken van woorden die van 't gemeen niet verstaan worden. Eene wet te geeven in eene onverstaanbaare taal, is het volk bloot te stellen van zonder het te weeten de wet te overtreeden."

Mr. C. Bake.

Nederlandsche Juristen-Vereeniging.

Het Bestuur heeft voor de *Algemeene Vergadering* van 1900 aan de orde gesteld de volgende onderwerpen:

1. Hoe moet geregeld worden de tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke zaken, inhoudende eene veroordeeling tot eene andere praestatie dan die van eene geldsom? — Praeadviseurs: Prof. Mr. W. L. P. A. Molengraaff; Jhr. Mr. W. Th. C. van Doorn.

2. Moet, voor tijd van vrede, een afzonderlijke strafrechtspraak voor militairen worden behouden; zoo ja, binnen welke grenzen? Praeadviseurs: Prof. Mr. H. VAN DER HOEVEN; *de Kapitein-Luitenant ter Zee* J. P. VAN ROSSUM; *de Majoor van den Gen. Staf* G. J. W. KOOLEMANS BEYNEN.

10 November 1899.

G. A. VAN HAMEL,
Secretaris.

Prijsvraag.

De „Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre" te Berlijn heeft den prijs van 1000 Mark, te harer beschikking gesteld door haar lid, den heer Dr. CARL HILSE, Syndicus, docent der Technische Hoogeschool, te Berlijn, bestemd om te worden uitgeschreven als Hilse-prijs, voor het beste antwoord op de navolgende prijsvraag:

Die Haftgesetze für Eisenbahnen in den wichtigsten Staaten Europas (unter eventueller Berücksichtigung der Vereinigten Staaten von Amerika) geschichtlich und nach ihrer wirtschaftlichen Tragweite dargestellt".

De Prijsvraag wordt uitgeschreven onder de navolgende bepalingen:

1. De antwoorden moeten uiterlijk op 1 April 1901 ingezonden worden bij den eersten secretaris der vereeniging, Dr. KRONECKER, Kammergerichtsrat, Kurfürstendamm 241, te Berlijn W.

2. De antwoorden moeten in de Duitsche, Fransche of Engelsche taal gesteld zijn; ook moeten de Duitsche handschriften met latijnsche letters geschreven zijn. Het is ten hoogste gewenscht de antwoorden met eene schrijfmachine te doen schrijven.

3. De antwoorden mogen den naam van den schrijver niet vermelden, zij moeten worden aangeduid door een motto, en dat motto moet worden herhaald op een bij het antwoord te voegen verzegelden omslag, inhoudende eene opgave van den naam en de woonplaats des schrijvers.

4. De commissie van beoordeeling bestaat uit de navolgende leden der vereeniging:

Mr. T. M. C. Asser, staatsraad, te 's-Gravenhage.

Dr. Georg Eger, Regierungsrat, te Berlijn;

Dr. William Hewins, Directeur der London School of Economics and political science, te Londen;

Dr. Friedrich Meili, gewoon hoogleeraar in de rechtswetenschap en advocaat, te Zurich.

Bij ontstentenis van een der leden der commissie vóór de beoordeeling, zijn de overige leden gemachtigd één plaatsvervanger te benoemen, indien zij het noodig oordeelen. De commissie van beoordeeling regelt zelf de wijze waarop zij zal werken. De openbaarmaking van haar oordeel zal, zoo mogelijk, voor 1 April 1902 plaats vinden.

De prijs kan verdeeld worden tusschen meerdere antwoorden, die even verdienstelijk blijken te zijn. Het bekroonde antwoord kan door de vereeniging uitgegeven worden.

Ingeval een antwoord of een gedeelte van een antwoord, uitgegeven wordt vóórdat het oordeel der commissie is bekend gemaakt, komt dat antwoord niet verder voor de beoordeeling of bekroning in aanmerking.

De commissie van beoordeeling mag alleen den omslag openen, die bij het bekroonde antwoord behoort. De niet bekroonde handschriften moeten binnen een jaar na de bekendmaking van het oordeel door de schrijvers teruggehaald worden; na afloop van dien termijn worden zij eigendom der bovenvermelde Intern. Vereinigung f. v. R. u. V., welke de keus heeft de verhandelingen zonder vermelding van den naam des schrijvers uit te geven of te vernietigen. Bij twijfel over den eigendom van eene teruggevorderde verhandeling, mag de bij de betwiste verhandeling behoorende omslag geopend worden. Ieder inzender heeft de bevoegdheid reeds bij de inzending opgave te doen van een bepaalde plaats voor de terugzending. Het auteursrecht van de bekroonde verhandeling, in het bijzonder het recht van publicatie en het recht van vertaling, gaat door de betaling van den prijs over op de bovenvermelde Intern. Vereinigung f. v. R. u. V. te Berlijn.

De Berner-Conventie.

Een adres van den hiervolgenden inhoud heeft de heer A. W. Sijthoff, Uitgever te Leiden, aan H. M. gericht:

Aan

Hare Majesteit Wilhelmina, *Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz., enz.*

Majesteit!

Ondergeteekende, Albertus Willem Sijthoff, boekdrukker en uitgever, eerelid van de „*Vereeniging ter bevordering*

van de belangen des Boekhandels, neemt bij dezen eerbiedig de vrijheid, Uwe Majesteit mee te deelen,

dat hij kennis genomen heeft van het verzoek in Augustus j.l. door de Vereeniging „*De Berner Conventie-Bond*" tot Uwe Majesteit gericht, om het daarheen te leiden, dat Nederland toetrede tot de „*Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*", opgericht te Bern den 9 September 1886 en bekend onder den naam van „*De Berner-Conventie*";

dat ondergeteekende die toetreding ten zeerste zou betreuren, omdat naar zijn innige overtuiging die toetreding niet alleen geheel indruischt tegen het algemeen belang van het Nederlandsche volk, maar meer bepaald tegen de belangen van den boekhandel en aanverwante vakken;

dat dan toch door de beperking en de bemoeilijking van de uitgave van vertaalde boeken, vooral het werk op de drukkerijen in de eerste plaats zeer zal verminderen, waarvan het gevolg zou zijn meerdere werkeloosheid dan nu reeds onder de typografen heerscht;

dat toch volgens opgave van het Bestuur der „*Kamer van arbeid voor de drukkersbedrijven te Amsterdam*" reeds onder den tegenwoordigen toestand vaak reeds gebrek aan werk is op de drukkerijen, enz., getuige het feit, dat in Amsterdam alleen reeds gedurende de laatste 3 à 4 maanden gemiddeld van 70 tot 90 drukkersgezellen zonder werk rondliepen, welk getal, vermeerderd met dat der werkeloozen in de andere steden, zeer belangrijk is;

dat hij meent, dat bij toetreding tot „*De Berner-Conventie*" dit getal nog aanzienlijk zal vermeerderen, zeer ten nadeele van de welvaart des volks;

dat ondergeteekende ook geheel instemt met de gewichtige bedenkingen tegen die toetreding in October j.l. aan uwe Majesteit kenbaar gemaakt in het adres van

de heeren P. Noordhoff, A. de Jager en L. van Giffen te Groningen en nog 26 Bestuurs- en andere leden van de „*Vereeniging ter bevordering van de belangen des Boekhandels*" uit alle oorden des lands;

en dat ondergeteekende mitsdien ook op de gronden in dat adres ontwikkeld Uwe Majesteit eerbiedig verzoekt:

aan het bedoelde verzoek van de Vereeniging „*De Berner-Conventie-Bond*" geen gehoor te verleenen.

Leiden, 12 November 1899.

't Welk doende,

Uwer Majesteits onderdanige dienaar:

(w. g.) A. W. Sijthoff.

THEMIS.

LXIste deel. — TWEEDE STUK.

Bijdrage tot de kennis van den rechtstoestand van — en op de Zuiderzee

DOOR

Mr. J. M. Hooo.

Telkens doen zich vragen op met betrekking tot het rechtskarakter van — en den rechtstoestand op de Zuiderzee. In de gedachtenwisseling over wetsontwerpen tusschen de Regeering en Staten-Generaal en in de rechtspraak vonden wij eene leiddraad tot beantwoording dier vragen. Nu eens was het de vraag: of de Zuiderzee een *binnenwater* was, dan weder of, als men zegt: *in zee* of *op zee*, de Zuiderzee daaronder begrepen is. Een ander maal heet het, dat van de Zuiderzee geen bezit noch eigendom mogelijk is. En omtrent den juisten rechtstoestand in het algemeen op de Zuiderzee bleek evenzeer verschil te bestaan.

Eene opzettelijke en eenigszins volledige behandeling dier quaestiën had, zoover mij bekend, tot dusver niet

plaats. Ze kwam mij, met eene korte beschrijving welk stellig recht voor de Zuiderzee geldende is, niet onbelangrijk voor, minder waar men komt op het gebied van het volken- en internationaal recht, dan wel vooral wanneer men het terrein van het staats- en strafrecht en de strafvordering, zoomede dat van het burgerlijk- en handelsrecht betreedt. Eene proeve van beantwoording op dit onderscheiden gebied wensch ik met bescheidenheid te leveren, zonder echter op volledigheid aanspraak te maken.

Vooraf een woord over de *grenzen* van het Zuiderzeegebied en over *territoriale wateren*. Wat behoort tot de Zuiderzee? Wat tot de territoriale wateren?

De zee is tusschen de provinciën Noord-Holland, Utrecht, Gelderland, Overijssel en Friesland gelegen en door de eilanden Texel, Vlieland, Terschelling en Ameland, benevens eenige zandbanken van de Noordzee gescheiden, waarmede zij alleen gemeenschap heeft langs de tusschen de eilanden doorloopende zeegaten. Die zandbanken en zeegaten behooren tot de Zuiderzee, en haar uiterste grens met betrekking tot de Noordzee is die, waar begint de territoriale strook, waarover nader, welke behoort tot de Noordzee. Over die grens der Zuiderzee schijnt geen verschil te bestaan; toch moet ik even daarop de aandacht vestigen naar aanleiding van een paar rechterlijke uitspraken.

Zoo troffen wij een arrest aan van den Hoogen Raad van 8 April 1890 (*Weekblad* n°. 5862), betreffende de bevoegdheid tot vervolging van een feit, dat in strijd met een artikel van het Kon. besluit van 26 Juli 1885 (*Stbl.* n°. 168), vastgesteld ingevolge de wet van 11 Juli 1882 (*Stbl.* n°. 86), omtrent aanvaring op zee, volgens de dagvaarding was gepleegd op zee, ter hoogte van het

zeegat, het *Westgat* genaamd, nabij het eiland Texel. In het arrest wordt geconstateerd dat dit feit aldus is gepleegd op de *Zuiderzee*. En dat nog wel, terwijl het Westgat behoort tot de zeegaten die zich het meest westelijk buiten de laagwaterlijn der Noordzee van het vasteland van Noord-Holland uitstrekken. Is deze beslissing niettemin, ook naar mijn inzien, juist, niet minder juist schijnt de uitspraak bij het arrest van het Hof te Amsterdam van 7 Juni 1898 (*Weekblad* n°. 7185), dat feiten, gepleegd op de *Eijerlandsche gronden*, zijn gepleegd in de *Noordzee*. Bij dat arrest zijn, met vernietiging van een vonnis der rechtbank te Alkmaar van 5 April 1898, eenige visschers vrijgesproken van het hun te laste gelegde, als zoude dit namelijk gepleegd zijn in het *Eijerlandsche Gat* in de *Zuiderzee*, althans onder of nabij de gemeente Texel. Die vrijspraak geschiedde op grond:

„dat deze omschrijving der plaats waar de feiten zouden zijn geschied, niet anders op te vatten is dan dat die zijn gelegen in de *Zuiderzee*, alzoo binnen het Rijk in Europa, waar de Nederlandsche Strafwet toepasselijk is;

„dat in het vonnis waarvan hooger beroep, terecht is beslist, dat door de opgaven der beklaagden en de verklaringen der getuigen is bewezen, dat de te laste gelegde feiten geschied zijn op de *Eijerlandsche gronden* in de *Noordzee*, maar minder juist daarbij gevoegd wordt, dat mede zou zijn gebleken, dat die feiten hebben plaats gehad onder de gemeente Texel;

„dat toch blijkens het proces-verbaal der terechtzitting in eersten aanleg, zoowel de beklaagden als de getuigen alleen spreken van de Eijerlandsche gronden onder Texel, zonder eenige bijvoeging waaruit kan worden afgeleid, dat zij daarbij het oog hebben op eenige indeeling der gronden onder de gemeente Texel;

„dat hierdoor vervalt de juistheid der in het vonnis opgenomen bewering, alsof het abusievelijk als plaats van het misdrijf genoemd zijn der *Zuiderzee*, beklaagden niet zou hebben geschaad;

„dat toch de *Noordzee* hoogstens voor een klein deel kan geacht worden te vallen binnen het Rijk van Europa en alzoo de onjuistheid van de aanduiding der plaats, waar de te laste gelegde feiten geschied zouden zijn, van grooten invloed is op de strafbaarheid van het vonnis. (1)

Blijkt uit deze arresten hoe noodig is eene juiste aanduiding van de plaats van het strafbare feit, er blijkt echter tevens uit dat over de grens der Zuiderzee geen verschil is, dat namelijk de *zeegaten* er toe behooren, maar *niet* de daarbuiten liggende gronden of zandbanken, zooals de zoo gevaarlijke Eijerlandsche gronden, ondiepten ten Noordwesten van het Eijerland op Texel en buiten het Eijerlandsche Gat gelegen.

En nu de vraag, wat tot de *territoriale wateren* behoort. Boven werd gezegd, dat de territoriale strook behoort tot de *Noordzee*.

Is dan de Zuiderzee *geen* territoriaal water? Niet in den specifieken zin waarop deze uitdrukking moet geacht worden aanspraak te hebben. De Zuiderzee behoort tot het Nederlandsch *territoir*, maar is geen „*territoriaal water*".

---

(1) Op eene nieuwe dagvaarding van beklaagden, overigens gelijkluidend aan de vorige, maar met vervanging der plaatsaanduiding door deze: «op de Eijerlandsche gronden in de Noordzee, in de nabijheid van de eilanden Texel en Vlieland,» werd de niet-ontvankelijkheid van het O. M. wegens een *bis in idem* gepleit, door rechtbank en Hof verworpen, doch in cassatie bij arrest van den H. R. van 20 Maart 1899 (*Wbl.* no. 7259) uitgesproken.

Intusschen is hierover eene merkwaardige spraakverwarring geweest, welke ik thans moet releveeren.

Bij de wet van 15 Juni 1883 (*Stbl.* n°. 73) is bekrachtigd eene conventie, den 6 Mei 1882 tusschen de betrokken Staten gesloten tot regeling van de politie der visscherij in de *Noordzee, buiten de territoriale wateren.*

Artt. 2 en 3 dier internationale overeenkomst luiden als volgt:

Art. 2. Les pêcheurs nationaux jouiront du droit exclusif de pêche dans le rayon de trois milles, à partir de la laisse de basse mer, le long de toute l'étendue des côtes de leurs pays respectifs, ainsi que des îles et des bancs qui en dépendent.

Pour les baies, le rayon de trois milles sera mesuré à partir d'une ligne droite, tirée en travers de la baie, dans la partie la plus rapprochée de l'entrée, au premier point où l'ouverture n'excédera pas dix milles.

Le présent article ne porte aucune atteinte à la libre circulation reconnue aux bateaux de pêche, naviguant ou mouillant dans les eaux territoriales, à la charge par eux de se conformer aux règles spéciales de police édictées par les Puissances riveraines.

Art. 3. Les milles mentionnés dans l'article précédent sont des milles géographiques de soixante au degré de latitude.

Bij art. 4 zijn voorts voor de toepassing van de bepalingen der conventie de grenzen van de Noordzee vastgesteld als daarbij, en wel, wat ons land betreft, ten Oosten en Zuiden aangegeven door: de kusten van Nederland.

In art. 2 der wet van 7 Dec. 1883 (*Stbl.* n°. 202), ter uitvoering van de overeenkomst, is bepaald, dat als grenzen van de Noordzee en van de territoriale wateren, buiten welke de overeenkomst van toepassing is, gelden

die, welke de artt. 2, 3 en 4 der overeenkomst aanwijzen.

Uit het bovenstaande blijkt m. i. dat onder territoriaal water alleen is te verstaan de strook van drie geografische mijlen uit de kust der *Noordzee* (laagwaterlijn) zeewaarts.

Niet alzoo de Regeering in 1889. Ook de *Zuiderzee* en *Zeeuwsche stroomen* behoorden volgens haar tot de *territoriale wateren*. Zij diende namelijk bij Kon. boodschap van 20 Oct. 1888 (Gedr. stukken 1888/89, **48**) een ontwerp van wet in, houdende bepalingen tegen het visschen door opvarenden van vreemde vaartuigen in de territoriale wateren van het Rijk, en wel op grond dat bovenbedoelde conventie, als alleen van toepassing in de Noordzee buiten de territoriale wateren, geen strafbepaling bevat tegen inbreuk op het onbetwistbaar uitsluitend recht der nationalen op de visscherij binnen den kring van drie mijlen langs de geheele uitgestrektheid der kusten van den Staat, welk recht hun bij art. 2 der conventie was verzekerd.

In het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer werd nu bij art. 1 de vraag gedaan of het de bedoeling der Regeering was, dat de wet alleen betrekking heeft op de territoriale wateren van de *Noordzee?* Zullen de bepalingen der wet niet gelden voor de *Zuiderzee* en de *Zeeuwsche stroomen?* Op deze laatste vraag werd door andere leden geantwoord, dat de Zuiderzee en de Zeeuwsche stroomen *binnenwateren* zijn en *geene territoriale wateren*. Tegen deze bewering werd opgemerkt, dat krachtens art. 2 der vermelde internationale overeenkomst inderdaad beide wateren tot de territoriale moeten gerekend worden; maar er dan strijd ontstaat tusschen deze wet en de wet van 21 Juni 1881 (*Stbl.* no. 76), houdende bepalingen omtrent de zeevisscherijen en

het Reglement op het bevisschen der Schelde en Zeeuwsche stroomen, vastgesteld bij Kon. besluit van 17 Juli 1875 (*Stbl.* no. 134), laatstelijk gewijzigd bij Kon. besluit van 18 Juli 1882 (*Stbl.* no. 114). In de wet van 1881 is het aan vreemdelingen niet verboden in de Zuiderzee te visschen. Zullen de bepalingen van laatstgenoemde wet, die speciaal de Zuiderzee betreffen, nu door deze algemeene wet in zooverre gewijzigd worden, dat ook in de Zuiderzee het visschen aan vreemdelingen zal zijn verboden? En blijft de uitzondering in art. 2 van het genoemde Reglement ten aanzien van de Belgische visschers opgenomen gehandhaafd, ook na de afkondiging van deze wet?

Op een en ander antwoordde de Regeering in hare Mem v. Antw. als volgt:

„*Art.* 1. Aangezien volgens art. 2 der vermelde internationale overeenkomst de Zuiderzee en de Zeeuwsche stroomen tot de territoriale wateren moeten gerekend worden, is het duidelijk dat deze wet ook daarop betrekking zal hebben voor zoover hare toepasselijkheid niet door eenig verdrag met eene vreemde Mogendheid wordt uitgesloten.

„In de wet van 21 Juni 1881 (*Stbl.* no. 76) is het aan vreemdelingen niet uitdrukkelijk verboden in de Zuiderzee te visschen, maar evenmin geeft die wet hun daartoe uitdrukkelijk vergunning, en al ware dit zoo, dan zou de Nederlandsche wetgever, die in dezen niet gebonden is door eenig tractaat, toch vrij zijn op die toestemming terug te komen, evenzeer voor zooveel betreft de Zuiderzee als ten opzichte van ander territoriaal water, waarvoor trouwens de wet van 1881 ook geldt. En al beschouwt men de Zuiderzee als een binnenwater, zoo moet zij toch tevens als territoriaal water worden aangemerkt, omdat de Nederlandsche Staat daarop vrij

en onbelemmerd zijne hoogheidsrechten vermag uit te oefenen, als behoorde zij tot zijn grondgebied. Waar eene bevoegdheid bestaat ten aanzien van de strook der Noordzee langs onze kusten, kan die zeker niet ontkend worden voor wat betreft de geheel door Nederlandsch grondgebied ingesloten Zuiderzee.

„Anders is het evenwel gesteld — aldus vervolgde de Regeering — met de Schelde en de Zeeuwsche stroomen" enz. Daarvoor bleef het bestaande gehandhaafd en ten overvloede werd dit in een nieuw tweede lid van art. 1 gezegd.

Uit dit antwoord volgt, dat de Regeering in 1889 door „territoriaal water" niet maar alleen verstond „de strook der Noordzee langs onze kusten", waarvan zij sprak, van 3 mijlen, maar ook heel de Zuiderzee, Schelde en Zeeuwsche stroomen, en tevens evenwel dat de Zuiderzee *niet* tot Nederlandsch grondgebied behoorde.

Een en ander gaf aanleiding tot discussie in de zitting der Tweede Kamer van 27 September 1889. De heer Cremers sprak van zinsneden in de Mem. v. Antw., die op zijn minst zeer onduidelijk waren en welke men zelfs zou kunnen houden voor eene volkenrechtelijke ketterij. Het territoriaal water toch was het *kust*water, waarover de kust-Staat eene zekere, beperkte macht uitoefende, voor zoover strikt noodzakelijk was om nadeel voor den Staat te voorkomen. Het was dus niet wat men in het volkenrecht noemt een *dominium*, maar een *imperium*. Daarentegen was het recht dat de Staat uitoefende op de *binnenwateren* — in ons geval de Zuiderzee en de Zeeuwsche stroomen — geheel en al onbeperkt voor zoover wij bij tractaat geene beperkingen hadden toegestaan. Nu wees spr. op de medegedeelde zinsneden van het Voorl. Verslag en de M. v. A.,

waaruit volgde dat men het verschil dat tusschen territoriale wateren en binnenwateren bestond, geheel en al had omgekeerd, en dat nu als twijfelachtig werd voorgesteld dat de Zuiderzee een binnenzee was en in de tweede plaats beweerd werd dat de Zuiderzee niet behoorde tot ons grondgebied. De gevolgen, die uit de Regeeringsverklaring wel eens konden voortvloeien, zouden hoogst onaangenaam kunnen zijn, bijv. dat wij het binnenvallen van oorlogsschepen in de Zuiderzee niet zouden kunnen tegengaan (zie hieromtrent het Kon. besluit van 1893 aan het slot dezer Bijdrage). Het recht op territoriale wateren zou toch door de eene Mogendheid kunnen worden beweerd zich niet verder uit te strekken dan tot op 3 zeemijlen en dan zouden wij daarbuiten op de Zuiderzee geen rechten kunnen uitoefenen.

Deze bezwaren werden door den heer FARNCOMBE SANDERS zeer ondersteund. Het karakter van de Zuiderzee als zuiver binnenwater had door de Regeering nimmer twijfelachtig mogen worden voorgesteld. Hij wees op art. 2 der bovengenoemde conventie. En nu eens toegegeven dat de Zuiderzee is te beschouwen als een *baai* (zie 2e lid), wat zijn dan die „points les plus rapprochés de l'entrée"? Dan zou de denkbeeldige lijn, van waaruit de 3 mijlen moeten gemeten worden, van de openingen tusschen de eilanden telkens afgemeten moeten worden *naar buiten naar de Noordzee,* en dáárlangs zal dan loopen die territoriale strook, en al het water daarachter is dan *binnenwater.* Maar dat is, ook bij andere beschouwing, mede het geval met de geheele zuidelijke ronde kom van de Zuiderzee en de rest, van de noordelijke zee, zou toch zoo wat gedekt zijn, door de drie mijlen-lijnen telkens uit den vasten wal en de eilanden naar elkander toe te trekken.

De Minister van Justitie, de heer RUYS VAN BEEREN-

BROEK, erkende dat de in de M. v. A. gebezigde uitdrukking tot verschil aanleiding kon geven, en zij verklaarde ook van meening te zijn, dat niet in twijfel kon getrokken worden dat de Zuiderzee behoort tot het grondgebied van den Staat. Overigens kwam zij niet uitdrukkelijk terug op hare beschouwing, dat de Zuiderzee en de Zeeuwsche stroomen tot de territoriale wateren van het Rijk behoorden.

Met de verklaring der Regeering is genoegen genomen. Alleen legde, tegenover eene uiting van den heer VAN BYLANDT, de heer FARNCOMBE SANDERS er nog den nadruk op, dat *water*, dat deel uitmaakt van ons territoir, *niet* is wat men pleegt te verstaan onder de benaming: *territoriale wateren*, en omgekeerd: *territoriale wateren* niet zijn *territoir*.

In de Eerste Kamer is de zaak niet besproken.

Intusschen schijnt de medegedeelde geschiedenis van het wetsontwerp, dat is geworden de wet van 26 Oct. 1889 (*Stbl.* n°. 135), geen verdere gevolgen gehad te hebben, en de door de Regeering toen aanvankelijk gevoerde rechtsbeschouwing niet alleen bij andere wetten eene andere te zijn geweest en gebleven, maar ook bij de toepassing der aangehaalde wet zelve.

Vooreerst toch gaat het ontwerp van wet, ingediend 24 Dec. 1888 (Gedr. St. 1888/89, **74**) — tot aanvulling van de 4e afd. van den 1en titel van het Wetboek van Strafvordering, om den bevoegden rechter aan te wijzen voor de gevallen dat strafbare feiten op het niet gemeentelijk ingedeeld watergebied des Rijks zijn gepleegd —, wat de thans besproken vraag betreft, blijkens de Mem. v. Toel. uit van de gedachte, dat de *territoriale wateren* van de *binnenzeeën* onderscheiden zijn, en worden dan ook overtredingen, gepleegd op de Zuiderzee, de Wadden, de Lauwerzee en de Dollart, onderscheiden van die ge-

pleegd op het territoriaal water langs de Noordzeekusten.

Ten andere blijkt de wet van 26 Oct. 1889 (*Stbl.* n°. 135) bovengenoemd in het geheel niet te worden toegepast op het visschen door vreemde vaartuigen in de Zuiderzee en komt in de instructie van de onder-opzichters der Zuiderzee-visscherij, belast met de handhaving in de Zuiderzee van de wettelijke voorschriften omtrent de zeevisscherij, de genoemde wet niet voor. En, zooals hieronder blijkt, verklaarde de Regeering zelve een jaar later, wat in art. 1 der wet onder *territoriale wateren* te verstaan was, n.l. de bekende kring van drie mijlen van de kust.

Ten derde, de wet van 15 April 1891 (*Stbl.* n°. 84), houdende bepalingen ter uitvoering van de op 16 November 1887 te 's-Gravenhage gesloten internationale overeenkomst, strekkende tot het tegengaan der misbruiken, voortvloeiende uit den verkoop van sterken drank onder de visschers op de *Noordzee*, buiten de territoriale wateren, goedgekeurd bij de wet van 7 Augustus 1888 (*Stbl.* n°. 123), en tot het tegengaan van soortgelijke misbruiken in de *territoriale wateren* des Rijks. Artt. 2 en 3 dezer wet luiden als volgt:

„Art. 2. De bepalingen dier overeenkomst gelden tevens voor alle schepen en vaartuigen in de territoriale wateren des Rijks voor zoover daarvan niet bij deze wet is afgeweken.

„Art. 3. Als grenzen van de Noordzee en van de territoriale wateren, in de artt. 1 en 2 bedoeld, gelden die, welke de artt. 2, 3 en 4 der overeenkomst van 6 Mei 1882, goedgekeurd bij de wet van 15 Juni 1883 (*Stbl.* n°. 73), aanwijzen."

In het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer op het ontwerp dezer wet, van 3 Oct. 1889 (Gedr. St. 1889/90, **14**), werd alsnu bij art. 2 het volgende opgemerkt:

„Gaarne zoude men, vooral naar aanleiding van de

discussie in de zitting van 27 Sept. l.l. (zie boven), bij gelegenheid der behandeling van het wetsontwerp houdende bepalingen tegen het visschen door opvarenden van vreemde vaartuigen in de territoriale wateren van het Rijk, nader nauwkeurig door de Regeering zien aanwijzen wat zij verstaat onder de uitdrukking *territoriale wateren*, in deze wet herhaaldelijk voorkomende. Te dien opzichte mocht, in het bijzonder met het oog op de *Zuiderzee* en de *Zeeuwsche stroomen*, geen zweem van onzekerheid bestaan."

Het antwoord der Regeering luidde als volgt:

„*Art.* 2. Onder *territoriale wateren* is, volgens art. 3 van het ontwerp en volgens art. 1 der wet van 26 Oct. 1889 (*Stbl.* n°. 135), te verstaan de kring van drie mijlen, binnen welken, bij art. 2 der overeenkomst van 6 Mei 1882, goedgekeurd bij de wet van 15 Juni 1883 (*Stbl.* n°. 73), den Nederlandschen visschers het uitsluitend recht van visscherij is toegekend.

„Uit de 1ste alinea van eerst- (lees: laatst-) gemeld art. blijkt reeds, dat die kring moet worden gemeten van af de noordelijke eilandenreeks; en dat de *Zuiderzee* voor die meting niet in aanmerking komt, blijkt ten overvloede uit het proces-verbaal der tiende zitting van de in 1881 gehouden Conferentie, waarin is geconstateerd, dat de bepalingen der overeenkomst en dus ook van haar art. 2 niet van toepassing zijn op de *Zuiderzee*, alsmede uit het onder dagteekening van 25 Nov. 1881 door de Nederlandsche gedelegeerden ter Conferentie uitgebracht verslag (blz. 5).

„Wat de *Zeeuwsche stroomen* betreft, zoo doet toepassing op de kaart, van de in de 2e alinea van art. 2 voorgeschreven meetwijze aanstonds bemerken, dat de lijn van waar de kring van drie mijlen moet worden gemeten, die stroomen aan hare binnenzijde en gevolgelijk de terri-

toriale wateren aan hare buitenzijde heeft. De lijn van tien mijlen, b.v. uitgezet tusschen Walcheren en het vasteland, verbindt West-Kapelle met een punt dat ongeveer gelegen is op de Nederlandsch-Belgische grens."

In het Eindverslag der Eerste Kamer komt omtrent deze verklaring het volgende voor:

„*Art.* 3. Met de Commissie van Rapporteurs uit de Tweede Kamer was men van gevoelen, dat ten aanzien der beteekenis van de uitdrukking „*territoriale wateren*", in het bijzonder met het oog op de *Zuiderzee* en de *Zeeuwsche stroomen* geen zweem van onzekerheid mocht bestaan. Met ingenomenheid werd opgemerkt, dat de juiste verklaring, dienaangaande nader door de Regeering gegeven, aan duidelijkheid niets te wenschen overlaat."

Blijkens de discussie was de heer CREMERS met die verklaring om daarbij opgegeven redenen minder ingenomen, maar hoewel hij erkende dat nu blijkt „dat de Regeering nu eindelijk begrijpt dat de Zuiderzee en de Zeeuwsche stroomen *niet* tot de territoriale wateren behooren en daar hoegenaamd niets mede te maken hebben", nam hij deze gelegenheid te baat om de Regeering in overweging te geven om eene verbeterde editie van de wet van 26 Oct. 1889 (*Stbl.* n°. 135) bij de Staten-Generaal te willen indienen, waarin die ongelukkige, door hem besproken 2e alinea van art. 1 betreffende de Zeeuwsche stroomen niet meer zou voorkomen.

De Minister van Justitie, de heer RUYS VAN BEERENBROEK, verklaarde op grond van het vroeger verhandelde en omdat dit met *deze* wetsvoordracht niets te maken had, niet verder op de vraag van den heer CREMERS te kunnen ingaan.

Nog een vierde bewijs dat het verhandelde in 1889 geen verdere gevolgen in de gewraakte richting heeft gehad, levert op de wet van 28 Febr. 1891 (*Stbl.* n°. 69), tot

vaststelling van bepalingen betreffende 's Rijks waterstaatswerken, waar zij in art. 1, 1° den Koning machtigt politiebepalingen te maken betreffende het met vaartuigen enz. gebruik maken „van openbare wateren, onder beheer van het Rijk, *waaronder in deze wet mede verstaan worden de territoriale wateren*".

Aangezien de Zuiderzee is een openbaar water, onder beheer van het Rijk, zonder dat de wet dit behoefde te zeggen, blijkt uit de bijvoeging, dat men aldaar met territoriale wateren iets anders bedoelde, en wel de volkenrechtelijk aangenomen strook van het kustwater.

Uit al het voorgaande meen ik de gevolgtrekking te mogen maken dat volgens onze wetgeving en naar de meer algemeene beschouwing de Zuiderzee niet tot de „territoriale wateren" behoort en stap ik van dit punt thans af, en ga ik over tot eene korte beschouwing van den rechtstoestand op de Zuiderzee met betrekking tot:

I. *het volken- en internationaal recht.*

Is de toepassing van het *jus gentium* en het *jus inter gentes* op eene binnenzee als de Zuiderzee, behoorende tot het grondgebied van den Staat, uitteraard beperkt, ze heeft toch in meer dan één opzicht plaats. Maar in dit opzicht staat de Zuiderzee gelijk met andere gedeelten van den Staat te land of te water, waarop die toepassing kan plaats hebben.

De vraag of op de Zuiderzee sprake kan zijn van „open zee", van „volle zee", van „de zee is vrij", *mare liberum*, is ontkennend te beantwoorden. Ze is noch *mare exterum* noch *mare proximum* (territoriale zee), maar behoort tot het nagenoeg geheel door het landgebied van Nederland ingesloten zeegebied van dien Staat, en het is mij niet gelukt ergens de bewering aan te treffen, dat men op de Zuiderzee zich kan bevinden in „volle zee", in

„open zee". Zelfs kan men volgens de wet van 21 Juni 1881 (*Stbl.* n⁰. 76, zie lager) niet zeggen dat men zich op de Zuiderzee *in zee* bevindt. En ik beweer ook niet aan de andere zijde, dat ze is een *mare clausum* in de volkenrechtelijke beteekenis, maar alleen dit, dat die onderscheiding hier in 't geheel niet te pas komt. De beperkingen die men op dit zeegebied ondervindt, hetzij de beperkingen op den regel: *schip is territoir*, of andere, zijn de vrucht niet van het volkenrecht, maar van het staatsrecht.

Volgens art. 2 van het Wetboek van Strafrecht is de Nederlandsche strafwet toepasselijk op ieder die zich binnen het Rijk in Europa aan eenig strafbaar feit schuldig maakt.

De toepasselijkheid van dat art. 2, onder meer andere artt., wordt volgens art. 8 „beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend".

Welke die uitzonderingen zijn, is daarbij, en in de geschiedenis van de vaststelling van het Wetboek niet nader aangeduid. Art. 2 bevat volgens de M. v. T. de uitdrukking van het zoogenoemde territorialiteitsbeginsel. De heerschappij der strafwet over alle strafbare feiten, op het gebied van den Staat gepleegd en over allen die daaraan deelnemen, zonder onderscheid van nationaliteit, is behoudens de uitzonderingen bedoeld in art. 8, onbetwist en onbetwistbaar. Doch in eene volledige regeling — aldus de M. v. T. op art. 8 — van de heerschappij der Ned. strafwet mag eene wettelijke erkenning van het volkenrechtelijk beginsel van exterritorialiteit niet ontbreken. Gewoonte geeft geen recht dan alleen, wanneer de wet daarop verwijst. Deze regel geldt ook voor volkenrechtelijke gewoonten, hoe oud en algemeen erkend dan ook .... Codificatie kan hier alleen het gevolg zijn van internationale regeling. Zoolang deze ontbreekt,

moet men den rechter niet binden door beperkende voorschriften, maar hem geheel vrijlaten in het onderzoek van hetgeen het ongecodificeerde volkenrecht al of niet medebrengt.

Dit een en ander geldt alzoo ook voor de toepassing der strafwet wegens feiten gepleegd op de Zuiderzee. Straks op het strafrecht terugkomende, vermeld ik hier alleen dat tengevolge van artt. 2 en 8 van het Wetboek van Strafrecht bij art. 4 1° der Invoeringswet is afgeschaft het *Avis du Conseil d'Etat* van 28 Oct./20 Nov. 1806 sur la compétence en matière de délits commis à bord des vaisseaux neutres dans les ports et rades de France (FORTUYN II blz. 414). Wil onze justitie — aldus de M. v. T. op genoemd art. 4 1° — *comitate gentium*, dikwerf misdrijven in onze territoriale wateren aan boord van vreemde koopvaardijschepen gepleegd, onvervolgd laten, zij worde daartoe echter niet door de wet [zooals door genoemd, bij ons kracht van wet hebbend *Avis*] gebonden, opdat de Regeering vrijheid behoude eene gepaste reciprociteit te verkrijgen.

II. *Staats- en strafrecht en strafvordering.*

Welke voorschriften, ons staatsrecht betreffende, gelden op de Zuiderzee?

De Grondwet bepaalt in art. 1: „Het Koningrijk der Nederlanden omvat het grondgebied in Europa, benevens de koloniën en bezittingen in andere werelddeelen", en in art. 3: „De wet kan provinciën en gemeenten vereenigen en nieuwe vormen.

„De grenzen van het Rijk, van de provinciën en van de gemeenten kunnen door de wet worden veranderd."

Art. 1 luidde volgens de Grondwet van 1848: „Het Koningrijk der Nederlanden bestaat in Europa uit de tegenwoordige provinciën" en daarna volgden de namen

der provinciën, waaronder het Hertogdom Limburg behoudens zijne betrekkingen tot het Duitsche verbond, en in art. 2, nu art. 3, ontbraken de woorden in het eerste lid: „en nieuwe vormen", en werd in het tweede lid het woord „Staat" in plaats van „Rijk" gebezigd.

„De tegenwoordige provinciën", daarmede wilde men (volgens BUYS, Grondwet I 7) vermoedelijk zeggen: „de provinciën binnen hare tegenwoordige grenzen", en dus daargelaten de vraag of die grenzen al of niet overeenkwamen met die welke vroeger bestonden.

De bedoeling van art. 1 kon wel geen andere zijn dan deze, zoo volgens de redactie der Staatscommissie als volgens die der Regeering in 1848 (BUYS I 4), om wel te doen uitkomen, dat het territoriaal gezag van Nederland niet bepaald is tot de *provinciën*, welke het art. noemt, maar zich ook uitstrekt over landstreken in andere werelddeelen gelegen.

Ik voeg er bij: over de *Zuiderzee*. Daarover is niet gerept. Dat zij echter tot het grondgebied van het Koninkrijk behoort, is noch volgens de tegenwoordige noch volgens de vroegere redactie van art. 1 twijfelachtig (1), en daaromtrent verwijs ik voorts naar het verhandelde, hierboven op blz. 244 en volgg. medegedeeld.

Doch de Zuiderzee is tot heden noch provinciaal noch gemeentelijk ingedeeld. Bij de Grondwetsherziening van 1887 zijn in art. 3, vroeger art. 2, het eerste lid, inge-

(1) ARNTZENIUS, Grondwetsherz. 1887 blz. 271: «Volgens den heer VIRULY VERBRUGGE zouden wij, wanneer de Zuiderzee werd drooggemaakt, eene uitbreiding van grondgebied verkrijgen. Dat doet er echter niets toe, want de Zuiderzee is reeds grondgebied, al is het niets dan water» (DE SAVORNIN LOHMAN) en blz. 274: «Wat de opmerking betreft van den geachten afgevaardigde uit Rotterdam dat het geval van de annexatie van de Zuiderzee onder het voorgestelde artikel niet begrepen zou zijn, daarop mag ik antwoorden, dat zij niet juist is. Men verstaat toch onder *grondgebied* ook watergebied, het geeft geen verschil of er schepen varen, waar later koeien zullen loopen» (Minister HEEMSKERK).

lascht de woorden: „en nieuwe vormen", en men dacht daarbij meer in het bijzonder aan het geval, dat de niet administratief ingedeelde Zuiderzee mocht worden drooggelegd en van den nieuwen grond eene zelfstandige provincie gemaakt zonder in de grenzen van een der tegenwoordige gewesten de minste verandering te brengen (Buys III 8).

Het gemis der indeeling betreft echter alleen het watergebied en ook dit slechts als regel. Zie hieronder. Het landgebied, de eilanden, zijn ingedeeld. Zoo behooren de eilanden: Texel, Vlieland, Terschelling, Wieringen, Marken en Urk tot Noord-Holland; Ameland werd bij de Staatsregeling van 1801 (art. 21) en Schiermonnikoog bij de Grondwet van 1814 (art. 54) onder Friesland thuis gebracht, Schokland behoort onder Overijssel. Overigens was reeds vroeger bepaald dat de provinciën hare oude grensscheidingen behielden.

Bij de wet van 15 Aug. 1892 (*Stbl.* n°. 203) werd bepaald dat tot de provincie Noord-Holland en tot de gemeente Muiden zou behooren: het eiland „Fort aan het Pampus" met een gedeelte der Zuiderzee, gelegen tusschen de bij art. 1 omschreven grenzen. Dit eiland is op ongeveer 2000 M. van den oever gelegen nabij Muiden. Daarop was toen een fort in aanbouw, waardoor een bewoond eiland ontstond, dat niet tot het gebied van eenige provincie of gemeente behoorde, uit welken rechtstoestand van het eiland bezwaren ontstonden, waarin de wetgever wilde voorzien.

Blijkens het Voorloopig Verslag van de Tweede Kamer over het wetsontwerp, betwijfelden sommige leden of de mede-indeeling van het *watergebied* tusschen het fort en de gemeente Muiden wel noodzakelijk was, en bovendien rees de vraag, of de gemeentelijke indeeling van een gedeelte der Zuiderzee, terwijl het grootste gedeelte niet

tot eenige gemeente behoort, geen aanleiding zou kunnen geven tot moeilijkheden, een en ander om aangevoerde redenen, waarom men die indeeling wenschte te beperken tot het *eiland*, maar daaronder geen Zuiderzee te begrijpen. Daartegen werd herinnerd dat ook bij de wet van 29 Mei 1877 (*Stbl.* n°. 107) tot indeeling van de landaanwinningen in het oostelijk IJ en daaraan gelegen wateren bij verschillende gemeenten een klein gedeelte der Zuiderzee bij Amsterdam was ingedeeld, en dat daaruit, voor zoover men wist, nooit eenige moeilijkheid was voortgevloeid.

De Regeering achtte het laatste bezwaar in het V. V. voldoende wederlegd, en overigens wenschte zij het watergebied mede in te deelen, opdat eene doorloopende grens werd verkregen en gemeentelijk politiegezag zich ook daarop zou kunnen doen gelden, wat moeilijkheid over plaatselijke bevoegdheid voorkwam.

Bij de wet van 16 Dec. 1858 (*Stbl.* n°. 84) werden in het belang zoo van het Rijk als van de bewoners van het eiland Schokland maatregelen genomen om dit eiland door zijne bewoners te doen ontruimen. De bewoners werden n.l. door het toekennen eener tegemoetkoming en onder aanbod om hunne onroerende goederen tegen schadeloosstelling, ten behoeve van het Rijk, over te nemen, in de gelegenheid gesteld zich elders te vestigen. Bij die wet werd o. a. bepaald dat, zoodra het eiland verlaten was, de gemeente Schokland ophield te bestaan, en haar grondgebied behoorde tot de gemeente Kampen. De dag waarop dit geschiedde, werd bij Kon. besluit van 4 Juli 1859 (*Stbl.* n°. 96) krachtens de wet op 10 Juli 1859 bepaald.

Het gemis van administratieve indeeling van het watergebied verhindert niet de toepasselijkheid der wetten en verordeningen die voor het grondgebied des

Rijks gelden. Voor zooveel het staatsrecht betreft, vermelden wij thans een en ander, zonder geacht te willen worden hierbij volledig te zijn. De Grondwet vervolgende, treffen wij aan de bepaling van art. 4, dat allen, die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, gelijke aanspraak hebben op bescherming van personen en goederen. Deze bepaling geldt alzoo ook allen die zich op de Zuiderzee bevinden en bevat, zoo men wil, weder eene der vele beperkingen van het volkenrechtelijk beginsel: *schip is territoir.*

Volgens art. 6 verklaart de wet wie Nederlanders en wie ingezetenen zijn. Deze wet is thans die van 12 Dec. 1892 (*Stbl.* n°. 268). Grondslag van het Nederlanderschap is het *jus sanguinis*, niet het *jus soli.* Wanneer het echter geldt een noch door den vader noch door de moeder erkend natuurlijk kind, dan verklaart art. 1 *d* dat kind Nederlander door geboorte, als het in het Rijk geboren is. Dit is dus ook van toepassing op geboorte van dat kind op de Zuiderzee, ook op die geboorte op een vreemd schip. Evenals art. 9 der wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving, den vreemdeling voor alles, en dus ook voor zijn *statutum personale*, aan onze burgerlijke wet onderwerpt en den regel: *status comitatur personam*, voor hem opheft (OPZOOMER, Aant. op die wet, 4e druk blz. 181), zoo ook ons art. 1 *d*. Hetzelfde geldt volgens art. 2 *b* der wet, voor zoover het geval mogelijk is, van een op een schip in de Zuiderzee te vondeling gelegd of verlaten kind zoolang van zijne afstamming niet blijkt. Ook dat kind is Nederlander krachtens onze wet.

Op een enkele andere bepaling der Grondwet zal hierna nog wellicht te wijzen zijn. Evenals de Grondwet, volgens art. 2 voor het Rijk in Europa verbindende, daarom ook geldt voor de Zuiderzee, zoo is het ook

met de wetten en algemeene maatregelen van bestuur krachtens de Koninklijke afkondiging daarvan, ingevolge art. 2 der wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk en art. 1 der wet, houdende regeling der afkondiging van algemeene maatregelen van inwendig bestuur van den Staat.

Thans eenige algemeene en bijzondere wetten van staatsrechtelijken aard doorloopende, sta ik het eerst stil bij de wet tot regeling der *jacht en visscherij*. Om eens anders grond of jacht of vischwater bij vergunning, huur of pacht te kunnen bejagen of bevisschen, wordt, behalve akte, vereischt bewijs van den eigenaar of rechthebbende, en de Staat wordt als rechthebbende beschouwd ten aanzien van de gronden en wateren, vermeld in art. 577 B. W. Tot het visschen in deze wateren, met den hengel in de hand, wordt noch akte noch vergunning vereischt (art. 1 en 2). Tot bedoelde wateren behooren volgens art. 577 B. W. de *stranden der zee*.

Ook het Zuiderzeestrand, waar dit er is, behoort aan den Staat, onverminderd de door titel of bezit verkregen rechten van bijzondere personen of gemeenschappen. Wat is nu echter *strand?* Bij vonnis van den kantonrechter te Zwolle van 18 Aug. 1898 (*Weekblad van het Recht* n°. 7180) werd beslist, dat „de Hanepollen" (alwaar, in strijd met art. 18 *b* der wet, later dan een half uur na zonsondergang op eenden was geschoten) ongeveer 100 meter van den wal verwijderd, niet konden geacht worden te zijn *strand*, al mocht daar de zee door de eene of andere omstandigheid ook eene geringere diepte vertoonen, en dat bedoelde wet niet toepasselijk is op jagen en visschen in de Zuiderzee en de territoriale wateren, als kunnende hier van bezit noch eigendom sprake zijn. *Stranden*, dat zijn *boorden der zee*, zoover zij

bij gewonen vloed, als deze op het hoogst is, met water bedekt zijn (*quousque maximus fluctus a mari parvenit*, L. 96 ff. *de verb. significat.* en L. 112 ff. eodem). Hieraan heeft men zich, zoover mij bekend, gehouden, en dit behoort ook te gelden voor het Zuiderzeestrand; m. a. w. de hoogwaterlijn is de grens van het strand landwaarts, terwijl zeewaarts als grens van het strand is te nemen de laagwaterlijn, dat is dáár waar voor de buitenwateren de territoriale strook aanvangt, de lijn die bij gewone eb droog komt. Die laagwaterlijn is evenals de hoogwaterlijn een onzekere lijn, ze verplaatst zich naar de nukken van de zee, maar op een gegeven oogenblik is ze aanwijsbaar naar bovengestelden maatstaf. In het evengenoemde strafgeding werden de afstand van den wal en de meer of mindere diepte van de zee tot maatstaf genomen van de vraag of geschoten was op het strand dan wel in zee. Er lag n.l. een breede en diepe strook water, meer dan 100 M. breed, tusschen de plaats waar gejaagd was en het strand, welk water met bootjes bevaren wordt en waarin geregeld fuiken gezet worden, terwijl de plek waar gejaagd was zelfs bij oostenwind niet droogliep. Ook hier werd dus met de laagwaterlijn rekening gehouden.

De beslissing echter, dat de wet van 1857 niet toepasselijk is op jagen en visschen in de Zuiderzee en de territoriale wateren, als kunnende hier van bezit noch eigendom sprake zijn, doet meer vragen oprijzen. De bezit- of eigendomsquaestie behandel ik later, maar de wet van 1857?

Het lid der Tweede Kamer, de heer Rink, droeg in de zitting van 14 Maart 1899 eene motie van orde voor, gegrond daarop „dat het gewenscht is dat *op de tot het domein behoorende wateren* de jacht op waterwild met het kanongeweer door het openbaar gezag worde verboden".

Bij de beraadslaging liet hij in die motie de cursief gedrukte woorden weg en bleek het, dat niet slechts eene regeling werd verlangd op *verpachte* wateren, maar ook op de *niet verpachte* wateren: „zooals de Zuiderzee" (MEESTERS), in welker nabijheid ook eendenkooien zijn, welke nadeel lijden door het gebruik van het kanongeweer op de Zuiderzee. Blijkens de rede toen gehouden door den Minister van Justitie, den heer CORT VAN DER LINDEN, achtte zijn ambtsvoorganger de wet van 1857 niet toepasselijk op de territoriale wateren en de buitenwateren, in overeenstemming met het gevoelen van den Hoogen Raad, die ten aanzien van visscherij-overtredingen de niet-toepasselijkheid van de wet van 1857 had uitgemaakt. Volgens Minister VAN DER LINDEN, stelden evenwel die arresten van den H. R. omtrent visscherij-overtredingen, niet voldoende vast dat de wet van 1857 op *jacht*overtredingen niet toepasselijk zou zijn. Omtrent jachtovertredingen bestond geen jurisprudentie, en de Minister had last gegeven dat eene jachtovertreding in de buitenwateren zou worden geconstateerd om dan de beslissing van het hoogste rechtscollege in te roepen. Viel die beslissing gunstig uit, dan zou zonder wetswijziging bescherming (van de eendenkooikers) ook van de buitenzijde kunnen plaats hebben en bij ongunstige beslissing een kleine wijziging van de jachtwet hierin kunnen voorzien.

De motie werd met 46 tegen 23 stemmen aangenomen. Wij hebben dus een verbod van het jagen op waterwild met het kanongeweer te wachten, en wanneer dat op de buitenwateren gelden zal, dan zeker ook op een binnenwater als de Zuiderzee. (1) De Minister VAN DER LINDEN

(1) In het voorloopig verslag van de Tweede Kamer over Hoofdstuk I der Staatsbegrooting voor 1900 werd gevraagd, welk gevolg de Regeering aan de motie dacht te geven. Zij antwoordde: «Het votum van 14 Maart

schijnt deze echter tot de buitenwateren te rekenen, gelijk meer geschied is. Zie lager. Intusschen is ook voor den tegenwoordigen rechtstoestand de uitspraak van den kantonrechter m. i. niet juist, althans te algemeen, dat heel de wet niet toepasselijk zou zijn op jagen en visschen in de Zuiderzee. Al moge ze toch daarop niet gelden voor het vereischte van akte of vergunning volgens art. 1 en 2 der wet, dit brengt nog niet mede dat niet op de Zuiderzee zouden kunnen van toepassing zijn andere bepalingen der wet, zooals bijv. die van art. 18*b* betreffende het verbod van jagen des nachts. De rechtsoverweging in het vonnis: „O, wat de strafbaarheid van het feit betreft: dat de wet op de jacht en visscherij van den 13 Juni 1857 (*Stbl.* n°. 87) regelt het jagen en visschen op eigen grond of water en op grond en water van anderen en mitsdien op gronden, hetzij aan natuurlijke of juridische personen toebehoorende" enz., kan daarom, ook afgezien van de juistheid der daaruit gemaakte gevolgtrekking, waarover later, niet geheel juist worden geacht.

Intusschen staat het gemelde vonnis van den kantonrechter niet alleen. Reeds bij vonnis van de rechtbank te Alkmaar van 12 April 1881 (*Weekblad van het Recht* n°. 4651) werd, met bevestiging van een vonnis van den kantonrechter te Hoorn, beslist dat de bepalingen der wet op de jacht en visscherij niet toepasselijk zijn op hen, die de Zuiderzee of een harer deelen bevisschen, en een ieder volkomen vrij is naar eigen goedvinden de Zuiderzee te bevisschen. In het vonnis van den kanton-

---

1899 heeft geleid tot uitsluiting van de pacht van het jagen met kanongeweer bij iedere jachtvernieuwing, tot afwijzing van eene nieuwe aanvrage om pacht en tot het laten afloopen van alle vergunningen zonder eenige vernieuwing of verlenging er van".

Vooralsnog wordt alzoo de zaak niet bij de wet geregeld.

rechter kwam o. a. voor dat de wet alleen toepasselijk is op *binnenwateren*, en de Zuiderzee wel als binnen*zee*, doch niet als binnen*water* kan beschouwd worden; dat dan ook deze *zee* klaarblijkelijk *niet* onder de wateren in de wet op de jacht en visscherij opgenomen is, aangezien bij art. 2, al. 3, dier wet verwezen wordt naar art. 577 B. W. en in dat art. wel van bevaarbare en vlotbare *rivieren, stroomen* en *hunne oevers* melding wordt gemaakt, maar geenszins, evenals dat o. a. het geval is in art. 749 Kooph., van *binnenlandsche zeeën*. De rechtbank nam voor het niet strafbare van het gepleegde feit niet alle gronden over, speciaal niet het argument, geput uit art. 749 K., als eene bepaling inhoudende aan het onderwerp „visscherij" geheel vreemd. Maar zij kwam toch tot dezelfde slotsom, omdat tenzelfden dage waarop de wet op de jacht en visscherij werd vastgesteld, eene wet tot stand kwam, *bijzonderlijk* regelende de *zee*visscherijen (de wet van 13 Juni 1857 (*Stbl.* no. 86),..... „en dat dit nog meer in het oog springt, nademaal de letter *d*, oorspronkelijk aan art. 13 van het ontwerp der jacht- en visscherijwet (1857) toegevoegd, inhoudende „dat ook geen vischakte werd vereischt voor het visschen o. a. in de *Zuiderzee*", blijkens de beraadslagingen daarover in de Tweede Kamer der Staten-Generaal gehouden, op voorstel van den heer THORBECKE, als *overbodig* — omdat de geheele wet, gelijk duidelijk uit haar samenstel en bepalingen blijkt (hier werd gewezen op artt. 19 en 26), *niet* op de *buiten*wateren van toepassing was, zonder dat zulks tot verdere tegenspraak aanleiding gaf — door de Regeering uit de wet is genomen, en dus ook volgens *de geopenbaarde bedoeling* van den toenmaligen wetgever, dit feit *niet* valt onder het bereik van de wet van 13 Juni 1857 (*Stbl.* no. 87) en evenmin strafbaar is gesteld bij eenige andere wet of wettelijke verordening".

Volgens het vonnis is de Zuiderzee geen binnenwater, maar een binnen- of binnenlandsche *zee*, en die zee behoort tot de *buitenwateren* blijkens de aanhaling uit de beraadslagingen zooeven vermeld. Art. 13 van het wetsontwerp bepaalde sub *d*, dat geen vischakte werd vereischt voor het visschen in den Dollart, de Lauwerzee, de Zuiderzee, het IJ, het Haringvliet, het Hollandsch Diep, de Grevelingen, de Krammer, het Volkerak, de Ooster- en Westerschelde, en in de Mem. v. Toel. zijn al die wateren *buitenwateren* genoemd De heer THORBECKE achtte die bepaling niet aannemelijk omdat ze meebracht dat op die wateren alleen niet werd vereischt eene *akte*, maar toepassing van andere bepalingen der wet op die wateren openliet.

De Minister van Justitie V. D. BRUGGHEN verdedigde de bepaling, ze was noodig om den twijfel weg te nemen die er bestond of eene akte noodig was om te visschen op de buitenwateren. Maar in art. 13 moest niet enkel van *buitenwateren* worden gesproken, „want dan zou weder de vraag kunnen ontstaan : wat zijn buitenwateren? Er zijn vele wateren, waaromtrent die benaming twijfel kan doen ontstaan. Ons land is doorsneden van zeearmen, waardoor het zeewater binnenstroomt, en waaromtrent het twijfelachtig kan zijn, of zij *binnenwater* of *zee* zijn. Ook om dien strijd weg te nemen is het noodig die wateren *op te noemen*".

Daarop stelde de heer THORBECKE voor, letter *d* te doen wegvallen. Het amendement werd met 34 tegen 16 stemmen aangenomen.

Is daarmede nu beslist, dat de *Zuiderzee* behoort tot de *buitenwateren*, en geen *binnenwater* is, en dat geen enkele bepaling der wet van 1857 (*Stbl.* no. 87) op de *Zuiderzee* van toepassing is? Ik zou het niet durven beweren. Wat het eerste betreft, hebben wij reeds gezien dat volgens

andere beslissingen de Zuiderzee tot de *binnenwateren* moet gerekend worden en daarvan is reden gegeven, en de wet van 13 Juni 1857 (*Stbl.* no. 86), thans de wet van 21 Juni 1881 (*Stbl.* no. 76) omtrent de zeevisscherijen, draagt ten deele een ander karakter dan de wet van 13 Juni 1857 (*Stbl.* no. 87) op de jacht en visscherij. Ik blijf het er althans voor houden dat bijv. het verbod van art. 18*b* van het jagen des nachts ook geldt voor de Zuiderzee, en dat wat het visschen betreft, er geen reden is om bijv. daarop niet de bepalingen van art. 25 der wet, voor zoover daarvan althans sprake *kan* zijn, van toepassing te achten.

De wet van 21 Juni 1881 (*Stbl.* no. 76), later gewijzigd, houdende bepalingen omtrent de *zeevisscherijen*, en die de straks aangehaalde wet van 1857 op de zeevisscherijen verving, betreft ook de visscherij in de Zuiderzee. Art. 1 laat de uitoefening van verschillende takken van zeevisscherij aan elk volkomen vrij behoudens het bepaalde in de volgende artikelen. Art. 2 en volgg. (§ 1 der wet) regelen de onderscheidingsteekenen door visschersvaartuigen te voeren ook voor de uitoefening der zeevisscherij in de Zuiderzee. De artt. 6—10 (§ 2) houden bepalingen in tot instandhouding der visscherij, zooals: de keuring van gekaakten haring (art. 6), het minimum van afmetingen van den visch voor den verkoop enz. (art. 7), het visschen in de Zuiderzee met kuilnetten of den kwakkuil (art. 8), voorschriften, ter bescherming der teelt en tot regeling der visscherij van schelp- en schaaldieren in zee, langs de stranden in de *Zuiderzee*, de *Wadden* enz. te geven bij algemeenen maatregel van bestuur (art. 9) en over het dooden en vangen van robben (art. 10). De §§ 3, 4 en 5 der wet bevatten voorts bepalingen nopens de zorg voor de belangen der zeevisscherij, straf en slotbepalingen.

Art. 8 werd bij de wet van 7 Oct. 1884 (*Stbl.* no. 24) in dier voege gewijzigd, dat het visschen in de Zuiderzee alleen met kuilnetten tusschen twee vaartuigen gespannen (de zoogenaamde *wonderkuil*) werd verboden, behalve van 1 Mei tot en met 15 Juli van elk jaar. Het werd echter, evenals het daarmede samenhangende art. 17, ingetrokken bij de wet van 14 Juni 1890 (*Stbl.* no. 95) op voorstel van het kamerlid REEKERS, op grond dat het algemeen belang door het verbod van visschen met de wonderkuil niet werd gebaat en dat dus een nuttelooze druk op een gedeelte der bevolking werd gelegd.

De voorschriften in art. 9 o. a. bedoeld, werden gegeven bij den algemeenen maatregel van bestuur van 15 Mei 1884 (*Stbl.* no. 107), gewijzigd 8 Jan. 1885 (*Stbl.* no. 3). Het wetsartikel luidde in het oorspronkelijk ontwerp:

„Voorschriften tot bescherming der teelt en tot regeling der visscherij van schelp- en schaaldieren *in zee, in de buitenwateren en aan de stranden* kunnen door Ons bij algemeenen maatregel van inwendig bestuur worden vastgesteld". Bij het gewijzigd ontwerp kwam in de plaats der cursief gedrukte woorden: „in zee, langs de stranden, in de Wadden, de Lauwerzee, den Dollart, de Schelde en de Zeeuwsche stroomen, alsmede tot regeling der visscherij in het algemeen in de Schelde en de Zeeuwsche stroomen", op grond dat het bij nadere overweging wenschelijk was voorgekomen „wegens het onbepaalde der uitdrukking „*buitenwateren*", de wateren die daaronder worden bedoeld, met name in het art. te noemen, en tevens daarin te vermelden de visscherij in het algemeen op de Schelde en de Zeeuwsche stroomen, ten einde aan het bestaande Kon. besluit van 17 Juli 1875 (*Stbl.* no. 134) eenen stelligen wettelijken grondslag te geven".

Was nu de machtiging tot regeling gegeven ook voor de visscherij in de *Zuiderzee*, en wel als begrepen in de uitdrukking: *in zee?* Tot de buitenwateren toch behoorde de Zuiderzee, ook naar de bedoeling der Regeering, niet: tot dezulke rekende ze hier alleen de Wadden, de Lauwerzee, den Dollart, de Schelde en de Zeeuwsche stroomen, welke thans met name werden genoemd. Daargelaten of dit nu in allen deele juist was, zoo werd in elk geval de Zuiderzee onder buitenwateren *niet* begrepen, en viel ze dus onder de uitdrukking *in zee.*

Doch bij de beraadslaging in de Tweede Kamer van 6 Mei 1881 kwam in dit laatste verandering. De heer VAN ECK beweerde dat met de uitdrukking *in zee* nog geen machtiging gegeven was om voorschriften te geven, als in art. 9 bedoeld, tot bescherming der teelt en tot regeling der visscherij, *in de Zuiderzee.* Wanneer men — zeide hij — spreekt van de zee, bedoelt men het groote water dat buiten het strand ligt en niet tot de souvereiniteit van Nederland behoort. Het woord *Zuiderzee* mag, wat den klank betreft, aan de *zee* doen denken, maar het is niet anders dan een binnenlandsch meer; een gedeelte van Nederland, of behoort dit te zijn. Tot aan de Wadden is die zoogenaamde zee Nederland. De Minister zal dus het woord *Zuiderzee* in het art. moeten opnemen, anders zouden er moeielijkheden kunnen ontstaan. Immers zou, als een maatregel van algemeen bestuur ware vastgesteld ook ten opzichte van de Zuiderzee, m. i. terecht kunnen betwist worden dat de Zuiderzee in de *wet* begrepen is.

De Minister KLERCK achtte de bedenking juist, en voegde de woorden: *de Zuiderzee* alsnog in het art. Zonder tegenspraak is die inlassching goedgekeurd.

De Zuiderzee is alzoo sedert de wet van 1881 ook

geen *zee* meer? Men zal wel doen met deze uitspraak te beperken tot de onderscheiding: IN *zee* en: in de Zuiderzee, en in ieder geval tot de toepassing der wet van 21 Juni 1881 (*Stbl.* n°. 76), en nog daarbij niet te vergeten dat ze blijft eene wet houdende bepalingen omtrent de *zee*-visscherijen!

Ingevolge de krachtens die wet gegeven voorschriften kunnen ter bevordering van de teelt van oesters, mosselen en andere schelpdieren o. a. gedeelten van de *Zuiderzee* aan de openbare visscherij worden onttrokken en tijdelijk aan bijzondere personen in uitsluitend gebruik worden afgestaan voor de teelt en visscherij van schelpdieren, en is het visschen van oesters. o. a. in de Zuiderzee, behalve op de verpachte vischplaatsen, van 1 April tot 1 October verboden.

Zooals reeds boven (bladz. 245 en volgg.) is gebleken, betreft de wet van 26 Oct. 1889 (*Stbl.* n°. 135) tegen het *visschen* door opvarenden *van vreemde vaartuigen* in de *territoriale wateren* van het Rijk, ondanks de verklaringen van de Regeering bij die gelegenheid, niet het visschen in de *Zuiderzee.*

De bepalingen op de *strandvonderij* (vastgesteld bij Kon. besluit van 23 Aug. 1852 (*Stbl.* n°. 141), later aangevuld en gewijzigd), komen mij voor minder juist te worden toegepast op stranding aan de oevers van de Zuiderzee, althans waar zich niet de uitzondering voordoet, in art. 2, 2e lid van dat besluit bedoeld. Volgens het eerste lid toch zijn de gevallen, waarin de burgemeester zich het beheer van gestrande schepen en goederen moet aantrekken, „*uitsluitend*" die, vermeld bij artt. 550 en 551 van het Wetboek van Koophandel, en dáár is alleen sprake van schepen of goederen *in zee* of op de *buitengronden* gered, geborgen of gevischt, en van schepen strandende en brekende of goederen gevischt

wordende *aan* of *op vaste stranden*, een en ander bij *afwezigheid* van den schipper of ander belanghebbende. Nu zijn volgens artt. 749 en 757 Kooph. de voorschriften van Titel VII van Boek II, waartoe de artt. 550 en 551 behooren, in het algemeen en naar de omstandigheden, ook op de binnenlandsche scheepvaart toepasselijk, dat is ten aanzien van schepen en vaartuigen welke bij uitsluiting gebruikt worden tot de scheepvaart van eene plaats binnen 's lands naar eene andere binnen 's lands gelegen, zoowel op de stroomen, rivieren, kanalen en vaarten, als op de *binnenlandsche zeeën* en meren en langs de Wadden, doch die toepasselijkheid geldt dan wanneer deze schepen en vaartuigen bijgeval of bij ongeval in zee, op de buitengronden of aan of op de vaste stranden der Noordzee mochten komen en daar stranden. In de verzameling van J. C. Beth, Wettelijke bepalingen betr. de strandvonderij enz. 1899, vond ik geene beslissing, betrekking hebbende op de Zuiderzee. In de Memorie van Toelichting tot het ontwerp der wet van 23 Juli 1885 (*Stbl.* n°. 151), houdende bepalingen omtrent de opruiming en het beheer van vaartuigen en andere voorwerpen, in openbare wateren gestrand of gezonken, welke wet reeds blijkens deze algemeene uitdrukking: *in openbare wateren*, ook op de Zuiderzee van toepassing is, wordt opgemerkt, dat art. 757 Kooph. alleen de strekking heeft te bepalen, dat de 7e titel van 2e boek ook toepasselijk is voor voorwerpen van binnenlandsche schepen, op *stranden* en *buitengronden* aandrijvende, en het Wetboek niets bepaalt voor het geval dat er op de *binnenwateren* iets wordt opgevischt of geborgen. In het Voorl. Verslag van de Tweede Kamer werd dan ook gevraagd, art. 757 zoodanig te wijzigen, dat de 7e titel van het 2e boek niet slechts op *binnenlandsche schepen*, maar ook op *binnenwateren* toepasselijk wierde.

Aanvulling van dat artikel werd echter door de Regeering niet toereikende geacht tot regeling van het onderwerp.

En wat betreft de uitdrukking in art. 551 K.: *aan of op vaste stranden*, in een der Regeeringsantwoorden bij de behandeling van het Wetboek (bij NOORDZIEK, Hand. 2e K. 1825/26 Bijl. blz. 272) „aan of de vaste *kusten*" genoemd, — dat hier de stranden of kusten der *Noordzee* zijn bedoeld, komt mij, hoewel ik daarvan geen nadere verklaring gevonden heb, om het verband en het verschil van plaatselijken toestand niet twijfelachtig voor. In het Verslag der Centrale Afdeeling (ibid. blz. 298) komt nog dit voor: „Men spreekt van de *Zuiderzee*, alsof er niets was dan de Zuiderzee. En hetgeen men daarvan zegt bewijst juist dat op dit stuk *geene* algemeene bepalingen kunnen gemaakt worden, maar dat er afzonderlijke en plaatselijke wettelijke voorschriften in deze vereischt worden."

Ik sprak van de uitzondering volgens het tweede lid van art. 2 van het Kon. besluit van 1852. Volgens die bepaling doet de burgemeester zich ook als strandvonder kennen wanneer gestrande schepen en goederen aan wal worden gebracht in *tegenwoordigheid* van den schipper of ander in het wetboek genoemden belanghebbende. Naar de bewoordingen kan deze exceptieve bepaling ook op stranding in de Zuiderzee worden toegepast. Maar of het de bedoeling is?

De wet van 1885 is, zooals gezegd, op de Zuiderzee van toepassing. Intusschen kwam in het Voorl. Verslag tot het ontwerp van die wet weder de vraag ter sprake wat *binnenwateren* zijn, op grond dat het sprak van: openbare binnenwateren. De doelmatigheid van het voorstel werd zeer in twijfel getrokken „om het gemis van eene duidelijke omschrijving van hetgeen onder *binnen-*

wateren te verstaan was. Behooren daartoe, werd gevraagd, de boezemwateren, de rivieren, de Zuiderzee? Voor laatstgenoemde zijn voorschriften in den geest van dit wetsontwerp zeker niet overbodig; maar de *Zuiderzee* onder de binnenwateren te rangschikken gaat toch kwalijk aan". Om nog meer redenen werd nu gevraagd, of en in hoever door de Regeering tot binnenwateren gerekend worden de Zuiderzee, de Zeeuwsche stroomen, de rivieren en de boezemwateren?

In de Mem. v. Antw. komt daaromtrent o. a., wat ons onderwerp betreft, het volgende voor: „Behooren de boezemwateren, de rivieren, de Zuiderzee tot de *binnenwateren* bij dit ontwerp bedoeld? Het antwoord kan niet anders dan bevredigend luiden. Waarom het kwalijk aangaat de *Zuiderzee* onder de binnenwateren te rangschikken, wordt niet gezegd. Ook het Wetboek van Koophandel rangschikt bij art. 749 in verband met art. 748, de Zuiderzee onder de binnenwateren . . . Ten einde allen twijfel ten opzichte der toepasselijkheid van de voorgestelde bepalingen weg te nemen, wordt het verkieslijk geacht in het ontwerp niet verder van *binnenwateren*, maar van *openbare wateren* te spreken . . ."

In art. 5 der wet is bepaald in welke gevallen hetgeen bij de opruiming (van wrakken enz.) geborgen is, met opgave der kosten, wordt overgegeven aan den burgemeester der gemeente, *binnen welke de opruiming heeft plaats gehad,* om in het openbaar te worden verkocht. Het schijnt herhaaldelijk voorgekomen te zijn, dat opgeruimde vaartuigen in de Zuiderzee niet konden worden overgedragen aan den burgemeester der hier genoemde gemeente, omdat de Zuiderzee niet gemeentelijk is ingedeeld, en dat dan het geborgene werd gebracht in de haven die het gemakkelijkst te bereiken was, zooals Hoorn en Urk. De cursief gedrukte woorden

zouden daarom in de wet beter luiden: *binnen welke het geborgene is aangebracht.*

Evenmin als de artt. 550 en 551 Kooph., zooals ik zeide, op stranding in de Zuiderzee kunnen worden betrokken, heeft — om dit punt hier af te doen — daarop betrekking art. 638 Burg. Wetb. luidende: „In zee geworpen en door de zee opgeworpen goederen kunnen door den eigenaar worden teruggevorderd, met inachtneming der wettelijke voorschriften op dat stuk bestaande", en zulks op grond dat met de woorden: *in zee* geen binnenwater wordt verstaan (zie blz. 265, betreffende de wet op de zeevisscherijen). Intusschen moet toch hetzelfde beginsel als hetwelk hier, met tenietdoening van het oude strandrecht, tot bescherming van den eigendom in de wet is belichaamd, voor goederen gelden die in de Zuiderzee geworpen of door deze opgeworpen mochten zijn.

Onder *in zee* heeft de Regeering de Zuiderzee wèl verstaan bij de behandeling van de *Begrafeniswet* van 10 April 1869 (*Stbl.* n°. 65). Volgens art. 3 dier wet bepaalt een algemeene maatregel van bestuur o. a. de wijze, waarop met lijken van personen, aan boord van in zee zijnde Nederlandsche schepen overleden, moet worden gehandeld enz. Bij het V. V. verlangde men meer bepaalde aanduiding der gevallen, waarin de maatregel van bestuur werken zou. De M. v. T. sprak van schepen, die zich buiten 's lands of in volle zee bevonden. Volgens de letter der wet echter zouden de bijzondere bepalingen ook toepasselijk zijn op lijken van personen, aan boord van een schip overleden dat bijv. de *Zuiderzee* bevoer. Dit kon de bedoeling niet zijn. „De algemeene maatregel van bestuur — antwoordde de Regeering — zal in *alle* gevallen voorzien, waarin aan boord van Nederlandsche schepen lijken vallen. Vanzelf zullen dus bepalingen worden

gemaakt omtrent het ter aarde bestellen van personen, die nabij de kust of in de Zuiderzee aan boord van schepen zijn overleden".

Het Kon. besluit van 18 Oct. 1869 (*Stbl.* n°. 162) luidt dienovereenkomstig algemeen.

Ook art. 2 der wet omtrent het begraven van lijken, die, uithoofde van den staat van ontbinding, niet naar eene begraafplaats kunnen worden overgebracht, komt mij voor van toepassing te zijn op lijken op het Zuiderzeestrand aangespoeld en op de uit de Zuiderzee aangebrachte lijken. Volgens art. 37 worden de kosten van het begraven dier lijken, voor zoover ze niet door de bij de lijken gevonden goederen of gelden kunnen worden gedekt, gedragen door den Staat.

De wet van 28 Maart 1877 (*Stbl.* n°. 35), *tot wering van besmetting* door *uit zee* aankomende *schepen*, is blijkens inhoud en geschiedenis niet van toepassing op uit de Zuiderzee aankomende schepen. Art. 1 spreekt van „elk schip uit zee in eene Nederlandsche haven of op eene Nederl. reede aankomende, of na aankomst uit zee daar liggende, enz., en art. 2 betrekt volgens aangenomen amendement de *wet*, ofschoon zij bij algemeenen maatregel kan worden uitgebreid, alleen op pest, gele koorts en Aziatische cholera. Het Regeeringsart., waarin ook sprake was van pokken en typhus, is niet aangenomen. De heer Rombach zeide o. a. (Hand. 1876/77 blz. 853): „Pest, gele koorts en cholera komen altijd over den Oceaan; maar als men er pokken en typhus intrekt, komt de *Zuiderzee* er ook in, en zullen degenen, die zich over de Zuiderzee, bijv. van Harlingen naar Amsterdam begeven, ook onder deze wet vallen. *Dat gaat toch niet aan. Men heeft daar niet over nagedacht.*"

Daarentegen is algemeen en ook op lijders op vaartuigen die uit de Zuiderzee eene gemeente binnenvaren,

van toepassing de wet van denzelfden dag, 28 Maart 1877 (*Stbl.* n°. 36), houdende aanvulling van art. 10 der wet van 4 Dec. 1872 (*Stbl.* n°. 134), tot voorziening tegen besmettelijke ziekten.

Op vervoer over de Zuiderzee kan wijders toepassing vinden de wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 81) omtrent *vervoer* enz. *van ontplofbare stoffen.* Volgens art. 62 van het Kon. besluit van 15 Oct. 1885 (*Stbl.* n°. 187) is aan de zeezijde de invoer en de doorvoer van ontplofbare stoffen alleen vergund in de havens, o. a. van Harlingen en Delfzijl. Het besluit regelt dan verder wat daarbij moet worden inachtgenomen.

De wet van 23 April 1880 (*Stbl.* no. 67), betreffende *openbare middelen van vervoer*, en het daarop gegrond Kon. besluit van 31 Juli 1880 (*Stbl.* n°. 121), houdende bepalingen ter verzekering van de veiligheid der reizigers met openbare middelen van vervoer, zijn mede van toepassing op vaartuigen die, bestemd om geregeld langs een bepaalden weg de personen die zich daartoe aanmelden te vervoeren, over de Zuiderzee varen.

Volgens vonnis der rechtbank te Middelburg van 11 Oct. 1881 (bij v. Emden IX 205) zijn ze ook van toepassing op stoomvaartdiensten van eene Nederlandsche haven direct op het buitenland. Dit is echter anders verstaan bij arrest van den Hoogen Raad van 9 Jan 1882 (ibid. VIII 185).

Volgens de wet van 28 Febr. 1891 (*Stbl.* n°. 69), tot vaststelling van bepalingen betreffende *'s Rijkswaterstaatswerken*, worden bij algemeenen maatregel van bestuur tot bescherming — en ter verzekering van het doelmatig en veilig gebruik dier werken, door straffen te handhaven bepalingen vastgesteld betreffende het gebruikmaken van openbare wateren onder beheer van het Rijk, waaronder in deze wet mede verstaan worden de

territoriale wateren, en onder openbare wateren is mede de Zuiderzee begrepen. Zoo regelen de artt. 9 en 10 van het daarop gegrond reglement op het *baggeren* enz., vastgesteld bij Kon. besluit van 15 Febr. 1892 (*Stbl.* n°. 44), later gewijzigd, het baggeren en graven langs de onder beheer van het Rijk zijnde kusten der zee en het visschen van steen, schelpen, oesters, mosselen of mosselzaad en het verrichten van andere handelingen langs die kusten en spreekt art. 9 van die handelingen „langs de kusten der Noord- en der *Zuiderzee*, met inbegrip van hare zeeboezems."

Het algemeen politiereglement van 13 Aug. 1891 (*Stbl.* n°. 158), later gewijzigd, voor rivieren, kanalen, havens enz. onder beheer van het Rijk, is volgens art. 1 mede toepasselijk op de *havens* der eilanden *Terschelling*, *Vlieland*. *Wieringen*, *Urk* en *Marken*; en bij Kon. besluit van 23 Mei 1892 (*Stbl.* n°. 121) is een bijzonder reglement van politie voor die havens vastgesteld.

Ik kom nu tot de staatsrechtelijke bepalingen omtrent *aanvaring*.

Volgens art. 473 van het Wetboek van Strafrecht is strafbaar als daarbij: de schipper of schepeling die niet in acht neemt de wettelijke voorschriften vastgesteld tot voorkoming van aanvaring of aandrijving. Die voorschriften zijn thans die, welke gegrond zijn op de wetten van 11 Juli 1882 (*Stbl.* n°. 86), houdende bepalingen ter voorkoming van aanvaringen of aandrijvingen *op zee*, en 15 April 1891 (*Stbl.* n°. 91), houdende bepalingen tot voorkoming van aanvaring of aandrijving *op de openbare wateren in het Rijk*, die voor de scheepvaart openstaan. Gelijk reeds uit het laatste, algemeene opschrift volgt, zijn niet de eerstgemelde wetsbepalingen, maar de laatstgemelde van toepassing op aanvaring of aandrijving op de Zuiderzee, want deze behoort tot de openbare wateren in het Rijk die voor de scheepvaart openstaan. Toch

wordt in de toepassing een onderscheid gemaakt wanneer het zeeschepen geldt. In het Voorl. Verslag der Tweede Kamer over het ontwerp van eerstgemelde wet leest men: „Ook omtrent de toepasselijkheid dezer wet op de Zuiderzee bestond verschil van gevoelen. Sommige leden zouden er, ter voorkoming dezer vraag, de voorkeur aan geven zoo in art. 1, in plaats van *zeeschepen*, werd gelezen: *schepen*."

De Regeering antwoordde: „Op de Zuiderzee, evenals op andere binnenwateren, hebben de *binnenvaartuigen* de bepalingen van laatstgemelde verordening (d. i. Kon. besl. 13 Juni 1875 (*Stbl.* n°. 119), thans vervangen) na te leven. *Zeeschepen* daarentegen volgen, gelijk dit steeds gebruikelijk is geweest, en ook in art. 10 van het zoo even aangehaalde besluit bepaald is, de internationale bepalingen óók wanneer zij zich op de Zuiderzee, in de zeegaten enz., bevinden. Tot uitbreiding der tegenwoordige wet ook op andere schepen dan zeeschepen bestaat in verband met het aangevoerde geen voldoende grond."

Inderdaad is de zaak ook thans nog, na de wet van 1891 omtrent aanvaring op de openbare wateren van het Rijk, in gemelden zin geregeld. Evenals in art. 10 van het Kon. besl. van 1875, wordt in art. 18 van het reglement van 18 Mei 1892 (*Stbl.* n°. 102), gewijzigd 16 Juli 1897 (*Stbl.* n°. 179), ter uitvoering der wet omtrent aanvaring op de openbare wateren in het Rijk, het volgende bepaald:

„De schippers van *zeeschepen* moeten de lichten doen voeren en de seinen geven, voorgeschreven bij Koninklijk besluit van 24 April 1897 (*Stbl.* n°. 107) tot vaststelling van gewijzigde bepalingen ter voorkoming van aanvaring *op zee*, of wel die, welke bij latere besluiten voor die vaartuigen mochten worden vastgesteld.

„De schippers van zeeschepen, verkeerende in de ge-

vallen, omschreven in de artt. 6 en 7 van het in het vorige lid genoemde Koninklijk besluit, doen echter de lichten voeren, in de eerste twee alinea's van art. 8, 1°. van *dit* reglement omschreven."

Deze regeling, in het reglement van 1892/97, en niet in dat ter uitvoering der wet omtrent aanvaring *op zee*, is volkomen juist, in overeenstemming met de andere wet en de Mem. v. Toel., luidende: Om het voor de veiligheid der scheepvaart zoo overwegend belang is het dus noodig, dat voor *alle* wateren in het Rijk, die voor de scheepvaart openstaan, dezelfde bepalingen zullen gelden", alsmede met art. 2 van het reglement, waarbij is bepaald: „Dit reglement geldt, *binnen* de uitertonnen, voor *alle* wateren in het Rijk, die voor de seheepvaart openstaan, met uitzondering van de rivieren, genoemd in de Kon. besluiten van 12 April 1892 (*Stbl.* n°. 86) en van 6 Mei 1892 (*Stbl.* n°. 97)", voor welke rivieren namelijk de internationale aanvaringsvoorschriften gelden, in die besluiten zelve (later gewijzigd) opgenomen.

Daarentegen zijn ter voorkoming van aanvaring *op zee*, blijkens de algemeene bepalingen van het Kon. besluit van 24 April 1897 (*Stbl.* n°. 107) de daarin opgenomen voorschriften alleen „van toepassing op alle vaartuigen *in zee*", en is bovendien in art. 30 bepaald, dat de inhoud dier voorschriften niet belet de handhaving van bijzondere bepalingen door de ter plaatse bevoegde autoriteiten gemaakt, met betrekking tot de vaart *in havens*, *op rivieren* of *op binnenwateren*.

Uit een en ander blijkt weder de tegenstelling welke in onze wetgeving in den regel is gemaakt tusschen: de zee, op zee, in zee, en de *Zuiderzee*, welke laatste, als daartegenovergesteld, tot de binnenwateren is gerekend.

Eene andere regeling, tot vaststelling van *seinen* voor schepen, die in nood of gevaar verkeeren, of een loods

verlangen, gemaakt bij Kon. besluit van 10 Oct. 1875 (*Stbl.* n°. 178) en gewijzigd 3 Aug. 1896 (*Stbl.* n°. 147), is bij het Kon. besluit van 24 April 1897 (*Stbl.* n°. 107) voornoemd in art. 32 in diervoege nader gewijzigd, dat ze niet meer betrekking heeft op schepen die *in nood of gevaar verkeeren*, en zulks op grond dat het besluit in art. 31 zelf de *noodseinen* regelt. Het besluit van 1875 geldt voor alle zeeschepen, zoomede voor alle vaartuigen die zich bevinden op zee of wel in vaarwaters die door zeeschepen worden bezocht, — alzoo ook als zij de Zuiderzee bevaren, — maar deze zijn nu na de wijziging alleen nog maar verplicht om bij behoefte aan een *loods*, met uitsluiting van alle andere seinen, de *loodsseinen* te bezigen aangegeven bij art. 3 van het besluit van 1875, aangevuld bij dat van 1896.

Doch nu heeft men blijkbaar voorbijgezien dat het Kon. besluit van 24 April 1897 (*Stbl.* n°. 107), hetwelk thans bij uitsluiting in art. 31 de *noodseinen* regelt, strekt ter uitvoering der wet omtrent aanvaring *op zee*, en dat het niet geldt voor de Zuiderzee. Voor de schepen die zich op deze bevinden en die zeeschepen zijn of vaartuigen die zich op zee bewegen, zijn er dus geen wettelijke voorschriften omtrent *nood*seinen. Men had ze, toen het besluit van 1875 in 1897 gewijzigd werd, voor de binnenwateren en andere vaarwaters die door zeeschepen worden bezocht, moeten opnemen in het reglement dat de voorschriften geeft ter voorkoming van aanvaring in de openbare wateren des Rijks, hetgeen niet is geschied. Toepassing van art. 31 Kon. besl. 1897 op het bevaren van de Zuiderzee zou bij overtreding geen strafgevolg kunnen hebben.

Nog wordt hier medegedeeld dat er een *Stormwaarschuwingsdienst* bestaat, en dat dientengevolge, zooals in het Bericht aan zeevarenden n°. 226/1620 van 1897 is

ter kennis gebracht, met ingang van 1 Mei 1898, voornamelijk ten dienste der kustvaart en van de visschersvloot, van het Kon. Ned. Meteorologisch Instituut waarschuwingen uitgaan, wanneer de aldaar ingekomen telegraphische weerberichten storm doen verwachten. Daartoe zijn op eenige plaatsen seinpalen opgericht, waaraan seinen worden geheschen, zoodanig dat zij zichtbaar zijn van tot vertrek gereed liggende of nabij de kust vertoevende schepen. Voor de Zuiderzee zijn die palen o. a. geplaatst te Harlingen en Stavoren en Oude Schild op Texel.

Hoe is het met het *loodswezen*, de *verlichting*, *betonning* en *bebakening* op de Zuiderzee? De zorg daarvoor, de inspectie daarover en de kennisgeving aan de zeevarenden van de genomen maatregelen, behoort bij het Departement van Marine. Bij de wet van 20 Aug. 1859 (*Stbl.* n°. 93) op den loodsdienst voor zeeschepen, is aan den Staat voorbehouden de uitsluitende bevoegdheid tot het doen loodsen van zeeschepen in en uit de Nederlandsche zeegaten of zeehavens en langs de rivieren, stroomen, vaarwaters en kanalen van het Rijk, zoomede tot het heffen der loodsgelden, voor dezen loodsdienst verschuldigd. De gezagvoerders van zeeschepen, ook die de binnenwateren bevaren, zijn verplicht zich van de daarvoor aangestelde loodsen te bedienen en de loodsgelden te betalen, volgens de bepalingen daarvoor vastgesteld. Een algemeen reglement op den loodsdienst en bijzondere reglementen op den loodsdienst in de districten (het 2e district is: Terschelling en het Vlie, het 3e: Texel) zijn vastgesteld bij Kon. besluit van 23 Jan. 1879 (*Stbl.* n°. 25). Ze zijn later gewijzigd. Voor de zee- en voor den binnendienst zijn verschillende bepalingen.

De Algemeene wet van 26 Aug. 1822 (*Stbl.* n°. 38) over de heffing der rechten van in-, uit- en doorvoer enz.,

in dezen gewijzigd 8 Aug. 1850 (*Stbl.* n°. 40), regelde in het 25e hoofdstuk de heffing van het *tonnegeld* van alle zeeschepen, ook van die welke langs de Wadden, tusschen de eilanden en de kusten van Friesland en Groningen het Rijk inkomen of uitgaan, berekend naar het aantal tonnen, dat de inhoud dier schepen kan bevatten. Iedere ton werd geacht gelijk te staan met 1000 Ned. ponden, vertegenwoordigd door 1½ maal den teerling van de Ned. el. De aan het tonnegeld onderworpen schepen moesten worden gemeten, en de meter gaf den schipper een *meetbrief* af, op vertoon waarvan de betaling van het tonnegeld geschiedde.

De wet van 13 Aug. 1849 (*Stbl.* n°. 40) regelde nader het bedrag en de wijze van heffing van het *vuur-*, *ton-* en *bakengeld*, ter vergelding der diensten door verlichting, betonning en afbakening van Rijkswege aan de scheepvaart bewezen. De tonnemaat, als boven bepaald, strekte bij deze heffing tot maatstaf, bij houtvlotten de lengte. Voor visschersvaartuigen en andere verleende de wet ontheffing. Het geld werd onderscheiden in *buiten-* en *binnen*vuur-, ton- en bakengeld. Het eerste was verschuldigd voor het in- en uitvaren der zeegaten en zeehavens, het tweede voor het bevaren van binnenwateren. Het laatste verschilde o. a. naar gelang van den omvang der binnenverlichting, betonning en afbakening, welke op de verschillende vaarwateren vereischt wordt. Ter regeling van dezen laatsten grondslag werden de stroomen en wateren, waar lichten, tonnen en bakens zijn, in 13 bakenkwartieren verdeeld, en daarbij de *Zuiderzee* in twee kwartieren, boven en beneden Stavoren—Enkhuizen.

Bij de wet van 14 Juli 1855 (*Stbl.* n°. 105) werden evenwel omtrent het tonnegeld en het *meten* der zeeschepen nadere bepalingen vastgesteld. Bij die van 30 Dec. 1865 (*Stbl.* n°. 173) werd bepaald dat de afbakening van

het vaarwater op de daar genoemde stroomen en rivieren geschieden zou op kosten van den Staat en dat daarop ter zake van betonning, verlichting of bebakening geen betaling meer gevorderd zou worden dan zekere vuur- en bakengelden in bijzondere plaatsen als daarbij omschreven, terwijl daarna, bij de wet van 3 Juni 1875 (*Stbl.* n°. 101), behoudens laatstbedoelde uitzondering, de heffing van vuur-, ton- en bakengeld geheel is afgeschaft. Tot eenheid van *scheepsmaat* is daarbij verder aangewezen *de kubieke meter*. De meetbrief moet den inhoud van het schip, behalve in die eenheid, in registertonnen van 2.83 kubieke meter vermelden, terwijl een algemeene maatregel van bestuur de meting verder regelt overeenkomstig het stelsel van Moorsom, wat geschied is bij Kon. besluit van 21 Aug. 1875 (*Stbl.* no. 146), gewijzigd 18 Sept. 1899 (*Stbl.* no. 208).

Dit wat betreft de meting van zeeschepen. Bepalingen omtrent meting van Rijkswege van *binnenvaartuigen* en de daarvoor in rekening te brengen kosten zijn krachtens art. 55 der wet van 2 Oct. 1893 (*Stbl.* no. 149) betr. bedrijfsbelasting, laatstelijk vastgesteld bij Kon. besluit van 20 Juli 1899 (*Stbl.* no. 164).

De wet van 28 Mei 1869 (*Stbl.* no. 96), regelt de afgifte van *zeebrieven* en vergunningen tot het voeren der Nederlandsche *vlag*. Volgens art. 1 moet elk zeeschip, dat de Ned. vlag voert, voorzien zijn van een zeebrief, afgegeven overeenkomstig de voorschriften dezer wet. Onder *zeeschepen* worden in deze wet verstaan alle schepen, varende buiten de tonnen in zee, met uitzondering o. a. van visschersvaartuigen, uitsluitend tot vischvangst of schelpvisscherij of het vervoeren van visch of schelpen gebezigd wordende, en van binnenschepen, die bij uitzondering buiten de tonnen varen. De schippers van zeeschepen die een zeebrief of ander volgens deze wet

geldig bewijs der nationaliteit van hun schip behoeven, moeten dat bij in- of uitvaren van havens of zeegaten van het Koninkrijk aan de ambtenaren, belast met de in- of uitklaring vertoonen. Bij gemis er van wordt geen expeditie verleend en kan het schip worden aangehouden, onverminderd de strafbepaling. De formulieren voor de verklaring tot het verkrijgen van een zeebrief zijn vastgesteld bij Kon. besluit van 21 Sept. 1869 (*Stbl.* no. 153), gewijzigd 13 Dec. 1875 (*Stbl.* no. 242).

De *drankwet* — wij komen hier weder op een ander terrein — is, zooals bekend, alleen van toepassing op verkoop in *huis*, waarin de localiteiten tot verkoop zijn gevestigd, in de *gemeenten*, niet alzoo op de territoriaal niet ingedeelde Zuiderzee (art. 1, 2). Art. 15, 2° verklaart buitendien de artt. 1—14 der wet niet van toepassing op drankverkoop aan boord van vaartuigen aan de opvarenden. „*Opvarenden* omvat zoowel de passagiers als de bemanning. Een stilliggend vaartuig zou onder de wet vallen, zoodra men zich daarheen begaf om te drinken" (Oppenheim, ad art.). Volgens art. 85 Wetboek van Strafrecht zijn opvarenden: allen die zich aan boord bevinden, met uitzondering van den schipper.

In het tot dusver onbeantwoord gebleven Voorloopig Verslag van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 20 Febr. 1894, betreffende het wetsontwerp tot wijziging der drankwet, is ad art. 15 2° aangeteekend, dat er herhaaldelijk op was gewezen, dat de vrijheid om aan boord van vaartuigen aan de opvarenden zonder vergunning drank te verkoopen, voortdurend aanleiding gaf tot ontduiking der wet. In de havensteden geschiedde dit, naar luid van het verslag, op de schepen op groote schaal, en er bestonden kleine vaartuigen, die feitelijk niets anders waren dan drijvende drankwinkels zonder vergunning. Men gaf daarom in overweging door verscherping

der redactie te beproeven de misbruiken te keeren, zoodat de bepaling de toepasselijkheid der wet alleen uitsloot voor verkoop aan de tot het vaartuig behoorende opvarenden gedurende de reis en voor roeibooten niet gelden zoude.

De wet van 15 April 1891 (*Stbl.* n°. 84), gewijzigd 30 Dec. 1893 (*Stbl.* n°. 262), tot het tegengaan der misbruiken, voorvloeiende uit den verkoop van sterken drank onder de visschers op de Noordzee, buiten de territoriale wateren, en in de territoriale wateren des Rijks, geldt niet voor verkoop op de *Zuiderzee*, aangezien deze blijkens het medegedeelde hierboven blz. 247—250, niet behoort tot de territoriale wateren des Rijks in den zin van deze wet.

De wet van 7 Mei 1856 (*Stbl.* n°. 32), later gewijzigd, houdt bepalingen in omtrent de *huishouding* en *tucht* op de *koopvaardijschepen*, en geldt blijkbaar alleen voor de zeeschepen die buiten de tonnen varen, niet voor de binnenschepen die de binnenwateren bevaren. Wat koopvaardijschepen en koopvaardijschippers zijn, werd in het Voorl. Verslag over het ontwerp dier wet gevraagd, doch die vraag is niet beantwoord; vermoedelijk hield men zich aan het gewone spraakgebruik daaromtrent. Dat de wet niet toepasselijk is op *visschersvaartuigen*, werd uitgemaakt bij het arrest van den H. R. van 12 Febr. 1877 (*Weekbl. v. h. R.* n°. 4081) en bij latere arresten. Daarop was dan ook gegrond de indiening van het ontwerp der wet van 28 Juni 1881 (*Stbl.* n°. 98), houdende strafbepalingen tot beteugeling der desertie van zeevisschers, welke wet bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht is afgeschaft en vervangen door de artt. 390—394*bis* Sr. Doch ook deze bepalingen hebben blijkbaar geen betrekking op desertie van binnenschepen die slechts de Zuiderzee bevaren.

De bepalingen der wet, op *zeerooverij* betrekking hebbende, thans opgenomen in de artt. 381—385 Sr., zijn, reeds blijkens de woorden in art. 381: „*in open zee*", niet van toepassing op zeeroof op de Zuiderzee. Ze is eigenlijk reeds in haar rechtsbegrip beperkt tot de open zee (Cf. Mem. v. Toel.).

Over de toepasselijkheid in het algemeen van het *Wetboek van Strafrecht* op de Zuiderzee handelde ik reeds op blz. 251 v. Ik wijs nu nog op enkele bepalingen. In het wetboek wordt volgens art. 85 verstaan onder *schipper:* elk gezagvoerder van een vaartuig (niet alleen van een zeeschip) of die dezen vervangt; onder *opvarenden*: allen die zich aan boord bevinden, met uitzondering van den schipper; onder *schepelingen:* allen die zich als scheeps-officieren of scheepsgezellen aan boord bevinden. Doch volgens art. 86 worden (in het wetboek) onder *Nederlandsche schepen* alleen verstaan die vaartuigen welke door de wet betrekkelijk afgifte van zeebrieven en vergunningen tot het voeren der Nederlandsche vlag als *zeeschepen* worden aangemerkt. Van *Nederlandsche schepen* wordt gesproken in de artt. 386, 387, 390 1°, 391 1°, 392 2°, 393 1°, 394*bis*, 395, 397, 398, 399 1°, 400, 402, 403, 404, 406, 407, 411—413 en 469 Sr. Die bepalingen gelden dus voor zeeschepen in den zin der zoo even aangehaalde wet. Daarentegen wordt, hetzij daarnaast of bij tegenstelling, *van vaartuig* of *zeevisschersvaartuig* gesproken in de artt. 168, 169, 328, 352, 381—385, 390 2°, 391 2°, 392 2°, 393 2°, 394*bis*, 395, 397, 398, 399 2°, 400, 405, 408, 410, 414, 471, 472 en 474 Sr.

Met betrekking tot de *Strafvordering* is mede te deelen een vonnis van het Kantongerecht te Brielle van 24 Januari 1889 (*Weekblad van het Recht* n°. 5775) dat een juist (24 Dec. 1888) ingediend wetsontwerp kwam steunen tot aanvulling van het Wetboek

van Strafvordering. Een vischvaartuig was bevonden visschende, een grootzeil voerende zonder merk, op de hoogte van den Rotterdamschen waterweg, *ongeveer* 3 mijlen uit den wal, in strijd met de wet van 21 Juni 1881 (*Stbl.* n°. 76). Het O. M. werd bij het vonnis niet ontvankelijk verklaard, en geen recht tot strafvervolging aanwezig geacht omdat niet gebleken was, dat de overtreding gepleegd was in de territoriale wateren, maar, al ware het anders, het voor toepassing van art. 22 Strafvordering noodig zou zijn, dat het strafbare feit *in het kanton* gepleegd was, wat hier niet het geval was, daar de plaats in het procesverbaal gemeld, waar de overtreding had plaats gehad, niet was gelegen binnen de grenzen van het kanton. En voor toepassing van art. 25 Strafvordering moest blijken, dat het feit gepleegd was *buiten* de territoriale wateren, blijkens de woorden in dat art. „buiten het Rijk in Europa", wat hier mede niet was gebleken.

Bij de wet van 23 Juni 1889 (*Stbl.* no. 83) is overeenkomstig het genoemde ontwerp het Wetboek van Strafvordering o. a. met een art. 24*bis* aangevuld van gelijken inhoud als art. 25 bevat voor feiten *buiten het Rijk in Europa* gepleegd, en waarbij is bepaald welke ambtenaren van het O. M. optreden ter vervolging van strafbare feiten gepleegd *op het niet tot het rechtsgebied van eenig kantongerecht behoorende watergebied van het Rijk in Europa.* Op blz. 246 v. zeide ik reeds van welke gedachte deze wet uitgaat wat betreft de vraag wat *territoriale wateren* zijn. De *Zuiderzee* is hiervan blijkens de M. v. T. onderscheiden, ze behoort tot de *binnenzeeën,* en het territoriaal water bevindt zich langs de *Noordzee*kusten.

III. *Burgerlijk en handelsrecht.*

Zijn bij geboorte en overlijden op de Zuiderzee van toepassing de voorschriften nopens de inschrijving voor

den *burgerlijken stand*, vervat in de artt. 35—37 en 60 Burg. Wetboek?

Het werd beweerd in het Voorloopig Verslag van de Tweede Kamer der St.-Gen. over het wetsontwerp tot gemeentelijke indeeling van het eiland „Fort aan het Pampus" met een gedeelte der Zuiderzee (wet van 15 Aug. 1892 (*Stbl.* no. 203) reeds boven blz. 254 v. vermeld). „Indien op de Zuiderzee iemand geboren wordt of sterft, gelden, meende men, de artt. 35 en 60 van het B. W." In het antwoord der Regeering is deze opmerking onaangeroerd gelaten. Intusschen luidt art. 2 dier wet:

„Hij, die tot dusverre, bij gebreke van eene gemeentelijke indeeling van het hiervoren genoemde eiland, eenigerlei aangifte voor den burgerlijken stand niet overeenkomstig de wet heeft kunnen doen, is verplicht binnen eene maand na het in werking treden van deze wet, die aangifte alsnog te doen.

„De akten van den burgerlijken stand worden ingeschreven in de loopende registers met aanteekening op den kant, dat de inschrijving krachtens deze wet geschiedt."

Het eiland is ingedeeld bij de gemeente Muiden, prov. Noord-Holland, met het daartusschen gelegen gedeelte van de Zuiderzee.

Dergelijke bepaling komt voor in art. 16 der wet van 29 Mei 1877 (*Stbl.* no. 107), tot indeeling van de landaanwinningen in het Oostelijk IJ en daaraan gelegen wateren bij de gemeente Amsterdam enz.

Er wordt dus ondersteld dat men volgens het B. W. geen aangifte heeft *kunnen* doen, en het art. moet daarom beperkt worden tot de gevallen dat de gewone voorschriften niet konden worden opgevolgd en dat ook de artt. 35 en 60 *niet* van toepassing waren. *Wanneer* nu zijn de laatste wèl van toepassing? Ze schrijven voor inschrijving van geboorte en overlijden, zoo dat plaats

heeft *gedurende eene zeereis, op het dagregister van het schip.* Ze zijn alzoo niet van toepassing, indien de reis op de Zuiderzee niet is eene zeereis, en geen dagregister behoeft gehouden te worden. Het komt mij voor dat de vraag, of men eene zeereis maakt, niet alleen afhangt daarvan, of men een *zeeschip* bevaart. Schepen en vaartuigen welke de rivieren en *binnenwateren* bevaren, en tevens van buiten 's lands komen of naar buiten 's lands bestemd zijn, worden bij art. 748 Wetb. v. Kooph. als *zeeschepen* beschouwd, en mitsdien zijn, in het algemeen en naar de omstandigheden, op dezelve toepasselijk de bepalingen in de voorgaande titels van boek II Kooph. vervat. De schipper moet volgens art. 358 een dagregister of journaal houden. Hij kan dus geboorte en overlijden daar inschrijven. Dit voorschrift geldt blijkens art. 753 niet ten aanzien van schepen en vaartuigen welke bij uitsluiting gebruikt worden tot de scheepvaart van eene plaats binnen 's lands naar eene andere binnen 's lands gelegen, zoowel op de stroomen, rivieren, kanalen en vaarten, als op de *binnenlandsche zeeën* en meren en langs de Wadden (art. 749). Is er alzoo geen dagregister, dan gelden ook de artt. 35 en 60 B. W. niet.

Maar evenmin zijn ze van toepassing op alle schepen, die de wet in art. 748 met zeeschepen gelijkstelt, zooals *rivierschepen* als ze niet buitengaats komen. Die gelijkstelling toch verandert den aard der *reis* niet. Bij eene geboorte gedurende eene buitenlandsche reis van een rivierschip moeten dus de gewone regelen wegens geboorte in een vreemd land gelden (Diephuis, Ned. Burg. Recht I. no. 189). Anders Pliester (Aant. op de Ned. Wetg. 5).

In eene circulaire van den Minister van Justitie van 27 Maart 1844 n°. 2 (*Bijv. Stbl.* n°. 101) wordt de opvolging van art. 60 B. W. aanbevolen bij sterfgevallen aan boord van visschersvaartuigen, waarop een dag-

register wordt gehouden; terwijl, zoo dit niet geschiedt, de akte van overlijden zal moeten worden opgemaakt door den ambtenaar van den burgerlijken stand der gemeente, waar het vaartuig het eerst is binnengeloopen.

Dit gelde dan ook, zoowel bij sterfgeval als bij geboorte aan boord der schepen en vaartuigen die de Zuiderzee bevaren, en niet of slechts bij uitzondering buiten de tonnen in zee varen, terwijl de voorschriften van artt. 35 en 60 verplichtend zijn voor de andere, de eigenlijke zeeschepen.

Hier vermeld ik nog art. 994 B. W., luidende: „De uiterste wil van personen, die zich gedurende den loop eener reis op zee bevinden, kan verleden worden ten overstaan van den kapitein of den stuurman van het vaartuig of, bij gebreke van dezelve, voor dengene die hunne plaats vervult, in tegenwoordigheid van twee getuigen."

Het art. geldt gelijkelijk — anders als volgens art. 988 en v. Code Nap. — voor oorlogsschepen en koopvaardijschepen, maar kan m. i., wegens de woorden *op zee*, niet betrokken worden op een zich bevinden op de *Zuiderzee* (verg. boven blz. 265 v., 275).

De termijnen van vijf en tien jaren, bij artt. 523, 526 en 549 B. W. vastgesteld voor de verklaring van vermoedelijk overlijden of het aangaan van een ander huwelijk in geval van afwezigheid, zijn bij de wet van 9 Juli 1855 (*Stbl.* n°. 67) verkort ten opzichte van hen, die bij vermoedelijke of bekende scheepsrampen zijn vermist, en zijn bij art. 1 beperkt tot drie jaren, wanneer de afwezige tot de bemanning of passagiers blijkt behoord te hebben van een schip, waarvan gedurende dien tijd geene berichten zijn ingekomen, en bij art. 2 tot één jaar ingekort, wanneer de afwezige vermist is ter gelegenheid eener noodlottige gebeurtenis op 's lands kusten,

binnenlandsche zeeën of wateren, aan eenig vaartuig, aan een deel zijner bemanning of zijner passagiers overkomen.

Ik kom nu tot de vraag, door den kantonrechter te Zwolle den 18 Aug. 1898 (zie boven blz. 257) ontkennend beslist, of ten opzichte van de Zuiderzee en de territoriale wateren van *bezit* of *eigendom* sprake kan zijn. Gronden daarvan zijn niet opgegeven. Het schijnt als een axioma te zijn beschouwd.

Staan wij eerst stil bij de *territoriale wateren*. Wat daaronder is te verstaan, heb ik boven blz. 240 en volgende trachten te ontwikkelen. Daarover heeft de Nederlandsche Staat zekere hoogheidsrechten, niet wat men in het volkenrecht noemt een *dominium*, maar een *imperium*. Die rechten worden omschreven in wetten en tractaten, van welke er boven reeds zijn aangeroerd. Dat die territoriale wateren worden geacht: *onder beheer van het Rijk* te zijn, is verklaard in art. 1 sub 1 van de wet van 28 Febr. 1891 (*Stbl.* n°. 69) tot vaststelling van bepalingen betreffende 's Rijks waterstaatswerken. Evenzeer elders, dat ze behooren tot het grondgebied van den Staat. Doch hiermede zijn zij nog niet verklaard het *eigendom* van den Staat te zijn, wat trouwens een burgerrechtelijk begrip is.

Volgens art. 575 B. W. zijn er zaken die aan niemand toebehooren; de overige zijn het eigendom òf van den Staat, òf van gemeenschappen òf van bijzondere personen. De territoriale wateren, de strook van drie mijlen langs de kust van de laagwaterlijn af, behooren tot geen dezer categoriën, omdat ze geen *zaken* zijn volgens art. 555 B. W., alwaar toch de wet door zaken verstaat alle goederen en rechten welke het voorwerp van eigendom *kunnen* zijn. Zaken die aan niemand toebehooren, zijn de zoodanige, die voor het tegenwoordige geen eigenaar hebben, hoezeer zij anders een voorwerp van eigendom

kunnen zijn. Doch de zee behoorde volgens het Romeinsche recht tot de *res communes quibus omnes naturali jure promiscue uti possunt*, of tot de *„allen menschen"* toebehoorende zaken volgens oud-hollandsch recht (DE GROOT Inl. II 48), evenals de lucht, het zand van de zee en het strand „voor zooveel den meesten tijt ofte ter halver vloedt met de zee bedekt werd" (ibid.), welk strand DE GROOT noemt „van gelijk regt als de zee". In 't kort, ze behoorden niet tot wat ons hedendaagsch burgerlijk recht verstaat onder *zaken* (DIEPHUIS, Ned. Burg. Recht III nos. 9 en 73).

„Maar — zeide DE GROOT (ibid.) — het bloote (niet door water bedekte) strant komt het volk van 't Lant toe". Dit is thans veranderd, want wanneer volgens art. 577 B. W. „insgelijks behooren aan den Staat..... de stranden der zee", dan worden daaronder, evenals onder *oevers* in art. 578 B. W., verstaan de boorden der zee, welke bij gewone tijden, als het water op het hoogste is, door dat water overdekt worden (DIEPHUIS III n°. 80). Het eigendomsrecht strekt zich alzoo thans verder uit dan naar ons oud-hollandsch recht.

Dit betreft het *strand*.

En nu, wat de *zee* aangaat, tot de zee, de *openbare zee*, rekende DE GROOT niet de *Zuiderzee*. Hij zegt t. z. p. het volgende:

„Maer wat belangt de Zuyder-zee, alsoo deselve niet en is een deel van de Noort-zee, maer een vergadering van Inlandtsche stroomen, die door groote vloeden ende afspoelinge van Landen soodanige ruymte heeft bekomen, wert deselve verstaen toe te komen de aenpalende Volkeren. Over-sulx is tusschen Hollant met West-Vrieslant ten eenre, ende Over-Yssel ten andere zijde een afdeelinge gemaekt van de Zuyder-zee".

Evenals de stroomen waardoor de Zuiderzee gevormd

is, moet de Zuiderzee dan, als eene vergadering dier stroomen, naar het beginsel van art. 577 B. W., worden beschouwd te zijn het eigendom van den Staat.

Werd ze in 1889 door de Regeering niet eens gerekend tot het *grondgebied* van den Staat (publico jure) te behooren, erkend werd dat dit eene vergissing was. Maar ik meen verder te moeten gaan, en, al wordt ze niet in art. 577 B. W. met name genoemd, haar ook met DE GROOT tot Staatseigendom te moeten rekenen. Zegt men dus, dat ten opzichte van de Zuiderzee en de territoriale wateren van *bezit* noch *eigendom* sprake kan zijn, dan geldt dit wel van de territoriale wateren die tot de zee behooren, en wat de Zuiderzee aangaat ook ten opzichte van het *bezit*, maar wat dit laatste water aangaat, niet van den *eigendom*. De kantonrechter heeft bij zijne uitspraak daaromtrent vermoedelijk gedacht aan art. 593 B. W., houdende dat zaken welke niet in den handel zijn geen voorwerp van bezit kunnen opleveren, maar dit art., hetwelk ik erken ook te gelden van de Zuiderzee, als zijnde zij eene zaak *niet in den handel*, spreekt alleen van *bezit*, en nergens is bepaald dat al wat geen voorwerp van bezit kan zijn, of waarvan de eigendom niet door verjaring kan verkregen worden (art. 1990 B. W.), ook geen voorwerp kan zijn van eenig ander zakelijk recht, met name van eigendom, en dus ook geen *zaak* zou kunnen zijn volgens art. 555 B. W. (DIEPHUIS III n°. 10 en 73) Ondergaat de Zuiderzee verandering in hare bestemming, wordt ze drooggemaakt, dan komt ze in den handel, en kan ze ook een anderen eigenaar dan den Staat behooren en ook door verjaring de eigendom er van verkregen worden.

De *stranden* en *oevers* der Zuiderzee behooren, als gezegd, ingevolge art. 577 B. W. aan den Staat; onverminderd de door titel of bezit verkregen rechten van bijzondere

personen of gemeenschappen. Hier vermeld ik nog — ofschoon dit tot het staatsrecht behoort — dat ze behooren tot het in provinciën en gemeenten verdeeld grondgebied van den Staat, en alzoo deel uitmaken van het grondgebied van die provincie en van die gemeente, waaraan zij zijn gelegen, en dat ze bij geene wetsbepaling aan het rechtsgebied der gemeenten, tot wier grondgebied zij behooren, zijn onttrokken en mitsdien aan dat rechtsgebied zijn onderworpen (arr. H. R. 24 April 1866, *Weekbl. v. h. Recht* n°. 2794). Ze behooren ook onder het gezag der gemeente waaraan zij zijn gelegen (vonnis rechtb. Alkmaar 14 October 1862, W. n°. 2599), en de gemeentebesturen kunnen daarover in het belang der openbare veiligheid, orde en zedelijkheid verordeningen vaststellen (arr. H. R. 5 Juni 1861, W. 2282).

In tegenstelling met art. 538 C. Nap. komen ten voordeele van de oevereigenaars de *aanwassen, gorsingen* en *schorren,* door de Zuiderzee aan de stranden aangespoeld. Bij art. 652, tweede lid B. W. is men ten deze tot het oude recht teruggekeerd.

In zee geworpene en door de zee opgeworpene goederen kunnen volgens art. 638 B. W. door den eigenaar worden teruggevorderd, met inachtneming der wettelijke voorschriften op dat stuk bestaande. Hoewel dit art., zooals op blz. 270 reeds is opgemerkt, niet letterlijk op goederen in de *Zuiderzee* geworpen en door haar opgeworpen kan worden betrokken, moet toch daaromtrent hetzelfde beginsel worden aangenomen.

Het eerste Boek van het *Wetboek van Koophandel* handelt in den vijfden titel volgens zijn opschrift ook: van schippers, rivieren en *binnenwateren* bevarende. De derde afdeeling van dien titel is o. m. daaraan gewijd. In art. 91 is het beginsel opgenomen dat de schippers

moeten instaan voor alle schaden, aan de ter vervoering overgenomene *koopmanschappen* of *goederen* overkomen, uitgezonderd dezulke die uit een gebrek van het goed zelf, door overmacht, of door schuld of nalatigheid van den afzender of expediteur veroorzaakt zijn.

Deze en volgende bepalingen, van art. 92—95 K., gelden blijkens het opschrift ook voor schippers de binnenwateren bevarende, en daaronder behoort de Zuiderzee (zie ook nog hierna). De beurtvaart en alle andere middelen van vervoer blijven volgens art. 97 onderworpen aan de wettiglijk op dit stuk bestaande verordeningen en reglementen, voor zooverre ze niet met de bepalingen van dezen titel, titel V, strijden. Verg. o. a. de wet van 23 April 1880 (*Stbl.* n° 67) op blz. 272 reeds genoemd. Art. 6 regelt de verantwoordelijkheid van den ondernemer van een openbaar middel tot vervoer van personen voor de schade door de *reizigers* geleden, en art. 8 zijne verplichting om de *brievenmalen* en de 's Rijks dienst betreffende *pakketten* te vervoeren en zijne verantwoordelijkheid in deze. Het Kon. besluit van 31 Juli 1880 (*Stbl.* n°. 121) houdt bepalingen in, ter verzekering van de veiligheid der reizigers.

Art. 98 K. bepaalt: „De rechten en verplichtingen omtrent de scheepvaart, bij het tweede boek van dit Wetboek voorgeschreven (het zeerecht), zijn ook toepasselijk op de vaart op de rivieren, stroomen en kanalen, voor zooverre dit uitdrukkelijk bij den laatsten titel van dat boek is bepaald."

Hier wordt alleen de vaart op de rivieren, stroomen en kanalen genoemd. Art. 748 K., het eerste art. van den zooeven bedoelden laatsten titel van boek II, luidende: „Van schepen en vaartuigen welke de rivieren en binnenwateren bevaren", spreekt van schepen en vaartuigen welke de rivieren en *binnenwateren* bevaren, en art. 749

van die: op de stroomen, rivieren, kanalen en vaarten en op de *binnenlandsche zeeën* en meren en langs de Wadden. Deze artt. zijn alzoo vollediger dan art. 98. Eerstgemelde schepen en vaartuigen worden, zoo zij tevens van buiten'slands komen of voor buiten'slands bestemd zijn, als *zeeschepen* beschouwd, en zijn daarop, in het algemeen en naar de omstandigheden, de bepalingen, in de 12 voorgaande titels van Boek II vervat, van toepassing, behoudens de reglementen en verordeningen op de vaart van zoodanige schepen en vaartuigen, wettiglijk vastgesteld. Ten aanzien van schepen en vaartuigen, welke bij uitsluiting gebruikt worden tot de scheepvaart van eene plaats binnen'slands naar eene andere binnen'slands gelegen, op de wateren zooeven genoemd, gelden volgens art. 749 de bepalingen, vervat in artt. 750—763 K.

Bij art. 748 zijn vooral de *Rijnschepen* bedoeld, wier vaart aan het Reglement voor de vaart op den Rijn onderworpen is. In het opschrift des Titels is volgens de Mem. v. Toel. — en dit geldt ook art. 749, en evenzoo het opschrift van Boek I Titel V en van Boek II Titel X (over verzekering) — het woord: *binnenwateren* gebezigd: „teneinde daaronder te begrijpen, zoowel stroomen, rivieren, kanalen en vaarten, als de zeeën en meren welke binnen'slands zijn gelegen, zooals o. a. de *Zuiderzee*, het Haarlemmermeer, de Zeeuwsche stroomen" (VOORDUIJN, III 553).

In de verzamelingen omtrent de rechtspraak, betreffende de op de binnenschepen van toepassing verklaarde bepalingen van het Wetboek, vond ik geene beslissingen, die, als meer bijzonder op de vaart op de Zuiderzee betrekking hebbende, van belang waren mede te deelen. Onder die bepalingen zijn niet genoemd de voorschriften van den tienden titel, om de eenvoudige reden dat

reeds het opschrift daarvan doet zien dat het handelt van verzekering tegen de gevaren van den vervoer te lande *en op rivieren en binnenwateren.* „Hieronder zijn begrepen... die andere binnenwateren bevaren, zooals de *Zuiderzee*, de Zeeuwsche stroomen" (DIEPHUIS).

Bij arrest van het Hof te Amsterdam van 4 Maart 1898 (W. v. h. R. n°. 7162) is, met bevestiging van het vonnis der rechtbank te Amsterdam van 14 Febr. 1896 (W. n°. 6859), eene beslissing gegeven in zake eener verzekering, bij de polis gesloten: „om te varen in de binnenwateren, stroomen, rivieren, kanalen, havens, plaatsen enz. binnen het Nederlandsch gebied, met uitsluiting van de Zuiderzee, Zeeuwsche stroomen en Wadden, echter met bevoegdheid om te varen van en naar Marken", bij welke uitspraak de gestelde uitzondering *in casu* niet van toepassing werd verklaard.

Bij de wet van 2 Mei 1897 (*Stbl.* n°. 140) zijn de artt. 748 en 755 K. gewijzigd met betrekking tot den tijd van laden en lossen.

„Is de Zuiderzee een *binnenwater?*" Aldus werd gevraagd in het Voorl. Verslag van de Tweede Kamer over het wetsontwerp tot verzekering tegen ongevallen, enz. „Hieromtrent dient — zeide men — wel zekerheid te bestaan, wil de bepaling (van art. 9, 4°) in de practijk niet tot moeilijkheid aanleiding geven".

Het antwoord der Regeering (M. v. A. Gedr. St. 1898/99 **16** n°. 1 blz. 33) luidde:

„Naar het oordeel van ondergeteekenden is de Zuiderzee ongetwijfeld een binnenwater. Als zoodanig is deze zee ook beschouwd in het Wb. v. Kooph., in de M. v. B. v. h. Voorl. Verslag over het w. o. dat geworden is de wet van 11 Juli 1882 (*Stbl.* n°. 86), houdende bepalingen ter voorkoming van aanvaringen of aandrijvingen op zee, en in het Kon. besl. van 18 Mei 1892 (*Stbl.* n°. 102) tot

vaststelling van een reglement ter voorkoming van aanvaring of aandrijving op openbare wateren in het Rijk, die voor de scheepvaart openstaan".

Door deze Regeeringsverklaring worden opnieuw bevestigd de vele verklaringen in denzelfden zin, die ik telkens in deze Bijdrage mededeelde, en wordt te niet gedaan de beschouwing alsof de Zuiderzee tot de *buitenwateren* zou behooren.

Nog is in dit verband te noemen het Kon. besl. van 2 Febr. 1893 (*Stbl.* n°. 46), waarbij bepalingen zijn vastgesteld betreffende de toelating van oorlogsschepen van vreemde Mogendheden in 's Rijks zeegaten, havens en binnenwateren, behoudens nader te geven voorschriften bij het ontstaan van een oorlog. Bij art. 2 is het aan vreemde schepen en vaartuigen van oorlog verboden om zonder vergunning van den Minister van Marine o.a. 's Rijks *binnenwateren* te bevaren, en worden tot de binnenwateren gerekend ook te behooren: „het Friesche zeegat, de gaten van Vlieland en Terschelling, de *Zuiderzee* met hare toegangen van de reede van Texel en het Marsdiep, benevens het zeegat van den Hoek van Holland".

Hiermede ben ik aan het einde mijner beschouwingen over den rechtstoestand van en op de Zuiderzee. Moge de tijd niet heel verre meer af zijn, dat ze hare actualiteit, voor zooverre ze die bezitten, verloren hebben omdat de zee is drooggemaakt en eene nieuwe provincie aan het Rijk in Europa is toegevoegd. Maar ook dan nog kan het blijken dat een blik op den rechtstoestand zooals hij *was*, niet geheel onvruchtbaar zijn zal.

NASCHRIFT.

Op twee punten, met den rechtstoestand van de Zuiderzee in verband staande, wensch ik nog even de aandacht te vestigen naar aanleiding van de mij gestelde vragen: 1°. of de grond van de Zuiderzee wettiglijk aan anderen dan aan den Staat kan toebehooren, en 2°. of door het verleenen van Koninklijke concessie tot droogmaking of indijking van gronden der Zuiderzee die gronden worden afgestaan.

Een kort woord ter beantwoording.

Ad 1°. Blijkens het betoogde op blz. 287 en volgg. meen ik de Zuiderzee te moeten beschouwen als niet alleen tot het grondgebied maar ook tot den eigendom van den Staat te behooren. Hoe is het nu met den bodem der zee? In verband met het opgemerkte laat ik hier het beginsel gelden van art. 646 B. W., dat de eigendom van stroomen en rivieren medebrengt den eigendom van den grond, waarover het water loopt. Behoort alzoo die eigendom, evenals die van het water, aan den Staat, dan zouden op gronden, thans tot de Zuiderzee behoorende, naar het beginsel van art. 577 B. W. alleen dan rechten van bijzondere personen of gemeenschappen wettiglijk kunnen bestaan door titel of bezit verkregen, wanneer het gronden betreft waarop vroeger, voordat ze deel uitmaakten van de zee, voordat ze aldus buiten den handel kwamen, burgerlijke rechten werden uitgeoefend. Verdronken landen blijven, ook volgens art. 649 B. W., aan den eigenaar toebehooren.

Ad 2°. De Koninklijke concessie tot droogmaking of indijking van gronden sluit geen afstand van het recht van eigendom, dat de Staat of anderen op die gronden bezitten, in zich. Ze tast evenmin rechten van derden als van den Staat zelven aan. Noch art. 41 der wet

van 16 Sept. 1807 op de droogmakingen (FORTUIJN II, blz. 459), noch art. 649 2e lid B. W. of eenige andere wetsbepaling verbindt zoodanig rechtsgevolg aan de concessie, door het hoofd van den Staat te verleenen. Bij weigering der eigenaren om droog te maken of daaraan mede te werken moet, ook blijkens art. 649 voormeld, tot onteigening de toevlucht worden genomen.

30 Januari 1900. J. M. H.

Iets over het Nederlanderschap

krachtens de Overgangsbepaling der wet van 12 December 1892,
*(*Staatsblad *no. 268), in verband met art. 5, 1°. en 4°. B. W.*
j°. art. 3 der wet van 28 Juli 1850 (Staatsblad n°. *44),*
en art. 1, 1°. j°. art. 3 dier wet.

In 1881 schreef ik: (1) „Elke verandering, hoe gering ook, in de wetgeving betreffende eene nationaliteit is onmiskenbaar eene zaak van veel gewigt, niet alleen uit een staatkundig oogpunt, maar ook omdat zij zoo ligt ingrijpt in de bijzondere belangen van tal van personen. Al kan in materie van nationaliteit niet gedacht worden aan een verkregen regt op voortduring van het bestaande en op verwezenlijking, te zijner tijd, van de daarbij gegeven uitzigten (2), de billijkheid vordert in ieder geval, dat door milde overgangsbepalingen, die gelegenheid laten om het bestaande te handhaven en de uitzigten ook onder den nieuwen toestand in werkelijkheid te doen overgaan, zooveel mogelijk te gemoet worde gekomen aan de bezwaren, welke voor hen, op wier positie de nieuwe orde van zaken invloed

---

(1) «Het ontstaan en het verlies van het Nederlanderschap» in *Nieuwe Bijdr. voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving,* N. R., dl. VII, 1881, blz. 12.
(2) Vgl. noot 7 hierna.

kan hebben, dadelijk of in de naaste toekomst uit de verandering kunnen voortvloeijen."

Tot mijn genoegen moet ik erkennen, dat bij de Overgangsbepaling van de op 1 Juli 1893 in werking getreden wet van 12 December 1892 (*Stbl.* n°. 268), op het Nederlanderschap en het ingezetenschap, in ruime mate voldaan is aan hetgeen ik mij als billijk voorstelde.

Tot 1 Juli 1893 vonden wij in het Eerste Boek van ons Burgerlijk Wetboek (3) een titel — den tweeden — met het opschrift: „Van Nederlanders en vreemdelingen". Tot 18 Augustus 1850 werd aan de daarin vervatte bepalingen, op welk gebied ook het onderwerp zich bewoog, — te recht of ten onrechte, eene quaestie die thans in het midden kan worden gelaten — de vraag getoetst, of iemand was Nederlander, dan wel vreemdeling (4).

De wet van 28 Juli 1850 (*Stbl.* n°. 44), ter uitvoering van art. 7 der Grondwet — in werking getreden op 18 Augustus d.a.v. en gewijzigd bij de wet van 3 Mei 1851 (*Stbl.* n°. 46) — bracht hierin verandering. Evenbedoelde bepalingen in wezen latende, verklaarde zij, *met het oog op de artt.* 5 *en* 6 *der Grw.*, wie Nederlanders zouden zijn en bepaalde tevens wie als ingezetenen beschouwd moesten worden. De in de considerans der wet van 1850 vermelde artikelen der Grw. van 1848 betroffen onderscheidenlijk het burgerschapsrecht en de benoembaarheid tot landsbedieningen. Terwijl, behalve de verwijzing ook naar art. 6 Grw. in de considerans, in de wet zelve van die benoembaarheid niet werd gesproken, ving het 1ste artikel aan met de woorden:

(3) Ingevoerd op 1 October 1838, in Limburg echter eerst op 1 Januari 1842.

(4) Zie de door mij in 1893 bezorgde uitgaaf van de wet van 12 December 1892 (bij LOMAN en FUNKE te Amsterdam), blz. 288.

„Nederlanders, ten aanzien van het genot van burgerschapsregten, zijn:" Zonder dat uit de parlementaire stukken en discussiën van de reden blijkt, trof men de woorden „ten aanzien van het genot van burgerschapsregten" niet aan in de artt. 2 en 4, ofschoon daarbij evenzeer werd verklaard wie Nederlanders zouden zijn; noch in art. 10, aanduidende de gevallen, waarin de staat van Nederlander zou worden verloren.

Het is onnoodig er aan te herinneren, dat sedert 18 Augustus 1850, zij 't tegen de bedoeling van de Regeering, die het ontwerp der wet van 28 Juli 1850 aanhangig maakte en verdedigde, tweeërlei Nederlanderschap naast elkaar bestaan heeft, waarvan het eene in het B. W., het andere in de wet van 1850 zijne omschrijving vond. Deze toestand — in bijzonderheden besproken in mijn opstel „Het dubbele Nederlanderschap" (5) en welke medebracht, dat men Nederlander kon zijn tegelijkertijd volgens de beide wetgevingen, maar ook dat men het kon wezen volgens ééne van die wetgevingen, zonder het te zijn naar de andere — heeft met 1 Juli 1893 opgehouden te bestaan als gevolg der wet van 12 December 1892 (*Stbl.* no. 268). Ten aanzien van de Overgangsbepaling dezer wet werd in de M. v. T. gezegd: (6) „Allen, die naar de thans bestaande wetgeving Nederlanders zijn, moeten dat ook bij invoering eener nieuwe wet blijven. Om hun dit te verzekeren, is eene uitdrukkelijke bepaling niet overbodig". (7) En in

---

(5) *Bijdragen tot de kennis van het Staats-, prov.- en gem.bestuur*, dl. XXIII, blz. 88—127, 302—344, 397—440.

(6) Zie het in noot 4 vermeld werk, o. a. blz. 266, 268, 288 *fine*.

(7) Door de Overg.bepaling wordt met betrekking tot de daar bedoelden uitgemaakt, dat de wetgever te hunnen aanzien niet den regel heeft willen doen gelden, dat, tenzij de wet het tegendeel bepaalt, de staat, het burgerschap, de nationaliteit van personen beoordeeld moet worden naar

de M. v. A. aan de Tweede Kamer der St.-Gen. leest men: „Bij de Regeering staat tweeërlei vast, zoowel dat er een einde moet komen aan het tweeslachtig Nederlanderschap, als dat het onrecht zou zijn rechten te ontnemen aan hen die, quovis modo dan ook, Nederlanders zijn. Die dit met de Regeering niet eens zijn, kunnen met dit voorstel niet medegaan. Maar wil men het doel bereiken, dan moet onder hen die „den staat van Nederlander bezitten", zoowel de Nederlander volgens het Burgerlijk Wetboek als naar de wet van 1850 worden verstaan. De Overg.bepaling (8) onder-

---

de wetgeving in vigeur op het oogenblik, waarop de vraag omtrent hun staat te beslissen is.

Bij dien regel heb ik mij, blijkens mijne vroegere geschriften betreffende het Nederlanderschap, steeds aangesloten — zie o. a. het in noot 5 bedoeld opstel, blz. 321 vlg., en dat vermeld in noot 1, blz. 36—44, 213, 220, 452 — daarbij gesteund door een aantal rechterlijke uitspraken en Kon. en minist. beslissingen (zie o. a. H. R., 6 Juli 1852 en 9 Mei 1867, *W. v. h. R.* nos. 1348 en 2918; Rechtb. Leiden, 22 Aug. 1851, *W. v. h. R.* no. 1263; Rechtb. Maastricht, 30 Apr. 1859, *W. v. h. R.* no. 2089; Kon. besl^{n}. van 25 Apr. 1863, no. 11; 29 Aug. 1863, no. 81; 14 Oct. 1865, no. 49; Min. v. Just., 18 Maart 1896, 1e afd., no. 178. Op dien regel, waarop de Redactie van het *W. v. d. Burg. Admin.* in het hoofdartikel van haar nr. 2005 wijst, hebben de Minister Mr. THORBECKE en in 1863 en 1865 de Minister Mr. OLIVIER zich bij herhaling beroepen bij de verdediging resp. van het ontwerp der wet van 1850 (zie blz. 328 *fine* van het in de noot 11 vermeld werk) en van naturalisatie-voorstellen. Daarop werd ook door den Minister Mr. HEEMSKERK AZ. in de zitting van de Tweede Kamer van 4 Maart 1887 (*Handel.* II, 1886—7, blz. 1030) gewezen met een beroep op MEIJER, die in zijn beroemd werk «*Principes sur les questions transitoires*» o. a. deze stelling ontwikkelt: «L'état des personnes quant à l'exercice des droits civils doit toujours être régi par la loi du moment».

(8) Aanvankelijk luidde het eerste lid der Overg.bep.: «Zij die op het tijdstip waarop deze wet in werking treedt den staat van Nederlander bezitten, behouden dien totdat zij dien volgens deze wet verliezen». De daarin nu voorkomende uitzondering van hen, die in Ned.-Indië ingevolge de wet van 2 Sept. 1854 (*Stbl.* no. 129) als inlanders en met dezen gelijkgestelden worden beschouwd, is het gevolg van wijziging, welke de oorspronkelijke lezing tijdens de behandeling van het ontwerp der wet in de Tweede Kamer der St.-Gen. heeft ondergaan. Die uitzondering geldt niet voor West-Indië. «Immers de wetgeving voor Suriname en Curaçao

scheidt niet en is dus niet dubbelzinnig. Mochten daartegen ook al eenige bezwaren bestaan — die de ondergeteekenden echter niet inzien en niet erkennen —, dan nog zou men zich die moeten getroosten ter wille van het gewenschte doel van grooter belang. Dat de meening „dat door deze Overg.bepaling de personen die het Nederlanderschap alleen ontleenen aan het B. W., die hoedanigheid slechts zouden behouden in den omvang, waarin zij die nu bezitten", niet de meening der Regeering is, blijkt uit het boven gezegde. Kan er ook iemand zijn, die aldus het tweeërlei Nederlanderschap voortdurend zou willen voortgezet zien? Uit de redactie der Overg.bepaling is ook niet op te maken, dat daarbij voorschreven meening heeft voorgezeten. . . . . Na „het tijdstip waarop deze wet in werking treedt" zal er slechts één Nederlanderschap zijn". Bij de beraadslaging in de Eerste Kamer der St.-Gen. bevestigde de Minister van Justitie Mr. Smidt dit, toen hij zeide: „Bij de indiening van het ontwerp bestond het denkbeeld, dat allen, die Nederlanders zijn, hetzij volgens het B. W., hetzij volgens de wet van 1850, dit ook zullen zijn volgens deze wet."

De te waardeeren vrijgevigheid van de Overg.bep. der

«kent geene «inlanders of met hen gelijkgestelden»; alleen in de wet-«geving voor Oost-Indië zijn deze categorieën van ingezetenen in onder-«scheiding van andere bekend». (M. v. Antw. aan de Eerste Kamer; zie het in noot 4 vermeld werk, blz. 280). — Over bovenbedoelde uitzondering zie men het werk van Mr. C. E. Achterberg: «*Nederlanders, vreemdelingen en ingezetenen*» (Groningen, bij J. B. Wolters, 1895), blz. 115—116, 126—127, waar de meening wordt geuit, dat de in die uitzondering bedoelde personen, die op 1 Juli 1893 vielen onder art. 5, 1°. B. W., het Nederlanderschap *naar burgerlijk recht* hebben behouden, doch dat hunne nà vermelden datum geboren kinderen op dit Nederlanderschap geen aanspraak kunnen maken. — Wat de eersten aangaat, dacht de Redactie van *de Gemeentestem* — zie no. 2153, blz. 4, kol. 2 — er, m. i. te recht anders over.

wet van 1892 brengt intusschen mede, dat vaak en nog vele jaren hierna te onderzoeken zal zijn, of iemand op 1 Juli 1893 Nederlander was volgens het B. W. of volgens de wet van 1850. Het antwoord op deze vraag kan belang hebben met betrekking niet alleen tot den persoon zelven, maar ook tot zijne afstammelingen, hetzij dezen vóór, dan wel op of na 1 Juli 1893 geboren zijn. In menig geval ligt het antwoord op die vraag niet voor de hand en kan men bij de beoordeeling rekening hebben te houden met bijzondere feitelijke toestanden; bovendien maakt niet zelden verschil van gevoelen omtrent de oplossing bij rechtscolleges en andere autoriteiten en bij schrijvers over nationaliteit de beslissing niet gemakkelijk.

Zoo is sedert 1 Juli 1893 van meer actueel belang geworden de vraag, in welken zin — in dien van het bloot hebben van zijne wettige woonplaats binnen het Koninkrijk, of in dien van „gevestigd" naar art. 3 der wet van 1850 — het woord „gevestigd" in art. 5 B. W. moet worden opgevat.

Vóór evengenoemden datum kon dienaangaande twijfel slechts rijzen in gevallen, waarin de oplossing der vraag, of iemand Nederlander of vreemdeling was, gezocht moest worden in den 2den titel van het 1ste boek B. W. Moest de beslissing ontleend worden aan art. 1, 1°. der wet van 1850, dan moest buiten twijfel, zelfs al was de geboorte voorgevallen vóór 18 Augustus van dat jaar, het binnen het Rijk in Europa gevestigd geweest zijn van de vreemde ouders (*) op het tijdstip der geboorte van het kind voldaan hebben aan art. 3 dier wet, naar den regel hiervoren in noot 7 vermeld.

(*) Op den zin waarin het woord «ouders» opgevat moet worden, kom ik straks terug.

Thans echter is aan het Nederlanderschap, dat men aan de bepalingen van het B. W. ontleende, ten gevolge zijner volkomen gelijkstelling met het Nederlanderschap, dat op de wet van 1850 gegrond was, eene ruimere werking gegeven, nu het ingeroepen kan worden en gelden moet in elk geval waarin, om het even op welk gebied de vraag zich voordoet, beslist moet worden, of men Nederlander of vreemdeling is en de beantwoording in eerstgenoemden zin haar grondslag niet kan vinden in de wet van 1850.

Behalve *a.* zij die in 's Rijks koloniën zijn geboren uit ouders aldaar gevestigd (art. 5, 1°. B. W.), en *b.* zij die buitenslands zijn geboren uit vreemde ouders, die in 's Rijks koloniën gevestigd, doch voor 's lands dienst afwezig of anderszins op reis waren (art. 5, 4°.), en die, n.l. de sub *a* en *b* genoemden, zoo zij het Nederlanderschap niet reeds hadden verloren, op 1 Juli 1893 Nederlanders zijn geworden in den zin der wet van 1892, voor zoover zij niet vallen in de uitzondering hiervoren in noot 8 vermeld, WAREN NEDERLANDERS NAAR HET B. W. o. a.:

1°. allen die binnen het Koninkrijk zijn geboren uit ouders aldaar gevestigd (art. 5, 1°.). De wet maakte geen onderscheid, of de ouders Nederlanders dan wel vreemdelingen waren. Werden kinderen van Nederlanders buitenslands geboren, dan waren zij evenzeer Nederlanders, en wel krachtens art. 5, 2°.;

2°. allen die buitenslands zijn geboren uit vreemde ouders, die binnen het Koninkrijk gevestigd, doch voor 's lands dienst afwezig of anderszins op reis waren (art. 5, 4°.);

en KONDEN NEDERLANDERS WORDEN allen die binnen het Koninkrijk zijn geboren uit aldaar niet gevestigde ouders, mits zij zelven hunne woonplaats in het Koink-

rijk vestigden (art. 5, 3°.) (*). Ten aanzien van deze laatsten bevat het 2de lid der Overg.bep. van de wet van 1892, met beperking intusschen voor zooveel den leeftijd betreft en vordering van kennisgeving van het voornemen om in het Rijk te blijven wonen, eene milde voorziening, welke ook geldt voor de personen sub 2°., eerste lid, van art. 1 der wet van 1850 bedoeld.

De hierboven sub *a* en *b* aangeduide personen kan ik ten deze buiten sprake laten, omdat, voor zoover mij bekend is, in de koloniën des Rijks in andere werelddeelen geene bepaling bestaat, die, zooals dit voor het Rijk in Europa bij art. 3 der wet van 1850 geschiedde, voorwaarden stelt, waaraan voldaan moet zijn, zal men geacht kunnen worden „gevestigd" te wezen.

Moet voor hen, die hierboven sub 1°. en 2°. zijn aangeduid, het, tijdens hunne geboorte, binnen het Koninkrijk „gevestigd" geweest zijn van hunne ouders voldaan hebben aan het bepaalde bij art. 3 der wet van 1850, dan vielen zij, met wie dit het geval was, ook in art. 1, 1°. van evenvermelde wet, tot Nederlanders ten aanzien van het genot van burgerschapsrechten hen verklarende, die geboren zijn uit ouders binnen het Rijk in Europa gevestigd, om het even of de geboorte binnen het Rijk, dan wel elders plaats had.

Zooals hiervoren reeds werd gezegd, komt het er op aan, in welken zin men het woord „gevestigd" in art. 5 B. W. heeft op te vatten met betrekking tot ouders, die tijdens de geboorte hunner kinderen in het Rijk woonden en geen Nederlanders waren.

In verreweg de meeste gevallen vindt men in den Code Napoléon licht voor de verklaring van uitdruk-

---

(*) Zie over deze bepaling het in noot 1 vermelde opstel, blz. 183, 185, 551—556.

kingen in ons B. W. Hier echter is dit niet aldus, omdat de C. N. geene bepalingen bevatte als die van art. 5, 1°. en 4°. B. W.

Ik twijfel niet, dat, ware de vraag vóór 18 Augustus 1850, dag waarop de wet van 28 Juli tevoren (*Stbl.* n°. 44) in werking trad, te beslissen geweest, het woord „gevestigd" zijne verklaring zou hebben gevonden en uitsluitend zou hebben kunnen vinden in hetgeen de 4de titel van het 1ste boek B. W. omtrent woonplaats of domicilie bepaalt. In art. 5, 1°. en 4°. B. W. konden slechts bedoeld zijn zij, die binnen het Koninkrijk of elders geboren zijn uit ouders, die hunne woonplaats of domicilie in het Koninkrijk hadden, aangezien er vóór evengenoemden datum niet eene bepaling in het B. W. of in eene andere wet bestond, waarbij eene algemeene of eene speciaal voor art. 5, 1°., 3°. en 4°. B. W. geldende omschrijving of verklaring van het woord „gevestigd" werd gegeven. Ik merk dit op, omdat het gemis van zulke wettelijke omschrijving of verklaring m. i. de toepasselijkheid van het *laatste* lid van art. 3 der wet van 1850 ten deze uitsluit.

Dat bij de vaststelling van art. 5 B. W. het woord „gevestigd" slechts de beteekenis gehad heeft van „metterwoon gevestigd" blijkt, dunkt mij, uit het artikel zelf. Anders toch zouden kinderen van Nederlanders wel Nederlanders zijn geweest bij geboorte buitenslands (art. 5, 2°.), maar deze hoedanigheid niet hebben bezeten bij geboorte binnen het Koninkrijk, indien op het tijdstip van de geboorte de staat van gevestigdheid der binnen het Rijk wonende Nederlandsche ouders niet aan den wettelijken eisch voldeed. Kennelijk stelde de wetgever zich twee gevallen voor, n.l. dat de ouders *binnen het Koninkrijk* of wel dat zij *buitenslands* hunne woonplaats hadden. In het eerste geval ontleenden de

kinderen het Nederlanderschap, om het even of zij uit Nederlanders dan wel uit vreemdelingen geboren werden, aan het feit der *geboorte*, binnen het Rijk of buitenslands, *uit binnen het Rijk metterwoon gevestigde ouders*; in het laatste geval waren de buitenslands geboren kinderen alleen dàn Nederlanders, wanneer de ouders deze hoedanigheid bezaten. Juist wegens de bepaling van art. 5, 2°. was, met afwijking van art. 5, 1°., in art. 5, 4°. B. W. van „vreemde" ouders te spreken.

Alle onzekerheid aangaande den zin van het woord „gevestigd" na de wet van 1850 ware wellicht voorkomen, òfwel zoo bij de vaststelling van art. 5 B. W. daarin in plaats van „gevestigd" het woord „wonende" of „woonachtig" was gekozen, òfwel zoo in art. 3 der wet van 1850 de aanvangswoorden „Gevestigd of" daarin niet werden aangetroffen (9).

Wegens het woord „gevestigd" in art. 5 B. W. was na 18 Augustus 1850 twijfel inderdaad niet uitgesloten omtrent den zin, waarin het in verband met art. 3 der wet van 1850 en meer bijzonder met de toelichting en verdediging van dit artikel van de zijde der Regeering, moest worden uitgelegd, hetzij het iemand gold, die geboren was vóór 18 Augustus 1850, dan wel iemand, wiens geboorte op of na dezen dag plaats had.

Blijkens de parlementaire stukken en de beraadslagingen in de beide Kamers der Staten-Generaal betreffende het ontwerp der wet van 1850, stelde de Minister van Binnenlandsche Zaken Mr. THORBECKE

---

(9) De artt. 13—16 der wet van 1892 spreken niet van «gevestigd», maar slechts van ingezetenen en van ingezetenschap.

Over het Rijksingezetenschap dezer wet handelt mijn opstel in *Themis*, 1897, blz. 443—474, 595—626. Het ingezetenschap der wet van 1850 werd door mij besproken in de *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*, N. R. dl. V, blz. 426—500.

zich voor, dat die wet voor zooveel zij verklaarde wie Nederlanders zijn en wie als ingezetenen zouden zijn te beschouwen, eene algemeene zoude wezen, wat het ingezetenschap aangaat evenwel slechts voor zoover geene, met de daarbij gegeven omschrijving niet overeenstemmende bepalingen in bijzondere wetten voorkwamen; deze bepalingen zouden blijven gelden alleen voor zooveel de onderwerpen betreft, in die wetten behandeld.

Wat van de algemeenheid van het bij de wet van 1850 geregeld Nederlanderschap in de practijk dier wet gekomen is, kan ik, als liggende buiten het bestek van deze studie, met stilzwijgen voorbijgaan. Hetgeen genoemde bewindsman zich te dien aanzien voorstelde, heeft zich bij de toepassing der wet niet bewaarheid. Genoeg zij het er aan te herinneren, dat in den aanvang der M. v. T., behoorende bij het ontwerp der wet van 1892, werd gezegd: „Wie Nederlanders zijn, is aangewezen in den tweeden titel van het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek en „ten aanzien van het genot van burgerschapsrechten" en, volgens de considerans, mede voor de benoembaarheid tot landsbedieningen, in de wet van 28 Juli 1850 (*Stbl.* n°. 44). Die tweeërlei aanwijzing heeft echter niet gelukkig gewerkt" (10).

Uit het in de practijk niet erkend zijn van de algemeenheid van het bij de wet van 1850 omschreven Nederlanderschap en van de juistheid van eenige andere stellingen, welke de Minister THORBECKE met betrekking tot het Nederlanderschap bij de schriftelijke en mondelinge parlementaire gedachtenwisseling over het ontwerp dier wet heeft doen gelden, volgt geenszins ontkenning van de algemeenheid van het bij de wet van 1850 omschreven ingezetenschap. Toch is, zooals hierna zal

(10) Zie blz. 100 van het in noot 4 vermeld werk.

blijken, ook de algemeenheid hiervan niet immer erkend, althans niet altoos betracht.

De Minister THORBECKE wenschte, dat de bij art. 3 gegeven omschrijving van het ingezetenschap van toepassing zou zijn bij alle onderwerpen, waarin te dezen opzichte niet bij eene andere wet was voorzien; indien deze of gene speciale wet eene bijzondere bepaling van het ingezetenschap had gegeven, dan zou die bepaling blijven gelden, maar anders zou de in de wet van 1850 voorkomende als algemeene bepaling van toepassing wezen (11). Immers, met de bepaalde bedoeling om bij deze gelegenheid eens voor altijd de onzekerheden op te heffen, die de uitdrukkingen „ingezetenen" en „personen *alhier gevestigd*", in verschillende wetten en verordeningen voorkomende, tot daartoe telkens hadden teweeggebracht, had de Regeering zich bij het artikel niet willen bepalen tot eene nadere verklaring van eene in een voorgaand artikel gebezigde uitdrukking („ten aanzien van het genot van burgerschapsregten"), maar eene algemeene omschrijving gegeven, om, waar de wetgever niet om bijzondere redenen en voor bijzondere onderwerpen afwijkingen had vastgesteld of zou meenen nog te moeten vaststellen, overal te worden toegepast waar van „ingezetenen" sprake is of moet zijn (12); eene vaste bepaling, door den wetgever in eene, dit onderwerp bij uitsluiting regelende, wet opgenomen, zou voor het vervolg niet slechts geen verschil kunnen doen ontstaan, maar juist alle bestaand verschil in eens afsnijden; daarenboven zou er gelijkheid komen daar waar gelijkheid zijn moest; „ingezeten" geeft uit den

---

(11) Zie mijne in 1880 bij H. A. M. ROELANTS te Schiedam verschenen uitgaaf der wet van 1850 *c. a.*, blz. 86, 99, 167, 168, 172, 200—201.

(12) Alsboven, blz. 200—201.

aard der zaak maar één denkbeeld; door daarvan verschillende bepalingen te geven, doet de wetgever eene onnatuurlijke verwarring van begrip ontstaan; gelijk de artt. 9 en 10 der Grw. nu eenmaal geredigeerd waren, diende de wettelijke omschrijving van het ingezetenschap ook daarop te worden toegepast (13); wanneer de Grw. daar sprak van ingezetenen, zou de wetgever toch wel een regel voor de toepassing van die artikelen mogen geven, wel mogen bepalen wie als ingezetenen zijn te beschouwen; indien de wet niet regelde wie ingezetene is, zou elke autoriteit naar willekeur meester wezen het begrip „ingezetenschap" te bepalen (14); het B. W. spreekt van iemands voornemen om zijn hoofdverblijf in eene plaats, waar hij reeds werkelijk woont, te vestigen, waar wànneer hij er „gevestigd" is, hierop zou art. 3 dezer wet het antwoord geven (15); een notaris, die getuigen kiest — zie art. 991 B. W.; art. 23 der wet op het notarisambt — zou, wanneer de wet in werking zou zijn getreden, daar waar eene bepaling van ingezetenschap in de speciale wet ontbrak, het niet wagen getuigen te nemen onder de zoodanigen, die volgens de algemeene wet niet ingezetenen zijn (16); bijgevolg zou de onzekerheid, welke uit het gemis van eene algemeene bepaling van het ingezetenschap voortvloeide, door de wet nu eens voor altijd worden weggenomen en zou de bepaling, in die wet gegeven, van toepassing zijn in alle gevallen, waarvoor de wetgever geene bijzondere voorschriften had gegeven; de bedoeling om eene *algemeene* omschrijving van het ingezetenschap te geven, meende de Regeering dan ook met deze wet te

(13) Alsvoren, blz. 160, 168, 204—205.
(14) Id., blz. 169, 204—205.
(15) Id., blz. 173.
(16) Id., blz. 193—4.

hebben bereikt, juist omdat zij in alle denkbare gevallen toepasselijk zou zijn, waar niet de wetgever eene bijzondere voorziening had noodig geacht (17).

Uit hetgeen hierboven samengevat is medegedeeld, blijkt genoegzaam, dat de Regeering in 1850 gemeend heeft eene omschrijving van het ingezetenschap te doen vaststellen, welke algemeen zou gelden waar de uitzondering, in het laatste lid van art. 3 vervat, niet het tegendeel medebracht.

Neemt men in dezen zin de algemeenheid der omschrijving aan, dan moet zij m. i. ook toegepast worden op het „gevestigd" van art. 5 B. W., om het even of het geboorten geldt vóór of na 18 Augustus 1850.

„*Vóór* 18 Augustus 1850"? Dit schrijvende heb ik den regel op het oog, waarvan in de noot 7 hiervoren sprake is. Niet algemeen zal echter wellicht de juistheid worden toegegeven, dat het tijdstip van geboorte ten deze geen beslissenden invloed kan of kon hebben op de beantwoording van de vraag. Velen toch zijn van oordeel, dat, behoudens inachtneming van latere feiten of omstandigheden, die verandering hebben teweeggebracht, de nationaliteit van iemand beoordeeld moet worden naar de wetgeving, welke ter zake gegolden heeft op het oogenblik, waarop de geboorte voorgevallen is. Deze opvatting kan, behalve in een vonnis der Rechtbank te Amersfoort van 5 Mei 1852 (*W. v. h. R.* n°. 1339), eenigszins steun vinden in een schrijven van den Minister van Binnenl. Zaken Mr. Geertsema van 14 April 1866, n°. 298, 4de afd. M., maar vooral in een door dien Minister gecontrasigneerd, in overeenstemming met het advies van den Raad van State, Afd. v. d. gesch. v. bestuur, genomen Kon. besluit van 4 Juli 1874,

---

(17) Alsvoren, blz. 204.

n°. 22. Ofschoon de inhoud dezer twee stukken, beide de toepassing van de militiewet van 1861 betreffende, gekend kan worden o. a. uit v. MAANEN's Verzameling van militiewetten enz., 1866, blz. 38; 1874, blz 474, vermeld ik dien gemakshalve.

Bij het minist. schrijven van 1866 werd gezegd: „Tijdens zijne geboorte was zijn vader" (vreemdeling) „nog wel slechts elf maanden hier te lande woonachtig, doch de tijd van inwoning, bij de wet van 28 Julij 1850 (*Stbl.* n°. 44) als vereischte ter verkrijging van het ingezetenschap gesteld, werd vóór het tot stand komen dier wet niet gevorderd, en uit de feiten blijkt genoegzaam, dat de vader, die, in 1846 met eene Nederlandsche vrouw gehuwd, zich reeds in de eerste helft van datzelfde jaar in Nederland nederzette, er vaste goederen verkreeg en er sedert bleef wonen, ook reeds tijdens de geboorte van zijn zoon" (in 1847) „hier te lande als gevestigd te beschouwen was. Onverschillig derhalve, of de vader zijne Belgische nationaliteit behouden of verloren hebbe, is zijn zoon in elk geval Nederlander door geboorte en heeft deze alzoo hier te lande militiepligten te vervullen".

In het Kon. besluit van 4 Juli 1874 wordt overwogen: „dat . . . ., op 30 Januarij 1845 te Sas van Gent geboren uit ouders in Nederland gevestigd, volgens de bepalingen van het B. W. den staat van Nederlander verkreeg; dat toch de vraag, of de ouders van . . . . in 1845 in Nederland gevestigd waren, niet mag beoordeeld worden naar de latere wet van 28 Julij 1850 (*Stbl.* n°. 44); dat derhalve . . . . niet als vreemdeling maar als Nederlander te beschouwen is".

Het is onzeker, of bij het minist. schrijven van 1866 is uitgegaan van de stelling, dat ter bepaling van den staat van den daarbij betrokken persoon, het B. W.

ter hand moest worden genomen. Het Kon. besluit van 1874 laat hieromtrent geen twijfel, aangezien het spreekt van een verkregen Nederlanderschap *volgens de bepalingen van het B. W.* Dit was eene afwijking van den brief van den Minister Mr. THORBECKE van 10 Januari 1863, n°. 245, 4de afd. M. (v. MAANEN, 1863, blz. 5), waarin, wegens den aard des onderwerps m. i. niet zonder grond (18), werd gezegd: „dat, alzoo het hier geen burgerlijk regt geldt, met opzigt tot de toepassing der slotbepaling van art. 15 der militiewet voor Nederlanders moeten worden gehouden zij, die dat zijn volgens de wet van 28 Julij 1850 (*Stbl.* n°. 44)".

Had de steller van het schrijven van 1866 het Nederlanderschap van evenvermelde wet op het oog, dan werd daarbij niet toegegeven, dat bij geboorten vóór 18 Augustus 1850 het woord „gevestigd" verklaard moest worden uit art. 3 dier wet en werd mitsdien de in de noot 7 bedoelde regel niet aanvaard.

Werd daarentegen bij dat schrijven, evenals geschiedde bij het Kon. besluit van 1874, het Nederlanderschap van het B. W. tot grondslag van beslissing genomen,

---

(18) Zie het opstel bedoeld in noot 1, blz. 567 *fine*, 574 al. 2 en 576, alsmede dat opgenomen in het in noot 5 vermeld tijdschrift, dl. XXIII, blz. 319, 341—344, j°. blz. 313—314. Anders, *ni fallor*, de heer J. A. K. in een ingezonden stuk in *W. v. d. Burg. Admin.* no. 2598, blz. 2, kol. 3, voorl. al., 2n volzin; alsmede de Redactie van dat blad in 1885. Deze laatste zeide in no. 1903, blz. 3, kol. 3: «Naar onze meening kent het Nederlandsche recht slechts één Nederlanderschap en één niet-Nederlanderschap, — behoudens de bepalingen van de wet van 1850 *ten opzichte van de burgerschapsrechten*, die hier buiten beschouwing kunnen blijven, daar de vrouw geene burgerschapsrechten bezit. Voor *alle andere zaken* wordt de staat van Nederlander of vreemdeling, *bij gebreke van eene andere algemeene bepaling dienaangaande*, beheerscht door de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek». In no. 1907, blz. 3, kol. 3, schreef zij: «Omdat de wet van 1850 het Nederlanderschap alleen regelt ten opzichte der burgerschapsrechten, moet hier (voor het voeren van een adellijken titel door eene getrouwde vrouw) art. 6 B. W. gelden.»

dan werd òfwel die regel ter zijde gesteld, òfwel de algemeenheid van de in art. 3 der wet van 1850 vervatte omschrijving van het ingezetenschap niet erkend. In de retroacta dezer twee zaken is dienaangaande geen licht te verkrijgen.

Tegen het buiten toepassing laten van evenbedoelden regel zou bij mij méer bezwaar bestaan dan tegen het ten deze niet aannemen der algemeenheid van de omschrijving van het ingezetenschap in de wet van 1850. Waar, in overeenstemming met tal van rechtsgeleerde schrijvers over die wet en over titel II, boek I B. W. — anders oordeelenden maakten, naar ik meen, de minderheid uit —, van zoovele gezaghebbende zijden, als daar zijn de wetgever zelf — zie o. a. art. 22 der wet van 6 April 1875, *Stbl.* n°. 66, alsmede art. 83 Wetb. v. Strafrecht en de toelichting van dit artikel —, de Hooge Raad — zie o. a. arresten van 23 December 1853 en 21 Juli 1874, *W. v. h. R.* n°s 1645 en 3751 (19) — en andere rechtscolleges (20), de bij Kon. besluit van 28 Februari 1880, n°. 8, ingestelde Staatscommissie tot voorbereiding der herziening van het B. W. en de Regeering zelve ook tijdens de heer THORBECKE hoofd was van het Dept. van Binnenl. Zaken (21), de algemeenheid van de bepalingen der wet van 1850, voor zooveel zij het Nederlanderschap betroffen, uitdrukkelijk of *implicite* ontkend en het voortdurend bestaan van

---

(19) Zie mede de arr. van 6 Juli 1852, 11 Jan. 1856, 9 Mei 1867, 5 Juni 1874 en 26 Juli 1878 (*W. v. h. R.* nos. 1348, 1838, 2918, 3761 en 4282).

(20) Rechtbank te Leiden, 22 Aug. 1851 (*W. v. h. R.* no. 1263); Rechtbank te Maastricht, 30 April 1859 (*W. v. h. R.* no. 2089); Rechtbank te Winschoten, 11 Jan. 1871 (*W. v. h. R.* no. 3477).

(21) Zie o. a. de Kon. besl^n^. van 20 Apr. 1859, no. 63; 4 Dec. 1859, no. 58; 25 Apr. 1863, no. 11; 14 Oct. 1865, no. 49; 22 Mei 1868, no. 54; 8 Oct. 1869, no. 17.

een aan het B. W. ontleend Nederlanderschap erkend is, schijnt het verklaarbaar, dat, al zijn de gronden van twijfel zwakker dan die, welke in zake het Nederlanderschap waren aan te voeren, de algemeenheid ook van het ingezetenschap niet voetstoots werd en wordt toegegeven in dien zin, dat overal waar in wetten of wettelijke verordeningen gesproken werd van „gevestigd" of van „ingezetene", deze uitdrukkingen, waar zij niet een provinciaal of een gemeentelijk ingezeten- of inwonerschap op het oog hebben, uitsluitend en met terzijdestelling van de bedoeling des wetgevers die haar bezigde, hare verklaring moesten vinden in de omschrijving, in art. 3 der wet van 1850 vervat, voor zoover niet voor een bepaald onderwerp eene andere wet eene omschrijving gaf, niet overeenstemmende met die van dat artikel.

Zij, die meenen, dat het woord „gevestigd" in art. 5 B. W. zijne verklaring moet vinden in art. 3 der wet van 1850 — en onder dezen behooren de Commissaris der Koningin in Noordbrabant, blijkens zijne beschikking van 24 September 1896, A. n°. 12, 3de afd. (v. MAANEN, jg. 1896, blz. 350), zijn ambtgenoot in Limburg, blijkens zijne aanschrijving aan de gemeentebesturen van 1 Augustus 1899 (*Provinciaal blad* n°. 80), en de schrijver van een uitvoerig ingezonden stuk in het *W. v. d. Burg. Admin.* n^rs^ 2595, 2596 en 2598 — beroepen zich of kunnen zich tot staving van hun gevoelen beroepen op de algemeenheid, welke, zooals hiervoren in bijzonderheden is vermeld, de Regeering in 1850 aan art. 3 der wet toedacht en toegekend wenschte te zien, ofschoon zij zelve in de M. v. T. sprak van *staatsrechtelijke* begrippen van vestiging en ingezetenschap" (22). De schrijver van

(22) Zie het in noot 11 vermelde werk, blz. 28.

bovenbedoeld stuk doet dit beroep gepaard gaan met de aanhaling van tal van rechtsgeleerde auteurs, die echter niet, althans niet allen, rechtstreeks zijn ingegaan op de quaestie, welke ons bezig houdt.

Naar mijn oordeel vond de algemeenheid van het ingezetenschap van art. 3 der wet van 1850 tegenspraak in het arrest van den H. R. van 23 December 1853 (*W. v. h. R.* n°. 1645), al wordt daarin die wet in het geheel niet genoemd. Het is jammer, dat men de zaak, waarop dit gewijsde betrekking had, alleen kent voor zooveel feiten en rechtsbeschouwingen in het arrest zijn omschreven. Leest men echter dit stuk, dan moet men tot de conclusie komen, dat de H. R. in de eerste plaats te beslissen had, of na de wet van 1850 de vraag, of iemand vreemdeling was, haar antwoord nog kon vinden in het B. W. En toen de H. R. tot het besluit kwam, dat de vreemdelingenwet van 1849 ter beoordeeling, wie door haar al dan niet als vreemdeling was aan te merken, geen anderen toetssteen gedoogde dan de voorschriften van het B. W., en alzoo *facto*, zij 't stilzwijgend, de algemeenheid van het bij de wet van 1850 omschreven Nederlanderschap verwierp, stond de H. R. nog voor eene tweede vraag, n.l. of de persoon, wiens uitlevering door eene vreemde Regeering was verzocht, Nederlander was in den zin van het B. W. Deze persoon was geboren binnen het Koninkrijk uit ouders, die er tijdens zijne geboorte metterwoon waren gevestigd. *Feitelijk* kon dus, wegens het bepaalde bij art. 5, 1°. B. W., het antwoord niet anders dan bevestigend zijn. Maar moest dit ook *rechtens* aldus wezen?

Met de onderstelling, dat de H. R. bij zijne beslissing uit het oog zou hebben verloren het door hem nog kort te voren — 6 Juli 1852, *W. v. h. R.* n°. 1348 — gehuldigd beginsel, dat nationaliteits-quaestiën hare op-

lossing moeten vinden in de betrekkelijke wetgeving, geldende op het oogenblik waarop de beslissing genomen wordt, ga ik niet mede.

Evenmin met die, dat de H. R. geen rekening zou hebben gehouden met het feit, dat de Regeering van 1850 art. 3 der wet van 28 Juli toegepast wenschte te zien overal waar in eenige wet, ook in het B. W., de uitdrukkingen „ingezetenen" en „personen alhier gevestigd" voorkwamen en niet voor eenig bijzonder onderwerp eene andere omschrijving van die uitdrukkingen bij de wet was gegeven.

Mij op dit standpunt plaatsende stel ik mij voor, dat de H. R., in art. 5, 1°. B. W. het woord „gevestigd" aantreffende, nagegaan heeft in welken zin die uitdrukking moest worden opgevat, niet op 11 September 1833, tijdstip van geboorte van den persoon in quaestie — een tijdstip waarop overigens ons B. W. nog niet kon werken (zie hiervoren noot 3) —, maar op 23 December 1853, dag der uitspraak, en dat de H. R. vervolgens tot de conclusie is gekomen, dat ook de algemeenheid van art. 3 der wet niet kan worden geaccepteerd in gevallen, waarin over de toepasselijkheid van art. 5, 1°. B. W. moet worden beslist, maar dat in zulke gevallen *evenzeer na de wet van* 1850 het „gevestigd" zijn binnen het Koninkrijk geacht moest worden te bestaan in het hebben of overbrengen van zijn hoofdverblijf en van den zetel zijner zaken op den Nederlandschen grond, met het kennelijk doel om er die te houden, *en zulks onafhankelijk van den minderen of meerderen tijd, dat dit werkelijk moge hebben voortgeduurd.*

De bijvoeging, in het arrest, van de woorden, welke ik cursief liet drukken, toonen m. i. onmiskenbaar aan, dat de H. R. bij het nemen der beslissing zich wel degelijk rekenschap er van heeft gegeven, dat, moest

art. 3 der wet van 1850 gelden, nog te onderzoeken zou vallen, of op het tijdstip der geboorte van den opgeeischten persoon zijne ouders, die wat den duur hunner woonplaats binnen het Rijk betreft, nog niet voldeden aan 1°. van het eerste lid van dat artikel, verkeerden in den toestand, bij 2°. van dat lid omschreven. Hadden de ouders, vreemdelingen, op bedoeld tijdstip gedurende de laatste drie jaren binnen het Rijk gewoond, of hadden zij er slechts 18 maanden gewoond na aan het bestuur hunner woonplaats het voornemen tot vestiging te hebben verklaard, dan was de persoon, dien het gold, Nederlander èn volgens art. 1, 1°. j°. art. 3 der wet van 1850 èn volgens het B. W.; dan viel alleen te beslissen, of in het gegeven geval zijn staat beoordeeld moest worden naar de wet van 1850, dan wel naar het B. W., en dan was het onnoodig geweest in het arrest iets te zeggen aangaande de uitlegging van het woord „gevestigd" in art. 5, 1°. B. W. Nu echter het „gevestigd" zijn geweest van de ouders op het tijdstip van 's mans geboorte in geen opzicht aan art. 3 der wet van 1850 voldeed, moest tevens worden nagegaan, of ook hier dat woord zijne verklaring moest vinden in evengenoemd artikel; eene vraag, die, zooals we zagen, de H. R. in werkelijkheid, zij 't zonder vermelding van het artikel, ontkennend heeft beantwoord.

Zonder nu uit het oog te verliezen, dat, naar den regel vervat in art. 12 A. B. v. Wetg., eene rechterlijke of administratief-rechtelijke beslissing slechts geldt in en voor het geval waarin zij genomen wordt en, hoe algemeen in interpretatieven zin zij ook moge luiden, geen regelgevende kracht heeft, meen ik voor de beantwoording van de besproken vraag aan het arrest van den H. R. meer gewicht te mogen hechten, dan de heer J. A. K., schrijver van het stuk in het *W. v. d. Burg.*

Adm. n^rs^ 2595, 2596 en 2598, schijnt te doen; ik meen dit vooral bij de mogelijkheid, dat bij het ministerieel schrijven van 1866 en bij het Kon. besluit van 1874, hiervoren vermeld, ten aanzien van art. 3 der wet van 1850 eene opvatting is gehuldigd, overeenstemmende met die van den H. R. De hierboven onderstelde gedachtengang van dit college bij het wijzen van dat arrest, waarin, naar het mij op de zooeven aangegeven gronden voorkomt, niet gezegd kan worden, dat art. 3 der wet van 1850 eenvoudig genegeerd wordt (23), al wordt dit artikel niet er in aangehaald, leidde mij er dan ook toe, — in overeenstemming met hetgeen ik schreef in het hiervoren in noot 5 bedoeld opstel, blz. 326, 332, 343*fine* en 427*fine*, en in dat, vermeld in noot 1, blz. 26, 28, 30, 39, 45, 46, 172, 187, 434, 549—551, 579*fine* — in de aant. 54 ad art. 13 mijner uitgaaf van de wet van 1892 (zie hiervoren noot 4) op te merken, dat het ingezetenschap van art. 3 der wet van 1850 in aanmerking moet komen bij de beantwoording van de vraag, of iemand op 1 Juli 1893 Nederlander was volgens art. 1, 1°. dier wet, en niet indien beslist moet worden, of hij dezen staat bezat in den zin van het B. W.

Ofschoon ik, na de uitspraak van den C. d. K. in Noordbrabant van 1896, na de aanschrijving van den C. d. K. in Limburg van 1899 en na overweging van het aangevoerde in het ingezonden stuk van den heer J. A. K., geen grond vind om het vermelde in even-

---

(23) J. A. K. in *W. v. d. B. A.* no. 2595, blz. 3, kol. 3. Op blz. 4, kol. 1, vraagt S.: «Of heeft een arrest van den H. R. gezag in zoodanige verwerping (in casu van art. 3 der wet van 1850 in het geval van art. 5, 1°. B. W.), ook zonder dat het zich op redenen tot verwerping eener beslissing van den wetgever (in casu aangaande den omvang der werking van art. 3 der wet van 1850) beroept?»

genoemde aanteekening terug te nemen, erken ik gaarne de toelaatbaarheid van eene opvatting, volgens welke de door mij aangekleefde meening niet de juiste zou zijn.

Ik wensch, tot staving dier meening, mij niet te beroepen op het besluit van Gedep. Staten van Limburg van 17 Maart 1899 (*W. v. d. Burg. Adm.* n°. 2599), waarbij het ook art. 5, 1°. B. W. betrof en te dien aanzien is aangenomen, dat de vraag, hoe lang iemands ouders, tijdens zijne geboorte in 1844, in het Koninkrijk metterwoon gevestigd waren, ter zijde kan worden gelaten, „vermits een duur van vestiging als eisch voor „de rechtsgeldige kracht van het begrip „vestiging" bij „het B. W. niet bepaald is." Ik laat dit besluit buiten beschouwing, omdat de mogelijkheid niet is uitgesloten, dat de regel, hiervoren in noot 7 vermeld, eenvoudig niet werd beaamd (24).

In overeenstemming met het arrest van den H. R. van 1853, werd bij een schrijven van den Minister v. Binnenl. Zaken van 30 Januari 1897, n°. 166 M., iemand, op 3 September 1878 in Nederland geboren uit ouders, die tijdens zijne geboorte aldaar metterwoon gevestigd waren, beschouwd als bij zijne geboorte Nederlander te zijn geweest ingevolge art. 5, 1°. B. W., en, vermits hij deze hoedanigheid nog bezat op 1 Juli 1893, als te zijn Nederlander in den zin der wet van 1892, krachtens het 1ste lid der Overg.bep. van die wet.

Bij de mededeeling van dit schrijven in v. MAANEN's

(24) Evenmin zal ik mij beroepen op de Redactie van het *W. v. d Burg. Adm.*, die in haar n°. 2591 op de vraag: Welke beteekenis had het woord «gevestigd» in het nu vervallen art. 5 van het B. W.? antwoordde: «Woonplaats in den zin van art. 74 B. W.», en wel omdat niet blijkt dat bij dit antwoord overwogen is, of art. 3 der wet van 1850 invloed heeft uitgeoefend op de oorspronkelijke beteekenis van genoemd woord, en of, zoo laatstvermeld artikel geacht werd invloed te hebben gehad op de interpretatie van dat woord, die invloed geoordeeld werd niet te moeten gelden bij geboorten vóór 18 Augustus 1850.

Verzameling, jg. 1897, blz. 511, teekende de Redactie van die Verzameling in eene noot het volgende aan: „Zie arrest van den H. R. van 23 December 1853 (*W.* „*v. h. R.* n°. 1645), waarbij als Nederlander in den zin „van art. 5, 1°. B. W. werd beschouwd iemand, op „11 September 1853 te Utrecht geboren uit vreemde „ouders, die zich op 2 November 1850 van uit België „in Nederland hadden gevestigd en dus op het tijdstip „der geboorte van hun kind nog geen drie jaren binnen „het Rijk hadden gewoond. Zie verder een schrijven „van den Minister van Binnenl. Zaken van 29 Juni „1893, n°. 966 M. (Verzameling, jg. 1893, n°. 1678, „blz. 130) en eene beschikking van den Comm. d. Kon. „in Noordbrabant van 24 September 1896, A. n°. 12, „3e afd. (Verzameling, jg. 1896, n°. 1962, blz. 350)."

Deze noot was het, die den heer J. A. K. leidde tot het schrijven van bovenbedoeld ingezonden stuk. Daarin (25) merkt hij op, dat in den ministerieelen brief van 1893 (26) en in dien van 1897 het arrest van den

(25) *W. v. d. Burg. Adm.* no. 2595, blz. 3, kol. 1.

(26) In dezen brief werd o. a. gezegd: «Ten aanzien van de vraag, of iemand voor de toepassing der *slot*bepaling van art. 15 der wet betrekkelijk de Nat. Mil. «vreemdeling» is en welke vraag tot dusver hare oplossing moest vinden in de wet van 28 Juli 1850 (*Stbl.* no. 44), zal te rekenen van 1 Juli 1893 de wet van 12 Dec. 1892 (*Stbl.* no. 268), op het Nederlanderschap en het ingezetenschap, moeten beslissen.

Mochten er onder de in 1873 of in 1874 geborenen personen zijn, die wegens de *slot*bepaling van art. 15 der wet betrekkelijk de Nat. Mil. niet voor de militie werden ingeschreven omdat zij geen Nederlanders waren in den zin van voormelde wet van 28 Juli 1850, maar die, als Nederlanders volgens het B. W., ingevolge den eersten volzin van het eerste lid der Overg.bep. van de bovenaangehaalde wet van 12 Dec. 1892 bij het in werking treden dezer wet Nederlanders zijn in den zin dier wet, dan is — zoo zij ook overigens in de termen vallen van voor de militie te worden ingeschreven en, wat de in 1873 geborenen aangaat, voor zoover zij op 1 Juli e. k. niet het 21ste levensjaar zullen zijn ingetreden — art. 20 der wet betrekkelijk de Nat. Mil. op hen toepasselijk en zullen zij alsnog, *c. q.* met toepassing van art. 21 dier wet, voor de militie zijn in te schrijven».

H. R. van 1853 niet is vermeld. Voor de vermelding hiervan in den brief van 1893 was geen aanleiding. In den brief van 1897 was zij m. i. niet noodig. Waar men *zijn* gevoelen uitspreekt over de beantwoording eener vraag, doet men dit op eigen verantwoordelijkheid; al heeft men voor zijn gevoelen steun in eene rechterlijke of administratief-rechtelijke beslissing of in de meening van anderen, een vereischte is het niet, hiervan te doen blijken; vooral als eene overheid als zoodanig eene beslissing neemt of haar gevoelen doet kennen, is het beroep op anderen in vele gevallen niet geraden; door het niet te doen voorkomt men bij derden de gedachte, dat men zich in *zijne* meening niet sterk genoeg gevoelt en daarom zich verschuilt achter de eene of andere beslissing, door een ander in en voor eene bepaalde zaak genomen, of achter betoogen of stellingen van derden.

Het belang van het vraagpunt kwam mij, met het oog op den eersten volzin van het eerste lid der Overg.bep. van de wet van 1892, voor groot genoeg te zijn om eene meer uitvoerige bespreking waard te wezen. Immers, het aantal personen, die Nederlanders zijn in den zin van evenvermelde wet, kan, vooral zoo men de afstammelingen niet buiten beschouwing laat, beduidend verschillen naar gelang men al of niet aanneemt, dat art. 5, 1°. en 4°. B. W. alleen dàn een beroep op voormelde Overg.bep. wettigt, indien het iemand geldt, die binnen het Rijk of elders geboren is uit vreemde ouders, die tijdens zijne geboorte in het Koninkrijk gevestigd waren in den zin van art. 3 der wet van 1850.

En al moge nu eene rechterlijke of administratief-rechtelijke beslissing, in hoogste ressort genomen, niet bekleed zijn met een uitwendig teeken van gezag, in

zake de toepassing eener wetsbepaling in het algemeen (27), toch zou ik er mij in verheugen, indien de gelegenheid zich spoedig voordeed om zulke beslissing ten deze uit te lokken; allicht zou zij althans een richtsnoer kunnen zijn voor anderen, in wier ambtswerkkring de vraag kan rijzen en eene oplossing noodig kan maken.

Volgens art. 5, 1°. en 4°. B. W. moesten, zou het kind Nederlander zijn in den zin van dat Wetboek, tijdens zijne geboorte „de ouders" binnen het Koninkrijk gevestigd zijn geweest.

Zoo sprak art. 1, 1°. der wet van 1850 ook van „ouders" binnen het Rijk in Europa gevestigd.

Moet nu het woord „ouders" in dien zin worden opgevat, dat het elk geval uitsluit waarin niet vader *en* moeder — hetzij wettige, hetzij, na vormelijke erkenning, natuurlijke — voldeden aan den eisch van „gevestigd" op het oogenblik der geboorte van het kind?

Voor art. 5, 1°. en 4°. B. W. kan deze vraag zich met betrekking tot staande huwelijk, uit niet van tafel en bed gescheiden ouders geboren kinderen alleen voordoen, indien het „gevestigd" verklaard moet worden uit art. 3 der wet van 1850.

Moet daarentegen het woord „gevestigd" in art. 5 B. W. verstaan worden in den zin van „metterwoon gevestigd", dan levert de bepaling met opzicht tot bovenbedoelde kinderen geen bezwaar op, aangezien de niet van tafel en bed gescheiden vrouw naar art. 78 B. W. geen andere woonplaats heeft dan die van haren man, al zou zij elders verblijven.

Evenmin kan dan, vermits het B. W. in titel 2 van boek I geen onderscheid maakte tusschen wettige en

(27) Zie *W. v. d. Burg. Adm.* no. 2595, blz. 3, kol. 3.

niet wettige kinderen (28), de quaestie belang hebben, indien het geldt een door vader *en* moeder wettiglijk erkend natuurlijk kind, wiens ouders beiden tijdens zijne geboorte binnen het Koninkrijk woonplaats hadden.

Viel de geboorte van een wettig kind voor tijdens de ouders van tafel en bed waren gescheiden en de vrouw, die dan eene woonplaats uit eigen hoofde kon hebben, in een vreemd land woonde, terwijl de man binnen het Rijk metterwoon gevestigd was, dan ligt het antwoord op de vraag niet voor de hand.

Dit is het geval ook, indien een buiten huwelijk geboren kind erkend is door ouders, van wie tijdens de geboorte van het kind de een binnen het Rijk, de ander elders woonplaats had.

Evenzoo, indien het geldt een natuurlijk kind, dat slechts erkend is door de moeder (29) — het meest gewone geval — en deze tijdens de geboorte van het kind in het Rijk woonde.

Maar moet voor de toepasselijkheid van art. 5, 1°. en 4°. B. W., in verband met de Overg.bep. der wet van 1892, het „gevestigd" geweest zijn van de ouders ook voldaan hebben aan art. 3 der wet van 1850, dan maakt het in zoover geen verschil op welke wetsbepaling, die van art. 5, 1°. of 4°. B. W. of die van art. 1, 1°. der wet van 1850, een beroep wordt gedaan.

Het behoeft nauwelijks opmerking, dat elke quaestie van den hier bedoelden aard ter zijde kan worden ge-

---

(28) Zie o. a. na te melden K. B. van 27 Nov. 1865, no. 62.

(29) Met opzet schrijf ik niet «door een der ouders», omdat ik erkenning door den vader althans gedurende het leven van de moeder buitengesloten acht, zoo zij niet gelijktijdig met of na de moederlijke erkenning geschiedt, en wel omdat de moeder in de vaderlijke erkenning moet hebben toegestemd (art. 339 B. W.) en er in wettelijken zin geen moeder is, zoolang niet door erkenning tusschen haar en het kind de burgerlijke betrekkingen geboren zijn, bedoeld in art. 335 B. W.

laten, indien het personen betreft, die uit anderen hoofde Nederlanders waren op 1 Juli 1893.

De vraag nu, of het woord „ouders" in dien zin moet worden opgevat, dat het elk geval uitsluit waarin niet vader *en* moeder — wettige of natuurlijke — tijdens de geboorte van het kind voldeden aan den eisch van „gevestigd" (30), heb ik in het opstel, bedoeld in noot 1, gemeend ontkennend te kunnen beantwoorden (31). Bij geboorte in wettig huwelijk — wettiging van het kind bij of na het huwelijk hieronder begrepen — achtte ik het voldoende, dat de vader aan dien eisch voldeed tijdens de geboorte van het kind of, in het geval van art. 332 B. W., tijdens zijn huwelijk met de moeder van het kind; bij geboorte buiten huwelijk was ik ditzelfde gevoelen toegedaan, indien de natuurlijke vader het kind vormelijk had erkend; bij gemis van vaderlijke erkenning meende ik aan het kind den staat van Nederlander niet te kunnen ontzeggen als het door de moeder wettiglijk was erkend en deze bij de geboorte van het kind aan den eisch van „gevestigd" voldeed; ik ging verder en oordeelde, dat het door vader of moeder niet erkend kind aan art. 5, 3°. B. W. en aan art. 1, 2°. der wet van 1850 het Nederlanderschap kon ontleenen, indien het, *sui juris* geworden, voor het overige aan de daarin omschreven vereischten te bekwamer tijd had voldaan.

Ik ben totdusver niet overtuigd, dat dit gevoelen zonder grond uitgesproken is; het werd met betrekking tot art. 1, 1°. j°. art. 3 der wet van 1850 in beginsel ook gehuldigd bij schrijven van den Minister van Binnenl. Zaken van 14

---

(30) Dezelfde vraag kan zich mede voordoen waar vóór 1 Juli 1893 de wetgeving sprak van geboorte uit of van afstamming van Nederlandsche «ouders».

(31) Zie dat opstel, blz. 18, 51, 56, 170, 549, 598.

Februari 1878, n°. 13 M., en van 16 April 1885, n°. 15 M. (v. MAANEN, jg. 1878, blz. 353; 1885, blz. 83), door de Redactie van het *W. v. d. Burg. Admin.* in n°. 2194 en door die van de *Gemeentestem* in n°. 1758; het lag ook opgesloten in het antwoord op de 2de vraag van R. te O. in de *Gem.stem* n°. 1872.

Verzwijgen mag ik echter niet, dat eene andere meening van verschillende zijden is omhelsd en voorgestaan. Zoo werd bij K. B. van 27 November 1865, n°. 62, een in 1837 hier te lande buiten echt geboren, door den vader erkend kind verklaard Nederlander te zijn krachtens art. 5, 1°. B. W., omdat tijdens zijne geboorte de vader, vreemdeling, *en* de moeder, Nederlandsche vrouw, binnen het Koninkrijk woonden. Bij brieven van den Minister van Binnenl. Zaken Mr. HEEMSKERK, d.d. 27 en 31 Juli 1875, n^rs^ 17 en 8, 2de afd. (zie *Gemeentestem* n°. 1248, blz. 3, kol. 3), werd in het geval in art. 5, 2°. B. W. bedoeld, bezit van het Nederlanderschap bij vader *en* moeder geacht een requisitum te zijn voor het Nederlanderschap van een kind; het gold toen iemand, geboren uit een buitenslands gesloten huwelijk, dat die Minister niet van waarde beschouwde wegens gemis van de afkondigingen, waarvan sprake is in art. 138 B. W. (32) Bij ministerieel schrijven van 21 Maart 1892, n°. 389 M, en van 4 Februari 1893, n°. 166 M. (v. MAANEN, jg. 1892, blz. 553; 1893, blz. 40), werd bezit van het ingezetenschap bij de *beide* ouders geoordeeld een vereischte te zijn voor de toepasselijkheid van art. 1, 1°., j°. art. 3 der wet van 1850. Ook Mr. G. H. G. RAS en Dr. Mr. K. H. BEIJEN verklaarden zich in hunne dissertaties in

(32) Aan deze opvatting van dit artikel is sedert 1883 niet meer vastgehouden, ten einde er overeenstemming zij met de uitlegging, laatstelijk door den Hoogen Raad en door andere rechtscolleges aan het artikel gegeven (*Gemeentestem* no. 1639, blz. 2, kol. 2).

den zin als zou het requisitum van ingezetene of van Nederlander tijdens de geboorte van het kind aanwezig moeten zijn geweest bij vader *en* moeder. (33) Evenzoo, met afwijking van hetgeen in haar bovenvermeld n°. 2194 was te kennen gegeven, de Redactie van het *W. v. d. Burg. Admin.* in haar n°. 2252, waarin op eene vraag geantwoord werd: „Nu art. 1 der wet van 1850 en art. 5, 1°. B. W. van *ouders* gewagen, kunnen de bedoelde kinderen niet als Nederlanders worden beschouwd. Wij althans vinden geen vrijheid om *ouders* op te vatten alsof er stond *vader*, te minder omdat het zeer wel mogelijk is, dat de wetgever het gevestigd zijn van de moeder zoowel als van den vader heeft bedoeld als voorwaarde te stellen voor het Nederlanderschap van het kind van twee *vreemdelingen*." Vergis ik mij niet, dan werd hierop uitzondering geadmitteerd in haar n°. 2307 (3de bericht) voor zooveel de toepassing der Overgangsbepaling van de wet van 1892 betreft op personen buitenslands geboren uit in Nederland wonende vreemde ouders, van wie op het tijdstip der geboorte van eerstbedoelden de vader wèl, de moeder nog niet ingezetene was volgens art. 3 der wet van 1850. De vraag, of deze personen geacht kunnen worden het bij art. 19 der gemeentewet gevorderd Nederlanderschap te bezitten, al waren tijdens hunne geboorte niet de *beide* ouders ingezetenen in den zin van art. 3 der wet van 1850, schijnt de Redactie toen toestemmend te beantwoorden „omdat iemand als bovenbedoeld vóór 1 Juli 1893 in elk geval Nederlander was volgens art. 5 n°. 4 B. W. en dus ingevolge de Overgangsbepaling der wet van 12 December 1892 (*Stbl.* n°. 268) met 1 Juli 1893

(33) Mr. Ras: «Eenige opmerkingen omtrent den rechtstoestand van vrouw en kinderen» (Leiden, 1885, bij P. Somerwil); Dr. Mr. Beijen: «Het Nederlanderschap in verband met het internationaal recht» (Utrecht, 1890, bij A. J. van Huffel), blz. 83—85, 101, 169 *fine*.

Nederlander is geworden in den zin dezer wet en als zoodanig voldoet aan den eisch, bij art. 19 gem.wet ten aanzien van het Nederlanderschap gesteld." Dat hier sprake is van n⁰. 4, terwijl in n⁰. 2252 gesproken wordt van n⁰. 1 van art. 5 B. W. doet m. i. ter zake niet af.

De bij K. B. van 28 Februari 1880, n⁰. 8, ingestelde Staatscommissie tot voorbereiding der herziening van het B. W. schreef in 1882 tot toelichting van art. 1, n⁰. 1, van de door haar ontworpen wet („Nederlanders zijn: 1⁰. wettige kinderen, geboren uit ouders, beiden of één van beiden Nederlander of ingezetene"): „Ofschoon hier van wettige ouders sprake is, en deze in den regel beide al of niet Nederlanders of ingezetenen zullen zijn, heeft men aan het geval gedacht, dat door naturalisatie van slechts één der echtgenooten of om een der andere redenen opgenoemd in art. 10 dezer wet, beider nationaliteit verschillend zou kunnen zijn, en eveneens aan het geval dat slechts één van beide echtgenooten ingezetene is, hetwelk bijv. kan plaats hebben als eene vrouw met een ingezetene huwende, eerst met haar huwelijk in het land komt. Licht kunnen één of meer kinderen geboren worden voordat die vrouw naar n⁰. 1 of n⁰. 2 van art. 2 ingezetene wordt. Er bestaat voldoende reden om die kinderen op grond van geboorte, zoo niet uit Nederlanders of ingezetenen, dan toch uit één Nederlander of ingezetene tot Nederlanders te verklaren." Ik leid hieruit af, dat de Staatscommissie is uitgegaan van de meening, dat tijdens het uitbrengen van haar verslag het Nederlanderschap door een kind alleen dan verkregen werd, als vader *en* moeder Nederlanders of ingezetenen waren op het tijdstip zijner geboorte. Dr. Mr. Beijen zegt met betrekking tot bovenbedoeld voorstel der Staatscommissie op blz. 169*fine* zijner dissertatie: „Het ontwerp handhaaft dus de bepaling van art. 1, 1⁰. der wet van 1850.

Alleen wordt uitdrukkelijk bepaald, dat het genoeg is zoo slechts één der ouders ingezetene is." Ook in het *W. v. h. R.* n⁰. 5074 werd in een ingezonden stuk van Mr. C. H. (of 'T H.), waarmede in verband staan ingezonden stukken in de nos. 5052, 5055 en 5058, het gevoelen voorgestaan, dat het voor het Nederlanderschap *der wet van* 1850 een vereischte is, dat de *beide* ouders Nederlanders of ingezetenen *in den zin dier wet* geweest zijn tijdens de geboorte van het kind.

Vóór 1 Juli 1893 volgde (34) de getrouwde vrouw den staat van haren man, doch slechts naar burgerlijk recht (35); niet van tafel en bed gescheiden zijnde, had zij geen andere woonplaats dan die van haren man. Evenmin toen als nu (36) deed haar huwelijk met een ingezetene haar, niet reeds ingezetene zijnde, deelachtig worden aan het ingezetenschap van haren man. Dit was ook de meening van den Minister Mr. HEEMSKERK blijkens zijn schrijven van 5 Januari 1876, n⁰. 30 (v. MAANEN, 1876, blz. 129), overeenstemmende met de opvatting van den toenmaligen Minister van Justitie, uitgedrukt in diens brief van 30 December 1875, 2de Afd. A, n⁰. 126. De Minister van Binnenl. Zaken Mr. TAK VAN POORTVLIET schreef in denzelfden zin bij missive van 21 Maart 1892, n⁰. 389 M. (v. MAANEN, 1892, blz. 553).

---

(34) Zie hierover het in de noot 4 vermeld werk, blz. 94, aant. 69.

(35) Blijkens mijne geschriften over de wet van 1850 — zie dat werk, blz. 95, aant. 70 — ben ik van meening, dat de vreemde vrouw *naar die wet* door of ten gevolge van huwelijk niet deelachtig werd aan het staatsrechtelijk Nederlanderschap van haar man. Aldus ook Dr. Mr. BEIJEN, dissertatie blz. 83—85, en Mr. L. DE HARTOG, in de *Bijdr. tot de kennis v. h. Staatsbestuur*, 1885, blz. 113 vlg.

(36) Art. 15 der wet van 1892 regelt wel het Rijksingezetenschap van minderjarigen, voor zoover hun vader of voogd dit ingezetenschap heeft, doch niet dat van getrouwde vrouwen en curandi. Zie over het Rijksingezetenschap mijn reeds vermeld opstel in *Themis*, 1897.

Wijselijk spreekt de wet van 1892 van „ouders" slechts in het 2de lid harer Overg.bep. en dáár kon dat woord niet wel vermeden worden, omdat het verband moest houden met de toen bestaande tweeslachtige regeling van het Nederlanderschap.

Met dat tweeslachtige Nederlanderschap is, hoezeer het is opgeheven, toch nog rekening te houden bij de beantwoording van de vraag, of iemand den eersten volzin van het 1ste lid der Overg.bep. kan inroepen.

Vandaar dat ten aanzien van personen geboren vóór 1 Juli 1893, te beslissen blijft, of het woord „ouders", waar het in de bij de wet van 1892 vervallen verklaarde wetgevingen voorkwam, opgevat moet worden in den zin dat daarmede steeds vader *en* moeder bedoeld werden.

Vandaar ook, dat tevens in menig geval uit te maken zal zijn, of het woord „gevestigd" in art. 5 B. W. sedert 18 Augustus 1850 verklaard moet worden uit art. 3 der wet van dat jaar.

Onnoodig schijnt het te wijzen op het veelzijdig belang dat voor de toepassing van de Overg.bep. der wet van 1892 gelegen is in den zin, waarin deze punten beslist worden.

Wat het eerste punt betreft.

Geldt het personen geboren uit het huwelijk van iemand, die tijdens hunne geboorte Nederlander was in den zin van het B. W., dan kan de eisch, dat de *beide* ouders op dat tijdstip Nederlanders moeten zijn geweest, geen bezwaar opleveren, omdat dit vanzelf voortvloeide uit de bepaling van het B. W., dat de vreemde vrouw met een Nederlander getrouwd zijnde, den staat volgt van haar man. Immers de Overg. bep. der wet van 1892 geldt niet minder voor hen die civielrechtelijk, dan voor hen die staatsrechtelijk Nederlander waren op 1 Juli 1893.

Anders is het gelegen met personen geboren uit het huwelijk van iemand, die slechts in staatsrechtelijken zin Nederlander was, met eene vreemde vrouw, omdat de wet van 1850 geene bepaling bevatte, die deze laatste deelachtig maakte aan den staat van haren man. Evenbedoelde personen zijn dus niet geboren tijdens de *beide* ouders Nederlanders waren in den zin der wet van 1850.

Deze wet zorgde in art. 2 voor den staat van natuurlijke kinderen, die erkend waren door een Nederlander in den zin dier wet, en voor de natuurlijke, door den vader niet erkende kinderen van eene vrouw, die het Nederlanderschap aan genoemde wet ontleende. Was de vader of de moeder slechts Nederlander naar burgerlijk recht, dan kan op art. 2 der wet van 1850 geen beroep worden gedaan en moet de vraag, of het B. W. den staat van Nederlander gaf, afhangen van het bezit, al of niet, van het civielrechtelijk Nederlanderschap door de *beide* ouders op het tijdstip der geboorte van die kinderen, zoo men althans het vereischt zijn daarvan uitstrekt tot vader *en* moeder, en zullen natuurlijke, alleen door de moeder erkende kinderen op het eerste lid der Overg. bep. van de wet van 1892 geen aanspraak op het Nederlanderschap dier wet kunnen gronden.

Ik sprak tot nu toe alleen van kinderen van hen, die tijdens de geboorte der kinderen Nederlanders waren, hetzij volgens het B. W., hetzij volgens de wet van 1850.

Vordert men het bij vader *en* moeder bestaan hebben van het Nederlanderschap, dan is diezelfde eisch te stellen met betrekking tot het „gevestigd" geweest zijn van de vreemde ouders. Doet men dit, dan zal een onecht kind, wiens vader *en* moeder tijdens zijne geboorte binnen het Rijk gevestigd waren, Nederlander zijn als het door de *beide* ouders erkend is, maar het niet wezen, indien één der ouders op bedoeld tijdstip buitenslands

woonde; en evenmin indien de erkenning door slechts één der ouders geschiedde.

Wat het tweede punt aangaat.

Zoo moet worden aangenomen, dat het „gevestigd" in art. 5 B. W. verklaard moet worden uit art. 3 der wet van 1850 en niet op te vatten is in den zin van „metterwoon gevestigd", dan zal, om slechts enkele voorbeelden te noemen, iemand geboren uit vreemde ouders, die tijdens zijne geboorte binnen het Rijk woonden, ook niet Nederlander zijn naar het B. W., als zijne geboorte plaats had voordat het ingezetenschap was verkregen. Moet dat ingezetenschap nu op bedoeld tijdstip bij de *beide* ouders aanwezig geweest zijn, dan zal hij ook art. 5, 1°. of 4°. B. W. niet kunnen inroepen, indien wèl de vader, maar nog niet de moeder ingezetene was in den zin van art. 3 der wet van 1850. Velen zullen hierdoor, in verband met het tijdstip hunner geboorte, teleurgesteld zijn, want hoe menig binnen het Rijk wonend vreemdeling, ingezetene ook des Rijks, zocht zijne levensgezellin onder de nog slechts kort hier verblijvende schoonen of onder de bewoonsters van het buitenland, om haar in zijne Nederlandsche echtelijke woning binnen te leiden en te huisvesten!

Ik zal geen verdere voorbeelden vermelden ten betooge van het gewicht, dat voor velen nu en ook in de toekomst, mede met het oog op hunne afstammelingen, gelegen kan zijn in eene beslissing aangaande de besproken punten. Dat gewicht toch valt m. i. niet wel te ontkennen.

Bereids heb ik opgemerkt, dat de wet van 1850 het stilzwijgen bewaarde over het ingezetenschap van gehuwde vrouwen, van minderjarigen en van curandi, en dat de wet van 1892 alleen in het Rijksingezetenschap van minderjarigen voorziet.

Hierdoor kan misschien de oplossing van het tweede vraagpunt niet zijn vergemakkelijkt.

Hoe door mij gedacht werd en wordt over het ingezetenschap van genoemde personen, blijkt uit mijne opstellen aangeduid in de noot 9. Tot het verkrijgen van het ingezetenschap der wet van 1850 oordeelde ik het *sui juris* hebben van woonplaats in den zin van de artt. 74—77 en 79 B. W. een vereischte, met uitsluiting alzoo van art. 78. Mijne meening was dan ook, met betrekking tot het ingezetenschap van evengenoemde wet, dat betwijfeld kon worden, of getrouwde vrouwen, minderjarigen en curandi dit ingezetenschap konden hebben. Wat het ingezetenschap der wet van 1892 aangaat, acht ik dien twijfel niet opgeheven met opzicht tot niet van tafel en bed gescheiden vrouwen en tot curandi; voor beiden ten gevolge van gemis van woonplaats *uit eigen hoofde.*

Onder de werking der wet van 1850 werd er niet eenstemmig over gedacht, of art. 3 bedoelde de wettige woonplaats, het domicilie, dan wel het feitelijk wonen, het verblijf houden. In eerstvermelden zin werd de bepaling opgevat o. a. door den Minister van Justitie Mr. J. A. Jolles bij brieven van 8 Februari en 6 April 1871, 2de afd. *a*, nos. 147 en 141. In laatstbedoelden zin oordeelden o. a. Mr. G. H. G. Ras in zijne reeds vermelde dissertatie, alsmede de Redactie van het *W. v. d. Burg. Adm.* in hare nos. 1579 en 2252, 4. 2. Zij beschouwde het „gevestigd zijn", het „ingezetenschap" als iets feitelijks en persoonlijks, dat niet beheerscht wordt door art. 78 B. W., tenzij de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepale.

In mijn tegenovergesteld gevoelen sta ik gelukkig niet alleen.

Dat het *sui juris* hebben van woonplaats binnen het Rijk in Europa een vereischte voor het ingezetenschap

der wet van 1850 was, werd o. a. aangenomen bij schrijven van den Minister v. Binnenl. Zaken Mr. HEEMSKERK Az. van 31 December 1875, n°. 34, 4de afd. M. (Schreuder, Militiewetten, uitgaaf 1877, I, aant. 105). Het hebben, gedurende verscheidene jaren, van *werkelijke* woonplaats hier te lande door eene getrouwde, niet van tafel en bed gescheiden vrouw, wier man *wettige* woonplaats buiten het Rijk had, werd bij brieven van den Minister v. Justitie Mr. G. DE VRIES Az. van 30 Juni 1874, 2de afd. a, n°. 109, en van den Minister v. Binnenl. Zaken Mr. GEERTSEMA van 7 Augustus d. a. v., n°. 181, 4de afd. M. (Schreuder, Militiewetten, dl. I, aant. 91), geoordeeld wegens het bepaalde bij art. 78 B. W. niet in aanmerking te kunnen komen tot het door die vrouw verkrijgen van het ingezetenschap der wet van 1850; zij waren van gevoelen, dat de bij art. 3 dier wet gevorderde tijd eerst kon zijn aangevangen ten dage der ontbinding van het huwelijk dezer vrouw, omdat eerst toen de *werkelijke* in eene *wettige* woonplaats overging. De woonplaats, die een getrouwde vrouw en een curandus volgens art. 78 B. W. hebben, werd evenwel bij brieven resp. van de Ministers van Binnenl. Zaken Mrs. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO en TAK VAN POORTVLIET van 24 September 1878, 1a F, en van 26 April 1892, n°. 634 M. (v. Maanen, 1878, blz. 414; 1892, blz. 592), geoordeeld in aanmerking te kunnen komen bij de bepaling van het ingezetenschap der wet van 1850; wat den curandus aangaat, ongeacht zijne woonplaats buitenslands tijdens het ontstaan der curateele en zijn voortdurend verblijf daarna in een vreemd land.

In de vroeger ook door haar (37) beaamde meening, dat het ingezetenschap van getrouwde, niet van tafel en

(37) Zie *Gemeentestem* nos. 1290, 1413, 1758, 2224, 2263.

bed gescheiden vrouwen betwistbaar is, wordt door de Redactie van de *Gemeentestem* thans niet meer gedeeld, blijkens het hoofdartikel in haar n⁰. 2428. Na hernieuwde overweging van het vraagpunt gelooft zij, dat de opvatting der in vorige nummers besproken geschriften geen steun vindt in de wet. „Art. 13 der wet van 1892 (*Stbl.* n⁰. 268)" — zegt zij — „behelst een zeer algemeen gebod en bevat geen bepaling waaruit de gevolgtrekking zou kunnen worden afgeleid dat zijn algemeene regel niet op de gehuwde vrouw van toepassing zou zijn. Men heeft zich bij de beantwoording van de hier behandelde vraag o. i. niet te verdiepen in de onderscheiding, of de woonplaats der gehuwde vrouw al of niet berust op eigen wil of op eene wettelijke fictie, omdat de wet van 1892 op dat verschil niet doelt en *omdat het de groote vraag is, of het woord „woonplaats" in art.* 13 *wel mag worden opgevat in den zin, die daaraan in het B. W. wordt gehecht* (38). Bij zoodanige opvatting toch kan aan de bepaling van art. 15, 1ste lid, van de wet van 1892 geen beteekenis worden toegekend, omdat dat voorschrift in die leer volmaakt overbodig moet worden geacht. Meent men daarentegen, dat het woord „woonplaats" in de beteekenis, die daaraan in het dagelijksch leven wordt toegekend, moet worden opgevat, dan verkrijgt het voorschrift, dat inhoudt dat een minderjarige, (zelfs?) die in het buitenland woont, maar wiens vader of voogd Rijksingezetene is, als zoodanig wordt aangemerkt, zin en inhoud. Zoolang eene beteekenis aan eenig voorschrift eener wet kan worden toegekend, waardoor een der overige bepalingen van die wet niet van allen zin wordt beroofd, meenen wij die beteekenis

(38) De cursiveering is van mij. Moge spoedig de gelegenheid zich opdoen om aangaande die groote vraag eene rechterlijke of administratief-rechtelijke beslissing in hoogste ressort te verkrijgen!

te moeten blijven aanvaarden als de juiste. En zelfs al meent men aan het woord „woonplaats" den zin te moeten hechten, dien het in het B. W. heeft, dan kan toch bezwaarlijk worden beweerd, dat uit art. 15, 1ste lid, dat slechts een voorschrift behelst voor minderjarigen, volgt, dat voor alle daar niet genoemde personen een geheel andere regel zal gelden. Ook wanneer men dat standpunt wenscht in te nemen, kan de leer worden verkondigd, dat gehuwde, niet van tafel en bed gescheiden vrouwen ingezetenen kunnen zijn en dat het feit, dat de wet het om de eene of andere reden noodig heeft geacht — misschien uit vrees, dat ten opzichte van de woonplaats van minderjarigen wel eens geschil kan ontstaan — om ten aanzien van die minderjarigen eene uitdrukkelijke voorziening op te nemen, daaraan niet afdoet."

Twijfel opperende omtrent de bevestigende beantwoording van de vraag, of getrouwde, niet van tafel en bed gescheiden vrouwen en curandi het Rijksingezetenschap der wet van 1892 kunnen hebben of het ingezetenschap der wet van 1850 kunnen gehad hebben, schreef ik in het opstel over eerstgenoemd ingezetenschap — zie noot 9 — op blz. 605: „Word ik overtuigd in mijne beschouwing gedwaald te hebben, dan moge het *errare* enz. mij tot verschooning strekken." En aangezien ik heusch tot dusver niet van dwaling ten deze overtuigd ben, veroorloof ik mij, met die woorden deze studie te besluiten.

L. F. G. P. Schreuder.

's-Gravenhage, 1 Februari 1900.

Bewaarkluizen,

DOOR

Mr. H. VAN MANEN,

Advocaat-procureur te Amsterdam.

Wie zelf een goede berging voor zijn papieren van waarde en kostbaarheden mist, of ze, voor eenigen tijd zijn woning verlatende, liever niet in het onbewoonde huis achterlaat, pleegt zich te wenden tot iemand, die over betrouwbare bergplaatsen beschikt. Dat hiervoor in de eerste plaats bankinstellingen in aanmerking komen, spreekt vanzelf. In hare kelders en brandkasten zijn de preciosa veilig voor velerlei gevaren, die hen in een onbewoond perceel bedreigen, veilig met name voor diefstal en brand. Maar toch ook die veiligheid heeft hare grenzen. Er dreigt nog gevaar, én van de zijde van ontrouwe beambten der banken én van die van geslepen oplichters, die de bankdirectie mochten weten te bewegen om hun het haar toevertrouwde af te geven.

Tot meerdere zekerheid voor de bewaargevers ontstonden nu hier en daar in banken speciale brandkastjes, waarvan de bewaargever, na er zijn waarden in gedeponeerd te hebben, den sleutel behield. Somtijds waren die brandkastjes nog van een tweede slot voorzien.

De sleutel daarvan bleef dan in handen der bankdirectie. Afgifte aan onbevoegden was nu, indien de bewaargever zijn sleutel goed bewaarde, uitgesloten, maar breekwerktuigen, loopers en valsche sleutels bleven nog gevreesde vijanden. Teneinde ook deze zooveel mogelijk onschadelijk te maken, moest men nog een stap verder gaan en de nieuwerwetsche bewaarkluis in het leven roepen. Ook juridisch is deze belangrijk genoeg om er hier de aandacht op te vestigen. Laat ik echter allereerst een korte beschrijving geven van de bewaarkluis der Rijnlandsche Bankvereeniging F. F. W. Heintz & Co. te Leiden, vooralsnog de eenige kluis van deze soort in ons land.

Die kluis dan, geheel vrij staande, is opgetrokken uit onregelmatige brokken graniet, waartusschen zware ijzeren bouten zijn verwerkt, is bovendien geheel omgeven door een stalen pantser en heeft slechts één opening, die met een zware stalen deur gesloten wordt. Volgens deskundigen zou men, met het ruwst denkbare geweld werkende, nog een drietal dagen noodig hebben om een bres in de kluis te maken.

Tegenover de deur, die in een der lange zijden is aangebracht, bevinden zich een groot aantal loketjes. Deze vormen te zamen één groote stalen kast, waarin de deurtjes zóó zijn aangebracht, dat nergens aan de buitenzijde schroeven of nagels behoefden te worden gebruikt. De deurtjes worden gesloten met een zeer eenvoudig slot, dat echter niet kan werken, dan met behulp van een letterslot van zeer vernuftige constructie. Dit bestaat n.l. uit vier knoppen, op elk deurtje bevestigd en elk rondom voorzien van alle letters van het alphabet. Alleen wanneer die knoppen in een bepaalden stand de vier letters aangeven, door den gebruiker van het loket gekozen en waarop zij stonden toen het loket gesloten werd, is de opening van het slot met den sleutel moge-

lijk. Die sleutel, dien de gebruiker behoudt, is bijzaak. De bank heeft er ook een duplicaat van.

Is het loket eenmaal gesloten, dan wordt door de bankdirectie met behulp van een contrôle-slot behandeling van het letterslot onmogelijk gemaakt. Voor opening van een loket is dus ook weer de medewerking van de bank een noodzakelijk vereischte.

Men ziet, tegen onheilen van buiten zijn de hier geborgen waarde op afdoende wijze beveiligd. Ook is het haast onmogelijk, dat een verkeerd persoon, een ander dan hij die de waarden deponeerde, het loket opent. De door de bankinstelling te verleenen medewerking tot opening van een loket, beteekent wel is waar niet veel, want evengoed als het voorgekomen is, dat een oplichter een bank bewoog tot afgifte van haar door anderen in bewaring gegeven zaken, zou het kunnen gebeuren, dat de beheerder der bewaarkluis, meenende den rechthebbende voor zich te zien, een verkeerd persoon in de gelegenheid stelde om het letterslot te openen. Doch hierin zal niemand slagen, die niet het juiste woord kent en ieder, die van de kluis gebruik maakt, heeft het aan zich zelf te wijten, als buiten hem nog anderen het machtwoord kennen, dat zijn loket ontsluiten moet. Dat een onbevoegde bij toeval het juiste woord zou vinden, is bij het groote aantal lettercombinaties, die de vier knoppen mogelijk maken, op het zachtst uitgedrukt, hoogst onwaarschijnlijk. En spoedig zou hij natuurlijk moeten slagen, want anders zou de bankdirectie argwaan krijgen, inzien dat zij met hem in de gelegenheid te stellen een zeker loket te openen, een vergissing beging en natuurlijk de verdere opening verhinderen.

Welk contract wordt nu tusschen de directie der bewaarkluis en dengeen, die van hare loketten gebruik wil

maken, gesloten? Hebben wij ook hier nog te doen met bewaargeving of is met de wijze, waarop men nu zijn waarden aan anderen toevertrouwt, ook de aard van het contract veranderd? Een vraag die, ook al hebben partijen haar wederzijdsche rechten en verplichtingen in een op schrift gestelde overeenkomst omschreven, van belang blijft èn voor in het contract niet voorziene en daarom niet geregelde punten èn voor door de wet aan sommige overeenkomsten verbonden voorrechten; met name denk ik hier aan het den bewaarnemer in de artt. 1765 j°. 1185, 4e B. W. toegekende privilege en aan het hem in art. 1766 B. W. gegeven retentierecht.

Bewaargeving is een overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere iets in bewaring geeft en deze dat van gene ter bewaring aanneemt (Diephuis, Ned. Burg. Recht XII, pag. 399). De overgave der te bewaren zaak in de macht, in de detentie des bewaarnemers is een noodzakelijk vereischte voor het tot stand komen der overeenkomst. Vóór die wezenlijke of vooronderstelde (art. 1734 B. W.) 1) overgave bestaat er geen contract van bewaargeving. Is er nu bij de bewaarkluizen sprake van eenige overgave; wordt er door hem, die van de inrichting gebruik wil maken, iets afgegeven aan de directie, die dat aanneemt? Immers neen; en zelfs zoo weinig, dat de directie doorgaans niet eens weet of er werkelijk iets in een gesloten loket gedeponeerd werd, m. a. w. de directie zou meestal niet eens zeker weten of er tusschen haar en den gebruiker van het loket al of niet een overeenkomst van bewaargeving tot stand kwam.

Er is nog een tweede, niet minder gewichtig bezwaar.

(1) Op »vooronderstelde" behoeven wij verder niet te letten. Historisch staat vast, dat dit woord doelt op het geval, dat de bewaarnemer de zaak, die hij zal bewaren, reeds uit anderen hoofde onder zich had (Diephuis Ned. Burg. Recht XII, 402).

Een essentieel element van de overeenkomst van bewaargeving is toch, dat het goed, dat er het voorwerp van uitmaakt, gebracht wordt in de macht van den bewaarnemer. Deze staat dan ook niet alleen een plaatsje af, hij moet ook zorg aanwenden. Bij de bewaarkluis komt het goed echter juist niet in de macht van de kluisdirectie, die de bewaarneemster zou moeten voorstellen, maar blijft in die van haar wederpartij, terwijl de directie louter een bepaald aangewezen ruimte disponibel stelt en geen andere zorg voor het zich in die ruimte bevindende goed aanwendt, dan dat zij de niet-rechthebbenden weert uit de kluis en geen gelegenheid geeft het letterslot te openen.

Ten slotte kan de kluisdirectie, wanneer de tijd, waarvoor het contract gesloten werd, verstreken is, of wanneer de bewaargever reeds eerder het gedeponeerde mocht opvorderen, ook niet teruggeven — een der voornaamste verplichtingen van den bewaarnemer.

Met bewaargeving hebben wij dus hier niet te doen, maar waarmede dan wel? M. i. met huur en verhuur, de overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere tegen zekeren prijs tijdelijk genot eener zaak zal verschaffen (Diephuis, Ned. Burg. Recht XII, pag. 7) Wel heeft de huurder van een loket, gebonden als hij is aan de medewerking der kluisdirectie, niet in alle opzichten het geheel vrije genot van het door hem gehuurde, maar dat is ook geen noodzakelijk vereischte.

De verschillende wetsartikelen over huur en verhuur zullen derhalve ook op de onderhavige overeenkomst van toepassing zijn, voor zoover zulks tenminste mogelijk is, wat met een zeer groot aantal niet het geval zal zijn. Aan den anderen kant echter brengt de aard van dit speciale huurcontract mede, dat op partijen meer verplichtingen rusten dan gewoonlijk huurder en ver-

huurder te vervullen hebben. Zoo zal de verhuurder van bewaarkluisloketten niet alleen overeenkomstig art. 1586 B. W. verplicht zijn tot levering, tot onderhoud in zoodanigen staat, dat het gehuurde dienen kan tot het gebruik, waartoe het verhuurd is, en tot het doen hebben van het rustig genot van het gehuurde, maar ook om den huurder of diens gemachtigde, zoo vaak deze dit wenscht, toegang te verleenen tot de kluis en door opening van het contrôle-slot in de gelegenheid te stellen om zijn loket te ontsluiten, om de kluis zelf behoorlijk gesloten te houden, indien niet het tegendeel noodzakelijk is, om niemand in de kluis toe te laten dan onder behoorlijk toezicht en om voor niemand dan voor den rechthebbende het contrôle-slot van een verhuurd loket te openen. De verplichtingen van den huurder: om het gehuurde naar behooren, volgens zijn bestemming en als een goed huisvader te gebruiken, den huurprijs te betalen en het gehuurde na afloop van den huurtijd weder te ontruimen worden vermeerderd met deze: om de letters, waarmede het letterslot van het door hem gehuurde loket geopend moet worden, niet te vergeten.

Is nu die verandering van bewaargeving in huur van bewaarkluisloketten voor de contracteerende partijen een verbetering te noemen?

Wat den huurder betreft, ongetwijfeld ja. Nadeelen zijn voor hem uit die verandering niet geboren en als zijn voordeel zal hij er op kunnen wijzen, dat hij niet gelijk de bewaargever zijn kostbaarheden geheel in de macht van een ander behoeft te stellen, terwijl toch ook weer niet alleen de soliditeit van loket en kluis, maar tevens de zorgen van zijn medecontractant hem de veiligheid van zijn preciosa waarborgen. Ten aanzien van den verhuurder echter is de zoo juist gestelde vraag niet even volmondig bevestigend te beantwoorden. Wel

zal hij zich in vergelijking van den bewaarnemer in een veel minder ver strekkende verantwoordelijkheid kunnen verheugen en zal daarom, indien de huurder geheel aan zijn verplichtingen voldoet, ook voor hem de verandering een verbetering zijn. Anders wordt het echter, indien de huurder in eenig opzicht in gebreke blijft, want de verhuurder is tegenover hem vrijwel machteloos. Theoretisch heeft hij natuurlijk de gewone verhuurders ten dienste staande rechtsmiddelen en zou hij dus b.v. den huurder, die na afloop van zijn huur zijn loket niet weder ter beschikking stelt, bij rechterlijk vonnis tot ontruiming kunnen doen veroordeelen, maar zijn eigen belang verzet zich tegen een dergelijke executie. Niet alleen toch zou de gewelddadige opening van een loket enorme schade veroorzaken, maar herstel in den vorigen toestand, zonder scharnieren of nagels aan de buitenzijde, is ook onmogelijk. Om deze zelfde reden zal de verhuurder bij wanbetaling der huurpenningen ook alleen tot nakoming en niet tot ontbinding ageeren. Ook zal hem bij wanbetaling het voorrecht van art. 1185, 2°. B. W. niet helpen. Dat art. 1186 B. W. alleen spreekt van huis en landhoeve levert hiervoor geen bezwaar op. De ruime bewoordingen van art. 1185, 2°. B. W., in het algemeen sprekende van „de huurpenningen van onroerende goederen" zijn oorzaak, dat naar het algemeen gevoelen (alleen VAN HALL in *N. R. B.* II pag. 430 volg. anders) ook verhuurders van fabrieken, bergplaatsen en schuren het hier bedoelde voorrecht genieten. Derhalve ook de verhuurder van een miniatuur pakhuis als een loket in een bewaarkluis is, indien wij het hem niet op een anderen grond moesten ontzeggen. De effecten, of wat de huurder anders in zijn loket moge bergen, kunnen n.l. moeilijk gezegd worden tot stoffeering of gebruik van het gehuurde te dienen (art. 1186 B. W.). Bovendien

zou het leggen van een pandbeslag alweer afstuiten op de openbreking van het loket, hetgeen, indien de huurder, gelijk te verwachten is, zijn medewerking weigert, daarvoor noodzakelijk zou zijn.

Terwijl dus de bewaarnemer door retentierecht en de verhuurder in gewone omstandigheden door het hem toegekende voorrecht tegen de schadelijke gevolgen van wanpraestatie van zijn medecontractant beschermd wordt, is de directie eener bewaarkluis van alle hulp van de zijde der wet verstoken. Zij zal zich zelf contractueel moeten zien te helpen, en wel m. i. op de volgende wijze.

Teneinde te voorkomen dat zij, indien de huurder na afloop der huur zijn loket niet weder ter harer beschikking stelt, gedwongen wordt om een keuze te doen tusschen het laten voortduren van dien toestand en een ontruiming, zal zij in de met haar huurders te sluiten overeenkomsten moeten bepalen, dat de huur steeds weer op dezelfde voorwaarden voor een nieuwen, even langen als de oorspronkelijke, termijn blijft doorloopen, indien het verhuurde loket niet op den dag, waarop de huur moet eindigen, ontruimd is. Verder zal zij moeten bedingen, dat de huur steeds voor een bepaalden tijd vooruit moeten worden betaald en dat zij den huurder geen toegang tot zijn loket behoeft te verleenen, wanneer hij niet aan al zijn geldelijke verplichtingen jegens haar heeft voldaan. Zij zal voor dit laatste beding termen moeten bezigen, als ik er voor gebruikte en niet kortaf van een haar toekomend retentierecht of recht van terughouding (1) moeten spreken, teneinde kwesties, die wegens de verschillende opvattingen omtrent den omvang van dit recht zouden kunnen rijzen, te vermijden. Eng

(1) Dit woord bezigt de Rijnlandsche Bankvereeniging.

opgevat heeft het absoluut geen zin, indien de kluisdirectie retentierecht bedingt, want zij heeft de in een verhuurd loket geborgen goederen niet onder zich en is ook niet tot *afgifte* verplicht. Of men echter daarom aan het beding een beteekenis zou willen geven, zooveel verder gaande dan die, welke er gewoonlijk aan wordt toegekend, is m. i. een moeilijk bevestigend te beantwoorden vraag.

Onder de verplichtingen van de verhuurster noemden wij ook deze twee: geen ander dan den rechthebbende in de gelegenheid te stellen om een verhuurd loket te openen, doch dezen op zijn verlangen die gelegenheid ook steeds (of op de contractueel daarvoor aangewezen uren) te verschaffen. Komt zij een dier verplichtingen niet na en lijdt de huurder dientengevolge schade — die ook indien hem ten onrechte de toegang geweigerd wordt zeer aanzienlijk kan zijn, indien hem daardoor b.v. de gelegenheid ontgaat tot een voordeelige operatie met de in zijn loket geborgen effecten —, dan zal zij die te vergoeden hebben, indien haar opzet of grove schuld kan worden verweten. Wanneer deze laatste al of niet moet worden aangenomen, is natuurlijk niet a priori te zeggen; alles hangt daarbij af van de feitelijke omstandigheden bij ieder voorkomend geval. De een zal bovendien, indien de verhuurster een niet-rechthebbende gelegenheid gaf een verhuurd loket te openen, spoediger grove schuld aannemen dan de ander. De een zal n.l. zeggen: waar de verhuurster weet of althans kan vermoeden dat groote waarden in de loketten geborgen zijn, is het haar plicht niet dan op zeer goede gronden toegang te verleenen — en wie zoo redeneert neemt natuurlijk niet spoedig grove schuld aan bij het weigeren van toegang aan den rechthebbende — maar de ander kan juist van het omgekeerde gevoelen zijn,

omdat een niet-rechthebbende, indien hij de letters, waarmede een bepaald letterslot geopend moet worden, niet kent, niet licht in de opening zal slagen. De beide zoo juist genoemde verplichtingen van de verhuurster kunnen dus vooral bij een eenigszins omvangrijke kluis, wier directie dan onmogelijk alle huurders persoonlijk kan kennen, een rijke bron van kwesties opleveren. Het contract zal die echter kunnen verstoppen door een bepaling, dat de verhuurster steeds, voordat zij toegang tot een verhuurd loket verleent, vertooning van de op de verhuring van dat loket betrekking hebbende overeenkomst zal mogen vorderen, en dat zij op vertoon daarvan toegang verleenende, geheel verantwoord zal zijn. Op deze wijze snijdt de verhuurster tevens den pas af aan moeilijkheden als die zich bij het overlijden van een huurder zouden kunnen voordoen. Daar zij dan toch alleen aan alle erfgenamen gezamenlijk of aan den door alle erfgenamen gemachtigde toegang zou mogen verleenen, zou zij eerst moeten onderzoeken wie tot de erfenis gerechtigd zijn. Voor den huurder levert deze laatste bepaling eenig gevaar op voor het geval zijn contract in verkeerde handen komt, maar groot is dit niet, want het letterslot kan toch niemand openen dan hij zelf of wie hij de daarvoor te gebruiken letters heeft gezegd; terwijl zij hem het gemak verschaft, dat hij bij persoonlijke verhindering op eenvoudige wijze een vertrouwd persoon in staat kan stellen om hem te vervangen.

Vergeet de huurder zijn letters, zoodat tot een gewelddadige opening van zijn loket moet worden overgegaan, dan zal hij de daardoor door de verhuurster te lijden aanzienlijke schade moeten vergoeden. Om ook hier voor teleurstellingen gevrijwaard te zijn, zal de verhuurster moeten bedingen, dat zij die opening niet behoeft toe te staan, vóór haar de schadevergoeding voldaan of

voldoende zekerheid daarvoor gesteld is. Misschien ware het wenschelijk ook het bedrag dier schadevergoeding vooraf contractueel te bepalen.

Worden bepalingen, als hier achtereenvolgens besproken, in de contracten opgenomen, dan is er m. i. een behoorlijk evenwicht tusschen de rechten en verplichtingen van beide partijen en vinden beide baat bij de oprichting der bewaarkluizen.

Voor den huurder leveren zij bovendien nog dit voordeel op, dat het er in geborgen goed aan nagenoeg elk beslag onttrokken is. Wil de huurder medewerken, dan zullen de zich in zijn loket bevindende goederen in executoriaal beslag genomen kunnen worden. Hij zal dan met den deurwaarder en diens getuigen naar de kluis moeten gaan, de directie verzoeken het contrôleslot op zijn loket te openen, zelf het letterslot ontsluiten en den deurwaarder aldus in de gelegenheid stellen zijn werk te verrichten. Maar die gedienstige gearresteerde zal wel een zeldzaamheid zijn, en anders zal van het geheele beslag niets komen. Art. 444 W. v. B. R., onder zekere voorwaarden geweld toelatende, laat ons hier in de steek of liever gezegd, zal niet tot toepassing komen. Immers het artikel veroorlooft alleen de deuren van den gearresteerde en de zich in zijn woning bevindende kamers en stukken huisraad te openen en kan dus niet worden toegepast, indien de kluisdirectie den deurwaarder den toegang tot de kluis weigert. En dit zal zij met de vernielende werking van genoemd artikel, dat wel op het loket van den gearresteerde kan worden toegepast, voor oogen, zeker doen en een dwangmiddel tegen de directie ontbreekt. Door tegen haren wil den toegang tot de kluis te forceeren, zou de deurwaarder zich schuldig maken aan het misdrijf van art. 138 W. v. Str.

Zal alzoo een executoriaal beslag op hetgeen zich in

de bewaarkluis bevindt, afstuiten op de directie dier kluis, ook een executoriaal beslag onder haar is onmogelijk. Moeilijk toch kan gezegd worden, dat hetgeen in de loketten gedeponeerd is, onder de bank „berust" (art. 475 W. v. B. R.) en bovendien zou de bank onmogelijk „verklaring" kunnen doen (art. 479 j°. 740 W. v. B. R.).

Van de conservatoire beslagen is alleen het revindicatoire mogelijk, omdat bij dit beslag is toegestaan de goederen, waar ze ook zijn, in beslag te nemen. Daarentegen zijn de conservatoire beslagen op roerende goederen en onder derden aan dezelfde moeilijkheden onderhevig als de executoriale. Ook een beslag onder zich zelf — mocht de kluisdirectie dit eventueel willen leggen — lijdt schipbreuk op den eisch om bij het exploit van beslag op te geven een nauwkeurige vermelding van de goederen of schuldvorderingen, waarop het gelegd wordt.

Gelukkig voor de justitie staat zij niet machteloos tegenover de kluis, indien zij van oordeel is, dat een onderzoek in de kluis of in een speciaal loket daarvan, licht kan verspreiden over eenig strafbaar feit. Wegens de groote schade, die een dergelijk onderzoek voor de kluisdirectie ten gevolge zou kunnen hebben, zal de rechtbank er zeker niet dan in hooge noodzakelijkheid verlof toe geven. Het meeste gevaar dreigt de kluisdirectie dan ook van de zijde van art. 42 lid 2, Wetb. van Strafv., aan de tot aanhouding bevoegde ambtenaren opdragende om, in geval van ontdekking op heeter daad, weggenomen goederen op te sporen en in de bewarende hand te stellen, daar ook voor die goederen de bewaarkluis een prachtige bergplaats oplevert. De directie zal dus voorzichtig moeten zijn in het aan haar onbekende personen verhuren van loketten.

Mochten eerlang, wat wel te verwachten is, op vele plaatsen bewaarkluizen opgericht worden, of wel brandkasten verhuurd worden, waarvan de huurder den sleutel of een der sleutels behoudt — want ook op deze is het hierboven besprokene grootendeels van toepassing — dan zal de wetgever er ook zijn aandacht aan hebben te wijden. Niet zoozeer om de rechten en verplichtingen van de contracteerende partijen te regelen, die naar ik meen aangegeven te hebben, best voor zich zelf kunnen zorgen, maar wel om een beslag op de in een bewaarkluisloket geborgen goederen mogelijk te maken, onafhankelijk van de medewerking van huurder en verhuurster.

De grondslagen van ons Familie-, Voogdij- en Erfrecht.

Op hoeveel punten ook de nieuwere vergelijkend-historische, ethnologische en sociologische rechtswetenschap gebroken heeft met de vroeger gangbare voorstellingen betreffende de wording van staat en maatschappij, dat de familie de kiem is, waaruit zich onze geheele samenleving ontwikkeld heeft, staat nog altijd vast, al moge er dan ook verschil bestaan over de vraag hoe men zich de oorspronkelijke familie te denken heeft.

Wel heeft zich een enkele stem doen hooren (1) om de stelling te verkondigen dat een gezags- of machtsverhouding, buiten verband met generatie, de oorsprong zou zijn geweest van ons tegenwoordig gezin en dus ook van al wat er uit het gezin verder is voortgekomen, terwijl de maatschappelijke beteekenis der op bloedverwantschap berustende familie tot een tusschentijdperk zou beperkt geweest zijn (2), doch de theorie dat gene-

(1) Nl. in het laatste geschrift van den sedert overleden Krakovischen hoogleeraar Dr. LOTHARIUS VON DARGUN, getiteld: Studien zum ältesten Familienrecht, Erster Theil, Mutterrecht und Vaterrecht, Erste Hälfte, Die Grundlagen, Leipzich, Duncker und Humblot, 1892. In den dop vindt men deze beschouwing reeds bij HEUSLER, D. Privatrecht, II, blz. 271.

(2) DARGUN stelt tegenover elkander «Gewalt» en «Verwantschaft», die oorspronkelijk niets met elkaar te maken zouden gehad hebben. De

ratie oorspronkelijk niet tot het wezen van het vaderschap zou behoord hebben, dat de man, wanneer hij optrad als heer des huizes, aanvankelijk in de vrouw slechts een lastdier of een krachtwerktuig zou gezien hebben en aan sexueelen omgang niet of nauwelijks zou hebben gedacht, dat de pater familias dus wel de eigenaar der in zijn huis geboren kinderen, maar meer bij uitzondering dan als regel de verwekker van die kinderen zou zijn geweest, een dergelijke theorie lijkt mij met de menschelijke natuur wel wat al te weinig rekening te houden en heeft naar ik meen, dan ook weinig instemming gevonden (1).

De gangbare meening is nog altijd deze, dat de familie, berustend op verwantschap, hetzij dan in vaderrechtelijken of in moederrechtelijken zin op te vatten, als de bakermat moet beschouwd worden van de sociale en tot zekere hoogte ook van de politieke organisatie onzer samenleving. Voordat men, bij duurzame vestiging,

---

oudste vorm van sociale organisatie, die dan zou berusten op louter gezag, zonder eenig begrip van verwantschap, noemt hij «Das Urverhältnis des Vaterschutzes». Later kwam in het moederrecht het begrip verwantschap op en kreeg zekere jurische en sociale beteekenis, doch ten slotte zegevierde de gezagsverhouding over de verwantschapsbetrekking, welke zij in zich opnam, en ontstond het patriarchaal familiebegrip. Deze stoutmoedige poging om de leer van het moederrecht in overeenstemming te brengen met het feit dat men bij sommige zeer oude volken en ook bij sommige zeer laag staande volken van tegenwoordig geen moederrecht aantreft, berust op het gewaagde denkbeeld van een soort van gezin, waarin de betrekking tusschen man en vrouw niet allereerst van sexueelen aard was.

(1) De Berlijnsche hoogleeraar Dr. JOSEPH KOHLER, aan wien DARGUN zijn bedoeld geschrift mede opgedragen had, maakt in zijn «Zur Urgeschichte der Ehe» (Separat Abdruck aus der Zeitschrift für vergleichende Rechtswisschenschaft) Stuttgart, 1897, blz. 4, op minder waardeerende wijze melding van deze theorie van DARGUN, wien hij verwijt te veel te zijn uitgegaan van de gedachte dat de economisch en intellectueel het laagst staande volken (bij wie hij die tyrannie van den heer des huizes heeft aangetroffen) nu ook op het gebied der familierechtelijke verhoudingen de meest primitieve toestanden te zien zouden geven.

tot territoriale organisatie kon komen, was het de familie, die alleen de plaats innam van al de verschillende kringen uit wier samenstel tegenwoordig Staat en maatschappij zijn opgebouwd.

Het tijdperk, toen het geheele leven zich in de familie concentreerde, placht men vroeger het patriarchale te noemen, daarbij hoofdzakelijk denkende aan de Bijbelsche verhalen der aartsvaders of patriarchen. Tegenwoordig nu de moederrechtelijke verhoudingen, bij verschillende weinig gecultiveerde volken voorkomend, zoozeer de aandacht trekken, worden het patriarchaat en het zoogenaamd matriarchaat (1) samengevat onder den naam van familierechtelijke organisatie.

De bekende strijdvraag, welke van die beide stelsels, het patriarchale of het moederrechtelijke, als het oudste moet beschouwd worden, en of die beide elkaar altijd in een bepaalde rangorde moeten zijn opgevolgd, daarin hebben we ons hier thans niet te verdiepen. Het schijnt toch vast te staan dat de familierechtelijke organisatie zoowel bij vaderrechtelijke als bij moederrechtelijke volken wordt aangetroffen (2).

De vraag waarmee ik mij hier wensch bezig te houden is een andere, n.l. deze: welke omvang aan het oorspronkelijke familiebegrip moet worden toegekend. Daartoe is het echter gewenscht dat we ons allereerst reken-

---

(1) Ik zeg zoogenaamd matriachaat omdat anders de analogie met patriarchaat er toe zou leiden matriarchaat met gynaecocratie te vereenzelvigen. Hoewel het nu inderdaad voorkomt dat de vrouw hoofd der familie is, kenmerkt zich het moederrecht toch gewoonlijk daardoor dat de moedersbroeder of bij verdere vererving een of ander mannelijke verwant in de vrouwelijke lijn het der hoofd familie is.

(2) In zijn «Grundriss der ethnologische Jurisprudenz» (1894) behandelt de Bremensche rechter Dr. A. H. Post, in die hoofdstukken, welke aan de «geschlechterrechtliche Organisation» gewijd zijn, beurtelings moederrechterlijke en vaderrechtelijke volken.

schap geven van de beteekenis, die bij ons aan het woord familie gehecht wordt.

Het woord familie wordt allereerst gebezigd in de beteekenis van gezin, welk woord gezin nu weder naar Romeinschen trant kan worden opgevat, zoodat de gezinnen der gehuwde zoons zoolang de vader leeft in het ouderlijk gezin zijn begrepen, of wel in den Germaanschen trant, volgens welken de volwassen zoon door economische afzondering uit de vaderlijke macht ontslagen werd en zelfs recht had deze afzondering te eischen (1), zoodat de gezinnen der gehuwde zoons dáár gewoonlijk ook reeds bij het leven des vaders volkomen zelfstandigheid hadden, evenals tegenwoordig bij ons.

In de tweede plaats plegen wij onder het woord familie al die personen samen te vatten, welke met een bepaalde persoon door banden van verwantschap verbonden zijn. Die verwantschap kan dan echter weder van tweeërlei aard zijn. Bedoelt men alleen stamverwanten, d. w. z. verwanten in de uitsluitend mannelijke lijn (agnaten), dan krijgt de familie de beteekenis van een stamhuis, een geslacht door een gemeenschappelijken geslachtsnaam of een gemeenschappelijk geslachtswapen bijeen gehouden. Bedoelt men daarentegen bloedverwantschap, zonder onderscheid te maken tusschen hen die alleen door mannelijke schakels of die deels door mannelijke, deels door vrouwelijke schakels met een bepaalde persoon verbonden zijn, dan krijgt het familiebegrip alleen

(1) Naar het recht van den Zwabenspiegel moest de vader hem financieel in staat stellen zich zelfstandig te vestigen, naar dat van den Saxenspiegel kon de zoon alleen dan afzondering eischen, wanneer de moeder overleden was en hij dus een moederlijk erfdeel had op te vorderen. Ook wanneer de zoon in staat was uit eigen arbeid zelf in zijn onderhoud te voorzien kon hij, het ouderlijk huis verlatend, sui juris worden. Door huwelijk werd hij sui juris, tenzij hij met vrouw en kroost bij den vader bleef inwonen.

een relatieve beteekenis, want dan worden daarmee personen samengevat, die onderling door geen enkelen band samen verbonden zijn.

Twee vragen doen zich nu vanzelf voor met betrekking tot de familie van den ouderen tijd:

1°. welken omvang had oudtijds de familie in engeren zin, in hoeverre kan men een onderscheiding maken tusschen het gezin (of wat daarmee is te vergelijken) en de verdere familie? Met andere woorden had, gelijk men het dikwijls ziet voorstellen, oudtijds de familie in de ruimere beteekenis van het woord, hetzelfde karakter als het gezin tegenwoordig; bestond er gemeenschap van belangen of zelfs volkomen levensgemeenschap in veel ruimeren kring dan thans?

2°. kende men oudtijds het begrip familie in ruimeren zin reeds in de beteekenis van natuurlijke bloedverwantschap, of hechtte men er uitsluitend de beteekenis aan van stamverband, op de wijze van onze door een gemeenschappelijken familienaam bijeengehouden geslachten, beter nog op de wijze van de Romeinsche gentes?

Rekende men tot de familie alleen de zoodanigen, die elkaar bestaan, hetzij in de uitsluitend mannelijke lijn (agnatische gens), hetzij in de uitsluitend vrouwelijke lijn (zoogen. moederrechtelijke gens) met uitsluiting van alle verdere bloedverwanten? Is alzoo ons begrip van bloedverwantschap, hierop berustend dat twee personen hun afkomst kunnen afleiden (in mannelijke, vrouwelijke of gemengde lijn) van éénzelfde persoon, wiens bloed zij beide in de aderen hebben, vanouds ten eenenmale onbekend geweest? Zoo niet, hoe heeft men zich dan de oorspronkelijke verhouding van die beide verwantschapsstelsels te denken?

Wat het eerste punt betreft, zoo schijnt het moeilijk

een vasten regel aan te geven; de ethnologische rechtswetenschap geeft geen afdoend antwoord op de vraag of de huisgenootschappelijke eenheid in de periode van familierechtelijke organisatie als regel geacht moet worden in stand te blijven na des vaders dood en, zoo ja, hoe lang. Men treft in dat opzicht bij de verschillende volkeren de meest mogelijke verscheidenheid aan.

Post (1) onderscheidt onder de primitieve volkeren (de meest ongecultiveerde, bij wie haast alle organisatie schijnt te ontbreken, thans buiten beschouwing gelaten) twee groepen, waarvan hij de eene, zich door totemistische (2) stamindeeling kenmerkend, de oudere noemt, terwijl dan de jongere zich kenmerkt door de vorming van zoogenaamde huisgenootschappen (Hausgenossenschaften).

De organisatie der eerstgenoemde groep van geslachtseenheden schijnt uit juridisch en economisch oogpunt zeer zwak te zijn, het stamhoofd is hoofdzakelijk aanvoerder in den krijg maar heeft overigens weinig te zeggen, de stammen en stamafdeelingen hebben geen vermogen in den tegenwoordigen zin van het woord, wèl een afgepaald jacht- en weidegebied, waarvan de overschrijding door andere stammen als casus belli wordt beschouwd (3). Of ook verder een zekere levensgemeenschap tusschen de leden van denzelfden stam bestaat vermeldt Post niet (4), evenmin of er binnen de grenzen van

(1) Grundriss, I, blz. 115.

(2) De totem laat zich eenigermate vergelijken met ons geslachtswapen. De stammen der roodhuiden (en ook in andere werelddeelen komt iets dergelijks voor) onderscheidden zich naar de namen van dieren met wier emblemen (huiden, hoornen, veeren enz.) zij zich tooiden in den krijg. Over het dikwijls zeer gecompliceerde karakter der op totemisme berustende indeelingen zie men vooral het boven alreeds geciteerde geschrift van Prof. Kohler.

(3) Post I, blz. 122 en 123.

(4) Althans hij laat zich daarover op blz. 196 en 197 eenigszins vaag uit.

de stammen of dezelver onderafdeelingen iets bestaat wat op onze gezinnen gelijkt. Uit andere geschriften blijkt echter dat bij de totemistische volkeren wel de neiging valt waar te nemen om tot (hetzij polygame of monogame) gezinsvorming over te gaan (1), doch dat vroeger ongetwijfeld hun stamafdeelingen groepsgewijze eenheden (totems) moeten hebben uitgemaakt, binnen welker grenzen aan afzonderlijk gezinsleven niet kon worden gedacht (2).

Bij de volken welke zich door de vorming van huisgenootschappen kenmerken (volgens Post — gelijk wij zagen — een jongere formatie) doet zich daarentegen de meest bonte verscheidenheid voor met betrekking tot de kwestie hoelang hier de familien bij verdere vertakking door dien band van levensgemeenschap worden bijeen gehouden.

---

(1) Kohler stelt zich den overgang tot de afzonderlijke gezinsvorming, zijnde tevens de overgang voor talrijke totem-stammen van moederrecht tot vaderrecht, o. a. aldus voor, dat wanneer de stammen bij schaarschte van levensmiddelen uit elkaar moeten gaan en zich tijdelijk in individuen oplossen, de man er op uit moest zijn om door toeeigening van een vrouw, een gezin om zich heen te scheppen. «Zur Urgeschichte der Ehe» blz. 55 en vroeger reeds met betrekking tot de Maleiers in «Das Ausland» van 27 Mei 1893.

(2) De totemistische stammen kenmerkten zich door zoogenaamde exogene groepenhuwelijken, welke tot hun eenvoudigsten vorm herleid, hierop neerkomen, dat, terwijl alle sexueel verkeer binnen de eigen totem verboden is, de voortplanting alleen plaats heeft bij aanraking tusschen de totems over en weer. Elke totem vormde dan als het ware één groot gezin, waarvan de leden elkander allen als broeders en zusters beschouwden, of bij verschil van generatie als moeder en kind, oom en zusterskind, zonder dat men hierbij zijn lijfelijke moeder of zijn wezenlijke broeders en zusters van meer verwijderde verwanten onderscheidde.

Door het bij elkander gaan wonen van de over en weer samen sexueel verkeer hebbende totems, gingen deze later onderdeelen of groepen uitmaken van samengestelde stammen, tusschen wier leden dus groepsgewijze sexueel verkeer plaats had. Nog later ontstonden een soort van huwelijksverbintenissen, waarbij men dan verplicht was zijn vrouw te kiezen uit een of meer andere groepen van den stam. Doordat stammen zich weder op andere wijze splitsten, ontstonden dikwijls nog gecompliceerder indeelingen.

„De huisgenootschappen, zegt Post (1), kunnen engere of wijdere kringen van verwante personen omvatten. In het laatste geval spreekt men van huisgemeenschappen, doch beide vormen zijn ongetwijfeld oorspronkelijk een en hetzelfde, een vaste grens kan men er niet tusschen trekken. Deze hangt hiervan af, in welke generatie de huisgenooten deeling of afzondering kunnen vorderen, wat afwisselt naar de zeden der verschillende volkeren en bepaaldelijk afhangt van de bestaansvoorwaarden. Waar het huisgenootschap zich tot wijdere kringen uit gaat breiden, kan het zich splitsen in hoofd- en nevenhuizen, en hierdoor kunnen verder allerlei variaties ontstaan" (2).

Hoewel men moederrechtelijke huisgenootschappen van zeer beperkten omvang heeft en vaderrechtelijke, waarbij ook na des vaders dood de verschillende gehuwde zoons onder den oudsten zoon, als des vaders opvolger, soms nog gedurende enkele generaties bijeen blijven, wat voornamelijk bij de Chineezen en Japanners schijnt voor te komen, zoo ligt het toch meer bij moederrechtelijke dan bij vaderrechtelijke volken in de rede, dat de familie, ondanks het opkomen van jongere generatiën, als één gezin tezamen blijft en men mag betwij-

(1) Grundriss, blz. 124.

(2) Dat hieruit een meer samengestelde familierechtelijke organisatie voortkomen kan, bespreekt Post in zijn afdeeling over «Höhere geschlechterrechtliche Bildungen», waar hij echter in niet meer dan een drietal bladzijden vier verschillende verschijnselen behandelt, de laatste § over de «Geschlechterstaaten» luidt aldus: «Het komt voor dat ook bij statenvorming (Staatliche Organisation) de elementen waaruit de Staat is opgebouwd, nog van familierechtelijken aard zijn. Er liggen dan echter altijd territoriaalgenootschappelijke en dynastieke (herrschaftliche) organisaties overheen. Elders verliezen de familierechtelijke formatiën in den Staat elke politieke beteekenis en worden zij volkomen verdrongen door territoriaalgenootschappelijke, dynastieke en sociale vormen van organisatie». Dit laatste, zoo voegt hij er in een noot aan toe, is in het algemeen het geval bij de West-Europeesche cultuur.

felen, of zich op zuiver vaderrechtelijken grondslag wel ooit een wijdvertakte familiegemeenschap zal ontwikkelen, gelijk die bij de oorspronkelijk allen moederrechtelijke totemstammen het punt van uitgang moet zijn geweest.

Volgens het vaderrechtelijk beginsel toch, hetwelk ten nauwste samenhangt met dat der gezinsvorming, ontstaat van zelf de drang om zich zelfstandig te vestigen; of ook wanneer de afzonderlijke vestiging, in verband met economische of andere omstandigheden voorloopig achterwege blijft, dan vormen toch de gezinnen der verschillende gehuwde zoons reeds in beginsel zoovele afzonderlijke kringen in den grooten kring van het gezin. Ook te Rome zal de leer, dat niet de vader, maar de grootvader, zoolang die in leven bleef, de vaderlijke macht uitoefende, dikwijls meer in theorie dan in praktijk gegolden hebben, al moet erkend worden, dat aan de economische eenheid van het grootvaderlijk gezin aldaar steeds met vrij groote gestrengheid is vastgehouden. Dat de kinderen in de eerste plaats aan het gezag hunner eigen ouders onderworpen zijn en eerst middellijk aan het oppergezag van den grootvader, ligt zoozeer in den aard der zaak, dat een splitsing van vaderlijke macht in een eenigszins publiekrechtelijk getint oppergezag des grootvaders en het meer alledaagsche vaderlijk gezag door de wezenlijke vaders op de wijze van tegenwoordig uitgeoefend, ongetwijfeld het patriarchale tijdperk zal hebben gekenmerkt (1).

Immers juist dat de grootvader als hoofd der gezamenlijke familie functies uitoefende, die in de territoriaal

(1) Dat niet enkel in het Mosaische recht, maar zelfs in de geschiedenis der bijbelsche aartsvaders geen spoor is te vinden van een levenslange vaderlijke macht in den zin der Romeinsche patria potestas, meen ik te hebben aangetoond in het tweede artikel van mijn reeks getiteld «de Patriarchale Grondslag onzer Samenleving», verschijnende in «Ons Tijdschrift» (D. A. Daamen, Rotterdam) Febr. 1900.

georganiseerde samenleving bij de overheid berusten, is het kenmerk van het patriarchaat, of liever van de familierechtelijk georganiseerde vormen van samenleving in het algemeen. En nog veel scherper zal die splitsing in een publiekrechtelijk getint patriarchaal oppergezag eenerzijds, tegenover huiselijk gezag anderzijds, dáár hebben plaats gevonden, waar de patriarchale waardigheid na des vaders dood volgens eerstgeboorterecht (of naar andere regelen) overging op één der zoons. Naarmate de familie langer bijeen bleef, zal ook het gezag van het familiehoofd meer het karakter van een zuiver overheidsgezag hebben aangenomen; of er voorbeelden bekend zijn, dat op die wijze een in zijn oorsprong zuiver patriarchale monarchie ontstaan is, komt mij zeer twijfelachtig voor, (1) doch het ontstaan van een monarchie op die wijze is niet volstrekt ondenkbaar. (2)

Wij kunnen dus zeggen dat het beginsel der gezinsvorming, ook daar waar de gezinnen onder patriarchaal gezag vereenigd blijven, de strekking heeft om te leiden tot wat men zou kunnen noemen souvereiniteit in eigen kring, zoodat men binnen de grenzen der algemeene familie-eenheid een kunstig in elkaar sluitend samenstel krijgt van tot zekere hoogte zelfstandige kleinere kringen, in wier zelfstandigheid de oppermacht van het centraal gezag haar natuurlijke begrenzing vindt. (3)

---

(1) Tot zekere hoogte misschien China en Japan. Zie Post's afdeeling over «Geschlechterstaaten» (I, blz. 160).

(2) Wel hebben sommigen, die de legitimiteitsleer in den Bijbel wenschten te grondvesten, het vroeger en later voorgesteld alsof de Bijbelsche voorstelling van het patriarchaat tot die consequentie zou leiden, doch in de geschiedenis van Israël vindt die voorstelling volstrekt geen steun. Zie het eerste artikel van mijn reeks «de Patriarchale Grondslag onzer Samenleving» (Ons Tijdschrift, Jan. 1900).

(3) Zoo vormen in China een zeker aantal familiën een chia onder een chang, een gelijk aantal chia een pao of li onder een pao chang (zie Post, blz. 160). Dat hier de beide getallen op 10 zijn bepaald doet

Een scherpe tegenstelling vormt hiermee het moederrechtelijke geslachtsgenootschap, gelijk het ons door Post in zijn vroeger geschrift „Der Ursprung des Rechts" beschreven is. (1)

„Men zou zich vergissen — zegt hij — wanneer men zich het geslachtsgenootschap naar het principe der bloedverwantschap door de vrouwelijke lijn op dezelfde wijze naar graden geregeld zou willen denken, ongeveer als onze verwantschap. Daar zijn veeleer alle genooten even na verwant. Het geslachtsgenootschap vormt een gansch gelijkvormige massa, waaruit hoogstens de organische kop derzelve, de geslachtsvorst, eenigermate vooruitsteekt."

Nu moge dit vroegere en minder omvangrijke werk van Post wat verouderd zijn, in zooverre het te veel generaliseert en te veel voor alle deelen des menschdoms een gelijkvormigen ontwikkelingsgang aanneemt, het lijkt mij moeilijk te ontkennen dat de hier beschreven vormlooze familieklomp de meest zuiver doorvoering is van het moederrechtelijk principe, waarbij van afzonderlijke gezinsvorming in het geheel geen sprake is. Want wanneer de dochters des huizes niet ten huwelijk genomen worden, maar met haar kroost in haar oorspronkelijke familie blijven, terwijl de verschillende mannen, die deze kinderen hebben verwekt, niets meer van zich laten hooren, dan ontbreekt vanzelf de afbakening der

---

vermoeden dat de indeeling thans meer een kunstmatige dan een natuurlijke is geworden, doch dat men hier oorspronkelijk met een zuiver familierechtelijke indeeling te doen heeft, schijnt te moeten worden aangenomen, althans de genoemde schrijver haalt het als een overblijfsel van een familierechtelijke organisatie aan.

(1) Der Ursprung des Rechts, prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft vom Dr. A. H. Post, Richter in Bremen (1876), blz. 31.

gezinnen. Zoolang de moeder de kinderen zoogt, moge er eenige nadere band bestaan tusschen moeder en kind, later wanneer de kinderen opgroeien onder het gezag van den oudsten moedersbroeder, zal er door dezen geen onderscheid worden gemaakt tusschen de kinderen zijner verschillende zusters; al te samen vormen deze één gezin, zonder eenige inwendige afdeeling. En wanneer de jongere vrouwelijke familieleden op hare beurt moeder worden, zal dat zoo doorgaan, steeds zullen allen samen één groot gezin vormen, waarin hoogstens een indeeling naar leeftijd, of liever gezegd naar generaties (zusters, zusterskinderen, zusterskleinkinderen enz.) gemaakt wordt, zoodat er geen sprake is van verwantschapsgraden, en men er het onderscheid niet kent tusschen broeders of zusters (2e graad) en neven of nichten (4e graad) tot in het oneindige toe (6e, 8e, 10e, 12e graad enz. enz.). Dit is dan ook metterdaad de bouw der bovengenoemde totemfamiliën in haar eenvoudigste gedaante, het stelsel van zoogenaamde classificatoire verwantschap, hetwelk ten grondslag moet liggen aan de familieverhoudingen bij de roodhuiden in Amerika en bij de verschillende volken van den Indischen en Australischen Archipel (1).

Wij behoeven ons niet te verdiepen in de vraag of ook de overige deelen des menschdoms een tijdperk van classificatoire verwantschap hebben doorgemaakt; waar het hier voor ons op aankomt is dit, dat familierechtelijke organisatie volstrekt niet mag worden vereenzelvigd met ondeelbaarheid van de familie-eenheid. Immers men heeft ook familierechtelijk georganiseerde samenlevingen op vaderrechtelijken grondslag, waar dus het beginsel der gezinsvorming (hetzij dan monogaam

(1) Zie het bovengenoemde geschrift van KOHLER: Zur Urgeschichte der Ehe.

of polygaam) gehuldigd wordt en de stameenheid zich dus voortdurend vertakt en ondervertakt.

Bovendien zijn er, gelijk Post in zijn later werk duidelijk doet uitkomen, ook beperkte huishoudingen op moederrechtelijken grondslag, zoogenaamde Hausgenossenschaften, Hausgemeinschaften, die gelijk boven alreeds gezegd is, door hem als een jongere formatie beschouwd worden en waarbij het moederrechtelijke beginsel, om ook bij verdere uitbreiding der familie steeds naar totemistischen trant te samen te blijven als één huisgezin, niet zoo tot het uiterste wordt doorgevoerd. Hier scheiden zich van tijd tot tijd nieuwe huishoudingen af, waardoor het zuiver communistische of colletivistische karakter gebroken wordt. Er treedt hier een tegenstelling in tusschen de privaat-belangen van de afzonderlijke huishoudingen en het gemeenschappelijk belang van al de uit een gemeenschappelijken stam voortgekomen huizen te zamen, zij het ook dat hier niet zulk een natuurlijk verband tusschen al die onderdeelen en het geheel bestaat, als daar waar het beginsel der eigenlijke of vaderrechtelijke gezinsvorming geldt. De moederrechtelijke huisgenootschappen vallen min of meer toevallig en onregelmatig van de eenheid af, wanneer deze overladen is, terwijl naar het beginsel der vaderrechtelijke gezinsvorming (de scheiding moge dan aanstonds of eerst later plaats hebben) een gegradueerd stelsel van vertakkingen ontstaat als een regelmatig organisch verband. Dit neemt echter niet weg dat er, gelijk gezegd is, het zuiver collectivistisch beginsel is gebroken, zoodat men dus noch op vaderrechtelijken, noch ook op moederrechtelijken grondslag het ongesplitst blijven der belangen tot in het oneindige toe, de voortdurend zich uitbreidende communistische familiemonarchie mag beschouwen als het

wezen van de periode der familierechterlijke organisatie van de samenleving.

Toch is die voorstelling maar al te zeer verbreid ook met betrekking tot ons Germaansch voorgeslacht. Zij schijnt in de politieke verlangens van sommigen een vruchtbaren bodem gevonden te hebben.

De gevolgtrekking, min of meer uitdrukkelijk gemaakt, is deze: de moderne staat, al moge die dan ook niet rechtstreeks, bij regelmatigen overgang tot de territoriale organisatie, zijn voortgekomen uit den vroegeren communistischen familie-staat, neemt toch geheel de plaats daarvan in; en evenals nu voorheen de geslachtsvorst de eenige drager van rechten en verplichtingen was, terwijl de erkenning van het individu met zijn privaatbelangen bovenal de gradueel-familierechtelijke intestaat-opvolging van tegenwoordig, naar die opvatting, slechts ontstaan kan zijn door versplintering van de te-niet-gedane familierechtelijke organisatie van voorheen, zoo moet allengs de moderne staat de volheid van rechten weder tot zich trekken.

Op dien grond verdedigde de Amsterdamsche hoogleeraar in de staathuishoudkunde Prof. Treub het staatserfrecht, al wil hij om utiliteitsredenen het recht van vrije beschikking bij testament nog aan het individu blijven toekennen. (1) Het is allerminst de bedoeling hier partij te kiezen in de kwestie, of aan den Staat een aandeel in alle nalatenschappen behoort worden toegekend, welke naar het mij voorkomt een kwestie van wetgeving, maar geen geschiedkundige kwestie is. De zaak wordt hier alleen ter sprake gebracht ten bewijze, dat ook ten onzent de voorstelling min of meer verbreid is,

---

(1) Dit sinds lang door den hoogleeraar ingenomen standpunt werd het laatst door hem uiteengezet in een vergadering van het studentengezelschap S. L. (Socialistisch Leesgezelschap) te Amsterdam 7 Nov. 1899. Zie het verslag in Propria Cures van 11 Nov.

als zou bij ons voorgeslacht in een niet onafzienbaar verleden (1) het collectivistisch beginsel aan het familierecht ten grondslag hebben gelegen.

Het bewijs daarvoor wordt gewoonlijk in de voornaamste plaats ontleend aan de regeling van de bloedwraak, gelijk men die terugvindt in de nog vrij lang van kracht gebleven compositie-stelsels.

Daar waar men het moederrechtelijk beginsel het verst vindt doorgevoerd en de stam-indeeling niet gepaard gaat met eenige inwendige organisatie, zoodat men er niet anders kent dan met al hun belangen van de eenheid afhankelijke en daarin volkomen opgaande individuen, daar „treedt ook bij de bloedwraak het individu volkomen op den achtergrond, daar is het den bloedvrienden geheel hetzelfde of zij den moordenaar zelf dan wel een of ander zijner bloedvrienden verslaan." (2)

Nu zij onmiddellijk erkend dat ook in deze oudere uitspraak van Post weder te veel gegeneraliseerd wordt, dat bij moederrechtelijke volken de strijd niet altijd van stam tegen stam behoeft te gaan, dat omgekeerd ook bij vaderrechtelijke volken de persoonlijke vergelding tot een strijd van familie tegen familie kan ontaarden, ja zelfs tot een erfelijke vendetta zonder ophouden, waarbij iedere daad van vergelding weder nieuwe wederwraak uitlokt. Maar met dat al, kan men toch ook hier tweëerlei beginsel tegenover elkander stellen, het collectivistische, in het algemeen voorkomend bij die vormen

---

(1) Prof. Treub sprak zelfs, volgens het geciteerd verslag (hetwelk op dit punt mogelijk niet geheel volledig is) van het Germaansche recht, zonder er bij te voegen dat de door hem geschilderde toestand, in geen geval behoort tot het tijdperk, waaruit de oudste bronnen afkomstig zijn, en dat er hoogstens uit broksgewijze overblijfselen iets van zou kunnen blijken. Dat dit laatste niet het geval is zal ik hier nu trachten aan te toonen.

(2) Post, Ursprung des Rechts, blz. 84.

van familierechtelijke organisatie, waar het individu volkomen opgaat in de stam-eenheid, tegenover het gradueel-individualistische, waarbij in de eerste plaats de naaste betrekkingen, naar zekere rangorde, tot vergelding van den gepleegden doodslag geroepen zijn en eerst in het uiterste geval, wanneer de bloedwrekers stuiten op overmatigen tegenstand, een krijg van stam tegen stam het gevolg kan zijn.

In het Mosaische recht was de bloedwraak allerminst een strijd van allen tegen allen, maar een geordend rechtsinstituut; bloedwreker was daar de goël, wat men in het Romeinsche recht zou noemen de proximus agnatus; wederwraak tegen hem die zich van de plicht der vergelding gekweten heeft, was uitgesloten (1).

Met betrekking tot de oude Indo-Europeëers maakt Prof. Leist (2) een tegenstelling tusschen straffende vergelding of auctoritaire timorie, uitgaande van hem, die met gezag was bekleed, zoowel over den doodslager als over den verslagene, en plaatshebbend, zoo dikwijls de beide partijen aan een gemeenschappelijk gezag waren onderworpen, tegenover de bloedwraak of individueele timorie, in geval de partijen niet tot eenzelfden gezagskring behoorden, uitgeoefend niet door het hoofd van den kring waarvan de verslagene deel uitmaakte, ook niet door diens stam of familie in haar geheel, maar door diens naaste betrekkingen.

Niet volkomen juist is de uitdrukking „individueel", want de bedoeling is geenszins, dat het individu hier aan zijn lot wordt overgelaten. Behalve de in de eerste plaats geroepen allernaaste betrekkingen, had men

(1) Numeri 25, vs. 37. Volgens Post, Grundriss I, blz. 231 vindt men datzelfde bij Islamiten, Slaven en sommige andere volken.

(2) Prof. Dr. B. W. Leist, Graeco-Italische Rechtsgeschichte (Jena 1884) blz. 290 en volgende.

anderen, die als meer verwijderde betrekkingen subsidiair tot deelname aan de bloedwraak verplicht waren, bij wijze van helpers, om den eigenlijken bloedwreker zoo noodig bijstand te verleenen (1). De tegenstelling met de collectivistische bloedwraak der moederrechtelijke horden ligt niet zoozeer in het individueele optreden, als in de gradueele groepeering van belangen, verband houdend met de inwendige organisatie van de stameenheid in ruimeren zin, waar die zich naar het beginsel der gezinsvorming vertakt heeft.

De vraag waarop we boven doelden met betrekking tot ons Germaansche voorgeslacht, komt nu derhalve hierop neer, of we daar in de oudste tijden, waarvan ons iets bekend is, het gegradueerd-individualistische of het collectivistische beginsel zien praedomineeren.

Het komt mij voor dat de schrijvers, die het meest hebben bijgedragen tot verbreiding van de voorstelling als zou de Germaansche „sibbe" een collectivistisch of communistisch karakter gehad hebben, de beide hier aangegeven beginselen niet altijd scherp genoeg uit elkander hebben gehouden. Zoo schrijft GIERKE in zijn „Rechtsgeschichte der Deutschen Genossenschaft", waarin hij het geslacht, de „sibbe", voorstelt als oorspronkelijk van zuiver corporatieven aard: „Ursprünglich war offenbar die Gesammtheit aller Genossen, das Geschlecht als solches Trägerin, Herrin und Rächerin des Friedens. Die ganze Sippe daher trat wenn an einem Gliede der Gesammtfriede verletzt war in die Schranken, übte die Blutrache, empfing bei gemilderten Anschauungen die Sühne" (2).

(1) Zoo traden bij de Grieken in den Homerischen tijd neven als helpers op, wanneer de broeders van den verslagene de hoofdvervolgers waren, terwijl ook aanverwanten als helpers in aanmerking kwamen. (Zie LEIST, blz. 42).

(2) Blz. 18.

Doch nadat hij in een noot vermeld heeft, dat KRAUT de tegenovergestelde meening is toegedaan en het verkeerdelijk voorstelt alsof de persoon, die tot bloedwraak verplicht was, altijd dezelfde zou zijn geweest als die geroepen was tot de voogdij, laat hij dan volgen deze woorden: „Richtiger stellen Rogge, (Gerichtswezen S 13) und Wilda (Strafr. S 172. 173) den nächsten Verwandten als Nächstberechtigten, und Nächstverpflichteten, mit und neben ihm alle anderen Magen als berechtet und verpflichtet hin."

Hier helt dus GIERKE zelf over tot de meening, dat in de Germaansche sibbe wel degelijk verschil van graad bestond, en dat naar dien maatstaf rechten en plichten binnen den familiekring zich groepeerden, terwijl de deelname van de sibbe als geheel slechts een subsidiair karakter had.

HEUSLER in het eerste deel zijner Duitschen Instituten (1) de meening bestrijdend, als zou de Germaansche familie ooit in vermogensrechtelijk opzicht een rechtspersoon zijn geweest, oppert daarbij eveneens twijfel aan de juistheid van de voorstelling van GIERKE omtrent het corporatief karakter der sibbe: „Ob die Sippe zu irgend einer Zeit als Friedens- und Rechtsgenossenschaft eine corporative Gestalt gehabt haben muss, die erst mit Ausbildung der räumlichen Gemeinden und der öffentlichen Gewalt allmälig zerbröckelt ist, wie GIERKE (Genossenschaftrecht I 16.) annimmt mag hier dahin gestellt bleiben, ich glaube es nicht" enz.

Desniettegenstaande vervalt HEUSLER, waar hij in zijn 2e deel wederom Familie en Sibbe behandelt, zelf eenigszins tot de gewraakte voorstelling, door van GIERKE en BRUNNER (2) de hypothese over te nemen, dat de

(1) Institutionen des Deutschen Privatsrechts, blz. 259.

(2) Schrijver van het zoo straks nader te vermelden geschrift «Sippe und Wergeld».

zoogenaamde „Obervormundschaft" der sibbe een overblijfsel zou wezen uit den tijd toen alle familierechtelijk gezag bij het erfelijk geslachtshoofd, of (gedurende een overgangstijdperk) bij de gezamenlijke leden der sibbe zou berust hebben.

Zoo meent ook POST, met een beroep op BRUNNER, bij de Germanen overblijfselen aan te treffen van het vroegere samenvallen van „Vormundschaft" en „Mundschaft", gelijk hij aanneemt, dat dit allerwege in de familierechtelijke periode regel moet zijn geweest. (1)

Dat daar, waar de leden van een geslachtsverband geen afzonderlijk vermogen kunnen hebben en allen, zonder onderscheid van leeftijd of sexe, rechtstreeks en in alle opzichten onderworpen zijn aan den geslachtsvorst, van voogdij geen sprake behoeft te wezen, is duidelijk. Bij overlijden van den geslachtsvorst gaat diens waardigheid over op zijn opvolger; de door hem uitgeoefende „Mundschaft" valt dus niet weg, zoodat er aan „Vormundschaft" geen behoefte bestaat. Deze toch komt alleen dan te pas, wanneer een minderjarige, door den dood van dengeen, onder wiens potestas hij stond, sui juris wordt. Doch waar de patria potestas niet, zooals te Rome en bij ons, kan ophouden door des vaders overlijden, maar overgaat op een der zoons volgens eerstgeboorterecht (of naar andere regelen), daar ontbreekt natuurlijk het rechtsinstituut der voogdij.

Hoewel het nu, gelijk we boven zagen, ook in de periode van familierechtelijke organisatie volstrekt geen vaste regel is, dat de familie na des vaders dood onder een opvolger van dezen als één gezin bij elkander blijft en ook zelfs bij moederrechtelijke volken het tesamen blijven der Hausgenossenschaften volstrekt niet altijd tot

(1) Grundriss II, blz. 139 v. v.

in het oneindige wordt doorgevoerd, (1) zoo pleegt men tegenwoordig toch veelal aan te nemen, dat de Germaansche sibbe oorspronkelijk een familie-eenheid van tamelijken omvang zou zijn geweest, die aanvankelijk wellicht door een erfelijken geslachtsvorst werd geregeerd, en later een meer republikeinschen regeeringsvorm heeft aangenomen, zoodat toen de „Mundschaft" kwam te berusten bij de vergadering van de volwassen mannelijke leden, of wel van de hoofden der verschillende tot het sibbe-verband behoorende afzonderlijke gezinnen. (2)

Dit door de vergadering der gezamenlijke leden geregeerde geslachtsverband is de oude „Geschlechtsgenossenschaft" gelijk de Germanisten zich haar hebben voorgesteld, zich daarbij beroepend op het feit, dat ook nog in later tijd de familieraad zeker oppertoezicht (Obervormundschaft) uitoefende, toen overigens de voogdij reeds bij den naasten zwaardmaag was komen te berusten.

Onder de volksstammen bij wie dit genootschappelijk karakter nog vrij lang waarneembaar zou zijn geweest, noemt Gierke de Salische Franken, de Friezen en de Saxers: „Hier erscheinen überall bei Rache und Schutz,

---

(1) Desniettegenstaande neemt Post aan, dat van eigenlijke voogdij alleen sprake kan wezen bij de moderne cultuurvolkeren, waar de huisgenootschappen geheel verdwenen zijn: «Es muss die Hausgenossenschaft erst vollständig zerfallen sein wie bei den heutigen Kulturvölkern, wenn sich aus der alten geschlechterrechtlichen Mundschaft ein besonderes Vormundschaftrecht entwicklen soll». Hij schijnt dus van oordeel dat gezinnen die, hetzij vóór of bij des vaders dood, zich splitsen, uitsluitend bij de hoogst ontwikkelde cultuurvolkeren voorkomen. Uit zijn beschrijving van de Hausgenossenschaft in Deel I, blz. 124 en volgende blijkt dit echter niet.

(2) «Bei der Gesammtheit der vollberechtigten Verbandsgenossen oder der Oberhäupter der engeren Familien» zegt Post, Grundriss I, blz. 166. In een noot verwijst hij daar naar hetgeen Brunner omtrent de Germanen meedeelt en naar sporadische verschijnselen van denzelfden aard in verschillende deelen des aardbodems. Hij voegt er echter bij dat deze «Geschlechtsmundschaft» slechts zeldzaam voorkomt.

bei Empfang und Zahlung der Busze die propinqui allgemein betheiligt".

Nu trekt het al dadelijk de aandacht dat propinqui een zonderling woord is om er de leden van een genootschappelijk verband mede aan te duiden. Dit woord toch doelt niet op eenig lidmaatschap, maar op de betrekking tot een bepaalde persoon, geheel subjectief opgevat, gezien van uit het standpunt van die persoon en tevens als iets relatiefs. Propinqui zijn de naaste betrekkingen van een bepaalde persoon, tegenover de meer verwijderde, terwijl er in een zuiver genootschappelijk verband waar de „Gesammtheit" draagster is van alle rechten, geenerlei onderscheid tusschen nadere en verdere betrekkingen in aanmerking komt.

Een niet minder relatief en subjectief karakter heeft het woord, hetwelk in de door BRUNNER vermelde Nederduitsche rechtsbronnen somtijds de plaats van het Latijnsche propinqui inneemt nl. „vrienden" in den tot nog voor betrekkelijk korten tijd gebruikelijken zin van bloedverwanten (1). Ook dit woord doelt allerminst op lidmaatschap van een, zij het dan op verwantschap berustend genootschap, maar op een relatie tot zekere bepaalde persoon.

Ook aan het woord „magen", in dit verband zeer gebruikelijk, meen ik een dergelijke relatieve strekking te mogen toekennen; zelfs van het woord „sibbe", hetwelk voorheen niet zelden als adjectief voorkwam en dan nog wel liefst in den vergelijkenden of overtreffenden trap (2) kan datzelfde worden gezegd.

Neemt men dus de beteekenis der woorden in aan-

---

(1) Men zie o. a. de in het straks uitvoeriger te vermelden geschrift van BRUNNER op blz. 20 geciteerde plaats.

(2) Zie bijv. de door BRUNNER in het bedoelde geschrift op blz. 40, 41 geciteerde plaatsen.

merking dan bestaat er alle aanleiding om zich de sibbe, de maagschap van een bepaalde persoon, zijn propinqui of vrienden, gelijk die tot het betalen of ontvangen van weergeld verplicht of gerechtigd waren, voor te stellen als een kring van naaste betrekkingen rondom die bepaalde persoon gegroepeerd. Gelijk we boven met betrekking tot de Grieken en Italiërs gezien hebben, dat tot bloedwraak in de eerste plaats waren geroepen de allernaaste betrekkingen van den verslagene, subsidiair de meer verwijderden, zoo zal ook hier aan een dergelijke gradueele opvolging moeten worden gedacht. Dat dit heel iets anders is als de corporatieve bloedwraak gelijk GIERKE I. 18. die omschrijft, is duidelijk, want indien het familieverband eenigszins uitgebreid is, kunnen twee leden van datzelfde verband zeer goed verschillende propinqui of naaste magen hebben; de naaste betrekkingen van A zijn dan de meer verwijderde bloedverwanten van B, en omgekeerd.

Wanneer men nu in de uitvoerige studiën van BRUNNER (1) nagaat hoe in den oudsten historischen tijd het weergeld werd verdeeld, dan zal men inderdaad zien, dat verschillende bedragen werden toegekend naar gelang de betrekking tot den verslagene meer of minder nauw was, wat ongetwijfeld moet berust hebben op een oude rangorde, waarin de verwanten tot de bloedwraak geroepen waren. (2)

Ditzelfde geldt van de oppervoogdij der maagschap, waarop men zich in de tweede plaats pleegt te be-

---

(1) BRUNNER «Sippe und Wergeld nach den Niederdeutschen Rechten» in het «Zeitschrift der Sangny-Stiftung für Rechtsgeschichte» III, Germ. Abtheilung.

(2) Men zie vooral het door BRUNNER op blz. 25 v. v. behandelde stelsel der Friezen tusschen Zuiderzee en Weser, hetwelk blijkbaar van hoogen ouderdom moet zijn.

roepen. In historischen tijd bestond de familieraad die in de Nederlandsche rechten met een zekere contrôle op de handelingen van den eigenlijken voogd belast was, uit een kring van verwanten door hun persoonlijke relatie tot den minderjarige daartoe aangewezen. Als orgaan van een corporatieve eenheid was de familieraad volstrekt niet te beschouwen. (1)

Met betrekking tot het latere Germaansche recht wordt dan ook door GIERKE erkend, dat er „Abstufungen von Recht und Pflicht nach Nähe des Grades" bestonden, doch hij beschouwt dit als „Abschwächungen der alten Genossenschaft" en houdt vast aan de gissing, dat in een vroegere periode, toen de sibbe nog in haar volle kracht was, dergelijke innerlijke gradueering daarbij niet bestond, zoodat deze dan eerst ontstaan zou zijn toen de familieeenheid tot ontbinding begon over te gaan.

Meer dan een gissing is het niet; in historischen tijd was het corporatief karakter der sibbe niet alleen verdwenen, maar was zulk een karakter met het wezen van de sibbe zelfs ten eenemale onvereenigbaar. Want welke beteekenis men ook moge toekennen aan het woord „maagschap", dit staat vast, dat de magen, gelijk ze reeds volgens de oudste bronnen tot het weergeld gerechtigd waren, nimmer tot één zelfde familieverband in corporatieven zin kunnen behoord hebben, daar ze den verslagene niet op een bepaalde manier bestonden, m. a. w. omdat de sibbe niet agnatisch maar cognatisch was. Zij omvatte personen, die den verslagene bestonden in de uitsluitend mannelijke lijn, in de uitsluitend vrouwelijke lijn, en evenzeer personen, die met hem gedeeltelijk door vrouwelijke, gedeeltelijk door mannelijke schakels verbonden

(1) Nog bij GROTIUS I, 7 vindt men het gezamelijk optreden der «vierendeelen».

waren. En nu is het duidelijk dat al deze personen onmogelijk samen in één corporatief verband konden staan, want ware dat het geval geweest, dan zou ieder lid tot verschillende, zelfs tot zeer talrijke familiën tegelijk behoord hebben, wat juist ondenkbaar is dáár, waar de familie een corporatief karakter heeft. (1)

Verschillende schrijvers hebben die moeilijkheid gevoeld en haar trachten uit den weg te ruimen met behulp van een nieuwe hypothese. Wil men de sibbe als een oorspronkelijk corporatieve eenheid, als een Geschlechtsgenossenschaft, opvatten, dan moet men haar òf met Rosin een oorspronkelijk streng agnatisch karakter toekennen (2), of anders met Heusler aannemen, dat zij in den grond zuiver moederrechtelijk was.

De vraag of de Germanen als tak van den ouden Arischen stam oorspronkelijk moederrechtelijk waren, althans in den tijd, waarvan de bronnen gewagen, nog sporen van moederrecht kunnen hebben vertoond, die veelbesproken kwestie kunnen we hier thans niet aanroeren, misschien dat daartoe later gelegenheid bestaan zal, wanneer het erfrecht van de Lex Salica ter sprake komt. Wij zullen ons thans bepalen tot de vraag of de sibbe, naar hetgeen er uit den oudsten tijd van bekend is, moet worden opgevat als een corporatief verband op de wijze van de gens te Rome, dan wel over-

(1) Men denke bijvoorbeeld aan de Romeinsche gentes en het zal ieder duidelijk worden dat het lidmaatschap van twee of meer gentes tegelijk iets ondenkbaars was, weshalve dan ook een op cognatie berustende gens iets volstrekt onbestaanbaars zou wezen. Een gens moet bestaan òf zooals te Rome uit personen, die elkander in de uitsluitend mannelijke lijn bestaan (agnaten), of uit verwanten in de uitsluitend vrouwelijke lijn (zuiver moederrecht), doch ze kan nimmer berusten op bloedverwantschap in het algemeen.

(2) «Der Begriff der Schwertmagen in den Rechtsbüchern und verwandten Quellen des Deutschen Mittelalter» door Dr. H. Rosin (1877), bladz. 49 en 76.

eenkomstig het relatief karakter van de woorden sibbe, magen, propinqui, vrienden, moet beschouwd worden als een min of meer toevallige coalitie van personen, door geen anderen band te zamen verbonden dan deze, dat ze allen met een bepaalde persoon (den verslagene, die gewroken moet worden, den minderjarige, voor wiens belangen moet worden gewaakt) door banden des bloeds verbonden zijn.

Om deze vraag te beantwoorden moet men hetgeen BRUNNER omtrent de sibbe naar de Nederduitsche rechten meedeelt, wat nauwkeuriger bekijken dan de schrijvers doen, die zich in deze op hem plegen te beroepen.

Hetgeen daarbij het meest de aandacht trekt, is ongetwijfeld het optreden van de zoogenaamde kluften of vierendeelen. In sommige streken had men alleen een splitsing in vader- en moedermagen (1) gelijk men die nog in ons tegenwoordig erfrecht aantreft, doch het oudste stelsel was blijkbaar dat, hetwelk men bij de Friezen en een deel der Saliërs aantrof (2), waar de verwanten van vadersvaderszijde, van vadersmoederszijde, van moedersvaderszijde en van moedersmoederszijde te zamen de sibbe of maagschap uitmaakten. Onder de vierendeelen moet hier verstaan worden de nakomelingschap van elk der vier overgrootouderlijke echtparen (3). Ontbreken deze, dan komen naar sommige rechten de achtendeelen, d. w. z. de nakomelingen der acht betovergrootouderlijke echtparen op, enz. enz., gelijk men

(1) Zie BRUNNER met betrekking tot de Saxers, blz. 14, Angelsaxers, bl. 17, en een deel der Saliërs, blz. 32.

(2) Zie BRUNNER met betr. tot de Friezen, blz. 21 en 26, Zeeland, blz. 33, en vooral de zoogen. Salische dochterrechten (Holland) blz. 49 en volgende.

(3) Somtijds worden de ascendenten, wanneer die nog leven, zelf meegeteld, somtijds niet. BRUNNER blz. 49.

dat ook in het oud-Hollandsch voogdijrecht vindt. (1)

Dat men hier te doen heeft met een Germaansch-rechtelijk verschijnsel van hoogen ouderdom wordt algemeen erkend; men heeft evenwel nagelaten er met betrekking tot het karakter der sibbe de eenig mogelijke gevolgtrekking uit te maken, n.l. deze, dat de vierendeelen, door BRUNNER de vier stammen der sibbe genoemd, samen nimmer een eenheid kunnen hebben gevormd. Wel spreekt BRUNNER van een *verdeeling*, of zelfs van een *indeeling* van de sibbe in vierendeelen, doch deze uitdrukkingen zijn minder juist, want men heeft hier niet te doen met een geheel dat in onderdeelen wordt gesplitst, maar met vier geheel los van elkaar staande groepen van verwanten, die onderling geen ander punt van aanraking hebben, dan gelegen is in het feit dat ze enkele gemeenschappelijke bloedverwanten bezitten, zonder zelf onderling door banden des bloeds verbonden te zijn.

Ieder lezer kan dit gemakkelijk met het oog op zijn eigen familie narekenen, en zal dan aanstonds bemerken dat er tusschen de verwanten in zijn verschillende vierendeelen onderling geen familierelatie bestaat.

Wij moeten dus noodzakelijk tot de slotsom komen, dat de maagschap of sibbe van het oude Germaansche recht, zooals men die uit de regeling van het weergeld als overblijfsel van de bloedwraak leert kennen, niets had, wat doelt op een corporatief, veel minder op een collectivistisch karakter van de familie.

Nooit kan de sibbe, met hare eigenaardige samenstelling uit kluften of vierendeelen, ontstaan zijn door splitsing of verbrokkeling van eene oudere familie-eenheid. Eerder

(1) Zie DE GROOT I, 7. «Wanneer by uyterste wille op de voogdye niet en is voorsien, soo plag sulx van outs te geschieden bij de vier vierendeelen, dat is de naeste vrunden van 's Vaders Vaderszijde, van 's Vaders Moeders zijde, van 's Moeders Vaders zijde, ende van 's Moeders Moeders zijde.

zou men dan in de rechten der zwaardmagen (agnaten) de overblijfselen van een vroegere gentilicische rechtsgemeenschap kunnen zien, ware het niet dat het optreden der zwaardmaagschap bij de Germanen in vele opzichten een jonger verschijnsel is dan het optreden der sibbe.

Wil men nu niettemin aannemen, dat alle deelen des menschdoms en dus ook ons voorgeslacht oorspronkelijk in op-zich-zelf-staande stammen moeten geleefd hebben, beweert men dat er voor elk volk een tijd moet zijn geweest toen de geslachtsvorst of de familierechtelijke „gesammtheit" naar buiten de drager van alle rechten en plichten was, terwijl inwendig alle belangen der individuen opgingen in de familierechtelijke gemeenschap, dan moet die periode voor de Germanen al tot een zeer ver verwijderd verleden behoord hebben. Het Germaansche recht van den oudsten tijd, kent als levensgemeenschap slechts het gezin, daarbuiten staat de sibbe als toevallige combinatie van personen, die met een bepaalde persoon door banden des bloeds verbonden zijn, zonder dat zij echter onderling door eenigen band waren verbonden, veel minder altesamen deel uitmaakten van een corporatieve of zelfs communistische eenheid.

Om nu de familie in de beteekenis van gentilicisch en agnatisch verband te leeren kennen moeten wij beginnen met den blik te wenden naar den Zuid-Europeeschen tak van den alouden Arischen stam, naar Rome vooral, terwijl men bij de oude Atheners een verwantschapsstelsel kan vinden uit de samensmelting van de natuurlijke maagschap en de agnatische stamverwantschap ontstaan. Met behulp van de kennis van het Atheensche familierecht kunnen wij dan later trachten dieper door te dringen in het familierecht der Germanen, meer bepaald in hun voogdij- en erfrecht, hetwelk een eigenaardige vermen-

ging van agnatische en cognatische bestanddeelen te zien geeft.

Over dit alles in een volgend artikel, waarin wij zullen trachten na te gaan, welke de verhouding is van de beide verwantschapsstelsels, de bloedverwantschap en de stamverwantschap.

H. J. Koenen.

(*Wordt vervolgd*).

Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im Römischen Recht, von HERMANN DEUTSCH, Dr. Jur. Utr. — Berlin, R. L. PRAGER, 1899.

In de *Themis* van 1857, p. 199—242 en p. 413—468 is opgenomen eene verhandeling van den heer Mr. B. E. COLAÇO BELMONTE, met het opschrift: *„Hebben de Romeinen de executeuren testamentair gekend?"* Het resultaat, waartoe de schrijver kwam, was, dat de testamentaire executeele, of wel het beginsel der testamentsuitvoering, den Romeinen bekend was, en dat zij als rechtsinstelling niet in het Germaansch Recht, maar onbetwistbaar in de Wetgeving der Romeinen haren grondslag vindt. Of de schrijver der verhandeling velen overtuigd heeft, zal ik niet beslissen: zeker niet den samensteller van het „letterkundig overzicht" enz. in de *N. Bijdragen voor R. en W.* van 1859 p. 325, noch Mr. W. F. SCHOOK, van wien een opstel: *de uitvoerders van eenen uitersten wil geschiedkundig beschouwd*, gevonden wordt in de *N. Bijdragen* van 1861 p. 405/97. In de 2e uitgaaf van zijn *Ned. Burg. R.*, in 1858 verschenen, schrijft DIEPHUIS, dat „de benoeming van zoodanige uit„voerders van uiterste wilsbeschikkingen ook reeds in „het Romeinsche Recht, wat de zaak betreft, niet onbe„kend was". In zijn later werk laat deze schrijver zich over de zaak niet uit, doch verwijst hij alleen naar het aangehaald opstel van Mr. BELMONTE.

Intusschen blijft de vraag geoorloofd, of, waar erkend moet worden, dat er in het Romeinsche Recht sporen te vinden zijn, dat de Romeinen uitvoerders van uiterste

willen gekend hebben, (ZACHARIÄ à LINGENTHAL, geciteerd door Mr. SCHOOK, l.l. p. 405 n. 2), dat de ontwikkeling van eenige kiemen der thans zoo gewichtige instelling zich in het Romeinsche Recht vertoonde (OPZOOMER, *het B. W. verklaard IV*, p. 343), dat we in het latere Romeinsche Recht „iets dergelijks" vinden (LAND, *Verklaring B. W. II*, 2 p. 147, n. 1), en dat in dat recht de „Vorläufer" der executeuren gevonden worden, en ze dan daarna in het Byzantijnsche Recht en in het ius canonicum voorkomen, daar blijft, zeg ik, de vraag geoorloofd of het ontstaan van het instituut uitsluitend te zoeken is in het Germaansche Recht, en het Romeinsche Recht daarbij geheel buiten invloed gebleven is.

De schrijver van het hierboven genoemde geschrift, ofschoon blijkens den door hem gekozen titel wel de „Voorloopers" der executeurs in het Romeinsche Recht vindende, sluit zich geheel aan bij de, zooals hij zegt, thans heerschende opvatting, dat het rechtsinstituut zijn oorsprong vindt in het Germaansche Recht. Toch moeten ook reeds de Romeinsche erflaters behoefte gevoeld hebben om zich de nakoming van hunne laatste wilsbeschikkingen te verzekeren, door de uitvoering daarvan, uit de handen van geïnteresseerde erfgenamen, in die van niet geïnteresseerde derde personen te leggen. Op welke wijze voorzagen nu de Romeinen in die behoefte? Eene bijdrage tot beantwoording dezer vraag, stelt de schrijver zich ten doel.

In het oudere recht vinden wij den familiae emtor. De erflater, die zich na zijn dood de uitvoering zijner beschikkingen verzekeren wilde, droeg door mancipatio, bij het testamentum per aes et libram, zijne nalatenschap over aan een vriend en droeg dezen — den zoogen. familiae emtor — op, aan wien hij iets en wat

hij dezen daaruit geven moest. De f. e. zelf behoorde niet tot de bedachten; hij werd door de mancipatio eigenaar der nalatenschap, maar mocht niets voor zich zelven behouden. Een recht om van hem de nakoming van de beschikkingen des erflaters te vorderen, hadden, volgens schrijver, de bedachten niet. De testamentaire beschikkingen kon de mancipans, de erflater, veranderen, op de mancipatio familiae kon hij niet terugkomen. Dat de f. e. zoude zijn geweest heres, zooals sommigen meenen dat uit de woorden van GAIUS zoude volgen, is onjuist. Het resultaat van schrijvers onderzoek is, dat de stelling van den familiae emtor deze is: hij verkreeg door een tweezijdige onherroepbare rechtshandeling, den eigendom van des erflaters nalatenschap, om die uit te keeren aan de bedachten: een rechtsplicht hiertoe bestond voor hem niet. Hij is dus uitvoerder van den wil van den erflater: evenwel niet een executeur testamentair „im gemeinrechtlichen Sinne", maar een van bijzonderen aard.

Na den familiae emtor, van het testamentum per aes et libram, komt de erfgenaam voor als universeele uitvoerder van het testament. Hij werd dit, doordat hem lasten opgelegd werden, die hem beletten, zelf iets van de erfenis te genieten. De erflater kon zijne nalatenschap geheel door legaten uitputten, tot zijne bevoegdheid hiertoe door de leges Furia, Voconia en Falcidia werd beperkt. Maar ook daarna kon de erflater zijn doel nog bereiken, door een algemeen fideicommissum, totdat het Senatusconsultum Pegasianum de bepaling der lex Falcidia tot de fideicommissa uitbreidde. Maar ook reeds vóór de lex Falcidia zullen voorzichtige erflaters aan den erfgenaam een deel der nalatenschap hebben overgelaten.

Na kortelijk gehandeld te hebben over de mede-erfge-

namen en legatarissen als uitvoerders van bijzondere beschikkingen, komt de schrijver op de ministri.

De ministri waren bij uitersten wil niet bevoordeelden, aan wie de bezorging van eene bijzondere testamentaire beschikking werd opgedragen, die de erflater alleen als tusschenpersonen wil gebruiken tot bereiking van een bepaald door hem gewenscht doel. Aan deze wordt alleen iets vermaakt, om hen in staat te stellen, den opgedragen last te kunnen uitvoeren. Wilde hem de erflater daarvoor een voordeel toekennen, dan was hij legataris, zoo niet, dan was hij minister. Is de uitvoering van de opdracht niet mogelijk, zoo behoudt de legataris het vermaakte geheel; is het vermaakte niet geheel noodig, om de opdracht uit te voeren, dan behoudt hij het overschot: de minister ontvangt in geen der beide gevallen iets; het hem toegedachte komt geheel of wel het overschot aan de erfgenamen. Waar in de fragmenten van het klassieke recht de legatarissen, met een modus of fideicommis bezwaard, *ministri* genoemd worden, berust dit op interpolatie. De legatarissen van het klassieke recht zijn steeds bevoordeelden; eerst het justinianeische recht heeft legatarissen geschapen, die enkel als werktuig dienen tot uitvoering van laatste wilsbeschikkingen. Of de minister den hem opgedragen last op zich wil nemen of niet, staat hem vrij. Eene actie tegen de erfgenamen had hij niet.

Een andere soort van bezorgers van bijzondere beschikkingen des erflaters kende, naar sommigen meenen, het Romeinsche Recht nog: de dispensatores legatorum. De naam werd door Cuiacius ontleend aan eene novella Marciani. Deze dispensatores legatorum zijn echter niet anders dan òf legatarii, òf ministri. De door Cuiacius bedoelde novella heeft volstrekt niet een bijzondere soort van bezorgers op het oog.

Nog een andere weg stond den erflater open om voor de uitvoering zijner beschikkingen te zorgen: het mandatum post mortem, waaronder dan te verstaan is, een onder levenden gedaan en aangenomen verzoek, gericht op een doen van den verzochte na den dood van den verzoeker.

Over de geldigheid van het mandatum post mortem is gestreden: voor het justinianeisch recht kan die worden aangenomen, niet voor het ante-justinianeische. Onze GERARD NOODT bestreed haar voor beide.

De schrijver bespreekt deze vraag eenigszins uitvoerig; het resultaat van zijn onderzoek is, dat reeds in het vóór-justin. recht mandata post mortem voorkwamen, maar dat de uitvoering van zoodanig mandaat alleen berustte op de moreele verplichting van den mandataris tegenover den mandans; in het justin. recht is de geldigheid uitdrukkelijk erkend.

Door de christelijke keizers werden constitutiën gegeven betreffende de uitvoering van beschikkingen ten voordeele van de pauperes, en de captivi, (ad redemptionem captivorum). De door den testator daarvoor aangewezenen hadden voor die uitvoering te zorgen. Waren zij daarin nalatig, of waren er geene aangewezenen, dan was de Bisschop der plaats tot de uitvoering verplicht.

Zoo stonden de Romeinen, om zoo te zeggen, voor de deur van het tegenwoordig rechtsinstituut: maar, zoo besluit schrijver zijne verhandeling, aan deze gebrekkige regeling van het Romeinsche Recht kon het Duitsche Recht niet aansluiten; gelukkig vond het in het Germaansche Recht betere aanknoopingspunten.

A. VAN WESSEM.

TIEL, 25 Nov. 1899.

Schets van het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht, door Mr. B. J. Polenaar, Advocaat en Procureur te *Amsterdam.* Tweede druk. — Haarlem, H. D. Tjeenk Willink & Zoon, 1899. — 388 bladzijden.

De verdienstelijke poging van Mr. Polenaar, om de studie van het Nederlandsch burgerlijk procesrecht eenigszins meer populair te maken, blijkt met goed gevolg te zijn bekroond. Immers, terwijl het slotwoord van zijn werk, dat als voorrede van den eersten druk heeft gediend, is gedagteekend December 1897, was blijkens de voorrede tot den tweeden druk deze laatste reeds in Augustus 1899 noodig. Het bedoelde slotwoord was mij nog niet bekend, toen ik in Januari 1898 de eerste zeven afleveringen in dit tijdschrift aankondigde. De schrijver trekt daarin terecht den kring van den „ontwikkelden leek" eenigszins nauwer dan de uitgever zich dien mag hebben voorgesteld. Toch betwijfel ik, of zijn werk vele lezers zal hebben gevonden buiten hen, die zich met de studie of met de toepassing van het recht bezighouden. Maar ook het aantal van dezen is groot genoeg, om aan het werk *raison d'être* te geven; en de spoedige uitverkoop van den eersten druk bewijst, dat velen hunner de gelegenheid, om zich door dezen alleszins vertrouwbaren gids in de geheimen van het

procesrecht te laten inwijden, gretig hebben aangegrepen, en dat Mr. POLENAAR derhalve een zeer nuttigen arbeid verricht heeft.

De tweede druk verschilt betrekkelijk weinig van den eersten. Tot gemak van den lezer dient, dat de behandelde onderwerpen thans op den kant der bladzijden kortelijk zijn aangeduid. Een enkel hoofdstuk, dat over geschillen over de echtheid of onechtheid van geschriften, heeft eene omwerking ondergaan. Voorts is, waar het noodig was, rekening gehouden met het tractaat tot het vaststellen van gemeenschappelijke regelen ten aanzien van sommige onderwerpen van internationaal privaatrecht, op de burgerlijke rechtsvordering betrekking hebbende, dat bij de wet van 31 December 1897 (*Stbl.* 275) bekrachtigd werd en waarvan in den eersten druk nog geen melding kon gemaakt worden. De lijdensgeschiedenis van het bij de Tweede Kamer aanhangig ontwerp van wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die ten deele het gevolg is van de onduidelijkheid van enkele bepalingen van dat tractaat, wordt in eene noot bij de voorrede tot den eersten druk even aangestipt. Over de merkwaardige vraag, wat moet gelden bij strijd tusschen de bepalingen van dat tractaat en die van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zoolang de laatste niet overeenkomstig de eerste gewijzigd zijn, laat de schrijver zich niet uit. Dit lag trouwens minder op zijnen weg; te hopen is, dat de reden van twijfel in deze spoedig zal zijn weggenomen.

Den Haag, Februari 1900. J. D. VEEGENS.

VARIA.

De internationale zee-commissie, die 13, 14 en 15 Juli 1899 te Londen bijeenkwam en in 1900 weer te Parijs zal komen, in 1902 wellicht te Napels, behandelde ditmaal de aanvaringen op zee. België, Denemarken, Duitschland, Engeland, Frankrijk, Italië, Japan, Nederland en ook de Vereenigde Staten waren vertegenwoordigd. Wij hadden er C. D. Asser Jr., advocaat uit Amsterdam, J. Boissevain, directeur der Scheepvaart-Maatschappij *Nederland*, B. C. J. Loder, advocaat te Rotterdam, A. Plate, reeder te Rotterdam. De groote kwestie was, of men het continentaal stelsel moet hebben, zooals in ons art. 321 K., of een minder beperkte aansprakelijkheid der reeders, zooals Engeland en de Vereenigde Staten.

In laatstgenoemd land is (het bleek uit wat de Amerikaan W. Mijndersse 14 Juli zeide volgens bl. 8 van 't Verslag) de jurisprudentie thans, dat de aanvaringsschade moet worden gedragen naar gelang van de schuld, niet meer dat het naar gelang der waarde van de schepen moest gaan. Dat de reeder zich redden kan met afstand van het schip, is een beginsel van het Europeesch vasteland, niet overal precies eveneens uitgewerkt, maar toch gewenscht, al heeft Engeland een

stelsel dat den reeder *soms* iets meer kan helpen, n.l. een begrenzing tot pd. st. 7, 8 of 15 per ton. Is een schip nog goed gebleven, dan is zulk een begrensde eisch allicht minder drukkend dan afstand zijn zou.

Dat er vereenigingen bestaan, die tot eenheid van wetgeving wenschen te komen, zoowel in Noord-Amerika als in België, Denemarken, Duitschland, Frankrijk, Nederland, Italië en Noorwegen, en dat er nog meer komen, zei CH. LEJEUNE, vice-president van het Internat. Comité Maritime, een Belg, die Engeland niet noemde, maar van CHOATE, gezant der Vereenigde Staten te Londen, toejuiching kreeg.

De vier te behandelen punten waren 14 Juli, volgens den Engelschen voorzitter PHILLIMORE, die zeide, dat SIEVEKING, uit Hamburg, hem soms zou vervangen, de volgende :

1°. Hoe moet de schade worden verdeeld tusschen de schulddragende schepen ?

2°. Moet het beginsel van proportioneele schadeverdeeling de lading gelden zoowel als het schip of moeten de eigenaars van lading (of andere derden) samen of afzonderlijk kunnen procedeeren tegen de schepen ?

3°. Moet een schip, dat met een ander verwijt verdient, ingeval de inlader het aanvalt krachtens het ladingscontract, zich kunnen beroepen op aansprakelijkheid voor slechts een deel der schade?

4°. Als de evenredigheid voor de lading moet gelden, moet dan de inlader aantoonen in welken graad ieder schip schuld had, of moet het schip, dat zich op schuld van een ander beroept, den graad daarvan aantoonen?

* * *

Dat vraag 1 moest worden beantwoord met een verwijzing naar den graad der schuld, kwam al spoedig

met opgeheven handen tot eenstemmigheid. Over vraag 2, ook in verband met de volgende vragen, was meer strijd. Mr. C. D. Asser Jr. trad op voor ons Nederlandsche stelsel der aanspraak tegen beide schepen tegelijk, in 't belang der inladers. Te meer daar, zooals Chr. Stubbs, Londensch advocaat, ook reeds gezegd had, de aanspraak tegen het eigen schip bij het ladingscontract kan zijn weggenomen, de andere natuurlijk niet. Overigens moet men in Engeland toch ieder der schepen maar voor een deel der schade in rechten aanvallen.

Het debat over vraag 2 leidde tot een eenstemmige beantwoording, n.l. dat vrijlating van alle procedure bij dien strijd te wenschen was.

Vraag 3 werd toen daarop mede eenstemmig beantwoord. Het schip moet zich kunnen verdedigen met beroep op gedeeltelijke aansprakelijkheid.

In hoeverre nu de reeder voor het schip moet instaan, zonder het recht om door cessie daarvan vrij te komen, werd nogal besproken. Volgens Mr. B. C. J. Loder, die meer dan ons K. 321 prijst het Duitsche stelsel van enkele aansprakelijkheid van het schip zelf, veroorzaakt het in Engeland geldige het overgaan van vele Britsche schepen tot andere vlag. Daarop zeide de heer Carver uit Londen, dat het stelsel in Engeland billijker is te achten, maar niet alle landgenooten waren dat met hem eens; de advocaat Elmslie uit Londen b.v. niet, John Glover, te Londen bij de reederijen, ook niet. Een grens der aansprakelijkheid van de reeders is er toch altijd, al beperkt men nu niet juist tot waarde van het schip.

Douglas Owen, advocaat te Londen, sprak nu weer in Carver's geest, maar wilde toch niet, dat, zooals meest op 't vasteland, de reeder zich moet kunnen vrijmaken met afstand van het schip, in welken toestand

ook. In Engeland schijnt, volgens W. B. SPROULE, een wetsontwerp tot wijziging in 't Parlement te zullen voorkomen, in den geest van 't vasteland.

Daarna sprak SIEVEKING uit Hamburg nog voor het stelsel, dat de reeder met scheepsafstand vrijkomt, en wees LAEÏSZ, uit Hamburg, op het gevaarlijke van een speciaal Schotsche wet, die beslag toelaat op een ander schip dan het aanvarende, mits van denzelfden reeder.

Voor het door SPROULE vermelde Engelsche wetsontwerp, kwam onze landgenoot J. BOISSEVAIN nog eens met een woord van aanmoediging, dat door de Belgen ORTMANS (dir. der Soc. Cockerill) en advocaat E. PICARD werd toegejuicht, en later ook nog door CH. MACARTHUR uit Liverpool, behoudens den voorrang tegen de reeders, dien laatstgenoemde wil toekennen aan wie een of meer familieleden verloor. Er was nog een andere bestrijding, n.l. die van Dr. RAIKES, die zeide (bl. 29), dat de scheepvaart juist onder Engelsche vlag het meest vooruitgaat en dat zulks komt, doordien de inlader meer zekerheid heeft, juist omdat de reeder meer aansprakelijk is. Misschien is dat zoo, maar het thans bestaande Engelsche recht werd toch te streng jegens den reeder geacht.

Hoe dit zij, een antwoord op de vraag sub 4° werd gesproken in den zin van vrijlating der rechtsvordering, zoodat de gedaagde het andere schip in de zaak roepen moet.

Voor andere punten werd naar latere vergaderingen verwezen, maar ten deele beantwoordde men nog eenstemmig eenige vragen bevestigend en sprak men, met slechts 5 van de 9 Engelsche leden ertegen, de beslissing uit, dat de eigenaar van een schip de keus moet hebben, zich te bevrijden jegens den eigenaar der lading, door schip en vracht los te laten of door geld te betalen

naar gelang van den inhoud van het schip. Voor schade wegens verlies van leven of voor verwonding geldt zulks niet.

Allen stemden ervoor, dat de zaak der loslating van het schip overal, maar speciaal in Engeland, van Regeeringswege moet worden onderzocht.

De zaak blijft de aandacht trekken en verdienen; het verslag, bij SPOTTISWOODE & Co., 54 Gracechurch Street te Londen, verschenen, almede.

A. HEEMSKERK.

Het *Archief van Handel en Nijverheid* behield GEBR. BELINFANTE te 's-Gravenhage als uitgevers en dezelfde vier redacteurs.

De aflevering 7/8/9, Juli, Aug., Sept. 1899, bl. 163—260, vangt aan met de uitwisseling van het handelstractaat met Mexico, voor den tekst verwijzend naar Kon. Besl. van 11 Aug. 1899 (*Stbl.* n°. 200); geeft daarna het tractaat met Rumenië in vollen tekst; de bij wet van 8 April 1899 (*Stbl.* 93) goedgekeurde overeenkomst dd. 4 Juni 1898, betreffende de wijziging van art. 15 der herziene Rijnvaartakte van 17 Oct. 1868 omtrent de verkrijging van het schipperspatent.

Dan volgt nog in tekst het Kon. Besluit van 9 Jan. 1899 (*Stbl.* 43), dat een Centraal Bureau en eene Centrale Commissie voor de Statistiek regelt, Z. M. Besl. van 6 Oct. 1892 (*Stbl.* 232) intrekkend. De Commissie telt minstens 12 leden, waarvan de helft om de 3 jaren aftreedt, maar terstond weer benoembaar is; de eerste aftreding is 1 Jan. 1902. Een Directeur wordt door H. M. benoemd en ontslagen, woont te 's-Gravenhage en geniet een vaste jaarwedde, benevens vergoeding voor reis- en

verblijfkosten. Die vergoeding krijgen leden en secretaris ook.

Dan volgt nog de wijziging in het Kon. Besl. van 4 Juli 1898 (*Stbl.* n°. 172), na dat van 11 Juli 1899 n°. 156, betrekkelijk melasse en stroop; het Kon. Besl. van 25 Juli 1899 n°. 196 tot vrijstelling van invoerrecht voor collodion, ter vervaardiging van gloeilichtkousjes; het Kon. Besl. van 19 Juni 1899 n°. 116 voor het Kon. Ned. Meteorologisch Instituut te De Bildt.

Na een opgave van eenige Aug.—Oct. 1899 opgerichte Kamers van Arbeid en van het Kon. Besl. dd. 20 Juli n°. 164 omtrent de meting van binnenvaartuigen geeft het *Archief* nog den tekst van enkele wetten en reglementen, die zeker voor handel en nijverheid kunnen van belang zijn. Dan volgt het ijkwezen in Ned.-Indië (bl. 210 tot 216), de verordening van 5 Mei 1899 betreffende het verleenen van concessie om metalen te winnen in de kolonie Curaçao.

Dan zijn de mededeelingen en berichten aan de beurt; allerlei omtrent invoerrechten, de toetreding van Japan tot de bescherming van den industrieelen eigendom, tractaat 20 Maart 1883, de toeneming van het vervoer van kaas en kaarsen uit Nederland naar de Spaansche kolonies, sedert zij Amerikaansch werden, de invoer van vleesch en vee in Engeland, enz. enz. De kolenmijnen in Limburg brachten in 1898 wat meer op dan in 1897.

Het in België bij Kon. Besl. van 4 Aug. (*Mon. Belge* 25 Aug. 1899) ingevoerd reglement op de politie op de openbare wegen, in vollen tekst opgegeven, zal wel lezers interesseeren, misschien ook nog de invoer van margarine in Engeland, waarbij Nederland de kroon spant, veel meer dan met boter en kaas. Dat onze invoer uit België nu grooter is dan onze uitvoer daarheen, en dat dit verschil (in 1896 anders) in 1898 meer was dan in 1897,

is misschien een nuttige opgave voor menig lezer.

Over 't geheel blijft het *Archief* een interessant tijdschrift, dat heel wat kennis kan en moge blijven verspreiden!

Na de recensie in *Themis* 1899 bl. 179 e. v. ben ik niet teleur gesteld.

A. H.

Bij den uitgever J. Bokma Hz. te Utrecht verscheen 6 Jan. 1900 onder den ouden titel *Maatschappelijk Werk* n°. 1 van den tweeden jaargang, n.l. Afd. A *Sociale Economie*, bl. 1—8. Hoofdredacteur Mr. Dr. H. S. Veldman te Delft, redacteurs J. H. F. Ritter en Mr. J. J. Belinfante. Een zeker aantal namen van medewerkers zijn ook opgegeven. Blad A zal nu alle 14 dagen uitkomen en blad B eveneens, bij afwisseling.

De abonnementsprijs voor beide samen wordt *f* 4 per jaar, de afzonderlijke nummers kosten 10 cts. Blad B zal, met gelijken hoofdredacteur, als redactie tellen: Mevr. M. E. H. Sandberg—Geisweit v. d. Netten, Mr. J. J. Belinfante, Dr. J. H. Gunning J.Wz. en A. A. J. Quanjer. De redactie voegt hier nog bij, dat vroegere abonnés geen prijsverhooging ondergaan, en opent zoo blad A.

De titel Sociale Bespiegelingen geeft een vervolg van n°. 52 van den vorigen jaargang van B, besprekend een betoog van den heer v. Outhoorn omtrent middelen om het maatschappelijk tekort te dekken. Vak- en ambachtsscholen, volksbibliotheken, musea en dergelijke instellingen, nevens besparing op drankverbruik zouden z. i. veel kunnen doen. Ook een emigratiefonds, droogmaking der Zuiderzee, een arbeidsbeurs dienen te komen, waar de bevolking steeds toeneemt.

Daarna komen de Inrichtingen voor Ambachts-, Vak-, Huisonderwijs enz. in Nederland, waar R. ditmaal onder N°. XX de Industrieschool voor Meisjes te Rotterdam bespreekt van 1886 tot 1898, verwijzend naar de brochure der directrice, Mej. C. A. DUKER, in 1898 verschenen. Van 50 tot 286 is een mooie stijging van 't getal leerlingen.

Dan volgt het bevolkingsvraagstuk met een bespreking van het Duitsche werk van E. v. HARTMAN, en ten slotte onder de Rubriek Uit het Maatschappelijk Leven het aan het *Dagbl. v. Z.-H. en 's-Grav.*, 1 en 2 Jan., ontleende stuk van heel wat Amsterdammers voor oprichting van een fonds tot steun van de door den oorlog aan de Kaap lijdende diamantwerkers.

Dit eene nummer gaat meer den weg op van mededeeling van gegevens dan van eigenlijke bespreking, opgave van opinies. Belangrijk blijft dat voor menig lezer. Kennis verspreiden is al veel. Men zal ook wel niet te streng zijn met het toelaten van betoogen en dan veel lezers vinden.

A. H.

In October 1899 kwam bij J. E. BUSCHMANN te Antwerpen § 5 van het *Bulletin* de l'Association Belge pour l'Unification du Droit Maritime. Het is 77 bl. groot en levert den tekst van het Belgisch Wetsontwerp op de binnenscheepvaart en de verzekering daarbij (artt. 58—77 C°.), met de opmerkingen der Commissie, zamengesteld uit de Heeren J. LANGLOIS, A. MAETERLINCK, advocaat, en CH. LE JEUNE, makelaar. Ook bevatten bl. 27—30 een brief van Mrs. TH. SMEKENS en G. SPEE te Antwerpen aan de Kamerleden VAN DEN BROECK en DELBEKE omtrent dat Wetsontwerp. De Duitsche wet van 15 Juni

1895 wordt daar geprezen. Ook volgt bl. 31—34 een betoog in dien zin van J. LANGLOIS, CH. LE JEUNE en A. MAETERLINCK, daarna bl. 35—43 het stuk, door de Belgische Vereeniging tot Unificatie 17 April 1899 aan de Kamers van Vertegenwoordiging gezonden, door haar Secretaris L. FRANCK onderteekend. Ten slotte nog de tekst der amendementen, voorgesteld door een of meer der genoemde Kamerleden, met daaronder wat de Association daar nog nevens wenscht.

Zoo komt Antwerpen wel tot behoorlijke toelichting van het wetsonderwerp en zal misschien later de wet des te meer duidelijk zijn. Hoe meer bespreking, des te beter.

A. H.

Het *Zeitschr. f. d. Ges. Handelsrecht* was in 1899 het 48e Deel. Heft 3 en 4, weer te Stuttgart, bij FERD. ENKE verschenen, loopen van Bl. 389—640, met registers, ook van de behandelde wetten en inhoudsopgave (bl. III—XI) voor 't geheele jaar, die onder meer ook van Nederland twee wetten vermelden, beide dd. 2 Mei 1897, n.l. de oprichting van Kamers van Arbeid en de wijziging van art. 748—755 K. Dat met 1 Jan. 1900 een nieuw Wetb. v. K. en een nieuwe Konkursordnung (faillissementswet) in Duitschland in werking treden, is misschien wel bekend. Dr. NEUKAMP, rechter te Göttingen, vermeldt het in zijn stuk V, bl. 450—507, dat 5 §§ bevat en getiteld is: „het dogma der balanswaarheid". Hij acht het wat laag taxeeren der activa niet door de wet verboden en ook niet verkeerd. Het sluit te hooge dividenden uit. Art. 261, 1—3 van het nieuwe Wetboek wordt door hem in dien geest aanbevolen.

Stuk III, bl. 389—417, waarmede Heft 3 begint, is

van J. Heckscher, Deensch Consul-Gen. te Gothenburg, en heet „die Nordischen Checkgesetze". Die wetten zijn ook in Denemarken ingevoerd en worden door schr. nogal geprezen.

In stuk IV, dat nog zal vervolgd worden, geeft G. Schirmeister, te Schöneberg-Berlijn, een uitvoerig betoog over het begrip koopman in 't Duitsche handelsrecht, daarbij ook vermeldend Spanje, Wetb. 22 Aug. 1885 en Zwitserland, Wetb. 14 Juli 1881, art. 865, 4. Ons Nederlandsch Wetboek schijnt schr. niet te hebben gelezen, maar hij is voor uitbreiding van 't begrip koopman, vooral tot de grondbezitters.

Stuk VI, bl. 508—520, is van Keyszner. Het bespreekt artt. 237, 245 en 320, 3e van het nieuwe Wetb. v. Kooph., gewijd aan den Raad v. Toezicht en diens betaling. Al wat naamlooze en commanditaire vennootschap met aandeelen betreft. De Raad v. Toezicht volgt eerst *na* 4 pCt. voor de aandeelhouders. Dat kan ook wel bepaald worden in zake de bestuurders (der Vorstand), maar de wet schrijft zulks niet voor.

Dr. Sievers, te Leipzig, geeft nog een lang Stuk VII, dat tot bl. 589 loopt, getiteld is: „de Vereeniging tot Verzekering met Wederkeerigheid", en een aanhangig ontwerp bespreekt voor een Rijkswet omtrent de particuliere ondernemingen ten dezen. Dat ontwerp telt 117 artikelen, in 9 afdeelingen, behandelend enkel de ondernemingen en particulieren, stelt overigens een Staatstoezicht, zooals de Zwits. wet dd. 25 Juni 1885. Tot nog toe heeft men in Duitschland geen speciale wetten omtrent verzekering-maatschappijen met wederkeerigheid, behalve in Elzas-Lotharingen de Fransche wet van 22 Jan. 1868 en in Saksen de wet van 15 Juni 1868. Het ontwerp geldt niet voor wat vroeger kwam, b.v de Levensverzekeringbank en de Brandverzekeringbank voor Duitsch-

land, beiden te Gotha (bl. 544). De directeur, de Raad van Toezicht en nog een Opperorgaan worden voorgeschreven (bl. 545—554). Voor reeds bestaande ondernemingen wordt verwezen naar de wet van 1 Mei 1889. De Raad van Toezicht moet geen percentages trekken. In de Verwaltung (het beheer) wordt veel overgelaten aan het Staatstoezicht, bij wijziging van statuten van het Opperorgaan. Altijd eischt het ontwerp daartoe een meerderheid van $^3/_4$ der stemmende leden (bl. 559). In art. 55 wordt jaarlijksche sluiting van boek gevorderd, evenals het Wetb. v. Kooph. zulks doet bij kooplieden. Reservefonds moet worden opgericht (art. 30). Ieder lid der Vereeniging moet verzekerde zijn en dat wordt één contract samen, dat ook mag worden opgezegd. Verder òf omslag van kosten, òf het vooruitheffen van bijdragen (bl. 568).

Nevens het recht der leden op verdeeling van overschot staat ook een plicht om tekort door latere bijdragen te dekken. Het wetsontwerp is op dat punt niet duidelijk genoeg (bl. 569). Maar men mag, zooals in de Saks. wet, die bijdragen niet uitsluitend ten behoeve van leden doen komen.

Andere schuldeischers gaan veeleer voor. Geen compensatie voor de verplichting tot inlage tegen de vordering van een lid op de vereeniging (bl. 571, art. 26). Dat ware in 't nadeel der schuldeischers van deze. Bl. 573/577 bespreken de rechten der leden persooonlijk. Schr. acht die nog niet genoeg overdacht om ze reeds in de wet te zetten, verwijzend vooral naar een stuk van Dr. Ehrenberg, prof. te Göttingen, in 1898 voor den Duitschen Juristendag te Posen geleverd. Bl. 578/580 zijn gewijd aan verandering, in 't reglement bij meerderheid te brengen. Het Rijksgerechtshof deed daaromtrent reeds vrij wat uitspraken, meer ten gunste der verzekerden dan

anders. In dien geest wil het wetsontwerp voortgaan, zonder een nieuw wetsartikel.

Dan komen nog de bepalingen omtrent ontbinding der Vereeniging. Die zijn als artt. 292—302 Wetb. v. K. omtrent nl. vennootschap, maar art. 42 van 't Ontwerp schrijft voor, dat een besluit tot ontbinding, waartoe drie vierden der verschenen leden en verder de goedkeuring van het Staatstoezicht moeten samengaan, overigens een termijn moet stellen voor opheffing van bestaande contracten.

Schr. noemt ten slotte (bl. 589) het ontwerp mooi en volledig.

De *Rechtsquellen* geven (bl. 590—599) den tekst der Duitsche Bankwet van 7 Juni 1899 en twee aankondigingen, n.l. van 't Bulgaarsche Wetboek van Koophandel, Fransche vertaling van N. A. Pavlitis, Philippopel 1898, en van de Japansche Handelswetgeving met hare vertalingen in Duitsch, Engelsch en Fransch door L. Lönholm, hoogl. te Tokyo. In Bulgarije kwam het Wetboek 1 Jan. 1898 in werking, zonder veel van de Hongaarsche en de Italiaansche wetgeving af te wijken; in Japan is men sedert 1 Juli 1893 zoover voor vennootnootschappen, wissels, cheque en faillissement, maar zal men wellicht spoedig ook een volledig Wetboek v. Kooph. hebben. De Senaat schijnt daar te komen vóór de andere Kamer, had al eens het ontwerp eenstemmig goedgekeurd, toen door ontbinding de Tweede Kamer in de afhandeling werd belet.

De *Rechtssprüche* (bl. 600—610) ditmaal enkel het arrest dd. 18 Jan. 1899 van het Rijksgerechtshof I Civ. Senaat, omtrent de verplichting der borgen voor tekort bij de Berlijnsche Bedrijfstentoonstelling 1896. N.l. een artikel van K., dat arrest goedkeurend, hetwelk, evenals de

vorige uitspraken ten dezen, de borgen tot betaling had veroordeeld.

Dan volgen nog (bl. 611—632) zes recensies onder den titel *Literatur*, daarna een Register, eerst voor de behandelde wetsartikelen, verder alphabetisch voor de onderwerpen van 1899. Alles beoordeelen gaat moeilijk, maar menigeen zal in het *Zeitschrift* met veel genoegen nogal wat blijven vinden!

A. H.

Het *Archivio Giuridico* bleef in 1899 verschijnen te Modena, met Prof. Enrico Serafini als Directeur.

Het deeltje van Mei/Juni was het einde van Deel III of LXII, en werd dan ook door een Register (Indici) gevolgd. Met Juli/Augustus begon Deel IV of LXIII.

L. Barassi, advocaat te Milaan, zette bl. 419—498 zijn met bl. 333—363 begonnen beschouwing over het instaan voor obligaties voort, zonder ze nog te eindigen. Dat Italië meer dan één Hof van Cassatie telt, wat vreemd moet werken, kan de lezer bespeuren, bl. 437, nevens veel leerrijks in het *Archivio*. Dat de artikelen in Mei/Juni en ook in Juli/Augustus door wie ze schreven, het bestaan aantoonen van heel wat hoogescholen in Italië, o. a. te Modena, te Palermo, te Catania, te Urbino, te Turijn, te Milaan, te Pisa, maakt het tijdschrift des te meer interessant. Maar het gaf ook weer heel wat, n.l. een slotartikel over de verdeeling van grondeigendom in Italië, tijdens het Romeinsche Keizerrijk; een stuk over § 3 Inst. de Emptione et Venditione, III, 23; de Wetboeken van Sicilië in de 14e eeuw; de vermelding met critiek erbij van Ital. rechtspraak omtrent handelsrecht (bl. 562—574 van Prof. H. Navarrini te Urbino),

waar ook Napels en Rome als cassatie worden vermeld, evenals bl. 437 Turijn. Daarop volgde een 12-tal recensies, meest van Italiaansche stukken, maar toch ook van een paar Duitsche en Fransche. Toen nog enkele boekbeoordeelingen.

Het deeltje van Juli/Aug. begint met een beschouwing van adv. E. Barsanti, te Florence, over opheffing van een termijnscontract door verandering in den staat van zaken, waarna (bl. 36—82) dan weer een vervolg komt, nog geen slot, van het stuk van adv. L. Barassi. Daarna bespreekt, bl. 83—145, de Prof. C. A. Conogliani, te Modena, de kapitalistische Staathuishoudkunde van Loria, vooral op grondeigendom en de opbrengst daarvan ziende en met Ricardo's oude grondrentetheorie nogal in strijd, m. i. wat meer dan juiste overweging dier theorie medebrengt. Prof. Tamassia, te Padua, geeft een stuk over een Besluit van Keizer Otto II, het naleven van Romeinsch Recht verordenend en van het jaar 876. Bl. 154—64 komt een privaat-docent aan de Hoogeschool te Pisa, Dr. Baviera, met een nieuwe conjectuur omtrent de *Libri ad Vitellium* van Sabino.

Op dit vijftal hoofdartikelen volgen weer recensies (nos. 42—50), waarvan drie behandelen Fransche boeken en één een Duitsch boek. Dan komen nog (nos. 42—51) op bl. 198—203, onder den titel *Cenni bibliografici*, eenige werkjes in behandeling, uitgegaan ten deele van Italianen, ten deele ook van Fransche of Duitsche juristen of economisten. Zoo komt, met nog een lijst op bl. 204/5, vermeldend een aantal nieuwe uitgaven in Italië, Duitschland en Frankrijk, in 1899, het deeltje Juli/Aug. aan zijn eind. Menigeen zal ook wel weer gewenschte inlichtingen vinden!

A. H.

THEMIS.

LXIste deel. — DERDE STUK.

Kerkbouw.

(Art. 7 der wet van 10 Sept. 1853, Stbl. n. 102.)

In het algemeen wordt voor het oprichten of inrichten van een kerkgebouw geen bijzondere vergunning gevorderd. Op dien regel bestaat echter eene uitzondering. Deze vindt men in art. 7 der wet van 10 Sept. 1853, S. n⁰. 102, „tot regeling van het toezigt op de onderscheidene kerkgenootschappen".

Het eerste lid van dat artikel bepaalt:

„Elke oprigting of inrigting van een gebouw tot uit„oefening van de openbare godsdienst, binnen den afstand „van twee honderd ellen van eene bestaande kerk, ver„eischt in het belang der openbare orde een onderzoek „omtrent de plaats van vestiging".

Bij wien berust de beslissing? Het tweede lid van art. 7 geeft het antwoord:

„Vóórdat de oprigting of inrigting wordt toegelaten, „wordt daaromtrent door het gemeentebestuur beslist. Deze „beslissing is vatbaar voor een beroep op Gedeputeerde

„Staten, en, bij bezwaar ook tegen de beslissing van „deze, wordt hunne uitspraak aan Onze eindbeslissing „onderworpen. Het besluit, door Ons te nemen, na den „Raad van State te hebben gehoord, wordt met redenen „omkleed en openbaar gemaakt".

Deze bepaling geeft aanleiding tot eenige vragen van formeelen en van materieelen aard, die ik hier wil trachten te beantwoorden, voorgelicht door ettelijke Koninklijke beslissingen.

In de eerste plaats: wie kunnen beroep instellen?

Dat het recht van beroep openstaat voor hem wiens aanvrage om verlof door het gemeentebestuur is afgewezen, is niet twijfelachtig. Zoolang de Afdeeling van den R. v. S. voor de geschillen van bestuur bestaat, heeft het zich vijf keer voorgedaan, dat de aanvrager van eene voor hem ongunstige beschikking van G. S. bij de Kroon in beroep kwam. Geen enkele maal is er eene niet-ontvankelijkverklaring uitgesproken. De eindbeslissingen zijn genomen bij KK. BB. van 31 Maart 1877 n°. 20 (R. v. S. XVII, 149) 1), 1 Mei 1877 n°. 17 (R. v. S. XVII, 240), 5 Oct. 1879 n°. 21 (R. v. S. XIX, 413), 23 Juni 1881 n°. 79 (R. v. S. XXI, 337), 16 Dec. 1890 n°. 40 (R. v. S. XXXI, 1).

Kan het gemeentebestuur dat de vergunning geweigerd heeft, als door G. S. — na ingesteld beroep — anders beslist wordt, in hooger beroep komen bij de Kroon? De wet zwijgt. Maar ligt het niet in den aard der zaak, dat zoodanig beroep is uitgesloten? Er is wel aan getwijfeld, maar de jurisprudentie heeft de vraag in dezen zin beantwoord, dat het gemeentebestuur *geen* recht van beroep heeft. Aldus is beslist, de eerste maal bij

---

(1) Hiermede is bedoeld de uitgaven van GEBR. BELINFANTE, getiteld: *Raad van State, Afdeeling voor de geschillen van bestuur.*

K. B. van 28 Juli 1865 n°. 68 (R. v. S. V, 310). Het gold toen den bouw van eene R.-K. kerk te Oude-Tonge. Het gemeentebestuur had zwarigheid gemaakt; in het ongelijk gesteld door G. S. van Noord-Brabant, had het 's Konings eindbeslissing ingeroepen. Maar de Koning overwoog: „dat art. 7 der wet van 10 Sept. 1853 (*Stbl.* „n°. 102) tot regeling van het toezigt op de onderschei- „dene kerkgenootschappen, aan het gemeentebestuur een „onderzoek in het belang der openbare orde en eene „beslissing in eersten aanleg opdragende, dat Bestuur „daardoor plaatst in eene onpartijdige stelling; — dat „derhalve het collegie van Burgemeester en Wethouders „niet bevoegd is, tot handhaving zijner eigene beslissing, „van de uitspraak van Gedeputeerde Staten in hooger „beroep te komen."

En toen 24 jaar later B. en W. van Willemstad zich bezwaard gevoelden over eene vergunning door G. S. dier zelfde provincie verleend tot het oprichten van een kerkgebouw binnen den afstand van 200 M. van de bestaande Hervormde Kerk, toen werd wederom overwogen, thans bij K. B. van 19 April 1890 n°. 44 (R. v. S. XXX, 169), „dat art. 7 der wet van 10 September 1853 (*Stbl.* „n°. 102) tot regeling van het toezigt op de onderschei- „dene Kerkgenootschappen, aan het Gemeentebestuur een „onderzoek in het belang der openbare orde en eene be- „slissing in eersten aanleg opdragende, en het derhalve „plaatsende in eene stelling waarin het niet als partij „aangemerkt worden kan, juist daardoor dat bestuur „uitsluit van de bij hetzelfde artikel gegeven bevoegdheid „om tegen de uitspraak van Gedeputeerde Staten in „beroep te komen."

Is dan alleen aan den aanvrager beroep toegekend? Er zou grond bestaan om het te onderstellen. Vooreerst is er geen termijn van beroep bepaald. Voor den aan-

vrager is zulk een termijn niet noodig. Hij heeft reden om zich te haasten. Zoolang hij de vergunning niet heeft, mag hij het kerkgebouw niet in gebruik nemen. Immers het derde lid van art. 7 bepaalt: „Wanneer de „oprigting of inrigting zonder verlof heeft plaats gehad, „wordt het gebouw gesloten." Maar anderen voelen dien prikkel niet. Zij zouden met het instellen van beroep kunnen wachten totdat het gebouw zijne voltooiïng genaderd was. Werd het dan toegewezen, groote nadeelen zouden er voor den aanvrager uit voortspruiten. Alle kosten waren voor niet gemaakt. Voorts is niet voorgeschreven, dat hem die het verlof verkregen heeft kennis zal worden gegeven van het beroep. Het beroep zou dus kunnen worden ingesteld, zonder dat hij die het meeste belang bij de zaak heeft, er in den eersten tijd iets van vernam.

Dit alles pleit voor eene bevestigende beantwoording van de hierboven gestelde vraag.

Intusschen, de wet bevat eene dusdanige beperking van het recht om in beroep te komen niet. Dies moet men — volgens de jurisprudentie — aannemen, dat het beroep ook opengesteld is voor den eigenaar van 't bestaande kerkgebouw, in welks nabijheid de nieuwe kerk zal worden gesticht. Reeds in 1863 werd aldus beslist. Daarbij gold het de oprichting van een kerkgebouw voor de Hervormde Gemeente te Wezep (Gelderland) binnen den afstand van 200 ellen van de kerk der Christelijke Afgescheiden Gemeente aldaar; het bestuur van de laatste had beroep ingesteld. Het K. B. van 30 April 1863 n°. 80 (R. v. S. II 232) overweegt: „dat de wet niet alleen de weigering „van het verlof, maar in het algemeen de beslissing van „het gemeentebestuur, hoe die ook zij, aan het beroep „op Gedeputeerde Staten onderwerpt, en een beroep tegen „een verleend verlof van niemand eerder dan van het

„bestuur der bestaande Kerk, kan worden verwacht; —
„dat hiertegen niet afdoet de opmerking van Ged. Staten,
„dat de wet geene kennisgeving van de beslissing aan
„het Bestuur der bestaande kerk en geen termijn voor
„het door dat Bestuur in te stellen beroep heeft voorge-
„schreven; dat toch zoodanige kennisgeving aan anderen
„dan de aanvragers der vergunning, en zoodanige termijn
„van het hooger beroep, evenmin zijn voorgeschreven in
„het Koninklijk besluit van 31 Januarij 1824 (*Staatsblad*
„n⁰. 19), hetwelk in zijn art. 11 dat hooger beroep uit-
„drukkelijk, zoowel tegen admissie als tegen weigering
„van vergunning tot oprigting van fabrieken, toelaat."

Stilzwijgend aangenomen is de ontvankelijkheid in de Koninklijke besluiten van 1 October 1863 n⁰. 56 (R. v. S. III 211), 8 Januari 1864 n⁰. 69 (R. v. S. IV 14), 27 Juli 1864 n⁰. 43 (R. v. S. IV 253), 28 Juli 1865 n⁰. 68 (R. v. S. V 310), 27 October 1874 n⁰. 15 (R. v. S. XIV, 444), 22 Maart 1875 n⁰. 17 (R. v. S. XV, 100), 29 Mei 1875 n⁰. 34 (R. v. S. XV, 234), 16 Dec. 1887 n⁰. 20 (R. v. S. XXVIII, 1), 10 Maart 1888 n⁰. 13 (R. v. S. XXVIII, 193), 30 Jan. 1890 n⁰. 25 (R. v. S. XXX, 80), 7 Sept. 1890 n⁰. 28 (R. v. S. XXX, 486), 18 Nov. 1892 n⁰. 37 (R. v. S. XXXII, 845), 12 Dec. 1892 n⁰. 35 (R. v. S. XXXIII, 3), 12 Aug. 1895 n⁰. 26 (R. v. S. XXXV, 500), 11 April 1899 n⁰. 56 (R. v. S. XXXIX, 356).

De leer in deze Koninklijke besluiten gehuldigd heeft hare bestrijders, maar ook hare verdedigers gevonden. Bestreden is zij in de *Gemeentestem* n⁰. 571 en n⁰. 607.

„Uit den aard der zaak" — aldus leest men in n⁰. 571 van dat blad — „kan slechts aan hem, die in eene zaak „partij is, het regt van hooger beroep worden toegekend, „en wij beweren dat in deze zaak het kerkbestuur der „bestaande kerk geen partij kan wezen.

„Men heeft in deze zaak aan de eene zijde het kerk-

„bestuur dat de oprigting der nieuwe kerk verzocht, aan „de andere zijde de openbare orde; of door de voorge„nomen oprigting aan de openbare orde schade kan „worden toegebragt, dat is de vraag, waarover het ge„meentebestuur te beslissen heeft. Is deze beslissing on„juist; weigeren Burgemeester en Wethouders, waar zij „toegeven, geven zij toe, waar zij weigeren moesten, dan „wordt òf het belang der oprigters van de nieuwe kerk „òf het belang der openbare orde gekwetst; dit laatstge„noemde belang echter wordt niet door het kerkbestuur der „bestaande kerk vertegenwoordigd, het openbaar belang „wordt vertegenwoordigd door de openbare magt, het „kerkbestuur der bestaande kerk kan alleen zijn privaat „belang vertegenwoordigen.

„Bij een beslissing van Burgemeester en Wethouders, „die men acht in strijd met het belang der openbare „orde te zijn, met andere woorden, indien Burgemeester „en Wethouders hebben toegegeven, waar men beweert, „dat zij hadden moeten weigeren, kan nimmer aan het „kerkbestuur der bestaande kerk een hooger beroep toe„komen."

Dan volgen de reeds medegedeelde betooggronden, hieraan ontleend, dat in art. 7 noch van eene mededeeling of bekendmaking de beslissing, noch van een termijn van beroep sprake is.

In nummer 607 wordt deze meening nog nader toegelicht, in eene bestrijding van het K. B. van 30 April 1863 n°. 80.

„In de opvatting der Regering" — zoo leest men aldaar — „komt men tot de meest zonderlinge resul„taten. Indien men het regt van hooger beroep niet be„perkt tot hen over wiens zaak beslist is, maar dit geeft „aan allen die tegen die beslissing in het belang der open„bare orde bezwaren meenen te kunnen inbrengen, terwijl

„voor de instelling van dat beroep bovendien volstrekt „geen termijn gesteld is, dan wordt het veld onbegrensd „en is er geen einde aan de zaak te zien.

„Heeft het Kerkbestuur der bestaande kerk regt van „hooger beroep dan zien wij volstrekt geen grond om „dit regt aan anderen, die evenmin in de zaak zijn „gemengd geweest, te betwisten; elk ingezetene des Rijks, „die van eene dergelijke beslissing verneemt, en meent „daartegen in het belang der openbare orde bezwaren te „kunnen inbrengen, zal dan hooger beroep kunnen „instellen."

Verder wordt opgemerkt, dat het beroep nog zal kunnen worden ingesteld als de nieuwe kerk reeds voltooid is, en deze dan zal moeten gesloten worden, als zonder verlof opgericht; „immers zoolang de eindbeslissing niet „is gevallen, kan er geen verlof tot oprigting geacht „worden te bestaan". Het beroep op het K. B. van 31 Jan. 1824 (*Stbl.* no. 19), wordt gewraakt, en vervolgens uit de geschiedenis der vaststelling van art. 7 betoógd, dat het de bedoeling met de toekenning van een hooger beroep bepaaldelijk geweest schijnt te zijn om eene ongegronde weigering van het verlof tot oprichting (waarvoor men bevreesd was) zooveel mogelijk te voorkomen.

Op die geschiedenis komen wij straks terug.

Mr. P. F. H(UBRECHT) (*Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur*, IV, 134) daarentegen wil het recht om in beroep te komen ruimer openstellen. „De al of niet-bevoegdheid tot het instellen „van het bedoelde hooger beroep zoude ik" — schrijft deze rechtsgeleerde — „alleen laten afhangen van het „belang dat derden bij de zaak kunnen hebben".

Deze opvatting heeft weer een bestrijder gevonden in Mr. C. J. R. NOBEL, die in denzelfden jaargang (blz. 251—253) betoogt, dat handhaving van de openbare orde en

geenszins bescherming van den eeredienst doel is van de wet; dat het niet de taak is van eenig kerkbestuur om de openbare orde te handhaven; en dat het hooger beroep, aan geen termijn gebonden, nog zou kunnen worden ingesteld, nadat de kerkbouw reeds lang voltooid was.

Mr. E. L. van Emden (*Rechtspraak van Léon*, II 64) bovenstaande plaatsen vermeldende, schaart zich aan de zijde der bestrijders van het K. B., „vooral omdat de Minister van „Justitie, die deel heeft uitgemaakt van „het kabinet, waarvan de wet van 1853 afkomstig is, „zich in de zitting der 2de Kamer van 13 Maart 1856 „heeft verklaard in een zin, strijdig met de bij dat „besluit gehuldigde leer". Die verklaring doet z. i. de bedoeling der wet kennen.

Inderdaad zijn 's Ministers woorden allermerkwaardigst. Zij luiden aldus (Bijbl. 1855—1856, II p. 644):

„Wat volgt nu daaruit [nam. uit den inhoud van art. 7] Mijne Heeren? Daaruit volgt dat het gemeente-„bestuur beslist en dat er een beroep is op Gedeputeerde „Staten. Maar voor wie? Voor elk die binnen de 200 „ellen gelegen is van de kerk? Volstrekt niet. Dat beroep „is alleen gegeven aan dengene wien de toelating gewei-„gerd wordt. Wanneer het gemeentebestuur weigert de „concessie te verleenen en dus het eigendomsregt beperkt „wordt, dan heeft degene, wien dat geweigerd is, een „beroep op Gedeputeerde Staten, en als ook Gedeputeerde „Staten weigeren dan is er beroep op den Koning. Maar „er is volstrekt geene algemeene bevoegdheid daartoe „gegeven. Ware dat de strekking der wet, dan zou het „bouwen van elke kerk binnen de 200 el onmogelijk „zijn geworden, want er is geen termijn voor dat beroep. „Wanneer dus eene kerk gebouwd werd binnen de 200 „el, op goedkeuring van het gemeentebestuur, dan zou

„een naburig kerkbestuur kunnen wachten tot de kerk „ware opgebouwd en dan kunnen komen en zeggen:

„Nu doen wij een beroep op Gedeputeerde Staten en „op den Koning, want het hindert ons, wij verlangen „die kerk te doen sluiten".

„De strekking van deze wet is eenvoudig, dat worde „onderzocht of zoodanige bouwing, die in den regel „geoorloofd moet zijn (want elk moet van zijn eigendom „gebruik mogen maken), in het belang van de *openbare* „*orde* moet geweigerd worden".

Onder de bestrijders van de leer in de aangehaalde Koninklijke besluiten gehuldigd moet ik nog Mr. J. Schokking noemen, die in zijn verdienstelijk academisch proefschrift, *Historisch-Juridische schets van de Wet van den 10den September* 1853, *tot regeling van het toezicht op de onderscheidene Kerkgenootschappen* (*Staatsblad* n°. 102), in 1894 te Amsterdam verdedigd, maar te Leiden in druk verschenen, zich aan de zijde van de *Gemeentestem* en Mr. Nobel schaart. „Het betreft" — schrijft hij, blz. 347 — „bij de toepassing van ons artikel niet een geschil tus- „schen hen, die een kerkgebouw wenschen op te richten „binnen een bepaalden afstand van een ander kerk- „gebouw, en hen, wien dit laatste toebehoort". Alleen in het belang der openbare orde is het artikel geschreven. De aard der bepaling laat geen ander beroep dan van eene weigering toe. „Indien men het beroep ook had „willen toestaan aan de kerkelijke gemeente, die het „gebouw bezit, dat de vrijheid der verzoekers belemmert, „zou dit uitdrukkelijk moeten gezegd zijn."

De wordingsgeschiedenis van art. 7 geeft intusschen, naar *mij* voorkomt, in dezen niet heel veel licht.

In het Regeeringsontwerp luidden het eerste en het tweede lid van dat artikel aanvankelijk aldus (Handelingen, 1853, bijlagen, blz. 57):

„Elke oprigting van een gebouw tot uitoefening van „de openbare godsdienst, vereischt in het belang der „openbare orde en rust een onderzoek omtrent de plaats „van vestiging in de gemeente.

„Voor dat de oprigting wordt toegestaan zal, na ver„hoor der plaatselijke besturen, daaromtrent door Ons „worden beslist."

Deze bepaling werd aldus toegelicht (t. a. p. blz. 59):

„Ook dan, wanneer tot het oprigten van een kerk„gebouw in eene gemeente is besloten, blijft nog de „vraag, of de uitgekozene localiteit wel geschikt is in „het belang van orde en rust. Zoo zoude het weinig „raadzaam zijn, kerkgebouwen van verschillende kerk„genootschappen naast elkander te plaatsen of daarvoor „plaatsen in te nemen waaraan geschiedkundige herin„neringen waren verbonden, waarop het grootste deel „der gemeente grooten prijs stelde. Deze en meer niet „te voorziene omstandigheden eischen ook hier een onder„zoek naar de geschiktheid der plaats."

In het Voorloopig Verslag (t. a p. bl. 138) leest men:

„In het oog van vele leden bestaan tegen deze bepa„ling dezelfde bezwaren als tegen het 1ste lid van art. 6, „in de meer uitgestrekte beteekenis opgevat. Het middel „werd daardoor aan het uitvoerend gezag in handen „gegeven om op bepaalde plaatsen aan belijders van een „bepaald kerkgeloof alle openbare godsdienstoefening te „beletten. Ook hier vreesde men dat de weg geopend „wierd, om de minderheid aan de vooroordeelen der „meerderheid op te offeren. Voor zoover het enkel een „politiemaatregel gold, behoorde de bepaling niet hier, „maar hoogstens in eene politiewet tehuis.

„Vele anderen waren niet van dit gevoelen. De be„paling was in hun oog een natuurlijk uitvloeisel van „den pligt der uitvoerende magt tot *gelijke* bescherming

„van alle kerkgenootschappen. Alleen was het de vraag, „of de Koning zelf wel dadelijk met de zaak behoorde „te worden gemengd. Volgens art. 294 van het *Code „Pénal* is de *autorité municipale* de bevoegde autoriteit „om over een punt van dezen aard te beslissen. Waarom „kon dit voorbeeld niet worden gevolgd, zoodat, indien „de plaats van oprigting eener kerk in eene gemeente „tot ongelegenheid aanleiding gaf, in de eerste plaats het „gemeentebestuur daarover beslist, van die beslissing „hooger beroep bestond op Gedeputeerde Staten, en eerst, „als de belanghebbenden met de beslissing van deze zich „bezwaard rekenden, de zaak bij den Koning kwam. „Zoodoende was herhaald onderzoek gewaarborgd, en „konden de belanghebbenden in drie instantiën hunne „bezwaren doen gelden." Die laatste woorden pleiten „voor de opvatting dat men het beroep ook voor anderen dan de verzoekers wilde openstellen. Daarentegen doet hetgeen het Voorloopig Verslag er op laat volgen weer vermoeden, dat men alleen gedacht heeft aan een recht van beroep bij weigering van het verlof. „Wilde men „nog meer waarborgen, dat niet onder eenig voorwendsel „de openbare godsdienstoefening wierd geweerd, dan zou „men kunnen voorschrijven, dat het Koninklijk besluit „gemotiveerd moest zijn, en tevens dat dit binnen eenen „bepaalden termijn na het indienen van het bezwaar-„schrift wierd uitgevaardigd." Enkele leden wenschten de bepaling te zien beperkt tot het geval dat het nieuwe kerkgebouw zou komen te staan binnen een bepaalden afstand van de bestaande kerk.

De Regeering antwoordde (blz. 152): „Ook art. 8 (oud) van „het oorspronkelijk wetsontwerp heeft de vrees doen gebo-„ren worden, dat het uitvoerend gezag het op- en inrigten „van kerkgebouwen zou kunnen onmogelijk maken. De „gegrondheid van zoodanige vrees wil de Regeering liefst

„in het midden laten. Het beste middel om haar te „doen verdwijnen is het artikel zóó te wijzigen, dat die „vrees zelfs bij de meest schroomvalligen niet meer kan „kan bestaan. Dit heeft de Regeering gedaan door den „afstand te bepalen, binnen welken in de nabijheid eener „andere kerk zoodanige in- of oprigting niet dan met „toestemming kan plaats hebben, en het oordeel daar- „over in eersten aanleg aan het gemeentebestuur, in „hooger beroep aan Gedeputeerde Staten en den Koning „op te dragen. Buiten dien afstand zal geen onderzoek „naar de geschiktheid der plaats noodig zijn."

Toen heeft de Regeering het artikel gewijzigd, en zóó als zij het gewijzigd heeft, is het door de Tweede Kamer aangenomen en staat het nog in de wet.

Mij dunkt, ook na dezen blik op de geschiedenis der wet, blijft er reden tot twijfel bestaan. En ik zou inderdaad niet, in strijd met de gevestigde jurisprudentie, als onbetwistbaar durven aannemen, dat de wetgever het beroep van andere belanghebbenden dan de aanvragers van het verlof heeft willen uitsluiten. Maar als die andere belanghebbenden zijn dan ook alleen aan te merken de eigenaren van het naburig kerkgebouw, welks bestaan de eenige reden is van het „onderzoek omtrent de plaats van vestiging" en in verband waarmede het verzoek moet worden onderzocht en beoordeeld.

De tweede vraag waarop ik hier een antwoord wil trachten te geven, is deze: Op welke gronden kan het verlof worden geweigerd? Bij het beantwoorden ook van deze vraag sla ik een blik op de jurisprudentie. De reden tot weigering kan gelegen zijn in hetgeen binnen het kerkgebouw zal geschieden en in hetgeen, naar men met grond vreest, buiten het kerkgebouw zal voorvallen. Tusschen het eene en het andere kan verband bestaan. Het

gezang in de nieuwe kerk kan de bezoekers van het oude kerkgebouw zoodanig hinderen bij hun kerkbezoek, kan voor den eeredienst in de oude kerk zoo storend wezen, dat er groote verbittering ontstaat en bij het gelijktijdig uitgaan van beide kerken botsingen tusschen de kerkgangers te duchten zijn. Maar dat verband *behoeft* niet te bestaan. De ligging van beide kerkgebouwen kan ten gevolge hebben, dat er stremming van het verkeer ontstaat, dat in letterlijken zin de bezoekers van de twee kerken elkander in de wielen rijden. Op beide bezwaren wordt bij de beslissing gelet. Doorgaans echter zijn zij gewogen en te licht bevonden. Zoo overweegt het K. B. van 27 Oct. 1874 n°. 15 (R. v. S. XIV 444): „dat uit „een naauwkeurig locaal onderzoek is gebleken, dat de „nieuwe kerk zal gelegen zijn bijkans aan het einde van „de bebouwde kom der gemeente Monster, op ongeveer 35 „meters afstand van den openbaren weg en op 158 meters „hemelsbreedte van de bestaande Hervormde Kerk; — „dat de dorpsstraat van af de Hervormde kerk tot het „perceel 1997 aan beide zijden geheel is bebouwd met „huizen en met boomen beplant; — dat, onder die omstandigheden, geen vrees behoeft te bestaan, dat de „klank van het kerkgezang in de nieuwe kerk, het éénig „min of meer geruchtmakende deel der godsdienstoefening storend of hinderlijk zou kunnen zijn voor de „hoorders, die zich in de Hervormde kerk bevinden; — „dat vier wegen toegang verleenen tot de Hervormde „kerk, en dat de Molenweg, waar de kerkgangers zich „(*sic!*) het meest zullen ontmoeten, is eene breede dorpstraat, die ruimte genoeg aanbiedt voor het verkeer, „zoodat de bezoekers der Hervormde kerk niet behoeven „in aanraking te komen met de bezoekers der nieuwe „kerk, indien zij meenen, dat dit tot botsing en twist „aanleiding zou kunnen geven."

In denzelfden geest is later herhaaldelijk beslist: het K. B. van 22 Maart 1875 n°. 17 (R. v. S XV, 100) overweegt: „dat uit het ingesteld onderzoek gebleken is, „dat de op te rigten kerk" — eene R.-K. kerk te Utrecht — „156 meters verwijderd zal zijn van de Dom-„kerk en 82 meters van de Janskerk, en dat zij van beide „die kerken door tusschengelegen gebouwen gescheiden „zal zijn; dat de Minnebroederstraat eene breede straat „is, en dat voor de bezoekers der beide Hervormde ker-„ken verschillende wegen openstaan, waarlangs zij die „kerken kunnen bereiken; dat er dus geene vrees be-„hoeft te bestaan, dat de godsdienstoefening in de ééne „kerk voor de dienst in de andere zal hinderlijk zijn, „of ook dat het kerkbezoek zal belemmerd worden door „opeenhooping van kerkgangers." Hier is dus eigenlijk alleen sprake van hetgeen op straat geschieden of liever niet geschieden zal. Het K. B. van 29 Mei van hetzelfde jaar, n°. 34 (R. v. S. XV, 234), dat ons naar 's-Gravenhage verplaatst, maakt ook melding van hetgeen *in* het kerkgebouw zal voorvallen. Het overweegt: „dat het voor „de nieuwe Roomsch-Katholijke kerk bestemde terrein „omstreeks 105 meters verwijderd is van de Kloosterkerk „en dat de tusschen beide gelegen ruimte bijna geheel „met gebouwen bezet is; dat slechts een gedeelte van de „bezoekers der Kloosterkerk in de Parkstraat komt, daar „die kerk hare meeste ingangen heeft aan het Voorhout; „dat het Voorhout, de Parkstraat en de Oranjestraat „allen zeer breed zijn, zoodat er gelegenheid is om in „de nabijheid der kerken, met behoud van de noodige „ruimte voor voetgangers, aan verschillende reeksen van „rijtuigen zoodanige plaatsen aan te wijzen, dat zij niet „met elkander in aanraking komen; dat er onder deze „omstandigheden geene reden is om te vreezen, dat het „geluid, van de eene kerk uitgaande, de dienst in de

„andere zou storen, of dat nabij de kerken eene zooda-
„nige opeenhooping van personen en rijtuigen zou plaats
„hebben, dat de openbare orde op de straat er onder
„zou lijden."

En zoo wordt ook in de overige besluiten van dezelfde strekking zoowel op het eene als op het andere bezwaar gelet. Die besluiten zijn van 1 Mei 1877 n°. 17 (R. v. S. XVII, 240) — Christelijk Gereformeerde Gemeente te Idskenhuizen, gemeente Doniawerstal —; 16 December 1887 n°. 20 (R. v. S. XXVIII, 1) — Roomsch-Katholieke kerk te Benschop —; 30 Januari 1890 n°. 25 (R. v. S. XXX, 80) — Kerkelijk Kas te Waarder —; 7 Sept. 1890 n°. 28 (R. v. S. XXX, 486) — Christelijk Gereformeerde Kerk te Scharnegoutum —; 18 November 1892 n°. 37 (R. v. S. XXXII, 845) — Gereformeerde Vereeniging te Schipluiden —; 12 Augustus 1895 n°. 29 (R. v. S. XXXV, 500) — Gereformeerde Kerk te Ten Boer —; 11 April 1899 n°. 56 (R. v. S. XXXIX, 356 — Roomsch-Katholieke Kerk te Amsterdam.

Enkele malen zijn de bezwaren van genoegzaam gewicht geacht om eene weigering te wettigen. Het K. B. van 31 Maart 1877 n°. 20 (R. v. S. XVII, 240) overweegt: „dat een ingesteld onderzoek de bewijzen heeft opgeleverd
„dat de daar te stellen (*sic!*) kerk zou ingerigt worden
„voor ongeveer 200 personen; dat de hindernissen voor
„de voortplanting van het geluid tusschen de Hervormde
„kerk en het perceel van den adressant aanwezig van
„geene beteekenis zijn; dat een persoon, hard schreeu-
„wende, bij het locaal in de kerk kan gehoord worden;
„— dat onder die omstandigheden de godsdienstoefening
„in het locaal van Kiezebrink hinder moet toebrengen
„aan de godsdienstoefening in de Hervormde Kerk en
„dat verstoring der openbare orde daarvan het gevolg
„kan zijn."

En in het K. B. van 23 Juni 1881 n°. 79 (R. v. S. XXI, 337), wordt overwogen: „dat toch geheel daarge-„laten wat er wezen moge van de gevreesde storing der „orde op de openbare straat, bij eene plaatselijke gesteld-„heid als in deze is geconstateerd, inwilliging van het „gevraagde verlof leiden zou tot zoodanige stoornis van „de godsdienstoefening in het bestaande kerkgebouw als „art. 7 der wet van 10 September 1853 (*Stbl.* n°. 102) „juist heeft willen keeren."

Mag hinder, door het *klokgelui* te veroorzaken, een reden van weigering zijn?

Het K. B. van 18 Aug. 1895 n°. 26 (R. v. S. XXXV, 500) schijnt die vraag *bevestigend* te beantwoorden, waar het overweegt, dat „wat de vrees voor hinder door klok-„kengelui betreft, er geen reden is voor de veronderstel-„ling dat in het dorp Ten Boer, in tegenstelling met „elders, daardoor de orde zou worden verstoord."

Uitdrukkelijk wordt op die vraag echter *ontkennend* geantwoord, in de K.K. B.B. van 27 October 1874 n°. 15 (R. v. S. XIV, 444), 16 Dec. 1887 n°. 20 (R. v. S. XXVIII, 1). 16 Dec. 1890 n°. 40 (R. v. S. XXXI, 1), 12 Dec. 1892 n°. 35 (R. v. S. XXXIII, 3).

In die besluiten wordt overwogen: dat het bezwaar, ontleend aan het klokkengelui, geene aanleiding kan geven om de verlangde vergunning te weigeren, „daar „de wet tot regeling van het toezigt op de onderschei-„dene kerkgenootschappen tegen het gevaar van hinder „of stoornis, uit klokluiden voortspruitende, een afzon-„derlijk repressief voorschrift in art. 8 heeft gegeven."

De schrijver van het hoofdartikel in de *Gemeentestem* n°. 2058, is het met deze besluiten eens: „Het argument „aan het klokgelui ontleend," zoo luidt het slot van zijn beschouwingen, „vindt zijn oplossing in art. 8 der wet. „Kan het hinderlijk worden voor de hoorders in andere

„kerkgebouwen, onverschillig of de afstand meer of min-
„der dan 200 meter bedraagt, dan heeft de Comm. des
„Kon. de bevoegdheid het te verbieden in het belang
„der openbare orde en rust; het gemeentebestuur heeft
„niet het recht dit als motief voor de weigering der ver-
„gunning op te geven."

Met deze opvatting nu kan ik mij niet vereenigen. Ik stel op den voorgrond, dat — indien, waarover straks, aan het verlof voorwaarden verbonden mogen worden, — in hinder van het klokgelui te duchten, zeker nimmer eene reden tot weigering, wel vaak eene reden tot het stellen van eene voorwaarde zou kunnen worden gevonden. Geen kerkbestuur zal weigeren zich eene dusdanige voorwaarde te laten opleggen. Waarom nu zou eene bepaling van dien aard verboden zijn? Waarom zou de mogelijkheid van een repressief voorschrift de geoorloofdheid van eene preventieve bepaling hier uitsluiten? Mij is dat niet volkomen duidelijk. Art. 8 luidt aldus: „Het
„klokkengelui tot viering van kerkelijke plegtigheden of
„om de ingezetenen tot de godsdienstoefening op te roe-
„pen, kan in gemeenten, waar kerken van meer dan
„één kerkgenootschap zijn, in het belang der openbare
„orde worden verboden. Klokkengelui tot andere einden
„heeft geene plaats dan met vergunning der plaatselijke
„politie."

Een verbod als waarvan het eerste lid spreekt is algemeen, treft alle kerken binnen zekere gemeente. Eene voorwaarde het klokgelui verbiedende, bij het verlof tot oprichting of inrichting van een kerkgebouw gesteld, geldt alleen de kerk die men stichten wil. De wet wil de bestaande kerken beschermen. Niet de hinder die in het nieuwe gebouw ondervonden zal kunnen worden van het gezang in het oude, alleen de hinder die het gezang in de nieuwe kerk den bezoekers van de bestaande

kerk zal veroorzaken, komt in aanmerking. En dat is heel natuurlijk. Immers niemand behoeft een kerk op te richten in de nabijheid van een ander kerkgebouw. Wie eene kerk stichten wil, kieze eene plaats, waar hij geen hinder voor zijn eeredienst te duchten heeft. Welnu, de bestaande kerk heeft tot dus ver door klokgelui de geloovigen opgeroepen. Niemand heeft van dat klokgelui hinder gehad. Nu vormt zich een nieuw kerkgenootschap, of liever vormt zich eene gemeente die een eigen kerkgebouw wil stichten. Niet ten onrechte vreest men, in de bestaande kerk hinder te zullen ondervinden van het klokgelui van de nieuwe; hinder die niet van zoodanigen aard behoeft te zijn, dat de openbare orde en rust er door wordt verstoord. Waarom mag nu het verlof niet gegeven worden onder eene voorwaarde die dien hinder uitsluit? Moet men dien hinder afwachten en eerst dan repressieve maatregelen nemen, dan wordt daardoor ook de van ouds bestaande kerk getroffen; want als het klokgelui in de geheele gemeente verboden wordt, mag ook zij er niet mede voortgaan. Dus kan zij geen verbod uitlokken als in art. 8 omschreven, zonder zelve daarvan de nadeelige gevolgen te ondervinden.

En reeds MAERLANT zeide:

> Hi es onvroet die met ten boghe
> Tstrael schietet van goeden vloghe
> Daer hi hem selven mede geraect.

De klok van de nieuwe kerk kan aldus die van de oude tot zwijgen brengen, en door eene daad van derden (de nieuwe kerkstichting) kan de eigenaar van het oude gebouw een recht verliezen, dat hij, tot niemands schade, tot nog toe ongestoord bezeten heeft.

Mij dunkt, bij de toepassing van art. 7 behoort de bepaling van art. 8 ter zijde te worden gelaten. Beide

artikelen staan naast elkaar; de inhoud van het eene wordt door dien van het andere niet beperkt of gewijzigd.

Ik sta in de meening die ik hier verdedig niet alleen, maar vind een bondgenoot in Mr. J. SCHOKKING, die m. i. te recht schrijft in zijn bovenaangehaald proefschrift (blz. 344): „Zal de godsdienstoefening in de be„staande kerk geen hinder mogen ondervinden, dan „komt het alleen op de hindernis zelve aan en is het „onverschillig waardoor, door kerkgezang of klokgelui, „zij kan ontstaan. En wat verder de verwijzing naar „art. 8 betreft, het verdient wel de opmerkzaamheid, dat „terwijl wij hier met een speciaal geval zouden te doen „hebben, het in dat artikel eenen algemeenen regel „geldt. Toepassing van dat artikel heeft ten gevolge „een algemeen verbod dat alle kerken in eene gemeente „treft."

In de derde en laatste plaats stel ik de vraag: mogen aan het verlof voorwaarden verbonden worden? Onze Wet — ook in dit opzicht veel minder uitvoerig dan de wet van 2 Juni 1875 (*Stbl.* n°. 95) — bepaalt daaromtrent niets. Men zal, dunkt mij, hier wel moeten aannemen, dat wie het meerdere vermag, ook het mindere kan doen; en dat de overheid, die het verlof kan weigeren, het ook *onder zekere voorwaarden* kan verleenen. Zoo is het opgevat in het Koninklijk besluit van 5 Oct. 1879 n°. 21 (R. v. S. XIX, 413), waarin de voorwaarde, „dat in den voorgevel geene ramen aangebragt mogen worden", „billijk en regtmatig" genoemd wordt. En in het K. B van 7 Sept. 1890 n°. 28 (R. v. S. XXX, 486), dat, in tegenstelling daarmede, overweegt: „dat er ook „daarom geen grond is om ten aanzien van de plaatsing „der ramen in het nieuwe kerkgebouw eene zóó hinder-

„lijke voorwaarde op te leggen, als door appellant sub-
„sidiair is verlangd."

En ook in het K. B. van 11 April 1899 n°. 56 (R. v. S. XXXIX, 356), waarin de onnoodigheid wordt betoogd van een drietal voorwaarden, die aanbevolen waren om aan de geopperde bezwaren tegemoet te komen.

Maar hieruit volgt niet, dat *elke* voorwaarde mag worden gesteld. Het K. B. van 31 Maart 1877 n° 20 (R. v. S. XVII, 149) overweegt: „dat de bereidverklaring van „appellant om geen godsdienstoefeningen te houden dan „alleen buiten de uren op welke in de Hervormde kerk „te Windesheim gewoonlijk godsdienstoefening gehouden „wordt, als te stellen voorwaarde onaannemelijk is, aan-
„gezien het wereldlijk gezag onbevoegd is te achten zoo-
„danige bepaling te maken, als welke eenerzijds de vrije „godsdienstoefening van appellant zelven en van zijne „geestverwanten zou belemmeren, anderzijds zou treden „in de regten der Hervormde gemeente van Windesheim, „welker vrijheid onverlet moet blijven om godsdienst-
„oefening te houden op zoodanige dagen en uren als zij „nu of in de toekomst mogt noodig keuren, welk laat-
„ste niet wel vereenigbaar zou zijn met het stellen eener „voorwaarde als hiervoren bedoeld."

Ronduit gezegd, dit laatste is mij niet volkomen duidelijk. De eeredienst in het nieuwe kerkgebouw zou zeker worden beperkt; maar die in het oude? Mij dunkt, die blijft door zulk eene bepaling onverlet, evenzeer als wanneer bijv. bij het verleenen eener vergunning tot het oprichten van eene slachterij in de nabijheid van een kerkgebouw bepaald wordt, dat gedurende den tijd dat er gewoonlijk godsdienstoefening gehouden wordt niet mag worden geslacht.

En als nu de voorwaarden niet worden nageleefd?

Dan zal, dunkt mij, moeten worden aangenomen,

dat „de oprigting of inrigting zonder verlof heeft plaats gehad", en het kerkgebouw worden gesloten (art. 7, derde lid). Want het verlof is verleend binnen de grenzen der gestelde voorwaarden. Daarbuiten houdt het op te gelden.

Het ware intusschen stellig beter geweest, als de wetgever hier niet hadde gezwegen.

April 1900. Mr. C. Bake.

Bevoordeeling bij tweede of verder huwelijk.

DOOR

Mr. C. O. SEGERS

advocaat te 's-Gravenhage.

I.

Onder de bepalingen van ons Burgerlijk recht, die, schoon dagelijks toegepast en de schrik van iederen examinandus, toch slechts betrekkelijk zeldzaam tot andere beschouwingen dan van interpretatieven aard aanleiding hebben gegeven, behooren ook de voorschriften, regelende de financieele gevolgen van een tweede huwelijk. Een ieder herinnert zich de constitutie van Leo en Anthemius, als lex hac edictati algemeen bekend geworden, maar de vraag in hoeverre de naar aanleiding dier wet in onze wetgeving opgenomen wetsvoorschriften thans nog reden van bestaan hebben, is in de laatste jaren betrekkelijk zeldzaam besproken (1). Waar echter belangrijke wijzigingen in ons huwelijksvermogensrecht niet lang meer kunnen uitblijven; waar vermoedelijk ook dit gedeelte van ons

(1) Het voortreffelijk artikel van Mr. H. J. KOENEN: »Het stiefouderdeel", uitgegeven als bijvoegsel van het Weekblad voor Notarisambt en Registratie van 30 Juni 1895, is thans reeds weder vijf jaren oud en heeft niet die bekendheid verkregen, die het verdiende.

civielrecht binnen niet al te ver verwijderden tijd een harden kamp om het bestaan zal hebben te voeren, schijnt het niet onnut hieraan enkele oogenblikken de aandacht te wijden. Blijkt het toch, dat het bestaande ook thans nog verdedigbaar is, dan is de strijd daarvoor met meer vertrouwen te aanvaarden, dan wanneer men zich enkel kan beroepen op het wel is waar bij onze bureaucratie als een dogma vereerde maar in den grond der zaak toch weinig beteekenende argument, dat het bestaande voortreffelijk is, bloot wijl het bestaat.

Daar eene bespreking van het jus constituendum echter weinig waarde heeft, wanneer men niet eerst het ontstaan van het jus constitutum is nagegaan, zij een vluchtig overzicht daarvan veroorloofd. Zoowel de eerbied voor het geduld van den lezer als de beperkte litteratuur, die schrijver dezes ten dienste stond, dwingt tot hier beperking (1).

Zooals op zoovele punten, is het Romeinsche recht, dat ook hier den grondslag vormt van de bestaande regeling, van betrekkelijk jongen datum. Wat men later der Germaansche wereld als ratio scripta opdrong, was den klassieken juristen geheel onbekend. Integendeel, waar

(1) Terecht zegt prof. FISCHER in de Deutsche Juristen-Zeitung van 1 September 1899: »Bei der Jurisprudenz bildet die Rechtsgeschichte, und das kann ihren Verächtern nicht oft und dringend genug gesagt werden, die Hauptgrundlage und das Ausgangspunkt aller Wissenschaft. Denn der Gegenstand der Wissenschaft ist das Recht selber, ist nicht ein Produkt der Natur, sondern das Ergebniss menschlichen Fühlens, Denkens, Wollens. Es ist mit dem Menschengeslechte selbst nach Zeit und Ort verschieden erwachsen und entwickelt und ohne Kenntniss der algemeinen und seiner besonderen Geschichte unverständlich. Durch Kodificationen wird diese Entwickelung nur scheinbar unterbrochen, sie sind nur das Ergebniss der bisherigen Geschichte und die Grundlage für die weitere geschichtliche Fortbildung." In thesi generali geeft men dit ten onzent vrij algemeen toe, feitelijk wordt echter de rechtsgeschiedenis te dikwijls verwaarloosd en acht men die, getuige onze examenprogramma's voor den praktischen jurist vrij wel overbodig.

het Justiniaansche recht — zij het ook met eene wijze gematigdheid — over het algemeen een tweede huwelijk niet gunstig gezind was, valt van zulk eene opvatting in het oude Rome weinig, in het Rome der Julische keizers niets te bespeuren.

En het kon moeielijk anders. Zoowel de economische toestanden als de levensbeschouwing der oude republikeinen drongen tot een tweede echtverbintenis, althans van den man.

De patriciër, hoofd van het gezin, tot op zekere hoogte souverein in eigen kring, kon, wilde hij zijne talrijke plichten tegenover kinderen en clienten naar behooren vervullen, de hulp van eene echtgenoote, van de mater familias moeilijk ontberen. Zelfs in onze democratische maatschappij verlangt men van de „Spitzen der Gesellschaft", dat zij gehuwd zijn, representeeren. En in de lagere kringen had de Romeinsche landbouwer, in eene periode, waarin het aantal slaven nog gering was, een huishoudster en levensgezellin evenzeer noodig als een keuterboer ten onzent. Niet alleen uit het bekende „ubi tu Gajus ego Gaja", ook uit het merkwaardige grafschrift „domum servavit, lanam fecit" (1) blijkt, wat de Romein van zijne vrouw verwachtte.

Daarbij komt, dat men in den ouden stadstaat, veel meer eene verzameling van de op zijn grondgebied gevestigde gezinnen dan van individuen, als hoofddoel van het huwelijk steeds beschouwde het verwekken van eene liefst talrijke nakomelingschap. (2)

De noodzakelijkheid, dat men over eene talrijke mannelijke bevolking kon beschikken, waardoor men den

(1) GRÜTER II. 769 n°. 9. VOIGT, Die Zwölf Tafeln § 92.

(2) Men denke aan de definitie van het huwelijk, eene divini juris communicatio liberorum quaerendorum causa, en DEMOSTHENES in Neaeram § 122 *τὰς δὲ γυναῖκας τὸν παιδοποιεῖσθαι γνήσιως καὶ τῶν ἔνδον φύλακα πιστὴν ἔχειν.*

steeds dreigenden buitenlandschen vijand kon afweren, moge hiertoe hebben bijgedragen, de hoofdoorzaak, dat men tegen het coelibaat gekant was, was toch voornamelijk de bij bijkans alle Arische volken bestaande religieuse opvatting, dat het hemelsch geluk minder verkregen wordt door het gedrag van den overledene hier op aarde dan wel door dat zijner nakomelingen te zijner opzichte. Zooals FUSTEL DE COULANGES echter reeds opmerkte (1) il ne suffirait pas d'engendrer un fils, le fils qui devrait perpétuer la religion domestique devait être le fruit d'un mariage religieux.

Deze gedachte, sterk uitgedrukt in het Hindoesch recht, was toch ook aan de Romeinen niet vreemd — men denke aan het gewicht, dat gehecht werd aan de sacra familaria en het voortzetten van den familiecultus — en zij leidt er toe, dat men den man bij het overlijden zijner vrouw — althans zeker wanneer het huwelijk kinderloos was — tot een nieuwen echt dwingt. Nu is het waar, dat men te Rome nooit zoover is gegaan als in het oude Indië, waar in de Yaynavalkaya I. 89 den man, die zijn overleden echtgenoote de laatste eer heeft bewezen, de verplichting wordt opgelegd om zonder talmen eene andere levensgezellin te kiezen, maar van een

---

(1) Cité Antique III Ch. 3. In de wet van MANOU Lib. IX, sloca 138 wordt de zoon geheeten pouttra = redder uit het doodenrijk. Par un fils l'homme gagne l'empire du monde, par le fils d'un fils, il obtient l'immortalité, par le fils de ce petit-fils, il s'élève au séjour du soleil. MANOU IX, sloca 137 en Yaynavalkaya, I. 78, vertaald door BOISSONADE. Histoire des droits de l'époux survivans, bl. 23. Zie ook LEIST Alt-arisches Jusgentium, blz. 68. „Die Misbilligung des ἀγαμίου und ὀψιγαμίου, wie sie ja bekanntlich noch in älterer griechischer Zeit hervortritt hat nicht bloss den realen Grund, der in der Periode der Geschlechterorganisation alles überwog, dass man verpflichtet ist für Fortpflanzung des Geschlechts zu sorgen, sondern auch den *socialen* Grund, der also selbst dann gilt, wenn man schon Söhne genug hat, das man eine Mitgenossin zur Pflege der Haussacra haben muss."

verbod om te hertrouwen vindt men in het oude recht geen spoor. Integendeel, de hooge plaats, die de materfamilias in het Romeinsche huisgezin innam, had ten gevolge, dat hare plaats niet lang kon ledig blijven.

Nu pleiten deze motieven eigenlijk alleen voor een nieuw huwelijk van weduwnaars, niet van weduwen, en inderdaad vindt men in het oud-Hindoesche recht reeds de opvatting, dat het echte huwelijk toch eigenlijk alleen dat is, wat men met eene maagd uit dezelfde kaste sluit, maar verboden was het weduwenhuwelijk toch ook daar evenmin als in het oude Rome (1).

Maar al is het Romeinsche recht ook in de oudste ons bekende periode een tweeden echt niet ongunstig gezind, daaruit volgt nog niet, dat een onmiddellijk hertrouwen in overeenstemming zou zijn geweest met de volkszeden. Zoowel de man als de vrouw waren verplicht de(n) overleden echtgenoot(e) te betreuren, lugère en wel gedurende tien maanden scil. een oud Romeinsch jaar (2) en nu ligt het voor de hand, dat men reeds vroeg — althans van de weduwe — verwachtte, dat zij gedurende dien tijd zich niet alleen onthield van convivis, ornamentis, purpura et alba veste, maar ook van eene nieuwe echtverbintenis.

Nu is het waar, dat niemand minder dan SAVIGNY dit betwist heeft (3), wijl wèl vroolijkheid en feesten,

(1) Het weduwenoffer, de suttee, is eerst van later datum. DARESTE, Etudes d'histoire de droit. Vergelijk nog *Apastamba* II, 6. 13. 1 (The Sacred laws of the Arya's translated by Georg Bühler) en LEIST op. cit. blz. 116 noot 7. Eine Ehe, die die volle Kraft haben soll, must nach Dharmarecht mit einer noch unberührter Jungfrau eingegangen werden. Dies Erforderniss ist in den Indischen Quellen sehr oft hervorgehoben und ist der directe Widerspruch gegen das s. g. Mutterrecht. Ook in Rome vindt men hiervan sporen. SERVIUS IV. 19. repellabantur a sacerdotio bis nuptae.

(2) PAULUS. Rec. sent. I. 21. 13.

(3) System II, Beilage VII.

niet een nieuw huwelijk, dat immers „in gesammelter Stille des Gemuths" gesloten kan worden, het aandenken van den overledene zou schenden, maar daargelaten, dat het oud-Romeinsche huwelijk met feestelijkheden gepaard ging, ziet de schrijver over het hoofd, dat, waar men den rouwjegens overleden ouders niet schendt door een nieuwen echt, dit anders is waar het echtgenooten geldt, althans zeker ten opzichte der vrouw. Het huwelijk is — het is door de Romeinen zelf herhaaldelijk erkend — een foedus, volgens LEIST zelfs „das Grundfoedus der Arischen Rechtsordnung". In der Ehe liegt ein naturales Fideselement. Man fordert vom Anderen um überhaupt selbst den reinen Liebesgenuss zu haben, Reinheit und Treue. Diese ist im vollen Sinne nur vorhanden, wenn sie fürs Leben gewährt wird. Die Fordering der Keuschheit und der Gattentreue fixirt sich zunächst allerdings nur erst für das Weib, dann aber mehr und mehr sich festigend auch für den Mann.

Meent men nu, dat deze verplichting onmiddellijk bij den dood van den man zal ophouden? Hoe is het daarenboven mogelijk een overleden echtgenoot te betreuren, wanneer diens plaats weder is ingenomen door een ander, die van zijn kant met recht mag vorderen, dat de vrouw voor hem zal wezen de *κοινωνία πάντος τοῦ βίου*? (1)

Dit neemt intusschen niet weg, dat het verbod om binnen den rouwtijd te hertrouwen toch meer eene moreele dan een rechtsplicht was en ofschoon de overtreding door het offer van eene zwangere koe aan Tellus kon worden verzoend, is het niet waarschijnlijk, dat dit offer veelvuldig zal zijn gebracht. In eene maatschappij, zoo betrekkelijk klein als de oud-Romeinsche, moest men

(1) PLATO, Leges VI, 15 en vlg.

zich bij den scherpen politieken strijd te zeer in acht nemen voor noodelooze ontstemming van zijne standgenooten.

De toestand veranderde echter, toen het huwelijk zijn sociaal karakter meer en meer verloor en onder den invloed der Grieksche beschaving veränderde in hetgeen Sir HENRY SUMMER MAINE zoo terecht noemt „the laxest marital tie that the world ever has seen" (1). Waar men vroeger voor eene turbatio sanguinis niet behoefde te vreezen, omdat een bestaand huwelijk niet licht anders dan door den dood werd ontbonden en in het geval van echtscheiding niemand, die zich zelf respecteerde, de schuldige vrouw wilde huwen, veranderde de toestand, toen bij de „kleine luyden" de godsdienst ontaardde in eene stupide afgodendienst, bij de meergegoeden in een met een philosofisch vernis bedekt atheïsme. De vereering van den overledene, die tot inachtneming van den annus luctus drong, werd een ijdele vorm, de publieke opinie verloor haar invloed. Thans treedt de praetor tusschen beiden, niet omdat hij de verplichting tot lugere wil sanctionneeren — dit lag hoogstens op den weg van den censor, niet van hem — maar omdat hij de turbatio sanguinis wilde voorkomen. Wat men in Griekenland bij de verslapping der zeden had verzuimd, werd in Rome behoorlijk geregeld (2). Gelijk immer, sloot de praetor zich echter ook hier bij het bestaande aan en gaf hij het eene nieuwe beteekenis. Hij verbiedt het tweede huwelijk niet, zelfs niet gedurende den rouwtijd, maar hij wil

---

(1) Ancient Law, blz. 156.

(2) LUDOVIC BEAUCHET. Histoire du droit privé de la république Athénienne I, blz. 372. LALLIER, De la condition de la femme dans la famille Athénienne blz. 266. Oorspronkelijk schijnt ook in Griekenland het weduwenhuwelijk niet gebruikelijk te zijn geweest. cf. PAUSANIAS II, n. 7, die echter mededeelt, dat men in zijn tijd anders handelde.

verhinderen, dat de vrouw binnen die periode, die met den langsten duur der zwangerschap overeenkomt, een nieuwen echt aangaat, en rekening houdende met het feit, dat, zooals VOIGT opmerkt, der pater familias allein heirathet, der filius familias sowie die mulier sui juris werden verheirathet, bedreigt hij met infamie den pater familias, die gedurende dien tijd zijne dochter uithuwelijkt of zijn zoon doet trouwen met eene weduwe, die haren overleden echtgenoot nog heeft te betreuren (1).

Terecht kan dan ook BRINZ schrijven: Die Turbatio sanguinis ist der Grund nicht der Trauerpflicht sondern nur der Strafe, welche der Praetor wegen Wiederverheirathung der Wittwe binnen der Trauerzeit verkündet (2).

Vandaar dat eene verloving binnen den annus luctus niet werd gestraft — al zal men die evenals ten onzent hoogst „onfatsoendelijk" hebben gevonden — en aan den anderen kant de weduwe van hem quem more majorum lugere non oportet toch niet mocht hertrouwen. Maar in dit laatste geval meende reeds POMPONIUS statim posse se nuptiis collocare eam quae intra legitimum tempus partem ediderit, welke meening ULPIANUS uitdrukkelijk goedkeurt (3).

---

(1) VOIGT, Die Zwölf Tafeln § 157 en Röm. Rechtsgeschichte II, blz. 312. Toen later voor den jussus van den vader diens ratihabitio in de plaats trad, werd infamie ook bedreigd tegen hem qui eam de qua supra comprehensum est uxorem ducere passus fuerit. L. 1, D. III. 2. Julianus libro I ad edict. alsmede tegen de vrouw — geen filia familias zijnde — toen ook deze zelfstandig kon huwen. Ulpianus libr. VI ad edict. L. 11, § 3, D. III. 2.

(2) Pandecten § 471.

(3) L. 4, D. III. 2. cf. verder VANGEROW, § 227 anm. 2. KARLOWA, Zeitschr. für Rechtsg. II, blz. 232; BARON, Inst. § 36; WINDSCHEID, Pand. § 512, noot 1; CUJACIUS, Observ. VI, 32. Zie echter ook PUCHTA, Pand. § 429; BRINZ § 471; DERNBURG, Pand. III, § 27 n. 10. GEIGER, Zeitschr. für Civilr. und Proc. XIX, blz. 219, 220. Merkwaardig is het, dat men bij echtscheiding voor de turbatio sanguinus oudtijds minder schijnt te hebben gevreesd. cf. Dïö CASSIUS XLVIII, 44, hetgeen overeenstemt met het Atheensche recht. DEMOSTHENES in Neaeram § 51.

Van een bepaalden tegenzin tegen het tweede huwelijk, zooals die bij de latere keizers ongetwijfeld bestond, vindt men in het oude Rome geen sporen en daar ook het Grieksche recht — een enkele stad in Groot-Griekenland uitgezonderd — het bepaald gunstig gezind was en de philosophen, ofschoon ook het malthusianisme zijn voorstanders had, een tweeden echt geenszins afkeurden, was de invloed van de Grieksche beschaving hier niet van veel beteekenis. (1)

Zoo dus al de zeden het tweede huwelijk niet verboden, de Romeinen werden meer en meer geneigd om zich van het sluiten van den echtelijken band geheel te onthouden. In het oude Rome was het voorgekomen, dat althans in de hoogere standen een vader zijne jongere zonen verhinderde om te trouwen, ten einde het familiegoed onverdeeld aan den oudsten zoon te kunnen nalaten, bij wien dan de anderen bleven inwonen. Was daar het coelibaat dus gedwongen, in het Rome der eerste eeuw v. C. weigerde men, evenals in onze maatschappij, te huwen niet omdat men eene vrouw niet kon onderhouden, ofschoon de eischen die de Romeinsche dames stelden hoog genoeg waren, maar omdat de geëmancipeerde vrouwenwereld den man niet meer kon verschaffen wat hij in het huwelijk zocht. De door de weelde verslapte, door geen religieuse bezwaren meer weerhouden equites en optimaten zochten en vonden in de vrije liefde, wat in beter tijden in een eerbaar huwelijk is te verkrijgen. Nu is het waar, dat in de lagere standen het zedenbederf niet zóó diep was ingeslopen als bij de „Spitzen der Gesellschaft" — althans

(1) Verg. PLATO Leges X. 10. BEAUCHET, op. cit. blz. 110. Volgens DIODORUS SICULUS XII, c. 12 verloor in THURII de man, die zijne kinderen uit zijn eerste huwelijk eene schoonmoeder gaf, zijn burgerrechten.

was dit het geval in de niet-Grieksche provinciën, waar nog een middenstand bestond — maar van de bezitlooze proletariër-massa, die slechts panem et circenses vroeg, kon kwalijk zedelijke kracht uitgaan, en het was een feit, dat toen Augustus eindelijk het imperium had verworven, de reeds door de burgeroorlogen gedecimeerde adellijke geslachten, die overigens nimmer zeer vruchtbaar waren geweest, geheel dreigden uit te sterven. (1)

Hiertegen trachtte de keizer te reageeren, en wel op tweeërlei wijze. In de eerste plaats door den gehuwden bizondere voordeelen boven niet gehuwden te verschaffen, als betere plaatsen in theater en circus, den voorrang in het consulaat, bij de keus der provinciën, zelfs in de ranglijst der tribuni militum, (2) maar inzonderheid — en dit getuigt van zijn kennis van het Romeinsche karakter — door aan het gemis van wettige kinderen en ongehuwd zijn bizondere vermogensnadeelen vast te knoopen. (3) Dit laatste geschiedde in de bekende wetgeving der lex Julia de maritandis ordinibus en de lex Papia Poppaea. Ofschoon deze leges met weinig sympathie werden begroet — het eerste ontwerp der lex Julia schijnt zelfs te zijn verworpen, terwijl de lex Papia op meer dan één punt weder moest worden verzacht — ziet men toch de keizers, tot SEPTIMIUS SEVERUS toe, steeds in dezelfde richting werkzaam. (4) Met alle kracht streefde men er naar om het huwelijk weder in

---

(1) NIEBUHR, Röm. Geschichte I. 417 en II. 312.

(2) VOIGT, Römische Rechtsgeschichte II blz. 249; PLINIUS, Epist. VII. 6, »ille me in tribunatu liberorum jure praecepit".

(3) Over de straffen tegen het coelibaat in Griekenland inzonderheid in Sparta. BEAUCHET, op. cit. 107 en vlg. In Athene schijnt het coelibaat geoorloofd te zijn geweest, althans het tegendeel is niet met voldoende zekerheid te bewijzen.

(4) Verg. over deze wetgeving VOIGT, Op. cit. § 79; BARON, Inst § 37; HARTMANN, Zeitschr. für Rechtsgeschichte V. blz. 210 en vlgg.

eere te brengen; als beginsel gold, dat alle mannen van 25—60 en alle vrouwen van 20—50 jaren gehuwd moesten zijn en in het huwelijk kinderen verkrijgen.

Het is zeker karakteristiek voor het legislatief talent van AUGUSTUS, dat hij niet rechtstreeks tot het huwelijk dwingt — een dergelijk gebod is in eene beschaafde maatschappij dan ook onmogelijk — maar door de straf der geheele of gedeeltelijke incapacitas een beroep doet op de bij alle verkwisting bij de Romeinen steeds sterk ontwikkelde hebzucht.

Maar ook hier verloor hij — en dit maakte zijn arbeid meer levensvatbaar dan de ephemere producten van onze parlementsmeerderheden — de maat niet uit het oog. Eenerzijds toch konden cælibes en orbi van cognaten tot den graad van sobrinus en van de naaste affines blijven erven, anderzijds bleef de mogelijkheid om door alsnog binnen de centum dies cretionis te huwen de straf op het coelibaat te ontgaan. (1)

Vooral voor weduwnaars is dit van belang en zij vooral zullen, wanneer zij kinderen hadden, wel het meest van de bevoegdheid tot dispensatie die de keizers zich al spoedig reserveerden hebben geprofiteerd. Maar dat alles neemt niet weg, dat principieel het aangaan van een tweede of verder huwelijk was geboden, al werd de weduwe daartoe niet dadelijk gedwongen. Feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensum, lex autem Papia a morte viri biennii, a repudio anni et sex mensum. (2)

En toch niettegenstaande dit alles, was de wetgeving een failure en het zal wel voornamelijk de omstandigheid geweest zijn dat zij voor den fiscus voordeelig was —

(1) Fragm. Vaticana 214—219.
(2) ULPIANUS, Lib. Sing. reg. XIV.

ook ten onzent is het onrecht op fiscaal gebied, men denke aan het fiscale strafrecht, onuitroeibaar — dat zij zoo lang heeft kunnen bestaan.

„Die lex Julia et Papia Poppaea erreichte ihren Zweck nicht; sie konnte es nicht, denn sie suchte sittliche Ziele „durch unsittliche Mittel, durch Befriedigung der Habsucht „zu befördern. Ihre Wirkung war einerseits dasz der Staat „eine Unzahl von caduken Erbschaften und Vermächt-„nisse lucrirte, andererseits, dasz das schamlose Delato-„renthum sich entwickelte." (1)

Toch is het een feit, dat de ergerlijke toestanden van het einde der republiek zich verbeterden.

In de eerste plaats was dit het gevolg van de omstandigheid, dat de ontzenuwde Romeinsche aristocratie door den opkomenden provincialen adel werd vervangen, doch ook het bestaan van het keizerschap op zich zelve had een gunstigen invloed. (2) Het kapitalisme, dat zijn hoogtijd viert in den republikeinschen of parlementairen staat, kan zich op den duur in eene autocratie niet handhaven, althans niet, wanneer deze steeds aan kracht wint, van tijd tot tijd zelfs, men denke aan Domitianus, in een sultanaat overgaat. De krachtigste invloed had echter de verbetering der reden, voor een deel een gevolg der talrijke militaire rampen, die het rijk teisterden, voor een ander deel het gevolg van de opkomst van het Christendom. En het is voornamelijk dit laatste geweest wat tot eene geheel andere opvatting van het huwelijk

(1) Baron, Op. cit. blz. 77.

(2) Nach Tacitus hatte der Luxus seinen Höhepunckt unter den Juliern und Claudiern erreicht, von wo ab ein Herabgehen desselben begann herbeigeführt durch drei Ursachen: durch die Gefahren, welche der hervortretende Glanz in der Lebensführung den Vornehmen gebracht hatte, durch das Emporkommen neuer aus einfacher Verhältnissen emporgestiegene Provinciale Adelsgeschlechter, und durch das Beispiel des Hofes, beginnend mit Vespasian. Voigt, Op. cit. 53.

en daardoor vanzelf tot de afschaffing der Julische wetgeving heeft geleid.

Op zich zelf is het Christendom het huwelijk zeker niet vijandig gezind. Maar waar het Romeinsche huwelijk toch in hoofdzaak was eene instelling tot het verkrijgen eener wettige nakomelingschap is de Christelijk-Romeinsche echtverbintenis meer „eene Institution zur „Herstellung der durch die Verschiedenheit der Ge„schlechter offengestellten beglückensten irdischen Lebens„gemeinschaft." (1) En juist omdat het huwelijk slechts dient om aardsch geluk te verkrijgen, terwijl het Christendom a priori vordert, dat men naar het hemelsch geluk streeft, is het al dan niet gehuwd zijn dààr eene zaak van betrekkelijk geringe beteekenis. Die Ehe gilt, zegt Möller, nicht als ein positives sitliches Gut, sondern als ein nothwendiges Uebel, das für den Christen eine unvermeidliche moralische Verunreinigung mit sich führt, überdies die Seele in untergeordneten weltlichen Beschäftigungen festhält. Sie passt nur für den grossen Haufen, der zu höherer Volkommenheit sich nicht auf zu schwingen vermag. (2)

In de bekende uitspraak van Paulus: „Dico autem non nuptis et viduis, bonum est illis, si sic permaneant sicut ego. Quod si non se continent, nubant; melius enim est nubere quam uri" blijkt zijne neutrale, het huwelijk nu niet juist zeer gunstige gezindheid. Maar, en dit is zeker opmerkelijk en een duidelijk bewijs dat het Christendom „niet van deze wereld is", behoudens hetgeen omtrent het huwelijk met gescheiden vrouwen is bepaald was er

(1) Leist, Jus civile I, blz. 439. Waar Modestinus nog schrijft, L. 1 D. 23. 2, nuptiae sunt conjunctio maris et faeminae omnis vitae, divini et humani juris communicatio geven de Instituten de gewijzigde — ten onrechte zegt Baron abgeschwächte — definitie: matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens.

(2) Möller, Lehrbuch der Kirchengeschichte. I. blz. 504 en vlgg.

tusschen de oud-Christelijke leer en de Augustiaansche wetgeving geen rechtstreeksche strijd. (1) (2)

Er is echter geen godsdienst, waar men voorzichtiger moet wezen om de uitspraken van den Stichter niet te vereenzelvigen met die zijner volgelingen dan de Christelijke. Waar CHRISTUS zich hoogst zeldzaam over wereldlijke zaken uitliet — en inderdaad is in het „Heb uw naaste lief als u zelven" een leefregel gegeven, die voor alle tijden, en volken en onder alle maatschappelijke verhoudingen een juiste gedragslijn aangeeft — heeft de den Grieken ingeschapen zucht tot disputeeren en het uitdenken van stelsels — en de eerste Christenen waren meestal Grieken, althans vergriekschte Oriëntalen — er spoedig toe geleid, dat men zich met beslistheid over allerlei maatschappelijke verhoudingen ging uitlaten (3). Natuurlijk waren dan zonder moeite teksten te vinden, die de leer van den schrijver onomstootelijk bewezen. Zoo valt het dan ook niet te loochenen, dat het ascetisme, dat bij vele belijders van het Christendom sterk op den voorgrond trad, tot eene verwerping van het huwelijk,

(1) PAULUS ad Corinthios I. VII, 7 en 8 en 39, 40. Mulier, si dormierit vir ejus . . . cui vult nubat. Beatior autem erit si sic permanserit, secundum meum consilium, puto autem quod et ego spiritum Dei habeam. CHRISTUS zelf heeft het huwelijk nimmer verboden of afgekeurd, wèl de geslachtsgemeenschap buiten echt en de echtscheiding anders dan wegens overspel. Ev. S. Matthei XIX, 5—11. Ev. S. Marci X, 5—9. Denkt men aan het gerelateerde bij Lukas XX, 34—36 dan is er tusschen den gedachtengang van Paulus en die van den Heiland zeker verwantschap. Onzeker is het echter of in laatstbedoelde plaats bloot de groote beteekenis van het huwelijk voor de menschheid wordt geconstateerd, dan of het als de bestemming van den mensch wordt voorgesteld om te huwen. De discipelen meenden — Ev. S. Matthei XIX, 10 — dat hun Meester het huwelijk verbood, doch ontvingen ten antwoord: »Allen vatten dit woord niet, maar wien het gegeven is".

(2) Men denke aan Mattheus XIX. Dico autem vobis, quicunque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem et aliam duxerit moechatur; et qui dimissam duxerit moechatur.

(3) MÖLLER, Op. cit. blz. 299.

inzonderheid tot het tweede of verdere leidde, die zeker verder ging dan PAULUS, die zulk een echt bloot bij presbyters had afgekeurd ooit bedoeld had. (1) Sommige kerkvaders verwierpen het tweede huwelijk met beslistheid en ofschoon hunne zienswijze, al is zij dan ook ten slotte door de Kerk verworpen, uit den aard der zaak invloed heeft uitgeoefend, ten onrechte zou men de wetgeving der christelijke keizers alleen hieruit willen verklaren. (2) Bij hen trad veeleer de wensch op den voorgrond om te waken tegen benadeeling der uit het eerste huwelijk gesproten kinderen, een motief waarop het oude recht en AUGUSTUS weinig acht hadden kunnen slaan juist omdat zij een tweeden echt wenschelijk en noodzakelijk achten. Slechts ALEXANDER SEVERUS, ook hier weder zijn tijd vooruit, had bepaald, dat de opvoeding van pupillen niet aan de moeder zou worden toevertrouwd „si vitricum eis induxerit". (3)

Toen echter de oude denkbeelden der patria potestas voor meer humane plaats maakten, toen het „pater familias uti legassit ita jus esto" op meer dan eene plaats was doorbroken, konden CONSTANTIJN en zijne opvolgers, die, consequente autocraten als zij waren met de consequente democratie gemeen hadden, dat zij voor souvereiniteit in eigen kring weinig gevoelden tot maatregelen overgaan, waarvoor hunne voorgangers steeds waren teruggedeinsd.

Zoowel AUGUSTUS als de christelijke keizers waren — hoeveel wellicht op hun privaatleven is aan te merken — bezield met den stelligen wensch om de zeden te verbeteren, maar waar de eerste toch in hoofdzaak eene wetgeving voor de hoogere standen beoogde, rekenden

(1) Ep. ad Timotheum I. 3. 2.

(2) ATHANAGORAS Apos. 37, CLEMENS ALEXANDRINUS. Stromat. Lib. II. ORIGINES etc. zie de opgave bij BOEHMER Diss. de sec. nuptiis (Halle, 1734).

(3) L. 1. C. V. 49. bevestigd bij Novelle XXII, 38.

de laatsten meer met de massa der bevolking. En dan kon het hunne aandacht niet ontgaan, dat vooral in den middenstand de belangen der kinderen ernstig worden benadeeld door het optreden van een vitricus of noverca.

Vooral van eerstgenoemden, dank zij den invloed die hij op zijne vrouw uitoefent, en het laat zich dan ook zoowel uit de oud-Romeinsche als uit de oud-Christelijke opvattingen verklaren, dat inzonderheid het weduwenhuwelijk weinig in tel was.

Het ligt dan ook geheel op de historische lijn, dat GRATIANUS, VALENTINIANUS en THEODOSIUS, die in deze materie veel hebben tot stand gebracht in de eerste plaats aanknoopten aan het bestaande verbod voor weduwen om gedurende den rouwtijd te hertrouwen. (1) Niet alleen, dat de annus luctus van 10 tot 12 maanden werd uitgebreid, op overtreding van het verbod werden zware vermogensstraffen gesteld, hetgeen den op de dos speculeerenden aspirant-stiefvader min of meer tot een bondgenoot maakte, ja zij gingen zelfs zooverre, dat zij hun eigen machtsvolkomenheid beperkten. Voortaan zou beneficio principis aan eene weduwe met kinderen alleen dàn dispensatie van het verbod worden gegeven, wanneer zij van minstens de helft van haar vermogen, nec retento quidem usufructu ten voordeele dier kinderen afstand had gedaan. (2)

Maar men bepaalde zich niet hiertoe. CONSTANTIUS en CONSTANS schreven voor, dat de hertrouwde moeder eene aan hare kinderen uit het eerste huwelijk gemaakte schenking wegens ondankbaarheid niet meer zou kunnen

(1) L. 1 en 2, C. V. 9, l. 4 C. VI. 56.

(2) In novelle XXII werd dit door JUSTINIANUS in hoofdzaak bevestigd. In novelle XXXIX c. 2 — curieus om de hypocritische redactie — breidden zich deze bepalingen nog uit op de vrouw, die binnen het jaar na den dood van haren echtgenoot een kind kreeg waarvan deze onmogelijk de vader kon zijn.

herroepen (1). De hertrouwde moeder verloor daarenboven den eigendom ten bate harer overige voorkinderen van alle goederen die zij bij versterf had verkregen uit de nalatenschap van een voorkind en behield daarvan alleen het vruchtgebruik. Uit den aard der zaak gold hetzelfde bij overlijden van een voorkind gedurende het volgende huwelijk, doch hoe breedsprakig JUSTINIANUS zich ten deze ook uitlaat, hij spreekt alleen van een hertrouwde moeder, rept niet van den vader, die een nieuwen echt aangaat. Daar nu de vermogensnadeelen, die het hier betreft min of meer straffen zijn — de keizer spreekt althans van ποῖνα en ἐπιτίμιον — laat de jurisprudentie van het Reichsgericht, dat van eene uitbreidende interpretatie niet wil weten, zich billijken en verklaren. (2)

Maar men mag zich toch afvragen of JUSTINIANUS wel aldus beslist zou hebben, ware hèm de vraag gesteld. Immers is bij hem een duidelijk streven merkbaar om eenerzijds de eerste christelijke keizers, waar zij te ver

---

(1) L. 7. C. VIII. 56. JUSTINIANUS, inziende dat dit te ver ging, liet in Novella XXII, 35 de herroeping weder toe, wanneer het kind zich aan enkele van grove ondankbaarheid getuigende feiten had schuldig gemaakt. Over het verlies der voogdij en de verplichting tot rekening en verantwoording der mater binuba zie men Novella XXII. c. 40 en XCIV. c. 2.

(2) Dat JUSTINIANUS alleen van de hertrouwde moeder sprak vindt zijn grond èn in de omstandigheid, dat hij ook hier weder oudere constitutiën — de voornaamste dateert van Gratianus, Valentinianus en Theodosius — gewijzigd van kracht verklaarde — zie VON LÖHR, Archiv für die Civil. Praxis 1833 blz. 44 en vlg. — èn in het feit dat Novelle CXVIII waarbij het erfrecht bij versterf voor beide ouders op dezelfde wijze werd geregeld eerst zeven jaar na de hierbedoelde Novelle XXII tot stand kwam. Verg. overigens *Reichsgericht* Entsch. IV, blz. 129; FACHINAEUS, Contr. III, c. 64; MAREZOLL, Zeitschr. für Civil R. und Procesz. V, blz. 398 en vlg.; VANGEROW, § 227 anm. 1; DERNBURG, III § 27. Anders v. D. SANDE, II. tit. 3 def. 2; VOET ad Pand. 23, tit. 2; THIBAUT, § 393; GLÜCK, XXIV, blz. 187; PUCHTA, System § 428; WINDSCHEID, § 511 noot 9; GEIGER Zeitschr. für Civilr. und Procesz. blz. 204.

gaan te corrigeeren, anderzijds mannen en vrouwen op ééne lijn te stellen. Op dit punt volgde hij overigens slechts de richting reeds door enkele zijner voorgangers aangewezen. Zoo had ZENO, in een van 489 dateerende door JUSTINIANUS in Novelle XXII c. 41 slordig weergegeven constitutie bepaald, dat ouders, die in gewone omstandigheden jegens hunne kinderen de cautio legatorum servandorum causa niet behoefden te stellen bij hertrouwen die gunst zouden derven.

Zoo verliest in het Justiniaansche recht de hertrouwde echtgenoot — zoo vader als moeder — den eigendom van alle lucra nuptialia, ten behoeve der voorkinderen en wel onverschillig of deze van den eerst overledene al dan niet erfgenamen geweest zijn, mits zij ten zijnen opzichte slechts niet ingrati waren. Kleinkinderen komen in de plaats van vooroverleden ouders wier erfgenamen zij waren. Vervreemdingen der lucra nuptialia zijn ongeldig en dit geldt zelfs wanneer het nieuwe huwelijk eerst na de vervreemding is gesloten. Het vruchtgebruik kan hij echter behouden, wat hieromtrent ten opzichte der hertrouwde weduwe door VALENTINIANUS, THEODOSIUS en ARCADIUS anders bepaald was (1) is door JUSTINIANUS ingetrokken.

De in den loop der tijden van alle dit onderwerp regelende constitutiën het meest belangrijk gewordene is de van 469 dateerende door LEO en ANTHEMIUS uitgevaardigde zoogenaamde lex hac edictali. (2)

Terwijl toch de bovenbedoelde wetten slechts ten doel hadden om te verhinderen, dat het vermogen van voorkinderen of van den vooroverleden echtgenoot ten goede

(1) L. 1. C. V. 10 en Novelle XXII. 32. Zie over deze geheele materie VANGEROW, § 227 anm. 1 en WINDSCHEID § 511. 2—8. Voor het geval van een derde huwelijk zie men nog Novelle XXII, 29.

(2) L. 6. C. V. 9.

kwam aan vreemden — een streven op zich zelf zóó gerechtvaardigd, dat men zich verwondert, dat slechts het Portugeesche recht dit heeft behouden — wordt hier uitgegaan van de gedachte, dat ook het eigen vermogen van den hertrouwden echtgenoot voor zooveel mogelijk moet gereserveerd blijven voor zijn kinderen uit het eerste huwelijk of juister, dat hiervan de nieuwe echtgenoot slechts in beperkte mate mag profiteeren.

Dat zulk een denkbeeld slechts wortel kon schieten, toen het instituut der legitieme portie zich reeds vrij sterk had ontwikkeld, is duidelijk. Maar men moet erkennen, dat de keizers, toen zij het eenmaal hadden aanvaard, het met talent hebben uitgewerkt. Niemand toch, die een tweede of verder huwelijk aanging, zou uit liberaliteit hetzij mortis causa of inter vivos aan zijn tweeden of verderen echtgenoot meer mogen doen toekomen dan dat hetgeen het niet rite onterfde voorkind verkreeg. Waren er meerdere voorkinderen en was hun aandeel niet gelijk, dan mocht de nieuwe echtgenoote niet meer genieten dan het kind — kleinkinderen kwamen bij plaatsvervulling — dat het minste verkreeg. Met hetgeen ingrati uit gunst nog verkregen behoefde intusschen geen rekening te worden gehouden. (1)

Hetgeen de nieuwe echtgenoot te veel ontvangen „ad „personas deferri liberorum et inter eas dividi jubemus."

Wie nu deze liberi waren was door Leo en Anthemius niet duidelijk gezegd, ofschoon wel uit het zinsverband kon worden opgemaakt, dat zij de voorkinderen op het oog hadden. In eene van 529 dateerende constitutie bepaalde Justinianus echter, dat „omnia quae memorato „modo revocantur, non solum ad filios prioris matrimonii,

(1) L. 10. C. V. 9.

„sed etiam ad eos, qui ex secundis nuptiis nati fuerint „in capita inter omnes dividi sancimus" (1) doch spoedig herriep hij in Novella XXII deze beslissing als eene dwaling, en bepaalde hij zeer terecht, dat voorkinderen, die zich aan ondankbaarheid schuldig hadden gemaakt, niet zouden mededeelen. (2) Ten einde te voorkomen, dat men door listige kunstgrepen de wet ontdook, werd voorgeschreven, dat eene eenmaal aan den tweeden of verderen echtgenoot geschonken dos of donatio propter nuptias niet meer vermeerderd kon worden.

De toen reeds bestaande controverse of het oogenblik van den dood van den parens binubus dan wel een ander moment beslissend zou zijn ter beoordeeling van het voordeel van den stiefouder werd tevens uitdrukkelijk in eerstgemelden zin beslist. (3)

Over het algemeen wettigt, naar het mij voorkomt, ook hier weder het Justiniaansche recht de bewondering die daaraan vroeger zoo ruimschoots ten deel viel. De kerkelijke strooming had zonder twijfel invloed, maar wel verre van te bezwijken voor de voor den absoluten monarch zoo sterke verzoeking om eenvoudig te verbieden wat minder wenschelijk wordt geacht bepaalden de keizers zich om voor de financieele belangen der voorkinderen op te komen. Eerst vele eeuwen later ging men in Bizantium verder. Gedachtig aan de uitspraak van GREGORIUS

(1) L. 9. C. V. 9.

(2) Novelle XXII, 27. *Τοιοῦτο δὲ τὸ πέριττον διαιρήσονται πρὸς ἀλλήλους οἱ κεχαρισμένοι παῖδες τοῖς γονεῦσιν, οὐχ οἱ ἀχαρίστοι ... καὶ ἀχαριστίας τοιαύτης ὑπευθύνοι καθεστῶτες, ὁποιάν οἱ νόμοι ζητοῦσιν.*

(3) Novella XXII, 28 authentica. Quia vero hactenus legibus indiscretum est quando conveniat quod plus est inspicere; utrum secundum oblationis tempus an secundum matrimonii solutionem, optimum nobis visum est esse mortis binubi parentis observare tempus. — In omnibus talibus non ab initio donatio aut scriptura respicienda, sed eventus considerandus est.

NAZIANZENUS *τὸ πρῶτον συνοικέσιον νόμον, τὸ δευτέρον συνχώρησις, το τρίτον παρανόμια, τὸ τέταρτον χοιρώδης βίος* verbood keizerin IRENE omstreeks 800 het derde en verder huwelijk, een verbod dat BASILIUS I, de stichter der Macedonische dynastie, in dien zin aanvulde, dat het derde huwelijk geldig maar aan de kerkelijke straffen onderworpen, het vierde bepaald nietig zou zijn.

Ofschoon reeds zijn zoon LEO PHILOSOPHUS met deze wetgeving in conflict kwam door zijn vierde huwelijk met de schoone Zoe Karbonopsina, dat hem eene excommunicatie bezorgde en bijna den troon kostte, bleef deze wetgeving met eene kleine in 920 tot stand gebrachte wijziging, dat ook het derde huwelijk nietig zou zijn, wanneer de hertrouwde echtgenoot kinderen had, eeuwen van kracht. (1)

De invloed van het Bizantijnsche recht is echter zoo gering, dat men dit veilig ter zake kan laten. Daarentegen kan het Germaansche recht kwalijk geheel met stilzwijgen worden voorbijgegaan.

Een essentieel verschil zal men — en dit laat zich bij de oudheid van het huwelijk en de gemeenschappelijke afstamming verklaren tusschen het oud-Romeinsche en oud-Germaansche recht niet aantreffen.

Zoo hier als ginds vindt men voor den man vrijheid om te hertrouwen, voor de vrouw beperkingen. Maar waar het Romeinsche recht, althans voorzooverre het ons bekend is, zich met het inachtnemen van den annus luctus contenteerde, schijnt bij de Germanen in de eerste

(1) ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Geschichte des Griechisch-Römischen Rechts, blz. 81 en vlg. Toen ten tijde der Ecloga — ± 740 — in Bizantium een zekere vorm van gemeenschap werd erkend, kregen de voorkinderen het recht om òf met den hertrouwden echtgenoot in onverdeelde gemeenschap te blijven òf van den vader de res maternae, van de moeder de res paternae op te vorderen. Ecloga II 5—7, 10, 11. Zooals bekend is, keerde men echter onder de Macedonische dynastie weder tot het recht der Novellen terug.

eeuwen het weduwenhuwelijk, zoo al niet verboden, dan toch uiterst zeldzaam geweest te zijn. (1)

Nu is het waar, dat de overigens van vrij jongen datum zijnde leges barbarorum zulk een verbod niet meer bevatten, maar in aanzien was een dergelijk huwelijk toch niet en men zag er dan ook blijkbaar geen bezwaar in om in de voor de Romeinsche onderdanen der Germaansche veroveraars opgemaakte rechtsverzamelingen talrijke voorschriften van het latere Romeinsche recht op te nemen. (2) Maar — en dit bewijst meer — ook de echt Germaansche leges vertoonen sporen van dezen geest.

Zoo bepaalt tit. XLIII der *lex Salica*, dat hij die eene weduwe wil huwen dit niet dan in het openbaar mag doen en na aan bepaald aangewezen bloedverwanten, en bij gebreke van hen aan den fiscus, een reipus van

(1) TACITUS. Germania 19. Tantum virgines nubunt et cum spe votisque uxoris semel transigitur: unum accipiunt maritum quo modo unum corpus, unamque vitam ne ulla cogitatio ultra... ne tamquam maritum sed tamquam matrimonium ament. De somtijds verdedigde meening — zie WEINHOLD, Deutsche Frauen — dat oorspronkelijk de vrouw den man in den dood gevolgd zou zijn is na hetgeen HEUSLER en SCHRÖDER dienaangaande hebben gezegd nog ad demonstrandum. Niet omdat dit in strijd zou zijn met het moederrecht — dat dit bij de Germanen zou hebben gegolden is zeer twijfelachtig — maar omdat een enkel geval — bijv. de slag bij Aquae Sextiae — weinig bewijst. Bij de Grieken placht men niet zijn dochters te offeren of met zijn zusters te trouwen, ofschoon Agamennon Iphigenia offerde en de Ptolemaeën onder elkander plachten te huwen.

(2) Althans wat vrouwen betreft. Theoderik bijv. nam in zijn edict — dat ook voor zijne Gothen gold — het verbod voor weduwen om binnen het jaar te hertrouwen op en stelde hiermede op ééne lijn si furtim se misceat illi cuius post annum erit uxor futura. In den PAPIANUS (lex Rom. Burg.) XVI. 1. vindt men hetzelfde verbod terug ita ut de facultate mariti prioris etiamsi ei dimissa fuerit nihil habeat pari et de donatione nuptiali ad secundas vero nuptias post designatam anni spatium transeuntes donationem mariti prioris usufructuariae possidere possunt. Ook het verbod van herroeping van schenkingen aan voorkinderen wegens ondankbaarheid vindt men weder. Zie ook het Breviarium Alaricianum. — Cod Theod. III 15. 4. interpr. eod 8. 1. interpr. C. 9. interpr. VIII. 6. 3, VIII. 9. 6 en de lex Romana Rhaetica Curiensis VIII. IX. 3.

3 solidi en 1 denarius te hebben betaald. Over het karakter van dat recht, niet ten onrechte „der räthselhafte reipus" genoemd, is veel getwist, doch vermoedelijk is de opvatting, dat hij te beschouwen is als een soort zoenoffer aan de bloedverwanten, die men beleedigt door de vrouw te bewegen de trouw aan haar overleden man te breken nog de beste. (1)

Daarnevens rust nog op de vrouw de verplichting om aan de bloedverwanten van den overledene een afkoopsom te betalen. — Omnis mihi testes scitis quia et achasium dedi ut pacem habeam parentum — Cap. extrav. VII ed. Pardessus, LXXI(I) ed. Hessels-Kern. Maar de achasius is toch een afkoopsom van anderen aard. Der achasius war — zegt SCHRÖDER (2) — eine der Wittwe obliegende Abgabe an den Verwanten des ersten Mannes oder an dem Richter durch die sie sich für die zweite Ehe die Belassung des von jenem gegeben Wittums erkaufen musste. Vandaar dan ook, dat de achasius in den vorm waarin men haar in de lex Salica vindt van betrekkelijk jongen datum is.

Immers wat was het karakter van de Salische dos? Men is niet ver van de waarheid, wanneer men antwoordt juist het tegenovergestelde van de oud-Romeinsche. Was deze eene schenking meestal van de bloedverwanten der bruid aan den man, scil. zijn machthebber, ad sustinenda onera matrimonii, de oud-Germaansche dos was, hoe duister haar wezen moge zijn, eene

(1) HEUSLER, Institutionen II 307. Een overzicht der verschillende theorieën vindt men bij SCHRÖDER, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte. blz. 295. De vooral door GLASSON, Histoire du droit et des institutions de France. III. blz. 29, verdedigde opvatting, dat de reipus de prijs zou zijn voor het mundium der vrouw vindt slechts weinig aanhangers meer.

(2) SCHRÖDER, Op. cit. blz. 295; v. AMIRA, Erbenfolge blz. 30 m. vlg.; cf. ook DARGUN, Mutterrecht blz. 141.

praestatie niet aàn maar vàn den toekomstigen echtgenoot.

Niet dat de vrouw van haar kant niets ten huwelijk zou hebben aangebracht — reeds TACITUS spreekt van armorum aliquid (1) — maar economisch was dit, althans zoolang de vrouwen nog het erfrecht van onroerende zaken misten, van betrekkelijk geringe beteekenis (2). De huwelijksgift in de Romeinsche beteekenis van het woord gaf de man niet aan de vrouw maar aan haren vader of mundwald als prijs voor het mundium (3). Maar reeds betrekkelijk vroeg won het denkbeeld veld, dat deze koopsom niet door den machthebber mocht worden behouden, maar weder geheel of ten deele aan de vrouw moest worden afgestaan. Het Burgundische recht verkeert in dit opzicht nog in de overgangsperiode, in het Salische is ten tijde der capitularia deze stap reeds gedaan (4). Daar ontvangt de vrouw de dos die door den man in bezit wordt genomen en beheerd. Tusschen de echtgenooten ontstaat eene verwaltungsgemeinschaft door Prof. FOCKEMA ANDREAE in tegenstelling der Romeinsche en moderne

---

(1) TACITUS, Germania 18. Vermoedelijk heeft men te doen met de speer die de mundwald van de vrouw aan den man geeft tot teeken dat het mundium op hem overging.

(2) Ten tijde der volksrechten bestond die inbreng voornl. uit den uitzet der vrouw, kleederen en versierselen. Ornamenta muliebra quod rhedo dicunt, lex Angl. et Werin. 38. — Malahereda — Lex Burg. c. 86. Bij het overlijden der vrouw verviel die uitzet niet aan hare zonen, doch aan hare dochters of bij gebreke van die aan de naaste verwanten der vrouw. Toen de vrouwen ook onroerende goederen kwamen te bezitten, ziet men dan ook een geheel verschillend erfrecht voor beide soorten van vermogen. Lex Angl. et Werin. 32 en 33.

(3) TACITUS uitspraak Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert ziet vermoedelijk op de morgengabe.

(4) Lex Burg. 42. 2, 56, 59, 66, 69. 2. De vader of broeder der bruid ontvangt de dos en staat af wat hij wil. Verdere verwanten moeten minstens 1/8 afstaan. Weduwen ontvangen den wittemon zelve maar geven aan de erfgenamen van den eersten echtgenoot na den door dezen betaalden wittemon terug.

eene gezamenderhandsche gemeenschap geheeten (1). Nu is het waar, dat het na HEUSLER's scherpzinnige uiteenzettingen twijfelachtig is of het recht van den man nog niet verder ging; met voldoende zekerheid weet men alleen wat geschiedt, wanneer na het overlijden van een der echtgenooten de overlevende wil hertrouwen. Zijn er kinderen uit het eerste huwelijk, dan kan de vader de dos behouden, zoolang zij onder zijn mundium staan, zijn er geen kinderen, is het huwelijk onbeërfd, dan moet $^2/_3$ van de dos en een gedeelte der meubelen aan de naaste bloedverwanten van de overleden vrouw worden afgestaan (2) (3).

De vrouw daarentegen behield zelfs bij een tweede huwelijk en dus a fortiori bij een voortdurenden weduwenstaat haar dos. Maar zij kon bij hertrouwen die alleen in het nieuwe huwelijk inbrengen tegen afstand van den aschasius aan de erfgenamen van den man en dan nog met de restrictie, dat de kinderen uit het eerste huwelijk post obitum matris sine ullum consorcium dotem sibi vendicent ac defendent. De qua dotem mater nec vendere nec donare praesumat (4). In dit ge-

(1) Bijdragen II blz. 46 en Verslagen der Konink. Akad. van Wet. III. 4. 1ste stuk.

(2) HEUSLER, II. blz. 292 en vlgg.

(3) *Lex Salica* LXXII(I). Si vero de anteriorem uxorem filios non habuerit, parentes qui proximiores sunt mulieris defuncti duas partes dotis recolligant et duos lectiaria demittant, dua scamna coperta, duo cattedras — derhalve die meubelen of hetgeen men gemakshalve daarvoor hield, die de vrouw ten huwelijk had aangebracht.

Das Bett in dem sie mit dem ersten Manne geschlafen, und der Tisch an welchem sie mit ihm gegessen hat soll ihr nicht mit dem zweiten Manne dienen. STOBBE II. blz. 286.

(4) *Lex Salica*. LXXIIII. Men lette er op, dat dit alles slechts gold, si quis mulier vidua port mortem mariti sui ad alterum marito dare se voluerit. Bleef zij ongehuwd dan had zij vermoedelijk wel het recht van beschikking over de dos, althans van het tegendeel blijkt niets. cf. SCHRÖDER, Geschichte der ehel. Güterrechts. I. 131.

val was dus de dos ten bate der voorkinderen gevest „verfangen" en de moeder was om eene modere uitdrukking te gebruiken niet veel meer dan eene vruchtgebruikster.

Uit het bovenstaande blijkt, dat de belangen der voorkinderen niet uit het oog werden verloren. Immers bestond het vermogen der vrouw voornamelijk uit haar dos, de bij andere volken zoo sterk ontwikkelde verlovingsgeschenken en morgengabe beteekenden bij de Salische Franken niet veel. (1) Doch ook bij die andere stammen smolten die geschenken meer en meer met de dos samen.

Het minst was dit het geval met de morgengave en vandaar, dat daarop een oogenblik de aandacht moet worden gevestigd. Of het opgetuigde paard, dat volgens Tacitus de man aan zijne vrouw placht te schenken, reeds op de morgengave wijst, blijve in het midden; zeker is het, dat ten tijde der volksrechten de man 's morgens na de huwelijksnacht zijne echtgenoote in alle stilte een „freies Geschenk der Liebe" placht te schenken om duidelijk te doen uitkomen, dat de vrouw zich aan hem had gegeven niet als slavin doch als gelijke. (2)

Oorspronkelijk was het geschenk van geene groote

(1) De dos wel, zoodat men in Bened. cap. II. 133 zelfs vindt vermeld nullum enim sine dote fiat conjugium.

(2) De Romeinsch denkende clerici beschouwden de morgengave als een pretium virginitatis en trokken er daarom tegen te velde. Dezelfde onjuiste opvatting had tengevolge dat de meening veld kon winnen, dat weduwen, niet-virgines, op het geschenk dus geen aanspraak konden maken. Toch bewijst de omstandigheid, dat men in Italië in zulke gevallen eene Abendgabe schonk, dat het volk de zaak juister inzag. Waar, zooals bij de Longobarden, de meta (dos) voor eene weduwe bepaald was tot de helft der gebruikelijke, kwam in het vorstendom Beneventum de gewoonte op om nu ook in dit geval slechts de halve morgengabe, de octava, te schenken.

beteekenis — in de lex Alamannorum is het maximum op 12 solidi bepaald — en werd zoolang men een oog had voor de symbolische beteekenis aangenomen, dat de morgengave het eigendom werd der vrouw en in haar bezit bleef ook bij ontbinding van het huwelijk. Maar dit veranderde, toen gelijk bij de Longobarden en West-Gothen haar omvang steeg, zij evenals de morgengift der Angelsachsen meer en meer het karakter verkreeg van eene weduwenverzorging.

Nu moest men wel bij de menigvuldig voorkomende tweede huwelijken er de aandacht aan schenken, dat door het vrije eigendomsrecht der vrouw de mogelijkheid bestond dat een belangrijk deel van het vermogen van den man op deze wijze ten slotte aan derden zou ten goede komen (1) en dit bezwaar werd te klemmender, toen door de erkenning van het erfrecht van vrouwen ook op immobilia de oud-Germaansche mobiliar-dos en mobiliar-morgengave door schenkingen van onroerende goederen werden vervangen.

Bij de Longobarden kwam men er toe om het bedrag der meta, later ook van de morgencap tot een maximum van de helft en een vierde van het vermogen van den man te beperken, (2) bij de West-Gothen bepaalde koning Chindaswind zich voornamelijk tot het zorgen voor de belangen der voorkinderen. (3) In het Frankische

(1) Op dit punt is het Burgondisch recht juist omdat wittemon (dos) en morgengabe (donatio nuptialis) nog niet samengesmolten waren, merkwaardig. Terwijl de wittemon bij hertrouwen der vrouw aan de erven van den eersten echtgenoot terugvalt »Donationem nuptialem dum advivit usufructu possideat, post ejus mortem ad unumquemque filius quidquid pater ejus dederit revertatur ita ut mater nec donandi nec vendendi nec alienandi habeat potestatem". Lex Burg. 24. 1 en 2, 42. 2. Schröder, Eheliches Güterrecht I. blz. 104.

(2) Edictum Luitpraud. 89. 103.

(3) Zijne wet de quantitate rerum conscribendae dotis III. 5, waarbij het maximum van de dos op 1/10 van het vermogen van den man bepaald

rijk werd de dos, zoo die uit onroerende goederen bestond, bijkans steeds bij geschrift gegeven en werd dus veel overgelaten aan het goedvinden van partijen. Soms verkreeg de vrouw slechts een vruchtgebruik, dan weder was haar recht meer omvangrijk, maar meestal was uitdrukkelijk bepaald, dat bij haar dood de goederen ten deel zouden vallen aan de uit het huwelijk gesproten kinderen. Bij een tweede huwelijk verloor zij de dos niet, maar deze was ten behoeve der voorkinderen verfangen „gevest". „Haec omnia superius jam dicta . . . diebus nuptiarum „sum impleturus vel traditurus, ita ut dum vixeris secun„dum legis ordinem teneas atque possideas, nostrisque qui „ex nobis procreati fuerint filiis vel filiabus derelinquas." (Sirmond. 14). (1)

De omstandigheid dat de groote menigte woeste gronden eene rijke gelegenheid bood om het vermogen gedurende het huwelijk te vermeerderen, had tengevolge, dat men aan de vrouw door wie medearbeid dit resultaat werd verkregen, meestal een derde daarvan placht toe te kennen.

Dit werd zelfs zóó gebruikelijk, dat de lex Ribuaria dit bepaalde ook voor het geval schriftelijk niets was

---

was kwam vrij spoedig weer in onbruik. Daarnevens bepaalde Lib. IV. V. 2. Verum tamen foeminis quas contigerit duobis viris aut amplius nubere atque ex eis filios procreare non eis licitum erit dotem ab alio marito acceptam filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare, sed unusquisque filius filiave, nepos aut neptis ex ipsa linea procreati, dotem quam avus aut pater illorum concesserat post mulieris obitum per omnia consequturi sunt. Hertrouwde de vrouw niet, dan gold — IV 5. 2 — tres partes legitimis filiis aut nepotibus, seu sit unus sive forsitan plures, absque dubio relictura est. De tota interum dote tunc facere quod voluerit erit mulieris potestas, quando nullum legitimum filium filiamve nepotem vel neptem superstitem reliquerit.

(1) SANDHAAS, Fränkisches Eheliches Guterrecht blz. 58 en vlg. Formulae Andegav. 39. 53 etc.

gestipuleerd. (1) Een soortgelijke bepaling behelst de lex Saxonum. Cap 48. „De eo, quod vir et mulier simul con-„quisierint, mulier mediam portionem accipiat. hoc apud „Westfalaos. Apud Ostfalaos et Angarios nihil accipiat, sed „contenta sit dote sua." (2)

Bij de andere volken waar òf de gemeenschap nog niet verder was gekomen dan eene verwaltungsgemeinschaft òf de dos minder beteekende kwam men toch aan de weduwe ter hulp door haar òf gelijk bij de Alamannen het recht te geven om in den onverdeelden boedel te blijven (3) òf haar een vruchtgebruik toe te kennen hetzij van een bepaald gedeelte van het vermogen van den overledene, hetzij van een kindsdeel (4). Maar door

---

(1) Lex Ribuaria 37. § 2. Si autem per series scripturarum ei nihil contulerit, si mulier virum supervixerit 50 solidos recipiat et terciam de omne re, quod simul conlobaverit sibi studeat evindicare et quidquid ei in morgangaba traditum fuerit similiter faciat.

(2) Dat de dos of liever de morgengave bij de Saksers niet het onbeperkte eigendom der vrouw wordt, bewijst C. 47 der lex Saxonum. Ostfalis et Angarii volunt, si femina filios genuerit, habeat dotem, quam in nuptiis accepit, quamdiu vivat, filiis dimittat ... si autem filios non habuerit, dos ad dantem, si vivit revertatur, si defunctus est, ad proximos heredes ejus. Apud Westfalaos, postquam mulier filius genuerit, dotem amittat, si autem non genuerit, ad dies dotem possideat... zie hierover SCHRÖDER, Rechtsgeschichte blz. 304 en prof. FOCKEMA ANDREAE op cit. blz. 51 wiens conclusie, dat bij beërfd huwelijk bij de Westfalen algeheele gemeenschap zou bestaan mij intusschen gewaagd voorkomt. Cf. ook GLASSON Histoire des droits et institutions de l'Angleterre I blz. 122.

(3) Lex Alam. 54. 1. Uit de woorden si de illa hereditate exire voluerit blijkt, dat zij daartoe niet verplicht was.

(4) Het laatste was het geval bij de Westgothen. Lex Visigoth. IV 2. 14. Wat geschiedde bij een kinderloos huwelijk is niet vermeld. In dit geval gaf de lex Bajuvorum, die overigens aan het Westgothisch recht gelijk was, de helft van de pecunia in vruchtgebruik. XV 7. 8. Bij de Burgondiërs bedraagt het vruchtgebruik $^1/_3$ of $^1/_4$, welk derde overigens bij kinderloos huwelijk, alleen toekwam aan de mulier inops et indotata. Lex Burg. 74. Toch is hier niet aan Romeinschen invloed te denken gelijk SAVIGNY geschichte des R. R. im mittel. II, 88 meende, wijl deze bepaling, een wet van koning Sigismond, reeds van 517 dateert.

opvolgend huwelijk ging dit vruchtgebruik onherroepelijk verloren, (1) niet zoozeer als eene poena — de lex Visogotharum noemt het tweede huwelijk uitdrukkelijk eene honesta conjunctio — maar omdat, waar de nieuwe echtgenoot voor zijne vrouw heeft te zorgen, voor het vruchtgebruik, de ratio was vervallen.

Uit het bovenstaande blijkt, dat de oude rechtsopvattingen zich betrekkelijk spoedig hadden gewijzigd. De tweede huwelijken bij vrouwen, althans oudtijds, ongewoon kwamen zeer in zwang — de lex Burgondionum XXIV. 1. zegt zelfs ut adsolet fieri — en zoo de wetgever er zich mede bemoeit is het niet omdat hij zulk een echt afkeurt, maar ter wille der kinderen. En zelfs om hunnentwille gaat hij den nieuwen echt niet tegen, bepaalt hij geen poenae, maar zorgt hij alleen, dat zij en de andere familieleden van den overledene niet te veel schade lijden. (2)

Bepaalde strafbepalingen vindt men afgescheiden van den duisteren repus, die onder de Carolingers verdween, slechts in enkele leges, die het niet inachtnemen van den annus luctus met vermogensnadeelen treffen. En hier — dit kan men SAVIGNY toegeven heeft men te doen niet

(1) Lex Bajuvorum 8. Visigotharum IV. 14. Natuurlijk was dit ook het geval, wanneer men, gelijk bij de Longobarden gebruikelijk was, eenig goed aan de kerk had geschonken maar zich en zijne echtgenoot — si lectum meum custodierit et fides maritalis observaverit usufructuandi ejus sit potestas — het vruchtgebruik had gestipuleerd. Vergl. over deze wederkeerige lijfrente SCHRÖDER, Ehel. Guterrecht I, 161 en vgl. waar talrijke formulae zijn medegedeeld.

(2) Zelfs in het anders zeer onder Romeinschen invloed staande Westgothische recht is dit het geval. — Zie de zeer uitvoerige regeling van het geval van een tweede huwelijk van den vader Lib. IV, II 13 —. Dat eene Westgothische moeder slechts de voogdij over hare minderjarigen kinderen, si in viduitate permanserit IV. III 3 laat zich begrijpen. Met het Rom. Recht nam men ook de Rom. exceptie over.

niet met Germaansch maar met Romeinsch recht. (1)

Voor een deel is deze omkeer toe te schrijven aan den invloed der kerk. Niet dat deze, in tegenstelling met hare Bizantynsche zuster, het tweede huwelijk gunstig gezind zou zijn geweest, — de omstandigheid, dat de kerk daar, waar zij grooten invloed had de inzegening van tweede huwelijken weigerde is daarvan een bewijs — (2) maar uit vrees voor het concubinaat is de middeneeuwsche kerk, wanneer men het overdreven gewicht dat zij aan de cognatio spiritualis hecht ter zijde laat, steeds meer gezind geweest om het aangaan van een huwelijk, te vergemakkelijken dan te bemoeilijken. De opkomst van het coelibaat der geestelijkheid en de vele kloosters, die menigmaal de beste elementen der natie tot zich trokken hadden ten gevolge, dat men aan de ongetwijfeld te zware eischen van kuischheid die de oude kerkvaders algemeen gesteld hadden, voor de groote massa minder gewicht ging hechten, nu de elite — en als zoodanig beschouwde de kerk hare dienaren — daaraan slechts voldeed. (3)

Daarbij komt, dat de Katholieke Kerk steeds de merkwaardige, door hare bestrijders haar wonderlijk genoeg tot grief gemaakte, eigenschap heeft bezeten om zich zonder hare beginselen prijs te geven naar de behoeften der nu eenmaal bestaande maatschappij te kunnen schikken. In het begin, ja in de geheele eerste helft der middeneeuwen, waar

---

(1) Lex Burg. XLII 2. Si a tempore obitus prioris mariti intra annum nubere vellet, habeat liberam postestatem: et tertiam substantiae partem quam permissa fuerat possidere dimittat. Cf. ook Leges Canuti II, 73 SCHMID, Gesetze der Angelsachsen blz. 311.

(2) Lex Edmondi de sponsalibus 8. Egberti exceptiones 90 en 91. Canones 1 en 3 de secundis nuptiis IV, 21. Secundae nuptiae non benedicentur, et benedicens puniendus est.

(3) Waar het clerici gold was men streng genoeg. Zoo was de omstandigheid, dat men tweemaal gehuwd was geweest, zelfs dat men eene weduwe gehuwd had reeds een beletsel om in sommige geestelijke orden te worden opgenomen.

van overbevolking geen sprake is, maar integendeel de mannelijke bevolking door de vele oorlogen op het slagveld dikwerf een vroegtijdigen dood vond, moesten wel andere beschouwingen ingang vinden dan in het ten val neigende overbeschaafde Rome. Èn de opkomst der feodaliteit met zijn bizonder erfrecht voor feuda, èn die der kleine burgerij in de steden voor wie een huwelijk en niet alleen een eerste bijkans eene economische noodzakelijkheid was arbeidden in deze richting. (1)

Dat men onder deze omstandigheden voor de nadeelen die een tweede echt den voorkinderen medebracht niet veel gevoelde, ligt voor de hand.

Het oude recht had door de beperking van den omvang der dos en door het „gevest" zijn dier huwelijksgift ten behoeve dier voorkinderen nog voor hunne belangen gewaakt; de toestand veranderde toen de beheersgemeenschap zich wijzigde òf in eene Errungenschaftsgemeinschaft òf in eene algeheele gemeenschap. Nog het minst bij eerstgenoemde, wijl dààr het karakter eener gezamenderhandsche gemeenschap nog het langst bleef behouden en wel is waar bij ontbinding van het huwelijk de mobilia den overlevende ten goede kwamen, maar de onroerende goederen op dat oogenblik aanwezig, althans zeker de aangebrachte, ten bate der voorkinderen waren „verfangen". Daar kon de meening veld winnen, dat die kinderen daarmede dan ook moesten tevreden zijn en dat het vrije vermogen nu ook uitsluitend aan de kinderen uit den tweeden echt ten goede zou komen.

Doch daar bij de meergegoeden het grootste gedeelte van het vermogen niet wordt verdiend maar aangebracht

---

(1) GIERKE, Genossenschaftsrecht I blz. 370, deelt mede, dat de weduwe van een meester spoedig een bekwamen gezel moest huwen, wilde zij niet het recht verliezen om de zaak voort te zetten.

werkte dit toch niet nadeelig. Slechts toen het gebruikelijk ging worden dat de parens binubus voor het aangaan van den nieuwen echt met zijne voorkinderen ging deelen, hen als het ware uitkocht, kwamen deze bij die overeenkomst met hun vader wel eens te kort. Maar desniettemin was hun toestand toch veel voordeeliger dan in de streken, waar de algeheele gemeenschap veld won. Niet alleen, dat deze, althans in Holland, vrij spoedig het karakter aannam van een dominium pro indiviso, wanneer de kinderen na den dood van den eerstoverledene met den overlevenden axendent in ongedeelde gemeenschap bleven en nu ook de tweede echtgenoot en dikwijls ook de kinderen uit den tweeden echt daarin als deelgerechtigden optraden, was hun positie somtijds zeer ongunstig. (1)

Het is echter niet het oud-Hollandsch recht geweest, waar deze gemeenschap gold, maar het oud-Fransche dat de bron is geworden van het thans vigeerend recht. Vandaar dan ook, dat daarvoor een oogenblik de aandacht wordt gevraagd.

Niet alleen was het tweede huwelijk in het middeneeuwsche Fransche recht niet in discrediet, het was zelfs zeer in zwang. Althans bij bezitsters van feuda. Zoodra toch deze ook in de vrouwelijke lijn erfelijk werden, was het voor den leenheer van gewicht, dat de bezitster van een feudum huwde. Alleen dan toch was men zeker, dat de leendienst vervuld zou worden door een man in staat om zoo noodig ten strijde te trekken. (2) En dit gold niet alleen voor meisjes maar ook voor weduwen. Het

---

(1) cf. het uitnemend overzicht van het oud-vaderlandsch recht bij prof. FOCKEMA ANDREAE, Op. cit. II. blz. 119 en vlg. en 162 en vlg. alsmede SCHRÖDER, Eheliches Güterrecht. IIe deel. SANDHAAS, Op. cit. en SCHRÖDER, Lehrbuch 700 en vlg.

(2) Terecht kan GLASSON, Op. cit. dan ook zeggen Le droit de mariage est le correctif nécessaire de la succesibilité des fiefs. BRACTON, II. c. 37.

tenetur dominus eam maritare (1) werd alras ook voor weduwen aangenomen. Wel kwam in Engeland de Kerk vrij spoedig tusschen beiden en werd reeds in de Magna Charta (2) bepaald, dat eene weduwe voor een tweeden echt wel de toestemming van den heer behoefde, doch niet tot een huwelijk kon worden gedwongen en stompte het droit de mariage in Frankrijk al spoedig af tot een recht op betaling van een maritagium, (3) maar geheel verdwenen was het niet en in de geschiedenis zijn tal van gevallen bekend, dat de Koning een zijner vasallen tot een met zijn politiek strookend huwelijk drong. (4)

In Jeruzalem, waar dank de nimmer rustende Sarasenen de service de corps practisch steeds van gewicht bleef, ziet men het recht daarentegen in zijn volle kracht. Maar zelfs hier gaf het tot misbruiken aanleiding. „Grant murmure en fut contre le seignor", zoodat ten slotte den leenheer alleen het recht werd gegeven om der weduwe candidaten voor het huwelijksbed voor te slaan waaruit zij dan had te kiezen. (5) Doch dit was alleen het geval, wanneer zij òf zelf een feudum bezat òf als baillistre voor hare kinderen op zulk een bezit aanspraak maakte. Was zij tevreden met haar douaire, dan kon men haar niet tot een nieuwen echt dwingen.

„Feme por nul doaire ne deit mariage à celui de qui

(1) Glanvilla. VII c. 12. 5.

(2) Magna Charta. c. VII.

(3) Du Cange, Glossarium IV, 553 citeert bijv. de volgende passage uit eene acte van 1348. Wilhelmus Searich ad habendam uxorem Johannam, qui fuit uxor Wilhelmi Toul, venit in curiam et dat domino de fine pro eadem in maritagio habenda sol. X.

(4) C'est en vertu de ce droit royal que Louis XII obligea Alain d'Albret de consentir à l'union de sa fille Charlotte avec le misérable don Cesare. (Cesar Borgia door hem kort te voren tot duc de Valentinois verheven). Revue Critique. 1884. p. 155.

(5) *Assises de la Haute Cour.* Philippe de Navarre. LXXXVI.

„elle le tient, ne elle se deit marier sanz son congié." (1) Een wachttijd van een jaar en een dag moest haar in elk geval worden gegund en waar dit in de assises de la Haute Cour nog min of meer werd voorgesteld als een recht, was het in acht nemen dezer Carenzzeit voor niet adelijke weduwen waarschijnlijk tengevolge van Arabisch-Grieksche invloed eene absolute door zware vermogensnadeelen afgedwongene verplichting. (2)

Eene verplichting, die den trouwlustigen weduwen wellicht zwaar genoeg viel en waarvan men in het Noord-Fransche recht dan ook geene melding vindt gemaakt. (3) Integendeel zóó zeer was men daar een nieuw huwelijk gunstig gezind, dat BEAUMANOIR de meening kon verkondigen, dat bij schenkingen van den eenen echtgenoot aan den anderen de voorwaarde dat de vrouw niet zou hertrouwen als „contre Dieu" voor niet geschreven was te houden.

En inderdaad, waar de maatschappelijke toestanden tot een tweeden echt drongen laat dit zich begrijpen. En te eerder kon men dat huwelijk met een gunstig oog aanzien omdat het huwelijksvermogensrecht, zoolang nog het roerend vermogen op den achtergrond stond, den voorkinderen niet onvoordeelig was. (4)

---

(1) *Livre* de JACQUES IBELIN LXV. JEAN IBELIN CLXXVII. Le Clef des assises CCXXVII. *Le livre au Roi.* XXXII.

(2) *Assises de la Cour des Bourgeois*, Ch. 166—169 en *Koran* II. 234. «Indien de gestorvenen weduwen achterlaten, zullen deze vier maanden en «tien dagen wachten».

(3) In Zuid-Frankrijk gold daarentegen het op dit punt nimmer geheel in onbruik geraakte Theodosiaansche recht. Maar de straf van infamie was door het kanonieke recht opgeheven, terwijl dispensatiën van den koning veelvuldig voorkwamen. Cf. EUSÈBE DE LAURIÈRE's noot op LOYSEL. Règle 175.

(4) Omtrent den oorsprong der Fransche communauté is nog veel duister. Waarschijnlijk is zij eenerzijds ontstaan uit de reeds in de Frankische periode dikwerf gestipuleerde en zooals boven reeds is gememoreerd

Wanneer toch niet anders was gestipuleerd, bestond tusschen de echtgenooten gemeenschap, doch deze bepaalde zich tot de roerende goederen (les meubles), de vruchten der onroerende en de schulden — zooals men weet drukken deze oorspronkelijk op de mobilia —. Eerst later vielen daarin ook de conquets inmeubles. Oorspronkelijk eene gezamenderhandsche gemeenschap werd zij onder den invloed van het Romeinsche recht meer en meer een gemeenschappelijk eigendom pro indiviso. Wel is die overgang niet in eens geschied — nog Philippus Augustus bepaalde in 1219 dat bij kinderloos overlijden der vrouw de man de acquets inmeubles zou behouden, terwijl in de Etablissements de Saint Louis I, 140 den overlevende der echtgenooten een lijftochtsrecht op die goederen werd

---

in de lex Ribuaria subsidiair aan de vrouw toegekende bevoegdheid om zich na het overlijden van den man een derde der gedurende het huwelijk verkregen Errungenschaft toe te eigenen, — en vandaar dat in de coutume van Lotharingen de vrouw slechts recht had op een derde der acquets immeubles —, anderzijds uit de onder lijfeigenen bekende zoogenaamde communeauté taisible eene gemeenschap, die ontstond door gedurende een jaar en een dag samen te wonen en die, daar het vermogen dezer personen uit mobilia bestond, alleen betrekking had op roerende goederen. Ten tijde van BEAUMANOIR ziet men deze beide gemeenschappen nog naast elkander en hoewel hij daartegen reageert en in hoofdstuk XXI. 2. betoogt dat «cascun set que compagnie se fit par mariage car sitost comme mariage «est fez le bien de l'un et de l'autre sont commun», zoo vond deze opvatting niet dadelijk ingang. — cf. bijv. LIGER, *Anciennes Coutumes d'Anjou et Maine* 624 en DESMARES *Decisions*. 242. Betrekkelijk vroeg schoot echter de gedachte wortel, dat bij overlijden van een der echtgenooten de erfgenamen van den overledene de verdeeling konden vorderen. Lieten zij dit na, en minderjarige kinderen, die niet voor hun belangen konden opkomen, moesten dit wel nalaten, dan duurde de gemeenschap voort ook bij een verder huwelijk. Maar de voorkinderen werden dan als deelgerechtigden beschouwd en konden bij een tweede huwelijk uit de gemeenschap treden en een derde daarvan vorderen. BEAUMANOIR XXI, 8. Elders bijv. in ANJOU en MAINE (Ancienne Coutum E. n°. 345) kwam men hun op andere wijze te hulp en werd bepaald, dat alleen dàn eene voortgezette gemeenschap zou worden aangenomen, wanneer de minderjarigen na hunne meerderjarigheid vrijwillig een jaar en dag met den parens binubus in gemeenschap waren gebleven.

gelaten — waarvan nog sporen zijn te vinden bij BOUTEILLER Somme Rural I 78 —, doch reeds BEAUMANOIR kon schrijven XXX 99 dat „après le mort de l'un ou de „l'autre partissent aussi bien li hoir devers le feme comme „par devers l'omme".

De onroerende goederen die ieder der echtgenooten reeds voor zijn huwelijk had of gedurende den echt van ascendenten verkreeg „les propres" bleven echter buiten de gemeenschap.

Vandaar dat bij tweede of verder huwelijk van den langstlevende der echtgenooten de voorkinderen wel minder erfden — althans gevaar liepen minder te erven — dan wanneer deze niet weder was hertrouwd, maar dat de „propres" van den eerstoverledene der ouders toch aan hen bleven. Maar ook op de „propres" van den hertrouwde verkregen zij een eigenaardig recht waardoor deze voor de helft aan hen konden ten deel vallen. Dat dit mogelijk was is een gevolg van de speciaal in Frankrijk tot groote ontwikkeling gekomen instelling van het douaire.

Evenals de communauté ontstaan uit bij de Franken gebruikelijke overeenkomsten is het douaire ten tijde van BEAUMANOIR een lijftochtsrecht der vrouw op een bepaald gedeelte, en wel meestal de helft der onroerende goederen, die de man bij het aangaan van het huwelijk bezat. (1) „Par la général coustume la feme emporte en

(1) Ofschoon, dank zij de scherpzinnige studiën van WARNKOENIG en GLASSON, omtrent den oorsprong van het douaire veel is opgehelderd, zijn toch nog niet alle nevelen weggevaagd. Als zeker mag men aannemen, dat BEAUMANOIR ongelijk heeft, wanneer hij betoogt XIII. 12, dat «le bon Roi Philippe, lequels regnist en l'an 1214», het douaire zou hebben ingesteld. Reeds lang vóór hem bestond het in Jeruzalem, Normandië, Engeland en Sicilië. Ook in Frankrijk vindt men tal van acten ouder dan de XIIIe eeuw waarin van stipulatie van een douaire sprake is. Slechts drukte het vroeger in den regel op »le tiers des biens du mari", terwijl de koning voorschreef, dat het op de helft zijner propres zou drukken. Ofschoon

„douaire le moitiée de tout l'éritage que ses barons avoit „de son droit au jor qu'il esposa" XIII. 2. Maar, en dit is opmerkelijk, ofschoon blijkbaar eene weduwenverzorging en daarom ophoudende bij den dood, zoo had men *niet* te doen met een zuiver wettelijk vruchtgenot. Van het oogenblik, dat de vrouw het huwelijksbed had betreden — later kwam daarvoor dat der huwelijksinzegening in

---

GLANVILLA VI. 1 het douaire qualificeert als »id quod aliquis liber homo »det sponsae suae ad ostium ecclesiae tempore desponsationis suae", gold in Frankrijk oudtijds de regel, dat het douaire eerst door het betreden van het huwelijksbed werd verkregen «Au coucher la femme gagne son «douaire.» Dit voorschrift, dat eerst bij de teboekstelling der coutumes in de XVIe eeuw verdween, wijst op het reeds door CHOPIN, III. 4 n°. 11 erkende verband tusschen douaire en morgengabe. Men is m. i. niet ver van de waarheid, wanneer men aanneemt, dat het douaire niets anders is dan de onder den invloed der kerk gewijzigde morgengabe. Althans dit verklaart, dat het oorspronkelijk steeds bij overeenkomst werd bedongen — ook de morgengabe werd niet ipso jure verkregen —, dat de vrouw evenals bij de morgengabe de goederen in eigendom verwierf. En daar de man op het oogenblik, dat hij de morgengabe schonk, wel niet veel andere onroerende goederen zal hebben bezeten dan die vóór het huwelijk door hem waren verworven, laat het zich verklaren, dat het douaire oorspronkelijk ook alleen deze omvatte. Geheel in overeenstemming met de Germaansche rechtsbeginselen behield de man gedurende het huwelijk het beheer, maar zonder de toestemming der vrouw kon hij niet meer vervreemden, en deze verloor haar recht niet, wanneer zij in een tweeden echt trad. Het laat zich echter begrijpen, dat men de vrouw geen vollen eigendom wilde toestaan, en al ontbraken de notiën van de Romeinsche ususfructus, des te beter kende men een verfangenschaftsrecht der uit het huwelijk geboren wordende kinderen. Toen in de XIIIe eeuw het douaire ipso jure werd toegekend, werd ook dit verfangenschaftsrecht erkend. Met recht kan de onbekende auteur van het *Livre de Justice et de Plet* blz. 256 zeggen: «Segont la costume delors la banlieu la feme emportera pre«miere do patrimoine à l'ome la moitié per son doere; et ce sera patri«moine as enfans». Ontstaan door den invloed der kerk voldeed de instelling aan eene behoefte, doch dit nam niet weg, dat het feodale recht, dat ongaarne feuda in het bezit van vrouwen zag, het desniettemin niet gunstig gezind was. Vandaar, dat niet alleen in Normandië, maar ook in ettelijke andere coutumes de chatelaine slechts op 1/3 der propres, de roturière daarentegen op de helft daarvan aanspraak kon maken. Maar desniettemin was de instelling bijna overal bekend en niet alleen in den vorm van het douaire légal of coutumier, maar ook als bij huwelijksovereenkomst à la porte du moustier — in Amiens zelfs gedurende het huwelijk — gestipu-

de plaats — had zij een zakelijk recht op de helft der onroerende goederen die haar echtgenoot op dat oogenblik bezat — later kwamen daarbij ook die welke hij van ascendenten, in sommige coutunes zelfs van collateralen, bij schenking of erfrecht verkreeg — en waren deze ten behoeve der uit het huwelijk geboren wordende kinderen „verfangen", „gevest". Vandaar, dat bij een tweede huwelijk van den man met voorkinderen niet de helft, maar slechts een vierde zijner propres in het douaire der tweede echtgenoot vielen, dat eene derde vrouw slechts op een achtste recht had.

„Douaire sur douaire n'a lieu."

Het douaire is dus niet alleen een recht der vrouw, het is evenzeer een recht der uit het huwelijk gesproten kinderen, dat geen tweede huwelijk van den vader noch moeder hun meer kan ontnemen.

Het is waar, gedurende het leven van den vader konden zij evenmin uitkeering vorderen, als hunne moeder dat zou vermocht hebben „jamais mari paya douaire", doch bij zijn overlijden krijgt hun recht praktische beteekenis.

Maar — en het is opmerkelijk dat men diezelfde gedachte, ook in de Duitsch-Frankische rechten der midden-

---

leerd. In dezen vorm bekend als douaire préfix, kon het ook op andere goederen als propres drukken, maar al betrekkelijk spoedig won de meening veld, dat dit douaire wel geringer mocht zijn dan het wettelijke, maar het niet in omvang kon overtreffen. DESMAREZ Dec. 218 kent die restrictie nog alleen voor edelen, doch LOYSEL Règle 139 deelt reeds mede, dat zijn tijdgenoot «maitre Jean Filleul disoit qu'aucun douaire n'etoit tenable, «quand il surpassoit la moitié du vaillant de celui qui donna». Ettelijke coutumes bijv. die van POITOU 256, CLERMONT 248, NORMANDIE 371 bepalen zulks uitdrukkelijk. In de Parijsche coutume vindt men het intusschen niet bepaald en EUSÈBE DE LAURIÈRE kan dan ook in een noot op LOYSEL's zooeven geciteerde regel zeggen »qu'au jour d'hui les avantages des femmes »sont sans borne, elles stipulent souvent des douaires qui excèdent les biens »entiers de leurs maris.»

eeuwen ziet gehuldigd — de kinderen kunnen van hun recht alleen gebruik maken, wanneer zij de nalatenschap van den vader verwerpen. „On ne peut être héritier et douairier." (LOYSEL Règle 165.)

Douairiers zijn dan ook niet de voorkinderen ieder individueel maar allen te zamen, hun recht was geen Romeinsch eigendom pro indiviso, maar een Germaansche gesammte Hand. Vandaar een jus accrescendi, onder hen, die zonder nakomelingen overleden, vandaar dat eerst si omnes filii moriuntur sine liberis . . . ante patrem doarium penitus extinguitur — Dumoulin ad art. 55 Coutume de Chartres — en dat, want het oud Germaansche recht kent zulks evenmin, „En douaire il n'y point d'ainesse." Immers niet als erfgenamen traden zij op, doch als gerechtigden in de gemeenschap der kinderen ten wier behoeve de in het douaire vallende goederen gevest waren.

Wat hiervan echter zij, het douaire was, zoo de vader hertrouwde, voor de voorkinderen niet alleen gelijk BOURJON opmerkt „la dernière table de naufrage", doch het werkte zelfs als eene legitieme portie. Door bij het overlijden van den parens binubus diens nalatenschap te verwerpen en zich aan het douaire te houden verzekerden de voorkinderen zich de helft der propres, die hun vader op het oogenblik van het overlijden der moeder bezat, hoeveel descendenten ook uit volgende huwelijken aanwezig mochten zijn.

Iedere medaille heeft echter hare keerzijde en met het douaire is dit in hooge mate het geval. Immers werd daardoor de vader in zijne bevoegdheid om over zijne propres te beschikken in hooge mate beperkt en hoewel dit bezwaar oudtijds niet zoo sterk werd gevoeld als thans het geval zou zijn, nu men ook in onroerende goederen handel drijft, ook in de XIVde en XVde eeuw werd een

kooper niet gaarne na jarenlang rustig bezit door eene actie hetzij van de vrouw hetzij van de kinderen van den verkooper besprongen.

Nu kon men de vrouw wel van haar recht afstand laten doen, doch daargelaten dat dit middel doet denken aan „das Kind met dem Bade ausschütteln", bleef het steeds de vraag of de kooper wel daarmede voldoende was geholpen. (1)

Vandaar een streven om althans het douaire des enfants op zijde te zetten, een streven, dat in de feodale periode reeds niet onvruchtbaar wegens den tegenzin van het feodale recht tegen de geheele instelling later toen de Romeinsch gevormde juristen het wezen der Germaansche Verfangenschaft niet meer begrepen nog meer succes moest hebben. (2) Wat lag nu meer voor de hand dan dat men aanknoopende aan de grondgedachte die tot het instituut aanleiding had gegeven, eenerzijds in de huwelijkscontracten stipuleerde, dat alleen de vrouw op het douaire aanspraak zou kunnen maken, anderzijds bij nieuwe redactiën der coutume daarin opnam, dat dit steeds het geval zou zijn, wanneer niet anders was overeengekomen? (3)

---

(1) Men bedenke toch dat de kinderen hun recht niet aan de moeder ontleenden. Alleen, wanneer zij de nalatenschap hunner moeder hadden aanvaard kon men met eenig recht beweren, dat zij de toestemming der moeder moesten honoreeren. BOURJON, Droit Commun de la France. I. 782.

(2) BEAUMANOIR, XIII. 4. 5. 18. Che que noz avons dit par plusors resons, que douaires n'ahirete pas par le coustume de Biavoisis, noz l'entendons des héritages qui sont tenuz en fief. cf. *Chartres* 56, *Dreux* 47, *Anjou et Maine* (1411) 206. Gentil femme héritiere de terre ne prend aucun douaire sur la terre dou mari, s'il ne luy a esté promis et enconvenancé.

(3) *Orleans* 223. Le douaire de la femme noble ou non noble, préfix ou coustumier est personnel, si non que par le contrat de mariage la femme eût été douée d'aucun douaire pour être propre héritage. Wanneer men bedenkt, dat in het pays du droit écrit zich het douaire onder den naam van augment de dot (augmentum dotis) in dezen vorm had ontwikkeld, begrijpt men, dat vooral in de zuidelijk gelegen gewesten zich het recht in deze richting voortbewoog.

Nu is dit zeker niet overal aldus geschied, doch POTHIER overdrijft toch niet wanneer hij in zijne bekende monographie over het douaire de meening verkondigt, dat in de meeste contumes dit recht enkel aan de vrouw niet meer aan hare kinderen toekomt. (1)

Maar ook waar men zoover niet ging en gelijk in het Parijsche recht bleef vasthouden aan de leer „que le „douaire est viager à la femme et propre aux enfants" verloor het voor kinderen wier vader hertrouwde veel van zijn beteekenis. (2) Meer en meer nam het roerend vermogen aan beteekenis toe en de maatschappelijke toestanden waren in Frankrijk na de verdrijving der Engelschen en ten tijde van den heiligen Lodewijk niet minder verschillend als thans en 150 jaar geleden.

Dikwijls kwam het voor, dat iemand een groot vermogen bezat, maar dat zijne propres gelegen in het ressort eener coutume, waar men het douaire des enfants in stand had gehouden, slechts van luttele beteekenis waren.

Daarenboven waren de middelen die den hertrouwden vader ten dienste stonden om het recht zijner kinderen tot nul te reduceeren veelvuldig en wanneer er voor hem nog voetangels en klemmen bestonden, voor de mater binuba was dit veel minder het geval. Hare goederen toch vielen niet in het douaire en waar haar vermogen, voorzooverre het niet uit feuda bestond, ten tijde van Philippus Augustus nog van geringe beteekenis was,

---

(1) POTHIER, Traité du douaire Partie II. Ch. 1.

(2) RENUSSON, Traité du douaire blz. 120 en vlg. BOURJON, Le droit commun tit. XIII. De communis opinio vindt men weergegeven in art. 177 der coutume de SENLIS. Le douaire de la femme est le propre héritage des enfans issus du mariage en telle manière que le père après le trépas de sa femme jouirra des héritages sujets au douaire, quant à l'usufruit seulement et les enfants en seront les vrais seigneurs. Het pleit voor den scherpen blik van DUMOULIN, dat hij deze leer, die ettelijke eigenaardigheden van het douaire onverklaard laat, nimmer heeft willen aanvaarden.

dit veranderde toen het régime dotal bij de meer gegoeden ook in het Noorden ingang vond.

Het is waar, ettelijke coutumes verboden de schenkingen tusschen echtgenooten, ook bij de ontwikkeling van het meer en meer in zwang komende „don mutuel" verloor men de belangen der kinderen niet geheel uit het oog, maar toch waren er voor haar middelen te over om haar tweeden man te bevoordeelen.

Bedenkt men nu, dat in het Zuiden na de herleving van het Justiniaansche recht de Romeinsche poenae secundarum nuptiarum wederom grootendeels praktische beteekenis hadden herkregen, zoo laat het zich begrijpen, dat de invoering daarvan in het Noorden in de ten tijde der hervorming van feudaal meer en meer burgerlijk kapitalistisch geworden maatschappij slechts eene quaestie van tijd was. De politieke strijd, de geringe macht die de laatste Valois bezaten, mocht hetgeen noodzakelijk was geworden nog voorloopig achterwege doen blijven, dat de juristen er in zouden slagen hetgeen zij als ratio scripta vereerden ook in het bestaande recht in te planten lag voor de hand. Reeds kon men wijzen op coutumes, die spontaan zich aan het Romeinsche recht begonnen aan te sluiten (1), toen het geruchtmakende tweede huwelijk van Anna d'Alegre, die ofschoon moeder van acht kinderen bijna haar geheel vermogen aan haren tweeden echtgenoot schonk, den kanselier L'Hôpital er toe bracht Frans II in 1560 tot uitvaardiging van het

(1) Maar ook uit zich zelf reageerden sommige coutumes tegen hetgeen men als onrecht gevoelde. Zoo verloor in de Fors et costumes du royaume de Navarre, tit. XXIV, eene vrouw bij hertrouwen niet alleen haar douaire, doch kon de vader zonder toestemming zijner kinderen geen nieuw huwelijk aangaan. In Normandië had men de instelling van het tiers coutumier, in Rijssel weder het door Bouteiller Somme Rural I. 98 uiteengezette droit de vivelote.

zoogenaamde Edit des Secondes Noces te bewegen, waarin èn de lex hac edictali èn de lex feminae verkort werden opgenomen. (1)

Dat het edict aan eene algemeen gevoelde behoefte voldeed bewees de omstandigheid, dat het niet alleen door alle toenmaals Fransche parlementen — dat van *Bordeaux*, waar men zich intusschen aan het droit écrit hield, uitgezonderd — werd toegepast, maar zelfs in zulk een uitbreidenden zin geïnterpreteerd, dat de bedoeling van den slechts aarzelend en tastend optredenden ontwerper geheel werd voorbijgestreefd. Al sprak het edict in het eerste gedeelte alleen van femmes veuves, al was in de introductie gewezen op l'infirmité du sexe, het Parijsche parlement besliste eerst bij de arresten van 13 Juli 1577 en 23 Mei 1586, later bij het arrêt de règlement prononcé en robes rouges van 18 Juli 1587 (2), dat het eerste hoofdstuk zoowel op hertrouwende weduwnaars als weduwen toepasselijk zou zijn.

Zoo nam men aan, dat de uitdrukking „donner" niet alleen sloeg op gewone schenkingen onder de levenden of bij doode, maar werd bij arrest van 23 Mei 1586 gejugeerd, dat ook het don mutuel daaronder viel. In

(1) Het eerste hoofdstuk luidde: que les femmes veuves ayant enfans ou enfans de leurs enfans, si elles passent à de nouvelles noces ne peuvent et ne pourront en quelque façon que ce soit donner de leurs biens meubles acquis ou acquis par elles d'ailleurs que leur premier mari, ni moins leurs propres à leurs nouveaux maris, père, mère ou enfans desdits maris ou autres personnes, qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées plus qu'un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans. Et s'il se trouve division inégale de leurs biens faite entre leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris seront reduites et mesurées à raison de celui des enfans qu'en aura le moins.

(2) Pour ôter tout doute sur l'interprétation de l'édit des secondes noces la cour a declaré ledit édit avoir lieu au jour d'icelui pour le passé et pour l'avenir, tout pour le regard des maris que des femmes convolans en secondes noces.

overeenstemming met de jurisprudentie der Zuidelijke parlementen werd voorts geleerd, dat alle soorten van huwelijksche voorwaarden, ofschoon anders niet zoo gereedelijk onder de schenkingen gerangschikt, aan de restrictie van het edict waren onderworpen. En eenmaal op dit standpunt gekomen lag het voor de hand — en het arrest van 2 Januari 1659 deed dien stap — om ook het augment de dot, de vorm waaronder in het pays du droit écrit het douaire voorkwam, aan het edict te onderwerpen. RICARD ging zelfs zoo ver, dat hij ook het douaire aan de restrictie van niet grooter te mogen wezen dan „le part d'enfant le moins prenant" onderworpen achtte, doch deze opvatting vond geen steun. (1) Bij solemneel arrest van 18 Juli 1615, later nog eens bij arrest van 10 Juli 1656, werd aangenomen, dat het douaire zoolang het niet den omvang van het costumiere douaire overschreed niet kon geacht worden een voordeel door den man aan de vrouw geschonken op te leveren. „Elles le „tiennent", zegt POTHIER, (2) „de la loi qui le leur accorde „immédiate et per se, elles le tiennent ex beneficio legis „et non beneficio hominis. Le mari en donnant un douaire „conventionnel, tant que ce douaire n'excède pas le cou„tumier n'est pas censé lui faire un don, mais lui donner „un aequivalent de ce que la loi lui donne".

Men zou nu verwachten, dat men in dezelfde lijn zou hebben voortgeredeneerd, waar het de gemeenschap betrof, maar dit was niet het geval. Nadat eerst was aangenomen, dat de bedongen gemeenschap aan de beperkingen van het edict was onderworpen, (3) nam het arrest van 29 Januari 1658 hetzelfde aan voor eene wettelijke gemeenschap waarin de hertrouwde moeder

(1) RICARD, Donations 1219 en vlgg.
(2) Traité du contrat de mariage. VII. Ch. II.
(3) Arresten van 23 Mei 1587, 28 April 1623 en 19 Februari 1640.

20000, de man slechts 2000 livres had ingebracht. Daar nu onder de meergegoeden bijkans altijd een huwelijkscontract werd gemaakt — de notaris is de typische comparant in de laatste acte van bijkans ieder blijspel — en de juristen van dien tijd bij alle verdiensten toch voornamelijk letten op de belangen van die klasse der maatschappij waartoe zij behoorden, kon men tot de juridisch eenigzins gewaagde maar praktisch zeer begrijpelijke stelling komen „que dans les provinces dont la loi admit „la communauté entre mari et femme sans qu'elle ait été „expressément stipulée les parties tout censées tacitement „ou du moins virtuellement convenues d'établir cette com„munauté et la composer de toutes les choses dont la „loi déclare qu'elle est composée." (1)

Natuurlijk dat de omstandigheid, dat men huwelijken tusschen personen van ongelijk vermogen niet gaarne zag, er toe medewerkte om eene dergelijke redeneering ingang te doen vinden, maar men gevoelde toch, dat er iets haperde en vandaar, dat men het edict alleen van toepassing achtte op den oorspronkelijken aanbreng en dat meerdere juristen betoogden, dat niet alleen de gedurende het huwelijk verworven winsten, doch ook nalatenschappen voorzooverre zij in de gemeenschap vielen, gelijkelijk tusschen de erfgenamen zouden moeten worden verdeeld. (2)

---

(1) Pothier, Op. cit. blz. 528. Ricard, Op. cit. 1202. Bourjon. Le droit commun de la France II blz. 235. Le Brun. De la communeauté, blz. 480 en vlg. Volgens Dénisart besliste het parlement »que la communeaut établie par la coutume entre conjoints par mariage se trouvant excessive de la part de celui des conjoints qui s'est remarié est un avantage indirect au profit de l'autre sujet et à reduction en faveur des enfans du premier lit et qu'après la reduction faite, le surplus de la communauté se doit partager entre les enfans et le survivant des conjoints.

(2) Pothier, Op. cit. 531. Le second mari n'est censé avantagé de ce que la femme a apporté de plus que lui en principal, ce que la femme apporte de plus que lui en revenus n'est pas censé un avantage prohibé

Het kan hier de plaats niet zijn om de tallooze quaestiën waartoe het slordig geredigeerd edict aanleiding heeft gegeven in bijzonderheden na te gaan. Slechts zij opgemerkt, dat men uit de woorden „à leurs nouveaux maris" afleidde, dat bij derde of volgend huwelijk niet ieder der echtgenooten een kindsgedeelte kon verkrijgen, doch dat het totaal van hunne bevoordeeling deze limiet niet mocht overschrijden.

Dat hieruit volgde, dat een derde echtgenoote alleen dàn iets kon verwerven, wanneer er na bevrediging van den tweeden nog iets overbleef werd als onbetwistbaar aangenomen, „n'ayant pas été au pouvoir de la femme „en convolant à de troisièmes noces de diminuer les droits „qui étaient acquis au second mari".

Vrij algemeen werd voorts aangenomen dat men eerst bij het overlijden (1) van den trouwlustigen ascendent tegen bevoordeeling in strijd met het edict mocht opkomen, doch welke personen tot het instellen der actie gerechtigd waren werd niet overal in den zelfden zin beslist. In het Zuiden kenden de parlementen in overeenstemming met Novelle XXII 27 de actie alleen aan kinderen uit het vorig huwelijk toe en deden hen daarvan alleen voordeel hebben et inter eos solos dividitur. (2) In Noord-

---

et reductible. C'est l'avis de Ricard qui est suivi dans la pratique. Hetzelfde neemt hij aan voor wat de tweede man verdient. Deze verdiensten toch worden opgewogen door de zorg van de vrouw voor het huishouden Souvent ce soin enrichit plus la communeauté que les gains que [le mari] fait dans l'excercice de son art ou profession, qui très souvent il dépense aussi facilement qu'il les fait.

(1) Pothier, Op. cit. 554 leert que les estimations se font en égard à la valeur des choses au temps de l'ouverture de la succession, bien entendu pourvuque ce ne soit pas la faute du second mari qu'elles out été déteriorées. In dezen zin was de jurisprudentie te *Parijs*, — Ricard, nº. 1279. en te *Toulouse*. — Cambolas, Livre II Ch. 36.

(2) Cambolas, IV. Ch. 18. Ook de parlementen te Parijs en Dijon jugeerden in dezen zin voor de in hun ressort gelegen aan het droit écrit onderworpen streken.

Frankrijk werd daarentegen aangenomen, dat de inkorting ook ten voordeele der kinderen uit het tweede huwelijk strekte, dat ook zij medetelden, wanneer men le part d'enfant le moins prenant ging beeijferen, ja men ging zelfs zóó ver, dat men hun bij stilzitten der voorkinderen het recht tot het instellen der actie tot inkorting toekende. (1)

Erfgenaam van den overledene behoefde men om tegen de bevoordeeling van den nieuwen echtgenoot op te kunnen komen niet te wezen „parceque les enfants obtien-„nent le retranchement en vertu d'un droit qui leur est „personnel". (2) Niet zeer logisch was het echter, dat men, waar het de verdeeling van de teruggevorderde goederen gold toch het droit d'ainesse toepasselijk achtte, ofschoon men erfgenaam moest wezen om daarop aanspraak te kunnen maken, en dat voorts algemeen werd aangenomen, dat wettig onterfden, dochters, die bij huwelijkscontract van de nalatenschap hunner ouders afstand hadden gedaan, in één woord tous les personnes inhabiles à succéder niet medetelden, waar het de beeijfering van het kindsdeel gold en evenmin tegen de bevoordeeling van den tweeden echtgenoot konden opkomen.

Maar onbillijk kan men deze solutie toch niet noemen en de oud-Fransche jurisprudentie bewees ook hier weder hare niet geringe voortreffelijkheid op civielrechtelijk gebied. Het edict was — dit valt niet te ontkennen — populair en voldeed blijkbaar aan de bestaande behoeften. (3)

---

(1) Pothier, Op. cit. blz. 526. Ricard, no. 1289 en vlg. bij overlijden der voorkinderen was hun recht echter vervallen.

(2) Pothier, Op. cit. blz. 565. Ils ne tiennent le retranchement que de l'édit, point de la succession de leur mère.

(3) Het tweede gedeelte van het edict luidde: »Et au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et liberalités de leurs defunts maris, elles ne peuvent et ne pourront en faire aucune part à leurs nouveaux maris mais elles sont tenues de les reserver aux enfans communs d'entre elles

De redacteuren der Parijsche coutume van 1580 gingen dan ook nog een stap verder.

„Femme convolant en secondes ou autres noces ayant „enfans — zoo bepaalde art. 279 — ne peut avantager „son second mari de ses propres et acquets plus que l'un „de ses enfans."

„Et quant aux conquests faits avec ses précédents maris „n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions „dont les enfants desdits premiers mariages pourroient „amender de leur mere." Ook hier werd aangenomen, dat voor mannen hetzelfde gold en hoewel de coutume onder conquets waarschijnlijk alleen conquets immeubles had verstaan, werd bij arrest van 4 Maart 1697 na eene conclusie van D'AGUESSEAU, toen nog advocaat-generaal, deze leer verworpen. (1)

Deze beslissing had uit den aard der zaak ten gevolge, dat een tweede huwelijk tusschen personen van ongelijk vermogen zeer belemmerd werd en men schoot het doel geheel voorbij. BOURJON, die ofschoon als jurist nu niet juist van veel beteekenis, de communis opinio zijner tijdgenooten getrouw weergeeft, kwam dan ook tot de conclusie dat de uitbreiding die de coutume aan het edict gegeven had exorbitant was (2) en inderdaad toen dank zij het mercantilisme handel en industrie waren herleefd en de middenstand meer en meer de welvaart van het tijdperk der renaissance herwon, moesten de bezwaren zich sterker doen gevoelen. Maar zij golden toch voornamelijk de uitwassen van het edict, tegen de verordening zelve

---

et leurs maris de la liberalité desquels iceux biens leur seront advenus. Le sembable voulons être gardé ès biens qui seront venus aux maris par dons et liberalités de leurs defuntes femmes . . . seront tenus de reserver aux enfans qu'ils ont eu de leurs premières".

(1) FERRIÈRES ad art. 279 der Coutume de Paris bestrijdt deze leer.

(2) Op. cit. II blz. 212.

had men geen bezwaar en op het eerste gezicht is het dan ook eenigzins verwonderlijk, dat bepalingen door POTHIER nog als volkomen in overeenstemming met het jus naturale geprezen tegen de stormen der revolutie niet bestand bleken. Maar de verwondering wijkt, wanneer men bedenkt, dat zoowel de parlementen als de juristen toch eigenlijk alleen het oog hadden gehad op de belangen van den tweeden en inzonderheid derden stand; toen de massa wier vermogen, zooals RICARD zich had laten ontvallen, zoo gering is „qu'il ne mérite aucune prévoyance particulière" het heft in handen kreeg en van haar kant uitsluitend op hare belangen lette, veranderde de toestand.

Waar in de hoogere standen een tweede of verder huwelijk voor de voorkinderen meest nadeelig, voor de overblijvende echtgenooten niet noodzakelijk is, is bij de kleine burgerij en in den werkmansstand hertrouwen, althans voor mannen, meestal onvermijdelijk. Vandaar dan ook dat de wet van 17 Nivôse II, hoezeer zij alle schenkingen aan kinderen verbiedt en die aan andere personen tot $^1/_{10}$ scil. $^1/_6$ van het vermogen van den schenker beperkt den echtgenooten volledige vrijheid geeft om elkander te bevoordeelen. Slechts in één geval was dit recht beperkt. Hij die kinderen had, hetzij uit het bestaande hetzij uit een vroeger huwelijk, kon zijne echtgenoote slechts de helft van zijn vermogen in vruchtgebruik geven. (1)

De ervaring leert evenwel, dat niets bezwaarlijker is dan zich te onttrekken aan denkbeelden, die eeuwen hebben gegolden. Was toch door bovenstaande voorschriften het Edit des Secondes Noces opgeheven, (2)

(1) Artt. 13 en 14 der wet van 17 Nivôse. An II.

(2) Voor het eerste gedeelte van het Edict is dit buiten kijf. Volgens een arrest van het hof van cassatie van 2 Mei 1808. MERLIN. — Noces Secondes — zou dit niet het geval zijn geweest met het tweede.

reeds in het door CAMBACÉRÈS ontworpen in het jaar IV aan den Raad der Vijfhonderd aangeboden ontwerp van een Burgerlijk Wetboek vertoonen zich weder de sporen van de haine des secondes noces, die de juristen der XVIIIde eeuw niet alleen hadden gekoesterd, doch ook ten onrechte aan vroegere wetgevers hadden toegeschreven.

Na toch in art. 318 te hebben bepaald, dat echtgenooten elkander bij huwelijksche voorwaarden en op andere wijze konden bevoordeelen, werd dit recht bij het bestaan van kinderen tot het vruchtgebruik van de helft, hij het bestaan van voorkinderen zelfs tot het vruchtgebruik van eene erfportie in het vermogen van den schenker beperkt. (1)

Dit alles gold echter alleen bij schenkingen, de huwelijksgemeenschap — waaronder niet vielen de immobilia die ieder der echtgenooten voor het huwelijk bezat — werd gelijkelijk tusschen hen gedeeld. (2)

Dit ontwerp, merkwaardig meer als teeken des tijds dan als legislatief product, voerde echter tot niets en toen na NAPOLEON's coup d'état TRONCHET en zijne drie medewerkers aan den arbeid togen, keerden zij in hoofdzaak weder tot het edict van FRANS II terug. Slechts de bepaling, dat le part d'enfant le moins prenant enkel in

---

(1) Art. 320. Les avantages singuliers ou reciproques entre époux sont restreint à l'usufruit des choses données si, lors du décès du premier mourant, il existent des enfans de leur mariage. Cet usufruit ne peut excéder la moitié du revenu de la totalité des biens de l'époux décédé.

Art. 321. Les avantages sont limités à l'usufruit d'une portion héréditaire, lorsque à l'epoque où le mariage est contracté l'époux-donateur à déjà des enfans qui lui survivent.

(2) Er was echter een restrictie : Waar art. 322 bepaalde : Lorsque les époux n'ont point stipulé entre eux des avantages singuliers ou réciproques, celui qui survit obtient le tiers en usufruit des immeubles qui appartiennent au précédé leert art. 324. Ce tiers est limité à l'usufruit d'une portion héréditaire dans le cas prévu par l'article 321.

vruchtgebruik mocht worden gegeven, herinnerde aan de revolutionnaire periode. (1)

Intusschen waren de ontwerpers, zooals MALEVILLE later in zijn commentaar niet zonder spijt constateerde, hier niet bizonder gelukkig. Nadat toch in de zitting van 18 Maart 1803 op voorstel van TREILHARD het tweede gedeelte van het artikel was geschrapt, omdat dit slechts reden van bestaan zou hebben in eene wetgeving die een speciaal erfrecht der voorkinderen op de geschonken goederen erkent, werden twee amendementen van CAMBACÉRÈS en BERLIER aangenomen waardoor eenerzijds verkregen werd, dat „le part d'enfant le moins prenant" aan den tweeden echtgenoot ook in eigendom zou mogen worden geschonken, anderzijds diens voordeel beperkt werd tot une quotité quelconque de la succession; par exemple le quart. (2)

Zoo gewijzigd werd het artikel zonder verderen tegenstand aangenomen en door den staatsraad BERLIER als „orateur du gouvernement" in de bijeenkomst van het wetgevend lichaam van 31 Januari 1804 als voortreffelijk geprezen. Dat men waar het edict van L'HÔPITAL nu ook op de gemeenschap werd toegepast verder ging dan het oude recht werd terecht door hem gememoreerd; bij vergissing natuurlijk vergat hij mede te deelen, dat men feitelijk zich bij de bestaande jurisprudentie aansloot. (3)

---

(1) Livre III, Ch. VIII, art. 161. L'homme ou la femme qui convole à de secondes ou subsequentes noces, ayant enfants ou descendants d'un précédent mariage, ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant et un usufruit seulement. Il ne peut disposer à titre gratuit ni onéreux des immeubles qu'il à recueillis à titre de don, de son époux ou de ses époux précédents, tant que les enfants issus des mariages desquels sont provenus ces dons existent, sauf ce qui a été dit au titre des successions sur le partage desdits biens.

(2) LOCRÉ, Code Civil XI. X 37. XIV 89. XV 90.

(3) LOCRÉ, Code Civil XIII, VII 26. VIII. 47.

Tegenspraak vond het voorstel niet en zoo zijn de artt. 1098, 1496 2°. en 1529 C. N. tot stand gekomen, zonder dat men zich bewust is geweest tot welk eene rij van quaestiën zij aanleiding zouden geven. De billijkheid gebiedt echter te erkennen, dat het minder de Fransche dan wel onze Nederlandsche juristen zijn geweest, die, toen deze artikelen mutatis mutandis ook bij ons waren gerecipieerd, aan het licht hebben gebracht welk een Gordiaansche knoop aan de practijk ter ontrafeling was overgelaten.

Over vertegenwoordiging en haar rechtsgevolgen, naar privaat- en publiekrecht.

Vertegenwoordiging is een begrip hetwelk zoo in publiek- als in privaatrecht wordt aangetroffen. Wie een' vertegenwoordiger heeft, staat tot dezen in eene fictieve betrekking, welker beteekenis de naam nauwkeurig weergeeft. Vertegenwoordigen toch beduidt etymologisch: maken dat iemand (sc. een afwezige) tegenwoordig is. In een vertegenwoordiger bezit deze dus als een apart orgaan om op een afstand te spreken, bij wijze van een' telefoon. In tegenstelling tot dezen laatste bezit de vertegenwoordiger eene eigen persoonlijkheid: vandaar dat men hem ter verantwoording kan roepen, als hij zich van de hem toevertrouwde taak gekweten heeft. Maar terwijl hij die taak uitvoert, wordt zijne persoonlijkheid weggefingeerd en handelt inderdaad niet hij, doch de door hem vertegenwoordigde. De spreuk „tot personae quot qualitates" te miskennen is even onjuist als te beweren, dat woorden welke uit eene spreekbuis klinken door deze zelve worden voortgebracht.

Het karakter dezer fictie wordt bij de z.g. vrijwillige vertegenwoordiging of burgerrechtelijke lastgeving veelal met juistheid erkend. (1) Het tegendeel echter is bij de noodzakelijke vertegenwoordiging

---

(1) Zie b.v OPZOOMER ad art. 1844 en de daar aangehaalde Fransche schrijvers.

van den minderjarige door zijn' voogd, van belanghebbenden bij een faillissement door den curator, van een zedelijk lichaam door zijn bestuur, geen zeldzaamheid. De verklaring van dit feit is zeker voor een deel in het meer gecompliceerde dezer rechtsfiguren te zoeken. Voor een ander deel, namelijk voor zoover betreft die van openbare zedelijke lichamen door hun bestuur, mogen sommige publicisten m. i. het „mea culpa" op zich van toepassing houden. Want nadat het staats- en speciaal het administratief recht, hetwelk gedurende eeuwen weinig of geen afzonderlijke beoefening waardig gekeurd was, door vele juristen tot hoofddoel hunner studiën was gekozen, streefde de reactie tegen de oudere school, die het privaatrecht zonder meer op alle verhoudingen toepaste, welhaast het doel voorbij. In het verlangen toch om zooveel mogelijk specifiek-publiekrechtelijke adagia uit den nieuw ontgonnen bodem op te delven, werden de oude privaatrechtelijke eerst met een gerechtvaardigd wantrouwen bejegend, doch allengs eo ipso voor onbruikbaar verklaard. Uitsluiting, niet alleen van positieve bepalingen van privaatrecht, doch ook van de beginselen waarop zij rustten, werd aldus door chauvinistische adepten der jonge leer in hun vaandel geschreven. Het kon wel niet anders of eenige, in alle recht onontbeerlijke begrippen, welke door de vergevorderde ontwikkeling van het privaatrecht alleen hierbij waren aan den dag gebracht, moesten bij dit procédé verloren gaan. Zoo werd ook het begrip van vertegenwoordiging in hoedanigheid van grondslag der burgerrechtelijke lastgeving op den publicistischen index geplaatst. Zulk eene partijpolitiek leidde SCHMITTHENNER (1) tot de zegevierende uitspraak: Er bestaan

(1) Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes. Giessen 1845, p. 507.

nauwelijks meer heterogene posities dan die van een lasthebber en die van een publiekrechtelijk bestuur! Wie aldus zijn kompas overboord gezet had, zocht met nieuwe middelen zijn koers te bepalen. Als hij des ondanks in veilige haven belandde, mocht hij dat niet aan deze, doch enkel aan zijn natuurlijk gevoel voor richting danken. O. GIERKE, in zijn bekend werk: „Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung" (1887) maakt daarop naar mijn bescheiden meening geen uitzondering. Zijne grondstelling is in het kort deze, (1) dat het orgaan van een zedelijk lichaam niet buiten hetzelve staat en het krachtens eene opdracht vertegenwoordigt, doch dat het daarvan deel uitmaakt gelijk dat bij het orgaan van den mensch het geval is, en het dus het lichaam zelf is. Ware het anders, zegt schrijver, het orgaan zou dien naam niet verdienen. En alleen op die wijze kan zijns inziens verklaard worden dat een zedelijk lichaam wils- en handelingsbevoegd is, en ook delicten plegen kan. Nu is diezelfde verklaring, naar ik hierna hoop aan te toonen, in het gewone vertegenwoordigingsbegrip volkomen te vinden. Maar mij dunkt, dat GIERKE's basis hem logischer wijs tot het resultaat moest voeren dat zoomin van machtsoverschrijding van een orgaan, als van deszelfs verantwoordelijkheid tegenover het lichaam waarvan het deel uitmaakt, ooit sprake zijn kan. Toch komt hij tot eene tegenovergestelde conclusie. Ter beoordeeling van de wijze waarop diene het volgende. Op pag. 633 van zijn werk wordt gezegd, dat het orgaan, als het zijn macht overschrijdt, nog wel als zoodanig handelt (natuurlijk, dat kon niet anders!) maar dat het lichaam, waarvan het deel uitmaakt, daarbij toch niet gehandeld heeft. (?) En pag. 771 bij de bespreking van een

(1) t. a. p., p. 603 v.v.

delict, door het orgaan binnen de grenzen zijner macht gepleegd, heet het: „Das Gemeinwesen kann (daher) dieselbe rechtswidrige Handlung oder Unterlassung, in welcher es einen Ausfluss seines organischen Lebens und somit einen ihm selbst zurechenbaren Fehler anerkennen muss, an dem schuldigen Gliede mit den ihm zu Gebote stehenden Straf- und Zuchtmittelen ahnden." Sprekender bewijs voor de onjuistheid van zijn uitgangspunt dan deze gewrongen redeneering is dunkt mij niet aan te voeren.

Het feit dat Gierke's opvatting naar zijn eigen mededeeling in Duitschland niet algemeen is kan men dan ook niet anders dan heuglijk achten. Veel juister dunkt mij dan de uitspraak van O. Mayer (1): „Unserer Auffassung nach ist es (das Wort: „Organ") ein abkürzender Ausdruck, um die Stelle zu bezeichnen, von welcher der Wille der juristischen Person, d. h. der für sie geltende, ausgeht."

Een der eerste vragen bij vertegenwoordiging is die, onder welke omstandigheden een vertegenwoordiger binnen de perken zijner macht handelt. In het algemeen geldt daarvan, dat die perken doorgaans ruimer zijn dan zij oppervlakkig schijnen. Immers alleen wie de gevallen, waarvoor zijn vertegenwoordiger zal komen te staan met juistheid voorziet, kan aan dezen zulk eene speciale opdracht geven, dat hij in alle opzichten gebonden is. Maar wie daartoe niet in staat is, kan de door zijn vertegenwoordiger te verrichten handelingen niet specifiek doch enkel naar de soort aanwijzen. Hij moet zich daarbij dan noodzakelijkerwijs op diens oordeel verlaten. De vertegenwoordiger kan nu, niet alleen uit de soort eene

(1) Deutsches Verwaltungsrecht Leipzig 1895, II pag. 395; noot 2.

keuze doen, maar ook bij twijfel zelfstandig beslissen of zekere handeling generiek tot de hem opgedragene behoort.

Dit laatste klemt vooral als hij, wat veelal het geval is, voor het dilemma staat, dat hij wel de handeling moet nalaten als ze buiten zijn opdracht valt, maar ze andererzijds ook verrichten moet als ze daarin begrepen is.

Stel men zendt iemand naar eene verkooping met opdracht om indien er goede boeken voor geringen prijs te verkrijgen zijn, daarvan een drietal te koopen. Het criterium voor wat goed en goedkoop is ligt hier natuurlijk enkel in des lasthebbers overtuiging daaromtrent. Alleen door b.v. meubelen te koopen zou hij zijn macht te buiten gaan. Of anders: de faillissementswet draagt den curator het beheer en de vereffening des faillieten boedels geheel in het algemeen op. Er ontstaat twijfel, of zeker voorwerp aan den gefailleerde dan wel aan een derde behoort. De curator staat tusschen twee vuren, want als hij dat voorwerp ten onrechte aan den pretensen eigenaar overlaat, benadeelt hij de crediteuren, en als hij het ten onrechte ten bate des boedels verkoopt, krenkt hij dien eigenaar. Een anderen maatstaf dan zijn eigen oordeel heeft hij wederom niet. Gaat hij er dus toe over het voorwerp ten bate des boedels te verkoopen, zoo bleef hij in allen geval binnen de grenzen zijner bevoegdheid, ook al stelt de rechter naderhand den pretensen eigenaar in het gelijk. Mr. W. L. P. A. Molengraaff (de Faillissementwet pag. 266) zegt dan ook dat de curator daarin „naar eigen inzicht kan handelen." Of eindelijk: de politie heeft de algemeene bevoegdheid om door gepaste middelen tegen ordeverstoring te waken. Wat „gepast" is beslist voorloopig alleen de beambte. En ook den agent, die ten onrechte rustverstoring meende te ontwaren, en dienovereenkomstig

optrad, kan hoogstens van te levendige verbeeldingskracht doch niet van machtsoverschrijding eene grief worden gemaakt.

Uit bovenstaande voorbeelden blijkt vooreerst dat de oprechte overtuiging des vertegenwoordigers de eenige maatstaf is om in geval van twijfel de grenzen zijner macht te bepalen. Maar verder ook, dat hij zich daarbinnen vrij beweegt, uit de soort van hem opgedragen handelingen zelfstandig zijne keuze doet. En met dit laatste staat dan vast, dat hij ook onrechtmatige daden, zelfs delicten kan plegen, zoolang hij zich slechts aan de hem opgedragen soort houdt. De bewering dat de opdrachtgever deze niet verlangd kan hebben moge juist zijn: daaruit af te leiden dat ze dus buiten die opdracht vallen is ongerechtvaardigd. De principaal drukte zich in algemeene bewoordingen uit, omdat hij niet anders kon; dan neemt hij noodwendig de niet gewenschte gevolgen daarvan mede voor zijne rekening. Onjuist schijnt mij daarom de uitspraak, hoe verleidelijk zij moge klinken: „De Staat verbiedt het onrecht, hoe kan hij dan geacht worden volmacht tot het plegen daarvan gegeven te hebben? De ambtenaar, die door opzet of schuld schade toebrengt in de uitoefening van zijn ambt, gaat daardoor eo ipso de grenzen zijner bevoegdheid te buiten." (1) Mij dunkt dat er geen reden is aan te nemen, dat de gemeenschap de gevolgen der vertegenwoordigingsfictie zou mogen splitsen in emolumenta en onera om de laatste op de schouders harer helpers te kunnen afwentelen. Wie de bedenking oppert, dat het aanstellen van

---

(1) Verg. E. Loening. Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach Deutschem Privat- und Staatsrecht. Frankfurt 1879, pag. 107. In gelijken geest Mr. H. Vos, Publiekrechtelijke geschillen, Leiden 1886 pag. 288: „als de Regeering een niet-vreemdeling over de grenzen zet, gaat zij (per se) buiten hare bevoegdheid."

een' vertegenwoordiger op deze wijze wat erg bezwarend wordt, houde in het oog dat aan dezen een remschoen wordt aangelegd in den vorm zijner personeele verantwoordelijkheid tegenover den principaal. Immers ook waar hij geen machtsoverschrijding pleegde behoeft machtsmisbruik niet ongestraft te blijven. Zijne uiterlijke verhouding tot derden worde van de innerlijke betrekking tot zijn opdrachtgever scherp onderscheiden. Uit die onderscheiding volgt dan voorts dat eene handeling des vertegenwoordigers naar den vorm of formeel rechtmatig is te noemen als hij daarbij binnen de hem gestelde grenzen bleef, doch dat diezelfde handeling naar het wezen der zaak of materieel onrechtmatig heeten kan, indien de rechten van derden daardoor gekrenkt zijn. (1)

Ook de Hooge Raad pleegt op dat onderscheid tusschen formeel en materieel rechtmatig den nadruk te leggen. (2)

Opmerkelijk is daarbij, dat ons hoogste rechtscollege de formeele bevoegdheid doorgaans als eene zeer ruime aanneemt, en dus blijkbaar ook het oordeel des vertegenwoordigers een' gewichtigen factor voor de vaststelling harer grenzen acht. Dat die factor daarom niet de overheerschende is, werd met opmerkelijke juistheid beslist bij arrest van 28 November 1887, W. 5512. Daarbij toch werd aangenomen, dat als eene gemeenteverordening voor het bouwen op eigen grond het vragen van vergunning van Burg. en Weth. voorschrijft, en tevens de redenen opnoemt waarom deze alleen mag worden geweigerd, Burg. en Weth. (formeel) onbevoegd zijn zulk eene weigering op andere dan de opgenoemde te baseeren;

---

(1) Verg. ZACHARIÄ, Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, in Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, 19er Jahrgang, pag. 618. DIEPHUIS, Ned. Burg. Recht, 1870, XI p. 78.

(2) Vgl. b.v. arrest van 2 April 1880 W. 4516, 12 Januari 1883, W. 4868.

zulk eene weigering is dan afkomstig van „een daartoe onbevoegde macht."

Na deze algemeene beschouwing, aan het karakter van vertegenwoordiging en de vaststelling harer grenzen gewijd, moeten publiek en privaatrecht, die tot dusver eendrachtig samengingen, gescheiden worden, daar om verschillende redenen verder generaliseeren niet wenschelijk schijnt.

A. Privaatrecht.

De gevolgen van eene door een vertegenwoordiger gepleegde machtsoverschrijding liggen hier voor de hand. Immers dat de lasthebber daardoor zijnen principaal niet bindt komt mij voor het uitgesproken systeem onzer wet te zijn. Naar luid van art. 1844 B. W. is de lastgever niet gehouden tot hetgeen boven de aan den lasthebber verleende macht is geschied, tenzij hij zulks naderhand bekrachtigd hebbe. Art. 1693 B. W. zegt, dat alle handelingen waartoe bestuurders van een zedelijk lichaam onbevoegd waren, hetzelve ook alleen verbinden voor zoover het daardoor gebaat is, of de handelingen worden goedgekeurd. In Art. 45 Wetb. v. Kooph. eindelijk straalt ten aanzien van bestuurders eener naamlooze vennootschap hetzelfde beginsel door.

Oppervlakkig beschouwd schijnt zulks dan ook vanzelf sprekend. Het is echter voor een groot deel gebaseerd op de thans verouderde opvatting, dat voor het tot stand komen van overeenkomsten alleen de werkelijke wil van partijen in aanmerking komt (wilstheorie). Immers de lastgever wil niet verder gebonden zijn dan de macht van den mandataris om namens hem te verklaren reikt. Nu heeft echter de wilstheorie, gelijk bekend, voor de vertrouwens-

theorie het veld moeten ruimen. Wie door zijne verklaring het vertrouwen opwekte van een verbintenis te willen sluiten werd daaraan in allen gevalle gebonden geacht, tenzij de wederpartij wist of moest begrijpen dat de verklaarde wil niet de werkelijke was. (1) Het zwaartepunt werd alzoo van den wil naar de wilsverklaring verlegd.

Zoo dient ook ten deze rekening gehouden met het vertrouwen opgewekt door de verklaring van iemand dien wij gemachtigd hebben om tot zekere grens namens ons te spreken. Overschrijdt hij die grens waar hij zich met anderen in verbinding stelt, wij moeten aan de namens ons uitgebrachte wilsverklaring gebonden zijn, tenzij de wederpartij die grensoverschrijding kende of haar (casu quo na onderzoek) moest begrijpen. Eene reserve is hier echter wellicht te maken. Het kan er bij blijven dat de tusschenpersoon, die zijn macht te buiten gaat, in de eerste plaats zich zelf verbindt. Alleen voor zoover verhaal op hem onmogelijk is, trede dan de aansprakelijkheid van den lastgever als een subsidiaire daarvoor in de plaats.

Dat een en ander de billijkheid bevredigt blijkt uit verschillende omstandigheden. Vooreerst maakt reeds de wet zelve eene uitzondering op haar strenge beginsel in art. 1852 B. W. luidende: „De herroeping (eener lastgeving) alleen aan den lasthebber kenbaar gemaakt zijnde, kan aan derden, die, daarvan onkundig, met hem gehandeld hebben, niet worden tegengeworpen" etc. Hier wordt dus de lastgever direct aansprakelijk gesteld, niet subsidiair, hetgeen door het bijzonder karakter eener niet bekend gemaakte herroeping wellicht wordt gerecht-

(1) Vgl. W. Modderman. Wil of Vertrouwen, Groningen 1880.

vaardigd, daar de lastgever hierbij zeker niet onnoodig wordt bezwaard. Voorts, doordien (hetgeen voor de juistheid der straks gebezigde vergelijking van een' vertegenwoordiger met een' telefoon pleit) eene dergelijke oplossing ook in het telegraaf-vraagstuk gegeven is. Men heeft daarbij enkel de keus den afzender van het telegram, dan wel den geadresseerde de gevolgen van foutieve overbrenging te doen dragen, omdat daarbij de tusschenpersoon, d. i. de staat als exploitant, alle verantwoordelijkheid deswege voorzichtiglijk van zich heeft afgeworpen. En dan heeft de Vertrouwenstheorie met nadruk den afzender daarvoor aansprakelijk gesteld, zoodat hij aan zijn wilsverklaring, gelijk zij overkwam, gebonden is, tenzij de ontvanger wist of moest begrijpen, dat zij met den wil niet overeenstemde. (1)

Eindelijk blijkt datzelfde uit de oordeelvellingen over het door POTHIER (2) gesteld geval, dat iemand, voorzien van eene volmacht om f 300.— te leenen, daarvan tegenover twee personen gebruik maakt, en dus f 600.— leent. POTHIER en de meeste Schrijvers na hem achten dan den lastgever gebonden dit laatste bedrag terug te betalen.

Nu had echter de Code (art. 1998) hier hetzelfde systeem als onze wet. Vandaar dat die schrijvers hunne, de billijkheid bevredigende, meening moesten verdedigen met wat m. i. een sophisme is, n.l. dat ook de tweede leening overeenkomstig de gegeven opdracht zou zijn aangegaan. Ik noem dat een sophisme — immers het is duidelijk dat de volmacht strekte om *eenmaal* f 300.— te leenen, al werd in de volmacht kortweg van f 300.— gesproken. (3)

---

(1) Vgl. ASSER en VAN HEUSDE, Handl. Burg. Recht III, 3, p. 213—215, 234—235.

(2) Traité des contrats de bienfaisance II no. 89.

(3) Zie in gelijken zin OPZOOMER ad art. 1844, pag. 70 en 71.

De innerlijke rechtsgrond van de Vertrouwenstheorie in haar toepassing op de vertegenwoordiging is niet, althans niet in hoofdzaak, de „culpa in eligendo", want ook al koos men zijn vertegenwoordiger met de meeste zorg uit, moet men op gelijke wijze voor hem aansprakelijk worden gesteld. Die rechtsgrond is echter vooreerst dat de gevolgen van machtsoverschrijding dan toch door den lastgever veroorzaakt en dus aan zijn „toedoen" te wijten zijn, doch wat sterker is, doordien hij, die van vertegenwoordiging de vruchten in de eerste plaats plukt, daarvan ook de nadeelen heeft te lijden. Ditzelfde gold al in het Romeinsche recht. (1) „Aequum praetori visum est sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Vandaar dan ook dat in dat recht de lastgever voor machtsoverschrijding aansprakelijk bleef. (2) Eindelijk ligt ook aan art. 1403 B. W. — dat degenen die anderen aanstellen tot waarneming hunner zaken, verantwoordelijk stelt voor de schade, door hun ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden, waartoe zij dezelve gebruikt hebben — een zelfde beginsel ten grondslag.

Gelijk reeds boven werd opgemerkt, dient behalve op de verhouding van den vertegenwoordiger tegenover derden, ook op zijne betrekking tot den principaal gelet. Tegenover dezen is hij, als gezegd, in privé verantwoordelijk als hij de hem verleende macht misbruikte. Hierin is dan een belangrijk palliatief gelegen tegen het gevaar, in het toekennen eener ruime macht aan een lasthebber gelegen. Datzelfde geldt overigens ook bij noodzakelijke vertegenwoordiging. Men zie b.v. art. 45 W. v. K. „De bestuurders (eener naamlooze vennoot-

(1) L. 1 § 4 D. de inst. act. 14.3.

(2) L. 11 § 4 D. de inst. act. 14.3.

schap) zijn niet verder verantwoordelijk dan ter zake van de behoorlijke uitvoering van den aan hen opgedragen last etc.. Ook aan art. 72 Faillissementswet, dat den curator jegens gefailleerde en schuldeischers aansprakelijk stelt ingeval hij gehandeld heeft zonder de vereischte machtiging van den rechter-commissaris, ligt dezelfde gedachte ten grondslag.

Dat de positie van den curator overigens speciaal in laatstgenoemd artikel scherp ligt afgeteekend, blijkt uit het volgende.

Gelijk bekend zijn de gevallen niet zeldzaam dat gefailleerden, ten einde hun goederen aan de crediteuren te onttrekken, dezelve fictief verkoopen aan bloedverwant of vriend, waarna zij dezelve quasi in bruikleen behouden. De faillissementswet verklaart dergelijke handelingen onder zekere omstandigheden, als b.v. het bestaan der wetenschap van benadeeling der schuldeischers, zoo bij den gefailleerde als bij hem met wien hij handelde, geheel nietig. Het gevolg is, dat in dit geval de quasi verkochte goederen nog tot den boedel behooren. Stoort de curator zich dan aan de z. i. gefingeerde acte van verkoop niet, — dat hij daartoe formeel bevoegd is werd reeds vroeger betoogd — zoo bestaat de kans dat de boedel tot schadevergoeding veroordeeld word, op vordering van den pretensen nieuwen eigenaar. (Onder boedel hier te verstaan de door het vonnis van faillietverklaring in het leven geroepen rechtspersoon van belanghebbenden bij denzelve, d. i. crediteuren en gefailleerde, waarvan de curator het orgaan is). Rijst de vraag, in hoeverre de curator daarvoor met zijn privé-vermogen instaat.

1°. Is daartoe noodig dat de curator schuld hebbe, b.v. bedoelde goederen hebbe verkocht zonder behoorlijk onderzoek en zonder bewijs voor zijn sustenu te kunnen

bijbrengen. Dat de rechter het door hem geleverd bewijs niet voldoende heeft geacht, brengt niet mede dat hij als goed curator zijn bewijsmateriaal niet voor voldoende kon houden. (verg. genoemd art. 72 Faillissementswet.)

2°. Kan van de aansprakelijkheid des curators in privé alleen sprake zijn tegenover de door hem vertegenwoordigde belanghebbenden, daar zijn handelwijze formeel rechtmatig was, hij dus in qualiteit gehandeld heeft. Ingeval dan de eigenaar der bedoelde goederen een door hem vooraf tegen den boedel te verkrijgen vonnis geheel op denzelven heeft verhaald, houdt hij op belanghebbende bij den boedel te wezen en kan hij dus den curator in privé niet deren. (verg. hetzelfde art. 72.)

3°. Is het bedrag waarvoor de curator in privé aansprakelijk is natuurlijk geringer dan het totaal der tegen den boedel uitgesproken veroordeeling.

Immers terwijl de boedel de schade te vergoeden heeft welke aan den pretensen eigenaar is toegebracht, is de curator in privé alleen verantwoordelijk voor schade door den boedel zelf geleden. En de boedel heeft door de geïncrimineerde daad tevens eene bate genoten, daar de opbrengst der verkochte goederen in zijne kas is gevloeid. Van den curator kan dus alleen vergoeding geëischt worden voor hetgeen de boedel meer heeft te betalen dan hij bevorens genoten had. Indien dan de goederen bij verkoop b.v. f 600.— hebben opgebracht en de uitgesproken veroordeeling dat bedrag niet overschrijdt, gaat de curator natuurlijk vrij uit. Zoo kan het zelfs gebeuren dat zijn onrechtmatige daad, ondanks de daarop gevolgde veroordeeling, voor den boedel nog een batig saldo blijft opleveren.

Ter illustratie zij hier nog een geval vermeld, hetwelk zich onlangs bij een kantongerecht te Amsterdam heeft voorgedaan.

Een curator die zekere goederen ten bate des boedels verkocht had zonder zich te laten weerhouden door een z. i. fictieve akte van verkoop daarvan, was door den pretensen eigenaar direct in privé aangesproken tot het volle bedrag hunner waarde. De curator voerde natuurlijk aan, dat eene actie tot schadevergoeding voorloopig alleen tegen hem in qualiteit kon worden ingesteld. De rechter echter verwierp dit verweer met de overweging „dat ieder persoonlijk aansprakelijk is voor zijne onrechtmatige handelingen, al verricht hij die niet voor zich maar ten behoeve van een ander dien hij vertegenwoordigt", en legde mitsdien den curator het bewijs van de nietigheid der gedane overdracht der goederen op. Het was dus eerst aan den rechter in hooger beroep gegeven, te constateeren, dat zulk eene actie tegen den curator in privé niet ontvankelijk was. Eene actie tot schadevergoeding tegen den Kantonrechter in privé is daarop door den curator echter niet ingesteld.

B. Publiekrecht. (1)

Beginselverklaring betreffende publiekrecht. — Publiek- en Privaat-, Vermogensrecht. — Wat is Nederlandsch Burgerlijk recht? — Het Duitsche Burgerlijk recht van omstreeks 1838. — *De conflicten van attributie. — Het ontwerp Burg. Wetb. van* 1820. — *Het Burgerlijk Wetboek. — Nederlandsch Burgerlijk- is Vermogens-, geen modern Privaatrecht. Portée van het daarnevens staand Publiekrecht. — Rechtspraak. — Slotsom betreffende het standpunt des rechters tegenover vertegenwoordigers van openbare zedelijke lichamen. — Theorie en praktijk van publiekrechtelijke vertegenwoordiging.*

„Het publiekrecht regelt botsingen tusschen gemeenschaps- en particuliere belangen; de laatste moeten ingevolge het gezag der overheid voor de eerste wijken.

(1) In den zin van staats- en administratief recht.

Zij behoort de uitoefening van dat gezag echter niet verder uit te strekken, dan voor het algemeen belang strikt noodzakelijk is" — schijnt mij de grond-idée van het publiekrecht, (1) terwijl het privaatrecht, hetwelk conflicten van gelijkwaardige belangen (begeerten) regelt, bijvoorbeeld voor een deel hierop gebaseerd is dat hij, door wiens schuld de botsing veroorzaakt werd, het veld heeft te ruimen.

Alle, en dus ook het publiek recht, wordt gevonden door middel van ons „billijkheids"oordeel over de vraag, in hoeverre wij het wijken van het eene belang voor het andere „billijken". (2) Voor zoover dit oordeel in een algemeenen regel wordt vastgelegd, heet het wet of verordening.

Vooral de in de eerste plaats genoemde eisch, dat het particulier belang niet verder wijke dan noodig is, worde niet uit het oog verloren. Dit doen, naar ik meen, Buijs, de Grondwet, II pag. 328, waar de geleerde schrijver zegt, dat een particulier belang qua talis nimmer een recht kan geven, omdat het voor het algemeene steeds moet wijken, en Mr. A. R. Arntzenius, Aansprakelijkheid voor onrechtmatige ambtshandelingen. Themis 1895 pag. 66 die zich in gelijken zin als Buijs uitlaat. Onteigening zonder schadevergoeding achten wij onbillijk. Hetzelfde geldt, als een burgemeester eene niet-schadelijke koe doet afmaken of — wat het strafrecht betreft — als een rechter de doodstraf uitsprak wegens het laten loopen van kippen op eens anders grond. In een en ander geval doet het orgaan der gemeenschap de belangen van den enkeling

(1) Dit geldt enkel voor de verhouding van het individu tot de gemeenschap, niet voor publiekrechtelijke botsingen tusschen twee gemeenschappen of twee particulieren onderling.

(2) Verg. over «billijkheid»: «Land, Inleiding tot de Verkl. van het Burg. Wetb. 1899, pag. 38—40.

verder wijken dan voor het algemeen welzijn bepaald vereischt is: de eenige rechtvaardigingsgrond voor krenking van particuliere belangen, dat is de eisch der utilitas publica, bestaat daarbij niet, de handeling is mitsdien onrechtmatig juist omdat zij voor de gemeenschap niet noodzakelijk was!

Voor het bestaan van een recht is het voorts wenschelijk dat een onpartijdige derde als rechter hetzelve handhave. Zonder dat verliest het begrijpelijkerwijs veel van zijn waarde. Zoo is dan b.v. onlangs van het volkenrecht door een Duitsch publicist gezegd kunnen worden, dat de eenige geldige argumenten daarin kruit en lood heeten. Zoodoende kan men alle geschillen over recht in twee rubrieken indeelen naarmate ze al dan niet aan de uitspraak van een' onpartijdigen derde zijn onderworpen. Dit geschiedt door het in de publicistische wetenschap gemaakte onderscheid tusschen z.g. rechts- en doelmatigheidsgeschillen; de eerste beslist de rechter, de laatste de hoogste administratieve macht. De benaming rechts- en doelmatigheidsgeschillen is echter allerminst eene gelukkige. Vooreerst is het verre van algemeen gebruikelijk, het bestaan van een rechter als een noodzakelijk bestanddeel van het begrip „recht" aan te merken. Verder zoude het woord „noodzakelijkheid" beter dan de term „doelmatigheid" uitdrukking geven aan het grondbeginsel, dat privaat belang niet verder wijkt dan voor het publieke noodig is. Onteigening zonder schadevergoeding toch is niet noodzakelijk, doch kan nog doelmatig geheeten worden in dien zin, dat het voor de hand liggend doel daarmede bereikt wordt. In de derde plaats is die benaming onjuist, omdat ook de z.g. rechtsgeschillen door den rechter naar publieke doelmatigheid (noodzakelijkheid) beslist moeten worden. Immers de rechter past vooreerst de wet toe; en deze is geheel op die doelmatigheid of

noodzakelijkheid gefundeerd. En bij gebreke van de wet vraagt hij weder naar doelmatigheid of noodzakelijkheid alleen. Zoo berust enkel op deze laatste bij ons b.v. de bevoegdheid der politie; eene algemeene politiewet toch bestaat hier te lande niet. Geen wonder dan ook dat over de vraag welke geschillen wel, welke niet aan het oordeel eens rechters kunnen onderworpen worden, van oudsher de meest uiteenloopende meeningen zijn verkondigd; alleen al wegens de van onjuist begrip getuigende benaming was iets anders niet te verwachten.

Mr. J. A. Levy zegt (1) met zijne strenge logica, dat het onderscheid tusschen recht en doelmatigheid niet bestaat (2) d. w. z. dat het niet van zelfsprekend of principieel is, doch alleen kunstmatig kan worden geschapen, door de publieke doelmatigheid (noodzakelijkheid) maar tot een bepaalde grens door den rechter en overigens door de hoogste administratieve macht te doen handhaven. Anderen daarentegen achten dat onderscheid wel degelijk een absoluut, uit den aard der zaak voortvloeiend. Het kan m. i. enkel gevonden worden door te onderzoeken, tot hoever de administratie voor den behoorlijken gang der publieke zaak behoort vrij te blijven van rechterlijke contrôle, eene zuivere nuttigheidsvraag dus. Tot zoover kan zij dan haar eigen inzichten omtrent publieke noodzakelijkheid volgen. Daarbuiten is zij aan die des rechters gebonden. Daarbij wordt dan van de onderstelling uitgegaan, dat een zekere vrijheid van de administratie voor de publieke zaak inderdaad noodzakelijk is. Zonder dat toch zou de rechter alle geschillen

(1) Antirevolutionair Staatsrecht 's-Gravenhage 1886 II pag. 8 vv. 47 en Juristenvereeniging 1891, Hand. II pag. 112—114.

(2) In gelijken zin O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I pag. 63 v.v. en pag. 45 noot 12: bij gebreke van administratieve rechtspraak zijn alle administratieve geschillen doelmatigheidsgeschillen.

tot in bijzonderheden kunnen nasporen en de geheele onderscheiding tusschen rechts- en doelmatigheidsgeschillen, of beter rechterlijke en administratieve geschillen, vervallen. Want als gezegd: alleen op den wensch om der administratie zekere zelfstandigheid te gunnen, en op niets anders, is die onderscheiding gebaseerd.

De meest gangbare oplossing omtrent de perken der administratieve vrijheid is deze, dat dezelve in wet of verordening gelegen zijn; de rechter onderzoekt alleen of de wet in het oog gehouden is; buiten de wet bestaat geen publiek recht dat een rechter kan handhaven. (1)

Dit wordt weer doorgaans als van zelf sprekend aangenomen, doch kan m. i. alleen op voornoemden utiliteitsgrond, de behoefte der administratie aan zekere vrijheid, worden verdedigd. Aan die solutie kan eerst consequent worden vastgehouden, ingeval het publiekrecht gecodificeerd, althans voldoende in wetten nedergelegd is. Zoo is er nog geen algemeene wet, waaraan de bevoegdheid der politie kan worden getoetst. Een grooter bezwaar daartegen is echter, dat het veelal ondoenlijk zal zijn in staatswetten zoozeer in bijzonderheden af te dalen, dat de vrijheid der administratie daardoor tot hare juist geoordeelde verhoudingen wordt teruggebracht. Het toekennen toch van wettelijke bevoegdheden geschiedt, als gezegd, gemeenlijk juist in zeer ruimen zin, omdat voor het eigen oordeel van den daarmeê bekleede noodzakelijkerwijs veel plaats moet worden gelaten. Wilde men alle misbruik van wettelijke

(1) Zoo reeds Mr. C. BACKER, Verhandeling over het voorwerp van rechterlijke beslissing in burgerlijke zaken, vooral in afscheiding beschouwd van den werkkring der administratie, in Bijdragen tot Rechtsgeleerdheid en Wetgeving van Mrs. DEN TEX en VAN HALL 1828 pag. 57 v.v. Insgelijks verslag der Staatscommissie tot . . . regeling van de administratieve rechtspraak, pag. 10 en Mr. J. B. KAN Jr. Onrechtmatige Ambtshandelingen, Rechtsgeleerd magazijn 1898 pag. 374 v.v.)

bevoegdheid aan rechterlijke contrôle onttrekken, dan zouden anderen het b.v. lijdelijk moeten aanzien als een burgemeester om een in strijd met de verordening aangebracht luik krachtens zijne algemeene bevoegdheid te amoveeren een geheel huis met brisante middelen in de lucht deed springen (1). En de uiterst ruime wettelijke bevoegdheden, welke de Grondwet toekent, zouden dan veel te veel tekortkomingen dekken (2). Het argument der Staatscommissie tot . . . . regeling van de administratieve rechtspraak, dat rechterlijke critiek op de uitoefening van wettelijke bevoegdheden door de administratie zou strijden met de bedoeling des wetgevers, omdat deze de administratie blijkbaar in zoover vrij zou willen laten, wil mij dan ook voorkomen zonder groote waarde te zijn.

In nauw verband met het publiek- staat het privaatrecht.

Gelijk reeds vroeger opgemerkt werd is de onderscheiding tusschen publiek- en privaatrecht van betrekkelijk jongen datum. Nog recenter is, meen ik, de ontdekking, dat van de gedragingen der overheid alleen die met uitoefening van gezag gepleegd, door een speciaal publiek recht beheerscht worden, terwijl de overige overheidsdaden aan het privaatrecht behooren onderworpen te zijn. Privaatrechtelijk is dan b.v. een gewoon contract van koop en verkoop door den Staat gesloten. Weliswaar wordt daarbij gehandeld in het algemeen belang, doch doet dit motief tot den aard dier rechtshandeling verder niet af. Alleen waar de Staat bevelend en dwingend optreedt, behooren uitteraard specifieke normen

(1) Verg. Mr. J. A. Levy, Antirev. Staatsr. II p. 43.

(2) Ook Mr. A. R. Arntzenius t. a. p. p. 68 schijnt de wet als criterium onvoldoende te achten.

voor zijne gedragingen te gelden. Uitoefening van gezag is dus het criterium voor het onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht (1).

Het aldus formuleeren van de scheiding der rechtsstof doet vooral zijn invloed gelden op het gebied van het zakelijk en persoonlijk vermogensrecht. Wij onderscheiden thans privaat en publiek vermogensrecht. Tot het laatste behooren nu het recht van den Staat ten aanzien van openbare domeinen en b.v. de vordering tot betaling van belasting. Bij deze beide toch ontleent de gemeenschap haar recht aan het gezag waarmede ze bekleed is.

Aan de eertijds gehuldigde opvatting, dat alle vermogensrecht tevens privaatrecht is, heeft de moderne wetenschap een einde gemaakt. De omvang van het privaatrecht is dus omgekeerd evenredig aan dien van het publiekrecht-wetenschap; naarmate deze laatste zich ontwikkelt wordt het eerste ingekrompen. Een veelbestreden vraag is in welke phase van ontwikkeling onze positieve wetgeving verkeert. Zij komt hierop neer of het publiek vermogensrecht ook door het burgerlijk wetboek beheerscht wordt.

Dat die vraag voor mijn onderwerp, waar het er op aankomt, de gevolgen van vertegenwoordiging van openbare lichamen vast te stellen, van overwegend belang is, behoeft geen betoog. Vandaar dat ik op de portée van ons burgerlijk wetboek, in verband met publiek vermogensrecht, een blik in vogelvlucht wil werpen. Ik neem daarbij dan o. a. op gezag van de hoogleeraren Buijs (2) en van Boneval Faure (3) als

(1) Zie Mr. H. Vos, Publiekrechtelijke geschillen, p. 20 v.v. en O. Mayer t. a. p. I, § 11.

(2) De Grondwet II, p. 294 v.v.

(3) Burg. Procesrecht 1893, I, pag. 72 v.v.

bewezen aan, dat artikel 165 G. '15 (1) en het daarmee overeenkomende art. 2 R. O. welke de algemeene bevoegdheid der rechterlijke macht regelen, zoo ruim moeten worden uitgelegd, dat daaronder alle geschillen over zakelijke en persoonlijke vermogensrechten vallen, onverschillig of het publiek- dan wel privaatrechtelijke zijn.

En ik merk verder op dat als vermogensrecht en burgerlijk recht voor onze wet synoniem mochten zijn, alle verdere debat over de portée dezer artikelen overbodig is, daar enkel verschil bestaat over de vraag, wat onder de daarin voorkomende woorden „eigendom" en „schuldvordering" te verstaan zij, doch niemand betwist dat onze rechter geschillen over „burgerlijk recht" beslecht.

Het Nederlandsch burgerlijk recht kan gelijk geacht worden aan het modern privaatrecht, dan wel kan het als vermogensrecht tout court beschouwd worden. Zij die het eerste doen als iets wat van zelf spreekt, verliezen de verhouding van omgekeerde evenredigheid tusschen publiek- en privaatrecht uit het oog; immers het privaatrecht van '38 is evenveel omvangrijker dan het huidige als het publiekrecht van dien tijd beperkter was. Het identificeeren van burgerlijk- en vermogensrecht daarentegen leidt tot het gevolg:

1° dat onder de zakelijke burgerlijke rechten ook de publiekrechtelijke, als die van de gemeenschap ten aanzien van openbare domeinen, begrepen zijn;

2° dat de zakelijke burgerlijke rechten die een particulier toekomen, de bevoegdheid insluiten om publiekrechtelijk-onrechtmatige aanrandingen af te weren;

3°. dat het derde Boek Burg. Wetb. de persoonlijke

---

(1) Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende regten, over schuldvordering of burgerlijke regten, behooren bij uitsluiting tot de kennis van de regterlijke magt.

vorderingen van den enkeling tegenover de gemeenschap en vice versa mede betreft.

En naast of boven dit burgerlijk of vermogensrecht blijft dan een publiekrecht bestaan, hetwelk het burgerlijke kan aanvullen of daaraan derogeeren, met dien verstande, dat het burgerlijk recht bij gebreke daarvan ongerept blijft gelden.

Om aan te toonen in welke mate die gevolgen sub 1—3 beschreven passen in het kader van den tijd van omstreeks 1838, vestig ik de aandacht op het Duitsche recht dier dagen, zulks aan de hand van Otto Mayer (1) die mij voorkomt voor de wijziging in de begrippen omtrent burgerlijk recht en het correlatief verband hiervan met het publiekrecht een' bij uitstek scherpen blik te hebben. Ik voeg daaraan toe, wat dezelfde schrijver van het modern privaatrecht zegt om te doen uitkomen, hoe datzelfde ten onzent . . . . jus constituendum is te achten.

In het oude Rome onttrok de Staat zich aan alle recht door de exceptie van de „majestas populi Romani" (2). Vervolgens werd het bestaande privaatrecht zooveel mogelijk op den staat toegepast. Weder later ontstond de z.g. Polizeistaatsleer.

In haar oorspronkelijken vorm kwam deze geheel overeen met de Romeinsch-rechtelijke, in dien zin dat de staat aan geenerlei recht gebonden was. Doch welhaast wordt het privaatrecht weder op den staat toegepast, namelijk in alle gevallen waar van een vermogensrecht sprake was, onverschillig of de staat daarbij al dan niet met uitoefening van gezag optrad. Deze leer vierde van ± 1780—1850 in Duitschland haar hoogtij. Daarbij werd

(1) t. a. p. I § 4 en 5.

(2) Verg. ook Loening t. a. p. p. 12.

nog eene eigenaardige fictie in het leven geroepen, namelijk de onderscheiding tusschen staat en fiscus. De staat zelf bleef onaantastbaar, maar men scheidde zijn vermogensrechtelijke zijde van hem af, en maakte daarvan een apart persoon, den fiscus. Deze laatste wordt dan als het ware de penningmeester van den staat, en ook zijn onderdaan. Die fiscus valt nu in allen deele onder de jurisdictie van de rechterlijke macht, welke zich dienovereenkomstig tot eene van het staatsgezag onafhankelijke ontwikkelt. Als voortaan de almachtige staat in de uitoefening van zijn hoogheids- of politierecht naar 's rechters oordeel te ver gaat, moet de fiscus daarvoor boeten. De staat kan b.v. onbeperkt onteigenen, maar de fiscus draagt de schade. Als de staat te veel belasting heft, geldt tegen den fiscus de condictio indebiti. Dit alles vormt de reactie tegen de door den oorspronkelijken Polizeistaat van nieuws ingevoerde staats-almacht. De daardoor bedreigde pecunieele belangen wilde men zooveel mogelijk beschermen.

Na 1850 ontstaat de Rechtsstaatsleer. De staat wordt nu aan banden geslagen ook waar het geen vermogensrecht betreft. Dientengevolge ondergaat de indeeling der rechtsstof eene wijziging. Onder het staats- en administratief recht valt voortaan al datgene, waarbij de Staat met uitoefening van gezag optreedt, ook al geldt het daarbij vermogensrechten. Hierover wordt een bijzondere rechter, de administratieve, gesteld. Het privaatrecht beheerscht voortaan alleen de verhoudingen van bijzondere personen alsmede hun vermogensrechtelijke verhoudingen tot den staat voor zoover deze daarbij geen gezag uitoefent, niet dwingend optreedt, dus b.v. een gewoon contract sluit. Hieruit vloeit voort, dat een aantal rechtsinstituten, welke tot dusverre tot het privaatrecht gerekend werden, naar het publiekrecht moeten worden overgebracht; zoo de publieke

zakelijke rechten, publiekrechtelijke schuldvorderingen, zoomede een deel van de regeling der zedelijke lichamen. (1)

Thans de Nederlandsche wetgeving, bezien in het licht der historie.

Aan deze ging hier te lande een kortstondige heerschappij van de Fransche vooraf. De Fransche Revolutie bracht een apart administratief recht en rechter (conseil d'Etat, Conseils de Prèfecture), zij het in gebrekkigen vorm, voort. Daarbij werd MONTESQUIEU's scheiding tusschen administratieve en rechterlijke macht zoover doorgevoerd, dat deze laatste zich had te onthouden van alle geschillen, waarbij de administratie betrokken was, ook al gold het een gewoon civiel contract. Om daartoe te geraken diende het z.g. conflictenbesluit van An VIII. Ten aanzien van elk bij den gewonen rechter aanhangig gemaakt geding kon de administratie beweren dat de rechter door daarvan kennis te nemen, met het administratief gezag in conflict kwam, en het hem onttrekken. Bij onze inlijving werd deze regeling ook bij ons ingevoerd, behalve wat betreft de Fransche administratieve rechtspraak.

Het gevolg was: volkomen rechteloosheid tegenover de administratie. Vandaar dat het straks aangehaald art. 165 G. '15, hetwelk zonder precedent in onze wetgeving opdook, der administratie een onmiskenbaren wenk gaf, door de rechterlijke macht ten aanzien van geschillen over eigendom etc., schuldvordering of burgerlijke rechten „bij uitsluiting" bevoegd te verklaren. Welke geschillen dat zijn blijkt overigens enkel uit de woorden, de geschiedenis zwijgt daaromtrent (2).

---

(1) O. MAYER t. a. p. I p. 136, ook noot 2.

(2) BUIJS II, p. 292 v.v.

Als om aan dien wenk meer kracht bij te zetten, werd bij K. B. van Mei '16 der administratie het opwerpen van conflicten nog eens uitdrukkelijk verboden en werden bij de wet van Juni d. a. v. alle reeds opgeworpen „zoogenaamde" conflicten van attributie smadelijk vervallen verklaard.

Maar reeds van af het eind van dat jaar kwam de Koning weder op dien weg terug (1), om eindelijk in 1822 die conflicten rondweg weder in te voeren en tot 1844 te handhaven. Dit verwekte groote verontwaardiging, doordien er thans tegenover de administratie eenvoudig geen recht te krijgen was. Zoo ontstond tegen die aldus kunstmatig geschapen Staats-almacht eene gelijksoortige reactie als in Duitschland tegen den oorspronkelijken Polizeistaat. Gelijk uit hetgeen volgt kan blijken, streefde men er naar althans het gansche vermogensrecht onder de hoede des rechters te stellen en het daartoe met burgerlijk recht te identificeeren. De gewrongen splitsing in staat en fiscus, gebaseerd op de overtuiging van de onaantastbaarheid van den staat, bleef echter ten onzent uit en daarmede m. i. de onmogelijkheid voor den rechter om administratieve handelingen te bevelen, als zulks tot handhaving van een vermogensrecht gevorderd wordt.

Reactie tegen de uit de conflictenbesluiten voortvloeiende rechteloosheid tegenover de administratie vormt dan den sleutel tot onze wetgeving. Den wetgever kan van het verwaarloozen der onderscheiding tusschen publiek- en privaatrecht daarom geen verwijt gemaakt worden. Vooreerst toch hadden die conflictenbesluiten, door ook zuiver privaatrechtelijke geschillen te treffen, in de

---

(1) A. DE PINTO, Handl. op de wet R. O. en het beleid der justitie, 1844. Inleiding, p. 28 v.v. en v. BONEVAL FAURE t. a. p., p. 74.

toen buitendien reeds onbestemde begrippen omtrent de grensscheiding der beide rechten nog grooter verwarring teweeggebracht. En van de geheele scheiding had men nog geen beter resultaat gezien dan grievende rechteloosheid tegenover de gemeenschap. Is het dan niet verklaarbaar, dat de wetgever verkoos zich door zuiver practische motieven te laten leiden, door zich eenvoudig te houden aan het vermogensrecht, over welks grenzen zeker weinig verschil bestaan kan? (1).

Het ontwerp der wet Recht. Org. van '27 herhaalde in art. 2 het meergenoemde artikel 165 G. '15, echter met weglating der daarin voorkomende woorden „bij uitsluiting". Tevens werd in de artt. 3—5 aan de administratie weder de gelegenheid geopend geschillen aan den rechter te onttrekken, zonder nadere aanduiding welke dat zouden zijn. Het gevolg van de daarover in de Kamer gemaakte opmerkingen was dat de Regeering de woorden „bij uitsluiting" in art. 2 weder moest invoegen en de artt. 3—5 intrekken.

Bij die gelegenheid sprak zij zelve de gedenkwaardige woorden: „de quaestie behoort aan de administratie als het *niet* betreft den eigendom of daaruit voortspruitende rechten (2).

Het ontwerp Burg. Wetb. van '20 bevat een aantal artikelen, welke de aandacht overwaard zijn (3). Gelijk

---

(1) Desgelijks handelde het lid van voornoemde Staatscommissie Mr. S. VAN HOUTEN, die bij afzonderlijke nota voorstelde, dat men bij den burgerlijken rechter veroordeeling tot schadevergoeding, bij den administratieven tot administratieve handelingen zoude moeten eischen, zonder onderscheid van publiek en privaatrecht. Zie Verslag pag. 69.

(2) Verg. J. J. F. NOORDZIEK, Verslag Hand. 2e K. S.-G. 1826—1827, Bijl. pag. 447 en Mr. A. DE PINTO, Geschiedkundig overzicht der conflicten van attributie. Themis '41—'42, p. 225 v.v.

(3) Het ontwerp is in zijn geheel afgedrukt bij J. J. F. NOORDZIEK, Bijl. Hand. '20—21, p. 273 v.v.

bekend, werd het wegens te groote leerstelligheid en bloc afgekeurd en facto door den Code Napoléon als grondslag der beraadslagingen vervangen (1).

Na te noemen artikelen van dat ontwerp zijn dan ook niet in onze wet gekomen. Toch blijven zij juist door die leerstelligheid voor de opvatting dier dagen hoogst teekenachtig.

Art. 1. Onder den naam van burgerlijk recht worden begrepen al de wetten omtrent de onderlinge bevoegdheid van bijzondere personen om iets te zijn, te hebben, te doen of te laten, met dat gevolg, dat de handhaving dezer bevoegdheid, of wel toekenning van schadeloosstelling wegens het niet erkennen derzelve van den rechter kan gevorderd worden.

Art. 2. De staatkundige regten en pligten van den burger behooren niet tot het burgerlijk regt . . . . . In gewone burgerlijke handelingen echter (dat is de zoodanige welker aard en gevolgen bij dit Burgerlijk Wetboek geregeld zijn, tusschen den Staat of andere staatkundige ligchamen en bijzondere personen aangegaan) gelden de algemeene regelen van dat Burgerlijk regt, indien niet uitdrukkelijk iets anders bepaald is, of ten aanzien van eenig bijzonder onderwerp, bijzondere wetten mogten bestaan.

Art. 948. Onder geëigende zaken worden in het algemeen verstaan alle die zaken, waarop reeds dadelijk recht verkregen is, hetzij dan door den Staat of eenig ander zedelijk lichaam, hetzij door bijzondere personen, te zamen of afzonderlijk.

Art. 949. Zaken, welke den Staat toebehooren, worden landgemeene of Landszaken genoemd, gelijk in het

(1) Verg. o.a. C. Asser, Het Ned. Burg. Wetboek vergeleken met den Code Napoleon, Inleiding, pag. 4 en Land, Inleiding tot de Verkl. van het Burg. Wetb. 1899, p. 121 en 122.

algemeen Staatsbezittingen onder den naam van domeinen of Staatsdomeinen begrepen worden, en heeft daarop de Staat dezelfde regten, welke aan particulieren op hunne zaken toekomen, behoudens hetgeen omtrent derzelver administratie en de beschikking over dezelve bij de Staatswetten bepaald is.

Art. 962. Onder gemeenschapsgoederen worden in het algemeen verstaan alle zaken, welke aan eenige gemeenschap toebehooren, ... steden, dorpen, maar ook . . . . stichtingen.

Art. 963. Het Staatsrecht regelt de administratie van, en beschikking over de eerste soort van zaken, in het vorig artikel gemeld; waar de Staatswet zwijgt, regelt zich de beschikking daarover naar het gemeene burgerlijke recht . . . . .

Art. 1099. Tegen wille van den eigenaar gaat de eigendom nimmer teniet, dan alleen wanneer de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt.

Art. 1101. Het bepaalde bij art. 1099 doet geen afbreuk aan het regt, hetwelk aan den Staat, of ook aan steden, of mindere staatkundige gemeenschappen, mogt toekomen, om ten behoeve der algemeene belangen, ook over bijzonderen eigendom, in sommige gevallen van noodzakelijkheid of hoog gewicht, te beschikken. De grenzen dezer bevoegdheid en de verpligting tot schadevergoeding in dit geval, worden door den aard der zaak en door bijzondere wetten geregeld.

Men ziet, niets gelijkt minder op eene scheiding van publiek en privaatrecht dan deze artikelen. Waarom zij niet in onze wetgeving overgingen, blijkt zelden in bijzonderheden. J. J. F. Noordziek zegt het dan ook te betreuren, dat hierover zoo weinig licht viel (1). Alleen

(1) J. J. F. Noordziek, Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Stat.-Gen. over het ontwerp van Burg. Wetb. '22—'23. Inl. pag. V en pag. 36 noot 1.

de geciteerde artt. 1 en 2 vormen hierop eene uitzondering. De Minister KEMPER zeide ze te hebben voorgesteld om conflicten van attributie te voorkomen (1)! Zij werden verworpen, niet omdat de Kamer die niet juist, doch omdat zij die overtollig, en wegens het „omnis definitio in jure periculosa", verkeerd achtte (2).

Het Burgerlijk Wetboek bevat mede een aantal gegevens, die op de gelijkstelling van burgerlijk met vermogensrecht wijzen en althans aan die met modern privaatrecht volkomen in den weg staan.

In de artt. 5—12 B. W. was eene volledige regeling van het Nederlanderschap vervat, zoodat men een tijdlang nevens een staatsrechtelijk een burgerrechtelijk Nederlanderschap kende.

Zaken welke niet in den handel zijn kunnen volgens art. 593 B. W. geen voorwerp van bezit opleveren: datzelfde wordt van eigendom niet gezegd, zoodat dan ook de artt. 575 v.v. B. W. privaat- en publiekrechtelijken eigendom op een lijn stellen. (3)

In de artt. 1266—1268 B. W. wordt de hypotheekbewaarder, een ambtenaar, evenals een gewoon Privatmann aansprakelijk gesteld voor zijne tekortkomingen als zoodanig. En typeerend is de omschrijving van het burgerlijk recht par excellence, dat van eigendom.

In art. 625 toch luidt het: „Eigendom is het regt om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men er geen geen gebruik van make, strijdende tegen de wetten of de openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige

(1) NOORDZIEK, Geschiedenis '20—'21, I. 1, pag. 151.

(2) NOORDZIEK, Geschiedenis '20—'21, I. 1, p. 162 v.v.

(3) Verg. hierover uitvoeriger en in gelijken zin Mr. C. G. VON REEKEN, Uitoefening van private rechten op zaken met eene publieke bestemming. Themis 1893 bl. 1—67 en Mr. C. J. H. SCHEPEL, Wegenrecht in Nederland, Gron. 1895 bl. 59—77.

macht, die daartoe volgens de Grondwet de bevoegdheid heeft, en mits men aan de regten van anderen geen hinder toebrenge; alles behoudens de onteigening ten algemeenen nutte tegen behoorlijke schadeloosstelling, ingevolge de Grondwet." De slotwoorden „alles behoudens onteigening etc." schijnen zonder groote beteekenis; het tegendeel echter is waar. Zij kwamen in het ontwerp oorspronkelijk niet voor, omdat de Regeering het niet noodig achtte het h. i. staatsrechtelijk voorschrift van art. 164 G. '15 ten deze nog eens te herhalen. De Kamer daarentegen zeide den eigendom een zoo belangrijk recht te achten, dat hij met niet genoeg waarborgen kon worden omringd! Zelfs wenschte zij artikel 164 G. '15 in zooverre aan te vullen, dat hier bepaald zou worden dat de schadevergoeding eene „voorafgaande" zou moeten zijn. En zoo hardnekkig klampte de Kamer zich als unaniem aan dezen eisch vast, dat de Regeering ten slotte zwichtte door de tegenwoordige redactie voor te stellen, daarbij uitdrukkelijk verklarende dat „tegen schadeloosstelling" h. i. van zelf meêbracht dat deze eene „voorafgaande" zou moeten wezen. Zoo werd de Regeering genoodzaakt het belangrijk vermogensrechtelijk leerstuk der onteigening bij het civielrecht te regelen. De centrale afdeeling der Kamer en de heer Beelaerts van Blokland hadden overigens der Kamer als iets van zelf sprekends doen opmerken, dat zij voor ongerechtvaardigde onteigening in geen geval bevreesd hoefde te zijn, daar de rechterlijke macht daarentegen kon waken. Immers, merkte de laatste op, „alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende regten (en men kan ook een twistgeding tegen een Bestuur aanleggen) zijn bij art. 165 G. opgedragen aan de rechterlijke macht. (1)

(1) Voorduin III, p. 395, verg. ook p. 388.

Gelijke bescherming van den eigendom tegenover de administratie valt nog verder te constateeren. Getuige art. 649 B. W. dat — horribile dictu — eene volledige onteigeningswet voor verdronken land behelst, blijkbaar ter vervanging van de Loi relative au dessèchement des marais etc. van 16 Sept. 1807.

Voorts art. 675 B. W. hetwelk bepaalt, dat gemeenten schadeloosstelling hebben te betalen aan eigenaars van bronnen, indien de gemeentenaren deze gebruiken, in welk geval die eigenaars ook den loop dier bronnen niet mogen veranderen.

Uit het vorenstaande blijkt, dunkt mij, tweeërlei. Vooreerst het volkomen onhoudbare der tegenwoordig meer en meer gevolgd wordende gelijkstelling van Nederlandsch burgerlijk en modern privaatrecht. In de tweede plaats, zij het met niet zoo verpletterende evidentie, de identiteit van burgerlijk en vermogensrecht.

De eerste en tweede der boven sub 1—3 genoemde gevolgen dezer identiteit, namelijk dat in de zakelijke rechten van particulieren als zoodanig de bevoegdheid ligt opgesloten publiek-onrechtmatige aanrandingen te keeren, alsmede dat de z.g. publiekrechtelijke zakelijke rechten der gemeenschap door het burgerlijk recht mede beheerscht worden, treden met zeer groote duidelijkheid aan het licht. En daaruit volgt een zoo geprononceerde verwaarloozing van het onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht naar moderne begrippen, dat de rangschikking der publiekrechtelijke schuldvorderingen onder de verbintenissen uit de wet (1269 B. W.) mede een noodzakelijke eisch van uitlegging wordt.

Wie anders deed zou tegen het „il faut juger les actes d'après leur date" zondigen. Ook uit den Code Napoleon kunnen m. i. geen argumenten voor eene tegengestelde

opvatting als de hier verdedigde geput worden, waar dat wetboek tot stand kwam in een tijdperk waarin men meende dat de Staat geheel niet of voor een klein deel aan het burgerlijk recht en de burgerlijke rechtspraak onderworpen kan zijn, terwijl hier te lande, waar administratieve rechtspraak ontbrak, het streven juist daarop gericht was, hem zooveel mogelijk daaraan te onderwerpen. De bij arrest van den H. R. van 31 Oct. 1895 W. 6732 gevolgde argumentatie komt mij dan ook s. o. r. voor geenszins gerechtvaardigd te zijn. Het is deze: De Code somde in art. 538 eenige z.g. publieke domeinen op en noemde die onvatbaar voor privaateigendom: in het daarmede overigens gelijkluidend art. 577 B. W. is de bepaling dier onvatbaarheid weggelaten: er blijkt niet waarom zulks geschied is: dus geldt hetzelfde ook ten onzent! (1)

Welke dan de rol van het publiekrecht nevens het burgerlijke is werd reeds terloops aangestipt. Men onderscheide in ons Burg. Wetb. publiek- en privaat-vermogensrecht; het daarbuiten staande publiekrecht vult het publiek vermogensrecht van ons B. W. aan en derogeert zoo aan het privaat- als aan het publiek vermogensrecht, in dat B. W. nedergelegd. Voor zoover dat derogeeren niet geschiedt, blijft het burgerlijk recht ongerept gelden. Vandaar kan een publiek-onrechtmatige daad de kracht van het burgerlijk wetboek natuurlijkerwijs niet opheffen.

Over wat publiekrecht is, werd reeds boven gesproken. Daarbij werd uitgegaan van de tegenwoordig juist geoordeelde opvatting daaromtrent. Immers onze wetgever heeft enkel het vermogensrecht in een code vastgelegd, het resteerend publiekrecht aan wetenschap en wetgever overgelaten. Daarom komt het mij onnoodig voor

(1) Verg. ook Mr. KAN t. a. p. p. 362 en 363.

— indien dat al mogelijk ware — te onderzoeken hoe onze wetgever zich het publiekrecht buiten het burgerlijke voorstelde. Terloops zij opgemerkt, dat hij alleen in art. 625 B. W. tweemalen naar de Grondwet verwijst, deze dus ook z. i. de groote bron van publiek recht was, terwijl hij ook in art. 720 B. W. van de waterstaatswetgeving melding maakt. Maar als gezegd, alleen het huidige standpunt dier wetenschap komt ten deze in aanmerking.

Zoo is onze rechter met den eenen voet in den tijd van '38 moeten blijven staan terwijl hij met den anderen vooruitschoof. En naarmate zijne steunpunten door het verloop der jaren verder van elkander verwijderd raakten, heeft hij blijkbaar meer moeite gehad zijn evenwicht te bewaren tegenover den aandrang, door moderne wetenschap op hem uitgeoefend, zoodat hij thans vrij wel geëindigd is met zich geheel op het nieuwe standpunt te plaatsen, Wie dit procédé wetsuitlegging noemen wil, neme dat voor zijne verantwoording, de benaming ontduiking ware hier wellicht minder ongerechtvaardigd.

Van het karakteristieke vonnis der Rechtbank te Amsterdam d.d. 4 Februari 1839, waarin betwijfeld wordt dat eene onteigeningswet eene staatswet zoude zijn (1) en van de uitspraken van omstreeks dien tijd, welke Mr. J. Quarles van Ufford, leerling van Thorbecke en administratief ambtenaar met zijne afkeuring treft, (2) tot aan het arrest van den H. R. van 31 Oct.

(1) Geciteerd door Mr. Joan van den Honert, Geschiedenis en beginselen der Ned. wetg. betr. de onteigening t. op. nutte, p. 51.

(2) Beschouwingen over de overschrijding van regtsgebied door de regterlijke magt etc. Themis 1848. Men zie vooral het aldaar pag. 376 aangehaald arrest H. R., ook te vinden bij van den Honert, Gemengde Zaken, IV p. 291, van 22 Mei '46, waar de rechter een eisch tegen den staat op grond der z.g. zeven-kinderenwet toewees. Schrijver klaagt dat de staat eenige chicaneuze verweermiddelen, doch niet eens de publiekrecht-exceptie had opgeworpen; zoo iets ware thans wel ondenkbaar.

1895 W. 6732, waarin beslist wordt dat een Rijksweg geen civiele eigendom is, en het arrest van den H. R. van 21 April 1898 W. 7116 benevens het vonnis der Rechtbank te Amsterdam van 20 April 1899 W. 7372 in welke beide laatste uitspraken een eisch tegen eene gemeente op grond van publiek-onrechtmatigen inbreuk op het eigendomsrecht niet-ontvankelijk wordt verklaard, is overigens een te lange weg om hier af te leggen. Speciaal die beide laatste uitspraken zijn echter kenmerkend.

Bij deze toch heeft de rechter, art. 2 R. O. ruim, het Burgerlijk Wetboek eng uitleggend, zich bevoegd geacht van een publiekrechtelijk vermogensgeschil kennis te nemen, om daaraan de uitspraak vast te knoopen, dat de eischer niet-ontvankelijk was, daar het al of niet rechtmatige der overheidsdaad, waarop hij zijne actie baseerde, door den rechter niet kon getoetst worden aan het Burgerlijk Wetboek, als regelende dit de rechten en verplichtingen van bijzondere personen. Nu kan met recht gevraagd worden: waarom de rechter die daad dan niet aan het publiek recht getoetst heeft: hij verklaart toch zelf bevoegd te zijn, het geschil te beslissen, hetgeen toch sine dubio insluit de kennisneming van alle recht, waar die beslissing van afhangt! Mocht de rechter dit laatste betwisten, een korte motiveering van die eigenaardige opvatting ware toch allerminst overbodig: en deze werd daarbij niet gegeven. De gevolgtrekking is dus wellicht niet te gewaagd, dat de rechter bij deze poging om zijn verouderd kleed te verbergen onder den nieuwmodischen engen frak, zelf niet bemerkt heeft hoe de oorspronkelijke stof in den vorm van art. 2 R. O. er onder uitkwam. (1)

(1) Bij arrest van 18 Dec. 1857 W. 1917, in zake een eisch tot schadevergoeding wegens onrechtmatige indiensthouding van een milicien gewezen, verklaarde de H. R. zich dan ook logischerwijs onbevoegd, terwijl het

En dit streven des rechters om een standpunt in te nemen als behoorde de Rechtsstaat hier te lande niet meer tot de pia vota verdient ook anderszins afkeuring. Want thans drukt onze rechter zich op zijn wettelijken zetel als met geweld ineen om ruimte te maken voor een' administratieven collega, die zijnerzijds met een periodiek terugkeerend: „ik kan nog wachten" op zooveel courtoisie blijft antwoorden. Zoo brengt hij, de oogen naar het wetenschappelijk ideaal opgeslagen, de justiciabelen regelrecht naar de tijden van olim terug, doordien het privaatrecht bij voorbaat tot zijn doctrinairjuiste verhoudingen wordt teruggebracht, terwijl de daarmede gepaard gaande verrijking van het publiekrecht enkel een aanwinst beduidt voor het gebied, waar rechteloosheid blijft heerschen.

De slotsom mijner beschouwingen over het standpunt des rechters tegenover vertegenwoordigers van openbare zedelijke lichamen luidt dan als volgt:

1. De rechter oordeelt over vermogensgeschillen. Administratieve handelingen kan hij gelasten voor zoover tot handhaving van een vermogensrecht vereischt. (1) Het moderne onderscheid tusschen privaat- en publiekrecht werd door onzen burgerlijken wetgever niet in het oog gehouden: hij onderscheidde enkel vermogens- en ander recht en het eerste beschouwde hij als burgerlijk.

Onder ons burgerlijk recht valt dus publiekrechtelijke eigendom en schuldvordering, terwijl de zakelijke burgerlijke rechten van particulieren de bevoegdheid inhouden om dezelve ook tegenover de gemeenschap te handhaven, voor

---

O. M. had geconcludeerd dat de H. R. competent was omdat een geldsom gevorderd werd, doch daarentegen niet bevoegd een regeeringsdaad te critiseeren, zoodat niet-ontvankelijkverklaring zou moeten volgen.

(1) In gelijken zin arrest H. R. van 16 Maart 1877, W. 4096.

zoover niet dezer bijzondere bevoegdheid om op die rechten inbreuk te doen maken, blijkt. Eene overheidsdaad is dan onrechtmatig in den zin van art. 1401 B. W. in het geval eener inbreuk op het gecodificeerd burgerlijk recht, welke ook het modern publiekrecht niet wettigt.

Publiekrechtelijke schuldvorderingen zijn verbintenissen uit de wet in den zin van art. 1269 B. W.

Eene vermogensrechtelijke aansprakelijkheid van den staat voor schade, veroorzaakt door slecht onderhoud zijner openbare eigendommen is af te leiden uit artt. 1402 en 1403 B. W., welk eerste artikel een ieder aansprakelijk stelt voor schade, door zijne schuld of nalatigheid veroorzaakt.

Waar eindelijk art. 1691 B. W. zegt, dat openbare zedelijke lichamen bevoegd zijn „burgerlijke" handelingen aan te gaan, zij men indachtig daarvoor niet „modern-privaatrechtelijke" in de plaats te lezen.

En eindelijk, al identificeert de rechter — m. i. ten onrechte — burgerlijk met modern privaatrecht, zoo blijft zijne verplichting, om het dan geheel ongecodificeerd publiek-vermogensrecht toe te passen gegrond op art. 2 R. O., ingeval hij daarvan namelijk de ruime opvatting blijft huldigen: want acht hij zich bevoegd tot de beslissing over een publiekrechtelijk vermogengeschil, zoo doet de uitspraak dat het privaatrecht dan buiten toepassing blijven moet, weinig ter zake, en moet het publiekrecht toepassing vinden.

2. Nevens en boven het burgerlijk is het staats- en administratiefrecht gesteld. Dit vult het reeds in het Burg. Wetb. nedergelegd publiek vermogensrecht aan en kan verder aan het geheele vermogens- of burgerlijk recht derogeeren.

Het staats- en administratief recht wordt nog maar ten deele door wetten beheerscht, en is overigens geheel aan

de wetenschap (in casu de kunde des rechters) overgelaten. De moderne publiekrechtelijke wetenschap is gebaseerd op het beginsel dat het publiek belang het private overheerscht, zoover als onvermijdelijk is, doch niet verder.

Met publieke utiliteit, niet verder uitgestrekt dan tot het punt waarop het privaat-belang zonder nadeel voor de gemeenschap kan worden gehandhaafd, trekt de rechter dan in laatste instantie de grenzen van het administratief recht, overschrijding daarvan door de administratie is onrecht. (1)

De rechter kan van oordeel zijn, dat voor den gang der publieke zaak vereischt is, dat de administratie zich binnen zekere spheer vrij van zijne contrôle bewege. In dat geval zal hij elke handeling der administratie binnen die spheer voor publiek-rechtmatig verklaren: immers die utiliteit eischt dat dan zijns inziens. Die spheer kan hij dikwijls door de wet begrensd achten; toch geeft ook deze, althans voorshands, geen betrouwbaren maatstaf, 1°. omdat zij zoo ruim kan zijn uit te leggen, dat de vrijheid der administratie daarbij in bandeloosheid zou ontaarden, zonder dat dit laatste als des wetgevers bedoeling mag worden ondersteld; 2°. omdat er somwijlen geheel geen wet aanwezig is, waaraan de rechter die vrijheid kunne toetsen (politiewet).

Neemt de rechter zulk eene vrijheids-spheer voor de administratie aan, zoo kan binnen dezelve publieke nood-

---

(1) Vgl. Arrest Hof van appel Brussel sine die concl. conf. bij VAN OPPEN—SASSE. Nederlandsche Rechtslitteratuur, in voce «Administratie en rechterlijke macht» no. 17, houdende: De rechtbanken zijn bevoegd kennis te nemen van eene vordering tot vergoeding der schade, aan bijzondere eigendommen toegebracht door maatregelen die de administratieve macht in den kring harer bemoeiingen heeft genomen, ten einde openbare rampen te voorkomen. Indien evenwel deze maatregelen onvermijdelijk werden gemaakt door de gebiedende noodzakelijkheid . . . . . moet de eisch tot schadevergoeding afgewezen worden.

zakelijkheid alleen ter beoordeeling van de hoogste administratieve macht staan. Verwerpt hij (1) zulk eene spheer, dan zal hij elke administratieve handeling in bijzonderheden critiseeren.

De moeielijkheid voor den rechter om administratieve daden te beoordeelen worde overigens niet overschat. Vooreerst kan hij zich door deskundigen doen voorlichten. En verder kan hij de opvatting der administratie omtrent publieke noodzakelijkheid zeer wel eerbiedigen, zoolang hem niet bepaaldelijk hare onjuistheid blijkt. En dat blijken geschiedt b.v. bij het reeds vermelde doodschieten eener onschadelijke koe door eenen Burgemeester zeker luce clarius. Dat eindelijk ook voor een overmatige financieele belasting van de gemeenschap niet te vreezen valt, werd reeds door Mr. ARNTZENIUS (2) betoogd.

Na deze voor ons onderwerp prealabele vraag in grove trekken te hebben geschetst nog een enkel woord over het karakter der publiekrechtelijke vertegenwoordiging, om te besluiten met eenige opmerkingen over procedures.

Ook ten aanzien van publiekrechtelijke vertegenwoordiging schijnt mij te moeten worden aangenomen dat de vertegenwoordiger, door de hem gestelde grenzen te buiten te gaan, niet meer als orgaan, en dus persoonlijk handelt. Althans vloeit dit m. i. uit het begrip regelrecht voort. Voor burgerlijke handelingen staat dat reeds in art. 1693 B. W. De aansprakelijkheid der vertegenwoordigde corporatie kan natuurlijk worden uitgebreid tot de gevolgen dier machtsoverschrijding. In dat geval is zij echter

(1) Zoo als Mr. LEVY Antir. Staatsr. II p. 10 v.v. en 42 op het voetspoor van O. BÄHR en R. GNEIST met klem van argumenten aanprijst.

(2) t. a. p. p. 71 v.v.

niet aansprakelijk omdat zij zelve optrad, maar op grond dat zij door middel van den persoon, die gehandeld heeft, pleegt op te treden. In hoeverre zulk eene uitbreiding, op grond eener vertrouwenstheorie als anderszins behoort te worden aangenomen, blijve hier in het midden.

Die vraag is van betrekkelijk gering belang, omdat de bevoegdheid der organen, gelijk reeds werd gezegd, gemeenlijk eene zeer ruime is. Zoo is b.v. den gemeenteraad opgedragen de verordeningen te maken, die in het belang der „openbare orde, zedelijkheid en gezondheid" worden vereischt. Zal men nu aannemen dat de Raad buiten zijn bevoegdheid ging door het maken eener verordening, die eene belangrijke daling van het peil der zedelijkheid in de gemeente tengevolge heeft, al werd het tegenovergestelde door hem beoogd? Immers neen. En ook waar de Raad te goeder trouw, b.v. door verboden delegatie van macht, de wet schendt, handelt hij nog als gemeente-orgaan.

Verder zijn Burg. en Weth. formeel bevoegd ten uitvoer te leggen al wat h. i. eene wettig tot stand gekomen verordening is: over de vraag in hoeverre zij daartoe verplicht zijn hierna. Machtsoverschrijding van een orgaan zal dus zeker tot de zeldzaamheden behooren. Heeft zij echter plaats, dan kan zij b.v. een inbreuk op het burgerlijk recht uitteraard nimmer wettigen. Dat eindelijk vertegenwoordigers van openbare zedelijke lichamen jegens deze in privé aansprakelijk zijn voor de wijze, waarop zij zich van die vertegenwoordiging kweten, schijnt mij, ook al zijn zij geen lasthebbers in den zin van het B. W., boven bedenking. (1)

---

(1) Verg. Mr. KAN t. a. p. p. 385 en 386 en de voorbeelden vermeld bij Mr. ARNTZENIUS t. a. p. p. 35, zie ook aldaar p. 61 bovenaan.

Tot besluit een woord over procedures.

De advocaat PIEBORGNE in LABOULAYE's „Prince Caniche" had in het geheel vijftien argumenten tot zijn beschikking, en wist daarmede elk wetsvoorstel der regeering van zijn land met succes in het parlement te verdedigen, zonder van dat voorstel zelf kennis te nemen. Een proces voerende voor een onzer openbare lichamen had hij waarschijnlijk met een enkel argument volstaan, dat is: het publiekrechtelijke. Het begrijpelijke begeeren toch om een proces te winnen afgescheiden van de zaak au fond, van privaatrechtelijken bodem in publieken grond overgeplant, ontwikkelde daar een', in een loot van zoo vreemden stam verrassenden, wasdom. Opmerkelijkerwijs zien wij zelfs een Rechtsstaat in spe in den dubbelen zin van het woord (n.l. van rechtscheppend wezen, en dat ook het voorbeeld geeft van onderworpenheid aan het recht) achter eigen tekortkoming in het scheppen van administratieve rechtspraak bij voorkeur schuil gaan ten einde tot die onderworpenheid aan het recht niet gedwongen te worden.

De verhouding der verschillende organen onderling schonk overigens nog aan het volgende verweer het aanzijn, dat in gemeente-processen pleegt te figureeren: Burg. en Weth. moeten de verordeningen van den Raad uitvoeren, derhalve is de gemeente voor die uitvoering niet aansprakelijk, daar het bestaan dier verordening voor Burg. en Weth. overmacht is. Dit verweer zondigt m. i. op twee wijzen. Vooreerst doordien de gemeente in allen gevalle aansprakelijk is voor het feit, dat haar Raad de betrekkelijke verordening maakte en dus deed uitvoeren. En verder doordien het daarbij wordt voorgesteld, alsof Burg. en Weth. in dit opzicht blinde gehoorzaamheid verschuldigd zijn. Zooals boven werd gezegd zijn zij formeel bevoegd elke verordening uit te voeren. Zoodra echter eene verordening in strijd met de

wet is, zijn zij m. i. bevoegd en naar omstandigheden zelfs verplicht haar uitvoering achterwege te laten. Immers waar de rechter bij machte is de verordening aan de wet te toetsen en haar casu quo ter zijde te stellen — waarbij de rechter toch geen recht schept, doch slechts erkent wat recht is! — mogen Burg. en Weth. daar niet hetzeltde doen? (1) Sterker nog: indien de onwettigheid der verordening b.v. door een arrest van den Hoogen Raad buiten twijfel gesteld was, zouden B. en W. door haar te blijven uitvoeren, weliswaar nog de gemeente verbinden, doch zij zouden zich m. i. persoonlijk blootstellen aan een' eisch tot schadevergoeding, van de zijde der gemeente tegen hen in te stellen.

Van de aansprakelijkheid der leden van den Raad in privé zal ook wel zelden sprake zijn. Vooreerst, omdat die Raad mede een zeer ruime formeele bevoegdheid heeft, derden dus niet licht met Raadsleden persoonlijk in aanraking komen. Verder daar tot het tegen hen instellen van een' eisch tot schadevergoeding door de gemeente wel niet licht zal worden overgegaan. Eindelijk omdat zulk een eisch schier onoverwinnelijke moeilijkheden zou opleveren. Immers hun aansprakelijkheid dient toch b.v. beperkt tot die leden, die bij het nemen van het betrekkelijk besluit ter raadszitting tegenwoordig waren, of beter nog tot hen, die daarvóór voteerden. Blanco-stemmenden schijnen mij vrij uit te moeten gaan, zelfs al had hun tegenstemmen en bloc de verwerping van het ingediende voorstel ten gevolge moeten hebben, hoewel dit gevaar van besluiteloosheid niet mag worden onderschat. (2)

(1) Verg. ook art. 43 W. v. Sr.

(2) Verg. art. 213 Gemeentewet, dat aansprakelijk stelt de leden van den Raad, die tot het daar bedoeld besluit hebben «medegewerkt» en Otto Gierke t. a. p. p. 769 noot 3.

Evenals hiervoren ten aanzien van den curator in een faillissement werd betoogd, zijn er dus heel wat verschansingen te nemen, om tot de aansprakelijkheid in privé van deze vertegenwoordigers te kunnen doordringen: het beginsel, dat zij bestaat, blijve daarbij echter onaangetast.

Reëele executie.

Hoe moet geregeld worden de tenuitvoerlegging van vonnissen in burgerlijke zaken, inhoudende eene veroordeeling tot eene andere praestatie dan die eener geldsom?

Praeadviezen van Prof. Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF en Jhr. Mr. W. TH. C. VAN DOORN voor de vergadering der Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1900.

De praeadviezen, over het boven omschreven onderwerp uitgebracht, zijn beide hoogst verdienstelijk. Prof. MOLENGRAAFF geeft een uitvoerig en belangrijk overzicht van de verspreide bepalingen onzer wetgeving dienaangaande en van de rechtspraak en literatuur; voorts een overzicht van eenige buitenlandsche wetgevingen (Frankrijk, Duitschland, Oostenrijk, Engeland) en een hoofdstuk over het *jus constituendum*. Het praeadvies van Mr. VAN DOORN is minder systematisch ingericht, maar daarom niet minder belangwekkend; het strekt vooral om de aandacht te vestigen op de practische moeilijkheden, aan uitbreiding der reëele executie buiten de grenzen van onze wet verbonden, en doet dat in eene aaneenschakeling van opmerkingen en mededeelingen, die uit het rechtsleven gegrepen zijn. Als bijlage geven beide praeadviezen, voorzooveel dit onderwerp betreft, den tekst van het ontwerp-1865 van een wetboek van burgerlijke rechtsvordering, en dat van Mr. VAN DOORN daarenboven dien van de vroegere *Civilprozessordnung* voor het Duitsche Rijk,

die trouwens in hoofdzaak overeenstemt met de paragrafen van dat wetboek, zooals het thans, sedert de herziening van 1898, luidt.

Inhoud en strekking van beide praeadviezen loopen zeer uiteen. In dat van Prof. MOLENGRAAFF is de man der theorie, in dat van Mr. VAN DOORN de man der practijk aan het woord. De mogelijkheid om rechten te handhaven, een goed geregeld executierecht verlangen beide. Maar terwijl Prof. MOLENGRAAFF van de stelling uitgaat, dat in Nederland, bij gemis van eene behoorlijke regeling van de executie van vonnissen, inhoudend eene veroordeeling tot eene andere praestatie dan die eener geldsom, veel onrecht geleden wordt, spreekt reeds dadelijk een gansch andere geest uit eene woordspeling van Mr. VAN DOORN, wien die geheele zoogenaamde reëele executie voor een goed deel meer ideëel dan reëel toeschijnt. Terwijl Prof. MOLENGRAAFF, bekoord door de systematische behandeling van het onderwerp in de Duitsche en Oostenrijksche wetten, tot het besluit komt dat eene regeling in gelijken geest hier te lande aanbeveling verdient, komt de conclusie van Mr. VAN DOORN veeleer hierop neder: wat er in die buitenlandsche wetten ten opzichte der reëele executie goeds is, vindt men ook in onze wet, mits behoorlijk toegepast; wat daarvan in onze wet ontbreekt, behoort niet te worden overgenomen. Mr. VAN DOORN zegt het niet aldus, maar bedoelt het kennelijk niet anders. Intusschen acht ook hij het noodig dat de rechter in het algemeen bevoegd zij, aan zijne bevelen door zijdelingschen dwang klem bij te zetten.

De uiteenloopende strekking van beide praeadviezen verhindert niet, dat zij elkander aanvullen; bepaaldelijk in zoover, dat hetgeen in het eene wordt voorbijgezien, door het andere wordt gecorrigeerd. Prof. MOLENGRAAFF let niet altijd genoeg op de practische bezwaren, die zich

bij reëele executie kunnen voordoen, als daar zijn vertraging en gevaar voor benadeeling van derden. Mr. VAN DOORN, wien de practijk geleerd heeft dat het den schuldeischer in den regel niet zoozeer te doen is om de praestatie zelve als om de waarde, die zij voor hem zou hebben, blijft niet in gebreke de bedoelde bezwaren in het licht te stellen, maar gevoelt op zijne beurt te weinig voor het ideëele in deze materie: het belang dat het erkende recht door dwang kan worden verwezenlijkt, zóó dat de schuldeischer juist datgene verkrijgt, waarop hij aanspraak kan maken.

Bij elke regeling der executie moet gelet worden op de feitelijke onmogelijkheid, iemand te dwingen iets te doen. *Nemo praecise ad factum cogi potest.* Deze onmogelijkheid betreft het doen in den meest uitgebreiden zin, zoodat daaronder ook het geven begrepen is. Zoowel bij veroordeelingen tot betaling eener geldsom als bij die tot andere praestatiën heeft men er mede te rekenen. In de meeste gevallen zal men zich alzoo er toe moeten bepalen, door zijdelingschen dwang op den wil van den schuldenaar te werken. Alleen tot niet-doen of althans dulden kan iemand feitelijk worden gedwongen.

Waar *rechtstreeksche* executie mogelijk is, behoort zij te worden toegelaten. Hieromtrent bestaat tusschen de praeadviseurs geen verschil. Beide verwerpen de ten deze wel eens verdedigde onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke vorderingen, die trouwens ook door onzen wetgever, blijkens artt. 1276 en 1277 B. W., niet gehuldigd wordt. Of de praestatie verschuldigd is krachtens een zakelijk recht dan wel krachtens eene verbintenis, doet inderdaad voor de executie van het vonnis niet af. Ook in het ontwerp-1865 werd hier geene onderscheiding gemaakt.

Voorzoover rechtstreeksche executie niet mogelijk is,

wenscht Prof. MOLENGRAAFF, in navolging van de Duitsche en Oostenrijksche wetten, uitdrukkelijk bepaald te zien, dat en welke middelen tot uitoefening van zijdelingschen dwang geoorloofd zijn. Lijfsdwang en geldboete beveelt hij aan als dwangmiddelen tot nakoming, naast schadevergoeding wegens wanpraestatie. Die dwangmiddelen zijn reeds in onze wet opgenomen, waar zij zijdelingschen dwang tot nakoming eener verbintenis om iets te doen toelaat, gelijk bij het doen van rekening; volgens art. 772 W. v. B. Rv. kan de rekenplichtige daartoe worden genoodzaakt door inbeslagneming en verkoop zijner goederen — feitelijk eene boete ten voordeele van den schuldeischer — alsmede door lijfsdwang. Er zijn onderscheidene veroordeelingen, die zonder zijdelingschen dwang in het geheel niet uitvoerbaar zijn, bijvoorbeeld die tot afgifte van kinderen, tot het geven van inzage van boeken, tot het verschaffen van bewijzen of bewijsstukken, tot het verstrekken van inlichtingen, tot het nalaten van bepaalde handelingen.

Ook Mr. VAN DOORN is van zijdelingschen dwang ten deze in het algemeen niet afkeerig. Regeling van 's rechters bevoegdheid, om eene door hem uitgesproken veroordeeling door dwangmiddelen te sanctioneeren, schijnt hij echter niet volstrekt noodig te achten. Het staat toch bij hem vast, dat de rechter ook zonder uitdrukkelijke wetsbepalingen die bevoegdheid heeft — immers tot zekere hoogte — en dat het de plicht is van het Staatsgezag om tot uitvoering van rechterlijke bevelen den vereischten bijstand te verleenen. Ook tegen lijfsdwang en straf als dwangmiddelen tot nakoming heeft hij geen bezwaar; in den lijfsdwang, hoewel af te keuren waar de schuldenaar inderdaad niets bezit, ziet hij een zeer gepast middel om onwil van den schuldenaar te breken; en eveneens acht hij het hoogst gewenscht, dat

aan rechterlijke bevelen tot het verrichten of nalaten eener handeling ook door strafbedreiging klem worde bijgezet. Daar intusschen zoowel voor de toepassing van lijfsdwang als voor het opleggen van straf uitdrukkelijke wetsbepalingen onmisbaar zijn, zal eene regeling van 's rechters bevoegdheid tot het aanwenden van zijdelingsche dwangmiddelen ook volgens de denkbeelden van Mr. VAN DOORN wel niet kunnen uitblijven.

Overigens maakt Mr. VAN DOORN eene uitzondering ten opzichte van vonnissen, die rechtstreeks tegen en op een persoon moeten worden geëxecuteerd, of liever — om het meest voorkomend geval te nemen — waarbij aan iemand minderjarigen worden toevertrouwd. Hij doet opmerken, dat men bij de executie van zulk een vonnis kan en mag rekenen op de medewerking van het openbaar ministerie, daar de weigering om minderjarigen af te geven aan hem, bij wien zij blijkens vonnis behooren, ongetwijfeld een misdrijf is; waaruit dan tevens volgt, dat het mogelijk wordt de woning, waarin die minderjarigen zich bevinden, ook tegen den wil des bewoners te betreden. Voor eene nadere regeling der executie van dergelijke vonnissen acht hij het wetboek van burgerlijke rechtsvordering niet de aangewezen plaats, omdat de zorg, die bijvoorbeeld de vader voor zijne minderjarige kinderen draagt, niet zoozeer zijn burgerlijk recht als wel zijn plicht is, bij de vervulling waarvan hij geen gevaar moet loopen in processueele moeilijkheden gewikkeld te worden; liever vulle men art. 279 W. v. S. voor zooveel noodig aan. Zonder dit laatste denkbeeld te verwerpen, meen ik toch dat ook het wetboek van burgerlijke rechtsvordering toepassing van lijfsdwang ten deze als dwangmiddel behoort toe te laten. En wel om deze reden, dat, hoe men het wetboek van strafrecht ook aanvulle, altijd gevallen denkbaar zullen blijven,

waarin voor strafvervolging geene termen kunnen worden gevonden en degene, aan wien de zorg voor het kind is opgedragen, alleen door executie van een civielrechtelijk vonnis zijn plicht vervullen en tevens zijn recht handhaven kan. Eveneens is zijdelingsche dwang noodig ter executie van sommige andere veroordeelingen, die anders niet uitvoerbaar zijn, en waarbij de strafrechter moeilijk ter hulp kan worden geroepen; Mr. VAN DOORN maakt zich van die andere veroordeelingen wel wat gemakkelijk af.

Ook in eene algemeene omschrijving der bevoegdheid van den deurwaarder, met de executie belast, ziet Mr. VAN DOORN niet veel heil, ofschoon hij zich er niet bepaald tegen verzet. Prof. MOLENGRAAFF acht zoodanige omschrijving gewenscht, opdat de hulp van den sterken arm van het openbaar gezag, die thans in de lucht zweeft, een vasten grondslag verkrijge. Mr. VAN DOORN kan zich evenwel niet voorstellen, dat het Staatsgezag den tot de executie eener rechterlijke uitspraak geroepen ambtenaar in den steek zou laten, wanneer hij bij het vervullen zijner taak op feitelijken wederstand mocht stuiten.

Reëele executie kan vooreerst betreffen veroordeelingen tot afgifte of levering van bepaalde lichamelijke roerende zaken. Gelijk Mr. VAN DOORN terecht opmerkt, is er geen reden, waarom naar onze wet de deurwaarder niet eene bepaalde zaak ten behoeve van den schuldeischer, wiens recht op die zaak bij het vonnis erkend werd, in beslag zou kunnen nemen; ook in handen van een derde, indien de zaak zich niet meer onder den schuldenaar bevindt. De schuldeischer zal zich echter met schadevergoeding moeten tevredenstellen, indien de zaak niet gevonden wordt, of de derde gearresteerde haar niet onder zich heeft of wel rechtmatig bezit. Het ont-

werp-1865, dat Prof. MOLENGRAAFF ten deze wil gevolgd zien, bevat op dit punt niet vele nieuwe bepalingen. Beide praeadviseurs stemmen hierin overeen, dat zij den aan den schuldenaar op te leggen openbaringseed — dat hij de zaak niet bezit en niet weet waar zij zich bevindt — niet uit buitenlandsche wetten wenschen over te nemen.

Tegen uitbreiding der voorschriften van het ontwerp-1865 tot vervangbare zaken, door Prof. MOLENGRAAFF op het voetspoor der Duitsche en Oostenrijksche wetten aanbevolen, komt Mr. VAN DOORN m. i. terecht op. De aard der praestatie is hier een andere dan bij bepaalde zaken; de schuldenaar mag tot op den leveringstijd vrijelijk beschikken over de zaken, die hij heeft, mits hij slechts zorge, dat hetgeen hij moet leveren op den daarvoor bepaalden tijd voor den schuldeischer beschikbaar is. Heeft hij aan deze zijne verplichting niet voldaan, dan zal de schuldeischer wel niet wachten op de reëele executie van een te verkrijgen vonnis, maar het benoodigde van elders betrekken en van den schuldenaar schadevergoeding vorderen. Al mocht echter eene reëele executie beproefd worden, zij zal in de practijk bijna altijd leiden tot verschillen over de hoedanigheid (merk of nommer) der zaken, die het inroepen van nieuwe rechterlijke beslissingen noodig maken.

Bij de executie van veroordeelingen tot ontruiming van onroerende zaken of schepen, ten einde die in het feitelijk bezit van den schuldeischer te stellen, wordt van het ontbreken van bepaalde regelen in de practijk weinig bezwaar ondervonden. Het ontwerp-1865 bevat daaromtrent vrij uitvoerige bepalingen, die ik met Mr. VAN DOORN van weinig nut acht wat de aan de executie voorafgaande formaliteiten betreft. Gewenscht zijn eenige voorschriften omtrent hetgeen moet gedaan worden met

personen of roerende zaken, die op het te ontruimen onroerend goed (of schip) worden aangetroffen; het ontwerp-1865 stemt daaromtrent in hoofdzaak met de Duitsche en Oostenrijksche wetten overeen.

Van groot practisch belang is de vraag, of reëele executie zal worden toegelaten van veroordeelingen tot levering van eene onroerende zaak of van een schip of tot vestiging van een zakelijk recht of van een scheepsverband, met dien verstande dat het vonnis wordt overgeschreven in de openbare registers en dezelfde kracht heeft, alsof de schuldenaar in de overschrijving had toegestemd.

In het bijzonder komt deze vraag dikwijls voor bij beloften tot verkoop van bouwterrein of van verhuurde perceelen. Bij pogingen tot verwezenlijking van dergelijke verkoopsbeloften langs gerechtelijken weg stuit men op het bezwaar, dat art. 671 B. W. voor de levering van onroerende zaken overschrijving *van de acte* in de openbare registers vordert. Kan die acte worden vervangen door eene rechterlijke uitspraak, waarbij de koopovereenkomst wordt geconstateerd? Het ontbreekt niet aan auteurs, die in toestemmenden zin antwoorden; en ook door den rechter is meermalen in dien zin beslist. Bij een recent arrest van den Hoogen Raad (van 23 Juni 1899, W. v. h. R. n°. 7302) is echter uitgemaakt, dat het woord *acte* in art. 671 B. W. de beteekenis heeft van een geschrift, door of met medewerking van partijen tot stand gebracht, ten einde van eene overeenkomst van partijen te doen blijken. Alleen bij onteigening ten algemeenen nutte is uitdrukkelijk bepaald, dat de eigendom van het goed door de overschrijving van het vonnis van onteigening in de openbare registers op de onteigenende partij overgaat.

Ook voor de levering van zeeschepen en daarmede gelijkgestelde schepen en vaartuigen wordt overschrijving

der acte vereischt. Ten opzichte van hypotheken heeft men de bepaling van het derde lid van art. 1217 B. W. Voor andere zakelijke rechten is bepaald, dat de titel van aankomst in de openbare registers moet worden overgeschreven. Uit pand- of verbandbrieven op zeeschepen ontstaat geene bevoorrechte schuld, dan na inschrijving der acte in het daartoe bestemd register.

Reeds door twee Staatscommissiën zijn voorstellen gedaan, strekkend om de rechterlijke uitspraak hier te doen subintreeren voor de medewerking van den schuldenaar. Vooreerst door de Staatscommissie van 1870 voor de herziening der wetgeving op de eigendomsoverdracht van onroerende goederen enz. Laatstelijk door de Staatscommissie voor de herziening van het burgerlijk wetboek, volgens welker ontwerp-1899 tot herziening van het tweede boek het vonnis in de plaats treedt van de vestiging of overdracht door den schuldenaar; het vonnis wijst den eigendom der zaak of het zakelijk recht aan den schuldenaar toe en wordt vervolgens in de openbare registers overgeschreven.

Terwijl Prof. Molengraaff deze reëele executie alleszins gewenscht acht, voert Mr. van Doorn daartegen, althans voor zooveel betreft den eigendomsovergang van onroerend goed door inschrijving van het vonnis, waarbij de koopovereenkomst wordt geconstateerd, twee practische bezwaren aan. Het eerste bestaat hierin, dat bij eenvoudige verkoopsbeloften veelal alleen overeenstemming zal zijn verkregen omtrent zaak en prijs, maar geene verdere voorwaarden zullen zijn bedongen, terwijl partijen bijna nooit bedoelen te contracteeren geheel volgens de voorschriften der wet. Dit bezwaar schijnt mij van zeer weinig beteekenis. Het is waar, dat notarieele koopcontracten plegen aan te vangen met eene zoo uitvoerig mogelijke omschrijving van eenige van zelf sprekende of

onbeduidende voorwaarden, waaronder het onroerend goed wordt verkocht, om daarna, als ware dit eene bijzaak, te vermelden dat de koopovereenkomst, behalve op de voorschreven voorwaarden, wordt aangegaan voor den prijs van x gulden, comptant betaald of op een bepaalden tijd te betalen. Maar de schijnbare bijzaak, de prijs en de betaling daarvan, is voor partijen in zeer overwegende mate hoofdzaak; en het is mij wel eens voorgekomen dat de overige voorwaarden, hoezeer ook op den voorgrond gesteld, eenvoudig uit de eene acte in de andere werden overgenomen en hoofdzakelijk dienden om de acten een weinig te vullen. Ook zonder verdere voorwaarden dan omtrent den prijs en de betaling is de reëele executie van eene veroordeeling tot levering van een onroerend goed krachtens eene verkoopsbelofte zeer wel te verwezenlijken; en voorzoover partijen afwijking van de wettelijke voorschriften volstrekt noodig achten, hebben zij het in de hand daartoe strekkende bedingen aan de verkoopsbelofte te verbinden.

Het tweede bezwaar van Mr. VAN DOORN betreft de rechten van derden. Het is denkbaar dat derden, van eene gedane verkoopsbelofte onkundig, te goeder trouw met den schuldenaar hebben gehandeld en rechten op het onroerend goed hebben verkregen, waarop door de reëele executie eener veroordeeling tot levering inbreuk zou worden gemaakt. Mr. VAN DOORN doet intusschen zelf tweeërlei middel aan de hand om de rechten van derden te waarborgen. Aan hem, die de verkoopsbelofte verkreeg, zou de bevoegdheid kunnen worden gegeven die in de openbare registers te doen aanteekenen, zoodat derden zich daarvan op de hoogte zouden kunnen stellen; of wel aan verkoopsbeloften zou tegenover derden rechtskracht zijn te ontzeggen. Een voorschrift in den laatstvermelden zin zou intusschen aan den schuldenaar

gelegenheid geven om de reëele executie te verijdelen. Aanteekening van de verkoopsbelofte in de openbare registers, als voorwaarde voor hare verbindende kracht tegenover derden, komt mij daarentegen voor wel overweging te verdienen.

Toelating van reëele executie, wat betreft veroordeelingen tot levering van eene onroerende zaak of van een schip of tot vestiging van een zakelijk recht of van een scheepsverband, voor zooveel onze wetgeving haar thans onzeker of onmogelijk maakt, schijnt dan ook hoogst gewenscht en onder de noodige waarborgen zeer wel uitvoerbaar.

Vrij wel op gelijke lijn hiermede staat de reëele executie van veroordeelingen tot het doen eener wilsverklaring. Prof. Molengraaff wenscht, in navolging van de Duitsche en Oostenrijksche wetten, bepaald te zien dat zulk eene verklaring geldt als afgelegd, zoodra het vonnis, waarbij de verplichting daartoe wordt geconstateerd, in kracht van gewijsde is gegaan; natuurlijk tenzij de verplichting afhangt van eene contra-praestatie, in welk geval het bedoelde gevolg eerst met de vervulling daarvan ontstaat. Mr. van Doorn gevoelt ook hiervoor weinig, omdat wij volgens hem tegenwoordig te snel leven om langs dezen weg de naleving van verplichtingen af te dwingen. Ook doet hij opmerken, dat een zoodanig vonnis niet voldoende is, wanneer voor het tot stand komen der overeenkomst nog iets anders dan de bloote wilsverklaring noodig is; een wissel bijvoorbeeld is niet geaccepteerd, wijl het vonnis de verplichting tot acceptatie erkende. Men kan hierop antwoorden, dat reëele executie hier toch in sommige gevallen gewenscht kan zijn, en dat men het veilig aan den schuldeischer kan overlaten of hij daartoe wil overgaan, dan wel zich wil bepalen tot de handhaving van zijn recht op schadever-

goeding in geval van wanpraestatie, dat onverkort blijft.

Bij eene verplichting tot het verrichten eener handeling valt te onderscheiden, of zij ook door een derde kan worden verricht, dan wel of zij niet door een derde kan worden uitgevoerd en uitsluitend van den wil van den schuldenaar afhangt. In het eerste geval laten artt. 1276 en 1277 B. W. reëele executie toe bij veroordeelingen krachtens eene verbintenis om iets te doen of tot vernietiging van hetgeen in strijd met eene verbintenis verricht is. Het komt mij voor dat Mr. VAN DOORN terecht opkomt tegen de leer, bepaaldelijk bij arrest van den Hoogen Raad van 28 Januari 1881 (W. v. h. R. n°. 4601) gehuldigd, dat eene vordering alleen strekkend tot praestatie van een feit, niet tevens tot schadevergoeding voor het geval van wanpraestatie, niet kan worden toegewezen. Het is zeker voorzichtig aan den eisch tot praestatie subsidiair dien tot schadevergoeding voor het geval van wanpraestatie te verbinden; doch wanneer de schuldeischer dit heeft nagelaten, kan ook ik in de wet geen grond vinden waarom de schuldenaar niet uitsluitend tot praestatie zou kunnen worden veroordeeld. Omtrent den inhoud onzer wet valt op te merken, dat artt. 1276 en 1277 B. W. alleen voor verbintenissen geschreven zijn, en dat de Duitsche en Oostenrijksche wetten nog inhouden dat de rechter, bij machtiging van den schuldeischer om de handeling te doen verrichten ten koste van den schuldenaar, dezen tevens kan veroordeelen tot vooruitbetaling der kosten. Eenige uitbreiding van de bepalingen onzer wet is gewenscht te achten. Alleen zal, bij vernietiging van hetgeen in strijd met eene verplichting van den schuldenaar verricht is, rekening moeten worden gehouden met de rechten van derden, hetgeen bij de toepassing van art. 1276 B. W. trouwens nu reeds geschiedt.

Indien de handeling niet door een derde kan worden uitgevoerd en uitsluitend van den wil van den schuldenaar afhangt, is rechtstreeksche executie niet mogelijk en kan alleen zijdelingsche dwang worden aangewend. In dit geval wenscht Prof. MOLENGRAAFF den rechter de bevoegdheid toe te kennen, op vordering van den schuldeischer den schuldenaar door lijfsdwang of geldboete tot nakoming zijner verplichting te nopen. Uitzonderingen zouden natuurlijk noodig zijn; als zoodanig noemt de Duitsche wet, behalve eene in het geheel niet denkbare veroordeeling tot het aangaan van een huwelijk, veroordeelingen tot hervatting der echtelijke samenleving en tot praestatie van diensten krachtens dienstcontract. Niet onjuist is de opmerking van Mr. VAN DOORN, dat voorschriften in dezen geest voor het overige slechts zelden zouden te pas komen, hetgeen intusschen tegen het vaststellen eener regeling geen afdoenden grond oplevert.

Veroordeelingen om iets na te laten of te dulden leenen zich slechts ten deele voor rechtstreeksche executie. Vernietiging van hetgeen door den schuldenaar in strijd met zijne verplichting verricht is en feitelijke verhindering van inbreuken van zijne zijde op de rechten van den schuldeischer zullen hier soms mogelijk zijn. Daarnevens zal men weder zijne toevlucht moeten nemen tot de toepassing van lijfsdwang of geldboete. De Duitsche en Oostenrijksche wetten laten voorts toe, den schuldenaar te veroordeelen tot zekerheidstelling voor de schade, binnen een bepaalden tijd door zijne verdere handelingen in strijd met zijne verplichting te veroorzaken. Het een en ander is ook voor ons land gewenscht te achten. Eene materie, waarin men zich bij gebreke van speciale voorschriften omtrent het aanwenden van zijdelingschen dwang dikwijls in verlegenheid bevindt, is die der zoogenaamde deloyale concurrentie. Vooral ook om deze te

fnuiken, heeft de handel bij dergelijke voorschriften groot belang.

Gelijk men ziet, is in ons procesrecht, ten opzichte van de reëele executie en van hetgeen daaraan verwant is, vrij wat aan te vullen en te verbeteren. Mocht dit onderwerp te eeniger tijd door de wetgevende macht ter hand genomen worden, zoo kan men nu reeds zeggen dat de behandeling in de Juristen-Vereeniging, door de aangekondigde praeadviezen op voortreffelijke wijze voorbereid, daartoe den stoot zal hebben gegeven.

J. D. VEEGENS.

Den Haag, Mei 1900.

Contempt of Court.

Bij het raadplegen van Engelsche literatuur werd herhaaldelijk mijne aandacht gevestigd op het vergrijp dat met contempt of court wordt aangeduid. Aan het meerendeel onzer juristen, die vermoedelijk de Engelsche dagbladen wel lezen, is het vergrijp niet onbekend. In de verslagen van Engelsche terechtzittingen kan men niet zelden de behandeling van een contempt of court aantreffen. Het onderwerp leek mij belangwekkend genoeg om het in dit tijdschrift te bespreken. Men meene niet dat men hier te doen heeft met een echt Engelsche excentriciteit, die op stoffelijk gebied een punt van overeenstemming vindt in de potsierlijke kleedij waarin sommige Engelschen zich, bij een bezoek aan het continent, hullen. Integendeel, het instituut — men vergeve mij deze onjuiste uitdrukking — werkt in vele gevallen bij uitstek heilzaam en is moeielijk te missen in een land welks recht voor het aanzienlijkste deel ongecodificeerd is.

Men houde mij ten goede dat ik het waag onder de tegenwoordige omstandigheden een Engelsch onderwerp te behandelen. Al moge de wind ten onzent sterk uit den anti-Engelschen hoek waaien, toch aarzel ik niet te verklaren dat eene kennismaking met de hoofdbeginselen van dat recht, eene verfrisschenden invloed op onze juridische opvattingen kan uitoefenen. Zooals de toestand nu is, blijven onze rechtsgeleerden, ook onze aankomende juristen aan de Universiteiten, opgesloten in den benauwden kring van het Fransche en het Nederlandsche recht,

met nu en dan een droog gelegenheidsuitstapje naar het Duitsche recht, maar van de vele uitmuntende hoedanigheden, die de Angel-Saksische rechtsbeschouwing eigen zijn, blijft de meerderheid vrijwel gespeend. (1) Dat, om slechts twee sprekende voorbeelden te noemen, ons burgerlijk procesrecht een versteende antiquiteit (2), onze strafvordering een bekrompen en ongerijmd wanproduct is, blijft velen onbekend. Men weet eenvoudig niet dat er nog wel iets beters mogelijk en bestaanbaar is. En als de aanstaande rechtsgeleerden voortdurend in dien engen kring opgevoed worden, hoe komen wij dan ooit tot verbetering? Worden er op die wijze iets anders dan Chineesche juristen gevormd? Sommigen voortreffelijken rechtsgeleerden, die reeds jaren geleden hun stem deden hooren, niet te na gesproken, verwacht ik van het tegenwoordige geslacht niet al te veel. De oude begrippen zijn ingeroest, het besef of de wetenschap van beter is niet sterk ontwikkeld, of wellicht tot moedeloosheid afgestompt. Mij dunkt dat een gevoel van schaamte en innig leedwezen den denkenden rechtsgeleerde moet treffen, wanneer hij de opmerkingen voorkomende in W. 7028 (blz. 3 en 4) herleest en in aanmerking neemt dat ze geschreven zijn door een bezadigd en alom geëerbiedigd lid van ons hoogste rechtscollege, door een jurist van den eersten rang en dat ze van toepassing zijn niet alleen op ons strafprocesrecht maar evenzeer op een aanmerkelijk deel van ons burgerlijk en ons civielprocesrecht.

---

(1) Dat ik gaarne een uitzondering maak voor dat gedeelte der rechtswetenschap dat aan de Utrechtsche universiteit door Mr. D. SIMONS onderwezen wordt, zal men wel willen gelooven.

(2) De minister van justitie vond — zeer terecht — in ons slecht procesrecht een der motieven, waarom hij weigerde de aanspraak van den door een ongeluk getroffen arbeider op privaatrechtelijken grondslag te regelen. Maar waarom moeten alle andere rechtzoekenden bij voortduring aan datzelfde slechte procesrecht overgeleverd blijven?

Ik kan de verzoeking niet weerstaan om eenige voorbeelden van gemoedelijk bedoelde en terdege ingewortelde wanbegrippen hier neêr te schrijven.

In Themis 1898, n°. 3, bl. 401, vindt men een opstel over „Wenschelijke wijzigingen in het Nederlandsche Wetboek van Strafvordering".

Ik geef den schrijver toe dat het thans bestaande systeem van een rechter-commissaris die, als hij jong en ambitieus is, dikwijls de gehoorzame dienaar van het O. M. wordt, slecht is. Maar de uitdenker van die „wenschelijke wijzigingen" maakt het nog erger. Hij wil liefst den rechter-commissaris doen vervangen door een man die *afhankelijk* (bl. 415) van het O. M. is en den titel draagt van *ambtenaar van instructie* (1). De auteur van dit kostelijke voorstel is, de Hemel helpe ons! een *rechter* te Groningen. Dat rechtsbijstand in, en openbaarheid van de instructie (op verlangen van den beklaagde) op den voorgrond dienen te staan, daarvan schijnt de steller weinig besef te hebben. Studie van de beginselen der Engelsche strafprocedure had hem tot hooger opvatting van procespolitiek (s. v. b.) kunnen brengen.

Een tweede voorbeeld lees ik in de recensie door Jhr. Mr. A. J. Rethaan Macaré geleverd van de redevoering door Mr. D. Simons gehouden bij de aanvaarding van het hoogleeraarsambt te Utrecht (Rechtsg. Mag. 1898, bl. 301 e. v.). Daargelaten dat de heer recensent tegen windmolens vecht als hij overgaat tot bestrijding van de niet door den hoogleeraar verkondigde stelling, dat de advocaat in strafzaken de „*dienaar*" (!) moet wezen van zijns clients belangen en met die der maatschappij geen rekening heeft te houden, schijnt Mr.

(1) Wat zou dat een genietbaar mensch wezen! Een ouderwetsche commissaris van politie met een pessimistische levensbeschouwing ware verreweg verkieslijker!

MACARÉ een vreemde opvatting van den plicht eens advocaats te hebben. Mr. SIMONS zeide terecht dat de advocaat, ook als hij des beklaagden schuld bewezen acht, dubia heeft aan te voeren: „zoo lang er iets is dat voor een niet schuldig pleit, moet dit den rechter worden voorgehouden". (Bl. 30 der Or. inaug.) Met gebalde vuisten — gelijk een strijdlustigen officier van justitie betaamt — trekt de heer recensent tegen die stelling los, met de sombere voorspelling dat de advocaat, dus handelende en vrijspraken obtineerende (1), in de „boevenwereld" wel een gevestigde reputatie verkrijgt, maar zijn oogen — de heer recensent voorspelt thans een soort van akelige ziekte — niet meer zoo fier omhoog zal kunnen heffen als zijn ambtsbroeders die een andere opvatting hebben. Eerst wanneer de balie van die oogziekte genezen is, mag ze gelijke rechten als het O. M. hebben.

Iets aan dit kostelijk betoog toevoegen, zou gelijk staan met een bederven van zijn indruk (2).

Had de heer MACARÉ eens gelezen en nagedacht hoe de Engelsche juristen (en daaronder de grootste en beroemdste) over de taak van den advocaat in strafzaken oordeelen, vermoedelijk zou hij de opvatting van Mr. SIMONS niet zoo verwerpelijk geacht hebben en zou de natuurwet der evolutie ook hem niet zijn voorbijgegaan. Ik verwijs den heer recensent o. a. naar „Hints on Advocacy" van RICHARD HARRIS Q. C., elfde uitgave, Londen, 1897, waarin vooral te raadplegen de „illustrative cases" op bl. 231 e. v. Deze cases zijn daarom zoo belangrijk, omdat zij aantoonen hoe sterk zelfs de advocaat, die van de schuld zijns clients overtuigd is, zich ver-

(1) De recensent vergeet o. m. dat hij bij zijne argumentatie — de advocaat pleit niet voor een jury — den rechter voor een onnoozelen stumper uittrekt!

(2) Vgl. daartegenover de recensie van Mr. A. A. PINTO in W. 7028.

gissen kan. Voorts naar het verslag eener lezing over „Professional Ethics" door een Amerikaanschen jurist gehouden en opgenomen in The Law Journal van 30 December 1899, n°. 1772, bl. 738 e. v. Dat verslag verdient gelezen. De spreker behandelt o. a. de plichten van den advocaat en wijst op het verschijnsel dat de waarneming der strafpraktijk niet zeer in aanzien staat en dat in de volksmeening een advocaat in het algemeen voor een „shady sort of person" wordt aangezien, zoo zelfs, dat — naar het verhaal gaat — slechts éénmaal een advocaat gecanoniseerd is.

Met dit, ik erken het, voor onze orde niet zeer vleiende volksgeloof (1), rekent de Amerikaan op zeer juiste gronden af. Het zou mij te ver voeren ze hier weer te geven. Mits de feiten juist weergevende en de wet correct aanhalende, mocht, naar zijne opvatting, ook in het volgende geval de advocaat zijn client verdedigen. Mr. MARSHALL werd, nog jong advocaat, toegevoegd aan een man beklaagd van vadermoord.

De jeugdige verdediger haastte zich naar de gevangenis om zijn client te spreken en vertelde dezen natuurlijk, dat hij vertrouwen in hem stellen en hem de geheele waarheid zeggen moest.

Adv. „Did you really kill your father"?

Cl. „Yes, I reckon I did, (2) Mr. MARSHALL".

Adv. „Good heavens! and what did you do that for?"

Cl. „Well, it was the fall of the year, and I didn't think it would pay to winter him". (3)

---

(1) Mogelijk dat sommige Amerikaansche advocaten het er naar maken! Mijne geringe praktische ondervinding te hunnen aanzien, is niet zeer bevredigend. In een stad in Michigan liep de advocaat van een mijner clienten — al diens geheimen kennende — botweg naar de tegenpartij over!

(2) «Ik houd het er voor, dat ik het deed.» (!)

(3) «En ik meende dat er geen winst op zou zitten hem gedurende den winter te huisvesten.»

Deze bekentenis van den cynischen Yankee maakte de verdediging al zeer lastig, ten minste als zij moest luiden: „niet bewezen, twijfel mogelijk". Maar „even in such a case I shall claim that MARSHALL was right in defending his client", meende de spreker.

Ik zal op deze quaestie, die ik hier louter op een excurs ontmoet, niet verder ingaan. Eén van de gebreken in het betoog van Jhr. Mr. MACARÉ is, dat hij, niettegenstaande zijn poging om het O. M. als idyllisch onpartijdig naar de wolken te transporteeren, voorbijziet dat het strafgeding in de praktijk een gevecht is tusschen het O. M. — niet zelden bijgestaan door den president der rechtbank (1) — en den beklaagde, een gevecht waarin natuurlijk de aanklager te goeder trouw waant onpartijdig te zijn, maar waarin hij als partij zijn eenmaal ingenomen standpunt handhaaft, dikwijls door dik en dun heen.

Het derde voorbeeld is het navolgende, van recenten datum. Twee broeders werden in het stadium der voorloopige informatiën gedagvaard als „getuigen" in de zaak van het O. M. tegen „N. N.". Die N. N. was een *bekende* anonymus, want zoowel de betrokken officier van justitie als de rechter-commissaris *wisten* (uit een voorafgaand onderzoek en uit een klacht), dat N. N. hier niemand anders was dan het tweetal zooeven genoemde getuigen. Voor den aanvang van hun verhoor maakten zij den rechter-commissaris opmerkzaam op het feit, dat zij, als „getuigen" thans de waarheid zeggende, dáardoor zelf zouden medewerken tot het bewijs, dat het O. M. later tegen hen als beklaagden moest leveren. De rechter-commissaris,

(1) Ik meen in de praktijk dit te hebben bespeurd, dat presidenten, die zich, op een of andere wijze, een ruimeren gezichtskring hebben veroverd, de accusatoire beginselen op de zitting meer tot hun recht laten komen.

antwoordde den „getuigen" dat hij veel voor hunne tegenwerping gevoelde en nam haar in het proces-verbaal op. Het verzoek om nu ook te vermelden, dat hij, rechter-commissaris, verklaard had hunne bedenking wel te kunnen billijken, werd, en daar kan ik in komen, geweigerd. Ik ben er vastelijk van overtuigd, dat de betrokken officier van justitie, die denkelijk de afgekeurde kunstgreep ex art. 63 Str. had doen plegen, als hij ook eens gestudeerd had in nog iets anders dan in den bundel van FRUIN, wel tot de meening zou zijn gevorderd, dat het, moreel gesproken, zeer twijfelachtig is of men iemand, door het afdwingen van getuigenis in een strafzaak, behoort te noodzaken zich zelf te bezwaren en zoodoende te bevorderen van getuige tot beklaagde, wien dan later, zonder schroom, zijne eigene verklaring als getuige afgelegd, onder den neus zal worden gehouden. Niet lang daarna werden de twee broeders werkelijk als verdachten geroepen en op advies van hun raadsman weigerden zij thans zich over de zaak uit te laten. Tableau!

De rechter-commissaris was geïrriteerd en de officier van justitie (1) vond het, zooals hij een ander mededeelde, „*vreemd*", dat een advocaat zulk een advies dorst te geven! Tegen dergelijke oudroest-denkbeelden logika te stellen, is een onbegonnen werk. Zoolang de gezichtskring van onze rechtsgeleerden niet zoover wordt uitgebreid, dat zij leeren, dat er nog een andere methode mogelijk is, dan die welke zij alleen kennen, strijdt men tegen niet te overwinnen bekrompenheid.

Nog een voorbeeld van hoogst betreurenswaardig wanbegrip is, dat men te Amsterdam den officier van justitie toelaat ter raadkamer om zijne requisitoir in

(1) Dezelfde singuliere ambtenaar, dien ik onder het opschrift «Lanx satura» in W. 7368 aan ons rechtsgeleerd publiek presenteerde.

strafzaken (tot rechtsingang, verwijzing) mondeling toe te lichten, maar tegelijk de deuren voor den raadsman sluit. Over deze stuitende schending van het audiatur et altera pars met een scherpzinnig rechtsgeleerde sprekende, deed deze mij opmerken, dat de tegenwoordigheid van den officier z. i. in strijd was met de wet, die blijkbaar niet wilde, dat bij strafzaken in raadkamer eenige toelichting, door wien ook, gegeven werd, maar dat de wet *nog* vreemder zou toegepast worden, als men met den officier ook den advocaat binnen liet. Ook zoude, wierd men in raadkamer niet door een ambtenaar van het O. M. bijgestaan, instelling van een soort chambre des requêtes noodzakelijk worden, daar de burgerlijke kamer (die als raadkamer in strafzaken figureert) het te druk heeft om elke strafzaak minutieus te onderzoeken.

Ik vertrouw dat de lezer deze verdediging op hare juiste waarde zal weten te schatten!

Dat alles vatte ik samen onder den naam van wanbegrippen. Zij wijzen blootelijk op achterlijkheid die op den duur door eene ijverige propaganda van de nieuwe beginselen verdwijnen moet. Maar een veel hardnekkiger hinderpaal voor een grondige herziening van eenige hoofdstukken uit ons materieel en procesrecht ligt in den zin tot behoud die velen juristen, en onder hen bij uitstek bekwamen, eigen is. Men zie slechts wie in de Eerste Kamer het ontwerp der Ongevallenwet bestreden. Enkele minderwaardige elementen daargelaten, waren het de meest scherpzinnige rechtsgeleerden die zich tegen de structuur van het ontwerp schrap zetten. Een publiekrechtelijke regeling van den plicht des wetgevers om zijn werknemer voor de gevolgen van ongevallen in te staan, scheen hun een nieuwigheid die bestreden moest worden met al het talent, waarover zij onmiskenbaar beschikten. Dezelfde zucht tot behoud, denzelfden tegenzin tegen nieu-

wigheden, kan men niet zelden in onze rechtspraak waarnemen. Zoo b.v. vermoed ik dat het volgende vonnis, op 30 April 1900 gewezen door de Rechtbank te Utrecht, samengesteld uit de heeren Mrs. Baron VAN ITTERSUM, MELVIL Baron VAN LIJNDEN en BAART DE LA FAILLE, zijn bron vindt in een, zij het ook wellicht onbewust conservatisme. De feiten zijn eenvoudig. In een ten verzoeke mijner cliente (gedaagde) te houden verhoor, was op mijn advies ook de tegenpartij (eischer) zelf als getuige opgeroepen. Haar raadsman, noch zij zelf had daartegen bezwaar, maar ambtshalve scheen bij de Rechtbank eenige aarzeling te bestaan om den man te hooren. Mijnerzijds zette ik daarom uiteen dat rechtens (moreel natuurlijk heelemaal niet) geen bedenking tegen het verzochte verhoor bestond. De officier van justitie die, gelijk mij werd medegedeeld, opzettelijk ter zitting was gebleven om in deze zaak van „*openbare orde*" te concludeeren, gaf te kennen als zijne bevinding dat hij nog nooit zóó iets gezien had en dat hij mijn stap zóó buitengewoon vond dat hij moest adviseeren tot niet toelating van den getuige. Ik geloof niet dat ik het ooit vergeten zal, maar op dat oogenblik, bij de beschouwing van de verbijsterende verbazing, die zich op het eerbiedwaardig gelaat van den geachten ambtenaar had afgeteekend, maakte zich een soort van zielswroeging, het bewustzijn van een harteloos vergrijp tegen allerlei respectable rechtsregelen en deftige opvattingen, van mij meester. De Rechtbank wees daarop een vonnis dat ik hier laat afdrukken, omdat het, bij mijn weten, nog niet in een der verzamelingen is opgenomen.

De Arrondissements-Rechtbank te Utrecht,

Gezien het exploit van dagvaarding van die getuigen;

Gehoord het verzoek van den procureur der gedaagde, om

den door haar voorgebrachten getuige P. A. v. d. P. in deze zaak onder eede te doen hooren;

Gehoord den procureur van eischer, zich niet verzettende tegen het gedaan verzoek;

Gehoord de conclusie van het O. M., strekkende dat deze getuige niet zal worden gehoord;

Overwegende dat de getuige, wiens verhoor wordt verlangd, is de eischer en dus partij in dit geding;

Overwegende dat bij art. 237 *e. v. Rv. is geregeld de wijze waarop partijen elkander in den loop van een rechtsgeding door den rechter kunnen doen hooren;*

Overwegende dat daarbij geen sprake is van een verhoor onder eede, behoudens de bevoegdheid der tegenpartij om later een beslissenden eed op te dragen;

Overwegende dat zelfs na het opdragen van een beslissenden eed de partij aan welke die eed is opgedragen, niet gedwongen kan worden dien eed af te leggen, maar de keuze heeft den eed te weigeren of zelfs, behoudens het geval van art. 1970 *B. W., aan de tegenpartij terug te wijzen;*

Overwegende dat uit al deze bepalingen blijkt dat de wetgever zeer schroomvallig is geweest in het toelaten van een beëedigde verklaring van eene der partijen in het geding;

Overwegende voorts dat art 1947 *B. W. de bloed- en aanverwanten van een der partijen in de rechte linie en den echtgenoot, zelfs na eene plaats gehad hebbende echtscheiding, onbekwaam verklaart om getuigen te zijn en verbiedt dat ze worden gehoord;*

Overwegende dat indien de wetgever de mogelijkheid had ondersteld dat eene partij de andere als getuige onder eede in een geding zoude willen doen hooren, hij ongetwijfeld a fortiori het verhoor van dezen zoude hebben verboden;

Overwegende dat alzoo het moet worden beschouwd in strijd met het Nederlandsche procesrecht te zijn, dat eene partij in het geding waarin zij partij is, als getuige zoude moeten worden gehoord;

Besluit ambtshalve dat getuige P. A. v. d. P. niet zal worden gehoord.

Reserveert de kosten.

Wat van deze beslissing te denken?

De drie urbane en bekwame juristen, voor wie te pleiten mij steeds een voorrecht is, zullen het mij zeker ten goede houden, wanneer ik met alle bescheidenheid verklaar mij kwalijk met hun zienswijze te kunnen vereenigen. Mijne tegenwerpingen zijn deze:

a. Uit het feit dat door middel van verhoor op vraagpunten partijen elkaâr kunnen doen hooren, volgt niets ten aanzien van den eed die eene partij als getuige zou mogen of niet mogen afleggen. Met name is de stelling dat een verhoor op vraagpunten de eenige weg is om eene partij te doen hooren, eene zuivere petitio principii. Verhoor op vraagpunten en verhoor als getuige zijn middelen van *verschillende* strekking en kunnen, evenals in het Engelsche recht, zeer wel *naast* elkander staan. Dat een interrogatoire onbeëedigd is, bewijst evenmin dat de partij niet als beëedigd getuige zou mogen optreden.

b. Hetzelfde geldt tegen het argument dat zelfs de aflegging van den beslissenden eed kan geweigerd worden. Die eed is een zuiver bewijsmiddel en het is alleszins verklaarbaar dat eene partij, *in hare qualiteit van partij*, niet gedwongen is te zweren, evenmin als zij gedwongen is vraagpunten te beantwoorden; bij weigering om den eed af te leggen of terug te wijzen treden zekere rechtsgevolgen in die het effect van de weigering tamelijk wel opheffen. Geheel anders is het met den eed in een getuigenverhoor; wordt die eed hem afgenomen die toevallig partij in het geding is, dan geldt hij niet den persoon als partij, maar wordt deze laatste integendeel

behandeld op volmaakt dezelfde wijze als alle andere personen die als getuigen voor den rechter geroepen zijn. Wordt de eedsaflegging geweigerd, dan kan dwang worden uitgeoefend, maar bij volharding in de weigering bestaan geen rechtsgevolgen die haar effect te niet doen. De wet houdt het er niet voor dat de aan den getuige gestelde vragen zus of zoo beantwoord zijn. Beslissende eed (partij) en getuigen-eed duiden op tweederlei positie.

c. De onbekwaamheid van de personen in art. 1947 B. W. bedoeld behoeft niet te wijzen op onbekwaamheid van de partij zelf. Hier is geen a fortiori maar *iets anders.* Dat de wetgever ouders of kinderen als getuigen heeft geweerd, bewijst niets ten aanzien van de partij zelf. Van de eersten kan men nog zeggen dat men hun waarheidsliefde niet op te groote proef moet stellen in een geding dat het hunne niet is Van de partij zelf kan men dit niet beweren. Het is haar geding en zij draagt dus terecht alle aangename of onaangename incidenten aan een geding verbonden. Wordt zij als getuige geroepen en acht zij zich bezwaard een eed af te leggen, dan kan zij zich zelf wraken.

d. De rechtbank geeft zelf toe dat de wet het hooren van partij als getuige niet verbiedt. Zij constateert rondweg dat de wetgever een verbodsbepaling zou opgenomen hebben, wanneer hij het geval had kunnen voorzien. De rechtbank erkent dus dat er geen verbodsbepaling bestaat en bijgevolg, dat zij, door den getuige te weren, heeft gedaan wat des wetgevers was.

Mij komt het s. o. r. voor dat de argumenten van het vonnis alleen kunnen ingeroepen worden — en dan nog met weinig succes — door wie eenigen tegenzin heeft tegen de door mij beproefde „nieuwigheid". Maar ruim een halve eeuw geleden was zij reeds in Engeland bij de wet ingevoerd!

Na deze excursus ga ik tot mijn onderwerp terug.

De geschiedkundige oorsprong van contempt of court (1) is te zoeken in de maatregelen, die van oudsher werden genomen tegen dengeen, die het waagde den souverein des lands te beleedigen. Het begrip van beleediging werd ruim getrokken. Zoo werd Roger de Dalham, die in gebreke was gebleven den Koning (Eduard I) rekening te doen van zekere uitgaven, schuldig verklaard aan contempt jegens zijn vorst. Zoo werd onder Eduard III een prior, die niet verkoos een door den Koning aangewezen kapelaan in een kamer van de priory te Plymouth te ontvangen, voor de Curia regis gedaagd en, na beslissing dat de priory een koninklijke stichting was of den Koning tot patroon had, schuldig bevonden aan contempt en „imprisonment of his body during pleasure was ordered".

Dezelfde rechtsbescherming werd verleend aan de Suprior Courts, omdat zij oorspronkelijk onderdeelen waren van de curia regis, waarin de Koning zelf of door een vertegenwoordiger rechtspraak uitoefende. Beleediging van een court of justice was dus, in den grond der zaak, beleediging van den souverein op wiens last de rechtsbedeeling werd uitgeoefend. Vandaar dat hij straf, opgelegd wegens een tegen zijn rechter gepleegden contempt, kon kwijtschelden.

Later is de contempt of court tot een zelfstandig vergrijp uitgegroeid en door de rechtspraak langzamerhand tot zijn tegenwoordige veelstaltige gedaante ontwikkeld. Men zegt wel eens van de schenking dat zij een Proteusvorm heeft. Met alle zekerheid kan men die benaming op den contempt of court toepassen. Geen definitie is zoo volledig, dat zij het begrip met eenigen tamelijken graad van nauwkeurigheid kan omschrijven. Voor een deel

(1) Zie Oswald, Q. C. Contempt of Court, 2e ed. Londen, 1895.

ligt de oorzaak daarvan in het gemis aan codificatie. Contempt is wat de rechtspraak op zeker oogenblik onder zijn bereik brengt. De indeeling in rubrieken, die men bij de Engelsche schrijvers vindt, is dan ook alleen „for convenience".

Oswald onderscheidt aldus drie soorten nl.:

1. Contempts direct.
2. Contempts indirect.
3. Special or particular contempts.

Veel, ik meen eenig nut, is aan deze classificatie niet verbonden. De gevallen van contempt direct en indirect loopen zoo inéén, de grenzen tusschen beide zijn zóó bleek getrokken, dat men eigenlijk wel alle gedachte aan een afdoende onderscheiding kan opgeven, ten minste als men eene onderscheiding wenscht, die wetenschappelijk te verdedigen is. Gemakshalve zal ik de thans te behandelen gevallen van contempt verdeelen in die van contempt of court in den engeren zin en in die van contempt in afgeleide beteekenis.

I. *Contempt of court in den engeren zin.*

Dezen kunnen wij samenvatten als een vergrijp tegen den rechter persoonlijk of tegen diegenen, welke met of onder hem aan de rechtsbedeeling medewerken. Een aardig voorbeeld uit den ouden tijd vindt men in hetgeen gebeurde tusschen den prins van Wales (later koning Hendrik V) en den chief-justice Gascoigne. De prins, blijkbaar een opvliegend personage, spoedde zich in groote woede naar de rechtzitting, waar een zijner begunstigde dienaren, wegens felony als gevangene voor den chief-justice stond. Op hoogen toon gelastte hij, dat men zijn gunsteling zou loslaten. Op een waardig, maar weigerend antwoord van den rechter, vloog de kroonprins op dezen toe, blijkbaar met een zeer gewelddadig voornemen. Hoe uitnemend fier de chief-justice de waardigheid der

justitie wist op te houden, blijkt uit de volgende beschrijving, die door vertaling een deel van haren indruk zou inboeten:

„but the iuge sittynge styll without moving, declaring „the majestie of the Kynge's place of jugement, and with „an assured and bolde countenaunce, had to the prince „these wordes followynge:

„Syr, remember yourselfe, I kepe here the place of the Kynge your soveraine lorde and father, to whom ye owe double obedience: wherefore eftsoones in his name, I charge you desyste of your wylfulness and vnlawfull enterprise and from hensforth give good example to those, whyche hereafter shall be your propre subjectes. *And nowe, for your contempte and disobedience, go you to the prysone of the Kynge's benche, whereunto I commytte* (verwijs) *you*, and remayne ye there prysoner vntyll the pleasure of the Kynge your father be further knowen." De prins was zóó onder den indruk van de superbe houding des rechters, dat hij grifweg gehoorzaamde. Toen men zijn vader hiervan kennis gaf, sprak — naar het verhaal — de koninklijke mond deze woorden: „O merciful God, howe moche am I, above all other mên, bounde to your infinite goodnes, specially for that ye have gyven me a iuge, who feareth not to minister justyce, and also a sonne, who can suffre semblaby, and obeye iustyce."

Een voorbeeld van latere dagteekening treft men aan in de daad van een Amerikaan, die in 1877 een rechter een ei naar het hoofd wierp. De man werd onmiddellijk naar de gevangenis verwezen (committed to prison; vandaar het substantief *committal*), maar de rechter was overigens zoo weinig ontroerd door den worp met het projectiel — hetwelk vroeger tegen valsch zingende heldentenors placht te worden aangevoerd — dat hij leukweg opmerkte, dat het ei klaarblijkelijk bestemd was

voor zijn collega, die in een aangrenzende zaal rechtsprak, nl. voor den rechter BACON (1).

Een ander merkwaardig voorbeeld van toepassing van contempt vond plaats in 1892. Bij gelegenheid van de winter-assises werd zekeren HIGH SHERIFF, die op grond van gezondheidsredenen een warmer klimaat had opgezocht, een boete van 500 guineas opgelegd, omdat hij, schoon afwezig, niet in persoon den rechter met de gebruikelijke statie had ontvangen, maar dit had overgelaten aan den onder-Sheriff. Deze straf werd, liefst door den geërgerden rechter zelf, uitgesproken omdat het des Sheriffs plicht was persoonlijk bij de aankomst van genen tegenwoordig te zijn „just as though the Sovereign was there" en omdat het niet aan „the caprice of individuals" was overgelaten te beslissen of zij al dan niet tegenwoordig wilden zijn. Zoo werd in 1894 een jurylid, dat plotseling ziek werd en het gebouw haastiglijk verliet, terwijl de jury bezig was over het verdict te raadplegen, wegens contempt tot 20 £ veroordeeld. OSWALD knoopt aan deze beslissing de opmerking vast, dat het moeielijk is om na te gaan wat de rechter wel gedaan zou hebben, als een jurylid eens zóó een weerbarstig mensch ware, dat hij het dorst te onderstaan in de jurybank dood te gaan! Voorts vind ik nog vermeld, dat een politie-dienaar wegens contempt beboet werd, omdat hij de deur van de gerechtszaal bij ongeluk te hard had dicht gedaan.

Men begrijpt dat dergelijke staaltjes van rechterlijke opvatting langzamerhand den contempt of court zelf in contempt brengen.

Ik kan niet nalaten nog één aardig voorbeeld uit den ouden tijd mede te deelen, een voorbeeld dat ik beschei-

---

(1) Men weet dat in vele Engelsche hotels ham met spiegeleieren een regelmatige verschijning op de onbijttafel is.

denlijk opdraag aan zoodanige mijner confrères (als er zijn) die, in plaats van sober gestelde conclusies te nemen, een geheel papiermagazijn, met inkt beschreven, ter rolle overleveren. In 1596 werd in het Chanceryhof een schriftuur ingeleverd, bedragende 120 bladzijden, schoon de ter zake dienende argumenten in 16 bladzijden hadden kunnen worden uiteengezet. Het bleek, dat de ontwerper van de reuzenconclusie zekere RICHARD MYLWARD was en nu beval de president van het hof, dat de cipier van de Fleet (gevangenis) den man gevangen zou nemen, een stuk midden uit het papier der memorie zou wegknippen, den gevangene de schriftuur over het hoofd trekken en aldus op de schouders zou plaatsen, met last hem daarna, aldus getooid, door de gerechtshoven rond te leiden en hem te vertoonen aan de balie van elk der drie zitting hebbende courts. Daarna moest de man weêr terug naar de Fleet en daar zoolang in hechtenis gehouden worden, totdat hij zekere sommen voor boete en kosten zou betaald hebben.

Ook tegen het instellen van onbescheiden rechtsvorderingen wist men oudtijds raad. Een advocaat en een procureur traden voor een struikroover (highwayman) op tegen een anderen roover, die met den eischer voor gezamenlijke rekening het straatrooversbedrijf had uitgeoefend. De eisch strekte tot . . . rekening en verandering van den eersten „vennoot" tegen den laatsten, „for an account of their plunder!" De actie werd ontzegd, met kosten voor den advocaat uit eigen beurs te voldoen, terwijl de procureurs van den eischer werden gevangen gezet en ieder tot £ 50 veroordeeld.

Aan de voorgaande voorbeelden kan men nog vele toevoegen. Ze zijn bij OSWALD te vinden. Ik zal thans volstaan met eenige gevallen, die voor ons, moderne Nederlanders, van meer onmiddellijk belang zijn.

De verhouding tusschen Bench (rechterlijke macht) en Bar is in Engeland gewoonlijk zeer goed. Eensdeels is dit toe te schrijven aan de urbaniteit, die den Engelschen rechter (in den regel een man van goeden huize) pleegt te kenmerken, anderzijds aan de groote bevoegdheden (bv. het recht om zelf de getuigen te ondervragen) den advocaat toegekend en eindelijk ook aan het feit, dat elke rechter vroeger advocaat is geweest. Deze is volkomen gerechtigd om in den loop van het geding, eenige meening door den rechter (natuurlijk vóór de opsomming ten behoeve der jury) geuit, te bestrijden en zijne bezwaren in te brengen tegen eenige handeling van den rechter, die hij onregelmatig acht of nadeelig voor de belangen van zijn client. Eene scherpe woordenwisseling is daarvan wel eens het gevolg. Maar hoffelijkheid speelt in den regel daarbij den hoofdtoon. In Schotland is de vrijheid van den advocaat zeer groot. Een advocaat, voor een rechter daar te lande pleitende, antwoordde dezen op zijne opmerking. „It seems to me, Mr. Blank, that you are endeavouring in every way to shew your contempt for the Court", onmiddellijk met het scherpe antwoord: „No, I am endeavouring in every way to conceal it". Een bedekte bedreiging met toepassing van contempt had plaats, toen tusschen lord Erskine, als advocaat, een onaangenaam incident met rechter Buller plaats had. Deze nl., besloot zijn opmerkingen met het gezegde: „Sit down, sir! remember your duty, or I shall be obliged to proceed in another manner". Het waardige antwoord van lord Erskine was: „Your Lordship may proceed in what manner you think fit. I know my duty as well as your Lordship knows yours. I shall not alter my conduct". Lord Campbell sprak van Erskine's gedrag als een „noble stand for the independence of the Bar."

Als contempt, scheen niet gepleegd in facie

curiae, worden o. m. gestraft de volgende handelingen:

het verstrekken van mededeelingen of berichten, met het oogmerk om op de beslissing invloed uit te oefenen. In belangrijke gedingen worden den rechter niet zelden anonyme brieven toegezonden;

het houden van toespraken (gelijk een priester in Ierland van uit den kansel tot de geloovigen deed) die er op aangelegd zijn een hangend geding te prejudicieeren;

het houden van een toespraak, op een openbare vergadering over een loopend proces;

het mishandelen of bedreigen van deurwaarders of van wie een dagvaarding beteekent (process-server). In 1773 dwong een gedaagde den persoon, die hem een subpoena beteekende (served), het perkament en het was van het papier op te eten!

het zich uitgeven voor of optreden als advocaat of procureur door een onbevoegd persoon;

het zenden van dreigbrieven aan een gedingvoerende partij;

het schandaliseeren van een partij in een brief gericht aan hem, die vermoedelijk als getuige in de zaak moet optreden;

het bedreigen of influenceeren van getuigen;

het intimideeren van een partij of haar procureur; enz. enz.

Merkwaardig is, dat, onder contempt ook gebracht wordt het schrijven en verspreiden van geschriften over een hangende zaak „prejudicing or calculated to prejudice, any party". Vooral redacteuren van dagbladen weten daarvan mede te spreken. Maar wie, als schrijver dezes, met onuitsprekelijke ergernis heeft kennis genomen van sommige dom-arrogante couranten-commentaren over de zaak van Mr. Troelstra (beleediging van den off. v.

just. te Leeuwarden) *hangende het beroep* voor het hof te 's-Gravenhage, zal instemmen met het gevoelen van rechter WILLS, dat persoordeelvellingen over zaken sub judice *„would lead to trial by newspapers instead of by the proper tribunals of the country"*. Natuurlijk is een fair en onpartijdig verslag van de terechtzitting volkomen geoorloofd. Hoe ernstig de Engelsche pers door contempt bedreigd wordt, blijkt wel eenigermate uit deze verklaring van het welbekende blad „Truth" van 25 Februari 1892: „I would recommend my contemporaries in the Press to *read, mark, learn*, and *inwardly digest*(!) the work on „Contempt of Court", just published by Mr. J. F. OSWALD. This advice I offer, not merely from love of my brother editors and the desire of saving them from the seclusion of Holloway, but still more with a view to stimulate some organised effort to define and limit this particular offence".

II. *Afgeleide contempt of court.*

Deze is aanwezig in die gevallen, waarin ongehoorzaamheid aan een gebod of verbod van den rechter geconstateerd wordt. Men kan die gevallen plaatsen onder het gezichtpunt, dat zij den goeden gang der rechtsbedeeling belemmeren. De voor ons meest belangrijke gevallen zijn die van overtreding eener *Injuction* of van niet nakoming van een vonnis, waarbij *Specific performance* gelast is. Ik zal nader deze uitdrukkingen omschrijven en ze in verband brengen met het Nederlandsche recht, ten einde daarmede mijn opstel te beëindigen.

Maar een opmerking ten besluite van het leerstuk van den contempt in het algemeen, moge daaraan voorafgaan.

Uit het vorenstaande, zeer bescheiden overzicht zal inderdaad gebleken zijn, dat contempt is een vergrijp dat zeer moeilijk te omschrijven is en een echte Proteus-

gedaante heeft. Daarom juist is het zoo gevaarlijk. Hodie mihi cras tibi is hier van toepassing. Van de hertoginweduwe van Sutherland af (die in 1893 zes weken gevangenisstraf onderging, omdat zij een origineel procesdocument vernietigde), tot aan den geringsten bediende toe, hebben de toepassing van het begrip leeren kennen. Dat zeer vele, misschien de meeste handelingen, die als contempt worden aangemerkt, inderdaad straf verdienen, kan moeielijk betwist worden. Vele der aangehaalde feiten, die onder contempt vallen, zijn in ons land strafrechtelijk of civielrechtelijk gewraakt. Maar de oppositie tegen het Engelsche stelsel ligt voornamelijk in de onbepaaldheid van het vergrijp, in de onbeperkte macht van den rechter en in het feit dat deze in zijn eigen zaak rechter kan zijn (en dikwijls is) wanneer de contempt tegen hem zelf, middellijk of onmiddellijk, is gericht.

Verschillende pogingen zijn aangewend (in 1883 door Lord Selborne, in 1892 en 1894 door eenige leden van het parlement) om de maat der straf en het recht van appel (dat bij de meerderheid der veroordeelingen wegens contempt niet bestaat) vast te stellen. Deze ontwerpen gingen den weg van zoovele andere: zij stierven den dood zonder eigenlijk geleefd te hebben. Merkwaardig is dat geen der ontwerpers zich aan een definitie van contempt waagde. Zij bezigden de uitdrukking in haar bekende vage beteekenis.

De straf gesteld op contempt is verwijzing naar de gevangenis, geldboete of, in minder ernstige gevallen, verwijzing in de proceskosten.

De vervolging wegens contempt gaat, zoo dikwijls zij niet rechtstreeks tegen den rechter zelf is gepleegd, van de benadeelde partij uit. In den regel wordt zij volgens de burgerlijke proceswijze aangebracht.

In ernstige gevallen echter kan contempt het karakter

van een geprononceerd misdrijf aannemen en strafrechtelijk vervolgd worden.

Specific performance en Injunction.

[Sir EDWARD FRY, a treatise on the specific performance of contracts; 3e ed. Londen, 1892. Een standaardwerk, geschreven door een voormalig lid van den Court of Appeal.

RAWLINS, the specific performance of contracts, Londen, 1899.

H. ARTHUR SMITH, a practical exposition of the principles of equity, 2e ed. Londen, 1888, bl. 637 e. v.

W. W. KERR, a treatise on the law and practice of injunctions. 3e ed. Londen, 1888].

De leer der specific performance is een vrucht van de jurisdictie van den zg. Equity court. De common law kent haar niet. Enkele opmerkingen over equity en law mogen hier hare plaats vinden.

Eeuwen lang hebben in Engeland twee rechtsstelsels naast, vaak tegenover elkander, voortbestaan. Ik bedoel het systeem der *common law* en dat hetwelk belichaamd is in de beginselen der *equity*. Door middel van obiter dicta beide te omschrijven, is een hopelooze taak. Ze te omlijnen naar behooren, zou een boekdeel vorderen. En den moed om dat te schrijven zal, dunkt mij, den outsider ontbreken, wanneer hij de eigen literatuur der Engelschen op de keper beschouwende, tot de uitkomst geraakt, dat ook zij zich niet zelden met nevelachtige, hier en daar zelfs onjuiste beschouwingen tevreden stellen. Vooral het begrip common law is moeielijk te bepalen. Raadpleegt men STEPHEN'S: „New commentaries on the Laws of England" (1) (13e ed. Londen, 1899, I, bl. 20), dan zou

(1) «Partly founded on Blackstone.»

men meenen al een heel eind op streek te komen; „that law (de Engelsche wet) consist of two principal parts, namely, the *lex non scripta,* the unwritten (or common) law; and the *lex scripta,* the written (or statute) law." Zoowel uit een formeel als uit een materieel oogpunt is deze omschrijving verwerpelijk.

Formeel, omdat — afgezien van overoude tijden (1) — een lex non scripta eigenlijk niet bestaat en de common law wel degelijk te boek gesteld is: „except this — zegt MAINE — there is no such thing as unwritten law in the world." Materieel, omdat er parlementsakten bestaan, die een of meer onderdeelen van de common law opgenomen hebben en tot lex scripta hebben gestempeld. Zoo b.v. de Bills of Exchange Act van 1882, die de common law van den wissel codificeerde, (2) zoo de Partnership Act van 1890, die de regelen der common law en der equity der overeenkomst van vennootschap bijeenbracht. (3). Beide akten bevatten voorschriften van common law. En eindelijk is de omschrijving van STEPHEN ook nog daarom onjuist, dewijl zij — als wij meer nauwkeurig lex non scripta opvatten als norm, die niet op een bepaald tijdstip door een wetgever is vastgesteld — het equityrecht in zich opneemt. De minst onnauwkeurige bepaling van het tegenwoordige begrip common law ligt in zijne tegenstelling met equity eenerzijds en met statute law anderzijds, voor zooverre deze geen codificatie van common law is. De omschrijving van common law als het niet gecodificeerde recht, dat buiten het domein der equity ligt, kan dan onder het zoo even

(1) Maine, Ancient Law, 8°. ed. Londen 1880.

(2) Zie Chalmers, A digest of the law of Bills of Exchange enz., 4°. ed. Londen, 1891.

(3) A digest of the Law of Partnership by Sir FREDERICK POLLOCK, 6°. ed. Londen 1895.

gemaakte voorbehoud, in het algemeen als juist aangenomen worden. De ontwikkeling van de common law behoort tot de taak des rechters. Niet dat deze als wetgever optreedt. Dit te beweren staat in de theorie te boek als een groote juridieke ketterij. Welke nieuwe omstandigheden of behoeften het maatschappelijk verkeer ook aanwijst, de rechtsregel, die ze beheerschen moet, bestaat officieel. Wordt hij niet terstond ontdekt, dan wordt dit toegeschreven aan een gemis aan nauwkeurig onderzoek. Bij ons geldt officieel precies hetzelfde. Mocht de Nederlandsche rechter eens een geschil onbeslist willen laten, omdat de wet op het betwiste punt zwijgt, dan zou hij niets anders dan een „*voorwendsel*" ten beste geven (art. 13 A. B.). De Engelsche rechter raadpleegt de gevallen, die reeds te voren werden beslist, en uit die gevallen wordt de norm nagevorscht. Zij wordt naar de plooi van des rechters juridiek brein toegepast op het nieuwe geval aan zijn oordeel onderworpen en formeel wordt van den ouden regel niet afgeweken. Maar dat materieel vaak een nieuw voorschrift wordt gegeven, dat de regel wordt gekneed en gehanteerd naar de wisselende verkeerseischen, daarover verkeert niemand in twijfel. En dat zoo ongeveer hetzelfde geschiedt in de landen van het gecodificeerde recht, dat met name bij ons door een analoog ontwikkelingsproces de quasi-onwrikbare regel langzamerhand wordt aangepast aan de behoeften der praktijk, daaraan kan, wie goed toeziet, evenmin twijfelen, al gelieft men ook deze methode met den naam van „uitlegging" te bestempelen. Dat deze wijze van „uitlegging" (lees: schepping van recht) rationeel en juist is, kan moeielijk ontkend worden. Zij is een noodwendig correctief van de codificatie. Wel bezien is dus de afstand tusschen gecodificeerd en niet-gecodificeerd recht minder groot dan men wel denken zou en heeft MAINE volkomen

gelijk, wanneer hij van het z.g. jus non scriptum zegt: „It is written case-law, and only different from code-law because it is written *in a different way*". (1)

Naast de common law staat het systeem der equity, een van de merkwaardigste juridische verschijnselen, die men zich denken kan. Het is een uitvloeisel van de rechtspraak der koninklijke kanseliers. Hoe zij in het bezit van rechtsprekende bevoegdheid zijn gekomen, is een betwist punt, waarover de Engelschen zelf nog niet tot volkomen overeenstemming zijn geraakt. KERLY (2) zoekt de oplossing daarin dat de gewone rechtbanken niet bij machte waren de rechten van den rechtzoekende behoorlijk te beschermen, zoowel omdat hare rechtspraak zelf onvoldoende was, als omdat het gemeene recht ontoereikend bleek, materieel en formeel. Vandaar dat niet zelden de tusschenkomst des konings werd ingeroepen ten einde rechtsherstel te verkrijgen.

De kanselier, de rechterhand van den souverein, werd in alle deze zaken geraadpleegd; en volkomen terecht. Hij immers was in den regel een geestelijke van hoogen rang, bekend met het Kanonieke en Romeinsche recht en uit den aard volkomen bevoegd den koning van raad te dienen. Langzamerhand ontstond de gewoonte zich tot den kanselier zelf te wenden en daarin zoekt men den wortel van zijn rechterlijke bevoegdheid en van den door hem voorgezeten Court of Chancery. Men kan hieraan toevoegen, dat het ambt van kanselier met de daaraan verbonden groote bevoegdheden niet een bloot Engelsch verschijnsel is, maar dat op het continent, met name in Frankrijk, onder de monarchieën hetzelfde viel waar te

(1) De cursiveering is van mij.

(2) In een prijsschrift getiteld «An historical sketch of the equitable jurisdiction of the Court of Chancery», Cambridge, 1890. Zie ook Stephen's Commentaris, III, bl. 467 e. v.

nemen. Ook de Fransche kanseliers bezaten gerechtelijke attributen, schoon hun optreden naar buiten veel meer van staatkundigen dan van judicieelen aard werd.

Het recht, dat door den Engelschen kanselier gesproken werd, droeg den naam van equity. Om de beteekenis van die uitdrukking te begrijpen, is het noodig enkele onderwerpen aan te stippen, die door de equity jurisdictie uitgewerkt zijn. Vooreerst kan men wijzen op de zg. trusts. Verschillende omstandigheden konden er den eigenaar van een onroerend goed toe leiden om zijn bezit aan een derde over te dragen, met beding dat deze het zoude hebben ten bate of ten nutte (to the use) van den overdrager of van een anderen persoon. Dat de derde, op wien aldus de eigendom rechtens overging, het beding zou nakomen en derhalve het goed zou aanwenden ten bate van den bevoordeelde (*cestui que use*), was louter een zaak van vertrouwen (trust). Want de derde was naar de common law eigenaar van het goed en de cestui que use kon geen recht doen gelden. De Chancery Court trad intusschen tot bescherming van den bevoordeelde tusschenbeide en kende dezen den equitable ownership toe Aldus ontstond een eigenaardig dualisme, een eigendomsrecht at law en een eigendomsrecht in equity. Men denkt hierbij terstond aan den dualistischen eigendom van het Romeinsche recht.

In de tweede plaats vestig ik de aandacht op het hypothekenrecht.

De schuldenaar droeg zijn land aan den schuldeischer over met beding dat hij, bij betaling binnen zekeren tijd, in het bezit zou hersteld worden. In dien tusschentijd was de schuldeischer tenant in mortgage en ten gevolge van de eigendomsoverdracht *legal* owner. Werd de schuld niet stipt betaald, dan verbleef het goed onherroepelijk aan den schuldeischer, al mocht het ook in waarde het

bedrag der schuld aanzienlijk overschrijden. De Chancery kon intusschen met zoodanige lex commissoria geen vrede hebben en verklaarde, dat de schuldenaar een „equity to redeem" had, bij betaling der schuld met interessen en kosten binnen een redelijken tijd, ook al was at law de eigendom reeds verbeurd. De schuldeischer poogde aan deze leer te ontkomen door bij overeenkomst het recht van terugkoop uit te sluiten. Maar de equity zette zich ook hier schrap. Zij nam aan, dat de schuldenaar zich niet van dat recht kon ontdoen en dat het onbillijk was, dat een schuldeischer, ten gevolge van de benarde omstandigheden van zijn schuldenaar en onder den dekmantel van een hypotheek, een zijdelings voordeel zou trekken. Stap voor stap bouwde aldus de Chancery Court, gesteund door parlementsakten, de leer der hypotheken op.

En eindelijk zij herinnerd, dat de hoofdbeginselen, betrekking hebbende op de leerstukken van bedrog, dwaling, borgtocht, vennootschap, rechten van de getrouwde vrouw, specific performance e. a. door het kanseliershof tot ontwikkeling en geldigheid zijn gebracht.

Hoe men aan de benaming van equity en court of equity (gelijk de Chancery genoemd werd) komt, is thans wel te verklaren. Reeds bij de Romeinen werd een beroep op de aequitas gedaan.

De meest verschillende nieuwigheden, die het jus honorarium tot stand bracht, worden uit de aequitas afgeleid. Zoo wordt de praetorische geldigheid der vormlooze overeenkomsten (pacta) teruggebracht tot de aequitas naturalis, l. 1 pr. D. 2,14 de pactis; in l. 1 pr. D. 13,5 de constituta pecunia heet het: „hoc edicto praetor favet naturali aequitati"; de leer der ongegronde verrijking heeft evenzeer de aequitas ten grondslag, ll. 14 en 66 D. 12,6 de cond. ind.; de toelating der cognaten bij de erfopvolging ab intestato heeft plaats „propter aequitatem",

l. 6 § 1 D. 37,1 de bon. poss. Voor de Romeinen beteekende aequitas den vooruitgang in de rechtsvorming, een geheel nieuw complex superieure grondstellingen tegenover het oudere recht, dat den eischen van het verkeersleven niet meer paste. Dat de Engelsche kanseliers hun ingrijpen in de rechtsbedeeling evenzeer verdedigden met een beroep op de aequitas, op de beginselen der equity, is derhalve een verschijnsel, dat zijn historisch analogon vindt in het Romeinsche recht. Dat zij aan hun equity een superieure hoedanigheid toeschreven, behoeft dus niemand te verwonderen.

De bronnen, waaraan de Court of Chancery zijn equity ontleende zijn zeer samengesteld. De oudere kanseliers, bijna zonder uitzondering hooge geestelijken, putten hunne stellingen voor een belangrijk deel uit het Kanonieke recht; de latere kanseliers uit het Romeinsche. Het ethische element is duidelijk uit de zg. maxims of equity te herkennen, b.v. equity will not suffer wrong to go without remedy; he who seeks equity must do equity; he who comes to equity must come with clean hands; (1) equity regards the intent, not the form; equity looks on that as done which ought to have been done; equity imputes the intention to fulfil obligations.

Het feit dat de equity jurisdictie bij de kanseliers kwam te berusten, is uit de buitengewone positie, welke deze dignitarissen innamen, wel te verklaren. Maar de vraag aan welke oorzaak hun bizondere rechtspraak zijn ontstaan dankte, is minder gemakkelijk te doorgronden. Onwillekeurig dringt zich hier weder een vergelijking met het ingrijpen der Romeinsche praetoren op. Toch

---

(1) Een advocaat maakte eens den rechter de opmerking, dat dit zeer moeielijk was, omdat hij voortdurend met COKE en BLACKSTONE in aanraking kwam.

stond de ontwikkeling der common law niet stil, en is die vergelijking maar zeer ver. Want in Engeland werd deze wel degelijk stap voor stap, zij het ook langzaam, aan de behoeften van het verkeer aangepast en het is zeer de vraag of op den duur de common lawyers geen middelen zouden gevonden hebben om ook die bizondere onderwerpen, welke de equity court tot zich getrokken heeft, op bevredigende wijze op te bouwen. Een hof van equity naast de common law courts schijnt overbodig. Ik geloof daarom, dat men de verklaring van het verschijnsel elders moet zoeken en wel in de lacune, die de niet-receptie der Romeinsche rechtsbeginselen in Engeland te voorschijn riep. In Frankrijk onderscheidde men wel tusschen de landen du droit écrit (Rom. recht) en du droit coutumier, maar dit neemt toch niet weg dat ook in de streken van het costumier recht het Romeinsche recht gezag had, hetzij als „droit commun", hetzij als aanvullend recht. Het kon ook moeielijk anders. Want een goed georganiseerd systeem over verbintenissen b.v. was bezwaarlijk anders dan in de Romeinsche wetten te vinden. In Engeland daarentegen kreeg het Romeinsche recht nooit vasten voet, zelfs niet als aanvullend recht. De common law moest dus grootendeels, ook al treft men in hare latere ontwikkeling vele sporen van het Romeinsche recht aan, alleen op hare eigene beginselen steunen en zoodoende komen te staan voor gevallen, waarvoor ze niet berekend was. Dat er buiten het Romeinsche recht geen goed passend en onafhankelijk uitgegroeid rechtsstelsel denkbaar is, zal zeker niemand meer beweren. Maar wel is het waar, dat de bouw van zoodanig stelsel een werk van eeuwen is. De equity voorzag aldus door het suppleeren van ethisch-kanonieke en Romeinsche beginselen in vele leemten van de gemeene wet of hare starre procedure en beschermde

rechten en belangen, welke daarin geen plaats vonden of niet tot erkenning kwamen. Het ingrijpen van de kanseliers geschiedde aanvankelijk pro re nata en niet naar een vast afgebakend stelsel. Vandaar de klacht, dat equity een nevelachtig en met den persoon des kanseliers afwisselend begrip was, dat afhing van de lengte van zijn voet. Eerst later, toen het ambt in de handen van leeken kwam (Sir THOMAS MORE was de eerste, 1529), ontstond er consolidatie en begon men op de precedenten van het hof acht te slaan.

Dat een conflict tusschen de beide jurisdicties (common law courts en equity court) moest ontstaan, is duidelijk. Het betrof hier een machtsvraag. Reeds herhaaldelijk hadden de common law rechters zich verzet tegen het ingrijpen van den kanselier in wat zij tot hun terrein rekenden. Onder JACOBUS I werd de strijd voor goed beslist. De kanselier, Lord ELLESMERE, had een injunction uitgevaardigd tegen een partij die een vonnis at law had verkregen. De Chief Justice COKE stookte deze partij (1) op, zich daartegen te verzetten en maakte bekend, dat hij elken advocaat, die een verzoekschrift aan den kanselier teekende tot het instellen van een onderzoek naar de omstandigheden, waaronder een vonnis at law was verkregen, voor eeuwig den mond in den law court zou snoeren. De kanselier riep thans de beslissing des konings in. Op diens last werd door verschillende rechtsgeleerden van naam (o. a. BACON) een onderzoek naar de precedenten ingesteld, een onderzoek naar: „complaints made in the Chancery, there to be relieved according to equity and conscience after judgments in the Courts of the Common Laws, in cases wherein the

(1) Zij zoude het vonnis door een kunstgreep verworven hebben, nl. door de getuigen van den gedaagde, hangende het onderzoek, in een bierhuis te lokken.

judges of the common law could not" (Kerly, bl. 114). De uitslag van het onderzoek was, dat er reeds van de regeering van HENDRIK VII af eene sterke strooming had bestaan ten gunste van de praktijk, die toeliet dat vonnissen naar de common law verkregen, op grond van bizondere omstandigheden, in het kanselarijhof werden ter zijde gesteld door injunctions en andere maatregelen. De bewering van den Chief Justice, dat het vragen van relief na een vonnis een inbreuk was op een statuut (a statute of *praemunire*; zie de beteekenis daarvan bij BLACKSTONE in Stephen's Commentaries, IV, bl. 154), werd onjuist bevonden, omdat alleen beroep „in aliena curia" niet „in alia curia" verboden was en het statuut dus niet op Engelsche rechtbanken zag.

De koning stelde bij een besluit van 1616 den kanselier in het gelijk: „Now, forasmuch as mercy and justice be the true supports of our Royal Throne; and it properly belongeth to our princely office to take care and provide that our subjects have equal and indifferent justice ministered to them; and that when their case deserveth to be relieved in course of equity by suit in our Court of Chancery, they should not be abandoned and exposed to perish under the rigor and extremity of our laws, we . . . . do approve, ratifie and confirm, as well the practice of our Court of Chancery expressed in the first certificate as the opinions for the law on the statutes." Daarmede was het pleit beslecht.

De kanseliers zijn meermalen vergeleken met de Romeinsche praetoren. Inderdaad levert beider arbeid een treffende gelijkenis op. Beiden, schoon op verschillende wijze, droegen het hunne tot de rechtsontwikkeling bij, beider systeem heette dat der aequitas te zijn. Beiden hebben hun tijdperk van verval gehad (1).

(1) Zie Maine, bl. 69, Kerly, bl. 181.

Tengevolge der Judicature Acts van 1873 en 1875 werden de afzonderlijke jurisdicties opgeheven en gevestigd in een High Court of Justice, bestaande uit de Queen's Bench en de Chancery Division. Een overzicht hiervan gaf ik in Themis 1898 en 1899. Elke afdeeling had van dien tijd af recht te doen zoowel naar de common law als naar de equity, met dien verstande, dat bij strijd de regelen der equity den doorslag zouden geven. Een uitsluitende equity rechtspraak hield daardoor op te bestaan. De competentie echter van den Court of Chancery hangt nog nauw met zijn geschiedenis samen.

Naar de beginselen van de common law heeft de partij, jegens wie contractsbreuk is gepleegd, geen ander rechtsherstel dan eene vordering tot schadevergoeding. Omgekeerd heeft de wederpartij feitelijk de keuze òf om de overeenkomst na te komen òf om zich aan de praestatie te onttrekken en schadevergoeding te betalen. Maar evenmin als de mensch het leven bij brood alleen kan houden, evenmin is een gezond rechtsverkeer denkbaar, wanneer niet een ander dwangmiddel tot nakoming der overeenkomst verleend wordt.

Het Engelsche recht is dan ook op dit punt niet tot versteening geraakt. De rechtspraak der Equity heeft hare corrigeerende functie hier in ruime mate uitgeoefend en een fijn uitgesponnen stelsel opgebouwd.

De jurisprudentie van den court of chancery is tusschen beide gekomen, zoo dikwijls het rechtsherstel dat de courts of common law verleenden, onvoldoende of niet genoegzaam was. Natuurlijk niet in dien zin dat de chancery de fysische waarheid dat niemand tot de daad zelf gedwongen kan worden, heeft weten op te heffen. Maar wel in die beteekenis dat zij de nalatige partij erger en grooter nadeel berokkende dan de betaling van

schadevergoeding alleen medebracht. Op die wijze trachtte de chancery court den contractant te dwingen tot het verrichten der bedongen praestatie zelf. Vandaar de uitdrukking *specific performance*: „a contract is specifically performed when each of the parties to it does the very thing or things which he contracted to do, and when, accordingly, each party gets *in specie* what he by the contract bargained for". (Rawlins, bl. 1).

Het voornaamste middel, dienstig tot afdwinging van specifieke praestatie, ligt in de toepassing van de straf gesteld op contempt of court, op hem die het rechterlijk bevel, waarbij de specific performance gelast is, niet nakomt. Wie zich om het bevel des rechters niet bekommert, begaat een misslag tegen de rechtsbedeeling en is schuldig aan contempt: „A judgment requiring any person to do any act other than the payment of money, or to abstain from doing anything, may be enforced by writ of attachment, (1) or by committal". Order 42, rule 7.

Een tweede middel om tot specifieke praestatie te geraken wordt gevonden in de rechterlijke bevoegdheid om te gelasten dat de praestatie, op kosten van den nalatige, zal verricht worden door de partij die het vonnis verkreeg of door eenigen anderen persoon, daartoe door den rechter aan te wijzen: „If a mandamus, granted in an action, or otherwise or a mandatory order, injunction, or judgment for the specific performance of any contract be not complied with, the court or a judge, besides or instead of proceedings against the disobedient party for contempt, may direct that the act required to be done may be

(1) Committal en attachment loopen beide uit op hechtenis van den overtreder. Maar de procedure verschilt, al naarmate de belanghebbende committal of attachment vraagt. Het juiste onderscheid is te vinden bij Oswald, bl. 88 e. v.

done so far as practicable by the party by whom the judgment or order has been obtained, or some other person appointed by the court or judge, at the cost of the disobedient party, and upon the act being done, the expenses incurred may be ascertained in such manner as the court or a judge may direct, and execution may issue for the amount so ascertained, and costs." Order 42, rule 30. Vgl. artt. 1277 en 1217 B. W.

Een derde middel eindelijk bestaat in de sequestratie van de goederen van den weerspannige. Order 43, rule 6. Sequestratie is geen executie maar een louter dwangmiddel. Vgl. art. 772 Rv.

Een niet minder vermogend hulpmiddel om tot specifieke nakoming te dwingen is de *Injunction*, d. w. z. een rechterlijk bevel waarbij gelast wordt zich van zekere handelingen te onthouden. Zoo werd de specifieke nakoming eener verbintenis om gedurende drie maanden nergens anders te zingen dan in zekeren schouwburg, indirect verzekerd door een *injunction*, een rechterlijk verbod om gedurende den contractstijd elders te zingen. Men is hier op het terrein der verbintenissen om iets niet te doen. Is reeds gehandeld in strijd met de verbintenis, dan kan de rechter de injunction in dier voege inkleeden, dat hij verbiedt dat de met de verbintenis strijdende toestand blijft bestaan. In dat geval spreekt men van *mandatory injunction*. Als typeerend voorbeeld vindt men bij de Engelsche schrijvers het geval dat in strijd met de verbintenis een gebouw wordt geplaatst. De opruiming daarvan kan dan gelast worden in den negatieven vorm, die het laten voortbestaan van het gebouw verbiedt. Vgl. art. 1276 B. W.

Overtreding der injunction is contempt of court. Ik teeken hierbij aan dat het gebied der injunction veel verder strekt dan dat der contractueele verbintenissen.

Komt specific performance in hoofdzaak bij deze verbintenissen voor, de werking der injunction strekt zich veel verder uit. Ik herinner mij b.v. dat een paar jaar geleden de welbekende heer LABOUCHERE een injunction verkreeg tegen een Zuid-Afrikaansche „specialiteit", die, uit wraak over de kritiek in Truth op de handelingen van dergelijke „specialiteiten" uitgeoefend, gedreigd had met openbaarmaking van brieven indertijd door LABOUCHERE geschreven. De rechter verbood de openbaarmaking. Hoe het in Nederland met een dergelijk geval zou afloopen, weet de lezer. Onze rechter — de man kan er heusch niets aan doen — zou beslissen dat men niet kan opkomen tegen een onrechtmatige daad waarmede nog slechts gedreigd wordt.

Het Nederlandsche recht wil in het algemeen dat gij U eerst behoorlijk en afdoende laat benadeelen of beschadigen. Eerst dan kunt gij uw beklag indienen en na geprocedeerd te hebben, kunt ge een vonnis bekomen dat U toelegt schadevergoeding op te maken „bij staat". De meest krasse consequentie van dit kostelijk systeem las ik eens in een vonnis, waarbij de nietigverklaring van een besluit, door de meerderheid der aandeelhouders eener maatschappij genomen, werd geweigerd op grond dat de eischer geen reden tot beklag kon hebben, zoolang het gewraakte besluit nog niet was uitgevoerd. En is het eenmaal uitgevoerd, dan . . . , ja, dan is rechtsherstel dikwijls onmogelijk.

De historische oorsprong van de specific performance wordt door FRY gezocht in de geestelijke gerechten, die rechtspraak vorderden in die gevallen, waarin eene fidei laesio had plaats gevonden. Deze gerechten vermaanden den nalatige om te doen wat hij beloofd had en bedienden zich niet zelden van de straf der excommunicatie. „Studiose agendum est ut ea quae promittuntur opere

compleantur" (1). 't Kanonieke recht was reeds in vele opzichten voorgegaan, getuige o. a. wat het over sponsalia bepaalde: (2) „Praeterea, hi qui de matrimonio contrahendo pure et sine omni conditione *fidem* dederunt, commonendi sunt et modis omnibus inducendi, ut praestitam *fidem* observent". Specific performance door huwelijksvoltrekking stond alzoo op den voorgrond. Neemt men in aanmerking dat het kanseliersambt tijden achtereen door geestelijken werd bekleed, dan is de historische lijn zichtbaar.

De stelling dat de schuldenaar het niet in zijn macht moet hebben zich willekeurig aan de bedongen praestatie te onttrekken door zijn schuldeischer af te schepen met schadevergoeding, is volkomen juist en logisch. Want in zeer vele gevallen zal die vergoeding niet in staat zijn den crediteur afdoende te helpen. Een rechtsstelsel dat geen andere bescherming verleent dan schadevergoeding, is beslist achterlijk. De Engelsche jurisprudentie heeft zoodanig stelsel dan ook terecht verworpen en als regel gesteld dat bij ongenoegzaamheid van de remedie der common law, specifieke uitvoering moet plaats hebben. Vooral bij koopovereenkomsten betreffende onroerende goederen springt het onvoldoende van de rechtshulp der loutere schadevergoeding in het oog. De kooper zal meestal meer gebaat zijn door de overdracht van het verkochte stuk land dan door de betaling van vergoeding. En omgekeerd — naar Engelsche opvatting — zal de verkooper meer gesteld zijn op werkelijke overdracht van het goed dan op schadeloosstelling (3) Want bij nakoming

(1) FRY, bl. 14, citeert deze zinsnede als Decret. Greg. IX, lib. I, tit. 36, cap. 3. Ik heb ze in mijne uitgave van het Corp. jur. can. daar ter plaatse niet kunnen vinden.

(2) Decret. IV, tit. 1, cap. 2.

(3) Een actie tot betaling van den koopprijs volgt niet dadelijk uit de overeenkomst.

door den kooper, zou de verkooper van zijn land en van al de daarop rustende lasten of daarmede samenhangende verbintenissen ontdaan zijn en den koopprijs in zijn zak hebben. Bij niet-nakoming zou hij daarentegen zijn goed behoûden en een aanspraak op schadevergoeding verwerven; deze vergoeding zou neêrkomen op het verschil tusschen den bedongen koopprijs en den prijs welken het land, werd het weder verkocht, waarschijnlijk halen zou, vermeerderd met toevallige kosten en vergoeding van bizondere schade die de verkooper zou kunnen bewijzen geleden te hebben.

De bevoegdheid om specifieke praestatie te gelasten is een discretionaire. Natuurlijk niet in dien zin, dat de rechter haar naar luim of willekeur toestaat of weigert, maar wel in deze beteekenis, dat hij naar de omstandigheden beoordeelt of ze al dan niet van pas is. De Engelsche juristen hebben getracht de gevallen waarin zij door de jurisprudentie uitgesloten is, onder eenige algemeene regelen samen te vatten. Enkele van die regelen laat ik hier volgen.

1. Wanneer de rechter niet in staat zou zijn om de executie van zijn vonnis behoorlijk te controleeren; b.v. wanneer het betreft overeenkomsten die een aaneengeschakelde serie van praestatiën vorderen, als het bouwen van huizen, het bewerken van mijnen of de constructie van spoorwegen. Een principieele uitspraak is te vinden in het rechtsgeding Wheatly v The Westminster Brymbo coal and coke Company, Ltd (L. J. Reports, N. S. 39, Courts of Chancery bl. 175). De eischers in deze zaak hadden hunne kolenmijnen aan de gedaagde maatschappij, tegen zekere vergoedingen, in exploitatie gegeven. De overeenkomst bepaalde dat de gedaagde moest werken: „uninterruptedly, efficiently and regularly, according to the best and most approved mode". De eischers, van

meening dat de maatschappij deze wijze van werken niet had gevolgd (de royalty was hun te gering), vorderden dat de gedaagde het beding zou nakomen en ter verzekering daarvan, een injunction, houdende verbod op de gedaagde om de mijnen te bewerken anders dan op de wijze die naar hunne opvatting aan de overeenkomst voldeed. De eisch werd door den Vice Chancellor MALINS afgewezen, o. a. op dezen grond: „Suppose I were to refer it to chambers to inquire what would be a compliance with the covenant, there would be as many different opinions as witnesses. To grant the relief asked for would be a violation of all the principles of the court. The court will not undertake the construction of a railway, the building of a house, the management of a brewery, or matters of a similar nature. To enforce this covenant it would have to undertake the management of the whole business of a colliery which it cannot possibly do". Intusschen heeft men in deze uitspraak, voor zooverre zij principieel is, geen onwrikbare wet te lezen. In bizondere gevallen, o. a. waar een spoorwegmaatschappij in het bezit van gronden is gekomen, onder den last om eenig werk tot stand te brengen, wordt toch specifieke praestatie gelast. In Schotland vooral gaat men in dit opzicht veel verder dan in Engeland. De Schotsche hoven hebben meermalen nakoming van bouwovereenkomsten gelast, waar men in Engeland bloot schadevergoeding zou toegekend hebben. De rechter in Schotland benoemt in zoodanig geval een geschikt persoon, onder wiens toezicht het werk moet worden uitgevoerd (Fry, bl. 46 e. v.).

2. Wanneer hij die de nakoming verlangt, zelf niet behoorlijk gehandeld heeft. Hier is van toepassing de grondstelling: „he who comes to equity must come with clean hands".

3. Wanneer de overeenkomst een zeer persoonlijke verplichting oplegt, b.v. die tot verleening van persoonlijke diensten.

4. Wanneer, alle omstandigheden bij elkander genomen, de dwang tot specifieke praestatie zeer onredelijk zou zijn en in het algemeen

5. Wanneer het geneesmiddel erger zou wezen dan de kwaal: „We are asked" — dus zeide een Lord Justice- „to compel one person to employ against his will another as his confidential servant, for duties with respect to the due performance of which the utmost confidence is required. Let him be one of the best and most competent persons that ever lived, still, if the two do not agree, and good people do not always agree, enormous mischief may be done." (Zie by Fry, bl. 50).

Het Nederlandsche recht.

Het B. W. maakt een onderscheiding tusschen de verbintenissen om te geven en die om te doen of niet te doen. Die tegenstelling schijnt nog scherper dan ze in werkelijkheid is, omdat bij de laatstgenoemde soort van verbintenissen enkele bepalingen zijn opgenomen, die naar specific performance zwemen. Of uit het stilzwijgen, dat de wet bij verbintenissen om te geven in acht neemt, eenig ander of meerder gevolg is te trekken dan dit ééne dat de wet zwijgt, is betwist en betwistbaar. De vraag die te beantwoorden valt is deze, of bij een verbintenis tot het geven van een volkomen gedetermineerde zaak, de rechter, bij niet nakoming, alleen schadevergoeding kan toekennen, dan wel, des verlangd, eenig bevel kan geven dat tot specifieke praestatie vermag te leiden? Eene principieele beslissing gaf het hof te Amsterdam bij arrest van 27 Januari 1893 (P. v. J. 1893, n°. 53). De geïntimeerde had zich verbonden in de appelleerende maatschappij (oorsponkelijk eischeresse)

in te brengen een haar toebehoorend perceel, met beding van inbezitstelling op 1 November 1892. De appellante vorderde levering met machtiging tot ontruiming desnoods met behulp van de sterke macht. Het hof wees, evenals de rechtbank, de vordering af. De beslissing werd geconcentreerd in deze twee stellingen:

„dat uit die overeenkomst appellante kon doen gelden „eene personeele vordering tot *nakoming* (1), of eene tot „ontbinding met schadevergoeding wegens wanpraestatie, „maar nooit de thans ingestelde vordering die strekt tot „reëele executie op een bepaald onroerend goed;

„dat toch, om daartoe bevoegd te zijn, de appellante „vooraf had moeten aantoonen, dat zij volgens art. 671 „B. W. door levering en (?) overschrijving in de open„bare registers, eigenares van dat onroerend goed was „geworden, in welk geval haar de rechtsmiddelen aan „eigenaars van onroerend goed bij de wet toegekend, „van dienst konden zijn".

Ik kan niet zeggen dat dit arrest mij bevredigt. De eerste stelling is onbegrijpelijk. De ingestelde actie immers was wel degelijk eene tot nakoming. Wie zich verbindt tot inbreng, verplicht zich o. m. tot de feitelijke levering van het in te brengen goed. Dat de ingestelde vordering geene „personeele" vordering zou zijn, is evenmin vol te houden. Dat karakter wordt haar niet ontnomen door den bijkomenden eisch tot afdwinging van de nakoming door middel van den sterken arm. Een executie-middel bepaalt den aard eener actie niet. Achtte het hof dat middel niet juist, dan had het in elk geval de actie tot (feitelijke) levering moeten toewijzen en het der appellante moeten overlaten de veroordeeling ten uitvoer te leggen.

---

(1) De cursiveering is van mij.

Maar afgezien van deze bezwaren, is de considerans niet minder onjuist. Zij zegt in thesi dat de zg. Realexekution (1) alleen toekomt aan den eigenaar.

Maar *waar* zegt „de wet" dat alleen de eigenaar recht tot reaalexecutie heeft? Valt niet het *tegendeel* uit de wet zelf af te leiden?

Hoe zijn de bepalingen van de artt. 41 en 42 R. O., 53 n°. 3 en 98 n°. 4 Rv. met de bestreden leer te rijmen?

Moet alzoo de zienswijze van het hof te Amsterdam als te algemeen en dientengevolge als onjuist worden verworpen, een andere vraag is deze, wat dan wel rechtens is? (2) Moet men het arg. e contrario toepassen en de reaalexecutie beperken tot de gevallen van beëindigde huur dan wel die executie toelaten bij alle verbintenissen tot het geven van een gedetermineerde zaak? Mij komt het voor dat, waar geen enkel bepaald wetsvoorschrift te dien aanzien bestaat, de utiliteit den doorslag moet geven. De rechter is, zie ik juist, op dit gebied tamelijk wel vrij en zou geen enkele wetsbepaling schenden of verkeerd toepassen door bij zijn vonnis den schuldeischer te machtigen zich desnoods met behulp van den sterken arm in het bezit van de zaak te stellen. Er is geen enkele reden om hem die krachtens beëindigde huur een vorderingsrecht heeft, in beter toestand te brengen dan hem wiens verbintenis uit een andere bron ontstaat, noch ook om verschil te maken tusschen roerend en onroerend goed. Het verdrijven van een persoon van een huis of land staat principieel op één lijn met het ontnemen van een roerende zaak uit de macht van den schuldenaar. De bewering dat de wet geene middelen

---

(1) Zie von Wilmowski & Levy ad § 769 Civilprozesordnung, 6e druk, 1892.

(2) In Themis 1883, bl. 218 vindt men het gevoelen van wijlen Mr. J. E. Goudsmit.

tot reaalexecutie kent (1) komt mij weinig afdoende voor. Want daargelaten dat in de opgenoemde gevallen de wet ze wel degelijk kent, is de bevoegdheid des rechters om de uitvoering van zijn vonnis door dwang te verzekeren, zoo van zelf sprekend, dat ik eerder geneigd ben tot de stelling dat een positieve tekst noodig zoude zijn om den schuldeischer die een vonnis tot nakoming heeft verkregen, te berooven van zijn recht om de zaak met behulp van deurwaarder en politiebeambten tot zich te nemen. Ik erken intusschen dat onze rechterlijke macht in het algemeen tot dusverre huiverig is gebleken dezen weg te bewandelen. Had zij een eenigszins duidelijker besef van haar rechtscheppend vermogen, of, om het wat smakelijker voor te stellen, van hetgeen zij door „uitlegging" der wet kan tot stand brengen, dan had zij reeds lang door hare jurisprudentie een goed werkend stelsel kunnen opbouwen. Maar — gelijk een scherpzinnig en ervaren President van een onzer grootste rechtbanken eens zeide — de Nederlandsche rechter is in het algemeen zóó vreesachtig, dat hij, par manière de dire, zelfs aarzelt te beslissen dat het water nat is, indien hij niet vooraf den moed daartoe kan putten uit een rapport van deskundigen.

Het Duitsche procesrecht bevat bepaalde voorschriften: „Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind dieselben von dem Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben. Wird die herauszugebende Sache nicht vorgefunden, so ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid dahin zu leisten: dasz er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich be-

(1) Mr. J. A. Fruin geciteerd in Themis t. a. p.

finde" (§ 769). Op het doel der afgifte komt het niet aan; het is onverschillig of zij beoogt dare, exhibere, restituere of tradere (v. WILMOWSKI & LEVY).

„Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen" (§ 771) (1).

Vermoedelijk zal wel niemand tegenspreken dat de hier behandelde stof niet bij het leerstuk der verbintenissen maar bij het hoofdstuk handelende over tenuitvoerlegging van vonnissen een plaats behoort te vinden.

Bij de verbintenissen om te doen geeft de wet in art. 1277 een hulpmiddel aan de hand om den schuldeischer het genot van specifieke praestatie, zoo mogelijk, te verzekeren. Daarnaast treft men nog art. 1276 aan, dat niet uitsluitend dient tot rechtsherstel waar in strijd met een verbintenis om niet te doen gehandeld is, maar zeer zeker ook zijne toepassing kan vinden tot handhaving van verbintenissen om te doen.

Den historischen oorsprong van art. 1277 heb ik niet kunnen vinden. De bepaling van art. 1144 C. C. werd door FAVARD in het rapport aan het tribunaat toegelicht. Ik trof haar, voor zoover ik oud-fransche literatuur bij de hand had, niet aan. Toch acht ik het onwaarschijnlijk dat zij een nieuwe vinding is. Ik vermoed dat zij aan de praktijk in eenig deel van Frankrijk ontleend is.

Dat de bepaling van art. 1277 den rechter slechts eene

(1) In het oud-fransche recht kende men ook rechtstreeksche executie: «Quand la chose que le débiteur est condamné de livrer est un corps certain et qu'il l'a entre ses mains, le juge doit permettre au créancier de le saisir et de s'en mettre en possession: le débiteur ne pourrait pas, dans ce cas, retenir la chose due, en offrant les dommages et intérêts résultans de l'inexécution de son obligation". GUYOT's Répertoire, Parijs 1781, i. v. Obligations, bl. 516. Zie ook POTHIER, Obl. no. 158.

bevoegdheid geeft en dus bloot facultatief is, lijdt bij mij geen oogenblik twijfel. Zoowel de bewoordingen van het artikel als de utiliteit brengen mede dat de rechter niet verplicht is de machtiging te verleenen. Het arrest van het hof te Amsterdam van 31 Januari 1896 (quaestie Zaagmolensloot te Amsterdam) acht ik op dit punt bij uitstek juist gewezen.

Maar een voldoende beveiliging van des schuldeischers belangen geeft het artikel allerminst. Er zijn vele gevallen denkbaar niet alleen, maar elken dag doen zij zich in de praktijk voor, waarin het voor den schuldeischer onmogelijk is de praestatie zelf te verrichten of te doen verrichten. In dat geval moet men tot louter schadevergoeding concludeeren en wat effect daarvan in het algemeen te wachten is, geen practicus of hij weet het. In enkele gevallen heeft de jurisprudentie getracht aan dit bezwaar tegemoet te komen, door de schadevergoeding vast te stellen op zeker, min of meer belangrijk bedrag per dag, zoolang de schuldenaar nalatig blijft de handeling uit te voeren. Dit middel, ontleend aan de Fransche jurisprudentie (zie o. a. Dalloz, Supplement au Répertoire, i. v. Obligations, nos. 253 e. v.), kan zeker in sommige gevallen uitnemend werken. De Fransche rechters maken er meer gebruik van dan de Nederlandsche, omdat de eersten het bezigen als een soort van indirecten dwang om den tegenstand des schuldenaars te overwinnen en er dus daadzakelijk meer een oplegging van boete in zien dan een toekenning van een behoorlijk getaxeerd schadecijfer. De Nederlandsche rechter houdt zich, volkomen juist, meer stiptelijk aan het denkbeeld van *schade*vergoeding en gaat daarom in de toepassing met meer behoedzaamheid te werk. De mouw der jurisprudentie kan alzoo in betrekkelijk weinig gevallen aangepast worden en het onvoldoende van de bepaling van

art. 1277 behoort dus zonder aarzeling erkend te worden. In de daartoe geschikte gevallen, b.v. waar iemand zich verbonden had een koop te sluiten of een ter overschrijving noodige akte te passeeren, heeft men wel eens gezien dat de rechter verklaarde dat zijn vonnis zou treden in de plaats van den titel tot welks samenstelling een gedaagde weigerachtig bleef mede te werken In het algemeen heeft dit redmiddel geen genade gevonden in de oogen der jurisprudentie. Ik erken, terecht. Want het is geen selbstverständlich middel van executie dat tot de essentie van iemands recht behoort, maar een rechterlijk ingrijpen dat tot zijn rechtvaardiging een tekst zou vorderen (1).

De bepaling van art. 1276 kan haar toepassing vinden, zoowel bij handelingen in strijd met de hoofdverbintenis om niet te doen, als bij handelingen die de uitvoering van een verbintenis om te doen zouden belemmeren. Heeft iemand zich verbonden om op een zeker stuk gronds een villa te bouwen en zet hij, om die verbintenis zich niet bekreunende, een koetshuis op het terrein, dan kan de rechthebbende machtiging vragen om de villa op kosten van den nalatige te bouwen en tevens verlof om het koetshuis te sloopen. Tegen die toepassing van het artikel kan in het algemeen geen bezwaar bestaan. De bouw van het koetshuis was in strijd met de verbintenis die den bouw van een villa tot voorwerp had. Ik beschouw deze laatste als een verbintenis om iets te doen.

Een andere vraag is deze, of art. 1276 met vrucht ingeroepen kan worden, wel te verstaan in thesi, waar datgene wat met de verbintenis in strijd werd gedaan, een rechtshandeling is. Het hof te 's-Gravenhage besliste bij arrest van 27 Febr. 1893, M. v. H. (N. V.) V, bl. 181, dat art. 1276, blijkens het woord „détruire" in art.

(1) Vgl. H. R. 23 Juni 1899, W. 7302.

1143 C. C. „geacht moet worden meer bepaaldelijk op het oog te hebben stoffelijke zaken". De kracht van dit argument mag zeker niet onderschat worden. Inderdaad blijkt uit de geschiedenis van ons en het Fransche artikel, dat uit het oude recht afstamt, dat men het oog had op de vernietiging van stoffelijke producten.

Maar, hoeveel eerbied ik ook voor de geschiedkundige uitlegging heb, ik vermag niet ze hier te aanvaarden. Ik acht het juist een voordeel van een elastisch gestelde bepaling dat men ze „uitleggen", plooien en toepassen kan naar de wisselende behoeften van het verkeer. Wanneer men al de artikelen onzer wetboeken eens uitlegde streng volgens de geschiedenis, d. w. z. naar de beteekenis en den omvang geldende op het oogenblik dat ze in een wetboek worden opgenomen, zou ons toch reeds verouderde codificatie in het versteeningsmonument overgaan. Zeer wijselijk heeft daarom onze rechterlijke macht den noodigen eerbied aan de historische interpretatie bewezen, maar zich gelukkig niet tot haar slaaf gemaakt.

Het is de eerste stap die de meeste moeite kost. Als er maar één rechtscollege is dat op zekeren dag den noodigen moed weet te verzamelen om — niettegenstaande het gevaar van cassatie (1) — te verklaren dat de tekst van ons art. 1276 („vernietigen") zich niet verzet tegen eene toepassing op rechtshandelingen, is de schroom overwonnen en zal ons burgerlijk wetboek een bepaling bevatten van onmiskenbaar nut. De bewering van het Haagsche hof dat een toepassing van het artikel op het in dat arrest behandelde geval niet mogelijk is, omdat men dan éénzijdig een wederkeerige overeenkomst door

(1) Of de H. R. zou casseeren is — ik schrijf geen paradox — eene quaestio *facti*, afhankelijk van tijd, omstandigheden en den juridieken plooi der leden die over de rechtsvraag moeten oordeelen. Dat ligt in den aard van den mensch.

den schuldenaar met een derde aangegaan, van haar effect zou berooven (ik geef hier de motiveering gelijk zij waarschijnlijk bedoeld werd, want zooals zij letterlijk luidt, is zij duister), kan niet ernstig gemeend zijn, als men bedenkt welke vèr strekkende gevolgen de jurisprudentie tegen sous-acquéreurs aanneemt wanneer het een resolutoire actie geldt, gevolgen tamelijk wel alleen gemotiveerd met een beroep op den versleten en in zijne algemeenheid onhoudbaren regel dat niemand meer recht aan een ander kan overdragen dan hij zelf bezit. Het vonnis der rechtbank te Zutfen van 21 Maart 1895, W. 6651, is, geloof ik, nog bedenkelijker. De gedaagde no. 1 had zich tegenover de eischers verbonden om zeker onroerend goed gedurende zijn leven niet zonder hunne toestemming te vervreemden. In strijd met dit beding verkocht hij het aan gedaagde no. 2. Vandaar eene actie tot vernietiging van den verkoop tegen no. 1 en eene vordering tot gehengen en gedoogen tegen no. 2. De rechtbank put zich in haar vonnis uit in argumenten ten betooge dat gedaagde no. 2 een behoorlijk eigendomsrecht heeft verworven. Daaraan zal wel niemand getwijfeld hebben, behalve de eischers, die de zonderlinge stelling verkondigden dat de verkoop nietig was. De slotsom van de rechtbank luidt dan dat de vordering tot vernietiging niet opgaat, omdat de rechtshandeling — in strijd met de oorspronkelijke verbintenis — tot stand gebracht, niet meer ongedaan kan worden gemaakt. Ziedaar een zuivere petitio principii. Als men eenmaal aanneemt dat art. 1276 niet alleen op stoffelijke dingen ziet, is er in thesi geen reden om derden door de vernietiging niet te treffen. De wet eenmaal in beweging gezet, werkt automatisch. Juridiek bezwaar is er niet. De quaestie is dan ook, dunkt mij, veel eenvoudiger. De rechter kan art. 1276 toepassen, maar is daartoe niet verplicht.

Zou hij door toepassing de verkregen rechten van derden die te goeder trouw zijn, krenken, dan bestaat er alle reden om die toepassing te weigeren. Had men dit gezegd, dan zou ik mij volkomen met het arrest van Den Haag en het vonnis van Zutfen hebben kunnen vereenigen. Maar als in het geval van Zutfen, de verkrijgende partij van het bestaan van het beding kennis had gedragen, zou er m. i. moreel en practisch geen bezwaar hebben bestaan om de vernietiging van den koop uit te spreken.

Het Duitsche procesrecht is ons natuurlijk weder een flink eind vooruit. Zie § 773: „Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann (een z.g. *vervangbare* handeling), so ist der Gläubiger von dem Prozeszgericht erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen". De schuldeischer kan daarbij zelfs een voorschot voor de te maken kosten verlangen. Is de handeling niet vervangbaar en hangt zij uitsluitend van den wil des schuldenaars af, dan kan de schuldenaar, bij weigering, boete of hechtenis (Haft) beloopen. § 774. Geldt het verbintenissen om niet te doen of te dulden, dan kunnen bij weigering dezelfde dwangmiddelen worden toegepast. § 775. En voorts: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat".

Hoe achterlijk onze wetgeving is ten aanzien van de hier behandelde punten, is duidelijk genoeg. En de lieden der praktijk gevoelen die achterlijkheid schier elken dag. Onder leeken zelfs is het al reeds een vrij goed bekend argument: hij „maakt" me toch niets, want hij kan niets anders dan schadevergoeding vragen en zijn schade moet hij dan maar eens bewijzen. Inderdaad zoo is het, het

recht loopt hier tallooze malen dood op gebrek van een middel tot behoorlijke handhaving. Zoowel aan het Duitsche als aan het Engelsche recht zijn de maatregelen tot redres te ontleenen. Daarover te spreken, zou mij leiden tot bespiegelingen over het jus constituendum, die intusschen niet in mijn smaak vallen. Van de naaste toekomst valt luttel te hopen. Van zuiver juridieke producten van het Departement van Justitie heb ik weinig verwachting; het mist de practicale kennis noodig om verbeteringen aan te brengen. Van uit vele personen samengestelde staatscommissiën heb ik evenmin veel dunk. Ik heb in den loop der jaren meermalen deel van commissiën — al waren ze dan ook van bescheidener positie — uitgemaakt, en mijne ondervinding is dat de talrijkheid eener commissie omgekeerd evenredig is met de resultaten die zij baart. En van ons parlement, ik bedoel meer in het bizonder de Tweede Kamer, heb ik wel de minste verwachting. Product van louter toeval als zij is, kan het succes van haar ingrijpen evenmin van iets anders dan van het toeval afhangen. Ieder die toevallig in de rechten gepromoveerd is, acht zich door zijn hoedanigheid van „jurist" en misschien ook tegenover zijn kiezers, verplicht, mede te adviseeren en te amendeeren. Hoe onze wetboeken van strafrecht en strafvordering onder deze operatiën toegetakeld zijn, is bekend. (1) Niet onaardig is het dat zeker kamerlid, dat trouw pleegt mede te helpen om zijne juridische wijsheid over zijne medeleden uit te gieten, zoo ver-

(1) Gezwegen nog van de zg. revisie-wet, die den H. R. een ondergeschikte rol bedoelde toe te deelen, hadde dat rechtscollege niet volkomen terecht die wet geïnterpreteerd zooals van goede juristen te verwachten was. Het veel besproken standpunt dat de Raad bij de verwerping der revisie-HOGERHUIS innam, acht ik juridiek onberispelijk juist, spijt de kritiek die tegenwoordig zoo ongeveer Jan en Alleman, deskundig of ondeskundig, zich aanmatigt.

baasd was dat ons lasterproces slecht is geregeld, dat hij, die iemand sterk had aangeraden een lasterproces aan te vangen, bij nadere lectuur en overdenking van de artt. 261 e. v. Strafrecht, moest toegeven dat zijn vriendschappelijk advies maar liever niet moest gevolgd worden! Alleen een minister die sterk is en zelf de leerschool der praktijk grondig heeft doorloopen, zou in staat zijn iets goeds tot stand te brengen en een z.g. zelfstandige commissie van rapporteurs op haar plaats te zetten. Maar de meeste ministers van justitie zijn maar weinig deskundig, behalve ten aanzien van den bizonderen tak van wetenschap, dien zij voor hunne benoeming beoefend mochten hebben. Maar die benoeming hangt af van het stomme toeval der „politiek", terwijl de superieure krachten, vroeger aan het Departement verbonden, hebben plaats gemaakt voor niet meer dan goede *ambtenaren*.

Amsterdam, J. P. A. N. Caroli.
Mei 1900.

P. S. Ik had gehoopt dat dit nummer van Themis en daarmede ook deze bijdrage, nog voor de vergadering van de Juristen-Vereeniging zouden verschenen zijn. Ofschoon die hoop niet verwezenlijkt is, heb ik gemeend dit opstel niet te moeten terugnemen.

C.

Formulierboek der onderscheidene akten behoorende tot de Burgerlijke Rechtsvordering door JOAN VAN DEN HONERT Thz. Vierde Druk, omgewerkt door Mrs. J. A. FOEST, D. E. LIONI en LOD. S. BOAS. — BELINFANTE 1900.

„Wat eene sonderlinge moeijlijkheid het is voor die „geene, welke zig toerusten om de zaken van ding„pligtigen te bevorderen, aan een schrijf- en spreekstijl „in de regtbanken gebruikelijk zig te gewennen, meijne „ik genoegsaam kenlijk te zijn."

Aldus begint het voorbericht van eene in 1711 gedrukte nieuwe uitgave van het Formulierboek ofte de Papegay, „verciert", zooals het verder luidt, „met eenige „nieuwe vederen".

Ik kan in bijna dezelfde bewoordingen den vierden druk van het Formulierboek van VAN DEN HONERT aankondigen.

Men begrijpe mij wel. Onder „schrijfstijl in de regtbanken gebruijkelijk" wil ik dan niet verstaan hebben, dat ge ook in het Formulierboek de barbaarsche „stadhuis"termen zult aantreffen, waarvan in vroegere tijden elk geleerde en niet het minst de rechtsbeoefenaren zich meenden te moeten voorzien. Integendeel; moge de taal onzer vonnissen niet altoos vlekkeloos zijn (zie Mr. H.

L. Drucker, Rechtsgel. Magazijn 1896 blz. 257 e. v.), in de hier aangeboden formulieren heb ik althans mij niet aan uitheemsche uitdrukkingen gestooten. Maar onder den schrijfstijl der formulieren bedoel ik den gebruikelijken vorm, waarin de akten, behoorende tot de burgerlijke rechtsvordering, worden opgemaakt.

Wel hebben wij niet meer de dwingende formulae, en heeft ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ook niet aangegeven formulieren, zooals het Wetboek van Koning Lodewijk nog deed, zoodat er volkomen vrijheid bestaat, gerechtelijke akten in dien of in een anderen vorm te gieten, maar niettemin blijft het wenschelijk, vooral voor den jeugdigen rechtsgeleerde, dat hem door meer ervarenen worde aangewezen op welke wijze hij het veiligst de „sonderlinge moeijlijkheid" kan te boven komen, wanneer hij geroepen wordt zoodanige akten op te maken.

Werd op onzen laatsten Juristendag deernis uitgesproken met den pas gepromoveerden doctor in de rechten, wiens in de praktijk ongeoefende hand dikwijls verkeerd staat, de heeren Foest c. s. zullen voor hem betrouwbare gidsen zijn, mits hij wèl begrijpe, dat het beste formulierboek niet meer geven kan dan den meest geschikten vorm, maar aan hem zelven moet overlaten in die omlijsting te brengen het juridische materiaal.

Dat deze vierde druk in menig opzicht van de vorige drie uitgaven van van den Honert's werk verschilt, spreekt vanzelf. De vele wijzigingen, die in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in den laatsten tijd zijn aangebracht, maakten als het ware een nieuw formulierboek noodzakelijk.

Voor zooverre ik heb kunnen nagaan — in en door de praktijk is zulk een boek eerst naar waarde te schatten — hebben de geleerde bewerkers hun zeker

niet gemakkelijke taak op talentvolle wijze volbracht.

Mijn aandacht was voornamelijk gevestigd op de formulieren, die betrekking hebben op de bij de wet van 7 Juli 1896 nieuw ingevoerde rechtsinstituten. Welnu, ik herhaal: het formulierboek is „verciert met nieuwe vederen".

A. F. K. Hartogh.

10 April 1900.

Jhr. Mr. H. A. van Karnebeek, *de „Costa-Rica-Packet"-arbitrage. — Academisch proefschrift.* Utrecht 1900.

De lezers van dit tijdschrift zullen zich waarschijnlijk wel herinneren dat in het voorjaar van 1897 eene scheidsrechtelijke uitspraak in een geschil tusschen de Nederlandsche Regeering en de Engelsche heel wat opzien wekte in Nederland. De tot scheidsman benoemde Petersburgsche oud-hoogleeraar F. de Martens stelde bij zijn vonnis op eene verrassend stellige wijze de Nederlandsche Regeering in het ongelijk. Het gold van Engelsche zijde eene vordering tot schadevergoeding wegens de preventieve hechtenis, welke in November 1891 ondergaan was door den Engelschman Carpenter, scheepsgezagvoerder van de Costa-Rica-Packet, varende ter walvischvangst in zeeën van Nederlandsch-Indië. Deze kapitein was beschuldigd van in 1888 zich te hebben meester gemaakt van eenige goederen, welke zich bevonden in eene prauw, die op een afstand van ten hoogste 3 mijlen van het eiland Boeroe onbeheerd op zee ronddreef. Deswege was tegen hem in Januari 1891 door den Raad van Justitie te Macassar een vonnis van rechtsingang met bevel tot gevangenneming verleend, welk vonnis eenige maanden daarna door inhechtenisneming was gevolgd.

Wel werd bij de genoemde arbitrale uitspraak aan

den kapitein CARPENTER en aan andere belanghebbenden (reeders en scheepsvolk) niet de volle vergoeding toegewezen, welke de Engelsche Regeering had geëischt. Immers de eisch was eene som van £ 43.416, terwijl slechts een bedrag van £ 8.550 werd toegekend. Maar de hoofdinhoud der uitspraak was een scherpe teleurstelling voor allen die vertrouwen hadden gesteld op de gronden, die de Nederlandsche Regeering hadden bewogen om alle schadevergoeding te weigeren. In menig dagbladartikel alhier werd dan ook de uitspraak aan een scherpe critiek onderworpen.

Het is aan den heer VAN KARNEBEEK, die reeds als doctorandus in de rechts- en staatswetenschap de eer had toegevoegd te worden aan het secretariaat der te 's-Gravenhage gehouden Vredesconferentie, voorgekomen dat het geval van den heer CARPENTER vele kwesties van volkenrechtelijken aard bevat, geschikt om te worden bewerkt in een academisch proefschrift. Zijn welgeschreven boek heeft de juistheid dezer meening ten volle gestaafd. De wijze, waarop hij de belangrijke zaak behandeld heeft, gaf hem bovendien aanleiding om in een tweetal hoofdstukken ten slotte te vermelden, na welke discussie ter Vredesconferentie twee beginselen omtrent internationale scheidsrechtelijke uitspraak aangenomen zijn 1°. dat de uitspraak moet zijn gemotiveerd en 2°. dat ter zake van nieuwe feiten van de uitspraak een revisie binnen zeker tijdsverloop mogelijk zal zijn. Maar zelfs nu in dit verdienstelijk geschrift alle feiten en argumentatiën ter zake van de Costa-Rica-Packet-arbitrage nog eens de revue hebben gepasseerd, zelfs nu men de zaak kan beschouwen op een afstand, die objectiviteit in het oordeel doet verwachten, zelfs nu nog week in Nederland niet alle wrevel en vond men b.v. in de *Nieuwe Rotterdamsche Courant*, die deze dissertatie aankondigde, de opmerking,

„dat de zaak door den scheidsrechter gemaakt is tot een „voorbeeld hoe eene internationale berechting niet moet „geschieden."

Wat mij betreft, ik heb door het proefschrift van den heer VAN KARNEBEEK een anderen indruk ontvangen. Omtrent elk onderdeel van het hier behandelde geschil luidt in de dissertatie de slotsom, op de keper bezien, ten gunste van de Engelsche Regeering, al moge hier en daar een toon van wijfeling en van critiek jegens de uitspraak aanvankelijk den indruk geven van het tegendeel.

De hoofdvraag is van den aanvang af geweest of de Nederlandsche rechterlijke macht in Indië wel de bevoegde autoriteit was om de berooving der onbeheerde prauw te straffen? Dit hing, volgens den Raad van Justitie te Macassar, hiervan af, of de berooving had plaats gehad binnen of buiten de grenslijn der territoriale wateren, namelijk minder of meer dan 3 mijlen van de kust. En nu had deze Raad van Justitie den 28sten November 1891 (nadat de kapitein CARPENTER den 16den Nov. te Macassar als preventief gedetineerde was aangekomen uit de gevangenis te Ternate), op requisitoir van den Officier van Justitie, de buitenvervolgingstelling van CARPENTER bevolen met last tot invrijheidstelling, vermits „uit de verhooren genoegzaam gebleken was dat „de toeëigening had plaats gevonden in de zee der „Molukken op grooteren afstand van de nabij gelegen „kust."

Deze kalme mededeeling moet te Macassar een weinig verrassend hebben geklonken. Want waarom dan was men begonnen met den scheepskapitein, een vreemdeling, gevangen te nemen? Bij vonnis van 26 Januari 1891 had diezelfde Raad van Justitie tegen hem rechtsingang verleend, overwegende dat er genoegzame gronden van

bezwaar bestonden om aan te nemen dat de toeëigening had plaats gehad binnen 3 mijlen van de kust; waren dan nu deze gronden van bezwaar bij het licht van nader onderzoek verdwenen?

Tot mijn diep leedwezen moet ik verklaren dat, — indien de dissertatie van Jhr. VAN KARNEBEEK de feiten juist wedergeeft, — de gronden van bezwaar eigenlijk van den aanvang af uitermate zwak geweest zijn. Reeds bij de voorloopige informatiën werd onderzocht op welken afstand van de kust het feit had plaats gehad. Slechts *twee* personen die bij de toeëigening tegenwoordig waren geweest, konden hieromtrent een inlichting geven. En wat verklaarden zij? De één (na eerst gezegd te hebben, dat hij het niet wist) verklaarde dat hij het hield voor eene distantie van 16 à 20 Eng. mijlen; de ander, dat wel de top van een koepelvormigen berg op het eiland Boeroe (8530 voet hoog) en de daarvoor gelegen heuvels duidelijk zichtbaar waren, doch dat hij den vasten wal zelf of eene plaats op de kust, naar hij zich meende te herinneren, niet kon onderscheiden.

Wanneer men nu bedenkt dat een afstand van 3 mijlen (± 4900 meter) op zee de kustlijn bij lange na niet aan het oog onttrekt, dan zal men wel toegeven dat, indien de voorloopige informatiën aanleiding gaven tot eenig vermoeden, dit vermoeden geen ander had kunnen zijn dan dat het feit had plaats gegrepen *buiten* de territoriale zee.

En toch... verleende de Raad van Justitie te Macassar, bewerende dat er vermoeden was voor het tegendeel, rechtsingang met bevel tot gevangenneming.

Hinc lacrymae!

Van nu af is de sneeuwbal aan het rollen. De kapitein CARPENTER brengt 26 dagen in preventieve hechtenis door, onder protest zijnerzijds. Hij wordt ontslagen

omdat het „vermoeden" ongegrond blijkt. Hij komt terug in Australië, waar hij eene agitatie op touw zet. De Engelsche Regeering vraagt vergoeding van schade à £ 2500. De Nederlandsche Regeering weigert omdat de preventieve hechtenis, volgens de Ned.-Indische wetgeving, formeel rechtmatig was. De belanghebbenden in Australië krijgen den tijd om nog hooger rekeningen te schrijven en om zekere politieke pressie te oefenen op het moederland tot steun dier hoogere aanspraken. De Engelsche Regeering beweert dat de preventieve hechtenis gesteund heeft op gronden, welke weinig zorgvuldig waren overwogen. Men komt overeen het geschil te laten beslissen door een scheidsman, aan te wijzen door den Keizer van Rusland. Deze vorst benoemt den heer DE MARTENS tot scheidsrechter. En deze verklaart, bij uitspraak van 25 Febr. 1897, alle bescheiden onderzocht en gewogen hebbende: „que la pirogue flottant à l'abandon en mer „et arrêtée en Janvier 1888 par le Sieur CARPENTER, „capitaine du „Costa Rica Packet", fut saisie par celui-ci „incontestablement en dehors de la mer territoriale des „Indes Néerlandaises".

Met deze overweging is voor de Nederlandsche Regeering de zaak verloren geworden.

Maar kon men, met de hand op het hart, een andere uitspraak verwachten?

Het is mij onmogelijk geweest de toelaatbaarheid in te zien van de gronden, waarop men van Nederlandsche zijde afwijzing van den eisch tot schadevergoeding bepleit heeft.

Deze gronden waren de volgende:

1°. Het staat vast dat noch in Nederland noch in Engeland schadevergoeding wordt gegeven aan iemand, die op formeel wettige wijze in preventieve hechtenis genomen is en die daaruit ontslagen wordt. Het inter-

nationale recht tusschen twee Staten kan in casu niet afwijken van de bij beide Staten nationaal-rechtelijke regelen. De waardeering van de gronden van bezwaar moeten worden overgelaten aan de conscientie van den magistraat.

Hierop antwoordde de Engelsche Regeering dat de hechtenis van den heer CARPENTER lichtvaardig („careless") is geweest en dat die lichtvaardigheid de grondslag is van den plicht tot schadevergoeding. De Engelsche overheden zouden in het onderhavige geval geen preventieve hechtenis hebben toegepast. Een inhechtenisneming moge, indien zij eenmaal verricht is, geen recht geven op schadevergoeding jegens eigen Staat, maar de vraag of tot de daad niet lichtvaardig is overgegaan, mag worden onderzocht tegenover een vreemden Staat, wiens ambtenaren een dergelijk feit hebben bedreven: „Judicial acts „may be municipally right and yet may effect an inter„national wrong", schreef de Engelsche Regeering. Zij ontkende m. a. w. dat men volkenrechtelijk ter zake van zulke handelingen gebonden is aan de conscientie van vreemde magistraatspersonen.

2°. Het feit der toeëigening had in elk geval plaats gehad aan boord van de prauw, een Nederlandsch vaartuig, voerende de Nederlandsche vlag. Het strafbare feit had dus (ook al had het plaats gehad buiten de territoriale zee) plaats gehad op Nederlandsch territoir.

Deze grond is, volgens de dissertatie (bl. 57 en vlgg.) op zich zelve juist, maar is nooit door den Raad van Justitie aangevoerd (diss. bl. 71), laat staan feitelijk onderzocht. Deze feiten, niet in confesso zijnde, moesten in 1897 door den scheidsrechter ter zijde worden gelaten (diss. bl. 112), daar deze alleen op de gronden van het vonnis van rechtsingang te letten had.

3°. De goederen zijn op Ned.-Indisch grondgebied ver-

kocht, namelijk door den scheepskapitein toen hij te Batjan was aangekomen. Men kon het nemen uit de prauw beschouwen als een daad van berging, doch uit den verkoop ten eigen bate blijkt van toeëigening, en wel te Batjan, op Nederl. grondgebied. Op dien grond was de Nederl.-Indische rechter bevoegd het misdrijf te straffen.

De heer VAN KARNEBEEK doet hiertegen, op bl. 62 en 63, opmerken dat volgens het in 1888 in Nederl.-Indië geldende Wetboek van Strafrecht voor Europeanen de verkoop te Batjan niet kon gelden als eene strafbare toeëigening van hetgeen de heer CARPENTER reeds onder zich had, en dat mitsdien de Raad van Justitie terecht niet in dien verkoop een strafbaar feit heeft gezien.

Over de vraag of uit eene lichtvaardige, hoewel in den *vorm* rechtmatige preventieve hechtenis in het internationaal verkeer eene vordering tot schadevergoeding kan voortvloeien, oordeelt de schrijver dat die vordering *ex bono et aequo* behoort af te hangen van een andere vraag, of namelijk de vermoedens, die tot de preventieve hechtenis hebben geleid, redelijk zijn geweest. En nu waren z. i. de gronden „niet sterk" voor het vermoeden dat het door CARPENTER bedreven delict binnen de grens der territoriale wateren had plaats gehad (diss. bl. 91).

Maar wanneer dit alles zoo is en wanneer vaststaat, dat een internationaal scheidsrechter heeft uitspraak te doen *ex bono et aequo*, dan moet ik erkennen niet in te zien wat er eigenlijk tegen de uitspraak van den Russischen arbiter is aan te voeren. Het is waar, men kan, zoo men wil, zich eenigermate stooten aan den apodictischen vorm der uitspraak dat de prauw *incontestablement*

ronddreef buiten de territoriale zee. Men heeft hierin eene miskenning, een voorbijzien gevonden van de tegenspraak der Nederl. Regeering, althans van de door deze aangevoerde gronden van twijfel. Maar het woord „incontestablement" wijst veeleer op eene vaste overtuiging des scheidsrechters, dan op een miskenning van den inhoud der Nederlandsche Regeeringsnota. Het woord moet worden uitgelegd naar den regel *verba valent usu;* het zou zelfs, als overbodig, kunnen worden geschrapt zonder dat hierdoor de motiveering van de uitspraak zou worden verzwakt.

Nog andere uitspraken in het arbitrale vonnis zijn een weinig bar van toon: o. a. dat de Raad van Justitie door zijn buitenvervolgingstelling onweerlegbaar de onwettigheid van CARPENTER's gevangenhouding zou hebben vastgesteld („que les autorités Néerlandaises ont irréfutablement constaté l'illégitimité de sa détention") en dat de behandeling des aangehoudenen in de gevangenis niet gerechtvaardigd was jegens een in voorloopige hechtenis zich bevindenden onderdaan van een beschaafden Staat, — maar al mogen deze overwegingen misschien minder aangenaam geweest zijn voor Nederlandsche ooren, en al ware zekerlijk een andere woordenkeus gewenscht geweest, — immers de aanhouding was misschien lichtvaardig, doch zeker niet *onwettig,* — dit alles doet aan de hoofdzaak niet af.

Het is mij bij aandachtige lezing der uitspraak voorgekomen dat zij eigenlijk zondigt in dit opzicht, dat zij te veel wil bewijzen, te veel motieven opeenstapelt. Zoo is b.v. de overweging, dat de identiteit der prauw in 't geheel niet bewezen is geworden, op zich zelve overbodig om te komen tot een voor Engeland gunstige uitspraak, waar de arbiter reeds het gemis aan bevoegdheid van de Nederlandsch-Indische autoriteiten had vastgesteld, terwijl

bovendien die overweging alle overtuigende kracht mist. Maar het gaat voor de in het ongelijk gestelde partij kwalijk aan zich over de hoeveelheid der overwegingen te beklagen, waar reeds ééne overweging aan de zaak tot de beslissing leiden moest.

De schrijver besluit zijne beschouwingen over de Costa-Rica-Packet-arbitrage met een behartigenswaardigen wenk. De preventieve hechtenis is, vooral in Indië, waar wegens de verre afstanden en het gemis aan verkeersmiddelen een onderzoek soms lang moet duren, een te scherp wapen. Dat het met omzichtigheid moet worden toegepast, spreekt vanzelf. Maar zelfs eene conscientieuse toepassing zal niet kunnen voorkomen dat het af en toe onverdiend nadeel toebrengt aan personen, die er de slachtoffers van zijn. Het ware daarom, vooral in Indië en met het oog op het internationaal verkeer, wenschelijk het beginsel van vrijlating onder borgtocht in de wetgeving op te nemen.

Het geval immers is leerzaam geweest. Volgens de benadeelde partij, den heer Frieser, waren de wederrechtelijk toegeëigende goederen niet meer dan *f* 224.— waard. Bovendien zou de eigenaar vermoedelijk de goederen toch nimmer hebben terugontvangen, vermits de prauw ronddreef ten spel aan wind en golven en later nooit terechtgekomen is. En nu werd door de heilige Justitie ten slotte op zoodanige wijze gehandeld, dat de Nederlandsche Staat niet minder dan een ton gouds betalen moest! Zoo ergens, dan heeft tegenover kapitein Carpenter de Justitie een blinddoek voor de oogen gehad. Men kan moeielijk ontkennen dat zij tegenover dezen man, door hem wegens een gering vergrijp, vier jaar nadat het was gepleegd, bij zijn terugkeer in onzen Archipel midden in de uitoefening van zijn bedrijf als walvischvaarder van zijn vrijheid te berooven, erg hard-

hardig is opgetreden en dat zij daarbij hare eigene bevoegdheid eerst nauwlettend is gaan wegen, nadat zij den vreemdeling ernstige schade had berokkend. Werd zij in staat gesteld bij later voorkomende gevallen minder scherpe wapenen te gebruiken, zij zou zonder twijfel zelve daarvoor dankbaar zijn.

J. D'AULNIS DE BOUROUILL.

Utrecht, 21 April 1900.

Het Oude Tiendrecht. Academisch proefschrift van J. Kosters. 's-Gravenhage, 1899.

Het bovengenoemde zeer verdienstelijke werk stelt zich in hoofdzaak ten doel de beantwoording van de vraag, waar de oorsprong van ons tiendrecht is te zoeken, eene vraag, waarvan de juiste beantwoording ook praktisch van groote beteekenis is. Is het tiendrecht een Germaansch-rechtelijk instituut, zooals tot nu toe de meeste schrijvers hebben aangenomen? Neen, volgens schr. Wel treffen wij bij de oude Duitschers het gebruik aan, om aan de vorsten geschenken in lastdieren en vruchten te geven, maar dit deed men vrijwillig en die geschenken werden alleen als eerbewijzen beschouwd. Ook de opbrengsten van een gedeelte van het graan, het vee en de kleederen, waartoe b.v. bij de Bataven de lijfeigenen tegenover hunne heeren verplicht waren, hadden niets met het tiendrecht uit te staan. Deze praestatiën waren, evenals de canon bij het colonaatsysteem der Romeinen, waaruit ook sommige schrijvers ons tiendrecht hebben willen afleiden, een vergoeding voor het genot van den grond, dien zij bebouwden. Ook is in het Romeinsche recht de oorsprong van ons tiendrecht niet te zoeken; het wortelt in het recht der Christelijke kerk.

Van veel belang voor de geschiedenis is echter ook het tiendrecht bij de Israëlieten, volgens schr. de eersten in alle tijden, die met tienden zijn bezwaard geweest.

Reeds Abraham stond volgens de overlevering na eene overwinning tienden van de buit aan Melchizedek, den Hoogepriester van Jahwe af, en Jacob deed op de vlucht voor zijn broeder de belofte, dat hij van alles, wat hij kreeg, aan God tienden zou geven. Zeer uitvoerig was op dit punt de wet van Mozes.

Deze tienden behoorden aan Jahwe en werden aan de Levieten opgebracht, ook als vergoeding voor den eeredienst, dien zij verrichtten en als schadeloosstelling, daar zij bij de verdeeling van het land niet een gedeelte van den grond hadden gekregen. Op hun beurt stonden zij weer een tiende van hunne tienden aan de priesters af.

Waren dus volgens het Oude Testament deze uitkeeringen verschuldigd wegens positieve wetsbepaling, in het Nieuwe mist men dwingende voorschriften op dat punt, en in den eersten tijd leverde dit ook geene bezwaren op, daar de gaven der leden van de gemeente vanzelf rijkelijk genoeg binnenkwamen.

Zeer lang duurde dit echter niet en reeds in het eind der tweede en het begin der derde eeuw bleken er aansporingen van de kerkvaders noodig te zijn en begon 't zelfs niet onder de uitzonderingen te behooren, dat de geestelijkheid door het bedreigen met allerlei kerkelijke straffen de leeken tot de voldoening der tienden dwong. Door Justinianus werd hieraan echter een einde gemaakt, hij bepaalde, dat het den bisschoppen en anderen geestelijken verboden zou zijn, deze straffen op wanbetalers der tienden te stellen, met dit gevolg echter, dat in het Oost-Romeinsche rijk het tiendrecht ging kwijnen.

Geheel anders was de loop der zaken in het Westersche rijk. Daar werden de bisschoppen in hunne pogingen om het tiendrecht der kerk te bevestigen en op het niet-nakomen der daaruit ontstaande verplichtingen eene kerkelijke sanctie te stellen, door de wereldlijke macht

krachtig gesteund. Op verschillende conciliën waren de tienden een onderwerp van behandeling en er werden daar straffen bepaald op de wanbetaling er van.

Mocht men dit doen? Mochten de tienden, oorspronkelijk vrijwillige giften der eerste Christenen, op die wijze wel worden gemaakt tot eene algemeene kerkelijke belasting, waarvan de nakoming door straf werd verzekerd? Volgens schr. ja. De kerk was alleszins bevoegd hare leden dezen last op te leggen, om in haar eigen onderhoud en in dat harer dienaren te voorzien. Hij, wien ze niet naar den zin waren, kon ophouden lid van de gemeenschap te zijn. Maar was men als Christen thans al kerkrechtelijk gebonden tot betaling van tienden, burgerrechtelijk was men hieromtrent tot niets verplicht.

Na eenigen tijd zou ook dit echter anders worden; in 763—764 decreteerde koning Pepijn aan bisschop Lullus van Mainz: „Et sic providere faciatis et ordinare de verbo nostro, ut unusquisque homo, aut vellet aut nollet, suam decimam donet", en thans overtrad men, wanneer men niet aan den tiendplicht voldeed, eene koninklijke verordening.

Karel de Groote zette het eens begonnen werk voort, vernieuwde eerst het gebod van Pepijn, en vaardigde later nog vele capitularia uit, waarin hij de nakoming van den tiendplicht ten behoeve van de kerk gebood; hij spaarde geen moeite dezen steeds meer algemeen te maken, voegde aan de voorschriften, die eerst zonder sanctie waren, strafbepalingen toe en zette de kroon op zijn werk door het „capitulare de villis" in 800, waarin hij ook alle koninklijke domeingoederen aan den algemeenen tiendplicht onderwierp. Lodewijk de Vrome ging op den thans ingeslagen weg voort; vooral droeg hij zorg voor de richtige betaling van een ander tiend, de zoogenaamde „nona et decima", zijnde een opbrengst verschul-

digd wegens het genot van kerkelijke landerijen, en ook Lodewijks zonen en opvolgers vaardigden meer dan één capitulare uit, waarin op de getrouwe voldoening zoowel van de volkstienden als van deze „nona et decima" werd aangedrongen en straf werd gesteld op niet-nakoming der koninklijke voorschriften op dit punt.

In de tijden, welke volgden op de regeering van Lodewijk den Vrome, onderging echter het tiendrecht veranderingen, die voor de kerk noodlottig waren. Door allerlei omstandigheden kwamen tal van tienden uit hare macht in handen van de leeken. Vooral gebeurde dit door het stichten van kerken in nieuwe villae (dorpen en vlekken), waarbij de tienden niet meer aan de moederkerk kwamen, maar aan de nieuwe bedehuizen. Zij werden afgedragen aan de stichters en latere eigenaars der kerk, die ze wel is waar voor kerkelijke doeleinden moesten gebruiken, maar zich niet altijd aan dit voorschrift hielden en ze maar al te dikwijls als een hun competeerend inkomen beschouwden. Reeds Karel de Groote was tegen deze onttrekking van de tienden aan hunne bestemming opgetreden; ook de kerk deed al het hare om het misbruik te keeren, maar hare krachten schoten te kort en in den loop des tijds werd het leekentiendrecht zoo algemeen, dat het niet meer mogelijk was den ouden toestand te herstellen, ook al verklaarde keizer Frederik I in 1186 nog op den rijksdag te Gelnhausen, dat alle tiendrecht in zijn oorsprong kerkelijk was en dat de tienden, die zich in leekenhanden bevonden, van de kerk afkomstig waren.

Ook in ons land treedt het kerkelijk karakter van het tiendrecht oudtijds sterk op den voorgrond.

Vóór de invoering van het Christendom was hier van dat recht geen sprake, ook bezat de kerk in haar eersten tijd nog geene tienden, zij durfde blijkbaar aan de toen

pas bekeerde heidenen dezen last nog niet opleggen; maar langzamerhand werd dit anders en in de 10e eeuw was zij reeds rijk aan deze soort van inkomsten.

Wat onze verschillende gewesten afzonderlijk aangaat deelt schr. als het resultaat zijner onderzoekingen het volgende mede:

In Gelderland vindt men omstreeks de 11e eeuw tienden bijna niet anders dan in verband met kerken genoemd en bij de meeste kerken behoorden ook tienden; eerst later zien wij deze ook in handen van leeken. In Holland zijn tot aan de 13e eeuw geene voorbeelden van tienden, waarover door graven of edelen wordt beschikt, zonder dat zij in verbinding met eene kerk voorkomen. Zien we hier later tienden in handen van leeken, dan is hiervan vooral de oorzaak te zoeken in het collatierecht. In Zeeland waren het naast de collatoren de pastoors der parochiekerken zelf, die de tienden der Godshuizen genoten, waarin zij den dienst waarnamen. De eerste, in wiens bezit wij in Brabant tienden aantreffen, is de bisschop van Luik, onder wiens diocese de landstreek behoorde, en in 1131 noemt de Brabantsche hertog tiendrecht uitdrukkelijk een „jus parochiale".

Ook in Limburg was de toestand als elders. In Overijsel beschikte de Utrechtsche bisschop, reeds voordat hij er wereldlijke macht bezat, over tienden en in Drenthe werden, al waren ook vele tienden uit het bezit der kerk geraakt, deze in de 14e en 15e eeuw nog steeds als een kerkelijke opbrengst beschouwd, zooals ook blijkt uit het Drentsche seendrecht, waarin tienden gerekend werden te behooren tot de zaken, die onder het geestelijk recht vielen.

De tienden, die op de Friezen drukten al sinds hunne onderwerping aan de Franken, en die ook voorkomen in de zoogenaamde Magnuskeuren, werden later in de

seendrechten herhaaldelijk vermeld; deze oud-kerkelijke rechten waren zeer gestreng op dit punt, het zuiver kerkelijk karakter dezer tienden komt nog goed uit in een art. in het zoog. Keizer-Rudolphs-boek, waarin verboden wordt tienden te geven aan landheeren.

Wat eindelijk de Groningsche tienden betreft, de Fivelgoër en Ommelander seendrechten o. a. bevatten dezelfde bepaling als het Westerlauwersche, dat de tienden door een ieder behooren gegeven te worden aan de kerk, waar begraven en gedoopt wordt en waar het altaar is, terwijl ook door hetgeen verder nog omtrent die tienden bekend is, de opvatting wordt bevestigd, dat zij van kerkelijken oorsprong waren.

Een zeer gewichtig argument voor dien kerkelijken oorsprong levert, zegt schr., ook de oude geschiedenis van het novale tiendrecht. „Zij leert ons, dat er een tijd ge„weest is, waarin iedere grond, die voor het eerst in cul„tuur gebracht werd, de tienden aan de kerk behoorde „op te brengen, een feit, waaruit mag afgeleid worden, „dat zij de eenige tiendhefster is geweest, aan wie alle „tienden toekwamen. De aanspraken, die de kerk nog op „de novalia kon doen gelden, waren een overblijfsel uit „den tijd van haar algemeen tiendrecht, dat het karakter „eener geestelijke inkomstenbelasting bezat."

Vervolgens wordt voor elke provincie afzonderlijk bewezen „vooreerst, dat hier te lande onaangevochten de „kerk in het genot van de novale tienden geweest is, en „ten tweede, dat leeken hunne rechten ten dezen aanzien „van haar hebben afgeleid."

En eindelijk berustte ook de rechtspraak van tiendaangelegenheden tot in de 16e eeuw in geestelijke handen, wat wederom voor elke provincie wordt aangetoond. Met dit alles heeft schr. vele krachtige bewijzen aangehaald voor zijne stelling: „Het tiendrecht in Nederland

is van kerkelijken oorsprong", die, mocht zij ook in de praktijk worden aangenomen, eene groote verandering zal moeten teweegbrengen. De tot nu toe geldige leer toch, hoofdzakelijk berustende op het gevoelen van DE GROOT (Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid" Dl. II § 45) als zou oorspronkelijk de landsheer „decimator universalis" zijn geweest, brengt, wanneer de tiendheffer zijn recht van dezen kan afleiden, den bewijslast op dengene, die ontkent tiendplichtig te zijn, zoodat bijv. thans op ieder die tegenover het domein staat die last drukt, daar het domein opvolger van den vroegeren landsheer is, terwijl omgekeerd door den tiendheffer tiendplichtigheid moet worden bewezen, wanneer hij zijn rechten afleidt van een particulier of van eene kerkelijke instelling.

Op een en ander werd ook door Mr. SEERP GRATAMA meer in het bijzonder de aandacht gevestigd, toen deze dit onderwerp op de sectievergadering van het Provinciaal Utrechtsch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen 8 Juni 1899 behandelde en daarbij verklaarde het in hoofdzaak geheel eens te zijn met de beschouwingen van den schr. van de thans behandelde dissertatie, die, zooals hem bleek toen hij zich reeds met deze studie bezighield, toevallig terzelfder tijd dit hoogstbelangrijke onderwerp had ter hand genomen.

Wij zullen den schr. niet op den voet volgen, waar hij de geschiedenis der wetgeving op het tiendrecht in ons land behandelt, o. a. de aandacht vestigt op verschillende kwesties, die zich voordeden als gevolg van het bekende edict van Karel V van 1520 en de daarbij behoorende interpretatieve placaten van 1528 en 1529, verder op de belangrijke gevolgen wijst die de afzwering van koning Philips en de verdringing van den Roomsch-Katholieken godsdienst voor de tienden had en eindelijk

de wetsbepalingen bespreekt die na de revolutie het tiendrecht regelden. Evenmin zullen wij hier de voor de praktijk dikwijls belangrijke vraagpunten opnoemen, die in het hoofdstuk getiteld: „Tiendplichtige vruchten en beesten" beantwoord worden. Dit zou ons te ver voeren, genoeg dat ook hier de schr. blijken geeft van een helder inzicht te hebben in de zich voordoende moeielijkheden en geen moeite te hebben geschroomd om in dezen tot eene bevredigende oplossing te geraken.

Met de beantwoording van „eenige verspreide vragen omtrent tiendrecht" bijv. welke acties er tot handhaving van dat recht moeten worden ingesteld en tegenover wie, welke toepassing de rechtsinstituten van bezit en verjaring voor de oude tienden vinden, enz. eindigt het belangrijke proefschrift, dat wat wel niet van vele dissertaties kan worden gezegd, niet alleen uit een historisch oogpunt vele verdiensten heeft, maar ook, mocht het, wat het alleszins verdient, met aandacht worden gelezen door hen, die over de thans nog veelvuldig voorkomende tiendkwesties hebben te beslissen, ook grooten invloed zal kunnen uitoefenen op de praktijk.

A. Telting.

Opmerkingen over het Koninklijk Referendum. — *Academisch Proefschrift,* door L. E. M. VON FISENNE. — 's-Gravenhaagsche Kantoor-, Boek- en Papierhandel.

Wij moeten den heer VON FISENNE dank weten, dat hij ons in zijn Academisch Proefschrift een heldere uiteenzetting heeft gegeven van de leer van het Koninklijk Referendum en daardoor de belangstelling gevraagd voor een onderwerp, dat slechts zeer zelden de eer eener behandeling is waardig gekeurd en dat ook in werken over Staatsrecht òf in het geheel niet, òf terloops wordt aangeroerd. Afgescheiden van de door den jeugdigen rechtsgeleerde verdedigde conclusie, verdient de lezing ervan ten volle aanbeveling.

Hij verdeelt zijn stof over vier hoofdstukken. In het eerste handelt hij in het algemeen over de vertegenwoordiging en knoopt daaraan vast eenige opmerkingen over de laatste algemeene verkiezingen hier te lande; in het tweede wordt de geschiedenis van het Koninklijk Referendum geschetst; in het derde worden de tegen dat Referendum ingebrachte bezwaren gewogen en te licht bevonden, terwijl in het vierde hoofdstuk tot Besluit op de voordeelen van het Referendum wordt gewezen.

Terecht merkt de schrijver op, dat België het eenige land is, waar van de invoering van het Referendum sprake is geweest. Er wordt aan herinnerd, dat, toen

in 1890 aldaar de grondwetsherziening aan de orde was, de regeering in een nota aan de centrale sectie voor het eerst met het denkbeeld van een Koninklijk referendum voor den dag kwam, d. i. met het recht, aan den koning toekomende, om onder mede-onderteekening van den betrokken Minister zich in verbinding met de kiezers te stellen, ten einde hun advies te verkrijgen over bepaalde voordrachten, die door de vertegenwoordiging zijn aangenomen. Het voorstel werd warm bepleit door den Minister van Financiën, BEERNAERT, den tegenwoordigen president der Kamer, maar het vond ook in de centrale sectie grondige bestrijding. In 1892 werden de door de regeering in uitzicht gestelde voorstellen tot grondwetsherziening bij de Kamer van Afgevaardigden, ook dat betreffende de herziening van art. 69, het Koninklijk referendum betreffende, ingediend. Vooral trachtte de regeering de meening ingang te doen vinden, dat het recht van ontbinding geheel iets anders is dan het recht hetwelk men wilde invoeren (bl. 43). De openbare behandeling is begonnen op 26 April 1892 en wel is na hevige bestrijding van den heer WOESTE het voorstel in beginsel aangenomen, ook in den Senaat (1), maar inmiddels had het zooveel oppositie in den lande verwekt — de schrijver verwijst o. a. naar een bekend werkje van Mr. SIMON DEPLOIGE, *Le Referendum Suisse*, merkwaardig omdat daarin een brief van den hoogleeraar aan de Leuvensche universiteit, (later Minister) I. VAN DE HEUVEL, is opgenomen — dat de regeering bevreesd begon te worden, dat het geheele herzieningswerk op dit voorstel zou stranden, en trok het daarom in.

De schrijver tracht daarna de tegen het Koninklijk

(1) In de Kamer met 78 tegen 48 stemmen; in den Senaat met 46 tegen 12 stemmen.

referendum ingebrachte bezwaren te ontzenuwen, maar eindigt toch met te erkennen, dat het maar beter is, dat het niet in België is ingevoerd. Voor ons land, meent hij, zou het iets anders zijn. In aansluiting aan hetgeen door hem in het eerste hoofdstuk is aangevoerd, betoogt hij in zijn laatste hoofdstuk, dat onze volksgeest inderdaad voldoende aan den gestelden eisch beantwoordt, namelijk dat ze ontwikkeld, bezadigd genoeg is, om het voor en tegen van een maatregel met de noodige objectiviteit te overwegen, zonder zich door te heftigen partijgeest te doen medesleepen om de invoering van het referendum met gerustheid te beproeven en van de voordeelen te genieten, die het met zich brengt. Het zou zijns inziens dan als correctief van het kiesstelsel kunnen dienen en de misstanden der districtsverdeeling goedmaken.

Bij de overweging van de vraag of de invoering van het Koninklijk referendum al of niet aanbeveling verdient is ook door den schrijver niet voorbijgezien, dat het à priori juist zoo hoogst bezwaarlijk is uit te maken wanneer de koning tot dit recht de toevlucht moet nemen. En nu schijnt mij de zwakke zijde van schrijvers betoog niet alleen, dat hij dit volmondig erkent, maar ook dat hij er bijvoegt, niet noodig te achten dit te zeggen, omdat naar zijn meening de beslissing vrijelijk aan de Kroon moet worden overgelaten; ja dat zelfs in verreweg de meeste gevallen zij van het middel *geen gebruik zal maken*. En dan haalt hij zeer terecht eenige voorbeelden aan, dat bijv. over een ontwerp tot wijziging van het Strafwetboek, een Indische comptabiliteitswet: onderwerpen, die het kiezerscorps in het algemeen niet kan beoordeelen, nooit een referendum kan worden uitgelokt. Het eenige, wat z. i. de wetgever zou kunnen doen, zou dit zijn, dat hij enkele onderwerpen aan deze

bevoegdheid onttrok, b.v. begrootingen, naturalisatiën, tractaten enz.

Blijkt reeds uit het bovenstaande, dat de schrijver zelve inziet, dat een toekennen van dit recht in alle gevallen niet wel mogelijk schijnt, immers, hij wil dat desnoods bij de wet bepaald worde waarover het referendum *niet* kan worden uitgelokt, juist uit een ander moet de conclusie worden getrokken dat de invoering van het recht op zichzelve afkeuring verdient.

Met groot talent is indertijd door den heer Woeste en door prof. Van den Heuvel het middel bestreden, en al tracht de schrijver de ongegrondheid dezer bestrijding aan te toonen, het wil voorkomen, dat hij daarin niet is geslaagd, al moge hij met talent op de zwakke zijde van hun betoog de aandacht hebben gevestigd.

Voor mij is altijd het groote argument tegen het recht des konings om eenmaal aangenomen onderwerpen nog aan het oordeel van het volk te onderwerpen dat de koning, het is niet wel te ontkennen, zich actief in den partijstrijd mengt. De schrijver moge daartegen opmerken, dat de koning het advies niet behoeft te volgen, maar men houde in deze rekening met de praktijk. Juist, omdat, zooals de schrijver zelve zegt, het recht in hoogst zeldzame omstandigheden zal worden toegepast, juist daarom zal, wanneer de koning bij toepassing van dit recht een ongunstig *advies* krijgt, zijn prestige daardoor wel degelijk zijn aangetast.

Ja, wanneer het oogenblik kalm bleef en geen agitatie ontstond, dan zou mogelijk 's konings recht vrijelijk kunnen worden uitgeoefend, maar dit is niet aan te nemen, omdat het juist die weinige malen, dat het referendum zal worden toegepast, aan opwinding niet zal ontbreken.

Kan men wel zeggen, dat de Minister wien de zaak aangaat, het besluit tot *referendum* mede onderteekent,

maar daargelaten dat zoo'n minister, krijgt de volksvertegenwoordiging gelijk, wel zal dienen af te treden, is het wel degelijk ook de Kroon, die hier heeft misgetast. Men herinnert zich dat de door onzen Koning in 1868 geteekende proclamatie, waarbij hij feitelijk vóór het Ministerie VAN ZUYLEN—HEEMSKERK partij trok, overal een slechten indruk in ons land gemaakt heeft en dan ook daarom later door alle staatslieden van naam is afgekeurd.

Men vergete toch niet, dat de positie des konings is een geheel andere, dan die van de overige staatslichamen. Dat de heer VAN HELLEPUTTE (bl. 82) beweerde, dat bij elke verwerping door een referendum van een wetsontwerp er steeds *capitis diminutio* plaats grijpt, acht ik volkomen juist, omdat in de praktijk in de hoogst enkele gevallen, waarin het recht zal toegepast worden, het toch meestal de quaestie zal zijn, dat de koning tegen het door de beide Kamers aangenomen ontwerp van wet is gekant en hij van oordeel is, dat de publieke opinie — want daarop komt het hier aan — met hem eenstemmig denkt. Begeeft de onschendbare koning zich op deze wijze in den strijd der partijen en wordt — want daarop komt het dan toch neêr — door hem de nederlaag geleden, dan is dat geheel iets anders dan dat bijv. het advies van de Raad van State niet gevolgd wordt, of dat een vonnis gewezen wordt in strijd met de conclusie van het Openbaar Ministerie, of wanneer de Kroon een besluit van een gemeenteraad vernietigt. Ik zou niet willen beweren, dat in een dergelijk geval van referendum toch, de waardigheid, de autoriteit van dengene, die het middel toepast, niet zou worden gekrenkt.

Het middel is mij bovendien om een andere reden verwerpelijk. Vooreerst, omdat het eigenlijk neerkomt op een derde instantie van wetgeving; eerst de 2e Kamer, dan een andere Kamer, eindelijk het volk. Waarom het

volk opnieuw gehoord? terwijl toch het kiesrecht al zoo ver is uitgebreid? Zijn er inderdaad teekenen, dat de vertegenwoordiging niet meer het volk representeert, welnu dan is een ontbinding verre te verkiezen boven een aantal *referenda*.

En hier kom ik tot het m. i. juiste argument van den heer WOESTE dat een Koninklijk Referendum overbodig is naast het ontbindingsrecht, dat toch in alle parlementaire Staten aan den koning is toegekend. De schrijver behandelt dit punt op bl. 91 (vgl. ook 51 en vlg.); volgens zijn opvatting zou juist wanneer het referendum bestond, ontbinding meer in overeenstemming zijn met het parlementaire stelsel en moet een herhaaldelijk toegepast referendum gegronde reden voor ontbinding opleveren. Ik geloof echter, dat het referendum op deze wijze toegepast de ministerieele instabiliteit in bedenkelijke mate zou in de hand werken, want wanneer een referendum over een voordracht van gewicht, waarover alleen ook volgens den schrijver het referendum behoort uitgelokt te worden, tegen de regeering beslist — dus a. h. w. een eerste argument daaruit kon geput worden voor een latere ontbinding — dan zal de regeering waarschijnlijk in haar geheel moeten aftreden; doet zich hetzelfde verschijnsel voor bij een andere voordracht, dan zal ook het dan opgetreden kabinet zijn afscheid moeten nemen; enz. In plaats van al die mogelijke ministerieele crisissen verdient zeker een ontbinding voor eens de voorkeur. Stel bijv. dat na de aanneming van het amendement DE MEYIER op het kieswet-ontwerp van den minister TAK VAN POORTVLIET geen ontbinding gevolgd, maar het volk geraadpleegd ware door een referendum, door het ministerie namens de Kroon uitgelokt. Een van beiden ware dan geschied: of, (zooals bij de ontbinding bleek) de meerderheid was het niet eens met het ontwerp in welk geval het

ministerie had moeten aftreden en een nieuw gevormd worden, dat toch niet met de Kamer, zooals zij toen was samengesteld, had kunnen regeeren en tot ontbinding had moeten adviseeren; òf de meerderheid had zich vóór het ontwerp uitgesproken en dan had het ministerie kunnen aanblijven, maar het had ook moeten ontbinden omdat het na de uitspraak van het volk niet met deze Kamer had kunnen regeeren. Maar dan verdient het immers verre de voorkeur, maar dadelijk de ontbinding uit te spreken, dan herhaaldelijk een referendum uit te lokken, dat de agitatie in den lande op bedenkelijke wijze aan den gang houdt.

Het is volkomen waar, wat de schrijver er bijvoegt, dat, wanneer een vertegenwoordiging onder de leuze welke een ontbinding heeft opgeworpen, gekozen is, zij niettemin gedurende haar zittingperiode haar aandeel in de wetgevende macht behoudt, doch hierin kan een referendum m. i. niets veranderen. Het eenige, hetwelk hiertegen zou helpen, ware, dat de Kamer na aanneming der voordracht, welker verwerping tot ontbinding geleid heeft, opnieuw wierd ontbonden. Wanneer bijv. na de verkiezing der 2e Kamer, gekozen tegen het kieswet-ontwerp Tak van Poortvliet, opnieuw een ontbinding ware uitgesproken, en de toen gehouden verkiezingen onder geheel normale omstandigheden hadden plaats gegrepen, dan zou misschien de parlementaire toestand veel zuiverder zijn geworden dan die toen was, want het is niet te ontkennen, dat om de genoemde voordracht van de baan te schuiven bij de herstemming liberalen op anti-revolutionnaire en katholieke leden stemden, wat zij in gewone omstandigheden waarschijnlijk niet zouden hebben gedaan. Doch wie zou de verantwoordelijkheid voor zoo'n tweede ontbinding hebben op zich genomen; zelfs al had een referendum de noodzakelijkheid aangetoond! Trouwens

juist, omdat meer dan één referendum noodig geweest ware, zou de eerst gekozen Tweede Kamer toch al eenige jaren hebben moeten zitten en veel ander werk afdoen, vóór uit de herhaalde referenda de noodzakelijkheid tot ontbinding was gebleken.

Hoeveel waars er ten slotte ook ligt in hetgeen de schrijver in zijn eerste hoofdstuk speciaal over de feiten, die zich bij de laatste ontbinding en de jongste hernieuwing der 2e Kamer hebben voorgedaan, of daarom het referendum een correctief zou wezen, schijnt te betwijfelen en zou in allen gevalle eerst dan blijken, wanneer men het had ingevoerd. Daartegen verzetten zich nu echter de redenen, welke boven in het kort zijn aangegeven. Alhoewel dus met schrijvers conclusie niet instemmende, kan ik toch ieder raden het goed en met gloed geschreven proefschrift niet ongelezen te laten.

Den Haag, 23 April 1900.

Mr. J. B. Breukelman.

Agrarische Wetgeving in Pruisen. — *Proefschrift door* P. C. VAN GEER. — Leiden 1899, 298 bladzijden. A. W. SIJTHOFF.

Den 17 April 1899 werd op dit proefschrift het doctoraat in de Staatswetenschap verkregen. Schr. zegt in zijne Inleiding (bl. 5) dat het doel van zijn arbeid ook was, belangstelling te wekken in de Pruisische agrarische politiek der laatste jaren. Een uitvoerig overzicht van het vroegere in Pruisen ging daarom vooraf. Afd. I, bl. 6—79, bevat daarover 4 Hoofdstukken. Het eerste behandelt den toestand vóór de bevrijdingswetgeving, die vooral na den slag bij Jena, in 1807 tot stand begon te komen. Vroondiensten werden toen reeds vele afgeschaft, en uitbreiding van het groote grondbezit tegengegaan. Zoo deed het edict van Frederik II van 1749, vooral na 1764 veel toegepast, tot herstel van wat de 7-jarige oorlog bedorven had.

Hoofdstuk II, bl. 24—39, §§ 1 en 2, noemt zich naar de materieele agrarische wetgeving, en bespreekt het edict van 9 Oct. 1807, waardoor Min. v. STEIN den grond tot vrij en verhandelbaar eigendom maakte, wat nog aangevuld werd door 't Edict van 4 Sept. 1811 (het Regulierungsedikt van Min. v. HARDENBERG), welk laatste intusschen 29 Mei 1816 een wijziging onderging door een nieuwe wet, die tot 1850 in werking bleef. Was die wet, of liever die declaratie van 1816, meer bezwarend

voor de boeren, daarentegen kwam (zie bl. 30) de wet van 7 Juni 1821 ten gunste der aflossing van diensten en lasten, op aanvrage hetzij van den boer, hetzij van den heer van het goed. En (bl. 31) een andere wet van 7 Juni 1821, verdeeling van grond vergemakkelijkend, die nog steeds van kracht is, behoudens eenige uitbreiding 2 Maart 1850, tot aflosbaarstelling van servituten, en 2 April 1872, omtrent het verdeelen van gemeenschappelijk bezit. In 1838 daarentegen was bepaald, dat voor verdeeling, verbonden met omruiling van grond, de goedkeuring noodig was der bezitters van een vierde der aan de omruiling onderworpen landerijen. En in 1872 vond dat bij de wet van 8 April uitbreiding ook tot het zamenvoegen van stukken land.

Nog twee andere wetten van 2 Maart 1850 worden vermeld, en wel in § 2, bl. 34—39. Vooreerst die tot aflosbaarstelling van allerlei lasten op den grond, welke niet voor alle schadevergoeding vorderde, en voorts 't Edict van 1811 en de declaratie van 1816 introk. Na 1866 voerde men die wetten van 1850 ook in in wat toen Pruisisch werd. De andere dier wetten deed den Staat zeven rentenbanken oprichten, op zijn kosten en garantie, als agenten tusschen aflossers en rechthebbenden.

Hoofdstuk III (bl. 39—56) geeft zijn 4 §§ aan de formeele agrarische wetgeving. Eerst de uitvoeringsorganen, de Generale Commissies, die van edicten dd. 14 Sept. 1811 dagteekenen en 3 Oct. 1811 't eerst werden benoemd, met nadere regeling bij verordening van 20 Juni 1817, terwijl haar later nog werd opgedragen de uitvoering der wetten van 1821, van 1850 en nog van die van 1872, hierboven vermeld. Thans zijn er 9, nl. te Bromberg, Koningsbergen (1896 opgericht), Frankfort a. O., Breslau, Merseburg, Hanover, Kassel (mede voor eenige vorsten-

dommen), Munster, Dusseldorp. Zij werken voor 't geheele Koningrijk, kunnen voorschriften geven en ook als rechters optreden, waarbij dan weer het *Ober-Landeskulturgericht*, dat in 1844 tot stand kwam, als Hof v. Appèl werkt.

Vóór 1844 waren er 5 „Revisionskollegiën", toen kwam er dit ééne, welks naam dagteekent van de wet van 18 Febr. 1880, met 1 Pres. en 8 leden, waarvan de meerderheid bevoegd moet wezen voor lidmaatschap der hoogere rechterlijke colleges. Overigens wordt van allen wetenschap van het landbouwbedrijf gevorderd. De werkkring kan ook zijn: advies aan den Minister te geven, als deze een bezwaar, bij hem ingebracht als zoodanig, maar z. i. een rechtsgeschil, bij het Hof inbrengt. In zijn rechterlijke beslissingen is het genoemd Hof ook nog onderworpen aan de revisie bij het Rijksgerechtshof, als het geldt eigenlijke civielrechtelijke zaken.

Zoo moet ten slotte bij verschil het hoogste collegie beslissen. Men heeft overigens de agrarische voorschriften noch in 1844 noch in 1880 veel veranderd. De wet van 1817 is ook in dat opzicht nog geldend, dat een commissaris, door de G. C. benoemd, door behandeling der zaken met partijen trachten moet, de procedure te vermijden.

Kan zulks niet, dan mag de G. C. nog nader instructie gelasten, nader vragen doen aan partijen (bl. 51).

Dat er ook nog zijn rentenbanken onder Staatstoezicht en Kamers van Landbouw (wet dd. 30 Juni 1894), is zoozeer niet juridisch, al wijdt Schr. er ook bl. 51—56, §§ 3 en 4 aan.

In 't algemeen schijnt men nogal iets voor den landbouw te hebben verkregen, zie ook Hoofdst. IV, bl. 56—79. Zoo richtte in 1779 Frederik II voor Silezië een corporatief genootschap met gedwongen deelneming der grond-

bezitters op, om door bevoorrechte pandbrieven, waarvoor al de goederen aansprakelijk waren, goed crediet teweeg te brengen (bl. 63). Dat genootschap had ook eenige rechterlijke bevoegdheid. Ook voor andere provincies van Pruisen richtte men er eenige op, Landschaften of Ritterschaften, maar de nieuwere dier instellingen eischen niet 't geheel vermogen, enkel 't zamenbrengen van een zekerheidsfonds door de leden. In 't algemeen heeft de wetgeving sedert 1807 de splitsing in toestand tusschen grondeigenaars en arbeiders grooter gemaakt. Wat deze laatsten nog aan rechten op gemeenschappelijke gronden hadden, werd in 1821 bij de verdeelingswet niet genoeg geëerbiedigd (bl. 70) en ook later door meer fabrieken en meer aankoop van grond door kapitalisten tegengegaan. Er zijn dan ook meer dan vroeger arbeiders, die heen en weer trekken voor den kost (bl. 74). Maar door allerlei redenen, vooral de dalende graanprijzen, is de grond minder waard dan vroeger.

Over al die redenen van muntwezen, invoerrechten enz. lang uit te gaan weiden, zou hier buiten het bestek vallen. Met Schr.'s Afd. II ga ik liever zamen waar zij de nieuwere Pruisische agrarische wetgeving behandelt in hare Hoofdstukken I—V, bl. 80—276. Het eerste van die Hoofdstukken vermeldt den achteruitgang van den landbouwmiddenstand in Pruisen, al trachtte de Regeering ook hoeven op door haar verkocht domein te vestigen. Ook de erfpacht (bl. 88—97). Deze was in 1867 ingevoerd in Mecklemburg-Schwerin, met omzetting der pachters in erfpachters, die hun canon met het 25-voud bedrag kunnen aflossen en zoo eigenaars worden.

Ons Groningsch beklemrecht vond almede lof, nl. van A. Lammers, in de *Anlagen*, *Haus der Abgeordn.*, 1886, § 125, bl. 45.

In Pruisen kwam 26 April 1886 een nieuwe wet

(bl. 97—106, § 2). Die moest de vermeerdering der Polen, door hun goedkooper leven, op het platteland in Posen en West-Pruisen tegengaan. Bismarck had den Staat willen machtigen om voor M. 100 millioen land op te koopen en daar dan Duitschers te vestigen. Daartoe was het niet gekomen, maar de nieuwe wet gaf machtiging aan de eigenaars om te vervreemden tegen oplegging van een permanente grondrente. Tot uitvoering dier wet kwam een Ansiedelungs-Kommission te Bromberg, die nooit aan Polen mag verkoopen of aan wie reeds in streken van gemengde nationaliteit grondbezit hebben. Zoo werd veel meer als rentengoed, in erfpacht, uitgegeven dan voor gewone huur, in tijdpacht. Die erfpacht is dan 3 à 2 pCt. van het kapitaal. Al krijgen de kolonisten tegen 3 pCt. voorschot voor de drainages, die laatste schuld moeten zij binnen 25 jaar delgen.

De kolonisten kunnen de gebouwen zelf oprichten of dit aan de Commissie te Bromberg overlaten. Een eigen kapitaaltje ervoor hebbend, worden zij drie jaren vrijgesteld van de rentebetaling, nl. als zij zelven bouwen. Willen zij, dat de Commissie voor hen bouwen zal, dan moeten zij ongeveer een derde van den grondprijs contant betalen, daarvoor en voor het aanschaffen van den inventaris.

Dat derde deel van den grondprijs bleek al spoedig onvoldoende, zoodat de Commissie nogal supplementaire voorschotten deed à 4 pCt. rente, in 10 tot 20 jaar af te lossen.

Voor de andere deelen van Pruisen kwam 27 Juni 1890 een dergelijke wet (bl. 106—121 § 3). Maar volgens deze koloniseert de Staat zelf daar niet. Ook brengt de wet een wijziging in art. 91 der wet van 2 Maart 1850; de rente, bij vrij contract te vestigen, mag nu langer dan 30 jaar op het goed rusten, mag eeuwig zijn, behoudens

recht tot vordering van aflossing, welk recht iedere partij bezit. Eischt de heffer die aflossing, dan mag hij nooit meer eischen dan 25 maal de rente, al was er een hooger bedrag gestipuleerd. Voor 't geval van aflossing of vordering van den schuldenaar zou dus die stipulatie dan wèl gelden. RODBERTUS JAGETZOW, die onaflosbaarheid der rente gewenscht had, kreeg dus niet ten volle zijn zin (bl. 108). Maar men kan bij contract bepalen, dat slechts met toestemming van beide partijen afgelost mag worden. Men kan ook in plaats van renten bedingen (§ 2 wet 1890) vaste praestaties in graan, die dan volgens de jaarlijks door Gen. Commissies bekend te maken marktprijzen in geld moeten worden betaald (bl. 113). Ook kunnen de Gen. Comm^{s} optreden als rechterlijke collegies, maar enkel in het Staatsbelang en op verzoek van den grondeigenaar.

De wet van 9 Maart 1850 had den eigenaar van een fidei-commis of van een verhypothekeerd landgoed vrij verklaard tot verkoop van gedeelten van zijn eigendom tegen een prijs in kapitaal of in renten, aflosbaar overeenkomstig de wet van 2 Maart 1850, ook zonder goedkeuring der fidei-commissaire verwachters of hypothecaire schuldeischers, mits de Gen. Comm. (of bij goederen, beleend door een Landschaft, het bestuur dáárvan) een attest gaf, dat de vervreemding voor die belanghebbenden onschadelijk is.

Nu bepaalt de wet van 1890 nog in haar § 1, dat een rentengoed moet worden gevestigd, vrij van de hypotheken van het land, waarvan het wordt afgescheiden. Dat kan (bl. 119) natuurlijk wel geschieden als de schulden worden afgelost of als de hypothecaire schuldeischers hun toestemming verleenen, maar het kan ook zonder dat alles geschieden op een onschadelijkheidsattest der Gen. Comm., op een verklaring nl., dat het overblijvend deel genoeg

is om de hypotheek zeker te doen blijven, met of zonder uitkeering van een som aan den schuldeischer uit wat de verkrijger van het rentengoed betalen moest.

Crediet scheen er te weinig te zijn om die wet veel te doen werken. Daarom kwam men reeds 7 Juli 1891 met een andere (§ 4, bl. 121—149). Dr. MIQUEL was toen Min. v. Financiën. Die laatste wet geeft hulp van Staatscrediet en medewerking der ambtenaren door de Gen. Comm. tot uitvoering der wet van 1890. Zij bepaalt, dat wie rentegoed verkoopt van de rentebank òf het 27-voudig bedrag der rente in $3^1/_2$ pCt. òf $23^2/_3$ maal de rente in 4 pCts. schuldbrieven, volgens de nominale waarde, krijgen kan. Daar intusschen de 4 pCts. boven pari kwamen, mag, volgens Min. Besluit van 16 Nov. 1891, tot nader order enkel $3^1/_2$ pCts. worden uitgegeven bij toepassing dier wet van 7 Juli. Mede van 16 Nov. 1891 dagteekent de uitvoeringsverordening voor die laatste wet, waaromtrent de schr. vooral MAHRAUN aanhaalt op bl. 129 e. v.

De Gen. Commissies hebben het meest daarbij te doen. De Amtsrichter verricht de inschrijving in het Grondboek, die noodig is tot eigendomsoverdracht.

Hoe is het nu met verhypothekeerde goederen? Volgens de wet van 27 Juni 1890 moet het rentengoed vrij zijn van de hypotheken van het goed, waarvan het wordt afgescheiden. De wet van 7 Juli 1891 stelt als voorwaarde voor de aflossing der rente door de rentenbank, dat aan de dan ontstaande „kooprente" de voorrang worde verleend boven alle overige privaatrechtelijke „belastingen" op het goed.

Die vorderingen der rentenbank komen zoo ver intusschen niet dan na doorhaling der vroeger ingeschreven rechten, der hypotheken, wat natuurlijk zonder toestemming der crediteurs, der hypotheekhouders, weer niet kan. Van de zijde der vroegere schuldeischers loopt dus de

Staat geen gevaar, bovendien mag hij niet voor meer dan $^3/_4$ der getaxeerde waarde voorschieten. Ook moeten de noodige gebouwen worden opgericht vóór de waarde van den grond als klein bedrijf kan worden berekend. En de gebouwen moeten zijn of worden verzekerd bij een maatschappij, aan te wijzen door de directie der rentenbank, welke daartoe kan dwingen bij administratieve executie. Dat bepaalde reeds in 1850 § 19 der rentenbankwet van 2 Maart. In 't algemeen breidden de wetten van 1890 en 1891 de macht der Gen. Commissies nogal uit en werkten zoo en door de rentenbanken nogal gunstig voor het crediet.

Aan die werking is Hoofdst. II, in Afd. II, gewijd. Eerst § 1, de algemeene beginselen der Staatshulp bij de binnenlandsche kolonisatie. De Amtsrichter houdt het register, het Grondboek, dat ieder mag inzien en waarin de geheele rechtstoestand der onroerende goederen binnen zijn competentie staat beschreven. De eerste afdeeling bevat den naam des eigenaars, den tijd en de wijze van verkrijging, den betaalden prijs. De tweede de duurzame zakelijke lasten en beperkingen, bv. vruchtgebruik, aflossingsrenten enz. De derde uitsluitend de hypotheken en grondschulden.

Een rentengoedscontract moet in 't Grondboek worden opgeteekend om den eigendom te doen overgaan, en daartoe eerst worden geregistreerd in het grondbelastingkadaster. Men kan een koopcontract ook voor een notaris opmaken, maar om een rentegoed te formeeren roept men in den regel de bemiddeling der Gen. Comm. in, ook om bij haar crediet te krijgen en omdat de eigendomsovergang de inschrijving steeds noodig heeft (bl. 154).

Het Staatscrediet geeft dan ook veel voordeel aan den landbouw, te meer daar het tegen 4 pCt. 's jaars, waarvan eerst $3^1/_2$ pCt. rente is, delging der schuld toekent in

60½ jaar, met vergunning nog om, als de debiteur wil, sneller af te lossen (bl. 157). Dan wordingsgeschiedenis van een rentengoed in § 2, bl. 162—178. Eenigzins anders is § 3, bl. 178—191, de nationale en sociale kolonisatie in Westpruisen en Posen. De Gen. Commissie te Bromberg werkt anders dan de Ansiedelungs-Commissie tot uitvoering der wet van 26 April 1886. Zij kan ook Polen vestigen, wat de andere niet mag doen.

Met de rentengoedswet van 1890—'91 (§ 4, bl. 191—195) is vereeniging van stukjes grond, vergrooting der boerderijen, nogal verkregen. Schr. vermeldt daaromtrent de werkzaamheid der Gen. Commissies te Bromberg, Frankfort a. Oder, Breslau, Munster, Hanover en Kassel. Daarna volgt Hoofdst. III (— bl. 233), in drie §§ het rentengoed en het erfrecht behandelend. Toen men eenmaal gronden was gaan vereenigen en dat wilde, werd een nieuwe erfwet noodig, die 8 Juni 1896 tot stand kwam. Als de rentengoedsbezitter niet bij testament over het goed beschikte, is nu slechts één erfgenaam. En wel de oudste zoon gaat nu vóór de jongeren, en een zoon vóór de dochter. Vroeger had men juist in sommige streken het minoraat.

De éénheid is intusschen niet zoo of de rechten der mede-erfgenamen moeten worden ingeschreven, eer de ervende zelf zijn persoonlijken crediteuren zakelijk recht verstrekken kan (bl. 206). Maar hebben die mede-erfgenamen enkel rente, dan kunnen zij bij een Staatsbank kapitaal daarvoor aanschaffen (bl. 214). Die Staatsbank of rentenbank wordt bl. 219—226 besproken.

De mede-erfgenamen hebben ook een voorkooprecht, indien de grond binnen 20 jaar wordt verkocht, behalve indien dat verkoopen geschiedde aan een erfgenaam (bl. 222).

Nu laat intusschen de wet van 1896 het recht des

eigenaars bij uitersten wil of onder de levenden te beschikken onaangetast, voor zoover zij zelve het niet beperkt (bl. 223—226).

Bl. 226—233, § 3, bespreekt nog het erfrecht op rentengoed in ruimeren zin. Volgens de wet van 7 Juli 1891 mag de grondbezitter de rentenbankschuld door kapitaalsbetaling aflossen na afloop der eerste 10 jaren. Maar de rentengoedsgever mag bedingen, dat zoolang particuliere renten op het goed rusten, economische zelfstandigheid blijven moet. De Gen. Commissie zorgt nu, dat die renten wel binnen 10 jaar worden afgelost. De bezitter van het geërfd goed mag ook in kapitaal aflossen aan de rentenbank en moet zulks doen in hoogstens 35 of 37 jaar. Daardoor gaat intusschen de zelfstandigheid van het grondbezit nog niet verloren; altans zoo zij vroeger tot stand kwam dan 1 Oct. 1896.

Die verschillende wetsbepalingen vinden in Hoofdst. IV, bl. 233—250, hare „Critische beschouwing". Daar bespreekt Schr. prof. L. Brentano uit Munchen, wiens *Agrarreform in Preussen*, 1897 verschenen, nogal afkeurt, omdat zij minder goed werkten z. i. dan de aflossingswet van 4 Maart 1850, en ook als handel van den Staat in onroerende goederen onnoodig waren z. i. Dat was nu wel juist, maar de Gen. Commissies werkten toch wel gunstig op de formatie van nieuwe hoeven. Ook was het Staatscrediet wel dienstig. Met Brentano stemt Schr. weer wèl in, waar deze afkeurt, dat de goederen, gekocht na 1896, zelfs als er geen band met de rentenbank meer bestaat, toch aan de wettelijke bepalingen omtrent geslotenheid van bezit onderworpen blijven. In 't algemeen zal individualisatie van land nogal eenige voorstanders vinden in Duitschland (zooals gewoonlijk ten onzent), maar toch niet algemeen zijn toegejuicht, zooals Schr. bl. 249 ook weer aanhaalt uit Sering, *Verh. d. Ver. f. S.*,

1894. Een duurzaam familiebezit, een huiselijk grondeigendom, wil menigeen stichten.

Hoe zal het nu blijven met die Binnenl. Kolonisatie? Hoofdst. V, bl. 250—276 hieromtrent Schr.'s meening bevattend, vermeldt gunstige opinies van veel Duitsche schrijvers. Kritiek intusschen ook. Bv. v. DER GOLTZ en F. H. GEFFKEN wenschen meer Staatshulp om den arbeiders stukjes grondeigendom te verschaffen. Een M. 100 millioen bv. om gedurende 7 jaar 5000 arbeiders jaarlijks te vestigen, en dan later met wat aan rente en aflossing inkwam weer voort te gaan. Anderen daarentegen, waaronder SERING, meenen, dat het beter is zoo de arbeidsgevers aan de arbeiders een stukje land in pacht geven. Vooral in het Oosten van Pruisen is veel geleden door verhuizing naar steden en industrie. De termijn van 1 April tot half Nov. voor het verblijf van vreemde landarbeiders is 1898 op interpellatie door den Minister van Landbouw verlengd tot 1 Dec. Dat geldt arbeiders uit Russisch Polen en Gallicië.

Een andere grief was de vele hypotheekinschrijvingen, maar bij het Heerenhuis werd in 1896 een wetsontwerp afgekeurd, dat het hypothekeeren onvrij wilde maken. Toch zal een ontwerp van SERING met een lage Staatsrente en geleidelijke aflossing het bestrijden der hypotheken misschien nog bevorderen (bl. 260 e. v.). Schr. en vele anderen achten intusschen die werking van den Staat enkel nuttig voor binnenlandsche kolonisatiën, hoewel de Kamers van Landbouw bij Min. Circul. 26 Juni 1896 de opdracht kregen om de vrijheid des landbouwers in 't aangaan van schulden te bespreken. Die Min. Circulaire van 1896 was ten gunste van zamensmelting van goed. Den 7 Juni 1821 had men juist een wet tot verdeeling van de gemeenschappelijke goederen gekregen.

Overigens bleef men bij wet van 20 April 1898 het kolonisatiefonds voor W. Pruisen en Posen in handen der Brombergsche Commissie met M. 100 millioen vermeerderen. Tot nu toe breidde men den werkkring van dat fonds niet uit.

Voor Westfalen en een deel der Rhijnprovincie aan den rechteroever kwam bij wet dd. 2 Juli 1898 een regeling van het erfgemeenschap, dat vervreemding van den grond niet vordert, enkel een kapitaal of een rente. Die wet trad eerst 1 Jan. 1900 in werking; in hoever ze in andere deelen van Duitschland of elders veel dienst zal doen, moet dus nog blijken.

Toch komt Schr. in zijn Besluit nog met bl. 277—294 aan de beteekenis der Pruisische binnenlandsche kolonisatie voor den Ned. Wetgever. Het Ned. Landbouw-Comité raadt ook, dat men beter afgeronde eigendommen verkrijge.

Interessant is het proefschrift zeker wel, al leidt de kennisneming met Pruisen nog niet tot dergelijke bemoeiingen in Nederland. De geraadpleegde Literatuur bevat bijna 6 bladzijden, waarop twee Nederlandsche werken aangehaald staan en verder Duitsche.

Mei 1900. A. Heemskerk.

VARIA.

Levensverzekering in onze artt. 302—308 W. v. K.

In 1887 bood Mr. L. S. Boas den Minister een ontwerp aan tot wijziging van wat ons Wetboek v. Kooph. bevat over levensverzekering, maar tot een wetsherziening daaromtrent kwam men niet. In 1899 trachtte Mr. J. van Schevichaven, Secretaris van de Directie der *Alg. Mij van Levensverzek. en Lijfrente*, met zijn Ontwerp tot wijziging van artt. 302—308 te Utrecht, Gebr. van der Post, de zaak verder te brengen. Met het bij de wet van 1 Juni 1875, met hare terugwerkende kracht, ingevoerde verzekeren van het leven ook voor den ganschen duur, was hij niet voldaan. Ingevoerd wil hij in art. 308 nogal eenige voorschriften omtrent de verzekering voor 't overlijden van een minderjarige, en overigens (art. 302) de toestemming van hem, wiens leven verzekerd wordt ten behoeve van een ander. In strijd dus met 303 K., zooals dat thans luidt.

Of *die* wetswijziging zoo nuttig zou werken, valt m. i. zeer te betwijfelen. Men verzekert een leven niet ten behoeve van wie dat zelf voert.

Ook komt mij niet juist voor, dat een verzekeringnemer de premie niet zou kunnen consigneeren bij weigering van aanneming door den verzekeraar. Als het contract

(hier door beschikbaarstelling der polis) gesloten is, zooals schr. (bl. 30) zelf zegt, is de premie verschuldigd en valt zij onder het ruime begrip van „schuld" in 1440 e. v. B. W. Komt zij volgens het contract te laat, dan kan men dáárover proces voeren.

Beter kan ik mij vereenigen met 3°, dat als de verzekeraar de polis ter beschikking van den verzekeringnemer stelt, maar deze weigert de premie te betalen, hij daartoe nimmer kan worden gedwongen. Behoudens verplichting tot schadevergoeding voor gemaakte kosten natuurlijk. Dan toch is er nog geen ander dan een mondeling contract gesloten, geen eigenlijke verzekering nog van kracht.

Art. 304 K. moet volgens schr. uitvoeriger worden (bl. 34—41) en ook mag de polis niets bevatten in strijd met de bepalingen van dezen titel. Overigens mogen partijen nog wel in de polis opnemen wat zij bij het contract willen als zij dat sluiten. En moeten zij niet gedwongen zijn om geboortedatum en geboorteplaats van den verzekerde in de polis op te nemen. Genoeg is het, diens identiteit duidelijk te maken. Zoo ook moet er niet de naam van den verzekerde worden gevorderd. „Erfgenamen", „kinderen", „rechtverkrijgenden", moeten ook kunnen worden begunstigd onder zulke namen, mits die duidelijk genoeg zijn om aan te toonen wie men bedoelt.

Ook in art. 305 K. wil schr. meer lezen, vooral om overdracht van rechten mogelijk te maken (bl. 41—50), ook zonder dat de verzekeraar daarin toestemt, mits die overdracht geschiede door verklaringen op de polis en aan den verzekeraar beteekend of door hem erkend worde.

Volgens een voorgesteld art. 305*bis* (bl. 50—53) wordt bij staking der premiebetaling de begunstigde door den verzekeraar daarvan in kennis gesteld. Hij kan dan verder de premies gaan betalen in plaats van den verzekering-

nemer. Met den begunstigde staat dan gelijk wie zijn recht op uitkeering aan een ander overdroeg, zoolang van het aannemen van dat recht door dien ander niet overeenkomstig art. 305, 1e lid, blijkt.

In een nieuw art. 306 K. wordt de mogelijkheid geregeld, om bij acte tusschen verzekeraar, verzekeringnemer en een nieuwen begunstigde de kwaliteit van verzekeringnemer over te dragen.

Art. 307 K. (bl. 54—67) is thans al heel kort en voorziet blijkbaar niet in 't geval, dat de begunstigde oorzaak is van den dood des verzekerden. Bovendien kan zelfmoord of doodstraf allicht geheel buiten schuld van den begunstigde plaats hebben gehad. Zooals schr. het wil geredigeerd zien (bl. 55) is dus een bepaalde verbetering.

Minder zeker is dat met art. 308 K. Waarom moet men nu juist bij het overlijden beneden de 16 jaren een verzekeringssom verbieden, anders het beding ook boven de begrafeniskosten toelaten? De grens is altijd moeilijk te trekken. Maar niet kwaad is al. 2, die schriftelijke toekenning van den minderjarige zelven, nevens die van vader of voogd, stelt als vereischte voor tot stand komen van een levensverzekering, of voor verandering in den persoon des begunstigden (bl. 74).

Het meest heb ik intusschen tegen de slotal. van art. 308. „Van het in art. 304, onder 3 en 4, voorgeschrevene „kan worden afgeweken, voor zooverre de bizondere aard „eener overeenkomst van levensverzekering het voldoen „daaraan onmogelijk mocht maken." Die nos. 3 en 4 vorderen, dat de polis moet inhouden bedrag en vervaldagen voor premie en uitkeeringen. Maar waarom zijn die punten voor levensverzekering zooveel anders dan bij andere assurantie? Zegt de wet zelve dit niet, dan moet men m. i. meer vrijstellen of meer contract van verbin-

tenis verbieden. Minder overlaten aan willekeur of aan onduidelijkheid.

Dat het ontwerp vijf punten niet behandelt, wordt bl. 77—78 door schr. opgegeven. Nl. dat de behandeling niet uitdrukkelijk is. Want de verloren polis valt onder art. 305, al. 5.

De beleening is iets anders, deeling in de winst ook. De vraag of het verzekerde kapitaal in den boedel van den verzekeringsnemer valt, wordt niet uitdrukkelijk besproken. De uitdeeling valt in handen van den begunstigde, maar de afkoopsom, zoo de verzekeraar afkoopt, in den boedel van den verzekeringsnemer. Dat schijnt wel juist, want toen die afkoopsom betaald werd, had de begunstigde nog geen van den verzekeringsnemer onafhankelijk recht. Wil deze blijven begunstigen, dan staat hem de weg daartoe open.

Dat art. 284 K. niet op levensverzekering toepasselijk is, omdat het leven geen voorwerp kan worden genoemd, staat bl. 78 uiteengezet. Mede niet kwaad zijn m. i. de voorgestelde overgangsbepalingen (bl. 79—81), nl. dat binnen een jaar na de afkondiging der nieuwe wet de vereenigingen, kassen of hoe ook genoemd, die zich bezighouden met het sluiten van overeenkomsten als in art. 302 K. (nieuw) omschreven, de voorwaarden voor die overeenkomsten overeen moeten brengen met den nieuwen titel XI K., dat overeenkomsten van levensverzekering, die na het verstrijken van dat jaar door hen mochten aangegaan worden op voorwaarden, met dien nieuwen Titel XI in strijd, van rechtswege nietig zijn.

Ten slotte geeft schr. eenige opmerkingen over den stijl van de voorgestelde artt. 304 en 307 K. Moge dat alles bij behandeling in de Kamers nut aanbrengen! Het zijn opmerkingen van iemand met veel ervaring!

Mei 1900. A. Heemskerk.

Besprak ik in den vorigen jaargang van *Themis* en ook in dezen jaargang bl. 392—396 een deel van het *Zeitschr. f. d. Ges. Handelsrecht*, te Stuttgart bij FERD. ENKE 1899 verschenen, ook voor 1900 kwam er nu weder een uit, Deel 49, Heft 1 en 2, 380 bl. groot, met dezelfde reactie. Bl. 1—28 gaf Dr. HERMAN VEIT SIMON, procureur te Berlijn, een artikel over den invloed van het nieuwe Burgerlijk Wetboek op het recht der naamlooze vennootschappen. Wat in dat Wetboek, vooral artt. 22—54, met dat recht is overeen te brengen, geldt z. i. voor die vennootschappen wel. Wat de commanditaire vennootschappen betreft, daarvoor zijn verschillende wijzen van oprichting mogelijk. Zijn zij vennootschappen op aandeelen, dan worden zij in Zwitserland en in het nieuwe Duitsche Handelsrecht van 1897 ook als rechtspersonen beschouwd.

Het stuk van Dr. GUST. SCHIRMEISTER te Schöneberg—Berlijn, in deel 48 bl. 418—449 begonnen, werd nu voortgezet bl. 29—50. Het behandelt de vraag, wanneer thans iemand koopman wordt. Eenvoudig de inschrijving van een categorie van personen verplicht te stellen wilde men niet, maar voor veel bedrijven is het om de kwaliteit van koopman te krijgen noodig, zich of zijn firma te doen inschrijven in het handelsregister. Kwam die inschrijving tot stand, zonder dat dit juist was, dan bindt zij wel voor het burgerlijk- en handelsrecht, niet voor het strafrecht. Maar toch is het uitoefenen van het bedrijf, het materieele recht, ook een deel van het koopman zijn. Zoo moet bv. de ambtenaar in sommige gevallen een firma uit het register doorhalen (art. 31 nieuwe W. v. Kooph.), zoo geeft art. 102 van het Wetb. hem een recht tot doorhaling van namen. Maar een vennootschap op aandeelen is koopman, al drijft zij geen handel.

Zoo gaat het in Duitschland thans; in Frankrijk met

de Wet van 1 Aug. 1893; in Argentinië Wetb. van 5 Oct. 1889, art. 284; in Japan Wetb. van 7 Aug. 1890 en Wet van 1 Juli 1893. Andere wetgevers, die eveneens deden, noemt schr. niet.

Ook bl 51—139 geeft een beschouwing over de firma's, zooals het W. v. Koophandel ze in 1897 regelde, wat sedert 1 Jan. 1900 in werking kwam. Dr. O. Opet, hoogleeraar te Bern, schreef dit groote en belangrijke artikel, zoowel de enkele naamsinschrijving als de vennootschappen besprekend, zoo ook de gevallen waarin een firma moet worden veranderd. De affaire bij erfenis of bij overdracht onder dezelfde firma te doen blijven, kan ook, al is ook een eigenlijke openbaarmaking niet noodig van wat er aan nieuwe vennooten inkwam. Daarentegen mag wie overnam niet, als hij begint met de zaak te drijven onder een andere firma, den vroegere weer gaan dragen. Eens voor de zaak niet gebruikt, geldt de firma niet meer als zoodanig, al kan zij ook bij overname en terugname aan de zaak blijven hangen. Maar handelt de overnemer in strijd met de plichten, aan het voeren der firma verbonden, dan mag wie haar overdroeg vervulling dier plichten en schadevergoeding vorderen of ook herstel der firma voor hem, al is de tijd voor overdracht nog niet voorbij.

Zoo wordt het recht om de firma te voeren beschouwd als een soort van eigendom, dat ook wel verdwijnen kan met het ophouden of het te klein worden der affaire. Zoo geeft ook het Keizerlijk Besluit van 15 Nov. 1898 een regeling van wat een curator doen mag in zake vervreemding der firma. Dat van 8 Nov. 1898 bepaalt, dat als wie uit de vennootschap treedt, reeds vóór zijn tweede intrede erin ook zijn naam in de firma had gehad, die er toen hij er 't eerst uittrad in gebleven was, die naam niet met hem weg moet, weer blijven kan.

Het IVe stuk, bl. 141—227, van den rechtsassessor Dr. E. JOERGES te Rostock, bespreekt het gezamenlijk eigendom en de gemeenschappelijke hand volgens het Duitsche recht beginnende met het Romeinsche recht. Het meest besliste van zijn daaruit gehaald resultaat zal wel wezen (bl. 164), dat de verplichtingen, van dit eigendom het gevolg, persoonlijke verbintenissen zijn, die ook als hij het deel overdraagt niet daarmede zamengaan op zijn opvolger.

Dan komt het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek v. Koophandel in Duitschland. Daar moet (bl. 167) volgens § 161 K. de commanditaire vennootschap beschouwd worden als een soort der naamlooze, maar overigens is een vennootschap geen rechtspersoon. Een reederij ook niet als zoodanig. Die heeft meer overeenkomst met een huwelijksgemeenschap. Bij het ontwerpen van het Burg. Wetboek ijverde GIERKE zeer voor het rechtsbegrip van een boedel als zoodanig, maar men kwam tot eigendom der erfgenamen op de bestanddeelen van een boedel (bl. 176). Intusschen kan overschrijving van een besluit eener vergadering van aandeelhouders eener naamlooze vennootschap in het register van koophandel eigendom der vennootschap overdragen.

Die naamlooze vennootschap is dus ook in Duitschland wel als zoodanig een rechtspersoon, maar overigens is het standpunt der wet meer zooals ook ten onzent. Men spreekt ook veel van eigendom in gemeenschappelijke hand of van gebonden gezamenlijk eigendom, wat Dr. J. verder doet in dit stukje, de nalatenschap als eenigzins tot beiden rekenend, omdat de erfgenamen als zoodanig wel hun rechten op den boedel in 't algemeen, maar niet den eigendom van wat tot boedel behoort kunnen overdragen. Zoo kan ook een deel in het schip in vele gevallen worden overgedragen door overgave of over-

schrijving van het papier van het aandeel (§ 489 e. v. K.) maar zoo niet een deel van wat den deelhebber, den mede-eigenaar misschien, als zoodanig toekomt.

Dat een particulier, een sondervermogen, als zoodanig geen rechtspersoon is, wordt bl. 190 en volgende duidelijk behandeld.

De verjaring van rechten, tegen aandeelhouder ontstaan door verplichtingen der vereeniging, begint met de ontbinding dier vereeniging of met het uitgaan daaruit van dien aandeelhouder (art. 159 K.).

Latere wetten worden aangevangen met het tractaat van 14 Nov. 1896, in Duitschland in het *Reichsges.bl.* 1899 no. 21 bl. 285 e. v. te vinden, ten onzent in *Stbl.* 1897 no. 275. Dan komt de wet van 22 Juni 1899, op de vlaggen, met bericht van den rechter Loewe te Berlijn, die van 13 Juli 1899 op de hypotheekbanken met hare 53 §§; die van 2 Juli 1897, met hare twee artikelen uit no. 29 Rijkswet 1899 aangehaald. Daarna geeft de rubriek Rechtsbronnen de titels van wetten en verordeningen van 1897 en 1898 voor Duitschland, Elzas-Lotharingen, Pruisen, Beijeren, Saksen, Wurtemberg, Baden, Hessen, Mecklenburg, Saksische hertogdommen, Oldenburg, Brunswijk, Anhalt, de Schwartzburgen, Waldeck, Reusz oudere en jongere linie, de Lippe's, Lubeck, Bremen, Hamburg.

Op bl. 299, tot 308 vindt men de 2 Aug. 1892 gemaakte Oostenrijksche muntwet, zooals die 1 Jan. 1900 begon te werken, daarna de verordening der Ministeries van Binnenl. Zaken, Financiën, Koophandel, Justitie en Landbouw dd. 20 Sept. 1899 over de naamlooze vennootschappen met tekst (38 §§) en uitvoerige interessante bespreking van Dr. H. Keijszner, den redacteur. Vroeger vastgestelde bepalingen der statuten worden door die verordening niet afgeschaft; zijn ze daarmede in strijd, ze moeten blijven gelden.

De Russische muntwet van 7 Juni 1899 volgt dan in hare 3 titels met 54 artt., terwijl een korte behandeling van de invoering, dd. 15 Juni 1899, van het Japansche Wetboek van Koophandel door Dr. KEIJSZNER den weg baant tot de rubriek *Literatur*, wier aankondigingen gewijd zijn aan wie het nieuwe Duitsche Wetboek van Koophandel dd. 10 Mei 1897, het Zeerecht dd. 10 Juni 1897, of beide te zamen, begonnen te commentariseeren. Sommige ook aan artikelen over een deel van dat Wetboek, bv. XI—XIII met hare recensies over de vennootschappen in aandeelen.

Een Staathuishoudkundig werk wordt nog besproken in de *Handelsbilanz* van Dr. W. RULAND, Berlijn 1897 verschenen bij O. LIEBMANN, door Dr. GRUNZEL.

Overigens blijft het tijdschrift op zijn standpunt van juridisch, en voor wie het Duitsche recht wil leeren kennen, soms ook de opinies in Duitschland over het recht in andere landen, zeer welkom hulpmiddel staan.

Mei 1900. A. HEEMSKERK.