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

IS

DIG

T

IX

ct.
9

THEMIS

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

onder redactie van

Mrs L. de Hartog, A. R. Arntzenius, H. Zillesen, D. Simons
S. J. M. van Geuns, C. O. Segers, J. Ph. Suyling

NEGEN-EN-ZEVENTIGSTE DEEL

1918

's-Gravenhage
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE
1918

Gedrukt bij Firma 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, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht.

Mr. C. Bake, secretaris van den Raad van State, 's-Gravenhage.

Mr. Joh. J. Belinfante, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Mr. Jac. W. v. d. Biesen, advocaat, oud-lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, 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, referendaris bij den Raad van State, 's-Gravenhage.

Mr. G. Brouwer Jz., advocaat en procureur, Amsterdam.

Mr. S. G. Canes, lid van de Arrondissements-Rechtbank, Rotterdam.

Mr. W. L. A. Collard, administrateur bij het Departement van Justitie, 's-Gravenhage.

Mr. L. M. Rollin Couquerque, oud-Gouvernements-Secretaris van Suriname, administrateur bij het Departement van Koloniën, 's-Gravenhage.

Jhr. Mr. W. Th. C. v. Doorn, advocaat, proc., lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.

Mr. A. P. Th. Eyssell, oud-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Jhr. Mr. Rh. Feith, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. R. A. Fockema, president van het Gerechtshof, Leeuwarden.

Jhr. Mr. J. J. Gockinga, vice-president van het Gerechtshof, Arnhem.

Mr. S. Gratama, vice-president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. Th. Heemskerk, Minister van Justitie, oud-lid van den Raad van State, 's-Gravenhage.

Mr. C. J. Heemskerk, 's-Gravenhage.

Mr. H. van der Hoeven, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Hoeven.

Mr. J. F. Houwing, oud-hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam, Doorn.

Mr. Ed. Jacobson, advocaat en procureur, Rotterdam.

Mr. D. Josephus Jitta, oud-hoogleeraar, lid van den Raad van State, 's-Gravenhage.

Mr. Ph. Kleintjes, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Groningen.

Mr. J. van Kuyk, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Mr. J. A. Levy, advocaat, Amsterdam.

Mr. P. W. A. Cort van der Linden, Minister van Staat, lid van den Raad van State, oud-Minister van Binnenlandsche Zaken, 's-Gravenhage.

Mr. J. A. Loeff, oud-Minister van Justitie, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.

Jhr. Mr. B. C. de Savornin Lohman, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.

Mr. J. de Louter, buitengewoon-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht, Hilversum.

Jhr. Mr. A. J. Rethaan Macaré, oud-advocaat-generaal bij den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. J. C. Naber, hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit, Utrecht.

Mr. A. P. L. Nelissen, oud-Minister van Justitie, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Mr. J. Domela Nieuwenhuis, oud-hoogleeraar te Groningen, 's-Gravenhage.

Mr. B. J. Polenaar, advocaat en procureur, Amsterdam.

Mr. P. Polvliet, lid van het Gerechtshof 's-Gravenhage.

Mr. E. E. van Raalte, oud-Minister van Justitie, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.

Mr. G. van Slooten Az., voorzitter van den krijgsraad, 's-Gravenhage.

Mr. F. W. J. G. Snijder van Wissenkerke, president van den Octrooiraad en directeur van het Bureau voor den industrieelen eigendom, 's-Gravenhage.

Mr. J. M. van Stipriaan Luiscius, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Mr. A. J. Cohen Stuart, civ.-ing., directeur N. V., Londen.

Mr. M. W. F. Treub, oud-Minister van Financiën, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage.

Mr. H. Vos, advocaat, Leiden.

Mr. G. Wttewaall, lid van het Gerechtshof, Arnhem.

INHOUD

THEMIS

LXXIXste deel — EERSTE STUK

Recht, Wet en Rechter

DOOR

MR. G. J. VAN BRAKEL,

Substituut-Griffier bij het Kantongerecht te Amsterdam.

Es soll ein objectiv richtiges Urteil sein und kein subjectiv freies Befinden.

STAMMLER.

Niemand minder dan Prof. HAMAKER heeft indertijd over deze onderwerpen belangrijke verhandelingen geschreven (1); toch is het niet overbodig deze materie nog eens ter sprake te brengen: niet slechts in het buitenland is sindsdien veel geschreven, wat hierop betrekking heeft, ook in Nederland is zulks het geval, laatstelijk o. a. door Prof. SCHOLTEN in zijn inhoudsrijke brochure „Recht en Levensbeschouwing" (2).

(1) H. J. HAMAKER, Verspreide Geschriften, VII, blz. 199 v. (*Weekbl. Not. en Reg.*, nos. 1425—1428); VII, blz. 231 v. (Rechtsgel. Mag. 1909, blz. 1 v., 245 v.).

(2) P. SCHOLTEN, Recht en Levensbeschouwing, 1915 (tijdschrift *Synthese* II, 1).

Intusschen is het, alvorens op de beschouwingen van den Amsterdamschen hoogleeraar nader in te gaan, gewenscht, te doen vaststaan, wat hier onder recht, wet en rechter verstaan wordt; geven de twee laatste begrippen weinig moeilijkheid, met het woord „recht" is het anders: zelfs, indien wij — om niet te uitvoerig te worden — ook dit begrip beperken tot het privaatrecht, daar recht in zoovele beteekenissen gebruikt wordt. Derhalve lijkt het ons gewenscht — in overeenstemming met GÉNY (1) — als uitgangspunt te nemen het begrip: *rechtsregel*; ons positief rechtelijk onderwerp wijst daarop trouwens ook (2).

Dit voor oogen houdende, meenen wij het best te doen ons te bepalen tot de omschrijvingen, die in de nieuwere leerboeken van het Nederlandsch Burgerlijk Recht worden aangetroffen.

In ASSER's leerboek vinden wij de volgende omschrijving: „Recht is de regeling der maatschappelijke samen-„leving; (recht is) dat geheel van menschelijke gedragingen, „waaraan zij, voor wie zij gelden, onvoorwaardelijk onder-„worpen zijn" (3), terwijl LAND de volgende definitie geeft: „Onder recht verstaan wij het geheel der regelen,

---

(1) F. GÉNY, Science et technique en droit privé positif, I, 1914; II, 1915.

(2) Wij trachten dus te blijven op het terrein der z.g. algemeene rechtsleer (vgl. H. KRABBE, Rechtsgel. Mag. 1906, blz. 156; A. H. H. STRUYCKEN, Het Rechtsbegrip, 1903, blz. 2, J. J. BOASSON, *Themis* 1913, blz. 40; E. M. MEYERS, Dogmatische rechtswetenschap, 1903, blz. 18, 36, 203), derhalve niet op het terrein der rechtsphilosophie (vgl. H. KRABBE, Moderne Staatsidee, 1915, blz. 37), al lijkt ons met G. RADDRUCH (Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, blz. 14 v.) en V. CATHREIN (Recht, Naturrecht und Positives Recht 1909, blz. 30 v.) een dergelijke splitsing onhoudbaar: men komt toch weer tot het (rechtsphilosophische) begrip van recht steeds terug.

(3) C. ASSER, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, bewerkt door P. SCHOLTEN, 1912, blz. 1.

„waarnaar men in het maatschappelijk leven verplicht „is zich te gedragen" (1).

Indien wij beide omschrijvingen samenvatten, treffen wij daarin als gemeenschappelijke elementen van den rechtsregel aan: ten eerste, dat de rechtsregel betreft de maatschappelijke samenleving; ten tweede, dat zij is een geldende gedragsregel.

Allereerst moet nu het eerste element nader onderzocht worden; alsdan blijkt dus, dat van geen rechtsregel sprake is, indien de betrekkelijke regel niet de maatschappelijke samenleving betreft; daaruit volgt, dat een norm, dien men zich in zijn particulier leven oplegt, en welke niet in het maatschappelijk verkeer als geldende is aan te nemen, het karakter van rechtsregel mist; wij denken hierbij aan de vele regelen, die men zich krachtens een persoonlijke overtuiging, ja levensbeschouwing, oplegt; de maatschappij als zoodanig heeft met dergelijke regelen, die men zich, niet als sociaal wezen, doch als op zich zelf staand individu oplegt, niet te maken (2).

Hiermede hangt samen een ander element van den rechtsregel; deze toch moet niet slechts het maatschappelijk verkeer betreffen, doch tevens dienstig zijn aan dat verkeer, d. w. z. de instandhouding daarvan beoogen, zoodat alleen die regelen rechtsregelen zijn, zonder welke het maatschappelijk verkeer niet kan bestaan; rechtsregel is derhalve identiek met „Erhaltungsbedingung der Gesellschaft", gelijk niemand minder dan JELLINEK het uitdrukt (3).

---

(1) N. K. F. LAND, Inleiding tot de verklaring van het Burgerlijk Wetboek, 1910, blz. 1.

(2) GÉNY t. a. p. blz. 45, spreekt b.v. van «règles, issues de la religion».

(3) G. JELLINEK, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1908, blz. 44.

Door dit vereischte te stellen, kunnen wij den rechtsregel in aard onderscheiden van andere maatschappelijke regelen, die weliswaar ook de maatschappij betreffen, doch niet noodzakelijk zijn tot instandhouding daarvan; bedoeld zijn de regelen van moraal, zedelijkheid, zede en fatsoen; ook zonder deze regelen is een maatschappelijke samenleving immers bestaanbaar, ook al moge deze samenleving dan uit moraal, ethisch of „conventioneel" oogpunt op lageren trap staan dan die waarbij die regelen van oneigenlijken sociologischen aard wèl in acht genomen worden (1).

Wij maken dus, om met de regelen van moraal en zedelijkheid te beginnen, een verschil in aard, tusschen die regelen en de rechtsregelen. Daarmede wijken wij af van Prof. STRUYCKEN (2), die een dergelijk qualitatief verschil ontkent; de grond, dien de schrijver daarvoor aanvoert, schijnt ons echter toe, een bevestiging van de juistheid van onze opvatting in te houden; immers de omstandigheid, dat verschillende maatschappelijke regelen eerst van zuiver ethischen aard waren, en daarna rechtsregelen werden in een bepaald stadium der geschiedenis, wijst er o. i. juist op, dat die regelen, al mogen zij een gelijken oorsprong hebben, wèl in aard verschillen; juist die regelen van moraal, zonder welke die maatschappij niet bestaan kon, werden rechtsregelen, omdat het maatschappelijk verkeer zulks eischte (3). Evenmin kunnen

(1) Aldus ook I. KORNFELD, Soziale Machtsverhältnisse, 1911, blz. 22: «Die Regeln des auf die Selbstbehauptung einer jeder menschlichen «Gesellschaft gerichteten sozialen Verhaltens»; GÉNY t. a. p. II, blz. 365 (les règles) qui assurent nettement l'ordre extérieur de la Société.

(2) T. a. p. blz. 49.

(3) L. BRÜTT, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, blz. 10, maakt ook nog een onderscheid tusschen Sittlichkeit eener- en Moral anderzijds, n.l. de eerstgenoemde zou uitsluitend het innerlijk van het individu, de tweede de naar buiten kenbare gedraging zijn, wat o. i. niet opgaat: ook de zedelijkheidsgedragingen zijn uiterlijk waarneembaar.

wij aan Mr. VAN KUYK toegeven, dat het onderscheid tusschen moraal- en rechtsregel daarin ligt, dat rechtsregelen alleen die zijn, die een plicht scheppen, den staatsorganen ter handhaving gegeven (1); immers diens opvatting, die trouwens niet nader wordt toegelicht, gaat uit van de veronderstelling, dat voor rechts- respect. zedelijkheidsregelen verschillende sancties bestaan, hetgeen o. i. er op wijst, dat zij van verschillenden aard zijn.

Dit alles wil echter niet zeggen, dat zeer vaak een rechtsregel tevens als regel der zedelijkheid is aan te merken: doch, indien zulks het geval is, is zulks niet een gevolg daarvan, dat noodzakelijkerwijze recht en ethiek samenvallen, doch is zulks als het ware toevallig, en wel doordat èn de vereischten voor een rechtsregel èn de vereischten voor den regel van de moraal aanwezig zijn: de eerste zijn, gelijk wij zagen, die, welke betreffen een bepaalde maatschappij in een bepaald stadium harer ontwikkeling, en welke beoogen de instandhouding van het verkeer in die maatschappij; de tweede soort van eischen daarentegen zijn die welke door de geheele menschheid sedert eeuwen als zedelijke plichten zijn erkend, en welke ook voorkomen, waar geen maatschappelijk verkeer aanwezig is. ROBINSON CRUSOË was wel aan de moraal onderworpen; van rechtsregelen echter, waaraan hij zich te houden had, was geen sprake, daar bij hem elk maatschappelijk verkeer ontbrak.

Rechtsregel en regel van ethiek verschillen derhalve o. i. in karakter: hierbij moet echter niet uit het oog verloren worden, dat met ethiek uitsluitend individueele ethiek bedoeld wordt: immers aldus zondert men daarvan uit de z.g. sociale ethiek, waarvan JELLINEK spreekt. Dit onderscheid in het oog te houden is van des te grooter

(1) J. VAN KUYK, Praeadvies Ned. Jur. Vereen. 1916, blz. 140.

belang, daar velen tegenwoordig den nadruk leggen op het ethische karakter van den rechtsregel: JELLINEK spreekt van: „het recht als ethisch minimum" (1); Prof. KRABBE van: „het ethische element van den rechtsregel" (2); Prof. STRUYCKEN van: „het recht als ethisch postulaat" (3); REICHEL van: „die Rechtsprechung (ist) die Verwirklichung ethischer Postulate" (4); KORFELD van: „die ethische Rechtspflicht" (5). Deze termen nu wijzen schijnbaar op een individueel ethisch karakter van den rechtsregel, doch hebben o. i. in werkelijkheid uitsluitend betrekking op het sociaal ethisch karakter daarvan: dit toch vloeit voort uit hetgeen JELLINEK over het z.g. „ethisch minimum" schrijft: hij bedoelt immers het geheel van voorschriften, die beoogen een maatschappij te doen ontstaan en te doen voortbestaan, waarbij de mensch alleen als lid dier maatschappij („das soziale Tier par excellence" !) optreedt, en waarbij dus uitgangspunt het verkeer tusschen de menschen onderling, en niet, gelijk bij de individueele ethiek, de op zich zelf staande mensch object van het onderzoek is, waarbij gehandeld wordt over de sedert eeuwen door de menschheid erkende zedelijke plichten van ieder individu afzonderlijk (6).

Kunnen wij dus, niettegenstaande de schijnbaar met onze onderscheiding tusschen recht en moraal strijdige

---

(1) T. a. p. blz. 45; idem BRÜTT t. a. p. blz. 9.

(2) Moderne Staatsidee 1915, blz. 44, 61.

(3) Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden 1915, blz. 5; Rechtsbegrip, 1903, blz. 36, 61, 66; Recht en gezag, 1916, passim.

(4) H. REICHEL, Gesetz und Richterspruch, 1915, blz. 94 (anders, o. i. terecht, blz. 130).

(5) T. a. p. blz. 44, 57 v.; vgl. J. DE LOUTER (*Themis* 1913, blz. 264 v.), die een principieele grens tusschen recht en moraal trekt, evenals in dit opstel geschiedt.

(6) JELLINEK t. a. p. blz. 21.

zinsneden, dat verschil handhaven, evenzeer kunnen wij zulks doen, al spreekt onze wet ook in vele artikelen „van goede zeden"; afgezien toch van het feit, dat deze term niet hetzelfde is als zedelijkheid, moet niet uit het oog verloren worden, dat in sommige dier artikelen de term „goede zeden" gekoppeld is aan die van „openbare orde", waaruit o. i. volgt, dat ook hier een zuiver sociologisch, niet een individueel, persoonlijk element bedoeld is, gelijk zulks bij de zedelijkheid overwegend het geval is (1).

Tot nog toe spraken wij over het verschil tusschen rechtsregel eener- en regel van zedelijkheid en moraal anderzijds; thans rest ons nog onze onderscheiding uit te strekken tot de andere maatschappelijke regelen, die geen rechtsregelen zijn, n.l de regelen van fatsoen, gelijk HAMAKER het uitdrukt, van „conventie", van Sitte; gelijk reeds werd opgemerkt, zijn deze regelen o. i. daarom geen rechtsregelen, daar een maatschappelijk verkeer ook zonder inachtneming dier regelen bestaanbaar is. Wij zouden dan ook hiermede kunnen volstaan, indien STAMMLER niet een uitvoerige uiteenzetting gaf van het verschil tusschen „Rechts- en Konventionalregeln", die niet met de onze overeenkomt (2); volgens den beroemden hoogleeraar ligt het verschil daarin, dat de rechtsregel „selbstherrlich" is, terwijl de „Sittenregel" alleen dan geldt, indien men zich daaraan vrijwillig onderworpen heeft: o. i. lijkt dit een minder juiste onderscheiding: ook aan de regelen van de „conventie" is men gebonden, ook al wenscht men zulks niet;

(1) Vgl. R. STAMMLER, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, blz. 304.

(2) R. STAMMLER, Wirtschaft und Recht, 1914, blz. 124, 473 v., in vrijwel gelijken zin CATHREIN t. a. p. blz. 107.

ook tegen overtreding van een dergelijken regel bestaat een maatschappelijke sanctie (1).

Evenmin kunnen wij aan GÉNY (2) toegeven, dat het verschil tusschen rechts- en fatsoensregel ligt in de sanctie, n.l. alleen de rechtsregel zou een uitwendige sanctie hebben, uitgaande van het sociale gezag: naar onze meening is zulks ook het geval bij den regel van conventie: ook daar is een „contrainte sociale", afkomstig van een maatschappelijke macht, aanwezig, indien een dergelijke regel overtreden wordt, welke dwang o. a. in dien van de publieke opinie te vinden is of in een maatschappelijken maatregel, als uitstooting uit den desbetreffenden kring van conventioneel of vriendschapsverkeer ligt opgesloten.

Na dit onderzoek van het typisch sociologische karakter van den rechtsregel, waarbij dus de maatschappij niet slechts object, doch ook doel is, moeten wij thans het begrip: *maatschappelijke samenleving* nader onderzoeken.

Immers, al mogen de definities, die wij hierboven aanhaalden, in het bijzonder die van LAND, duiden op de algemeen menschelijke samenleving, toch blijkt bij nadere beschouwing een enger begrip daarvan juister te zijn; o. i. namelijk zijn als „rechtsgemeenschappen" aan te merken die gemeenschappen, wier leden belangen hebben in den eigenlijk-socialen zin, d. w. z. belangen, betreffende

(1) Aldus: H. KANTOROWICZ, Zur Lehre vom richtigen Recht, 1909, blz. 11, P. OERTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte, blz. 13; KORNFELD t. a. p. blz. 58, geeft van den Konventionalregel een andere omschrijving: n.l. die regelen, die auf «isolierte» Interessen gericht zijn, zijn Konventionalregeln; o. i. is dit minder juist: ook de Konventionalregel heeft maatschappelijke doeleinden; H. KELSEN, Archiv für Socialwissenschaft, deel 34, blz. 612, bestrijdt dan ook deze opvatting van KORNFELD, doch gaat o. i. te ver, door het recht een onderdeel der zedelijkheid te noemen.

(2) GÉNY t. a. p. I, blz. 47.

de noodzakelijke bestaansvoorwaarden van een kring van personen, welke „Interessen" derhalve niet slechts de betrokken maatschappij raken, doch tevens noodig zijn om haar in stand te houden; hieruit volgt, dat daaronder vallen al die gemeenschappen, welke een vereischte zijn om het daarin geldende verkeer tot ontwikkeling te brengen; voorbeelden daarvan zijn die gemeenschappen, welke gevormd worden door diegenen, die in een bepaalde branche van handelsverkeer zaken drijven, b.v. de koffiehandel, het diamantbedrijf, enz., gelijk dan ook in de Nederlandsche rechtspraak vaak is aangenomen (1).

Dit begrip van rechtsgemeenschap brengt ons vanzelf tot een ander element van den rechtsregel, te weten, dat deze een *geldende gedragsregel* is (2); dit element nader ontledende, zien wij dus in de eerste plaats, dat daarbuiten valt elke regel, die, hoe gewenscht ook wellicht, hetzij uit moreel, hetzij uit politiek oogpunt, niet feitelijk

(1) E. EHRLICH (Grundlegung zur Soziologie des Rechts, 1913, blz. 51 v.) noemt als voorbeelden van «Menschliche Verbände» in de eerste plaats den Staat en zijn organen; deze begrippen zijn echter ten deze, waar het betreft het opsporen van bepaalde usances, minder bruikbaar, evenals EHRLICH's voorbeeld der vakvereenigingen, daar deze laatste juist verschillende takken van bedrijven betreffen, derhalve niet kunnen dienst doen ter onderlinge vergelijking der gebruiken in één bepaald soort van bedrijf; KRABBE (Moderne Staatsidee, 1915, blz. 45) noemt reeds als rechtsgemeenschap die eenheid (?), welke gevormd wordt door twee contracteerende partijen; ook dit is een ten deze minder bruikbaar begrip: partijen strijden juist vaak over de vraag, of een bepaalde usance, rechtsregel, in het vak, waarin zij handelden, geldende is, en dan moet de rechter wel het oog richten op het geheele handelsbedrijf, waarin de betrokken transactie werd aangegaan; in onzen zin vrijwel: J. KOSTERS, De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht, 1912, blz. 101.

(2) HAMAKER t. a. p. VII, blz. 243: «De feitelijk bepaalde gedrags regelen, regelmatig wederkeerende handelwijzen».

geldende is in de betrokken rechtsgemeenschap; derhalve heeft de rechter niet te letten op regelen, die naar zijn meening of naar anderer inzicht, toepassing *behoorden* te vinden; die innerlijke overtuiging, levensbeschouwing, hebbe hier geen invloed; ook de algemeen gebruikelijke usances, al acht de rechter deze afkeurenswaardig, moeten norm zijn voor zijn rechtspraak; hij moet zich bij het kiezen van den toe te passen rechtsregel strikt neutraal houden, immers de rechter is rechtsprekend, niet zedepreekend orgaan; in het familierecht, waar hij dus zich te houden heeft aan de feitelijk geldende levenswijzen, b.v. in het huwelijksleven, al keurt hij deze wellicht persoonlijk af; evenzoo in het zaken- en verbintenissenrecht, waar hij zich te houden heeft aan de z.g. zakenmoraal, waaronder dan evenwel te verstaan zijn die usances, welke in een bona-fide handelsverkeer geldende zijn; chicanes daarentegen schaden dat verkeer en zijn, gelijk uit het boven uiteengezette volgt, niet als rechtsregelen op te vatten.

Prof. SCHOLTEN (1) stelt, behalve dit vereischte van feitelijk geldenden gedragsregel, nog als eisch, dat die gewoonte uiting zij van de overtuiging, dat zoo gehandeld behoort te worden, en evenzoo schrijft REICHEL (2), dat alleen die feitelijk geldende gedragingen als rechtsregelen zijn aan te merken, die op de overtuiging steunen, dat die gewoonte „rechtvaardig" is; beide meeningen zijn echter, gelijk uit het voorgaande volgt, o. i. minder juist te achten: alle usances, voorzoover althans noodig tot instandhouding van een maatschappelijk verkeer, zijn zonder meer gelijkelijk als gewoonterecht aan te merken (3).

Wij komen thans tot een korte bespreking van het

(1) Recht en levensbeschouwing, blz. 25 v.

(2) T. a. p. blz. 102; P. OERTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, blz. 16, 34 v.

(3) W. L. P. A. MOLENGRAAFF, Leidraad I, 3e druk, blz. 10.

wellicht belangrijkste element van den rechtsregel, n.l. dat zij een *gedragsregel* is, derhalve een normatieve functie heeft, uit welke functie volgt, dat ook die leden der rechtsgemeenschap, die zich niet houden aan een feitelijk geldende usance, aan die usance zijn onderworpen en deze door den rechter op hen mag worden toegepast. Dit normatieve karakter nu van den rechtsregel is o. i. daaruit te verklaren, dat de omstandigheid, dat de meerderheid der leden der gemeenschap de usance uitoefent, er op wijst, dat die gemeenschap den gedragsregel noodzakelijkerwijs behoeft om in stand te blijven, m. a. w. het maatschappelijk verkeer, dat als „substratum" is aan te merken van de betrokken gemeenschap, en zonder hetwelk deze dus niet kan blijven bestaan, vereischt die usance, anders ware die usance niet tot ontwikkeling gekomen, en element van het rechtsverkeer geworden. Het is van belang dit normatieve element van den rechtsregel niet over het hoofd te zien, daar de tegenstanders der z.g. sociologische richting, o. a. GÉNY (1) en KELSEN (2), terecht aan de aanhangers dier leer hebben verweten deze functie van het recht over het hoofd te zien, en temeer is deze verklaring dezer normatieve functie, die wij hierboven meenden te mogen geven, op den voorgrond te stellen, daar zij overeenstemt met hetgeen wij aanduidden als het eigenlijke sociologische karakter van den rechtsregel (3).

Na deze inleidende beschouwingen over het karakter

(1) GÉNY t. a. p. II, blz. 52 v.

(2) KELSEN t. a. p. blz. 608, alsmede in Archiv für Sozialwissenschaft, deel 39, blz. 839 v, bij de bespreking van EHRLICH's boek.

(3) Een meer psychologische verklaring van «die normative Kraft des Faktischen» geeft G. JELLINEK in zijne Allgemeine Staatslehre, 1914, blz. 337 v., welke verklaring evenwel meer het individu, dan wel het maatschappelijk leven betreft en dus slechts zijdelings ons onderwerp raakt.

van den rechtsregel loont het de moeite om het reeds aangehaalde geschrift van Prof. SCHOLTEN aan een bespreking te onderwerpen, temeer, daar dan zal blijken, dat wij op vele punten met hem in meening verschillen. In het derde hoofdstuk toch, waarin hij handelt over de *sociologische rechtsbeschouwing*, begint hij met er op te wijzen dat z. i. tweeërlei rechtsbeschouwing mogelijk is: „het recht als idee, als richtsnoer voor handelen en taak „die behoort te worden vervuld, en het recht als ver„schijnsel, als een bijzondere verhouding tusschen menschen, „waardoor de een macht over den ander uitoefent. Voor „de eerste is de formuleering door de wet een poging „die idee te grijpen, voor de tweede een beschrijving „van wat geschiedt; voor de eerste is de wetenschap „van het recht normatieve wetenschap, zij zocht naar „regelen, om wat de menschen behooren te doen; voor „de andere is zij een onderdeel der sociologie, die een „bepaalde zijde der menschelijke samenleving beschrijft" (1). Deze onderscheiding nu lijkt ons minder juist: gelijk wij toch hierboven zagen, is ook voor den z.g. sociologischen jurist het recht een richtsnoer van handelen; de feitelijk geldende gedragsregel van maatschappelijk karakter in den eigenlijken zin is ook voor hem de norm; ook hij beschouwt dus het recht in zijn normatieve functie, behoort, gelijk wij hierboven opmerkten, althans zulks te doen: ook de sociologische rechtswetenschap zoekt dus naar regelen, voor wat de menschen behooren te doen. En dat de sociologische *rechtswetenschap* (2) geen

(1) T. a. p. blz. 19.

(2) Vgl. P. OERTMANN'S (Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, blz. 12, noot 1) betoog tegen de sociologie van EHRLICH (Grundlegung) en H. SPIEGEL (Gesetz und Recht, 1913), die ook o. i. vergeten, dat de rechtswetenschap niet slechts een sociologische, doch tevens een «Wert»-, eene waardeeringswetenschap is.

onderdeel der sociologie is (gelijk Prof. SCHOLTEN terecht opmerkt), ook dat kunnen wij beamen: gelijk toch hierboven bleek, is het een afzonderlijke wetenschap, al moge die ook de hulp vragen van hetgeen de sociologie ons leert. Een onderscheiding tusschen normatieve en sociologische rechtswetenschap kan dan ook o. i. niet als juist worden aangenomen; trouwens de Amsterdamsche hoogleeraar geeft dit toe, door te verklaren, dat „ieder die recht handhaaft of toepast of er over schrijft, „beide methoden door elkaar gebruikt" (1), al voert hij daarvoor ook andere gronden aan, dan wat ons juist toeschijnt. Schrijver toch betoogt, dat elke beschrijving van gewoonten en gebruiken, d. i. van hetgeen feitelijk geschiedt (2), niet gegeven kan worden, daar in iedere beschrijving een waardeering zou liggen, en wel eene, naar een maatstaf, overeenkomende met het inzicht, de levensbeschouwing van den betrokken rechtsbeoefenaar: immers door de inrichting der samenleving te beschrijven, toont hij ook, wat hij haar gebreken acht, en wekt hij, ook al zijn alle propagandistische bedoelingen hem vreemd, de begeerte tot verandering, verbetering in zijne richting (3). Tot staving van zijn betoog doet Prof. SCHOLTEN dan een beroep op de Marxistische beschouwingswijze, die „uitgaat van het primaire gegeven van de absolute waarde „van het proletariaat en derhalve van de noodzakelijkheid „der economische opheffing van den arbeider, zoodat het „historisch materialisme niets anders is dan de kijk op „de geschiedenis van hem, voor wien de strijd van het „proletariaat alles is, een waarde door geen enkele over„troffen". Hiertegenover zij evenwel opgemerkt, dat deze

(1) T. a. p. blz. 20.

(2) Derhalve van het recht, gelijk uit zijn eigen definitie, voorkomende in ASSER's handleiding, bleek.

(3) T. a. p. blz. 21, 22.

methode betreft de menschelijke samenleving, derhalve niet — en daar is het den rechter bij het toepassen van rechtsregelen om te doen — het opsporen van feitelijk geldende gedragsregelen in een bepaalde rechtsgemeenschap, gelijk wij dit hierboven hebben uiteengezet: de door Prof. SCHOLTEN aangehaalde beschouwingswijze betreft derhalve niet slechts een geheel ander onderwerp, doch heeft ook een zekere strekking, n.l. een onderstelde evolutie der geheele menschelijke samenleving, welke strekking aan het vinden van rechtsregels geheel vreemd is. Vandaar dan ook dat het betoog van den Weener hoogleeraar MENZEL (1), op wien Prof. SCHOLTEN beroep doet, evenmin het door ons behandelde onderwerp raakt: in gemeld boekje toch worden de verschillende theorieën over het ontstaan van menschelijke samenleving (theorieën, het z.g. maatschappelijk verdrag betreffende) uiteengezet en getoetst aan de idee van het z.g. natuurrecht, wat echter niets heeft uit te staan met het opsporen van feitelijk geldende gedragsregelen.

Ook het tweede argument, door Prof. SCHOLTEN gebruikt, kan o. i. niet opgaan: volgens hem toch kan wèl de rechtshistoricus geheel objectief het rechtsleven van het verleden beschrijven, doch is eene beschrijving van het hedendaagsche rechtsleven op geheel objectieve wijze onmogelijk, daar degeen, die zich eene dergelijke beschrijving tot taak stelt, onbewust toch in een bepaalde richting zijne beschouwingen doet gaan, daar bij hem steeds de vraag zich opdringt, of ook hij zoo zou moeten handelen, indien hij in eene regeling, als die welke hij beschrijft, betrokken werd (2). Dienaangaande zij herhaald, hetgeen wij hierboven reeds opmerkten: een

(1) AD. MENZEL, Naturrecht und Soziologie, 1912.

(2) T. a. p. blz. 27.

rechter kan niet alleen, doch moet ook geheel onafhankelijk van zijn eigen inzicht den feitelijk geldenden gedragsregel opsporen en toepassen, evenals elke rechtsbeoefenaar het hedendaagsch recht geheel objectief kan beschrijven: waarom uitsluitend die objectiviteit voor den rechtshistoricus is weggelegd, is ons niet duidelijk geworden (1). Deed de rechter zulks niet, het recht werd afhankelijk van de verschillende levensbeschouwingen, die in een menschelijke samenleving worden aangetroffen, en zou verschillen naarmate de persoonlijke meeningen van de rechters (2) verschillen, zoodat aldus een geheel subjectief element in de rechtspraak zou komen, hetgeen niet in overeenstemming ware te brengen met het objectieve karakter van den rechtsregel. Trouwens daardoor zou de grens tusschen moraal en recht geheel uitgewischt worden: alleen die rechtsregel zou worden toegepast, die de rechter of degeen, op wien het recht moet worden toegepast als individueel persoon, goedkeurde. Prof. SCHOLTEN geeft zulks toe, waar hij schrijft: „Als regel moet de „wet (3) gehoorzaamd worden, doch de gehoorzaamheid

(1) Dergelijke beschouwingen, zij het ook op ander gebied, vindt men ook in de lezenswaardige brochure van (den geestverwant van Prof. SCHOLTEN?) Dr. H. T. DE GRAAF, getiteld: «De geest van het imperialisme», 1915, *Synthese*-uitgave, deel II, no 5, blz. 201, 202: «eene beoordeeling van het imperialisme zal dus een en ander moeten «bevatten van een vergelijking van levensbeschouwingen evenzeer als «eene toetsing van de wetenschap, waarop het imperialisme zich «beroept»; ook hier weder verwarring tusschen objectieve bestudeering van de imperialistische verschijnselen en van de subjectieve waardeering daarvan!

(2) Of van dengene, op wien het recht wordt toegepast? dit is nog niet zoo gemakkelijk uit te maken, men zie toch Prof. SCHOLTEN, blz. 55, alsmede noot 3.

(3) Wij zouden, gelijk later zal blijken, liever van het recht gesproken hebben; zie ook den slotzin der aanhaling.

„heeft hare grenzen; het recht is niet de hoogste levens-
„waarde. Het tragisch conflict tusschen het volgen van
„het geldende recht en het leven naar eigen rechts-
„overtuiging kan zoo hoog loopen, dat de oplossing
„enkel in eigen geweten is te vinden. Onvoorwaardelijk
„volgen van het recht kan niet worden verlangd" (1). Wij zouden willen vragen of deze meening, die het geheele maatschappelijke verkeer op losse schroeven zet, niet te ver gaat: of niet door dit ethisch individualisme de rechtszekerheid niet in gevaar gebracht wordt, daar als het ware de ongehoorzaamheid aan recht (en wet) daardoor gesanctioneerd wordt, wat noch van het aan de rechtspraak onderworpen individu noch van den rechter, die het recht toepast, kan worden geduld: hier, op dit rechtsterrein gaat boven het recht niets, om de terminologie van Prof. SCHOLTEN zelf te gebruiken, waar hij van Prof. KRABBE zegt, dat deze het recht vereert en voor dezen het recht de hoogste levenswaarde is (2). Trouwens ook op dit punt komt de Amsterdamsche hoogleeraar op zijn ver gaande meening terug, door te verklaren, dat men niet te snel het bestaan van zulk een conflict moet aannemen, daar de levensbeschouwingen te verschillend zijn, uit welke tegemoetkoming o. i. de onhoudbaarheid van de conclusie, waartoe hij komt, n.l. dat recht en levensbeschouwing ten nauwste samenhangen (3), door hem, ten deele althans, toegegeven wordt.

Nu voere men ook niet aan, gelijk Prof. SCHOLTEN

---

(1) T. a. p. blz. 59.

(2) *De Schakel*, orgaan van den Godsdienstig-democratischen kring, 1e jaargang, no. 5, blz. 68 v., alwaar het werk van Prof. KRABBE, De moderne Staatsidee, besproken wordt, en door Prof. SCHOLTEN in velerlei opzicht dezelfde meeningen verkondigd worden als in zijn «Recht en Levensbeschouwing».

(3) T. a. p. blz. 60, 61.

doet (1), dat door deze objectieve beschouwing van gewoonten in een bepaalde rechtsgemeenschap het „naturalisme" in de rechtswetenschap wordt ingevoerd, m. a. w. dat de rechtswetenschap door deze methode een zuivere natuurwetenschap wordt, waarin het dus enkel gaat om de heerschende verschijnselen na te speuren en te rangschikken, zoodat het ware karakter der rechtswetenschap als „Kultur"- of Geisteswissenschaft (2) of, gelijk STAMMLER (3) het uitdrukt, als „Zweckwissenschaft", daardoor verloren zou gaan; integendeel, ook de sociologische rechtswetenschap kan zeer goed een teleologische wetenschap zijn, daar zulks uit het typisch sociologische karakter van den rechtsregel, gelijk wij dien hierboven leerden kennen, voortvloeit: het doel n.l. van het recht om de betrokken rechtsgemeenschap te doen voortbestaan (4), en dit doel kan, en moet, ook bij de door ons voorgestane objectieve rechtstoepassing in het oog gehouden worden.

O. i. is derhalve de rechtswetenschap geen zuivere natuurwetenschap, doch wel degelijk tevens doel-wetenschap (5); men voere hiertegen niet aan, dat men aldus

---

(1) T. a. p. blz. 21.

(2) H. RICKERT, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 3e druk, 1915; terloops ook ten onzent R. A. FOCKEMA, *Themis* 1912, speciaal blz. 269, 370.

(3) R. STAMMLER, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, blz. 55, 288 v.; BRÜTT, «*Kunst*» (?) der Rechtsanwendung 1907, blz. 19, 20.

(4) Vgl. JELLINEK, Die Socialethische Bedeutung, enz., blz. 46: «Dem «Recht der Zweck innewohnt einen bestimmten Zustand der Gesell«schaft zu erhalten»; DE LOUTER t. a. p. blz. 270: «recht het geheel «van regelen en instellingen, welke in een bepaalde maatschappij ver«bindend zijn, teneinde haar behoud en voortgang te verzekeren»; KORNFELD t. a. p. blz. 21: «Selbstbehauptung des sozialen Lebens».

(5) Dit moge door vele sociologische juristen (ook HAMAKER, wiens woorden, door Prof. SCHOLTEN t. a. p. blz. 20, 21 aangehaald, ook daarop wijzen) o. a. E. DURKHEIM, Les règles de la méthode sociologique,

toch weder het terrein der werkelijkheid verlaat, en in plaats van „recht der werkelijkheid" een natuurrechtsideaal in de rechtspraak invoert; dat is niet het geval: de sociologische rechtswetenschap is slechts in zooverre natuurwetenschap, als zij let op de bestaande usances en rechtsinstellingen, doch zij is tevens doelwetenschap in zooverre de rechtspraak ook op de bestaande behoeften van het rechtsverkeer te letten heeft, welke behoeften echter, als betreffende het maatschappelijk verkeer, niet iets ideëels uitmaken, doch van empirische hoedanigheid zijn; wanneer, om een voorbeeld te noemen, uitgemaakt moet worden of iets als een dringende reden om ontslag te geven of te nemen is aan te merken, is de beantwoording daarvan geheel afhankelijk van de vraag of het huidige rechtsverkeer, in het bijzonder de verhouding tusschen werkgever en werknemer, zulks veroorlooft, en een dergelijke objectieve beslissing kan gegeven worden bij de vraag, of een werkstaking in casu uit maatschappelijk oogpunt geoorloofd is te achten (1); de objectief waarneembare behoeften van het rechtsverkeer zijn dus het criterium, waarnaar ook de sociologische juristen de rechtspraak gericht wenschen te zien; daarbij komt dus noch een natuurrecht, noch een „soziales Ideal", gelijk

---

1912, passim (daarover GÉNY t. a. p., II blz. 74, SPIEGEL (Gesetz und Recht, 1913) en EHRLICH t. a. p. (daarover H. KELSEN, Archiv für Socialwissenschaft, deel 39, blz. 839, benevens EHRLICH's antwoord in deel 41, blz. 844 en slotwoord van KELSEN aldaar, blz. 850), over het hoofd gezien zijn, anderen als H. SINZHEIMER, Die Soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, 1909, hoewel o.i. de normatieve functie verkeerd opvattende en H.H. KANTOROWICZ, Rechtswissenschaft und Sociologie, 1911, hebben deze normatieve functie van het recht wel degelijk in het oog gehouden en (vgl. BRÜTT, blz. 88) het teleologische element der rechtswetenschap niet onbesproken gelaten.

(1) Dit voorbeeld, door Prof. SCHOLTEN aangehaald t. a. p. blz. 34; vgl. hiermede ons artikel in Rechtsgeleerd Magazijn 1915, blz. 91 v.

STAMMLER dat uiteenzet (1), te pas, derhalve is dus geen hypothetisch criterium hier maatstaf (2), doch een objectief waarneembaar object, te weten : de behoeften van het huidige rechtsverkeer; dat toch is zuivere verstandsarbeid, waarbij een politiek of ander subjectief oordeel niet vereischt wordt (3).

Na deze beschouwingen over het karakter van den rechtsregel en, in verband met Prof. SCHOLTEN's uitwijdingen, zij het ook in korte trekken, over de sociologische rechtswetenschap, komen wij thans tot het tweede gedeelte van ons onderwerp: *de wet*, en wel gelijk hierboven op blz. 1 werd aangeduid, in het bijzonder de z.g. privaatrechtelijke wetgeving.

Een bespreking daarvan is noodig, niet slechts wijl Prof. SCHOLTEN daaraan belangrijke beschouwingen wijdt, doch ook omdat zich na ons onderzoek van het wezen van den rechtsregel vanzelf de vraag opdringt, welke beteekenis in ons systeem de wet dan wel heeft; volgens vele schrijvers, aanhangers der z.g. positief rechtelijke school, toch is het recht uitsluitend in de wet te vinden, tenzij de wet naar de gewoonte, het ongeschreven recht, verwijst, en dit strijdt met de opvatting, gelijk die hierboven werd verdedigd, waarbij juist het ongeschreven recht op den voorgrond gesteld wordt; trouwens ook

(1) R. STAMMLER, Wirtschaft und Recht, 1914, blz. 568. v.; Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, blz. 529 v.

(2) Vgl. PH. HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, blz. 13, volgens wien het «richtige Recht» van STAMMLER niet van sociologische hoedanigheid is, doch «een soziales Ringen» betreft, wat dus geheel overeenkomt met hetgeen wij hierboven opmerkten betreffende MENZEL's uiteenzettingen.

(3) Een ander voorbeeld is het rechtsbeginsel van de bescherming van derden te goeder trouw; ook dat is een beginsel, waarvan de toepassing een objectief waarneembare behoefte van een rechtsverkeer te toetsen is.

voor hen, die de volledigheid der wet niet meer volhouden, moet o. i. steeds moeilijkheid bestaan om rechts- en wetsbegrip in overeenstemming te brengen; de wet en de gewoonte, waarnaar de wet verwijst, toch behelzen beide volgens hen recht, en tevens doet de niet door de wet erkende gewoonte zulks ook.

Naar onze meening moet dan ook het wetsbegrip anders worden opgevat dan zulks gewoonlijk geschiedt: moet de wet niet worden verstaan als een complex van rechtsvoorschriften, gericht tot de leden eener maatschappij, voorschriften derhalve, die als gedragsregelen voor hen zijn aan te merken, doch moet de wet verstaan worden als een geheel van bepalingen, waaraan de rechter gehouden is bij de uitoefening van zijn taak; een complex van voorschriften aangaande de gevolgen, die de rechter heeft aan te nemen bij een aan zijn oordeel onderworpen rechtsgeschil.

Deze opvatting is in de eerste plaats op historische gronden te verdedigen; uit vele bepalingen toch heeft Prof. HAMAKER de juistheid van dit wetsbegrip afgeleid; hij wees daarbij op de redactie van andere wetboeken: das Allgemeine Landrecht der Preussischen Staaten (1794), de Bataafsche Inleiding van Recht in het algemeen (1804), das Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch van Oostenrijk (1811) en in het bijzonder ook op het Ontwerp 1820, waaruit duidelijk blijkt, dat de wet een samenstel van bepalingen, gericht tot den rechter, en niet van „normen", gericht tot de leden der maatschappij, bevat, welke opvatting, gelijk hij uiteenzet, ook geldt voor den Code Civil en het Burgerlijk Wetboek, nu van eenige verandering te dien aanzien niet is gebleken (1).

(1) HAMAKER t. a. p. blz. 199 v., 245 v.; evenzoo blijkt zulks uit hetgeen REICHEL, Gesetz und Richter spruch, 1915, blz. 95, ten aanzien van het Oostenrijksche Wetboek en Pruisische Landrecht mededeelt.

Maar niet slechts historisch is ons wetsbegrip te verdedigen, ook uit den aard der wetsvoorschriften volgt o. i. de juistheid daarvan: in de eerste plaats zij gewezen op de vele voorschriften, waarbij bepaalde ambtenaren, ook de rechters, belast worden met de inachtneming van bepaalde formaliteiten ten aanzien van registers van den burgerlijken stand, inschrijvingen in hypotheken, faillissementsbekendmakingen; verder op alle verdere wetsbepalingen die schijnbaar de rechten en verplichtingen van bijzondere personen regelen, doch in werkelijkheid den rechter inlichten, welke gevolgen hij heeft te hechten aan een bepaald rechtsfeit: in het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek toch wordt niet gezegd, dat de leden van onze rechtsgemeenschap een wettig huwelijk moeten sluiten — de wet kan zulks trouwens niet bevelen, daar het sluiten van een huwelijk, kerkelijk en z.g. vrij huwelijk wel uit den aard der zaak aan het inzicht (rechtsbewustzijn!) der betrokken personen overgelaten moet worden — doch wordt in die wetsartikelen alleen bepaald, dat de rechter de in de wet omschreven gevolgen moet aannemen, indien partijen een wettig huwelijk hebben gesloten; in het tweede boek van hetzelfde wetboek staat niet te lezen, dat de daarbij omschreven zakelijke rechten aangetroffen worden in onze maatschappij, doch dat de rechter de wettelijke gevolgen heeft aan te nemen, indien hij een desbetreffend zakelijk recht als bestaande aanneemt; hetzelfde valt te zeggen van de in het derde boek omschreven overeenkomsten: ook daar zijn o. i. uitsluitend bepalingen te vinden, gericht tot den rechter, ten einde dezen aan te wijzen de gevolgen van een door partijen gesloten overeenkomst; trouwens de bepalingen omtrent de uitlegging der overeenkomsten is voor onze stelling een nog duidelijker bewijs, evenals zulks het geval is met de bepalingen, die in het vierde boek van het Burgerlijk

Wetboek over het bewijsrecht (de *door den rechter* te gebruiken bewijsmiddelen, enz.) zijn opgenomen.

Trouwens de omstandigheid, dat, gelijk MAYER terecht opmerkt, alleen een rechter of een rechtsbeoefenaar bekend is met de bepalingen der wet, wijst er ook op, dat de wet in de eerste plaats niet tot de bijzondere personen, doch tot den rechter gericht is (1). Wij zeggen hier met opzet in de eerste plaats, immers wij willen niet ontkennen, dat ook de wet een norm-inhoudend karakter voor de leden van den Staat kan hebben, vooral in zooverre dat deze zich daarnaar zullen richten, zoodra de rechtspraak in een bepaalde richting die bepalingen toepast, voorzooverre deze bepalingen z.g. nieuw recht althans bevatten. Gewezen zij in dit verband op de wet op de arbeidsovereenkomst: door velerlei bedingen nietig te verklaren (2) of een beding alleen dan geldig te doen zijn, indien het schriftelijk is aangegaan (3) heeft de

---

(1) M. E. MAYER, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, blz. 6 v., die evenzeer er op wijst, dat de publicatie der wet welke, wat Nederland betreft, uitsluitend in het *Staatsblad* en de *Staatscourant* geschiedt, ten doel heeft, om den text der wet officieel te doen vaststaan, en niet om de leden van den Staat daarmede in kennis te stellen, al moge zulks ook oorspronkelijk wel het doel geweest zijn (blz. 10 v.). Ook moge gewezen worden op ANEMA's opvatting van het z.g. overheidsrecht (De bronnen van het privaatrecht, 1913, blz. 94), welk recht toch beoogt vastheid te brengen in rechtstoestanden, welk overheidsrecht ook HAMAKER (Verspreide geschriften, VII, 157) aanneemt: «bevelen van de overheid aan hare rechters omtrent de wijze, «waarop zij hun taak zouden hebben te vervullen»; vgl. VAN KUYK, praeadvies Ned. Jur. Vereen. 1916, blz. 137, 138. BRÜTT's bestrijding t.a.p. blz. 26 van MAYER's wetsbegrip tast het hierboven uiteengezette wetsbegrip niet aan, daar immers MAYER ten onrechte van Rechtsnormen spreekt, waar hij o.i. van Gesetzesnormen had moeten spreken.

(2) B.v. artikel 1637 *l.* B. W.

(3) B.v. artikel 1637 *m.* B. W.

wetgever als het ware de contracteerende partijen er voor gewaarschuwd dergelijke bedingen niet meer te sluiten resp. die bedingen uitsluitend onder den in de wet omschreven waarborg aan te gaan; doch, gelijk gezegd, dit normatieve karakter der wet is o. i. slechts secundair: in de eerste plaats is de wet tot den rechter gericht, en pas indirect, door de vorming van een vaste jurisprudentie, tot de leden van den Staat (1); in zooverre slechts kan de wet opgevat worden als een levensregel, die uit zijn aard bedoelt handelingen der menschen te bepalen, gelijk Prof. SCHOLTEN het uitdrukt (2), doch daarin moet niet, gelijk de hoogleeraar o. i. ten onrechte betoogt, het voornaamste karakter der wet gevonden worden. Trouwens zijn argumentatie betreft eigenlijk niet de wet, doch den rechtsregel en de rechtswetenschap, beide, gelijk hierboven bleek, geheel andere onderwerpen (3).

De wet is dus o. i. in de eerste plaats een leiddraad voor den rechter (3), doch dan nog wel een wegwijzer, die allerminst houvast geeft (4); immers allereerst moet de beteekenis van de bewoordingen der wet opgespoord worden, en dat zulks vaak niet tot eenstemmigheid leidt, betwijfelt niemand meer (5), daar bijna elk wetsvoorschrift voor verschillende uitlegging vatbaar is. Het zou ons te ver voeren dit onderwerp in zijn geheel te behandelen, vol-

---

(1) Aldus ook MAYER t. a. p. blz. 47.

(2) Recht en Levensbeschouwing, blz. 29.

(3) Derhalve zijn beslissingen contra legem o. i. niet geoorloofd (o. a. REICHEL t. a. p. blz. 122 v.) geoorloofd, vgl. art. 11 wet A. B.; vgl. KRABBE, Moderne Staatsidee, wat het jus constituendum aangaat.

(4) REICHEL t. a. p. (ein Indizium aus dem) die Jurisprudenz das geltende positive Recht durch zum Teil *schöpferische Arbeit* gewinnen muss.

(5) Vgl. laatstelijk J. ISRAEL DE HAAN'S onderzoekingen over de rechtskundige significa.

staan moet dus worden met het volgende: steeds moet o. i. die beteekenis aan de wetsbepaling gegeven worden, welke het rechtsverkeer vordert; dit toch is het fundament, waarop het recht steunt; derhalve moet niet te veel gehecht worden aan hetgeen de wetgever bij het ontwerpen der wet gewild heeft: trouwens vaak is die wil in het geheel niet na te speuren (1), maar bovendien zijn de eischen van het maatschappelijk leven zoo veranderd, dat men een geheel ondoeltreffende rechtspraak zou krijgen, indien men de sociologischgetinte wetsinterpretatie niet toepaste (2).

Doch door zulks te doen, is de taak van den rechter bij de interpretatie van een wetsvoorschrift echter nog niet afgeloopen; integendeel, na deze uitlegging in algemeenen zin krijgt hij nog tot taak de uitlegging, beter gezegd de toepassing van de wetsbepaling, op het aan zijn oordeel onderworpen geval: immers, gelijk Prof. SCHOLTEN betoogt, terwijl men vaak meende, dat de rechter niets anders deed dan den abstracten regel toe te passen op het concrete geval, en niets anders te doen had dan de wet te interpreteeren, is men thans

(1) Aldus ook BRÜTT t. a. p. blz. 47 v.; vgl. PH. HECK, Gesetzesauslegung und Interessen Jurisprudenz, 1914, blz. 11 v. Terecht wijst REICHEL t. a. p. blz. 68, 69 er op, dat de «Gesetzes-Materialen» slechts zijn aan te merken als «blosse Erkenntnisquellen, blosse Ansichts-«aüsserungen mehr oder weniger intimer Sachkenner», en het gebruikelijke zoeken naar den wil van den wetgever tot «grobe Absurditäten» leidt; evenzoo J. P. FOCKEMA ANDREAE, «Moderne Praetuur, 1907, blz. 152 v., die tegen deze wetsuitlegging een waarschuwing doet hooren.

(2) Een voorbeeld daarvan is te vinden in vonnis rechtbank Leeuwarden, 28 Mei 1914, Ned. Jur. 1914, blz. 739, inzake art. 1543 B.W. Men vergelijke overigens, ook uit historisch oogpunt, de beschouwingen van O. BÜLOW, Gesetz und Richteramt, 1885, blz. 19 v., verder SCHOLTEN t. a. p. blz. 9, 10.

tot het inzicht gekomen, dat 's rechters taak ten deze nog iets anders is dan op de ten processe vaststaande feiten den wettelijken regel toe te passen, en wel in zooverre, dat hij die feiten waardeert, d. w. z. toetst aan normen die de wet hem niet geeft, zoodat tusschen de beide deelen van de volgens Prof. SCHOLTEN traditioneele taak van den rechter, de feiten vaststellen en het betrokken wetsvoorschrift interpreteeren, zich een derde taak schuift, n.l. de toepassing van het wetsvoorschrift op het onderhavige geschil (1). Als voorbeeld haalt de schrijver in de eerste plaats aan het geval, dat scheiding van tafel en bed gevorderd is, op grond van buitensporigheden, door den eenen echtgenoot jegens de andere gepleegd: alsdan heeft de rechter, behalve het vaststellen der feiten, na te gaan of die feiten onder het begrip „buitensporigheid" vallen, en daarbij moet hij niet slechts nagaan, wat in het algemeen onder den wetsterm „buitensporigheid" te verstaan is, doch ook of in het onderhavige geval dat gedrag onder dat wetsbegrip valt: inderdaad is dat dan eene waardeering van dat gedrag, een toetsen aan normen, die niet de wet hem geeft. Evenzoo zijn wij het met den schrijver volkomen eens, dat zulk een waardeeringstaak voor den rechter is weggelegd, waar hij in een bepaald geval te onderzoeken heeft of overmacht voor den schuldenaar aanwezig was, of wanneer hem ter beoordeeling is voorgelegd het geval, of een automobilist schuld heeft aan eene aanrijding. Ook in die gevallen toch heeft hij het onderhavige geval te toetsen aan normen, die de wet hem niet geeft, en wel aan rechtsnormen (2), gelijk de schrijver zelf verklaart, niet: ethische normen.

---

(1) T. a. p. blz. 4 v.

(2) T. a. p. blz. 5.

Dit laatste toch wenschen wij er uitdrukkelijk bij te voegen: immers, nu het rechtsnormen en niet ethische normen zijn, is hier wel sprake van zuiver intellectueelen arbeid, hetgeen Prof. SCHOLTEN ontkent (1): het betreft hier o. i. toch het opsporen van de feitelijk geldende gedragsregelen: de rechter heeft dus daarbij na te gaan, welke handelingen strijdig zijn met een huwelijksleven, gelijk dat in den kring der betrokken personen regel is; evenzoo kan hij nagaan, wat een schuldenaar in dergelijke gevallen in het zakelijk verkeer behoort te doen of, wat het derde voorbeeld betreft, kan hij naspeuren, wat een automobilist in dergelijke gevallen te doen heeft (2). Weet hij zulks uit eigen wetenschap niet, wel, hij benoeme getuigen of deskundigen of winne het advies van een kamer van arbeid in, gelijk de wet op het arbeidscontract hem uitdrukkelijk voorschrijft. Evenmin kunnen wij Prof. SCHOLTEN (3) toegeven, dat het slechts een overtuiging, en niet iets voor bewijs vatbaars is, dat de rechter in dergelijke gevallen niet naar willekeur beslist; integendeel, hij beslist naar rechtsnormen, die geheel onafhankelijk zijn van zijn persoonlijk inzicht of levensbeschouwing.

Wij spraken tot dusverre over gevallen, waarin de wet wel voorziet, inzooverre althans dat voor het betreffende onderwerp in het algemeen, gelijk wij zagen, een voorschrift in de wet te vinden is; thans echter blijven nog ter bespreking over al die gevallen, waarvoor de wet geen regeling geeft. Prof. SCHOLTEN wijst op het

---

(1) T. a. p. blz. 6.

(2) Het maatschappelijk verkeer, het leven in de maatschappij is dus grondslag, vgl. GÉNY t. a. p. passim; EHRLICH t. a. p. blz. 191 v.; SPIEGEL t. a. p. blz. 22.

(3) T. a. p. blz. 6.

internationaal privaatrecht (1), daar dienaangaande slechts vier artikelen in de wet te vinden zijn (afgezien van de tractaten, die slechts voor de toegetreden landen gelden); verder zou op de vele handelsrechtelijke onderwerpen gewezen kunnen worden, die niet in de wet geregeld zijn (2). De vraag is nu: hoe in dergelijke gevallen te beslissen? Prof. SCHOLTEN doet daarvoor een beroep op de innerlijke ervaring en het rechtsgevoel (3); beide echter kunnen o. i. hierom buiten bespreking blijven, daar alsdan weder een subjectief element onnoodig in de rechtspraak wordt ingevoerd en trouwens, gelijk hijzelf toegeeft, zijne beschouwingen dienaangaande alleen door hen aanvaard kunnen worden, die zich in levensbeschouwing verwant voelen. Om die redenen willen wij ten deze liever REICHEL (4) volgen, die allereerst spreekt van het *gewoonterecht*; immers vaak kan de feitelijk geldende gedragsregel reeds den rechter van dienst zijn om een beslissing te vinden, en het doet er dan niet toe, of naar dien gedragsregel, die gewoonte, niet door de wet verwezen wordt; art. 3 wet Alg. Bep. stelt zulks wel schijnbaar als vereischte, doch doet zulks inderdaad niet, mits men er maar een uitlegging aan geeft, die in den tegenwoordigen tijd, waarin gevaar bestaat voor verouderingder wetboeken, bruikbaar is, en wel deze, dat het artikel niets anders inhoudt dan dat de rechter verplicht is die gewoonte toe te passen, waarnaar de wet verwijst, zoodat het artikel den rechter geheel vrij laat om de niet

(1) T. a. p. blz. 73.

(2) Vgl. b.v. MOLENGRAAFF'S Leidraad I, 3e druk, blz. 119 v. (agentuurcontract); III, 2e druk, blz. 357 (transportondernemerscontract).

(3) T. a. p. blz. 34 v.

(4) T. a. p. blz. 98 v.

door de wet gesanctioneerde gewoonte al dan niet toe te passen (1).

Vaak echter zal ook dit gewoonterecht den rechter in den steek laten, hetzij dat eene beslissing gegeven moet worden waar weliswaar feitelijk geldende gedragsregelen bestaan, doch deze verschillende „rechtsgemeenschappen" betreffen (2), of waar in het geheel geen gewoonterecht bestaat (b.v. het luchtvaartrecht). Kan dan de *analogie* dienst doen, gelijk vaak, in het bijzonder vroeger beweerd werd? O. i. niet: immers, gelijk Prof. SCHOLTEN (3) terecht opmerkt: de analogie beoogt een regel te vinden, die verwantschap vertoont met de in de wet geregelde materie; echter indien men die verwantschap heeft opgespoord en een dergelijke analogische toepassing in practijk brengt, dan veronderstelt zulks dat men eerst een meer algemeenen regel heeft gevonden, waarvan zoowel het wetsvoorschrift als de te vinden ongeschreven regel uitvloeisels zijn; welnu, dat is o. i. geen zekere maatstaf; immers men heeft geen enkel criterium, waaraan men dien algemeenen regel kan toetsen; trouwens het vinden van dergelijken regel lijkt ons vrijwel ondoenlijk op dit

---

(1) Aldus ook Prof. SCHOLTEN in ASSER's Handleiding I, blz. 50; VAN KUYK t. a. p. blz. 184; deze interpretatie moge historisch minder juist zijn: immers het artikel stamt uit den tijd, waarin men meende dat uitsluitend de wet richtsnoer was (REICHEL t. a. p. blz. 93), toch is deze uitlegging (trouwens met een beroep op bovenstaande schrijvers) te handhaven, en komt zij overeen met het in dit opstel gegeven begrip van rechtsregel als, ongeschreven recht.

(2) Vgl. het geval, dat een proces gevoerd wordt over een dokters-rekening: de dokter behoort tot een afzonderlijke *rechts*gemeenschap, blz. 7 boven (waarbij het bijv. usantieel is *f* 5.— per visite te berekenen), terwijl de patiënt tot een lagere maatschappelijke klasse behoort, en derhalve andere tarieven plegen te gelden.

(3) Recht en Levensbeschouwing, blz. 8.

gebied, waar wij immers zoowel van een wetsregel als van een ongeschreven regel verstoken zijn.

Is derhalve de analogie uit theoretisch oogpunt te verwerpen als middel om tot eene objectief juiste beslissing te geraken, zulks is o. i. ook het geval met het door REICHEL (1) gedane beroep op de „Natur der Sache"; immers ook die term is veel te vaag, en ook daarin ligt geen criterium, teneinde tot in allen deele juiste beslissing te komen.

Toch is zulks noodig, maar dan volgens een criterium dat o. i. uit het begrip rechtsorde, maatschappelijk verkeer, voortvloeit: immers dat rechtsverkeer tusschen de leden der maatschappij is, gelijk wij hierboven zagen, het object der rechtswetenschap, en dus ook van de rechtspraak; is dus in een bepaald geval de rechter geroepen eene beslissing te geven, waarbij zoowel de wet als het gewoonterecht hem in den steek laten, welnu, hij geve een beslissing, gelijk het rechtsverkeer in de betrokken rechtsgemeenschap eischt; hij toetse derhalve zijne uitspraak aan „die Bedürfnisse unserer Zeit und unserer sozialen Gemeinschaft" (2); deze beslissing is van zuiver objectieven aard: immers, gelijk reeds werd uiteengezet, de behoeften van het rechtsverkeer zijn van empirisch karakter en zuiver objectief, d. w. z. niet afhankelijk van 's rechters persoonlijk inzicht. Vanzelf spreekt het, dat vaak daarbij in de eerste plaats de belangen van beide partijen in het oog gehouden zullen worden, zoodat in zooverre van de billijkheidsidee of van „Interessenabwägung" sprake is, doch dit neemt niet weg, dat toch steeds tegelijk een sociologische maatstaf in het oog moet gehouden worden, te weten

(1) T. a. p. blz. 105.

(2) REICHEL t. a. p. blz. 110.

het belang van het maatschappelijk rechtsverkeer en der samenleving: alsdan geen vaag rechtsgevoel, waarover MEYERS spreekt (1) of andere uitingen der *gevoels*-jurisprudentie (2), doch een objectief criterium, onafhankelijk van 's rechters persoonlijk, oncontroleerbaar inzicht of levensbeschouwing! Aldus handelende, kan men als rechter eenigszins de zekerheid hebben niet slechts een objectieve, „richtige" methode toe te passen, doch ook de gerechtigheid te dienen, voorzoover het positieve recht (wetgeving en gewoonterecht) zulks toelaat; al moge de rechtvaardigheid het hoogste doel zijn van den rechter, toch zij dit o. i. ethische en vage begrip (3) slechts middellijk doel: onmiddellijk zij het hem te doen om recht te spreken, en wel zooals de maatschappij het

---

(1) E. M. MEYERS, De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak 1910; K. GAREIS, Vom Begriff Gerechtigkeit, 1907, blz. 33: «der soziale Instinkt oder Gerechtigkeit»; BRÜTT t. a. p. blz. 29.

(2) BRÜTT t. a. p. blz. 101 v. «ook geen intuïtie» welke GÉNY (BERGSON?) voorstaat; derhalve «het normale in het recht», gelijk Prof. SCHOLTEN ook uiteenzet ten aanzien der causaliteitsvraag (Rechtsgeleerd Magazijn 1902, speciaal blz. 458; MOLENGRAAFF, Leidraad III, 2e druk, blz. 547: «de goede trouw en billijkheid zoowel bij uitspraken over de rechtsgevolgen van overeenkomsten als bij andere beslissingen»; verder STAMMLER, Die Lehre von richtigen Rechte», 1902, blz. 162.

(3) In dit verband zij gewezen op het streven van Mr. HARTZFELD naar bemiddelende vonnissen, dat o. i. ook op de rechtvaardigheid (Bemiddelend vonnis, 1915, blz. 20, 29) doelt, en als een gevolg van een sociologisch inzicht (vlg. Ondoelmatigheid van strijd tusschen procedeerende partijen, 1907) is toe te juichen al is de uitwerking tot nog toe onbevredigend geweest: o. i. moet niet zoozeer naar bemiddelende vonnissen, dan wel naar bemiddelende (d. i. aan den rechter vrijheid latende) wetsartikelen gestreefd worden, opdat de rechter naar billijkheid kan oordeelen d. w. z. in overeenstemming met de sociologische behoeften.

vordert, om aldus een recht der werkelijkheid (1) te verkrijgen, gebaseerd op een rationeele rechtstoepassing.

Wij zijn aan het einde onzer beschouwingen over de taak van den burgerlijken rechter gekomen, en hebben daarbij vaak beroep gedaan op Prof. SCHOLTEN's opvattingen, met welke wij echter tevens ons menigmaal niet konden vereenigen; deze bestrijding echter geschiedde niet — dit zij hier uitdrukkelijk vermeld — omdat wij niet ten deele instemmen met de „ethische richting", waarin zijne beschouwingen zich bewegen, doch wel, omdat, al moge zijn samenkoppeling van recht en levensbeschouwing voor iemands persoonlijk leven gerechtvaardigd zijn, deze verwarring van recht en ethiek ons op principieele gronden onjuist toeschijnt, waar het betreft het leven van het individu in de maatschappij, en de toepassing van het recht door den rechter.

---

(1) Laatstelijk *W. v. h. R.* no. 10000, zoowel Prof. HIJMANS als Prof. MOLENGRAAFF.

Overeenkomsten tot regeling van openbare belangen

DOOR

MR. S. SYBENGA,

Griffier der Staten te Groningen.

Volgens art. 121 der Gemeentewet kunnen besturen van twee of meer gemeenten gemeenschappelijke zaken, belangen, inrichtingen of werken na machtiging en onder goedkeuring van Gedeputeerde Staten regelen.

Ingevolge deze bepaling hebben in 1857 een vijftal Zuid-Hollandsche gemeenten, n.l. Ooltgensplaat, Oude Tonge, Middelharnis, Stad aan 't Haringvliet en Den Bommel eene gemeenschappelijke regeling getroffen omtrent het onderhoud van een grindweg.

Hetgeen met deze regeling is voorgevallen zal hieronder in beknopt bestek worden medegedeeld met de bedoeling daaraan de vraag te verbinden, welk rechtskarakter aan de naar art. 121 der Gemeentewet getroffen regelingen en in het algemeen aan regelingen van openbare belangen is toe te kennen.

Zijn dergelijke regelingen overeenkomsten in den zin van het gemeene recht?

Naar mijne meening is dat het geval, indien bij die regelingen aan alle vereischten is voldaan, die voor de totstandkoming van overeenkomsten aanwezig moeten zijn (art. 1356 B. W.).

Het is er echter verre van, dat deze meening algemeen gedeeld wordt.

Sommigen wenschen zoodanige regelingen niet als overeenkomsten beschouwd te zien. Zij meenen, dat overeenkomsten in den zin onzer wet een privaatrechtelijk

begrip uitdrukken en dat daarom bij de bovenbedoelde regelingen niet van overeenkomsten gesproken mag worden.

Anderen zien daarin geen bezwaar, maar meenen die regelingen publiekrechtelijke overeenkomsten te moeten noemen, waarbij dan uitgegaan wordt van een onderscheiding tusschen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke overeenkomsten.

Ik acht die onderscheiding onjuist omdat zij niet in de wet gefundeerd is, verwarrend omdat zij geen juist omlijnde begrippen weergeeft en gevaarlijk wanneer daaraan rechtsgevolgen worden verbonden, speciaal dit rechtsgevolg dat privaatrechtelijke overeenkomsten door regelen van het privaatrecht en publiekrechtelijke overeenkomsten door regelen van het publiekrecht zouden worden beheerscht. Van deze onderscheiding schijnt, wat met in geleerde termen uitgedrukte onbegrepen zaken meer het geval is, een groote bekoring uit te gaan. Men vindt haar niet enkel in juridische verhandelingen, maar ook in rechterlijke en administratiefrechterlijke uitspraken telkens terug. Zelfs is zij in den laatsten tijd begonnen in de taal der wetten door te dringen, n.l. in art. 23 n°. 12 der Zegelwet, krachtens welke bepaling aan zegelrecht naar de oppervlakte van het papier onderworpen zijn alle andere niet elders in deze wet genoemde stukken, opgemaakt tot bewijs van privaatrechtelijke overeenkomsten, enz.

Naar wat de steller dezer bepaling met privaatrechtelijke overeenkomsten heeft bedoeld, kan slechts gegist worden. Men gevoelt wel zoo ongeveer wat bedoeld wordt, maar als het er op aankomt, weet men zich geen rekenschap te geven hoever het begrip reikt.

Als een particulier aan een ander particulier een grondstuk verkoopt, zal omtrent de toepasselijkheid van art. 23 n°. 12 geen twijfel bestaan, ook niet, wanneer een particulier aan een gemeente verkoopt of omgekeerd

zonder meer, maar er begint reeds twijfel te rijzen, wanneer een particulier aan een gemeente verkoopt onder voorwaarde dat het verkochte bestemd zal worden tot stichting van een openbare inrichting en die twijfel zal in nog sterkere mate aanwezig zijn als twee openbare lichamen elkander voor openbare doeleinden openbaar terrein afstaan.

Eén zaak staat echter geloof ik vast, dat het een zeker verband met openbare belangen is, dat — altijd in de oogen van hen, die bedoelde onderscheiding aanhouden — de desbetreffende overeenkomsten doet ophouden privaatrechtelijke overeenkomsten te zijn, zij het ook, dat niemand zal kunnen zeggen hoe intens dat verband zal moeten zijn.

Is er nu reden voor die onderscheiding?

De wet spreekt haar nergens uit, kent haar niet, behalve dan de Zegelwet, bij welker uitvoering zij zoo goed en kwaad als het gaat min of meer op het gevoel af zal moeten worden toegepast.

Overigens bestaat zij alleen in de verbeelding van sommige juristen, die haar buiten de wet om hebben uitgevonden.

In art. 1349 van het Burgerlijk Wetboek wordt gezegd dat een overeenkomst een handeling is, waarbij een of meer personen zich jegens een of meer personen verbinden. De bedoeling van deze bepaling is, al neem ik gaarne op gezag der commentatoren van het Burgerlijk Wetboek aan dat de redactie een betere kon zijn, volkomen duidelijk.

Als aan de eischen van deze bepaling en in verband daarmede aan die van art. 1356 is voldaan, hebben wij te doen met een overeenkomst in den zin van het Burgerlijk Wetboek, tout court met een overeenkomst, natuurlijk behoudens de afwijkingen en uitzonderingen bij andere wettelijke bepalingen gesteld. Maar met betrekking tot

de openbare belangen is in het algemeen geen uitzondering gemaakt of afwijking gesteld. Bij geen wettelijke bepaling zijn de openbare belangen aan de heerschappij der bij art. 1349 B. W. bedoelde overeenkomsten onttrokken.

Natuurlijk moeten de overeenkomsten een geoorloofde oorzaak hebben en is in verband daarmede in art. 14 Wet houdende algemeene bepalingen bepaald, dat door geen overeenkomsten aan de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, hare kracht ontnomen kan worden.

Overeenkomsten, die deze strekking mochten hebben, zijn onbestaanbaar.

Als de jaarwedde van een burgemeester door Gedeputeerde Staten onder Koninklijke goedkeuring op een bepaald bedrag is vastgesteld, kan tusschen den burgemeester en de gemeente niet overeengekomen worden, haar op een hooger of lager bedrag te bepalen. De daaromtrent in de Gemeentewet voorkomende bepalingen moeten gehonoreerd worden. Maar voor zoover geen gebiedende of verbiedende afwijkingen bestaan, kan niet worden ingezien, waarom openbare belangen niet evengoed als particuliere belangen het onderwerp van overeenkomsten kunnen zijn en waarom op die overeenkomsten niet dezelfde wettelijke bepalingen van toepassing zouden zijn, wederom voor zoover daarvan niet bij eenige bijzondere wet of eenige bijzondere wetsbepaling is afgeweken.

Het zou er droevig voorstaan, als het anders ware, als omtrent openbare belangen geen contractueele bepalingen konden worden gemaakt, waaraan te gehoorzamen partijen in rechten kunnen worden genoodzaakt. Een goede behartiging der openbare belangen vordert, dat daaromtrent overeenkomsten moeten kunnen worden aangegaan en dat deze overeenkomsten niet minder dan

alle andere overeenkomsten onder rechterlijke bescherming zijn geplaatst.

Dat bij een andere opvatting rechteloosheid voor rechtszekerheid zal kunnen plaats maken, zal naar ik meen de geschiedenis der regeling der vijf Zuid-Hollandsche gemeenten duidelijk kunnen maken.

Deze vijf gemeenten hebben in 1857 een regeling getroffen omtrent het onderhoud van een grindweg. Van dien grindweg lag een gedeelte ter lengte van 4700 M. op het gebied der gemeente Middelharnis. Omtrent het onderhoud van dit gedeelte werd in die regeling bepaald, dat tot de kosten daarvan door Middelharnis *f* 325.— zou worden bijgedragen en dat, wat dientengevolge aan het aandeel van Middelharnis mocht ontbreken, door de gemeente Stad aan 't Haringvliet zou worden bijgepast. Hoewel het motief van die bepaling mij niet met zekerheid bekend is, vermoed ik dat haar grond daarin gelegen zal zijn geweest, dat naar de toenmalige inzichten het belang der gemeent Stad aan 't Haringvliet grooter was dan dat van Middelharnis.

Nu schijnen zich echter in den loop der jaren de omstandigheden gewijzigd te hebben, vermoedelijk doordien het belang van Middelharnis grooter en dat van Stad aan 't Haringvliet minder groot is geworden en waarschijnlijk ook hierdoor, dat de kosten van onderhoud veel hooger zijn geworden dan men in 1857 heeft mogelijk geacht.

Hoe dit ook moge geweest zijn, de gemeente Stad aan 't Haringvliet heeft zich ten slotte door de regeling bezwaard gevoeld en daarin aanleiding gevonden met ingang van 1 Januari 1915 de regeling aan de vier andere gemeenten op te zeggen.

Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland hebben daarop aan die vier gemeenten de vraag doen voorleggen of

door hen al dan niet opheffing van de regeling van 1857 werd verlangd, waarop drie gemeenten, n.l. den Bommel, Ooltgensplaat en Oude Tonge hebben geantwoord genoegen te nemen met het opzeggensbesluit, maar Middelharnis heeft verklaard geen aanleiding te vinden zich over de wenschelijkheid der opheffing uit te spreken, zoolang omtrent de voorwaarden der opheffing geen overeenstemming is verkregen.

Hierop is na eenige correspondentie het bestaan van een geschil van bestuur aangenomen en hebben Gedeputeerde Staten dit geschil ingevolge art. 70 der Grondwet in verband met art. 147 der Provinciale wet aan de Koningin ter beslissing voorgedragen.

De Koningin heeft die beslissing aanvaard, daarbij overwegende dat een regeling als de bovengenoemde gegrond is op het gemeenschappelijk belang der betrokken gemeenten, dat bij gebreke van voorschriften omtrent de opheffing of wijziging der regeling niet aanneembaar is dat de regeling naar de bedoeling der betrokken gemeenten ook zou blijven gelden, indien de omstandigheden zoodanig veranderden, dat een of meer partijen niet alleen geenerlei belang meer bij de regeling zouden hebben, maar integendeel schade zou worden berokkend, dat, naar door den raad der gemeente Stad aan 't Haringvliet voldoende is aangetoond, bovenvermelde gemeenschappelijke regeling in strijd is met haar belang en hare opheffing door den raad dier gemeente uitdrukkelijk uit dien hoofde verlangd wordt, terwijl de raden der gemeenten Ooltgensplaat, Oude Tonge en den Bommel de billijkheid daarvan erkennen en met opzegging van gemelde regeling genoegen nemen.

Op grond van deze overwegingen heeft Hare Majesteit vrijheid kunnen vinden onder verantwoordelijkheid van den Minister Cort van der Linden bij Haar besluit van

28 October 1915, *Stbl.* n°. 443) te beslissen dat de in 1857 door genoemde gemeenten getroffen regeling vervalt zes maanden na dagteekening van dit besluit.

Tot deze beslissing heeft deze Koninklijke uitspraak zich echter niet bepaald, maar verder verstaan dat de raden der genoemde gemeenten binnen vier maanden na de dagteekening van dit besluit, met inachtneming van het bepaalde bij art. 121 der Gemeentewet de gevolgen van het vervallen der regeling moeten regelen, zullende — zoo heet het verder — „die nadere regeling, zoo zij „niet binnen genoemden termijn tot stand is gekomen, „geschieden door Ons".

Dit dreigement is, nadat, zooals te verwachten was, de vijf gemeenten binnen den gestelden termijn met een nieuwe regeling niet gereed waren gekomen, tot uitvoering gebracht bij Koninklijk besluit van 29 Juli 1916, n°. 65 (*Weekblad van de Burgerlijke Administratie* n°. 3508). Bij dit besluit is overwogen, dat, nu de gemeenschappelijke regeling van 1857 is vervallen, het met de in de Gemeentewet omtrent het beheer en onderhoud der gemeentewegen gestelde regelen het meest in overeenstemming moet worden geacht en het ook het meest wenschelijk voorkomt dat aan elk der vijf gemeenten het op haar eigen gebied gelegen gedeelte van den weg in beheer en onderhoud overgaat en is op dien grond bepaald, dat, te rekenen van den 28 April 1916, elke der gemeenten Middelharnis, Stad aan 't Haringvliet, den Bommel, Ooltgensplaat en Oude Tonge belast is met het beheer en onderhoud van het op haar gebied gelegen gedeelte van den grindweg.

Deze Koninklijke besluiten zijn scherp gecritiseerd door de Redactie van het *Weekblad van de Burgerlijke Administratie* (Mr. Vos). In het hoofdartikel van 16 September 1916, n°. 3509 wordt daarvan o. m. het volgende gezegd:

„Zuiver autonome belangen van verschillende gemeenten

„naast elkaar worden hier door de Kroon met een sans „gêne ter hand genomen en geregeld, alsof de zelfstandig- „heid van iedere gemeente op zich zelf in de regeling harer „huishoudelijke aangelegenheden in het Nederlandsche „Staatsrecht iets onbekends is. Sterker uiting van ambtelijke „centralisatie, ten koste van de zelfstandigheid der gemeente, „is toch moeilijk denkbaar".

De vraag mag worden gedaan, zegt de Redactie, waaraan de Kroon zonder eenigen wettelijken grondslag op dit punt de bevoegdheid ontleende om bij het Koninklijk besluit van 28 October 1915 zich voor te behouden en bij het Koninklijk besluit van 29 Juli 1916 uit te oefenen de macht om bij verzuim van de betrokken gemeenten in het scheppen eener nieuwe regeling in plaats van de in 1857 tot stand gekomen en thans ontbonden regeling, zelve die regeling te treffen.

Ik acht deze critiek niet onjuist, maar ik acht haar eenzijdig en daardoor gebrekkig. Zij tast het kwaad niet in den wortel aan. De Redactie neemt n.l. de rechtmatigheid van het eerste gedeelte van het Koninklijk besluit van 1915, waarbij de regeling van 1857 vervallen werd verklaard, in bescherming op grond dat het recht om zoodanige regeling vervallen te verklaren, bij art. 70 der Grondwet uitdrukkelijk aan de Kroon gegeven zou zijn.

Ik heb van die uitdrukkelijke toekenning in art. 70 der Grondwet geen spoor kunnen vinden. Immers, daargelaten de vraag, of het Koninklijk recht van beslissing van geschillen tusschen gemeenten enz. geen nadere wettelijke opdracht onderstelt, valt daarbij op te merken dat van die geschillen zijn uitgesloten die, welke volgens art. 153 der Grondwet ter kennisneming behooren van de rechterlijke macht.

Met deze opmerking bedoel ik natuurlijk niet te kennen te geven dat alle geschillen omtrent de naar art. 121 der

Gemeentewet tot stand gekomen regelingen ter kennisneming behooren van de rechterlijke macht. Wanneer twee of meer gemeenten zich ingevolge gemeld art. 121 verbonden hebben tot vaststelling van een gemeenschappelijke politieverordening of heffingsverordening, zal het duidelijk zijn, dat bij weigerachtigheid van een der gemeenten om aan hare verplichting te voldoen, de rechterlijke tusschenkomst niet kan worden ingeroepen om de nalatige tot haar plicht te brengen.

Wat omtrent de totstandkoming van politie- en heffingsverordeningen in bijzondere wetten is bepaald, sluit die tusschenkomst volstrekt uit.

Er bestaat dan wel een overeenkomst tusschen de gemeenten, ook een volkomen geoorloofde overeenkomst, ook een overeenkomst in den zin van art. 1349 Burgerlijk Wetboek, maar eene ten aanzien waarvan de bij het gemeene recht geregelde rechtsgevolgen door bijzondere wettelijke bepalingen geheel of grootendeels zijn op zij gezet.

Wanneer echter tusschen gemeenten met of zonder opvolging der voorschriften van art. 121 der Gemeentewet een regeling wordt getroffen omtrent een aangelegenheid ten aanzien waarvan van de bij het gemeene recht omtrent overeenkomsten geregelde rechtsgevolgen bij bijzondere wetsbepalingen niet of slechts ten deele is afgeweken, is er geen enkele reden, om voor zoover geen afwijking heeft plaats gehad, die rechtsgevolgen niet te blijven handhaven.

Dit nu is met de regeling der vijf Zuid-Hollandsche gemeenten het geval. Deze gemeenten hebben in 1857 een regeling getroffen omtrent het onderhoud van een grindweg met machtiging en onder goedkeuring van Gedeputeerde Staten, een machtiging en goedkeuring waarvan ik betwijfel of zij noodig zijn geweest, maar die

in elk geval aan de verbindbaarheid der regeling geen kwaad hebben gedaan. Die regeling beantwoordde volkomen aan alle eischen, die voor de totstandkoming van eene geoorloofde overeenkomst noodig zijn, terwijl bij geen bijzondere wet of bijzondere wetsbepaling eene afwijking van de in het algemeen voor overeenkomsten geldende bepalingen is voorgeschreven.

De regeling regelde een openbaar belang, het openbare belang n.l. dat de vijf gemeenten in een goed onderhoud van den grindweg meenden te zien.

Maar geen enkele wettelijke bepaling verbiedt omtrent openbare belangen overeenkomsten aan te gaan. Bovendien was datgene, waartoe de regeling van 1857 de vijf gemeenten verplichtte, niet iets, wat van nature overheidswerk is of uitoefening van overheidsgezag genoemd kan worden. Onderhoud van openbare wegen of andere waterstaatswerken kan zeer goed door particulieren geschieden, zooals ook provinciën, gemeenten en waterschappen niet zelden buiten hun gebied gelegen wegen of andere waterstaatswerken onderhouden. De regeling is mitsdien niet alleen een in alle opzichten geoorloofde en op gewone wijze bindende overeenkomst, maar eene, waarvan bij wanpraestatie van de zijde van een der partijen de nakoming met de gewone rechtsmiddelen moet kunnen worden afgedwongen.

Ondanks het ingrijpen der Regeering, dat sterk doet denken aan de regeeringspractijk van Koning Willem I onder de werking van het Conflictenbesluit van 5 October 1822 (*Stbl.* n°., 44), zou de gemeente Middelharnis, de beide Koninklijke besluiten van 28 October 1915 en 29 Juli 1916 naast zich neerleggende, van den burgerlijken rechter herstel harer bij de regeling van 1857 bedongen rechtspositie met schadevergoeding kunnen vragen.

Ook zou zij wellicht, een bevel naar art. 38 der wet van 10 November 1900 (*Stbl.* n°. 176) afwachtende, in eene verzetsprocedure naar art. 41 dier wet een rechterlijke uitspraak kunnen uitlokken. In welken zin die uitspraak zou uitvallen, laat zich moeilijk voorzeggen.

Jurisprudentie van den Hoogen Raad is, voorzoover mij bekend, op dit punt niet aanwezig.

Intusschen moge op een tweetal rechterlijke uitspraken van lagere rechtscolleges de aandacht gevestigd worden.

In de eerste plaats op het vonnis der Rechtbank te Groningen, d.d. 1 Maart 1895 (W. v. d. B. A. n°. 2387, P. v. J. 1895, n°. 37) betrekkelijk een geschil tusschen de gemeenten Hoogkerk en Aduard, die ingevolge eene in 1860 getroffen en laatstelijk in 1888 gewijzigde regeling naar art. 121 der Gemeentewet een gemeenschappelijke school hadden geëxploiteerd, maar aan welke regeling de gemeente Aduard zich in 1892 eenzijdig had onttrokken. Aanvankelijk was gepoogd, het daaruit voortgekomen geschil langs administratieven weg tot oplossing te brengen, maar geheel in tegenstelling met wat thans door de Regeering is geschied, is destijds bij Koninklijk besluit van 3 Augustus 1893 goedgevonden en verstaan, te verklaren:

„dat de opheffing of bestendiging van de tusschen de „gemeenten Aduard en Hoogkerk bestaande regeling tot „instandhouding der gemeenschappelijke school voor lager „onderwijs niet door Ons kan worden beslist".

Hoogkerk heeft daarop den weg van rechten ingeslagen en Aduard gedagvaard met een vordering, strekkende, dat de Rechtbank de contractueele regeling van 1860, zooals die later is gewijzigd, ontbonden zou verklaren en voorts de gedaagde gemeente zou veroordeelen tot vergoeding van schade, kosten en interessen.

De Officier van Justitie Mr. THIEME concludeerde dat de Rechtbank zich onbevoegd zou verklaren kennis te nemen van het eerste gedeelte van den eisch, voorzoover betreft de gevraagde ontbinding der gemeenschappelijke regeling, op grond dat gemeenschappelijke regelingen als de onderwerpelijke niet anders kunnen worden opgeheven, dan op dezelfde wijze als waarop zij zijn tot stand gekomen, indien niet in de regeling zelve de wijze van ontbinding is geregeld en voorts dat de Rechtbank zich wel bevoegd zou verklaren kennis te nemen van den eisch tot schadevergoeding.

De Rechtbank heeft zich echter onbevoegd verklaard van de vordering kennis te nemen, zoowel wat het eerste, als wat het tweede gedeelte van den eisch betreft.

De overwegingen, die haar daartoe hebben geleid, zijn de volgende:

„dat de eisch strekt tot ontbondenverklaring van een „regeling, door de besturen van twee gemeenten, na „machtiging en onder goedkeuring van Gedeputeerde „Staten gemaakt, met inachtneming der bestaande wets-„bepalingen, dat partijen, die regeling makende, handelden „als publiekrechtelijke lichamen, aan wie o. a. is opge-„dragen er voor te waken, dat in elke gemeente in een „genoegzaam aantal scholen voldoend lager onderwijs „wordt gegeven en dat zij, zich overeenkomstig art. 16 „der wet op het lager onderwijs vereenigende tot het in „stand houden van een gemeenschappelijke school, noodig „hadden een machtiging en goedkeuring van Gedepu-„teerde Staten, die alzoo hadden toe te zien, dat de regeling „aan het onderwijs in de betrokken gemeenten ten goede „kwam;

„dat een beoordeeling van de regeling alzoo aan de „rechterlijke macht is onttrokken en opgedragen aan de „administratieve macht;

„dat de rechter, onderzoekende of een nader besluit, „door het bestuur van een der betrokken gemeenten „genomen, al dan niet strijdt met de gemaakte regeling, „zich zou moeten verdiepen in den zin en de beteekenis „der regeling, wat hem niet vrij staat en dat in deze „beschouwing geen verandering wordt gebracht door de „omstandigheid, dat die regeling in de dagvaarding eene „overeenkomst wordt genoemd, vermits hier niet de rede „is van een overeenkomst in privaatrechtelijken zin, „omdat een gemeenschappelijke regeling, als bedoeld in „art. 121 der Gemeentewet, tot onderwerp heeft regeerings-„handelingen tot regeling van publieke belangen;

„dat onder „regelen" in gezegd artikel zoowel valt het „wijzigen als het opheffen van een gemeenschappelijke „regeling en dat, waar de regeling, gelijk in casu, zwijgt „van het tijdstip, waarop de regeling zal eindigen, zij „alleen kan worden opgeheven met onderlinge toestem-„ming na machtiging en goedkeuring van Gedeputeerde „Staten of bij weigering van deze, van de Koningin, „dat, wat de geëischte schadevergoeding betreft, al aan-„genomen dat schadevergoeding zonder ontbinding van „de overeenkomst mag worden gevraagd en dat art. 2 „R. O. niet onderscheidt of de schuldvordering al dan „niet is ontstaan uit een zuiver privaatrechtelijke rechts-„betrekking, in ieder geval hier de eisch tot schadever-„goeding niet is gemaakt tot een afzonderlijke op zich „zelf staande vordering, maar gevraagd wordt tengevolge „van een beweerde contractbreuk en van de ontbinding „der overeenkomst, die daarvan het gevolg is geworden, „dat derhalve de rechter, voordat hij de gevraagde schade-„vergoeding kan toewijzen, moet onderzoeken, of gedaagde „zich werkelijk aan contractbreuk, juister gezegd schending „van de gemaakte regeling, heeft schuldig gemaakt, wat „tusschen partijen volstrekt niet vaststaat, daar toch de

„gedaagde op grond van de gemaakte regeling zich tot „opheffing der gemeenschappelijke school bevoegd rekent, „wat door den eischer wordt ontkend en dat nu hij, „gelijk uit het boven overwogene volgt, naar de gepo„seerde contractbreuk geen onderzoek mag doen en de „gevraagde ontbinding niet mag uitspreken, ook de „als gevolg van die ontbinding gevraagde schadever„goeding aan zijn beoordeeling is onttrokken".

Uit deze overwegingen kan blijken, dat de Rechtbank een niet bestaande scheidsmuur heeft gefantaseerd tusschen twee sferen van belangen, waarvan de eene soort wel en de andere niet het onderwerp zouden kunnen zijn van wat zij overeenkomsten in privaatrechtelijken zin noemt en dat zij zich niet heeft kunnen indenken in de opvatting dat eene naar art. 121 der Gemeentewet tot stand gekomen regeling eene overeenkomst is, waarop, voorzoover daarvan niet is afgeweken, de algemeene voorschriften omtrent overeenkomsten van toepassing zijn.

Geheel en volkomen juist daarentegen was de conclusie van den Officier van Justitie, die, als iets vanzelfsprekends aannemende dat de getroffen regeling eene overeenkomst was, desniettemin ten aanzien van het eerste gedeelte van den eisch, n.l. voorzoover strekkende tot ontbinding der overeenkomst, tot onbevoegdverklaring adviseerde terecht immers, omdat bij de opvatting van art. 121 der Gemeentewet, dat regelingen als daarbij bedoeld niet kunnen worden opgeheven, dan op de wijze, waarop zij zijn tot stand gekomen, door dit artikel wordt gederogeerd aan het bepaalde bij art. 1302 van het Burgerlijk Wetboek.

Bij gemeld art. 121 wordt echter niet gederogeerd aan art. 1275 Burgerlijk Wetboek, zoodat zeer terecht werd geconcludeerd de eischende gemeente in haren eisch om schadevergoeding wèl ontvankelijk te verklaren.

De andere rechterlijke uitspraak, die ik op het oog heb en die een geheel anderen geest ademt dan het Groningsche vonnis, is het vonnis der Rechtbank te Zwolle, d.d. 29 April 1903 (*Weekblad van het Recht* n°. 7917), dat niet op een naar art. 121 der Gemeentewet tot stand gekomen regeling, maar op een tusschen een waterschap en gemeente getroffen regeling van openbare belangen betrekking had. Dit vonnis is gewezen naar aanleiding van een door het waterschap Mastenbroek tegen de gemeente Zwollekerspel ingestelden eisch tot uitkeering van een door de gemeente onder zekere voorwaarden aan het waterschap toegezegd en door het waterschap aanvaard subsidie in de kosten van aanleg van kunstwegen, maar welk subsidie de gemeente, hoewel het waterschap aan de voorwaarden had voldaan, geweigerd had uit te betalen.

De gemeente voerde tegen den ingestelden eisch onderscheidene exceptiën aan, waaronder de gebruikelijke, dat de Rechtbank wegens het onderwerp des geschils onbevoegd zou zijn van de vordering kennis te nemen.

De Rechtbank heeft echter alle de exceptiën, ook de genoemde, afgewezen, daarbij overwegende: „dat deze (de „genoemde exceptie) gegrond is op gedaagde's stelling „dat het hier niet zou gelden een geschil over een schuld-„vordering of een burgerlijk recht, doch een geschil van „publiekrechtelijken aard, waarvan de berechting bij „geen wet aan den burgerlijken rechter is opgedragen;

„dat uit hetgeen hiervoren, als tusschen partijen onbe-„twist, is vermeld, blijkt, dat op een vraag door het be-„stuur van het waterschap Mastenbroek — eischer in „dezen — gericht, hoeveel zij wilde geven aan eischer „indien deze harde wegen in zijn gebied maakte, door „gedaagde aan eischer een zeker bedrag onder bepaalde „voorwaarden is aangeboden, terwijl vervolgens dit

„aanbod en die conditiën door eischer zijn aange-
„nomen;

„dat derhalve tusschen eischer en gedaagde hieromtrent
„is tot stand gekomen wilsovereenstemming, waardoor
„een voorwaardelijke burgerrechtelijke overeenkomst tus-
„schen hen is geboren;

„dat waar eischer de gedaagde in rechten aanspreekt
„tot betaling van die bijdrage over 1901, waarvan de
„voldoening door gedaagde aan hem is geweigerd, par-
„tijen derhalve geschil hebben over een schuldvordering,
„waarvan de kennisneming en beslissing volgens art. 2
„R. O. bij uitsluiting aan de rechterlijke macht is opge-
„dragen, zoodat dit college, onder wiens gebied de zetel
„van de gedaagde is gevestigd, bevoegd is van dat geschil
„kennis te nemen en daaromtrent te beslissen;

„dat het daarbij onverschillig is, of — gelijk in casu —
„twee publiekrechtelijke lichamen tegenover elkander
„staan, welke beide in voorzegde zaak hebben gehandeld
„ter uitvoering hunner publiekrechtelijke verplichting en
„bevoegdheid, daar de beweegreden voor een handeling
„haren aard en karakter niet kan veranderen en niets
„belet, dat een publiekrechtelijk lichaam ter bevordering
„der aan zijne zorg toevertrouwde openbare belangen
„burgerrechtelijke overeenkomsten sluit".

Inderdaad niets belet de overheid ter bevordering der aan hare zorg toevertrouwde openbare belangen overeenkomsten te sluiten.

De regelingen van art. 121 der Gemeentewet zijn daarvan slechts een species.

Wat daarvan geldt, geldt behoudens bij bijzondere bepalingen geregelde afwijkingen, eveneens van andere regelingen van openbare belangen, hetzij deze gemaakt zijn door provinciën ingevolge art. 97 der Provinciale wet, hetzij zij getroffen zijn door andere openbare lichamen

of door openbare lichamen met particulieren of ook door particulieren (1).

Wellicht zijn het de regelingen tusschen openbare lichamen en particulieren, die nog tot de meeste twijfelingen aanleiding kunnen geven.

Wanneer een gemeente van particulieren een schenking aanvaardt van terrein ter bestemming tot openbaren weg, onder voorwaarde dat harerzijds daarop geen tol zal worden geheven, is de opmerking denkbaar, dat die overeenkomst onbestaanbaar is op grond dat de gemeente bij overeenkomst geen afstand mag doen van hare overheidsbevoegdheid tot heffing van tolgelden.

Die opmerking zou echter niet juist zijn. De gemeente doet geen afstand van overheidsbevoegdheid. Zij verbindt zich enkel van die bevoegdheid geen gebruik te maken, wat niet verboden is en ook niet verboden moet zijn, omdat een dergelijke verbintenis wegens de daartegenover bedongen voordeelen van nut kan zijn.

Indien nu de gemeente ondanks de overeenkomst toch tol heft, zal desniettemin de tolheffing een wettige overheidsdaad zijn. De wederpartij zal alsdan de tolheffing, al is zij in strijd met de overeenkomst, niet kunnen doen ophouden. De rechter zou, indien een daartoe strekkende vordering hem bereikte, zich onbevoegd verklaren zulks te bevelen. Maar de wederpartij zou, al of niet met ontbinding der overeenkomst, schadevergoeding kunnen vorderen.

De bij de wet aan het bestaan van overeenkomsten verbonden rechtsgevolgen blijven alle van kracht, behalve die, welke met bijzondere wettelijke bepalingen — in casu

(1) Voorbeelden van regelingen van openbare belangen tusschen particulieren zijn overeenkomsten tot overdracht van onderhoudsplicht en lastgevingen tot uitoefening van stembevoegdheid in waterschappen.

die, welke de bevoegdheid der gemeente tot tolheffing regelen — niet bestaanbaar zijn.

Ten slotte wensch ik met een enkele opmerking over concessie of vergunning te eindigen.

Wanneer de overheid, Rijk, provincie, gemeente of waterschap, hetzij uit krachte van een voorschrift van wet of verordening, hetzij als beheerder van eigendommen of werken, concessie of vergunning verleent, kan het nuttig of noodig zijn daaraan voorwaarden te verbinden.

Hij, aan wien zij is verleend, is echter door de concessie of vergunning — die slechts een eenzijdige overheidsdaad is — niet tot nakoming der voorwaarden verplicht. Hij zal dat eerst zijn door het feit der aanneming der concessie of vergunniug, hetzij die aanneming stilzwijgend of uitdrukkelijk geschiedt. Zooals ik elders betoogde (1), ontstaat de verplichting tot nakoming der voorwaarden eerst door den overeenstemmenden wil van partijen, m.a.w. doordien een overeenkomst tot stand komt, waarbij de overheid de concessie of vergunning verleent en de andere partij zich tot nakoming der daaraan verbonden voorwaarden verbindt.

„Waarom kan", heeft Mr. S. J. R. DE MONCHY (Iets over het Rechtskarakter van Concessies, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1908, blz. 26 noot) in een eenigszins ander verband gevraagd, „indien maar de vereischten van art. 1356 B.W. „aanwezig zijn, waarom kan de overheid dan niet bij „contract een regeeringsdaad als een harer prestaties „toezeggen, ja zelfs zulk een daad inlasschen in het „contract".

(1) *Weekblad v. h. Notariaat*, d.d. 30 October 1914, n°. 474. Verg. verder *Weekblad van de Burgerlijke Administratie*, jaargang 1915, nos. 3422, 3423, 3424, 3425, 3426 en 3434. Verg. voorts *Het Waterschap*, maandblad van den Zuid-Hollandschen Waterschapsbond, nos. 9 en 10 van 1915, September en October.

Die vraag kan hier herhaald worden.

Wij behoeven er ons niet over bezorgd te maken, dat de overheid door willens en wetens van haar verheven standpunt af te dalen en zich met den particulier op gelijken voet te stellen (DE MONCHY t. z. p.) daarmede haar positie zal verzwakken of haar aanzien verminderen.

Integendeel heeft de overheid er belang bij gelijkgerechtigd te zijn en den overeenkomsten, door haar tot regeling van openbare belangen aangegaan, gelijke bescherming verzekerd te zien als andere rechtsgoederen genieten.

Groningen, September 1917. SYBENGA.

Onmiddellijke voorgeleiding vóór den rechter en de „rechterlijke bevelen tot handhaving der openbare orde".

Toen de Staatscommissie voor de herziening van ons Wetboek van Strafvordering haren critischen blik liet gaan over het kantonaal strafgeding, kwam zij in aanraking met het vraagstuk van de dwanggeleiding vóór den rechter. Een vraagstuk, gewichtig niet alleen, maar ook in deze dagen weder actueel. Bedoeld wordt met die „dwanggeleiding" het bij ontdekking op heeterdaad onmiddellijk brengen van den verdachte vóór den rechter, die dan denzelfden of uiterlijk den volgenden dag de zaak berecht en zoo mogelijk afdoet.

Onze Staatscommissie kwam ten aanzien van deze quaestie tot een negatief resultaat. Zij was van oordeel, dat zoodanige dwanggeleiding voor eene *bespoediging* van de berechting niet noodig was en achtte de door haar in den betrokken Titel voorgestelde hervormingen daartoe volkomen voldoende. Tevens verbond zij aan deze motiveering de erkentenis, dat er gevallen zich kunnen voordoen, waarin het belang der openbare orde een onmiddellijk optreden en ingrijpen vordert, gevallen intusschen, waarin 't best wordt voorzien (voorzooverre voorloopige hechtenis niet is toegelaten, en de eenvoudige geleiding vóór officier van justitie of hulpofficier — met vrijlating na verhoor — niet voldoende is) door een stel afzonderlijke voorschriften (1). Zoodoende legde de Commissie een nauw verband tusschen het algemeen vraagstuk van de dwanggeleiding èn de speciale „rechterlijke bevelen tot

(1) Ontwerp II (Toelichting), blz. 312 en 313.

handhaving der openbare orde". Hare ontkennende beantwoording van de *algemeene* vraag rechtvaardigde zij als 't ware met een beroep op haar nieuw complex van voorschriften omtrent die zeer bijzondere rechterlijke bevelen, waardoor met de eischen van de werkelijkheid ten volle rekening werd gehouden.

Wij willen onzerzijds, op het voetspoor der Commissie, in de volgende bladzijden zoowel aan de algemeene vraag als aan het speciale onderdeel eenige beschouwingen wijden, en dus achtereenvolgens stilstaan bij de voorgeleiding in 't algemeen en bij de rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde in 't bijzonder.

I.

Wanneer wij gaan spreken over de „onmiddellijke" berechting en als hoofdkenmerk daarvan de voorgeleiding vóór den rechter, dan behandelen wij dit onderwerp niet als een bloot theoretisch vraagstuk, maar in verband met onze feitelijk bestaande en levende strafrechtspraak. Wij mogen dan ook beginnen met deze vóóropmerking, dat — al werd het beginsel van de onmiddellijke berechting door onzen wetgever aanvaard — er van eene toepassing *overal* in den lande bezwaarlijk sprake zou kunnen zijn, m. a. w. eene territoriale beperking zou zijn aangewezen. Lost de eisch van de onmiddellijke berechting zich feitelijk op in *dezen*, dat de behandeling van de strafzaak door den rechter plaats hebbe denzelfden of den volgenden dag (zooals de buitenlandsche voorbeelden dit te aanschouwen geven), dan komt de vraag zich dus *practisch* alleen daar voordoen, waar de rechter (het rechterlijk college) dagelijks zitting houdt. Voor ons land zou dit neerkomen op eene beperking tot de groote (allergrootste) steden. In de tweede plaats zou, ook al weder uit oogpunt van opportuniteit, waarschijnlijk deze eisch

zijn te stellen, dat de plaats, waar het strafbaar feit gepleegd wordt en dus in den regel de aanhouding van den verdachte zal plaats hebben, niet al te ver verwijderd zij van de plaats waar de rechter zitting houdt, m. a. w. niet een transport van verscheidene uren zou noodig zijn. Wij zouden deze o. i. te verwachten ongelijkheid van behandeling tusschen de overtreders van gelijke categorieën van strafbare feiten, verband houdende met territoriale overwegingen, niet als argument *tegen* het nieuwe stelsel willen doen gelden, maar achten haar toch van genoeg belang om even te worden belicht.

Omtrent eene *tweede* beperking, nu niet in verband met territoriale overwegingen, maar in verband met den aard van het gepleegde feit (ratione materiae), is méér debat mogelijk. Ik bedoel de uitsluiting van de *overtredingen* in 't algemeen, behoudens enkele feiten waarbij de openbare orde en veiligheid meer rechtstreeks is betrokken. Ten aanzien van de *overtredingen* heeft met name de bespreking in onze Juristen-Vereeniging in 1896, toen de bespoediging en vereenvoudiging van het kantonaal strafgeding aan de orde was, geleerd, dat omtrent de wenschelijkheid van de voorgeleiding vóór den rechter verschil van meening bestaat. Toch wordt m. i. die wenschelijkheid niet zoo algemeen en zoo intens gevoeld, dat hier van een werkelijken drang naar hervorming kan worden gesproken. De belangrijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid, aan de onmiddellijke berechting verbonden, schijnt allerminst gerechtigd dáár, waar 't betreft de geringere, veelal zeer geringe, feiten, ten aanzien waarvan het karakter van *straf* op den achtergrond treedt en bovenal moet gedacht worden aan eene door het Staatsgezag gegeven ernstige vermaning en waarschuwing. Bedrieg ik mij niet, dan is de *publieke opinie* (deze uitdrukking genomen in de betere beteekenis, m. a. w.

als factor, waarmede de wetgever — in eene materie als de onze — wel degelijk rekening heeft te houden) met dezen gedachtengang in overeenstemming. Van eene communis opinio in de *andere* richting bleek bij ons niet. Wel aanvaardde de bedoelde vergadering der Juristen-Vereeniging (1896) de mogelijkheid, dat bij sommige feiten (tot de bevoegdheid van den kantonrechter behoorende) de beklaagde in geval van betrapping op heeterdaad dadelijk voor den rechter zou worden geleid, zulks ter bevordering van eene meer snelle en eenvoudige kantongerechtsprocedure; maar uit het aan de stemming over het vraagpunt voorafgegaan debat blijkt, dat men slechts een kring van uitzonderingsgevallen op het oog had, in den geest van de *thans* voorgestelde „rechterlijke bevelen", en zeker niet eene algemeene of eene aanmerkelijke bevoegdheid van de politie tot voorgeleiding (1). En als ruim tien jaren later Minister Van Raalte zijn wetsontwerp op de kantonale strafprocedure indient, verwerpt ook hij in dit opzicht het „Engelsche stelsel", een stelsel, hetwelk, naar zijn oordeel, in ons land onuitvoerbaar zou zijn, zou indruischen tegen het rechtsgevoel van ons volk, dat veelal in het plegen van eene overtreding een zeer onschuldige daad ziet, en welks toepassing voor velen in bijzondere mate hinderlijk wezen zou. Wij meenen niet in deferentie tegenover de voorstanders van de invoering van dat stelsel te kort te schieten, wanneer wij 't bij deze eenvoudige herinnering laten en hiermede van de vraag van de voorgeleiding bij overtredingen afstappen. Te eer meenen wij dit te mogen doen, waar zelfs

(1) Het betreffende vraagpunt werd aangenomen met 37 tegen 30 stemmen (Handelingen 1896, II, blz. 212). In mijn praeadvies had ik mij verklaard voor eene spoediger behandeling van de kantongerechtszaken ter terechtzitting, «in enkele bijzondere gevallen *terstond* na het plegen van het feit» (I, blz. 62).

de praeadviseur der Juristen-Vereeniging van 1909, dien wij zoo aanstonds het voorrecht zullen hebben te ontmoeten, *bij de kantongerechten* de technische bezwaren van het kort geding van dien aard achtte, dat bij onze tegenwoordige organisatie het stelsel vermoedelijk onuitvoerbaar zou blijken (1).

Wij komen dus thans tot de rechtbank-procedure. Moet *hier* aan het stelsel van de onmiddellijke berechting een plaats worden ingeruimd? Aan deze vraag werd bij de behandeling van het heeterdaad-vraagstuk in de Juristen-Vereeniging van 1909 (te Utrecht) eene haar toekomende aandacht gewijd, zij 't ook niet eene zoo groote, als waarin vooral de veelbesproken en steeds actueele quaestie van de politiebewaring (2) zich mocht verheugen. Met name Mr. Besier heeft hiertoe in zijn praeadvies eene belangrijke bijdrage geleverd, door te herinneren aan het bij de wet van 20 Mei 1863 in Frankrijk ingesteld kort geding bij de correctioneele rechtbanken (hetwelk Van Hamel aanleiding gaf tot zijn bekend artikel „Het Petit Parquet te Parijs" (3) en daarnaast aan het Duitsche „schleuniges Verfahren", eene procedure, gegrond op een breederen grondslag dan de ontdekking op heeterdaad en in zijne hoofdgedachte door den schrijver ook voor ons land ter navolging aanbevolen (4). Bij de te Utrecht gehouden stemming werd die hoofdgedachte niet zoo scherp geformuleerd; in het laatste vraagpunt werd alleen

(1) Handelingen, I, blz. 86.

(2) Het vraagstuk van de politiebewaring en in 't bijzonder ook de toestand van de arrestantenlokalen blijft aan het gezag voordurend ter ernstige overweging aanbevolen. De waardigheid van justitie en politie is daarbij nauw betrokken!

(3) *Tijdschrift voor Strafrecht*, XIV.

(4) Handelingen 1909, I, blz. 88 vlg.

gesproken van de mogelijkheid van „een sneller afloopende berechting" bij betrapping op heeterdaad en in die gevallen, waarin zonder belemmering van een voldoende verdediging die snellere berechting kan geschieden (1). In het licht van de aan deze stemming voorafgegane beraadslagingen mag intusschen tusschen deze formuleering en de bedoelde instelling van het Kort Geding een nauw verband worden gezien, zoodat er ook om deze reden alle aanleiding bestaat bij de beteekenis van het aanbevolen stelsel nader stil te staan.

Wanneer wij dit nu gaan doen, dan worde ook thans onzerzijds groote sympathie uitgesproken voor het denkbeeld, hetwelk aan de instelling van het Kort Geding ten grondslag ligt: snelheid van berechting, zoo dikwijls de feitelijke en de juridische figuur van het gepleegde feit deze toelaat. Weinige factoren werken op onze strafrechtspraak zoo ongunstig als de trage gang van de procedure, het haast tergend langzame van hare beweging, bij de meer eenvoudige en meest eenvoudige strafzaken. En zij, die van oordeel zijn, dat de strafrechtspraak eene bepaalde taak heeft te vervullen, in de volksziel moet leven en tot die volksziel moet spreken, zullen reeds daarom welwillend gestemd zijn tegenover elke poging om ons strafproces te verfrisschen en te verjongen, en daardoor den eerbied voor het gezag te versterken, ook als middel tot bestrijding van het machtig euvel van de tuchteloosheid. Bovendien: het kennisnemen van wat op dit gebied het buitenland ons te aanschouwen geeft, het als 't ware medeleven van wat terecht genoemd is „la

(1) Handelingen, II, blz. 100. Oorspronkelijk luidde het vraagpunt eenigszins anders nl. «Behoort de ontdekking op heeterdaad (of wat daarvoor wordt in de plaats gesteld) ook invloed te hebben op het *eindonderzoek*, zóó dat in die gevallen een sneller afloopende berechting verzekerd zij?»

justice en action", laat niet na suggestief op ons te werken en aan het Kort Geding een zekere bekoring te verleenen.

Hoe nu hebben wij onze houding tegenover de nieuwe instelling te bepalen?

Vooraf een woord over twee punten van technisch-processueelen aard.

Ten eerste de onmiddellijke uitspraak van den rechter, terstond na de behandeling van de zaak. M. i. is *hierin* geen bezwaar tegen de invoering van het Kort Geding gelegen. Acht men die onmiddellijke uitspraak een essentieel element van het Kort Geding, m. a. w. een bepaalden eisch, dan geloof ik, dat bij de berechting van de feitelijk meer eenvoudige strafzaken, welke voor de snellere procedure in aanmerking komen, in den regel aan dien eisch kan worden voldaan. Minder juist schijnt mij de redeneering, voorkomende in de Memorie van Toelichting op het wetsontwerp van 1907 (kantongerechtsgeding), dat ons grondwettelijk voorschrift omtrent de motiveering van de strafvonnissen zich zou verzetten tegen eene navolging van het Engelsche stelsel, omdat dit stelsel medebrengt, „dat de rechter onmiddellijk vonnis wijst, mitsdien zijn vonnis niet motiveert" (1). Daargelaten de al of niet juistheid van de bewering, dat de Engelsche rechter zijne uitspraak niet motiveert, mag dan toch zeker wel herinnerd worden aan het feit, dat het *onmiddellijk* — d. w. z. op dezelfde zitting, waarop de strafzaak behandeld wordt — geven van een *gemotiveerd* vonnis in ons eigen strafproces niet onbekend is. Meer in 't

(1) Zie de Memorie van Toelichting in *W. v. h. R.* no. 8527 (Bijvoegsel) en de beschouwingen over het wetsontwerp in de hoofdartikelen van de nummers 8596, 8598 en 8600. Het eerste dezer artikelen behandelt o.a. de vraag van de onmiddellijke uitspraak in verband met de motiveering van het vonnis.

bijzonder ten aanzien van de berechting van „kinderzaken" mocht ik reeds vroeger in dit opzicht van eigen ambtelijke ervaring gewagen (1). Zoo zal ook het meer eenvoudig karakter der zaken, welke voor het Kort Geding in aanmerking komen, toelaten om eene zelfde practijk te volgen en aan het grondwettig gebod naar letter en geest te voldoen (2). En in die gevallen, waarin het vonnis *niet* onmiddellijk kan worden gewezen, maar een nader overleg noodzakelijk blijkt, zal er geen bezwaar bestaan om — eventueel met invrijheidstelling van den beklaagde — de uitspraak eenige dagen aan te houden.

Het andere punt betreft het vereischte van de dagvaarding. Dit schijnt mij iets moeilijker toe dan het vorige.

Zooals bekend is, laat ons aanhangig ontwerp-strafvordering voor de kantongerechtsprocedure den absoluten eisch van de dagvaarding los; ook door eene eenvoudige oproeping zal de zaak aanhangig kunnen worden gemaakt (3). Kan men voor de overtredingen over het aannemelijke van deze nieuwigheid in meening ver-

(1) Zie «Engelsche en Nederlandsche Kinderwetgeving» (*Themis*, 1913), op blz. 69 en 70 In denzelfden jaargang komt voor het levendig geschreven stuk van Mr. G. VAN SLOOTEN AZN., «Traag recht» aandringende op dadelijke uitspraak, en — waar deze niet mogelijk is — een zoo kort mogelijk uitstel.

(2) Voor de vraag van de onmiddellijke uitspraak in verband met het grondwettig gebod van de motiveering van de strafvonnissen meen ik overigens te mogen verwijzen naar mijn praeadvies voor de Juristen-Vereeniging 1896, Handelingen, I, blz. 46 vlg. De Grondwetscommissie-1910 wilde door toevoeging van een laatste lid aan het tegenwoordig art. 161 «den weg banen voor strafprocedures, gelijk zij met name in Engeland voor den politierechter worden gevoerd» (Handelingen over de herziening der Grondwet, uitgegeven onder toezicht van Mr. J. B. KAN, I, eerste stuk, blz. 39).

(3) Art. 361: de zaak wordt aanhangig gemaakt hetzij door oproeping, hetzij door dagvaarding.

schillen (het voorschrift, dat de Minister van Justitie zal bepalen, ten aanzien van welke feiten het aanhangig maken *niet* bij oproeping zal kunnen geschieden, is m. i. in ieder geval vrij bedenkelijk), *hier*, bij de misdrijven, zal zij geene aanbeveling verdienen. De feitelijke omschrijving zal veelal uitvoeriger moeten zijn dan de „korte aanduiding", welke de *oproeping* gedoogt, zal — men denke b.v. aan verduistering of wederspannigheid — meer in bijzonderheden moeten treden en meer de puntjes op de i moeten zetten. De plaats, welke in ons strafproces de dagvaarding inneemt, zal haar dus ook in het Kort Geding moeten toekomen; ook dáár zal de streng geformuleerde omschrijving van de aanklacht niet kunnen worden gemist.

Is nu in de vervulling van dezen eisch een overwegend bezwaar tegen de invoering van het Kort Geding gelegen? Deze vraag is niet zoo gemakkelijk te beantwoorden! Wij kunnen ons voorstellen eene zoo snel werkende justitie, dat — waar in den regel in deze zaken de dagvaarding gemakkelijk zal kunnen worden gesteld en de redactie daarvan aan het Openbaar Ministerie niet eenig hoofdbreken zal kosten — de Officier van Justitie na ontvangst van de stukken deze zeer spoedig aan den rechter (de rechtbank) doorzendt, na inmiddels de dagvaarding gesteld te hebben, welke dan — natuurlijk zonder inachtneming van eenigen termijn — aan den beklaagde wordt beteekend. Wij kunnen ons — zeg ik — eene dergelijke wijze van handelen voorstellen, maar mogen daaraan terstond toevoegen, dat practisch zich daarbij telkens moeilijkheden zullen voordoen en de groote haast, waarmede van de zijde van het O. M. zal moeten worden gewerkt, aan de deugdelijkheid van den arbeid noodwendig afbreuk zal doen. Al ligt dus in het vereischte van de dagvaarding niet eene onoverkomelijke

hinderpaal tegen de invoering van de voorgestelde regeling, een wezenlijk bezwaar is daarin zeker wel gelegen (1).

Intusschen — en hiermede komen wij tot de hoofdzaak — onze hoofdbedenking tegen die nieuwe regeling ligt *elders*. Om deze kenbaar te maken, nemen wij de vrijheid de volgende overwegingen aan onze lezers bescheidenlijk ter beoordeeling aan te bieden.

Vooreerst dan moet worden gedacht aan de zeer belangrijke inbreuk op de individueele vrijheid, welke een essentieel element van het aanbevolen stelsel vormt. Men geve zich rekenschap, dat in vele, ja, in verreweg de meeste gevallen de betrokkene ernstig zal worden aangetast in zijne persoonlijke vrijheid van beweging, in zijn gezin, in de vervulling van zijne dagelijksche beroepsbezigheden, in één woord in allerlei waardevolle belangen. Het klinkt zoo eenvoudig, men zou haast kunnen zeggen: zoo huiselijk, die „voorgeleiding ter berechting van de zaak op denzelfden of den volgenden dag", als ware 't voor den delinquent een te waardeeren voorrecht zoo spoedig reeds zijn zaak behandeld te zien! De *werkelijkheid* zal echter veelal een ander beeld vertoonen; de vrijheidsberooving zelve, als daad van het oogenblik, met hare psychische inwerking op den wetsovertreder, gevolgd door het opgesloten zijn gedurende verscheidene uren, misschien ook gedurende ééne nacht, ja zelfs! twee nachten (2), met al het ongerief en de onrust,

(1) In deze richting — hoewel iets verder — ging ook het oordeel van den tweeden adviseur der Juristen-Vereeniging in 1909, Jhr. Mr W. E. Th. M. van der Does de Willebois, die aan het einde van zijn advies de Engelsch-Fransche vóórgeleiding achtte niet te strooken met onze begrippen omtrent het strafgeding, welke zelfs bij de nietigste overtreding eene *dagvaarding* eischen (Handelingen, I, blz. 168).

(2) Men denke aan eene aanhouding Zaterdagmiddag of -avond. De vóórgeleiding zal dan pas kunnen plaats hebben op Maandag.

daaraan verbonden, ziehier de elementen, welke aan den maatregel een voor de meeste delinquenten sterk-hatelijk karakter zullen geven. Voor de meeste delinquenten. Immers wij hebben te denken aan de velen, die volgens onze tegenwoordige procesorde niet voor voorloopige aanhouding in aanmerking komen, die *thans* in vrijheid blijven in afwachting van de behandeling der tegen hen aanhangige strafzaak, wier misdrijf de rechtsorde niet ernstig verstoorde, bij wie geene herhaling van misdrijf is te vreezen, en die — als rustige burgers levende — misschien nimmer met politie of justitie in aanraking kwamen. Ook op dezulken zal de intensief werkende maatregel *kunnen* worden toegepast; eene deugdelijke individueele selectie te dien aanzien zal door beperkingsvoorschriften, hoe nauwkeurig ook gesteld, niet kunnen worden bevorderd.

Wij mogen in dit verband op eene bijzonderheid wijzen, welke het door ons gevreesde hatelijk karakter van de vrijheidsbeneming *schijnt* weg te nemen, althans belangrijk te verminderen. Wij bedoelen de door de wet te erkennen mogelijkheid, dat de beklaagde ter terechtzitting tegen de „snelle behandeling" bezwaren inbrenge, omdat de door de wet daarvoor gestelde voorwaarden niet aanwezig zijn of de zaak *feitelijk* zich niet voor deze wijze van behandeling leent, en op grond hiervan de zaak naar de gewone procesorde worde verwezen (1). Voorzeker valt 't te waardeeren, dat hierdoor met de belangen van den beklaagde wordt rekening gehouden. Intusschen, door eene dergelijke procesorde wordt het boven ontwikkeld bezwaar, ontleend aan de voorgeleiding zelve, niet opgeheven. Deze voorgeleiding heeft dan immers reeds plaats gehad, met al het ingrijpende, daaraan verbonden.

(1) Mr. Besier in diens praeadvies, t. a. p, blz. 90.

De latere invrijheidstelling vermag de feitelijke beteekenis van den maatregel voor den betrokkene, zooals hierboven geschetst, niet weg te nemen.

Dit, wat aangaat het karakter van de vrijheidsberooving.

Thans een woord over het karakter van de strafbare feiten, terzake waarvan zij zal worden toegepast.

Wij denken aan de „kleine zaken", waarvoor de praeadviseur van 1909 de behandeling in kort geding zeer aanbevelenswaardig achtte (1), b.v. mishandeling, beleediging, huisvredebreuk, wederspannigheid, kleine diefstallen of verduisteringen, misdrijven welke door den rechter gewoonlijk met eene korte gevangenisstraf of eene geldboete worden gestraft. Wij behoeven slechts aan hetgeen ons strafproces dagelijks te aanschouwen geeft, te herinneren om onze meening te rechtvaardigen, dat dergelijke feiten onder de meest uiteenloopende omstandigheden worden gepleegd, en dat met name bij de meest voorkomende, mishandeling en diefstal, zoovele factoren werkzaam zijn, welke ten slotte de *keus* van den rechter tusschen gevangenisstraf en geldboete bepalen, dat in elk concreet geval moeilijk daaromtrent eene „voorspelling" zou kunnen worden gedaan. Telkens zal de rechter met omstandigheden hebben rekening te houden, welke aan het wellicht bij den eersten aanblik meer ernstige feit een lichter karakter geven, en bij de vraag, of voor den delinquent de gevangenisdeur zal moeten geopend worden, een ten zijnen gunste beslissende factor zullen blijken te zijn. Zal nu voor dergelijke gevallen het Kort Geding met zijne „voorgeleiding" de meest aangewezen procesorde zijn? Ik waag zulks te betwijfelen. En zelfs de redeneering, dat — ook al mocht de rechter ten slotte slechts eene geldboete opleggen — het gepleegde straf-

(1) Mr. Besier bij de beraadslagingen, t. a. p. blz. 68.

baar feit in den regel objectief zwaar genoeg zal zijn geweest om de korte vrijheidsberooving, aan de voorgeleiding verbonden, te rechtvaardigen, en bovendien deze reeds op zichzelf een heilzamen invloed op den dader zal uitoefenen en tevens eene algemeen preventieve werking hebben zal, zou mij met de toepassing van den maatregel niet kunnen verzoenen, omdat bij die toepassing in de practijk niet voldoende *kan* worden geïndividualiseerd en dus de vrees voor eene *daling* van het peil van ons strafproces (in ruimen zin) geenszins als ijdel is te beschouwen.

Want — en dit is onze derde overweging — de werking van het Kort Geding kan men zich niet anders voorstellen dan dat op het oogenblik zelf, waarop de openbare macht van het strafbaar feit kennis neemt, beslist wordt, of de voorgeleiding zal plaats hebben. Noodwendig zal dus, niet eene enkele maal — als 't ware bij wijze van strenge uitzondering, welke men desnoods zou kunnen aanvaarden — maar herhaaldelijk tot arrestatie worden overgegaan dáár, waar deze a posteriori, d. w. z. in het licht van wat later aan den rechter blijken zal, blijkt niet voldoende gerechtvaardigd te zijn geweest. Aan de politie, de macht die op het oogenblik zelf de bedoelde beslissing heeft, wordt dus eene taak op de schouders gelegd, die zij niet richtig *kan* vervullen. Hierop leg ik den vollen nadruk. Zoo ooit, dan is hier op hare plaats de waarschuwing tegen een — op zichzelf sympathiek aandoend en verleidelijk — idealiseeren, hetwelk op het gebied, waarop wij ons thans bewegen, tot niets dan teleurstelling lijdt. Hoe hoog men ook het peil van de politie moge opvoeren, hoezeer men er naar streve haar te maken tot eene macht in den Staat, welke haar aandeel heeft in de taak van de *volksopvoeding*, nimmer zal in hare handen gelegd kunnen worden dat in elk concreet geval

tegenover elkander afwegen van de verschillende belangen, hetwelk voor de zoo deugdelijk mogelijke beantwoording van de vraag, of de voorgeleiding van den delinquent zal plaats hebben, een absoluut vereischte is. Voor het verrichten van dit fijne werk missen de organen van de politie *op het oogenblik zelf*, waarop omtrent die voorgeleiding moet beslist worden, de noodige gegevens.

Deze overwegingen rechtvaardigen m. i. de uitspraak, dat wij met deze voorgeleiding niet op den goeden weg zijn, maar daarbij eer moet gedacht worden aan een terugtred, een prijsgeven van veroverd terrein, in dien zin, dat de deur wordt opengezet voor onoordeelkundige inbreuken op de persoonlijke vrijheid, en dat — in strijd met de evolutie van de strafrechtspraak — de rechtmatige belangen van het individueele, het eigene van elk bijzonder geval, zullen worden verwaarloosd. Het recht zal daarmede niet zijn gebaat. De eerbied voor de rechtspraak zal daardoor schade lijden.

Wij hebben in het voorafgaande het onderwerp, dat ons bezighoudt, behandeld, afgescheiden van de vraag van het schuldig of niet-schuldig van den verdachte, m. a. w. stilzwijgend aangenomen, dat slechts de strafrechtelijk schuldige vóór den rechter zal worden gebracht. Wij hebben intusschen aan dit punt nog eenige aandacht te schenken. Eene afzonderlijke en opzettelijke behandeling van het heeterdaad-vraagstuk ligt daarbij niet op onzen weg. Vaststaat, dat de regeling van dat vraagstuk in ons Wetboek van Strafvordering tot gegronde critiek heeft geleid en dringend herziening behoeft (1). De toekomstige

(1) Zie laatstelijk de belangrijke en uit een politioneel oogpunt merkwaardige rede van den heer MARCUSSE, Commissaris van Politie te Amsterdam, den 27 Juni 1917 in de Broederschap van Commissarissen van Politie gehouden over de rechtmatige uitoefening der ambtsbediening in verband met de wettelijke bevoegdheid tot vrijheidsbeneming.

wetgever zal, zoekende naar een criterium voor het toekennen aan het politiegezag van bijzondere bevoegdheden in dringende gevallen, de keus hebben tusschen twee stelsels: het ééne, waarin eene duidelijke en logische omschrijving wordt gegeven van de gevallen, wanneer ontdekking op heeterdaad wordt aangenomen; het andere, waarin het begrip van heeterdaad wordt *losgelaten* en wordt *vervangen* door het „redelijk vermoeden" of het „aanvankelijk voldoend bewijs", dat de persoon zich aan het strafbaar feit heeft schuldig gemaakt (1).

Voor ons — te dezer plaatse — is nu de vraag deze, of dit criterium van het *redelijk vermoeden* ook bij de voorgeleiding zal kunnen worden aanvaard en *dit* dus den grondslag van het Kort Geding zal kunnen vormen. Mocht inderdaad met het geheele begrip van „ontdekking op heeterdaad" worden gebroken, dan zou ook voor ons onderwerp de consequentie moeten worden getrokken en dus de bevestigende beantwoording van de gestelde vraag gerechtvaardigd schijnen. Intusschen, zou *juist voor ons onderwerp* hierin een gevaar zijn gelegen. Het bedoelde criterium is m. i. daartoe te vaag, te weinig gepreciseerd. Elders moge het bruikbaar zijn (b.v. in art. 54 der Drankwet, tengevolge van welk voorschrift het redelijk vermoeden zijne intrede in ons strafproces heeft gedaan), *hier*, waar 't een maatregel betreft van zulk eene ingrijpende beteekenis als de voorgeleiding, heeft het zijne bedenkelijke zijde. Hoeveel gevaar bestaat er niet, indien *deze* maatstaf wordt aangelegd, voor een optreden van de politie, hetwelk door de conjunctuur van het oogenblik volkomen wordt gebillijkt, maar achteraf blijkt niet vol-

(1) Zie het desbetreffend vraagpunt, in stemming gebracht in de bovengenoemde vergadering der Juristen-Vereeniging, Handelingen 1909, II, blz. 98. Het werd aangenomen met 53 tegen 3 stemmen, terwijl niet minder dan 26 leden buiten stemming bleven.

doende gerechtvaardigd, ja! — wanneer de maatregel op een onschuldige mocht zijn toegepast — geheel ongerechtvaardigd te zijn.

Terecht werd er — bij het debat in de Juristen-Vereeniging — op gewezen, dat zelfs, indien het begrip heeterdaad wordt beperkt tot zijne meest primitieve beteekenis, de eigenlijke betrapping op heeterdaad (het zien plegen van een strafbaar feit), er geen absolute zekerheid bestaat, dat wat men ziet inderdaad een strafbaar feit is (1). De kans op een mistasten wordt grooter, indien de wetgever het begrip gaat uitbreiden tot de zoogenaamde betrapping op heeterdaad (tijdens *of terstond na* het plegen van het feit), het criterium, voorkomende o. a. in de wet van 21 Juli 1890 op de vrijheidsbeneming, en door ons ontwerp-strafvordering in art. 131 aanvaard (2). En nog grooter wordt m. i. die kans, indien met het „redelijk vermoeden" wordt geopereerd. Zelfs een zeer conscientieus en door een krachtig verantwoordelijkheidsbesef gedragen optreden van de politie zal niet kunnen beletten, dat men als den dader van een strafbaar feit beschouwt hem, die dit in werkelijkheid niet is; en het gevaar is dus betrekkelijk groot, dat men, naar het laatstgenoemde criterium de bevoegdheid tot aanhouding beoordeelende, tot die aanhouding overgaat in gevallen, waarin de rechter een niet-schuldig uitspreekt. Slechts dàn zal de wetgever aan dit bezwaar voldoende tegemoet komen, indien hij het voorbeeld volgt, o. a. gegeven in art. 277 van het Italiaansche Wetboek van Strafvordering, hetwelk voor de „citazione diretta" naast

(1) Handelingen, II, blz. 59.

(2) Uitdrukkelijk voegt het tweede lid van het artikel daaraan toe «Het geval van ontdekking op heeterdaad wordt niet langer aanwezig geacht dan kort na het feit dier ontdekking». — Zie over de bevoegdheid tot aanhouding *buiten* het geval van ontdekking op heeterdaad art. 55.

de ontdekking op heeterdaad (in den ruimeren zin opgevat) de *bekentenis* van den verdachte vordert (1). Eischt de wet de *bekentenis*, dan zijn wel is waar niet alle moeilijkheden verdwenen (men denke b.v. aan de in de practijk dikwijls voorkomende figuur, dat de van mishandeling verdachte de mishandeling zelve volledig bekent, maar zich beroept op noodweer als grond voor straffeloosheid), maar dan wordt toch het bovenbedoelde bezwaar tot een minimum teruggebracht.

Wij veroorloven ons nog twee slotopmerkingen.

Vooreerst worde er op gewezen, dat het in de vorige bladzijden behandelde onderwerp minder juist wordt aangeduid als „het Engelsche stelsel", maar — zooals reeds werd aangestipt — de uitwerking is van een denkbeeld, hetwelk ook in *andere* landen, met een strafproces hetwelk de karakteristieke eigenschappen van het Engelsche strafproces *mist*, instemming en gedeeltelijk toepassing heeft gevonden. Hoewel bij onze overzeesche naburen het Kort Geding met de (daarvan een essentieel bestanddeel uitmakende) onmiddellijke voorgeleiding ook quantitatief eene voorname plaats inneemt (2), mogen wij dus aan de in 't algemeen juiste overweging, dat het Engelsche recht een zoo typisch-nationale physionomie vertoont, dat aan overplanting van eenig dáár gegroeid instituut op continentalen bodem niet kan worden gedacht, *hier* niet eene plaats inruimen.

(1) Het Italiaansche wetboek — van 27 Februari 1913 — is in eene Duitsche vertaling afgedrukt als bijlage van het 20ste deel van de Mitteilungen der I. K. V. In het 21ste deel (blz. 575) komt eene in het Duitsch vertaalde beschouwing over dezen hervormingsarbeid voor van Prof. BATTAGLINI en Officier van Justitie MASSARI.

(2) In 1909 bedroeg in het metropolitan politiedistrict bij de «indictable offences» het getal aanhoudingen 15261, het getal summonses (oproepingen) 188; bij de «non indictable offences» het getal aanhoudingen 97381, het getal summonses 50745. (Dr. W. SEELMANN, Die Londoner Polizeigerichte, Mitt. I. K. V. XIX, blz. 266 noot).

In het meer universeele van de doorwerking van het beginsel van het Kort Geding ligt ongetwijfeld eene aanbeveling van de instelling. Ook schrijver dezer regelen heeft dit, bij het wikken en wegen van de argumenten pro en contra, niet uit het oog verloren. En wanneer tenslotte voor hem de argumenten *contra* 't wonnen, dan draagt hij zijne eindconclusie — de verwerping van een stelsel, hetwelk ook voor hem bekoring had — voor *niet* in den vorm van eene min of meer heftige afkeuring, maar met volle waardeering voor het streven, waarvan de aanbeveling van het stelsel getuigt, en erkenning van de voordeelen, daaraan verbonden.

Wanneer wij — ondanks die waardeering en die erkenning — tot deze eindconclusie kwamen, dan was dit, omdat wij ons uitsluitend de vraag stelden, of voor ons land en met behoud van de hoofdbeginselen van ons strafprocesrecht de invoering van het Kort Geding aanbeveling verdient, en wij deze vraag ontkennend beantwoordden. Wij stelden ons dus op zuiver *nationaal* standpunt. En daarom mag dan ook een enkel woord over het Kort Geding in verband met het groot en onrustbarend euvel van *de tuchteloosheid der jeugd* te dezer plaatse niet ontbreken.

Intusschen, niet meer dan een enkel woord. Immers ten opzichte van dit punt bestaat volkomen overeenstemming tusschen Mr. Besier en ons. Terwijl deze schrijver in de „kinderzaken" het Kort Geding zou willen uitsluiten, omdat deze procesorde „geen gelegenheid biedt voor een grondig onderzoek naar het verleden en de levensomstandigheden van den beklaagde", hetgeen juist tegenover den jeugdigen delinquent van zooveel belang is (1), hadden wij onzerzijds nog onlangs gelegenheid

(1) Praeadvies, l. a. p. blz. 84.

op de groote beteekenis te wijzen van het gerechtelijk *vóóronderzoek* bij de berechting van de kinderzaken (1), in welken gedachtengang de vóórgeleiding ter „onmiddellijke" berechting komt te vervallen.

Alle andere quaesties betreffende de tuchteloosheid der jeugd, welke door het rondschrijven der Tuchtunie laatstelijk weer aan de orde gesteld werden en welke voortdurend op de aandacht van onze Regeering en ons Parlement komen beslag leggen (2), liggen buiten het kader van dit opstel. Volledigheidshalve en als blijk van onze bijzondere belangstelling in het vraagstuk, worde slechts dit te dezer plaatse aangeteekend, dat de eisch van kort en snel recht ook in kinderzaken zijn groote waarde heeft en naar verwezenlijking van dien eisch, voorzoover mogelijk, met kracht moet worden gestreefd; dat — onafhankelijk van het Kort Geding — aanhouding van den jeugdigen delinquent en voorgeleiding vóór Officier of Hulpofficier van Justitie nuttig en wenschelijk kan zijn; dat het invoeren van eene soort „lijfstraffelijke rechtspleging" (hetzij als politiemaatregel, op het oogenblik zelf dat eene ergerlijke baldadigheid wordt gepleegd, hetzij *later* bij wijze van eene officieele straf) bij mij op ernstigen tegenstand blijft stuiten; en eindelijk dat eene medewerking van de school en eene krachtige samenwerking tusschen den onderwijzer en het Openbaar

(1) In het opstel «Kinderrechtbanken» (*Tijdschrift voor Strafrecht* XXVIII), op blz. 382 vlg.

(2) Zie laatstelijk het Voorloopig Verslag van de Tweede Kamer op het Hoofdstuk Justitie der Begrooting voor 1918. Vermeldenswaard is daarin vooral de door enkele leden uitgesproken twijfel «of de tuchteloosheid der Nederlandsche jeugd zooveel grooter is dan die van elke andere jeugd», en hunne ergernis over het altijd door klagen over het gedrag der jeugd, hetgeen het nationaal zelfbewustzijn slechts kan drukken.

Ministerie (of den toekomstigen kinderrechter) mij een machtiger en meer sympathiek middel toeschijnt tot beteugeling van het bedoelde ernstig kwaad.

II.

Zooals door ons reeds in den aanvang van dit opstel werd in herinnering gebracht, heeft de Staatscommissie in de Memorie van Toelichting op den zevenden titel van het tweede Boek (Het rechtsgeding bij het kantongerecht) een nauw verband gelegd tusschen de vraag van de dwanggeleiding (vóór den rechter) in 't algemeen èn het stel afzonderlijke voorschriften betreffende de rechterlijke bevelen tot handhaving der openbare orde, opgenomen in den zevenden titel van het vierde Boek. Te minder noodig achtte zij die dwanggeleiding, waar de nieuwe instelling van de „rechterlijke bevelen" beoogt om, waar het belang der openbare orde ter wille van de preventie een dadelijk ingrijpen mocht vorderen, in deze behoefte der maatschappelijke veiligheid te voorzien.

Aan deze rechterlijke bevelen willen wij thans eenige beschouwingen wijden (1). Eerst door het karakter daarvan nader te omschrijven. Daarna door ons oordeel te zeggen over de gedachte, welke aan de instelling ten grondslag ligt, en de wijze, waarop die gedachte in de regeling zelve is uitgewerkt.

„In hoofdzaak" — zegt de Memorie van Toelichting (blz. 397) — „geldt het de invoering van eene *belofte*, „die de verdachte heeft af te leggen, eene *bereidverklaring*, „die hij heeft te geven, waarvan de nakoming, op ver„langen des rechters, door zekerheidstelling moet worden

(1) Ter nadere toelichting en uitwerking van de opmerkingen, gemaakt aan het slot van ons artikel «Verhooging van het peil onzer strafrechtspraak» (*de Tijdspiegel*, 1914).

„gewaarborgd, houdende, dat hij het strafbaar feit, dat „op heeterdaad werd ontdekt, binnen een hem gestelden „tijd niet zal voortzetten of herhalen, terwijl hij òf bij „weigering van die bereidverklaring òf bij niet-nakoming „van de bevelen, welker opvolging hij beloofde, kan wor„den in verzekering gesteld, hoewel slechts voor een door „de wet beperkten tijd, terwijl de niet-nakoming van de „bevelen bovendien tengevolge heeft, dat de gestelde „zekerheid aan den Staat vervalt". Geeft de rechter-commissaris, nadat de verdachte vóór hem is geleid, een bevel tot voorkoming van herhaling, en wordt de bereidverklaring gegeven en door de verlangde zekerheid gewaarborgd, dan wordt de verdachte op vrije voeten gesteld en begint de termijn, gedurende welken hij aan zijne bereidverklaring gebonden is, te loopen. Wordt de bereidverklaring *niet* gegeven of de verlangde zekerheid *niet* gesteld, dan wordt de verdachte in verzekering gesteld gedurende een termijn van vijf dagen, welke éénmaal kan worden verlengd. Overigens mogen wij — aan de hand van de Memorie van Toelichting — nog wijzen op de analogie in strekking tusschen het rechterlijk bevel eenerzijds en een bevel tot voorloopige hechtenis wegens vrees voor herhaling anderzijds, en reeds thans den nadruk er op leggen, dat de verdachte *tevens* naar de gewone regels van rechterlijke bevoegdheid vervolgbaar blijft ter zake van het door hem gepleegd strafbaar feit, m. a. w. naar aanleiding van dezelfde handeling op tweeërlei wijze met den rechter in aanraking zal kunnen komen.

Trachten wij nu de waarde van dezen zeer bijzonderen processueelen maatregel te bepalen en de vraag te beantwoorden, of daaraan eene passende plaats in ons Nederlandsch strafproces kan worden gegeven.

Vooreerst en terstond wijzen wij dan op de Engelsche

afkomst van de instelling (1). Het ontwerp ontleende haar aan de „recognizance for good behaviour" of „recognizance to keep the Kings peace", en de Memorie van Toelichting verzuimt niet — bij de vermelding daarvan — er aan te herinneren, dat deze recognizance zich in Engeland historisch heeft ontwikkeld. Het moge waar zijn, dat in overoude tijden ook in andere landen soortgelijke instellingen hebben bestaan (2) en dat in latere eeuwen ook buiten Engeland de recognizance hier en daar wordt aangetroffen (3), een en ander neemt niet weg, dat wij hier te doen hebben met een typisch-Engelsche regeling, welke, reeds gesanctioneerd door het bekende statuut van Edward III (1361), tot op den huidigen dag hare voorname plaats in het rechtsleven heeft weten te handhaven.

Wij meenen in deze omstandigheid allerminst eene aanbeveling te moeten zien voor een overnemen van het instituut in onze wetgeving, maar anderzijds daaraan ook niet een argument *daartegen* te mogen ontleenen. Vooral ten op-

---

(1) Zie de studie van ADRIEN PAULIAN: La Recognizance dans le droit anglais (Paris, 1911) en de gedachtenwisseling over het onderwerp in de vergadering van de Société Générale des prisons van 18 December 1912 (Revue Pénitentiaire van Januari—Februari 1913).

(2) Het bestaan van die instellingen, o. a. bekend in het oude Normandische recht, waarbij men beloofde of zwoer iets te doen of iets niet te doen, brengt PAULIAN (t. a. p. blz. 75 en 76) in verband met de onvoldoende bescherming, welke de repressieve wetten destijds aan de persoonlijke veiligheid verleenden. Vandaar de verschillende instituten, welke onderling verwantschap vertoonen.

(3) Bij de discussies in de Société Générale des prisons werd o. a. gewezen op art. 44 van den Code Pénal van 1810 (dat gegolden heeft tot 1832), waarbij eene cautie voor goed gedrag werd ingevoerd ten opzichte van sommige veroordeelden na het ondergaan van de straf; op art. 37 van het Zwitsersch vóór-ontwerp van 1896; en op de Spaansche caucion de conducta (Revue pénitentiaire, t. a. p. blz. 61, 62).

zichte van dit laatste hoede men zich voor eene overdrijving, als waaraan, naar ons inzicht, de Fransche schrijver zich schuldig maakte, die (in zijne overigens voortreffelijke studie over de Recognizance) reeds het feit, dat een instituut bij eene vreemde natie burgerrecht verkreeg, voldoende acht om onzen argwaan, ons wantrouwen op te wekken, en zich zelfs laat vervoeren om, van het Engelsche recht sprekende, dit te qualificeeren als „un assemblage d'institutions surannées, de traditions moyennâgeuses et de formules archaïques, qui inspirent à tous, hommes de loi et profanes, une horreur sacrée" (1). Bewaren wij bij de beoordeeling van het buitenlandsche recht onze kalmte, onzen nuchteren kijk op de dingen, weerstand biedende aan eene zekere neiging tot het lyrische en het pathetische! Geven wij ons rekenschap van de gedachte, welke aan de recognizance ten grondslag ligt, en vragen wij ons af, of deze eene juiste en gezonde is, in theorie gerechtvaardigd en in de practijk bruikbaar, en als zoodanig ook door den continentalen wetgever te aanvaarden.

Welnu! de grondgedachte van de instelling lijkt ons toe juist te zijn. Zij is *deze*, dat er in onze samenleving ordeverstoringen plaats hebben, niet alleen in het brandpunt van de openbaarheid, maar tevens van bijzondere intensiteit en van een dreigend karakter, zoodat een buitengewoon optreden van het gezag, een krachtig ingrijpen zijnerzijds, gerechtvaardigd, ja! noodzakelijk is. De eisch van de gemeenschap, d. w. z. het belang van de maatschappij zelve, welke eene zoodanige aanranding niet dulden kan en verplicht is daartegen te reageeren, spreekt dan zoo luide, dat het waardevol goed van de persoonlijke

(1) PAULIAN, t. a. p. blz. 119. Zelfs DANTE's «Laat alle hoop varen, gij die hier binnentreedt», te graveeren op de deur der bibliotheken van Engelsch recht, wordt den lezer niet bespaard.

vrijheid daarvoor wijken moet. Wat in het Kort Geding ontbreekt, het dwingende moment, is *hier* aanwezig. Terwijl *daar*, zooals wij in het eerste gedeelte van dit opstel meenden te moeten opmerken, de vrijheidsberooving niet voldoende gerechtvaardigd is, immers de daaraan verbonden nadeelen niet worden opgewogen door de — op zichzelf onmiskenbare — voordeelen van eene snelle en coulante berechting, komt *hier* een nieuw element zich aanmelden, hetwelk de weegschaal doet overslaan naar de zijde van de eischen, welke de gemeenschap stelt. Vergelijkt men anderzijds *deze* vrijheidsberooving met de politiebewaring, zooals wij deze hier te lande als feitelijke „instelling" kennen, dan heeft zij dit vóór, dat 't de *rechter* is, die over de inbreuk op de persoonlijke vrijheid beslist. Van beteekenis is m. i. het voorgestelde art. 510, inhoudende dat de Officier van Justitie den verdachte na aanhouding onverwijld zal doen geleiden voor den rechtercommissaris. Wij hebben dus een waarborg voor de persoonlijke vrijheid, welke thans bij de, helaas nog altijd niet wettelijk geregelde, politiebewaring ontbreekt, en zien daarin de theoretische rechtvaardiging van het nieuwe instituut. Het geldt hier een in hoofdzaak *preventief* optreden van de *justitie*.

Voor ons is bij de bespreking van de beginselvraag *dit* — de quaestie van de vrijheidsbeneming — de hoofdzaak. Toegegeven wordt natuurlijk, dat het meest typische en bij den eersten aanblik vreemd aandoende van het nieuwe instituut niet *hierin* is gelegen, maar in wat aan de vrijheidsbeneming voorafgaat, het overredend, verzoenend optreden van den rechter. Intusschen over de theoretische toelaatbaarheid van dit element zal debat wel zijn uitgesloten. De gedachte, dat de rechter eene belofte, eene bereidverklaring van den verdachte vordert, en daardoor — eventueel ook door de concrete, bijzondere

bevelen, welke hij toevoegt aan het algemeen bevel, dat de verdachte zich onthoude van herhaling of voortzetting van het feit — invloed tracht uit te oefenen op zijn verder gedrag, en pas overgaat tot den uitersten maatregel, indien de persoon zich onwillig toont of indien hij zich wèl onderwerpt maar zijn gedrag doet afwijken van zijn gegeven woord..... deze gedachte ligt in de lijn van de evolutie van onze strafrechtspraak, en toont met name zooveel verwantschap met het instituut der voorwaardelijke veroordeeling, dat zij zonder aarzeling kan worden aanvaard. Te debatteeren is er o. i. alleen over de quaestie van de *zekerheid* (persoonlijke of zakelijke), welke de rechter van den schuldige zal kunnen vorderen; ondanks de bekende bezwaren daartegen zou ik haar — evenals bij de preventieve hechtenis — ten slotte willen aanvaarden, vertrouwende op eene in de practijk oordeelkundige toepassing van dit nieuwe beginsel, hetwelk alweder aan des rechters menschenkennis en beleid nieuwe eischen komt stellen.

Dit over de grondgedachte van de nieuwe instelling.

Thans een woord over de wijze, waarop het beginsel in het ontwerp is uitgewerkt. Zij schijnt ons toe niet vrij te zijn van bedenking.

Vooreerst is m. i. het ontwerp in zijn streven om het terrein — waarop de maatregel zal kunnen werken — meer te beperken dan in Engeland het geval is, nog niet ver genoeg gegaan. Het heeft de grenzen nog te ruim genomen, m. a. w. het karakter van buitengewoonheid van den maatregel, wij zouden durven zeggen: het karakter van noodmaatregel, niet voldoende erkend.

Wèl voldoende beperkend is het ontwerp tewerk gegaan ten opzichte van den maximumduur van de vrijheidsbeneming. Het is daarbij verre gebleven beneden den in Engeland geldenden termijn, welke — vroeger zeer

langdurig (1) — door de wet van 1879 voor de Petty Sessionnal Courts tot zes maanden is beperkt, en heeft, door den maximumduur te stellen op tien dagen (vijf dagen, met de mogelijkheid van verlenging voor eenmaal en voor gelijken termijn), de uiterste grens bereikt, beneden welke voldoende daadwerkelijke beteekenis aan den maatregel zou moeten worden ontzegd.

Maar *niet* genoeg heeft het ontwerp beperkt bij het omlijnen van de voorwaarden, aan welke de concrete toepassing van den maatregel zal gebonden zijn.

Begrensd heeft het de instelling tot de ontdekking van een strafbaar feit op heeter daad. Uitgesloten is dus de recognizance reeds op grond van *bedreiging* (eene uit den aard der zaak vrij vage omschrijving, al zijn er in het Engelsche recht daaraan voorwaarden verbonden, welke haar *onze* strafbare bedreiging van art. 285 W. v. S. doen naderen) (2); uitgesloten is ook de recognizance tegenover gevaarlijke en verdachte personen (een zeer vaag criterium, al is dit tenminste eenigszins beperkt, doordat de wettelijke uitdrukking „not of good fame" wordt opgevat als „of evil fame") (3). Naast den eisch van ont-

(1) Tot het midden der vorige eeuw werd aangenomen, dat de tijd, gedurende welken men gevangen kon worden gehouden bij het niet-stellen van cautie, verbonden aan eene recognizance, onbeperkt was. Zie de merkwaardige zaken van Bowes (1787) en Hart (1808), vermeld door Paulian, t. a. p blz. 68 vlg.

(2) De bedreiging moet *ernstig* zijn; de bedreigde moet verklaren, dat hij voor zijn leven beducht is (is in bodily fear). Voldoende is, dat de bedreiging *voorwaardelijk* zij, indien n l. de dader daardoor den bedreigde tracht te weerhouden van het verrichten van eene geoorloofde daad. (Paulian, t. a. p. blz. 41, 42).

(3) «On ne voit pas bien — zei Prof. Larnaude bij de genoemde gedachtenwisseling in de Société Générale des prisons — quand on se place au point de vue des principes du droit public relatifs à la liberté individuelle tels qu'ils se dégagent des constitutions, du droit

dekking op heeterdaad stelt voorts het ontwerp een drietal andere vereischten: tegen den verdachte moeten gewichtige bezwaren bestaan, dat hij het feit heeft gepleegd; door het feit moet de openbare orde ernstig zijn aangerand; er moet groot gevaar (hooge waarschijnlijkheid) bestaan, dat het feit zal worden voortgezet of herhaald.

Welnu! 't Komt ons bescheidenlijk voor, dat op deze wijze de voorwaarden (voor de bevoegdheid om den maatregel toe te passen) te ruim zijn gesteld. Wij hebben daarbij op 't oog het *tweede* vereischte: dat door het feit de openbare orde ernstig zij aangerand; wij achten deze formuleering te vaag, althans te algemeen, en zien in den eisch van het *ernstige* van de aanranding niet een voldoende rem tegen eene willekeurige hanteering van het instituut. Indien de wetgever de strafbare feiten, ter zake waarvan die toepassing (bij het vervuld zijn van de *andere* voorwaarden) zal kunnen plaats hebben, beperkt tot de in het openbaar gepleegde, waarbij de algemeene veiligheid is betrokken, zooals straatschenderij en verkeersbelemmering, daden welke onmiddellijk moeten ophouden en waarvan de voortzetting niet kan worden geduld (1), dan doet hij volkomen recht wedervaren aan het beginsel, waarop de instelling berust, en houdt hij voldoende rekening met den drang van de werkelijkheid. Te meer klemt

---

administratif, du droit criminel, comment, tant que le délit ou la contravention ne sont pas commis, on puisse infliger à quelqu'un une restriction quelconque à sa liberté. Mais dans cette application la recognizance ressemble point par point au régime des suspects!» (T. a. p. blz. 67). En ten aanzien speciaal van de rec. tegenover personen van slechte reputatie: «Ici le rôle du juge touche de trop près peut-être celui du censeur» (blz. 70)

(1) Zie Prof. Mr. J. Domela Nieuwenhuis in diens opstel in het Tijdschrift voor Strafrecht, XXV, Het ontwerp-wetboek van strafvordering en de persoonlijke vrijheid, op blz. 349 vlg.

deze eisch van beperking, waar aan de *andere* voorwaarden (met name de ontdekking op heeter daad èn de gewichtige bezwaren tegen den verdachte) zekere vaagheid eigen is. Wel zal, zooals de Memorie van Toelichting opmerkt, de schuld van den verdachte *meestal* niet twijfelachtig zijn; maar men houde in 't oog, dat volgens art. 131 ontdekking op heeter daad ook wordt aangenomen, wanneer het strafbaar feit ontdekt werd terstond nadat het gepleegd is, en dus de wetgever heeft rekening te houden met de mogelijkheid van het *ontbreken* van schuld bij den verdachte. Vooral indien de wet *ook hier* met die oneigenlijke (zoogenaamde) ontdekking op heeter daad blijft opereeren, zal eene beperking van de strafbare feiten, zooals boven werd aangegeven, noodig zijn om aan de maatschappij eene te strenge en als zoodanig bedenkelijke toepassing van den exceptioneelen maatregel te besparen.

Ons andere bezwaar tegen de ontworpen regeling ligt *elders* en is geheel afgescheiden van de uitgesproken vrees voor de mogelijkheid van eene te ruime toepassing.

Reeds legden wij den nadruk er op, dat naast de nieuwe procedure de gewone strafvervolging tegen den verdachte ter zake van het gepleegde feit blijft doorgaan en deze dus wegens dezelfde handeling op tweeërlei wijze met de justitie in aanraking kan komen. De stellers van de Memorie van Toelichting hebben blijkbaar gevoeld, dat hierin eene verzwakking van de kracht, welke van het instituut moet uitgaan, is gelegen. „Zeker" — lezen wij op blz. 401 — „ware de loop van zaken wel het eenvoudigst, indien de „strafzaak aanstonds na de aanhouding van den verdachte „voor den bevoegden rechter kon worden aangebracht en „diezelfde rechter tegelijkertijd uitspraak deed over de „strafzaak en, bij veroordeeling, zoo noodig een bevel tot „handhaving der openbare orde daaraan toevoegde". Wij zouden 't nog sterker willen uitdrukken en willen zeggen,

dat eene *zoodanige* procedure logisch samenhangt met de gedachte, waarvan de instelling zelve een uitvloeisel is, en dat daarentegen de thans voorgestelde *gesplitste* procedure juist door hare tweeslachtigheid niet bevredigend is. Waarom kunnen wij met de „rechterlijke bevelen" en hunne ingrijpende gevolgen vrede hebben? Waarom aanvaarden wij ze, ook wanneer 't op zichzelf onbeteekenende feiten betreft? Omdat er gevallen zijn, waarin het onmiddellijk dwingend ingrijpen van de justitie noodzakelijk is, opdat aan eene de maatschappij bedreigende en onduldbare ordeverstoring een eind worde gemaakt. Welnu, dàn mag ook de eisch worden gesteld, dat *de rechter*, d. w. z. eenzelfde rechter of college, de zaak in haar geheel behandelt en afdoet, en niet twee procedures volkomen zelfstandig en zonder onderling verband worden gevoerd. Met de redeneering van de Memorie van Toelichting, dat voor het geven van het „rechterlijk bevel" de rechter-commissaris en niet de rechtbank of de kantonrechter aangewezen is, gaan wij geheel accoord. Maar tevens stellen wij met nadruk de vraag, of in deze feitelijk en juridisch eenvoudige zaken (welke zeker niet ingewikkelder zullen zijn dan de eersterangs-kantongerechtszaken) de rechter-commissaris niet tevens als gewoon strafrechter zou kunnen optreden, en of het door de Staatscommissie daartegen aangevoerd bezwaar, dat dit zou zijn „eene diepgaande afwijking van de vaststaande competentieregelen en van de ontworpen procesorde in haar geheel" (blz. 402) als overwegend moet worden beschouwd. Geeft men op deze laatste vraag een bevestigend antwoord en handhaaft men dus het denkbeeld van de dubbele procedure, dan erkenne men, dat op deze wijze de eisch van eene *levende* en tot de publieke opinie *sprekende* rechtspraak onvolkomen bevredigd wordt. De geheele regeling krijgt dan iets onnatuurlijks en gewron-

gens, in strijd met het karakter van deze procedure zelve, welke spontaan ontstaat uit den werkelijkheidsdrang, uit de behoefte der maatschappij. Ja zelfs is twijfel gerechtvaardigd, of er nog grond bestaat om aan het instituut in dezen vorm eene plaats in ons strafproces te verleenen.

Ons eindoordeel meenen wij dus zóó te mogen formuleeren, dat de vreemde oorsprong van de nieuwe instelling, hare komst van over de zee, niet als argument daartegen mag gelden; dat zij principieel gerechtvaardigd is; en dat het Nederlandsche ontwerp bij het omschrijven van de voorwaarden voor hare toepassing terecht heeft beperkt en begrensd, maar daarmede niet ver genoeg is gegaan, en bovendien, door de omslachtige (dubbele) procedure, aan de instelling hare grootste aantrekkelijkheid heeft onthouden en hare aanspraken om in ons strafproces eene plaats te verkrijgen heeft verkleind.

S. J. M. van Geuns.

Amsterdam, December 1917.

Opmerkingen over de Huurcommissiewet

DOOR

Mr. J. C. FREDERIKS,

Lid der Huurcommissie te Deventer.

A. Iets over de wetstechniek der Huurcommissiewet.

Wanneer Mr. S. G. CANES (1) zich er eens toe zette om de vraag te beantwoorden, hoe de wetstechniek in de Huurcommissiewet en in den algemeenen maatregel van bestuur ex art. 13 van die wet is toegepast, dan vermoed ik, dat hij wel tot meerdere opmerkingen aanleiding zou vinden.

Om dit oordeel te staven, zij het mij vergund enkele voorbeelden te geven. Nemen wij al dadelijk art. 1 al. 1 ter hand:

„Het is verboden in een gemeente, waarvoor een huur-„commissie is ingesteld, als verhuurder eene hoogere „vergoeding, onder welken naam of in welken vorm ook, „te bedingen voor het gebruik van eene woning, zooals „bedoeld bij artikel 10, dan de huurprijs, voor de woning „geldende op, of laatstelijk voor, 1 Januari 1916, zoo „niet die hoogere huurprijs is goedgekeurd of vastgesteld „door de huurcommissie".

Dat de stijl hier niet bepaald kort en krachtig is, zal

(1) Zie Mr. S. G. CANES. Toegepaste wetstechniek, Deel XXVI en XXVII van het tijdschrift van strafrecht.

iedereen toegeven, die dezen zin luid moet voorlezen, en dan bemerkt, hoe langen adem hij daartoe noodig heeft. Toch is de redactie wel te verkorten.

In de eerste plaats waren de woorden „onder welken naam of vorm" beter uit het artikel gelicht, om dan in de wet als een afzonderlijk artikel terug te keeren. Immers, dat aan het rechtsbegrip huur van een woning een ruimer beteekenis moet worden toegekend dan de beteekenis van art. 1584 *v* B. W., zal wel niet alleen gelden voor het geval van art. 1 al. 1, maar voor de geheele wet (1).

Verder is „zooals bedoeld bij art. 10" meer goed bedoeld dan noodzakelijk te noemen. Art. 10 der Huurcommissiewet zegt toch duidelijk, dat de wet alleen (2) toepasselijk is op woningen beneden een zekere huurgrens. En nu is het toch wel óvervoorzichtig te denken, dat in een wet van heelemaal vijftien artikels het hoogst belangrijke artikel 10 over het hoofd zou worden gezien (3).

Ten derde, de woorden „of laatstelijk voor" waren ook beter tot een afzonderlijk artikel verwerkt. Het geval van zeer tijdelijk onverhuurd zijn op 1 Januari 1916 kan zich immers ook voordoen bij een verhuring als bedoeld in art. 2 al. 1, waar echter niet gedacht is aan een huurprijs laatstelijk voor 1 Januari 1916. Wel is daar weer aan gedacht in art. 2 al. 2, waar gesproken wordt van „voor of op 1 Januari" (4) (5).

Ten slotte „goedgekeurd of vastgesteld". Blijkbaar is hier gedacht aan de tegenstelling tusschen artt. 4 en 5 der

(1) Zie art. 2 algemeenen maatregel van bestuur.

(2) Behoudens twee gevallen.

(3) In art. 2 al. 1 Huurcommissiewet wordt dan ook bijv. niet naar art. 10 Huurcommissiewet verwezen

(4) Zie ook de artt. 4 en 29 van den algemeenen maatregel van bestuur.

(5) Deze uitdrukking ook in art. 1 al. 2 Huurcommissiewet.

Huurcommissiewet. Blijkens de Memorie van Toelichting zijn deze woorden gekozen om te doen uitkomen, dat de huurcommissie niet kan volstaan als een rechterlijk college met eventueel enkel goedkeuring van den hoogeren prijs te weigeren, maar dat zij dan den huurprijs nader moet vaststellen.

Zou deze bedoeling echter niet reeds verwezenlijkt zijn, indien er alleen „vastgesteld" stond?

Natuurlijk zou de redactie van nog eenige artikels iets gewijzigd moeten worden. Maar wat nood! Er ware al dadelijk een redactie te vinden geweest, waarbij art. 4 3e lid en art. 5 zonder schade voor de duidelijkheid tot één artikel versmolten ware.

Zoo duidelijk is die redactie trouwens nu ook niet. Immers is de vraag niet gerechtvaardigd, of „bijzondere gevallen" alleen van invloed mogen zijn bij goedkeuring van den hoogeren huurprijs, en niet bij vaststelling van het bedrag, waarvoor de woning verhuurd moet worden!

Dit alles samenvattend, meen ik, dat art. 1 al. 1 had kunnen luiden:

„Het is verboden in een gemeente, waarvoor een huur-
„commissie is ingesteld, als verhuurder een hoogere ver-
„goeding te bedingen voor het gebruik (1) van een woning
„dan de huurprijs voor die woning geldende op 1 Januari
„1916, zoo die hoogere huurprijs niet is vastgesteld door
„de huurcommissie" (2).

Dit moge, wat de wet betreft, voldoende zijn. Of de algemeene maatregel van bestuur, die niet door amende-

(1) «Voor het gebruik» is juridisch ook niet geheel zonder bedenking.

(2) Er hadden dan twee nieuwe artikelen in de wet ingevoegd moeten worden in den trant van art. 2 en 4 van den algemeenen maatregel van bestuur.

menten (1) — de gewone zondebok — kan zijn bedorven, beter geslaagd is?

Hij die zoo juist de artt. 4 en 29 van het K. B. heeft nageslagen, zal wel niet gedacht hebben zich in een dorado van wetsstijl te bevinden. Zou zijn oog vallen op art. 22, dan zou ik niet verwonderd zijn, indien hij dat artikel met Mr. CANES „soeperig" noemde (2).

Als laatste voorbeeld, dat tevens kort behandeld kan worden, zij gewezen op de artt. 63 en 64 van den algemeenen maatregel van bestuur. In art. 63 wordt gezegd, dat bij de rondvraag (?) het jongste lid in leeftijd het eerst zijn „advies" uitbrengt. Een denkbeeld ook elders niet onbekend en waaraan een goede gedachte — niet beïnvloeding van minder ervarenen door meer ervarenen — ten grondslag ligt. Echter komt van deze bedoeling hier weinig terecht, want stel het jongste lid is jurist, en het betreft een rechtsvraag, dan ligt het voor de hand, dat dit advies hoogstwaarschijnlijk op de medeleden niet-juristen een grooten invloed zal hebben, tegen de blijkbare bedoeling in.

In de practijk komt trouwens van de bepaling weinig terecht. Want betreft het nu eens een bouwkundige vraag, dan zal de jurist-jongste lid als regel niet veel kunnen zeggen, laat staan een advies uitbrengen, terwijl omgekeerd, wanneer het een juridische vraag betreft, een bouwkundige-jongste lid evenzeer met zijn mond vol tanden zal staan. De practijk zal dus wel zijn, dat steeds het meest deskundig lid eerst een uiteenzetting (advies) over

(1) Art. 2, Huurcommissiewet, hoewel eenerzijds verbeterd door invoeging bij nota van wijziging van al. 2, is er anderzijds niet op verfraaid.

(2) Men zie ook de competentieregeling, indien meerdere gemeenten één huurcommissie willen instellen. § 2 van den algemeenen maatregel van bestuur.

de vraag geeft, en dat daarna *gestemd* wordt, te beginnen met het jongste lid, m. a. w. met „advies" in art. 63 van het K. B. zal wel bedoeld zijn „stem". Een resultaat, zeker algemeen aanvaard, indien niet de steller van den algemeenen maatregel van bestuur plots in art. 64 was gaan spreken van meerderheid van „stemmen", en dus blijkbaar verschil wil maken tusschen „advies" en „stem".

Echter zou hij dan in het geheel niet hebben gezegd in welke volgorde gestemd moet worden, wat ook weer niet waarschijnlijk is (1).

Zoodat per saldo als de doelmatigste uitlegging moet aanvaard worden, dat in art. 63 algemeenen maatregel van bestuur met „advies" hetzelfde bedoeld is als met „stem" in het vlak daarop volgend artikel (2), en de vergadering vrij blijft in de volgorde, waarin de discussie plaats vindt.

Maar ik vraag mij toch af, of zelfs aan een noodwet niet wat meer zorg had moeten besteed zijn; immers een noodwet, die in hoofdzaak door leeken moet worden toegepast!

B. De plaats van den huurder in het geding.

In een ingezonden stuk in no. 10151 van het *W. v. h. R.* behandelt Mr. van Crefeld de vraag, of de huurder door de huurcommissie beëedigd kan worden, welke vraag, m. i. terecht, ontkennend beantwoordt wordt.

De vraagstelling in dezen vorm heeft blijkbaar voordeelen; echter wie het stuk gelezen heeft, zal, hoop ik, het met mij eens zijn, dat de vraag ook aldus had kun-

(1) Men zou zich ook uit de moeilijkheid kunnen redden, door den tekst woordelijk te nemen, mits men de woorden van het jongste-ondeskundige lid: «Mijn advies is, dat het deskundige lid eerst een uiteenzetting geve» als een advies opvat.

(2) Zie ook de opmerking van Mr. Otten in *W. v. h. R.* 10182 over «nader onderzoek» in art. 87 en 88 van den algemeenen maatregel van bestuur.

nen luiden: Neemt bij de behandeling van zaken voor de huurcommissie de huurder de plaats in van getuige of van partij? (1).

Zooals reeds boven bleek, niet die van getuige. Behalve de vele argumenten door Mr. VAN CREFELD aangevoerd, zou ik nog willen wijzen op art. 1950 3°. slot B. W. Weliswaar is de huurcommissie niet aan het wettelijk bewijsrecht gebonden, maar de gedachte, die aan de bepaling ten grondslag ligt — dat iemand, die belang bij den afloop van een geding heeft, als getuige van weinig waarde is — is juist, zoo dat zij zeker geldt voor een getuige, die bij den afloop zoo rechtstreeks betrokken is als de huurder. M. a. w. als de verhuurder den huurder wraakt — en hij zal dat wel altijd doen — zou ik mij niet gerechtigd achten, den huurder als getuige te handhaven. Als partij dus? Mr. VAN CREFELD wil niet „prinzipiënlos praktisch" zijn. Daar voel ik ook niet veel voor. Maar als ik den huurder partij maak, en ik ben niet „prinzipienlos", dan is toch wel mijn eerste principe, dat ik toepas het „hoor en wederhoor". En nu is het merkwaardige, dat de algemeene maatregel van bestuur art. 58 uitgaat van de gedachte, dat het mogelijk is, dat de huurcommissie beslist enkel op het verzoekschrift van den verhuurder. En wat meer zegt, ik geloof, dat de huurcommissie verstandig doet, wanneer zij van de bevoegdheid van art. 58 algemeenen maatregel van bestuur een zoo ruim mogelijk gebruik make. Immers, wanneer huurder en verhuurder beide voor de huurcommissie gehaald worden, zal daar al heel licht de vinnigheid niet uitblijven, die zoo menigen rechtsstrijd kenmerkt. Een vinnigheid,

(1) Wanneer een dergelijke vraag opgeworpen kan worden, is het dan wonder, dat Prof. Mr. A. G. v. HAMEL bij de behandeling der wet zeide, dat het technische verloop der procedure hem niet duidelijk was?

hier veel ongewenschter nog dan bij anderen rechtsstrijd. Immers, terwijl anders partijen elkaar na afloop gewoonlijk mijden kunnen, blijven hier partijen als verhuurder en huurder in voortdurend, bijna altijd wekelijksch of hoogstens maandelijksch contact; tenzij de verhuurder zoo nijdig wordt, dat hij den huurder de huur opzegt, waarbij de huurder dus de dupe van de historie wordt, wat zeker niet de bedoeling van de Huurcommissiewet is (1).

Trouwens Mr. v. CREFELD wil ook geen zuiver partij standpunt. Hij vergelijkt de plaats van den huurder bijv. met de plaats van hem, wiens faillissement door een schuldeischer is aangevraagd. Echter geldt ook nu het zoo juist gezegde. Terwijl in deze gevallen de rechter het altijd wel op prijs zal stellen, indien de aanstaande failliet verschijnt, en deze, indien hij afwijzing van het verzoek tot faillissement wenscht, evenzeer op prijs zal stellen te verschijnen, is het volstrekt niet zeker, dat de huurder, die afwijzing van het verzoek tot huurverhooging wenscht, ook nu gaarne voor de huurcommissie zal verschijnen, om daarbij een soort partijstandpunt in te nemen. Immers hij zal voor ruzie, met wraak in den vorm van uitzetting uit de woning, vreezen.

Geen getuigen, geen partij, wat dan? Ik zou de huurders, indien werkelijk noodig, willen oproepen tot het geven van inlichtingen, waarbij de huurcommissie door het stellen van vragen nog zooveel mogelijk den huurder tegemoet komt, opdat de verhuurder later niet tegen den huurder kan zeggen dat hij hem „verraaien" heeft.

Is dit m.i. meest praktische standpunt „prinzipiënlos". Misschien, maar ik wil toch dadelijk opmerken, dat ook

(1) Hoe jammer toch, dat het amendement MENDELS, bepalende dat voor uitzetting uit een woning de toestemming van de huurcommissie noodig is, is verworpen. Naschrift. Intusschen is, gelijk bekend, ingediend een ontwerp Huuropzeggingswet.

ons gewone bewijsrecht personen kent, die enkel tot het geven van inlichtingen worden opgeroepen, zij het dan ook om geheel andere redenen. Op een geheel eenzaam standpunt bevind ik mij dus niet, al zal ik niet beweren, dat reeds de wetgever met zijn bepaling bijzonder „prinzipiënfest" was. En verder zou ik willen opmerken, dat wij wel kennen principes van bewijsrecht, maar dat de principes van aannemelijkmakingsrecht, waarmede wij hier te doen hebben, niet zoo vast staan, dat een verwijt van „Prinzipiënlosigkeit" in deze pijnlijk zou treffen.

Blijft nog de vraag of de huurcommissie op dit standpunt staande haar taak naar behooren zal kunnen vervullen. Ik geloof het wel, De huurcommissie toch mag huurverhooging alleen toestaan, indien de hoogere huurprijs redelijk is in verband met de normale huurwaarde vermeerderd met de hoogere uitgaven ter zake van de woning te bestrijden.

Wat een normale huurwaarde is, daarover heeft de huurder niet in te lichten, dat heeft de huurcommissie zelf te schatten. En de hoogere uitgaven, bijv. geheel nieuw behangen? Als regel zal het de huurcommissie wel voldoende zijn, indien zij daarover nog eenige inlichtingen krijgt. En mocht zij blijven twijfelen, dan is m.i. het bewijsmiddel van eigen aanschouwing de aangewezen uitweg om den huurder niet in moeilijkheden te brengen.

Ten slotte nog een denkbare wetsontduiking, wanneer de huurder zoo op den achtergrond gehouden wordt. Stel een verhuurder doet een foutieve, te hooge opgave van de huur op 1 Januari 1916, van zegge twee gulden per week, terwijl de werkelijke huur bedraagt f 1.80 per week. Hij vraagt nu nog een verhooging van f 0.10 per week, dan zal de kans groot schijnen, dat hij de verhooging toegewezen krijgt, en hij met het papier in de hand naar den huurder stapt en zegt: de huurcommissie

heeft goedgekeurd, dat deze woning voor f 2.10 wordt verhuurd (1). Immers voor een woning van f 1.80 huur kan een huur van f 2.— geen abnormale huurwaarde genoemd worden, en een verhooging van f 0.10 is niet onredelijk te achten. Ik zeide: de kans schijnt groot; in werkelijkheid geloof ik niet, dat zij zoo groot is.

In de eerste plaats bedenkt ieder zich nog wel eens extra voor hij zoo iets zwart op wit zet, voor hij zoo'n niet-juridische valschheid in geschrifte begaat. Maar er zijn brutale menschen, en nemen wij dus aan, dat het eens gebeurt. Dan zal de bedrijver toch hoogstwaarschijnlijk wel behooren tot het gilde der huisjesmelkers, in tegenstelling van dat der nette verhuurders. En nu is toch niet aan te nemen, dat de geheele huurcommissie zoo slecht georiënteerd is over de plaats harer inwoning, dat zij deze lieden niet zou kennen (2). Zijn echter deze heeren bekend, dan zal toch geen huurcommissie hun ooit een verhooging enkel op verzoekschrift toestaan. En begint eenmaal een onderzoek, gepaard met bezichtiging der woning, dan moet het, dunkt mij, al gek loopen, wanneer men niets zou bemerken van ontduiking. En is men deze op het spoor, dan kan men den huurder ter inlichting in de vergadering roepen en antwoordt die op gestelde vragen waarschijnlijk wel zoo, dat de huurcommissie te weten komt, wat zij weten wil, zonder dat de verhuurder dit kwalijk kan nemen. De huurcommissie-rechter is gelukkig niet lijdelijk! Wil men echter ook nu nog den huurder buiten schot laten, dan

(1) Overigens zal een huurder, die het hem toegezonden afschrift van de beslissing van de huurcommissie goed gelezen heeft, wel niet dadelijk uit het veld geslagen zijn.

(2) Merkwaardigerwijze heeft in Deventer de beroemdste huisjesmelker zich niet bij de huurcommissie gemeld. Of andere huurcommissies soortgelijke verrassende ervaringen hebben?

weet ik maar één middel, dat ik schroom om neer te schrijven, omdat men mij nu mogelijk te „prinzipiënlos" (1) zal vinden: „Ik zou den verhuurder een eed willen opleggen". En op deze gedachte ben ik gekomen door de herinnering aan art. 1605 B. W. Er is feitelijk in zoo'n geval toch altijd een verhuring bij monde aangegaan, waarvan geen kwijting aanwezig is, terwijl het twijfelachtig is (geschil B. W.) wat de prijs der verhuring is. En in zoo'n geval blijkt, dat de wetgever geen bezwaar heeft den verhuurder een eed (2) te laten afleggen, die dan geloofd moet worden.

Ten slotte zij het mij vergund op te merken, dat men bij dit standpunt wel eenigszins in moeilijkheden komt met art. 88 algemeenen maatregel van bestuur, waar staat, dat de kantonrechter oproept den verzoeker en zijn wederpartij. Wie is dat, die wederpartij? De opvatting, dat het de huurcommissie zou zijn, lijkt mij in ieder geval ongewenscht (3). Immers het prestige van de huurcommissie, gebaseerd op zijn onvoorwaardelijke onpartijdigheid zal dan al heel licht in het gedrang komen. Dus dan toch, althans voor den kantonrechter, de huurder als partij, Het lijkt waarschijnlijk en zou beslissend zijn, wanneer de algemeene maatregel van bestuur overal van een doordachten stijl was, Maar dat dit het geval is, kan moeilijk beweerd worden. En nu geloof ik, dat dit woord zeer goed

(1) Overigens meen ik niet, dat analogie van uitzonderingsbepalingen altijd te veroordeelen is.

(2) Wat mag toch beteekenen, dat getuigen en deskundigen worden beëedigd voor het afleggen van hun verklaring, indien de huurcommissie dit *wenschelijk* acht? Of hier soms gedacht is aan een huurder-getuige, van wien het al heel twijfelachtig is, of beëediging wenschelijk is? (Art. 60 van den algemeenen maatregel van bestuur).

(3) Zie o. a. *W. v. h. R.* 10157, en daartegen Mr. KRANENBURG in *W.* 10170, die een opvatting verdedigt, vrij wel gelijk aan de hier voorgestane.

verklaard kan worden door de blijkbare neiging van den steller van den algemeenen maatregel van bestuur, om de redactie van den algemeenen maatregel van bestuur zoo te maken, dat hij omvat zoowel het, althans voor de huurcommissie, gewone geval, dat de verhuurder verzoekt, als het uitzonderingsgeval, dat de huurder requestreert. En nu is er natuurlijk weinig tegen om in geval de huurder requestreert, den verhuurder zelf als partij, als „wederpartij" in het geding te halen, m. a. w. met wederpartij is uitsluitend den verhuurder bedoeld, terwijl er in het geval, dat de verhuurder het verzoekschrift indient, geen wederpartij (1) is. Elegant is deze interpretatie niet, een verschillende procedure voor den kantonrechter al naarmate de huurder of de verhuurder verzoekt! Wil men ze daarom niet voor den kantonrechter aanvaarden, dan kan ik mij dat voorstellen. Echter volgt daaruit nog niet noodzakelijk, dat de boven verdedigde opvatting voor de huurcommissie onjuist is. Ik kan mij zeer goed voorstellen, dat de behandeling voor den kantonrechter veel meer gedacht is als partijstrijd, dan de behandeling voor de huurcommissie. Voor de huurcommissie heeft men dat zeer blijkbaar niet gewild, en kan dus de huurcommissie den huurder als partij weglaten. Dit te meer, omdat het eenigste geval, dat het initiatief hier bij den huurder is, betreft een schattingsverzoek van den huurprijs van 1 Januari 1916. En voor schatting behoeft de verhuurder niet gehoord te worden, is bezichtiging van de woning door de huurcommissie de aangewezen weg.

(*Wordt vervolgd.*)

(1) Ook deed zich het geval voor, dat een verhuurder tijdens een verbeterende verbouwing alvast goedkeuring vroeg voor een verhooging, terwijl hij de woning nog niet had verhuurd.

Inleiding tot de philosophie der samenleving, door Mej. Mr. Clara Wichman. — Haarlem, Erven F. Bohn, 1917.

Mej. Wichman, die zich aanvankelijk door haar academisch proefschrift van 1912 een goeden wetenschappelijken naam verwierf, had, geloof ik, beter gedaan dit nieuwe boekje niet uit te geven.

Het bevat een drietal lezingen, in den zomer van 1916 door de schrijfster gehouden voor de Internationale School voor Wijsbegeerte te Amersfoort. Die lezingen werden, naar het voorwoord meedeelt, gepubliceerd in het *Tijdschrift voor Wijsbegeerte* en wel in het Aprilnummer van 1917, en in September daarop afzonderlijk uitgegeven.

Reeds wat de schrijfster daarover meedeelt teekent den aard van den inhoud. Zij vermeldt, dat zij sedert April 1917 niets meer in den inhoud kon wijzigen, maar dat zij sindsdien, op enkele centrale punten, b.v. van het vraagstuk van de evolutie der samenleving, van inzicht veranderd (is)". Nu vraagt men toch onmiddellijk of het verstandig is, om wanneer men betreffende den inhoud van een boekje van even 60 bladzijden in enkele maanden op eenige centrale punten van inzicht veranderd is, dit dan nog te gaan publiceeren? Dan is toch de stof van dat boekje wel zeer weinig bezonken.

En dat gebrek aan bezonkenheid, aan methodisch doordenken, is in dit boekje een dubbel gebrek, omdat het van didactischen oorsprong en strekking is. Wie een „inleiding" schrijft, schrijft voor een publiek, dat nog leeren moet, dat „er in" moet worden gebracht. Maar

dit is wel het moeilijkst van alles, voor niets moet men zoozeer een onderwerp volkomen meester zijn, als wanneer men zich opmaakt, om hen, die dat onderwerp niet kennen, daartoe in te leiden. En dan nog zulk een doornig en onrijp onderwerp als een philosophie der samenleving. Waarlijk, men moet heel wat verder zijn gevorderd dan het stadium, waarin men binnen enkele maanden op „enkele centrale punten" van inzicht verandert, om met vrucht als leidsman (of leidsvrouw) voor ongeschoolden te kunnen optreden.

Het boekje was voor mij de proef op de som van wat onlangs Prof. Damsté zeide over studeerende vrouwen, dat zij door hun ontvankelijken geest en levendige belangstelling allerlei vakken tegelijk aansnijden, zonder de zelftucht te bezitten der concentratie en der methodische behandeling. De schrijfster heeft letterlijk aan van alles en nog wat gedaan. Zij heeft zich beziggehouden met philosophie, voornamelijk met Hegelianisme, met sociologie, met godsdienst-philosophie, met cultuurgeschiedenis, met massapsychologie, met kunstgeschiedenis, met rechts-philosophie en misschien nog wel met meer, en zich uit al die snufjes een soort van algemeenen kijk op de dingen saamgevlochten, die nu in dit boekje wordt ten beste gegeven. Over de meest ingewikkelde vragen praat zij op volkomen stelligen toon, alsof het onbetwistbare waarheid ware. Soms vervalt zij in reine mystiek. Aan beeldspraak, in de wetenschap altoos zulk een gevaarlijk uitdrukkings-middel, geen gebrek. Nauwkeurige begripsbepaling, voor alle wetenschap, maar vooral voor een inleiding, onmisbaar, ontbreekt zoo goed als geheel; allerlei willekeurige onderscheidingen moeten daarvoor dienst doen. En van strenge methode, in de philosophie nog meer dan elders vereischt voor vruchtbaar betoog, geen spoor.

Het gaat niet aan, dit alles met voorbeelden toe te lichten. Ik stip zoo maar enkele punten aan. Op blz. 7 wordt ons verteld, dat „de eerste groote wet der samenleving is: niets is er geheel vreemd aan het ander". Dit is al een wonderlijk soort „wet"; het is eenvoudig een feit, dat voor zoover mij bekend, niemand betwist, en dat zich bij de toelichting ontpopt in de nuchtere waarheid, dat allerlei periodes in de economische geschiedenis geen absolute, doch slechts relatieve tegenstellingen vormen. Dat elk mensch tot verschillende groepen in de maatschappij behoort, die al naarmate de omstandigheden hem nu eens met dezen, dan met genen van zijn medemenschen zich één doet gevoelen, ontlokt haar de zwaarwichtige uitspraak, dat „het is door haar eeuwige onvolkomenheid, dat de wereld aan den gang blijft", en de mystieke overpeinzing over „ons wonderlijk menschenras, waaraan niets geheel ontzegd, maar ook niets ten volle gegund is". Op blz. 13 heeft zij het over de „ontwikkeling van feiten tot inzicht", iets waarvan ik mij zelfs geen flauwe voorstelling vermag te maken. Op blz. 15 verklaart zij, dat „de geest der samenleving zich bedient van de illusie's der menschen voor zijn doeleinden". Wat moet er wel in het hoofd van een beginneling in de philosophie omgaan, als hij hoort van een „geest der samenleving", die „doeleinden" heeft, en zich daarvoor van „illusie's" bedient? De vraag, voor de rechtsphilosophie bijvoorbeeld in onzen tijd inderdaad zoo klemmend aan de orde, of er eeuwige, vaste beginselen zijn, beantwoordt zij in negatieven zin (blz. 16), op een wijze, die toont, dat zij geen flauw besef van de portée der kwestie heeft. De conclusie is (blz. 21), dat „alles vervloeit en vergaat, maar evenzeer: alles blijft", een holle frase, anderen onbewust nagepraat. Men leze eens de blz. 22 en 23 in hun geheel, alles onverteerd Hegelianisme, waarbij het den „in te

leiden" scholieren der „Internationale school voor wijsbegeerte" wel groen en geel voor hun geestesoog moet geworden zijn.

Op dezelfde verwarde wijze wordt dan in het tweede hoofdstuk de structuur der samenleving behandeld, waarbij de samenleving „potentieel, reëel en ideëel" wordt gedacht als „agglomeraat van bevolking, spheer van economische werkzaamheid en geestelijke gemeenschap". Als agglomeraat van bevolking staat de samenleving in het teeken van natuurlijk leven en sterven; als spheer van de economische werkzaamheid in dat van het bij uitstek reëelmaatschappelijk verkeer; als geestelijke gemeenschap gaat zij boven het zuiver-maatschappelijke uit, terwijl ze tegelijkertijd de hoogste vrucht van dat maatschappelijke inhoudt (blz. 26). Die drie vormen geen scherpe tegenstelling, 't is eigenlijk enkel eene van „accent"; ja, ze vertegenwoordigen ook samen éénzelfde phase. Op deze duistere basis wordt dan het probleem van causaliteit en finaliteit in de samenleving behandeld met eenige losse opmerkingen, die zelfs de buitenkant van het probleem amper raken, om dan op blz. 46 tot de conclusie te komen, dat al deze vragen „ijdel en toch onmisbaar" zijn.

Het derde hoofdstuk, handelend over „de verhouding van den mensch tot de samenleving", behelst zoowat losse meditatie's over maatschappelijke hervorming, ware humaniteit, eeuwige wereldvrede, afwisselende richtingen op sociaal gebied, heroën-cultus, gewoonterecht en wettelijk recht, sociaal optimisme en pessimisme, over inzichten die in normen „omslaan", over philosophen, die niet meer hopen en niet meer vreezen, en het besluit met een toepasselijk versje van Adama van Scheltema.

Men vergeve mij dat ik er niet recht ernstig bij kan blijven, maar het is toch wel wat veel gevergd, om dit

alles serieus te behandelen. Vanwaar toch die wanhopige neiging bij zoovele jongere menschen, om altoos te willen schrijven over groote, algemeene onderwerpen, die boven hun macht gaan? Hier is een intelligente jonge vrouw, die belang stelt in allerlei groote problemen, maar die haar kracht van denken en voelen op totaal onmethodische wijze heeft versnipperd over tal van onderwerpen, die voor de vorming van een eigen grondig oordeel elk op zichzelf meer studie vragen, dan zij aan allen samen besteed heeft. De Hegel'sche philosophie, op zichzelf een der meest grootsche stelsels der wijsbegeerte, is haar, evenals zoovele jongeren, tot een valstrik geworden. Hoe waarschuwde STAHL reeds voor dat „Würfelspiel der Gedanken", dat in handen van een genie als HEGEL zoo vaak diepzinnige waarheden voor den dag toovert, maar in handen van onbevoegden noodwendig verloopt in phraseologie, verwarring en schijn-diepzinnigheid. Geen wonder, dat ze zóó binnen enkele maanden op eenige centrale punten van inzicht veranderde; die inzichten berusten eenvoudig op associatie-spel van zeer zeker beteekenende, maar voor haar doel toch gebrekkige en toevallige feitenkennis, niets meer. Laat de schrijfster op dezen weg niet verder gaan. Misschien kan zij over 25 jaar een philosophie der samenleving geven, als zij hard werkt. Thans bepale ze zich tot studie in de diepte in plaats van in de breedte, liefst zelfs tot monografischen arbeid. Op rijperen leeftijd zal zij den thans gegeven arbeid als verknoeide levenskracht beschouwen. Het is een les uit eigen levenservaring, die ik haar ten beste geef. Expertus loquor, zou CICERO zeggen. En nu ik toch aan de Latijnsche spreuken ben, tot afscheid nog deze: Felix, quem faciunt aliena pericula cautum!

ANEMA.

Mr. J. Wijnveldt: *Neutraliteitsrecht te land.* — Acad. proefschrift. — Utrecht, 1917.

Het is een verblijdend en bemoedigend verschijnsel, dat de rampzalige oorlog, die de wereld teistert, de belangstelling in het volkenrecht — althans hier te lande — niet heeft uitgedoofd. Een der vele bewijzen hiervan ligt voor ons in bovenvermelden verdienstelijken arbeid. De schrijver bepaalt zich daarin tot het neutraliteitsrecht te land in verband met het voornemen van een zijner vrienden om het neutraliteitsrecht ter zee te behandelen. Ook binnen de gestelde grenzen heeft zijn werk zelfstandige waarde. Het getuigt van belezenheid, onderscheidingsvermogen, nauwgezetheid, doorzicht en vertrouwen in de behandelde stof en verdient ook wegens het actueel belang van het gekozen onderwerp de aandacht. Een overzicht van den rijken inhoud moge dit oordeel staven.

Na eene vluchtige inleiding over het neutraliteitsrecht in het algemeen, waarin behalve een historische terugblik ook eenige algemeene begrippen ter sprake komen, komt de schrijver al spoedig tot zijn eigenlijk onderwerp, dat hij in twee afdeelingen, territoriale en extra-territoriale neutraliteit, verdeelt. Onder de eerste brengt hij de onschendbaarheid van grondgebied met de daaruit voortvloeiende gevolgen en de daarop bestaande uitzonderingen, benevens de overige verplichtingen van den neutralen staat, welke op zijn eigen gebied betrekking hebben, en eindelijk een belangrijk hoofdstuk over den handel. De extra-territoriale neutraliteit omvat de rechten en plichten van den neutralen

staat, welke niet rechtstreeks zijn grondgebied betreffen, doch zich daarbuiten uitstrekken. Deze indeeling, ofschoon niet oorspronkelijk, schijnt mij volkomen juist en, ondanks eenige bedenkingen en bezwaren, waartoe zij aanleiding geeft, in Hoofdstuk V voldoende gemotiveerd. Zij geeft een duidelijk overzicht en rust op redelijken grondslag. Overigens is de stof verdeeld in 15 hoofdstukken van zeer ongelijke waarde en omvang.

De inleiding ontsnapt niet aan de hier altijd dreigende klippen van oppervlakkigheid en onevenredigheid. Onvoldoende wordt bijv. partij getrokken van de merkwaardige herinnering aan MOZES' eerbiediging van de neutraliteit der Edomieten bij zijn krijgstocht tegen Kanaän in de 10de eeuw vóór Christus, in vergelijking met de miskenning door Engeland van de neutraliteit van Portugal in den oorlog tegen de Hollandsche republieken in Zuid-Afrika en door Duitschland van die van België in den strijd tegen Frankrijk in de 20ste eeuw nà Christus.

Onnauwkeurig is de voorstelling van het verdrag van 18 Juli 1911 tusschen vijf Zuid-Amerikaansche republieken als een neutraliteitsverdrag; dit moet veeleer beschouwd worden als een verdrag tot non-interventie in binnenlandsche aangelegenheden, zooals blijkt uit schrijvers toelichting op blz. 13 in verband met zijn eigen opvatting van neutraliteit als de keerzijde van den oorlogstoestand (blz. 23/24 j. 136). De vermelding der algemeene begrippen laat weinig te wenschen, maar de toepassing is niet altijd even duidelijk. Zonderling klinkt bijv. de bewering op blz. 25, na de juiste opmerking, dat overtreding van een rechtsregel dezen nog niet afschaft: „dat de vele over-„tredingen en schendingen van het neutraliteitsrecht in „den tegenwoordigen tijd juist bewijzen dat het bestaat". Zonderling is eveneens de uitweiding over Griekenlands neutraliteit vóór de troonsverandering (blz. 27); onvast

de uitwerking van het aan KRAUEL ontleend begrip van neutralisatie (blz. 29).

In hoofdstuk VI tot zijn eigenlijk onderwerp genaderd, begint de schrijver met eene uitnemende toelichting van de geschiedenis en strekking van art. 1 der Conventie V van 18 October 1907, grondslag en hoofdbron voor zijn werk: „Le territoire des puissances neutres est inviolable".

In aansluiting met MAX HUBER veroordeelt hij scherp het beroep op de z.g. „oorlogsnoodzaak", die den inval in België moest verontschuldigen, als een factor van ontbinding van het geheele volkenrecht. Ook velt hij een ongunstig oordeel over de oogenschijnlijk humane bepaling van art. 14 eerste lid, dat het vervoer van zieken en gewonden over neutraal gebied onder zekere voorwaarden toestaat.

In het uitvoerig doch behoorlijk ingedeeld hoofdstuk VII, dat de rechtsgevolgen der onschendbaarheid behandelt, wordt terecht de spitsvondige onderscheiding tusschen asyl en refuge verworpen en de souvereiniteit van den neutralen staat op den voorgrond geplaatst. Zelfs acht de schrijver eene wijziging in de gedragslijn van den neutralen staat gedurende den oorlog niet ongeoorloofd (blz. 60), hetgeen mij daarentegen hoogst bedenkelijk voorkomt en slechts onder zeer bijzondere omstandigheden in het eigen nationaal belang toelaatbaar. De interneeringsplicht als onderdeel van het neutraliteitsrecht te land is verdienstelijk behandeld en de vele leemten komen duidelijk aan het licht. Het onderscheid tusschen geïnterneerden en gevangenen, tusschen validen en invaliden bij uitwisseling, tusschen een enge en een ruime opvatting van de verplichting tot vergoeding der onderhoudskosten, en zooveel meer, wordt zorgvuldig nagegaan en goed uiteengezet. Ongeregelde troepen, noncombattanten, gewonden en zieken, krijgsgevangenen, deserteurs, particulieren en staatsorganen, krijgen achter-

eenvolgens eene beurt en het hoofdstuk eindigt met eene beschouwing van het materieel, dat door de geïnterneerden op neutraal gebied is aangevoerd. Een en ander munt uit door nauwgezet onderzoek en juist oordeel. Terecht wordt bijv. het ongegrond en onduidelijk verschil afgekeurd, dat de Nederlandsche interneeringsregelen van 8 Augustus 1914 maken tusschen troepenafdeelingen en militairen zich niet in georganiseerd verband bevindende, die in burgerkleeding de Nederlandsche grens overschrijden; immers ook de laatsten zijn aan verplichte interneering onderworpen (blz. 73). Zeer juist worden krijgsgevangenen in drie soorten onderscheiden, naar gelang zij voortvluchtig zijn (évadés), door den vijand op diens vlucht zijn medegevoerd (amenés), of wel als gewonden en zieken over neutraal gebied worden vervoerd. Daarentegen acht ik de klacht over de gelijkstelling in art. 4 der Nederlandsche interneeringsregelen van het interneeren met het aanwijzen eener verblijfplaats van art. 13 der Conventie ongegrond; eveneens oordeelt L. Renault reeds in 1907, die juist daarom de bepaling afkeurde (blz. 86). Ook het betoog, dat deserteurs niet mogen worden geïnterneerd (blz. 92 vg.), schijnt mij mislukt; immers zij kunnen zich aan hun militair verband niet eigenmachtig onttrekken door eene laak- en strafbare handeling. De behandeling van deserteurs in tijd van vrede volgens uitleveringsverdragen kan in het oorlogs- en neutraliteitsrecht niet van toepassing zijn. Eindelijk ontzegt de schrijver terecht aan den neutralen staat een retentierecht tot vergoeding der kosten van onderhoud.

In hoofdstuk VIII, waaronder de overige verplichtingen der neutraliteit worden behandeld, treedt nadrukkelijk op den voorgrond de algemeene strekking van art. 1 der Conventie, dat naar schrijvers oordeel het verbod om op neutraal gebied radio-telegrafische stations op te richten in

art. 3*a* en om aldaar verboden handelingen te gedoogen, in art. 5*a* overbodig maakt; immers, dergelijke bepalingen doen meer afbreuk aan het beginsel der „onschendbaar-„heid dan dat zij het versterken" (blz. 122). Terecht prijst de schrijver het absoluut verbod door de Nederlandsche regeering van radio-telegrafische inrichtingen op Nederlandsch gebied, waartoe art. 9 der Conventie haar een onbetwistbaar recht verleent. Ook de waarschuwing tegen de gewoonlijk lichtvaardige naturalisatien hier te lande is zeer op hare plaats (blz. 108). Minder geslaagd schijnt mij schrijvers beschouwing over sympathie-betuigingen en collecten (blz. 126).

In het belangrijk hoofdstuk IX over den handel — zij het ook alleen te land — geeft de schrijver een volledig en actueel overzicht over de wording en beteekenis van het vermaard art. 7 der Conventie, dat de uit- en doorvoer van wapenen en ammunitie door neutrale onderdanen ten behoeve van belligerenten niet verbiedt. Over het algemeen zijn de daaruit afgeleide gevolgtrekkingen juist en behoorlijk gemotiveerd.

In de tweede afdeeling, die in vijf hoofdstukken is verdeeld, verdient vooreerst opmerking de aanduiding van de talrijke leemten in het stellig volkenrecht ten aanzien van consulaire en diplomatieke ambtenaren van neutrale staten in oorlogvoerende landen. Niet zonder humor gewaagt de schrijver van het problematiek nut der militaire attachés, die in den regel na hun terugkeer alleen weten te vertellen: „hoe schitterend het leger, waarbij zij geweest „zijn, werkt, hoe minzaam zij ontvangen werden en hoe „smakelijk zij gegeten hebben" (blz. 157). Op het gemis van waarborgen voor eene vrije briefwisseling dezer staatsorganen valt een helder licht. Als voorbeeld worden de instructies der Amerikaansche regeering van 17 Augustus 1914 aan hare vertegenwoordigers in het buitenland, die

belast zijn met de waarneming der belangen van de oorlogvoerende staten en hunne onderdanen in de landen van hun verblijf, aangehaald en afgedrukt. Wie neutrale personen zijn en wat dientengevolge onder neutralen eigendom moet worden verstaan, wordt volgens art. 16—18 der Conventie zorgvuldig uiteengezet. Terecht vindt de schrijver de hoofdzaak van art. 17 niet in de eerste, maar in de tweede alinea, waar den neutraal eene gelijke behandeling als den vijand wordt verzekerd. De mislukte Duitsche poging om hun rechtstoestand volledig te regelen overeenkomstig vroeger, o. a. door R. Kleen, verkondigde denkbeelden, wordt uitvoerig toegelicht. Hieruit leidt de schrijver af, dat er geen internationaal recht ten hunnen aanzien bestaat, dat alles afhangt van de nationale wetgeving en niets deze laatste belet om ook aan neutrale onderdanen binnen hare jurisdictie militairen dienstplicht op te leggen. Dit laatste acht ik op zijn minst betwistbaar: belastingplicht en persoonlijke dienstplicht staan niet gelijk Evenmin geloof ik, dat deze materie thuis behoort in het algemeen vreemdelingenrecht in tijd van vrede. Eindelijk leert de schrijver, dat — dank zij de Nederlandsche delegatie in 1907 — neutrale eigendom aan geen ander recht dan vijandelijk eigendom is onderworpen, en dat op initiatief van Luxemburg een afzonderlijke regeling tot stand kwam ten aanzien van het spoorwegmaterieel.

In het slothoofdstuk XV komt de schrijver terug op den kanker der oorlogsnoodzaak, welker verwoestingen in het stellig volkenrecht hij met enkele grove trekken schildert. Vervolgens schetst hij enkele pogingen en voorstellen tot verbetering en verwacht hij met een beroep op ondergeteekende van „de bevestiging en ontwikkeling van het „neutraliteitsrecht eene verzwakking en inkrimping van het „recht op den oorlog" (blz. 203). Het boek eindigt met een protest tegen moedeloosheid, gegrond op twee getuigenissen

uit de thans meest verbitterde vijandelijke partijen.

Blijken uit het voorafgaand overzicht genoegzaam het belang en de omvang van den inhoud, ook de wijze, waarop de schrijver zich van zijn taak heeft gekweten, verdient lof. De duidelijkheid laat weinig te wenschen, de scherpzinnigheid in het maken of handhaven van juiste onderscheidingen en gevolgtrekkingen is niet te miskennen. Wellicht zou men kunnen twijfelen, of het critisch oordeel, dat nu en dan wordt geveld over voorschriften van stellig recht, wel getuigt van voldoende consequentie in het afleiden van gevolgen uit eenmaal gestelde en gemotiveerde beginselen. Terwijl bijv. zonder schroom wordt verklaard, dat de artt. 3*a* en 5*a* der conventie, waarin aan de belligerenten wordt verboden radio-telegrafische installatiën op neutraal gebied op te richten en aan de neutralen om aldaar met de neutraliteit strijdige handelingen te gedoogen, eigenlijk overbodig zijn wegens het hoofdbeginsel in art. 1: „neutraal territoir „is onschendbaar", wordt dezelfde bewijsvoering niet toegepast op art. 4, waarin het oprichten van wervings-bureaux op neutraal gebied wordt verboden. Evenmin erkent de schrijver, dat dit verbod van openbare werfkantoren ten behoeve der oorlogvoerenden implicite ook openbare inschrijvingen op oorlogsleeningen ten hunnen bate veroordeelt. Tevens verleidt de heerschende practijk den schrijver voorbij te zien, dat deserteurs uit de oorlogvoerende legers wel degelijk daartoe behooren en derhalve volgens den algemeenen regel van art. 11 der Conventie behooren te worden geïnterneerd.

Deze en meerdere soortgelijke afwijkingen en aarzelingen zijn intusschen verschoonbaar, indien men met den schrijver het positief karakter van zijn arbeid op den voorgrond plaatst en mitsdien de critiek van het geldend recht eerst in de tweede plaats in aanmerking neemt.

Is alzoo de inhoud aanbevelenswaardig, minder lof kan ik toekennen aan den vorm. Wel is waar is de hoofdverdeeling juist en de onderverdeeling der beide afdeelingen niet onaannemelijk. Maar hoofdstuk VIII: „Andere verplichtingen van den neutralen staat" behelst een bont mengelmoes. Hoofdstuk IX over den handel is niet gemotiveerd als onderdeel van de territoriale neutraliteit. Voorts ontmoet men meermalen op zich zelf niet onverdienstelijke uitweidingen, die den gedachtengang onderbreken en de aandacht afleiden. Eindelijk laat de stijl aan levendigheid van lijn en kleur te wenschen. De lectuur is vermoeiend, doordien het verschil tusschen hoofd- en bijzaken, tusschen beginselen en hunne toepassing, ofschoon niet geheel veronachtzaamd, onvoldoende in het oog springt.

Van minder belang zijn de talrijke drukfouten, die den overigens voldoenden druk ontsieren. Eene toegevoegde boekenlijst getuigt van schrijvers belezenheid en ijver. De tekst der behandelde conventie, alsmede die der bovenvermelde Amerikaansche instructie, vormen een paar nuttige bijlagen.

Het boek — ziedaar mijne slotsom — verdient alleszins te worden gelezen en overwogen als een opwekkend levensteeken in dezen duisteren tijd. Of echter des schrijvers vertrouwen op de toekomstige ontwikkeling van het neutraliteitsrecht als bolwerk tegen den oorlog niet door den woedenden wereldkrijg wordt beschaamd en nà den vrede niet op nòg steviger grondvesten zal moeten worden gebouwd, waag ik hier niet te beslissen. Genoeg, dat hier materiaal is geleverd tot versterking van een rechtsinstituut, waaraan velen met recht alsnog een overgroote waarde hechten.

J. DE LOUTER.

De zakelijke werking der ontbindende voorwaarde naar ons Burgerlijk Wetboek, door A. C. G. van Proosdij. — Vrije Universiteit te Amsterdam, 1917.

Doet de ingevolge art. 1302 B. W. uitgesproken ontbinding van den koop of den ruil de levering vervallen, waardoor de verkooper of de ruiler het beloofde goed aan de wederpartij overdroeg? Wie deze vraag bevestigend beantwoordt, gelooft in de „zakelijke werking" van de ontbindende voorwaarde. Met dien term duidt de schrijver van het bovenvermelde proefschrift zijn onderwerp aan. In tegenstelling met de meeste juristen aanvaardt hij die zakelijke werking niet als iets vanzelf sprekends. De twijfel groeide echter niet tot ontkenning. Een vierkante breuk met de gangbare opvatting bleef achterwege. Dat is jammer. Met de verwerping van de „zakelijke werking" zou hij de zekerheid van den eigendom een kostelijken dienst hebben bewezen. Hoe gemakkelijk zou hij hier bovendien niet een dringenden eisch van het practische leven hebben kunnen vervullen. Daartoe had hij slechts aan zijn betoog de onderscheiding tusschen roerend en onroerend goed ten grondslag behoeven te leggen.

Het paard, dat de verkooper of de ruiler overdraagt, blijft het eenmaal verworven eigendom van de wederpartij, de later ingetreden ontbinding van den koop of den ruil ten spijt. Daarover valt niet te twisten. Niet omdat art. 2014 B. W. hier zou ingrijpen. Dit artikel heeft met de zakelijke werking der ontbinding niets te maken; het dekt enkel den verkrijger te goeder trouw tegen het

gevaar, dat de verkooper of de ruiler soms niet eigenaar van het paard mocht zijn. Maar omdat de levering den eigendom doet overgaan, onverschillig of de leverende partij tot eigendomsoverdracht gehouden was of niet. De wet beschouwt n.l., althans zeker voor zoover het de overdracht van lichamelijk roerende goederen betreft, de levering als een abstracte handeling. Wil men bewijzen? De artt. 1395 vlg. onthouden aan hem, die onverschuldigd leverde, de revindicatie; zij geven hem enkel een persoonlijke vordering tot teruggave. Vgl. H. R. 13 April 1917, W. 10106. En als dit niet voldoende mocht wezen, leze men, naast art. 1580, het voorschrift van art. 1581. Ook deze bepaling beperkt zich er toe den ruiler, die per slot van rekening blijkt volkomen onverschuldigd geleverd te hebben, een persoonlijke aanspraak op restitutie te geven.

Tot de gevolgen van de levering doet het al of niet bestaan van een titel tot eigendomsoverdracht dus niets af. Voor zoover lichamelijke roerende goederen betreft, kan men die waarheid tenminste niet betwisten. Indien de schrijver dit bedacht had, zou hij vermoedelijk ook spoedig gevonden hebben, waarom men nog steeds voortgaat ten aanzien van onroerende goederen de tegenovergestelde opinie te huldigen. De levering van roerend goed bestaat in een uiterlijk scherp van de contractueele overeenkomst gescheiden handeling, in de traditie. Onroerend goed draagt men daarentegen over door de inschrijving van den eigendomstitel in de openbare registers. Schijnbaar vloeien hier levering en titel van eigendomsoverdracht ineen. Wat blijft er daarom van de inschrijving over, indien die titel, b.v. tengevolge van ontbinding, vervalt? Men late zich echter niet te spoedig van de wijs brengen. De overheid verricht de overschrijving op het namens den verkooper door den kooper tot haar

gerichte verzoek. In dit verzoek van den kooper en de machtiging van den verkooper tot het indienen van het verzoek ligt de zakelijke overeenkomst tot eigendomsoverdracht. Dat het verzoek tot overschrijving de overheid bereikt in den vorm van een verzoek tot overboeking van de koopacte, is bijzaak. Niet op de overschrijving van de koopacte, maar op de overschrijving van het goed op een nieuwen eigenaar komt het aan. Het wegvallen van de koopacte tengevolge van ontbinding doet daarom niet ter zake. De stilzwijgende zakelijke overeenkomst tot overdracht van het onroerend goed staat naast het koopcontract. Zij is een abstracte handeling, precies gelijk de in de traditie gelegen zakelijke overeenkomst tot overdracht van roerend goed. Zoo ziet de wet de zaak in. De hierboven geciteerde artt. 1395 vlg. en 1581 onderscheiden immers niet tusschen roerend en onroerend goed. En in ieder geval schept de ingeschreven overeenkomst van hypotheekverleening het recht van hypotheek, al mag het obligatoir contract, waarbij de eigenaar zich verbond zekerheid te geven, volkomen ongeldig wezen. Dat doet de deur toe. Het maakt toch niet het minste verschil, dat de zakelijke overeenkomst van hypotheekverleening bij afzonderlijke formeele acte, en dat de zakelijke overeenkomst van eigendomsoverdracht daarentegen vormeloos en stilzwijgend tot stand komt.

De schrijver besluit zijn proefschrift met den troosteloozen raad, voor zoover de wet zich niet duidelijk uitspreekt, de zakelijke werking van de ontbindende voorwaarde, om economische motieven nu eens te aanvaarden, dan weer te verwerpen. Met dit goedbedoelde advies kan ik mij bezwaarlijk vereenigen. De voorschriften omtrent de levering zijn van openbare orde. Vertoonen zij onvolledigheden of duisterheden, men legge ze uit en vulle ze aan met beginselen, aan de eischen van het verkeer ontleend.

Een andere uitweg rest dan niet. Eer men op dit gebied de rechtszekerheid prijs geeft, dient echter vast te staan, dat de wet volkomen zwijgt. Dit bewijs heeft de schrijver niet geleverd. Wel toont hij aan, dat een aantal artikelen elkaar tegenspreken. Of hij echter ter oplossing van de moeilijkheden, waarop de uitlegger dientengevolge stuit, wel de juiste methode volgt?

De voorschriften, die als de artt. 1559 vlg., 1710, 1726 de zakelijke werking van de ontbindende voorwaarde erkennen, zijn immers gedachteloos aan den Code Civil ontleend. Dat Wetboek kende ons art. 671 B.W. niet. Alnaar men nu aanneemt, dat de artt. 671 en 1395 vlg. voor de bij vergissing gehandhaafde speciale bepalingen of omgekeerd deze voor den nieuwen algemeenen regel moeten wijken, zal men dus de zakelijke werking òf *behoudens* uitzonderingen òf *zonder* uitzonderingen kunnen verwerpen. Een leemte vertoont de wet in ieder geval niet.

Ik heb nog een andere grief. Tot de bepalingen, die de schrijver in het debat mengt, behooren er een aantal, die met de besproken kwestie niets te maken hebben. De artt. 967 vlg. regelen het gevolg niet van een gebrek in den titel tot eigendomsoverdracht, maar van een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van den erflater of schenker. Zoo handelt art. 1051 ook weer niet over de tenietdoening van den titel tot eigendomsoverdracht, maar over de tenietdoening van den eigendomsovergang zelven. En van de gansche rij der in de artt. 183, 207, 252, 278, 1139, 1141 en 1377 vervatte bepalingen raakt niet een enkele het onderwerp in geschil. Het Pauliana-voorschrift treft toch niet alleen den tot verkorting van de rechten der schuldeischers gesloten koop, maar ook de ter uitvoering daarvan gevolgde levering. De verplichting tot inbreng wordt enkel tusschen de erfgenamen onderling gevestigd. Op het voortbestaan van den titel, uit kracht waarvan de

begiftigde erfgenaam het in te brengen goed ontvangt, heeft zij niet den minsten invloed. De bepalingen van huwelijksgoederenrecht, in de artt. 183, enz. gegeven, handelen eindelijk over de werking van een algemeene wijze van eigendomsverkrijging of van een bijzondere soort making. Hiervoor gelden geheel andere regels dan de artt. 639, 668, 671 en 1395 vlg. Te vergeefs zoekt men in de bepalingen der artt. 183, 252, enz. dus licht.

De schrijver heeft zich, als ik mij niet bedrieg, zijn taak zwaarder gemaakt dan zij inderdaad was. In zijn neiging om aan overgeleverde meeningen niet meer te kort te doen dan strikt noodig was, heeft hij aan elk het hare willen geven. Zoo sluit hij zijn proefschrift ten slotte zonder over de gansche lijn tot een bepaald resultaat te komen. Dat de lezer hem niettemin dankbaar zal zijn, waag ik hem te voorspellen. Naar een weloverdacht plan heeft hij de aan zijn onderwerp gewijde literatuur geordend en verwerkt. Menige opmerking, die zijn scherpzinnigheid eert, geeft aan dit overzicht bovendien eene verhoogde waarde.

Utrecht. SUYLING.

Bijdrage tot de Leer van het voorwaardelijk opzet. — Proefschrift van Mr. Ph. S. Frenkel. — Utrecht 1917. — 286 blz.

De schrijver heeft voor zijn proefschrift een zeer moeilijk onderwerp gekozen. Het voorwaardelijk opzet toch ligt in het grensgebied tusschen opzet en schuld in engeren zin (1) en de geschiedenis der wetenschappen leert niet minder dan die der volkeren, dat om zoodanige gebieden het heftigst gestreden pleegt te worden. Des te eervoller is het echter voor hem, die zich in zoodanigen strijd mengt, niet beneden de zelfgekozen taak te blijven. En die eer komt den schrijver van dit proefschrift toe.

Belangwekkend is reeds de schets der historische ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet uit de aansprakelijkheid in het kanonieke recht van den *in re illicita* verkeerenden dader voor alle gevolgen zijner handeling, ook voor de niet beoogde — langs de het eerst door den Spaanschen rechtsgeleerde COVARRUVIAS verkondigde leer van den *dolus indirectus*, die den dader van een strafbaar feit aansprakelijk stelde voor alle gevolgen daarvan, welke hij had kunnen voorkomen, zelfs wanneer hij ze niet had voorzien — totdat het eerst LEIJSER in de 18e eeuw het „versari in re illicita" liet vallen en voor dit vereischte der aansprakelijkheid wegens niet in het oogmerk begrepen gevolgen, in de plaats stelde, dat

(1) Zeker ter onderscheiding van de schuld in ruimeren zin duidt de schrijver haar doorloopend aan met het woord «nalatigheid». Ware «onachtzaamheid» dan niet een verkieslijker benaming? Nalaten toch kan evengoed met opzet geschieden.

die gevolgen niet alleen door den dader waren voorzien, doch dat deze daarin ook had ingewilligd, op welken weg tal van schrijvers, vooral Duitsche, hem sedert zijn gevolgd.

Komende tot den hedendaagschen stand van het vraagstuk, behandelt de schrijver allereerst de drie schakeeringen, waarin het opzet zich kan voordoen:

het opzet als oogmerk, waarbij de dader het door hem teweeggebrachte gevolg ook heeft beoogd;

het opzet als zekerheidsbewustzijn, waarbij hij naast het beoogde gevolg andere gevolgen voorziet, welke door zijn handeling noodzakelijk zullen moeten intreden, en

het opzet als mogelijkheidsbewustzijn, waarbij daarenboven de kans is voorzien, dat nog andere gevolgen zullen intreden, welke echter ook wel kunnen uitblijven.

Met de laatste schakeering betreden wij het grensgebied; immers het mogelijkheidsbewustzijn is ook aanwezig in de gevallen der z.g. bewuste schuld. Hier moet dus de grens tusschen opzet en schuld getrokken worden. Doch waar is zij gelegen?

De voorstanders der leer van het voorwaardelijk opzet meenen haar te hebben gevonden en aan de uiteenzetting hunner opvattingen is het volgende hoofdstuk gewijd. Sommige afwijkende oplossingen daargelaten, kan men twee groepen onderscheiden, te weten die welke bij de vorming van het opzet den op de gevolgen gerichten wil, en die welke daarbij de voorstelling der gevolgen tot grondslag neemt. Beide leiden echter tot dezelfde uitkomsten, n.l. dat nog opzet — en dan z.g. voorwaardelijk opzet — kan worden aangenomen, wanneer de dader het voorziene, doch niet beoogde gevolg billijkte, aanvaardde, op den koop toe nam, of naar een andere formule, wanneer hij bij een voorstelling van het slechts mogelijke gevolg als zeker toch zou hebben gehandeld.

Terecht betoogt hier de schrijver, dat de wilsleer eigenlijk bij de verdediging van het voorwaardelijk opzet te kort schiet, dat zij deze slechts kan wezen door met het wilsbegrip te knoeien. Immers het billijken van een gevolg is reeds iets anders dan het willen daarvan en de tweede zooeven genoemde formule verwijdert zich nog wat verder van het willen van het voorgestelde gevolg. Wel worden wij er aan herinnerd, dat wij ons hier op een grensgebied bevinden! Want ook de voorstellingstheorie blijft in hare toepassing op het voorwaardelijk opzet niet zuiver, in zooverre althans niet, als in het billijken van een voorzien gevolg een aan de voorstelling vreemd bestanddeel wordt binnengehaald.

Het kan dan ook geen verwondering wekken, dat de leer van het voorwaardelijk opzet heftig is bestreden. De bestrijders worden in het vierde hoofdstuk behandeld. Zij weigeren van opzet te spreken met betrekking tot gevolgen, welke niet zijn beoogd of als noodzakelijk (of althans met groote waarschijnlijkheid) zijn voorzien, en trekken de grens van het opzet dus heel wat enger dan hunne tegenpartij, een grooter gebied overlatende voor de schuldmisdrijven. Doch nu ontstaat een strook als die welke men in den tegenwoordigen oorlog wel eens als „niemandsland" heeft aangeduid. Wanneer de in die strook vallende gevolgen der handeling niet meer als opzettelijk veroorzaakt worden beschouwd, zal daarvoor òf niet, òf slechts met veel te lichte straffen gestraft kunnen worden. De tegenstanders der leer van het voorwaardelijk opzet zijn niet in gebreke gebleven, pogingen aan te wenden, in deze leemte te voorzien. Ook in hun stelsel kan voorwaardelijk opzet nog als opzet gestraft worden, doch dan als een opzet, alleen gericht op het in gevaar brengen van het door de gevolgen getroffen rechtsgoed. Eene andere oplossing stelt den dader, die niet

opzettelijk handelde, toch verantwoordelijk voor wat hij althans „wetens" deed, of wat hij — zooals het in sommige nieuwe strafbepalingen hier te lande heet „redelijkerwijs moest vermoeden". Tegen deze surrogaten van het voorwaardelijk opzet voert de schrijver aan, dat zij weder een te ruim gebied bestrijken, immers ook de bewuste schuld omvatten. Van dogmatisch standpunt verwerpt hij ze daarom, al moet hij toegeven, dat zij uit crimineel-politiek oogpunt wel tot bevredigende uitkomsten kunnen leiden. Een groot bezwaar is echter, dat zij bezwaarlijk te hanteeren zijn; zoo is de vraag, wat onder „gevaar" moet worden verstaan, zeer moeilijk te beantwoorden. In de geruchtmakende zaak-SCHRÖDER is dit weder eens gebleken.

In het voorafgaande werden de opvattingen voornamelijk van Duitsche schrijvers door schrijver behandeld. Na een hoofdstuk, waarin de stand der Fransche rechtswetenschap tegenover het onderwerp wordt besproken, doch dat ik hier ter zijde kan laten, omdat de door schrijver uit Frankrijk binnengehaalde oogst slechts zeer gering kon zijn, gaat hij over tot de uiteenzetting zijner eigen dogmatische opvatting.

Dit deel van het proefschrift is uit den aard der zaak het belangrijkste daarvan. Dat het tevens het best geslaagde is, strekt den schrijver tot eer. Het vangt aan met eene zeer goede samenvatting der verschillende tot dusver door hem besproken leerstelsels, waaraan ten grondslag ligt, dat het opzet-begrip in zijn historische ontwikkeling ruimer is dan „het willen". Bij deze samenvatting treft door hare juistheid schrijvers opmerking, dat de schuldvormen noch door „het willen", noch door „de voorstelling" alleen gescheiden kunnen worden in dier voege, dat het voorwaardelijk opzet tot opzet gerekend worde; immers de eenige onderscheidingen, welke men

hiermede kan bereiken, zijn die van gewilde en niet gewilde, en die van voorgestelde en niet voorgestelde gevolgen, terwijl bij het voorwaardelijk opzet minder dan een willen en meer dan een voorstellen aanwezig is.

Schrijvers eigen opvatting nu is gebouwd op de stelling, dat het kenmerkende der verschillende schuldvormen (schrijver spreekt van schuldverwijten) afhangt van de motiveerende kracht, uitgeoefend door de voorstelling van het mogelijke intreden van het gevolg. Was deze voorstelling hoofdmotief der handeling, dan was er opzet als oogmerk, was zij afwezig, dan was er slechts onbewuste schuld. Tusschen deze beide uitersten liggen alle andere schuldvormen, waarbij het gevolg was voorgesteld, doch niet gewild, juister, althans onzijdiger, misschien nog: niet beoogd. En tusschen deze schuldvormen moet ergens de grenslijn tusschen opzet en schuld getrokken worden, wanneer men althans niet wil komen tot eene onpraktische driedeeling. Logisch is die lijn te trekken, wanneer men de vraag stelt, waarom de voorstelling van het gevolg den dader niet van zijne handeling weerhouden heeft, waarom het niet tot tegenmotief werd. Tweeërlei blijkt dan mogelijk: het kan zijn, dat het intreden van het gevolg hem onverschillig was, mits een beoogd gevolg maar tevens tot stand kwam, dat hij het dus op den koop toe nam bij een ander gevolg; het kan echter ook zijn, dat hij hoopte, dat het achterwege zou blijven. In het eerste geval, dat van het z.g. voorwaardelijk opzet, treft hem zeker een zwaarder verwijt dan in het tweede. Mag men in het eerste nog van opzet spreken? Volgens schrijver ja, want het heeft met de gevallen van opzet als oogmerk en als noodzakelijkheidsbewustzijn gemeen, dat de dader in het gevolg heeft *toegestemd*, het heeft *aanvaard* als mogelijk gevolg zijner handeling. Mag men daarbij nog van „willen" spreken? Schrijver ontwijkt het ant-

woord op deze vraag, door te zeggen, dat hij haar slechts als een kwestie van taalgevoel beschouwt en wijst er op, dat bij bevestigende beantwoording men toch slechts het begrip van een etiket voorziet. Is de onderscheiding, zooals schrijver die maakt, praktisch bruikbaar? Hij erkent, dat hier het zwakste punt van het voorwaardelijk opzet is gelegen, omdat het door den dader aanvaard zijn van het gevolg moeilijk te bewijzen is. Elk geval zal op zich zelf beoordeeld moeten worden en zoowel de beweegredenen, die den dader geleid hebben, de oogmerken, die hij trachtte te bereiken, als het geheele karakter van den dader zullen de noodige gegevens moeten verschaffen.

Na aldus partij gekozen en zijn standpunt verdedigd te hebben, bespreekt de schrijver in dit hoofdstuk nog de vraag, of voorwaardelijk opzet ook denkbaar is in die gevallen, waarin de wet voor de strafbaarheid een opzet eischt, gericht op zekere omstandigheden, welke de dader niet kan willen, doch waarmede hij slechts bekend kan zijn, en die dan ook vaak worden uitgedrukt door de zinswending „wetende dat". Het antwoord luidt bevestigend, doch kan natuurlijk slechts op grond van de voorstellingstheorie zoo luiden, want weten is voorstellen.

Dat ik bij mijne waardeering voor des schrijvers arbeid het toch niet eens ben met de slotsom, waartoe hij gekomen is, mag bij het groot verschil van gevoelen, dat omtrent het door hem behandelde onderwerp heerscht, niet al te zeer verwondering wekken. Het zij mij vergund hier ook van mijn eigen gevoelen rekenschap te geven. De wegen van den schrijver en van mij loopen al bij den aanvang uit elkander. Reeds een „opzet als noodzakelijkheidsbewustzijn" kan ik eigenlijk niet erkennen. Het intreden van een gevolg is te voren nimmer zeker, en kan dan ook nooit als zeker voorzien worden. Zelfs wanneer de

dader een revolver à bout portant op een ander afschiet, weet hij niet zeker, of deze niet door een plotselinge beweging ongetroffen zal blijven. Het gevolg kan slechts met grootere of geringere waarschijnlijkheid voorzien worden, en de grens tusschen opzet en schuld moet naar mijn gevoelen daar getrokken worden, waar de waarschijnlijkheid onder normale omstandigheden niet zóó groot zou blijven, dat het intreden van het gevolg nog kan worden beschouwd als door een normaal denkenden dader beoogd (1).

De grens, welke ik zoo aangeef, is vaag; zeker! en zij wordt nog vager, wanneer men bedenkt, dat zij onder abnormale omstandigheden of tegenover abnormale daders zal moeten worden verschoven. Doch hoe zou een grens, op dit gebied getrokken, ook anders dan vaag kunnen zijn?

Aan mijne opvatting is misschien wel niet vreemd, dat Pols, die het voorwaardelijk opzet verwerpt, mijn eerste leermeester in het strafrecht geweest is. Het trof mij, in het proefschrift haar weerspiegeld te vinden in een aanhaling uit Pols' opstel over dit onderwerp, waarin deze schrijver zegt, dat strijd in een bijzonder geval over de grens tusschen opzet en schuld slechts bewijst, dat het onzeker is, wat er feitelijk is gebeurd. Zoo is het; het is de onzekerheid, hoe groot voor den dader de waarschijnlijkheid was van het intreden van het gevolg, die de grens telkens onzeker maakt.

Bij deze opvatting is er voor voorwaardelijk opzet geen plaats. Alleen als het intreden van het gevolg den dader als in zoo hooge mate waarschijnlijk voor oogen gestaan moet hebben, dat hij het wel (mede) moet hebben

(1) Zie het arrest van den H. R. van 28 Augustus 1917, *W.* 10159, dat de grens ook op deze wijze trekt en den schrijver van het proefschrift nog niet bekend kon zijn.

beoogd, kan van diens opzet met betrekking tot dit gevolg sprake zijn. Of hij het heeft „aanvaard", behoeft dan niet gevraagd te worden. Het komt mij trouwens voor, dat dit „aanvaarden" niet meer is dan een gelukkig gekozen woord, waarmede de voorstanders van het voorwaardelijk opzet hun dogmatisch standpunt redden, waarbij dan nog — gelijk de schrijver van het proefschrift ook doet — moet worden afgezien van het opzet in psychologischen zin en alleen mag worden gesproken van een opzet in strafrechtelijken zin, dat geen nauwkeuriger omschreven inhoud heeft dan dat het de zwaardere vorm van de schuld vertegenwoordigt. Eigenlijk kan dan ook niet worden volgehouden, dat voorwaardelijk opzet inderdaad opzet *is*; hoogstens dat in de wet opzet zoo behoort te worden omschreven, dat het er onder valt.

Dat het aanvaarden der gevolgen niet veel meer is dan een gelukkig gekozen woord, komt aan den dag, wanneer de praktische bruikbaarheid van het begrip voorwaardelijk opzet wordt getoetst. Ik vrees, dat het voor den rechter wel steeds onmogelijk zal blijken den voldoend juisten blik te krijgen in de innerlijke roerselen, die den dader bewogen hebben, in zijne beweegredenen, zijn oogmerken en zijn karakter, waardoor moet worden bepaald, of hij inderdaad het intreden van het slechts als mogelijk voorgestelde gevolg heeft aanvaard. In het voorlaatste hoofdstuk noemt de schrijver beslissingen van het Duitsche Reichsgericht, waaruit voor den feitelijken rechter de plicht, dit alles te onderzoeken, zal moeten voortvloeien; wanneer ik echter de door hem medegedeelde gevallen lees, rijst bij mij wel twijfel, wat die rechter er van zal hebben terechtgebracht.

Na deze uitweiding blijven nog de laatste hoofdstukken van het proefschrift ter bespreking over. Hier verlaat de schrijver het terrein der dogmatiek en wendt hij zich in

de eerste plaats tot het standpunt, dat de Nederlandsche strafwet ten opzichte van het voorwaardelijk opzet inneemt.

De schrijver gaat eerst na, wat de geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht over de aannemelijkheid van voorwaardelijk opzet leert en moet daarbij wel tot de slotsom komen, dat een juist begrip daarvan bij de totstandkoming van het Wetboek ver te zoeken was en dat eene algemeene bepaling omtrent dit punt niet noodig geacht werd. De op deze magere uitkomst gebouwde stelling, dat in ons stellig strafrecht het voorwaardelijk opzet tot het opzet gerekend mag worden — een twintigtal bladzijden verder is zij reeds uitgegroeid tot de leer, dat de wetgever van dit algemeene beginsel is uitgegaan — schijnt mij hierdoor niet te worden gerechtvaardigd.

Met de door hem verkregen algemeene uitkomst stelt de schrijver zich niet tevreden, doch gaat in bijzonderheden na, hoe zij moet worden toegepast zoowel op de bepalingen van het eerste boek, waarin van opzet sprake is, als op de strafvoorschriften van het tweede. Zoo oordeelt hij, van zijn standpunt terecht, dat poging met voorwaardelijk opzet tot een misdrijf dogmatisch mogelijk is. Mij komt het voor, dat hier juist de zwakke zijde van zijn standpunt aan den dag komt. Want hoe men kan pogen iets te doen zonder zeer bepaald hiertoe den wil te hebben, is mij onbegrijpelijk. In art. 45 van ons Wetboek moet men dan wel onder het „voornemen des daders" ook begrijpen het voorwaardelijk opzet, d. i. niets meer dan zijn op den koop toe nemen van een voorzien gevolg. Doch zelfs dit aan te durven is nog niet genoeg; art. 45 toch geeft niet de omschrijving van poging doch alleen het geval, waarin poging tot misdrijf strafbaar is. Om te beginnen moet er dus poging zijn en daarvan zeide reeds de Memorie van Toelichting op dit wets-

voorschrift m. i. zoo juist: „geen poging tot misdrijf zonder den geopenbaarden wil, om een bepaald feit, dat bij de wet als misdrijf is strafbaar gesteld, te plegen".

Intusschen geeft de schrijver blijk van een wijze gematigdheid door zijne leer, dat ook in ons recht het voorwaardelijk opzet tot opzet gerekend mag worden, niet maar door dik en dun overal toe te passen. Bij de bespreking der strafbepalingen van Boek II, die daartoe door hem in verschillende groepen worden ingedeeld, wil hij van voorwaardelijk opzet niet weten ten opzichte van die delictsbestanddeelen, welke in de wettelijke omschrijving worden ingeleid door uitdrukkingen als „wetende dat", die wijzen op het vereischte eener volstrekte zekerheid bij den dader of door de woorden „met het oogmerk om", die het opzet in zijn strengsten vorm formuleeren.

Bij de bespreking in het volgende hoofdstuk van de plaats, welke het voorwaardelijk opzet in de Nederlandsche rechtspraak inneemt, komt de schrijver tot de uitspraak, dat dit begrip, zooals de wetenschap het kent, daar geheel verwaarloosd wordt. Wel heeft hij gevallen gevonden, waarin z. i. voorwaardelijk opzet werd aangenomen, maar waarin dit uit de bewoordingen van het vonnis niet duidelijk blijkt, en daartegenover andere, waarin het naar zijne meening waarschijnlijk aanwezig was, doch niet werd aangenomen. Tot de eerste reeks brengt hij o. a. het bekende geval van de vergiftigde taart (Hof Amsterdam 9 Maart 1911, *W.* 9154), waarin het Hof beklaagdes opzet, om ook de vrouw van hem, aan wien deze de taart zond, te dooden, heeft aangenomen op grond van diens „met wetenschap gelijk te stellen overtuiging", dat het eten van de taart doodelijk zou zijn, diens wetenschap dat de geadresseerde met zijn vrouw samenwoonde en het feit, dat hij bij het volvoeren van zijn plan aan de vrouw heeft gedacht zonder bevei-

ligingsmaatregelen te nemen, een en ander m.i. geheel in overeenstemming met het stelsel, dat slechts uit het met grootere waarschijnlijkheid voorzien van het gevolg het beoogen daarvan en dus het opzet afleidt. Tot de tweede reeks van gevallen brengt de schrijver die, waarin bij heling opzet werd aangenomen, wanneer de dader de misdadige herkomst der goederen „had moeten begrijpen".

De vraag dringt zich op, of uit het verwaarloozen van het voorwaardelijk opzet door de rechtspraak de overbodigheid van dit begrip niet blijkt. De schrijver is van een ander gevoelen en schrijft het verschijnsel veeleer toe aan de moeilijkheid van het bewijs van opzet in het algemeen, de gebrekkige wijze, waarop strafvonnissen soms met redenen omkleed worden en de opvatting van den Hoogen Raad, dat het een feitelijke vraag is, of het opzet terecht uit de vaststaande feiten is afgeleid, waarbij naar zijne meening de rechtsvraag naar de juistheid der omkleeding met redenen wel eens wordt verward met de feitelijke vraag naar het voldoende der bewijsvoering. In deze grief, waaruit weder blijkt, dat de schrijver scherp toekijkt, mag wel eens wat waars schuilen; verbetering in de motiveering van strafvonnissen en nog scherper toezicht daarop door den Hoogen Raad zal wellicht te verwachten zijn, wanneer onder een nieuw bewijsrecht den rechter wat meer vrijheid van beweging zal zijn gegeven.

In een laatste hoofdstuk stelt de schrijver ten slotte zijn wenschen voor de toekomst. Hij verlangt in het algemeene deel van het Wetboek een bepaling, welke de grens tusschen opzet en schuld zal aangeven en den grondslag zal vormen voor de omschrijving van het schuldbestanddeel in de bijzondere strafbepalingen. Daarbij behoort dan ook een algemeene bepaling over voorwaar-

delijk opzet, zoowel wanneer de wetgever deze schakeering zal willen erkennen als in het tegenovergestelde geval. De rekbare strafbaarstelling van den dader, die redelijkerwijs iets had moeten begrijpen, zal dan niet meer behoeven voor te komen.

Al heb ik bij mijn overzicht van het proefschrift niet verzwegen, dat en waarom ik het met de slotsommen, waartoe de schrijver is gekomen, niet eens ben, dit doet niets af aan mijne waardeering voor zijn werk. Hij moge er veeleer het bewijs in zien, dat ik daarvan met bijzondere belangstelling heb kennis genomen. Bovenal valt er in te prijzen, dat de uiteenzettingen van den schrijver door helderheid uitmunten; ook in het moeilijke gebied der dogmatiek, waar fijne schakeeringen van psychisch gebeuren moeten worden ontleed, verliest hij zich nimmer in nevelachtige beschouwingen, doch weet zijn woorden zoo te kiezen, dat men naar de bedoeling niet behoeft te raden. Hij schrijft daarbij goed Nederlandsch, iets wat niet van alle jongeren gezegd kan worden. En dat hij zijne stof goed beheerscht, blijkt o. a. uit de spaarzaamheid, waarmede hij gebruik maakt van noten, een overmatig bezigen waarvan den lezer pleegt te vermoeien. Hij heeft met zijn proefschrift een verdienstelijk werk geleverd.

L. Ch. Besier.

J. C. Baud. *Stellingen en uitgewerkte opmerkingen ter verkrijging van den graad van doctor in de Rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit te Leiden.*

Aan stellingen uitgewerkte opmerkingen te verbinden is eene nieuwigheid. De schrijver had zich voorgesteld eene dissertatie te schrijven, doch moest dit door onvoorziene omstandigheden achterwege laten. Zijne opmerkingen zijn het resultaat van den door hem reeds verrichten arbeid. Zij betreffen de interpretatie van art. 1 der wet van 10 November 1900 (*Staatsblad* n°. 176), houdende algemeene regels omtrent het waterstaatsbestuur. De schrijver geeft, meer op chronologische dan op systematische wijze, weder wat in de Tweede Kamer omtrent die interpretatie is verhandeld.

Nieuwe argumenten heb ik in dat verhaal niet aangetroffen, wat niet verwonderlijk is, omdat het hier een kleine, ofschoon niet onbelangrijke, zaak betreft, welke in de Kamer van alle zijden is bekeken. Wie omtrent de uitlegging van genoemd artikel inlichting wenscht te verkrijgen, kan hier alles bijeengegaard vinden, wat daarover gezegd is.

A. R. Arntzenius.

Doelmatigheid in rechtswetenschap en rechtspleging. — Rede bij de aanvaarding van het hoogleeraarschap aan de Rijksuniversiteit te Utrecht, uitgesproken op 10 October 1917 door Mr. C. W. Star Busmann. — Haarlem, de Erven F. Bohn. 1917.

Het aantal nieuw optredende hoogleeraren in het civielrecht is in den laatsten tijd betrekkelijk groot en waar zij more majorum hun ambt aanvaarden met eene inaugurale rede, zoo heeft men nauwelijks de eene gelezen of eene andere ligt weder op de schrijftafel.

In onzen tijd, die anders zelden aangename verrassingen biedt, is dit niet onaangenaam.

Waar de rechtswetenschap nu niet juist een periode van bloei doormaakt, is het zeker interessant het program te lezen van hen, die hun krachten aan de wetenschappelijke beoefening dier wetenschap gaan geven. Want dit staat toch naast het geven van onderwijs bij een hoogleeraar op den voorgrond. Merkwaardig is het echter, dat zoowel Prof. Van Goudoever als nu weder Mr. Star Busmann hun blik meer achterwaarts dan voorwaarts hebben gericht. Niet dat ik hen voor reactionnair — welk een crimen nefandum! — zou houden, ik wilde slechts te kennen geven, dat beiden, toen zij voor het eerst den katheder beklommen, minder dachten aan de taak van een hoogleeraar, dan wel aan het ambt, dat zij zooeven hadden verlaten.

Vooral in de rede van Mr. Star Busmann trekt dit de aandacht. Hij heeft het over de doelmatigheid zoowel

in de rechtswetenschap als in de rechtspleging, maar op de noodzakelijkheid om die doelmatigheid in de rechtstoepassing niet uit het oog te verliezen vestigt hij toch voornamelijk de aandacht. Men zou bijkans zeggen, wat de heer STAR BUSMANN geeft is minder de intreerede van den hoogleeraar dan het afscheidswoord van den aftredenden magistraat. Maar daarom is het niet minder de aandacht waard.

De bemoeiing der rechtswetenschap ten aanzien der praktijk bestaat, zoo begint de rede, eensdeels in medewerking tot de wetgeving, anderdeels in medewerking tot de rechtspraak.

Over deze eerste medewerking is de spreker betrekkelijk kort, maar wat hij zegt over den weg, dien de wetgever niet *heeft*, maar *pleegt* in te slaan, getuigt niet van onderschatting van diens arbeid. Door vergelijking toch zou deze zich een duidelijke voorstelling trachten te vormen van wat wordt afgekeurd en gewenscht. Maar wat wenschelijk is, neemt hij daarom nog niet in zijn ontwerp op. Eerst toch moet hij zijn waardeeringsoordeelen toetsen aan hunne praktische bruikbaarheid. Daarbij beproeft hij een ieder het zijne te geven, de ter sprake komende tegenstrijdige belangen weegt hij zoo zorgvuldig mogelijk tegenover elkander af en welke daarvan den doorslag moeten geven beslist hij zoowel van het standpunt van hen, die bij de regeling het naast zijn betrokken, als van het algemeen belang. Bovendien overweegt hij of zijn oplossing zedelijk is te rechtvaardigen, immers of zij genoegzaam rekening houdt met de gangbare beginselen der moraal, de heerschende intuïtieve overtuiging omtrent hetgeen behoort te geschieden en hetgeen behoort te worden nagelaten. Met recht, dat als onrecht gevoeld wordt, zou hij zijn doel niet bereiken. En vandaar, dat de rechtswetenschap, die zich met rechtsvorming onledig

houdt, de wetenschap van het doelmatige genoemd kan worden.

Voorwaar een schoone, wanneer men rekening hield met de eeuwige beginselen der moraal — of bestaan die niet? — nog schoonere, maar moeilijke taak, die de wetgever heeft te vervullen en die, wanneer hij ze aldus vervult, hem voor veel teleurstelling zal behoeden. Jammer slechts, dat de wetgever zoo dikwijls „maling" heeft aan de „juristerij" en deze „wetenschap van het doelmatige" ter zijde laat liggen. Is deze gedachte ook bij Mr. Star Busmann opgekomen?

Ik geloof het niet, omdat deze — getuige ook zijn voorbeelden, dat de door hem geschetste methode van wetgeving inderdaad gevolgd wordt en die ontleend zijn aan het wetsontwerp tot herziening van het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel — wèl van den wetgever spreekt, maar feitelijk toch meer denkt aan den redacteur van een wetsontwerp dan aan de „wetgevende macht". Edoch een wetsontwerp is nog geen wet en wie daaraan twijfelt, leze slechts de bittere — m. i. niet altijd gerechtvaardigde — klacht waarmede de ambtsvoorganger van den hoogleeraar van zijne leerlingen afscheid nam.

Intusschen veel zou reeds gewonnen zijn, wanneer niet de „wetgever", want deze zal wel onverbeterlijk blijken, maar de maker, de redacteur van een wetsontwerp — hij zij Minister of niet — met de verdedigde methode wilde rekening houden. Gespaard zouden wij dan zijn voor „het al bijna berucht geworden voorschrift, waarin „de houder eener ongezegelde quitantie van zegelboete „wordt vrijgesteld, mits hij, binnen een maand na de ont„vangst daarvan, aangifte doet bij 's Rijks ambtenaar".

Hoe gemakkelijk had men eene zij het ook ietwat gecompliceerde, maar daarom toch niet minder afdoende rege-

ling kunnen treffen, wanneer men slechts gewild had (1).

Het grootste gedeelte van de rede is echter gewijd aan de taak van hem, die den algemeenen regel der wet heeft toe te passen op het bijzonder hem voorgelegd geval. Die taak is nu wel niet alleen aan den rechter opgelegd, maar toch aan hem in de eerste plaats, al was het alleen omdat men van dezen onderstelt en eischt, dat hij zijn taak zoo goed mogelijk en strikt onpartijdig zal vervullen, een eisch, dien men thans aan administratieve autoriteiten niet meer durft stellen. Wat hiervan zij, het is de rechter dien de hooggeleerde spreker steeds op het oog heeft. Hij moet, zoo leert hij, de wet uitleggen en dan natuurlijk niet tenere verba, maar naar de bedoeling van den wet-

(1) Dat men hem, die een ingevulde kwitantie, wetende of moetende weten, dat het stuk gezegeld moet zijn, in ontvangst neemt strafbaar stelt, schijnt op zich zelve nog niet in strijd met de moraliteit. En evenmin is verplichting tot aangifte van een strafbaar feit steeds afkeurenswaardig, men denke slechts aan art. 136 W. v. Sr. Het hatelijke van de voorschriften der Zegelwet is, dat men iemand aan wien een niet behoorlijk gezegeld stuk is afgegeven — wat zeer goed mogelijk is, zonder dat hij aan wien is afgegeven van die afgifte iets weet — dwingt, om zoodra hij het stuk ziet, naar «'s Rijks ambtenaar» te snellen om dezen gelegenheid te geven proces-verbaal op te maken. Al is hij in gelegenheid het niet behoorlijk-gezegelde stuk te laten vervangen door een, dat wel gezegeld is, hij is en blijft verplicht als delator op te treden, ofschoon in zulk een geval de fiscus niet de minste schade zou lijden. Hoe gemakkelijk had men dit kunnen voorkomen! Het is zeker opmerkelijk, niet, dat sedert het aftreden van den heer BERTLING als Minister van Financiën diens opvolgers telkens bepalingen voorstellen, die niet in overeenstemming zijn met hetgeen men tot dusverre juist en billijk achtte — zoo iets is in buitengewone omstandigheden soms onvermijdelijk — maar en dit is *nooit* te verdedigen, dat zij zich niet de moeite meer willen geven om na te gaan of het harde dat zij voorstellen zich niet laat vermijden zonder dat het bereiken van het gewenschte doel noemenswaard wordt bemoeilijkt.

gever vragen. Daarvoor zoekt hij dan licht bij de theoretische rechtswetenschap, die langs den weg der historie haar interpretatie-materiaal verzamelt. Daarmede is de man der practijk gereed, wanneer namelijk de uitkomst geen twijfel overlaat, dat de wetgever, toen hij den regel stelde, ook het oog heeft gehad op een geval als datgene, waarop toepassing van den regel wordt gevraagd. Die voorwaarde wordt echter menigmaal niet vervuld en dan behoort de uitlegger zich te bepalen tot een „non liquet".

De spreker zegt wel niet uitdrukkelijk, dat hij de nieuwe leer, die analogische wetstoepassing verwerpelijk acht, juist vindt, maar welgezind is hij de analogie toch niet. Bepaalden afkeer heeft hij tegen het argumentum a contrario, dat door iedereen „verfoeid", schoon door velen gebruikt wordt — zijn dit dan huichelaars? — en waardoor men den wetgever beslissingen opdringt, die deze zeker niet heeft genomen. Zou hij ze echter — dit mag men vragen — had hij aan het geval gedacht, ze per se niet genomen hebben?

Het is wat kras gezegd — de spreker is niet gemakkelijk voor hen, die het niet met hem eens zijn — en ook niet altijd juist. Gebruik van het argumentum a contrario enkel op grond van den tekst der wet en het „qui de uno dicit de altero negat" is zeker niet geoorloofd, maar is het argument zoo verwerpelijk, wanneer men uit anderen hoofde kan vaststellen, dat men te doen heeft met een uitzondering op den regel? Leidt voorts analogische wetstoepassing er toe, dat men den wetgever iets laat zeggen wat hij niet gewild heeft, of juister, want eene beslissing in een vraag die men zich niet gesteld heeft, heeft men ook niet gewild, die hij niet gewild zou hebben, had hij het geval voorzien?

Mij dunkt, dat voor de analogische wetstoepassing dikwerf — niet altijd — alle aanleiding is, wanneer men

kan aantoonen, dat het wetsvoorschrift, dat men op deze wijze wil toepassen, slechts de uiting is van een door den wetgever gehuldigd beginsel, al is dit ook niet ipsis verbis in de wet geformuleerd en al blijkt niet, dat de wetgever aan het geval heeft gedacht.

Mr. Star Busmann vestigt de aandacht op de bekende quaestie of de pandnemer van ter beurze op prolongatie gegeven effecten, welke later van diefstal afkomstig bleken, van den eigenaar, die de stukken opvorderde, betaling kan vragen der op de panden verstrekte gelden. De pandnemer beriep zich op art. 637 B. W. Zijn betoog vond echter bij den rechter geen instemming, o. a. op grond, dat in bedoeld artikel sprake is van iemand, die de zaak heeft gekocht niet van hem, die ze in pand heeft gekregen. Inderdaad, dit is het argumentum a contrario zonder meer en niet afdoende.

Maar stel nu eens, dat men kan aantoonen, dat de wetgever met het oog op de belangen van het verkeer revindicatie van roerende goederen van den bezitter — wel te onderscheiden van den houder — niet heeft veroorloofd — art. 2014 B. W. — maar op dien regel weder een uitzondering heeft toegelaten, waar het geldt gestolen voorwerpen, dés echter, dat hij ook hier weder, met het oog op het verkeer, toch wederom niet zóóver is willen gaan, of hij gaf den gedaagde-bezitter in sommige gevallen het recht de afgifte te weigeren, totdat hem de som, waarvoor hij de zaak had gekocht, was uitgekeerd; stel, men kon dit alles aantoonen, zou het dan zoo dwaas zijn den pandnemer gelijk te geven, ook al is een pandcrediteur geen kooper, de pandhouder geen bezitter en de effectenbeurs geen openbare markt in den eigenlijken zin, dien men aan deze begrippen moet hechten?

Mij dunkt, men zou in dit geval wel mogen aannemen, dat, had de wetgever dit geval voorzien, hij krach-

tens het beginsel, dat hem tot de door hem vastgestelde regeling der vindicatie van roerende goederen leidde, de pandnemer op dezelfde wijze zou hebben behandeld als de kooper. In zulk een geval behoeft de uitlegger nog niet een „non liquet" uit te spreken, tenzij men met deze woorden bedoelt te kennen te geven, dat het geval in de wet niet uitdrukkelijk geregeld is. Voor analogische wetstoepassing is dàn alle aanleiding, tenzij duidelijk mocht blijken, dat men daardoor tot zeer ongewenschte praktische resultaten kwam, derhalve dat de beslissing ondoelmatig zou zijn. Maar dit zal niet dikwijls het geval zijn, daar de grondbeginselen van ons B. W. — of juister van den Code Civil — meestal zeer rechtvaardig en juist zijn.

Enkel te letten op doelmatigheid is dunkt mij — hoe gewenscht het zij dit niet uit het oog te verliezen — gevaarlijk, omdat, welke scherpe eischen men ook stelt, hier voor subjectieve persoonlijke opvattingen steeds een ruim terrein open ligt.

Ik geloof, dat de Zwitsersche wetgever dan ook wel wist wat hij deed, toen hij zijn bekend art. 1 van het Zwitsersch Burgerlijk Wetboek vaststelde (1), want men vergist zich, vrees ik, schromelijk, wanneer men meent, dat door zeer veel aan des rechters vrije beslissing over te laten, men een goede rechtspraak bevordert. De Fransche parlementen schroomden niet om met de doelmatigheid, natuurlijk zooals zij die zagen, rekening te houden. Zou ooit de leer der trias politica zulk een aanhang

(1) Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährte Lehre und Ueberlieferung.

hebben kunnen erlangen, wanneer men met die rechtspraak tevreden was geweest?

Neen, de analogische wetsinterpretatie lijkt nog zoo kwaad niet en wanneer in de eerste helft der XIXe eeuw vooral de Fransche magistratuur met behulp daarvan ettelijke leemten in de wet heeft weten te overbruggen, dan vraag ik, of die methode, waardoor men toch steeds bleef in overeenstemming met den geest van den Code, zoo verkeerd was.

Hoe ouder een wet wordt — en hierop vestigt de hoogleeraar verder met klem de aandacht — des te meer nemen de leemten daarin toe, de gevallen worden hoe langer hoe talrijker, dat de toepasser der wet, die het recht moet vinden, aan zichzelf is overgelaten. Dan is het zeker gewenscht, dat hij op de doelmatigheid let en niet gaat doen aan valsche dogmatiek of wat men wel eens noemt „Begriffsjurisprudenz". Maar ik geloof niet, dat het aantal leemten zoo groot is als men het wel eens voorstelt. Wij kunnen met onze wet, mits men maar niet volgt de methode van Opzoomer, wiens invloed gelukkig vermindert, een heel eind komen.

Wanneer wij de wet maar eerst bevrijden van vele onjuiste dogma's, die men er in de laatste helft der XIXe eeuw heeft „hineininterpretiert", is men ook van de ongewenschte consequentiën, waartoe deze voeren, verlost.

Prof. Star Busmann heeft het echter niet alleen over de gevallen, waarin de wet min of meer klaarblijkelijk niet voorziet, maar wijst nog op een ander verschijnsel. De doelmatigheid van den rechtsregel is een uitvloeisel van belangenwaardeeringen van maatschappelijke en geestelijke drijfveeren van den verleden tijd. Maar het leven gaat zijn gang. De practische jurist is geroepen de bedoeling van den wetgever ten uitvoer te leggen op de levende werkelijkheid, hij moet rekening houden met

de eischen van het heden. Uit den aard der zaak is hij, wanneer hij voor de eischen der praktijk een open oog heeft, geneigd een rechtsvoorschrift ook met het oog dáárop uit te leggen. En nu ziet men een merkwaardig verschijnsel. Een overgeleverde beteekenis van een rechtsregel kan zich niet meer handhaven, maar wordt vervormd en bij het leven aangepast. Aldus ontwikkelt zich, in tegenstelling tot het wettenrecht, of men wil of niet, een juristenrecht. Als voorbeeld wordt dan gewezen op den wetsregel: „koop breekt geen huur". In oudere vonnissen wordt de beteekenis hiertoe beperkt, dat de kooper den huurder niet mag verdrijven, later heeft de rechtspraak zich meer en meer in dezen geest ontwikkeld, dat het geheele huurcontract, met al zijn rechten en verplichtingen, op den kooper overgaat en niet alleen op hem, maar op ieder aan wien de verhuurde zaak, onder welken titel ook, wordt toegekend.

Het voorbeeld is gelukkig gekozen; inderdaad heeft men hier te doen met een duidelijke ontwikkeling van het recht in eene richting, die door de eischen van het verkeer werd gevorderd, maar die zich tengevolge der omstandigheid, dat de ratio scripta, het Romeinsche recht, een ander systeem huldigde, niet zonder moeite heeft baan gebroken. Toch is dit kunnen geschieden zonder wetswijziging en zonder dat men in strijd kwam met de voorschriften der wet.

Zulke voorbeelden zijn er meerdere aan te voeren, gelukkig, en zij, die dikwerf onbarmhartig de bestaande wet veroordeelen en tranen — ik neem aan, dat het echte tranen zijn — plengen over het feit, dat de wetgever in gebreke blijft de door hen gesignaleerde gebreken te herstellen, mochten wel eens bedenken, of niet door eene andere wetsinterpretatie dan die, welke zij voorstaan, het door hen gesignaleerde euvel ware te onder-

vangen. Mr. STAR BUSMANN constateert de bestaande jurisprudentie dan ook met instemming, doch ik zou *niet* met hem willen aannemen, dat men hier te doen heeft met juristenrecht, dat buiten de wet een nieuwen regel geschapen heeft. De vraag, of hij hierin juist ziet, is niet van belang ontbloot met het oog op de houding, die de rechter tegenover de wet heeft aan te nemen.

Nu is het niet geraden eene bekentenis af te leggen waardoor men het verwijt uitlokt, dat men uiterst bekrompen is, ja wat in onzen tijd nog veel erger wordt geacht, blijken geeft van conservatisme, maar ik zal toch desniettemin bekennen, dat voor mij de vraag, of de Nederlandsche rechter aan de wet is gebonden, nimmer moeilijkheden heeft opgeleverd. Art. 11 der wet van 15 Mei 1829 (*Staatsblad* n°. 28) geeft een duidelijk antwoord: „De regter moet „volgens de wet regt spreken; hij mag in geen geval „de innerlijke waarde of billijkheid beoordeelen". Secundum legem dus, niet contra, ook niet praeter legem, maar secundum legem.

Edoch, wat verstaat men onder wet? Is dit de bedoeling, die de verschillende elementen, die te zamen den „wetgever" vormen, hebben gehad, toen zij de wet tot stand brachten en die men ijverig snuffelende in VOORDUIN, NOORDZIEK, SMIDT, BLES, en dergelijke meer nuttige dan amusante lectuur, kan vinden? Zoo denkt men er thans in de Tweede Kamer wel eens over en acht een „lid" den zin van een hem onduidelijk artikel van een wetsontwerp „vaststaande", wanneer de Minister, die het wetsontwerp heeft te verdedigen, of de voorzitter der commissie van rapporteurs zich slechts in den een of anderen zin heeft geuit.

Anderen gaan niet zóóver en al hechten zij aan hetgeen Ministers of leden der Kamer zeiden of schreven, geen gering gewicht, zoo gaat hun eerbied voor die

autoriteiten toch niet zoover, dat zij, ook waar de tekst der wet zulk een uitlegging niet toelaat, aannemen: quod Minister dixit legis habet vigorem.

Ik zou echter meenen, dat deze „anderen" het bij het rechte eind hebben. Verbindend is de wet, zooals zij luidt. Bij strijd tusschen wil en wilsverklaring wint ook hier het de *wilsverklaring*.

Ontegenzeggelijk is het voor den wetsuitlegger van belang te weten wat de parlementaire geschiedenis omtrent het tot stand komen der wet leert, is het gewenscht, dat men weet hoe ten tijde, dat de wet tot stand kwam, over de materie die zij regelde, de communis doctorum opinio was en of regeering en volksvertegenwoordiging die deelden — zoo zal men bij eene uitlegging der wet van 22 April 1855 (*Staatsblad* n°. 32) niet uit het oog mogen verliezen, dat toen ten tijde de bekende fictie-leer omtrent het wezen der rechtspersoonlijkheid bijkans algemeen werd gehuldigd — maar wanneer dit alles is nagegaan, dan volgt daaruit toch geenszins, dat geen andere wetstoepassing omtrent vragen, waarover de wet zich *niet* duidelijk uitlaat, geoorloofd zou zijn dan die, welke de personen, die de wet tot stand gebracht hebben, zouden volgen, wanneer men thans aan hen de vraag ter beslissing voorlegde.

Niet wat thans aan het bewind zijnde heeren, ook niet wat Ministers als MODDERMAN en VAN MAANEN of Kamerleden als REYPHINS, BARTHÉLÉMY, DAAM-FOCKEMA of DOTRENGE in onze wetten lezen en lazen, maar wat in de wet is geschreven is wet.

En nog in sterker mate geldt dit voor de resultaten, waartoe historische studie, speciaal van oud-Fransch recht en het Romeinsche recht, zooals dit in de eeuw van CUJACIUS of nog vroeger door glossatoren en commentatoren werd opgevat, ons brengen.

Waar ons recht op den Code Civil steunt en deze weder op POTHIER, is het zeker van belang om na te gaan, wat deze Orleansche hoogleeraar en magistraat leerde. Alleen, en hoe dikwijls wordt dit in de pleitzaal niet vergeten, POTHIER is nog niet onze wet. Een uitlegging is nog niet boven allen twijfel, omdat zij in overeenstemming is met POTHIER, al laat ook de tekst der wet eene andere interpretatie toe waardoor de belangen der praktijk veel meer gebaat worden. POTHIER zelf zou — ik ben er van overtuigd — wanneer hij nog leefde, niet anders oordeelen (1).

Begrijp ik nu den Utrechtschen hoogleeraar wel, dan

(1) Zij het vergund mijne bedoeling door een voorbeeld te verduidelijken. De meeste lezers zullen kennis hebben genomen van de interessante studie van Prof. VAN GOUDOEVER over de beteekenis van art. 1554 B. W. in het *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1914, blz. 274 en vlg. Daar vindt men een overzicht over de wordingsgeschiedenis van het artikel, dat zeker niet minder licht verspreidt dan hetgeen een normaal onderzoek aan een practicus, die geen tijd heeft voor diepgaande historische studiën, kan verschaffen. Welnu, na kennisneming dezer studie komt men tot de conclusie, dat de leer, die het meest in overeenstemming is met de letter der wet, dat namelijk de koop niet meer bestaat, wanneer de kooper niet binnen den gestelden tijd het verkochte heeft afgehaald en dat ook *hij* zich op die vernietiging mag beroepen zonder bezwaar kan worden verworpen. Dat men die leer zou gewild hebben blijkt uit niets. Volgt nu daaruit dat Mr. VAN GOUDOEVER'S oplossing de ware is? Al evenmin. Ook de leer dat men onder «waren» heeft te verstaan winkelwaren en onder meubelen meubelen in den gebruikelijken zin van het woord laat zich verdedigen. Noch de tekst der wet noch hetgeen uit de geschiedenis is gebleken verbiedt zulks. En wanneer men aanneemt, dat de kooper, die in gebreke is, van den verkooper kan eischen, dat hij zich uit of hij den koop nog als bestaande dan wel als vernietigd wil beschouwd zien, stelt men weder geen eisch dien de wet verbiedt te stellen. Misschien is desniettemin deze opvatting niet juist, maar dat zij met de wet in strijd zou zijn, juristenrecht zou wezen, contra in elk geval niet secundum legem, meen te mogen betwisten.

neemt hij het den rechter, die op deze wijze de wet toepast, niet kwalijk, dat hij aldus handelt, al glimlacht hij over de naiviteit van den man, die, aldus handelende, niet recht begrijpt, dat hij bezig is recht te scheppen.

Inderdaad, wanneer men het noodig acht, dat de practische jurist vooral op de doelmatigheid zijner beslissing moet letten, dan kan men kwalijk zulk een wetstoepassing afkeuren. Maar moet ook de beoefenaar der theoretische rechtswetenschap aldus handelen?

Van rechtsdogmatiek wil de heer STAR BUSMANN niet veel weten. Althans waar hij zegt, dat hij niets verwacht van een dogmatiek, die in naam der logica met verwaarloozing van de feiten hare leerstellingen doorvoert en constucties maakt alsof rechtswetenschap wiskunde ware, spreekt hij daarnaast niet van het nut eener dogmatiek, die *niet* in de gesignaleerde feiten vervalt. Meer gevoelt hij voor de rechtsgeschiedenis en wijst hij op het inderdaad menigmaal voorkomende feit, dat historisch onderzoek de onjuistheid aantoont van overgeleverde opvattingen en

---

Dikwijls wordt als contra legem gebrandmerkt, wat dit volstrekt niet is. Zoo is het zeker waar, dat volgens ons B. W. erfdienstbaarheden van weg, dreef of voetpad niet door verjaring kunnen worden verkregen. Volgt hieruit, dat ook de mogelijkheid van het ontstaan van het recht van buurweg door verjaring is uitgesloten? Is deze opvatting, die geen wetsartikel verbiedt en die in de praktijk verhindert, dat plotseling een geheele buurt of gehucht den aangewezen, sedert een halve eeuw steeds gebruikten, weg naar den straatweg verliest, zoo averechtsch? Dwingt art. 746 B. W., dat rechtstreeks niet van toepassing is, soms tot deze opvatting? Wanneer men ontkennend antwoordt «verbeeldt» men zich nog niet, dat men in overeenstemming is met het bepaalde bij art. 11 der wet van 15 Mei 1829 (*Staatsblad* no. 28), maar *is* men inderdaad daarmede niet in strijd. Althans, wanneer Mr. F. G. VAN BINSBERGEN op blz. 460 van Jaargang 1917 van het *Rechtsgeleerd Magazijn* den aldus oordeelenden rechter vraagt «quo vadimus?» — welk een smakelooze vraag — behoeft deze zich m. i. nog niet ongerust te maken.

steun verleent aan een slotsom waartoe men reeds door eigen rechtsvinding is gekomen. Inderdaad er is niets nieuws onder de zon.

Maar hoe de hoogleeraar zich eigenlijk de verhouding tusschen theoretische en praktische rechtswetenschap denkt is — ofschoon zijn rede anders volkomen helder is — mij niet recht duidelijk geworden. „Voor zooverre de „rechtswetenschap een theoretische strekking heeft, behoort „het tot hare taak, zoo scherp mogelijk de draagwijdte „van den wetsinhoud te bepalen. Daartoe stelt zij den „toepasser in staat het juiste oogenblik te treffen waarop „van toepassing der wet geen sprake meer kan zijn en „de rechtsvorming moet beginnen".

Eerlijk gezegd gevoel ik voor deze rechtswetenschap niet veel. Voorzeker, de hoogleeraar merkt op, dat wanneer de uitlegging der wet met de uiterste zorgvuldigheid geschiedt, de kans, dat de toepasser met haar in strijd komt, gering is en wanneer de resultaten der wetenschappelijke uitlegging redelijkerwijze kunnen worden aanvaard, de toepasser zijn gehoorzaamheid aan de wet moet toonen — mochten ettelijke als alleensprekende rechters thans zóó in eere zijnde kantonrechters dit maar inzien! — maar hoe juist dit alles ook zij, het is toch nog niet geheel duidelijk.

Wil de kundige interpretator van ons Burgerlijk Wetboek hiermede zeggen, dat de theoreticus met strikte onpartijdigheid heeft na te gaan wat men ten tijde, dat de wet tot stand kwam, daarmede bedoelde, dan heeft hij zeker gelijk. En niet minder gelijk heeft hij, wanneer hij voor dien theoretischen beoefenaar van de rechtswetenschap het recht vindiceert om in alle consequentiën na te gaan waartoe een aldus gevonden opvatting leidt. Wil hij echter daarmede zeggen, dat hiermede de taak van den wetenschappelijken wetsuitlegger is afgeloopen,

dat nu zich de wegen van theoreticus en practicus gaan scheiden, dan waag ik de bescheiden vraag of *dit* wel juist is. Ik zou meenen, dat ook de theoretische beoefenaar der rechtswetenschap zich heeft af te vragen of het resultaat, waartoe hij komt, wel praktisch bruikbaar, wel doelmatig is en zoo neen, dan mag, ja moet hij mijns inziens nagaan of niet een andere oplossing mogelijk is zonder dat men met de wet in strijd komt.

Blijkt dit *niet* mogelijk, dan moet m.i. de consequentie aanvaard en deze ondoelmatige en dus ongewenschte wetsuitlegging ook bij de toepassing der wet gevolgd. Dat Ministers van Justitie — en deze waarlijk niet alleen — daarover soms anders denken, kan men den hoogleeraar toegeven — zij kunnen ter hunner verontschuldiging zich *somtijds* beroepen op een noodtoestand —, maar dit doet toch weinig ter zake.

Die overtuigd is van CICERO's ook door den spreker geciteerde woorden „Legum idcirco omnes servi sumus, „ut liberi esse possimus" verandert nog niet van zienswijze, omdat men hem aantoont, dat er anderen zijn, die daarover anders denken.

De wegen van den wetenschappelijken en den praktischen beoefenaar der rechtswetenschap loopen, geloof ik, niet uiteen, doch naast elkander (1).

Er is echter een zaak, waarmede de aankondiger ook der meest interessante werken rekening heeft te houden . . .

(1) Dit wordt niet anders door een somtijds te constateeren feit, dat een voortreffelijk hoogleeraar nu nog niet de meest gewenschte magistraat is im Nebenambt. Tegen deze combinatie van ambten, thans zeer in eere, pleit, dat er m. i. bijna geen ambt is dat, opgevat gelijk het opgevat moet worden, nevens vastheid van overtuiging toch tevens zooveel bescheidenheid vordert als het rechterambt. Niet zoozeer zijn beslissingen doch de nare wijze waarop hij ze als reclame bezigde vormen m. i. een grief tegen «le bon juge». Nu bestaat bij

het geduld zijner lezers. Ik eindig dus en wensch de Utrechtsche rechtsgeleerde faculteit geluk met de uitnemende kracht, die zij zich heeft weten te verwerven, een kracht die ook buiten de universiteit veel nut kan stichten en dit nog in meerdere mate zal doen, wanneer mr. STAR BUSMANN ietwat meerdere welwillendheid zal willen toonen aan hen, die het niet met hem eens zijn. Dit is jammer, te meer omdat de Utrechtsche School, waartoe de hoogleeraar waarlijk niet alleen door zijn nieuwen werkkring behoort, op dit punt zich juist zoo gunstig heeft onderscheiden, Suaviter in modo fortiter in re. Het ware zeker te wenschen, wanneer de nieuwe docent ook op dit punt één lijn zou willen trekken met tegenwoordige en gewezen ambtgenooten.

December 1917. S.

---

den hoogleeraar-rechter — een Zwitsersch rechter-hoogleeraar heeft het mij eens bekend en wanneer men beide betrekkingen in de praktijk kent gelooft men hem — allicht eenige neiging als het ware ad oculos de juistheid van zijne elders verdedigde theorieën te demonstreeren. Daarbij raakt echter de strikte, onvoorwaardelijk vast te houden, onpartijdigheid wel eens in de klem. Edoch voegde mijn Zwitschersche zegsman hieraan toe «hier hebben wij verzoekingen van veel erger aard». Die soort — kiezervrees bijv. — bestaat bij ons nog niet. Maar wat brengt de toekomst?

Verslag van de buitengewone gemeenschappelijke vergadering van leden en genoodigden van den Nederlandschen Bond tot Kinderbescherming en den Centraalbond van Christelijk Philanthropische inrichtingen in Nederland, gehouden te *Utrecht* op 16 Juni 1917, ter bespreking van het onderwerp *Nazorg* (aftercare). Inleiders Mr. H. C. Dresselhuijs, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal en Ds. A. W. Voors, Directeur der Martha-Stichting te *Alphen aan den Rijn*.

Aan de redactie van *Themis* werd toegezonden nummer 17 van de mededeelingen van den Nederlandschen Bond tot Kinderbescherming, waarin het verslag der bovenbedoelde onder voorzitterschap van Jhr. Mr. A. J. Rethaan-Macaré gehouden vergadering werd opgenomen.

Vermoedelijk ter aankondiging en ofschoon in den regel verslagen van vergaderingen niet aangekondigd plegen te worden, kan toch ditmaal ter wille van het goede doel, dat men beoogde, een enkel woord aan de bijeenkomst worden gewijd.

Met „nazorg" bedoelt men die zorg, welke te besteden is aan oud-opvoedelingen, speciaal aan de misdadige en verwaarloosde jeugd, nadat de opvoeding hetzij in gestichten, hetzij onder toezicht bij particulieren is afgeloopen. Terecht stelde de eerste inleider, Mr. Dresselhuijs, voor om onder het begrip *niet* te brengen of juister ter vergadering niet te behandelen de nazorg voor psychisch minderwaardigen. Niet omdat deze zulk een zorg niet

zouden behoeven — zij veeleer, meer dan normale personen — maar omdat bij hen, juist om hun geestelijke abnormaliteit, geheel andere maatregelen noodig zijn.

Over de vraag nu wat men moet doen voor de normale oud-verpleegden, ook al is de band met de vereeniging, die hen verpleegde, verbroken, doordat de opvoeding geeindigd is, liepen de debatten, nadat eerst de inleiders hun advies hadden doen hooren.

Beide adviezen zijn de lezing waard. Vooral dat van Mr. DRESSELHUIJS bevat mededeelingen, ook omtrent hetgeen in het buitenland, speciaal in Engeland, geschiedt waarvan men met belangstelling zal kennis nemen.

Onwillekeurig denkt men, het lezende, aan een redevoering, waarmede een Minister een eerste bijeenkomst van eene staatscommissie pleegt te openen. Veelal zijn zulke redevoeringen banaal, niet *altijd* is dit echter het geval. Van banaliteit nu geeft hetgeen de heer D. zeide zeker geen blijken, integendeel men vindt er telkens opmerkingen, die er op wijzen, dat de spreker het onderwerp meester is en telkens wordt gewezen op bezwaren, die op eene goede oplossing wachten, maar welke die oplossing zal zijn, wordt niet gezegd. Van anderen aard was de inleiding van Ds. VOORS, in wien men dadelijk den man der praktijk herkent — niet, dat de andere inleider met de praktijk onbekend zou zijn, maar zijn praxis is eene andere, waar hij meer reeder is, is Ds. V. schipper — en opmerkelijk is het zeker, hoe hij er meermalen op wees, dat men de oud-verpleegden, die volwassen zijn, ook als volwassenen moet behandelen.

Inderdaad bestaat er een niet gering onderscheid tusschen ontslagen gevangenen, als het ware schipbreukelingen, zij het ook veelal door eigen schuld, en de personen, die men hier op het oog heeft en die voorzeker ook voor een deel schipbreuk hebben geleden, doch die

men door een zorgvuldige opvoeding voor den levensstrijd heeft willen harden. Vol zelfvertrouwen en prat op de eindelijk verkregen lang begeerde vrijheid, treden zij de maatschappij in om helaas maar al te dikwijls te toonen, dat wat als staal zich voordoet, dikwijls slechts geverfd riet is en dat zij, die met de beminnelijke bescheidenheid, velen paedagogen eigen, van opvoeding alles verwachten, allesbehalve gelijk hebben.

Niet alleen blijkt sommigen de strijd tegen verkeerde neigingen en verzoeking te moeilijk, ook zonder dat er een terugval in het kwade is, doet zich bij ettelijken het geval voor, dat goede raad en bijstand noodig is. Die bijstand zal soms zonder geldelijke hulp niet zijn te verleenen, maar in den regel zal „aftercare" — waartoe men niet moet brengen de zorg voor pupillen, die uit het gesticht ontslagen, bij particulieren ondergebracht, nog steeds onder toezicht der vereeniging staan, hier is veeleer de gewone „care" aanwezig — zooveel financieele offers niet vorderen. De hulp en bijstand, die hier noodig is, doet meer denken aan dien van een goeden voogd, die met den meerderjarig geworden pupil volstrekt niet alle betrekking afbreekt.

Tact is hier in zeer groote mate noodzakelijk, juist omdat men niet altijd kan wachten, totdat de gewezen pupil zich tot den oud-opvoeder wendt en anderzijds men zich van opdringen van hulp en vrijheidsbeperking, zelfs van geringen aard, b.v. bestaande in het bewaren van een spaarbankboekje, heeft te onthouden, tenzij met volkomen instemming van den betrokken persoon.

Of allen, die aan het debat deelnamen, waaronder er waren, die het betreurden, dat de minderjarigheid met het bereiken van den vollen ouderdom van 21 jaren ophoudt, dit hebben begrepen?

Een punt, waarop meer in het bijzonder de aandacht

viel, was de vraag aan wien men de „aftercare" meer in het bijzonder moest toevertrouwen. Ds. Voors meende, dat bij groote gestichten de directeur het te druk had en — generaliseerende uit iets wat zijn ervaring hem geleerd had, een fout, practici dikwerf eigen, en daarom vermoedelijk bij Amerikaansche schrijvers zoo hinderlijk op den voorgrond tredende — was daarom van oordeel, dat men die aan bijzondere beambten moest opdragen. Een der sprekers, Mr. De Graaf, sprak reeds van „speciale ambtena-„ren, die door eene goede salarieering op behoorlijk peil van „beschaving leven". Gelukkig dat hij sprak van *goede* salarieering — Ds. Voors wilde hun als ambtswoning een villa geven, met logeervertrekken voor oud-verpleegden — anders ware reeds een „bond tot lotsverbetering" voor deze ambtenaren in spe wenschelijk.

Naar het mij voorkomt — en gelukkig waren er ter vergadering practici, die zich in dien zin uitten — zal men, natuurlijk het geval uitgezonderd, dat de directeur of directrice het reeds te druk heeft — de hulp van eene secretaresse kan hier veel tijd doen besparen — de hier vereischte zorg liefst aan de bestuurders moeten opdragen, die dan gesteund worden door locale agenten en correspondenten, die voor den niet gemakkelijken arbeid gevoelen en er tijd en moeite voor over hebben. Het zal toch juist de directeur of directrice zijn, die den te helpen persoon het meeste vertrouwen inboezemt, hij zal op den gewezen verpleegde, juist misschien omdat hij niet dagelijks met het kind in aanraking kwam — zoodat dit de feilen, die ook hij als ieder mensch zal hebben, niet zag — den meesten invloed hebben. Meer dan een ambtenaar, die den gewezen pupil weder te *weinig* persoonlijk kent. Mr. De Graaf dacht hierover anders; de correspondenten die men, waar schriftelijke correspondentie met den oud-verpleegde niet altijd voldoende is, niet kan ontberen, zijn wel

brave lieden, maar zij hebben het met hun vak, hun gezin te druk om zich voor „aftercare" moeite te geven. Maar zijn dit de correspondenten, die men hebben moet? Men verlange van hen slechts serieuse diensten en men zal deze „honoraire" agenten spoedig zien aftreden. Dan is het zaak voor andere en betere te zorgen. Of zijn die niet te vinden en moet men dus wel tot „speciale ambtenaren" de toevlucht nemen?

Dat zonder deze op het gebied der philanthropie toch wel wat te bereiken is, bewijst het Leger des Heils. Daar — ten onrechte denkt men, dat de officieren daar allen geen particuliere betrekking nevens hun ambt in het Leger vervullen — vindt men ettelijke personen, die overdag hun beroepsarbeid verrichten, maar in hun vrijen tijd zich aan de goede zaak geven en voor wie geen moeite te veel is. Dit voorbeeld volge men na! Of beseft men reeds nu voor zulk een geven van zich zelf niet in staat te zijn? Inderdaad het is wel zoo gemakkelijk op het aanstellen van speciale ambtenaren uit staats-subsidie aan te dringen. Waar blijft dan echter de ware philanthrophie, die het brengen van offers in geld of arbeid vordert?

Intusschen dit is een detailvraag, die men en waar er zoovele andere daarnevens oprezen te *Utrecht* heeft laten rusten. Men voelde, dat men zoover nog niet was en bepaalde zich tot het aannemen van eene motie — zonder moties gaat het nu eenmaal in onzen tijd niet meer — waarbij de wenschelijkheid werd uitgesproken van de instelling eener commissie „tot het uitbrengen „van een rapport omtrent de wijze, waarop „aftercare" „hier te lande georganiseerd en zoo spoedig doenlijk in „uitgebreider kringen dan heden in werking kan worden „gebracht".

Of met dit commissoriaal maken der zaak veel gewonnen is?

Oppervlakkig gezien zou men ontkennend antwoorden. Men verkrijgt eerder een goeden oogst door met beleid zelf de hand aan den ploeg te slaan dan door het instellen van commissies om te overwegen hoe men ploegen moet. In dezen gedachtengang zou men meer verwachten van een bescheiden bijeenkomst van bestuurders van inrichtingen, waar men elkander zijne ervaringen mededeelt en daarover spreekt dan van meetingen als de hier gehoudene. Edoch, zoo oordeelende, let men toch niet voldoende op den tijd, waarin wij leven en dat met eene vergadering, als te *Utrecht* gehouden is, wèl en met eene bijeenkomst, als zooeven bedoeld, niet de belangstelling van het publiek wordt gewekt. In commissies als de hier bedoelde vinden ook werkelijk deskundigen soms wel plaats.

Ten slotte een enkele opmerking. Het is opmerkelijk, dat vele philantropische instellingen en vereenigingen het verkrijgen van subsidiën van den Staat langzamerhand als „het" ideaal gaan beschouwen. „Nourri par la „patrie, c'est le sort le plus beau, le plus digne d'envie". Ziet men het gevaar van deze politiek niet in? Men zou het bijkans vermoeden (1).

Toch gaat eene vereeniging, die meer en meer op staatssubsidies gaat drijven, vroeger of later te gronde. Althans wanneer zij op een confessioneel standpunt staat.

Niet alleen wordt de sympathie der geestverwanten minder, en komen woorden „words and words" in de plaats van contributieën en legaten, maar men verliest zijne zelfstandigheid. Langzamerhand, totdat men niet

(1) Volgens het maandelijksch overzicht van «Hoenderloo» waren van de in de maanden November/December 1917 aan die stichting toevertrouwde 320 verpleegden niet minder dan 149 «Regeeringskinderen».

meer kan toegeven en er dan een conflict ontstaat, waarbij de verzwakte vereeniging te gronde gaat.

Nu is zeker niet steeds het ontvangen van subsidie verwerpelijk. Wanneer de Staat, zoo hij de minderjarigen wier zorg op hem rust als het ware bij particuliere vereenigingen uitbesteedt, daarvoor aan deze iets betaalt, is dit volkomen rationeel. En rationeel is het evenzeer, dat de Staat in zulk een geval zekere contrôle op de opvoeding en verpleging wil uitoefenen en dat men aan dien billijken eisch van de zijde der vereeniging heeft te voldoen.

Maar iets anders is het te gaan drijven op staatssubsidie, en steeds maar door, als ware het een bedevaart naar Palestina in de XIIe eeuw, naar het Departement van Justitie te tijgen, om verhooging van subsidie te erlangen. Alsof niet een der redenen, waarom de Staat niet in eigen gestichten de minderjarigen verzorgt, maar die verzorging ten deele aan de particuliere liefdadigheid overlaat, gelegen is in de mindere kosten. Want men vergist zich zeer, wanneer men meent, dat men aan dat departement in den grond der zaak niet aan staatsopvoeding verre de voorkeur zou geven. En zoo die zienswijze thans wellicht niet de heerschende is, wie waarborgt, dat dit niet na eenige jaren aldus zal zijn?

Uit het particulier initiatief voortgekomen, moet de particuliere philanthropie haar kracht zoeken en vinden in den steun van particulieren. Kan het zijn, voornamelijk door contributies, al zijn ook legaten niet te versmaden. Voor een op zich zelf niet gewenscht groot bezit der doode hand is in onzen tijd, waar geven nu juist niet bijzonder populair is, voorloopig niet te vreezen.

Waar men nu hier te doen heeft met een nieuwen vorm, waarin de philanthropie zich kan openbaren — al is gelukkig hier te lande de „aftercare" niet zóó ver-

waarloosd als men het wel wil doen voorkomen — waar de offers, die voor dezen arbeid vereischt worden, financieel van minder beteekenis zijn, mits men persoonlijk wil arbeiden, daar past veeleer tegenover den Staat een „quidquid id est timeo Danaos et dona ferentes", dan een bedelende houding.

Merkwaardig was het, dat op de Utrechtsche bijeenkomst de Katholieke philanthropie bijkans geheel niet vertegenwoordigd was. Zou het zijn, omdat men begreep, dat men in de hier aangewezen, verkeerde, richting zou komen en dat alle waarschuwing daartegen toch geen instemming zou vinden? Zoo ja, dan is deze onthouding zoo bedenkelijk niet. Want anders is het nut van samenwerking, mits slechts ieders vrijheid in groote mate worde geëerbiedigd, moeilijk te betwisten.

Januari 1918. S.

THEMIS

LXXIXste deel — TWEEDE STUK

Ontvolking

DOOR

J. A. LEVY.

De teruggang der geboorten in Frankrijk en in Engeland heeft, schier gelijktijdig in beide landen, aanleiding gegeven tot voorstellen om wijziging te brengen in den rechtstoestand. Een eigenaardig licht wordt, door die voorstellen zelf, geworpen op ingewortelde begrippen en maatschappelijke toestanden.

In de Revue Politique et Parlementaire van 10 November 1917, bespreekt BERTHÉLEMY, hoogleeraar in de rechten te Parijs, een Verslag, over bedoeld onderwerp, uitgebracht door de Académie de Médicine.

Het geleerde lichaam was tot de slotsom gekomen, dat men, door geldelijken steun van staatswege, de geboorten bevorderen en langs dien weg het wekken van talrijke gezinnen aanwakkeren moest.

Dit denkbeeld noemt gemelde schrijver niet vatbaar

voor verwezenlijking. Het zou Frankrijk jaarlijks kosten den rentelast eener schuld van 2 milliarden francs.

Hijzelf verwijst naar twee oorzaken van het kwaad: maatregelen tegen zwangerschap en afdrijving.

De eerste acht hij alleen vatbaar voor bestrijding door zedelijke middelen. Zijne voorstellen echter om de tweede oorzaak tegen te gaan, zijn wel geschikt om de les in te scherpen: quid leges sine moribus?

Vooral niet minder dan onze strafwet, beschermt de Code Pénal den embryo.

Dat de vrouw, die afdrijving door een ander *doet* veroorzaken, strafbaar is, steunt, ten onzent, op een argument a fortiori. Art. 295 Strafwet spreekt alleen van *laat* veroorzaken.

Evenzoo bedreigt art. 317 Code Pénal, in gelijk geval, vrouw en hulp, met tuchthuisstraf, den arts met de galeien. Aldus, de wet. Hoezeer de fransche wet, in eene behoefte voorziet, leide men af uit de volgende mededeeling, „Pour progresser au lieu de décroître, il manque „à la France deux à trois cent mille naissances annuelles. „La multiplication des avortements volontaires supprime-„t-elle deux à trois cent mille embryons? — Nous sommes „malheureusement à même d'affirmer que ce chiffre est „de beaucoup dépassé!"

Zou men niet meenen, dat, waar een kwaad, op zoo groote schaal, om zich heen grijpt, waar de wet zich bevlijtigd heeft het te keeren, de repressie althans het hare gedaan zou hebben? Daarmede echter rekent men buiten den waard, in dit geval, de jury-rechtspraak. Juist de zwaardere straf, die de wetgever tegen afdrijving heeft bedreigd, het teeken, dat hij het misdrijf ernstig acht, brengt dit laatste onder het bereik der jury en deze prachtige uitwas der volkssouvereiniteit, dat wil zeggen, der aanmatiging van den dommen, grooten

hoop, krijgt daardoor gelegenheid zich te doen gelden.

Zou men wederom niet meenen, dat men de bijl gaat leggen aan den wortel en eens in ernstige overweging neemt, gelijk in Engeland geschiedt (1), of het niet tijd wordt, om een eind te maken aan den jury-roes?

---

(1) Ik doel hier op het officieel Verslag, in Engeland, uitgebracht, door eene Staatscommissie: Report of the Departemental Committee appointed to inquire into and report upon the law and practice with regard to the constitution, qualifications, selection, summoning &c. of juries (London. 1913). In dit uitvoerige en merkwaardige stuk, komt (§ 180, blz. 29) onder het hoofd: «de onpartijdigheidsvraag» de navolgende veelbeteekenende opmerking voor, welke ik vertaal, nu ten onzent, nu en dan, een welwillenden blik op leekerechtspraak wordt geworpen.

«Het zou onredelijk zijn te onderstellen, dat volstrekte onpartijdig«heid alloos verwacht kan worden, in een lichaam van 12 gewone «personen die geroepen worden, in een lokaal, om een jury te «vormen, maar wij hebben niet neiging om eenigszins uitvoerig ons «in te laten met deze netelige vraag van de voorkeur der jury's.

«Eenerzijds, kan men aanvoeren, dat het jury-stelsel zou niet, «gelijk het is, geworden zijn een zoo integreerend bestanddeel van «het engelsche rechtsstelsel, erkende men niet, dat over het geheel, «vertrouwd worden mag op de rechtmatigheid van de aldus ver«kregen beslissingen.

«Aan den anderen kant, zijn wij gedwongen aan te nemen, dat «heden ten dage, er gevallen zijn, waarin de uitspraken van een «jury niet algemeen vertrouwen inboezemen. Ons zijn, meer dan «eens, aanwijzingen onder de oogen gekomen, van een meening, dat «een jury vooroordeelen heeft tegen eene arbeidsorganisatie en tegen «personen, die eene andere politieke gezindheid dan de hare zijn «toegedaan, en hoezeer wij aanhalen kunnen rechtstreeks tegengestelde «gevoelens, afkomstig van alleszins bevoegden, beschouwen wij het «als een ernstige zaak, dat zoodanige vermoedens kunnen ontstaan.

«Het bestaan, in zekere standen, van dit wantrouwen is ongetwijfeld «een factor, waarmede behoorlijk rekening gehouden moet worden, «bij voorstellen van verbetering en hervorming. Tevens echter wenschen «wij onze meening te vermelden, dat een vooroordeel tegen de lagere

Het mocht wat! Ziehier, wat men gaat doen: On va „correctionnaliser l'avortement. La proposition en a été „faite depuis longtemps. Elle a été votée presque unani- „mement par le Sénat, en première lecture en 1913. — „Réduire la peine quand la gravité de la faute augmente! „Cela scandalise mon cher et très éminent collègue, le „professeur PINARD. Je lui réponds que ce qui effraie, „ce n'est pas ce qu'on écrit dans les codes, mais ce „qu'on met dans les arrêts. La répression n'existe plus „pour les avortées. Les avorteurs même ne sont frappés „que de peines insignifiantes. Les jurés n'ont de sévérité „que pour les crimes dont ils redoutent personnellement „la menace. L'avortement détruit le pays, mais n'atteint „pas ces douze „garde-nationaux de la magistrature". „Faisons de l'avortiment un délit. Les juges appliqueront „la loi avec la conscience qu'ils ont de défendre l'intérêt „public".

«klassen, zelden zoo ooit, zich openbaart en dat vrij menigwerf (not «infrequently) het vooroordeel den anderen kant uit is».

Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser, zei MONTESQIEU. Mij dunkt, die Commissie bracht het in practijk, door haar voorzichtigen, niets verzwijgenden en veel te verstaan gevenden toon. Onbetaalbaar echter is het slot, — alsof eene rechtspraak niet aan bedenking onderhevig is, indien zij, onverschillig welken kant uit, partijdig is. De karpers van LA FONTAINE — à quelle sauce voulez-vous être mangés? — komen hier voor den geest.

Men voege bij dit Verslag, uit onzen tijd, het getnigenis van MACARLAY (History of England IX, blz. 53 TAUCHNITZ): «In burger- «lijke zaken, vergeten de jury's te vaak dat hun plicht is den eischer «eene vergoeding te geven voor geleden nadeel, en indien het gedrag «van den verweerder hare verontwaardiging heeft gewekt en, men «weet, dat hij een groot fortuin heeft, treden zij op als een straf- «kamer, en onder den naam van schadevergoeding leggen zij een «groote boete op».

De partijdigheid der jury's dagteekent alzoo niet van gisteren noch beperkt zich tot cognitie over werkelijke strafgedingen.

De schrijver stelt daarbij voor, dat de vrouw, die den naam van „den deskundige" noemt, buiten vervolging behoort te blijven en dat, op dit punt, het artsgeheim opgeheven worden moet.

Frankrijk heeft, in en door zijne groote revolutie, aan de wereld eene nieuwe rechtssfeer geopend en genoeg weldaden bewezen, dat ook buitenlanders door deze feiten, treurig als zij zijn, smartelijk worden aangedaan.

Men is uit den weg gegaan voor de herhaaldelijk gebleken, bekrompen opvatting van personen, door middel der jury-instelling, machthebbers geworden, al zijn zij, op goed geluk of, van heinde en ver bijeengegaard. De volkswaan heeft van die instelling zich meester en haar tot zijn slippedraagster en slaafsche volgelinge gemaakt.

Blind voor een invretenden kanker, miste de instelling weerstandsvermogen om het mes in de wonde te zetten, en de waardigheid om als leidsvrouw en gids, der openbare meening fier en moedig het hoofd te bieden. Dat hier een overwegend landsbelang op het spel staat, kwam bij haar niet op. Zij strafte, als gold het een vergrijp dat, nu ja met geduld, maar glimlachend gehanteerd worden kan.

Hoe is het mogelijk, dat het fransche intellect, voor concrete vragen geplaatst, in den regel, klaar en logisch denkend van aard, — ce qui n'est pas clair, n'est pas français, — dit alles niet doorzag, maar zich behielp met een surrogaat, dat redres niet brengt, omdat het kwaad daardoor niet verholpen, maar in wezen gelaten wordt. Men schiet bres in de jury, maar houdt de jury in stand. Hoe is het mogelijk, dat men niet gevoelt, daarmede zich schuldig te maken aan eene protestatio actui contraria.

De lichtere straf zal de rechter uitspreken, zeker, maar

als lichtere straf. Volgt daaruit niet, voor den leek, het bewustzijn, dat de lichtere straf ook en onmiddellijk het vergrijp als lichter qualificeert, en wordt daaruit niet de waarschijnlijkheid, neen de zekerheid geboren, dat dit bewustzijn straks in daden, in de gewraakte daden, zich omzetten zal. Voorwaar het fransche voorbeeld is een droevige les voor allen, waar ook zij zich bevinden, die de magistratuur, met haar plichtbesef, vervangen willen zien, door de vooze, holle, onverantwoordelijke verdicten der leeke-rechtspraak.

Wij komen tot Engeland, met een opstel in „The Law Quarterly Review" van October 1917, getiteld: „Separation and divorce", en geteekend MALCOLM M'HWRAITH. Dit land ging door, als niet onderhevig aan ontvolking. Het blijkt eene dwaling. De geboorten zijn er achteruitgegaan van 1.163.506, in 1905, tot 1.101.551, in 1911, dat is een vermindering per 1000 van 26,9 tot 23,09. Deze achterstand heeft geleid tot een wetsontwerp om de bestaande scheiding van tafel en bed, na een tijdsverloop van *vijf jaren*, in echtscheiding te doen overgaan, welk ontwerp, door een groot aantal bekende personen, wordt gesteund. Een hunner deelt mede: „dat er thans meer „dan een millioen gescheiden personen, in Engeland, „leven, waarvan de meesten in prille jeugd, die nooit „zich hereenigen en verhinderd zijn te hertrouwen". Later, hebben de voorstanders een tijdvak van *drie jaren* voldoende geacht.

Het ontwerp luidt alsnu, dat na laatstgenoemd tijdvak, op verzoek van een der echtgenooten, de scheiding, in echtscheiding, wordt veranderd, mits den rechter blijke, dat gedurende den scheidingstijd, verzoening niet heeft plaats gegrepen. Hetzelfde geldt, indien bedoelde scheiding niet door den rechter is uitgesproken, maar met onderling goedvinden geschiedde.

Naar aanleiding van dit ontwerp, verwijst de schrijver van het zooeven genoemd opstel, naar hetgeen op dit punt, in Frankrijk, privaatrechtelijk geldt.

Art. 310 van den Code Civil van 1803 bepaalt, dat eene scheiding, uitgesproken op anderen grond dan het overspel der vrouw en drie jaren geduurd hebbende, kan, op verzoek van den oorspronkelijken verweerder, door de rechtbank, veranderd worden in echtscheiding, tenzij de oorspronkelijke eischer er in toestemt, dat de scheiding ophoude.

Na de restauratie der BOURBONS, werd, in 1816, echtscheiding, als republikeinsch en goddeloos, afgeschaft doch heringevoerd, bij de wet-NAQUET, van 27 Juli 1884. Genoemd artikel luidt thans: Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux.

Dit voorschrift was het gevolg van een compromis, tusschen Senaat en Huis van Afgevaardigden, in zoover de uitzondering van de schuldige vrouw was vervallen. Tot 1908, duurde deze rechtstoestand, zeer tegen den zin dergenen, wie de gestadige achteruitgang der geboorten verontrustte.

Na eene vroegere poging, die op den tegenstand van den Senaat afstuitte, werd, in 1606, de zaak opnieuw ter sprake gebracht, door een voorstel van VIOLETTE. De rechter zou, nadat een scheiding drie jaren heeft aangehouden, op verzoek van een der echtgenooten, haar moeten veranderen in echtscheiding.

Over dit, later wet geworden beginsel, liep de gedachtenwisseling, in de Kamer.

Twee richtingen deden, daarbij, zich gelden:

„De voorstanders van verplichte omzetting der scheiding „in echtscheiding voerden aan, dat scheiding nooit meer „zijn kon, dan een tijdelijk hulpmiddel, hetwelk, voor

„onbepaalden tijd te verlengen, onredelijk ware tegen-
„over de partij, welke de kluisters van het huwelijk,
„immers reeds zoozeer geslaakt, voorgoed wenscht te
„verbreken. Wijders, beweerden zij, dat de facultatieve
„bevoegdheid, door de bestaande wet, den rechter gelaten,
„in de practijk, geleid had tot de meest willekeurige en
„wispelturige beslissingen, uitvloeisel van vooroordeelen
„en opvattingen, persoonlijk van rechters, welke, voor
„gehuwden, velerlei ellende en onrechtvaardigheid ten
„gevolge hadden gehad".

Zij, die het bestaande behouden wilden zien, hielden eene bewijsvoering, welke als volgt kan worden samengevat:

„1. Verplichte huwelijksontbinding, gelijkstaande met
„echtscheiding na een bepaald proeftijdvak, zou de
„familiebanden ernstig losser maken, de heiligheid van
„het huwelijk verminderen en een schrede voorwaarts
„zijn op het pad der vrije liefde (l'union libre).

„2. Scheiding was ingesteld, door den wetgever, ten
„einde het geweten gerust te stellen van katholieken,
„wier gezindheid echtscheiding niet toelaat. Voert men
„verplichte omzetting in, dan zou de katholieke echt-
„genoot gedwongen zijn eene echtscheiding te ondergaan,
„met zijn of haar geweten in strijd, zoodra de andere
„partij het vraagt, zonder eenige beschermende toevlucht,
„in den vorm van rechterlijke tusschenkomst, gelijk tot
„dusver plaats greep.

„3. De facultatieve bevoegdheid des rechters, waarover
„men zoozeer klaagde, was eenvoudig het uitvloeisel van
„de verschillende gevallen, aan zijn oordeel onderworpen
„en het Hof van Cassatie had vaak verkondigd, niet
„enkel de oppermacht der rechtbanken om de feiten te
„beoordeelen, maar tevens het oordeelkundige onder-
„scheidingsvermogen en de onpartijdigheid, waarmede
„zij die taak vervulden.

„4. Het belang der kinderen zou in hooge mate worden „tekort gedaan, door zoodanige algemeenmaking der echt- „scheiding als men thans voorstelde, hetgeen afbreuk „doen zou aan de welvaart der maatschappij, als zoodanig."

Beantwoord werden deze bewijsgronden als volgt:

„1. De vergemakkelijking der echtscheiding heeft geens- „zins de strekking tot vrije liefde noodzakelijk te leiden. „Integendeel, van scheiding, voor onbepaalden tijd, is het „veel waarschijnlijker, dat zij deze slotsom teweeg- „brengt. Gemeenlijk, leidt echtscheiding tot een tweede „huwelijk en stelt aldus in staat valsche toestanden tot „regelmaat te brengen, nieuwe gezinnen te vormen en „geboorten te doen toenemen, hetgeen wellicht uit een „volks- en vaderlandlievend oogpunt, de belangrijkste „van alle gronden is.

„2. De katholieke echtgenoot wordt, door de voorge- „stelde verandering, niet gekwetst, naardien, zelfs onder „de bestaande wet, de rechtbank volkomen vrij is, aan „de wederpartij eene echtscheiding toe te staan, indien „daartoe termen zijn, zoodat hetzelfde gevolg intreden „kan. Bovendien, is de katholieke echtgenoot niet ver- „plicht te hertrouwen, bijaldien hij het niet wenscht, „mitsdien wordt zijn of haar geweten geweld niet aan- „gedaan, indien hij of zij den huwelijksband alsnog „onverbroken mocht achten.

„3. De tegenwoordige toestand leidt tot betreurens- „waarde ongelijkheden, in practisch gelijke omstandig- „heden — de eene partij slaagt er in hulp van de ge- „rechten te krijgen, de andere, in gelijke stelling, blijft „voortdurend gebonden.

„4. Wat het belang der kinderen aangaat, is het in „geen enkel opzicht zeker, dat dit beter gediend is, door „het handhaven der scheidingen, dan door het toestaan „van echtscheiding. Hetgeen kinderen aandoet is de

„tweespalt hunner ouders, en het deert hen weinig, of „zoodanige tweespalt de eene of de andere wettelijke „benaming draagt. In zoodanige toestanden is, jammer „genoeg, vaak ongeluk voor kinderen onontwijkbaar. In „allen gevalle echter, heeft de vergemakkelijking der echt-„scheiding de strekking het belang te beschermen van „andere kinderen, — die welke geboren worden uit on-„regelmatige samenlevingen, rechtstreeksche uitvloeisels „van gedwongen en blijvende wettelijke scheiding".

Het ontwerp werd aangenomen met 379 tegen 169 stemmen. In den Senaat, was er aanvankelijk, ondanks de verdediging van het ontwerp, door BRIAND, den toenmaligen Minister van Justitie, vrij wat tegenstand en trachtte men, door allerlei amendeering, het beginsel te verwateren. Ten slotte echter, week ook dit lichaam voor den drang der openbare meening, onmiskenbaar gunstig jegens het ontwerp gezind, en werd het aangenomen met 184 stemmen tegen 82.

De wet luidt thans: Indien de scheiding drie jaren geduurd heeft, moet het vonnis, van rechtswege worden omgezet in een vonnis van echtscheiding, op de aanvrage van eene der beide partijen.

Het verschil tusschen het engelsche voorstel en de fransche wet is alleen, dat de laatste niet, gelijk het eerste, gewag maakt van eene uitzondering op den regel, bij gebleken gemeenschap tusschentijds. Dit geval, zoo zegt de schrijver terecht, zal wel zoo zeldzaam zijn, dat het, wettelijk, vernalatigd worden mag. Lex statuit de eo quod plerumque fit.

Ten onzent, maakt art. 256 B. W. het mogelijk, dat de luim of de wrevel van een echtgenoot het gansche instituut der scheiding illusoir maakt, zoodat hertrouwen, levenslang, voor den ander onmogelijk wordt. Ook al laat men de oorzaken, die in Frankrijk en in Engeland

tot veranderden rechtstoestand hebben geleid, buiten beschouwing, het wetsvoorschrift zelf mist zoozeer iederen redelijken grond, dat men het onverdedigbaar noemen kan. Laat, in de scheiding, door beide echtgenooten zijn toegestemd, laat zij, ondanks verweer, door den rechter zijn uitgesproken. In beide gevallen, is het onduldbaar, dat ééne partij, der andere tegemoet voeren kan: sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas. Het huwelijk is door beider erkenning, of 's rechters uitspraak, gebleken, *a failure* te zijn. Aan dit feit heeft zich te onderwerpen, ook die partij, welke daarvan betere verwachtingen had. Haar de bevoegdheid te geven, de andere met isolement te bedreigen, of wel te dwingen om opnieuw het huwelijksjuk — zooeven afgeworpen, thans wederom — te torsen, is ijdele wispelturigheid of verwerpelijke eigenrichting.

Dat ons vaderland, op dit punt, nog steeds in dergelijken rechtstoestand verkeert, ligt waarlijk niet aan de Staatscommissie. Reeds in de tachtiger jaren, heeft zij voorgesteld (art. 293) den tijdsduur der scheiding te brengen op één jaar, alvorens echtscheiding gevraagd worden kan, alsmede het rechtsgevolg der scheiding in dezer voege te regelen, dat, heeft zij twee jaren geduurd, ieder echtgenoot herneming der samenwoning van den ander vragen en, wordt deze geweigerd, echtscheiding eischen kan (art. 264).

Is het niet bedroevend, dat het werk der Staatscommissie, waaraan zooveel zorg is besteed, gedoemd schijnt om ad calendas graecas in de archieven van het departement van Justitie te worden opgeborgen? Niet slechts, zijn wij niet verlost van eene wetgeving, die elken houdbaren grond mist, maar thans hebben wij ons tevens de vernedering te getroosten, dat Engeland ons overvleugelt, terwijl wij prior in tempore zijn, doch pejor in jura blijven.

Over onze achterlijkheid in wetgeving heeft reeds OPZOOMER geklaagd. Het schijnt echter, dat men, hoe langer zoo meer, dit feit als onverschillig aanziet en met zekere berusting als onveranderlijk gaat beschouwen. Ja zelfs krijgt het den dunk, alsof het wraken dier achterlijkheid het gevoel wekt als uitte men een gemeenplaats. Zoo schrijft Mr. FREDERIKS (*Themis* 1917, blz. 391): „(Heil verwachten van den wetgever) is voor de naaste „toekomst althans feitelijk in ons land de minst belang-„rijke (richting) zoowel in den vorm van een gedeelte-„lijke als in dien van een geheele herziening. Zij zal „verder buiten beschouwing blijven". Klinkt het niet als het opschrift op een grafsteen?

Het een en het ander is in hooge mate bedenkelijk. Wanneer de historische school, volkomen juist, leert: Recht gelijk Taal, gelijk Kunst in een der zijden van het volksleven, dan volgt daaruit rechtstreeks en onmiddellijk, dat stagnatie in de rechtsvoortbrenging niets meer of minder beteekent, dan verlamming van volkskracht.

Men stelle zich voor, dat ons land b.v. op eene internationale tentoonstelling van schilderkunst gedwongen ware afwezig te blijven, bij gebreke eener vaderlandsche schilderschool. De alsdan tastbare leemte zou allerwege gevoeld, en begrepen zou 't worden, dat Nederland, op aesthetisch gebied, den eens met zooveel roem ingenomen rang had verloren.

Niet anders staat de zaak voor wetgeving, nu ons land de eer heeft op te houden zijner eens zoo aanzienlijke, elegante juristenschool. Ook hier, is het braakliggen der wettelijke rechtsontwikkeling tastbaar, in de eerste plaats, voor de rechtsbedeeling, maar ook, voor ieder, die weet, dat alle stilstand op geestelijk gebied, voor individu gelijk voor volk, met achteruitgang gelijk staat.

Het engelsche voorbeeld zelf toont, dat ons vaderland

recht heeft op den lof, niet enkel van prioriteit, maar tevens op dien van deugdelijker rechtsopvatting.

Scheiding, automatisch, in echtscheiding om te zetten, gelijk het engelsche ontwerp wil, is den knoop doorhakken, niet, hem ontwarren. De dagelijksche ervaring leert, dat scheiding niet behoeft te verwijzen naar een onheelbare breuk. Zij kan het gevolg zijn eener voorbijgaande opwelling, van minnenijd, van gekwetste eigenliefde, ja, van eene der aandoeningen, die op impulsieve, prikkelbare of opbruisende personen een invloed krijgen, buiten alle verhouding tot hare wezenlijke of blijvende beteekenis.

Alsdan, is het zaak, dat de gesloten deur niet gegrendeld worde, dat niet enkel tijdsruimte worde gelaten om tot bezinning te komen, — dit geschiedt bij elke scheiding — maar dat een concreet aanzoek gedaan wordt, waarop een concreet bescheid volgen moet. Daarmede wordt alsnog, door de vragende partij, niet zoozeer een poging gedaan om op het verleden terug te komen, als wel, der wederpartij voorgelegd het kortelijk saamgevat belang harer beslissing, welke, van nu af, dubbelzinnigheid niet gedoogt en onherroepelijk wordt.

Het is als had de Staatscommissie het voorbeeld der stipulatie willen volgen. Met deze, zijn wij te Rome op het uitgestrekte en woelige forum van den bloeitijd der republiek, dienstbaar aan allerlei: verkeer en rechtspraak, welsprekendheid en gymnastiek, volksbelang en volksspelen. Twee personen onderhandelen daar over een koop. Her en derwaarts gaat het loven en bieden, neemt velerlei wendingen aan, komt der beslissing nabij, verwijdert zich straks van haar. Daar klinkt het *spondesne*? Het is een slagboom, waardoor alle ontwijken afgesloten wordt. Zoo is het vermaan der Staatscommissie: samenwoning of echtscheiding.

Moet waarlijk de achterlijkheid onzer wetgeving worden

aanvaard als een onontwijkbaar noodlot? Het wil mij voorkomen, dat wie aldus denkt of spreekt, er toe bijdraagt.

Wij zagen, dat èn in Frankrijk op geheel verkeerde, èn in Engeland op min juiste wijze, gepoogd wordt verbetering aan te brengen, nu de ontvolking, door den oorlog, verontrustend wordt.

Laatstgemelden geesel aan ons land te besparen, heeft tot dusver den Algoede behaagd. Ter beoordeeling van de vraag, in hoeverre, ook ten onzent, de geboorten achteruitgaan, staan mij gegevens niet ten dienste. Zeker echter is, dat hoe dit laatste zij, art. 256 B. W. èn op zich zelf afkeurenswaard is èn als redres dienst doen kan.

Is er meer noodig dan een kloek ministerieel besluit om der Volksvertegenwoordiging de wijziging, door de Staatscommissie aanbevolen, voor te leggen, — eene wijziging, die uiteraard weinig omvangrijk is, omdat zij aan bestaande wetsvoorschriften zich aansluitend, deze doelmatig en doeltreffend maakt?

Bezwaren van kerkelijken aard? Wanneer men met de scheiding, in beginsel, of genoegen nam, of daarbij zich neerlegde, schijnt tegen den modus quo der regeling van de scheidingsgevolgen ernstig bezwaar kwalijk denkbaar. Vooral, daar in het wettelijk gebod der aanvrage tot samenwoning gelegen is de rechtmatige erkenning, zeker niet van het huwelijk als sacrament, maar van de opvatting van het gezinsleven, als een der grondslagen onzer maatschappij.

Wat mij aanleiding geeft tot den voorschreven wensch, is niet enkel tot voorbeeld van het buitenland. Daarbij komt, in afzienbaren tijd, de vrees van bestendiging van een hoogst onredelijk wetsvoorschrift.

De grondwetsherziening zal ons eene Kamer brengen, die het uitvloeisel is van evenredige vertegenwoordiging. Zal zoodanige Kamer geneigd en bereid zijn hare aan-

dacht te wijden aan privaatrechtelijke vragen, hoe gewichtig ook, door haren algemeen maatschappelijken invloed? Hoe meer het kiesrecht geparcelleerd, hoe meer daarbij gelet wordt op meeningsverschillen en meeningsnuanceeringen, in den boezem der natie, des te meer verkrijgt men eene Vertegenwoordiging, die *en raccourir* de volksoneffenbeden niet verkleind, maar vergroot vertoont.

Iedere volksgroep meent haar uil een valk te zijn, en wat meer zegt, wil dien gewaanden valk als edel dier behandeld zien. Of regeerkunst dit kwaad, aan evenredige vertegenwoordiging inhaerent, te boven komen zal; — of het staatsmansbeleid gelukken zal, vragen stellende aan de rechtssfeer ontleend, de Vertegenwoordiging te stuwen in breede, het algemeen volksbelang rakende richting, is minst genomen twijfelachtig.

Zeker schijnt, dat groepeering van minderheden een goed deel van de regeeringsaandacht vergen zal, hetgeen zeggen wil, dat taktiek de plaats van beter inzicht, zooal niet geheel innemen, dan toch aanmerkelijk verkleinen zal. Daarentegen mag worden verwacht, dat eene Kamer, die grondwetsherziening tot stand bracht, in de gelegenheid gesteld zijnde èn 's lands belang te behartigen èn hulde te brengen aan de Staatscommissie, door overneming van een enkel, maar onder de bestaande omstandigheden uiterst gewichtig voorschrift, tot het een zoowel als het ander zich bereid verklaren zal.

Amsterdam, December 1917.

Opmerkingen over de Huurcommissiewet

DOOR

Mr. J. C. FREDERIKS,

Lid der Huurcommissie te Deventer.

II.

C. Het begrip woning (1) volgens de Huurcommissiewet.

Nu van alles en nog wat als woning in gebruik wordt genomen, komt men er vanzelf toe zich af te vragen, wat is een woning.

Voor de oplossing van de vraag grijpt men natuurlijk vol moed naar de Woningwet, maar men wordt er wel eenigszins teleurgesteld. Want, terwijl art. 1 Woningwet ten minste nog alleen spreekt van woningen, verschijnen in art. 3 ten tooneele woningen, gebouwen of gedeelten van gebouwen als woning in gebruik te nemen; en tot overmaat van ramp paradeeren dan in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer nog „getimmerten" waarbij het onderscheid tusschen gebouwen en getimmerten „aan de practijk" wordt overgelaten, wat euphemistisch

(1) *Naschrift.* De Huurcommissiewet is slechts van toepassing, indien de woning het hoofddeel van het verhuurd complex is. M. v T. Huuropzeggingswet en art. 5 Huuropzeggingswet (13 *a* Huurcommissiewet later ingevoegd): onder woning verstaat deze wet ieder perceel met één of meer woonvertrekken, zoomede ieder als woning ingericht gedeelte van een perceel, dat afzonderlijk wordt verhuurd (al. 2) met uitzondering in al. 3.

wil zeggen, dat de heeren geen onderscheidend kenteeken wisten.

Ook plaatselijke bouwverordeningen laten, gewoonlijk na ellenlange raadsdiscussies, maar veel aan de practijk over.

Ook de wet op de personeele belasting helpt ons niet uit den nood, daar zij slechts kent perceelen en perceelsgedeelten.

Toch leert dit gesnuffel wel iets, n.l. dat een woning niet synoniem is met huis. Iets, wat wij geneigd zijn te vergeten, omdat in kleinere steden wij nog weinig aan den lijve ervaren hebben, hoe maar betrekkelijk waar is in huurkazernes en etagewoningen, dat my home is my castle.

Daar wij langs dezen weg niet verder komen, willen wij den gegeven raad opvolgen, en ons tot de practijk wenden. Nemen wij allereerst de practijk van het spraakgebruik. Zij blijkt als zoo vaak zeer grillig en onbetrouwbaar (1). Terwijl de juffrouw op Kattenburg drie hoog, die daar twee kamers heeft, waarop zij leeft, eet, drinkt en slaapt, deze twee kamers wel als een woning beschouwt, doet dit niet de heer, die op de Keizersgracht twee kamers heeft, met of zonder pension, al dan niet voorzien van eigen meubels. Hij vertelt zijn vrienden, dat hij kamers heeft gehuurd, maakt zich eenigszins belachelijk, als hij zou vertellen, dat hij een woning heeft gehuurd op de Keizersgracht.

Zou men uit deze tegenstelling geneigd zijn het criterium te zoeken bij het in de IJsselsteden voor het grootburgerschap welbekende „eigen vuur en licht branden", dan komt men er toch ook weer niet. Immers, zoodra deze

(1) Ph. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, blz. 250 v. Die Laienauffassung.

heer een geheel huis heeft, met huisbewaarders in het huisje er naast, dan spreekt hij weer wel van zijn woning, ook al brandt hij geen „eigen vuur", omdat hij dagelijks in een restaurant gaat dineeren.

Gaan wij nu bij de rechtspractijk zoeken, dan vinden wij in een arrest van den Hoogen Raad van 19 Februari 1912, *W.* 9304 (1) een definitie, die ons op den goeden weg helpt.

In het genoemd arrest lezen wij:

„Onder woning is te verstaan het vertrek, of voor zoover er meer zijn, het als geheel gedacht complex van vertrekken, bestemd om afzonderlijk tot huisvesting te worden ingericht".

Deze definitie zou men vrijwel onveranderd kunnen aanvaarden, ware het niet, dat onder invloed van den woningnood allerlei eenigszins beschutte ruimtes tot woning worden bevorderd. Ruimtes die men in het algemeen niet met den naam van vertrek zal bestempelen (2).

Ook het „bestemd om afzonderlijk tot huisvesting te worden ingericht", bevredigt mij niet geheel. Ik zou daarvoor liever willen lezen: „bestemd om een afzonderlijk centrum van huisvesting te vormen". Dit met het oog op het geval, dat de woningen (kamers) een gemeenschappelijken zolder hebben, of een gemeenschappelijke keuken (pensionovereenkomst).

Zoodat ik de definitie van den Hoogen Raad s. r. althans met het oog op de Huurcommissiewet zou willen lezen:

(1) Zie ook in de conclusie van den advocaat-generaal LEDEBOER het onderscheid tusschen «tot woning in gebruik nemen» en «ter bewoning gebruiken».

(2) Ik denk hierbij aan zolders, aan meerdere in de buurt van Deventer gelegen koepels, in den trant van, maar vaak veel kleiner, den bekenden koepel uit de Camera Obscura in «Hoe warm het was, en hoe ver», enz. enz.

„Onder woning is te verstaan de ruimte of zoo er meer zijn „het als geheel gedacht complex van ruimtes, bestemd (1) „om een afzonderlijk centrum van huisvesting te vormen."

Met deze definitie als uitgangspunt heeft men, naar ik geloof, een systeem om alle contracten, ook de samengestelde van art. 22 Algemeene maatregel van bestuur, die ten doel hebben zich een woongelegenheid te verschaffen, te vangen (2).

De in een noot op blz. 164 genoemde koepel was dus geen woning, omdat zij niet bestemd was tot huisvesting. Zoodra zij die bestemming kreeg, werd hij een woning.

Het buitenverblijf (-huis, -plaats), alleen des zomers bewoond, blijft een woning, omdat zij is, zij het dan ook tijdelijk, een centrum van huisvesting. De verhuurde (gemeubileerde) kamers vallen onder de wet. Evenzeer de pensionovereenkomst. Echter geniet de kostganger als regel niet de bescherming der wet, omdat hier gewoonlijk geen afzonderlijk centrum van huisvesting aan te wijzen is.

Met het oog op dit laatste geval waar de prijsopdrijving ook niet onbekend is, zou men geneigd zijn naar een nog ruimer definitie (3) te zoeken, die ik echter niet weet te vinden, tenzij men genoegen zou willen nemen met de volgende:

„Onder woning is te verstaan iedere gelegenheid tot „huisvesting".

Maar dan zou bijv. ook de hotelovereenkomst onder

(1) Bestemd, zoowel in subjectieven als in objectieven zin. Zie Mr. B. de Jong van Beek en Donk, Praktijk der Woningwet, blz. 92 en de noot aldaar.

(2) Zie artt. 1 en 2 Huurcommissiewet een vergoeding, onder welken naam of vorm.

(3) Hoewel het ongetwijfeld gewenscht is, dat de definitie ruim is, wil ik hier toch niet onopgemerkt laten, dat in Deventer weinig gevallen bekend zijn geworden, die de bepaalde noodzakelijkheid der wet aantoonen. Misschien werkt zij echter preventief.

de wet gaan vallen, wat wel niet de bedoeling is, zoodat deze definitie niet als juist aanvaard kan worden (1).

D. De beteekenis van den termijn van een maand in art. 2 Huurcommissiewet.

Toen ik las, dat de Amsterdamsche huurcommissie bekend gemaakt had, dat zij ook na verloop van een maand na de instelling der huurcommissie de verzoeken ex art. 2 Huurcommissiewet nog in ontvangst nam, toen dacht ik: „De Amsterdamsche juristen zijn zeker overstemd, althans onder de suggestie, geraakt van het leekenelement in de huurcommissie".

Leeken zullen wel altijd weinig voelen voor het belang van termijnen, en zeker Hollandsche leeken met hun bekend weinige neiging tot „Korrektheit". En ik wil gaarne hier verklaren, dat „niets des leeken mij vreemd is".

Echter is deze kwestie een der punten geweest, waaraan mij in de huurcommissie eenigszins duidelijk is geworden, wat de beteekenis is van „juridisch denken", iets wat tot dusver mij nooit duidelijk was geweest. Ik ben n.l. ook een oogenblik bezweken voor den aandrang om het met dien termijn niet zoo ernstig te nemen, maar tenslotte heb ik mij bedacht, en is het mij gelukt ook mijn medeleden te overtuigen.

Dit resultaat heb ik, naar ik geloof, bereikt door wat ik mijn leekenargument noem, niet door mijn juridisch betoog.

Wat was dit leekenargument? Het was de nuchtere vraag: Indien gij den termijn verlengen wilt, hoelang, een, twee of drie maanden of nog langer zullen wij deze verzoeken in ontvangst nemen? Dat sloeg in, dat werd

(1) De waardeering der bestanddeelen in dergelijke samengestelde overeenkomsten is veelal practisch ondoenlijk.

als bezwaar gevoeld, veel meer dan mijn juridisch argument.

En welk was dat? Art. 8 Huurcommissiewet. Dit artikel geeft m. i. aan de huurders ongetwijfeld (1) een recht, dat na verloop van den termijn ex art. 2 Huurcommissiewet kan worden uitgeoefend. Een recht, waarvan de omvang, en de wijze van uitoefening zoo dubieus is, dat het zeer twijfelachtig is, of de huurders er veel aan zullen hebben, maar dan toch in ieder geval een recht.

En dat recht van den huurder, wordt door de Amsterdamsche huurcommissie, wanneer zij consequent is, op zij gezet (2). Consequent zijnde, zal zij toch den huurder, die na verloop van een maand na de instelling der huurcommissie daar komt informeeren (3) of de verhuurder een verzoek heeft ingediend, moeten antwoorden: „Neen, de verhuurder heeft geen verzoekschrift ingediend, maar uw vordering ex art. 8 Huurcommissiewet kunt ge nog niet geldend maken, want de huurcommissie heeft den termijn van een maand met nog een maand verlengd". En wanneer de huurder, volhardend, toch naar den kantonrechter loopt? Of beteekent de Amsterdamsche opvatting alleen, dat te late verzoeken worden in behandeling genomen voor zoover en voor zoolang als de

---

(1) Zie afdeeling G.

(2) Voor de strafvervolging blijkens hun verklaring, dat zij geen aangifte bij het O. M. zou doen, wordt de termijn implicite aanvaard. Maar een dergelijk ten deele handhaven van een termijn, ten deele negeeren, is toch wel een zonderlinge wijze van wetsinterpretatie, wanneer daarvan uit de wet niets blijkt.

(3) In hoever zal hier op vragen geantwoord worden? Een verplichting bestaat er in het algemeen niet. (Zie art. 72 Algemeene maatregel van bestuur). Een ruime hulp en voorlichting is echter gewenscht, en wordt, geloof ik, op de meeste plaatsen wel gegeven.

huurder zijn rechten uit art. 8 Huurcommissiewet niet uitoefent? Een dergelijke ongelijke behandeling is echter ook niet waarschijnlijk (1).

Het deed mij dan ook groot genoegen te lezen, dat Mr. Höfelt (*W.* 10170) de opvatting van de Amsterdamsche huurcommissie wraakt, en het betoog van Mr. J. H. Polenaar (*W.* 10175) heeft mij niet van het tegendeel overtuigd, vooral ook, omdat ik zijn hoofdbezwaar niet erken, n.l. dat bij des kantonrechters Höfelt opvatting de ontduikende verhuurder beter af zou zijn, omdat hij nu dadelijk een nieuwe en grootere verhooging ex. art. 1 Huurcommissiewet kan vragen, wat de niet-ontduikende verhuurder niet kan ex art. 7 Huurcommissiewet.

M. i. moet art. 7 Huurcommissiewet aldus opgevat worden: „Na het verstrijken van zes maanden, nadat „omtrent den huurprijs van een woning bij einduitspraak „*ex art. 1 Huurcommissiewet* is beslist, kan een nieuwe „uitspraak der huurcommissie omtrent die woning worden „verzocht".

M. a. w. het indienen van een verzoek ex art. 2 Huurcommissiewet verhindert niet het gelijktijdig (binnen zes maanden) indienen van hetzij een tweede verzoek (2) ex art. 2 Huurcommissiewet hetzij een tweede verzoek ex art. 1 Huurcommissiewet.

Dat deze opvatting de juiste moet zijn, blijkt wel heel duidelijk in het geval, dat er tusschen 1 Januari 1916 en het instellen der huurcommissie reeds twee verhoo-

---

(1) Over de vraag, of art. 39 Algemeene maatregel van bestuur naar analogie of a contrario geïnterpreteerd moet worden, zie mijn opmerking over dit artikel in afdeeling G.

(2) Zie ook het uitdrukkelijk geregelde geval art. 2, lid 2 Huurcommissiewet j°. art. 28 j°. art. 40 Algemeene maatregel van bestuur.

gingen hebben plaats gehad. Neemt men art. 7 Huurcommissiewet nu letterlijk, dan kan omtrent de eerste verhooging een uitspraak worden verzocht, en zes maanden later omtrent de tweede verhooging (1). Maar als men dan na zes maanden komt, wordt men niet-ontvankelijk verklaard in verband met den termijn van art. 2 Huurcommissiewet. Misschien zou iemand een oogenblik meenen, dat men één verzoek doet over de beide verhoogingen (de som der verhoogingen). Het lijkt eerst een ei van COLUMBUS, maar wanneer men doordenkt, bemerkt men, dat men in de knel geraakt voor het geval de verhoogingen niet worden goedgekeurd, en er terugwerkende kracht aan deze beslissing wordt verleend.

Zoodat moet worden geconcludeerd, dat art. 7 Huurcommissiewet niet geldt in geval er twee verhoogingen ex art. 2 Huurcommissiewet moeten worden goedgekeurd. Maar waar dit geval ook dezen vorm aanneemt, dat een verhooging is bedongen vóór de instelling der huurcommissie, in te gaan na die instelling, daar lijkt het mij billijk art. 7 Huurcommissiewet zoo op te vatten, dat het alleen slaat op verhoogingen goed te keuren ingevolge art. 1 Huurcommissiewet.

Een opvatting m. i. ook daarom te aanvaarden, omdat art. 2 Huurcommissiewet een artikel is, dat na verloop van tijd automatisch uit de toepassing van de wet verdwijnt, behalve voor vorderingen uit art. 8 j°. art. 2 Huurcommissiewet, welke vorderingen nog geruimen tijd zullen kunnen worden ingesteld.

---

(1) De opvatting, dat zoolang er nog geen einduitspraak is, er nog gauw een tweede verzoek kan ingediend worden, is toch al te veel «tenere verba».

E. De terugwerkende kracht (1).

De verlaging werkt terug tot het tijdstip, door de huurcommissie te bepalen (art. 2, al. 3 Huurcommissiewet).

Welk is dit tijdstip?

Het eenvoudigst is wel de woorden te betrekken alleen op het feit, dat de niet-goedgekeurde verhooging in de verschillende gevallen natuurlijk op verschillende data zijn ingegaan, en nu steeds de terugwerkende kracht te verleenen over het volle — behoudens den datum van 16 October 1916 — verloop van de niet-goedgekeurde verhooging. Dit standpunt wordt o. a. in *Het Volk* voorgestaan, ik zal niet zeggen verdedigd.

Er valt echter tegen op te merken, dat aan de woorden „door de huurcommissie te *bepalen*" heel weinig zin wordt gelaten, en de redactie eenvoudig had kunnen luiden: de verlaging werkt terug, echter niet verder dan tot 16 October 1916.

Om nu aan de woorden althans zin te geven, zou ik ze liever aldus willen verstaan:

1°. De verlaging werkt als regel terug.

2°. Staat vast, dat door de verleende terugwerkende kracht de verhuurder in directe moeilijkheden geraakt, dan zij de huurcommissie in het verleenen van de terugwerkende kracht zeer voorzichtig.

3°. Heeft men echter met een geval van zuivere woekeropdrijving te doen, dan weer terugwerkende kracht zonder pardon.

Voor dit standpunt meen ik eenigen steun te vinden — veel is er over de quaestie niet gesproken — in de verwerping van een amendement-MENDELS, nadat minister

(1) Zie mijn bijdrage in «Ons Eigendom» van 24 November 1917, waar ik mij overigens iets sterker ten gunste van den verhuurder uitliet.

ORT had betoogd, dat vele verhuurders evenmin in omstandigheden verkeeren, die het hun eenigszins gemakkelijk zullen maken aan een eisch tot teruggave te voldoen, en dat zij ook niet in financieele moeilijkheden moesten gebracht worden (1).

Hiertegen kan men opmerken, dat dit argument reeds verwerkt is in den datum van 16 October 1916 in tegenstelling van dien van 1 Januari 1915 (amendement-MENDELS). Echter wordt dit doel — den verhuurder geen moeilijkheden brengen — met dien datum van 16 October 1916 in vele gevallen toch niet bereikt.

Men neme het volgende voorbeeld.

Een klein renteniertje heeft het door groote spaarzaamheid zoover gebracht, dat hij eigenaar is van 10 woningen, waarde ± f 1500 per stuk. Op dit bezit ligt een hypotheek van f 11.000, rente 4¾ pCt. De woningen waren verhuurd voor f 2.10 p. w. Hij heeft de huur op 16 October 1916 op f 2.40 p. w. verhoogd. De huurcommissie stelt den huurprijs op 16 October 1917 vast op f 2.25 p. w. (in den Haag zou zeker reeds f 2.30 zijn toegestaan) (2), en verleent aan haar beslissing terugwerkende kracht. Wat is het gevolg?

De verhuurder int per jaar 52 × 2.10 × 10 =	f 1092.—
Hiervan af voor onderhoud 1/7 × 1092 = . .	156.—
Blijft . . .	f 936.—
Hiervan af voor hypotheek 11000 × 4¾ pCt. .	522.50
Blijft . . .	f 413.50

Er is terugwerkende kracht verleend, dus moet de man betalen 52 × 10 × 15 = f 78, m.a.w. omdat de man de stijging van zijn onderhoudskosten iets te hoog heeft getaxeerd, moet hij bij een inkomentje van ± f 400 plots

(1) Handelingen 1917 Tweede Kamer, blz. 1065, vrij geciteerd.

(2) Zie noot 2 op pag. 178.

f 78 terugbetalen, en zit daarmee altijd en zeker in dezen tijd dik in de moeilijkheden!

Zal de huurcommissie dus een zeer matige terugwerkende kracht, een terugwerkende kracht tot een later datum dan 16 October 1916, kunnen verleenen?

Misschien, al komt men eenigszins in de knel met het, overigens toch niet door te voeren, systeem der wet (1) dat iedere aanvraag per woning wil behandeld zien. Echter is niet uitdrukkelijk bepaald, dat bij de bepaling van de terugwerkende kracht ook het ter zake van de woning moet doorgevoerd worden.

Overigens moet niet vergeten worden, dat 52 × f 0.15 te betalen een kleine plaag is, terwijl f 7.80 in eens betalen reeds een zware plaag geacht wordt bij den financieelen stand van vele verhuurders.

Deze laatste redeneering, 52 × f 0.15 betalen een kleinigheid, f 7.80 in eens betalen een belangrijke post op het — in deze kringen wekelijksche — budget, beantwoordt blijkbaar zoo sterk aan het leeken-rechtsgevoel, dat de huurcommissie te Deventer de bepaling van art. 2 slot Huurcommissiewet feitelijk interpreteert, alsof er staat: Geen terugwerkende kracht, tenzij in geval van woekeropdrijving. Zij bepaalt n.l. als regel voor den datum, tot waar de verlaging terugwerkt, den datum van haar beslissing.

Of deze opvatting met den text te rijmen is, waag ik te betwijfelen. Zij heeft echter voor, dat het „ter zake van de woning" weer meer tot zijn recht komt. Het eindresultaat is echter dan volkomen tegengesteld aan dat, vermeld aan het hoofd van deze afdeeling als voorgestaan door „*Het Volk*".

Ten slotte meen ik te moeten concludeeren, dat geen

(1) Zie afdeeling F van dit artikel.

der drie opvattingen geheel bevredigend is te achten; de eerste niet, omdat zij aan het woord „bepalen" geen beteekenis laat; de tweede niet, omdat zij te veel let op de persoonlijke belangen der verhuurders, terwijl het systeem der wet ter zake van de woning wil geoordeeld hebben; de derde opvatting ten slotte niet, omdat de wet blijkbaar, althans eenige, terugwerkende kracht verleend wil zien.

F. Het aannemelijk maken (1) van de hoogere uitgaven, die ter zake van de woning te bestrijden zijn.

Wanneer ik de vele zaken, door de huurcommissie te Deventer reeds behandeld, in mijn gedachten de revue laat passeeren, en ik vraag mij af: Hebben de verhuurders de hoogere uitgaven, waarop de verhooging moet steunen, aannemelijk gemaakt, dan moet ik, als ik volkomen eerlijk ben volmondig ontkennend antwoorden. En sterker, ik durf te beweren: èn zal er ook nooit één zijn, die het kan!

Ik denk hierbij niet aan het feit, dat de meeste verhuurders in het geheel geen boekhouding hebben. Neen, zelfs bij de beste boekhouding valt er eigenlijk niets te bewijzen, resp. aannemelijk te maken.

(1) Wat is toch aannemelijk maken? Negatief weet ik wel een definitie: bewijzen, niet gebonden door het wettelijk bewijsrecht. Maar nu de practijk: Een bekend betrouwbaar burger komt voor de huurcommissie, en deelt mede, dat zijn hypotheekrente is verhoogd met een half procent. Op onze vraag naar bewijzen is hij eenigszins verontwaardigd. Als hij dat zegt, is dat toch wel aannemelijk in dezen tijd. Op ons aandringen wordt ons toegestuurd een nieuwe hypotheekacte van 1917, echter niet de oude ter vergelijking. Was het nu aannemelijk, dat er een verhooging van rentetype met een half procent, althans eenige verhooging, had plaats gehad? De huurcommissie besliste van wel. Maar is zoo aannemelijk maken niet een bewijzen meer of minder op iemands eerlijk gezicht? (Vergelijk ook art. 1945 B. W.)

Er zijn er natuurlijk, die aannemelijk maken, zelfs wel bewijzen eenige hoogere uitgaven uit hoofde van verhoogde hypotheekrente en verhoogd verzekerd bedrag. Sommigen doen ook een beroep op een molestverzekering. Maar dat betreffen altijd uiterst luttele bedragen, wanneer deze per week omgerekend worden. Wat echter de hoofdschotel is, de hoogere kosten van onderhoud, daarvan wordt niets aannemelijk gemaakt, is niets aannemelijk te maken (1), tenzij men een uiterst vage bewering: „de heeren weten ook wel, dat alles zoo duur is" voldoende vindt.

In mijn naaste familie bevindt zich een huis in eigendom. Dit huis is verhuurd, overigens boven de huurgrens, maar dat doet nu niet ter zake voor het volgend betoog. Aan dat huis werd besteed voor onderhoud in

1916	1915	1914	1913	1912
f 77	f 54	f 53.50	f 51	f 103.

Stel, ik ging nu met dat huis naar de huurcommissie, legde deze cijfers over, had ik dan aannemelijk gemaakt de hoogere uitgaven voor onderhoud aan de woning gelegen enz? Mij dunkt het kan moeielijk beweerd worden. Wel is 1916 hooger dan de drie voorafgaande jaren, maar 1912 spant verreweg de kroon!

Uit deze cijfers blijkt m. i. ten duidelijkste, dat in het bedrag voor onderhoud per jaar van één woning een groote toevalsfactor zit. Zijn de gevels goed geverfd, dan behoeven deze zeker in geen jaar of vijf, zes weer een beurt te hebben, binnenverfwerk gaat zeker nog veel langer mee. Een goed behang wordt toch ook in eigen huizen niet iedere drie jaar verwisseld. En zoo gaat het met alles. Heeft men een jaar, waarin aan het huis „een groote beurt" gegeven wordt, dan heeft men veel uitgaven, anders niet. Maar nu gaat toch niet aan om te zeggen,

(1) Dat het behoorlijk motiveeren der vonnissen zoo ook heel bezwaarlijk wordt, ligt voor de hand.

dat iemand, die zijn huis altijd goed onderhouden heeft en er in 1916 toevallig veel aan liet werken, krijgt wel opslag, terwijl precies hetzelfde huis, waaraan door denzelfden eigenaar precies hetzelfde goede onderhoud werd gegeven, maar dat in 1915 opgeknapt werd, terwijl in 1916 alleen het gewone goede onderhoud aan werd gegeven, krijgt geen opslag! Een resultaat ook daarom zoo ongewenscht, omdat het practisch het gevolg heeft, dat het een premie stelt op slecht onderhoud. Immers het gevolg van dit, m. i. wel zeer wettelijke, standpunt zou zijn, dat zij, die in jaren niets aan hun woningen deden, nu plots aan het opkalefateren gingen, daarna naar de huurcommissie stapten met de rekeningen in de hand, en zeiden: ziet eens wat ik in 1916 een onderhoud aan de woning had, ik mag dus wel een flinke huurverhooging hebben! Maar dan zou per saldo de huurder het uitgestelde onderhoud betalen! Toch is dit het systeem der wet, die per woning wil geoordeeld hebben en geen rekening houdt met dien toevalsfactor.

Zelfs blijkt, dat ook in woningvereenigingen de bovengenoemde toevalsfactor een groote rol speelt, zooals uit het volgende staatje blijkt.

1909	1910	1911	1912	1913	1914	1915	1916
Vereeniging A (1):							
2091	2055	1678	1773	1773	1447	2853	2754
Vereeniging B (2):							
— (3)	—	—	—	2380	5206	1820	2849 (4)

(1) Vereeniging tot opbouw en verbetering van arbeiderswoningen te Deventer ± 180 woningen.

(2) Vereeniging tot verbetering van den woningtoestand in de gemeente Deventer ± 300 woningen.

(3) Deze cijfers zijn mij niet bekend. De vereeniging bestond wel, maar veel korter dan vereeniging A.

(4) De cijfers zijn voor het doel voldoende, maar niet beslissend, daar vereeniging A woningen verkocht, vereeniging B woningen bijbouwde.

Ook hier weer groote sprongen, zoodat conclusies trekken onmogelijk is. Hoogstens kan men zeggen, dat het jaar 1916 wel een eenigszins duur jaar is, wat met de overigens bekende gegevens klopt.

Moet dus geredeneerd worden: „De verhuurder heeft geen hoogere uitgaven aannemelijk gemaakt, dus wordt ook geen verhooging toegestaan!"

Hoe plausibel deze oplossing eenerzijds ook is, kan zij toch anderzijds weer niet aanvaard worden, omdat dan de Huurcommissiewet wel had kunnen luiden: Huurverhooging wordt niet toegestaan, tenzij de woning verhuurd is beneden de normale huurwaarde van 1 Januari 1916, of verbeteringen (1) zijn aangebracht.

Blijkbaar heeft men dan ook billijke verhoogingen willen toestaan. En dat eenige verhooging, welke dan ook, billijk is, daarvan zal ieder overtuigd zijn, die hoort, hoe geweldig de stijging in prijs van de materialen is. Een stijging, waarbij de loonstijging geheel in het niet verzinkt.

Hoe nu dit strijdpunt tusschen de letter der wet in artt. 4 en 5 en den geest der heele wet op te lossen? Het beste schijnt mij toe te gaan werken met het begrip *normaal onderhoud*, en dan over de kosten van dit normaal onderhoud (= $^1/_7$ der huurwaarde) een vast percentage (p) als verhooging toe te staan.

Deze oplossing heeft al dadelijk voor, dat ook de niet-deskundige leden der huurcommissie een oordeel kunnen hebben. Of een woning totaal verwaarloosd wordt, of dat er op gezette tijden nu eens dit, dan eens dat geschiedt, is ook voor leekenoogen wel te zien. Wanneer de voorgevel verveloos is, zal de achtergevel mogelijk zeer netjes

(1) Verbeteringen in tegenstelling tot onderhoud.

zijn, moet de huiskamer noodig een papiertje hebben, een slaapkamer is juist behangen, enz. enz.

Natuurlijk zijn er nog allerlei tusschenstadia tusschen totaal verwaarloosd en normaal onderhouden, waarvoor men dan een coëfficiënt f kan toekennen, die bij normaal onderhoud gelijk één is, bij totaal verwaarloozen gelijk nul wordt. Wij krijgen dus de volgende vergelijking:

$$V(\text{erhooging}) = {}^1/_7\ h(\text{uurwaarde}) \times p \times f.$$

Waarop nu het percentage van stijging (p) te schatten?

Gaat men de rekeningen van woning tot woning na, dan komt men nooit tot een percentage van stijging, omdat in iedere rekening twee factoren zitten — factor loon en factor materiaal — die van rekening tot rekening en van woning tot woning verschillen in hun onderlinge verhouding.

Nemen wij de cijfers van de beide evengenoemde vereenigingen. Ook daar komen wij niet verder. Immers waar het — gezien de cijfers — eenigszins twijfelachtig is, of de, overigens vaststaande, stijging viel te constateeren (1), daar spreekt het vanzelf, dat voor een bepaald percentage zeker geen conclusies te trekken zijn. Men zou voor een bevredigend antwoord over de cijfers van veel en veel meer woningen moeten beschikken; dan komt er natuurlijk volgens de kansrekening een moment, dat de toevalsfactor wegvalt.

Deze cijfers kan zich alleen de regeering verschaffen,

(1) In de eerste jaren van den oorlog is er zeker veel onderhoud uitgesteld tot na den oorlog, waarvan het einde veel dichter bij werd geacht. Deze, intusschen foutief gebleken, speculatie wordt steeds moeilijker door te voeren, zoodat de onderhoudsrekeningen over 1917 en 1918 wel snel zullen stijgen.

zoodat het voor iedere huurcommissie een zeer onbevredigend (1) raden blijft (2).

Er mag hier ook nog wel even gesproken worden over de eigenaardige consequenties, die voortvloeien uit het feit, dat wel hoogere hypotheekrente (immers een uitgave) in rekening mag worden gebracht, niet hoogere kapitaalrente. Wat is het gevolg? Vier precies gelijk gebouwde woningen staan naast elkaar. A is gebouwd met eigen geld, op B ligt een hypotheek van f 1000, op C van f 2000, op D van f 3000, van welke hypotheek de rente is verhoogd van 4 pCt. op 5 pCt. Dan mag dus de huurprijs van A uit dezen hoofde niet worden verhoogd, van B, C en D wel, n.l. resp. met f 10, f 20, f 30! En wanneer men nu snel op A ook een hypotheek legt van f 3000, krijgt men dan weer wel f 30 huurprijsverhooging toegestaan, terwijl men het vrijgekomen geld bovendien

(1) Onbevredigend is het werk ook daarom, omdat de huurprijzen van de kleine weekwoningen vrij sterk schommelen, zoodat het begrip «normale huurwaarde» haast niet te bepalen is. Vooral het feit, dat een huis vaak van huurders wisselt, drijft de huurprijs naar boven.

(2) De huurcommissie te Deventer schatte de stijging op 35 pCt. Er is echter een tendens tot stijging. Naar ik hoor de huurcommissie in Den Haag op 70 pCt. Dit laatste in verband met de 10 pCt. huurverhooging, die het oorspronkelijk regeeringsontwerp vrij liet. Het is daarom misschien wel jammer, dat de regeering in de Memorie van Antwoord een ander standpunt innam, en daardoor de discussies troubleerde. Echter moet niet vergeten worden, dat in het oorspronkelijk ontwerp ook zij, die hun woning zeer verwaarloozen, de 10 pCt. kregen, wat in mijn stelsel niet het geval is. 35 pCt. is intusschen wel laag, maar men moet m. i. gematigd zijn, omdat de verhooging zeer licht blijft ook na het sluiten der vrede, wanneer de kosten van het onderhoud weer gedaald zijn. Verg. Minister Treub, die bij de distributieprijzen van levensmiddelen ook de toekomstige vredesprijzen in het oog wil houden.

nog kan beleggen in een solied 6 pCt. cumulatief preferent aandeel?

Men zal nu misschien zeggen: in zoo'n geval, aangenomen, dat de huizen in één hand zijn, doet men, of de hypotheek van f 6000 ligt op de vier huizen, en men staat voor ieder huis een verhooging toe van f 15. Schijnbaar rationeel (1), maar waar blijft dan het systeem der wet, dat zien wil naar de hoogere uitgaven *ter zake van de woning!* Bovendien, zoo eenvoudig is het vaak ook weer niet. Immers het komt herhaaldelijk voor, dat er een groote hypotheek is op tal van huizen van verschillend type, waaronder er ook zijn van het soort, dat buiten de bemoeienis van de huurcommissie valt. Hoe moet dan de huurcommissie doen (2)?

De beteekenis van art. 8 Huurcommissiewet.

Indien bij eene overeenkomst een hoogere vergoeding is bedongen voor het gebruik van een woning dan krachtens deze wet geoorloofd is, geldt in plaats van dat bedrag . . . een nader aangegeven bedrag, eenvoudigheidshalve verder aan te duiden als huurprijs op 1 Januari 1916.

Deze redactie geeft geen moeilijkheden voor het geval, dat de verhooging is bedongen na de instelling der huurcommissie. Indien dan de verhoogde huurprijs niet is goedgekeurd of vastgesteld door de huurcommissie, dan is het niet geoorloofd die hoogere vergoeding te bedingen, immers de aanhef van art. 1 Huurcommissiewet verbiedt dat met zooveel woorden.

---

(1) Waar blijft dan de juridische ondeelbaarheid van het hypotheekrecht?

(2) *Naschrift.* Inmiddels is de huurgrens uit de Huurcommissiewet vervallen.

Eigenaardig sterk werkt art. 8 Huurcommissiewet ingeval iemand goedkeuring ex art. 2 Huurcommissiewet heeft gekregen, en nu na de instelling der huurcommissie opnieuw verhoogt, maar verzuimt — waarschijnlijk omdat hij wel voelt, dat hij deze nieuwe verhooging niet goedgekeurd krijgt — op deze nieuwe verhooging goedkeuring te vragen.

Dan is dus deze hoogere vergoeding ongeoorloofd, treedt dus weer automatisch met ingang van den datum dezer verhooging de huurprijs van 1 Januari 1916 in werking, en is dus de verhuurder van nu af ook zijn reeds goedgekeurde verhooging kwijt, behoudens natuurlijk een nieuw verzoek met goedgunstige beschikking daarop.

Hoe echter in geval van art. 2 Huurcommissiewet. Hier kan men zich aan de letter vastklampend, zeer wel redeneeren: Toen de overeenkomst werd aangegaan, was het bedingen nog vrij, ergo niet krachtens deze wet ongeoorloofd, en dus kan art. 8 nooit met art. 2 in verbinding worden gebracht. Voor de redactie van art. 2 is dan ook niet gekozen de zinswending: het is verboden enz.

Toch zou ik mij met deze redeneering niet willen vereenigen. Raadplegen wij eerst de geschiedenis der totstandkoming van de wet. Wij vinden dan in de memorie van antwoord:

„Vermits die redactie (d. i. een gewijzigde redactie van „art. 8 in het voorloopig verslag opgeworpen) ook op „anderen grond minder wenschelijk schijnt, hebben onder„geteekenden de eer een lezing voor te stellen, die over„eenstemt met de nieuwe redactie van art. 2, al. 2 Huur„commissiewet." Hier wordt dus al heel duidelijk verband gelegd tusschen art. 2 en art. 8 Huurcommissiewet!

Bovendien uit de discussies bij de behandeling in de Tweede Kamer blijkt, dat er vooral meeningsverschil was

over de vraag, of het noodig was naast de civielrechtelijke sanctie van art. 8 Huurcommissiewet nog de parallel loopende strafrechtelijke sanctie van art. 9 te stellen. Maar waar nu in art. 9 Huurcommissiewet zoowel art. 1 als art. 2 der wet worden genoemd, is het niet waarschijnlijk dat de civiele sanctie alleen betrekking zou hebben op art. 1 Huurcommissiewet. Ware dit niettemin bedoeld, dan zou daarvan wel iets mogen blijken uit de stukken, wat echter niet het geval is.

Dit argument kan m. i. haast afdoende genoemd worden. Maar ook om andere redenen nog lijkt mij de opvatting van Mr. VAN HAERINGEN (*W. v. h. R.* n°. 10183) veel meer in overeenstemming met de wet, en bovendien doelmatiger (1). Mr. VAN HAERINGEN redeneert aldus: „De hoofdregel der „wet is, dat zij de huren terugbrengt op die van 1 Januari „1916, behoudens goedkeuring, welke goedkeuring een „maand na de instelling der huurcommissie kan worden „aangevraagd voor de verhoogingen, welke zijn ingegaan „na 1 Januari 1916, maar voor de instelling der huur-„commissie, m. a. w. ook de verhoogingen anterieur aan de „instelling der huurcommissie zijn ongeoorloofd verklaard, „tenzij binnen den bewusten termijn van een maand aan „de huurcommissie ter goedkeuring voorgedragen, en dan „alsnog goedgekeurd.

„Art. 8 Huurcommissiewet heeft dus terugwerkende kracht".

Aanvaardt men deze opvatting niet, dan zou het gevolg zijn, dat de huurder, indien een verhuurder iemand vóór de instelling der huurcommissie in huur heeft opgeslagen, en deze verhuurder heeft geen verzoek tot goedkeuring van art. 2 Huurcommissiewet ingediend, altijd het kind

(1) In een ministeriecele aanschrijving van den Minister van Justitie aan de huurcommissies wordt deze opvatting ook aanvaard.

der rekening werd. Immers de verhuurder kan niet gedwongen worden alsnog een verzoek tot goedkeuring ex art. 2 Huurcommissiewet te doen, aangenomen al, dat de maand van art. 2 niet in acht behoeft te worden genomen. Weliswaar loopt de verhuurder gevaar (1) van een strafvervolging, maar een veroordeeling tot het maximum der boete zal wel niet volgen, zoodat het zeer mogelijk is, dat de boete uit de verhooging betaald kan worden. Maar zelfs wanneer de boete daartoe te hoog is, zoodat ook de verhuurder schade beloopt, dan blijft toch altijd onaangetast het nadeel van den huurder, dat hij den hoogeren huurprijs moet blijven betalen (2) wat in mindering op het bedrag der boete geboekt wordt door den verhuurder — en dat hij de reeds betaalde verhoogingen niet kan terugvorderen.

Ook art. 39 Algemeene maatregel van bestuur kan men zeer wel als argument voor deze opvatting gebruiken. Immers wanneer daar bepaald wordt, dat te laat ingediende schattingsverzoeken toch behandeld moeten worden, zou dat

(1) Dit gevaar is niet bijster groot, als hij maar niet vrijwillig met zijn verlaat verzoek — de huurder durft toch (naschrift: nu misschien wel Huuropzeggingswet) niets te beginnen — komt bij de huurcommissie, die dan mogelijk aangifte doet bij den ambtenaar van het Openbaar Ministerie. Bovendien, indien hij zijn niet-aangeven maar een jaar geheim kan houden, is hij strafrechtelijk veilig, en kan verder gerust den verhoogden prijs innen.

(2) Of is de huurder dan toch in ieder geval na verloop van een maand ex art. 2 Huurcommissiewet niet meer verplicht het hoogere te betalen, omdat dan dat hoogere niet is goedgekeurd, art. 1 Huurcommissiewet? Dit is echter ook weer niet als juist te aanvaarden in verband met de bepaling, dat de verhuurder vrijwillig kan verlagen, welke vrijwillige verlaging dan ingaat met den dag, dat de maand van art. 2 Huurcommissiewet is verloopen, zoodat beide gevallen precies gelijk zouden komen te staan. Anders waarschijnlijk Mr. v. d. Ley, kantonrechter te Zaandam, in zijn strafvonnis in W. 10200.

dan niet juist zoo bepaald zijn, omdat men anders voor dit geval geen civiele sanctie zou hebben, daar er geen (geschatte) huurprijs van 1 Januari 1916 zou zijn?

Er is nog een geval, dat sterk spreekt voor de terugwerkende kracht van art. 8 j°, art. 2 Huurcommissiewet. Stel, iemand heeft voor en na de instelling der huurcommissie verhoogd zonder goedkeuring te vragen, zoodat de huur, 1 Januari 1916 b.v. f 8 p. m., op 1 Januari 1917 verhoogd tot f 9 p. m. op 1 Juni 1917, datum van instelling der huurcommissie, nog f 9 p. m. op 1 Augustus 1917 opnieuw verhoogd werd tot f 10 p. m. De huurder heeft daarmede voorloopig genoegen genomen, maar op 1 Januari 1918 heeft hij een andere woning tot zijn beschikking, en begint nu te ageeren.

Wanneer men zich nu aan de letter der wet van art. 8 houdt, dan is die huurprijs van f 10 p. m. zeker niet geoorloofd, en treedt dus voor die f 10 p. m. in de plaats de f 8 p. m. huurprijs van 1 Januari 1916.

Van af welken datum! Als men zich daartoe dan afvraagt sinds wanneer of er meer betaald wordt dan de huurprijs van 1 Januari 1916, en men bemerkt dat er ook reeds op 1 Januari 1917 verhoogd is, dan zou men zich daarvan niets mogen aantrekken, en eenvoudig moeten beslissen, dat er sinds 1 Augustus een ongeoorloofde verhooging van f 2 p. m. is, en dus besluiten, dat verhuurder moet terugbetalen 5 (maanden) $\times$ f 2 = f 10. M. a. w. in dit geval zou feitelijk de huurprijs van f 9 p. m. stilzwijgend goedgekeurd worden, terwijl er geen goedkeuring langs den normalen weg verkregen was. Dit resultaat is zeer onbevredigend, en toch is dit de consequentie, indien er nooit verband gelegd mag worden tusschen art. 8 en art. 2 Huurcommissiewet. Is het dan niet veel rationeeler om te zeggen, dat de huurprijs over den geheelen tijd is teruggebracht op f 8 p. m., zoodat er gevorderd kan

worden 7 (maanden) × f 1 + 5 (maanden) × f 2 = f 17.

Eenigszins quaestieus lijkt mij de mogelijkheid van terugvordering in het geval van nieuwbouw, nu een alinea als alinea 3 van art. 1 in art. 2 Huurcommissiewet ontbreekt, en dit geval eerst in den algemeenen maatregel van bestuur is verwerkt. Immers in dit geval zal art. 9 Huurcommissiewet ook geen toepassing kunnen vinden, en waar art. 8 Huurcommissiewet bedoeld is als een soort civiele straf, zou men kunnen zeggen, dat dit artikel ook moet zijn strictissimae interpretationis. Toch zou ik ook in dit geval dezelfde opvatting, wel terugwerkende kracht van art. 8 Huurcommissiewet, willen voorstaan.

Dat ook art. 2, lid 1, slot, niet als tegenargument gebruikt kan worden, lijkt mij door Mr. Van Haeringen terecht betoogd. Immers die vrijwillige verlaging strijdt, vooral in de uitwerking, die er aan gegeven is in art. 28 Algemeene maatregel van bestuur, met alle terugwerkende kracht, die echter juist blijkens art. 2, lid 3, slot door de wet wel gekend wordt.

Tot zoover kan ik mij met het betoog van Mr. Van Haeringen vereenigen. Echter zou ik in tegenstelling met hem, de terugwerkende kracht ook hier willen beperken tot den datum van 16 October 1916. Met de terugwerkende kracht moet men altijd uiterst voorzichtig zijn, en waar de Kamer blijkens de behandeling van art. 2, al. 3, slot zich zoo uitdrukkelijk heeft uitgesproken, dat zij de verhuurders niet verder wil treffen met de terugwerking dan tot den datum van 16 October 1916, datum, waarop de verhuurders van den inhoud van het wetsontwerp ingevolge de indiening konden kennis nemen, daar lijkt het mij alleszins aangewezen dien datum ook hier analoog toe te passen.

Er blijft toch altijd dit verschil, dat de verhuurder, die zich niet aan den termijn van een maand stoorde

altijd het volle bedrag van de verhooging, resp. sinds 16 October 1916, kwijt is; de verhuurder, die zich wel behoorlijk aan de wet gedroeg, het bedrag hoogstens kwijt zal zijn, waarschijnlijk minder, daar de huurcommissie, zoo zij al niet de geheele verhooging goedkeurt, toch allicht eenige verhooging toekent.

Intusschen mag er hier wel even op gewezen, dat er van terugvordering voorloopig niet veel zal komen, omdat de bedragen veelal te klein zijn om een procedure (1) te beginnen (2). Mogelijk dat er voor de huurders verbetering komt, als het wetsontwerp huuropzeggingswet tot wet is geworden. De huurder, die dan niet meer zoo beangst voor uitzetting behoeft te zijn, kan dan eenigen tijd weigeren huur te betalen, om zoo door compensatie in het reine te komen. Zou den huurder op dien grond de huur opgezegd worden, dan kan ik mij niet voorstellen, dat de kantonrechter dit een redelijke huuropzegging zou achten.

---

(1) Welke rechtsvordering? In de Tweede Kamer werd gesproken van een condictio indebiti. Maar indien men al den eisch van dwaling bij de betaling niet stelt (arr. H. R. 20 April 1917, W. 10125), dan blijft het nog de vraag, of hier, vooral in geval van art. 2 Huurcommissiewet, een betaling zonder verschuldigd te zijn plaats had, al zou ik in verband met het bovenstaand betoog dit wel durven beweren. Er is ook genoemd de vordering uit onrechtmatige daad? Maar alweer, is er vooral in het geval van art. 2 Huurcommissiewet, sprake van schuld?

(2) Aangenomen al, dat een huurder, die nog niet in een andere woning zit, het zou durven wagen een procedure te beginnen. Maar die huurders zijn al te zeldzame vogels.

Eenige beschouwingen over het recht van beklemming naar aanleiding van een recent vonnis

DOOR

Mr. R. P. CLEVERINGA, Pzn.

Op het gebied der rechtswetenschap verhouden zich de feiten en rechtsbegrippen tot elkaar gelijk daarbuiten de wereld der verschijnselen tot die der ideeën; evenals bij de laatsten een identiteit, een onverbrekelijk verband bestaat, zoo ook is tusschen de eersten een innige samenhang aanwezig. De rechtsbegrippen zijn slechts denkbaar, omdat ze aansluiten bij de feitelijke verhoudingen, de feiten hebben slechts waarde, omdat de rechtsopvattingen daarop kunnen worden opgebouwd. Niet alleen, dat tusschen beide een wederkeerige samenhang bestaat, beide zijn van elkaar afhankelijk en vooronderstellen elkaars bestaan. Denkt men een rechtsbegrip, dan betreedt men tegelijk het gebied der feitelijke verhoudingen, waarop dat rechtsbegrip betrekking heeft en omgekeerd vat men zekere feitelijke verhoudingen in het oog, dan heeft men ook reeds het daarop correspondeerende recht binnen zijn gezichtskring getrokken.

Indien wij derhalve bedenken, dat tusschen het feitelijke en het juridische een onwrikbare band bestaat, dan is het ook begrijpelijk, dat tusschen beide een zuivere scheiding niet valt te trekken. Hier schijnt de oorzaak te liggen, dat men in de jurisprudentie van ons hoogste rechtscollege, die grootendeels op deze onderscheiding is gebaseerd, niet steeds een vaste en consequente lijn vindt aangegeven, doch nu eens als feitelijk vindt aan-

gemerkt, wat een andere maal voor een rechtspunt wordt gehouden (1).

Waar het feitelijke en het juridische in elkaar vervloeien zonder als twee scherp gescheiden en zelfstandige grootheden tegenover elkaar te kunnen staan, kan het wel niet anders of een poging tot individueele formuleering zal moeten falen. Het juridisch verstand moge al spoedig geneigd zijn een grenslijn tusschen feit en recht aan te geven, het redelijk inzicht zal zich per slot van rekening daartegen verzetten.

Aan den anderen kant echter, al hangen dus het feitelijke en het juridische onafscheidelijk samen en gaan zij in elkaar over, zonder dat een scheidslijn tusschen beide is te trekken, die ongescheidenheid gaat niet zoover of feit en recht vormen toch steeds twee verschillende factoren, die naast elkaar, bestendig elkaars werking op elkaar doen gevoelen. Niet te scheiden, zijn

(1) Een voorbeeld daarvan is te vinden in de strafcassatierechtspraak van de laatste jaren. Was voorheen een uitlegging der dagvaarding *feitelijk* en een vrijspraak gegrond op het onbewezen zijn van een gedeelte der aldus uitgelegde dagvaarding een zuivere vrijspraak, bij latere arresten wordt aangenomen, dat die uitlegging *juridisch* is en dus in cassatie aantastbaar, indien ze onvereenigbaar is met de juiste beteekenis te hechten aan de toe te passen strafbepaling, waarvan de inhoud in de dagvaarding is overgenomen. Men vergelijke de arresten van den Hoogen Raad van 23 October 1916 (W. 10025), 6 November 1916 (W. 10031) en 27 November 1916 (W. 10047), alsmede de belangrijke aanteekeningen van Prof. SIMONS in W. 10025 en 10047 en W. 10044 onder het arrest van 31 October 1916. In de drie eerstgenoemde arresten ging het om de beteekenis van de in de dagvaarding voorkomende woorden «uitvoeren», «ophokken» en «onafgehakt». Deze zelfde woorden bevatten niet alleen algemeene gangbare termen voor zekere feitelijke toestanden en handelingen, doch als zoodanig opgenomen in een wettelijke strafbepaling, hebben ze ook hun juridischen kant. Het eene is niet geheel van het andere te scheiden.

ze niettemin onderscheiden, hoewel een eenheid vormend, manifesteeren zij zich als veelheid, alleen indien men probeert een aan elk toekomend terrein af te bakenen, komt men tot onbevredigende uitkomsten.

Beiden nu, zoowel de feiten als de rechtsopvattingen, zijn aan een voortdurende wording onderhevig, de feitelijke toestanden ondergaan veranderingen tengevolge van de economische en sociale wijzigingen in de levensverhoudingen en het maatschappelijk verkeer; de rechtsbegrippen wisselen met de geestelijke stroomingen van bepaalde tijdperken. De wording van een van beide factoren kan plaats grijpen òf zelfstandig òf wel als terugslag op de verandering van de andere.

Onder de gevallen, dat zoowel de feitelijke toestanden als de juridische denkbeelden een steeds wisselend proces te zien geven, mag zeker ook het recht van beklemming gerangschikt worden. Door de werken van Feith (1) en Gratama (2), de eerste als materieverzamelaar, de tweede als materieverwerker, is thans wel komen vast te staan, dat de verandering in het recht van beklemming zich heeft voortbewogen in de lijn van een eenvoudige losse verhouding van huur en verhuur naar een vast geconsolideerd recht. Evenwel daarmede moge zijn aangewezen, wat nu in hoofdzaak de aard van dat beklemrecht is geworden, er vloeit nog niet dadelijk uit voort, wat zijn verhouding is tot andere rechtsinstituten, welke plaats er voor in dat midden is weggelegd en hoe het tegenover andere rechtsbeginselen elders zich verhoudt.

Men kan zich er niet afmaken door als de wetgever

(1) Mr. H. O. Feith, Het Groninger Beklemrecht, Groningen 1828.

(2) Mr. S. Gratama, Het Beklemrecht in zijn geschiedkundige ontwikkeling. Groningen 1893.

te zeggen: wij hebben met die verhouding en plaatsbepaling niets te maken, het recht van beklemming wordt geregeerd door zijn „eigen bepalingen", want daarmede worden die bepalingen niet opgespoord. Evenmin vindt men baat bij tirades als die van Prof. GRATAMA (1): „Beklemminge is geen huur, geen afkoop, geen erfpacht in den bepaalden zin, het is beklemminge" want dat is geen analyseeren, nog minder specificeeren. Aan den anderen kant is het echter niet noodzakelijk het instituut te persen in één of andere in verwantschap het meest nabijkomende rechtsverhouding, nu de wetgever zelf het blijkens den inhoud van art. 1654 B. W. een zelfstandig leven heeft beschoren. Maar telkens zullen naar aanleiding van die plaatsbepaling zich in de praktijk vragen voordoen, waarbij zal moeten worden beslist, hoe elders door de wet aanvaarde rechtsbeginselen tegenover de materie van het beklemrecht staan. Wij mogen onze bedoeling verduidelijken door enkele hieronder volgende voorbeelden.

Vestigen wij de aandacht op art. 1185, n°. 2 van het B. W., dat een voorrecht aan den verhuurder toekent onder meer ter zake van huurpenningen. Is thans een dergelijk artikel bij analogie van toepassing op het recht van beklemming en moeten wij dus voor den landeigenaar een dergelijk privilege aannemen? Neen, zegt GRATAMA (2), nu het recht van lieverlede van een eenvoudige overeenkomst van huur en verhuur is uitgegroeid tot een zakelijk recht, zijn de bepalingen van de wet in zake huur en verhuur niet meer toepasselijk te achten. „Immers", aldus de geleerde schrijver, de eigenaar van in beklemming

(1) *Rechtsgeleerd Magazijn* van Prof. GRATAMA, 1e deel, 1e stuk, 4e afd., blz. 105.

(2) Mr. S. GRATAMA, t. a. p. blz. 199.

uitgegeven land verschilt naar den „tegenwoordigen" toestand zoozeer van iemand, die zijn goed op gewone wijze verhuurt, dat analogische toepassing van de bepaling van art. 1185, n°. 2 in dezen een ongeoorloofde uitbreiding zoude worden".

Men zoude echter ook als volgt kunnen redeneeren: „het recht van beklemming is als oorspronkelijke overeenkomst van huur en verhuur al vaster en vaster geworden blijkens de bevoegdheden van den beklemden meier als zakelijk recht naast zijn positie van huurder. Bij deze laatste opvatting is het begrip huur, hoewel met aanbrenging van eenige, zij het belangrijke wijzigingen, niet geheel en al losgelaten, bij de eerste opvatting daarentegen is het karakter geheel en al veranderd en zouden wij in geen enkel opzicht meer met een persoonlijk recht, maar met een zakelijk recht te doen hebben. De kern van de verhouding is echter in hoofdzaak dezelfde gebleven n.l. gebruik van eens anders land tegen betaling van een bepaalden huurprijs, alleen de wederzijdsche rechten van partijen zijn duchtig verstrekt en uitgebreid n.l. een onveranderlijke huur en vaste geschenken voor den landeigenaar eenerzijds en een onopzegbaar en overdraagbaar recht voor den meier anderzijds.

Indien men de meening is toegedaan, dat de huurverhouding geheel is opgelost in het zakelijk recht, zonder als medeëlement daarnaast te blijven bestaan, waarin is dan bij deze opvatting het groote verschil tusschen het persoonlijk recht van huur en het zakelijk recht van beklemming gelegen?

In de dogmatiek van het recht was men sinds lang gewoon onder zakelijk recht te verstaan een zoodanig recht, dat tegenover een ieder, wie dan ook, gold in tegenstelling met een persoonlijk recht, dat alleen tegenover een bepaald persoon en niet tegenover anderen gelding had.

In het eerste geval sprak men van een absoluut, in het tweede van een relatief recht.

Dat echter onze wet een dergelijk onderscheid tusschen absoluut en relatief recht niet huldigt, moge blijken uit het volgende.

Bezien wij art. 1592 van het B. W. eens. Dit artikel geeft den huurder — in het gebruikelijke systeem de drager van een relatief recht — een bevoegdheid om iederen feitelijken stoorder in zijn genot uit eigen hoofde te vervolgen. De wetgever wil dus, dat dit relatieve recht n.l. het genotsrecht van den huurder voortgesproten uit een contractueelen band met den verhuurder, door iedereen, wie dan ook, zal worden geëerbiedigd en derhalve dat dit relatieve recht een absolute gelding heeft (1).

Wanneer LAND (2) dus schrijft, dat de huurder geen direct recht op het gehuurde goed heeft, te handhaven tegenover een ieder, die met dat recht in botsing zoude komen, dan wordt de beteekenis van art. 1592 van het B. W. door hem òf over het hoofd gezien, òf onderschat. Het recht van den huurder heeft wel zijn oorsprong genomen uit een verhouding tot een bepaald persoon, den verhuurder, maar zoodra die rechtsbetrekking is geboren en het genot van het verhuurde verschaft, bestaat dit recht van den huurder niet enkel tegenover

(1) Zie vonnis Rechtbank Middelburg d.d. 17 Februari 1915 in W. Pr. N. R no. 2442. LAND—STAR BUSMAN, dl. V, 2e stuk, blz. 159/160 merkt op, dat in verband met art. 1592 B. W. de gevestigde jurisprudentie van den Hoogen Raad betreffende art. 1401 B. W. deerlijk in de knel komt; doch neemt aan, dat, nu de Hooge Raad het relatieve recht van den huurder tegen feitelijke aanranding beschermt, een andere beweegreden den doorslag heeft gegeven en wel deze, dat het huurgenot op zich zelf een rechtsgoed is, dat bescherming verdient. Wat is dit anders dan de erkenning van het recht van den huurder als absoluut?

(2) Verklaring dl. II, blz. 9.

dien bepaalden persoon, maar is het te verdedigen ook tegenover andere personen.

Daarom achten wij ook de bewering van MOLL—DE LEEUW (1), dat de beklemde meier een eigen zelfstandig recht, daarentegen de huurder een recht van den eigenaar uitoefent, niet geheel juist in zooverre, dat daarbij uit het oog wordt verloren eenerzijds, dat de zelfstandigheid van des huurders recht dermate door den wetgever is erkend, dat hij zijn recht (2) tegenover iederen feitelijken stoorder zelf kan verdedigen, anderzijds dat ook de beklemde meier slechts een recht uitoefent, dat hij van den eigenaar of een voorgaanden meier heeft bekomen.

Huldigt men de leer van de materieele bewijskracht, dan zal in verband met de bewijskracht van acten ook tegenover derden (3), die niet partij zijn bij die acten, kunnen worden aangenomen, dat de in die acten (4) vervatte rechtshandelingen, tegenover die derden eveneens bewezen zijn en bijgevolg tegenover derden gelding hebben.

Scheppen de bedoelde rechtshandelingen persoonlijke

(1) Beknopte Handleiding tot de kennis van Zegel- en Registratierechten 1912, blz. 181.

(2) Hij zal toch moeten beginnen met te stellen, dat hij een recht van huur heeft uit een huurovereenkomst.

(3) De jurisprudentie schijnt op dit punt reeds gevestigd, men vergelijke uit den laatsten tijd vonnis Rechtbank Den Haag 8 Januari 1914 (N. J. 1914, blz. 193); Rechtbank Botterdam 10 Maart 1915 (N. J. 1915, blz. 1053); Rechtbank Amsterdam 29 November 1915 (W. 9945; N. J. 1916, blz. 532); Rechtbank Alkmaar 15 Juni 1916 (W. 9997; N. J. 1916, blz. 1338); arrest Hof Amsterdam 26 Juni 1916 (N. J. 1917, blz. 153); Hooge Raad 15 Januari 1917 (N. J. 1917, blz. 150) en conclusie advocaat-generaal voorafgaand aan arrest van 20 April 1917 (N. J. 1917, blz. 608).

(4) Gesteld, dat de echtheid van de stukken tusschen partijen vaststaat.

rechten en verplichtingen, dan is de consequentie, dat deze persoonlijke rechten tegenover iedereen rechtskracht hebben.

Maar niet alleen positiefrechtelijk, ook juridisch abstract is de onderscheiding, aldus geformuleerd, onhoudbaar. Immers ook de eerbiediging van een absoluut recht — dit is in het systeem — door ieder, wie dan ook, lost zich steeds op in een afdwinging van dat recht niet van iedereen, maar van die bepaalde persoon, die dat recht schond, zoodat dientengevolge wederom de relativiteit van dat absolute recht wordt aanvaard (1). Omgekeerd zou het absolute van een relatief recht hierin zijn gelegen, dat het steeds tegen een bepaald persoon is gericht.

Is de onderscheiding van absoluut en relatief recht dus ondeugdelijk bevonden, een ander fundamenteel bezwaar is aangevoerd tegen de definitie, die boven werd aangegeven en wel dit, dat het criterium onzuiver is en Folgeerscheinung van het recht verwart met zijn Begriffswesenheit (2). Ook deze kritiek is niet onrechtvaardig. Inderdaad komt het er niet op aan, of en in hoeverre een persoonlijk of zakelijk recht bescherming geniet tegenover anderen (3), maar waar de eigenlijke inhoud van dat recht uit bestaat, van welks inhoud misschien ook deel uitmaakt zijne bescherming naar buiten, maar door welke bescherming de inhoud van dat recht in alle geval niet wordt bepaald. Volgens andere opvattingen is dan een zakelijk recht een bevoegdheid om over een zaak te beschikken of ook wel een onmiddellijke heer-

(1) PLANIOL, Traité I, blz. 2610, oordeelt droit réel daarom d'ordre obligatoire.

(2) WINDSCHEID—KIPP, Lehrbuch des Pandectenrechts I, blz. 169.

(3) Alle Rechte sind absolut, die Verpflichtung Jedermanns zur Nichtstörung ist das Korrelat eines jeden Rechts, aldus STAUB in Archiv für Bürgerliches Recht 1890, Dingliche Rechte, blz. 19.

schappij over een zaak, daarentegen een persoonlijk recht een recht om van een of meer bepaalde personen een zeker gedrag te verlangen.

Door sommige schrijvers is een zakelijk recht als onmiddellijke heerschappij over een zaak een juridische onmogelijkheid genoemd, omdat het recht alleen zoude kennen rechtsbetrekkingen tusschen personen en niet tusschen personen en zaken. Met OPZOOMER—GOUDEKET (1) komt het ons voor, dat dit bezwaar wat al te ver gezocht is. Toegegeven, dat alleen personen rechtens kunnen worden gebonden, bij de inhoudsbepaling van een zakelijk recht behoeft men niet zoo ver te gaan. Is iemand eigenaar van een zaak, dan heeft hij krachtens dat eigendomsrecht de bevoegdheid om over die zaak op de volstrekste wijze te beschikken, deze verhouding tusschen hem en de zaak als subject en object maakt de positieve inhoud van dat zakelijk recht uit en is door de wet tot rechtsverhouding gesanctionneerd. Verdere personen worden voor het bestaan en de uitoefening van dat zakelijk recht niet gevorderd (2).

Wat deze tweede definitie van zakelijk en persoonlijk recht nu ten opzichte van de overeenkomst van huur en verhuur aangaat, boven wezen wij er reeds op, dat ook het recht van den huurder zelfstandig tegenover iederen feitelijken stoorder kan gehandhaafd worden, de heerschappij van den huurder over de hem verhuurde zaak is dus ook onmiddellijk. Is hare verkrijging afhankelijk van een contract met den verhuurder, dit is evenzeer het geval met het recht van den beklemden meier; is de verhuurde zaak echter eenmaal door den verhuurder

(1) Het Burgerlijk Wetboek ad art. 584, blz. 165.

(2) BAUDRY—LACANTINERIE CHAUVEAU, dl. VI, blz. 4: il n'y a pas d'intermédiaire entre le titulaire du droit (réel) et la chose qui en est l'objet.

geleverd, dan is ook het recht van den huurder als zoodanig onaantastbaar.

Heeft de huurder nu ook krachtens zijn recht de beschikking of de heerschappij over de zaak? Voorzoover beschikken beteekent van een zaak naar welgevallen gebruik maken of zich van een zaak naar goedvinden bedienen, ja, zeer zeker (1), al is dan ook de omvang van dat beschikkingsrecht over de gehuurde zaak begrensd door de bepalingen van huurcontract en wet. Niet alleen voor den huurder echter, ook voor den meier bestaat de plicht het land als een goed huisvader te gebruiken (2), het beschikkingsrecht van dezen laatste is dus eveneens beperkt.

Mag de beklemde meier als regel het land onderverhuren (3), met gewone huur is dit als regel niet het geval, hoewel het omgekeerde als uitzondering uitdrukkelijk door de wet wordt erkend en dus niet als strijdig met den aard van des huurders recht kan worden beschouwd (4). Ook dit kan derhalve geen essentieel verschil opleveren in het gebruiksrecht van den meier en den huurder.

Tusschen hun recht als heerschappij over de zaak als zoodanig is dan ook geen principieel onderscheid aan te wijzen. Er bestaat slechts een gradueel verschil, een kwestie van meer of minder (5), gelegen in den tijd van

(1) De huurder heeft niet alleen recht op de levering van het verhuurde, maar ook op het genot en het gebruik daarvan.

(2) GRATAMA, t. a. p. blz. 164.

(3) Niet «onderbeklemmen», hetgeen geheel iets anders is.

(4) In het oud-Hollandsche recht werd in het Zuiden van ons land onderverhuring als regel voor geoorloofd gehouden. FOCKEMA ANDREAE. Het oud-Nederlandsche Burgerlijk Recht, dl. I, blz. 338/339.

(5) Bij de beschouwingen over zakelijk en persoonlijk recht drukt OPZOOMER dl. IV, 2e druk, blz. 5 dit quantitatieve duidelijk uit door deze woorden: «er zijn rechtsbetrekkingen, waarin een bepaalde zaak zoo op den voorgrond treedt, dat de persoon, die op een gegeven tijdstip met haar samenhangt, slechts *bijzaak*, middel is».

het genot, hetwelk bij den meier altoosdurend, dus onbegrensd is, bij den gewonen huurder niet.

De bevoegdheid van den meier om zijn recht over te dragen, welke bevoegdheid de gewone huurder mist, kan buiten beschouwing blijven, immers de bevoegdheid om een recht over te dragen, praejudicieert niets ten aanzien van de vraag, wat de inhoud van dat recht is. Ook bij huur is een verandering in de persoon van een der partijen onder bijzonderen titel mogelijk; art. 1612 B. W. geeft daarvan het voorbeeld, het geheele huurcontract tusschen den huurder en eigenaar-verkooper gesloten gaat als het ware door den verkoop van het verhuurde goed op den huurder en kooper over. Indien deze bevoegdheid tot overdracht werkelijk beslissend was voor den aard van het recht, dan zou een recht tot schuldvordering of rechtsplicht tot betaling, voortgesproten uit een of ander contract door middel van cessie of schuldoverneming, reeds daardoor alleen een zakelijk karakter kunnen verkrijgen.

Onze conclusie ligt derhalve voor de hand; ten aanzien van de materie huur en beklemrecht kan het boven aangegeven tweede criterium voor zakelijk en persoonlijk recht al evenmin voldoening schenken (1). Wij zouden dan ook huiverig zijn op dien grond een voorrecht als

(1) Als het er op aankomt in de praktijk met dit criterium te opereeren, blijkt dan ook veel verschil van meening. Hier zij slechts gewezen op het recht van grondrente (volgens Opzoomer 3e druk, blz. 905 niet, volgens andere schrijvers te vinden bij Opzoomer t. a. p. blz. 904, noot 1 en blz. 908, noot 1, wel een zakelijk recht) en het recht van vruchtgenot (volgens Mr. C. O. Segers, R. M. 1892, blz. 305 vlg. en arrest van den Hoogen Raad d d. 30 Maart 1917, W. Pr. N. en R. no. 2481 niet, volgens Meijers in zijne aanteekeningen op dat arrest en dat van den Hoogen Raad van 27 April 1916, W. Pr. N. en R. no. 2470 wel een zakelijk recht).

bedoeld in art. 1185, 202 B. W. aan den eigenaar van het beklemde land te ontzeggen (1).

Verzet dus de aard van des meiers recht zich niet tegen toekenning van dat voorrecht, doelmatigheidsoverwegingen zullen ongetwijfeld de dringende behoefte aan dit voorrecht doen uitkomen. De praktijk is immers het meest gebaat met een deugdelijke en weinig omslachtige bescherming van de wederzijdsche rechten van partijen. De consequentie (2) van GRATAMA's systeem is echter, dat de landeigenaar, wat den waarborg zijner belangen betreft, nog achterstaat bij een gewonen verhuurder, niettegenstaande de bevoegdheden van den gewonen huurder minder duurzaam zijn dan die van den meier en dat hij een speciale hypotheek zal moeten bedingen op des meiers recht ten einde zekerheidsstelling voor de door dezen te betalen huur te verkrijgen.

Hier kan ook nog een beroep gedaan worden op de geschiedenis van het recht van beklemming. Zoowel naar

(1) Overigens is zeker wel aan te nemen, dat de positie van den beklemden meier sociaal-economisch afwijkt van die van den gewonen huurder. Heeft bij de gewone huur en verhuur de verhuurder nog alle belang bij de lotgevallen van het verhuurde land, bij het beklemrecht zal de eenige zorg van den eigenaar zijn de prompte betaling door den meier van de huren en geschenken. Het land zal waarschijnlijk nooit meer in zijn feitelijke macht terugkeeren, omdat caduceeren tot de hooge uitzonderingen behoort, waar gewoonlijk wel erfgenamen tot in den 12en graad worden gevonden of anders de meier nog bij zijn leven de beklemming overdraagt om het vrijsterven te voorkomen. In den laatsten tijd is daar nog minder kans voor, nu den meier meer en meer de bevoegdheid wordt gegeven om bij testament over het recht te beschikken. De door de testamentaire erfgenamen verschuldigde geschenken bedragen dan gewoonlijk bij vermaking in de rechte nedergaande linie twee jaar huur, in de opgaande en zijlinie, den derden graad ingesloten, drie jaar huur en in verderen graad of aan vreemden vier jaar huur.

(2) T. a. p. blz. 199.

het Stadrecht van Groningen (1), als naar het Landrecht der Ommelanden (2) en der Oldambten (3) verkeerde de landeigenaar in een boven andere crediteuren bevoorrechte positie.

Volgens FOCKEMA ANDREAE (4) nu „is niet in te zien, hoe de verhuurder dit voorrecht kan hebben verloren, doordat het genotsrecht van den beklemden meier aanmerkelijk was versterkt, waar de verplichting tot betaling der huur gelijk was gebleven". Er bestaat dan ook geen aannemelijke reden den verhuurder dit voorrecht niet te laten behouden, indien de gronden daarvoor nog evenzeer aanwezig zijn. Het feit, dat aldus een artikel van Romeinschrechtelijke afkomst wordt gepaard aan een instelling van Germaanschrechtelijken oorsprong (5), levert o. i. geen theoretisch bezwaar op, indien deze kruising het beklemrechtelijk ras verbetert.

Dat per slot van rekening ook GRATAMA iure constituendo van de wenschelijkheid van een voorrecht voor den landeigenaar overtuigd is, blijkt uit diens „ontwerp tot nadere regeling", waarin hij in art. 14 (6) de bepaling

(1) In de «Werken der Vereeniging tot Uitgave der bronnen van het oude vaderlandsche recht», eerste reeks, no 9, art. 33: Ende de lanthere mach des lantsaten gued bependen voer sijne hure enz. Idem Stadboek van Groningen van het jaar 1425 in de Verhandelingen van het Genootschap «Pro Excolendo Jure Patrio», dl. 5, art. 11.

(2) Van 1601, Boek 5, art. 45: Die lanthere mach vor zijn Huere vor alle andere schuldeners beholden alle, dat he up sijn Landt befindet den meier toebehorende enz.

(3) Van 1618, Boek 4, art. 149: een jaar landhuijr met zijl- en dijckschot en enkele anderen, met malkanderen concurreren ende na begrafnisseskosten vor allen anderen schulden prefereert werden.

(4) T. a. p. blz. 360.

(5) GRATAMA, t. a. p. blz. 86, 112; ASSER—SCHOLTEN, dl. II, blz. 229, 230, 241 in verband met SCHRÖDER, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte 1894, § 35, no. 2.

(6) GRATAMA, t. a. p. blz. 361.

heeft opgenomen, dat de eigenaar voor drie jaren achterstallige huur en voor een gelijk bedrag aan verschuldigde geschenken bevoorrecht is op het recht van beklemming boven de daarop gevestigde hypotheken en alle andere voorrechten, behalve die in artt. 1185, 1e en 1195, 1e B. W.

Wat is nu te denken van de toepasselijkheid van art. 1302 van het B. W., dus van het beginsel daarin neergelegd n.l. ontbinding der overeenkomst door den rechter op grond van schuldige wanprestatie door een der partijen? Stel, dat de meier in gebreke blijft de verschuldigde huur of geschenken (1) te betalen, zou de eigenaar dan met succes de ontbinding van de beklemming kunnen vragen?

Bij de beantwoording dezer vraag moet al dadelijk vooropgesteld worden, dat, waar de beklemmingen door overdracht (2) van den eenen meier op den anderen kunnen overgaan en de laatste alsdan zijn recht aan zijn voorganger, niet aan den landeigenaar ontleent, de gewone toestand wel deze zal zijn, dat tusschen den huidigen meier en den eigenaar geen overeenkomst is gesloten en zij beiden of een van beiden vreemd zijn aan de oorspronkelijke overeenkomst, waarbij de beklemming is gevestigd, hetgeen vooral zal gelden bij de oudere beklemmingen. De overeenkomst, krachtens welke de beklemming in 't leven werd geroepen, is dan ook geheel op den achtergrond geraakt en heeft uitgewerkt, nadat de beklemming eenmaal is gevestigd, zonder nog een blijvenden persoonlijken band achter te laten. Onder

(1) Alleen het geschenk bij huwelijk komt hier in aanmerking, de andere moeten immers in de praktijk reeds betaald worden vóór de inboeking van den nieuwen meier.

(2) Is de beklemming van af vestiging geregeld vererfd, dan zou men de erfgenamen nog kunnen beschouwen als getreden in de plaats van den oorspronkelijken contractant.

dit gezichtspunt kan van een ontbinding van dien band, de overeenkomst, dus geen sprake zijn.

Daarnaast brengt ook de terugwerkende kracht (1) der ontbinding een onoplosbare moeilijkheid mee, want het schijnt twijfelachtig of de geschenken of propinen op één lijn gesteld kunnen worden met de huurpenningen als equivalent voor het gebruik van het land, doch deze niet veeleer als een afzonderlijke en onvaste bate voor de zelfstandigheid en vastheid van des meiers recht dienen te worden beschouwd, en dus bij de berekening van eventueele schadevergoeding na ontbinding niet tegen het genoten gebruik kunnen wegvallen, zooals dat bij ontbinding van huurcontracten, die reeds over jaren liepen, gewoonlijk geschiedt (2).

Maar verder, wat moet er met het huis gebeuren? Moet de meier dit afbreken om letterlijk te voldoen aan den wettelijken eisch van terugkeer tot den vorigen toestand of wel kan het blijven staan, maar moet de eigenaar het overnemen en de waarde vergoeden en in dat laatste geval tegen de volle waarde of „als hout en steen overhoop liggende"? De laatste taxatie draagt een onbillijk karakter, bezwaart den meier noodeloos, verrijkt den eigenaar ongemotiveerd. Soortgelijke billijkheidsoverwegingen hebben inderdaad den wetgever bewogen bij de grondrente in art. 785 B. W. uitdrukkelijk te verbieden uit hoofde van wanbetaling der rente het onroerende goed terug te vorderen (3).

(1) Gedeeltelijke ontbinding acht de jurisprudentie door de artt. 1302 j°. 1301 vooralsnog uitgesloten; zie arrest Hof Amsterdam 9 October 1916 (W. Pr. N. en R. no. 2481); conclusie advocaat-generaal voorafgaand aan arrest Hoogen Raad van 20 April 1917 (N. J. 1917, blz. 602). Mr. G. Scholten, Wanprestatie als ontbindende voorwaarde bij wederkeerige overeenkomsten, diss. Amsterdam 1914, blz. 118—132 en Asser—Goudoever, blz. 208.

(2) Asser—Goudoever, blz. 238, noot 1.

(3) Voorduin t. a. p., dl. III, blz. 538.

Al deze bezwaren nopen den eisch tot ontbinding in het beklemrecht af te wijzen (1). Ook de wet zelf volgt blijkbaar een anderen weg.

Voor genotsrechten, die zooals erfpacht en opstal een zekere mate van zelfstandigheid in omvang en duur vertoonen, en waaronder ook het beklemrecht is te rangschikken, is door den wetgever een andere regeling aanvaard en wel die der vervallenverklaring. Juist met het oog op het langdurige der rechtsbetrekking biedt deze regeling het voordeel, dat alle rechtsgevolgen in het verleden onaangetast blijven, doch alleen voor de toekomst de rechtsbetrekking wordt beëindigd.

De vraag doet zich nu vanzelve voor: is er naar analogie o. a. van art. 780 B. W. houdende vervallenverklaring van het erfpachtsrecht dus toepassing van dat beginsel mogelijk bij het beklemrecht?

Gratama (2) schijnt er wel voor te voelen, noemt het echter op andere plaatsen (3) een twijfelachtig en betwistbaar punt en niet geheel zonder bedenking. In alle geval acht hij de toepassing bij wanbetaling van huurpenningen uitgesloten (4) en alleen toelaatbaar bij aanmerkelijke schade, door den meier aan het land toegebracht of grovelijk misbruik daarvan.

In afwijking hiermede zouden wij geneigd zijn de vraag liever geheel ontkennend te beantwoorden (5). De

(1) In dien zin ook Mr. W. Tonckens: Zoogenaamde Beginselen van het Beklemrecht; R. M. 1884, blz. 583 en Gratama, t. a. p. blz. 166 en 198. Is art. 1302 uitdrukkelijk bedongen, dan staat de zaak anders.

(2) T. a. p., blz. 166, 173.

(3) T. a. p., blz. 234, 303 en 313.

(4) T. a. p., blz. 173 en 313.

(5) Eveneens Diephuis, Het Nederlandsche Recht, dl. 7, blz. 93, noot 1 en Mr. C. H. Gockinga, Brieven over het Regt van Beklemming, gericht aan Mr. C van Assen te Leijden in Nederlandsche

beklemrechtelijke verhoudingen hebben nu eenmaal de bestemming voor onbepaalden tijd en wel altijddurend te zijn gevestigd, in verband hiermede worden dan ook de regelen van den beklembrief ten opzichte van de onveranderlijke hoegrootheid der huur vastgesteld en nu zoude het niet aan deze bedoeling beantwoorden de opheffing van de beklemming mogelijk te maken, indien de wanprestatie op een andere wijze kan worden achterhaald. Daarom schijnt hier nu juist een geval aanwezig, dat de strekking van de overeenkomst zich tegen vervallenverklaring en a fortiori tegen toepassing van art. 1302 B. W. verzet (1). Daarbij komt nog, dat in zooverre de vergelijking met erfpacht mank gaat, dat de meier eigenaar van het op het land gebouwde is, de erfpachter niet (2).

Als gevolg daarvan is bij den laatste de band tusschen het land en den pachter veel minder sterk en maakt een vervallenverklaring van het recht minder bezwaarlijk. Bij het beklemrecht daarentegen is het huis van ouds de oorsprong van den hechten band geweest, het klemde eigenaar en meier in gelijke mate en bracht daardoor mede, dat beider belang gericht was op het voortduren der rechtsbetrekking. Het spreekt vanzelf, dat de practische bezwaren, hierboven bij toepassing van art. 1302 opgesomd, zich ook hier eenigermate zullen doen gevoelen.

Op deze wijze zal van verschillende rechtsbepalingen moeten worden uitgemaakt of zij voor toepassing bij het

---

Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving 1845, dl. 7, blz. 81/82, anders Mr. S. J. Fockema Andreae, t. a. p. I, blz. 361, die in geval van wanbetaling het recht om de beklemming te doen eindigen bestaanbaar acht.

(1) Asser—Goudoever, t. a. p. blz. 222.

(2) Arrest Hooge Raad 22 April 1901, W. 7610.

beklemrecht in aanmerking komen. De wet stelt daartoe de mogelijkheid immers open door de rechten van beklemming te laten „regeeren" door de „bedongen voorwaarden" (1) en de „eigen bepalingen".

Nu komt het ons voor, dat de beteekenis van „eigen bepalingen" niet is uitsluiting van alle regelen, die bij andere rechtsinstituten dan het beklemrecht worden aangetroffen, maar dat daaronder moeten worden verstaan al die rechtsregels, die de praktijk (2) van het beklemrecht beheerschen en daardoor geacht worden aan het recht van beklemming eigen te zijn, zoodat het zeer wel mogelijk is, dat daartoe tevens behooren bepalingen, bijzonderlijk bij andere rechtsinstituten voorgeschreven, indien maar komt vast te staan, dat ze gerekend mogen worden tot de „eigen bepalingen". Dat de wetgever zegt, dat het beklemrecht zal moeten worden beheerscht door zijn eigen bepalingen, is in het wezen der zaak niets bijzonders en bijkans overbodig (3); de

(1) Het zal wel niet worden tegengesproken, dat pas als de bedongen voorwaarden ten aanzien van een bepaald vraagpunt geen regeling inhouden, de oplossing moet worden gezocht bij de eigen bepalingen, m. a. w. dat de bedongen voorwaarden primair zijn. DIEPHUIS t. a. p. dl. 7, blz. 68; OPZOOMER t. a. p. dl. 9, blz. 10.

(2) Ook als men aanneemt, dat de eigen bepalingen mede zijn rechtsregels, die deductief uit den aard van het beklemrecht kunnen worden afgeleid, komt men toch weer op de praktijk terug, omdat daaruit die aard zich eerst laat kennen. Theoretische voorschriften kan alleen de wetgever geven, die dat echter in dezen niet heeft gedaan.

(3) Ziet men met OPZOOMER t. a. p. dl. 9, blz. 11 alleen dezen positieven regel in het artikel, dan is met hem mede te gaan als hij zegt: «wat kan belachelijker klinken, dan omtrent eenig recht in een wet eenvoudig te verklaren, dat het geregeerd wordt door de bepalingen, die er aan eigen zijn? Wie slaat de wet anders op, dan om juist van haar te vernemen, welke bepalingen aan een recht eigen zijn»?

beteekenis van het artikel moet dan o. i. ook meer hierin worden gezocht, dat de wetgever heeft gemeend zelf geen regelende voorschriften ten aanzien van deze materie te moeten geven, doch alleen de wettige bestaanbaarheid ervan te memoreeren en zich voorts ten aanzien van zijne regeling in verband met art. 3 W. H. A. B. eenvoudig te refereeren aan hetgeen het leven zelf van het beklemrecht ons te zien geeft.

Aangezien de wet hierbij geen onderscheidingen maakt, is aan te nemen, dat het geheel onverschillig is op welke wijze dat leven, dat geheel van eigen bepalingen tot uiting komt, zoodat niet alleen mag worden geput uit rechtspraak, doctrine en oude publiekrechtelijke verordeningen als Staatsresoluties, met of zonder bindende kracht, maar dat de „eigen bepalingen" mogen worden opgespoord uit alle handelingen, waaruit zich het bestaan van gevestigde opvattingen laat rechtvaardigen. De voornaamste plaats wordt daarbij zeker wel ingenomen door de praktijk, zoowel de notarieele, die in hoofdzaak zich bezighoudt met het samenstellen der constitutieve titels en dus uit den aard der zaak bij de praktijk van het beklemrecht het meest betrokken is, als wel door de gedragingen van diverse landeigenaren en meiers, waaruit zich hun standpunt ten opzichte van verschillende beklemrechtelijke vraagstukken leert kennen.

Hieruit volgt, dat ook wanneer de oude Staatsresoluties een bepaalden regel inhouden, deze toch niet een eigen bepaling van het beklemrecht vormt, indien hij niet als zoodanig door de praktijk is erkend en omgekeerd deze wel voor een eigen bepaling zal moeten worden gehouden, ook al wordt hij niet in de Staatsresolutie aangetroffen, mits hij maar in de praktijk algemeen gelding vindt.

Brengen wij dit betoog in toepassing op het vraagstuk van de beteekenis van de inboeking. Het is bekend, dat

de beantwoording daarvan de kampen nog steeds verdeeld houdt. Eenerzijds staat de doctrine, die de beteekenis van de inboeking heeft „herabgewürdigt" tot een simpele quitantie, anderzijds wordt in de praktijk geschermd met de leus „geen recht van landgebruik zonder inboeking".

Het bewijs van de gelijkstelling van de inboeking met een eenvoudige quitantie kan door de voorstanders aldus worden geconstrueerd.

Nu het recht van den beklemden meier in den loop der tijden is geworden zelfstandig en overdraagbaar, is toestemming van den landeigenaar voor de overdracht van dat recht niet meer noodig, waaruit volgt, dat de inboeking bij den eigenaar, d. i. de verklaring door dezen in het huurboekje van den meier (1), niet kan beteekenen de verkregen toestemming van den eigenaar. Na overdracht door den ouden meier van diens recht is de eigenaar verplicht den nieuwen meier in te boeken, mits de titel van overdracht rechtmatig blijkt te bestaan. Dit geldt mutatis mutandis in geval van huwelijk van den meier en van vererving bij zijn overlijden. Is dus de overdracht en casu quo de inboeking van opvolger, aangetrouwde en erfgenamen niet aan het goedvinden van den landeigenaar gebonden, dan kan de inboeking ook niet de beteekenis hebben van een verschaffen van het recht van landgebruik in dien zin, dat zonder de inboeking dat recht nog niet bestaat. Immers men verkrijgt het recht van zijn voorganger, al is men ook verplicht zich tegen betaling van geschenken bij den eigenaar te laten inboeken.

Aldus redeneerende, wordt het bewijs afgeleid uit de historische ontwikkeling van het recht en wanneer wij

(1) Vroeger geschiedde deze inboeking in het rentmeestersboek, dat onder de provinciale eigenares berustte.

nu daarnaast zien, dat in de praktijk nog steeds is ingeworteld de tegenovergestelde leer: „geen recht zonder inboeking", dan dringt zich aan de hand van ons bovengesteld betoog vanzelve de vraag op, of, niettegenstaande uit de historische lijn van het recht gewichtige argumenten tegen die leer zijn aan te voeren, deze toch niet bij huldiging door de praktijk moet worden geacht de heerschende rechtsregel te zijn.

Gesteld eens, dat werkelijk in de praktijk deze leer onvoorwaardelijk mocht gelden — wij komen daar dadelijk op terug — dan zouden wij van oordeel zijn, dat de bepaling van art. 1654 B. W. ons gebiedt de vraag bevestigend te beantwoorden. Het is immers in strijd met dit artikel, wanneer men de erkenning van een regel door de praktijk negeert en uitsluitend zich gedraagt naar de lessen der historie, die ons een ommekeer in de beteekenis van de inboeking in de 18e eeuw te zien geven. Wat heden ten dage rechtens is ten aanzien van die beteekenis, zal moeten worden uitgemaakt door het huidige gewoonterecht en niet uit de historie van eeuwen geleden. Verwijt GRATAMA (1) den voorstanders van den regel „geen recht zonder inboeking", dat zij de ontwikkeling van twee eeuwen ignoreeren, den tegenstanders mag dan voor de voeten worden geworpen, dat zij hunne oogen sluiten voor de tegenwoordige opvattingen, die ook reeds meer dan een eeuw achter zich hebben. Gaat men tegen die opvattingen in uitsluitend gezag toekennen aan de historie, dan schept men eene bepaling, die niet eigen is aan het recht van beklemming, maar dat alleen vroeger is geweest. Ook de beschuldiging van rechtsverkrachting (2) is ongegrond, omdat de wet ten aanzien

(1) T. a. p. blz. 243.
(2) T. a. p. blz. 243.

van de beteekenis der inboeking geen bindende rechtsregels geeft, integendeel juist door onthouding steeds de heerschende opvattingen als gewoonterecht wil laten gelden. Al mag een opvatting van de praktijk zich kwalijk verdragen met de uitkomsten van een historisch onderzoek, het is een te veel vasthouden aan het begrip ontwikkeling als evolutie (1) een rechtsopvatting te willen binden aan een bepaald tijdvak.

Intusschen achten wij dus de methode van bestrijding op grond van historische ontwikkeling niet geheel juist, met de resultaten, dat de inboeking geen recht van landgebruik verschaft, doch enkel de beteekenis van quitantie heeft, gaan wij toch accoord, omdat de praktijk in dezen zich zelve logenstraft. Zij spreekt immers niet duidelijk en ondubbelzinnig de gedachte uit, dat er geen recht zonder inboeking bestaat.

Meermalen toch komt het voor, dat, om een voorbeeld te noemen, de kooper van een recht van beklemming zijn land reeds weer verhuurd heeft, vóór hij bij den landeigenaar als nieuwe meier ingeboekt is of dat de erfgenamen van een meier het land reeds in gebruik hebben vóór zij als zoodanig bij den landeigenaar te boek zijn gebracht. Geen eigenaar zal er dan aan denken de rechtmatigheid van hun gebruik te betwisten.

Vertoont de praktijk een dergelijk zwak beeld, dan kan daarop geen gewoonterecht worden opgebouwd. Maar overigens zal het levende recht zelf, niet de historische ontwikkeling ons den weg moeten wijzen.

Dit schijnt ook niet voldoende in het oog gehouden te zijn door het hierboven bedoelde vonnis van de Rechtbank te Groningen, gewezen den 6den December

(1) Over het begrip ontwikkeling G. LASSON in Inleiding op HEGEL's Encyclopädie der Philosophischen Wissenschaften, uitgave MEINER, Leipzig 1911, 1e Kapitel, blz. 13 vlg.

1916 (1). Het geval, dat daar voorlag, was het volgende. Eischer, die te zamen met andere deelgenooten, n.l. zijne moeder en broeders en zusters, verschillende onroerende goederen had gescheiden en gedeeld, zag zich uit die onverdeeldheid het ten processe bedoelde vaste goed, bestaande uit boerenbehuizing en schuur met de vaste en in alle linies verervende beklemming, toebedeeld, waarvan vóór dien eischers moeder als meiersche bij de landeigenares-gedaagde stond ingeboekt. Toen nu eischer verzoek deed om met zijn vrouw als nieuwe meier en meiersche in de plaats van zijn moeder ingeboekt te worden, vorderde de landeigenares niet alleen de geschenken, staande op de overdracht, maar tevens een half jaar huur als geschenk ter zake van eischers getrouwd zijn en de inboeking van eischers echtgenoote als meiersche. De eischer betaalde dit laatste geschenk onder protest, teneinde de inboeking aanstonds te verkrijgen, doch vorderde het later als onverschuldigd betaald terug. Over de al of niet verschuldigdheid der gedane betaling liep thans de strijd der partijen. Eischer voerde voor zijn standpunt aan, dat de beklembrief slechts betaling van geschenken ter zake van trouwen voorschreef in geval een reeds ingeboekte meier trouwde of bij vererving van het recht van beklemming op een man of vrouw, die reeds gehuwd was, welke beide gevallen hier niet aanwezig waren, zoodat ook geen trouwgeschenk verschuldigd was en dat verder als algemeene regel bij het recht van beklemming gold, dat man en vrouw, in wettig huwelijk verbonden, als één meier werden aangemerkt, zoodat bij verkrijging van dat recht door reeds gehuwde lieden, als het ware een

(1) W. v. h. R. no. 10052, W. Pr. N. en R. no. 2485, N. J. 1917, blz. 296.

eenheid vormend, geen trouwgeschenk verschuldigd was.

Gedaagde daarentegen was van oordeel, dat, nu de beklembrief omtrent het onderhavige geval geen bepaling behelsde, als gevolg daarvan de eigenaar niet verplicht was de aangetrouwde als meiersche gratis in te boeken, zijnde dit ook volkomen in strijd met de regelen en de praktijk van het recht van beklemming.

De Rechtbank stelde bij haar vonnis den eischer in het gelijk en veroordeelde de gedaagde tot teruggave van het door haar ontvangen trouwgeschenk. Na eerst te hebben overwogen, dat in den titel in geschil niets is bepaald omtrent de verplichting tot betaling van een trouwgeschenk in een geval als het onderhavige (1) en dus aan de hand daarvan de beantwoording der vraag niet kan worden gevonden (2), gaat zij vervolgens na of bij de „eigen bepalingen" eenig licht valt te ontsteken en deze het geschenk voorschrijven of medebrengen.

In de eerste plaats wordt een beroep gedaan op de

(1) Zonderling doet de zesde overweging na «In Rechte» aan, dat, al wil men ook niet zoover gaan als het Gerechtshof te Leeuwarden in zijn arrest van 29 November 1899 (W. v. h. R. no. 7383) en dus niet als regel aannemen, dat door meiers geen geschenk is verschuldigd dan waartoe de overeenkomst hen verbindt, toch in elk geval hetgeen in de vorige overweging is geconstateerd pleit vóór des eischers stelling, omdat een van beide: òf de verplichting tot betaling van geschenken alleenlijk uit de bepalingen van den titel kan voortvloeien òf niet, maar in het laatste geval dan ook uit het stilzwijgen van den titel geen vermoeden in het voordeel van den meier kan worden geput.

(2) Met de Rechtbank achten wij de stelling van het Hof te Leeuwarden (zie noot 1) onjuist, immers in strijd met art. 1654 B. W., omdat de consequentie dier stelling is, dat steeds uit de bedongen voorwaarden kan volgen, of geschenken al dan niet verschuldigd zijn en er dan geen plaats meer is voor de «eigen bepalingen», terwijl deze toch mede als bron zijn genoemd, waaruit de rechtsregels zijn te putten.

geschiedenis van het recht van beklemming aan de hand van het bekende werkje van FEITH (1). Vermelden wij zelf dezen trek uit de geschiedenis ook even in het kort (2).

Oudtijds onder vigeur van de Staatsresolutie van 12 Augustus 1630 (3) moest bij overdracht van een recht van beklemming aan iemand, „dewelcke redes getrouwet is, ofte onder trouwe staet" twee geschenken betaald worden, te weten zoowel voor de „overdracht" als het „ophijlcken". Echter gold deze bepaling alleen bij overdracht aan „descendenten", geschiedde de overdracht aan vreemden, dan werd alleen het op de overdracht staande geschenk gevorderd. Reeds in 1671 (4) besloten de Staten evenwel dit extra-geschenk op grond van getrouwd zijn bij de verkrijging „voortaen" weder te laten vervallen, waarschijnlijk op de gronden daarvoor door de Gecommitteerden aangevoerd, dat anders de conditie der gehuwde kinderen niet beter zou zijn dan die van de vreemden en ook omdat in de praktijk bij overdracht aan getrouwde kinderen toch reeds „van tijdt tot tijdt" niet meer dan één geschenk werd betaald. Daarop werd in 1711 (5) aan de Edel Mogenden voorgedragen om bij overdracht op getrouwde kinderen wederom een trouwgeschenk te eischen, maar de Staten (6) verhoogen wel in het algemeen de geschenken, doch

(1) Handboekje over het Beklemrecht. Groningen 1848, blz. 29, 30 en 31.

(2) Uitvoerig die geschiedenis bij GRATAMA, t. a. p. blz. 296—299.

(3) FEITH, Beklemrecht dl. I, blz 220; dito Instructies Rentmeester 1602, artt. 42/43 en 1634, art. 6 bij FEITH, t. a. p. I, blz. 248 en II, blz. 270.

(4) Staatsresolutie van 10 Juni 1671, FEITH, t. a. p. I, blz. 390.

(5) FEITH, t. a. p. I, blz. 433.

(6) Staatsresolutie van 4 April 1711, FEITH, t. a. p. I, blz. 438/439.

beslissen niet uitdrukkelijk (1) op het voorgestelde punt, terwijl ook daarna bij geen Staatsresolutie een dusdanig geschenk werd vastgesteld (2).

Het betoog, dat bij FEITH wordt gevonden, luidt eenigszins anders. In het kort komt het hierop neer, dat bij de Staatsresolutie van 1623 en 1636 (3) twee jaar huur als geschenk werd voorgeschreven in geval van overdracht aan vreemden en één jaar huur bij die aan kinderen, terwijl als de laatsten bij de overdracht reeds gehuwd waren, beide geschenken (dus ook twee jaar huur) moesten worden betaald (4). Naderhand (d. i. sinds

(1) De Staatsresolutie luidt op dit punt:

«De Heeren Staeten van Stad en Lande hebben goedgevonden ende verstaen, dat voortaen van een provincieplaetse, aan vreemde wordende overgedragen, bij den vercoper en coper, ijder een jaar huijre geschenk, en van een plaetse, vervallende op kinderen of kintskinderen en niet verders, een jaar huijre, alsmede in cas van trouwen, een jaar huijre zal worden betaelt».

Legt men bij de verklaring van de woorden «alsmede in cas van trouwen» enkel nadruk op het verband met de vraag van de Gecommitteerden van de Staten, dan is er zeker iets voor te zeggen, het bedoelde trouwgeschenk wederom hersteld te achten (aldus Mr. A. OUDEMAN in «Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt», dl. XI, blz. 218). Anderzijds doet men die woorden op zich zelve beschouwd geweld aan door er ook onder te begrijpen, «overgang op getrouwden meier», terwijl tevens de plaatsing er van geheel afzonderlijk volgende op de beide gevallen van overgang op vreemden en kinderen er op wijst, dat dit trouwen niet met eenige overdracht in combinatie moet worden gebracht. De slotsom schijnt derhalve een «non liquet» te moeten zijn.

(2) Wel vermeldt FEITH, t. a. p. I, blz. 568, noot nog, dat hem uit de stukken is gebleken, dat er na 1770 meerdere aangehuwden onder betaling van geschenk werden ingeboekt dan vóór dien, doch het blijkt niet of daaronder ook gevallen werden begrepen van overgang van het recht op «getrouwde meiers».

(3) FEITH, t. a p I, blz. 179 en 300.

(4) In de 9e en 10e overweging na «In Rechte» komt dit niet duidelijk uit; nevens het trouwgeschenk werd niet betaald in tegen-

de resolutie van 1711 (1)) werd voor elke overdracht, hetzij aan vreemden, hetzij aan kinderen, steeds twee jaar huur als geschenk gevorderd, omdat de kinderen, aan wie de overdracht geschiedde, in de meeste gevallen reeds getrouwd waren en dus op dien grond dan toch al twee geschenken (dus twee jaar huur) verschuldigd waren.

Uit dit feit nu, dat bij overdracht geen verschil meer werd gemaakt tusschen descendenten en vreemden, en daarnaast het trouwgeschenk niet is gehandhaafd geworden, concludeert de Rechtbank, dat de „eigen bepalingen" in elk geval het trouwgeschenk in kwestie niet voorschrijven (2).

Deze conclusie nu schijnt ons niet geheel terecht getrokken, althans in hare strekking veel te algemeen; immers streng genomen zou uit het voorgaande alleen voortvloeien, dat uit een bepaald onderdeel van de geschiedenis van het recht van beklemming, te weten de oude Staatsresoluties, geen gewoonterechtelijke regel valt af te leiden op grond waarvan bij overdracht aan getrouwde kinderen naast het overdrachtsgeschenk nog een trouwgeschenk zou verschuldigd zijn. Ten aanzien van de algemeenheid van deze conclusie doet de Rechtbank dan ook te vergeefs een beroep op het Handboekje van Feith, immers van een dergelijke gevolgtrekking is bij Feith niets te bespeuren, ja, het tegendeel treft men zelfs bij hem aan op blz. 38, waar hij onder dezelfde omstandigheden wel een trouwgeschenk bepleit, steun

---

stelling met overdracht aan vreemden, maar naast het overdrachtsgeschenk was nog een trouwgeschenk verschuldigd in geval van overdracht aan getrouwde kinderen.

(1) Feith, t. a. p. I, blz. 429.

(2) Overweging 7 en 8 na «In Rechte».

zoekend bij de reeds boven aangehaalde Staatsresoluties van 1630 en 1711 en die van 27 Februari 1635 (1).

Intusschen de geschiedenis van het recht van beklemming kan ons ook nog iets anders leeren en wel het volgende. Telkenmale als het recht van den meier werd uitgebreid of versterkt, grepen de landeigenaren de gelegenheid aan om voor die vermeerdering van de bevoegdheden van den meier als equivalent een vergoeding te vorderen in den vorm van een extra-bate, een geschenk. Passen wij dezen regel toe op de vraag, die ons thans bezighoudt.

Was de meier tot nu toe voor zich zelf als enkeling de tot het landgebruik gerechtigde geweest, door de mede-opneming door den eigenaar van des meiers vrouw als meiersche zal hij voortaan tegenover den eigenaar als hoofd van dat huisgezin staan, met dat gevolg, dat de uit het huwelijk van de meiers geboren kinderen in de tot dat landgebruik gerechtigde eenheid worden opgenomen en bijgevolg naderhand als erfgenamen kunnen optreden. En ook al erkent men thans niet meer de verbindbaarheid (2) van den regel, die, zooals bekend, is neergelegd in de Staatsresolutie van den 19en December 1656 (3), n.l. dat bij gebreke van het te boek brengen der aangehuwde door den meier de kinderen „nae haer olderen doodt, van het recht van overdraght ofte beclemming ten eenenmaal soelen zijn ende blyven ontwaert", omdat reeds door het enkele feit van het overlijden der ouders en door het enkele feit van afstamming van hen het recht tot opvolgen voor de kinderen ontstaat, toch zal de teboekbrenging van de aangehuwde als meier of

(1) Feith, t. a. p. I, blz. 293.

(2) In de praktijk neemt men die verbindbaarheid wel aan.

(3) Feith, t. a. p. I, blz. 349.

meiersche ook voor de meiers van veel nut kunnen blijken te zijn.

Immers de dood van een der ingeboekte ouders geeft dan niet zonder meer aanleiding tot inboeking van een nieuwen opvolger, hetzij als enkeling, hetzij onder collectieven naam, maar de langstlevende echtgenoot kan als meier of meiersche voorloopig ingeboekt blijven (1), indien althans niet de vermogensrechtelijke verhouding van de echtgenooten ten opzichte van het recht het blijven op de plaats geheel onmogelijk maakt (2). Dit alles klemt gelijkelijk zoowel bij den meier, die gaat trouwen (3), als bij een getrouwd persoon, die meier wordt. In beide gevallen kan de mede-inboeking van de aangehuwde voordeelen opleveren en het ligt dus in de lijn van het beklemrecht, dat hiervoor als tegenprestatie den eigenaar een geschenk wordt betaald.

Houdt men het oog gevestigd op dit bepaalde moment uit de geschiedenis, dan komt men juist tot een resultaat tegenovergesteld aan dat van de Rechtbank.

---

(1) Zoolang bij den eigenaar een nog levende meier of meiersche te boek staat, gaat hem de onderlinge verhouding der deelgenooten niet aan, alleen bij verandering van de ingeboekte persoon heeft hij recht te onderzoeken of daarvoor een wettige titel aanwezig is. Anders DIEPHUIS, t. a. p. blz. 88: «dat de langstlevende echtgenoot anders (d. i. wanneer hij of zij niet gerechtigd is krachtens testament of huwelijksvoorwaarden) door den eigenaar niet als meier of meiersche erkend en ingeboekt behoeft te worden». Maar zouden wij willen opmerken: de langstlevende echtgenoot is immers als aangehuwde reeds ingeboekt geworden!

(2) Heeft de aangehuwde meier of meiersche geen recht krachtens huwelijksgemeenschap of testament op het recht van beklemming en mag hij of zij ook niet bij de gerechtigden blijven inwonen, dan zal wel een nieuwe inboeking moeten plaats hebben.

(3) Dat in dit geval een trouwgeschenk verschuldigd is, wordt algemeen erkend.

Wat echter ten opzichte van de onderwerpelijke kwestie den doorslag had moeten geven, is de vraag, welke opvatting te dien aanzien de praktijk huldigt (1) en dit is juist, naar wij boven reeds opmerkten, salva reverentia door de Rechtbank niet voldoende naar voren gebracht (2).

Hetgeen de gedaagde daarvoor had aangevoerd, werd door de Rechtbank afgewezen met deze overweging: „dat het beroep van de gedaagde op de praktijk alleen waarde kan hebben, voor zoover deze op goede gronden steunt en dat gedaagde in gebreke is gebleven de Rechtbank daarvan te overtuigen".

Waarom waren nu de gronden, waarop de door gedaagde aangevoerde praktijk berustte, niet deugdelijk? Deze had een beroep gedaan op het feit, dat in de praktijk man en vrouw steeds *te zamen* beklemd land koopen ten einde

(1) Al is ook op het onderhavige recht van beklemming, waarvan de titel van 1819 dateert, art. 1654 B. W. ingevolge art 4 van de W. H. A. B. niet toepasselijk (VOORDUIN t. a p. I, 2e stuk, blz. 90/91 en V, blz. 277), feitelijk maakt dit geen verschil. De praktijk en de jurisprudentie onder den Code Civil, die, zooals bekend, geen bepaling over het recht inhield, pasten reeds die rechtsregels toe, die als gewoonterecht gelding hadden, zonder zich gebonden te voelen aan eenige wettelijke bepaling van andere instituten (GRATAMA t. a. p. blz 14). Bovendien loopt het hier over den betalingsplicht van geschenken bij een overdracht van het recht van beklemming na 1838, een casuspositie niet geregeld bij den constitutieven titel en waarvoor beslissend is het gewoonterecht, heerschend tijdens die overdracht. Immers ging men de beslissing zoeken bij het gewoonterecht, geldend ten tijde van het ontstaan van den titel — daargelaten nog, of de uitkomst een andere zou zijn — het doel, zich op elk tijdstip juist aan te sluiten bij de dan heerschende rechtsovertuiging, zou voorbijgestreefd worden. Het specifieke voordeel van het gewoonterecht is zijn onophoudelijke, nimmer kristalliseerende vloeibaarheid.

(2) Het vonnis wijdt nog drie overwegingen (nos. 13, 14 en 15 na «In Rechte») aan de vraag of de titel van den eischer *verplichtte* tot het inboeken zijner vrouw, doch deze kunnen wij hier voorbijgaan.

beiden te zamen als meiers te worden ingeboekt alleenlijk tegen betaling van de geschenken, staande op de overdracht. Immers trad de man alleen als kooper op, hij was na de inboeking van zich zelf verplicht om daarop ook zijn vrouw als aangehuwde te boek te brengen en daarvoor wederom een geschenk te offeren. Juist om dit te voorkomen, laat de praktijk man en vrouw gezamenlijk als koopers (1) optreden en zoodoende één geschenk besparen. Doch hieruit volgt dan ook, dat ingeval één der echtgenooten slechts als kooper kan optreden, speciaal in dit geval, nu alleen de man deelgenoot was in den onverdeelden boedel en niet mede zijn vrouw, die bij de scheiding geen partij was, hij voor de inboeking van zijn echtgenoote afzonderlijk als meiersche wel degelijk een geschenk zal hebben te betalen.

In beide gevallen is wel het resultaat hetzelfde, immers twee echtgenooten worden ingeboekt, doch het kanselement maakt nu eenmaal een deel uit van het geheele beklemrecht (2).

Zoo bestaat in de praktijk ook de gewoonte om bij uitgifte van een recht van beklemming ter gelegenheid bijvoorbeeld van een gesplitsten verkoop van den eigendom van het land eenerzijds en het daarop te vestigen recht van beklemming anderzijds in de constitutie van het recht van beklemming de bepaling op te nemen, dat de kooper van het recht en degene, met wie hij bijv. vóór midwinter, het aanvangs- tijdstip van het recht, in het huwelijk mocht

(1) Art. 3012, al. 2 van het ontwerp 1816 (VOORDUIN, t. a. p. dl. V, blz. 255): Echtgenooten, het beklemrecht *te zamen* verkrijgende, zullen *nogtans* maar één geschenk verschuldigd zijn, d. w. z in verband met al. 1 van dat artikel: één aangaand geschenk, dus geen apart trouwgeschenk.

(2) Bij kinderlooze huwelijken en vererving van het recht in de zijlinie, zullen bijv. de geschenken veel grooter zijn, dan wanneer kinderen opvolgen.

treden, door den eigenaar voor de eerste maal gratis moeten worden te boek gebracht. Ook dit wijst er alweer op, dat zonder deze bepaling, de verkrijger van het recht voor het inboeken zijner vrouw, met wie hij gehuwd is op het oogenblik van zijne inboeking, mede een trouwgeschenk zou hebben moeten betalen.

Het is waar, dat het modelcontract van FEITH (1), dat gewoonlijk geheel wordt overgenomen in de constitutieve titels, dit speciale geval van overdracht op een getrouwd persoon niet regelt (2), althans niet een geschenk naast het geschenk staande op de overdracht voorschrijft (3), maar toch is er uit een bepaald artikel wel af te leiden, dat bij dusdanige overdracht ook nog een trouwgeschenk verschuldigd is. Wij bedoelen art. 8 (4).

Zijn de minderjarige of minderjarige en meerderjarige kinderen tegen betaling van een geschenk collectief, als

(1) Opgenomen in zijn Handboekje, blz. 79 vlg.

(2) Wel dat van vererving van het recht op een getrouwd persoon (art. 7, al. 2), waarbij dan ook een apart trouwgeschenk is voorgeschreven. Met beroep op dat artikel zou een analogische toepassing kunnen worden verdedigd.

(3) FEITH ging in zijn hierboven op blz. 210 aangehaald betoog er van uit, dat de kinderen, aan wie de overdracht van het recht geschiedde, gewoonlijk reeds getrouwd waren en dat bij overdracht aan kinderen het geschenk 1 jaar huur, bij die aan vreemden 2 jaar huur bedroeg, zoodat de kinderen ook steeds 2 jaar huur als geschenk bij overdracht hadden te betalen en dus geen verschil meer behoefde gemaakt te worden tusschen overdracht aan kinderen en die aan vreemden. In zijn stelsel is het ontbreken van de bewuste bepaling derhalve begrijpelijk. Nu echter het uitgangspunt is veranderd en tegenwoordig bij overdracht aan ongetrouwde kinderen *ook* 2 jaar huur als geschenk betaald moet worden, kan dat ontbreken geen tegenargument opleveren. Integendeel ook uit FEITH's stelsel blijkt de bedoeling naast het overdrachtsgeschenk een trouwgeschenk voor te schrijven.

(4) FEITH, t. a. p. blz. 82.

eenheid ingeboekt bij den landeigenaar, en wordt later bij scheiding of uitwijzing, niet bij vererving dus, een van die kinderen met name aangewezen om voortaan als meier, dus als enkeling, bij den eigenaar te boek te staan, dan zal naast het geschenk staande op de verkrijging bij uitwijzing, nog een apart geschenk betaald moeten worden, ingeval de verkrijger bij de inboeking reeds getrouwd mocht zijn. Er wordt dus een geschenk betaald voor de overdracht van de collectiviteit op den enkeling (1) en daarnaast nog een trouwgeschenk op grond van gehuwd zijn van den verkrijger. De casuspositie is geheel gelijk aan die in het vonnis van de Rechtbank te Groningen behandeld. Maar waarom dan in het laatste geval geen trouwgeschenk verschuldigd? De praktijk scheen ons in dezen voldoende stof te leveren om de verschuldigdheid van het trouwgeschenk aan te nemen.

De regeling van de materie van het beklemrecht in onze wet biedt den rechter een welkome gelegenheid de rechtsvoorschriften gelijken tred te doen houden met de heerschende rechtsopvattingen. Moge hij een dergelijke gelegenheid nimmer onbenut laten voorbijgaan!

Middelburg, December 1917.

---

(1) Dat in dit geval van overdracht in afwijking van art. 5 slechts één geschenk verschuldigd is, ligt voor de hand, omdat eigenlijk alleen maar uitgeboekt wordt, de nieuwe meier immers reeds ingeboekt was.

De maritale macht

DOOR

J. A. LEVY.

Pro captu lectoris habent sua fata libelli. Niet enkel boeken, ook rechtsinstellingen schijnen afhankelijk van hetgeen de lezer daarin leggen wil. Is het mogelijk, die exegese hierdoor te vervangen, dat zij afhankelijk worden van hetgeen er in gelegen is? Eene door mij, in drie instanties bepleite casuspositie geeft mij aanleiding tot die vraag, waarop de lezer het antwoord geven moge.

Kortelijk saamgevat, zijn de feiten de volgende.

Eene vrouw vroeg scheiding van tafel en bed, op grond van buitensporigheid en beleediging. Gesteld werd o. a. dat haar echtgenoot, de bezoeken, die zij ontving, deed bijwonen, door iemand, belast met het overbrengen van hare gesprekken met de bezoekers. De gedaagde beklaagde zich over stelselmatigen achterklap zijner vrouw, achtte daarbij zijne eer betrokken, en verwijzende naar zijne maritale macht, deed hij gelden, den oorgetuige te hebben aangesteld met het uitsluitend oogmerk, door diens aanwezigheid, zijne vrouw tot matiging te bewegen.

De Rechtbank te Groningen besliste nopens deze verwering:

„dat eene dergelijke behandeling, door den man zijne „vrouw aangedaan, geen rechtvaardiging kan vinden in „de maritale macht, doch integendeel, in hooge mate „voor die vrouw is grievend en beleedigend en het

„karakter van buitensporigheid draagt en mitsdien den „subsidiairen eisch voldoende wettigt".

In appèl, wees het Hof te Leeuwarden o. a. in zijn arrest:

„*O.* dat aan appellant kan worden toegegeven, dat uit „de getuigenverhooren gebleken is, dat geïntimeerde „tegenover hem niet was een liefhebbende echtgenoot „en zorgzame huisvrouw, en mede dat verschillende ge„tuigen zich in het algemeen gunstig over appellant „uitlaten;

„*O.* dat het echter aan het Hof voorkomt, dat appellant „aan het laatste een beteekenis toekent, welke daaraan „in dit proces niet kan worden gehecht, dat hij immers „blijkbaar een tegen hem uitgesproken scheiding van „tafel en bed opvat als een algemeene disqualificatie van „zijne persoonlijkheid, terwijl toch door zulk een vonnis „alleen wordt geconstateerd, dat de aan alle menschen „eigen onvolmaaktheid zich aan de zijde van den man „heeft geopenbaard op een wijze, die de toewijzing van „dezen eisch rechtvaardigt".

Deze vriendelijke en in het algemeen juiste psychologische opmerking gaat vooraf aan de:

„*O.* dat zeer zeker appellant is te kort geschoten onder „anderen door den maatregel te nemen, waarop de „Rechtbank hare uitspraak grondt".

Uit de getuigenverklaringen, vermeldt het Hof nader uitdrukkingen van appellant en:

„*O.* dat uit deze verklaringen blijkt, dat appellant, in „tegenwoordigheid van ondergeschikten, tegen of van „zijne vrouw op beleedigende wijze sprak, zoodat het „optreden, waarop de Rechtbank haar uitspraak baseerde, „niet op zich zelf staat, doch in verband moet worden „beschouwd met het boven gememoreerde".

Op deze gronden, is het Hof van oordeel, dat de eisch tot scheiding van tafel en bed is gerechtvaardigd:

„ook al mag worden toegegeven, dat aan geïntimeerde „mede tekortkomingen in haar echtelijk leven zijn te „wijten".

Als middel tot cassatie werd, behalve eene grieve betrekking hebbende tot de beleedigende uitdrukkingen, voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de artt. 288 j°. 158 en 161 B. W. benevens de artikelen, betrekking hebbende tot geldelijke machtiging der vrouw.

De Hooge Raad achtte het middel ongegrond, zonder eene uitdrukkelijke beslissing omtrent de grenzen der maritale macht te geven. Wellicht was daarop van invloed de wijze, waarop het Hof de beleediging en het controleer-bezoek, in zijn arrest, had bijeengevoegd. Men weet, welke rol het jus in causa positum, in cassatie, speelt. Daardoor wordt vaak teleurgesteld, wie, van ons hoogste rechtscollege, gaarne eene principieele beslissing tegemoet ziet.

Speciaal nopens de beteekenis der maritale macht, gelijk zij, in de beide genoemde wetsvoorschriften, wordt aangeduid, ware zoodanige uitspraak een richtsnoer, van des te grooter belang, naarmate de doctrine, ten onzent, daaraan zich onttrekt.

In deze namelijk, heeft zich vastgenesteld de meening, dat de artt. 158 en 161 B. W. behelzen eene sententia mere declaratoria, een nudum praeceptum, dat alleen practische beteekenis heeft, in zoover de wetgever nader specialiseert de gevallen, waarin de man, als hoofd der echtvereeniging, zich kan doen gelden, of de vrouw zich schuldig maakt aan miskenning van deze zijne waardigheid.

Slaat men de verzamelingen van rechtspraak, ten onzent, op, men zal, bij bespreking der rechten en plichten van echtgenooten, vinden de weigering tot samenwoning en bij maritale macht, de noodzakelijkheid

tot bijstand van den man, bij geldelijke verplichtingen, door de vrouw aangegaan.

Over de vraag zelve, in hoever de man gehoorzaamheid en trouw (in den zin van toewijding, belangstelling) van zijn vrouw eischen kan, zóó dat zij zijn eergevoel eerbiedigt en hem, door lasterlijke aantijgingen, niet prijs geve aan de verachting zijner medeburgers, is mij eene rechterlijke uitspraak niet bekend.

Dit schijnt saam te hangen met de legende, dat de artt. 158 en 161 B. W. zijn nuda praecepta.

Het verst in die richting, gaat Asser, Ned. Burg. recht I, blz. 211. Omtrent art. 158, kent hij eene andere ontrouw niet, dan die, welke de wet als overspel straft. En omtrent art. 161 zegt hij: „Bij het ontbreken van „alle sanctie is dit voorschrift vrijwel zinledig".

Mij dunkt er is meer noodig dan deze verzekering om den wetgever het waarlijk niet geringe verwijt te doen, dat hij nonsens heeft uitgevaardigd.

Land, Verklaring van 't B. W. I, 108, volgt Asser. Hij zegt, sprekende over de artt. 158, 159, 161 en 162: „zij geven voorschriften rechtens zonder gewicht. Dit „alles, gehoorzaamheid, trouw, bescherming, al staat „het in de wet en is het dus in zooverre stellig recht, „is te onbepaald dan dat het practisch zou kunnen „werken".

Hierbij schijnt mij vergeten:

1°. Een beginsel is nooit bepaald, alleen casuistiek is bepaald, maar deze juist wordt terecht verweten b.v. aan het Pruis. Landrecht, dat alle denkbare bijzonderheden opsomt en toch niet voorkomen kon, dat er honderden gevallen zijn, waarin niet voorzien is.

2°. Vergeten schijnt mij voorts, dat het een deugd is van den wetgever, indien hij condenseert het beginsel, dat aan tal zijner speciale voorschriften ten grondslag

ligt en daardoor den rechter in staat stelt zijne uitspraak te toetsen aan het vooropgestelde beginsel.

3°. Vergeten schijnt mij de waarschuwing, vervat in den rom.rechtelijken regel: innumerabiles sunt variarum causorum figurae, zoodat toch waarlijk, in het leven, een geval zich voordoen kan, dat een of anderen commentator nu juist niet voor den geest heeft gestaan.

Zoodanig geval van ontrouw, van ongehoorzaamheid, ook buiten die, waaraan ASSER of LAND dachten, deed zich voor, in de vermelde casuspositie, nu de vrouw hare huwelijksplichten schond, niet door ontrouw in den zin van overspel, maar door de pogingen, stelselmatig aangewend om haren man te onteeren, of hetgeen hem lief en dierbaar is, de nagedachtenis zijns vaders, door het slijk te sleuren.

In zoover het derhalve een soort van adagium juris geworden is, dat de wetsvoorschriften nopens trouw, gehoorzaamheid, bescherming ijdel of nonsens zijn, in zooverre is het, mijns wetens, de eerste maal, dat de rechter, ten onzent, geroepen was, op dit punt eene principieele uitspraak te geven en valt het te betreuren, dat formeele bedenkingen haar in den weg stonden.

Immers, indien gehoorzaamheid en trouw niet zijn enkel zedelijkheidsvoorschriften maar *rechtsplichten*, op zich zelf afbakenend een richtsnoer, door de vrouw na te leven, dan volgt daaruit, dat deze rechtsplicht, gelijk iedere andere, een sanctie heeft.

Die sanctie behoeft niet, door de wet, ipsissimis verbis, te zijn vermeld, behoeft niet gelegen te zijn in schadeloosstelling, uiteraard trouwens hier ongepast, behoeft niet gezocht te worden, in de nietigheid van eene of andere handeling der vrouw, gevolg uitsluitend van eene geldelijke machtsoverschrijding.

Zoodanige sanctie kan ook, op eene andere wijze, ge-

vonden worden, mits de reactie, redelijkerwijze, niet gezegd kan worden buiten verhouding te zijn met de misdraging, waartoe zij betrekking heeft en waartegen zij opkomt.

In dit geval nu lag de reactie voor de hand.

Schendt de vrouw haren rechtsplicht, door achterklap aan wie het maar hooren wil, dan kan het den man niet als buitensporigheid aangerekend worden, indien hij bij de bezoeken en daar gevoerde gesprekken zijner vrouw, iemand als oorgetuige plaatst, ten einde haar te houden binnen de perken van haren rechtsplicht.

Het zou immers het toppunt van onrechtvaardigheid zijn, indien de man, die aandringt op het naleven van een rechtsplicht, door zijn vrouw, daarvoor gestraft werd met scheiding van tafel en bed, op grond van buitensporigheid.

Het zou zijn het toppunt van onrechtvaardigheid, dat men, eenerzijds, de vrouw slechts schuldig achtte van overtreding van een zedelijk voorschrift, zonder rechtsgevolg, en aan den anderen kant, het van den man beschouwde als overschrijding der maritale macht, indien hij een huislijken maatregel neemt, het zachtste middel van vermaning, tot bescherming van zijne eer.

Intusschen, voor den zin der meergemelde wetsvoorschriften, geven de hollandsche commentatoren den doorslag niet.

Bedoelde voorschriften zijn letterlijke vertalingen van de overeenkomstige, in den Code Civil, waaruit volgt, dat onze wetgever dat recht, eenvoudig en zonder meer, heeft overgenomen.

Voorduin en Asser (Vergelijking) zwijgen dan ook geheel over deze artikelen.

Mitsdien, hebben wij den zin der artikelen na te gaan, in de fransche doctrine en deze deelt geenszins in de

meening als zouden wij te doen hebben met nuda praecepta.

Ik beroep mij op:

1°. DALLOZ, Répertoire, dl. 31, voce Mariage § 744:

„Le principe de l'autorité maritale proclamé par cet „Article tient essentiellement à l'ordre public et à l'orga„nisation de la famille; aussi les conventions matrimonia„les ne peuvent elles ni détruire ni limiter cet effet du „mariage".

2°. BAUDRY-LACANTINERIE, Traité de droit civil, II (Paris 1900) des Personnes, p. 658, no. 2158—2161.

„Dans la société conjugale, notre loi confère la primauté „au mari. Non que la femme soit tenue de lui obéir ainsi „que semblent l'énoncer les vieilles formules *vir caput* „*est mulieris* et *mulieres viris subditae sunt* en vertu d'une „superiorité naturelle qu'il tiendrait de son sexe mais bien „parcequ'un partage d'autorité serait, comme on l'a cru, „fatal aux intérêts à sauvegarder et que l'homme est „naturellement qualifié pour cette question de sauvegarde.

„De là l'art. 213. Le mari doit protection à sa femme, „la femme obéissance à son mari. Et comme il y a là „une des bases de l'organisation de la famille il est „certain que les époux ne pourraient aucunement par „un acte de leur volonté modifier la situation que leur „fait cette disposition essentiellement d'ordre public".

Het zijn dus niet zinledige voorschriften, gelijk ASSER verkondigde, maar integendeel wetsbepalingen van publieke orde, die, als zoodanig, vallen onder ons art. 14 Alg. Bep.

Opmerkelijk is dan ook, dat KOSTERS, in zijn pas verschenen: Het internationaal burgerlijk recht in Nederland, blz. 153, de openbare orde behandelend, juist doelt op de wetsvoorschriften, welke, in het arrest van den Hove te Leeuwarden, zijn voorbijgegaan.

KOSTERS zegt: „Eene waarheid, die geruimen tijd,

„door de wetenschap van het internationaal privaatrecht „miskend is, worde eerst vermeld: n.l. dat de openbare „orde gelijkelijk bij rechtsregelen met relatieve exterri- „toriale en bij die wet absolute territoriale werking be- „trokken kan zijn. Men kan niet zeggen, dat de laatste „in dit opzicht eene hoogere beteekenis hebben dan „de eerste.

„De gezinseenheid gehandhaafd door de maritale macht, „de bescherming van minderjarigen gehandhaafd door „ouderlijke macht en voogdij vertegenwoordigen niet „minder gewichtige algemeene belangen voor Staat en „maatschappij dan de regeling van natrekking en erf- „dienstbaarheden, die absoluut en territoriaal heerschen".

3°. LAURENT, Principes de droit civil (Paris et Bruxelles 1893) III, p. 212 ch. VI, n°. 82: „Le mariage est une „société. Dans les sociétés ordinaires les associés sont „égaux; il n'en est pas de même de la société conjugale. „En se mariant, la femme tombe sous la puissance du „mari. Le Code Napoléon ne prononce pas le mot de „*puissance maritale*, mais il consacre la chose en disant „que „le mari doit protection à sa femme et la femme „„obéissanse à son mari". Le principe qui régit les „rapports des époux est donc le principe de l'inégalité. „POTHIER le dit en termes formels: „La puissance du „„mari sur la personne de la femme consiste dans le „„droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de „„*soumission* qui sont dus à un *supérieur*". Il y a donc „un supérieur et un inférieur, dans le mariage, partant „dépendance et inégalité. POTHIER ajoute que cela est „de droit naturel".

LAURENT heeft de gewoonte om te polemiseeren met de wet, wanneer hij 't niet eens is met haar. Uit de intensiteit zijner polemiek echter valt af te leiden, hoezeer het stringente der wettelijke maritale macht hem hinderde.

4°. Inderdaad blijkt uit eene plaats bij den sub 2 genoemden BAUDRY, dat schrijvers en rechtspraak bedoelde macht zeer klemmend zich voorstellen. Wij lezen namelijk ter sub 2 aangehaalde plaatse no. 2160: „Le mari puise „évidemment dans cette disposition la faculté de régler „le genre d'existence de sa femme et de la famille. Mais „il ne peut cependant pas en user pour priver son „épouse de droits qu'elle tient elle-même de la loi. C'est „ainsi que, s'il a la liberté, comme chef du ménage et „comme père, de déterminer la religion des enfants „communs, il ne saurait évidemment empêcher la femme „de pratiquer la sienne et lui ravir de la sorte un droit „qu'elle doit conserver dans son intégrité, malgré son „état de subordination".

Dat er doctrine *en rechtspraak* (ter plaatse vermeld) noodig zijn om te verklaren, dat de man *niet* de bevoegdheid heeft om zich in te laten met het religieuse zieleleven der vrouw, of haar de wet te stellen nopens het hoogste, het heiligste, het teerste en het meest persoonlijk-intieme van het menschelijk gemoed, daarover moet men zich verbazen. Daaruit echter valt wel af te leiden, dat onze wetsvoorschriften alles behalve zinledig zijn, gelijk trouwens, door den schrijver, t. a. p. no. 2161, nogmaals wordt ontvouwd.

5°. THULIÉ, La femme (Paris 1885) quatrième partie chap. IV, p. 430. Voor hem geldt hetzelfde, dat ik zeide van LAURENT. Féministe, critiseert hij heftig de wettelijke ongelijkheid van man en vrouw. Hij zegt dan ook van art. 213 C. C. met kwalijk verholen minachting: „C'est toujours la doctrine de la puissance maritale, de „la suprématie de l'homme, de l'infériorité de la „femme".

6°. ACOLLAS, Manuel de droit civil (Paris 1874) I, p. 222: „La puissance maritale est une des plus

„regrettables traditions du vieux droit autoritaire et „monarchique".

Inderdaad, vindt men bij DOMAT, alzoo midden der 17e eeuw, Oeuvres par CARRÉ (Paris 1822) I, blz. 18: „Ainsi le mari étant par l'ordre divin le chef de la „femme, il a sur elle une puissance proportionnée à ce „qu'il est dans leur union et cette puissance est le fonde„ment de l'autorité que les lois civiles donnent au mari, „et des effets de cette autorité dans les matières où elle „a son usage".

Welke reden kan er nu zijn om, waar de fransche doctrine zoo ondubbelzinnig en eenstemmig zich uitspreekt, — waar de fransche wet pure et simpliciter is overgenomen, — en bij die overneming niemand, in de wetgevende macht, een voorbehoud maakte, — welke reden kan er dan zijn om de bedoelde wetsvoorschriften naar het rijk der moraal te verwijzen?

Niet alleen doet men daarmede te kort aan den regel van CELSUS: scire leges non est verba tenere sed vim et potestatem, doordien men, van de fransche wet, de woorden overneemt, maar den geest afwijst.

Doch tevens drukt men daarmede, op onze wet, den stempel van materialisme. Men neemt immers alsdan aan, dat trouw en gehoorzaamheid der vrouw, door den wetgever, slechts dan worden geëischt, indien de miskenning van een en ander, stoffelijk, (door overspel of geweigerde samenwoning), of geldelijk, (zelfstandig obligo der vrouw) aanwijsbaar is. Inbreuken op trouw en gehoorzaamheid, als vermeld worden in het arrest van den Hove te Leeuwarden, waren alsdan wel te beklagen doch niet te achterhalen.

Een woord nog slechts over het zoogenaamd feministisch bezwaar.

Dat het in rechte niet wegen mag, daarover behoeft

niet een woord te worden verspild. Het stuit af op het: hoc jure utimur. Deugt de wet niet, men verandert haar, doch zoolang zij er is, moet zij worden nageleefd.

Het bezwaar zelf echter is ijdel, als gericht, niet tegen eene zaak, maar tegen een woord. Hinderlijk vindt men het woord: *macht*, als in strijd met de gelijkheid der echtelieden.

Uitnemend, wanneer men dan maar gelieft aan te geven, wie beslissen moet, wanneer, in eene of andere huislijke aangelegenheid, er verschil van gevoelen bij die twee gelijken ontstaat. De rechter? Een fraai middel om de tweedracht in eendracht te doen verkeeren! Is het niet beter, in de wet te schrijven, dat de vrouw *inschikkelijkheid* betoonen moet, wanneer men iets heeft tegen „gehoorzaamheid"? Het is waar, dan kreeg MONTAIGNE gelijk, met zijn: „la plupart des controverses sont des tournois de grammairiens" — en het zou de eerste maal niet wezen.

Amsterdam, Februari 1918.

Een vraag betreffende overmacht naar aanleiding van een recent arrest.

In April en Mei 1914 had de te Glascow en Liverpool gevestigde naamlooze vennootschap Brice Whyte and Sons, Lim., die echter ook hier te lande te Schiedam kantoor houdt en een filiaal-onderneming exploiteert, van de te Düsseldorf gevestigde vennootschap Henkel en C°. voor een bedrag van 5409½ Mark vaten gekocht. De vaten waren geleverd doch de betaling bleef uit en, toen deze werd verlangd, geweigerd. Inmiddels toch was de oorlog uitgebroken en de koopster beriep zich op de Britsche Trading with the enemy Proclamation no. 2 van 9 September 1914 in welke sub 3° 1 het verbod wordt gegeven „not to pay „any sum of money to or for the benefit of an enemy". Betaling zou door dit voorschrift verboden zijn en overtreding daarvan met gevangenisstraf en geldboete bedreigd.

Onder deze omstandigheden kon eischeres toen zij haar debitrice in rechte aansprak geen voor haar gunstig vonnis verkrijgen daar gedaagde, zoo luidde het vonnis van de Rotterdamsche rechtbank (1), zich „terecht" op overmacht had beroepen „wijl redelijkerwijze niet van haar gevergd „kan worden, dat zij zoodanig verbod van haar overheid „overtreedt".

Appèl volgde en het gerechtshof te 's-Gravenhage over de zaak anders denkende, veroordeelde de koopster der vaten tot betaling der geëischte som met de interessen ad zes procent 's jaars sedert den dag der dagvaarding tot aan de voldoening (2).

Brice Whyte and Sons, lim. met dit oordeel niet tevreden stelde beroep van cassatie in en formuleerde haar grieven in het navolgend cassatiemiddel.

Schending, immers verkeerde toepassing van de artt. 1280 en 1281 B. W., art. 9 van de wet van 15 Mei 1829 (*Stbl.* no. 28) en art. 48 B. Rv.:

door *a* te beslissen, dat de mogelijkheid van tot gevangenisstraf te zullen worden veroordeeld en die te zullen moeten ondergaan (ingevolge de in Engeland uitgevaardigde Trading with the Enemy

(1) Rotterdam 17 December 1915, W. 9898, N. J. 1916, blz. 434.
(2) Hof's Gravenhage 24 November 1916, W. 10060, N. J. 1917, blz. 279.

Proclamation, no. 2 van 9 September 1914) als gevolg van het doen van betaling door den nu eischer in cassatie aan een vijandelijken onderdaan niet als zoodanige onmogelijkheid, verhindering of beletsel moet worden beschouwd, dat deze zoude opleveren «overmacht» in den zin van art. 1281 B. W.;

door *b* bovendien voorbij te zien, dat een verbod (nog wel met sanctie van boete en strafbedreiging) door een oorlogvoerende mogenheid aan haar onderdanen gedaan om geenerlei betaling aan of ten behoeve van een vijandelijk onderdaan te doen voor den onderdaan (onverschillig waar zijn woon- of verblijfplaats is) moet hebben zoodanige zedelijke en gerechtelijke beteekenis, dat zoodanig verbod voor hem moet opleveren overmacht in den zin van art. 1281 B. W.

De Hooge Raad (1) achtte het middel echter niet gegrond.

O. zoo luidde de beslissing, dat door verweerster gevorderd is veroordeeling tot nakoming eener overeenkomst, in Nederland uitgevoerd en beheerscht door Nederlandsch recht, terwijl eischeres zich beroepende op overmacht, die haar verhindert hare verbintenis hier te lande na te leven, als zoodanig *uitsluitend* beroep doet op een verbod, vervat in een Engelsche wet, zoowel omdat eene zedelijke plicht haar zou gebieden aan dat verbod te gehoorzamen als uit hoofde van onaangename gevolgen, welke zij vreest dat het niet naleven van dat verbod voor haar zou kunnen hebben;

O. echter dat het voorschrift eener vreemde wet den loop des rechts hier niet vermag te keeren en waardeloos is het beroep op de gevolgen ter ontkoming aan het vervullen van een rechtsplicht door dengene die wist voor de gevolgen zijner handeling aan het Nederlandsche recht onderworpen te zijn;

O. dat mitsdien het middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep enz.

Het trekt de aandacht, dat de Hooge Raad de vraag of hier overmacht de koopster verhinderde hare verplichting tot betaling na te komen wèl ontkennend heeft beantwoord, maar dat het arrest op dit punt zeer sober is gemotiveerd. Vermoedelijk, heeft eischeres tot cassatie bij pleidooi voornamelijk op onderdeel *b* van haar cassatiemiddel de aandacht gevestigd en slaat het arrest daarop terug. Het bestaan van eene vreemde wet kan, zoo is dan de theorie, zonder meer voor een onderdaan van den Staat, die de wet uitvaardigde, niet tengevolge hebben, dat een enkel beroep daarop hem ontslaat van de volgens Nederlandsch recht bestaande rechtsplicht om hier te lande eene wegens Nederlandsch recht als geldend erkende verbintenis te voldoen.

Schijnbaar hard kon de beslissing moeilijk anders luiden. Men denke zich toch de casuspositie, dat de vreemde wet niet enkel betaling aan vijandelijke onderdanen maar aan verdacht wordende, op de zwarte lijst geplaatste, neutralen

(1) Arrest van 2 November 1917, W. 10194, W. P. N. R. 2500, N. J. 1917, blz. 1136.

of zelfs aan alle neutralen verbiedt. Zal dan een Nederlandsch schuldeischer in de weigering tot betaling van den vreemden onderdaan moeten berusten omdat door het verbod dier vreemde wet een rechtplicht, in elk geval een zedelijke verplichting, zou zijn ontstaan, die de volgens het Nederlandsche recht bestaande rechtsplicht te niet doet?

Zoo ja, dan zou een vreemde wet zeer zeker den loop des rechts hier te lande vermogen te keeren en vóórdat men met den Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad dit aanneemt mag men zich toch wel afvragen of werkelijk deze beslissing de juiste is.

Een rechtsplicht om niet te doen wat het Nederlandsche recht gebiedt kan geen vreemde wet scheppen, althans niet met dit effect, dat de Nederlandsche rechter aan zulk een voorschrift de kracht mag toekennen, dat hierdoor een door het Nederlandsche recht beheerschte obligatoire rechtsverhouding wordt gewijzigd. Tenzij er een tractaat zou bestaan dat dit mogelijk maakte, maar zulk een tractaat bestaat ten deze niet. Maar, zoo men al het bestaan van een nieuwen rechtsplicht, die in reeds bestaande rechtsplichten wijziging brengt, ontkent, is er soms een zedelijke verplichting ontstaan waarop de vreemde onderdaan zich ter zijner bevrijding mag beroepen? Zoo niet rechtstreeks, dan toch langs den omweg der overmacht? (1)

Het is deze vraag waardoor een oogenblik de aandacht wordt gevraagd waarbij dan tevens zal moeten worden onderzocht of wellicht de omstandigheid, dat de vreemde wet op overtreding van hare voorschriften straf stelt, overmacht kan opleveren.

De litteratuur over *overmacht* is zoo hier te lande als elders van geen geringen omvang, ook al laat men die waartoe de wereldoorlog aanleiding heeft gegeven buiten

(1) M. i. zal voor den rechter bij strijd tusschen een rechtsplicht en een zedelijke verplichting, waar het een rechtsplicht volgens Nederlandsch recht geldt, steeds de rechtsplicht moeten voorgaan. Niet omdat het steeds een eisch der moraal zou zijn de bevelen van de Nederlandsche overheid te volgen — die dit vermeent is geen goed historicus en nog minder profeet — maar omdat art. 11 A. B. den rechter gebiedt *volgens de wet* recht te spreken. Tegenover vreemd recht staat de rechter anders. Tenzij wet of tractaat uitdrukkelijk bepalen, dat het vreemde recht hier te lande toepasselijk zal zijn, vermag de rechter niet alleen een conflict tusschen rechtsplichten en zedelijke plichten te constateeren, maar hij mag er in zijne beslissingen ook rekening mede houden. De plicht tot onvoorwaardelijke gehoorzaamheid, het verbod van beoordeeling der innerlijke waarde of billijkheid der wet bestaan in dit geval niet.

aanmerking. En al kan men de aandacht vestigen op de voortreffelijke monographiën van Mr. KARSTEN en Prof. HOUWING (1), dit neemt niet weg, dat ook voor ons recht waar is wat FISCHER in het begin van zijn artikel over vis major schreef: „Es gehört zu den eigenthümlichsten Erscheinungen auf dem gebiete des Pandectenrechts wie des Privatrechts überhaupt, dass es an einer einwandfreier klaren Formulierung des Begriffs der höheren Gewalt mangelt obwohl diese Materie von jeher — schon die Glosse beschäftigt sich eingehend mit vis major — den Gegenstand eifriger juristischer Studien gebildet hat (2).

Inderdaad voor een beoefenaar der „Dogmengeschichte" is hier nog een veld te ontginnen, al denkt ook schrijver dezes er geen oogenblik aan om in deze richting werkzaam te zijn. Ne sutor ultra crepidam. Voor de beantwoording der gestelde vragen is het ook niet noodig. Daarvoor kan worden volstaan met een kort overzicht der thans hier te lande het meest gehuldigde opvatting en slechts dan zal eigen zienswijze, die daarvan afwijkt, worden medegedeeld, wanneer dit onvermijdelijk is.

Algemeen is men van oordeel, dat de sedes materiae ten deze te vinden is in de artt. 1280 en 1281 B. W., waarvan het eene behoudens een onbeteekenende redactioneele afwijking het tweede een letterlijke vertaling is van de artt. 1147 en 1148 van den Code Civil. Tusschen beide artikelen bestaat, ofschoon de tekst der wet dien indruk nu juist niet geeft, een eng verband. Nadat in vorige artikelen is bepaald, dat niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomen eener verbintenis den schuldenaar tot schadevergoeding verplicht en dit onverschillig of men te doen heeft met verbintenissen om te geven, te doen of niet te doen, wordt nu in de hierbedoelde artikelen bepaald, dat die verplichting tot schadevergoeding *niet* bestaat wanneer — en men mag invoegen en voor zooverre — de niet-praestatie het gevolg is van een vreemde oorzaak, die den schuldenaar niet kan worden toegerekend, dan wel van overmacht of toeval (cause étrangère, qui ne peut lui être imputée, force majeure, cas fortuit) (3).

(1) *Themis* XXXV (1874), blz. 170 en vlgg. en *Rechtsgeleerd Magazijn* XXIII (1904), blz. 262 en vlgg.

(2) Vis Major im Zusammenwerkung mit Unmöglichkeit der Leistung. Jahrbücher für Dogmatik 1897, blz. 200 en vlgg.

(3) Dat de wet in art. 1280 B. W. (art. 1147 C. N.) het eigenlijk *niet* heeft over het *bestaan* van eene vreemde den schuldenaar niet toerekenbare oorzaak maar over het niet in staat zijn van den debiteur om *het bewijs* van het bestaan dier oorzaak te leveren, terwijl art. 1281 (1148 C. N.) het bewijs ter zijde laat, maar rept

Tusschen deze drie bestaat echter een eng verband, ja overmacht of toeval — het is KARSTEN die dit heeft ontwikkeld — beteekenen niets anders dan wat in art. 1280 B. W. met *vreemde* niet toerekenbare *oorzaak* wordt weergegeven. Geen positieve, slechts een negatieve beteekenis hebben deze begrippen. Wanneer een schuldenaar gedaan heeft wat art. 1271 B. W. van hem vordert, derhalve de zorg heeft betracht van een goed huisvader en toch de vervulling der verbintenis is verijdeld, dan zal men de oorzaak hiervan moeten aanmerken als eene vreemde hem niet toerekenbare „dus als in toeval of overmacht gelegen".

Hieraan aanknoopende betoogt HOUWING „De overmacht „begint derhalve waar de toerekening ophoudt" en lettende op de artt. 1374 en 1375 B.W. leert hij, dat de schuldenaar slechts verplicht is tot niet meer dan wat dáár van hem wordt gevorderd. „Of er overmacht is, is pas uit te maken a „posteriori, na nauwkeurige overweging van de bizonder„heden van het concrete geval" (1).

Van *onmogelijkheid* voor den schuldenaar om de verbintenis na te komen spreekt HOUWING hier nog niet. Des te meer echter de communis opinio.

---

van verhindering *door overmacht of door toeval* — de herhaling van «door» (par suite) vindt men in den Code en den Franschen tekst van het wetboek 1830 niet — is iets waarvoor men de oogen sluit. Waarschijnlijk terecht.

(1) In Frankrijk denkt men niet veel anders. «L'imputabilité cesse» — zoo BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE, Oblig. I, no. 455 — «lorsque «l'inexécution de l'obligation est le résultat d'une cause étrangère au «debiteur . . . C'est a dire d'un cas fortuit . . . Dans le langage de «la loi les expressions cas fortuit et force majeure sont synonymes . . . «Elles designent d'après la définition donnée en droit Romain tout «événement qu'on ne saurait prévoir ou auquel on ne saurait résister «lorsqu'on l'a prévu». Anders HUC VII, blz. 201, die wel cas fortuit en force majeure opvat als causes étrangères maar tevens betoogt, dat men ten onrechte deze uitdrukkingen door elkander gebruikt. «Le cas fortuit, c'est l'accident produit par une force inintelligente «dans les conditions qui ne pouvaient être prévues par les parties». Daarentegen is force majeure «le fait d'un tiers qui a crée à l'exé«cution de l'obligation un obstacle que la bonne volonté du débiteur «n'a pas pu surmonter». Zie ook MARCADÉ IV, no. 519.

Taalkundig zijn m. i. «cas fortuit» en «force majeure» al evenmin synonima als «toeval» en «overmacht». Voor de interpretatie der hierbedoelde artikelen is de zaak echter van minder belang, wanneer beide uitdrukkingen zijn onder te brengen en ook volgens den wil van den wetgever ondergebracht moeten worden onder «vreemde oorzaak». En dit is aannemelijk.

Dit is te begrijpen. Het is een moeilijk te betwisten waarheid — BAUDRY-LACANTINERIE spreekt van un axiome de bon sens et une véritable nécessité — dat eene verbintenis welker nakoming onmogelijk is ook niet nagekomen zal worden. Is dit nu ook een rechtsbeginsel? Let men op de uitspraak van CELSUS, l. 185. D. 51.17. Impossibilium nulla obligatio, dan zou men meenen, dat dit althans in Rome werd aangenomen, maar bij nadere beschouwing, na kennisneming van de uitspraken van andere juristen, is dit niet zoo zeker. De Romeinen — wij hebben hier te doen met uitspraken van juristen en behandeling van speciale quaestiën — hebben aan het onderwerp geen systematische behandeling gewijd, doch hetgeen zij niet deden deed de latere wetenschap, speciaal de Duitsche studie van het „gemeine Recht" in de XIXde eeuw.

Reeds v. SAVIGNY maakte onderscheid tusschen onmogelijkheid, reeds bestaande op het oogenblik, dat de *overeenkomst*, die de verbintenis moest scheppen, werd gesloten en later intredende „nachträgliche Unmöglichkeit". Daarnaast heeft men dan feitelijke en juridieke onmogelijkheid, voortdurende en tijdelijke en eindelijk de *objectieve* „die Unmöglichkeit an sich", id quod natura fieri non concedit en de *subjectieve* onmogelijkheid „blosz für den Schuldner". Gelijk nu de objectieve onmogelijkheid het ontstaan eener verbintenis verhindert strekt zij bij later intreden tot bevrijding van den schuldenaar. Over de vraag in hoeverre dit bij nachträgliche subjectieve onmogelijkheid het geval was bestond reeds dadelijk verschil van meening, maar de meest gangbare was toch, dat zulks alleen dàn het geval zou zijn, wanneer de oorzaak der onmogelijkheid buiten den persoon van den schuldenaar was gelegen. Niet bevrijdend was dus de omstandigheid, dat bleek, dat de praestatie iemands kracht — ook zijn financieele — te boven ging, wèl het feit, dat een te leveren zaak was ontvreemd of te loor gegaan, al zou ook de dief in staat zijn die alsnog te leveren. Dit alles echter alleen, wanneer het ontstaan der onmogelijkheid niet aan den schuldenaar zelf is te wijten.

Brengt nu reeds de aard van het begrip subjectieve onmogelijkheid mede, dat het niet gemakkelijk is de juiste grenzen te bepalen — is er onder te brengen het bekende geval der artiste, die zich verbonden had op een concert een aria te zingen maar door schorheid verhinderd was — (1)? de omstandigheip, dat de Romeinsche juristen hun aandacht

(1) In dit geval is er m.i. niet subjectieve maar objectieve onmogelijkheid. Immers niemand dan de zich verbonden hebbende zangeres kan de verbintenis vervullen. Wel kan natuurlijk eene andere artiste de aria zingen maar si duo faciunt idem non est idem.

minder op de onmogelijkheid zelf dan wel op de reden daarvan en de invloed die deze daarop had vestigden en dan de vraag minder van de negatieve dan wel van de positieve zijde beschouwden maakte de ontwikkeling van het systeem niet gemakkelijker (1).

Terwijl nu de theoretici nog over eene juiste omschrijving van het begrip streden — sommigen het zelf als te vaag wilden verwerpen — was er in de praktijk een duidelijk streven te bespeuren, eenerzijds om de gevolgen der subjectieve onmogelijkheid met die der objectieve geheel gelijk te stellen — iets wat wanneer men slechts vasthoudt aan den eisch, dat den debiteur geen culpa mag zijn te verwijten volkomen rationeel is, anderzijds om het met den eisch van onmogelijkheid niet te nauw te nemen, *relatieve* onmogelijkheid, waaronder dan te verstaan is het geval, dat vervulling der objectieve verplichting van den schuldenaar niet zonder buitengewoon zware offers mogelijk is, met *absolute* gelijk te stellen.

Tegen deze laatste leer maakte vooral DERNBURG en niet zonder succes front, daarentegen geeft WINDSCHEID de heerschende meening van omstreeksch 1890 vrij wel weer, wanneer hij schreef. „Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit kommt es nicht „darauf an ob sie eine objective oder eine subjective ist, „sondern darauf, ob den Schuldner in Betreff derselben eine „schuld trifft oder nicht. Trifft ihm eine Schuld nicht, so ist „er frei . . . trifft dagegen den Schuldner eine Schuld, so ist „er zur Leistung eines Geldaequivalentes und zwar näher „zur Leistung des Interesse des Gläubigers verpflichtet" . . . (2). Alles tenzij het recht anders bepaalt, wat meermalen voorkomt.

Tot deze solutie komt ook het Bürgerliches Gesetzbuch met dien verstande echter, dat, waar WINDSCHEID ook financieel onvermogen van den schuldenaar „nicht durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt" als een schuld opheffende on-

---

(1) De Romeinsche juristen spraken, inzonderheid waar het gold verbintenissen tot levering van een bepaalde zaak, van casus, toeval «einen durch Zufall eintretender die Sache treffender Unfall». DERNBURG II, § 68, noot 6. Deze casus bevrijdt den debiteur maar niet altijd, niet wanneer hij in mora is, ook niet bij ettelijke speciale verbintenissen. Dan bevrijdt vis major, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, zooals GAJUS l. 25, D. 19, 2 leerde, en waaronder men zeer dringende gebeurtenissen als naufragium, vis piratorum, latronum, hostiumve incursus, aardbeving enz verstaat. Men ziet het de distinctie van HUC tusschen cas fortuit en force majeure is *niet* de Romeinsche.

(2) WINDSCHEID Pand §§ 264 en 277. DERNBURG Pand II, § 68. Van de oudere schrijvers behalve SAVIGNY Oblig. I, § 37 en II, § 81. BRINZ Pand II, §§ 245 en 265. Men zie de studiën van MOMMSEN. Beiträge zum Obligationenrecht (1853) en HARTMANN, Die Obligation (1875).

mogelijkheid wilde doen gelden — een leer, die veel tegenstand had gevonden — deze consequentie is verworpen (1).

Het is nu dit Pandectenrecht maar in de opvatting, die in de zestiger jaren der vorige eeuw de heerschende was, die, dank zij den invloed van de voortreffelijke dissertatie van mr. J. VAN HEUKELOM Bijdrage tot de leer van het periculum (Leiden 1864), hier te lande ingang heeft gevonden.

Men moet, zoo neemt men aan, de artikelen 1280 en 1281 B. W. niet uit zich zelf willen verklaren maar het nauw verband tusschen deze wetsvoorschriften en art. 1480 B. W. niet uit het oog verliezen. En dan zal men bemerken, dat ook volgens onze wet onmogelijkheid tot praestatie, mits niet te wijten aan den schuldenaar, de verplichting tot praestatie opheft.

Nu ja, art. 1480 heeft het — en dit in navolging van art. 1302 van den Code, die uit POTHIER (2) putte — enkel over de verbintenis om een bepaalde zaak te leveren en dan nog bloot over den invloed van het vergaan, buiten den handel geraken of verloren gaan dier zaak, maar men moet de wetsbepaling niet in dien zin opvatten als had men te doen met een speciale regeling voor een speciaal geval, het artikel moet in verband beschouwd worden met de zooeven genoemde artikelen en geeft dan het beginsel weer dat onze wet beheerscht. Wat in het Zwitsersch Obligatierecht en in het Spaansche Burgerlijk Wetboek in aanvulling van den Code is gezegd (3) geldt — maar dan moet men gedachtig zijn aan de plicht van den wetsuitlegger om non tenere verba sed vim ac potestatem legis — ook ten onzent.

---

(1) B. G. B. § 275 waar opzettelijk de uitdrukking subjective Unmöglichkeit is vermeden en van Unvermögen wordt gesproken: Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge einer nach der Entstehung der Schuldverhälteniser eintretenden Umstandes den es nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnises eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

Tegen de ongewilde consequentie van WINDSCHEID en in overeenstemming met hetgeen voor generieke verbintenissen als recht had gegolden dient § 279. Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nich zur Last fällt.

(2) Traité des Obligations, Partie III, Ch. VI, art. III, nos. 660 en vlgg.

(3) Zie art. 145 Schweizerisches Obligationenrecht en art. 1284 van het Spaansche Burgerlijk Wetboek.

Kort maar duidelijk is dit standpunt geformuleerd door prof. C. ASSER wanneer hij zegt, dat de verbintenis te niet gaat bij *ontoerekenbare onmogelijkheid* om aan haar te voldoen (1).

Zal de schuldenaar bevrijd zijn dan is er noodig 1°. dat de praestatie onmogelijk is en 2°. dat die onmogelijkheid den schuldenaar niet kan worden toegerekend, derhalve het gevolg eener omstandigheid die den debiteur niet kan worden geweten.

Dit is de regel, al kent de wet uitzonderingen, die echter dikwerf, wanneer men slechts het geval nauwkeuriger beschouwt, geen uitzonderingen zijn (2).

Toen deze leer hier te lande haar intrede deed nam men de onmogelijkheid nog *niet* spoedig aan, maar in de jurisprudentie kan men toch een soortgelijke ontwikkeling zien als in de Duitsche rechtspraak.

Er is in zooverre verschil, dat men hier te lande aan het oordeel van den rechter de vraag onderwerpt of het *feit*, waarop men zich beroept, overmacht oplevert, die de nakoming der verbintenis verhindert en in Duitschland meer wordt gevraagd of de *ommogelijkheid* tot praestatie valt af te leiden uit de omstandigheid waarop de schuldenaar zich beroept, maar dit is meer een verschil in woorden dan in het wezen der zaak.

En waar nu nog in 1872 de rechtbank te AMSTERDAM (3) moest beslissen, dat overmacht niet alleen dàn aanwezig is, wanneer de uitvoering van het obligo wordt verhindert door rampen ontstaan buiten 's menschen toedoen (θεοῦ βία), maar ook wanneer een derde buiten schuld van den contractant oorzaak is van het ongeval, komen later zulke quaestiën niet meer voor. Dàn geldt het de vraag of overmacht alleen

(1) ASSER. Handleiding III, blz. 103 en vlgg. DIEPHUIS X, blz. 716. LAND III, 1ste ged., blz. 400. LAND—LOHMAN, blz. 486. OPPENHEIM III, blz. 163 wijst op een arrest van den Hoogen Raad van 8 Mei 1914 (W. 9685), waarin men leest, dat art. 1480 B. W. niet zou zijn geschonden «vermits het artikel blijkens zijne bewoordingen alleen betrekking «heeft op verbintenissen om te geven, terwijl de verbintenis des ver«zekeraars is eene verbintenis om te doen». Uit het feit, dat art 1480 niet geschonden is volgt uit dit arrest nog niet, dat de Hooge Raad meent, dat het beginsel, dat aan dit artikel ten grondslag ligt, niet zou gelden bij verbintenissen om te doen. Men denke aan de beperkte bevoegdheid van den cassatierechter.

(2) Bijv. in de gevallen bedoeld in de artt. 1781 en 1782 B.W., 348 jt° 346 W. v. K. Dat een schuldenaar, die in gebreke is, niet perse door onmogelijkheid om te voldoen bevrijd wordt, is volgens ASSER geen rechte uitzondering. Immers het in gebreke zijn wijst op eene nalatigheid, die vrijwel met schuld op één lijn staat.

(3) Amsterdam 30 Mei 1872, W. 3471.

mag worden aangenomen, wanneer de praestatie voor den schuldenaar absoluut onmogelijk is, dan wel reeds aanwezig kan worden geacht, wanneer hij niet heeft gepraesteerd niettegenstaande hij alle moeite heeft gedaan, die redelijkerwijze van hem als van een goed huisvader gevorderd mag worden, om de nakoming te verzekeren.

Het antwoord luidt in laatstgenoemden zin, terwijl tevens wordt beslist, dat onder die redelijkerwijze te vergen moeite de verplichting behoort, om, wanneer men het feit, dat de vervulling der praestatie verhinderde, kan voorzien, maatregelen te nemen om zoo mogelijk de werking daarvan te neutraliseeren (1).

De wetenschap blijft echter niet stilstaan. Week reeds de hoogleeraar HOUWING in zijn bovenvermeld opstel sterk van ASSER af, de bewerker van den tweeden druk van de handleiding Mr. VAN GOUDOEVER doet in dit niet mindere mate.

Het enge verband tusschen de artt. 1280/1281 en 1480 B. W. verbreekt hij en hij wijst er op (2), dat art. 1280 B. W. het heeft over de verplichting tot schadevergoeding niet over het te niet gaan der verbintenis zelve. Uit den aard der zaak vervalt deze, wanneer de prestatie hoe dan ook, hetzij door opzet of schuld van den schuldenaar, hetzij geheel buiten dezen om, onmogelijk is geworden. Maar ten opzichte van de nevenwerkingen der verbintenis maakt het wèl onderscheid wat de oorzaak der onmogelijkheid was. Die beslist of er verplichting tot schadevergoeding zal zijn, die er niet is, wanneer de debiteur om te praesteeren gedaan heeft wat redelijkerwijze van hem gevorderd kan worden.

Onmogelijkheid tot praestatie, die trouwens niet verder werkt dan zij werkt, zoodat gedeeltelijke onmogelijkheid gedeeltelijk, tijdelijke onmogelijkheid tijdelijk te niet gaan ten gevolge heeft, moet men echter alleen aannemen, zoo de vervulling *absoluut* onmogelijk is geworden, door niemand, noch door den schuldenaar, noch door een ander kan worden vervuld. Bij subjectieve onmogelijkheid moet den debiteur worden vergund „de verbintenis te verbreken" zonder dat het niet uitvoeren hem in den zin van art. 1280 B. W. wordt toegerekend. „In zooverre ontnemen dus ook zulke omstandigheden aan

(1) De jurisprudentie tot Maart 1915 is te vinden in LEON'S Rechtspraak op Boek III van het B. W., 3de druk ad artt. 1280 en 1281. De aandacht zij inzonderheid gevestigd op de nummers 21 en 26. Een groote vooruitgang is het zeker, dat de rechter meer en meer ieder geval op zich zelf beschouwt. DERNBURG'S scherpe onderscheiding tusschen impossibilitas en difficultas praestandi wordt blijkbaar niet erkend. En waar gesproken wordt van objectieve en subjectieve overmacht bedoelt men meer absolute en relatieve.

(2) Handleiding 2de druk. blz. 132.

„de verbintenis een gedeelte van hare kracht. Maar men ga „ook niet verder (1)."

Gaan wij nu over tot de beantwoording der op blz. 231 gestelde vragen.

Stelt men zich op het standpunt der heerschende meening, maar dan met deze nuance, dat onder bevrijdende overmacht alleen die is te verstaan, die de vervulling der verbintenis objectief onmogelijk maakt, dan is hier van geen overmacht sprake. Het niet kunnen betalen is louter een gevolg der omstandigheid dat de debitrice was eene *Britsche* vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, dus iets dat nauw samenhangt met den persoon van den schuldenaar. Verwerpt men echter dit standpunt, waarvoor in ons recht, dat de distinctie der Pandectisten nergens maakt, alle aanleiding is en vraagt men niet naar *objectieve* doch naar *absolute* onmogelijkheid — wat niet hetzelfde is, al identificeert men menigmaal beide begrippen, dan luidt toch het antwoord *niet* anders. Absoluut onmogelijk was het voor de debitrice niet aan haar verbintenis te voldoen. Er behoefde zelfs geen geld uit Engeland te worden verzonden, men mag aannemen — ontkend is dit nergens — dat de kas van de te Schiedam gevestigde filiaal de betaling van een bedrag van nog geen 5500 Mark mogelijk maakte.

En hier te lande, zoo stond tusschen partijen vast, moest de betaling geschieden.

De zaak verandert echter van adspect, wanneer men zich stelt op het standpunt dat de Nederlandsche jurisprudentie in 1914, dus even vóór den oorlog, aannam. Kan zoo luidt dan de vraag van een Britsch onderdaan — de complicatie dat wij te doen hebben met een vennootschap „lim." kan ter zijde worden gelaten, daar in casu voor de directeuren hetzelfde geldt als bij een physiek persoon voor dezen zelf — kan men van een „Britisch subject" vergen, dat hij na het uitbreken van den oorlog en het uitvaardigen der Proclamatie aan een „enemy" betaalt?

Ik wil niet ontkennen, dat volgens het Engelsch recht een rechtsplicht hem dit *ver*biedt. Maar een rechtsplicht volgens het Nederlandsche recht *ge*biedt de betaling en zooals wij hierboven trachten aan te toonen moet de rechtsplicht volgens het vreemde recht voor die krachtens het inheemsche wijken.

Maar is er een zedelijke verplichting?

Ik geloof het niet. Dat men moreel steeds verplicht zou zijn om datgene te doen, wat de wet gebiedt wijst op eene

---

(1) Handleiding 2de druk, blz. 130 en vlgg.

plicht tot gehoorzaamheid „perinde ac cadaver", die niet bestaat.

En nu komt het mij wel voor, dat men redelijkerwijze van iemand niet vorderen kan wat de zedelijkheid verbiedt, ook al bestond het bezwaar nog niet, toen de overeenkomst tot stand kwam, zoodat de verbintenis zonder bezwaar uit de overeenkomst kon voortspruiten. Edoch het voldoen aan een betalingsplicht jegens den onderdaan van een land, dat met het Vereenigd Koninkrijk in oorlog is, is nog niet onzedelijk.

Een verplichting tot leverantie van krijgsbehoeften — des noods van levensmiddelen, — jegens den vijandelijken Staat, staat niet gelijk met wat hier werd gevorderd.

Tot dusverre meenden velen, dat een oorlog tusschen twee Staten niet medebracht verbreking der rechtsverplichtingen tusschen de wederzijdsche onderdanen. Men kan er anders over denken, maar die denkt als die velen denkt niet onzedelijk. En wanneer men aanneemt, dat een Engelsch onderdaan, die zijn schuld aan een „enemy" betaalt niet onzedelijk handelt, dan kan diezelfde onderdaan betaling weigerende zich niet op „overmacht" gegrond op aan de zedelijkheid ontleende motieven beroepen.

Het is dan ook opmerkelijk, dat noch voor de rechtbank, noch voor het gerechtshof — althans voor zooverre men dit uit de rechterlijke beslissingen kan nagaan — dit motief sterk op den voorgrond is gezet. Daar beriep men zich op de zware straffen op overtreding der voorschriften van de Proclamation gesteld.

Kan nu het bestaan van zulk een bedreiging overmacht opleveren?

Men zal m. i. moeten onderscheiden.

Niet wanneer het een geval betreft waarin de tenuitvoerlegging der straf zoo niet onmogelijk, dan toch hoogst onwaarschijnlijk is — bijv. zoo de debiteur een gedeserteerd militair is, die zich wel zal hoeden naar zijn vaderland terug te keeren, — ook niet, wanneer men bekend met het verbod toch contracteerde (1), want, aangenomen dat de

(1) Rotterdam 5 October 1916, W. 10028, N. J. 1917, blz 883.
«dat hieruit volgt, dat gedaagde, die als zijnde een te Londen «gevestigd koopman uit den aard der zaak met de bedoelde wetgeving «moet zijn bekend geweest, volkomen in de gelegenheid was om bij «het sluiten der onderhavige overeenkomst, twee maanden later, zoo-«danige bepalingen en voorwaarden te maken, dat hij door aan die «overeenkomst uitvoering te geven niet kwam te handelen in strijd «met de in Engeland geldende wetsbepalingen, en nu hij dit ver-«zuimd heeft in elk geval het daaruit voor hem voortspruitende «risico zelf heeft te dragen doch dit niet kan afwentelen op den in

overeenkomst geldig is, weet men welke bezwaren aan de vervulling der verbintenis in den weg stonden en heeft men dit risico op zich genomen. Maar hier stond de zaak anders.

Dat de Engelsche regeering met haar verbod in de Proclamation zoover zou gaan als zij deed kon de debitrice niet weten noch vermoeden.

Van daâr, dat het beroep op overmacht, wanneer men zich stelt op het standpunt der jurisprudentie niet ongerechtvaardigd schijnt (1). Dus was de debitrice van hare verplichting tot betaling bevrijd.

Voor haar, die de geleverde en in ontvangst genomen vaten mocht behouden een aangename oplossing! Ook voor den schuldeischer?

Deze zou zijn geholpen, wanneer hij slechts een vonnis houdende veroordeeling had verkregen. Hij zou dit dan geëxecuteerd hebben op de activa van Brice-Whyte and Sons Lim. in haar filiaal te Schiedam en door slechts een passieve houding aan te nemen zou deze, die dan aan den „enemy" niets *betaald* had, het gevaar der in Engeland dreigende straffen hebben ontgaan. Hoe echter was zulk eene veroordeeling mogelijk? Wanneer toch overmacht aanwezig is, werkt deze schuldbevrijdend. De verbintenis bestaat niet meer, zij is te niet gegaan. Hoe nu kan men iemand veroordeelen tot betalen in een geval, dat de betalingsplicht niet meer bestaat?

Is echter deze oplossing noodzakelijk? Ik betwijfel het, niet omdat ik de artt. 1280 en 1281 B. W. niet van toepassing acht, maar omdat men m. i. ten onrechte aanneemt, dat in een geval als het onderhavige de verbintenis ophoudt te bestaan.

Gelijk reeds door den hoogleeraar Van Goudoever is opgemerkt wordt in de zoo even genoemde artikelen alleen het geval der verplichting tot schadeloosstelling, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen behandeld. Welken invloed overmacht heeft op het *bestaan* der verbintenis vindt men daar niet vermeld. Het antwoord op deze vraag geeft art. 1480 B. W.

Nu is dit artikel uiterst onvolledig, een gevolg der omstandigheid, dat het een uittreksel is uit een opstel van

---

«Nederland gevestigden kooper, die volkomen bevoegdelijk met hem «een koopovereenkomst heeft afgesloten».

Volkomen bevoegdelijk? Of dit het geval is, waarvan intusschen in dit geval niets blijkt, wanneer het contract was gesloten in fraudem legis, acht ik twijfelachtig. Maar dit heeft met overmacht niets te maken.

(1) Namelijk in dit geval. Een kleine variatie in de feitelijke omstandigheden kan oorzaak zijn, dat het beroep op overmacht niet zou opgaan. Middelburg, 9 Januari 1918, W. 10220.

POTHIER waarvan het enkele conclusies mededeelt (1). Maar daarom mag men dan ook bij de interpretatie van het artikel zonder eenig bezwaar van POTHIER's geschrift gebruik maken en is men niet aan de letter der wet gebonden. En wat blijkt dan?

1°. dat POTHIER, ofschoon hij begint met te spreken van „quelque chose du dû, qui soit la matière et l'objet de l'obligation" het toch enkel heeft over eene lichamelijke zaak, die het voorwerp der verbintenis om te geven uitmaakt. Uit niets echter volgt, dat hij voor verbintenissen om te doen of niet te doen eene andere oplossing zou voorstaan;

2°. dat, waar sprake is van „l'extinction de la chose due" bedoeld is absolute onmogelijkheid om aan de verbintenis te voldoen. Niet *objectieve* onmogelijkheid in den strengen zin waarin sommige Duitsche Pandectisten dit begrip opvatten, dit bewijst de gelijkstelling van te niet gaan der zaak met ontvreemding of te loor gaan, maar wel *absolute* onmogelijkheid (2);

3°. dat wanneer de zaak is te niet gegaan maar door schuld of zelfs door een handeling „le fait" van den schuldenaar „il est évident que l'obligation ne doit par être éteinte et qu'elle doit se convertir en l'obligation du prix de cette chose: car le débiteur ne peut pas par son fait se libérer de son obligation, et faire perdre à son créancier sa créance.

Nu is dit laatste niet in overeenstemming met het Romeinsche recht en, naar het mij voorkomt, ook niet juist en waar onze wet niet spreekt van zulk eene verandering van het voorwerp der verbintenis zijn wij ook niet verplicht deze aan te nemen, alleen omdat POTHIER die zienswijze huldigde (3).

Uit het sub 1° vermelde blijkt echter, dat men inderdaad niet in strijd komt met de bedoeling van POTHIER, wanneer men art. 1480 B. W. opvat als berustende op een beginsel

---

(1) POTHIER. Traité des Obligations. Partie III, Chap. VI. De l'extinction de l'obligation par l'extinction de la chose due, ou lorsqu'elle cesse d'être susceptible d'obligation, ou qu'elle est perdue de manière qu'on ignore ou elle est — in 4 «articles» en 22 nummers.

(2) Vandaar het niet teniet gaan der verbintenissen om geld te geven. l'Extinction des obligations par l'extinction de la chose due ne peut toucher sur les obligations d'une somme d'argent ou de quelque quantité . . . ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui n'est par déterminé: genus non perit cf. op. cit no. 658.

(3) L. 91, §§ 3 en 4, D. 45, 1. Paulus ad Plautium libro XVII. Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris *perpetuari obligationem*. Zie WINDSCHEID II, § 264, noot 7 en LABBÉ, Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion.

dat ook voor andere dan de daar behandelde verbintenissen geldt, terwijl het sub 2° gerelateerde ook met het oog op den tekst der wet noopt tot de oudere maar thans door den hoogleeraar VAN GOUDOEVER weder verdedigde leer, dat met onmogelijkheid tot praestatie bedoeld is *absolute* onmogelijkheid.

Maar hoe is dit laatste te rijmen met de ruimere interpretatie die ook dezerzijds voor de artt. 1280 en 1281 B. W. wordt aanvaard?

Naar het mij voorkomt aldus.

Iedere verbintenis uit overeenkomst heeft als het ware twee zijden, *a.* eene actieve, de verplichting van den schuldenaar om datgene te praesteeren waartoe hij zich verbonden heeft; *b.* eene negatieve, zich strikt te onthouden van alles waardoor de verplichting sub *a.* wordt bemoeilijkt of verhinderd.

Bij verbintenissen ad dandum of ad faciendum komt dit duidelijk uit. Hij, die zich bij overeenkomst van koop en verkoop verbonden heeft een bepaalde vaas te leveren moet die niet alleen leveren, maar hij mag ook niet door de vaas stuk te slaan de praestatie onmogelijk maken. Edoch, bij de verbintenissen om niet te doen is het niet anders, al treedt daar van zelf de negatieve verplichting meer op den voorgrond (1).

Het is nu de overtreding dezer negatieve verplichting — of juister, want er is ten slotte maar ééne verplichting, van de verplichting tot praestatie beschouwd van haar negatieve zijde — die den schuldenaar verplicht tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Ten ware de niet-praestatie voorkomt „uit eene vreemde oorzaak, die hem niet kan „worden toegerekend".

Nu is, altijd aangenomen, dat er schade is geleden, het vergoeden dier schade nooit *absoluut* onmogelijk maar desniettemin neemt men aan en waar het hier een strijdvraag betreft, die reeds sedert eeuwen bestaat, moeten wij niet terugkomen op de met de billijkheid in overeenstemming zijnde oplossing waartoe men op het einde der XIXde eeuw was gekomen, dat er toch gevallen zijn waarin de schadevergoeding *niet* verschuldigd is, wanneer namelijk bij den debiteur alle schuld ontbreekt, wanneer deze alles gedaan heeft wat redelijkerwijze van hem kon gevorderd worden (2).

---

(1) Iemand heeft zich verbonden gedurende Januari 1917 niet in de gemeente 's-Gravenhage te komen. Wanneer hij van Rotterdam naar Amsterdam wil reizen is hij dus verplicht de H. IJ. S M.-route via Delft—Leiden, te vermijden. In den sneltrein Rotterdam—Amsterdam plaats nemende, dus door eene positieve handeling, stelt hij zich in de onmogelijkheid om zijn negatieve verplichting na te komen.

(2) Wat natuurlijk niet wegneemt, dat óf de wet óf de partijen zelve bij het sluiten der overeenkomst een scherpere aansprakelijk-

Maar daaruit volgt niet, dat hetzelfde moet worden aangenomen, waar het geldt de mogelijkheid tot praestatie wanneer men de verbintenis beschouwt van haar actieve zijde.

Hier werkt de *absolute* onmogelijkheid bevrijdend. Maar ook alleen deze en in zooverre dat daardoor wel de plicht tot praestatie, volstrekt nog niet steeds die tot schadevergoeding vervalt.

Het is mogelijk, dat de verbintenis in haar vollen omvang vervalt. Zoo, wanneer een bepaald voorwerp dat ik als verkooper moet leveren niettegenstaande alle door mij aangewende zorg te niet gaat. Het magazijn waarin zich het voorwerp bevindt gaat met den inhoud door brand ontstaan door inslaan van den bliksem of bij gelegenheid van oproer te niet.

Maar dit behoeft zoo niet te zijn en het is menigmaal zoo niet, namelijk, wanneer er wel absolute onmogelijkheid tot praestatie is, maar deze te wijten is aan den schuldenaar. Minder frequent is het omgekeerde geval: de nakoming der verbintenis is niet absoluut onmogelijk, maar er is toch geen verplichting tot schadevergoeding wegens het niet nakomen omdat dit niet aan den debiteur mag worden toegerekend.

In een dergelijk geval is de verbintenis niet te niet te gaan en kan men veroordeeling van den schuldenaar vorderen zonder dat men iets vordert dat absurd is of in strijd komt met de spreuk, dat tot het onmogelijke niemand gehouden is. Alleen, zoolang de oorzaak, die den debiteur van de verplichting tot schadevergoeding bevrijdde, nog bestaat, behoeft hij ook aan het veroordeelend vonnis niet te voldoen.

Het vonnis is dan tot op zekere hoogte mere declaratoria.

Maar enkel tot op zekere hoogte, want de artt. 1276 en 1277 B. W. geven den schuldeischer hulp, daar hij immers aan den rechter machtiging kan vragen en in het vonnis verkrijgen om ten koste van den schuldenaar het in strijd met de verbintenis gedane te doen vernietigen of machtiging kan erlangen om, weder ten koste van den schuldenaar, zelf

---

heid kunnen aannemen. Of wel, dat de wet of de partijen bij het sluiten der overeenkomst bepalen, dat het beroep op de bevrijdende oorzaak niet zal gelden of slechts tot op zekere hoogte. Men denke aan het geval van mora van den debiteur of verplaatsing van het risico. Eene clausule dit ten doel hebbende is in den regel niet verboden noch contra bonos mores.

Dat faillissement en in het algemeen het verkeeren om financieele redenen in de onmogelijkheid om te betalen niet bevrijdend werkt, ook al is men geheel zonder schuld onvermogend geworden, is m. i. een gevolg van de omstandigheid, dat bij het sluiten eener overeenkomst de debiteur moet geacht worden *dit* risico steeds op zich te nemen.

die verbintenis te doen uitvoeren. En waar de verbintenis bestond in eene verplichting om te betalen kan zonder meer de schuldeischer door middel van den executorialen titel, die in het vonnis is gelegen, zich voldoening verschaffen.

Dit geval nu doet zich hier voor.

Toen BRICE WHYTE and Sons aanvoerden: „wij kunnen „u niet betalen, want gij kunt toch niet redelijkerwijze van „ons vergen, dat wij een daad verrichten, die er toe zou „voeren, dat wij waarschijnlijk tot gevangenisstraf veroordeeld „zouden worden", had de rechter kunnen antwoorden: „Wat gij „daar aanvoert is gegrond, voorzooverre uw Duitsche schul- „deischer schadevergoeding, ten deze zich oplossende in betaling „van 6 pCt. rente loopende van af den dag der dagvaarding, „van u eischt. Maar niet, waar het betreft uw verweer tegen „de hoofdvordering. Uw plicht tot betaling van 5409.50 Mark „bestaat en heeft niet opgehouden te bestaan sedert het uit- „vaardigen der Proclamation, al wil ik wel aannemen, dat „de *daad* van het uitbetalen door U mag worden nagelaten".

„Onmogelijkheid tot praestatie in absoluten zin bestaat er „niet en gij zijt niet van Uwe verplichting bevrijd en wordt „dus veroordeeld tot betaling".

HENKEL en Cie. moet nu maar zien hoe zij zich met dit vonnis zonder dat de schuldenaar behoeft mede te werken voldoening verschaft en zou zich met behulp van een deurwaarder, die de praktijk der executie kent, die ook wel verschaft hebben, waar de debitrice hier te lande een zaak van eenigen omvang dreef.

Deze oplossing is niet die van den Hoogen Raad, die alle beroep op overmacht verwerpt, zij is niet in overeenstemming noch met de leer door wijlen den hoogleeraar C. ASSER verdedigd en die ik als de communis opinio zou willen qualificeeren, noch met de opvatting later door den hoogleeraar HOUWING in zijn opstel in het Rechtsgeleerd Magazijn ontvouwd (1). Zij sluit zich echter aan bij hetgeen prof. VAN GOUDOEVER leert, al mag niet worden verzwegen, dat deze, zoo hij in de onderhavige zaak om advies gevraagd was, vermoedelijk *niet* tot dezelfde beslissing als ons hoogste rechtscollege zou zijn gekomen Immers in de gevallen waarin hij den debiteur op grond van de omstandigheid, dat de praestatie niet in billijkheid van hem kan gevorderd worden, van schadevergoeding vrijstelt geeft hij hem tevens de bevoegdheid de verbintenis te verbreken.

Intusschen onze wet kent behoudens een enkele uitzondering zulk eene bevoegdheid niet en, waar de wet zwijgt,

(1) Eene n.f. afdoende bestrijding dezer leer vindt men bij Prof. VAN GOUDOEVER, Handleiding III, blz. 139.

zou ik het bestaan daarvan niet durven aannemen (1).

Het is trouwens ook niet noodig.

Men behoeft niet terug te komen op de ontwikkeling die het begrip „overmacht" in den loop der tijden heeft gehad. Deze volkomen met het rechtsgevoel strookende opvatting onzer jurisprudentie kan, waar het de verplichting tot schadevergoeding betreft, blijven bestaan. Maar daarnaast geve men ook aan het adagium impossibilium nulla obligatio geen wijdere strekking dan het gezond verstand vordert — ik schrijf opzettelijk vordert en niet toelaat —.

Eene beslissing, zooals de Rotterdamsche rechtbank die gaf, strijdt met het rechtsgevoel en reeds daarom verdient aandacht de opmerking van den hoogleeraar MEYERS in zijn noot in n°. 2500 van het W. P. N. R. dat het de vraag is of overmacht steeds de verbintenis in al haar gevolgen doet te niet gaan. Die vraag — en het gevoel in dit geval in den scherpzinnigen commentator onzer jurisprudentie een medestander te hebben geeft moed — zou ik ontkennend willen beantwoorden en met hem, zij het ook met de restrictie voor de veroordeeling tot betaling der interessen, willen besluiten, dat „ten slotte terecht in dit geval de schuldeischer in het „gelijk is gesteld".

* * *

(1) Bijv. in art. 440 W. v. K. VAN GOUDOEVER wijst nog op andere voorbeelden n.l. op de artt. 1639 *o*, *p*, *q*, 1639 *w*, 1763 en 1854 B. W., 478 W. v. K., maar hier zijn de gevallen toch niet dezelfde. Er is eene nuance.

De schrijver dezer bijdrage verzocht om voor hem moveerende redenen zijn naam niet te noemen. Bij uitzondering meende de redactie ook met het oog op de oorlogspsychose aan dit verzoek te mogen voldoen. (RED.)

De Minister-President, door Mr. E. VAN RAALTE.

Dit proefschrift is een goed stuk werk. Het hoofdstuk, gewijd aan de positie van den eersten minister in Engeland getuigt van ijverige studie. De beschouwingen over den minister-president in Nederland geven een uitvoerig, misschien al te uitvoerig, overzicht over hetgeen hier te lande over het onderwerp is verhandeld. De conclusie is te vinden in de stelling van den schrijver, dat blijkens de praktijk van het Nederlandsche Staatsrecht hier te lande een, zij het dan ook niet officieel erkende, minister-president „aanwezig" is.

De term „president" connoteert een college, hier den raad van ministers. Sedert jaar en dag hebben wij een tijdelijken voorzitter van dien raad, die feitelijk permanent is, en, al ware de functie inderdaad tijdelijk, men zou toch van een minister-president kunnen spreken. Of een feit officieel erkend is, doet er, zou ik meenen, weinig toe. De vraag is slechts, welke de positie van den president is.

Als de formateur in het ministerie zitting heeft, wordt hij met het feitelijk permanente voorzitterschap bekleed. „Een zeer belangrijke factor" zegt de schrijver, „is de officieele erkenning van het formateurswezen, welke erkenning opgesloten ligt in het feit, dat vóór alle andere ministers de formateur benoemd wordt, waarna deze de verantwoordelijkheid voor de samenstelling van het Kabinet op zich neemt door de benoeming zijner collega's met zijn contraseign te dekken". Dit betoog lijkt mij niet juist. De aftredende minister, belast met het departement, hetwelk de formateur zal op zich nemen, pleegt het Koninklijk besluit tot benoeming van zijn opvolger te contrasigneeren, hetgeen, meen ik, het gevolg is van het feit, dat alleen een minister en niet iemand, die nog geen minister is, eene voordracht aan de Koningin kan doen, maar dit bezwaar vervalt, zoodra er één nieuwe minister is en deze contrasigneert dan ook de benoeming van zijne collega's. Het contraseign is in beide gevallen eene formaliteit en van officieele erkenning van het „formateurswezen" is hier geen sprake. Het spreekt intusschen van zelf, dat de formateur de verantwoordelijkheid voor de samenstelling van het Kabinet op zich neemt.

Dat, gelijk reeds Mr. W. R. BOER zeide, de formateur van een homogeen Kabinet noodwendig de primus inter pares zal zijn, ligt voor de hand. Even duidelijk is, dat, zoodra men

homogeniteit als eisch stelt, het ministerie, dat dan tot op zekere hoogte eene eenheid moet zijn, een spreekbuis moet hebben en het is dus niet verwonderlijk, dat bij discussies, het algemeen regeeringsbeleid rakende, de primus in de Staten-Generaal namens het Kabinet optreedt.

De heer VAN RAALTE is m.i. te zeer geneigd den minister-president af te scheiden van den raad van ministers. Hij vermeldt, dat de voorstelling van zaken, door den in Februari 1917 afgetreden Minister van Financiën gegeven over de beteekenis van de kredieten tot uitvoering der Distributiewet, hierop nederkwam, dat wanneer het bedrag dier kredieten, tengevolge van besluiten van den ministerraad, zou worden overschreden, de verantwoordelijkheid voor die besluiten zoek zou zijn, en hij meent, dat, indien er officieel een premier „aanwezig" was, de eerste minister als centraal orgaan van de regeering verantwoordelijk zou zijn voor besluiten, welke niet door een specialen minister voor zijne rekening genomen kunnen worden. Het geschil bestond toen niet tusschen den heer VAN GIJN en den premier, maar tusschen eerstgenoemde en den raad van ministers, wiens voorzitter — gelijk de schrijver trouwens zelf doet uitkomen — slechts primus inter *pares* is. In dien raad, waar, vooral als het ministerie eenige jaren aan het bewind is geweest, de eensgezindheid natuurlijk wel eens te wenschen overlaat, heeft de voorzitter slechts ééne stem en zijn invloed wordt daar beperkt door de omstandigheid, dat men niemand dwingen kan minister te blijven. Immers kan het heengaan van één of meer ministers het voortbestaan van het Kabinet in gevaar brengen, ook omdat het niet altijd gemakkelijk is goede opvolgers te vinden. De heer VAN GIJN ging heen. Verantwoordelijk voor de uitvoering der Distributiewet kon daardoor echter niet worden de minister-president; verantwoordelijk bleef de Minister van Landbouw en de raad van ministers, in zooverre deze omtrent die uitvoering besluiten neemt. De tegenwoordige Minister van Financiën schreef den heer VAN RAALTE: „Het is geen gewoonte, dat een belangrijke, feitelijk de algemeene regeeringspolitiek betreffende aangelegenheden door een lid van het Kabinet naar buiten wordt gehandeld of gesproken, zonder dat de zaak in den ministerraad of althans met den tijdelijken voorzitter van dien raad is besproken. Ik meen dat deze opvatting niet kan worden gekwalificeerd als een contrôle van „den premier" over zijne medeministers, maar meer is een uitvloeisel van den geest van samenhang, die in elk ministerie levendig zijn moet, wil het door gebrek aan samenhang zijner leden niet verslappen."

Eene andere vraag is, hoever de bevoegdheid van den ministerraad tegenover zijn leden gaat. Van eenig belang is ten deze de omtrent Hoofdstuk I der Staatsbegrooting

voor 1917 in de Tweede Kamer gevoerde gedachtenwisseling. De raad had in antwoord op een adres van eene commissie uit Rijkswerkliedenbonden betreffende arbeidstoestanden aan de Rijkswerkinrichtingen aan de Hembrug verklaard, dat het aanbeveling verdiende dienaangaande een onderzoek in te stellen en dat onderzoek toegezegd. Sommige leden der Kamer achtten afdoening van adressen in strijd met de positie van den raad en met goede constitutioneele gebruiken en vroegen, of deze inmenging van den raad in eene zaak, het departement van Oorlog betreffende, aan het prestige van het hoofd van dit departement geene inbreuk moest doen. Verder werd gevraagd, of de raad van het resultaat kennis zou nemen en van zijn oordeel daarover aan de commissie uit de werkliedenbonden mededeeling zou doen. De Regeering antwoordde, dat het bedoelde adres uitging van verschillende organisaties in 's rijks dienst en in het algemeen ook geklaagd werd over den toestand van alle arbeiders in 's Rijks dienst en dat daarom deze aangelegenheid van algemeene strekking geacht en met volle instemming en medewerking van den Minister van Oorlog door den raad behandeld was; dat de raad „uit den aard der zaak" ook kennis nemen zou van de resultaten van het onderzoek en dan naar bevind van zaken zou handelen. Hoe het prestige van den Minister van Oorlog hieronder zou kunnen lijden, viel naar de meening der Regeering moeilijk in te zien. „Zoo menige zaak, die een enkel departement in het bijzonder raakt, pleegt in den raad van ministers behandeld te worden". Deze gedachtenwisseling doet zien, welke intrinsieke moeilijkheden aan de afbakening van de bevoegdheid van den raad en die van elken Minister verbonden zijn. Samenwerking is wenschelijk, maar als de ministers de dienaren van den ministerraad werden, zou het met hunne zelfstandigheid en verantwoordelijkheid slecht gesteld zijn.

Het is echter duidelijk, dat de minister-president, als leider van het Kabinet optredende, niet alleen met den Minister, wien de zaak aangaat, maar ook met den ministerraad te rekenen heeft. Op zeer goede wijze toont de heer VAN RAALTE aan, dat de tegenwoordige „tijdelijke" voorzitter van den raad van ministers zijne werkzaamheden geenszins tot de zaken van zijn eigen departement heeft beperkt. Dit is in de bestaande buitengewone omstandigheden, waarin zoowel de buitenlandsche politiek als de binnenlandsche, voorzoover deze met die omstandigheden samenhangt, van zoo overwegend belang zijn, alleszins begrijpelijk.

In andere landen hebben de tijdsomstandigheden een streven naar versterking van de positie van den minister-president doen ontstaan.

In de *Revue de Paris* van December j.l. schrijft een

anonymus, die blijkbaar een oud-minister is, over „la Réforme Gouvernementale". Deze schrijver begint met te klagen over het ontbreken van vaste meerderheden in de Fransche Kamer en over het gemis van partijen. die eene bepaalde doctrine en een bepaald programma hebben. Hiervan is ministerieele instabiliteit en impotentie het gevolg. Er is meer leiding noodig, en deze moet aanvaard worden door den president-minister. Over den ministerraad laat deze schrijver zich zeer ongunstig uit. Iedere minister houdt zich liefst met zijn eigen zaken bezig en weet, als men groote urgente vraagstukken uitzondert, enkel van de „traintrain de sa boutique". De samensprekingen van de ministers zijn onvruchtbaar en onbeduidend. Noodig is een minister-president, aan wien de overige ministers verantwoordelijk zijn. Is het niet onmogelijk, dat één man zoo'n taak vervult? Neen, als men slechts eene goede organisatie maakt. Die bestaat thans in Engeland. Daar berust de leiding bij een college, samengesteld uit een president-minister zonder portefeuille en een klein aantal andere ministers, die eveneens geene portefeuille hebben (1). Naast zulk een college moet den minister-president een „technisch" bureau ter zijde gesteld worden. Om deze hervorming uit te voeren „il faut autre chose que de l'adresse manoeuvrière, que de l'adresse oratoire à tous usages ou même qu'un passé républicain sans tache. Il faut un homme. Pour remplir les cadres que je viens de dessiner il faudra encore des hommes. Non pas des omniscients, car le type enclycopaedique est en tout et toujours le pire des fléaux, mais des individus à la raison assez large pour embrasser des ensembles, assez nette et servie par une volonté assez ferme pour ramener vers le même axe de marche la complexité. Ce modèle humain était presque une des spécialités de notre race. Ne le produisons plus? Je crois, pour ma part, que nous le produisons encore".

In een artikel in de *Fortnightly Review* van December j.l., getiteld „Some consequences of the Italian failure" en geschreven door „Politicus" wordt de inrichting der regeering van Engeland scherp afgekeurd. De eerste minister is slechts primus inter pares; bevelen kan hij aan zijne ambtgenooten niet geven. Bovendien is de positie der ministers zwak, omdat een gril van het parlement of van

(1) Dit is niet juist. De Minister van Financiën is ook lid van het Kabinet, maar hij neemt niet geregeld deel aan de werkzaamheden. Over de samenstelling van het War Cabinet, dat eerst 5 leden had, welk aantal later met 2 werd vermeerderd, vindt men duidelijke inlichtingen in het na te noemen artikel in de *Contemporary Review* van December j.l.

het volk hunne verwijdering kan ten gevolge hebben. De Engelsche ministers zijn amateurs, zonder kennis van de administratie. Zij zijn te bang voor het parlement en het volk. Bij de constitutie van de Vereenigde Staten van Amerika is de uitvoerende macht geconcentreerd in handen van den president; de ministers zijn zijne dienaren. In de *Federalist* betoogde HAMILTON, dat concentratie van de uitvoerende macht in de handen van één persoon noodig is om een energiek en actief beleid te verzekeren. Eenheid is vooral in tijden van oorlog onmisbaar. Het is gebleken, dat eene democratie niet geschikt is voor het voeren van een oorlog en dat collectief bestuur van een college van liefhebberende „politicians" geheel onvoldoende is om snelheid van beslissing en eenheid te verkrijgen. Daarom moet de eerste minister uitsluitend verantwoordelijk worden voor de leiding van den oorlog en van „the national administration" en moeten de andere ministers aan hem ondergeschikt worden gemaakt. Dan zou de positie van den eersten Minister naderen tot die van den president van de Vereenigde Staten van Amerika.

Ziehier in het kort — en dus onvolledig — de inhoud van deze beschouwingen. De schrijvers stemmen overeen, in zooverre zij eenheid in de regeering beoogen, maar terwijl de Franschman meent, dat in Engeland alles nu mooi in orde is, spreekt de Engelschman niet van het War Cabinet en dringt hij op versterking van de macht van den president aan. In zijn opstel wordt de vraag aangeraakt, in hoever voor het ambt van ministers deskundigheid noodig is. In Engeland is die vraag meer besproken. Bekend is, hoe een minister voor de koloniën na zijne benoeming tot zijn secretaris zeide: „Nu moet je mij toch eens vertellen, waar al die dingen liggen". Het is wel onmogelijk ministers te vinden, die voor alle zaken, zelfs voor alle hoofdzaken, die tot hun werkkring behooren, deskundig zijn, maar het maakt toch een eenigszins zonderlingen indruk als men een gewezen procureur met de opperleiding van een oorlog of een burger met het departement van oorlog belast ziet. Intusschen waar is het, dat op het gebied van het handelen het meer aankomt op karakter en intellect dan op deskundigheid. De Fransche schrijver roept uit: il faut des hommes! en beroemt zich er op, dat Frankrijk altijd geniale menschen heeft voortgebracht, maar als men denkt aan de geschiedenis van Frankrijk in de achttiende eeuw, komt m. i. eer het woord van OXENSTIERNA in de herinnering: zoonlief, gij weet nog niet, met hoe weinig verstand de wereld geregeerd wordt.

Het gebeurt ,dat menschen komen op de plaats, die hen voegt, maar de kans hierop is, ten aanzien van minister-presidenten, ook wegens de politieke tegenstellingen, niet zoo

heel groot, en het is gemakkelijker te roepen: „il faut un homme" dan geniale en krachtige personen te brengen en te houden op den zetel van den minister-president.

Hoe wenschelijk eenheid van leiding moge zijn, het komt mij voor, of het geene aanbeveling verdient den president boven zijne ambtgenooten te plaatsen. Dit moet aanleiding geven tot onophoudelijke kwesties tusschen den president en zijne collega's, vooral ten onzent, want nergens houdt men van voogdij en ongevraagde inmenging minder dan in ons land. De versterking van de macht van den president zal de eenheid dus niet bevorderen en bovendien de positie van zijne collega's verzwakken. Volle verantwoordelijkheid voor hunne daden zouden zij niet meer hebben. Concentratie kan hare goede zijde hebben, maar van verdeeling van werk kan hetzelfde gezegd worden, vooral waar de werkzaamheden van grooten omvang zijn. De beide schrijvers voeren aan, dat eene krachtige leiding belemmerd wordt door de macht der volksvertegenwoordiging, maar hiertegen baat de vergrooting van de macht van den minister-president niet. De Engelsche schrijver zou denkelijk wel goedvinden, indien die minister even onafhankelijk van het parlement werd als de presidnet der Amerikaansche Unie, doch dit stelt hij toch niet voor, misschien wel omdat vermindering van de macht van het parlement kwalijk ware overeen te brengen met de heerschende denkbeelden omtrent de „democratie". Zijn intusschen de Vereenigde Staten van Amerika niet ook eene „democratie"? Wordt de president der Unie niet door „het volk" gekozen? Komt in de handelingen van den door „'s volks" genade aangewezen tegenwoordigen welbespraakten president niet de „volkswil" tot uiting? Als men onder „democratie" verstaat regeering van het volk door het volk is echter de Unie evenmin eene democratie als Engeland of Frankrijk. Echter kan niet ontkend worden, dat de invloed wel niet van „het volk", maar toch van wat men „de publieke opinie" of „den geest des tijds" noemt, vooral in Engeland, zeer is toegenomen. Gelijk de heer VAN RAALTE vermeldt, zeide de bekende schrijver SIDNEY LOW in de *Fortnightly Review* van Februari 1917 (1): „Mr. LLOYD GEORGE draws his strength

(1) In dit belangrijke artikel stelt de schrijver de oprichting van «the War Cabinet» gelijk met eene revolutie. De *Contemporary Review* van December j.l bevat een artikel van J. G. SWIFT MAC NEILL, getiteld: «Dismantling the British constitution». Daarin wordt geklaagd over de groote macht van het War Cabinet. In het Lagerhuis zitten thans 63 of 65 leden van het Ministerie, dat in het geheel uit 91 personen bestaat. Men ziet hieruit, hoe grooten invloed de Regeering bij de stemmingen in het huis heeft Eene partij-regeering is het tegenwoordig Ministerie niet.

from outside the walls of Parliament, he owes his elevation to a kind of unformal and irregular, but unmistakebly emphatic plebiscite. The House of Commons did not make him premier".

Mr. S. VAN HOUTEN, naar wiens woord ieder steeds met eerbied en belangstelling luistert, heeft indertijd voorgesteld den minister-president te belasten met een departement voor algemeene zaken, waaronder het Kabinet des Konings, de benoemingen voor de Hooge Colleges van Staat, de ridderorden en de algemeene onvoorziene uitgaven zouden ressorteeren, hetgeen naar de meening van den heer VAN RAALTE alle aanbeveling verdient. Hij zou dan vrijwel een minister zonder portefeuille worden. De heer VAN HOUTEN wilde hierdoor een einde maken aan den invloed van den directeur van het Kabinet des Konings op den gang van 's lands zaken. Hij verwees naar KEMPER's biographie van A. G. A. VAN RAPPARD, die intusschen niet enkel directeur van het Kabinet, maar tevens secretaris van den ministerraad was. Sedert vele jaren is echter, naar ik meen, over sinisteren invloed van den directeur van het Kabinet niet meer geklaagd. Het was den heer VAN HOUTEN intusschen vooral te doen om versterking van de regeering. Ik vrees, dat een president zonder portefeuille geene aangename positie zou hebben. Iedereen, die over een anderen minister te klagen had, zou hem te hulp roepen en hij zou de klagers niet naar zijne ambtgenooten kunnen verwijzen, want men zou zeggen: „waarvoor zit gij hier dan"?

Ten slotte zou ik meenen, dat een eminente en krachtige minister-president vanzelf grooten invloed op de daden zijner ambtgenooten zal hebben en dat geene regeling in staat is kracht te geven aan een ministerie, aan het hoofd waarvan een onbeduidend of zwak persoon is geplaatst. „Il faut un homme"!

April 1918. A. R. ARNTZENIUS.

R. D. Kollewijn. *Het beginsel der openbare orde in het internationaal privaatrecht.* — Proefschrift, verdedigd te Amsterdam 1917. — Uitg. Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage.

Het verdienstelijk proefschrift, welks titel aan het hoofd dezer regelen is vermeld, behandelt een der moeilijkste en belangrijkste leerstukken van het modern internationaal privaatrecht: den invloed, dien „de wetten betreffende de openbare orde en de goede zeden" (art. 14 A. B.) op de collisieregelen uitoefenen.

Nemen wij eene privaatrechtelijke aangelegenheid, waarvan de bestanddeelen — nationaliteit der partijen, ligging van het goed, plaats der handeling, enz. — verband houden met het recht van meer dan eenen Staat; de wetgeving moet aangewezen worden, welke de rechtsverhouding beheerscht. Bij de onderlinge afweging der aanspraken, die de verschillende betrokken landswetgevingen op de heerschappij kunnen doen gelden, speelt de openbare orde in de desbetreffende landen eene gewichtige rol. Immers het maatschappelijk of staatsbelang kan met het oog op sterk sprekende rechts- en zedelijkheidsopvattingen of economische belangen de toepassing der inheemsche landswet op de internationale aangelegenheid gebiedend eischen of zich tegen de toepassing van eene vreemde in het spel zijnde wetgeving met nadruk verzetten. Nu van tweeën één:

Of wel het belang van den Staat, wiens openbare orde het geldt, strookt met den aard en de natuur der internationale aangelegenheid, dus met de belangen der overige rijken en die der personen, welke bij de rechtsverhouding zijn betrokken. Geen der andere Staten is zóó van nabij belanghebbende bij de aangelegenheid, dat hij de toepassing van zijn eigen recht eischt, noch zouden de menschen, die ter zake partij zijn, op goeden grond de heerschappij van eene andere wet kunnen inroepen. B.v. een algemeen Nederlandsch economisch en rechtsbelang is er bij betrokken, dat de regelen van ons zakenrecht toepassing vinden op hier te lande gelegen onroerend goed, ook al zijn partijen vreemdelingen. De openbare orde in het vaderland der betrokken personen is bij deze overwegend Nederlandsche aangelegenheid niet in het

spel; dus wordt aldaar de uitsluitende heerschappij van onze wetgeving zonder bezwaar erkend.

Maar ook zijn gevallen mogelijk, waarin iedere der belanghebbende Staten met het oog op zijne openbare orde de heerschappij van zijn eigen inheemsch recht over de aangelegenheid voor zich vordert. Zoo eischen landen, waar de Grieksch-Katholieke godsdienst de staatsgodsdienst is, voor de geldigheid des huwelijks van hunne onderdanen ook buitenslands de kerkelijke, Grieksch-Katholieke huwelijksvoltrekking. Waar Nederland ook voor vreemdelingen bij sluiting des huwelijks hier te lande slechts den burgerlijken huwelijksvorm erkent, zullen de in Nederland ten overstaan van den ambtenaar van den burgerlijken stand voltrokken huwelijken van Serviërs of Bulgaren wat den vorm betreft ten onzent geldig, in het vaderland der partijen echter nietig zijn. Hier leidt de tegenstelling van hetgeen de openbare orde in ieder rijk eischt, tot eene ongelijke berechting der aangelegenheid in elk der betrokken landen.

Bezien wij na deze inleidende, orienteerende opmerkingen het proefschrift nader. Het boek vervalt in twee afdeelingen, waarvan de eerste aan de wetenschap, de tweede aan de rechtspraak is gewijd. In de eerste worden achtereenvolgens de leeringen en stelsels der Romanisten — onder wie wij Bartin ongaarne missen —, der Duitsche en der Engelsche en Amerikaansche juristen behandeld, terwijl dit gedeelte met eenige conclusiën en perspectieven des schrijvers besloten wordt. De tweede afdeeling geeft ons eene reeks korte, maar pittige en leerrijke verhandelingen met betrekking tot de rechtspraak over een zevental bijzondere onderwerpen, te weten: de handelingsbevoegdheid van den vreemdeling, onderhoudsplicht, huwelijksbeletselen, echtscheiding, roerend en onroerend goed, onzedelijke en onwettige overeenkomsten en schadeberokkening. Ten slotte zijn nog eenige eindconclusiën aan het werk toegevoegd.

Wij voor ons verkiezen de bladzijden van het boek, die over de rechtspraak handelen boven die, welke de wetenschap tot onderwerp hebben. De oorzaak daarvan is ten deele buiten den schrijver gelegen. Want waar met name bij de Romaansche school eenheid van gedachte en vaste lijn in de ontwikkeling van het leerstuk ontbreken, is het niet gemakkelijk een helder beeld van haren arbeid te geven en valt het niet te verwonderen, dat men de lezing van dit gedeelte van het proefschrift met een onbevredigd gevoel en eenen indruk van verwardheid besluit. Wel echter kan het den schrijver eenigermate als grief worden aangerekend, dat hij in waardeering voor het werk der Romanisten is te kort geschoten, zijn scherpziend oog te veel heeft gevestigd op de onvolkomen uitwerking, welke zij aan het beginsel der

openbare orde hebben gegeven, te weinig de groote en juiste gedachten, waarvan zij uitgingen, naar voren heeft gebracht. De berg van zand bevat goudkorrels, die zorgvuldig hadden moeten worden afgescheiden. Want niet vergeten dient, dat het begrip der openbare orde — hetwelk onder de oudere schrijvers alleen HUBER voor den geest heeft gezweefd en door de lateren, ook door VON SAVIGNY, slechts terloops is behandeld — als belangrijke factor, waarmede inzake den werkingsomvang is rekening te houden, eerst door de nieuwe Italiaansche school is ontdekt en op de juiste waarde geschat en dat sindsdien dat begrip in schier alle landen door wetenschap en rechtspractijk als grondslag van behandeling is aanvaard en de Haagsche verdragen van internationaal privaatrecht daarop mede zijn opgebouwd. De omwenteling in opvattingen en inzichten, die van den arbeid der Romanisten het gevolg is geweest, had onzen schrijver tot mildere critiek ten deze moeten stemmen. KAHN's strenge beoordeeling van de Romaansche school, waarvan in het proefschrift zooveel nut is getrokken, had hem tot waarschuwend voorbeeld kunnen strekken; immers, ook aan dit scherp vernuft is het, bij al zijne nieuwe en juiste denkbeelden, niet gelukt, de grondstellingen der Italianen en Franschen met succes aan te tasten; de sleutel van het vraagstuk is nog altijd bij hen te vinden.

Eene bij herhaling door den heer KOLLEWIJN tegen de Romanisten geuite grief is deze, dat zij de stof behandelen, nu eens volgens „de universeele methode" — d. i. volgens algemeene theoretische beschouwingen omtrent den aard der rechtsinstellingen, los van het concreet geval —, dan weer volgens „de individueele methode" — door behandeling van eene gegeven rechtsverhouding en het positieve recht der daarbij betrokken Staten. Niet steeds achten wij deze grief gegrond; niet b.v. waar zij wordt gericht tegen het stelsel van MANCINI, neergelegd in diens meesterlijk rapport van 1874 aan het Institut de droit international. Want deze, als grondslagen van zijn stelsel de nationaliteit, de vrijheid (zelfbestemming der partijen) en de souvereiniteit van den Staat aannemende en aan de laatste de regelen van openbare orde met absolute territoriale werking ontleenende, onder vermelding van het verbod van slavernij en polygamie als voorbeelden, maakt o. i. geen methodische fout. Aan zijn systeem toch is geenszins eigen, dat de toepassing der hoofdbeginselen noodwendig in alle landen tot geheel eenzelvige resultaten voeren moet. Bovendien, waarom de algemeene regelen niet op theoretische basis opgetrokken en hare nadere uitwerking en toepassing ontleend en getoetst aan de regelen en rechtsinstellingen, voorkomende in het landsrecht der enkele Staten?

Intusschen, wat hiervan zij, de heer KOLLEWIJN heeft juist ingezien — en dit is de hoofdconclusie van zijn onderzoek — dat het bij vragen betreffende de openbare orde ten slotte aankomt op het positief recht der Staten, die bij de internationale rechtsaangelegenheid in ieder gegeven geval betrokken zijn; zoodat de openbare orde in den Staat in zake eene gelijksoortige rechtsverhouding de toepassing van recht van een bepaald vreemd land kan dulden, terwijl zij die van het recht eens anderen vreemden Staats ter zake niet gedoogt.

Enkele door den schrijver gemaakte opmerkingen van algemeenen aard trekken hierbij de aandacht.

Vooreerst deze, dat de rechtspraak in menig geval, teneinde op eene internationale aangelegenheid het inheemsche instede van het buitenlandsche recht te kunnen toepassen, een beroep op de openbare orde doet, hoezeer deze eigenlijk niet in het spel is. Zoo in Frankrijk bij de handelingsbevoegdheid van buitenlandsche gehuwde vrouwen en minderjarigen, ingeval dezen zich volgens hunne nationale wet niet, doch naar Fransch recht wel rechtsgeldig vermogen te verbinden. Bij rechtshandelingen, in Frankrijk door hen aangegaan, doet nu in den regel het opgewekt verkeersvertrouwen ten onrechte dienst als „openbare orde", om de toepasselijkheid van het statutum personale uit te sluiten. Inderdaad zal wellicht de wetenschap er eerlang op moeten bedacht zijn, om — wil zij het begrip „openbare orde" niet buiten zijne natuurlijke beteekenis uitbreiden — daarnaast ook andere tot inbreuk op de collisieregelen leidende oorzaken te erkennen.

Een tweede punt, dat in des schrijvers beschouwingen bijzonder vermelding verdient, is het volgende. Hij wijst er op, hoe de openbare orde nu eens eischt: toepassing van het inheemsche recht, dan weer niet-toepassing van het buitenlandsche recht. Deze laatste niet-toepassing zal gemeenlijk de heerschappij van het eigen recht in zich sluiten; als b.v. eene door de vreemde wet beheerschte en erkende vordering uit spel hier te lande wordt afgewezen, wordt inderdaad art. 1825 B. W. toegepast. Maar — aldus de schrijver — strikt noodzakelijk is in dergelijke gevallen de toepasselijkheid van het inheemsche recht niet altijd. Volgens aard en natuur der rechtsverhouding komt aan de vreemde wet in de eerste plaats de heerschappij toe en slechts in zóóver is hare toepasselijkheid uitgesloten als de zedelijkheidseisch in het eigen land zich daartegen verzet. Nu kan aan dien zedelijkheidseisch somtijds zeer wel zijn voldaan, door, met tempering van de vèrstrekkende verplichtingen, die het inheemsche recht aan de eigen onderdanen oplegt, ten aanzien van vreemdelingen, wier wetgeving die verplichtingen niet kent, eenen tusschenweg tusschen beide wetten te bewandelen

en mitsdien eenen, van beide betrokken wetten afwijkenden zelfstandigen regel van internationaal privaatrecht te scheppen en op de aangelegenheid toe te passen. Een voorbeeld vindt men in het proefschrift bij de behandeling van den onderhoudsplicht, dien het Engelsche en het Duitsche recht niet ten aanzien van schoonzoon en schoonvader erkennen en die met betrekking tot eenen Engelschen schoonzoon tegenover eenen Duitschen schoonvader niettemin door de Belgische rechtspraak werd aangenomen, wijl zij de desbetreffende bepaling van den Code Civil (art. 206) van openbare orde achtte en op vreemdelingen toepaste. Volgens de boven medegedeelde gedachte van den heer KOLLEWIJN is het nu echter niet noodig om, gelijk de Belgische rechter deed, den onderhoudsplicht der betrokken vreemdelingen op hetzelfde bedrag te stellen als dien der eigen onderdanen en de beide factoren, die de Code aanneemt: de behoeften van hem, die vordert en het inkomen van hem, die tot onderhoud verplicht is, te aanvaarden. Aan den zedelijkheidseisch in het onderhavig geval is volgens onzen schrijver reeds door de aanneming enkel van den eersten factor voldaan. Wij zouden in het genoemd geval het statutum personale der belanghebbenden gaaf willen toepassen, daar wij met betrekking tot den onderhoudsplicht de openbare orde slechts in de verhouding tusschen ouders en eigen kinderen en tusschen echtgenooten betrokken achten. Doch dit daargelaten: hoezeer het scheppen van zelfstandige regelen van internationaal privaatrecht, mede wegens het gevaar van willekeur o. i. slechts bij uitzondering en in gevallen van noodzakelijkheid geschieden kan, — in beginsel bestaat er geen bezwaar, om, mits met groote omzichtigheid bij de toepassing, de gedachte des schrijvers te volgen.

Wij zouden aan bovenstaande mededeelingen nog eenige opmerkingen van verschillenden aard kunnen toevoegen; zoo o. a. ter bestrijding van des schrijvers meening, dat onze rechterlijke macht hare medewerking zou vermogen te verleenen in zake de adoptie van vreemdelingen of andere, in ons rechtsleven onbekende rechtsinstituten; zoo ten betooge, dat des schrijvers algemeene beschouwingen omtrent de overeenkomsten in het internationaal privaatrecht al te eenzijdig onder het gezichtspunt der openbare orde zijn bezien en daarbij aan de stilzwijgende bedoeling der partijen te weinig recht is wedervaren, de subjectieve en de objectieve maatstaf tot aanwijzing der toepasselijke wet niet voldoende uit elkander zijn gehouden; dat de aangehaalde vreemde rechtspraak op een enkel punt door latere uitspraken is achterhaald; het wenschelijk ware geweest, sommige onderwerpen — b.v. het handelen in fraudem legis — afzonderlijk afgescheiden van de openbare orde, te behandelen en enkele

hoofdstukken — zoo die betreffende roerend en onroerend goed en schadeberokkening — te splitsen. Doch wij willen op een en ander niet verder ingaan, om deze boekaankondiging niet buiten de gebruikelijke perken te doen treden en vooral opdat de lof, dien het proefschrift verdient, niet onder polemiek en critiek op meer of min ondergeschikte punten bedolven worde. Liever willen wij eindigen met als onzen indruk weer te geven, dat de heer KOLLEWIJN over eene moeilijke materie een knap stuk werk geleverd heeft, dat vooral door de grondige verwerking der buitenlandsche rechtspraak eene aanwinst voor onze literatuur over het internationaal privaatrecht mag genoemd worden.

J. KOSTERS.

Mr. W. A. C. van Dam. *Vrachtrecht der Rijnvaart.* — Rotterdam, D. Brouwer & Zonen.

Het werk van Mr. Van Dam is niet in de eerste plaats voor juristen geschreven Zoowel uit den vorm als uit den inhoud blijkt, dat de „eere-voorzitter van den Algemeenen Rijnschippersbond" vooral heeft willen leveren een werk, dat nuttig zou zijn voor de schippers. Het boek kan voor den ontwikkelden Rijnschipper een vraagbaak zijn voor de zeer vele quaesties, waarvoor zijn beroep hem stelt, een vraagbaak die hem slechts zelden zal in den steek laten.

Aan den jurist en aan den wetgever leert het boek het groote aantal meer en minder belangrijke vraagpunten de Rijnschipperij betreffende, die door de tegenwoordige wetgeving niet speciaal zijn behandeld, en die thans bij ons te lande nog vrijwel uitsluitend beslist moeten worden naar algemeene rechtsbeginselen, gebruiken en bijzondere overeenkomsten. Het leert hem bovendien, hoe die vraagpunten van de zijde van de schippers worden bezien.

Mr. Van Dam is de raadsman van veel Rijnschippers; het boek toont, hoezeer hij zich als hun beschermer voelt. Hij leeft met hen mee en hij wenscht hun bestwil. Hij heeft in zijn practijk alle gelegenheid gehad zijn beschermelingen te leeren kennen en hij schijnt hierin ook wel geslaagd te zijn.

Het is hierom vooral ook, dat, wanneer de lang verbeide wet op de binnenscheepvaart zal worden gemaakt, met Mr. Van Dam's werk zeer zeker rekening gehouden zal moeten worden.

De zoo herhaaldelijk in dit boek uitgesproken klacht, dat een belangrijk onderwerp als het vervoer op de binnenwateren in onze wetboeken zoo onvoldoende is geregeld, is door en door begrijpelijk. De jurist is geneigd op die klacht te antwoorden, dat bij de toepassing van de thans geldende wetten in de binnenschipperij niet minder rechtvaardig en billijk wordt rechtgesproken, dan in de zeevaart en in andere verhoudingen. Men kan zelfs terecht volhouden, dat naar de thans geldende wetten het vervoercontract in de binnenvaart een zeer begunstigde plaats inneemt, omdat de groote vrijheid, die den rechter gegeven wordt, hem in staat stelt onmiddellijk rekening te houden met verandering van omstandigheden en verhoudingen. Voor de schippers zelf echter spreken die argumenten minder. De Nederlandsche wet laat voor hen veel te veel onzekerheid bestaan over wat recht is. Naar Duitsch recht weten zij veel beter, waar zij aan toe zijn, en dit is voor hen van zeer groot belang.

Men behoeft in beginsel volstrekt geen voorstander te zijn van zeer tot in bijzonderheden afdalende wettelijke regelingen betreffende het contractenrecht, om het verlangen van de schippers naar een wet als het Binnenschiffahrtsgesetz te begrijpen en te billijken. Bijna steeds de oeconomisch zwakkeren tegenover hun mede-contractanten, hebben zij er groot belang bij, dat in zooveel mogelijk gevallen duidelijk en ontwijfelbaar vaststaat, wat recht is.

Het boek van Mr. Van Dam kan den schippers in dit opzicht reeds een steun zijn, doch het is niet onfeilbaar. Het boek lost alle quaesties op, die het bespreekt, doch niet alle oplossingen zijn juridisch onaanvechtbaar; af en toe zijn de juridische beschouwingen onaannemelijk.

De opmerkingen bijvoorbeeld over het overliggeld op blz. 28 zouden de schippers, die het boek raadplegen op een dwaalspoor brengen en dit blijkt ook op blz. 30 waar de schrijver den aard van het overliggeld behandelt. Op blz. 28 zegt de schrijver, dat, omdat de wet van 1897 en het daarbij behoorend Koninklijk Besluit niet meer spreken van „nalatigen", overliggeld verschuldigd is, onverschillig wat de oorzaak is van de vertraging der belading. Hieruit zou men dus afleiden, dat in de binnenscheepvaart overmacht geen verweer oplevert tegen een vordering tot betaling van overliggeld. Doch op blz. 30 noemt de schrijver zelf het overliggeld een vergoeding verschuldigd wegens het niet voldoen aan een verplichting; als dit zoo is bestaat natuurlijk behoudens beding van het tegendeel wel de mogelijkheid om tegen een overliggeldvordering beroep te doen op overmacht. En deze laatste beschouwing is ook de juiste.

Ook op andere punten zou ik de juridische uiteenzettingen en des schrijvers mededeelingen omtrent het in Nederland geldende recht niet steeds durven onderschrijven bijv. wat betreft het in gebreke zijn door het enkel verloop van den tijd door den schrijver verdedigd op blz. 63. de aansprakelijkheid van den stuwadoor voor toegebrachte schade behandeld op blz. 84 en volgende, de beschouwingen over lading „op den overloop" blz. 146.

Tot zoover heb ik het boek beschouwd naar het belang dat het heeft voor de Rijnschippers. Dit is stellig de voornaamste beteekenis van het boek. Doch hieruit volgt niet, dat de jurist, die in zijn practijk met de binnenscheepvaart heeft te werken niet ook het werk van Mr. Van Dam zal hebben te raadplegen. Behalve de geschiedenis in de verschillende bepalingen der Gedeponeerde Rotterdamsche Rijnvaartconditiën en vrij veel jurisprudentie, zal hij er in vinden mededeelingen over de praktijk van de Rijnvaart en juiste betoogen omtrent dubieuse punten.

K. A. Rombach.

Rijksopvoedingsgestichten; meer in het bijzonder dat voor meisjes en de resultaten daar verkregen. — Proefschrift te Utrecht verdedigd op 28 Januari 1918, door Mejuffrouw Mr. S. J. Meijers. — A. H. Kruyt, Amsterdam 110 bladz.

Het is, dunkt mij, niet toevallig, dat de belangstelling van meerdere onzer jeugdige vrouwelijke juristen getrokken wordt door de Kinderwetgeving en hare toepassing.

Ook thans hebben wij weer het werk voor ons van een onzer jonge vrouwen, die haar wetenschap ten dienste heeft gesteld aan de zorg voor de verwaarloosde en misdadige jeugd.

Hoofdinhoud van het proefschrift vormen de korte levensbeschrijvingen van de 87 verpleegden, die tusschen 1906 en 1916 uit het R. O. G. te Zeist werden ontslagen, voorafgegaan door een duidelijke uiteenzetting van de wettelijke bepalingen betreffende de dwangopvoeding, de inrichting van het leven in bedoeld gesticht en den terugkeer van de verpleegden in de vrije maatschappij, terwijl aan het slot eenige conclusies worden getrokken en eenige wenschen geuit.

Door een verblijf van eenige maanden in het door haar vooral tot voorwerp van bespreking genomen gesticht heeft schrijfster eene goede gelegenheid gehad, om van haar onderwerp op de hoogte te komen.

De hoofdschotel, bevattende de 87 korte biographieën, leent zich weinig tot een bespreking. Schrijfster heeft haar materiaal ingedeeld naar de gezinnen, waaruit de meisjes komen en naar de misdrijven, die haar te Zeist brachten. Voor het eerste bestaat m. i. meer aanleiding dan voor het laatste, omdat die misdrijven vrijwel alle vermogensdelicten zijn en de verschillen in qualificatie (diefstal, verduistering, strooperij, gequalificeerde diefstal, enz.) volstrekt niet weergeven een verschil in karakter of aanleg bij het kind.

In het algemeen hecht schrijfster overwegend veel waarde aan het milieu en ziet ook in de opname in een opvoedingsgesticht in hoofdzaak slechts een verandering van milieu, omdat naar zij zegt: de aanleg iets blijvends is (blz. 37), niet voor verbetering vatbaar (blz. 49), maar het rustige, geregelde leven in het gesticht werkt kalmeerend op de meisjes (blz. 50). Mij komt deze beschouwing wel wat erg pessimistisch voor. Ik geloof wel terdege in de aanleg en karakter wijzigende en veredelende kracht eener opvoeding, maar dan moet er ook een lijn in, een beginsel achter die opvoeding schuilen, al behoeft dit dan niet tot een verstard systeem te leiden.

Ik kan moeilijk gelooven, dat volkomen juist is, wat schrijfster (blz. 28) zegt, n.l. dat in het R. O. G. elke beambte naar haar beste weten haar plicht doet, zonder dat er een bepaald systeem van opvoeding bestaat. Mogelijk is dit een van de bezwaren van een Rijksgesticht, dat neutraal moet zijn, dat men niet in een bepaalde richting sturen mag, maar m. i. moet er toch in elk gezin, groot of klein, zal het goed gaan, een levenwekkend beginsel, gedragen door een levende persoonlijkheid zijn, van waaruit alle opvoedingskracht voortvloeit. Dat het een ideaal zou wezen, dat elke mede-arbeider geheel naar eigen inzicht handelt, wil er bij mij nog niet in.

Het is een moeilijk materiaal, dat ter bewerking aan de opvoeders wordt aangeboden: de meest normale kinderen gaan in de gezinsverpleging, de meer lastige elementen nemen de particuliere gestichten op en de moeilijkste kinderen komen in de R. O. G. En als men dan over al deze meisjes leest, dan treft het hoe bij haar de sexuëele kwestie naast de eigenlijk crimineele uitingen van hare karakters zulk een groote rol speelt. Daar schuilt wel dè groote moeilijkheid, die de meisjes-dwangopvoeding vertoont boven die der jongens. Het is geen vroolijke lectuur die biographieën, waarin misdaad en prostitutie, psychopathie en krankzinnigheid elkaar afwisselen.

Toch gegeven dit materiaal, zijn de resultaten volgens schrijfster bevredigend te noemen. Zij becijfert aan de hand harer levensbeelden, dat 30 van de 78 ontslagen regeeringskinderen goed terecht zijn gekomen. „Dit is zeer veel, waar de meesten der 78 uit zeer slechte gezinnen komen en als jonge kinderen reeds tooneelen van dronkenschap en immoraliteit bijwoonden".

Ik wijs erop, dat dit percentage van ongeveer 38½ pCt. minder is dan het cijfer van 44 pCt., dat in het in 1914 uitgebrachte rapport van de Vereeniging van Directeuren en Directrices van de Nederlandsche Opvoedingsgestichten als geslaagd voor een meisjesgesticht wordt genoemd. En het is véél lager dan cijfers, die wij zoo al eens te hooren hebben gekregen, en die spreken van meer dan 80 pCt. geslaagde gevallen.

Dit is, dunkt mij, een van de groote verdiensten van den arbeid van Mej. Mr. Meijers, dat zij langs de biographische methode, meer betrouwbaar materiaal voor de Statistiek heeft geleverd (1).

Zooals bekend, wordt er thans ook gearbeid aan een algemeen, meer objectief overzicht van de werking der

(1) Men zie in dit verband het artikel van Mr. G. L. de Vries Feijens «De historie van 109 Rijksopvoedelingen» in T. v. S. XXVIII, blz. 473. Dit betreft de ontslagenen van het R. O. G. Leiden.

Kinderwetten, dat de uitkomsten der dwangopvoeding in een juister licht zal stellen.

Ook bij de biographische methode blijft er verschil van waardeering voor het resultaat der opvoeding over. Schrijfster hecht, vooral voor die meisjes, die reeds prostituée waren, groote waarde aan een huwelijk, zeer kort na haar ontslag, maar met Mr. DRESSELHUYS in zijne Inleiding over de Nazorg (Mededeelingen Ned. Bond tot Kinderbescherming no. 17, blz. 12) zou ik daarachter nog wel een vraagteeken willen stellen. Schrijfster vermeldt trouwens zelf zeer ongelukkig afgeloopen huwelijken van ontslagenen.

Als men voorts nog in aanmerking neemt, dat vele van de door Mej. MEIJERS als geslaagd beschouwde gevallen nog lang niet de meest gevaarlijke levensjaren, stel tot 25 jaren, door zijn, dan mag ook het door haar gevonden percentage nog wel als aan den hoogen kant liggende worden aangemerkt.

Zeer juist lijkt mij de opmerking, dat de opleiding tot gewone dienstbode, liefst in het burgergezin, waar zij met de huisvrouw meewerkt, er toch ten slotte mee gaat strijken (blz. 36). Kan men eens een meisje van singuliere gaven verder brengen, de gelegenheid zij ervoor in de gestichten, maar in zedelijk opzicht werkt het uithalen van de verpleegde uit haar eigen klasse vaak verderfelijk.

Alvorens ten slotte nog eenige bijzondere punten aan te stippen, wil ik hier nog wijzen op de vrij uitvoerige beschouwing door schrijfster in haar laatste hoofdstuk aan de prostitutiekwestie gewijd. Zij bepleit daar, dat reeds prostitutie op zichzelf voldoende aanleiding moet wezen tot het stellen ter beschikking van de Regeering.

Het is jammer, dat Mej. Mr. MEIJERS evenmin als op blz. 31, waar zij het straffenstelsel in de gestichten onvolledig geregeld acht, hare wenschen niet nader preciseert. Haar arbeid zou daardoor ongetwijfeld gewonnen hebben. Bedoelt zij hier de prostitutie als beroep uitgeoefend of reeds die door haar zelve (blz. 106) daarvan onderscheiden gelegenheidsprostitutie van winkeljuffrouwen, naaisters op een atelier, enz.? Haar wensch gaat ver, veel verder dan wat bij de behandeling van het vraagstuk van den kinderrechter in de Ned. Jur. Vereeniging 1917 werd gevraagd en door de overgroote meerderheid der vergadering bevestigend beantwoord, n.l. dat maatregelen van toezicht en voorzorg door den kinderrechter moeten kunnen worden voorgeschreven als de toestand van een kind doet vreezen, dat het tot misdadigheid zal vervallen.

Bestond maar eerst deze bevoegdheid, die streng toezicht (patronage) mogelijk zou maken, dan ware wellicht Mej. Mr. MEIJERS ook voorloopig tevreden. Dat prostitutie voor

zulk een maatregel aanleiding zou moeten kunnen zijn, staat m. i. buiten twijfel.

Hoewel het proefschrift meestal van beschrijvenden aard is, zoo vindt men ook buiten het laatste hoofdstuk hier en daar nog wel een critische opmerking verscholen. Ik wijs hier op de bestrijding van art. 39 *ter* Sr. (blz. 8), waarover schrijfster zich zeer ongunstig uitlaat. Gelijk bekend opent dit artikel de mogelijkheid, om in bepaalde gevallen bij de ter beschikking stelling ook nog een gevangenisstraf op te leggen, te ondergaan nà de voltooiing der dwangopvoeding. De Minister van Justitie echter kan de uitvoering van die straf opschorten en zij wordt dan geacht ondergaan te zijn door het verloop van haren duur sedert den dag van het opschortingsbesluit, tenzij dit wordt herroepen.

Schrijfster voert daartegen verschillende argumenten aan: 1°. dat door het lange tijdsverloop de rechtvaardiging van de straf als reactie van de maatschappij is vervallen; 2°. dat zij op den ex-opvoedeling een zeer zonderlingen indruk maken zal en 3°. dat de dwangopvoeding nutteloos is, voor wie onmiddellijk daarna in de gevangenis komt.

Ik stel voorop, dat het artikel voor uitzonderingsgevallen is geschreven en dan ook zeer zelden wordt toegepast, maar toch meen ik, dat het goed is, dat dit artikel er is, in de eerste plaats op dezen grond, dat het rechtsgevoel allerminst bevredigd wordt, wanneer de bedrijver van een zeer ernstig feit (de Minister Cort van der Linden beriep zich destijds in de Kamer op het geval van den 17-jarigen moordenaar Klaas Boes) slechts wordt veroordeeld tot een model-opvoeding, maar bovendien ook omdat naar mijne meening bij zekere individuën de dreiging van een voorwaardelijke gevangenisstraf nà de dwangopvoeding een heilzamen invloed op hun wilskracht hebben zal tijdens die opvoeding. Uit mijn eigen practijk herinner ik mij het geval van een nog niet 15-jarigen doodslager, die ter beschikking gesteld werd van de regeering, maar wien bovendien op grond van art. 39 *ter* een gevangenisstraf van 1 jaar werd toegemeten. De rechtbank koesterde meer dan wie ook den wensch, dat de dwangopvoeding een dusdanige goede werking op den jongen hebben zou, dat van tenuitvoerlegging geen sprake zal behoeven te zijn, maar greep toch met het oog èn op het hoogst ernstige van het feit èn op den persoon van den dader gaarne de door dit artikel geboden mogelijkheid aan.

De argumenten van schrijfster komen mij dan ook niet steekhoudend voor, als men maar goed in het oog vat, dat het steeds een voorwaardelijke straf is, die bij welslagen der dwangopvoeding buiten toepassing blijft.

Gaarne had ik de verdediging van stelling I achter het proefschrift, waarin Mr. Meijers het opportuniteitsbeginsel

van het O. M. in kinderstrafzaken afkeurt, eens bijgewoond. Ik meende, dat dit, zoo ergens, hier de voorkeur boven het legaliteitsbeginsel verdiende, al zal er steeds verschil bestaan bij de toepassing van het eerstbedoelde beginsel. Wat schrijfster zelve op blz. 107 betoogt, wettigt m. i. haar stelling nog niet.

Ten slotte veroorloof ik mij op te merken, dat het door Mej. Mr. MEIJERS op blz. 16 aan de Statistiek over de toepassing der Kinderwetten 1914 ontleende staatje met de toelichting, die schrijfster erop doet volgen, tot misverstand kan aanleiding geven. Zooals uit de Statistiek zelve (blz. LXXIX) blijkt, is dit staatje slechts de optelling van de verpleegden door „de afdeelingen van *enkele* algemeen bekende vereenigingen voor kinderbescherming en alle kerkelijke instellingen". Beter had schrijfster m. i. de op blz. LXXVII in Staatje 74 voorkomende gegevens met de aanteekening daaronder gesteld kunnen overnemen. Hare conclusie zou dezelfde zijn geweest, maar ware dan op juiste cijfers gegrond geweest.

Rotterdam. H. DE BIE.

Advocatenblad, tevens orgaan der Nederlandsche Advocaten-Vereeniging (verschijnt den 15den van iedere maand, behalve Juli en Augustus). Inteekenprijs voor niet-leden der Vereeniging f 5 per jaar. — Uitgevers Boekh. vh. Gebr. Belinfante 's-Gravenhage.

Na de oprichting der vakvereeniging voor Nederlandsche advocaten was het duidelijk, dat deze spoedig een eigen orgaan zou verlangen. Dit ligt in den geest van den tijd, het was onvermijdelijk en het orgaan is er dan ook gekomen.

Maar was het noodig?

Tot dusverre stonden de kolommen èn van het *Weekblad van het Recht* èn van onze rechtsgeleerde tijdschriften, althans zeker van *Themis*, voor de leden der balie open, ook waar het gold belangen der advocatuur als zoodanig.

En aan het *Weekblad van het Recht* zal men toch zeker niet een den advocaten minder gunstige gezindheid kunnen verwijten. Natuurlijk is het voor een vakvereeniging aangenamer een eigen orgaan te hebben dan op de gastvrijheid van anderen te zijn aangewezen, maar wanneer nu de markt reeds met juridische litteratuur overvoerd is? En dat dit het geval is begrijpt niemand beter dan de Advocaten-Vereeniging zelve, die met uitgevers en redactiën overleg wil plegen om te komen tot inkrimping of samenvatting van bestaande publicatiën. Toch vermeerdert men de bestaande periodieken weder met een.

Charité bien ordonnée commence par soi-même.

Had men hieraan nu eens niet gedacht!

Wellicht is echter dit verlangen overdreven.

Maart 1918. C. S.

THEMIS

LXXIXste deel — DERDE STUK

Het „Rechtsgezag" van Mr. H. Krabbe.

De „rechtssouvereiniteit" en de „moderne staatsidee" hebben sedert 1906 op het erf der Nederlandsche rechtswetenschap het stof in dikke wolken doen opdwarrelen. Eerst kwam de wind uit den hoek van „Die Lehre der Rechtssouveränität", in 1906, toen uit dien der „Ongezonde lectuur", in 1913, daarna uit dien van „De moderne Staatsidee", in 1915, en sedert het vorige jaar waait het uit den hoek van „Het Rechtsgezag". En goed woei het ook. Geen wonder, dat er krachtig tegen geprotesteerd werd; er zijn menschen, die niet van wind houden. Het was de hem „rijkelijk toebedeelde critiek", die het Mr. Krabbe „noodzakelijk maakte" zijne beide stellingen, „dat een verplichting tot gehoorzaamheid uit geen ander gezag dan dat des rechts kan worden afgeleid (leer der rechtssouvereiniteit)" en „dat het gezag des rechts uitsluitend wortelt in 's menschen rechtsgevoel en rechtsbewustzijn (moderne staatsidee)", te verdedigen en nader toe te lichten; dit is de inhoud van „Het Rechtsgezag".

Mr. K.'s geschriften maken op mij den indruk van

eene rechtsgeleerde prediking, voor een sceptisch of onwelwillend gezind gehoor; het is mij, of ik hem in het midden van den Leidschen Areopagus „den onbekenden God" hoor verkondigen, den souverein, den almachtige, die de samenleving schiep en onderhoudt, doch die als zoodanig onbekend en ongeëerd is. In verzekerdheid des geloofs is de verkondiging van de blijde boodschap begonnen en met een juichtoon eindigt zij: het „waagstuk", „den staat van uit het recht op te bouwen", is ondernomen (1). Het „waagstuk"! De blijde boodschap moet dus wel zéér nieuw zijn, en het gehoor al zéér onwelwillend. Maar Mr. K. kàn niet anders; hij beseft en gevoelt, dat er in leer en leven iets aan het worden is, dat er iets groots aan het groeien is, en daarvan moet hij getuigen, en als een SIMEON luidt hij den nieuwen tijd, dien hij geboren ziet worden, in: „de kentering is thans in aantocht, en de nieuwe leidsman komt in het zicht" (2). Een enkel zwak moment (3) ontsiert de prediking niet; doorloopend getuigt zij van zoo vast vertrouwen en blijde verzekerdheid, dat ik ze als den lofzang van KRABBE zou willen catalogiseeren.

De vooralsnog onberijmde lofzang doet mij weldadig aan; er gaat warmte van uit. Niet alleen het verstand maar ook het gemoed is er in aan het woord, en zoo richt hij zich dan ook evenzeer tot het verstand als tot het gemoed. Maakwerk is het niet, maar een doorleefd stuk persoonlijk leven. Het is Mr. K. ernst, volkomen ernst met zijne vermaning tot bekeering, zoodat de mogelijkheid niet uitgesloten is, dat de tegenstand, waarop hij stuit in leer en leven, een minder gunstigen invloed

(1) Blz. 107.

(2) Blz. 100.

(3) «*Misschien* dat wij thans andermaal aan den aanvang van zulk een periode ons bevinden» (blz. 94).

op zijn slaap uitoefent; wat zich vermoedelijk niet laat zeggen van zoovelen, die aan „sittliche Entrüstung" over het gedrag hunner medemenschen lijden: zij slapen er niet minder kostelijk om.

Mr. K. wil een nieuwlichter zijn, het „moderne" is in zijne leer schering en inslag. Zoo mag wel haast a priori worden vermoed, dat zijne leer aan het euvel der eenzijdigheid lijdt, hetgeen in een nieuwlichter niet onredelijk is. Wie tot reformatorisch optreden neigt, behoort ook niet bang te zijn; dat is Mr. K. dan ook niet. Scherp geeselt hij heerschende theorieën, . . . waarvan men zich, in het algemeen althans, nauwelijks meer bewust was dat ze slechts theorieën of constructies waren, en in wier schijn men zich gaarne placht te zonnen; wat wist men, sedert het ancien régime om hals gebracht was, alles toch goed; wat had de wetenschap het in de 19de eeuw toch ver gebracht; nu ja, er viel nog wel wat meer te weten en nog wat beter te weten, doch de kern onzer voorstellingen bestond dan toch maar uit dege wetenschap.

En nu komt Mr. K. in den tempel der wetenschap en werpt er de beelden om; en ze stonden er zoo vast, en ze waren zoo mooi, ze léefden bijna. Nu ja, wellicht waren ze „too beautiful to live". Jammer voor de beelden. Maar, hoe dit zij, deze beeldstormerij is reeds geruimen tijd aan den gang, zij is geenszins door Mr. K. op touw gezet, zoodat het toch niet zoo'n groot „waagstuk" is er aan deel te nemen in het midden eener talrijke schare van allerlei nationaliteit.

Realisme is de leus der zich gaarne als modern aandienende richting in de rechtswetenschap, die aan het begrippencomplex, dat de 19de eeuwsche staats- en rechtsleer vormt, als buiten de werkelijkheid omgaande dialectiek, het stempel van schijnwetenschap opdrukt.

Begrippen van vrijwel axiomatischen aard, als souvereiniteit, vrijheid, grondwet, grondrecht, constitutioneele monarchie, vertegenwoordiging, scheiding van kerk en staat, als rechtspersoon, bezit, onrechtmatige daad, „met de daaruit logisch af te leiden gevolgen" (1), zijn voor Mr. K. slechts „dogma's en doctrines" (2), „constructies" (3), „korst van uitgeleefde wetenschap" (2), vruchten van het in de 19de eeuw zegepralende intellectualisme, die in onzen „door historische dogma's ontredderden geest" (4) zich voor de werkelijkheid uitgaven. Het is dus de drang om de dingen te zien zooals ze zijn en ze te zeggen zooals hij ze ziet, die Mr. K. doet spreken. Zoo sterk is zijne begeerte om uit eigen oogen te zien, dat hij slechts zelden van metgezellen in de beeldstormerij gewag maakt, hoewel uit inhoud en vorm zijner beschouwingen mag worden afgeleid, dat hij niet onbekend is met het werk van voorgangers en tijdgenooten.

Twee machten zijn het, die hem bij het zoeken naar de waarheid in den weg treden, het „verstand" en het „historisch gewordene" (5); hij ziet er zijne voornaamste tegenstanders in, en in dezen strijd spant hij dan ook zijne beste krachten in. Ook het „geloof" (6) staat hem in den weg, doch daar dit in de voorgaande eeuw reeds voortdurend bestreden is geworden, kan hij volstaan met dezen tweederangstegenstander op zijde te duwen.

Het „verstand", het „historisch gewordene" en het „geloof" (5) beletten ons de werkelijkheid te zien zooals

(1) Blz. 98 vlg.
(2) Blz. 98.
(3) Blz. 99.
(4) Blz. 100.
(5) Blz. 84.
(6) Blz. 87, 89.

zij is; deze te zien en te beschrijven is het wat Mr. K. beoogt, niets anders. Daar niemand, die zich in ernst tot wetenschappelijken arbeid zette, ooit een ander doel voor oogen had, kan alleen uit de keuze van de ter bereiking van dit doel dienstige middelen het verschil in de bereikte resultaten verklaard worden. Inderdaad, wat Mr. K. aan de heerschende leer verwijt, is verwaarloozing van de psychologie, in het bijzonder van het „gevoelsleven van den mensch"; „in de allereerste plaats" levert dit het gezochte begrip van de werkelijkheid (1).

De werkelijkheid, die Mr. K. beschrijven wil, wordt gevormd door de samenleving, door sociale verschijnselen, en wel in het bijzonder door het verschijnsel van het bestaan van „gezag", „waartegenover een verplichting om te gehoorzamen bestaat": de „aanwijzing" van dit gezag is wat „de leer der rechtssouvereiniteit" beoogt (2). De bedoelde werkelijkheid is dus de maatschappelijke toestand van het gehoorzaamheidsplichtig zijn of wel de „staatsconstitutie" (3). Zoodra er nu „geen ander gezag dan het gezag van het geldende recht, met name niet een onafhankelijk van het rechtsgezag bestaand overheidsgezag, wordt aangetroffen", is de beschrijving van dezen toestand de „leer der rechtssouvereiniteit" (4). Alleen „de feiten" (5) zijn het, die op de vraag, of deze toestand al dan niet aanwezig is, het antwoord kunnen geven, zoodat van een „probleem", „langs rechtsphilosophischen weg" op te lossen, geen sprake is (5); de leer

(1) Blz. 84.
(2) Blz. 1 vlg.
(3) Blz. 6.
(4) Blz. 1.
(5) Blz. 50.

der rechtssouvereiniteit is „niet meer dan een verklaring van het bestaande" (1), zij wordt dus niet bepaald door een „levensbeschouwing", en hangt ook niet af van „philosophische" bezinning, maar wordt gedicteerd door een „ervaringsfeit" (2): alleen „het zoo-zijn", niet „het zoo-behooren" (3) is het object der leer. Tegenover de critiek, die Mr. K. verweten had werkelijkheid en ideaal te hebben vermengd, handhaaft hij met grooten nadruk slechts beschrijving van de werkelijkheid te hebben beoogd en geleverd. Tevens erkent hij echter, dat zijne leer bovendien „een leer omtrent de rechtsvorming" (4) is, bovendien is „een postulaat, naar de verwezenlijking waarvan men moet streven", „een ideaal dat men koestert van het recht" (5), eene „rechtspolitiek" (3), die evenwel eerst aan de orde komt, als „de eerstbedoelde toestand reeds is verwezenlijkt en dus het positieve recht en geen overheid bron van gezag is" (5), en die ten doel heeft „tot verderen uitbouw van den Staat" „de rechtsvorming zooveel mogelijk te verbeteren" (5), het „rechtsbewustzijn" „tot een grootere en hoogere kracht" te „verheffen" (3). „Uitgaande van een staatsconstitutie welke geen ander gezag erkent dan hetgeen uit de werking van het rechtsbewustzijn der volksgenooten, georganiseerd of ongeorganiseerd, zuiver of onzuiver, voortvloeit, wil de leer der rechtssouvereiniteit alle aandacht wijden aan het proces van rechtsvorming, om dit zoodanig in te richten, dat bij de werking van het rechtsbewustzijn de grootst mogelijke waarborgen voor het gerechtigheidsgehalte van het

(1) Blz. 7.
(2) Blz. 14.
(3) Blz. 7 n.
(4) Blz. 6.
(5) Blz. 1.

recht worden verkregen" (1), en brengt zij mede „een streven, om zooveel mogelijk het „richtige" recht tot uiting te brengen en mitsdien den Staat zóó in te richten, dat de gerechtigheidsidee zich onbelemmerd kan doen gelden" (2). Mr. K. denkt zich derhalve de verhouding der beide bestanddeelen zijner leer als die van theorie en praktijk, als b.v. die van de theorie van den handel tot de handelspolitiek, die van de theorie van de armenzorg tot de armenverzorging: het „zoo-behooren" komt wel aan de orde, maar eerst als de quaestie van het „zoo-zijn" hare oplossing gevonden heeft.

Als beschrijving van maatschappelijke verschijnselen maakt de leer der rechtssouvereiniteit er geen aanspraak op altijd en overal te gelden; zij kan „een registratie van hetgeen thans werkelijkheid is" zijn, maar zij kan ook „een toestand die nog verwezenlijkt moet worden" beschrijven (3). Deze onderscheiding, dit houde men wel in het oog, is niet dezelfde als de zooeven vermelde van theorie en praktijk, ze betreft alleen het eerste bestanddeel der leer, het theoretische, dat slechts het „zoo-zijn", niet het „zoo-behooren" uiteenzet (4). Vermoedelijk bedoelt Mr. K., dat zijne leer er niet minder eene bloote beschrijving van de werkelijkheid om is, omdat de heerschende theorie, hetzij niet hetzij wel in de wet belichaamd, anders luidt. Dit geef ik grif toe; maar toch vind ik dit „die *nog* verwezenlijkt *moet* worden" verdacht. Wellicht is dit „moet" Mr. K. ontsnapt, maar het doet toch het vermoeden rijzen, dat hij de werkelijkheid niet

(1) Blz. 6, 7.
(2) Blz. 1.
(3) Blz. 2.
(4) Het eerste bestanddeel bespreekt Mr. K. op de blz. 2—6, terwijl het tweede eerst op blz. 6 ter sprake komt.

alleen beschrijft maar ze ook waardeert, met aprioristischen maatstaf: zoo zij aan zijn ideaal beantwoordt, registreert hij ze met ethische instemming, en als zij het niet doet, neemt hij hoofdschuddend acte van haar bestaan, hopende op hare verbetering. Wat verstaat Mr. K. onder de „werkelijkheid"? Hier komt het juist op aan. „De werkelijkheid beantwoordt aan die leer, als de werking van het rechtsbewustzijn der volksgenooten niet aan banden is gelegd en van daaruit alleen alle rechten en bevoegdheden ontstaan. Niet of niet ten volle is die leer verwezenlijkt als, buiten het recht om, een gezag zich nog kan doen gelden en dus de overheidsidee, met de daaraan verbonden natuurlijke onderworpenheid van het volk aan dat gezag, nog levend is" (1). Wederom, dit herhaalde „*nog*" is verdacht; wie bloot constateerend beweert werkzaam te zijn, zij voorzichtig met het woordje „nog". Voor wie de moderne staatsidee gelezen heeft, is het aanstonds duidelijk, dat het de democratie, het democratische ideaal is, dat dit „moet" en dit „nog" op zijn geweten heeft, dat het m. a. w. de geest des tijds is, die maakt dat Mr. K., die niet eens „glaubt zu schieben", toch „wird geschoben". Zoo laat Mr. K. er dan ook terstond op volgen, dat van de „westelijke" Staten, althans „in het algemeen", getuigd mag worden, „dat in de praktijk de leer der rechtssouvereiniteit is aanvaard, terwijl in de „oostelijke", met name in Duitschland, Oostenrijk en Hongarije, dit „nog niet ten volle" het geval is, daar men in deze landen onder „een dualistisch gezag" leeft, hetgeen dan ook in de staatsleer tot uiting komt, daar deze opgebouwd is op het denkbeeld van een buiten het recht om bestaand overheidsgezag, dat

(1) Blz. 2, 3.

door het recht meer of minder beperkt wordt" (1). In Nederland, als „westelijke" Staat, is de „overheidsidee", de „overheidsgedachte" dus niet „levend" (1), niets dan eene fictie, wegens de „onrealiteit van het overheidsgezag" (2). Het is dus kennelijk de door Mr. K. met nadruk geloochende normatieve kracht der feiten, de zuigkracht der precedenten, de invloed van het levensmilieu, die hem, zijns ondanks, dit „moet" en dit „nog" ontlokte en hem in den beschreven toestand bovendien een ideaal deed zien. Voorbeelden trekken, vooral slechte; kwade samensprekingen bederven goede zeden; slechte manieren en wat er meer van minder gelukkige levensuitingen voorhanden moge zijn in daden, woorden, gedachten zijn besmettelijk of, ethisch uitgedrukt, normatief; zoo verklaart zich gereedelijk de zich uitbreidende invloed van den democratischen tijdgeest, die inderdaad „werkelijkheid" is, maar . . . „was ihr den Geist der Zeiten heiszt, das ist im Grund der Herren eigner Geist, in dem die Zeiten sich bespiegeln".

„Door het oor te luisteren te leggen bij de praktijk" der „westelijke" Staten kreeg men „van zelf" de gedachte, „dat het recht, het positief geldende recht, niet alleen als bron voor de rechten en verplichtingen der burgers moest worden aangemerkt, maar ook als grondslag voor de zoogen. overheidsrechten of, wil men, voor de publiekrechtelijke bevoegdheden moest worden aangenomen" (2). M. a. w., in die Staten is de „overheidsgedachte" een woord zonder zin: er ís geen overheid; alleen het recht heeft er gezag, aanspraak op gehoorzaamheid, alleen de „rechtsgedachte" (1) beantwoordt aan de werkelijkheid.

(1) Blz. 3.
(2) Blz. 5.

Zoodra het recht heel de samenleving beheerscht, is er voor eene overheid geen plaats meer: „rechtsgedachte" en „overheidsgedachte" zijn onvereenigbaar, daar deze immers „het denkbeeld van een buiten het recht om bestaand overheidsgezag" is (1). Inderdaad, zoo sluiten beide gedachten elkaar uit, als zij beide alléénheerschappij insluiten; ja, als! Mr. K. bedoelt niet te zeggen, dat beide gedachten niet tegelijk in eene samenleving gerealiseerd kunnen zijn; hij erkent immers, dat men in de „oostelijke" Staten onder een dualistisch gezag leeft. Maar wat beteekent dan de onvereenigbaarheid van beide gedachten? Eene nadere toelichting geeft hij o. a. in de volgende uitspraak: „in de overheidsgedachte onder het ancien régime lag een *zelfstandige* bron van gezag gerealiseerd, welke naast, tegenover, of boven het rechtsgezag functioneerde. Dat overheidsgezag werd allerminst geacht te wortelen in de rechtsordening waaronder het volk leefde. Juist daarom zocht men naar een eigen titel van dat gezag. De theocratische staatsleer, de leer der volkssouvereiniteit, de school van het natuurrecht wijzen ieder op hare wijze zulk een titel aan. Nimmer is het iemand in de gedachte gekomen den titel te zoeken in de positiefrechtelijke ordening" (2). De overheid had dus geen „recht" op gezag, althans niet „in denzelfden zin . . . als waarin de leer der rechtssouvereiniteit zich van dat woord bedient"; het ware eene „historische fout" aan de overheid een „recht" op gezag toe te kennen, dit woord in den zin van de leer der rechtssouvereiniteit verstaan (2). Hier rijst derhalve dezelfde quaestie, die den 12den Mei 1827 de vergadering der Pickwick Club dreigde te verstoren; was „the hon. gent." „a humbug"

(1) Blz. 3.
(2) Blz. 4.

of niet? Niet „in a common sense", maar wel als het woord „in its Pickwickian sense" genomen werd, die geenszins „the highest regard and esteem for the honourable gentleman" uitsloot. Als Mr. K. „recht" in een „Pickwickian sense" opvatte, zou hij anderen geene historische fout kunnen verwijten; dus bedoelt hij het woord „in a common sense" te bezigen. Maar dan meen ik mij eene „historische fout" te mogen en te moeten veroorloven, althans „in its Pickwickian sense". Eenige kennis van oudvaderlandsche rechtsbronnen leert aanstonds, dat de middeleeuwsche overheid „recht" op gezag had, dat zij van rechtswege gebood en verbood, dat haar gezag, de heerlijkheid, uit een samenstel van historisch geworden rechten bestond, evenals de rechten en vrijheden der gemeente of onderzaten; dit was de „werkelijkheid", die echter reeds in de middeleeuwen door onhistorische, rationalistische constructies in de wetenschap niet tot haar recht kwam. Zelfs in de latere tijden, toen de overheidspraktijk in meerdere of mindere mate absolutistische neigingen toonde en zich de onderscheiding van justitie en politie ontwikkelde, was het „werkelijkheid" dat de overheid van rechtswege haar gezag uitoefende, al had dit gezag een meer arbitrairen inhoud gekregen. En zoo werd het ook in de theorie begrepen, al was deze met theologische, natuurrechtelijke en wijsgeerige beschouwingen vermengd. Mr. K. schijnt in de theorieën, die een „titel" van het gezag poogden aan te wijzen, de vroegere „werkelijkheid" te zien; immers, hij concludeert: „onder een dualistisch gezag heeft men dientengevolge eeuwen geleefd" (1). Mijn geachte ambtgenoot houde het mij ten goede, maar wat hij in de rechtsgeschiedenis voor werkelijkheid aanziet, is niets

(1) Blz. 4.

dan theorie, resultaat van philosopheeren *over* het recht. Als men naar den „titel" van het gezag en van het recht zocht, ontkende men niet, dat het recht normatief was en als zoodanig in 's menschen bewustzijn leefde, als het werk der wet geschreven in onze harten; maar men stelde als probleem wat voor Mr. K. slechts een feit is, naar welks waarom hij niet vraagt, terwijl men voorheen naar eene verklaring er van zocht. God, natuur, maatschappelijk verdrag zijn geene grootheden, die tot dezelfde orde van zaken behooren als het rechtsbewustzijn; van een alternatief, zooals Mr. K. meent, is dus geen sprake: wie voor de keus gesteld wordt om naar een concert te gaan of om ezel te rijden, kan zich uit de moeielijkheid redden door zich op een ezel naar het concert te begeven. Het is de onderscheiding van philosophie en wetenschap in engeren zin.

Derhalve is het onjuist, dat het „nieuwe" van de leer der rechtssouvereiniteit „allermeest" hierin gelegen zou zijn, *„dat zij binnen het recht bracht wat te voren altijd daar buiten gelegen had"* (1). Nieuw is het slechts in de constructie, die Mr. K. van de geschiedenis geeft; inderdaad is het nieuwe alleen in „ein bisschen andre Worte" te zoeken, . . . tenzij onder „recht" iets anders verstaan wordt dan men er mede placht en pleegt te bedoelen en het toch „in a Pickwickian sense" is dat Mr. K. het woord „recht" bezigt. Dit nu schijnt hij inderdaad te doen; het bemoeielijkt de gedachtenwisseling en maakt, dat men nu eens ver van elkaar meent te staan, terwijl men het in werkelijkheid eens is, en dat men dan weer eensgezindheid aanneemt, terwijl men het inderdaad oneens is. Wederom is het de geest des tijds, de democratie, die er schuld aan is. Evenals de 18de

(1) Blz. 5.

eeuwsche democraten zich verlustigden in een eigen terminologie en verklaarden, dat Nederland nooit eene constitutie bezeten had, omdat het niet hunne constitutie genoten had, omdat de vroegere staatsregeling niet beantwoordde aan het ideaal dat zij zich van eene staatsregeling vormden, en slechts macht en tyrannie zagen in wat te voren als recht gegolden had, zoo ziet ook Mr. K. in de tegenstelling van macht en recht het verschil tusschen het verleden en het heden en noemt hij bloote macht wat men voorheen recht heette. Tevens ontdekte hij zoodoende, dat de 18de eeuwsche democratie zich vergist heeft: ook zij zag voor recht aan wat slechts macht was. Wat zouden de verlichte „vaderlanders" zich geërgerd hebben, zoo zij, door Mr. K. voorgelicht, hunne vergissing hadden kunnen inzien! Gelukkig voor hen is deze ergernis hun bespaard gebleven. De tegenwoordige generatie heeft echter juichensstof in het inzicht, dat de „verschillende abstracte wilssubjecten . . ., zooals Staat, wetgever, volk, parlement", die men als subject van het gezag placht te huldigen, niets dan vermommingen waren, „waaronder de oude overheidsidee zich verschool" (1).

Al deze rechtsgeleerde afgoden ontmaskerend predikt Mr. K. ons nu den tot nog toe onbekenden god, „het recht", als „souverein van algeheele realiteit": het „rechtsgevoel en rechtsbewustzijn" der „volksgenooten" (1).

Onder „recht" verstaat hij het „geldende" (2), het „positief geldende recht" (3), de „normen" die „rechtskarakter", „verplichtend karakter" (4), „verbindende kracht" (5) hebben en het „object der waardeering" vinden in „ver-

(1) Blz. 6.
(2) Blz. 2.
(3) Blz. 5.
(4) Blz. 12, 23.
(5) Blz. 10.

schijnselen, welke tot het rechtsgebied behooren, d. w. z. welker waardeering, hoe slecht zij ook moge zijn uitgevallen, een uitspraak is b.v. over het „gemeenschapsbelang"" (1). Zijn „*normatief* karakter" ontleent het recht, gelijk alle andere normen, aan „het geestelijke leven van den mensch"; zijn „*rechts*karakter" echter aan het „object der waardeering", door welk verschil in „levensgebied" het zich b.v. van de moraal onderscheidt (1). De „handhaving" van de normen is het „uitvloeisel" van „het rechtskarakter en dus ook de gelding der normen" (2); niet omgekeerd. Onder deze onjuiste voorstelling nu, dat normen aan hare handhaving haar rechtskarakter ontleenen, dat het m. a. w. het „op eigen grondslag steunend overheidsgezag" was, dat „het rechtskarakter der normen" bepaalde, heeft men volgens Mr. K. eeuwenlang geleefd, „al ontbrak dan ook tegelijk nimmer het inzicht, dat mede uit andere bron rechtsnormen kunnen voortvloeien" (2).

Deze korte samenvatting van de rechtsleer van het ancien régime is beslist onjuist, doch daar hare juistheid of onjuistheid buiten de rechtsleer van Mr. K. omgaat, onthoud ik mij van motiveering van deze uitspraak. Volgens Mr. K. vindt het recht in „het in den mensch originair aanwezige rechtsgevoel of rechtsbewustzijn" zijn „fundament", dus „in 's menschen geestelijk leven"; „onder welken naam het recht zich ook aandient", als „wet, verordening, algemeene maatregel van bestuur, keur, statuut, contractenrecht, gewoonterecht, ongeschreven recht", „op welke wijze en door wien ook de inhoud ontstaat", altijd is „de rechtsqualiteit der norm en dus hare verbindbaarheid" of „gelding" alleen het uitvloeisel

(1) Blz. 17.
(2) Blz. 9.

van het rechtsbewustzijn (1). Zoo er nog andere normen gehandhaafd worden — en „de ervaring van elken dag bevestigt" „dat wij aan zulke normen . . . onderworpen blijven" —, dan geschiedt dit alleen krachtens macht en is er van eene „verplichting" tot naleving ervan geen sprake (1). Mr. K. erkent dus, dat zelfs in de „westelijke" Staten in werkelijkheid ons doen en laten niet door een „sollen" maar ook door een „müssen" beheerscht wordt; dit was niet onbekend, nieuw is slechts de „Pickwickian sense": „recht" is er alleen als er een „sollen", een plichtsgevoel is. Maar hoe weet Mr. K., dat er slechts van „müssen", niet van „sollen" sprake is, zoodra eene norm slechts aan de vaststelling van overheidswege haar bestaan dankt? Leert dit de werkelijkheid? Ja, de werkelijkheid, zooals zij volgens Mr. K. behoorde te zijn! Te minder is de scheiding van recht en macht te begrijpen, omdat Mr. K. zelf inhoud en verbindende kracht van het recht onderscheidt en dus erkent, dat het recht zijn inhoud niet altijd aan het rechtsbewustzijn ontleent. De oude scheiding, inderdaad slechts eene onderscheiding, van principium cognoscendi en principium obligationis, tot welke de natuurrechtelijke wetenschap genoodzaakt was, vindt in Mr. K.'s leer hare wedergeboorte, ze tevens met de kwaal der innerlijke verdeeldheid besmettend: nu eens functioneert het rechtsbewustzijn slechts formeel, verschaft het alleen de verbindende kracht aan normen wier inhoud van elders vaststaat, dan weer functioneert het ook materieel, levert het den rechtsinhoud. In het eerste geval is de leer der rechtssouvereiniteit zonder inhoud, eene vérité de monsieur de la Palisse; in het tweede loopt zij uit op de stelling, dat alleen wat volgens het rechtsbewustzijn verplicht is

(1) Blz. 12.

behoort te worden gehandhaafd, en is zij eene verwarring van het „zoo-zijn" en het „zoo-behooren"; en is zij zoowel het eene als het andere, dan is zij innerlijk tegenstrijdig, welke verdeeldheid in het woord „rechtsbewustzijn" zich met den schijn van eenheid tooit.

Volkomen deel ik Mr. K.'s meening, dat ons geestelijke leven, ook ons rechtsbewustzijn, normatief is, dat dit een „ervaringsfeit" is en dat de rechts- en staatsleer dus van dit feit mag uitgaan zonder eene „normencascade" te behoeven (1). Maar het constateeren van dit feit is niet het laatste woord er over, het sluit een over dit feit philosopheeren niet buiten; het in den samenhang der dingen op te nemen, het in hooger verband te plaatsen, in eene levens- of wereldbeschouwing, is — en ook dit is een ervaringsfeit — behoefte van onzen geest. Het feit stelt een nieuw probleem, maar een probleem van andere orde, van philosophischen aard. Wie dieper nadenkt, vindt in het bloote feit van zijn δαιμόνιον nog niet de rust der eenheid, waar zijn geestelijke leven naar streeft. Het normatieve karakter van ons geestelijke leven is waarlijk geene ontdekking; het feit was van ouds bekend. Het als feit te stellen brengt ons echter een nieuw probleem, maar . . . een probleem van andere, van hoogere orde.

De rechtsvorming uit het rechtsbewustzijn te verklaren, gelijk de door Mr. K. geheel verkeerd begrepen historische richting doet, is de beslissende stap om de philosophie en de wetenschap in engeren zin van het recht te onderscheiden, maar noch op den wijsgeerigen noch op den wetenschappelijken weg is het de laatste stap. Had Mr. K. de functie van het recht geanalyseerd, dan ware zijne theorie niet vastgeloopen op de scheiding van

(1) Blz. 21.

rechtsgedachte en overheidsgedachte. De in het woord rechtsbron gelegen beeldspraak schijnt ook Mr. K. op een dwaalspoor te hebben gebracht. Evenmin als de wet of de gewoonte op zich zelf rechtsbron is, evenmin is dit het rechtsbewustzijn. Het recht bestaat in den vorm van gedragsoordeelen, dus als gevolgtrekkingen uit praemissen. Het feit, dat eene handelwijze door een wetgever geboden of verboden is, is in verband met het oordeel dat men dien wetgever gehoorzaamheid schuldig is, rechtsbron: bij wijze van elliptische uitdrukking is de wet dus rechtsbron. Zoo is het ook met de gewoonte: zij is rechtsbron, in verband met het oordeel, dat precedenten aanspraak op navolging, dus normatieve kracht hebben. Evenzeer kan de doelmatigheid eener handelwijze, b.v. hare noodzakelijkheid met het oog op het verkeer, of hare ethische noodzakelijkheid, b.v. hare billijkheid, rechtsbron zijn, verondersteld dat het verkeer of de billijkheid normatieve kracht hebben. Eéne bron heeft een rechtsregel nooit; altijd zijn het er twee. Ook het wettenrecht en het gewoonterecht vinden in het rechtsbewustzijn hunne bron (1). Dit uit het oog te hebben verloren is de eenzijdigheid der traditioneele rechtsbronnenleer, met hare monopoliseering van de rechtsvorming in handen van den wetgever, aangevuld met de er los bijloopende gewoonte, en hare verderfelijke scheiding van ius constitutum en ius constituendum, van recht en gerechtigheid; en dezelfde fout is het, die Mr. K. zich in de tegenovergestelde eenzijdigheid doet verloopen.

De werkelijkheid leert, en dit te hebben aangetoond in den jongsten tijd is de verdienste van heel de moder-

(1) In zooverre is het dus juist, dat «het gezag van een wetgever als zoodanig in de lucht hangt» (blz. 28) en dat alle recht «een en dezelfde bron» heeft (blz. 47).

nistische richting, dat het rechtsbewustzijn in de rechtsvorming eene grootere rol speelt dan de positivistische of juister de staatsvergodende rechtsbronnenleer der 19de eeuw er aan toekende. In zooverre is zij niets anders dan de historische richting, al werpen de modernisten, ook Mr. K. (1), dit verre van zich. Mr. K.'s bestrijding van het rechtsgeleerde positivisme neemt in de moderne Nederlandsche literatuur eene eereplaats in. Men kan thans niet meer klakkeloos beweren, dat de staat het recht schept; het sociale element in de rechtsvorming is door Mr. K., gelijk reeds door v. SAVIGNY en zoovele anderen, overtuigend bewezen. De versleten theorie van wet en gewoonte, wil en bedoeling van den wetgever, uitlegging en toepassing, recht en gerechtigheid met hare noodlottige gevolgen voor de rechtspraak, heeft van de veeren, die haar nog restten, er vele in Mr. K.'s handen moeten laten. In den ijver van het plukken heeft Mr. K., gelijk trouwens de meeste modernisten, niet bespeurd, dat hij een raszuivere rationalistische kraai ontvederde, die zich — de mode bracht het mee — met enkele aan den weg gevonden historische pauwenveeren had pogen te maskeeren.

Maar het „ervaringsfeit", door Mr. K. en door vele anderen waargenomen, dat zich recht vormt uit bronnen, die de traditioneele leer negeerde, bewijst slechts, dat de wetgever niet „het monopolie van het recht" (2) bezit, niet dat „het rechtsbewustzijn der volksgenooten" (2) dit monopolie heeft. Toch trekt Mr. K. deze conclusie, en wel „omdat het gezag van een wetgever als zoodanig in de lucht hangt en daarenboven een dualistisch gezag, tweeërlei van elkander onafhankelijk recht, zoo dit al

(1) Blz. 81.
(2) Blz. 28.

ware te construeeren, onduldbaar is" (1). Beide argumenten zijn eene petitio principii.

De werkelijkheid is niet zoo eenvoudig als Mr. K. haar voorstelt; de eenvoud zijner leer is niet het kenmerk harer waarheid. Het „rechtsbewustzijn der volksgenooten" levert slechts de grondstof, het ruwe materiaal, dat in de particuliere autonomie, de wetgeving en de rechtspraak verwerkt wordt tot de rechtsfabrikaten, die de samenleving behoeft. Het scheppende karakter dezer productie miskent Mr. K.; geen der fabrikanten, ook de constitutioneele koning niet, is in dit productieproces een „automaat" (2). Ook is het eenzijdig, het recht uitsluitend uit het rechtsbewustzijn af te leiden, omdat het evenzeer van utilitairen als van ethischen aard is; dikwijls is het zelfs van meer belang, dàt er recht is dan wàt recht is. Zoo komt Mr. K. tot de nauwelijks au sérieux te nemen uitspraak: „zekerheid van recht is een contradictie" (3). Mr. K. is niet de eerste, dien de angst voor „dualisme" tot struisvogelpolitiek leidt. Hoewel hij „dualisme" „onduldbaar" acht, bestrijdt hij het „dualisme van recht en macht" toch „niet in de eerste plaats omdat het een dualisme is, maar omdat thans wordt ingezien dat de natuurlijke onderworpenheid aan een overheid niets dan een fictie is", „dat de basis van het gezag der overheid onvindbaar is en dat een plicht om te gehoorzamen, zonder welken plicht onze samenleving uit elkander zou slaan, dientengevolge van uit geen enkel reëel gegeven kan worden afgeleid" (4). De „werkelijkheid", die, en terecht, bij Mr. K. altijd de deur dicht doet, kent geen gehoorzaamheidsplicht jegens de overheid als zoo-

(1) Blz. 28.
(2) Blz. 32.
(3) Blz. 30.
(4) Blz. 34.

danig; de „werkelijkheid" is dus te vinden in ons geestelijke leven, zij bestaat uit inzicht: er ís dus geene overheid, omdat er geene overheid erkénd wordt. Als ik dezen gedachtengang niet reeds aangetroffen had in het patriottische tijdperk, zou ik er mij over verbazen. Gelijk toenmaals alleen als normatief geteld werd het inzicht der ware vaderlanders, de werkelijkheid uitsluitend aan hun inzicht gemeten werd, zoo rekent Mr. K. ook alleen met het inzicht dat de praktijk der „westelijke" Staten beheerscht. Ik erken, dat er menschen zijn, die geen plichtsgevoel jegens de bestaande overheid en zelfs jegens eene overheid in het algemeen hebben, maar hen naar patriottischen trant als dé vaderlanders, als de representanten der werkelijkheid te beschouwen, kan slechts voortspruiten uit verwarring van ideaal en werkelijkheid. In Mr. K.'s betoog hoort men hetzelfde geklank, als waarop in de laatste jaren de „westelijke" pers ons vergast, zoowel in den vorm van import als in dien van product van eigen bodem, dat onder de tonen van den vrijheids-, vooruitgangs- en beschavingsmarsch onzen zin voor werkelijkheid tracht te benevelen. Intusschen, duo cum faciunt idem non est idem; het is slechts de geest des tijds, die ook een Mr. K., wien het blijkbaar alleen om de waarheid te doen is, in dit morsige gezelschap drijft. Mr. K.'s waarheidsliefde, zijne ernstige begeerte om „reëel" te zijn, dwingt hem dan ook tot de erkenning, dat „macht evenals het recht een aandeel heeft in de ordening van het maatschappelijk leven", en zelfs dat recht meermalen door macht en geweld ontstaat: eene „misvatting" ware het te meenen, „dat de leer der rechtssouvereiniteit een oplossing zou geven aan de tegenstelling van macht en recht" (1). Deze voor de hand liggende

(1) Blz. 36.

„misvatting" weerlegt Mr. K. door „de georganiseerde macht" niet te vereenzelvigen met de begrippen „staat" en „overheid", die hij immers als „tegenover" het recht staande opvat, maar ze tot „rechtsorganisme" te stempelen, „deel uitmakende van de rechtsordening die het maatschappelijk leven beheerscht" (1) en de ongeorganiseerde macht slechts als uiting van rechtsgevoel te verklaren (2), zij het ook met de het geloofselement in Mr. K.'s leer ontdekkende bijvoeging: „het aangewende machtsmiddel kan dan ook ten slotte blijken de wijding van het recht te bezitten" (3). Macht en dwang kúnnen derhalve niet alleen deel uitmaken van de rechtsorde, maar zoo ís het ook, zegt Mr. K.; de overheid kan dit evenwel niet, daar zij immers q. q. „daar buiten" (4) staat. Het is dus weder de Pickwickian sense, die het betoog in een woordenspel doet ontaarden.

Daar Mr. K.'s leer niets anders beoogt dan consequent het begrip „rechtsstaat" te ontwikkelen (5), blijkt dat zijne „overheidsgedachte" de generaliseering is van het in den tijd van het absolutistische streven gevormde begrip „politie", waardoor de overheid, buiten de „justitie", voor zich de bevoegdheid opeischte uitsluitend naar háre opvatting van het algemeene belang hare taak te vervullen, welk begrip in de traditioneele souvereiniteitsleer zijne systematische afronding vond. De gebondenheid der overheid aan het recht, die door het arbitraire „politie"-begrip slechts beperkt, niet opgeheven was, werd in de leer van den rechtsstaat, die het begrip administratieve

(1) Blz. 37.
(2) Blz. 16.
(3) Blz. 36.
(4) Blz. 5.
(5) Blz. 6, 38.

rechtspraak tot ontwikkeling bracht, theoretisch weder gelegitimeerd en praktisch versterkt en uitgebreid. Dat zoodoende de heerschende souvereiniteitsleer in al hare onwerkelijkheid ten toon werd gesteld en in de zelfbeperkingsleer een al te schamele cache-misère ontving, is m. i. zoo duidelijk, dat ik het voortsleepen van haar bestaan met Mr. K. slechts uit de macht van traditioneele dogma's verklaren kan. Maar de beteugeling van arbitraire regeeringspraktijk door het recht is niet hetzelfde als de oplossing van de „overheidsgedachte" in de „rechtsgedachte"! Ten onrechte zegt Mr. K., „dat al die formules vrij nauwkeurig een stuk historie tot uitdrukking brachten" (1); het waren veelal slechts historische producten van onhistorisch construeeren. Mr. K., die in het heden theorie en werkelijkheid vaak zoo scherp uit elkaar weet te houden, staat tegenover het verleden vrijwel critiekloos, een gevolg van zijn onjuist inzicht in den aard der historische richting; zoo kan ik mij dan ook wel verklaren, dat hij van „het juk der geschiedenis" (2) en van „de benauwende historie" (3) spreekt en dat hij niet inziet dat het juist de geschiedenis is, die de relativiteit der verschijnselen doende begrijpen, ons evenzeer van het verleden bevrijdt als zij er ons aan bindt. De overheid heeft in werkelijkheid altijd deel uitgemaakt van de rechtsorde, steeds was zij „rechtsorganisme", al was de inhoud harer rechten in meerdere of in mindere mate arbitrair. Wat doet het er toe, of elke theoreticus dit goed heeft begrepen? Wat doet het er toe, of elke schrijver uit ouderen of jongeren tijd in zijn onderzoek naar de beteekenis van het gezag wetenschap in engeren zin en philosophie wel heeft weten te onderscheiden?

(1) Blz. 98.
(2) Blz. 93.
(3) Blz. 91.

Waar het op aan komt is, dat de overheid in de uitoefening van haar gezag aan het recht gebonden is, dat zij niet arbitrair regeert, dat zij er niet is in haar eigen belang maar eene maatschappelijke functie vervult, dat zij eene bestemming heeft. Deze bestemmingsgedachte, in de traditioneele rechts- en staatsleer grovelijk verwaarloosd en tot de staatspersoonlijkheid verconstrueerd, doch in den jongsten tijd vooral door DUGUIT vruchtdragend gemaakt, is het klaarblijkelijk, die ook Mr. K. voor den geest staat. Deze gedachte is in strijd met de patrimonieele opvatting van het gezag maar geenszins met de „overheidsgedachte". Wanneer Mr. K. meent in de hervorming van de „overheid" tot aan het recht zijne macht ontleenend rechtsorganisme meer te mogen zien dan eene verandering van naam of hoogstens van constructie, vergist hij zich. Ook het meest willekeurige, het meest drukkende gezag kan op het recht steunen; men denke slechts aan de slavernij. Niet in de formeele quaestie, of het gezag al dan niet op het recht steunt, ligt het probleem, welke oplossing Mr. K. beoogt, maar in de materieele vraag naar den inhoud van het recht.

Zoo zoude de leer de rechtssouvereiniteit in een spel van woorden of van theoretische constructie dood loopen, ware het niet dat hij te goeder of te kwader ure, al naar men het neemt, de „volksgenooten" in zijne rechtsomschrijving had opgenomen. Deze zijn het, die hem over het doode punt heen helpen en aan zijne leer de praktische beteekenis geven, door welke zij zich als kind van onzen democratischen tijd legitimeert.

Eenmaal vooropgesteld, dat „de gansche rechtsordening" „een en dezelfde bron van hare heerschappij" (1) of „gelding" (2) heeft en wel „het rechtsgevoel of rechts-

(1) Blz. 47.
(2) Blz. 46.

bewustzijn" (1) der menschen (dus formeel) en tevens dat zij er, zij het in den zeer verschillenden vorm van wet, gewoonte, vonnis, overeenkomst etc., haren inhoud aan ontleent (dus materieel), dan rijst de vraag: „Hoe staat het dan echter met de winning van het positieve recht" (2)? Daar het rechtsbewustzijn slechts in menschen werkelijk is, zijn het de menschen, die gelding en inhoud van het recht bepalen. Niet naar „willekeur" doen zij dit, daar de rechtsorde niet op hun „wil" maar op hun rechts- of plichtsbewustzijn steunt (3), dus op eene „geestelijke kracht", „een macht van de hoogste realiteit" (4): het recht is niet een product van den immers niet normatieven wil, natuurlijken of geconstrueerden, het staat „buiten den wil" en beheerscht dezen (5). Zeker, de wil op zich zelf is niet normatief, maar overigens ligt in Mr. K.'s voorstelling de miskenning van de werkelijkheid voor het grijpen. De praktijk der wetgeving behoeft men waarlijk niet al te grondig te onderzoeken om er het wilselement in te ontdekken; en dat rechtsbewustzijn en plichtsbewustzijn slechts twee woorden zijn voor één begrip, leert de werkelijkheid trouwens ook allerminst. Mr. K. erkent dan ook, dat men dit niet zoo terstond inziet: het rechtsbewustzijn functioneert achter „het gordijn der wet" (6). De werkelijkheid is mij liever dan beeldspraak; en ik meen de werkelijkheid te beschrijven, als ik zeg, dat dit „gordijn" bestaat uit de realiteit van den scheppenden wil, de macht van het concrete, de verwerking van het rechtsbewustzijn, maar

(1) Blz. 46.
(2) Blz. 51
(3) Blz. 63.
(4) Blz. 79.
(5) Blz 80.
(6) Blz. 47.

niet van het rechtsbewustzijn alleen, tot positief recht. Hetzelfde geldt van de rechtspraak. Hetzelfde geldt ook van de rechtsvorming door de volksgenooten zelve. Mr. K. laat trouwens zelf de rechtsvorming door den „volks*wil*" (1) geschieden; toegegeven, „jede Konsequenz führt zum Teufel", maar . . dan onthoude men zich van de werkelijkheid in een al te eenvoudig monistisch kader te wringen.

Op verschillende wijze nu wordt „uit het zoo verscheiden rechtsbewustzijn van hen, die aan de rechtsvorming deelnemen, eenheid van norm . . . verkregen" (2). Door deze omschrijving van de rechtsvorming doezelt Mr. K. het wilselement er van weg; de keuze van de uitdrukking „eenheid van norm" is een voortreffelijke dialectische kunstgreep. In de „georganiseerde rechtsvorming" bestaat het middel ter verkrijging van eenheid van norm uit de beslissing bij meerderheid van stemmen: „het rechtsbewustzijn van de meerderheid" is de „maatstaf", tooverstaf tevens, die aan een norm het karakter van „rechtsnorm" verleent (2). Het „feit" der meerderheidsbesluiten maakt het de monistische leer der rechtssouvereiniteit wel zeer onbehaaglijk; Mr. K. moet zelf erkennen, dat het meerderheidsbeginsel „mechanisch" (3) werkt, dat het geene „geestelijke macht" (4) is, dat het „bijna slechts formeel" aan de „rechtsidee" voldoet, dat het voldoende „innerlijke waarde" en „gelding" mist (4). En toch is deze „guillotine van de helft plus één" (3) het normale hulpmiddel bij de geboorte van het recht! Aan „rechtvaardiging" heeft het meerderheidsbeginsel, althans „op rechtsgebied", geen behoefte; alleen „ver-

(1) Blz. 75.
(2) Blz. 52.
(3) Blz. 59.
(4) Blz. 60.

klaring" er van is noodig (1). Ja, zéér noodig, in eene leer, die in het „individueele" rechtsbewustzijn „de basis der rechtsordening" ziet (2)! De juridische verklaring nu ligt in de onderscheiding van „inhoud" en „eenheid" van norm. „Aangezien eenheid van norm de grondslag van het gemeenschapsleven uitmaakt, heeft die eenheid onder alle omstandigheden een hoogere waarde dan de inhoud der norm bezit" (3); toch is die „hoogere" waarde niet in staat het meerderheidsbeginsel voldoende „innerlijke waarde" en „gelding" te verschaffen! „Deze eenheid nu kan op geen andere wijze worden verkregen dan door het rechtsbewustzijn der meerderheid als maatstaf te nemen. Zij vertegenwoordigt van alle belangen, die zich bij de rechtsvorming doen gelden, het hoogste belang" (3).

Uit de juiste stelling, dat recht een „ordening tusschen menschen" is, dat er geen „gemeenschapsleven" is zonder recht (4), volgt geenszins, dat altijd en overal eenheid van norm hoogere ethische „waarde" heeft dan de inhoud der norm; er volgt slechts uit, dat ontstentenis van eensgezindheid eene gemeenschap onbestaanbaar maakt. Dat veelal alleen door een meerderheidsbesluit eenheid van norm feitelijk „kan" verkregen worden, sluit niet in, dat de formeele eenheid ethischen voorrang heeft. Wanneer eenstemmigheid niet verkregen kan worden, is er evenveel voor het handhaven van den ouden als voor het

(1) Blz. 66.

(2) Blz. 60.

(3) Blz. 52.

(4) Blz. 51. Onjuist is echter, dat het recht «dus het gemeenschapsleven teweeg brengt». Dit is natuurrechtelijk gedacht. Het recht is de vorm der samenleving; het is even oud als deze zelve. Men kan eveneens zeggen, dat de gemeenschap het recht teweegbrengt. Inderdaad is er wisselwerking; evenals tusschen «de» kip en «het» ei.

invoeren van een nieuwen toestand te zeggen, gelijk er bij staking van stemmen met evenveel recht tot aanneming als tot verwerping van het voorstel geconcludeerd kan worden. Dat men bij meerderheid en bij gelijkheid van stemmen eene keuze doet, volgt uit andere gronden. Ter handhaving van de stelling dat de minderheid ethisch „verplicht" is de meerderheid te volgen, zou men er van moeten uitgaan, dat het plicht is het met elkaar eens te zijn; maar waarom moet dan juist de minderheid hare meening opofferen? Het meerderheidsbeginsel is veelal „onmisbaar", zeker, maar . . als machtsmiddel, niet als „rechtseisch" (1); ethisch staat eene meerderheidsbeslissing gelijk met loting, en feitelijk wordt eene meerderheid ook herhaaldelijk bij toeval verkregen. Doelmatigheidsgronden zijn het, die voor het meerderheidsbeginsel pleiten. Zoodoende laat zich ook verklaren, dat het niet altijd en overal onmisbaar is; gebrek aan eenstemmigheid kan ook leiden tot afvoering van een belang van het gebied van het recht, zooals met de religie geschied is. Eeuwenlang werd bij meerderheid beslist, welke religie de ware en dus de publieke was; zoo ergens, dan werd het op dit terrein gevoeld, dat de formeele eenheid op macht en op macht alleen steunde! Afvoering van de religie van het gebied van het recht bleek niet slechts mogelijk maar zelfs versterking van de materieele eenheid te zijn.

Het meerderheidsbeginsel is zelf inhoud van eene rechtsnorm en als zoodanig relatief, naar tijd en plaats bepaald, „historisch bedingt". Middeleeuwsche land-, stad- en markerechten leveren ons de bewijzen van zijne intrede in het recht; zij toonen aan, dat het meerderheidsbeginsel niet altijd gegolden heeft, en ook dat er, als eene be-

(1) Blz. 56, 60.

slissing genomen moest worden, om welke redenen dan ook, ook nog andere middelen ten dienste stonden, als b.v. de gerechtelijke kamp. Ook tegenwoordig is het meerderheidsbeginsel niet het eenige redmiddel uit het slop der tweedracht; het hiërarchische verband van autoriteiten, die dezelfde quaestie te beslissen hebben, bewijst dezelfde diensten. Hoe rationalistisch Mr. K. denkt, komt helder aan het licht, als hij zegt: het meerderheidsbeginsel „behoeft nergens te zijn vastgesteld, omdat dit tot het wezen van het recht als gemeenschapsordening behoort" (1). Hij stelt het probleem in abstracto en redeneert uit de juiste gedachte, dat zonder „eenheid van norm" eene gemeenschapsordening onbestaanbaar is, dus uit het „object" van het recht, uit den aard van het recht als maatschappelijk verschijnsel. Inderdaad is het echter de vraag, of in een *gegeven* gemeenschap meerderheidsbeslissing noodig of nuttig is en in hoeverre; deze bepaalde gemeenschap kàn bestaan zonder dat een bepaald besluit bij meerderheid van stemmen genomen wordt. Zoo blijkt tevens het sophistische karakter van Mr. K.'s uitspraak, dat het vorderen van eene „versterkte meerderheid" „het rechtsbewustzijn van latere geslachten" aantast (2); dit kàn het geval zijn, maar in abstracto laat het zich niet volhouden: slechts in concretis kan men het ethische of utilitaire voor of tegen van eene versterkte meerderheid afwegen. Dat ik niet vermag in te zien, waarom beperking van het gebruik van de „guillotine van de helft plus één" van „trots" en „aristokratische" gezindheid getuigt (3), zal misschien aan mijne te weinig grondige

(1) Blz. 52.

(2) Blz. 67. Als buiten de werkelijkheid omgaande dialectiek heeft ook het betoog, dat onthouding van het kiesrecht aan onbemiddelden «machtsusurpatie» is, groote verdiensten (blz. 70 vlg).

(3) Blz. 45.

kennis van de psychologie, door Mr. K. terecht als rechtsgeleerde hulpwetenschap geprezen, te wijten zijn; maar al kon ik dit verband begrijpen, dan zou mij het afkeurenswaardige ervan nog niet duidelijk wezen.

Behalve de juridische geeft Mr. K. nog eene psychologische verklaring van het meerderheidsbeginsel. Zij bestaat in eene vergelijking van de rechtsvorming met „de interne wilsvorming" (1). „*Wils*vorming"? En de rechtsvorming ging juist buiten den wil om! „Het rechtskarakter en dus de verbindende kracht der norm" is „afkomstig" van een „gezag", dat „buiten den wil staat en over dezen bedoelt te heerschen" (2). Maar toch is het de „volkswil" (3), in wiens functioneering de rechtsvorming plaats heeft! Doch dit daargelaten, het „zelfde" (4) proces is het toch zeker niet, hoogstens kan er van analogie sprake zijn: een mensch ís nu eenmaal eene eenheid, een groep van menschen is het niet, gelijk Mr. K. zelf erkent in de onderscheiding van een „natuurlijken" en een „geconstrueerden" wil (2). Desniettemin zegt hij: „Even natuurlijk als in het interne wilsproces de meerderheid, in het voor of in het tegen, over den inhoud van het besluit beslist, even natuurlijk is het functioneeren van het meerderheidsbeginsel bij een groep" (4). „De complexiteit van oordeelvellingen kàn op geen andere wijze worden overwonnen" (4). Maar in een mensch beslist geene meerderheid maar de mensch zelf, in een groep beslist niet de groep maar eene meerderheid in den groep. Dat zich het groepsleven in bepaalde opzichten met het individueele leven laat vergelijken,

(1) Blz. 56.
(2) Blz. 80.
(3) Blz. 75.
(4) Blz. 58.

betwist ik natuurlijk allerminst — reeds de ouderdom dezer vergelijking maakt haar eerbiedwaardig —, maar hoe Mr. K., die meestal werkelijkheid en blooto constructie zoo scherp weet te onderscheiden, zich hier door eene vergelijking tot gelijkstelling kan laten verleiden, is mij onbegrijpelijk, voorzoover ik niet zou mogen aannemen, dat ook hij „den beruchten rechtspersoon" (1) ten offer viel; de mogelijkheid althans is niet uitgesloten, dat het niet uitsluitend anderen dan Mr. K. zijn, die de dingen zien „met een door historische dogma's ontredderden geest". Dat het maatschappelijke leven het zonder het meerderheidsbeginsel niet stellen kan, betwist ik evenmin; dit punt is niet in geschil. De vraag is slechts, of het meerderheidsbeginsel, welks gelding een feit is, in overeenstemming is met de theorie, dat het „individueele" (2) rechtsbewustzijn de eenige grondslag der rechtsorde is. Dit nu ontken ik; en eveneens ontken ik, dat het meerderheidsbeginsel het éénige beginsel is, dat de rechtsvorming beheerscht.

In de praktijk leidt Mr. K.'s leer der rechtssouvereiniteit tot ongebreidelde heerschappij van de helft plus één; met den geest begonnen eindigt de leer met het vleesch. Toch kan Mr. K.'s zin voor werkelijkheid zich bij dit resultaat niet nederleggen. Vandaar zijn eisch van decentralisatie van de rechtsvorming, eene hervorming, zoo binnen als buiten onze grenzen, reeds meermalen verdedigd en door hem als een „eisch die rechtstreeks voortvloeit uit de moderne staatsidee" gesteld (3). Modern is de decentralisatie echter slechts in zooverre als zij het revolutionaire een- en ondeelbaarheidsdogma, dat in naam

(1) Blz. 99.
(2) Blz. 56.
(3) Blz. 74.

der vrijheid de staats- en rechtsleer gedurende de 19de eeuw tot woordenspel maakte en de rechtsvorming onderdrukte, overboord werpt. Dat decentralisatie van de rechtsvorming rechtstreeks uit de moderne staatsidee voortvloeit, betoogt Mr. K. volgenderwijze. „Alle heerschappij" wordt „uit de werking van het rechtsbewustzijn" afgeleid; „om dit ten volle tot een reëele macht te verheffen is beperking van zijn werkingsgebied noodzakelijk" (1), daar de „volkswil" anders „schier geen inhoud" heeft (2): de volksgenooten kunnen zich slechts uitspreken over de „belangen" (3), met welke hun rechtsbewustzijn vervuld is, zoodat „de verschillende groepen der gemeenschap" op den grondslag hunner belangenkennis tot „een verband van rechtsvorming" vereenigd moeten worden (3). De tegenwoordige verkiezingspraktijk hol, de z.g.n. „volkswil" leeg, het is voortreffelijk gezien en gezegd; beperking van het zeggenschap der volksgenooten tot wat binnen hun gezichtskring ligt, evenzeer een redelijk verlangen. Maar is deze beperking eene consequentie van Mr. K.'s leer, dat uitsluitend in het rechtsbewustzijn der volksgenooten de grondslag van het gezag gelegen is? Wie geeft aan welke macht ter wereld ook het recht de volksgenooten, de helft plus één, te beperken in de uitoefening van hun gezag? Wie is bevoegd hen daartoe te organiseeren? Mr. K. antwoordt blijkbaar: het zich als „volkswil" uitende rechtsbewustzijn zelf; slechts door zelfbeperking kan het eene reëele macht zijn. Daar het rechtsbewustzijn zich echter alleen bij monde der volksgenooten kan uitspreken, zijn het dus de volksgenooten die tot moral restraint zullen moeten overgaan.

(1) Blz. 74.
(2) Blz. 75.
(3) Blz. 76.

Wat Mr. K. inderdaad het recht geeft om, gelijk PLATO in zijn staatsideaal de volksgenooten in groepen organiseerde en aan elk dier groepen de hem toekomende plaats aanwees, is niet de Platonische positie van statenvormer maar de historisch gegroeide werkelijkheid, die een bepaald gezag heeft doen ontstaan in handen van bepaalde personen, welks bestemming is de rechtsgemeenschap zoo goed mogelijk te doen functioneeren. De decentralisatie van de rechtsvorming is een daartoe dienstig middel, dat niet uit den „volkswil" verklaarbaar is, maar juist uit wantrouwen in den „volkswil" voortvloeit en in de gegrondheid van dit wantrouwen zijne rechtvaardiging vindt.

Aan de traditioneele staatsleer verweet Mr. K. terecht het zinledige der zelfbeperking; ze was het woord, waarmede de scheur der tegenstelling van machtsvolkomenheid en gebondenheid aan het recht overpleisterd was. Maar het is dezelfde scheur, die op dezelfde wijze door Mr. K. in zijne leer bepleisterd wordt: die tusschen macht en recht. Onlangs las ik in een studentenblad een artikel van hooggeleerde hand, waarin de barmhartige bejegening door onzen Heiland van de overspelige vrouw als een blijk van geloof in de menschen geconstrueerd werd, om ze dienstbaar te kunnen maken aan een pleidooi voor de geloof in de menschen eischende democratie. Zoo is het inderdaad, democratie is niet alleen vindingrijk maar ze is ook een geloof; en dit geloof is het, dat Mr. K. heen helpt over de verstandelijke kloof, die zijne rechtsleer en zijne gezagsleer scheidt en hem in wat eene correctie van zijne leer is eene consequentie doet zien.

Naar JAN MATTHIJSSEN verhaalt, hadden de Grieken, toen zij Rome belegerden, een „blarasch" (1) tegenover de stad opgesteld, „betymmert op enen hoghen boem, also dattet sijn aensicht most hebben alleen ter stadtwaert";

(1) Basiliscus.

het was „van sulker venijnder naturen", dat het „mit sinen ghesichte" doodde wat het „het eerst aanzag": „so quam die grote storfte mits dat dier binnen Romen". De Romeinen nu brachten een spiegel „recht voir dat gat, dair dat blarasch uut stierde sijn ghesicht inder stadt"; „so sacht inden spieghel sijn tselfs figure eerst an ende venijnde hem selven vander reflexie vanden spieghel, ende starf". Het „blarasch" der democratie is het, dat Mr. K.'s zin voor werkelijkheid belet het geloof en het historisch gewordene als bestanddeelen der werkelijkheid te zien, al erken ik terstond, dat velen die voor het geloof en de historie in de bres gesprongen zijn, het Mr. K. moeielijk gemaakt hebben ze naar hunne ware beteekenis te waardeeren (1); dit „blarasch" is het, dat Mr. K. werkelijkheid en ideaal doet vermengen en hem tegenstrijdigheden en sophismen afdwingt ter bemanteling van een dualisme, dat slechts in de historische of evolutionistische opvatting van de samenleving zijne synthese kan vinden. Moge Mr. K. er toe besluiten, in den spiegel der werkelijkheid, dien hij zoo talentvol en met zoo gelukkig gevolg aan intellectualisme en historisme voorhield, ook den blik van het heden ten dage nog gevaarlijker „blarasch" der democratie op te vangen, geleid door Mr. KRABBE's juiste beginsel, dat de rechtswetenschap „een onafgebroken voeling met het werkelijk leven en zijne *geschiedenis* te onderhouden" (2) heeft.

HORA SICCAMA.

(1) Maar al te vaak worden geloofswaarheden niet ethisch maar intellectueel opgevat; b.v. «bij de Gratie Gods», die in de door Mr. K. terecht bestreden opvatting van Dr. KUYPER eene zinledige formule is (blz. 85). Inderdaad is het «bij de Gratie Gods» de theologische constructie van een bepaalden inhoud van het rechtsbewustzijn, resultaat van philosopheeren over het gevoel van gehoorzaamheidsplichtig zijn.

(2) Blz. 106.

Adolf Lasson †

In de tweede helft der vorige eeuw bevond de rechtsphilosophie zich in de min aangename positie, van zich in de rij der wetenschappen eene plaats te zien aangewezen tusschen twee stoelen in. Hunnerzijds hadden de juristen hardgrondig genoeg van alles, wat in hunne wetenschap maar naar wijsbegeerte zweemde. In de schier eindelooze tragedie van het natuurrecht, waarin HUGO DE GROOT, HOBBES, SPINOZA, PUFENDORF, THOMASIUS, WOLFF, ROUSSEAU en zelfs KANT, ieder op zijne beurt zich opnieuw zette tot het zoeken naar onveranderlijke rechtsbepalingen met een, voor alle volkeren en tijden geldigen inhoud, was dan toch eindelijk door de historische school het verlossende slotwoord gesproken. En de jurist, die de wijsbegeerte des rechts nu eenmaal als de wetenschap van het natuurrecht had leeren beschouwen, — die niet doorzag, dat de historische school niets anders gegeven had dan eene sociologische beschouwing der rechtsbronnen, meende, — ondanks zelfs de ondubbelzinnige uitspraak van een wijsgeer, wiens oordeelingsbevoegdheid wel boven elken twijfel verheven was en die zeker niet van vooringenomenheid tegen PUCHTA en VON SAVIGNY verdacht kon worden, — van F. J. STAHL: „Philosophie des Rechts wurde von der geschichtlichen Schule und namentlich von ihren Koryphäeen nie zum Gegenstand der Beschäftigung gemacht" (1) —, toch eindelijk, dank zij het historisme, van de eigenwijze rechtsphilosophie te

(1) STAHL: „Philosophie des Rechts" I, blz. 584.

zijn verlost en haar voorgoed op de rommelkamer der wetenschap te kunnen bijzetten. En de wijsbegeerte van hare zijde liet zich aan de rechtsphilosophie al bijzonder weinig gelegen liggen. Ook tijdens de herleving van het Duitsche idealisme leidde SCHOPENHAUER's afwijzende kritiek op KANT's praktische philosophie er toe, dat eene vernieuwing van KANT's leer vooral op kennistheoretisch gebied gezocht werd en ethica in het algemeen, rechtsphilosophie in het bijzonder slechts eene matige belangstelling bij de wijsbegeerte vond.

Zoo wilde noch „het Recht" noch „de Philosophie" veel van „Rechtsphilosophie" weten en het valt daarom niet te verwonderen, dat de weinige werken op rechtswijsgeerig gebied, welke gedurende de laatste vijftig jaar der vorige eeuw verschenen, zoo goed als ongemerkt voorbij zijn gegaan, om eerst in onzen tijd van vernieuwde belangstelling voor rechtsphilosophische problemen, uit het stof der bibliotheken te worden te voorschijn gehaald. TRENDELENBURG's „Naturrecht auf dem Grunde der Ethik" (1860), RÖDER's „Grundzüge des Naturrechts und der Rechtsphilosophie" (1860), AHRENS' „Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates" (1871), VON GIERKE's „JOHANNES ALTHUSIUS und die Entwicklungsgeschichte der naturrechtlichen Staatstheorien" (1880), SCHUPPE's „Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie" (1881) en, wil men, VON JEHRING's „der Zweck im Rechte" (1877), behooren wel tot het voornaamste, wat uit dien tijd tot ons gekomen is.

Een zeer eigen plaats werd daaronder echter ingenomen door de werken van den wijsgeer, die den 19den December 1917 op 85-jarigen leeftijd nog als een harer coryphaeën aan de Berlijnsche Universiteit ontviel. ADOLF LASSON's beteekenis op rechtsphilosophisch gebied zie ik, kort geformuleerd, vooral hierin, dat hij in een volstrekt

onwijsgeerig tijdperk de aandacht vroeg — misschien toen weliswaar niet kreeg? — voor de fundamenteele plaats, die de rechtsphilosophie in HEGEL's wijsgeerig systeem innam en voor de blijvende beteekenis, die deze wijsbegeerte heeft voor het onderzoek naar de grondproblemen des rechts.

Nu in onzen tijd de voorstanders eener zoogenaamde „Erneuerung des Hegelianismus", althans op rechtswijsgeerig gebied, zich meer bij de historische school, dan bij den wijsgeer, met wiens naam zij zich tooien, blijken aan te sluiten, zijn LASSON's rechtsphilosophische werken bovendien de laatste, die op zuiver Hegeliaanschen grondslag zijn opgebouwd. Behalve tal van opstellen, voornamelijk in „Volkswirtschaftliche Zeitfragen" schreef LASSON: „Das Kulturideal und der Krieg" (1867), „Princip und Zukunft des Völkerrechts" (1871) en, als voornaamste en meest omvangrijke werk, „System der Rechtsphilosophie" (1882). Bij eene uiteenzetting van de gedachten, die LASSON in zijn „Princip und Zukunft des Völkerrechts" — blijkens de voorrede een diepgaander studie van de reeds, in het eerstgenoemde werk, behandelde stof — zoo krachtig en scherp ontwikkelde, besef ik wel het gevaar, dat een enkel citaat uit dit werk voor velen in dezen tijd reeds voldoende zal zijn, om LASSON fel te veroordeelen. Door de ongereflecteerde ontboezemingen echter van lieden, die zelfs nooit getracht hebben, om over iets, wat het dan ook zij, tot bezinning te komen kan de nagedachtenis van een denker als LASSON niet worden aangetast.

Nog hechter dan in zijn, trouwens later verschenen, „System" staat LASSON hier op Hegeliaanschen bodem. HEGEL's „Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee" (1) en „das Volk als Staat ist der Geist in seiner

(1) HEGEL, „Rechtsphilosophie" § 257.

substantiellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf Erden" (1) zouden de twee grondmotieven van het geheele boek kunnen zijn. De Hegeliaansche verheerlijking van den Staat is het, waarmede de schrijver ons op bijna elke bladzijde in geen twijfel duldende termen wil doordringen. Na verwerping van de logische mogelijkheid van een „Universalstaat" behandelt LASSON de voor het karakter van het volkenrecht fundamenteele vraag, of de Staat als zoodanig lid eener rechtelijke of zedelijke gemeenschap kan zijn; de schrijver stelt daarbij tegenover elkaar eenerzijds het Macchiavellisme, als het standpunt, waarop alle rechtelijke en zedelijke overwegingen uit de betrekkingen der Staten onderling volstrekt worden uitgesloten en de „egoistische Klugheit" als eenige norm voor de handelingen van den Staat geproclameerd wordt, anderzijds het ultra-montanisme, dat den Staat evenals den mensch, als een subject met zedelijke verplichtingen ziet en dientengevolge van den Staat eischt, dat hij, in zichzelf verloochenende liefde, ter bereiking van het hoogste goed met de andere Staten gemeenschappelijk werkzaam zal zijn. Dit laatste standpunt verwerpt LASSON ten eenenmale: rechtelijke verplichtingen kan de Staat niet hebben wegens zijne onbeperkte souvereiniteit; de Staat is „eine souveräne Person. Sie ist selber nur ihr Zweck, d. h. der Wille dieser rechtlichen Ordnung mit Bezug auf alles ihr Untergebene; aber sie ist schlechthin ungebunden und unbeschränkt mit Bezug auf alles, was auszer ihr vorhanden ist". De Staat kan zich dus „niemals einer Rechtsordnung wie überhaupt keinem Willen auszer ihm unterwerfen". Zedelijke verplichtingen kan de Staat nog minder hebben, daar de Staat „eine moralische Person" is, wien men evenmin als aan stichtingen op kerkelijk o

(1) HEGEL, „Rechtsphilosophie" § 331.

philantropisch gebied zedelijke eischen kan stellen. Veeleer sluit LASSON zich bij het Macchiavellisme aan; de bezwaren, die de schrijver aanvoert, gelden, althans wat de onderlinge Staten-verhouding betreft, niet het beginsel zelf, maar de middelen, waarmede MACCHIAVELLI zijn doel wilde bereiken. „Arglist, Meuchelmord, Wortbruch und Verrat" verwerpt LASSON, niet echter uit zedelijke overwegingen, maar als ondoelmatige middelen, welke „nur für das Augenblick wirken".

Zonder onderling vertrouwen is geen blijvende toestand denkbaar; daarom is vertrouwen wekken en geven voor de Staten „das erste Gebot der Klugheit". Men ziet wat er van het rechtelijk karakter van het volkenrecht bij LASSON overblijft! „Nun und nimmer kann sich also ein Staat einem Rechtsurteil unterwerfen. Was er zu thun oder zu lassen hat, kann er allein wissen. Von einer Anforderung an Menschen und von einer Aufgabe für den sittlichen Willen kann hier gar nicht die Rede sein". Ronduit verklaart de schrijver (blz. 52): „Das Völkerrecht ist kein Recht, kein Moral der Staaten". De consequentie dezer opvatting ligt voor de hand: „der Staat ist nach auszen ein ungebändigter, ungezügelter Wille der Selbstsucht. Da es für ihm keine sittliche Pflicht, keine Rechtsordnung giebt, der er zu gehorchen hätte, so dient er nur seinem Nutzen und weil jeder Staat das thut, so geraten die Staaten notwendig in einem unablässigen, und auch nach scheinbarer Unterbrechung, doch immer sich erneuerenden Conflict". Evenals HOBBES nu, in zijne rechtsphilosophie uitgaande van de absolute zelfzucht van den mensch, recht en maatschappij afleidt uit de wederzijdsche vrees der menschen onderling, waarin zij in den natuurtoestand van den oorlog van allen tegen allen blijvend tegenover elkaar zouden moeten leven — statuendum igitur est originem magnarum et diutur-

narum societatum non a mutua hominum benevolentia, sed a mutuo metu exstitisse (1) —, zoo regelt, volgens LASSON, de Staat ook zijne verhouding tegenover andere Staten enkel en alleen wegens de zelfzuchtige behoefte aan vrede. Maar in deze regelingen, die de Staat treft, is hem steeds weer „der kluge Egoismus" de eenige norm. Ook de privaatrechtelijke verplichtingen, welke een Staat tegenover een anderen Staat of diens burgers op zich genomen heeft, zal hij uit zuiver eigenbelang, zoolang mogelijk nakomen, maar zelfs hier wordt de grens door de belangenverhouding, zooals de Staat die zelf vaststelt, aangewezen: „Sie (de verplichtingen) gelten nur bis dahin, wo für den Staat ein höheres Interesse als das des bloszes Friedens und der Vertrauenswürdigkeit eintritt". Een overeenkomst tusschen Staten kan, volgens den schrijver, dan ook nooit iets anders zijn dan de uitdrukking der wederkeerige machtsverhouding, zoodat „die Verabredung des Mächtigen mit dem Schwachen gar keinen Sinn hat". In het bovenstaande meen ik met een paar trekken een zoo nauwkeurig mogelijk beeld van het voornaamste van LASSON's genoemd werk gegeven te hebben. Ook de lezer, wiens rechtsbeschouwing lijnrecht tegen de gedachten, welke in dit boek ontwikkeld worden, ingaat, zal bekoord worden door den streng volgehouden gedachtengang en de niets ontziende oprechtheid, waarmede de schrijver zijne overtuiging weergeeft.

Ook op LASSON's „System" is HEGEL's wijsbegeerte van overwegenden invloed geweest. Toch is de schrijver hierin de historische school reeds meer genaderd dan in zijn vorige werk. Denkt men aan HEGEL's houding tegenover VON SAVIGNY's „vom Beruf" en diens daarin uitgesproken afkeer van codificatie: „einer gebildeten Nation oder dem juridischen Stand in derselben die Fähigkeit ab zu

(1) HOBBES, De cive I.

sprechen ein Gesetzbuch zu machen . . . wäre einer der gröszten Schimpfe der einer Nation oder jenem Stand angethan werden könnte" (1), dan treft het, reeds in het begin van LASSON's „System", na eene zeer waardeerende bespreking van de historische rechtsschool, de bekentenis te lezen: „Diese historische Auffassung des Rechts wird sich auch uns als die gesicherte Grundlage der Philosophie des Rechtes bewähren". Een, het geheele omvangrijke werk op den voet volgende, bespreking kan ik hier bij eene korte herdenking van den grijzen wijsgeer niet geven. De groote beteekenis, welke de Hegeliaan aan de geschiedenis der wijsbegeerte hecht, blijkt reeds uit de, in den aanvang van het boek gegeven „Geschichte der Rechtsphilosophie", waarin LASSON vooral aan de Grieksche wijsbegeerte groote aandacht schenkt. In zijn eigenlijk systeem is de streng dialectische vorm van HEGEL's werken met het telkens terugkeerend „an sich", „für sich" en „an und für sich" opgegeven; dit maakt het boek wel zoo vlot leesbaar, maar de strenge systematiek heeft daardoor ingeboet en de overgangen van hoofdstuk tot hoofdstuk, zoo bijv. van het tweede hoofdstuk van het eerste deel „die Momente des Rechtsbegriffs" naar het derde hoofdstuk „die Verwirklichung des Rechts im Staate" schijnen niet altijd vanzelfsprekend. De schrijver verdeelt zijn werk in een algemeen en een bijzonder deel; in het eerste wordt het rechtsbegrip en het Staatsbegrip behandeld; als de algemeene grondslagen van recht en Staat erkent LASSON de natuur der menschen, hunne verhoudingen onderling en hunne belangen. Voor het rechtsbegrip vloeien hieruit drie beginselen voort: het beginsel der orde, dat der gerechtigheid en dat der vrijheid. De Staat kan beschouwd worden vooreerst naar zijn algemeen wezen, dan als historisch beeld en tenslotte

(1) HEGEL, Rechtsphilosophie § 211.

in zijne verhouding tot andere Staten. In het tweede bijzondere deel onderscheidt LASSON een „Allgemeine Lehre der Rechtsbestimmungen", hetgeen dus voor alle bijzondere rechtsbepalingen gelijkmatig geldt eenerzijds en privaatrecht en publiekrecht anderzijds. Daar LASSON's Staatsleer in zijn „System" hoofdzakelijk voortvloeit uit de gedachte der Staatsverheerlijking, zooals die reeds in het bovenbesproken volkenrechtelijk werk ontwikkeld was, zij hier de aandacht op zijn rechtsleer gevestigd. Allereerst treft de groote beteekenis, welke de schrijver aan de „Ordung" als rechtsbeginsel hecht. Rechtszekerheid is het primaire beginsel van alle recht: „der Zweck des Rechtes ist zunächst nur die Bedingungen des Gemeinschaftlebens als der Bedingung für alle menschlichen Zwecken zu wahren". En, zooals elke eenzijdige nadruk op het beginsel der rechtszekerheid tegenover dat der gerechtigheid noodzakelijk moet leiden tot een natuurwetenschappelijke rechtsbeschouwing, zoo zien we, dat ook LASSON, hoe uitvoerig de schrijver later ook bij het gerechtigheidsprincipe stilstaat, zich niet geheel aan deze exact-natuurwetenschappelijke verleiding kon onttrekken. „Auf dem Grunde" — zoo lezen we — „dieses Materials (de natuurlijke verhoudingen der menschen) schafft das Recht eine äuszerlich wahrnehmbare Ordnung, stellt es einen Zustand her, der eine Analogie hat mit der Regelmäszigkeit der Vorgänge in der äuszeren Natur". Uit de belangrijke plaats, die de schrijver in zijn systeem aan de orde als rechtsbeginsel toewijst, vloeien drie gewichtige consequenties voort: vooreerst LASSON's voorliefde voor wettenrecht boven gewoonterecht, dan de opvatting van den dwang als een constitutief rechtselement, en tenslotte de beschouwing van het behoudende als een moment der gerechtigheid. Over de verhouding van wettenrecht en gewoonterecht is de schrijver echter niet overal even

duidelijk. Terwijl § 21 „das Recht als gesetzliche Ordnung" den indruk vestigt, dat LASSON „das Gesetz" als het voornaamste rechtsverschijnsel beschouwt, releveert de schrijver later bij de behandeling der „Rechtsquellen" toch vele voordeelen aan het gewoonterecht boven het wettenrecht eigen. Dwang is voor LASSON eene conditio sine qua non van elk recht; herhaaldelijk laat de schrijver zich hieromtrent op de meest ondubbelzinnige wijze uit: „Ein Regel, die nicht durch die Gewalt geschützt ist, ist nur eine gutgemeinte Ermahnung; die Wirkungen des Rechts kann sie nicht haben". En verder: „Erst das mit dem Zwange bewehrte Gesetz ergiebt also den Begriff des Rechtes". Tot welke consequenties deze opvatting ten opzichte van het volkenrecht leidt, hebben we boven gezien. Tenslotte is LASSON, modern-politiek gesproken, door en door conservatief. In het hoofdstuk „die Momente des Rechts" noemt de schrijver als eerste moment de eisch, dat niets zonder voldoende reden in de bestaande menschelijke verhoudingen gewijzigd zal worden. „Damit der Begriff des Gerechten zur Anwendung gelangen könne, wird die Anerkennung eines vorhandenen Zustandes vom Personen und äuszeren Gütern vorausgesetzt; das Gerechte enthält dann die Forderung das an dem vorhandenem Zustande nichts ohne zureichenden Grund geänderd werde". En even verder: „der Inhalt des Gerechten fällt insofern mit dem Prinzip des zureichenden Grundes zusammen. Ein bestimmter Bestand ist gegeben, der als solcher zu achten ist".

Eerst als tweede rechtsbeginsel, na dat der rechtsorde, stelt LASSON het gerechtigheidsprincipe. Nadat uiteengezet is, dat, en op welke gronden, er een rechtsorde moet zijn, doet zich de vraag eerst voor: welken inhoud behoort het recht te hebben? Dat deze vraag eenigermate veronachtzaamd wordt, valt niet te verwonderen bij een

schrijver, voor wien als Hegeliaan het zoo-behoorende het zijnde is. LASSON's opvatting van de taak der rechtsphilosophie ten opzichte van deze vraag blijkt nog beter dan uit zijn, in het begin van het boek gegeven hoofdstuk „der Gegenstand der Rechtsphilosophie", uit hetgeen de schrijver in zijne bestrijding van het natuurrecht betoogt. Ik wil deze passage hier in haar geheel citeeren, omdat daaruit ten duidelijkste blijkt de groote tegenstelling tusschen LASSON eenerzijds en zoowel het moderne natuurrecht van CATHREIN als het neo-Kantianisme, zooals het door STAMMLER verkondigd wordt, anderzijds. „Eben darum ist die Rechtsphilosophie etwas ganz anderes als ein bloszes Naturrecht. Die Rechtsphilosophie ist die Wissenschaft von dem Gerechten, wie es im Rechte inmanent ist. Sie steht auf dem Boden des positiven Rechtes und zeigt wie das Gerechte sich im Rechte verwirklicht hat, nicht wie es sich etwa verwirklichen sollte. Darauf hin kann sie auch die Vermutung wagen, wie sich das Gerechte im weiteren Prozesse verwirklichen wird. Diesem Prozesse musz sie aber mit ganz objectivem Interesse zuschauen; sie kann ihm seinen Weg nicht vorschreiben; nur mittelbar durch den Einflusz auf die Gedankenbildung der Handelnden kann sie ihm beëinfluszen. Die Rechtsphilosophie kennt allerdings ein an sich Gerechtes und legt diese ihre Erkenntnis auch als Maszstab an bei der Beurtheilung jedes gegebenen Rechtssystems. Aber sie weisz auch, dasz dies an sich Gerechte als solches ein blosz formales inhaltsloses, abstractes Prinzip ausmacht, das seinen Inhalt erst von den jedesmaligen concreten Bedingungen der Realität empfängt, auf die es angewandt wird; sie weisz ferner, dasz die Durchbildung des Rechtes im Sinne des Gerechtes nur nach Masz und Schranke möglich ist, und sie verlangt nicht das unmögliche; sie stellt keine Anforderung an die Gegenwart,

keine an die Zukunft, als die sich aus dem eigenen inneren Zuge der bisherigen Rechtsbildung auf Grund der Erfahrung fur die gesunde Einsicht auch des praktischen Gesetzgebers wie des juristischen Theoretiker ergiebt. Die oberste Sorge der Rechtsphilosophie musz immer die bleiben sich von jeder Art von falschen Idealismus und utopische Schwärmerei fern zu halten, die nur die Köpfe erhitzt, die Leidenschaften aufregt und der gesunden Gang der Entwicklung hemmt und schädigt".

In het derde en laatste hoofdstuk van de rechtsleer, getiteld „die Freiheit als Prinzip des Rechts" behandelt LASSON achtereenvolgens de verschillende rechtsvormen in den loop der tijden, waarin hij drie perioden, die van het gewoonterecht, die van het wettenrecht en tenslotte die van het juristenrecht onderscheidt, en daarnaast de uiteenloopende rechtsvormen onder de verschillende volkeren. In het laatste onderdeel van dit hoofdstuk, getiteld „das Recht als das äuszere Dasein der Freiheit" is het de vertegenwoordiger van het Duitsche idealisme, de overtuigde volgeling van de wijsbegeerte van KANT en HEGEL, die tot ons spreekt. Tegenover de naieve meening, als zou vrijheid willekeur zijn en de mensch een deel dezer zoogenaamde vrijheid oorspronkelijk opgeofferd hebben, om zichzelf en allen anderen een toestand van wederkeerige veiligheid te verzekeren, stelt LASSON de rede als het oorspronkelijke en eigenlijke levenselement van den mensch en is vrijheid voor den schrijver niets anders als gehoorzaamheid aan de rede: „Wo der Inhalt des Willens vernünftig ist, da folgt der Wille seiner wahren Natur, da hängt er von nichts ihm Fremden, in Wahrheit nur von sich selbst ab, und das nennen wir Freiheit". Het recht nu geeft weliswaar aan den wil zijn redelijken inhoud en maakt dezen daardoor van de dwingelandij

der willekeur vrij, maar het uiterlijke karakter der rechtsbepaling, speculeerend op de egoistische motieven van de vrees en de hoop, maakt, dat het begrip der volkomen vrijheid, welke eerst bereikt kan worden door de praktische rede, als een oneindige zelfbevrijding van den wil door zijn eigen daad, nooit door het recht benaderd kan worden. Dezen afstand tusschen de volkomen vrijheid en het recht beschouwt LASSON als het onvermijdelijke grondgebrek, waaruit alle onvolkomenheden des rechts voortspruiten en noodwendig moeten voortspruiten. In een welsprekend en diepzinnig betoog, de, naar mijne meening, beste bladzijden van het boek (blz. 273—281), stelt de schrijver tegenover oppervlakkige sceptici de waarde van het recht in het licht, als de onmisbare basis voor elk gemeenschapsleven en daarmede voor alle ideëele goederen.

„Es erhält sich zu ihnen wie die festen Fundamente in der Erde zu der Schönheit und Herrlichkeit des Tempels, der auf ihnen ruhend in die Lüfte emporragt". Maar tegen een, voor gebreken blin le, rechtsverheerlijking waarschuwt de schrijver eveneens. HEGEL's beschouwing van het recht als het rijk der gerealiseerde vrijheid, als een tweede natuur, verwerpt LASSON als „Ueberschwänglichkeit". Met nadruk wijst hij op het noodzakelijk onvolmaakte aan alle recht eigen; op het uiterlijke karakter van elk recht; op de, voor nauwkeurigheid en zekerheid onontbeerlijke quantitatieve begripsmatigheid van het recht; hoe de eischen van logisch gevolg trekken, van overzichtelijkheid en eenvoud vaak alleen ten koste der gerechtigheid bevredigd kunnen worden, „Ein einziges Zollgesetz birgt mehr Todesurteile in seinen Schosse als sämmtliche Strafgesetze der Welt"; op het gevaar ten slotte van veroudering van rechtsbepalingen en een hieruit voortvloeiend martelaarschap. „Wohl also darf man sagen, dass das Recht und seine Gewalt zu den bittren Nothwendigkeiten

des Lebens gehört." Maar een „Nothwendigkeit" blijft het; met kracht verheft de schrijver zijn waarschuwende stem tegen „eitle Schönfärberei und Schönthuerei", die de menschen als „nicht ganz vollendete Engel" voorstelt. De onverbiddelijke strengheid van het recht is een onafwijsbare eisch voor het gemeenschapsleven, niet, — zoo voegt de schrijver er aan toe, — opdat het beste geschiede, maar opdat het slechtste, waartoe de natuurdriften der menschen altijd en noodzakelijk zouden leiden, vermeden worden. Aldus hebben beiden gelijk: zoowel hij, die het recht zoo hoog mogelijk prijst, als degene, die bittere klachten uit over de noodzakelijkheid van het recht. Welke zijde van het recht het sterkst belicht moet worden hangt af van de strooming, waardoor een bepaald volk in een bepaalden tijd in positiefrechtelijke problemen geleid wordt. „Es ist heutzutage doppelt nöthig", — zoo waarschuwt de schrijver — „daran zu erinnern, dasz das Recht sein weites Gebiet hat, dasz man aber seine Herrschaft über die Grenzen dieses Gebietes hinaus nicht erweitern darf, wenn man nicht die menschliche Natur heruntersetzen will. Gewisz sind die Eingriffe der Rechtsordnung in das freie Belieben der Einzelnen gerechtfertigt; aber sie sind es doch nur da, wo sie unentbehrlich sind. Das Recht ist ein Mittel der Erziehung zur sittlichen Freiheit; aber es würde jeden Fortschritt der Kultur zur Freiheit dadurch versperren, wenn es die Menschen des Anlasses entwöhnte sich frei zu entschliessen. Das Recht ist eine heilige Macht; aber die freie Einsicht und freie Liebestätigkeit steht doch noch höher". Geldt dit „heutzutage" van 1882 niet evenzeer voor 1918? Ik moet me in mijne citaten beperken; ieder, die zich bekoord voelt door de schoonklinkende, maar misleidende leuzen, waarmede de belijders der rechtsalmacht ook in onzen tijd een onnadenkende massa trachten mee te sleepen,

moge van het uitnemende betoog van LASSON ernstig kennis nemen. Hij zal wellicht door dieper inzicht de voosheid van dergelijke theorieën doorzien en den schrijver moeten toegeven: „Raubt man ihm (den mensch) das erste Attribut seiner Menschenwürde, die freie Entscheidung aus eigner Willkür, so erhebt man ihm nicht auf eine höhere Stufe des Daseins, sondern erniedrigt ihn unter das Tier".

Tot LASSON's rechtsleer als het voornaamste deel van het boek wil ik me bij deze bespreking beperken (1), al geeft de schrijver ook verderop, bijv. in het hoofstuk „die Rechtsquellen" en in dat der „Gültigkeitsgrenzen des Rechts" nu eens weer een scherpe analyse van een bepaalden rechtsvorm, dan weer een breede synthetische opvatting der meest uiteenloopende rechtsverschijnselen. Samenvattend meen ik LASSON's „System der Rechtsphilosophie" te kunnen kenmerken door dezen enkelen zin: „Somit ist das Recht wohl etwas Heiliges, aber nicht das Heilige schlechthin; es giebt Potenzen im Leben, die an Wert über dem Rechte stehen, wenn auch das Recht für sie alle die Bedingungen herstellt".

Zooals ik boven reeds schreef, het boek is bij zijn verschijnen vrijwel ongemerkt voorbijgegaan. Een jongere Duitsche rechtsphilosoof, de Heidelberger hoogleeraar GUSTAV RADBRUCH noemt het een werk „welchem das seltene Geschick beschieden war, bei seinem Erscheinen beinahe atavistisch, heute aber nach dreiszig Jahren unter den vielberufenen „Erneuerung des Hegelianismus" fast aktuell anzumuten". De hoogbejaarde wijsgeer was zich van de geringe belangstelling, welke zijn „System" ten deel was gevallen, zeer wel bewust. In zijn, voorzoover mij bekend, laatste geschrift op rechtswijsgeerig gebied

(1) Zie uitvoerig KAHLE: „A. LASSON's System der Rechtsphilosophie" (Halle 1883).

— zijne bespreking van KOHLER's „Lehrbuch der Rechtsphilosophie" in het „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie" van Maart 1909 — schreef LASSON: „Vor langen, langen Jahren habe ich selbst ein Buch veröffentlicht unter dem verheiszungsvollen titel „System der Rechtsphilosophie". Wenige Menschen werden sich seiner noch erinnern. Einer besonders warmherzigen Aufnahme des Buches dürfte ich schon früher mich nicht berühmen und seine Einwirkungen sind mir nur sehr spärlich zur Notiz gelangt. Jetzt ist es aus dem Buchhandel verschwunden und wohl auch aus dem Gedächtnisz der Menschen".

Moge het den rechtswijsgeer een troost geweest zijn, dat hij de krachtige wederopleving van de belangstelling voor rechtsphilosophie, vooral in zijn vaderland, nog heeft mogen beleven en met een nog jeugdigen en frisschen geest heeft mogen volgen en toejuichen. Misschien vindt de wijsgeerige zoon GEORG gelegenheid, om door eene nieuwe uitgave ADOLF LASSON's „System der Rechtsphilosophie" aan de vergetelheid te onttrekken; hij zal daarmede voor zijn vader een onvergankelijk monument stichten en der rechtsphilosophie in het algemeen, het Neo-Hegelianisme in het bijzonder, een blijvenden dienst bewijzen.

GERBERT SCHOLTEN.

Eene herboren theorie.

Systematis ardor, veritatis sepulchrum.

In het jongste Mei-nummer van „De Gids" is verschenen een betoog van den oud-hoogleeraar Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF, getiteld: de zoogenaamde nationaliteit der naamlooze vennootschap, dat aan de heerschende leer nopens de rechtspersoonlijkheid van dien vennootschapsvorm den handschoen toewerpt. De zoowel feitelijk als juridisch ver reikende beteekenis der, door den geachten schrijver verdedigde stelling, zal den lezer onmiddellijk duidelijk zijn. Door het rechtmatig gezag èn van den schrijver èn van de plaats, waar zijn werk verscheen, wordt die beteekenis verhoogd. Ik wensch eene poging te doen om het goed recht der oude doch geenszins verouderde leer te handhaven. Vooraf echter ga eene korte samenvatting van des schrijvers stelsel.

Volgens de heerschende leer, is de plaats, waar de zetel, d. w. z. het opperbestuur der N. V. gevestigd is, beslissend voor hare nationaliteit. Tot welke nationaliteit de deelhebbers in de N. V. behooren, is voor de vraag van *hare* nationaliteit onverschillig. Is alzoo de zetel der N. V. gevestigd in Frankrijk of in Nederland, zij is fransch of nederlandsch, ook al zijn hare deelhebbers uitsluitend buitenlanders. Naar algemeene rechtsbeginselen volgt haar personeel statuut de N. V. overal. Aldus is (of was) de heerschende leer, zoowel op het Vasteland als in Engeland, hetgeen, door vermelding van gezaghebbende woordvoerders der doctrine, wordt gestaafd.

Bij een hunner, MAMELOK, schaart zich reeds dadelijk MOLENGRAAFF als volgt: „Toch moet MAMELOK [ondanks „zijne verdediging der heerschende leer] toegeven, dat de „opvatting, dat de nationaliteit der vennooten die der vennootschap bepaalt, „die populäre die des Geschäftslebens und „„die wirtschaftlich berechtigte ist". Inderdaad klinkt het „zonderling met stelligheid te hooren verzekeren, dat de „nationaliteit der vennooten niet ter zake doet, dat bijv. een „N. V. met louter fransche aandeelhouders een nederlandsche „vennootschap kan wezen. Nog vreemder klinkt dit, als men „denkt aan de vele N. V. met slechts een of enkele aan„deelhouders. De vreemdeling, die in Nederland een bedrijf „uitoefent, zou, door dit om te zetten in een N. V., waarvan „hij alle aandeelen houdt, voor zooveel de uitoefening van „dit bedrijf betreft, Nederlander worden!"

Laat mij, ter weerlegging van dit argument, er op wijzen,

dat er ook nog is eene koninklijke bewilliging, die maken kan, dat er niet zoo glad en gaafweg gehandeld wordt in fraudem legis als het den geachten schrijver behaagt voor te stellen. Doch gaan wij voort:

„De uitkomst is weinig aannemelijk; zij gaat vierkant in „tegen den opzet en de bedoeling van de wettelijke voor„schriften, welke, tusschen nationalen en vreemdelingen onder„scheid makende, de laatsten aan bijzondere bepalingen „onderwerpen. Deze bepalingen zijn in tijden van normale, „vredelievende betrekkingen niet vele en van weinig ingrij„penden aard. Dit verklaart, dat de heerschende leer weinig „of geen verzet heeft gevonden en dat deze door de recht„spraak in de meeste landen is overgenomen. De tegen„woordige wereldstrijd, welke de betrekkingen tusschen de „staten geheel heeft gewijzigd, heeft echter aanleiding gegeven, „het onderwerp opnieuw te overwegen. Tot de oorlogswet„geving in de verschillende oorlogvoerende staten behooren „tal van bepalingen die ten doel hebben de vijandelijke „vreemdelingen te benadeelen, in elk geval hen aan uit„zonderingsbepalingen te onderwerpen. Men is bij de toe„passing van deze bepalingen het onhoudbare van de heer„schende leer omtrent de nationaliteit der naamlooze vennoot„schap gaan inzien, de tegenstelling tusschen die leer en de „werkelijkheid gaan begrijpen.

„De meeste dier bepalingen beoogen vreemde belangen in „het grondbezit, in den handel, in de nijverheid te weren, „althans onder toezicht te stellen. Wat komt daarvan terecht, „heeft men zich afgevraagd, bij de leer, dat een vereeniging „van vreemdelingen een nationale vereeniging kan vormen, „die voor wet en recht met de eigen onderdanen gelijk zou „staan en op wie dus de bepalingen, tegen vreemdelingen „gericht, niet zouden mogen worden toegepast? Uit den aard „der zaak werd de rechter het eerst voor deze vraag gesteld. Het „pleit voor zijn gezond verstand en voor zijn praktischen zin, „dat hare overweging hem zoowel in Frankrijk als in Engeland „leidde tot het loslaten der steeds gevolgde leer" (298).

Dit loslaten van, alzoo de kentering in de heerschende leer begon in Frankrijk. De bron daarvan was een oorlogsdaad, te weten het decreet van 27 September 1914, dat handel drijven met vijandelijke onderdanen en van dezen, in Frankrijk, verbiedt, op straffe van nietigheid. De wet van 4 April 1915, met hare strafbepalingen, ging in die richting verder. Nog verder gingen ministerieele circulaires tot sequestratie van vijandelijk goed.

Hier nu kreeg de vraag naar de nationaliteit der N. V. overwegend belang. Zij werd beslist, doordien de rechterlijke macht deed sequestreeren goederen, ook van, in Frankrijk, gevestigde N. V. indien de aandeelhouders vijandelijke onder-

danen waren. Aan deze opvatting hechtte de fransche regeering haar zegel. Zij deed dit, door, tusschen privaat- en publiekrecht, eene scheiding te maken, hetgeen haar aanleiding gaf, op het gebied van het laatste, den klemtoon te leggen, niet op den bestuurszetel, maar op de vraag, of *het kapitaal*, al dan niet, in vijandelijke handen zich bevindt.

Ook hier, eene kantteekening. Er is, in deze regeeringsbeschouwing eene fout, welke MOLENGRAAFF niet laakt en het ook niet behoefde te doen, omdat hij, *ook privaatrechtelijk*, de grondstelling der fransche regeering verdedigt. De fout op te merken echter heeft om twee redenen beteekenis.

Vooreerst, omdat de scheiding niet deugt en het brandmerk op het voorhoofd draagt van gemaakt te zijn pour le besoen de la cause. Recht is een eenheid, waarvan de onderdeelen, al naar gelang der stoffe, waarop zij gericht zijn, *onderscheiden* zijn. Nooit echter mogen die onderdeelen als van elkander *gescheiden*, in dier voege opgevat worden, dat hetgeen in het eene rechtens is, in het andere ondeugdelijk zijn zou. Mitsdien kan publiek recht nooit de *tegenstelling* van privaatrecht, maar slechts het complement daarvan zijn. Dit is het vitium originis der regeeringsleer.

In zooverre zij echter — en dit is hare tweede eigenaardigheid — hare goedkeuring tot het publiek recht beperkt, toont zij haren schroom om, *ook privaatrechtelijk*, hetzelfde beginsel toepasselijk te verklaren. Daarin kan voor het minst eene eerbiediging voor het privaatrecht, van de heerschende leer gelegen zijn, in welk geval, de fransche steun aan MOLENGRAAFF's stelling ontvalt.

Wij gaan voort met ons relaas.

Voor Engeland, vermeldt MOLENGRAAFF eene uitspraak van het Hoogerhuis, in 1902, welke de heerschende leer weergeeft. Wederom was het een oorlogsdaad, onder vigueur van de Trading with Enemy Act van 1914, welke, in hoogste instantie, met betrekking tot eene wel, in Londen, gevestigde, maar uit duitsche aandeelhouders bestaande N. V. afwijking van de heerschende leer veroorzaakte: „op grond dat moest worden „gelet op de feitelijke omstandigheden" (1).

Duitschland gaat denzelfden weg op, door onder dwangbeheer te plaatsen: „ondernemingen" (ik neem aan, dat bedoeld zijn N. V.), wier kapitaal behoort aan onderdanen van vijandelijke landen.

In de Société de légation comparée, doet gelijksoortige opvatting zich gelden. Wel is waar, niet geheel zonder, zij 't dan ook weinig energisch verzet.

Meer doortastend is MOLENGRAAFF zelf, die verklaart: „Uit „deze discussie blijkt duidelijk, van een groeiend verzet tegen

(1) Zie daaromtrent Bijlage A.

„het dogma, van een streven bij velen met de werkelijkheid „rekening te houden. Toch ontbreekt nog het inzicht, dat de „fout schuilt bij de heerschende leer der rechtspersoonlijkheid, „dat deze een juisten kijk op het onderwerp verhindert. Het „is ook het geval in Engeland" (307). Immers, ook in dit land wordt de heerschende leer met klem verdedigd.

Als eigen gevoelen, merkt MOLENGRAAFF op: „Terecht „merkte Prof. PILLET in het debat in de Société de législation „comparée op, dat men moet uitgaan van het beginsel, dat „wie meester is van het kapitaal, meester is van de vennoot-„schap". Voilà, zeide hij, le seul principe solide dans cette „matière. „Volkomen juist, maar dan moet men ook een „leer opgeven, die de vennootschap niet alleen onderscheidt, „maar ook afscheidt van de enkele leden, die deze reëele „wezens uitschakelt, om een fictief wezen, een rechtspersoon, „in hun plaats te stellen" (308).

Verder, beroept hij zich op twee zegslieden, G. THÉRY en BATY. Volgens eerstgenoemde is: „la société l'idée sous laquelle „nous concevons l'ensemble des associés, qui seuls sont des „êtres juridiques susceptibles de droits et d'obligations" (308), terwijl de tweede de corporatie eene verkorte uitdrukking noemt, welke aanduidt: „dat buitengewone bevoegdheden en „rechten door de wet aan bijzondere personen zijn verleend" (309).

MOLENGRAAFF vervolgt: „Het komt mij voor, dat THÉRY „en BATY volmaakt gelijk hebben, en dat de geheele leer van „de nationaliteit der vennootschappen in het internationaal „privaatrecht is een dwaalleer, uitvloeisel van een onjuiste „opvatting der rechtspersoonlijkheid. Nagenoeg alle schrijvers „over dit onderwerp, alsook de rechtspraak in de verschillende „landen, staan onder den invloed dier opvatting. Zij behandelen „de vennootschappen als personen. In plaats daarvan behooren „ze te worden behandeld als overeenkomsten.

„De vennootschappen zijn, zooals alle vereenigingen, overeen-„komsten, waaruit betrekkingen voortvloeien, welke bestemd „zijn gedurende een korter of langer tijdsverloop te werken, „evenals bijv. huur, dienstbetrekking en verzekering. Het is „niet de gewoonte bij *deze* contractueele verhoudingen te „spreken van hare nationaliteit, al kunnen de overeenkomsten, „waaruit zij voortspruiten, in een ander land zijn gesloten „dan dat waarin die overeenkomsten haar werking uitoefenen. „Er is geen reden bij vennootschappen anders te handelen en „daaraan een nationaliteit toe te kennen, naar gelang van „het land, waarin de vennootschapsovereenkomst is tot stand „gekomen. Evengoed als een vennootschap, die in België zal „werken, in Nederland kan worden aangegaan, kan een „huurovereenkomst of eene verzekering, betreffende een huis „in België, of een dienstbetrekking, welke in België zal worden „vervuld, in Nederland worden gesloten. Niemand zal op

„dien grond aan de huur, de verzekering, de dienstbetrekking „de Nederlandsche nationaliteit toekennen, om daarna de „Nederlandsche wet als het personeel statuut op die betrek-„kingen toe te passen. Toch wordt dit gedaan, zoodra het „een N. V., of in het algemeen eene vereeniging, geldt. Men „kent aan de in België werkende vennootschap de Neder-„landsche nationaliteit toe, als zij in Nederland is aangegaan, „en acht ze aan de Nederlandsche wet als haar persoonlijk „statuut onderworpen" (309).

Nopens de herkomst der nieuwe leer, zegt MOLENGRAAFF: „Vooral de oorlogswetgeving der laatste jaren heeft aan een „differentieele behandeling van vreemdelingen in het bijzonder „van vreemde vijanden in ruime mate het aanzijn gegeven. „Hoe staat het met de toepassing dier voorschriften op N. V.? „Het antwoord is duidelijk, als men in het oog houdt, dat „vennootschappen niet anders zijn dan in vennootschap „handelende, dan samenwerkende of vereenigde personen „(vennooten, aandeelhouders). Vreemdelingen die samen-„werken, houden daardoor niet op vreemdelingen te zijn" (312).

Het opstel besluit met de woorden: „dat men in de zaken-„wereld wel degelijk zich er rekenschap van geeft, dat de „aandeelhouders niet staan buiten of naast de vennootschap, „en dat de vennootschap niet is onafhankelijk of afgescheiden „van de aandeelhouders, zooals een onder de juristen van alle „landen wijd verbreid dogma ons *wil wijs maken*, maar dat „de aandeelhouders de vennootschap uitmaken en daarom „ook het karakter van de vennootschap bepalen" (317).

Op deze opvatting der „zakenwereld" kom ik terug. De door mij gecursiveerde woorden: „wil wijs maken" schijnen mij een lapsus calami, waarvan het alleen te betreuren is, dat zij, op de proef, aan de aandacht des schrijvers, zijn ontgaan.

I.

De heerschende leer.

Tot staving zijner grondstelling nopens de heerschappij der door hem bestreden leer, heeft MOLENGRAAFF vermoedelijk slechts een greep gedaan, in de, op dit punt, uitgebreide literatuur. Op zich zelf valt tegen deze methode niets in te brengen, want het feit, waartegen hij opkomen wil, is onbetwistbaar. Toch schijnt mij eenige aanvulling van tweeledig verzuim menschelijk.

Het eerste heeft betrekking tot een bondgenoot van den schrijver. Het tweede tot zijn meest geduchten tegenstander.

THÖL namelijk is de eenige duitsche handelsrechtsleeraar van gezag, die aan de N. V. het vennootschappelijk karakter toekent. Ik laat hier zijn overigens vrij aphoristisch betoog volgen: „De N. V. is een vennootschap. Hetgeen niet eene

„vennootschap is, kan natuurlijk niet eene N. V. zijn, en „wel de romeinsche societas, maar deze gewijzigd. Er zijn „meer duitschrechtelijke afwijkingen van de romeinsche rechts-„beginselen omtrent de societas. In dezen zin eener duitsch-„rechtelijk gewijzigde societas bestaat een genootschap, dat „niet is een nevelgestalte; in dezen zin is de N. V. een „genootschap. Eene rechtspersoon is zij niet. Er bestaat niet „behoefte en het is onnatuurlijk de gekunstelde rechtspersoon „ten grondslag te leggen aan de N. V. Ook de N. V., waarbij „de verdeelingsactie is uitgesloten is niet eene rechtspersoon. „Vaak worden rechten van rechtspersoonlijkheid door de „concessie haar toegekend. Dit mist beteekenis" (1).

Tegen deze meening, heeft vrijwel de gansche duitsche rechtswetenschap, niet minder dan de duitsche rechtspraak, tot en met de hoogste instantie, zich verklaard. Het is de grondlegger zelf van de theorie der rechtspersoonlijkheid voor de N. V., O. Gierke, die dit mededeelt, als volgt:

„Als rechtspersonen worden, op grond der nieuwere wet-„geving, onder de vereenigingen met genootschappelijke ver-„mogensordening, thans, in het bijzonder, N. V., geregistreerde „genootschappen en bedrijven vrij algemeen erkend.

„Bij N. V. heeft het Reichsgericht, in het algemeen, niet „meer voet gegeven aan twijfel omtrent hare rechtspersoon-„lijkheid, veeleer vaak, zonder meer het uitgangspunt eener „zoodanige rechtspersoonlijkheid ten grondslag gelegd aan „zijne beschouwingen, en in een arrest van 30 Maart 1881, „de gewichtige gevolgtrekking gemaakt, dat ook de som van alle „enkele aandeelhouders zich niet dekt met de N. V. zelve".

In de noot, worden de betreffende arresten van het Reichsgericht aangevoerd. Ten betooge, dat ook lang na hunne dagteekening, alzoo als constante jurisprudentie van het hoogste gerecht in Duitschland, het bedoelde beginsel, in tegenstelling met de vennootschap onder firma, tot zelfs voor een verwant rechtsinstituut, geldt, voeg ik daarbij:

Arr. VII Civilsen. 14 April 1903 (Entsch., off. uitg., dl. 54, blz. 278) „Wanneer de firma ook het karakter eener rechts-persoon niet heeft".

Arr. VII Civilsen. 11 Dec. 1903 (Entsch. ibid. dl. 56, blz. 209), stellend de casuspositie, dat „de onderscheidene vennooten „*in hunne samenvatting* als dragers van rechten en verbinte-„nissen, als bezitters van het gemeenschappelijk vermogen, „waaraan overgaan de voorwerpen tot dusver den enkelen „toebehoorend en waarin opgenomen worden de door de „vennootschap verworven rechten". Te dien aanzien nu beslist het arrest: „Daarin ligt niet eene schepping eener rechts-„persoonlijkheid in romeinschrechtelijken zin; wel echter

(1) H. Thöl, Das Handelsrecht (Göttingen 1862) I, blz. 274, § 44.

„komt deze regeling overeen met de in het germaansche „recht ontwikkelde grondslagen omtrent de vereenigingen „ter gezamenlijke hand, welke al naar het doel der vereeni- „ging een meer of minder enge mate van samenvatting ver- „oorloven, waarbij echter steeds de onderscheidenen vereenigd „als eigenaars van het vermogen optreden".

Arr. III Civilsen. 19 Febr. 1904 (Entsch. ibid. dl. 57, blz. 92) explicite beslissend: „de Gesellschaft mit beschrankter „Haftung is een rechtspersoon".

GIERKE vervolgt: „Tot dezelfde slotsom [namelijk de rechts- „persoonlijkheid der N. V.] kwam bereids het Reichsober- „handelsgericht [voorganger van het Reichsgericht] met uit- „voerige overweging. Evenzoo het pruisische Obertribunal had „steeds deze opvatting. Ook de rechtspractijk in Wurtemberg „en Baden besliste in gelijken geest. Daarentegen heeft de „tegengestelde meening, in de rechtspraak, vertegenwoordiging „in het geheel niet gevonden.

„De rechtspractijk bevindt zich daarmede in overeen- „stemming met de thans in de theorie heerschende leer. „Immers, hoever, voor het overige, de beschouwingen omtrent „het wezen der N. V. uit elkaar gaan, de erkenning van „hare rechtspersoonlijkheid is toch meer en meer doorge- „drongen. En het is gemakkelijk te voorzien, dat de door „THÖL, krachtig volgehouden, zuiver vennootschappelijke „constructie van dezen vereenigingsvorm, haren beroemden „voorvechter niet lang overleven zal" (1).

THÖL's theorie echter is, in het opstel van MOLENGRAAFF, herboren. Of aan deze wedergeboorte een beter lot beschoren zal zijn, dan uit GIERKE's prognose volgt, zal men moeten afwachten.

Wel kan, naar het schijnt althans, de dagteekening dier wedergeboorte, eenigermate althans, worden aangewezen. Naar men weet namelijk is, in 1907, door Minister VAN RAALTE, bij den Raad van State aanhangig gemaakt een ontwerp tot herziening van het tweede boek van het Wetboek van Koophandel. Art. 311 van dit ontwerp bepaalt, aan wie een schip moet toebehooren om Nederlandsch te zijn, en noemt daartoe o. a. sub 3°: „volgens de nederlandsche wet opgerichte, in „het koninkrijk gevestigde N. V. of andere rechtspersoonlijk- „heid bezittende vereenigingen, waarvan de bestuurders „Nederlanders zijn". Blijkens deze formuleering, wordt hier

(1) O. GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (Berlin 1887), blz. 38 vlg. Dat de Hooge Raad, nopens de rechtspersoonlijkheid der N. V., eenstemmig oordeelt met het duitsche Reichsgericht, blijkt uit het zeer recente, uiterst merkwaardige arrest in extenso, met conclusie conform O. M., opgenomen in Bijlage B. Men zal opmerken, dat, in bedoeld arrest, de rechtspersoonlijkheid, ipsissimis verbis, wordt toegekend.

op de rechtspersoonlijkheid der N. V. niets afgedongen. In de aan MOLENGRAAFF toegeschreven Memorie van Toelichting op het Ontwerp komt, met betrekking tot dit punt, evenmin eenig voorbehoud voor. Uit de vergelijking der dagteekening 1907 en die van het pas verschenen Gids-artikel, mag derhalve worden afgeleid, dat het dubium nopens de rechtspersoonlijkheid der N. V. eerst in den jongsten tijd bij den geachten schrijver heeft post gevat.

II.

a. Haar grondslag.

Wij vernamen van MOLENGRAAFF, in de boven afgeschreven plaats, dat hij opkomt tegen eene leer, die „de vennootschap „afscheidt van de enkele leden, die deze reëele wezens uit„schakelt, *om een fictief wezen, een rechtspersoon* in haar plaats „te stellen" (308).

Tegen de opvatting, in de, door mij, gecursiveerde woorden geuit, moet ik, met nadruk opkomen.

Een rechtspersoon is een, door het Recht geschapen, niet lichamelijk persoon, maar tusschen deze en „een fictie" ligt een klove. De geachte schrijver zal toch wel niet de meening zijn toegedaan, dat al hetgeen niet tastbaar bestaat, een fictie is. Dan ware Recht zelf een fictie!

Ten einde den kortst mogelijken vorm eener gemeenschappelijke saamhoorigheid of samenwerking aan te duiden, schept het Recht eene persoonlijkheid, niet in afwijking van, maar integendeel in overeenstemming met de blijkbare werkelijkheid. Zoodanige persoonlijkheid voert, omdat alleen het Recht haar het aanzijn gaf, een abstract, doch overigens een volstrekt niet minder wezenlijk en werkelijk bestaan, als de lichamelijk bestaande personen, die van de saamhoorigheid deel uitmaken of tot de samenwerking zich inspannen.

Zal iemand de rechtspersoonlijkheid van Staat, provincie, gemeente, waterschap, enz. ontkennen, omdat geen dezer, door het Recht geschapen, wezens, hoe boven allen twijfel aanschouwelijk ook, lichamelijk, *als* Staat, enz. bestaan?

Wil men rekenschap zich geven, hoezeer, bij deze publiekrechtelijke vormen, de rechtspersoonlijkheid zich opdringt, en tevens, met welke souvereiniteit, het Recht, bij hare toekenning te werk gaat, men behoeft slechts zich te herinneren, dat de wet provincies en gemeenten scheppen en wegvagen kan (art. 3 Grondwet). Het stellige recht derhalve kan, heden, deze rechtspersonen, sua ipsius auctiritate, scheppen en ze, morgen, ten doode doemen. Dit alles is het gevolg, niet van luim, niet van willekeur, maar van logischen rechtseisch en staat niet alleen, mijlen ver, van „fictie" verwijderd, maar geeft, *mits men rechtstaal bezige*, de onwraakbare realiteit

zoozeer weer, als een photografie het haar origineel doet.

Het is gemakkelijk aan te toonen, dat ieder Recht, ook al is er van rechtspersoonlijkheid niet sprake, niet geleid, maar gedreven wordt naar de samenvatting, die van de onderdeelen (personen of zaken) ten eenenmale afgescheiden gedacht wordt, hoezeer zij natuurlijk met die onderdeelen samenhangt en uit haar voortvloeit.

In de l. 1, § 3 de rei vindicatione (VI. 1) stelt de jurist zich voor, dat eene kudde wordt gevindiceerd, en zegt: gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim, non singula capita vindicabuntur. Het is niet mogelijk korter en duidelijker aan te wijzen het samenvattend begrip, dat, op personen toegepast, bron en oorsprong is van de rechtspersoonlijkheid. Gaat het aan de samenvattende vindicatie te bestrijden met de opmerking: er zijn hier wel, goed geteld 50 schapen, maar niet eene kudde, wel singula capita, maar niet eene grex? Waarom zou men dan, in toepassing op de rechtspersoonlijkheid, de deelgenooten „reëele wezens", hunne samenvatting „eene fictie" kunnen heeten? (1)

In de oudere doctrine, komt het verwijt van of de toespeling op „de fictie" der rechtspersoonlijkheid nu en dan voor. Het mag echter bevreemden, dat die dwaalleer thans nog wordt verkondigd, nadat zij in het volle licht is gesteld.

In een, door de Leipziger juridische faculteit bekroond geschrift namelijk, geeft ZITELMANN een glashelder betoog over begrip en wezen der rechtspersoon, dat inderdaad de uitwerking is van zijn motto: „Mehr Sein als Schein". Na een blik geworpen te hebben op de betreffende rechtsgeschiedenis, ontvouwt hij zijn eigen stelsel, dat, in breede trekken, hier weergegeven wordt (2).

---

(1) Dat voor Staat en volk, onzen GROTIUS de rechtspersoonlijkheid voor den geest stond, kan met de stukken worden aangetoond. Merkwaardig is echter, dat de plaats, waar hij in dien geest zich uitliet, duitschen staatsrechtsgeleerden aanleiding gaf tot de bewering, als zou de romeinsche jurist PAULUS (door GROTIUS slechts vergelijkenderwijs genoemd) aan bedoelde voorstelling uiting gegeven, en daarmede den grondslag gelegd hebben tot de organische Staatsleer, wier uitgangspunt, of liever juridische voorstellingswijze de bedoelde rechtspersoonlijkheid is.

Ik heb reeds vóór jaar en dag getracht aan deze inderdaad zonderlinge misvatting, zoo volslagen in strijd met de duitsche grondigheid, een einde te maken. Zie Bijlage C. Dat het mij, althans voor GIERKE — der grössten Einer — niet is mogen gelukken, kan hieruit blijken, dat hij, zeer onlangs, onveranderd deed afdrukken juist het opstel, waarin de fout voorkomt.

(2) E. ZITELMANN, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen (Leipzig 1873).

Uitgangspunt is: geen recht zonder subject; geen recht zonder object; geen recht zonder inhoud.

Rechtssubject is een wezen, dat rechtsbekwaamheid heeft, welke door de rechtsorde (het objectieve recht) erkend is.

De hoedanigheid aan welke de rechtsorde de rechtsbekwaamheid vastknoopt heet *persoonlijkheid*. Werkelijke grondslag der rechtsbekwaamheid is derhalve de persoonlijkheid. *Werkelijke grondslag*, want ontbreekt de persoonlijkheid *feitelijk* (niet *rechtens*, want het Recht ontzegde haar den slaaf), dan kan het Recht niet iets, dat niet bestaat, als aanwezig fingeeren.

„Gelijk het een eisch der Ethika is, dat ieder van nature „persoonlijk wezen tevens rechtsbekwaam zij, zoo is het een „eisch van onomstootelijke logica, dat ieder rechtsbekwaam „wezen ook in werkelijkheid de voorwaarden der persoonlijk-„heid in zich drage. Dienvolgens kan een wezen, dat, in „waarheid, eene persoonlijkheid niet heeft, daardoor dat het „stellige recht zijne persoonlijkheid fungeert en ten gevolge „daarvan hem rechtsbekwaamheid verleent, nooit een rechts-„bekwaam wezen en als zoodanig juridisch werkzaam worden. „In de macht der fictie ligt het niet, wat feitelijk ontbreekt „te vervangen" (66).

De eenige noodwendige hoedanigheid van een wezen, uit kracht waarvan het persoon en rechtssubject is, bestaat in zijne rechtsbekwaamheid om te *willen*. Recht immers is *mogen willen*. Lichamelijkheid, gelijk die des menschen, is niet een vereischte om persoonlijkheid te zijn. Op den *wil* en daarop alleen, ligt de klemtoon. Een wezen, dat niet willen kan, mist persoonlijkheid en geenerlei fictie is bij machte het daartoe te verheffen.

„Feit nu is, dat eene veelheid van personen, die, ter ver-„werkelijking van bepaalde doeleinden, samenwerken (corpo-„raties) juridisch in dier voege behandeld en in het maat-„schappelijk leven, allerwege, in dier voege beschouwd worden, „als ware zij een eenheid, die met wilskracht begaafd en „mitsdien bekwaam is, rechtssubject te zijn" (77).

Het publiek recht wijst hier den weg.

Fundamenteel, d.w.z. materie en geest gelijkelijk beheerschend, is het volgend beginsel. „Zoodra eene veelheid van eenheden, „organisch tot een geheel gebracht wordt, wordt zij eene „eenheid, welke een geheel nieuw, van de enkelen onder-„scheiden, werkelijk bestaand wezen is, hetwelk dezelfde „hoedanigheden heeft als de verschillende vereenigde een-„heden gemeen hadden" (79).

Op ieder gebied van leven en denken, speelt het begrip: organisme een rol. Een organisme nu is een eenheid van vele, door een kracht of een beginsel, tot eenheid gebrachte eenheden.

In de rechtsgeleerdheid, in het bijzonder, komt het zooeven genoemd beginsel voor, bij de vereenigingen van zaken

(universitates rerum), bij *het* vermogen, *den* eigendom. Men vindt hetzelfde beginsel in *de* receptie van het romeinsche recht, en in het begrip van *het* gemeene recht. Dit alles zijn eenheden van rechtsobjecten.

Evenzoo bestaan er eenheden van rechtssubjecten.

Het beginsel van eenheid in de veelheid, toegepast op eenheden van personen, eischt tweeërlei.

Vooreerst, het substraat, d.w.z. de tot eenheid gebrachte eenheden.

Ten tweede, de vereenigende kracht.

Door deze beide grondslagen, wordt bepaald de individualiteit der nieuw ontstane eenheid. Bestaan zij, dan is die individualiteit eene werkelijk bestaande, iets anders dan de som harer deelen (1), en bezit de hoedanigheid, welke de verschillende vereenigde deelen gemeenschappelijk hadden.

Naar eene alledaagsche zegswijs, zijn individueele menschen het substraat der corporatie. Het is duidelijk, dat dit eene onjuiste voorstelling is. Menschen hebben, naast hun geestelijk ook een stoffelijk bestaan. Vereenigd wordt enkel de wil der onderscheidene leden van de corporatie, en zelfs niet de gansche wil van ieder hunner, maar alleen dat deel van dien wil, hetwelk op het gemeenschappelijk doel gericht is. Zoodanig doel is de band der eenheid, zoodra zij zich voornemen eene eenheid te vormen en daartoe den wil openbaren.

Niet de coïncidentie van gelijken wil, maar de tot gemeenschap vereenigde wil levert den genootschapsband. Indien twee onderscheidene, personen gelijktijdig het voornemen opvatten om tusschen twee zelfde plaatsen een lokaalspoorweg aan te leggen, blijven zij desniettemin twee onderscheidene personen.

Wat de eenheden van personen betreft, heeft men te onderscheiden de natuurlijk-zedelijke en de willekeurige.

Een voorbeeld van de eerste soort is de Staat.

Tot de tweede soort behoort iedere willekeurige personeneenheid. Het genootschap, de corporatie is mitsdien onderscheiden van de maatschap of vennootschap.

„Naardien, bij de willekeurige eenheden, de natuurlijk-„zedelijke band ontbreekt, welke den Staat bijeenhoudt, „wordt zijne plaats ingenomen, door den bewusten vereeni-„gingswil. Zonder dezen, kan alzoo nooit eene bewuste eenheid „ontstaan. De vereenigingswil strekt tot het vormen eener „eenheid, zoodat alzoo de verwerkelijking van het genoot-„schapsdoel *onmiddellijk* aan de eenheid, als zoodanig, en „eerst *middellijk* of *in het geheel niet*, aan de genooten te „stade komt.

„Hierdoor onderscheidt zich de corporatie of genootschap

(1) Men herinnere zich het arrest van het Reichsgericht d.d. 30 Maart 1881, vermeld boven blz. 322.

„van de maatschap of vennootschap. Bij deze laatsten namelijk, „ontbreekt de vereenigingswil; bij hen, bestaat slechts een „maatschapswil, die de strekking heeft om de verwerkelijking „van het maatschapsdoel onmiddellijk den individueelen „vennooten, naar het beginsel der verdeeling, te stade te doen „komen.

„Hier, handelen alzoo de vennooten onmiddellijk en alleen „voor zich. Ginds, bij het genootschap, handelen zij in het „geheel niet, of hoogstens middellijk voor zich, en veeleer „voor de eenheid, als zoodanig. Wel is waar zijn er vele „geledingen mogelijk, voor het begrip: middellijk; daarvoor „is echter het begrip der onmiddellijkheid, volkomen vast en „bepaald, en onderscheidt de maatschap absoluut van het „genootschap. Tertium non datur; een middelding tusschen „die twee bestaat niet; een middelding tusschen genootschap „en maatschap ware veeleer een onding.

„Met dit begrip van het onmiddellijke, wordt tevens dadelijk „opgelost de veel besproken vraag, waarom de N. V. reeds „tot de eenheden, de vennootschap onder eene firma echter „nog bij de maatschappen gerekend moet worden.

„Het begrip van het middellijke is voorzeker, gelijk zooeven „gezegd werd, oneindig afwisselend, en wij hebben ons er over „te verheugen, dat het dit is! Want daardoor verkrijgt het „genootschapsbegrip die bewegelijkheid en vatbaarheid tot „aansluiting aan de eischen des maatschappelijken levens, „welke aan de corporatie eene zoo uitgebreide beteekenis „geeft. De tegenstellingen: onmiddellijk en middellijk stooten „hard aan elkander, maar zij kunnen nooit in elkander „overvloeien. Desniettemin, wordt de oneindige gradenladder „van menschelijke vereenigingen gevormd, door de volgende „eindpunten: door de maatschap van het romeinsche recht, „eenerzijds, die het begrip van het onmiddellijke vertegen- „woordigt, en anderzijds, door het oude strenge genootschap „van het romeinsche recht, waarin de vereenigingswil, het „zuiverst, als gericht op de eenheid zelve, zich toont.

„Tusschen deze beide eindpunten worden nu in oneindige „menigvuldigheid de duitsche genootschappen opgebouwd; „van de genootschappen neigt wel het meest naar de maatschap „heen, de N. V. Van de maatschappen staat de vennootschap „onder eene firma wel het naast bij de genootschappen. De „N. V. en de vennootschap onder eene firma raken elkander „derhalve bijna aan; maar tusschen hen bestaat nog altoos „eene onoverbrugbare klove, over welke, wil men de logica niet „kwetsen, eene verbinding niet gemaakt worden kan" (102 vlg).

b. Haar grondslag.

Afgescheiden van de opvatting, als zou de rechtspersoon eene fictie zijn, loochent MOLENGRAAFF haar corporatief

karakter, natuurlijk niet in uiterlijke gedaante — hetgeen onmogelijk is — maar in zakelijken inhoud. Dit noopt tot een beroep op den grondlegger van het corporatiebegrip, O. GIERKE, wiens lijvig standaardwerk al het daaraan voorafgaande in de schaduw stelt (1).

Ook daarvan volgen hier, voor zoover betreft de N. V., de hoofdlijnen:

„De N. V. neemt onder de genootschappen, in zooverre „eene eigenaardige stelling in, als zij eene volgehouden „vermogensgenootschap, eene zuivere kapitaalcorporatie is" (I, 1005).

Eene grootere dwaling is niet mogelijk, dan den ouderen juristen toe te dichten, dat de N. V. eene vennootschap is. Juist de corporatieve vorming der N. V. was oorzaak van Staatsbewilliging. De oude wetten (C. de Comm. Oostenr. Wetb.) kennen practisch der N. V. eene eigen persoonlijkheid toe. Ook buiten Duitschland, is nooit getwijfeld aan de corporatieve natuur der N. V. (vooral niet in Frankrijk, waar ook aan de firma dat karakter wordt verleend) (1006).

In Engeland, vielen bestaans- en corporatieve rechten samen. Het vennootschappelijk beginsel is van duitschen oorsprong en legde den klemtoon op het persoonlijke initiatief, in tegenstelling van de staatsbemoeiing (1007).

Daardoor wordt het wezen der N. V. gezocht in den wil der verbondenen. Onder den invloed echter der heerschende corporatieleer, werd die wil zelf opgevat als een contractueele, zoodat daarmede aan de N. V. het karakter der romeinsch-rechtelijke *societas* werd verleend, in tegenstelling met het corporatieve begrip.

Deze theorie nu was in lijnrechten strijd met de feiten, met de opvatting van het verkeer, met de wetten en alle statuten der N. V. Dat zij, tot zelfs nog bij de beraadslaging over het duitsche handelswetboek, voorstanders vond, is het gevolg daarvan, dat men om de rechtsfiguur der N. V. onder dak te brengen, eene andere keuze niet had, dan òf de zooeven vermelde romeinsch-rechtelijke *societas*, òf de romeinsch-rechtelijke *universitas*.

De gelijkwaardigheid der begrippen: *universitas* en *corporatie* ontkent GIERKE. „Aan de gesmade genootschapstheorie komt „de verdienste toe, het eerst van deze gekunsteldheid op een „afstand te blijven, en de N. V. als een zelfstandige formatie „van het duitsche recht te begrijpen, welke in het dwangbuis „van overgeleverde romeinsch-rechtelijke begrippen niet past.

---

(1) O. GIERKE, Das deutsche Genossenschaftsrecht I: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft (Berlin 1868).

Idem II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffe (Berlin 1873).

„Het eerst werd dit in het licht gesteld door BESELER" (1008) (1).

Bij deze constructie, ging men echter eenzijdig te werk, doordien men uitsluitend het oog had op de verhouding van eenheid en veelheid der personen die de N. V. samenstellen en niet aandacht schonk aan het bijeengebrachte kapitaal. Vandaar, eene tweede reeks theorieën, die op hare beurt eenzijdig, enkel het kapitaal op den voorgrond stelden (communio, Zweckvermögen, enz.) Langs dien weg, verwijderde men zich wederom van het corporatieve element.

„Intusschen heeft, ongedeerd door alle elkander weer-„sprekende theorieën de N. V. in het rechtsleven voortdurend „zich ontwikkeld op de met haar wezen passende wijze en „steeds duidelijker de gedaante aangenomen eener klaar-„blijkelijke vermogengenootschap" (1010).

Noch aan de wet, noch aan de wetenschap dankt zij deze hare gestalte, doch alleen aan hare autonomie, door middel harer statuten, hoofdbronnen voor de kennis van het nieuwe rechtsinstituut en zijne plaats in het rechtsstelsel.

„Men heeft immers, in het Recht, niet een dood schema,

(1) Om deze plaats, bij GIERKE, te begrijpen en tevens rekenschap zich te geven, hoe nauw de romeinschrechtelijke *universitas* en de duitsch-rechtelijke *corporatie* aan elkander verwant zijn, wende men zich tot WINDSCHEID, Pandecten I, § 57.

Hij definieert: eene rechtspersoon is een niet werkelijk bestaande doch slechts voorgestelde persoon, die als subject van rechten en verbintenissen behandeld wordt.

Dit is de fictie-leer, waartegen ZITELMANN opkomt.

Zakelijk echter, zegt WINDSCHEID, ibidem n. 1, is het begrip der juridische persoon, voor het publiek recht, niet minder gewichtig dan voor het privaatrecht (Staat enz.).

Als juridische personen komen in de eerste plaats in aanmerking veelheden van physieke personen. «Gelijk zaken en rechten, kunnen «ook personen in dier voege saamgevat worden, dat zij in hunne «samenvatting als eene nieuwe, van de enkele samengevatte personen «verschillende en tegenover hen zelfstandig bestaande, als een per-«sonen-geheel (personen-totaliteit) optreden».

Dit is de *universitas*, wier kenmerk is, dat hare identiteit onafhankelijk is van de wisseling harer deelen. Men zie l. 7, § 2, D. Quod cujusque univ nom (III. 4). In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint.

De romeinsch-rechtelijke benaming geeft WINDSCHEID weer door corporatie.

Over de verschillende nuanceeringen, waartoe de romeinsch-rechtelijke *societas* zich leent zie men WINDSCHEID, Pandecten II, § 405, 1. Steeds echter blijft het weerzijdsch karakter behouden, n. 2.

Aan hen, die, gelijk MOLENGRAAFF, de rechtspersoonlijkheid ontkennen van de N. V. ontvalt derhalve zoowel de steun van het romeinsche, als van het germaansche recht, *ook al wordt het fictiebegrip daargelaten.*

„maar een levend organisme te zoeken, ook daar onontbeerlijk, „wanneer voor alle N. V. of voor enkele harer onderdeelen, „algemeene wetten zijn uitgevaardigd."

Deze wetten hebben overigens slechts betrekking tot het *uiterlijk* recht der N. V., terwijl haar innerlijk recht slechts onvolledig en subsidiair geregeld wordt. Anders dan eene gemeente, kan eene N. V. niets doen, buiten statuten niet bestaan, waaromtrent trouwens, door de wet, vorm en zeker minimum van inhoud bepaald wordt. Zoo min mogelijk wordt, door de wet, het individu, bestanddeel van het genootschap, belemmerd en gehinderd, terwijl aan de statuten groote ruimte van bewegingsvrijheid gelaten wordt (1011). Daaruit volgt, dat men van de N. V. een valsch beeld verkrijgen zou, indien men haar wezen enkel uit het geschreven recht, zonder te letten op de statutaire inkleeding, afleiden wilde.

De N. V. herhaalt GIERKE, heeft zich gevormd tot een klaarblijkelijk *vermogensgenootschap*. Daarbij valt echter in het oog te houden, dat het moderne recht, gelijk het eene onuitputtelijke menigvuldigheid van overgangen en gemengde vormen toont, geenszins alleen de zuivere N. V., geenszins alleen het volgehouden vermogensgenootschap kent, maar dit, op de meest verschillende wijze, met andere rechtsfiguren samenvoegt.

Als zoodanig echter is de N. V. een vermogensgenootschap. Zij kan zonder kapitaal niet bestaan (1014). Niet alleen kan de N. V. zonder kapitaal niet bestaan. Zij bestaat alleen om den wille van het fonds, dat zij onophoudelijk dient. Geheel haar leven en hare werkzaamheid strekt tot beheer en tot vruchtbaar maken daarvan.

„Terwijl het individueele vermogen middel is voor het doel „der persoonlijkheid, evenzoo echter een gemeentevermogen „middel is voor het doel der gemeente-persoonlijkheid, doet „hier, omgekeerd, de vereenigings-persoonlijkheid zich voor „als middel voor het doel der vereenigings-vermogens en „reikt slechts juist zoover als dit laatste.

„Naardien echter een vermogen nooit, gelijk de persoonlijk-„heid, zich zelf doel zijn kan, moet, opdat het organisme der „vereeniging zich voleinde, daarbij komen eene doelbepaling „van het vermogen.

„Mitsdien behoort het voorwerp der onderneming op aan-„deelen tot het wezen der vereeniging, geeft haar zijn naam, „maakt mogelijk hare oprichting voor bepaalden tijd of „voorbijgaande doeleinden (b.v. eene tentoonstelling, de „vorming van een parkaanleg enz.), kan niet veranderd worden, „zonder dat de vereeniging zelve zich verandert, en leidt, „is het doel bereikt of onmogelijk geworden, tot beëindiging „der vereeniging" (1015).

De N. V. is niet enkel als geheel, maar ook in hare samenstelling en geleding eene, van haar vermogen afhankelijke en daardoor bepaalde corporatie.

„Terwijl zij optreedt als eene associatie van kapitaal, binnen „welke, geen der deelnemers, met zijne persoonlijkheid als „zoodanig, maar ieder hunner slechts met één bepaald af„gebakend stuk van zijne vermogenssfeer staat, stelt zij eeniger„mate zich samen uit vermogensrechtelijke deelpersoonlijk„heden. Mitsdien wordt het lidmaatschap in haar afhankelijk „gesteld van en bepaald door een zeker aandeel in het „vereenigingskapitaal" (1016).

Uitsluitend door het verkrijgen van zoodanig aandeel in het vereenigingskapitaal, wordt het lidmaatschap der vereeniging verkregen en, met het verlies van dit aandeel, verloren. Naardien het grondkapitaal een bepaald bedrag aanwijst, worden ook de rechten der leden, door geldbedragen, aangeduid. In werkelijkheid, vertegenwoordigen zij niet een bedrag, maar een deel en vermeerderen of verminderen zich dienvolgens met het maatschappelijk vermogen.

Het lidmaatschap neemt vermogensrechtelijke natuur aan, zoodat lidmaatschap en vermogensdeel niet onderscheiden, maar een onsplitsbaar, qualitatief ondeelbaar recht zijn, dat, in deze zijne eenheid, wordt aangeduid met den naam: aandeel. „De actie is het recht der genooten, dat zaak ge„worden is. Deswege is het aantal aandeelen vastgesteld, is „het aandeel, in beginsel, vatbaar voor overdracht door „erfenis of vervreemding", en worden verschillende aandeelen in ééne hand vereenigd, dan worden even zoovele genootenrechten bij één lid gegrondvest.

„Uit de vermogensrechtelijke natuur van het genooten„recht volgt, dat ook de inhoud daarvan allereerst en „hoofdzakelijk enkel van vermogensrechtelijken aard is. „Essentieel bestanddeel van een aandeel zijn mitsdien enkel „economische bevoegdheden en plichten" (1017).

„Dienvolgens zijn de aandeelen, hoewel vermogensrechten, „tevens dragers en wel uitsluitende dragers der vereenigings„persoonlijkheid.

„Wat aan de werkzaamheid der vereeniging en aan het „geheele vereenigingsleven, in het algemeen, stuwkracht en „richting geeft, is niet eene meerderheid van bepaalde indi„viduen, maar eene meerderheid van aandeelhouders. Zeer „zeker zijn de aandeelhouders tegelijkertijd individuen, doch „niet hunne individualiteit, maar hunne eigenschap als subject „van een bepaald vermogensrecht verleent hun hunne stelling. „Zij zijn dienvolgens onder elkander niet persoonlijk, maar „enkel als dragers der met elkander verbonden aandeelen „verbonden" (1018).

„En gelijk, met betrekking tot de vereeniging, zoo wordt

„ook, tegenover derden, hunne persoonlijkheid, als zoodanig, „noch gerechtigd, noch verplicht: rechten en plichten hebben „zij slechts zoover hun aandeel reikt; in het algemeen, wordt „geheel alleen het daardoor uitgedrukte stuk van hunne „vermogenssfeer, door de associatie, aangegrepen.

„Juist hierin ligt het eigenlijk kenmerk van den vereeni-„gingsvorm; hij is een kapitaalgenootschap, omdat zoowel „voor zijn innerlijk leven, als voor zijne uiterlijke belichaming, „uitsluitend een organisch verbonden som van kapitaal-„gedeelten als draagster verschijnt" (1019).

„Wel is waar is de N. V. een vermogensgenootschap, maar „toch altoos blijft zij *genootschap*. Een afgezonderd, door zijn „doel bepaald, uit geledingen bestaand kapitaal is voor zich „alleen dood, roerloos. Leven en bewegen daaraan te ver-„leenen, daartoe is enkel en alleen eene persoonlijkheid in „staat. Eene zoodanige persoonlijkheid kan een individu, of „een contractueel verbonden veelheid van individuen, het „kan de Staat, eene gemeente, of een of ander willekeurig „saamgesteld organisme, het kan eindelijk eene stichtings-„persoonlijkheid zijn, vertakking van eene andere persoonlijk-„heid: hier is zij niets van dit alles, maar bestaat zij in een bij-„zonder genootschapsorganisme, dat in de meest innige aansluі-„ting aan het kapitaal, uit de bezitters kapitaal van zich opbouwt.

„Wel is waar staan de leden der vereeniging slechts met „een stuk van hunne *vermogenspersoonlijkheid* in de vereeni-„ging, maar dan toch, wèl bemerkt, met een stuk van hunne „*persoonlijkheid*.

„Zijn echter de elementen, waaruit het geheel is samen-„gesteld, deelpersoonlijkheden, en is het geheel, naardien het „georganiseerd is, naar binnen en naar buiten, eene van de „som zijner deelen onderscheiden, zelfstandige eenheid, „dan is ook deze eenheid eene persoonlijkheid. En wanneer „deze totaal-persoonlijkheid haar leven enkel uit hare lede-„maten schept en omgekeerd, zoo weinig vreemd optreedt, „tegenover hare ledematen, dat zij, veeleer enkel om den „wille van deze bestaat, en heeft zij opgehouden te bestaan, „in haar terugvalt, dan is hier niet eene romeinsch-rechtelijke „maar eene germaansch-rechtelijke, niet eene naar het beginsel „der universitas geconstrueerde, maar eene genootschappelijke „corporatie" (1019).

De N. V. bestaat geenszins alleen door haar grondkapitaal, maar bovendien door de uiting van een persoonlijken, gezamenlijken wil. Deze laatste mag niet opgevat worden, gelijk het duitsche Wetb. v. Kooph. [en ook het onze, in art. 36] doet, als „vennootschappelijke overeenkomst". De oprichting der N. V., in hare statuten uitgewerkt, „is de schepping van „een gezamenlijken *veelheidswil*, en vertegenwoordigt de burger-„lijke autonomie; de gezamenlijke wil daarentegen werkzaam

„overeenkomstig de statuten, is een gezamenlijke *eenheidswil* „en bewerkstelligt de corporatieve autonomie" (1020).

Door de van staatswege geëischte goedkeuring, wordt het autonome beginsel gewijzigd, niet opgeheven.

„In het algemeen, zijn de elementen van het genootschaps-„organisme niet de kapitaaldeelen, maar de door die deel-„neming in een kapitaal en zoover deze deelneming reikt, „derhalve kapitaalgenootschappelijk, doch altoos genootschap-„pelijk, verbonden personen.

„Het is bovenal de organisatie der N. V., welke haar tot „genootschap maakt. Dat de aangeduide elementen verbonden „zijn, schept op zich zelf slechts een som; deze som echter „zou, als zoodanig, niet evenals eene vennootschap onder „eene firma of en commandite, bij machte zijn voor zich te „leven, omdat in haar slechts deelpersoonlijkheden zijn vervat, „terwijl, om te leven eene volledige persoonlijkheid wordt ver-„eischt. Het zou veeleer blijven bij eene toevallige rechtsgemeen-„schap van onderscheiden personen in een kapitaal, indien niet „de vorming van bedoelde elementen voltrokken ware in de „gedaante eener *organisatie*, waardoor uit de totaliteit der „deelpersoonlijkheden, een levend geheel, eene door hare „organen werkzame, geheele persoonlijkheid ontstaat" (1023).

Wet en statuten beslissen over deze organen.

„Ook de juridische beteekenis der N. V. is mitsdien, in „ieder opzicht, die van een genootschapspersoonlijkheid, „welke binnen de levenssfeer, haar door hare statuten aan-„gewezen en door die wet begrensd, zelfstandige rechts-„bekwaamheid om te willen en te handelen bezit" (1026).

Ten slotte geeft GIERKE de navolgende, welsprekende schilde-ring van het terrein, dat de moderne N. V. betreedt en be-strijkt (1028).

„Vragen wij eindelijk naar de *feitelijke* beteekenis, welke „aan het zoo voleindigde moderne vermogensgenootschap in „het totale volksleven toekomt, zij ligt in eene verhoogde „bevruchting van het kapitaal.

„Op tweeledige wijze, heeft zij plaats. Vooreerst hierdoor, „dat, voor kleine kapitalen, de gelegenheid geopend wordt „tot gelijke deelneming in groote ondernemingen. Ten tweede, „inzooverre als, enkel door de N. V., zoodanige moderne „ondernemingen mogelijk worden, als den gemeenschappelijken „arbeid van een massaal kapitaal eischen.

„De wonderen, welke de associatie van kapitaal, op het „gebied van groote, de machtsfeer van een individu over-„schrijdende, bedrijfsondernemingen van onzen tijd gewrocht „heeft, treden openlijk in het daglicht.

„Bovenal, voor vervaardiging en gebruik van verkeerswegen „en verkeersmiddelen (spoorwegen, telegrafen, kanalen, scheep-„vaart), voor den krediethandel en voor alle vertakkingen

„van het verzekeringwezen, zijn de N. V. een onontbeerlijke „hefboom geworden.

„Daarnaast, hebben zij zich gevormd en verbreid voor vele „takken van groothandel en grootindustrie; zij beginnen in „het mijn- en hoogovenwezen de oudere bedrijfsvormen „schier te verdringen; zij bestaan talrijk voor spinnerijen en „weverijen; zij drijven den handel in grond en bodem; zij „voorzien de steden van verlichtings-, waterleidings- en af„voerwerken; zij wijden zich aan gemeenschappelijke bouw„ondernemingen; zij drijven zee- en riviervisscherij; zij stichten „stoommolens, machines-werkplaatsen, chemische fabrieken „en groote bedrijfsinrichtingen van allerlei soort.

„Wanneer hier overal het oogmerk om winst te maken „de associatie in het leven geroepen heeft, terwijl zij eerst „middellijk het gemeene belang bevorderde, de mogelijkheid „van een kapitaalgenootschap, dat het gemeene belang om zijner „zelfs wil, op onbaatzuchtige wijze dient, wordt bewezen door „talrijke N. V. van openbaar nut voor musea, schouwburgen, „tentoonstellingen, openbare badinrichtingen, weldadigheids„instellingen enz.; en wanneer de meeste N. V. voor hare „leden slechts eene geldelijke beteekenis hebben, toonen clubs „op aandeelen, leeszalen op aandeelen, enz. de mogelijkheid, „dezen vereenigingsvorm ook onmiddellijk dienstbaar te „maken aan de persoonlijke behoeften der genooten.

„Edoch, bij de beschouwing van het instituut, als geheel „genomen, treden deze wijzen van toepassing, zoo beslist „mogelijk op den achtergrond, bij de kapitalistische ver„eeniging om den wille van winst.

„Indien de N. V. naar zijn economisch wezen: „een zelfstandig „„onpersoonlijk economisch lichaam is, dat door de vereeniging „„van kapitalisten ontstaat, terwijl te niet gedaan wordt de „„individueele werkzaamheid van den vennootschappelijken „„wil" (Schäffle), — wanneer in geheel haren bouw het „personengenootschap enkel als uitvloeisel en aanhangsel van „het kapitaalorganisme verschijnt, — wanneer, zoowel het „leidende verstand als de scheppende arbeid bezoldigde „dienaren zijn en alleen het kapitaal heer der vereeniging „is: dan moet de totaal-richting van dit instituut noodwendig „eene speculatief-kapitalistische zijn.

„Zoo nuttig en weldadig mitsdien de N. V.-vorm als een „lid in de keten der economische organismen is, zijne alleen„heerschappij zou tot kapitaal-despotisme voeren. Het is der„halve eene weldadige omstandigheid, dat dit gevaar onder„vangen wordt, door de oneindig rijke geleding van het moderne „economische leven.

„Inderdaad, wordt allereerst de beteekenis des persoonlijken „ondernemers tegenover het massale kapitaal, daardoor ver„aanschouwelijkt, dat, voor een groot getal nijverheids- en

„handelsondernemingen, uitsluitend de enkelvoudige onder-
„neming of de persoonlijke vennootschappelijke onderneming
„in toepassing komen, en dat zij, bij gelijke kapitaalmiddelen,
„overal de onderneming op aandeelen, door de eenheid, het
„beleid en het persoonlijk belang der leiding overtreffen.

„Meer nog dan door het onmiddellijk toezicht, streeft de
„Staat er verder naar, het openbaar belang te beschermen, tegen
„de winzucht van overmachtige en feitelijk monopolistische
„kapitaallichamen, door het oprichten van mededingende
„onbaatzuchtige staats- of gemeente-inrichtingen, voor dezelfde
„doeleinden (Staatsspoorwegen, openbare bank- en krediet-
„instellingen, openbare verzekerings- en ondersteunings-
„inrichtingen).

„Dat eindelijk, ook op economisch gebied, het moment der
„eigenbaat niet de zege wegdrage over het zedelijke moment,
„dat ook hier het verkregen denkbeeld der associatie niet
„onderga in het gemeenschappelijk winstbejag, dat bovenal
„het, door de N. V. slechts versterkte gevaar van verlaging
„der vrije menschelijke persoonlijkheid, in de bezitlooze klassen
„geringer worde, daarvoor arbeidt als machtigste hefboom
„het *persoonlijke* genootschap voor economische doeleinden, dat
„ten deele reeds geruimen tijd, naast de vermogens-associatie,
„op krachtige wijze werkt, ten deele in het jongste verleden,
„door de ontwikkeling van bijzondere genootschapsvormen,
„voor de arbeidende klassen nieuwe gedaantevormen, rijk aan
„toekomst, geschapen heeft. Deze moeten nog ter sprake komen".

Ik vestig op deze laatste zinsnede de aandacht, al valt zij buiten mijn thema. Haar zin gaat verloren voor hen, die de kapitaal-associatie, door loochening harer rechtspersoonlijkheid, amalgameeren met de *persoonlijke* genootschapsvormen.

III.

Hare bestrijding.

Naar het gevoelen van MOLENGRAAFF, is het „een goede zijde
„van de oorlogswetgeving dat zij voor de eenvoudige waarheid"
[te weten: de aandeelhouders maken de vennootschap uit en
bepalen daarom ook haar karakter] „de oogen heeft geopend.
„Zij zal daardoor kunnen bijdragen tot de dringend noodige
„herziening van het hoofdstuk van het internationaal privaat-
„recht betreffende de zgn. rechtspersonen, dat thans, onder
„den invloed van een averechtsche leer in een hoogst onbe-
„vredigenden toestand verkeert" (317).

Even vóór dit oordeel, kan men, bij MOLENGRAAFF, de navolgende clausula salvatoria lezen: „Ter voorkoming van
„misverstand meen ik er uitdrukkelijk op te moeten wijzen,
„dat het geenszins mijne bedoeling is een differentieele be-
„handeling te bepleiten van vennootschappen die uit vreemde

„aandeelhouders bestaan. Ik heb gemeend het vraagstuk van „de zoogenaamde nationaliteit der N. V. aan een nader „onderzoek te moeten onderwerpen, omdat de heerschende „leer, naar mij voorkomt, zich op een dwaalspoor bevindt „en dit vraagstuk in de laatste jaren door den oorlogstoestand „en de oorlogswetten een zoo groote actualiteit heeft verkregen. „De fictie van den van de leden onafhankelijken rechtspersoon, „die reeds zooveel kwaad heeft gesticht, heeft ook ten aanzien „van de vraag, die ons bezighoudt, de werkelijkheid geheel „uit het oog doen verliezen. Daarop heb ik willen wijzen" (315).

Het is waarlijk moeilijk deze beide plaatsen met elkander in overeenstemming te brengen.

Indien de meest plompe wijze eener *veraanschouwelijking* der differentieele behandeling van vreemdelingen „eene goede zijde van de oorlogswetgeving" is, hoe kan, nopens die differentieele *behandeling* zelve, een voorbehoud worden gemaakt? Ligt het niet vlak voor de hand, dat, wie tegen deze behandeling zelve bezwaren heeft, haar verschijningsvorm niet goedkeuren kan? Beloopt MOLENGRAAFF daardoor niet het verwijt, dat hij het Ovidiaansche: video meliora proboque, deteriora sequor, niet kan ontgaan? Moet niet ieder toegeven, dat de, volgens den schrijver, noodige herziening van het leerstuk der rechtspersoonlijkheid, heel wat te duur is gekocht, tot den prijs van eene gewelddadige verbeurdverklaring van eigendom, waarop niemand verdacht zijn kon en buiten iemands schuld?

Naar uit de zooeven afgeschreven plaats blijkt, legt MOLENGRAAFF aan de rechtspersoonlijkheid der N. V. ten laste „dat zij reeds zooveel kwaad heeft gesticht".

Mag men vragen vooreerst: welk kwaad? Het ware niet overbodig geweest, dezen in het voorbijgaan gestelden tusschenzin door eenig bewijs te staven. Mij althans is, behalve het kwaad, dat de rechtspersoonlijkheid eene fictie geheeten wordt — waaromtrent echter: medice, cura te ipsum — van eenig ander kwaad, dat op hare rekening gesteld worden kan, niets bekend.

Ten andere echter, indien de rechtspersoonlijkheid werkelijk zooveel kwaad op haar kerfstok hebben mocht, moet het feit, dat de oorlogswetgeving daaraan, hoe hardhandig ook, een einde heeft gemaakt, niet onder voorbehoud aanvaard, maar zonder voorbehoud toegejuicht werden. De opruiming der rechtspersoonlijkheid is alsdan het verdiende loon voor hare snoodheid. Qui veut la fin, doit vouloir les moyens.

Komen wij echter ter zake. Dat het der oorlogswetgeving te doen is geweest om voor eene waarheid de oogen te openen, is eene uitspraak, die voor MOLENGRAAFF's onbevangenheid, maar dan ook uitsluitend voor *de zijne* pleit. Wat aan die wetgeving ten grondslag ligt, is *niet* objectieve

rechtsbeschouwing, *niet* hernieuwde hanteering van een handelsrechtelijk instituut, *allerminst* gewijzigd theoretisch inzicht, maar eene verfoeilijke uiting van *volkshaat*, die kwalijk bedwongen, het reine rechtsgebied, dat voor hartstocht ontoegankelijk zijn moest, ontluistert. De mom aan den rechtsgrond ontleend, verhoogt den smaad aan het Recht aangedaan. Niet eene „waarheid" zocht men, maar een middel om den vijand te treffen, al kon dit niet geschieden gewapenderhand. Men ging niet onbevooroordeeld zoeken, maar had zijn slotsom gereed en adapteerde daaraan eene vooze redeneering, die van bewijsvoering slechts den uiterlijken schijn heeft: wij hebben hier, voor ons, de meest onbeschaamde toepassing van het: inter arma, silent leges.

Wij kennen, uit lang vervlogen dagen den regel: adversus hostem aeterna auctoritas esto, maar weten tevens, dat hij past in de lijst van een tijd, toen aan des vreemdelings rechteloosheid, door een jus gentium nog niet een einde was gemaakt. Wij weten tevens, hoe dit laatste, hoe langer zoo meer, èn tot rechtsgelijkheid èn tot volkerenverbroedering voerde, aan het stellige recht zelfs zijn onmiskenbaren stempel opdrukte.

Van dien oorsprong, getuigt, CELSUS in de l. 18 D. de legib. (I, 3) Benignius leges interpretandae sumt, quo voluntas earum conservetur.

Niet enkel, in den bloeitijd der republiek, oordeelde men aldus. Ook het keizerlijk rescript van JUSTINIANUS, in C. 14 Cod. de fideicomm. libert. (VII, 4) luidt: In ambiguis sensibus melius est (et maxime in libertate, favore ejus) humaniorem amplecti sententiam, huldigt de benignitas, terwijl hij elders in de C. 2 (Cod. de comm. servo manum. (VII, 7) in fine, haar werkelijk indrukwekkend, met de keizerlijke waardigheid strookend acht, door de woorden: satis abundeque imperiale est, humaniorem sententiam pro durioribus sequi.

Den geest der bronnen, geeft dan ook, naar waarheid weer de regel: Odia restringenda, favores ampliandi, en vooral de glossator: quod odio fit, fraude carere nequit.

Het is *deze* uitspraak, welke de oorlogswetgeving in het geheugen roept, geenszins de vergoelijking, welke MOLENGRAAFF daarvoor, *de suo*, heeft gemeend te moeten aanvoeren.

Dat de oorlogswetgeving van Frankrijk naar Engeland oversloeg en daarna, als retorsie-maatregel in Duitschland werd toegepast, behoeft verwondering niet te wekken, als men denkt aan SCHILLER's:

Das eben ist der Fluch der bösen That,
Dass sie fortzeugend immer Böses muss gebören.

Veeleer verdient vermelding de „scherpe bestrijding" van den hatelijken maatregel, in Engeland, die MOLENGRAAFF, met loffelijke onpartijdigheid vermeldt (307).

Ik voeg daarbij eene meer algemeene censuur van geheel de gewraakte geestesrichting, in het bijzonder gericht tegen fransche benepenheid, eveneens rakende de nationaliteit der N. V.

Het citaat is ontleend aan het, bij uitstek actueel en van practischen geest doortrokken proefschrift van Mr. R. POLAK, getiteld Wering van vreemden invloed uit nationale ondernemingen (Amsterdam 1918).

De schrijver vermeldt namelijk eene fransche wet op de vennootschappen van 1867, waarvan art. 31 is gewijzigd, in dier voege dat verandering van de nationaliteit der N. V. in de alleruiterste mate bezwaarlijk werd gemaakt (86).

Daartegen verzet zich BOURCART als volgt: „D'où vient ce „contraste d'autant plus singulier que la tendance moderne „vers l'unification des lois commerciales devrait, semble-t-il, „faire de moins en moins redouter de passer sous l'empire „d'une loi étrangère? Doit-on l'expliquer par des motifs „purement théoriques, dire que le changement de nationalité „fait subir à la société une sorte de capitis deminutio qui „atteint l'être juridique lui-même? Non, je pense, que ce „sont des raisons d'ordre plus positif et moins juridique qui „ont agi. On a subi l'influence inconsciente peut-être, mais „indéniable, des évènements politiques généraux. Tandis que „des intérêts multipliés nouaient des liens entre les peuples, „que les efforts des jurisconsultes s'efforcaient d'accroître le „trésor juridique commun..... d'autres forces plus brutales „et plus ambitieuses luttaient en sens contraire; si bien que „l'on peut à peine s'étonner de voir que le changement de „nationalité a pris une gravité qu'il n'a pas toujours eu, et „que, vraisemblablement, il n'est pas destiné à avoir toujours. „On peut s'affliger de cette constatation de l'état actuel: on ne „peut guère la nier".

De stuwkracht der oorlogswetgeving, aangeduid als force brutale schijnt mij beter te passen bij hare strekking, dan de onderstelling van een keerpunt in juridische opvatting, dat de N. V. ontzielt.

IV.

Het wegvagen der N. V.

Is het toe te schrijven aan het feit, dat MOLENGRAAFF zijne theorie, wier kern vervat is, in de navolgende woorden: „De „vennootschappen zijn, zooals alle vereenigingen, overeen- „komsten, waaruit betrekkingen voortvloeien, welke bestemd „zijn gedurende een korter of langer tijdsverloop te werken, „evenals bijv. huur, dienstbetrekking en verzekering" slechts globaal, immers niet in een juridisch tijdschrift, ontvouwde, zonder bij hare juridische gevolgen stil te staan? Het moge,

bij een jurist van zijn gehalte, aannemelijk zijn. Verdedigd is echter daarmede die methode niet.

Gelijk aan ieder ander, moet hem de vraag zich opgedrongen hebben naar de ganschelijk verouderde stelling, welke door zijn uitgangspunt het instituut der N. V., in het rechtsstelsel, privaatrechtelijk of internationaal om het even, verkrijgt. Daaruit volgt onmiddellijk, dat hij, tot zijn uitgangspunt zich bepalend, een onafgewerkt fragment, ja, niet meer dan de romp ontwierp van een leer, die toch waarlijk om haar zoowel theoretisch als practisch gewicht op volledigheid aanspraak heeft.

Deze leemte is des te meer bevreemdend, nu toch, bij leeken zoowel als juristen, vragen rijzen, die niet ter zijde geschoven kunnen worden. Of meende de schrijver, herhaaldelijk van internationaal recht gewagend, ook daartoe te kunnen zich bepalen, derhalve buiten beschouwing te mogen laten de *interne* natuur der N. V., gelijk deze te voorschijn komt, na zijne onthoofding te hebben ontgaan? Mocht dit het geval zijn, dan is niet de leemte, maar de mogelijkheid van zoodanige illusie bevreemdend.

Mist de N. V. internationaal-privaatrechtelijk, het karakter van rechtspersoonlijkheid, dan mist zij het evenzeer zuiver privaatrechtelijk. Hoe zou haar, hier, kunnen aanwaaien, wat ginds, haar ontbreekt? Voor de vlijmende satire van Blaise Pascal: vérité en deça, erreur au delà des Pyreneés, zullen wij toch niet een nieuw object gaan maken en afbreuk doen aan den regel van Seneca: Veritas in omnem sui partem semper eadem est (Epist. 79, 16).

Derhalve aan het slot van Molengraaff's betoog staat een vraagteeken, dat niet zich uitwisschen laat. Aandeelhouders zijn vennooten, zegt gij. Uitnemend. Ons stellig recht echter zwijgt niet over vennootschap, doch behandelt haar uitvoerig en kent, al naar gelang der categorie, waartoe zij behoort, haar den modus quo harer gehoudendheid toe. Zóó voor maatschap, in art. 1679 B. W., voor de firma, in art. 18 W.v.K., voor de commandite, in art. 20 W. v. K., voor de handeling voor gemeene rekening, in art. 58 W. v. K.

Bij welke dezer bepalingen moet de N. V. onder dak worden gebracht? Is met het woord: vennootschap alles gezegd en moeten de vennooten (vulgo: aandeelhouders) de rest nu maar zelf weten? Hebben zij de bevoegdheid hunne rechtsstelling, met name hunne gehoudenheid tegenover derden statutair af te bakenen? Spreekt dit alles van zelf en heeft de wet, voor de nieuwe rubriek van vennootschap, niet een woord van medezeggenschap? Verwacht de schrijver, die zoo boud de heerschende leer te lijf gaat, eene nadere wettelijke regeling in zijn geest? Zoo ja, hoe moet die er uitzien? Of mag men aannemen, dat, hetgeen thans onder het hoofd N.V.

in ons W. v. K. te lezen staat, onveranderd blijven kan en moet, ook al vernietigt men daarvan den ondergrond, die, omnium consensu, in de rechtspersoonlijkheid der N. V. gelegen is? Kortom, kan men zeggen: wat een N. V. is, weet ieder, dit blijft zij; of men hare deelhebbers aandeelhouders dan wel vennooten heet, moge voor een debat-club een aardig thema zijn, de rechtsleer heeft daarbij niet belang?

Ik betwijfel ten zeerste, dat eene aangelegenheid als deze, in dier voege, door den schrijver zou zijn opgevat. Des te minder kan, ik voor zijn zwijgen, op dit punt, eene bevredigende verklaring vinden. En des te grooter wordt de plicht om het vennootschapsdenkbeeld op den voorgrond stellend, daarvan de gevolgen aan te wijzen.

Deze nu zijn, om kort te gaan, geene andere, dan dat de N. V. gelijk wij haar kennen, verdwijnt

Eene fundamenteele bepaling namelijk omtrent het persoonlijk obligo behelzen de artt. 1177 en 1178 B. W. Door de metamorphose van de aandeelhouders der N. V. in vennooten, worden met één pennestreek deze bepalingen toepasselijk.

Met welken zweem van recht zou men zoodanigen vennooten de bevoegdheid kunnen toekennen, te verklaren: wij willen wèl met derden handelen, wèl die derden mogelijkerwijs aan verlies blootstellen, wèl die derden met *geheel hun vermogen* jegens ons in obligo houden, maar wij verkiezen nu eenmaal, tegenover die derden, met hooger bedrag dan ons aandeel niet verbonden te zijn?

Wellicht beantwoordt MOLENGRAAFF deze vraag, met eene verwijzing naar BATY, met wien hij zich homogeen verklaarde, alzoo met de opmerking, „dat buitengewone bevoegdheden „en rechten door de wet aan bijzondere personen zijn verleend" (309). Ik heb het wel verstaan. Niet onbekend is mij tevens dat de wetgever alles kan, behalve van een man een vrouw maken.

Edoch, er bestaat toch ook nog zoo iets als het Recht, waarmede de wet te rade heeft te gaan en waaraan zij, op straffe van willekeur of tyrannie, ondergeschikt zich achten moet.

Ik herhaal dus, met eenigen nadruk de vraag: met welken zweem van *recht*, maken de „vennooten" aanspraak op het zooeven gemelde singulier obligo? Wanneer de wet een bijzonder, buitengewoon recht verleent, moet daarvoor toch een reden zijn, welke is die reden? De noodzakelijkheid om te bevorderen de associatie van kapitaal, die onmisbaar is en die wonderen wrocht?

Ik vat — alle juridische techniek nu daargelaten — dat de N. V., wèl te verstaan, de van hare deelhebbers afgescheiden rechtspersoon, zich wendend tot het Recht zeggen kan: Tot welke groote krachtsinspanning ik, N. V., dagelijks in staat stel, ontkent niemand en leert gestadig de ervaring. Verleen gij, Recht, nu ook aan mij, de rechtspersoon, de

tegenpraestatie, dat mijne deelhebbers, die niet met mij te vereenzelvigen zijn, maar van mij afgescheiden blijven — immers zij wisselen voortdurend — voorzoover zij mij in het leven riepen, d. w. z. voor het bedrag hunner aandeelen slechts, en niet verder dan dit bedrag verbonden zijn.

De inwilliging van dergelijk verlangen is niet slechts mogelijk, maar verklaarbaar, doelmatig, logisch en volkomen in overeenstemming met de justitia distributiva.

Laat nu echter dergelijke toespraak tot het Recht gehouden worden door personen, die, ex hypothesi, vennooten zijn en vennooten blijven, dan is het eenig daarop passend antwoord: Hoe komt gij tot het stellen van dien rechtseisch of het maken van zoodanige aanspraak? Inderdaad ontkent niemand, wat de N. V. vermag, maar dat doen juist *niet* de persoonlijke vennooten, dat doet juist *alleen* de als fictief geschoolden rechtspersoon. Natuurlijk stellen de *enkele* bedragen der aandeelhouders samen *het* kapitaal der N. V. Maar die enkele bedragen worden gegeven op hoop van dividend, dus van winst en niet daardoor, niet door de integreerende deelen, maar door de *totaliteit* van alle aandeelbedragen gezamenlijk, worden bevorderd de doeleinden, zoo menigvuldig geschakeerd, waarvoor de N. V. wordt gebezigd.

Ja zelfs, ware het do ut des, dat gij, vennooten, bepleit en waarvoor gij een schijnmotief aan te voeren tracht, pessimi exempli.

Heden, doet iemand een huis bouwen, daardoor in woningnood voorziende. Morgen, brengt iemand een kapitaal in omloop, dat, als zoodanig, der gemeenschap van dienst kan zijn. Straks, verleent iemand bedrijfsfonds aan een firma, waardoor, zeg, een onverzorgd achtergebleven weduwe met gezin aan bestaan geholpen wordt. Dit alles doen zij volkomen rechtmatig, ten einde op eerlijke wijze, hetgeen niemand betwist, naast goede bedoelingen, profijt te behalen.

Denk zelfs, zonder dit laatste, aan weldadigheids-, voorzorgs-, verzekeringsinrichtingen, beantwoordend hetzij aan een zuiver philantropisch, hetzij aan een economisch, hetzij aan een sociaal begeerlijk doel. Neem vakvereenigingen, productieve of consumtieve coöperatie, in eenen of anderen, steeds heilzamen vorm.

Deze allen doen rechtshandelingen en denken er niet aan, zich ontheven te achten van den algemeenen regel, dat ieder ten volle opkomen moet voor zijn obligo. Wat buitensporig verdienstelijks ligt er dan in uwe handeling, dat gij daarvoor beloond worden moet met speciale bevoorrechting?

Vraagt de N. V. vruchteloos eene speciale gehoudenheid, zij is zelfs van haar leven niet zeker.

Is de N. V. rechtspersoon, dan is zij eigenares van het vennootschappelijk vermogen, dat, als zoodanig, even vreemd

is aan den persoonlijken aandeelhouder, als zijns buurmans huis, land of geld.

Elimineert men echter de rechtspersoon en vervangt men deze, door vennooten, dan verandert de zaak als door een tooverslag, dan worden de vennooten gezamenlijk, pro indiviso, eigenaars van bedoeld vermogen.

Wat alsdan rechtens is. leeren ons de artt. 1689 j°. 1112 vlg. B. W. De „vennooten" kunnen alsdan, ook al is statutair samenblijven bepaald, na vijf jaren, verdeeling vragen en het bestuur, dat van den Prins niet kwaad wist, naar huis zenden. Tableau!

MOLENGRAAFF's theorie is alzoo heel wat minder onschuldig dan zij er uitziet. Trouwens, voor de rol, die de rechtspersoonlijkheid speelt, bij de bepaling van het obligo der N. V. kan nog op twee getuigenissen gewezen worden.

Het eerste is dat van onze regeering.

Art. 3 (ook van het gewijzigd) ontwerp-Handelsregister schrijft voor: Behoort de zaak aan eene N. V. — dan zijn alle bestuurders tot het doen van de opgaven gehouden.

Daaromtrent zegt het Voorloopig Verslag: „Verscheidene „leden meenden te moeten opkomen tegen de in de toe„lichting voorkomende bewering, dat bij een vennootschap „onder firma de zaak in eigendom toebehoort aan alle „firmanten. Zij oordeelden deze opvatting in strijd met de „jurisprudentie, welke deze is, dat de handelsvennootschap „onder een firma een van dat der vennooten afgescheiden „vermogen heeft. Zie arrest Hoogen Raad 28 Juni 1889 „(W. 5735) en arrest gerechtshof Arnhem 6 November 1889 „(W. 5828); het afgezonderd vennootschappelijk vermogen „met zijne baten en lasten is wel het eigendom van de „vennooten, doch de schuldeischers der vennootschap hebben „in dat vermogen een zelfstandigen en afgezonderden waar„borg voor de voldoening hunner vorderingen".

De regeering antwoordde: „Vermits de gewraakte uit„drukking niet in het wetsontwerp zelf, doch slechts in de „toelichting voorkomt, en mitsdien de vraag of zij juist is „of niet, hier niet van practische waarde kan worden geacht, „meenen de ondergeteekenden toch de aandacht erop te „moeten vestigen, dat die uitdrukking, dat bij eene vennoot„schap onder eene firma de zaak in eigendom toebehoort „aan de vennooten geenszins in strijd is met in het Voor„loopig Verslag aangehaalde arresten.

„Dit zou alleen dan het geval zijn, indien daarbij beslist „ware, dat de vennootschap onder eene firma is een rechts„persoon; deze zou dan de eigenaar zijn van het vennoot„schappelijk vermogen, en niet de vennooten, de leden, die „deel uitmaken van de rechtspersoon. En dit is bij die „arresten geenszins beslist, ja zelfs is het in de tweede plaats

„aangehaald arrest uitdrukkelijk overwogen, dat de vennoot-„schap onder eene firma „geen rechtspersoon" is. Dat er „geacht wordt een afzonderlijk vennootschappelijk vermogen „te bestaan, bewijst nog niets omtrent de vraag aan wie „dat vermogen toebehoort".

Het tweede getuigenis is van GIERKE en brengt ons wederom naar het speciale obligo der N. V., dat hare rechtspersoonlijkheid veraanschouwelijkt

Daaromtrent zegt hij: Voorzeker is naar ons bestaand „recht de omstandigheid beslissend, dat enkel het vereeni-„gingsvermogen aansprakelijk is voor de vereenigings-schuld-„eischers" (1).

Als motief dier omstandigheid, geeft hij: „Bij de N. V. is „het kapitaal noch zonder subject noch subject van zich „zelf, maar het subject is de levende, zij het ook enkel door „het kapitaal en om den wille van het kapitaal in het leven „geroepen persoonlijkheid der vereeniging" (2).

V.

De zakenwereld.

MOLENGRAAFF is van oordeel, dat de heerschende leer nopens de rechtspersoonlijkheid der N. V. in flagranten strijd is met „de werkelijkheid". Die werkelijkheid acht hij belichaamd in de oorlogswetgeving, waarvan „de meeste be-„palingen beoogen vreemde belangen in het grondbezit, in „den handel, in de nijverheid te weren althans onder toe-„zicht te stellen" (299), welk oogmerk, volgt men de heerschende leer, ten eenenmale verijdeld zou worden.

Overeenstemming met bedoelde werkelijkheid, alzoo tevens een argument voor zijn stelsel, vindt MOLENGRAAFF in het bewustzijn der zakenwereld. Daaromtrent vernemen wij: „Trouwens, buiten den kring der in hunne dogma's bevangen „juristen, in de praktijk is men zich zeer wel bewust van „de waarheid, dat qui est le maître des capitaux est le „maître de la société. Vandaar de maatregelen die meer en „meer bij de oprichting van N. V. werden genomen, en ook „in bestaande N. V. door wijziging der statuten zijn door-„gevoerd, om het nationale karakter der onderneming te „waarborgen" (316).

Reeds dadelijk, wensch ik tegen deze opvatting stelling te nemen.

Recht is een levensregel en het spreekt van zelf, dat de maatschappelijke verschijnselen daartoe de bouwstof leveren. Te wanen echter, dat die verschijnselen zelf reeds een rechts-

(1) Die Genossenschaftstheorie t. a. p. blz. 41, n. 2.
(2) Das deutsche Genossenschaftsrecht t. a. p. II, blz. 72.

stelsel weergeven, ware eene feitelijke illusie en een principieele misvatting: het eerste, omdat men kwalijk steenen en huis vereenzelvigen kan; het tweede, omdat een rechtsstelsel ordening van membra disjecta, van samenhangende deelen onderstelt. Dit nu is noch de taak, noch de roeping van hem, die louter met maatschappelijke verschijnselen omgaat, in dit geval van den koopman of industrieel. Het is de taak en de roeping van den jurist, wiens plicht is het geheel te overzien en daarin de noodzakelijke cohaesie te brengen.

Vandaar dan ook de aloude bepaling: jus est *ars* boni et aequi. Recht is niet de slippedrager, maar de voogd der maatschappelijke feiten. Recht registreert niet automatisch, wat aliunde voorgeschreven wordt, maar behoudt, als souvereine macht, zich voor, die feiten onder regels te brengen, waaraan zij te gehoorzamen hebben. In één woord, niet bij hetgeen geschiedt, gaan wij ter school om te beoordeelen, wat al dan niet *rechtmatig* is, maar omgekeerd, aan hetgeen wij, als zoodanig gevonden hebben, toetsen wij hetgeen geschiedt. Korter: Recht is niet *willen*, maar *mogen* willen.

Mijns bedunkens, is dan ook de zakenwereld, als zoodanig, ten eenenmale onbevoegd tot eene uitspraak, nopens de rechtspersoonlijkheid der N. V. en evenmin, bij hare handelingen, van de echt juridische onderscheiding zich bewust.

Molengraaff daarentegen beijvert zich drie middelen der zakenwereld te bespreken, welke hij ten gunste van zijne leer aanvoert en boekt als weergevend de werkelijkheid. Het is noodeloos deze middelen te bespreken en het valt buiten mijn bestek na te gaan in hoeverre zij juridisch verdedigbaar zijn. Genoeg zij, dat feitelijk deze middelen, met andere gelijksoortige, voorkomen. M. i. evenwel hebben zij, met de rechtspersoonlijkheidsvraag, niets gemeen.

Met de oorlogswetgeving, ter bate waarvan, zij dan heeten te moeten strekken, loopen zij zelfs niet eens evenwijdig. Deze namelijk is belust op vreemd eigendom. Om dit zich toe te eigenen, raapt zij op, wat haar goeddunkt, pour sauver les apparences. De vermelde middelen echter beoogen niets anders en niets meer dan vreemd kapitaal, dat zijne zeggenschap natuurlijk medebrengt, uit de landpalen te weren. Daar, deinst men niet terug voor gewelddadige sequestratie. Hier, gaat men uit van een beginsel van handelspolitiek, dat, raadzaam of niet, aan het oude mercantilisme herinnert. De uitkomsten derhalve, gelegen in nationale kapitaalsverhooging, vermeerdering der intensiteit van kapitaalsinvloed, of hoe men ze noemen wil, mogen dezelfde zijn. Onderling echter zijn de middelen der oorlogswetgeving en die der zakenwereld antagonisten.

Het behaagde Molengraaff niet, dit verschil, hetwelk hem onmogelijk ontgaan kan zijn, aan te wijzen. Hij klampt alleen

zich vast aan den, in de zooeven afgeschreven plaats, in het fransch, weergegeven regel, die van oorlogswetgeving en zakenwereld de drijfveer zijn zou, zonder te letten op de zoo juiste vermaning: duo quum idem dicunt non idem dicunt.

Sterkeren indruk nog maakt, dat MOLENGRAAFF bij de vermelding, hoe men vreemd kapitaal weert, van alle kritiek zich onthoudt en daardoor den dunk geeft als had men hier te doen met eene volmaakt onverschillige zaak. Wie dit meenen mocht, leze het reeds vermelde Proefschrift van den heer POLAK, dat, juist op dit punt, samenvattend, eene uiterst sympathieke bladzijde behelst.

De schrijver zegt namelijk: „Men zal het in bovenstaande „uiteenzetting herhaaldelijk bemerkt hebben, dat bij de over- „weging der middelen om dit doel [te weten, wering van vreemden invloed] „te bereiken twee beginselen voortdurend „met elkaar in strijd zijn: ten eerste dat van de bescherming „der nationale bronnen van welvaart, de zorg — zeker in „de tijden die ons wachten geen sinecure — voor de econo- „mische onafhankelijkheid; ten tweede het beginsel der „vrijheid van handel en bedrijf, het internationalisme in „den goeden zin des woords, dat in het bijzonder Nederland, „tot voorbeeld voor andere landen, door de eeuwen heen „heeft gekenmerkt" (158).

Het is een vraagstuk, niet slechts van nationale politiek, maar van het allergrootste belang voor de volkswelvaart in het gemeen, hoe men, in de practijk, deze beide beginselen, eerbiedwaardig als elkanders evenknie, op de beste wijze ontzien kan. Zeker echter schijnt mij, dat men op den verkeerden weg is, indien men waant, door geweldpleging aan rechtsbeginselen, nationalen voorsprong behalen, of internationaal evenwicht bewaren te kunnen.

Is het niet opmerkelijk, hoe een zoo bij uitstek bevoegd beoordeelaar als TREUB, van oordeel, dat, na den oorlog, tusschen Centraal Europa en de geallieerden, een economische krijg uitbreken zal, waarbij het eerste offensief, de laatsten defensief te werk gaan zullen, de voorzorgsmaatregelen, welke daardoor, voor Nederland, noodzakelijk worden, kennelijk beraamd wil zien, met eerbiediging, niet met verzaking van rechtsbeginselen?

Hij zegt namelijk: „De afwerende houding der geallieerden „tegen Duitsche producten zal er onder meer toe leiden, dat „Duitsche ondernemingen zich elders, ook in ons land, zullen „vestigen, en zich, door het verbergen harer nationaliteit „achter een Nederlandsch omhulsel aan die boycot-politiek „zullen trachten te onttrekken. *Daartegen in te gaan door de „vestiging hier te lande van vreemde handelaars en ondernemingen „met buitenlandsch kapitaal te bemoeilijken, zou geheel indruischen „tegen onze aloude traditiën.* Maar het vrij toelaten van

„vreemde industrieelen en kooplieden, ook als zij zich achter „een Nederlandsch uiterlijk verbergen, brengt het gevaar „met zich, dat de geallieerden in onze nijverheid en onzen „handel bedekte Duitsche bedrijven zouden kunnen zien, „ook al zijn zij *bona fide* Nederlandsch, en dat uit dien „hoofde tegenover den Nederlandschen handel en de Neder- „landsche nijverheid van die zijde een gelijke of overeen- „komstige afwerende houding zou kunnen aangenomen, als „tegenover de producten van Duitschen oorsprong. Dit gevaar „mag niet als herschenschimmig worden weggepraat; men „moet het onder de oogen durven zien, evengoed als andere „moeilijkheden. Het te keeren zal eenerzijds zaak zijn van „de belanghebbenden zelven, anderzijds van den wetgever. „De belanghebbenden zullen, voor zoover hun zaak in den „vorm eener vennootschap wordt gedreven, goed doen hunne „statuten er op na te zien of zij tegen vreemde invasie vol- „doende zijn beveiligd, en, zoo neen, waarborgen daartegen „alsnog tijdig op te nemen. De wetgever zal zijnerzijds niet „langer mogen dralen met het instellen van een handels- „register, waarin alle handelaars en industrieelen zullen „moeten worden ingeschreven en waarin tevens de firmanten „van vennootschappen onder firma en de werkelijke eigenaars „van zoogenaamde firma's, met hun nationaliteit, zullen „kunnen worden nageslagen" (1).

Vergelijkt men de, door mij, gecursiveerde zinsnede met de gedragingen in het buitenland, waar men vreemde ondernemingen niet slechts „bemoeilijkte", maar sequestreerde, dan vervult het ons met rechtmatigen trots, hier een Nederlandsch staatsman aan het woord te zien (2).

Trouwens, het voorstel van TREUB, tot instelling van een Raad, waarin de hoofden van algemeen bestuur zitting hebben, doet niet anders verwachten, dan dat men, bij maatregelen in het belang van handel en nijverheid, met de rechtsbeginselen, het noch luchthartig, noch lichtvaardig opnemen zal.

Het betoog van MOLENGRAAFF echter doet, niet minder door zijn toon, dan door zijne strekking, het voorkomen als ware, nopens de rechtspersoonlijkheid der N. V., de oppervlakkigheid aan de zijde der heerschende leer. Het tegendeel echter schijnt mij waar.

Quod erat demonstrandum.

Amsterdam, Mei 1918. J. A. LEVY.

---

(1) Zie Rede, uitgesproken door Mr. M. W. F. TREUB in de departementen Amsterdam en Rotterdam resp. op 9 en 10 Januari 1917, afgedrukt in Tijdschr. der Mij. van Nijverheid, jg. 1917, blz. 65.

(2) Voor enkele opmerkingen, waartoe de rede mij alsnog aanleiding geeft, zie Bijlage D.

Bijlage A.

In de Law Quarterly Review van April 1918, schrijft de Right Hon. Lord JUSTICE SCRUTTON een opstel, getiteld: The war and the Law, waarvan het volgende is ontleend:

„Toen de oorlog uitbrak, ontstond eensklaps de vraag, met betrekking „tot het geval, waarin engelsche maatschappijen, wier aandeelhouders „grootendeels of geheel duitschers zijn, verkeeren.

„De gerechten tot aan het Hof van Appel en met inbegrip van dit „laatste waren van oordeel, dat, mocht een voorziening noodig zijn, de „wetgevende macht haar verschaffen moest.

„Zij namen tot richtsnoer de uitspraak van Lord LINDLEY in eene „zaak, betrekking hebbende tot mijnen in Transvaal: „Naar mijn gevoelen „„zou het juist zijn te zeggen, dat de maatschappij eene Transvaalsche „„maatschappij is en een onderdaan van de Transvaalsche regeering, „„alhoewel schier al hare aandeelhouders, vreemdelingen zijn, elders „„wonende en onderdanen van andere landen".

„Mitsdien waren zij van oordeel, dat een maatschappij, naar engelsch „recht ingeschreven en in Engeland haar bedrijf uitoefenend, op den grond, „dat al hare aandeelhouders en bestuurders duitschers zijn, een vijandelijk „vreemdeling niet ware.

„Het groote gezag van Lord JUSTICE BUCKLEY, echter, was in strijd met „dit gevoelen en van oordeel, dat men het karakter der maatschappij „kon kenmerken door het karakter harer aandeelhouders en tot verbazing „van hen, die gemeend hadden, dat zij die een tegengesteld gevoelen „waren toegedaan zich beroepen konden op het gezag van Lord LINDLEY „ontvouwde deze laatste in de Times de leer, dat de nationaliteit der „aandeelhouders beslissend was voor de nationaliteit der maatschappij.

„Na lange tijdsruimte, ingenomen door vaderlandlievenden, maar uit „wettelijk oogpunt weinig afdoenden, luidruchtigen aandrang op de „Daimler-maatschappij, die zelve oorspronkelijk niet zonder vreemden „tint was, om jegens het land haar plicht te doen en in appel te komen, „werd hooger beroep ingesteld bij het Hoogerhuis, dat het groote voor„recht en de verantwoordelijkheid geniet, beslissingen te geven in hoogste „instantie.

„Het hooger beroep slaagde op een punt, betrekking hebbende tot de „vraag of de rechtsvordering was aanhangig gemaakt op last van de „maatschappij, een punt dat geen ander dan voor die zaak belang had.

„Maar van de acht lords, die kennis namen van het hooger beroep „waren vijf van oordeel, dat men ter zijde kan laten de registreering der „maatschappij naar engelsch recht en haar nationaliteit kenschetsen kan, „door die harer aandeelhouders en bestuurders. Twee waren van een „tegengesteld gevoelen, en een, hoezeer neigende naar de meening der „minderheid, behield zijn oordeel zich voor.

„Het vonnis van Lord PARKER en Lord SUMNER ging in deze richting, „niet dat men afgaan moest op het karakter der aandeelhouders, want, „gelijk zij overwogen, stel de vijandelijke aandeelhouders waren de helft, „drie vijfden, of vijf achtsten van het geheel, maar bezaten een zesde, een „vijfde of een vierde van de aandeelen, in dit geval legden zij den nadruk „op de ongelukkige uitkomst, bijaldien vragen als deze, in elk dier ge„vallen aan een jury werden onderworpen en deden uitkomen de onmoge„lijkheid om een vaststaanden regel op dat punt te geven, of eenig middel, „waardoor een trouw onderdaan zich vergewissen kon, of hij, handelend „met een engelsche maatschappij, al dan niet met den vijand handelde.

„Zij maakten echter hun vonnis afhankelijk van de vraag, of vijanden „al dan niet toezicht of bestuur hebben van de maatschappij, een feit, „waarvan men meenen zou, dat eveneens een trouw onderdaan kwalijk „zich kan vergewissen. Voor de lagere gerechten blijft niets anders over „dan te trachten het recht der maatschappijen in overeenstemming te

„brengen met het richtsnoer, van de vonnissen der meerderheid in het „Huis der Lords".

Uit den toon van dat relaas zoowel als uit de medegeelde feiten zelf blijkt, hoe noode men, zelfs in hoogste instantie is afgeweken van den dusver gehuldigden regel; de nationaliteit der N. V. is afhankelijk van de plaats harer vestiging.

Bijlage B.

—

W. n°. 10253. Hooge Raad der Nederlanden.

Zitting van 8 Februari 1918.

Voorzitter, Jhr. Mr. W. H. DE SAVORNIN LOHMAN.

Raadsheeren, Mrs. B. C. J. LODER, C. O. SEGERS, H. HESSE en H. M. A. SAVELBERG.

„E. A, Hamburger c. s., allen wonende te Utrecht, eischers tot cassatie „van een op 5 Jan. 1617, door het Gererhtshof te Amsterdam, tusschen „partijen gewezen arrest, advocaat Mr. J. LIMBURG, gepleit door Mr. „P. G. H. DOP, advocaat te Utrecht,

„tegen

„1°. Mr. J. Hamburger A.Dzn.,
„2°. J. Hamburger, beiden wonende te Utrecht, verweerders, advocaat „Mr. J. VAN KULIK.
„3°. de overige houders van aandeelen in de N. V. de Uirechtsche „Schroefbouten- en Moerenfabriek v/h van Heulekom en Verwey, „welke niet op naam staan en waarvan de eigenaars uit dien hoofde „onbekend zijn, mede-verweerders niet verschenen.

„De adv.-gen. LEDEBOER heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„*Edele Hoog Achtbare Heeren!*

„Als cassatiemiddel is voorgedragen:

„„Schending of verkeerde toepassing van de artt. 1, 14, 15, 36, 40, 41, „42, 45 en 50 W. v. K. en 1302, 1303 en 1684 B. W., en zulks ep de volgende „gronden,

„„vaststaat, dat de auteur van eischers tot casstiea (n.l. de oorspronkelijke „eischer in eefsten aanleg), met de verweerders sub 1° en 2°, waren de „oprichters van de Naaml. Venn. „de Utrechtsche Schroefbouten- en „Moerenfabriek voorheen van Heulekom en Verwey"; dat deze oprichters „te zamen bij de totstandkoming der N. V. hadden genomen 150 aan-„deelen; dat in de statuten van de N. V. is bepaald, dat het maatschappelijk „kapitaal bedraagt f 250.000, in aandeelen van f 1000 elk, waarvan 150 bij „het totstandkomen der N. V. waren geplaatst; dat de overige aandeelen „niet waren geplaatst. en de termijn ook niet op wettelijke wijze was verlengd.

„„Waar nu eischers hadden gesteld, dat de verweerders sub 1° en 2° „niet hadden voldaan aan hun verplichtingen uit de oprichtingsakte „voortspruitende, omdat zij, met den oorspronkelijken eischer der Commis-„sarissen de Vennootschap zijnde, en de eenige aandeelhouders, ieder voor „80 aandeelen, niet hebben gezorgd dat de overige aandeelen op 1 Jan. 1913 „waren geplaatst en evenmin, dat de termijn daarvoor was verlengd, zulks „ondanks aandringen van den oorspronkelijken eischer, had het Hof niet „mogen beslissen: „dat toch hetgeen volgens appellantsn wanpraestatie „van de geïntimeerden zoude opleveren, en hierboven is omschreven sub B, „slechts kan uitmaken verplichtingen, onderscheidenlijk nalatigheid, van

„de Vennootschap, die, alweder door hare organen, voor naleving van de „statuten heeft te zorgen en uit dien hoofde mogelijk wel zich zelve „of hare gezamenlijke aandeelhouders, waar deze als de Vennootschap „zelve optreden, aan een eisch tot ontbinding van de overeenkomst, van „de Vennootschap of van beiden zouden kunnen blootstellen, maar nimmer „de enkele aandeelhouders persoonlijk", doch moest integendeel de oor„spronkelijke eischer, om te komen tot ontbinding der oprichtings„overeenkomst van de Naaml. Venn., juist de oprichters der Naaml. Venn. „dagvaarden en voor de ontbinding der Vennootschap alle individueele „aandeelhouders, gelijk hij heeft gedaan."

„Behalve hetgeen in het middel als feitelijk vaststaand is medegedeeld, „is ook tusschen partijen onbetwist, dat de eischende partij hare vordering „tot ontbinding heeft ingesteld tegen de aandeelhouders individueel.

„De vraag is nu alleen of die vordering, tegen zoodanige personen in„gesteld, in rechten kan ontvangen worden.

„Volgens den geachten pleiter voor de eischende partij rustte de ver„plichting om te zorgen voor de plaatsing van de bij de oprichting der „vennootschap niet-geplaatste aandeelen, binnen den bij de statuten ge„stelden termijn, of om verlenging van dien termijn aan te vragen, op „de oprichters als eene verplichting van dezen jegens elkander, eene ver„plichting die op eventueele nieuwe aandeelhouders zou zijn overgegaan „als getreden in de rechten en verplichtingen der oprichters.

Te vergeefs werd tot staving van dit betoog bij pleidooi een beroep „gedaan op het gebruik van het woord „oprigters" in de laatste zinsnede „van art. 50 W. v. K. Aan het enkel gebruik van dat woord mag toch „geene bijzondere beteekenis worden gehecht. Zóó nauwkeurig is blijk„baar niet elke uitdrukking in dit deel der wet gewogen. Zoo wordt b.v. „in art. 38 gesproken van vennooten en aan deze verplichtingen opgelegd, „die, zooals uit art. 39 wel moet volgen, ongetwijfeld, althans ook kunnen „en moeten worden vervuld door de bestuurders der vennootschap, „terwijl die verplichtingen, volgens de woordkeus van het artikel, ook „bestaan ten aanzien van veranderingen in de statuten enz. en dan toch „zeker niet aan verplichtingen van de individueele vennooten kan worden „gedacht. Meer juist dan in art. 50, werd dan ook hetzelfde gezegd in „art. 8 van het reglement, houdende algemeene voorschriften ten aan„zien der statuten van naaml. vennootschappen, vastgesteld bij K. B. van „1 Dec. 1833, S. 60, door tegenover de „oprigters", waarvan in het eerste „lid wordt gesproken, bij de verlenging van den termijn van plaatsing „van aandeelen, in het tweede lid, de uitdrukking „belanghebbenden" te „bezigen. Men zal dan ook naar mijn oordeel aan de slotzinsnede van „art. 50 geene andere beteekenis mogen toekenden, dan dat de verlenging „van den bedoelden termijn kan worden verleend, indien daartoe verzoek „wordt gedaan door den rechthebbende, terwijl uit algemeene beginselen „van het vennootschaprecht zal moeten worden afgeleid, wie tot het doen „der aanvrage bevoegd en verplicht is (Verg. Mr. A. E. Bles, Vereeni„gingen enz., 2e uitg., blz. 110).

„Waar in deze procedure wordt gesproken van oprichters der naaml. „venn., worden, evenals in art. 50 W. v. K. en trouwens ook verder in „onze wet, slechts bedoeld de personen, die partij waren bij de akte van „oprichting, waardoor de vennootschap in het leven wordt geroepen en „waarbij haar een levensregel wordt gegeven. Daarbij echter worden, „anders dan bij de overeenkomst *tot* oprichting eener N. V., geene ver„plichtingen van de oprichters tegenover elkander in het leven geroepen, „doch slechts rechten en verplichtingen tusschen de oprichters en de „vennootschap zelve. Met de medewerking aan de akte van oprichting „wordt voldaan aan de verplichtingen, die de ontwerpers bij de overeen„komst tot oprichting tegenover elkander hadden aanvaard. De oprichters „verdwijnen als zoodanig van het plan en de aandeelhouders, ook voor „zoover zij hunne rechten en plichten aan de oprichters kunnen geacht „worden te ontleenen, hebben voortaan geene onderlinge rechten en ver„plichtingen, doch slechts rechten en plichten tegenover de vennootschap.

„En omgekeerd rust de plicht om volgens de bij de akte van oprichting

„gegeven levensregel, volgens de zoogenaamde statuten te handelen en „daarbij opgelegde verplichtingen te vervullen door de haar gegeven „organen, waaronder echter de aandeelhouder individueel geen plaats in„neemt. Waar nu statuten de verplichting bevatten, dat het niet reeds „dadelijk genomen kapitaal eener vennootschap binnen zekeren tijd moet „worden geplaatst, behoudens verlenging van dien termijn, kan tot het „vragen van die verlenging alleen besloten worden en die verlenging „alleen verzocht worden door die organen der vennootschap, die daar„mede bij de statuten zijn belast; of waar zoodanige speciale opdracht „ontbreekt, resp. door de algemeene vergadering van aandeelhouders een „desbetreffend besluit genomen, hetwelk door de bestuurders zal behooren „te worden uitgevoerd. Op welke wijze en op welken grond ooit een aan„deelhouder individueel, hij zij dan al dan niet tevens oorspronkelijk „oprichter, tot die verlenging zou kunnen besluiten, of de toestemming „des Konings tot die verlenging zou kunnen vragen, is mij onbegrijpelijk. „Maar als ik hierin juist zie, dan kan ook het niet-naleven van een voor„schrift als dit bedoelde, nooit een verzuim zijn van een oprichter of „lateren aandeelhouder, nooit dus aan deze allen, maar individueel, wan„praestatie worden verweten.

„Naar mijne meening is dan ook terecht de ingestelde vordering niet„ontvankelijk verklaard en het middel ongegrond.

„Ik concludeer mitsdien tot verwerping van het beroep en veroordeeling „van de eischende partij in de kosten van cassatie.

„De Hooge Raad enz.;

„*Overwegende*, dat uit het bestreden arrest en het voor wat de feiten „betreft daarin overgenomene uit het vonnis der Arrond.-Rechtbank te „Utrecht van 18 Nov. 1914, voor zooveel thans nog van belang, blijkt:

„dat eischers zijn de kinderen en eenige erfgenamen van A. E. Ham„burger, en na het overlijden van hun vader en erflater op 11 Dec. 1912 „hebben voortgezet de door dezen tegen de verweerders ingestelde rechts„vordering;

„dat de oorspronkelijke eischer A. E. Hamburger was, gelijk de eischers „gezamenlijk thans zijn, houder van 80 aandeelen in de N. V. „de „Utrechtsche Schroefbouten- en Moerenfabriek v/h. van Heukelom en „Verweij", gevestigd te Utrecht;

„dat bij de inleidende dagvaarding onder meer is gesteld, dat art. 3 „der Statuten dier Vennootschap inhoudt, dat het maatschappelijk kapitaal „is bepaald op f 250.000 in aandeelen van f 1000 elk, waarvan 150 zijn „geplaatst in dier voege, dat door de oprichters, te weten: door den eischer „A. E. Hamburger en de beide verweerders ieder 50 aandeelen zijn ge„nomen, terwijl de overige aandeelen vóór 1 Jan. 1912 moesten zijn „geplaatst, behoudens verlenging van dien termijn als volgens de wet;

„dat op 1 Jan. 1912 de eischer en genoemde verweerders sub 1° en 2° „waren de eenige aandeelhouders, ieder voor 80 aandeelen, terwijl de ver„weerders niet hebben voldaan aan hunne verplichtingen, uit de oprichtings„akte voortvloeiende, daar zij, ondanks het aandringen van den eischer, „de overige aandeelen niet hadden geplaatst, ofschoon de termijn tot „plaatsing niet was verlengd;

„dat op dien grond door A. E. Hamburger is gevorderd, dat zal worden „ontbonden verklaard: *a.* de overeenkomst bij de oprichtingsakte aan„gegaan, en *b.* de N. V. bij die akte opgericht;

„dat bij het vonnis der Rechtbank de eischers in die vordering zijn „verklaard niet-ontvankelijk en het Hof bij het bestreden arrest deze „beslissing heeft bekrachtigd, zulks in hoofdzaak op grond dat de partijen „bij de in de oprichtingsakte belichaamde overeenkomst in het leven „hebben geroepen de Vennootschap, een rechtspersoon, werkende door „middel van hare organen, in de overeenkomst zelve aangewezen en waar„toe behooren zoowel commissarissen als aandeelhouders, de laatste echter „zoodra en alleen als zij uitmaken de algemeene vergadering van aandeel„houders, en derhalve de klacht der eischers over wanpraestatie, nalatig„heid en schending van het bij de Statuten voorgeschrevene door een

„algemeene vergadering, inderdaad betreft handelingen van de organen „der Vennootschap en niet van de aandeelhouders individueel, die op „zich zelf niet zijn de organen van de Vennootschap en tegen wie dus, „gelijk feitelijk en als erkend is vastgesteld, de vordering vruchteloos „wordt gericht;

„*O.* dat tegen deze beslissing als middel van cassatie is aangevoerd: „Zie conclusie adv.-gen.;

„*O.* dienaangaande:

„dat voor het verlijden der oprichtingsakte, door welke, zoodra de „Koninklijke goedkeuring is verkregen, de N. V. ontstaat, de te voren door „de oprichters tegenover elkander aangegane verplichting wordt vervuld, „en daarna uit dien hoofde geen persoonlijke rechtsband tusschen de „vennooten onderling overblijft;

„dat derhalve de nakoming van hetgeen in de statuten als plicht der „Vennootschap den nieuwen rechtspersoon is opgelegd, slechts van dezen „kan worden gevorderd, en voor het nalaten daarvan alleen deze kan „worden aansprakelijk gesteld;

„dat dus, waar vaststaat, eendeels dat de klacht der eischers betrekking „heeft op verplichtingen der Vennootschap en anderdeels dat de vordering „is gericht individueel tegen zekere personen als houders van aandeelen, „de eischers in die vordering terecht zijn verklaard niet-ontvankelijk;

„dat daarentegen niet afdoet het beroep op de woorden „de oprichters", „voorkomende in het slot van art. 50 W. v. K., omdat de zin die eischers „daaraan willen toekennen in strijd zoude zijn met de geheele regeling „van het onderwerp, zooals die in de derde Afdeeling van Boek I, titel 3, „W. v. K. is vervat, terwijl ook bovendien uit de vergelijking der artt. 38 „en 39 tezelfder plaatse blijkt, dat des Wetgevers bedoeling ten deze niet „steeds met dezelfde nauwkeurigheid is uitgedrukf;

„*O.* dat mitsdien het middel is ongegrond;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt de eischers in de kosten op de cassatie gevallen."

Bijlage C.

—

Separatabdruck

aus Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

III. Band.

Miscelle.

Die organische Staatstheorie des Paulus bei höllandischen und deutschen Rechtslehrern. Eine Berichtigung von Herrn Advokat J. A. Levy in Amsterdam.

Auch Citate haben ihr Schicksal. Wie jene „ewige Krankheit", von der der Dichter spricht, erben auch sie sich fort mit ihren Druckfehlern und Missverständnissen von Autor zu Autor, von Nation zu Nation.

Seltsamer aber dürfte es kaum jemals einem juristischen Citat ergangen sein, als einem Wort des Paulus, das aus seinem Zusammenhange herausgerissen und mit einem Ausspruch des Hugo Grotius verquickt zur Annahme einer organischen Staatstheorie des Paulus geführt hat und diesser Annahme noch heut zum alleinigen Stützpunkt dient.

In Wahrheit handelt es sich um die vielbesprochene l. 23 § 5 D. VI, 1. Bekanntlich erörtert Paulus in jenem Fragment die Statthaftigkeit der Vindication von Sachgesammtheiten und von zusammengesetzten Sachen. Er versagt die Vindication für den letzteren Fall (in cohaerentibus corporibus) und motivirt dies unter Exemplifirung auf die Anschweissung eines Armes an eine fremde Statue wie folgt:

„nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statuo **uno spiritu** continetur."

Dieser Schlussatz der rein privatrechtlichen Stelle oder correcter die beiden Worte „uno spiritu", sie sind es, an die das staatsrechtliche Missverständniss sich geheftet hat und zwar durch Vermittlung, wenn auch ohne eigentliche Mitschuld des Hugo Grotius. In seinem klassischen Werke behandelt nämlich Grotius Buch II, cap. 9 das Erlöschen der Staatsgewalt und zwar bei Wegfall des Inhabers jener Gewalt. Wie mit dem Tode des ohne Verwandten ab intestato Sterbenden alle seine Rechte erlöschen, wie dasselbe gelte, wenn eine Familie, der ein Recht zugestanden, ausstirbt, so sei es auch bei einem Volke. Hierauf fährt Grotius wörtlich fort:

„Dixit Isocrates, et post eum Julianus imperator, civitates esse immortales, id est esse posse, quia scilicet populus est ex eo corporum genere, quod ex distanibus constat, unique nomini subjectum est, quod habet ἕξιν μίαν ut Plutarchus; spiritum unum, ut Paulus Ictus loquitur."

Von dieser Stelle gehört dem Paulus nichts an, als eben jenes „spiritum unum", das aus unserer l. 23 § 5 D. VI, 1 und nirgends anders woher stammt. Grotius und sein Annototar Barbeyrac deuten zum Ueberfluss selbst auf jenes Pandektenfragment hin. Grotius hat eben nur nach seiner bekannten Manier die beiden in ganz anderem Zusammenhang gebrauchten Worte des Paulus „spiritu uno" in seinen aus aller Herren Länder zusammengewürfelten Satz und nicht einmal ganz unverändert herübergenommen; er hat, auch wiederum nach seiner Art. für jedes entlehnte Wort seine Quelle, seiuen Gewährsmann angegeben.

Bei der Fassung des citirten Satzes des Grotius lag die Gefahr nahe, Paulus für den ganzen Satz als mitverantwortlich zu erachten. Und in der That sind die deutschen Staatsrechtslehrer, welche doch sonst um ihrer Gründlichkeit willen und mit Recht gerühmt werden, in diesen allerdings entschuldbaren Irrthum verfallen (1).

Zum Beweise könnten wir eine ganze Reihe höchst verdienstvoller deutscher Autoren anführen. Wir beginnen, ubi plura nitent in carmine, bei dem Altmeister Bluntschli.

Bluntschli behandelt in seiner Gesch. des Allg. Staatsrechts und der Politik (1867) die Frage über den Antheil, der den Römern an der Auffassung des Staates als einheitlicher Organismus gebühre, und bemerkt hiebei p. 68; „Aristoteles hatte den Staat als Einheit erkannt und mit Nachdruck betont, dass, wie das Ganze vor den Theilen sei, so auch in der Idee der Staat vor den Bürgern, seinen Theilen. Ohne diese Erkenntniss ist eine wissenschaftliche Begründing des Staatsrechts nicht möglich. Man kann nicht sagen, dass diese Einsicht Grotius so vollständig fehle, wie einem grossen Theile seiner Nachgänger. Er führt billigend ein Wort des Juristen Paulus an, der dem Volke einen einheitlichen Geist zuschreibt."

Dieses dem Paulus zugeschriebene Wort wird in aller Breite bei Merkel erwähnt. In einem Aufsatz desselben lesen wir: „Diese Auffassung „des Volkes als eines selbstständigen Wesens von (im Verhältniss zu den „Einzelnen) relativer Unsterblichkeit ist uralt, und findet in dem gemeinen „Sprachgebrauch, welcher jenem alle menschlichen Qualitäten und eine „eigene Geschichte zuerkennt, einen mannigfachen Ausdruck. Eine Formu„lirung derselben findet sich u. A. in folgenden häufig citirten Worten, „des Paulus: ..... civitates esse immortales, quia scil. populus „est in eo corporum genere, quod ex distantibus constat-

(1) Auch der deutsche Uebersetzer, v. Kirchmann, ist durch seine etwas freie Uebertragung in den nämlichen Fehler verfallen. Er schliesst p. 370 den qu. Passus mit den Worten: „nach Plutarch hat das Volk einen Sinn und nach dem Rechtsgelehrten Paulus eine Seele.

Anmerkung der Redaktion.

„unique nomini subjectum est, ut habet ἕξιν μίαν, ut Plutar „chus, spiritum unum" (1).

Ganz in demselben Sinne argumentirt der jüngste Geschichtschreiber der organischen Staatstheorie, A. Th. v. Krieken Er spricht über „die Anschauung, dass der Staat ein einziges beseeltes Lebewesen oder ein „Organismus" sei und benutzt zu diesem Zwecke" die bei Grotius II, 9. 3. allegirte Stelle des „Paulus", welche er wörtlich abschreibt (2). Von da wandert der Paulus dieses Mal ohne die Gesellschaft des Grotius zu einem Aufsatze Gierke's. Dieser sagt: „Mit diesem Gedanken, der dann im griechischen wie römischen Alterthum öfter wiederholt wird (am klarsten bei Paulus) [folgt wörtlich die Stelle], ist in der That das unzerstörbare Fundament der organischen Staatstheorie gelegt (3)!"

Doch genug der Beispiele! hoffen wir, dass wenigstens fürderhin Paulus aus den Schriften der Staatsrechtslehrer verschwinde. Nicht vom Staate, sondern von einer Statue hat Paulus die Metapher „spiritu uno" gebraucht; nur durch ein Missverständniss der Leser des Grotius ist Paulus unter die Bekenner der organischen Staatstheorie gerathen!

Amsterdam, Dezember 1879.

J. A. Levy.

(1) Dr. A. Merkel. Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft in Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat- und offentl. Recht der Gegenwart. Bd. IV, Heft 1, S. 9.

(2) A. Th. van Krieken. Ueber die sogenannte organische Staatstheorie (Leipzig 1873), S. 20, Note 2.

(3) O. Gierke. Die Grundbegriffe des Staatrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien in der Tübinger Zeitschr. f. d. ges. Staatsw., Bd. XXX (1844), S. 270.

Bijlage D.

De in dezelfde rede voorkomende verwijzing naar de, vooral in Engeland, opkomende beweging om, na den oorlog, de verhouding tusschen kapitaal en arbeid eene principieele verandering te doen ondergaan, deed mij des te grooter genoegen, daar op die noodzakelijke wijziging, ook door mij, is gewezen, in een drietal artikelen, getiteld „Herbouw", opgenomen in „het Vaderland" van 6, 9 en 10 Augustus 1917.

Van deze toevallige gelegenheid zij alsnog gebruik gemaakt voor twee persoonlijke opmerkingen.

De eerste betreft de opmerking van Treub: „Het is geen bloot toeval „dat juist thans het Taylorstelsel bijzonder aandacht trekt" (70).

Laat dit zoo zijn, doch het ware eene misdaad, verhooging van arbeidspraestatie te verkrijgen, door verlaging van des arbeiders persoonlijkheid tot een redelooze machine.

De tweede raakt den strijd tusschen Treub en Polak (blijkende uit de noot blz. 71) over prioriteit, wat aangaat, niet slechts de *erkenning*, maar ook de *regeling*, (versta: wettelijke regeling) van de zoogenaamde collectieve arbeidscontracten. Verwezen wordt dienaangaande naar een jaarverslag van 1911.

Men veroorlove mij te vragen: Ich sei, gewährt mir die Bitte, In eurem Bunde der dritte.

In het Besluit namelijk van mijn, in 1906 verschenen: „De collectieve arbeidsregeling" (Belinfante, den Haag) drong ik aan op „een fundamenteel „wetsvoorschrift, dat verbintenissen: „zonder eenig bepaald subject aan „„crediteurs zijde „formeel erkent"".

Zoodanig wetsvoorschrift is, naar het mij alsnog voorkomen wil, het eenig mogelijke middel om aan de collectieve arbeidsregeling, ten eenenmale valschelijk: collectief arbeidscontract geheeten, een privaatrechtelijken d.w.z. met ons privaatrecht overeenstemmenden grondslag te geven.

J. A. L.

„*Pénétration pacifique*" *in China.* Proefschrift van J. A. NEDERBRAGT.

Hun, die gelooven, dat de tegenwoordige oorlog de laatste is, welken de menschheid zien zal, worde dit ideaal gelaten. De te 's-Gravenhage georganiseerde internationale scheidsrechtelijke uitspraak had slechts een facultatief karakter. Te vergeefs was daar voorgesteld om arbitrage tusschen de volken verplichtend te maken voor zekere soorten van geschillen van betrekkelijk ondergeschikt belang en binnen bepaalde grenzen. Toch werd, in den loop der jaren, welke dezen oorlog voorafgingen, een reeks van verdragen gesloten tusschen verschillende mogendheden, die zich, overeenkomstig artikel 19 der Haagsche Conventie en onder de, door deze traktaten vastgestelde, voorwaarden, verbonden casu quo den scheidsrechter en niet het wapengeweld te laten beslissen.

Het is niet onmogelijk, waarschijnlijk zelfs, dat, nà de ontzettende rampen, welke deze wereldoorlog met zich heeft gebracht, bedoeld stelsel van arbitrage op meer uitgebreide schaal en onder meer hechte waarborgen voor de nakoming der verdragsbepalingen zal worden gevolgd dan vroeger. Eén wereldkrijg echter zal het nageslacht nog wel zien: den krijg om de hegemonie, in Azië althans, tusschen het blanke en het gele ras.

Moge al wat in Europa voorvalt, op het oogenblik, onze aandacht in de eerste plaats eischen, vergeten kunnen niet worden de millioenen van Chineezen, die, voor zoover zij het reeds niet zijn, straks zullen komen onder den invloed, onder de heerschappij van Japan. Heden kunnen bereids gevolgtrekkingen worden gemaakt uit het verleden wat betreft den Stillen Oceaan, in het bijzonder zijn westelijk gedeelte. Het is dáár dat de machtspositie van de leidende mogendheid van geel ras, nog niet lang geleden, haren aanvang nam.

De trits van oorlogen, welke in het decennium van eeuwswisseling plaats hadden: die tusschen Japan en China, Spanje en de Vereenigde Staten, Rusland en Japan, gaven den stoot aan de metamorfose, welke de wereld in haar Oost-Aziatisch gedeelte — tot laat in de tijden eene terra incognita gebleven — onderging. Het jaar 1905 zag de vraag der hegemonie in den Stillen Oceaan reeds in eenen acuten vorm. De groote mogendheden der oude en nieuwe wereld hadden van toen af ernstig met haar rekening te houden. Ook Nederland was, door zijn koloniaal bezit er bij betrokken. Of wij er bijtijds

voldoende aandacht aan hebben geschonken, of wij niet veel te laat zijn gaan denken aan de verdediging van Indië, of de talrijke wijzigingen van het regeeringsreglement, welke eerst sedert korten tijd aan de orde van den dag zijn, niet veel eerder hadden moeten worden aangebracht, dit alles blijve hier buiten beschouwing. Slechts dit: gewapend tegen machtsmiddelen van vreemden, welke kunnen worden aangewend om ons gezag in Insulinde te vernietigen of te ondermijnen, zijn wij geenszins, noch tegen aanvallen even vóór of bij oorlogsverklaring, noch tegen „pénétration pacifique".

Voor stelselmatige aantasting der souvereine rechten van eenen zwakken Staat, voor agressie in den vorm van zending, van commercieele of wetenschappelijke doeleinden, van concessies voor mijnbouw, voor spoorwegen en telegraaflijnen, van beschikbaarstelling van ambtenaren voor één of meer staatsdiensten, heeft het woord „vreedzame doordringing" (met aanhalingsteekens), ten onzent, eerst burgerrecht verkregen sedert de verschijning eener dissertatie over het onderwerp van de hand des heeren J. A. Nederbragt, ter verkrijging van den graad van doctor in de handelswetenschap aan de Nederlandsche handelshoogeschool te Rotterdam.

Als eerste en voorname vingerwijzing vindt men in het wel gedocumenteerd betoog des schrijvers dat eene diplomatie, welke zich met economische vraagstukken niet bemoeien wil of tot de beoordeeling en verwerking daarvan de noodige bekwaamheid zou missen, in onzen tijd, niet langer denkbaar is. De diplomaat moet op de hoogte zijn van de richtingslijnen van den handelaar, van den industrieel, van den verkeersleider. Dat het omgekeerde evenzeer het geval is, dat de menschen, wier roeping is: nijverheid uit te oefenen, handel en aanraking tusschen de volkeren tot stand te brengen, kennis hebben te nemen van de banen, welke diplomatie en consulaatwezen in het verleden hebben gevolgd, teneinde hunne gangen in de toekomst te kunnen nagaan en zich daarnaar te richten, dit schijnt evenzeer de strekking te zijn van den arbeid des eersten doctors, dien de Rotterdamsche hoogeschool promoveerde. Zijn proefschrift is dus óók actueel, omdat juist de samensmelting van diplomatie en bezoldigd consulaatwezen aan de orde van den dag is, bij andere volken en ten onzent. N°. 1 van zijne afzonderlijk verdedigde stellingen: „Toepassing van het ook in de Staten-Generaal aanbevolen denkbeeld van samensmelting van diplomatieken en consulairen dienst leidt tot pénétration pacifique in ongunstigen zin" worde hier terzijde gelaten. In het voorbijgaan slechts zij vermeld dat in Duitschland wordt gewerkt aan de hervorming der diplomatie en dat het verwondering zou wekken, indien te dezer gelegenheid er niet voor zou worden gezorgd, dat, bij de keuze der ambtenaren, die het Duitsche Rijk in

den vreemde zullen vertegenwoordigen, den leider der buitenlandsche aangelegenheden een veel grooter veld van keuze worde geboden, dan de enge aristocratische ruimte, waarover hij tot dusver te beschikken had.

De diplomatieke en consulaire ambtenaren der groote mogendheden hebben, op het eind der vorige eeuw en in den aanvang der tegenwoordige, het „nous traiterons chez vous, sur vous, sans vous" toegepast in Marokko en Egypte, in Siam en Perzië, in Korea en China. Het is met de aanslagen in dien zin op China's souvereiniteit dat NEDERBRAGT's werk zich bezig houdt. In één adem moet hierbij worden gevoegd dat meestal toch het souvereiniteitsbegrip van den betrokken Staat, in schijn, werd gehuldigd. Terecht merkt hij op „In naam, maar meer ook niet, blijft de Chineesche onafhankelijkheid ook zelfs onaangetast in de verdragen en overeenkomsten *over* China" (blz. 54). Men weet dat hetzelfde, een tijd lang gebeurde, met name in de traktaten tusschen Japan en Engeland, ten aanzien van Korea.

Het proefschrift geeft van het standpunt van economische politiek een beknopt maar goed overzicht van China's vroege commercieele geschiedenis. Herinnerd wordt aan den boycot van Canton door de Arabieren in het jaar 796, ook aan het bezoek gebracht aan die haven van Afrikaansche gezanten, die in de elfde eeuw „de lange zeereis trotseeren voor economische belangen". Arabieren en Perzen bezitten in China consuls met rechtsbevoegdheid, nog lang vóór Pisa, Amalfi, Genua, Venetië dachten aan de instelling der „Consuls des marchands" in de havens der Middellandsche Zee. Ook de vreemde nederzettingen in de traktaathavens, de z.g. „Settlements", „concessies", welker nieuwere rechtstoestand oorsprong vindt in het Chineesch-Engelsch verdrag van Nanking van 1842, en over welke belangrijke aanteekeningen worden gemaakt in Hoofdstuk II van NEDERBRAGT's arbeid, hebben reeds een voorlooper, bij den aanvang der twaalfde eeuw, in de vreemdelingenwijk te Canton: de bevestigde haven, waar wij, nà ons verblijf op de Pescadores en op Formosa, onzen handel trachtten te drijven met de Chineezen en waar onze vlag, tijdens de Fransche overheersching, bleef waaien.

Dat verdrag van Nanking, bij hetwelk China voor de eerste maal, in beginsel, erkent, dat het internationale recht wederkeerigheidsrecht is, wordt het begin der „vreedzame doordringing" van de westersche Staten, en laatstelijk ook van de Vereenigde Staten van Noord-Amerika en Japan, in het Rijk van het Midden. Bij zijne beschouwingen over bedoeld traktaat maakt NEDERBRAGT een aanvang met het verzamelen van historisch materiaal voor hetgeen wij thans in het Verre Oosten zien gebeuren.

De Taiping-revolutie, gericht tegen de Mandsjoe dynastie

en bedoelende het herstel op den Chineeschen troon der, in de vijftiende eeuw verjaagde, Mings, werd door Engeland en Frankrijk bedwongen; maar Peking moest gehoorzamen aan het do et des: de in- en uitvoerrechten kwamen dientengevolge onder de westersche administratie der „Imperial Chinese Maritime Customs", welke later nog andere takken van Staatsdienst, o. a. de Posterijen, zal beheeren en .... een gevaar voor de onafhankelijkheid van China was daarmede geboren.

De vrede van Peking van 25 October 1860 bracht de Mandsjoedynastie door handelsverdragen in voortdurende aanraking met de buitenwereld; met Nederland door het traktaat van 6 October 1863.

Bij de landen, welke het min of meer tribuutplichtig had gemaakt, verliest China middelerwijl macht en invloed. In 1876 wordt, naar aanleiding van, door Japan in het leven geroepen, moeilijkheden, waaromtrent NEDERBRAGT bijzonderheden vermeldt, Korea onafhankelijk verklaard, en bij een, in hetzelfde jaar gesloten, traktaat over de zaken van Yunnan, krenkt Engeland de Chineesche souvereiniteit over dat gebied, door te eischen dat aan Engelsche ambtenaren toezicht zal worden toegekend over Chineesche, dat mandarijnen in dienst komen van Engelsche „officials" en dat Engeland heeft te beslissen over de opening voor het handelsverkeer van een stuk Chineesch grondgebied. Tien jaar later wordt Birma van China afgenomen, al is Engelands bedoeling daarbij „den schijn van opperhoogheid, dien China overal om zich heen steeds heeft trachten aan te nemen aan het Rijk te gunnen, maar zelf de opperhoogheid over te nemen".

In dit verband worde hier verder aangestipt het, den 9den Juni 1885 gesloten verdrag, bij hetwelk China aan Frankrijk afstond Annam en Tongking, en ook dat de verhouding van Peking tot Tokio vóór den oorlog van 1894 nog steeds eene zoodanige was als van den meerdere tot den mindere. Ook het Westen scheen zulks te beamen; want al was tot dien tijd herhaaldelijk inbreuk gemaakt op de souvereiniteitsrechten van het Rijk van het Midden, toch boezemde de Kolos, met zijne honderde millioenen zielen, genoeg ontzag in om aarzeling te wekken bij agressieve plannen, vooral waar het de achttien provinciën: het eigenlijke China, zou gelden. Japan ontblootte de waarheid: de Kolos had voeten van leem. Sedert den, op 17 April te Schimonoseki gesloten, vrede, werd hij vrijwel beschouwd als quantité négligeable. Was hij niet genoodzaakt geweest vernederende voorwaarden te onderschrijven, waarvan wel de ergste voor hem was: de erkenning der onafhankelijkheid van Korea?

Over hetgeen in dit ongelukkige land gebeurt is, maakte ik indertijd in loco eenige aanteekeningen, welke het vergund moge zijn hier te laten volgen:

Dun, doorzichtig is de dampkring boven Tsao Tsiën: het Rijk der Morgenkalmte.

Opgehangen, als het ware, door middel van een bergketen aan Mantsjoerije, heeft het den vorm van een vlinder, wiens linkervleugel geprikt werd aan het Aziatisch continent.

Gekortwiekt, gebreideld in zijne bewegingen, ligt Korea dáár: een eiland en toch niet geheel door water omringd; eene bergstreek met eene al te uitgebreide kust.

Slecht voorteeken!

Kalmte wilde het volk en het werd zwaar, loom, traag, lusteloos. Het vermeide zich in gedachten van afzondering. De passen van den massieven bergcomplex in het noorden zijn lastige paden. Zand verspert de toegangen uit zee. Het land is als geschapen voor een kluizenaarsoord, voor een gebied van gepeins. Hier kan men zich laten leven, zich overgeven aan een zoet nietsdoen, een bestaan leiden zonder inspanning, zich baden in de oostersche zon, turen aan het strand naar de blauwe golven, welke kabbelen vreedzaam en rustig tot ver, ver aan den gezichtseinder.

En, zij waren rijk in hunne onnoozelheid, de Koreanen; zij luisterden naar der vogelen lied, snoven op den geur der rozen, zagen met kinderlijk vertrouwen naar den blauwen hemel en leefden in het paradijs der dwazen.

Want, weinige landen had, in dien tijd, de onrust nog meer geteisterd dan dit. Korea was geworden het terrein des gevechts. Vijandelijke invallen, bloedige tooneelen, geweldige omwentelingen, paleistragediën wisselden er, sedert vier eeuwen, elkander af. De crisis waren zonder einde. Het gebied was de arena voor den strijd om de heerschappij over Azië's Oosten. China beschouwde het als zijne natuurlijke voortzetting, Japan als een tot zijn eilandenrijk behoorend gedeelte, Rusland kon zich zijn Aziatisch territoir niet denken zonder Fusan als eindpunt voor zijne driekleur.

Sedert eeuwen zijn er spreekwoordelijk de wreedheid der Japanners. Liet de dictator Heidojoschi, op het eind der zestiende eeuw, niet, drie jaren lang, een leger van tweehonderdduizend man los tegen Korea? Zond de generaal van die krijgsmacht Yoekinaga niet naar Kyoto de neuzen en ooren van veertigduizend lijken, gepekeld in vaten?

Japan, hetwelk, in den loop der eeuwen, zijne oogmerken ten aanzien van het schiereiland nooit liet varen, heeft het thans onder zijne heerschappij.

Maar, waar is de treurspeldichter, die zijne krachten zal wijden aan de gebeurtenissen, welke zijn voorafgegaan aan die overheersching?

Nauwelijks heeft de Koreaansche koning, in 1864, als twaalfjarige knaap, den troon beklommen of duizend gevaren schijnen op hem te loeren als op een prooi.

Er is een wezen dat de Koreanen noemen den „Man met het steenen hart, met de ijzeren ingewanden". Die man is de Tai Wan Koen, de eigen vader van den vorst en werktuig der Japanners.

Vraagt men naar de reden zijner verbolgenheid tegen den zoon, dan ligt vóór de hand: het zoeken naar de vrouw.

Schoon was zij, Tau Lang Dao, de gemalin des Koreaanschen monarchs, en de echtsverbintenis was er een van oprechte liefde.

Doch, haar stamboom stond in China; hare neigingen en genegenheden gingen naar het groote Peking. daar in het Westen.

Als begrijpelijk gevolg: staatkundige konflicten.

Tot model voor Korea wil de schoonvader Japan, de schoondochter China. De koning, die zich in 1897 als keizer zal laten uitroepen, staat tusschen de twee vuren.

In 1882 wordt, op aanstoken van den Tai Wan Koen, het paleis door oproerlingen omringd. Half naakt, zoo goed mogelijk vermomd, vlucht het echtpaar naar het Chineesche gezantschap te Seöel. Die zelfde oproerlingen, hun oorspronkelijk plan ziende falen, volgen thans de gewone oostersche taktiek van een voorwendsel te scheppen tot buitenlandsche inmenging; zij plunderen de Japansche legatie. Hiervan was het gevolg dat de Chineezen, aan wie de Koreanen toen nog schatplichtig waren, een leger naar Korea zonden en dat in de haven van Fusan een Japansch smaldeel verscheen.

Een algemeene slachting van de opstandelingen brengt den koning naar zijn paleis terug. Maar, de ziel van den opstand, den Tai Wan Koen, durft hij niet aan. Kàn hij dezen wel gevangen doen nemen? De zoon den vader vóór het gerecht brengen en laten veroordeelen! De aanhangers van den vader-rebel zouden immers in het gebrek aan eerbied van het kind, dat gevoel in zoo sterke mate ontwikkeld in het Verre Oosten, een krachtig wapen hebben tegen het Staatshoofd.

Wat nu volgt schijnt verdichting, maar het is de naakte werkelijkheid geweest.

De koning doet het gerucht verspreiden van het overlijden zijner gemalin. Ook openlijk verklaart hij dat Tsau Lang Dao is omgekomen, beweent haar in schijn en brengt offers aan de goden in haren naam. De Hemel hebbe haar ziel genadig!

Acht maanden later wordt de Tai Wan Koen uitgenoodigd op een, door den Chineeschen gezant te Seöel in het legatiegebouw gegeven feest. Men bedwelmt, op listige wijze, den hoogen gast door sterken drank. Draagstoelen staan gereed, welke den beschonkene naar Tschemoelpo brengen. Daar ligt een Chineesche kruiser, aan boord waarvan de Tai Wan Koen naar Tientsin vervoerd wordt. Vervolgens wordt hij naar Pao Ting Toe, in het binnenland van China, gebracht

en . . . . Tau Lang Dao herleeft. Op een goeden morgen, nadat te Seöel het bericht is ontvangen dat de schoonvader zich in het „Hemelsche Rijk" achter slot en grendel bevindt, begroet Korea met gejuich, de wederopstanding zijner vorstin.

Thans hoopt de koning, met zijne beminde gade naast zich op den troon, rustig te kunnen regeeren.

Nauwelijks is echter een jaar voorbijgegaan of de handlangers eener Japansche samenzweering omringen weder het paleis. De vorstin ontsnapt door eene geheime deur; haar gemaal heeft juist den tijd om, op den rug van een getrouwen koeli, het kamp van een naburig Chineesch garnizoen te bereiken. De commandant der Chineesche soldaten weigert hem echter het asyl; de koning is gedwongen terug te keeren naar het paleis.

Spoedig is de koning in tweestrijd over de vraag of hij zijnen vader niet uit de Chineesche gevangenis terug moet roepen. Tengevolge van Japansche kuiperijen wordt hiertoe besloten. De Tai Wan Koen zet weder den voet op Koreaanschen bodem.

Thans begint de worsteling opnieuw. In 1892 ontploft in de kachel van het slaapvertrek van den Tai Wan Koen, een bom. Als door een wonder ontsnapt hij aan den dood. „Dat is het werk van den koning"! schreeuwt eene oproerige menigte. Een poging om dezen aanhangers van Japan voldoening te verschaffen doet Zijne Majesteit door het bevel van terechtstelling van een twintigtal koelis. Plechtstatig gaat de vader bij den zoon op audiëntie om te bedanken voor de geschonken satisfactie.

Doch, nu is het weder de beurt van den Tai Wan Koen. In Februari 1894 begeeft de koning zich naar een tempel even buiten Seöel om het jaarlijksch offer te brengen aan de schimmen der voorvaderen. Aldaar trilt nog eens de doorschijnende lucht van Korea door eene ontploffing. Eén der ministers wordt gedood; een gedeelte eener pagoda vernield; als de vorst zelf gespaard blijft is zulks te danken aan de tegenwoordigheid van geest van één der hovelingen, die, onder den voet, een lont uitdooft. De Tai Wan Koen had zich, wegens gezondheidsredenen, verontschuldigd om bij de plechtigheid tegenwoordig te zijn.

Ook ditmaal durft de zoon den vader niet straffen; maar de voorname medeplichtige wordt achterhaald, gedood en het lijk brengt men, gepekeld, vóór den koning. Hij beveelt dan dat het gevierendeeld worde. De stukken gaan naar de voornaamste steden van Korea, waar de menigte deze aangaapt; het hoofd, met de haren gebonden aan de koppen van drie andere schuldigen, stelt men ten toon op het groote plein van Seöel en tot den Tai Wan Koen wordt eene uitnoodiging gericht om naar dit schouwspel te komen kijken.

Aan hem voor de zooveelste maal de wraak!

In 1895 ontbiedt hij een aantal Japanners naar Seöel. Hun opdracht luidt: „het vorstelijk echtpaar te beschermen". Zij dringen het paleis binnen. Tau Lang Dao verbergt zich achter een gordijn, wordt daar ontdekt — haar schim is mij verrezen toen ik die kamer in 1902 bezocht —; met wonden zonder tal tracht zij nog te ontkomen, doch zakt op een binnenplaatsje inéén, wordt met petroleum overgoten en aldus verbrand. Zij zou thans nooit weder opstaan. Doch, de moordenaars willen algeheele zekerheid hebben dat het wèl de persoon is geweest die zij zochten: zij, wier hoopje asch daar op de binnenplaats ligt, en daarom . . . . worden alle vrouwen, die zich nog in het paleis bevinden, ter dood gemarteld. Den koning wordt een besluit ter onderteekening aangeboden houdende veroordeeling en degradatie zijner gemalin; de degradatie, gelijk deze, in het Verre Oosten, nà het overlijden kan geschieden. Liever dan het te bezegelen, verklaart de ongelukkige zich de polsen door te zullen snijden. Desondanks wordt het besluit, als des konings, openbaar gemaakt.

Maar thans weder verandering van tooneel. De vorst vlucht, midden in den nacht, naar het Russisch gezantschap, waar hij gedurende zes maanden blijft.

Als hij eindelijk naar zijn paleis terugkeert, is de Russische invloed in Korea overheerschend.

Zoo heb ik het land gekend. Op den 8sten Februari 1904 echter tastten op zijn onzijdig gebied de Japanners den Russischen vijand aan en sedert dien waait er de vlag met de roode zon in het centrum.

Juist in dat decennium van 1895 tot 1904 gebeurde er in China veel, waarvoor wij ons haasten moeten naar NEDERBRAGT's dissertatie terug te keeren.

Na den oorlog met Japan begint in het Rijk van het Midden de strijd om concessies op het gebied van mijnbouw, nijverheid, handel, spoorwegen, zelfs om leeningen te plaatsen; strijd, dien de vreemdelingen met en tegen elkander voeren om van China allerhande voordeelen te bedingen" (blz. 53). De „vreedzame doordringing" heeft hare schuchterheid verloren. Naardien de zeepbel van China's macht gebarsten is, talmt, aarzelt de buitenlander niet langer om van de buit machtig te worden wat hij kan. Dat rekening wordt gehouden met de mogelijke verdeeling van het ontzaggelijk grondgebied met zijn dichte, nijvere bevolking, blijkt vooral uit het handelsverdrag van China met Japan van 1896 en uit de overeenkomsten met Rusland van dien tijd, welke worden behandeld in het Tweede Hoofdstuk over de „Economische gebeurtenissen".

Wat laatstbedoelde conventies betreft, zoo dient in het oog te worden gehouden dat begripsverwarring heeft geheerscht.

De te Sjanghai verschijnende „North China News" nam in zijne kolommen op, den 28sten October 1896, de z.g. „Cassini Conventie". Als zoodanig heeft die Conventie nooit bestaan. Het was een compilatie der bepalingen: zoowel van het, te St. Petersburg door Prins Lobanoff en Li Hung Chang geteekend, geheim traktaat, hetwelk, volgens een artikel van de hand van Graaf Cassini, opgenomen in de „North American Review" van Mei 1904, toestond „spoorwegen en andere concessies in Mandsjoerije", als van de overeenkomst, gesloten door China met de, te Peking gevestigde, Russisch—Chineesche Bank. Beide stukken behelsden toezeggingen van China ten aanzien van spoorwegen, mijnen, het leger, de havens en het vrije verkeer.

Met de concessiehunters, de particulieren, herhalen de buitenlandsche regeeringen hunne pogingen tot „vreedzame doordringing" op het Chineesche jachtterrein. NEDERBRAGT mocht in zijnen arbeid niet laten ontbreken — en hij wijdt aan het onderwerp degelijke, zakelijke beschouwingen — het, weinig op juridische gronden steunend, verkrijgen van pachtgebieden door Duitschland: Kiautschau, Rusland: Kwantoeng met Port Arthur (in beide gebieden waait thans de Japansche vlag), Frankrijk: bocht van Kwangtsjoewan in het Zuiden en Engeland: Kowloon bij Hongkong en Weihaiwei.

Met, als gevolg van een en ander, de Bokseropstand van 1900 en de vrede van Peking bij het protokol van 7 September 1901.

NEDERBRAGT's werk is eene belangrijke bijdrage voor de kwestie van den groei van Japan tot de mogendheid van den eersten rang, welke het nu is. Een krachtigen stoot daartoe gaf reeds de Russisch—Japansche oorlog, beëindigd bij den vrede van Portsmouth in 1905, waarbij, zooals KLEIN, aangehaald door NEDERBRAGT (blz. 179) opmerkt in zijn „Nord-Amerika und Ost-Asiën", Mantsjoerije één eigenaar (China) en twee bezitters (Japan en Rusland) verkreeg. Dat de ééne bezitter thans is uitgeschakeld, weet men.

De Russisch—Japansche oorlog was het eerste konflikt tusschen twee mogendheden sedert de Vredes-conferentie van 1899, waartoe nog wel het initiatief was genomen door den Tsaar zelven. Men heeft de beiden verweten niet gebruik gemaakt te hebben van bemiddeling. STEAD zette in Engeland eene beweging op touw om een beroep te doen in dien zin op den Russischen keizer en op den Mikado. Intusschen, art. 8 der Haagsche Conventie spreekt slechts voor de toepassing van eene bijzondere bemiddeling van de „circonstances qui le permettent". Elk beroep op het humaniteitsbeginsel bleek dan ook te vergeefs gedaan. Al kon aan eenige eischen, welke Japan aan Rusland stelde, een zeker juridisch

karakter niet ontzegd worden, toch werd het geschil in zijn geheel beschouwd als te zijn niet van juridischen aard, tevens te raken aan de levensbelangen van een der beide partijen; m. a. w. Rusland en Japan behoefden, krachtens het recht, hunne geschillen niet aan arbitrage te onderwerpen.

Nog lang zouden wij kunnen voortgaan met de bespreking van dit merkwaardige proefschrift. Tal van daarin behandelde kwesties lokken daartoe uit, o. a. de paragrafen over de internationale nederzettingen met hare eigenaardige rechtstoestanden, de consulaire rechtspraak en de positie van Nederland in China. De aanteekeningen, waartoe het werk ons noopte, zijn echter reeds uitvoerig genoeg geworden, te eerder dewijl wij slechts opwekken wilden tot kennismaking met het boek zelf. Nogmaals, dit is actueel; want de gedaanteverwisseling van den Stillen Oceaan gaat met groote schreden voorwaarts, ook in dezen zin: dat Japan en de Vereenigde Staten, bij de nog steeds voortdurende uitputting van Europa, de naaste toekomst der wereld zullen beheerschen, althans wat de gebieden van die onmetelijke wereldzee betreft. Hij, dus, die zich een begrip wil vormen van de, in het Verre Oosten, gevolgde „vreedzame doordringing", van de juridische vsrschijnselen, welke zich daarbij voordeden, van de economische wisselingen, die daarmede gepaard gingen, en eene poging wil doen om uit het verleden de horoscoop te trekken voor hetgeen aan de andere zijde der wereld eerlang zal gebeuren, kan NEDERBRAGT's arbeid gereedelijk bezigen als grondslag voor de studie, zonder welke de Nederlandsche staatsman en econoom, handelaar en reeder, technicus en industrieel, die zich, ook met het oog op Indië, willen bezig houden met Oost-Azië, het thans niet langer kunnen stellen.

Mei 1918. F. M. KNOBEL.

Mr. J. H. W. Verzijl: *Het prijsrecht tegenover neutralen in den wereldoorlog van 1914 en volgende jaren.* — 's-Gravenhage, Maart 1917. — Mart Nijhoff.

Dit academisch proefschrift ter verkrijging van den graad van doctor in de staatswetenschap, dat op 12 Juli 1917 door den referendaris ter gemeente-secretarie aan de rijksuniversiteit te Utrecht werd verdedigd, verheft zich ver boven het peil van dergelijke gelegenheidsgeschriften Het getuigt van eene bewonderenswaardige werkkracht, zoowel met het oog op den beperkten tijd, waarvoor de schrijver in verband met zijne drukke ambtsfunctiën kon beschikken, als met het oog op de weerbarstige en moeilijk toegankelijke grondstof. Het materiaal moest worden bijeengegaard uit de rechtspleging van de wijd verspreide en heterogene rechtsprekende organen van talrijke oorlogvoerende staten en alsdan vergeleken met de allerminst volledige regelen door gewoonte of verdrag gesteld, welke min of meer op de behandelde stof van toepassing waren. Maar noch de wankelbaarheid des grondvesten, noch de gladheid van den bodem, noch de verscheidenheid en tegenstrijdigheid der daarop rustende vonnissen, hebben den schrijver ontmoedigd.

Aan de hand van juiste beginselen heeft hij in den doolhof der geschillen over prijs en buit eenen weg gebaand en aldus eene kostelijke bijdrage geleverd tot beoordeeling van den huidigen rechtstoestand en tot voorbereiding eener betere toekomst Bedenkt men daarenboven, dat het gekozen onderwerp niet slechts een der ingewikkeldste, maar tevens een der gewichtigste en meest actueele onderdeelen van het neutraliteitsrecht betreft, dan mag men zich oprecht verheugen over deze zeldzame vrucht van ijver en scherpzinnigheid op een maar al te zeer verwaarloosd en toch voor Nederland zoo uiterst gewichtig onderdeel van het volkenrecht. Een beknopt overzicht van den rijken inhoud moge den belangstellenden lezer hiervan overtuigen.

Schrijver verdeelt zijn werk in vier hoofdstukken van ongelijken omvang. In eene korte inleiding verklaart hij aanvankelijk alleen de houding der oorlogvoerenden tegenover de Londensche Zeerecht-declaratie (L. Z. D.) te hebben bedoeld, doch door zijn onderwerp te zijn genoopt tot uitzetting der grenzen buiten haren inhoud, maar het prijsrecht tusschen

oorlogvoerenden onderling daarentegen uitdrukkelijk van zijn onderzoek te willen uitsluiten.

Hoofdstuk I geeft een vluchtig overzicht van het „prijsrecht tegenover neutralen vóór den wereldoorlog". Terstond treden twee eigenaardigheden van dit werk in een helder licht: beslistheid gepaard met bezadigdheid. Terwijl aan de Declaratie van Parijs van 16 April 1856 zonder aarzelen een universeele beteekenis wordt toegekend en eveneens aan de conventiën der beide vredesconferentiën van 1899 en 1907 alle recht wedervaart, betoogt schrijver met nadruk, dat de L. Z. D. niet mag worden beschouwd als een algemeen erkende uitdrukking van geldend gewoonterecht, doch veeleer als een compromis tusschen de contracteerende partijen, dat nieuw recht schiep en voor anderen geen bindende kracht heeft. „Een algemeen erkend zeeoorlogsrecht bestond nog in „de eerste jaren der 20ste eeuw niet en bestaat ook nu nog „niet" (blz. 32). Ondanks opzet en resultaten der Zeerechtconferentie „toonen de feiten ontwijfelbaar aan, dat er géén „algemeen rechtsbewustzijn en nog veel minder algemeen „erkende regelen waren" (blz. 33).

Dit belangrijk verschil in waardeering weerhoudt schrijver intusschen niet om ernstig te waarschuwen tegen overschatting der Declaratie van Parijs, alsof zij allerhande netelige vragen had opgelost, welke niet tot haren werkkring behoorden, en mitsdien vele daaruit afgeleide gevolgen nadrukkelijk te verwerpen (blz. 9 vlg.). Dit beweegt hem evenwel niet de voorstelling te aanvaarden van twee lijnrecht tegenstrijdige stelsels van zeeoorlogsrecht, waarvan het eene door Groot-Brittannië, de Vereenigde Staten en Japan, het andere door de voornaamste continentale machten zou zijn vertegenwoordigd (blz. 17). Schrijver heeft veel te nauwkeurig waargenomen om zich door zulke grove lijnen en klinkende leuzen te laten misleiden en toont duidelijk aan, hoe oppervlakkig de meesten zich bij overgeleverde dwalingen aansluiten. De moeilijke kunst van samenvatten openbaart zich evenzeer, bijv. waar de schrijver opmerkt, dat de verzoening der Engelsche en Fransche praktijken in 1856 er toe leidde, dat iedere partij van haar stelsel behield wat voor de neutralen gunstig was en prijs gaf wat hun schade berokkende, zoodat de Declaratie van 1856 hun een dubbel voordeel bracht (blz. 9).

Hoofdstuk II: „De houding der regeeringen in den wereld-„oorlog ten aanzien van het prijsrecht in het algemeen", splitst zich geleidelijk in vier onderdeelen, waarvan 1°. het initiatief der Vereenigde Staten vermeldt, die terstond alle oorlogvoerenden wilden bewegen om, onder beding van wederkeerigheid, de L. Z. D. als bindend recht te aanvaarden; 2°. de gedragslijn der belligerenten behandelt; 3°. die der neutralen; 4°. bijzondere tractaten. Het behelst officieele en

derhalve waardevolle gegevens, met zorg verzameld uit regeeringsoorkonden in velerlei vormen en talen. Het verraadt eene verrassende taalkennis van den schrijver, die niet slechts de drie bekende moderne talen beheerscht, maar ook Italiaansch, Spaansch en Deensch citeert, aan het Russisch niet vreemd is en alleen voor het Japansch terugdeinst. Overigens bestaat dit hoofdstuk grootendeels uit een oordeelkundige opgaaf van bronnen, welke intusschen menige juiste opmerking niet uitsluit. Zij bevestigt als het ware schrijvers slotsom, dat de L. Z. D. allerminst als bindend gewoonterecht is opgevat en aangewend.

Hoofdstuk III behandelt „de rol van den prijsrechter" en levert meer eigen werk. Uitnemend wordt op den voorgrond geplaatst, dat de staten zelf verantwoordelijk zijn en de prijsgerechten alleen als hunne organen mogen beschouwd worden, die als intermediair fungeeren en in den regel over prijsgeschillen oordeelen, wel te verstaan behoudens een aantal min of meer belangrijke uitzonderingen, waarin de rechtstreeksche aansprakelijkheid der staten ongerept blijft. Over aard en waarde dezer uitzonderingen kan men van gevoelen verschillen. Zij getuigen alle van het zelfstandig oordeel van den schrijver.

Verdienstelijker nog is de scherpzinnige uiteenzetting van de inconsequentiën, waaraan de lijnrecht tegenstrijdige opvattingen der Britsche en Duitsche prijsgerechten ten opzichte hunner verhouding tot de eigen nationale wetgeving zich schuldig maken. Deze toch hebben ten gevolge, dat ondanks verschil in theorie en uitgangspunt eene onmiskenbare toenadering in practijk en resultaat valt op te merken, die eensdeels verblijdt, doch anderdeels het belang der theoretische grondslagen bedenkelijk ondermijnt. Zeer juist concludeert schrijver tot het volkomen ongenoegzame eener zgn. internationale rechtspleging, welke geheel afhankelijk is van eene nationale wetgeving en van de eigenaardige opvattingen eener nationale rechterlijke macht.

Hoofdstuk IV: „De houding der oorlogvoerenden en „neutralen ten aanzien van de bijzondere vraagstukken" beslaat niet alleen de ruimste plaats in het boek, maar geeft daaraan ook de hoogste waarde. Onder *A* verzamelt schrijver eenige punten van algemeene strekking: de *tijd* gedurende welken, de *plaats* waar, de *organen* waardoor, de *objecten* waartegen het prijsrecht mag worden uitgeoefend; voorts eene toetsing der nieuwe oorlogsmiddelen aan het volkenrecht, eene beschouwing over represaille-maatregelen en eene verklaring van het neutraal of vijandelijk karakter van schip en lading. Reeds het tweede punt leidt hem tot eene besliste verwerping van het Engelsch-Amerikaansch standpunt, dat eene prijsmaking in de territoriale wateren van een neutralen staat wel is waar onrechtmatig acht tegenover den neutralen

staat, die daartegen protesteert, maar niettemin handhaaft tegenover belanghebbenden: eene halfslachtigheid, die de kwade trouw bedenkelijk nadert en de waarde van een objectief neutraliteitsrecht geheel miskent. Bij de bespreking van de objecten, m. a. w. de slachtoffers, keert schrijver zich nadrukkelijk tegen de Duitsche leer, dat het ongeoorloofd en onrechtmatig is handelsschepen tot zelfverdediging te bewapenen, en betoogt hij terecht, dat deze bewapening geenerlei invloed mag uitoefenen op de behandeling van neutraal personeel of materieel aan boord van het prijs gemaakt schip. In zekeren zin schijnt hij daarom te betreuren, dat de Nederlandsche regeering wegens haar aanvankelijke gelijkstelling van gewapende handelsvaartuigen met oorlogsschepen ook de eerste niet in hare territoriale wateren toelaat. Tegenover het „maximum van onrecht" door de duikbooten-praktijk vervallen „alle beperkende regelen omtrent de houding van handels-„vaartuigen in den zeeoorlog" (blz. 127). Tegen de theoretische verdediging van dezen onderzeeschen krijg door Duitsche juristen richten zich vervolgens schrijvers scherpste pijlen.

Ten opzichte van de ongeordende stof der represailles concludeert schrijver, dat zij althans zekere evenredigheid moeten in acht nemen en nooit tegenover neutralen geoorloofd zijn; elke afwijking toch van laatstgenoemd beginsel miskent de gelijkwaardigheid van het recht der neutralen met dat der oorlogvoerenden (blz. 140). De intrekking eindelijk van art. 57 L. Z. D., dat de vlag als eenig kenteeken der nationaliteit van een schip aanneemt, wordt door schrijver verdedigd op grond van de ervaring in dezen oorlog. Ook hier openbaart zich zijn scherp onderscheidingsvermogen (blz. 148/9).

Dit merkwaardig talent ontplooit zich evenwel eerst ten volle onder *B*; „de verschillende vraagstukken van materieel prijsrecht", waarin achtereenvolgens de regels 3 en 2 van de Declaratie van Parijs, de leer der voortgezette reis, regelmatige en onregelmatige blokkade, contrabande, vijandelijke bijstand en de regel van 1756 ter sprake komen. Hier liggen de hoofdverdiensten van schrijvers arbeid (blz. 166—314).

Ten aanzien van de tweeledige tegemoetkoming aan den neutralen handel door de Declaratie van Parijs komt schrijver bij zijn onderzoek naar de praktijken in den wereldoorlog tot een bevredigend resultaat, wat betreft onzijdige goederen onder vijandelijke vlag; de neutrale lading is ook in dezen oorlog ontzien, zij het ook zonder toekenning van schadevergoeding in geval van vernieling van het vijandelijk schip. Daarentegen is de onaantastbaarheid der neutrale vlag als dekking ook van vijandelijk goed onder allerlei valsche leuzen en onoprechte drogredenen reeds door de Engelsche en Fransche besluiten van Maart 1915 schromelijk verwaarloosd. Onder den bedriegelijken naam van *blokkade* — beurtelings officieel aanvaard en

verworpen (blz. 172, 173) — wordt een algemeen handelsverbod met den vijand uitgevaardigd, dat het zeeoorlogsrecht eeuwen terugzet.

Bijzondere zorg wijdt schrijver aan het ingewikkeld vraagstuk der *voortgezette reis* (continuous voyage). Terecht wordt de oorsprong daarvan opgespoord in den zoogenaamden regel van den oorlog van 1756 en vervolgens de ontwikkeling nagegaan, zoowel bij blokkadebreuk als bij contrabandevervoer; immers bij beide heeft het een invloedrijke rol gespeeld en eene verschillende oplossing gevonden. Voor het contrabande-recht acht schrijver de leer zelfs „volkomen „redelijk" (blz. 185).

Regelmatige blokkaden, welke met geringe wijziging en behoudens herstel van de toepasselijkheid der voortgezette reis overeenkomstig de regelen van Hoofdstuk I der L. Z. D. plaats hadden, kwamen tot medio 1917 tienmaal in dezen oorlog voor en worden blz. 188/89 opgesomd. Zij waren noch langdurig noch ingrijpend en worden geheel in de schaduw gesteld door de schoorvoetend als *onregelmatige* blokkaden aangekondigde uithongeringsmethoden der Geallieerden en duikbootenoperatiën der Middenstaten. „Door het zich aan alle „banden des rechts onttrokken hebbend optreden van de *beide* „groepen van belligerenten wordt een alleszins bevredigende „systematiek onmogelijk" (blz. 199). Het strooien van mijnen in het eigenmachtig tot oorlogszônes — military area, Sperrgebiet — verklaarde gedeelten der opene zee, de represaillemaatregelen, de verscherpte duikbootenkrijg, e. d. m. worden gegeeseld als maatregelen „in strijd met alle beginselen van „menschelijkheid en recht" (blz, 199). De zoogenaamde *rechtsgronden*, waarmede de Britsche en Duitsche varianten van de ontaarding van het blokkaderecht worden verdedigd zijn een ernstige bestrijding ternauwernood waardig. Zij zijn onvereenigbaar zelfs met eene strenge uitlegging van de Declaratie van Parijs, des te meer met de zooveel jongere codificatiën van 1907 en 1909. „Zoowel de Fransch-Engelsche als de Duitsche „blokkade is wederrechtelijk" (blz. 211). Evenmin is het mogelijk een aannemelijke verontschuldiging te vinden voor den duikbooten-oorlog: schrijver aarzelt niet de daarvoor aangevoerde geleerde argumenten niet anders dan theoretischen onzin te noemen (blz. 217). De onderzeesche krijg is intusschen voor de neutralen nog noodlottiger dan de blokkade, omdat zij neutrale onderdanen goederen en schepen, gelijkelijk met een wissen ondergang bedreigt. Met enkele juiste en tevens bemoedigende opmerkingen besluit schrijver dit deel van zijnen arbeid.

In den chaos van twijfel en onzekerheid, welke het *contrabande-recht* kenmerken, heeft de L. Z. D. orde willen brengen door hare vernuftige onderscheidingen en drie uitgewerkte

lijsten van volstrekte en van voorwaardelijke contrabanda en van uitgesloten artikelen. Schrijver vermeldt nauwkeurig de voortschrijdende afwijkingen door beide oorlogvoerende partijen van de aanvankelijk als richtsnoer aanvaarde regelen de Declaratie, welke hij niet slechts verklaart, maar voor het meerendeel ook verontschuldigt en alleen ten aanzien van de rechtsvermoedens voor eene ongeoorloofde of vijandelijke bestemming in bepaalden strijd acht met het stellig recht. Men kan dit oordeel te zachtmoedig noemen, maar niet ontkennen, dat schrijver met talent en overtuiging zijn oordeel staaft. Het stelsel der L. Z. D., hetwelk de leer der voortgezette reis voor de volstrekte contrabande aanvaardt en haar gelijktijdig voor de voorwaardelijke contrabanda verwerpt, behalve indien de goederen bestemd zijn voor vijandelijke landen, die geen zeegrenzen hebben, noemt schrijver onlogisch, onbillijk en practisch onhoudbaar (blz. 240). Hij verwerpt het beroep op een onvoorwaardelijk recht der neutralen op vrij verkeer tusschen neutrale havens (blz. 241) en hecht overwegende waarde aan de ware bestemming der goederen, doch verlangt tevens — naast eene ware internationale prijsrechtspraak in de plaats der eenzijdige gebrekkige en wisselvallige nationale prijsgerechten van onzen tijd — een stevigen grondslag voor de rechtspleging door eene nieuwe conventioneele regeling van bewijslast en rechtsvermoedens (blz. 247). Daarom bestrijdt hij uitvoerig als onrechtmatig de telkens grootere vrijheden, welke de oorlogvoerende partijen zich hebben veroorloofd in wetgeving en rechtspleging om willekeurige vermoedens te construeeren en den bewijslast om te keeren. Dit betoog wordt achtereenvolgens vastgeknoopt aan de telkens gewijzigde en steeds krasser maatregelen der geallieerden en de navolgingen daarvan door de centrale mogendheden. Het verliest hierdoor iets van de kracht en de eenheid, welke deze weerbarstige stof eigenlijk vordert. Desniettemin is schrijvers slotsom juist en hoogst belangrijk. Geen spitsvoudige en kunstmatige onderscheidingen, alleen klare en afdoende bewijzen van den verboden aard en bestemming, onderworpen aan het onderzoek en de beslissing van een onpartijdigen internationalen rechter, kunnen den Ariadnedraad weven, die uit den doolhof van het contrabande-recht voert. „In dezen oorlog is het verworden tot „een middel van economischen strijd en uithongering (blz. 254).

In het overzicht van de rechtspraak der tegenwoordige nationale prijsrechters heeft schrijver ruimschoots gelegenheid te wijzen op hare partijdigheid, oppervlakkigheid en tegenstrijdigheid, al erkent hij volmondig de grootere nauwgezetheid en zorgvuldigheid van den Engelschen prijsrechter boven anderen. Het vonnis van den Franschen Conseil des Prises van 19 Februari 1915, vermeld op blz. 279, toont dit treffend aan en

wettigt FROMAGEOT's oordeel: „que l'ensemble des solutions ad-„mises dans la pratique par les différents états n'est à proprement „parler, qu'un long tissu de contradictions" (blz. 299).

Eene veel kortere beschouwing is gewijd aan den *vijandelijken bijstand*, een nieuwen naam voor een oude zaak, vroeger als quasi contrabande aangeduid Aan Hoofdstuk III artt. 45/47 der L. Z. D. wordt eene gemotiveerde lof toegekend voor de wijze, waarop zij deze twijfelachtige zaak hebben geregeld, en eene levensvatbaarheid voorspeld, welke de beide voorafgaande regelingen van de beperkingen van den vrijen handel der neutralen reeds lang hebben verloren. Hierbij geeft hij een uitlegging van het woord ingelijfden (incorporés) in artt. 45 en 47, welke mij uit een exegetisch oogpunt betwistbaar, van juridisch standpunt verwerpelijk voorkomt (blz. 307). Eindelijk verdedigt hij het voortbestaan van den regel van den oorlog van 1756 als geenszins verouderd, noch in strijd met de latere ontwikkeling van het volkenrecht (blz. 311 vlg.).

Het korte slothoofdstuk *C* stipt slechts „enkele vragen van formeel prijsrecht" aan, zooals visitatie, convooi „schijnbaar voor goed in onbruik geraakt" (blz. 316), misbruik van de neutrale vlag, volgens schrijver ten onrechte als zoodanig gewraakt, verzet tegen de uitoefening van het prijsrecht, bovenal de vernieling van neutrale prijzen, welde door geen duikbootentechniek kan worden gerechtvaardigd. Hij onthoudt zich intusschen van eene behandeling van het procesrecht in engeren zin. Men kan dit betreuren, maar mag het niet misprijzen. De stof was reeds overvloedig en noopte zelfs in het laatste hoofdstuk tot een onevenredige inkrimping.

Geeft het voorafgaande eenig denkbeeld van den rijken inhoud en den gekozen vorm, dan onthoud ik mij van aanmerkingen op onderdeelen of op gevolgtrekkingen, welke mij twijfelachtig, zoo al niet onjuist, toeschijnen Zij betreffen voor het meerendeel ondergeschikte punten en hebben voor de lezers van dit tijdschrift geringe waarde. Liever vestig ik ten slotte de aandacht op de groote deugden van dezen superieuren arbeid en op de gezonde rechtsbeginselen, die daaraan ten grondslag liggen, zooals 1°. de souvereiniteit der staten, op wier vrijen wil enkel en uitsluitend het volkenrecht berust (blz. 243); 2°. de meerderheid van het volkenrecht boven het nationaal recht in dien zin, dat nationale rechtsregelen voor internationale moeten wijken; 3°. gelijkwaardigheid van het recht der neutralen met dat der belligerenten (blz. 140, 210); 4°. eene strenge scheiding van recht en gerechtigheid, waartusschen de grenzen niet zonder den grootsten afbreuk aan de waarde van het recht kunnen worden uitgewischt (blz. 232, 245); 5°. deductie uit de kern of grondgedachte van een rechtsinstituut overal waar een

stellig voorschrift ontbreekt (bijv. blz. 246); 6°. bovenal echter eerbied voor ethische beginselen, welke niet alleen schrijvers algemeene beschouwingen beheerscht, maar ook bij de beantwoording van concrete vragen voorlicht (bijv. blz. 250). „Onrecht, ook al wordt het onder vermeende rechts-„gronden bedolven, wordt daardoor nimmer tot recht" (blz. 137).

Ik eindig met eene herhaling van mijn gevoelen, thans toegelicht en bewezen, dat hier beslistheid van oordeel gepaard gaat met eene bezadigdheid, die partijdigheid versmaadt maar een zuiver zedelijk oordeel niet schroomt. Het voortreffelijk geschrift moge den schrijver nopen zijn eerste liefde niet te verzaken en de karige volkenrechtsliteratuur van zijn vaderland met nog menige rijpe vrucht te verrijken.

Hilversum, Juni 1918. J. DE LOUTER.

Kritische uiteenzetting van de thans in de strafrechtswetenschap gehuldigde opvattingen omtrent de vraag, of het bewustzijn der onrechtmatigheid enz. gevorderd moet worden en gevorderd wordt als bestanddeel van strafbaar opzet. — Proefschrift door Mr. P. M. TRAPMAN. — Utrecht 1917.

Dit in vele opzichten verdienstelijke proefschrift bevat meer dan de — trots het daarin voorkomende „enz." nog zeer wijdloopige — titel zou doen verwachten. Het geeft de daarin aangeduide uiteenzetting niet alleen voor het strafbaar opzet, doch terecht voor de geheele strafbare schuld.

Voor den lezer het belangrijkst zijn de eerste § van het eerste hoofdstuk en het laatste hoofdstuk, welke deelen van het proefschrift onderscheidenlijk een algemeene uiteenzetting van het vraagstuk en de oplossing daarvan langs den door Schrijver aanbevolen weg behelzen.

Duidelijk worden in bedoelde eerste § de twee tegenstrijdige opvattingen of groepen van opvattingen tegenover elkander gesteld. Wie een z.g.n. kleurloos opzet voldoende achten loopen gevaar onschuldigen te straffen en geven het schuldbeginsel op door het van een zedelijk begrip, wat het naar zijn ontstaan is, omlaag te halen tot niet meer dan een causaliteitsbegrip. Wie daarentegen voor de strafbaarheid bij den dader bewustzijn vorderen van de onrechtmatigheid zijner handeling veronachtzamen de belangen der gemeenschap, welke een volstrekte bescherming eischen, onafhankelijk van dit bewustzijn, gelijk dan ook de straf naar haar oorsprong geenszins rechtvaardiging behoeft in een voorafgegane strafbedreiging, doch niet meer is dan de noodzakelijke terugslag op de onmaatschappelijke daad. Hun eisch is ook om redenen van praktijk niet voor inwilliging vatbaar: hoe zal men bewijzen, dat de dader op het tijdstip, waarop hij het strafbaar feit pleegde, de wet kende, die dit verbood, en overweegt op dat oogenblik eigenlijk wel één dader de rechtskundige beteekenis van zijn handeling?

De ééne partij verliest uit het oog, dat het recht heden ten dage niet niet meer mag zijn blinde reactie op een schadelijke daad, de andere vergeet, dat een strafbaar feit zonder bewustzijn der wederrechtelijkheid gepleegd, niettemin nadeel voor de rechtsorde beteekent. De oplossing moet naar Schrijvers meening in het midden liggen.

En daar vindt hij haar ook in zijn laatste hoofdstuk. Het vraagstuk is een schuldvraagstuk; om het op te lossen dient men dus wel tot een definitie van het schuldbegrip te komen. Wil schuld aanwezig zijn, dan moet den dader een *verwijt* gemaakt kunnen worden: schuld is het causaal geworden wilsgebrek. Dus is het niet mogelijk iemand verantwoordelijk te stellen voor daden, die wel door den wetgever zijn verboden, maar van welke hij het onrechtmatig karakter niet heeft *kunnen* kennen; voor schuld is derhalve *mogelijkheid* van het bewustzijn der wederrechtelijkheid vereischt. Immers de wetgever wil met zijn verbod een tegenmotief in den dader verwekken; is het dezen niet mogelijk geweest dit tegenmotief te verwerven, dan treft hem, waar hij handelt, geen verwijt. Men mag dus niet maar uit de afkondiging van het wettelijk voorschrift het bestaan van het wilsgebrek afleiden, dat, causaal geworden, schuld oplevert. Die afkondiging begint eerst te werken, zoodra zij door den dader wordt gekend, of het aan zijn nalatigheid te wijten is, dat die kennis hem ontbreekt.— De overblijvende bewijsmoeilijkheid acht Schrijver gemakkelijk op te lossen. Het bestaan der mogelijkheid van wederrechtelijkheidsbewustzijn bij den dader bewijst men uit diens karakter en opvoeding, het milieu waarin hij verkeert en bovenal uit zijn gedrag na het verrichten der daad. Meestal zal trouwens dit bewijs niet noodig zijn, doch als er aanwijzingen zijn van het ontbreken van het vereischte bewustzijn bij den dader, zal de rechter naar de aanwezigheid een onderzoek moeten instellen.

Het zij mij vergund, hier eene opmerking te plaatsen. De schrijver is bij het samenstellen van zijn proefschrift — het kon ook niet anders — vooral te rade gegaan bij Duitsche rechtsgeleerden. In Duitschland gelden bij de vervolging het legaliteitsbeginsel en bij de bestraffing hooge strafminima. Ten onzent daarentegen wordt de beteekenis van het vraagstuk tot heel wat engere grenzen teruggebracht door de vrijheid van het O. M., eene strafvervolging achterwege te laten en door de mogelijkheid de straf tot een zeer laag minimum te beperken.

Ja, die Duitsche schrijvers! Aan hunne stelsels is verreweg het grootste, nog niet door mij besproken deel van het proefschrift gewijd en dit deel schijnt mij heel wat minder geslaagd dan de eerste § en het slothoofdstuk. Niet omdat de schrijver die stelsels niet grondig bestudeerd heeft of ze onvolledig weergeeft, maar om de vorm, die hij daarvoor heeft gekozen. In bonte rij trekken aan het oog van den lezer voorbij zij die tevreden zijn met een kleurloos opzet en hunne tegenstanders, die voor de strafbaarheid bewustzijn eischen van de wederrechtelijkheid of van de strafbaarheid of strafwaardigheid, of van de „Normwidrigkeit", of van de

„Staatswidrigkeit" of „Gesellschaftswidrigkeit", of van de Pflichtwidrigkeit, terwijl de reeks wordt besloten door hen, die meenen, dat met mogelijkheidsbewustzijn kan worden volstaan en wier leer door den Schrijver in het reeds besproken slothoofdstuk wordt omhelsd. Aan iedere groep is een § gewijd en in elke § wordt van de opvattingen van een aantal tot de groep behoorende schrijvers een uittreksel gegeven, elk uittreksel gevolgd door een korte kritiek en aan het slot een algemeene kritiek. Voor den lezer is deze behandeling ontzaglijk vermoeiend en ten slotte vrij nutteloos; immers de waarde van zulk een uittreksel is uit den aard der zaak gering voor wie het oorspronkelijke niet kent. Ook leidt deze werkwijze noodzakelijkerwijs tot herhalingen. Voor den Schrijver was het maken van deze uittreksels natuurlijk een zeer vruchtbare studie; echter had hij beter gedaan door de uitkomsten daarvan niet in deze ruwe vorm aan den lezer voor te zetten, doch ze tot een geheel te verwerken, waarbij hij zich wellicht had kunnen beperken tot wat hij nu bijeenbracht in zijn algemeene kritieken, die in leesbaarheid een eind boven het hen omringende ruwe materiaal uitsteken.

Hieraan zij echter dadelijk toegevoegd, dat de geschiedenis van het proefschrift de daarin gevolgde werkwijze verklaart. Het heeft namelijk zijn ontstaan te danken aan eene — met goud bekroonde — beantwoording door den Schrijver van eene prijsvraag der Utrechtsche rechtsgeleerde Faculteit, waarin een „kritische uiteenzetting" verlangd werd „van de thans in de strafrechtwetenschap gehuldigde opvattingen omtrent de vraag, of het bewustzijn van de onwettigheid, de onrechtmatigheid of de ongeoorloofdheid der handeling gevorderd wordt of moet gevorderd worden voor het aannemen van strafbaar opzet". In deze beantwoording was de gevolgde werkwijze op hare plaats en men mag er den Schrijver niet hard over vallen, dat hij, begrijpelijkerwijs dezelfde stof kiezende voor zijn proefschrift, zijn kritische uiteenzettingen niet meer besnoeid en omgewerkt heeft.

Intusschen voor een nogmaals verkorte weergave en beoordeeling leenen de bedoelde uittreksels en kritieken zich uiteraard niet en ik kan dus dit deel van het proefschrift verder laten rusten. Behalve het korte derde hoofdstuk, waarin de Fransche strafrechtswetenschap in verband met het vraagstuk wordt behandeld, blijven nu nog het tweede en het vierde hoofdstuk ter bespreking over.

Het tweede is gewijd aan het Nederlandsche positieve recht en de rechtspraak. Terecht betoogt de Schrijver, dat ons strafwetboek zich met een kleurloos opzet tevreden stelt, behoudens natuurlijk in die gevallen, waarin het uitdrukkelijk een op de wederrechtelijkheid gericht opzet eischt. De rechtspraak

betreft vooral de bekende strijdvraag over de waarde der uitdrukking „opzettelijk *en* wederrechtelijk". De schrijver kiest hier partij voor de ook door den Hoogen Raad gehuldigde opvatting, dat, waar de wet deze uitdrukking bezigt, het opzet de wederrechtelijkheid niet beheerscht.

Het vierde hoofdstuk is getiteld: „„De ontwerpen en de oorlogsmaatregelen". De hierin behandelde stof is eenigszins ongelijksoortig van samenstelling: zij bestaat uit de Duitsche, Oostenrijksche en Zwitsersche ontwerpen voor een strafwetboek en uit den toestand, in Nederland en in Duitschland geschapen door de tallooze oorlogswetten en -verordeningen, in welke vaak bij het omschrijven van strafbare feiten van opzet of van schuld in het geheel niet gerept wordt. Ware de schrijver reeds in de praktijk werkzaam geweest, hij zou zich zeker bij de bespreking van het laatste punt niet de gelegenheid hebben laten ontglippen, te wijzen op een wetsartikel en op een arrest, die met zijn onderwerp in nauw verband staan. Ik bedoel art. 12 der Distributiewet 1916, dat de strafbaarheid van het verkoopen boven de vastgestelde maximum-prijzen schijnt vast te koppelen aan bekendheid met hare vaststelling of met de mogelijkheid van die bekendheid, en het arrest van den Hoogen Raad van 29 Maart 1915 (W. 9764), waarbij is beslist, dat tot de bestanddeelen der overtreding van een uitvoerverbod niet behoort, dat de dader met het bestaan van dit verbod bekend was, eene stelling, welke ook is nedergelegd in de conclusie voorafgaande aan 's Raads arrest van 15 Maart 1915 (W. 9769).

Mijn eindoordeel over het besproken werk is, dat het als proefschrift zeker goed geslaagd mag heeten daar het bewijst, dat de Schrijver zijn onderwerp grondig en met vrucht heeft bestudeerd en zijne opvattingen goed weet te verdedigen. Daarentegen brengt het de wetenschap niet verder en heeft het door zijn minder gelukkige vorm voor den praktischen rechtsgeleerde niet de waarde, welke het anders zou kunnen gehad hebben. Hooge wetenschappelijke of praktische eischen mag men echter aan een proefschrift ook niet stellen, vooral niet wanneer daarin een stof behandeld wordt, die zelve reeds zoo moeilijk is als deze. Op grond van den geleverden arbeid kan van den Schrijver verwacht worden, dat hij aan de wetenschap en aan de praktijk nog goede diensten zal bewijzen.

Mei 1918. L. Ch. Besier.

Regeeringskinderen, Academisch proefschrift door W. P. C. Knuttel. 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1918.

„Wij zijn wat de werking der Kinderwetten betreft op een dood punt aangekomen en het is dringend noodig dat met krachtige hand worde ingegrepen ten einde de noodlottige gevolgen van deze toestanden te keeren en den geregelden gang van zaken voor de toekomst te verzekeren.

Elk langer talmen en aarzelen maakt den toestand slechter. Met kleine lapmiddelen en peuterige maatregelen komt men er niet meer."

Zoo schreeft Jhr. Mr. A. J. Rethaan Macaré in het Tijdschrift voor Armenzorg en Kinderbescherming van 23 Maart 1918 (nº. 871).

Ieder die met de practische werking der Kinderwetten in aanraking komt, kan niet anders dan deze woorden bevestigen. De verlamming der goede werking betreft vooral de regeeringskinderen; de regeering weet met vele van haar kinderen geen raad. Reeds loopen in alle groote steden tientallen ter beschikking van de regeering gestelden met hun vonnis in de zak rond, sommigen al maanden lang, zonder kans dat zij in den eersten tijd opgezonden zullen worden, omdat alle gestichten, rijksopvoedingsgestichten, rijks- en andere observatiehuizen, particuliere gestichten, tuchtscholen, zelfs huizen van bewaring (helaas bij gebrek aan beter nog al te dikwijls tegen de bedoeling van de Kinderwetten in voor voorloopige detentie van minderjarigen gebruikt) tot den nok vol zitten. Wat moeten de parketten, de rechtbanken nu doen met al die misdadige minderjarigen, van wie dagelijks in toenemende mate processen-verbaal inkomen. Hen niet vervolgen? Dan zijn de gevolgen niet te overzien, want dan zullen er weldra geen processen-verbaal meer inkomen en zal volkomen verwildering intreden. Hen doen veroordeelen met de wetenschap dat ook zij weer met een vonnis in hun zak zullen rondloopen en bijdragen tot de daling van het gezag der Justitie? Moeilijk dilemma.

Wie zich dagelijks voor deze vragen geplaatst ziet, neemt met belangstelling een dissertatie ter hand getiteld: „Regeeringskinderen", in de hoop dit brandende vraagstuk hierin behandeld te vinden, wellicht nieuwe wegen die bewandeld zouden kunnen worden te zien aangegeven, na critiek op den gevolgden weg.

Hij zal dit alles in het proefschrift niet vinden en dit behoeft niemand te verbazen. Een dissertatie is maar zelden geboren uit den drang om naar de oplossing van brandende vraagstukken te zoeken. Meestal bestaat eerst de wensch om een boek te schrijven, zijn krachten te meten en gaat de schrijver daarna zoeken naar een onderwerp. Dat wie zoo tegenover deze vraagstukken staat, zich beperkt tot de nauwkeurige bestudeering en beschrijving van den bestaanden toestand, is begrijpelijk en ook in 't geheel niet af te keuren. De schrijver heeft zich blijkbaar geen ander doel gesteld, en heeft zich zijn taak niet licht gemaakt, maar met veel nauwkeurigheid, ook niet zonder belangstelling en scherpzinnigheid den hoofdinhoud der strafrechterlijke Kinderwetten en de uitvoering daarvan hier te lande beschreven. Zulk een boek, dat een goed overzicht geeft van den bestaanden toestand is zeker niet zonder nut. Dat deze onderwerpen zoo zeer de belangstelling der studenten wekken is toe te juichen. In de laatste maanden vier dissertaties over onderwerpen de Kinderwetten betreffend (Mej. Meyers en Mej. Hanna Hillesum over het Rijksopvoedingsgesticht te Zeist, P. A. van Toorenburg „Kinderrecht en kinderzorg in de laatste honderd jaren", en de hier besprokene).

Op dit oogenblik is in bewerking een dissertatie dat tot onderwerp heeft de resultaten der Kinderwetten. De schrijfster wil nagaan wat van de thans meerderjarigen na invoering der Kinderwetten terecht is gekomen Een niet geringe arbeid. Of het mogelijk zal zijn op uitgebreide schaal daarover nauwkeurige gegevens te verkrijgen zal moeten blijken. Vooralsnog betwijfel ik dit wel, maar ook al was het aantal personen over wie men gegevens verzamelde (mits deze maar nauwkeurig en eenigszins uitvoerig zijn) niet zoo groot als men wenschen zou, dan acht ik zulk een onderzoek toch van het grootste belang.

Daar moet het toch heen, dat wij meer en meer ons rekenschap geven van het werkelijk effect van wat wij doen, het effect van het stel paedagogische bewerkingen die de Kinderwetten als een reusachtige proefneming op het misdadige kind toepassen.

Wel zijn reeds pogingen in deze richting gedaan door het publiceeren van statistieken van geslaagden en het openen van tentoonstellingen van gestichtsarbeid. Het ernstige bezwaar tegen die statistieken van geslaagden is, dat zij over 't algemeen veel te snel na het ontslag worden opgemaakt. Het bezwaar tegen tentoonstellingen van proefstukken van verpleegden in gestichten mag bekend worden geacht, n.l. dat zij weinig waarde hebben voor het bepalen der kansen van de pupillen om in het proefstuk-vak hun brood te verdienen.

Neen, op andere wijze zullen wij de werkelijke waarde van

al dit kostbare en zooveel toewijding vergend werk moeten leeren kennen.

Een vraag b.v. die wellicht voor beantwoording vatbaar zou zijn, wanneer men er een stelselmatig onderzoek naar wilde instellen is deze: *hoevele ontslagen rijksopvoedelingen blijven op den duur bij het vak, dat zij in het rijksopvoedingsgesticht hebben geleerd en verdienen daarmede hun brood.*

In een gesprek onlangs met twee mannen van de praktijk werd ernstig betwijfeld of dit aantal groot is.

Mr. KNUTTEL schrijft hiervan op blz. 128: „vrij velen blijven bij het geleerde vak". Dit is wel wat heel vaag. Men zou wenschen te weten *hoe velen* en *hoe lang.*

Mocht juist zijn dat niet zeer velen daarbij bleven, dan zou het de moeite waard zijn naar de reden daarvan een onderzoek in te stellen en het is niet ondenkbaar dat men dan tot de conclusie kwam van een directeur van een bekend particulier gesticht, die meent dat hoe voortreffelijk het vakonderricht in een gesticht ook moge zijn, een gesticht, door het wezen zelf van deze inrichtingen, niet de plaats is waar een jongen het best een vak leert Het kunstmatige, het niet-noodzakelijke, de totale afwezigheid van haast, van noodzakelijke snelheid van werken, al die niet op te heffen, want aan het gestichtsleven inhaerente factoren komen hem voor weinig gunstig te werken voor het vertrouwd raken met een vak, zoodat een jongen er zich spoedig in thuis gevoelt, vakman wordt.

Dit zou dan, te zamen met vele andere grieven tegen gestichtsverpleging van jongens *boven de 16 jaar* (indien niet geheel onvermijdelijk) tot de vraag leiden, of niet op veel grooter schaal kinderen uit de rijks- en particuliere gestichten konden overgebracht worden in gezinsverpleging. Het mes zou van twee kanten snijden: den kinderen zou het volgens veler meening ten goede komen en de gestichten zouden ontlast worden en daardoor in staat zijn velen die nu wachten op te nemen.

Blijft de groote vraag: zijn er genoeg goede gezinnen te vinden?

Naar mijn ervaring: ja. *Echter op twee voorwaarden:*

1°. *dat men behoorlijk betaalt.* De meeste vereenigingen die klagen dat zij geen goede gezinnen kunnen vinden, betalen geheel onvoldoende. waardoor zij ten eerste beperkt blijven tot een bepaalde categorie van gezinnen, wat groote vrees voor kinderexploitatie wettigt, en waardoor men zich moet beperken tot een paar provincies waar kinderverpleging in zwang is, terwijl wie meer wil betalen (slechts in den aanvang, want spoediger en meer gaat de jongen verdienen in deze soort gezinnen dan in de goedkoope) zich ook andere provincies geopend ziet, waar een hoogere klasse van gezinnen woont,

die zich tot dusverre niet met gezinsverpleging bezig hield, maar tegen behoorlijke betaling daarvoor wel te vinden en op te voeden is, en die, goed uitgezocht, wel degelijk de capaciteiten daarvoor blijken te bezitten;

2°. *dat men stelselmatig de gezinnen controleert.* Onder stelselmatige verplegingscontrôle moet men verstaan: een contrôle uitgeoefend door: een deskundige, die daarvan zijn vak maakt; die er voor gesalarieerd is; die niet alleen de plaatselijke toestanden kent, waar het kind (of de jonge man, of het jonge meisje) verpleegd wordt, maar vooral ook het milieu kent waar het kind uit voort komt; die het kind zelf door en door kent, van den aanvang af zijn vertrouwen heeft gehad en nu zelf overal gaat zoeken naar een voor dit kind passend gezin. De heer KNUTTEL wijdt goede bladzijden aan de gezinsverpleging (blz. 147 e.v.), maar legt hierop niet den nadruk, met velen meent ook hij nog dat contrôle van plaatselijke agenten voldoende is. Zeker kan men deze niet missen, de deskundige (inspecteur, ambtenaar voor gezinsverpleging, hoe men hem noemen wil) die de leiding in handen heeft moet steeds met plaatselijke agenten overleggen, maar de leiding van de opvoeding (onder toezicht van het bestuur) zij in zijn handen, hij zij het levend contact tusschen het bestuur dat de plaatselijke toestanden van de ouders en den agent die de plaatselijke toestanden van de pleegouders kent. Het bestuur zelf kan die taak niet vervullen, overal waar dit tijdelijk goed ging, is gebleken of zal op den duur blijken, dat de leden er niet genoeg tijd en zorg aan kunnen besteden. Een enkel bestuurslid kan dat eens doen, maar hij verhuist of overlijdt en dan gaat het mis.

Veel van de gegronde critiek op gezinsverpleging is hieraan toe te schrijven, dat deze onmisbare voorwaarden niet zijn vervuld. Op deze wijze geregeld, is uit de gezinsverpleging nog heel wat meer te halen dan thans geschiedt.

Maar dat kost geld, ongetwijfeld, en de vereenigingen zullen een verzoek van de regeering tot overneming van een belangrijk aantal verpleegden niet kunnen aanvaarden, wanneer niet de subsidie *belangrijk* verhoogd wordt. Daarover is nu wel gebleken dat alle vereenigingen en mannen en vrouwen van de praktijk het eens zijn, men moet, zooals ondergeteekende, met tientallen van vereenigingen en gestichten in aanraking komen om daarover te kunnen meespreken, en de klacht van Mr. SEGERS in *Themis* n°. 1 van het LXXIXe deel, noot blz. 144 over Subsidiejacht, blijkende uit het feit dat in „Hoenderloo" van 320 verpleegden 149 regeeringskinderen zijn, lijkt mij dan ook zeer onbillijk en onjuist gezien. Wanneer „Hoenderloo" een zoo groot aantal regeeringskinderen heeft aangenomen, dan mag dit „Hoenderloo" niet verweten worden, maar integendeel moet

de regeering en ieder belastingbetaler daar „Hoenderloo" zeer dankbaar voor zijn, want daarmede heeft het den Staat tonnen gouds (ik overdrijf niet) uitgespaard: — had „Hoenderloo" de regeering hiermede niet geholpen, dan zou de regeering genoodzaakt zijn geweest een nieuw rijksopvoedingsgesticht te bouwen, wat héél wat meer zou hebben gekost dan de halve bouwsubsidie en de verplegingssubsidie! En „Hoenderloo"? Het heeft er waarlijk geen geldelijk voordeel van getrokken, wel het tegendeel. Schatten heeft de vereeniging moeten bijpassen. Neen, men kan den vereenigingen en gestichten die regeeringskinderen verplegen geen subsidiejacht verwijten; veel moeilijker dan voor anderen is het voor haar bijdragen van particulieren te krijgen, de meesten die niet op de hoogte zijn, beginnen met te weigeren, zeggend: voor die kinderen moet de regeering zorgen. Verder is het moeilijk om voor regeeringskinderen te zorgen, omdat men dan met al de regeeringseischen te maken heeft en zeker moet waken geen concessies te doen die eenig beginsel zouden schaden. Het is in veel opzichten gemakkelijker z.g.n. vrije pupillen op te voeden; maar indien men overtuigd is dat particuliere vereenigingen beter in staat zijn op te voeden, dat zooveel mogelijk de opvoeding aan haar moet worden toevertrouwd en de regeering alleen aanvullend zelve moet opvoeden, waar het niet anders kan (de grondgedachte van de Kinderwetten), dan stelt men zich gaarne beschikbaar voor de opvoeding, ook van deze moeilijkste kinderen en zorgt wel dat men zich niet in een verkeerde richting sturen laat. Hen die zich daarvoor beschikbaar stellen is men dank verschuldigd. Er is nog een belangrijk voordeel verbonden aan het opvoeden van regeeringskinderen of van kinderen van ontzette en ontheven ouders (waarvoor men immers ook subsidie ontvangt en zich dus ook contrôle moet laten welgevallen) n.l. dat men over deze kinderen macht heeft, terwijl de vrije pupillen zoo dikwijls halverwege de opvoeding door de ouders weer worden thuisgehaald (immers een van de hoofdmotieven waarom op het invoeren der Kinderwetten is aangedrongen), waardoor alle moeite vergeefs is geweest. De tegenstelling die Mr. Segers maakt tusschen opvoeden met subsidie en opvoeden voor rekening van particulieren gaat ook daarom niet op, omdat alle gestichten die met subsidies zijn gaan opvoeden, tevens veel meer bijdragen van particulieren hebben moeten vragen: de subsidie is onvoldoende en het werk werd uitgebreid. Ik moet dan ook tegenspreken de klacht van Mr. Segers dat er tegenwoordig niet veel meer gegeven wordt voor philanthropie Integendeel er wordt enorm veel gegeven, ik mag dit uit ervaring zeggen, niet minder dan vroeger, ook nog in deze oorlogsjaren.

Ik zou daarom wenschen dat door de regeering een nog

veel krachtiger beroep werd gedaan op de particulieren om regeeringskinderen van haar over te nemen.

„Regeeringskinderen"! Hoe moeilijk is het reeds voor ouders, voor voogden, voor vereenigingen, om kinderen op te voeden, maar een regeering, een minister, een departement, nog wel een departement van justitie, hoe is dat mogelijk?

Zeker, de minister kan zijn macht delegeeren aan bekwame ambtenaren, zich laten adviseeren door een college van deskundigen; de opvoeding zelve kan hij toevertrouwen aan bekwame paedagogen, die zelf weer paedagogen met de dagelijksche opvoeding kunnen belasten; hij kan de opvoeding laten controleeren door inspecteurs; hij kan ter bepaling van de keuze van opvoeding observatiehuizen openen met bekwame paedagogen aan het hoofd, die weer paedagogen aanstellen voor de dagelijksche observatie, daarbij voorgelicht door psychiaters, waarbij de „intelligentieschaal" van Binet & Simon of van Bobertag licht moet geven over de ontwikkelingsmogelijkheden van het verstand der verpleegden, waarbij het „inprentingsvermogen" of de „Merkfähigkeit" door een breuk kan worden uitgedrukt en de methode van Prof. Heymans vergunt den pupil naar zijn karakter of gemoedsaard in een rubriek in te deelen, terwijl ook na „prosecutieve observatie", dit alles kan samengevat worden in een „psychogram" met een eindconclusie, die den minister waarborgt met de opvoeding niet over een nacht ijs te gaan. Maar of deze geheele ingewikkelde bewonderenswaardige machinerie ten slotte de regeering waarlijk in staat stelt haar „kinderen" op te voeden, en welke de kansen zijn op goede resultaten, is natuurlijk een andere vraag, die niet gemakkelijk is te beantwoorden.

„Regeeringskinderen", dit instituut is de kracht en de zwakheid van de geheele Kinderstrafwet. Hiermede heeft de opvoeding haar intrede gedaan in de Strafwet. Straffen niet voldoende, neen voor vele kinderen (en het zijn de ernstigste gevallen) is een geheel nieuwe opvoeding, een *dwangopvoeding* noodig. Wie zal de opvoeder zijn? Die de verantwoording draagt, zegt de wet, d. i. de regeering. Maar wie is dat de regeering?

De minister van justitie? Ja, maar hij kent zijn „kinderen" niet (wel op papier, maar dat is niet persoonlijk kennen) en toch moet hij *beslissen, dat is opvoeden.* Want opvoeden is vóór alles een persoonlijk werk, alleen een persoon kan een persoon opvoeden. Maar tevens is het: in hoogste instantie beslissen, hij die de beslissing heeft is de eigenlijke opvoeder. Opvoeden is opleiden, er is een leider en een die geleid wordt; de leider is hij die de verantwoordelijkheid draagt en daarom de macht moet hebben. Deze leider kan de macht wel tijdelijk voor een deel uit handen geven, maar de

leider d.i de eigenlijke opvoeder blijft hij. Dat blijkt ook telkens: een vader kan zijn zoon naar een kostschool sturen en daar laten opvoeden. Toch blijft hij de opvoeder, omdat hij beslist, want als de school hem niet bevalt of wanneer hij andere plannen heeft, neemt hij hem er af, bij hem berust de macht, hij kan de beste opvoeding in de war sturen, of de grootste fouten herstellen, hij heeft de verantwoordelijkheid, hij draagt den jongen.

De grondslag van de opvoeding is dus: de verhouding tusschen dien oppersten opvoeder = beslisser = machthebber, = leider, en den geleide. De hoofdvoorwaarden voor een goede opvoeding zijn dus: 1°. dat er een *persoonlijke band* bestaat tusschen dien leider en hem die geleid wordt; 2°. dat de leider een *goeden invloed* heeft op den geleide, hem goed begrijpt en goede beslissingen neemt; 3°. dat de leider *vrij zij in zijn beslissingen*, al staat het hem vrij, al is het zelfs zijn plicht in allerlei moeilijkheden voorlichting te zoeken en al zal hij steeds genoodzaakt zijn groote of kleine deelen van de opvoeding aan anderen op te dragen.

Hoe staat het nu met de regeeringskinderen? Opvoeder (= machthebber = beslisser) is de Minister van Justitie. Hij kent het kind niet (alleen op papier). Overladen met werk als hij is, zullen de meeste beslissingen feitelijk moeten genomen worden door de betrokken ambtenaren van het departement, die het kind ook niet kennen. Bij de beslissing aan welke opvoeding de voorkeur gegeven moet worden gezins- of gestichtsverpleging (rijksopvoedingsgesticht of particulier gesticht) komen dan adviezen in van het parket, ambtenaar van de Kinderwetten, Pro Juventute en van den directeur van het observatiehuis (voorgelicht door een psychiater). Deze adviezen stemmen niet steeds overeen, en daartusschen moet de minister dan kiezen, alles op papier. De moeilijkheid van deze eerste en ook van verdere beslissingen bij iedere crisis in de opvoeding, wordt nog verhoogd door de omstandigheid dat de minister en zijn ambtenaren juristen zijn, die niet alleen over het algemeen de kinderwereld en inzonderheid de misdadige kinderwereld niet van nabij kennen, maar wier denkwijze uit den aard juridisch is, welke denkwijze, zooals bekend is, zich moeilijk verstaat met de paedagogische.

De hier genoemde bezwaren zijn geen theoretische maar bij uitstek practische,

Aan dit alles is echter voorloopig niets te veranderen. Historisch is het een volkomen begrijpelijke ontwikkeling, die niet anders denkbaar was, maar toch moet zij op den duur in een andere richting geleid worden, wil men inderdaad de vruchten plukken waarop men hoopt.

Een zeer natuurlijke, geleidelijke en terstond in de ptaktijk voelbare wijziging in de juiste richting, zonder dat iets prijs

zou gegeven zijn van de grondbeginselen der Kinderwetten, waarbij deze integendeel veel meer tot haar recht waren gekomen, zou zijn geweest de invoering van de kinderrechtbanken, niet zooals de Minister die had ontworpen, maar zooals eenige Kamerleden haar, geheel geschoeid op de leest van de beslissingen van de Juristenvereeniging in haar vergadering te Middelburg in Juni 1917, bij amendement hadden willen voorstellen, indien het wetsontwerp-strafvordering in behandeling ware gekomen.

Dan zou men gehad hebben als opvoeder, die beslist, niet een Minister die het kind niet kent, maar den kinderrechter, die het kind persoonlijk kent, zoowel in zijn oude milieu als in het nieuwe, waar hij hem persoonlijk zou blijven volgen. Aan zijn oordeel, wel voorgelicht door ambtenaren en psychiaters voor zoover dit noodig mocht zijn, maar toch in de eerste plaats gebaseerd op persoonlijke kennis van het kind *in zijn eigen oude omgeving* (en mijn grief tegen alle gestichtsobservatie hoe nauwkeurig ook, is dat deze observators die kennis omtrent het verleden en het oude milieu, alleen op papier bezitten, wat dikwijls blijkt onvoldoende te zijn) zou men met vertrouwen de beslissingen kunnen onderwerpen. Wie den kinderrechter verwijt dat hij in de plaats der ouders treedt, vergeet dat de Minister met niet minder macht in de plaats der ouders treedt, met het groote verschil dat tusschen hem en de ouders geen persoonlijk contact mogelijk is. Een departement, geadviseerd door een college, voedt in hoogste instantie op, immers beslist. Met den kinderrechter zou een mensch opvoeden, d. i. beslissen. Zeker, ook een mensch kan zich vergissen, juist hij, wie eer dan een mensch; toch zijn deze vergissingen veelal natuurlijker dan vele juiste beslissingen van een departement en een college. Bovendien deze vergissingen zijn gemakkelijker te herstellen, de nieuwe kinderrechter kan op zijn beslissingen terug komen. Ook moet hij, zooals ieder mensch, gecontroleerd worden; hij moet samenwerken; hooger beroep moet mogelijk zijn; maar dit alles doet niets af van het feit dat *de verantwoordelijkheid van het kind dan in handen is van een mensch, die hem kent.* Feitelijk is het dan niet meer een „Regeeringskind".

Nu wij voorloopig het noodzakelijke en natuurlijke complement van onze kinderwetten, de kinderrechtbanken, niet zullen krijgen, verdient het in elk geval aanbeveling, zooveel mogelijk in de natuurlijke richting te sturen, vooral in deze zoo moeilijke tijden nu de kindercriminaliteit zoo onrustbarend toeneemt en wij waarlijk effectieve, vruchtdragende maatregelen onmogelijk missen kunnen, wil er niet met kinderwetten en al een misdadig, gedegenereerd geslacht opgroeien. Met formalisme, met doctrinarisme ook met officieel optimisme komen wij er niet. Het werk moet leven, want

wij hebben met levend materiaal te doen, kinderen met een ziel, die men alleen bereikt door een mensch met een ziel, door dien mensch de vrijheid te geven de ziel van het kind te bereiken en nu verder de geheele leiding daarvan op zich te nemen.

Daarom zooveel mogelijk vrijheid voor de opvoeders! Dit is het best te bereiken door zooveel het kan kinderen in handen van particuliere vereenigingen te geven, zooals boven is voorgesteld, en deze in staat te stellen de opdracht te aanvaarden.

Door deze opdracht, op eenigszins groote schaal, van de beste elementen boven de 16 jaar aan vereenigingen voor gezinsverpleging, zou er dus plaats komen in de rijksopvoedingsgestichten, voor de vele ter beschikking van de regeering gestelden die met een vonnis rondloopen.

Is er ook een middel te bedenken om plaats te vinden voor voorloopig gedetineerden, die nu op hun bederf staan in die allerongeschikste plaats der verveling: het huis van bewaring, èn voor de velen voor wie voorloopige detentie hoog noodig is, maar voor wie thans nergens plaats is?

Ik meen dat ook hier rationeele oplossingen te vinden zijn, die niet eens het altijd bedenkelijke karakter van noodmaatregelen (al zijn die thans gerechtvaardigd) behoeven te dragen. Maar dan moet men zich ontd en van een al te theoretische opvatting van de taak der regeering. De bedoeling is plaats te maken in de centrale rijksobservatie inrichting te Alkmaar, wat mogelijk zou zijn, wanneer ingetrokken werd de instructie van den Minister aan de parketten gegeven, dat *alle* ter beschikking van de regeering gestelden, alvorens door den Minister van Justitie een beslissing wordt genomen, in het rijksobservatiehuis te Alkmaar moeten worden opgenomen, om daar soms vier maanden en langer te worden geobserveerd. (Zie ook KNUTTEL blz. 114).

Hoewel in theorie zou kunnen verdedigd worden dat door den Minister geen beslissing kan genomen worden welk soort opvoeding (in een rijksopvoedingsgesticht, in een particulier gesticht, of in gezinsverpleging) op een ter beschikking van de regeering gestelde moet worden toegepast, vóór langdurige observatie heeft plaats gehad, leert de praktijk toch, dat er meerdere gevallen voorkomen, waarin het advies van den Officier van Justitie, wanneer dat eensluidend is met dat van een ambtenaar van de kinderwetten en een vereeniging Pro Juventute, volkomen voldoende is voor een goed besluit (Mr. KNUTTEL ontkent dit, blz. 115, maar ten onrechte). Op een vergadering van de Ned. Bond van Vereenigingen Pro Juventute waren al deze mannen en vrouwen van de praktijk het eens, dat de voorgeschreven maatregel niet steeds noodig en soms bepaald niet gewenscht is. Een enkel

voorbeeld ter illustratie. Een groote jongen, 17 jaar, timmerman, kan zijn brood verdienen, zoon van een weduwe die hem niet baas kan, wil niet oppassen, komt tot misdrijven, wordt ter beschikking van de regeering gesteld, met de vooropgestelde bedoeling van den Officier van Justitie, van Pro Juventute, ambtenaar van de kinderwetten, raadsman, ten slotte ook van de rechtbank, hem zoo spoedig mogelijk aan Pro Juventute toe te vertrouwen, die reeds een zeer geschikt gezin gevonden heeft, ver van Utrecht, een timmerman, tevens jarenlang agent van Pro Juventute, waar de jongen dus in de beste handen zou zijn en onmiddellijk hard aan het werk zou kunnen gaan.

De minister beschikt anders, want de jongen moet evenals allen geobserveerd worden in Alkmaar, nu reeds 5 à 6 maanden lang geobserveerd, terwijl hij schrijft zich daar schromelijk te vervelen, wat niet te verwonderen is voor een groote krachtige jongen van 17 jaar, die hard moest werken, en die in het rijksobservatiehuis, waar uit den aard geen gelegenheid is voor vakopleiding, bezig wordt gehouden met houtsnijwerk, of dergelijke liefhebberijen. Waarom die observatie zóó lang moet duren is niet bekend. Op een schrijven dienaangaande, weken geleden aan het departement gezonden, kwam nog geen antwoord in. Intusschen is het moeilijk zóó lang een goede plaats bij een timmerman open te houden, terwijl hier velen wachten, voor wie opname in het rijksobservatiehuis hoog noodig is. Het komt mij voor dat deze generalisatie van een uitstekenden maatregel niet gelukkig is, en dat hierin vooral in dezen nood-tijd spoedig wijziging dient te worden gebracht. Vooral nu werke men niet te theoretisch, niet te bureaucratisch, beoordeele men ieder geval op zich zelf en toone men eenig vertrouwen in de adviezen van de menschen van de praktijk ter plaatse, vooral wanneer deze overeenstemmen met het oordeel van parket en rechtbank.

De schrijver eindigt zijn proefschrift met te wijzen op de toenemende belangstelling in de „nazorg" voor regeeringskinderen d. i. de zorg na beëindiging der dwangverpleging, blijkend o. a. uit de vergadering van den Ned. Bond tot Kinderbescherming en den Centr. Bond van Chr. Philanthr. Inrichtingen te Utrecht, waar prae adviezen werden uitgebracht door Mr. H. C. Dresselhuys en Ds A. W. Voors (n°. 17 der Mededeelingen van den Ned. Bond tot Kinderbescherming). De commissie door deze vergadering benoemd heeft onlangs een rapport over deze zaak aan den minister van justitie gezonden (verschenen in het Tijdschrift voor Armenzorg en Kinderbescherming van 11 Mei 1918 N°. 878) waarin zij als eerste conditie voor een deugdelijke effectieve nazorg noemt, het aanstellen door particuliere vereenigingen van gesalariëerde ambtenaren voor de nazorg, waarvoor aan de

regeering verzocht wordt de mogelijkheid van een subsidie te openen. Een regeling dus, gelijkende op die voor de ambtenaren van de Kinderwetten, aangesteld en gesalarieerd door de vereenigingen Pro Juventute, welke hiervoor worden gesubsidieerd door de Regeering.

Mr. SEGERS maakt tegen dit voorstel in meergenoemd artikel („Themis", LXXIXe deel, n°. 1, blz. 143) bezwaar en is van meening dat dergelijk werk door vrijwillige krachten, ongesalarieerd moet en kan geschieden, daarbij wijzend op het Leger des Heils, waar veel van dit werk ongesalarieerd door leden, na hun werktijd, geschiedt

Zonder hier in een beoordeeling te willen treden van het werk van het Leger des Heils, en zonder iets af te willen doen van den eerbied, dien men verschuldigd is aan allen vrijwilligen arbeid op dit gebied, zonder zelfs de onmisbaarheid tot zekere hoogte te willen ontkennen, spreek ik toch als mijn overtuiging uit, een overtuiging die berust op een lange ervaring op dit en op vele verwante terreinen, dat men zonder gesalarieerde krachten, zonder vastaangstelde personen, die aan dit soort werk *al* hun krachten kunnen schenken, er hun vak van kunnen maken, op den duur half werk, dat wil hier zeggen: waardeloos werk levert. Want op dit terrein bestaat alleen goed of waardeloos werk, goed wil niet zeggen volmaakt, maar wel: werk dat effect heeft. Men kan iemand niet half uit het water redden, men kan het wel op slordige, op ruwe of op goede *wijze* doen, maar de scherpe grens ligt niet daar tusschen, zij ligt tusschen het al of niet voorkomen, *dat hij verdrinkt.*

Op allerlei terrein, steeds wanneer het betreft leiding geven aan menschen, vooral aan jonge menschen, komt men, na overal begonnen te zijn met vrijwillige krachten, tot het resultaat, dat daar wel iets mee te bereiken valt voor een tijd, in zeer gunstige condities, zoolang men het geluk heeft met zeer toegewijde, begaafde of zeer geschikte, vrijwillige hulp te doen te hebben, maar dat ook zelfs in de gelukkigste omstandigheden, aanvulling met vaste gesalarieerde krachten onontbeerlijk is. De moeilijkheid zit altijd in het gebrek aan continuïteit, ook in gebrek aan vakkennis van de vrijwilligers. De vrijwillige werker bemerkt jaren lang niet eens dat het een vak is, het wordt onder zijn handen meestal niet tot een vak, en de mislukkingen worden niet mede aan technische fouten (in hoogeren en in lageren zin) toegeschreven, maar uitsluitend aan de moeilijkheid van het werk, aan de onverbeterlijkheid der pupillen en aan het gebrekkige van alle menschelijke pogingen. Maar nauwelijks is een goed gesalarieerde kracht aangesteld, (werkend onder niet gesalarieerde leiding, dat blijkt meestal de beste oplossing), of allerlei fouten, lacunes worden ontdekt, geheel nieuwe mogelijkheden gaan zich opdoen. Het merkwaardige is, dat op zeer verschillend terrein dezelfde ervaring wordt opgedaan. Levendig

herinner ik mij de discussie op het Congres te Parijs tot bestrijding van den handel in vrouwen in 1906, over stationswerk tot bescherming van meisjes. Duitschland, Engeland werkten met een groot aantal vrijwillige dames, die elkaar nacht en dag aflosten aan de stations. Hoe werd het bewonderd, en terecht, maar reeds in 1910 op het congres te Madrid deelden de Engelschen mede er geheel van te zijn teruggekomen.

Wanneer de bezwaren op eenig terrein gelden, dan is het wel op dat van de kinderbescherming, waar het gaat om leiding geven aan misdadige, verwaarloosde, zoo dikwijls half-normale kinderen en halfvolwassenen.

Dat dikwijls, na een zorgvolle gestichts- en gezinsopvoeding, zoo weinig van vele kinderen is terecht gekomen, schrijf ik voor een niet gering deel toe aan gebrekkige nazorg, gebrekkig, juist, omdat zij uitsluitend geschiedde door vrijwillige krachten (correspondenten, plaatselijke agenten of agentessen) onder leiding van een directeur of directrice, op grooten afstand, per correspondentie, die natuurlijk overladen is met werk (1). Want het is onjuist te denken dat hier te lande nazorg (d.i. zorg voor de ontslagenen uit de dwangverpleging, die na ontslag nog zorg vereischen en dat is de groote meerderheid), iets nieuws zou zijn, iets waar tot nu toe niets aan is gedaan. Integendeel, er is geen gesticht, geen vereeniging die haar taak als geëindigd beschouwt, zoodra de meerderjarigheid of het eind der dwangopvoeding bereikt is, en die niet voortgaat te zorgen, steeds wanneer dat noodig blijkt. Maar het geschiedde tot nu toe *op zeer onvoldoende wijze*, door vrijwilligers, die er zich niet genoeg mee *konden* bezig houden. Daardoor kwam zoo dikwijls niet eens aan het licht hoe noodig nazorg voor dezen en gene nog was, en zoo kwamen de vele mislukkingen. En welke vereenigingen konden zich het meest met nazorg bezig houden? Juist zij die reeds een gesalarieerden inspecteur of helper of helpster voor de gezinsverpleging hadden, die natuurlijk niet ophield zijn zorgen over den verpleegde uit te strekken, wanneer dwangopvoeding afgeloòpen was en de verpleegde nog zorg of leiding of raad noodig had. Voor ongesalarieerden blijft werk genoeg over op dit terrein, zij blijven onmisbaar, zoowel de bestuursleden, onder wier leiding het geheele werk geschiedt, als de correspondenten, die over plaatselijke toestanden kunnen inlichten. Maar de gesalarieerde schakel tusschen die twee mag niet ontbreken.

(1) Mr. SEGERS meent dat de directeur of directrice dan wel door een secretaris van werk kunnen worden ontlast, maar daar zit de moeilijkheid niet: goede nazorg eischt veel reizen, persoonlijk gaan zien, dat kan de directeur niet, hij mag zijn gesticht niet te veel verlaten. Mr. SEGERS meent dat bedoelde ambtenaren de pupillen niet zullen kennen, maar de bedoeling is juist dat zij op of bij het gesticht zullen wonen, in tegenstelling met de correspondenten, dus de kinderen in het gesticht van den aanvang af goed zullen kennen.

Dat dit geld zal kosten is niet te ontkennen. Dat het veel geld zal uitsparen staat voor mij vast. Het zal geldverspilling, onnoodige mislukking, laat of niet voldoende in de verdiensten komen, in vele gevallen voorkomen. Dit betreft nu maar alleen de financieele zijde van het vraagstuk, maar dat deze beantwoordt aan de moreele zijde ervan is duidelijk.

Voor dit werk subsidie te vragen lijkt mij volkomen billijk. Het betreft hier regeeringskinderen, het moet er de regeering bijzonder veel aan gelegen zijn, dat al het geld en de zorg der dwangopvoeding niet vergeefs aan hen zij besteed. Dit zal naar veler oordeel voor een groot deel afhangen van goede nazorg. Willen de vereenigingen, die reeds zeer veel kosten aan deze kinderen hebben besteed, nu op zich nemen dit werk op meer intensieve en op kostbaarder wijze uit te voeren (werk dat ligt buiten haar feitelijke verplichtingen) dan is het niet meer dan billijk dat de regeering dit subsidieert. Doet de regeering het niet, dan komt er van dit werk niets, de vereenigingen kunnen het eenvoudig niet betalen, zij staan allen voor groote tekorten. En blijft goed georganiseerde deskundige nazorg achterwege, dan is het werk der kinderwetten niet voltooid, een voorname factor, voor velen het beslissende moment, n.l de laatste krachtige steun bij het op eigen beenen gaan staan, het niet loslaten vóór het aanpassingsproces aan de maatschappij (door de dwangopvoeding dikwijls zeer bemoeilijkt) voltooid is, ontbreekt.

Komt de nazorg overal tot stand (en door de subsidie heeft de regeering het in de hand hier op aan te dringen, althans haar aan te moedigen), dan zal zij worden voorbereid, ambtenaar voor de nazorg zal zijn of worden de ambtenaar of inspecteur voor de gezinsverpleging (al of niet gepaard met voorwaardelijk ontslag). Gezinsverpleging zal vroeger kunnen intreden, de abrupte overgang van gesticht in de maatschappij zal niet meer voorkomen, de zelfstandigheid al vroeg worden aangekweekt, waardoor bereikt wordt wat Mr. Knuttel terecht als eisch stelt, „een steeds doelmatiger en natuurlijker opvoeding" (blz. 154).

Resumeerende komen wij tot het resultaat dat de richting van de behandeling der regeeringskinderen deze moet zijn, dat het al minder „regeerings"-kinderen worden, dat zoo spoedig mogelijk getracht worde hen, die men uit de levende maatschappij heeft moeten uitnemen, om een soort kunstbewerking te doen ondergaan, weer aan de maatschappij terug te geven; geleidelijk, niet met schokken, met overgangsstadia, met de bedoeling de maatschappij, in haar meest levende organismen, de gezinnen, deze afwijkende, verwaarloosde of misdadige elementen te doen opnemen, om ze als mee te dragen en in hare gezonde bloedcirculatie mede gezond te doen worden. Die richting wil men immers, zoover als het slechts kan, opgaan, ook op met de zwakzinnigen, met de

psychopathen, zelfs tot zekere hoogte en met vele waarborgen, met de krankzinnigen. Het voor-goed-uitstoot-, afweer- en verwijderingssysteem, wordt op alle gebied verlaten. Ook hier maakt voor zoover het mogelijk is de antiseptische methode plaats voor de aseptische.

Het spreekt wel van zelf, dat men met de grootste omzichtigheid te werk moet gaan, dat niet gegeneraliseerd moet worden, dat niets overhaast moet worden, dat alles met de grootste zorg moet geschieden. De maatschappij zelve is nog verre van gereed voor deze taak, zij moet er kennis van krijgen, er toe worden opgevoed. Maar zoowel inzicht en overtuiging, als de nood der tijden mogen er toe brengen naast groote zorg en voorzichtigheid, toch ook met moed en doortastendheid dit proces te bevorderen, opdat de overheid zoo snel mogelijk aan particulieren overdragende dat deel der kinderen, waarvoor deze in staat zijn te zorgen, de handen vrij krijge om haar eerste plicht (de repressieve maatregelen op hen die de rechtbanken veroordeelen terstond toe passen) te vervullen, opdat de kindercriminaliteit niet als een bedenkelijk ziekteverschijnsel in ons toch reeds van alle zijden bedreigd volksleven voortwoekere.

Indien de nood van dezen tijd de regeering in deze richting met meer kracht zou voortstuwen, zou hij althans voor iets nuttig zijn, want voor de meeste mannen en vrouwen van de praktijk is reeds lang duidelijk, dat de goede werking der kinderwetten, die gegrond zijn op samenwerking van overheid en particulieren, afhangt van de verplaatsing van het paedagogische zwaartepunt in de richting van de particuliere zorg (beter georganiseerd) en van het financieele zwaartepunt in de richting der regeering. Bevrijd van die zorg zullen geen der beide partijen mogen worden, zelfs is vermindering daarvan niet te wachten, daar het gevolg zal zijn, dat beiden hun terrein van werkzaamheden belangrijk zullen uitbreiden, wat hoog noodig is. Er schuilen nog heel wat ongebruikte krachten in onze maatschappij, die bij goede organisatie mobiel kunnen gemaakt worden, tot hun eigen voldoening en tot uitbreiding van het werk der bestrijding en voorkoming van criminaliteit Want het is nog maar een zeer klein deel van het groote terrein dat wij bestrijken.

Daartoe zal de machinerie wat gesmeerd moeten worden; minder theorie; minder bureaucratie; meer vertrouwen, bij even goede, zelfs betere, maar meer paedagogische contrôle; veel krachtiger financieele steun, waarvan verwacht mag worden dat hij veel geldverspilling, veel noodelooze of vergeefsche uitgaven voor de dwangopvoeding en veel latere uitgaven voor reclasseering van mislukte ongelukkigen zal voorkomen.

April 1918. A. DE GRAAF.

Der Gedanke der Internationalen Organisation in seiner Entwicklung 1300—1800, von Dr. Jacob Ter Meulen. Den Haag, MARTINUS NIJHOFF, 1917.

Wanneer wij, half verkleumd van de koude, slechts met moeite door de bevrozen vensterruiten de sneeuw en het ijs daarbuiten kunnen waarnemen, is niets meer geschikt om ons in een blijmoedige stemming te brengen dan een boek dat ons van de genietingen van den zomer spreekt. Zoo doet ook onder de tegenwoordige omstandigheden de lezing van het boek, welks titel hierboven staat afgedrukt, ons weldadig aan. Nadat de oorlogzuchtige redevoeringen van bewindslieden en de beschrijving der menschonteerende gruwelen te land en ter zee ons met weerzin en deernis hebben vervuld, wordt onze aandacht weder bepaald bij de werkzaamheid van mannen, die den oorlog hebben verfoeid en die zich hebben afgesloofd om de middelen te vinden waardoor hij van onzen aardbol zoude kunnen worden verjaagd; ons geloof aan een betere toekomst begint weder te ontwaken en de verflauwende hoop verlevendigt zich allengskens dat zoodra aan de ellende, die thans de geheele wereld met zorg en droefenis vervult, een einde zal zijn gekomen, de menschheid, gedachtig aan haren aard en hare roeping, zich zal gaan beijveren om toestanden in het leven te roepen, die haar het behoud van de zegeningen des vredes op meer afdoende wijze zullen waarborgen. De mensch toch is niet geschapen voor strijd en oorlog, maar veeleer voor vreedzaam verkeer met zijne natuurgenooten; ERASMUS, de groote pacifist der renaissance, heeft reeds opgemerkt, dat het menschelijk lichaam in tegenstelling met dat der dieren, zacht en week is, zonder de middelen van aanval en verdediging, die in scherpe klauwen en een behaarde huid aan de dieren zijn toebedeeld; hij leidt daaruit af, dat de mensch geen gewelddadige middelen tegen zijne medemenschen mag aanwenden, en HUGO DE GROOT, in zijn beroemd boek over het Recht van den oorlog en van den vrede wijst op stemmen, die zich reeds in de oudheid deden hooren, door den mond van PHILO en PLUTARCHUS, om te betoogen, dat het voor het welzijn der volken onmisbare verkeer ter zee er op wijst, dat zij in vriendschap onderling moeten leven. Maar in volmaakten strijd met dit alles hebben de verkeerde hartstochten der

menschen, de nijd, de haat, de afgunst, die de volksmeening geheel kunnen beheerschen, de oorlogen doen ontbranden, die onder geestdriftig gejuich begonnen veelal onder jammerklachten zijn geëindigd.

Zij hebben ongetwijfeld de menschheid dikwijls groote vorderingen doen maken op den weg van vooruitgang, maar deze vorderingen hadden evengoed zonder hen kunnen verkregen worden; de afschaffing der slavernij in Amerika en de godsdienstvrijheid in Europa hadden toch ook met onderling overleg tot stand kunnen komen.

Zij hebben, helaas! ook vaak tot niets geleid dan tot een betreurenswaardig verlies van menschenlevens en van geld. Te verwonderen is het dan ook niet, dat zij, wier hart voor het geluk der menschelijke maatschappij warm klopte, vurig verlangd hebben om den oorlog te zien verdwijnen, en dat de denkers onder hen zich meermalen met de vraag hebben bezig gehouden, of er geen middelen konden worden uitgedacht om de wereld voorgoed van deze altijd weder terugkeerende ramp te bevrijden. Een algemeen verbond tusschen alle volken was gewoonlijk het middelpunt van den gedachtenkring waarin zij zich bewogen, ten allen tijde heeft dat denkbeeld zijne vurige voorstanders gehad, die het onder de meest verschillende vormen aan hunne tijdgenooten hebben aangeprezen.

De geschiedenis van zijne verbreiding en ontwikkeling is in hooge mate belangwekkend; een zeer te waardeeren bijdrage daartoe heeft Dr. Jacob Ter Meulen in zijn uitvoerig geschrift, bijna vierhonderd bladzijden, geleverd; het omvat een tijdvak van vijf eeuwen, de veertiende tot en met de achttiende; wij betuigen hem onzen oprechten dank voor dezen verdienstelijken arbeid en spreken den wensch uit, dat het hem gegeven moge worden dien voort te zetten tot op onzen tijd. Met het oog op zijnen leeftijd hebben wij daarop goeden moed.

De schrijver heeft zijn boek in drie deelen verdeeld; het tweede, dat eigenlijk de kern bevat van zijnen wetenschappelijken arbeid, behandelt in geschiedkundige volgorde de van 1300 tot 1800 door allerlei mannen, in geestesrichting en maatschappelijke stelling zeer uiteenloopend tot handhaving en bestendiging van den vrede ontworpen plannen; het is verreweg het omvangrijkste. Het eerste handelt over de ontwikkeling van het denkbeeld eener internationale verbintenis tusschen de staten met het doel om den oorlog te voorkomen; het derde stipt in beknopten vorm de punten aan van verschil en van overeenkomst, die tusschen de verschillende plannen bestaan.

Het denkbeeld, dat alle volken een eenheid vormden waarvan Rome het hoofd was, is na den val van het Wester-

Romeinsche rijk niet geheel verloren gegaan, de kroning van KAREL DEN GROOTE en de stichting dientengevolge van het Roomsch-Duitsche keizerrijk was bestemd om het te verwezenlijken. Paus en Keizer zouden gezamenlijk de leiding hebben van het Christelijk Europa, zij hebben die eenigermate gehad bij den aanvang der kruistochten; doch de herhaalde oneenigheden tusschen hen beide verijdelden de pogingen tot duurzame vestiging van hun gemeenschappelijk gezag. Nadat de kerkhervorming de eenheid in de kerk voorgoed had verstoord, was er aan een opperheerschappij van den Paus niet meer te denken. Het Duitsche keizerrijk geraakte geheel uit zijne voegen, de Westfaalsche vrede pleisterde het wat bij, maar alle wezenlijke kenmerken van een rijk, dat boven alle andere rijken verheven is, ontbraken er aan. Intusschen hadden in den loop der middeleeuwen de leenmannen, die er de macht voor bezaten, zich van den zwaarsten druk van het leenrecht bevrijd; de bewoners der steden hadden ter zelfder tijd door de uitbreiding van den handel en van de nijverheid hunne welvaart zien toenemen, zij bezorgde hun onafhankelijkheid en voerde hen op den weg naar staatkundige macht. Zoodoende ontstonden er in Duitschland en in Italië staten, die òf soeverein waren òf zich als zoodanig gedroegen. Bij den aanvang der nieuwe geschiedenis zijn Frankrijk, Engeland en Spanje volslagen soevereine staten. Aan een boven de Europeesche staten staand gezag, dat hunne verdeeldheden beslecht en hun onderling oorlogvoeren belet, valt niet meer te denken. De staatslieden streven er derhalve naar om door handhaving van het evenwicht tusschen de groote mogendheden den vrede te bewaren, de denkers en menschenvrienden breken zich het hoofd met het uitdenken van allerlei plannen waardoor de twisten der staten onderling zullen kunnen worden bijgelegd zonder bloedvergieten.

Zooals wij reeds hierboven opmerkten is de beschrijving en uiteenzetting dezer plannen blijkbaar het hoofddoel van Dr. TER MEULEN geweest bij het samenstellen van zijn boek. Door naarstig onderzoek is het hem gelukt om aan de reeds min of meer algemeen bekende namen van deze plannenmakers er nog enkele toe te voegen, die tot nog toe niet of slechts in zeer kleinen kring van zich hadden doen spreken. Zoo onder anderen een zekere RACHEL, uit Sleeswijk-Holstein geboortig, een der onderhandelaren van het Nijmeegsche vredestractaat, die in een Latijnsche verhandeling over het volkenrecht de oprichting van een hof heeft aangeprezen, dat als scheidsgerecht tusschen de volken zoude rechtspreken en tevens zoude willen zijn, wat thans de League to enforce peace hoopt te worden een: Collegium in quo controversiae inter gentes ortae primo omnium cognoscantur, disceptentur

et judicentur, neque bello nisi extrema necessitas viam aperiat sic ut illud in eos demum suscipiatur qui forte judicatum facere nolint aliisve modis huius Collegii autoritati ac decretis contumaciam suam objiciant. Voorts onder de Middeleeuwschen, PIERRE DUBOIS, die onder de regeering van Koning PHILIPS DE SCHOONE van Frankrijk leefde en dezen vorst sterk aanspoorde tot uitbreiding zijner macht, wat hem echter niet belet schijnt te hebben om ook een voorstel te doen tot vorming van een statenbond: „respublica Christiana", die door de oprichting van een gerechtshof aan de oorlogen een einde zoude maken; alsmede GEORGE PODIEBRAD, Koning van Boheme, die in de tweede helft der vijftiende eeuw zich in verband stelde tot vorsten van zijn tijd, ten einde een algemeenen bond van Christelijke staten te sluiten. Hij schijnt bij den Franschen Koning LODEWIJK XI aanvankelijk steun te hebben gevonden, doch heftige tegenwerking bij den Paus, PIUS II, die oordeelde, dat de hem in den bond aangewezen plaats veel te bescheiden was. Nog vermeldt de schrijver den Engelschen Quaker JOHN BELLERS, uit den aanvang der achttiende eeuw, tot nog toe alleen als schrijver van staathuishoudkundige verhandelingen bekend; voorts eenige Duitsche rechtsgeleerden uit diezelfde eeuw, de Pruisische geheimraad VAN LOEN, die van Nederlandsche afkomst schijnt te zijn geweest; de Mecklenburgsche hoogleeraar TOZE, de justitieraad VON PALTHEN en de Lijflander VON LILIENFELD, eindelijk nog enkele Franschen. Onder de niet in het bijzonder behandelde behoort ook de op dit gebied niet geheel onbekende Landgraaf ERNST VAN HESSEN—RHEINFELS; wat men omtrent de vredesplannen van dezen vorst weet, schijnt echter op mededeelingen van derden te berusten, de heer TER MEULEN althans onthoudt zich van nadere bespreking omdat de vijf-en-veertig deelen, waarin deze plannen uitvoerig zijn ontwikkeld, nog steeds op een uitgaaf wachten waartoe een Duitsch rechtsgeleerde, de heer LOEWENTHAL te Frankfort, voorloopige studiën schijnt te maken.

Men ziet dat de rijkdom der stof niets te wenschen overlaat, voor zooveel ik mij tot een oordeel bevoegd acht, moet ik verklaren dat het mij voorkomt, dat Dr. TER MEULEN er wel in geslaagd is om uit dezen overvloed van plannen het meest belangrijke te schiften en er de aandacht zijner lezers meer in het bijzonder op te vestigen. Terecht hecht hij groot gewicht aan het boek van EMERIC CRUCÉ den „Nouveau Cynée", in 1623 te Parijs verschenen (blz. 89). Daarin wordt eigenlijk voor het eerst een algemeen vredesplan ontwikkeld, dat alle volken en staten, christelijke en niet-christelijke, omvat, de schrijver wil voorts, dat handel en verkeer tusschen hen volkomen vrij zullen zijn; alle volken — zegt hij — zijn door een natuurlijken en dus onverbreekbaren band

verbonden. De vorsten zullen niets van hun gezag verliezen, wanneer zij zich onderwerpen aan de uitspraken van een scheidsgericht en hij laat hierop de merkwaardige woorden volgen, merkwaardig in den mond van een man uit het Frankrijk der zeventiende eeuw: Ils se soumettront volontairement à la raison. Car il ne faut point dire que la raison est au bout de l'épée. Cette rodomontade appartient aux sauvages. Tot staving dezer uitspraak beroept CRUCÉ zich op de oude Gallische vorsten die hunne onderlinge geschillen aan de uitspraak der Druïden moesten onderwerpen en in die uitspraken moesten berusten. In het beroemde boek van HUGO DE GROOT, dat twee jaren na den Nouveau Cynée verscheen, wordt ook op deze taak der Druïden gewezen. Het is een besproken maar nog niet uitgemaakte vraag, of DE GROOT, die, toen hij zijn de Jure Belli ac Pacis schreef, de stadgenoot van CRUCÉ was, hem heeft gekend en met hem in wetenschappelijk verkeer is geweest. Waarschijnlijk is het, in hooge mate zelfs, maar een bewijs er voor heeft men nog niet kunnen opsporen.

Zooals vanzelf spreekt neemt ook de abt ST. PIERRE een voorname plaats in onder de ontwerpers van vredesplannen, die door den schrijver worden besproken. Deze onvermoeide en blijmoedige geestelijke is, schoon wel wat lang van stof, toch een der meest aantrekkelijke figuren uit de geschiedenis der vredesbeweging. Hij schijnt zijn beroemd vredesplan te hebben uitgewerkt te Utrecht, gedurende de aldaar gevoerde vredesonderhandelingen ter beëindiging van den Spaanschen Successieoorlog; als secretaris van een der Fransche gezanten was hij zelf eenigermate in die onderhandelingen betrokken. Hij had zich de vraag gesteld, wat is het doel geweest van dezen oorlog? en zijn antwoord daarop was, van de zijde der Verbondenen het verzwakken van de macht van Frankrijk, dat in hunne oogen te sterk werd, maar — redeneerde ST. PIERRE — dit zelfde doel had kunnen bereikt worden op een andere, veel minder kostbare, wijze zonder opoffering van menschenlevens. In plaats van den sterke te verzwakken had men immers den zwakke kunnen versterken. Indien er een bond bestond tusschen alle volken, die steeds den aangevallene te hulp kwam, dan werd elke zwakke sterk; maar dan zoude ook elke aanval achterwege blijven en was het behoud van den vrede verzekerd. Ter verzekering van het krachtig optreden van dien bond zouden alle staten vertegenwoordigers moeten zenden naar een bestendige vergadering, die alle geschillen, die tusschen de volken mochten ontstaan, zoude beslissen en die tevens voor het tot stand komen van handelsverdragen en van een zooveel mogelijk eenvormige handelswetgeving zoude zorg dragen. De zetel dier vergadering moest zijn te midden van het volk, dat zelf

het meeste belang had bij den vrede en dus geacht kon worden ook het meest vredelievende te zijn. Dit was, volgens St. Pierre, het Nederlandsche; in de Republiek der Vereenigde Nederlanden moest derhalve een kleine vrijstaat worden gesticht waarvan de hoofdstad tot woonplaats zoude strekken aan de afgevaardigden der leden van den grooten statenbond. Hij had Utrecht als een aangenaam gelegen en gezonde stad leeren kennen en de godsdienstige verdraagzaamheid harer bewoners leeren waardeeren, aldaar wilde hij dan ook, dat de „Staten Generaal van Europa" hunne verblijfplaats zouden vestigen St. Pierre's plan, dat door den heer Ter Meulen uitvoerig besproken wordt (blz. 187—201), heeft de aandacht der wijsgeeren en staatslieden der achttiende eeuw zeer sterk getrokken; Voltaire, Rousseau, d'Argenson, d'Alembert en buiten Frankrijk Leibnitz hebben het in verschillenden zin besproken en beoordeeld; zelfs is Frederik de Groote met dezen vredesapostel in briefwisseling geweest, die aanvankelijk in den Pruisischen koning een medestander hoopte te hebben gevonden. Deze toch had als kroonprins den Anti-Machiavel geschreven waarin het bewaren van den vrede den vorsten als ernstige plicht was voorgesteld. Terwijl St. Pierre zich met het lezen van dit boek verlustigde, bereikte hem de tijding van de oorlogsverklaring van Pruisen aan Oostenrijk in 1740; zij bracht hem geheel van streek. Te vergeefs wendde hij zich tot den Koning van Pruisen om hem te bezweren, dat hij aan dezen volkomen ongewettigden oorlog tegen Maria Theresia, met welke hij door den gemeenschappelijken band van het Duitsche Keizerrijk vereenigd was, een einde zoude maken door Engeland en Holland als scheidsrechters in te roepen. Frederik de Groote stak hiermede natuurlijk den draak en toonde gedurende zijne regeering met woord en daad, dat de denkbeelden door hem als kroonprins in den Anti-Machiavel verkondigd na zijne troonsbeklimming door geheel tegenovergestelde verdrongen waren. Over het algemeen kan men niet zeggen, dat er van de zijde der gekroonde hoofden van Europa ooit veel steun is verleend aan de plannen tot verzekering van den eeuwigen vrede. Lang heeft men gedacht dat Koning Hendrik IV van Frankrijk zelf een dergelijk plan had beraamd, doch latere onderzoekingen van geschiedkundigen hebben het een en ander aan den dag gebracht, dat doet vermoeden dat niet de Koning maar zijn minister Sully de bewerker van dit plan is geweest, en dat deze bewerking eerst na den dood des Konings heeft plaats gehad. Dr. Ter Meulen blijkt van dit vermoeden niet afkeerig te zijn. Ook mij wil het voorkomen dat de oorsprong van dit „Grand Dessein" — zooals de geschiedschrijvers het genoemd hebben — niet bij den Koning moet worden gezocht;

op zijn hoogst kan men aannemen dat hij, zeer in het algemeen, er zijne instemming mede heeft betuigd.

IMMANUEL KANT sluit in het boek van Dr. TER MEULEN de lange rij van voorstanders van den eeuwigen vrede; hij heeft, nog even voor het aanbreken van de negentiende eeuw, zijne denkbeelden over dit onderwerp verkondigd. KANT gelooft niet aan de mogelijkheid van een wereldstaat, wel aan de noodzakelijkheid van een bond tusschen alle volken. Zoodanige bond moet zelfs, volgens hem, het einddoel zijn, dat de op den weg der ontwikkeling voortschrijdende menschheid eenmaal zal bereiken.

Eerst heeft de mensch van een deel zijner persoonlijke vrijheid afstand moeten doen in het belang der maatschappelijke en staatkundige orde; daarna zullen de aldus ontstane staten van hunne vrijheid iets ten offer moeten brengen in het belang van den vrede. De oorlog is het pijnlijke middel waardoor de menschheid gedwongen wordt om een wereldburgerlijke eenheid te aanvaarden. De groote kostbaarheid van den oorlog, vooral de verbazende uitgaven, die de staten zich moeten getroosten, willen zij voortdurend gereed zijn om aan den krijg deel te nemen, zullen maken, dat de volken, de hooge geldelijke lasten moede, aan de staatshoofden de macht gaan ontnemen om over oorlog en vrede te beslissen om die voor zich zelven op te eischen. Het volk zal voorzeker zich tegen elken oorlog verzetten, vooral wanneer het bezield is door den handelsgeest, die onweerstaanbaar tot den vrede drijft, zij het dan ook niet door zedelijke drijfveeren.

Indien KANT thans weder in ons midden verscheen zoude hij, na waarneming der bestaande toestanden, wel moeten erkennen, dat de ontwikkeling der menschheid op eenigszins andere banen is geraakt dan hij zich die had gedacht; toch zoude hij er zich zonder twijfel in verheugen, dat velen van harte instemmen met zijne steeds toegejuichte uitspraak: Het zedelijk praktisch verstand verkondigt in ons binnenste zijn onherroepelijk veto, er mag geen oorlog zijn.

Ik ving mijne beoordeeling aan met de opmerking dat de lezing van Dr. TER MEULEN's boek bij ons aangename gewaarwordingen opwekt, ik wil echter niet ontveinzen dat het daarnaast ook gevoelens van droefenis en teleurstelling doet oprijzen. Nadat men er uit heeft kunnen leeren hoe reeds eeuwenlang over den eeuwigen vrede is gepeinsd en geschreven, vraagt men zich onwillekeurig af, wat mag de reden zijn dat er op dit gebied nog zoo weinig is verkregen. Overweegt men die vraag nader, dan komt men tot de onrustbarende slotsom, dat er wel wat verkregen is, maar dat dit nooit bestand is geweest tegen de gedurig opbruisenden stroom van naijver en haat bij de groote volken. Wij bezitten een Internationaal Hof van Arbitrage en een prachtig Vredes-

paleis, dat onder de juichtonen van alle volken is ingewijd, en nog geen jaar na deze plechtige vredesbetooging is er een oorlog uitgebroken waaraan de groote meerderheid dezer volken heeft deelgenomen en die wordt voortgezet met een hardnekkigheid, die elk denkbeeld van vrede verre van zich schijnt te werpen. Er leeft blijkbaar in de menschheid een goede geest, die de onderlinge toenadering tusschen de volken en de algemeene menschenliefde tracht te bevorderen, maar daarnaast is gestadig een booze geest werkzaam, die, zoodra het oogenblik gunstig schijnt, de bovenhand poogt te krijgen en in die poging niet zelden slaagt.

De groote tegenstelling, waarvan Dr. Ter Meulen (blz. 361) gewaagt tusschen het beginsel van soevereine staten, slechts door eigen wil gebonden eenerzijds, en het bestaan der geschiedkundige, stoffelijke, geestelijke, en zedelijke banden, die de menschheid samenstrengelen anderzijds, heeft nog geen oplossing gevonden. De vestiging eener internationale rechtsorde alleen zoude in staat zijn die te geven. Eer de menschheid daartoe overgaat, zullen echter vele booze begeerten moeten zijn overwonnen en tal van vooroordeelen ter zijde worden gesteld.

Ten slotte wensch ik de opmerking niet achter te houden, dat Dr. Ter Meulen, in mijne oogen, de waarde van zijn boek heeft verhoogd door in navolging van den beroemden schrijver van: het Recht van den oorlog en den vrede, tal van aanhalingen uit de werken der door hem besproken schrijvers in den tekst op te nemen; met het oog op den ruimen kring van lezers, waarop hij terecht mag hopen, deed hij wel door op de aanhalingen in het Latijn en het Italiaansch een vertaling te doen volgen. De reden waarom hij zich niet van zijne moedertaal bediende, zal wel hierin gelegen zijn dat hij reeds een deel van zijn boek in de Hoogduitsche taal als dissertatie ter verkrijging van den doctorstitel aan een vreemde universiteit had doen verschijnen. Nu deze reden ten opzichte van toekomstige pennevruchten van zijne hand niet meer kan gelden, durf ik de hoop koesteren dat de schrijver ons die in onze taal zal aanbieden. Wanneer zij dezelfde waarde hebben als dit boek zullen zij wel een Duitschen vertaler vinden.

† W. H. de Beaufort.

's-Gravenhage, Februari 1918.

De voorloopige koopakte, door Mr. G. Ruys. Utrecht, G. J. A. Ruys, 1918.

De voorloopige koopakte, aldus luidt de titel van de 48 bladzijden tellende dissertatie, waarop de heer Ruys aan de Vrije Universiteit te Amsterdam tot doctor in de rechtswetenschap is bevorderd. Men heeft te doen met een eersteling en wanneer men dit bedenkt zal men den auteur een zekere onvolledigheid vergeven en uit de omstandigheid, dat het werkje in den boekhandel is verschenen, niet gaan afleiden, dat het de pretentie maakt het laatste woord in de quaestie, die het voornamelijk behandelt te hebben geuit. Die quaestie is namelijk deze — en de lezing van het werkje gaf mij den indruk dat haar te behandelen den schrijver veel meer aantrok dan eene meer uitvoerige studie te geven van het wezen der voorloopige koopacte — of op zulk een stuk, wanneer het betrekking heeft op een hier te lande gelegen onroerend goed, een registratierecht van f 2.50 van elke f 100 verkoopwaarde verschuldigd is, m. a. w. of men te doen heeft met eene acte „houdende overdracht onder bezwarenden „titel van onroerende zaken". Mr. Van den Dries had het tegendeel betoogd in nummer 2461 van het Weekblad van Privaatrecht, Notarisambt en Registratie, daar men te doen zou hebben met eene akte *houdende verbintenis tot overdracht* niet met eene akte *houdende overdracht*, die zienswijze wilde de auteur bestrijden.

Natuurlijk, dat men om op deze vraag een antwoord te kunnen geven zich eene opinie moet hebben gevormd omtrent het wezen, het karakter der voorloopige koopakte. De schrijver wijdt dan ook het tweede hoofdstuk van zijn proefschrift aan de civielrechtelijke beteekenis dier akte nadat hij vooraf in een achttal bladzijden het heeft gehad over het nut van zulk een stuk. Dit nu zou zijn, dat het, mits voldaan zij aan de voorwaarden van art. 1912 B. W. een volledig bewijs zou opleveren van de gesloten koopovereenkomst.

Hoe denkt men zich echter die overeenkomst? Uitsluitend als een obligatoir contract, als een overeenkomst waarbij de verkooper zich verbindt later te zullen medewerken tot den eigendomsovergang door in eene notarieele transportakte als partij, die overdraagt te zullen optreden of mag men reeds dadelijk aan een „dinglicher Vertrag" denken, waarvan het

bestaan later in eene notarieele akte zal worden geconstateerd maar waarvan toch ook reeds uit het voorloopig onderhands opgemaakte stuk blijft?

De mondeling gesloten koopovereenkomst noeme men, wat mij betreft, zegt de schrijver, eene obligatoire, maar wanneer partijen direct na het mondeling sluiten der koopovereenkomst een schriftelijk bewijsstuk, een voorloopige koopakte, opmaken, zoo verwezelijken zij aanstonds de eischen voor de „zakelijke overeenkomst" gesteld en mag in geenen deele worden volgehouden, dat de voorloopige koopakte slechts een obligatoir karakter zou bezitten. civiel-rechtelijk staat de voorloopige koopakte met het zoogenaamd notarieel transport op één lijn. Ook wanneer in de akte uitdrukkelijk vermeld is dat zij *niet* vatbaar zal zijn voor overschrijving ten hypotheekkantore? Zeker zoo luidt het antwoord, *materieel* blijft de akte haar karakter onveranderd behouden, *formeel* verandert dit, want de akte hoewel volledig de gesloten koopovereenkomst constateerende beantwoordt niet aan de vereischten gesteld voor de akte benoodigd voor de overschrijving bedoeld in art, 671 B. W. — is dit wel zoo? — Vandaar dat de akte volgens art. 27 der Registratiewet 1917 aan een recht van f 2.50 voor elke f 100 der verkoopwaarde van het verkochte onroerende goed is onderworpen. Immers de hierbedoelde clausule tast het materieel karakter der akte niet aan.

De bedoeling van partijen bij het opmaken en teekenen der voorloopige koopakte is volgens den heer Ruys geenszins gelegen in het scheppen van een bewijsstuk van bestaande verplichtingen tot overdracht waaraan eerst bij de notarieele akte gevolg wordt gegeven, het verkeer plaatst zich veeleer op het standpunt dat reeds bij de eerste — de voorloopige koopakte — het onroerend goed in eigendom is overgegaan, de notarieele akte volgt slechts om de zaken officieel in orde te maken.

Vandaar, dat zoo in het geval van tusschenoverdracht van onroerend goed — A verkoopt aan B een perceel voor f X, B daarop dat zelfde goed aan C voor f Y, terwijl C het eindelijk aan D voor f Z verkoopt — een notarieele akte van koop en verkoop, tevens akte van transport, wordt opgemaakt waarbij A het perceel verkoopt en aan D overdraagt voor f Z de jeugdige auteur over ieder der voorloopige koopakten, die hetgeen tusschen A en B, B en C, C en D is overeengekomen constateeren, registratierecht wil heffen en de „eigenaardige" — het woord is van Mr. Janssen in W. P. N. R., n°. 2522, — circulaire van den heer Treub niet afkeurt.

Weinig consequent lijkt het mij echter, dat hij desniettemin, wanneer er wèl een voorloopige koopakte is opgemaakt maar het niet tot eene notarieele komt, omdat de koop tusschen partijen weder ongedaan wordt gemaakt, adviseert om maar niet te fiscaal te gevoelen en niettegenstaande art. 44 der

Registratiewet de akte niet ter registratie aan te bieden. „Van „het bestaan eener voorloopige koopakte zal de fiscus in de „meeste gevallen niets bemerken en in casu, waar de koop „wordt vernietigd, niettemin den staatsbuidel met de noodige „kopeken te verrijken lijkt mij plus royaliste que le roi" schrijft de jonge dokter. Edoch er zijn gevallen, dat men inderdaad moet zijn plus royaliste que le roi en wanneer inderdaad het registratierecht verschuldigd is, moet men dit voldoen, hoe onsympathiek de fiscus of zijn vertegenwoordiger moge wezen en onverschillig of deze ontduiking al dan niet kunnen achterhalen.

Is echter registratierecht verschuldigd?

Dit lijkt mij dubieus.

Eene akte, die naar waarheid is opgemaakt, kan naar het mij voorkomt, nooit meer constateeren dan wat werkelijk gebeurd is. Verklaart nu een verkooper, dat hij tegen zekeren prijs een onroerend goed aan zijn mede-contractant verkoopt, maar dat hij aan dezen den eigendom van het goed niet onmiddelijk wil overdragen, maar eerst bij gelegenheid van het opmaken van eene notarieele akte, die den verkoop constateert en verklaart nu de kooper met dit alles accoord te gaan, dan mist deze overeenkomst het karakter van eene zakelijke overeenkomst, van een „dinglicher Vertrag".

Nu kan ik mij zeer goed voorstellen, dat men aanneemt, dat zoodra de akte, die deze overeenkomst constateert — de voorloopige akte — ten hypotheek-kantore is overgeschreven het eigendomsrecht van het verkochte goed van den verkooper toch op den kooper is overgegaan, ook al hebben partijen dit niet gewild. En wel omdat dit volgt uit art. 671 B. W. Deze meening — ik laat in het midden of zij juist is — is zeker verdedigbaar, al zal men hare juistheid moeten aantoonen.

Dit doet echter de schrijver *niet*. Een mondeling gesloten overeenkomst noeme men, zegt hij, wat mij betreft, een obligatoire, maken partijen direct na het mondeling sluiten der overeenkomst een schriftelijk bewijsstuk daarvan op, zoo verwezenlijken zij al aanstonds de vereischten voor de zakelijke overeenkomst. Zeker, maar alleen, wanneer inderdaad een zakelijke is gesloten. En wanneer dit zoo is, moet men die ook niet eene obligatoire noemen. Niet maar iets toegegeven wat niet toegegeven had moeten worden. Zeker eigendomsovergang is er slechts na overschrijving der akte van eigendomsoverdracht, dat is der akte constateerende de zakelijke overeenkomst. Zonder akte dus geen eigendomsovergang. Maar daarom kan er wel *zonder* akte eigendomsoverdracht bedoeld zijn, al kan deze geen effect sorteeren. Leert mr. Van den Dries: de voorloopige koopakte is niets anders dan eene akte houdende verbintenis tot overdracht, niét eene akte houdende overdracht dan zou ik antwoorden: Dit zal dikwerf waar zijn, het hangt echter van

den inhoud der akte af en het is ook mogelijk dat deze wèl de overdracht inhoudt. Vermoedelijk heeft de heer RUYS deze gevallen op het oog. Edoch deze komen, denk ik, minder voor dan hij zich dit voorstelt. Wanneer men bepaalt, dat eene notarieele akte zal worden opgemaakt is dit meestal omdat men wil, dat deze en deze alleen zal worden overgeschreven en reserveert men zich den wil om over te dragen tot het moment van het opmaken dezer akte. Is dit echter zoo, dan beoogt men met de voorloopige koopakte ook niets dan het constateeren van het obligatoire contract, want dit alleen bestaat. En wanneer *deze* voorloopige koopakte dan *niet* is eene akte „houdende overdracht onder bezwarenden „titel van een onroerend goed binnen het rijk gelegen of „gevestigd" dan is daarover ook niet het vaste recht van f 2.50 van elke f 100.— verschuldigd. Dat men onder de vroegere Registratiewet anders moest beslissen, bewijst niet, dat men dit ook thans moet doen.

Het laatste woord in deze zaak is — men denke slechts aan de artikelen in nummer 2522 van het Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie — nog niet gesproken en vermoedelijk zal ook de rechter wel zijn oordeel moeten te kennen geven.

Edoch, dit laatste woord te spreken heeft de heer R. niet bedoeld, hij wenschte slechts eene bijdrage te leveren en deed dit op eene duidelijke, heldere wijze.

C. S.

Huwelijksgoederen en Erfrecht. Handleiding bij studie en praktijk, door J. G. Klaassen, hypotheekbewaarder en candidaat-notaris. — Arnhem, S. Gouda Quint. — 3de geheel bijgewerkte druk.

Herdrukken 1877—1917, door Mr. G. Wttewaal, lid van het gerechtshof te Arnhem. — Arnhem, S. Gouda Quint.

Twee geheel verschillende werken, die alleen met elkander gemeen hebben, dat zij bij denzelfden uitgever — keurig verzorgd — verschenen zijn en als herdrukken bij het publiek niet onbekend zijn.

Maar overigens welk een verschil!

Het werk van den heer Klaassen geheel hetzelfde dat vroeger reeds in twee drukken het licht zag maar dat nu opnieuw up to date bijgewerkt is, is voor vele notarissen en ambtenaren der registratie, maar niet minder voor anderen, die zich met huwelijksvermogensrecht en erfrecht hebben bezig te houden, een puits de science. Men vindt er met zeldzame nauwkeurigheid de verschillende vragen, waartoe de uitlegging onzer wet aanleiding heeft gegeven, behandeld, litteratuur en jurisprudentie zijn niet alleen aangehaald maar ook nagegaan en gewogen. Het werk is geen verzameling van jurisprudentie, geen Léon, maar een zelfstandig verdienstelijk werk, al heeft de schrijver ook uitsluitend zich ten doel gesteld een werk voor de praktijk te geven.

Dit doel heeft hij bereikt — men zal niet nalaten Klaassen op te slaan, wanneer men een vraag heeft te beantwoorden, die betrekking heeft op dat terrein van een recht waarop deze zich beweegt.

En toch bij alle verdiensten van het werk, voor zijn genoegen zal, vermoed ik, maar zelden iemand het gaan lezen. Waarom niet?

Op deze vraag moet ik het antwoord schuldig blijven Misschien is echter een hypothese geoorloofd? Wanneer men een rechtsquaestie bestudeert is eigenlijk het meest interessante om na te gaan welken invloed de eene auteur op den anderen, de schrijvers van naam op de jurisprudentie hebben gehad, hoe zich de heerschende „leer" tot de vraag stelt en

hoe deze zich in den loop der tijden wijzigt. Daarvan vindt men echter bij KLAASSEN niets, hij deelt objectief de verschillende meeningen mede, verzwijgt niet de zijne, al stelt hij die niet op den voorgrond, maar daarmede is het dan ook uit. Zoo krijgt men een oogenblik den indruk, alsof de rechtswetenschap is een verzameling van de meest uiteenloopende meeningen van welke de meeste mis zijn. En wanneer men zulk een indruk krijgt, studeert men niet langer dan bepaald voor het onderzoek dat men moet instellen noodig is.

Intusschen dit neemt niet weg, dat het werk van den schrijver verdienstelijk is en men vraagt zich — men zal die vraag misschien ongepast achten, maar dat kan geen reden zijn ze niet te doen — waarom is deze hypotheekbewaarder en candidaat-notaris niet, evenals wijlen Mr. SPRENGER VAN EYCK, aan wien men het doctoraat toch ook niet heeft kunnen onthouden, doctor juris honoris causa? De schrijver zelf zal verstandig doen die vraag niet te stellen, hij denke aan MOLIÈRE en de Académie Française.

Van geheel anderen aard zijn de „herdrukken" van Mr. WITTEWAAL, een veel en keurig tal opstellen voor het grootste deel in Themis verschenen. Verhindert dit op zich zelve reeds eene critische bespreking — men behoeft daarbij nog niet te denken aan hetgeen de wolven niet plegen te doen — de opmerking mag toch gemaakt, dat men van deze frissche aangenaam geschreven opstellen gaarne kennis neemt.

Merkwaardig is het, dat bij den auteur een lichte animositeit, soms denkt men aan fronde, tegen den Hoogen Raad telkens op den voorgrond treedt. Wordt echter wel voldoende in het oog gehouden, dat een rechtscollege niet iets abstracts is maar uit menschen bestaat, die uit den aard der zaak kinderen van hun tijd zijn? Vandaar dat de ontwikkeling der doctrine — sit venia verbo — zich ook in de jurisprudentie laat nagaan. Dit kan niet anders.

C. S.

De ontwikkeling der theoretische economie. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van Hoogleeraar aan de Nederlandsche Handelshoogeschool te Rotterdam op 14 Juni 1918 door Mr. F. de Vries. Haarlem, de Erven F. Bohn.

Wanneer men, gelijk de heer De Vries, reeds als docent aan eene hoogeschool verbonden is alvorens men tot hoogleeraar wordt benoemd is de verzoeking groot om tot onderwerp zijner inaugurale rede een speciaal onderwerp uit het vak, dat men voortaan zal hebben te onderwijzen, te kiezen. Immers hoe men staat tegenover de wetenschap heeft men, althans aan zijn leerlingen, niet meer te verzekeren, zij hebben dit reeds kunnen nagaan, een geloofsbelijdenis, die zulk eene redevoering meestal is, is hier niet noodig. Toch is de nieuwe Rotterdamsche hoogleeraar voor deze verzoeking *niet* bezweken, hij heeft zoo zegt hij, het goede gebruik willen volgen om althans eenigermate zijn positie te bepalen tegenover het hem toevertrouwde vak van wetenschap. En hij deed dit op verdienstelijke wijze.

Op den voorgrond stelt hij, dat de theoretische economie een schepping is der klassieke economie en wijst hij dadelijk op Smith en diens bekend werk. Nu was Smith een kind van zijn tijd. individualist en rationalist, geloovende aan de harmonie van belangen, zoowel op zedelijk als op economisch gebied. Zoowel op het gebied der productie als op dat der verdeeling ontstaat automatisch de best mogelijke toestand, wanneer het in ieder individu werkende eigenbelang aan zich zelf wordt overgelaten. Had men tot op hem gemeend, dat het de taak der economie was om door tal van voorschriften de belangen van individu en gemeenschap te verzoenen, bij hem wordt de economie een onderzoek naar de werking van de in de individuen aanwezige drijfkrachten. Men heeft slechts na te gaan, hoe het economisch leven zich onder heerschappij van het economisch principe vormt.

Zeker, Smith was niet vrij van politiek, het aannemen van ongehinderde werking van het economisch principe is voor hem niet slechts een onmisbaar hulpmiddel om de economische verschijnselen te verklaren, maar sluit tevens den eisch in, dat men het economisch karakter moet laten doorwerken, maar door het negatieve karakter. dat zijn politiek eigen was,

vormde hij geen onoverkomelijken hinderpaal voor de ontwikkeling der theorie, integendeel werkte hij haar bestaan in de hand. Dit blijkt reeds uit hetgeen zijn opvolgers tot stand brachten. Zoowel bij RICARDO als bij VON THÜNEN, speciaal bij den eersten, zijn zoowel de practisch-politieke als de naturalistische tendenzen van SMITH reeds vrij wel overwonnen. RICARDO beperkte zich veel meer tot het zuiver economische en gaf eene abstracte theorie van het ruilverkeer, van welker slechts hypothetische gelding hij zich bewust was. Bij de klassieken vindt men dan ook reeds het standpunt verdedigd, dat waardeeringsoordeelen bij de behandeling der economie moeten worden uitgeschakeld en dat theorie en practijk geheel gescheiden zijn. Door hen, de opvolgers van SMITH, is de theoretische economie geschapen.

Inderdaad deze opmerking is juist maar met het scheppen dier theorie achtten velen hun taak toch niet afgedaan. Zoo ooit aanhangers eener economische leer van de omstandigheden gebruik hebben gemaakt en wat zij theoretisch juist achtten practisch hebben willen invoeren, dan zijn zij het wel geweest. Afwijkingen gedoogden zij niet, wie twijfelt bezoeke slechts zeker graf te Kufstein.

Vandaar, dat het aantal grieven, dat men tegen de klassieke school pleegt aan te voeren, legio is. Edoch, hier komt de hoogleeraar haar te hulp. Reeds omstreeks 1830, zoo leert hij, begon er een stilstand in de ontwikkeling te komen. Wat zich verder ontwikkelde, de leer van het economisch liberalisme was niet zoozeer de „klassieke" als de „populaire" economie en tegen haar is het dat zich de aanvallen van de historische school voornamelijk hebben gericht Niet zoozeer tegen de classici zelf dan wel tegen de epigonen. En dan nog raakte men nauwelijks aan de klassieke theorie. Het was voornamelijk tegen het politieke en sociaal-philosophische gedeelte der leer dat de tegenstanders zich wenden. En daar het individualisme was uitgeloopen op een platvloersche nuttigheidswijsbegeerte, was de aanval niet moeilijker geworden. Veel van hetgeen STAMMLER en de zijnen aanvoerden was juist, maar een fout is het geweest, dat zij, de toestanden willende beschrijven zooals zij waren, te zeer alleen aan de beschrijving de aandacht hebben gegeven en de economische theorie ter zijde hebben gelaten.

Edoch, ook de heerschappij der historische school — zou die hier te lande ooit geheerscht hebben? — was niet eeuwig WAGNER, de groote meester, die steeds betoogd had, dat „das „wesentliche der Ergebnisse der Britischen Theorie und Dogmatik" was blijven bestaan heeft nog mogen beleven, dat hij juist had gezien. KARL MENGER, STANLEY-JEVONS, LEON WALRAS en vooral VON BÖHM-BAWERK — de groote waardeering van mr. DE VRIES voor dezen meester blijkt telkens —

hebben weder het goed recht der economische theorie verdedigd en zijn er in geslaagd dit weder tot erkenning te brengen. De nieuwe theorie heeft voorts van de fouten der oude geleerd. Gescheiden van iedere politiek, streeft zij er naar de economie tot eene positieve exakte wetenschap te maken met als eenig doel de verklaring van den causalen samenhang der economische verschijnselen. Daarbij gaat zij aanvankelijk isoleerend en abstraheerend te werk, omdat dit het eenige middel is om in het uiterst gecompliceerd samenstel onzer maatschappij den weg te vinden. Daarom moet de werking van niet economische factoren ter zijde worden gelaten en worden geabstraheerd van den historischen wisselenden verschijningsvorm onzer samenleving om aldus, uitgaande van de eenvoudigste veronderstellingen, de economische wetmatigheid te kunnen opsporen.

Edoch van het hypothetisch karakter harer wetten is de nieuwe school zich volkomen bewust — althans dit verzekert ons de spreker — en ook van de groote zorgvuldigheid en voorzichtigheid, welke noodig zijn om den weg terug naar de concrete werkelijkheid te vinden. Aldus zich hoedende voor de fouten, waarin vroegere theoristen zijn gevallen, kunnen de beoefenaars der moderne economische theorie een goed en nuttig werk verrichten.

Onwillekeurig vraagt men zich dit lezende af: Waarom moet men de werkelijkheid verlaten en zich aldus de verplichting scheppen den weg daarheen terug te vinden? Is werkelijk het isoleerend en abstraheerend te werk gaan het eenige middel om in het gecompliceerde samenstel onzer maatschappij den weg te vinden?

De geleerde spreker heeft deze objectie blijkbaar gevoeld en verdedigt het bovenvermelde nog eens met een beroep op het feit, dat het zoogenaamde empirische object, het werkelijke leven, nooit het object eener wetenschap kan aangeven. Voor het denkvermogen zou het toch een onmogelijke taak zijn. Uit de oneindige hoeveelheid kenmerken, welke de werkelijkheid biedt, neemt men bij het wetenschappelijk denken steeds slechts enkele voor het doel belangrijke en vereenigt deze tot een begrip. Zoo schept men zich uit het empirisch object een denk- of kenobject.

De fout der historische school zou geweest zijn, dat zij het empirisch object zonder meer tot kenobject wilde maken. Iets onmogelijks, dat uit den aard der zaak tot ontkenning van iedere theorie leidt en tevens de economie als zelfstandige wetenschap opheft, wijl het empirisch object niet in staat is om op zich zelf het karakter van eene wetenschap te bepalen.

Overtuigend lijkt mij dit niet, maar dit doet ook niet ter zake. Immers kan men eene rede met belangstelling,

ja zelfs met instemming, lezen zonder dat men het met den spreker eens is. En dit was bij mij, althans bij deze rede, het geval. Het groote gevoel van objectiviteit, waarvan de hoogleeraar steeds blijk geeft, wekt het vertrouwen, dat althans hij in de fouten der „populaire" economie, hoe populair die dan ook in Rotterdam geweest moge zijn, niet licht zal vervallen.

C. S.

THEMIS

LXXIXste deel — VIERDE STUK

Het Rechtskarakter der Indische weeskamers

door

Mr. A. A. DE VRIES.

Wie zich nederzet om een onderzoek in te stellen naar het karakter der Indische weeskamers en betrekkelijk een vreemdeling is in de Indische wetboeken, waarvan hij intusschen weet dat zij formeel overeenstemmen met de Nederlandsche, zal beginnen met het Reglement op de rechterlijke organisatie en het beleid der Justitie in Nederlandsch-Indië (1) op te slaan, welk reglement evenals het materieele privaatrecht bij Koninklijk besluit is vastgesteld en tegelijk met de desbetreffende algemeene verordeningen op 1 Mei 1848 in werking is getreden. Hij zal dan niet vinden wat hij zoekt. Hoe dat komt heb ik medegedeeld in mijn opstel over art. 132 van het genoemde reglement in *Themis* 1915.

In een ander opstel, in *Themis* 1916, handelende over de Indische weeskamers in het voogdijrecht, heb ik medegedeeld dat het bestaan der Indische weeskamers wortelt

(1) Ik zal dit reglement in het vervolg aanhalen met R. O.

in art. 415 van het Indisch burgerlijk wetboek (1) en de grond van haar bestaan derhalve, oneigenaardig, te dier plaatse in de wetgeving ligt. Als men nu zou meenen daar ook de beginselen te vinden omtrent den aard en de werkzaamheden der weeskamers, zou men alweder bedrogen uitkomen. Niet de over de weeskamers handelende artt. 415—418 B. W. verschaffen licht omtrent haar fundamenteele attributen, maar de instructie voor de weeskamers (2), die is afgekondigd in *Ind. Stbl.* 1872, n°. 166 en ingevolge art. 416 B. W. is vastgesteld door den Gouverneur-Generaal na raadpleging van het Hooggerechtshof. Derhalve zijn, nadat de gewone wetgever de weeskamers in het leven had geroepen, de fundamenteele bepalingen uitgegaan van de autoriteit, die slechts bepalingen van formeelen en ondergeschikten aard had vast te stellen. Dat zulks niet geheel in orde is, heeft de Gouverneur-Generaal, die de instructie heeft vastgesteld, begrepen. Uit het koloniaal verslag van 1872 toch blijkt dat hij de ontwerp-instructie naar Nederland heeft gezonden en de machtiging des Konings heeft gevraagd om die vast te stellen, waarop hij ten antwoord heeft ontvangen dat hij geen machtiging des Konings noodig had (3).

---

(1) In het vervolg aan te halen met B. W. Wanneer ik het Nederlandsche burgerlijk wetboek bedoel, zal ik daarvan doen blijken door de bijvoeging *Ned.* Evenzoo beteekent *Rv.* het Indische reglement op de burgerlijke rechtsvordering voor de Raden van Justitie op Java en het Hooggerechtshof van Ned.-Indië alsmede voor de residentiegerechten op Java en Madura, en *Rv. Ned.* het Nederlandsch wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

(2) In het vervolg aan te halen met *Instr.*

(3) Ik bega eene indiscretie, die de Minister van Koloniën mij wel niet ten kwade zal duiden, door mede te deelen dat mij uit het archief van zijn Departement gebleken is, dat de Koning, nadat hem de concept-instructie was aangeboden, blijkens een Kabinetsrescript machtiging aan den Minister heeft verleend om den Gouverneur-

Aan de hand van de instructie zal ik dus trachten de vraag te beantwoorden, wier beantwoording ik mij ten taak heb gesteld.

Voordat ik daartoe overga zal ik iets mededeelen dat van belang zou kunnen zijn voor de vraag wat het karakter der Indische weeskamers was onder de oude wetgeving, d. i. de wetgeving uit den tijd der O.-I. Compagnie en daarna tot 1848.

Al dadelijk stel ik daarbij voorop dat het er mij niet om te doen is de vraag te beantwoorden hoe men oudtijds het juridisch karakter der weeskamers heeft geconstrueerd. Met dergelijke quaesties maakte men zich destijds niet druk. Ik geef alleen een historische inleiding.

De weeskamer te Batavia dateert van 1625. Omtrent haar oorsprong zij verwezen naar mijn boven aangehaald opstel in *Themis* 1916.

Zij werd ongetwijfeld in de practijk aangezien voor wat wij nu een rechtspersoon noemen (1). Zij had inkomsten, die haar vermogen vormden, waarover de regeering somtijds beschikte en waaruit ze een andermaal tegen interest geld van de weeskamer leende. Deed ze het eerste, dan zocht ze ter rechtvaardiging daarvan wel eens naar een juridische constructie en heeft dan wel gemeend die gevonden te hebben door de weeskamer

---

Generaal te kennen te geven dat hij de instructie kon vaststellen zonder daartoe door den Koning gemachtigd te zijn. Die beslissing is dus niet, zooals het koloniaal verslag zou kunnen doen vermoeden, buiten den Koning om door den Minister gegeven.

(1) In den tijd van DAENDELS gaf zij zelfs credit-brieven uit, zijnde papieren geld, onder verband van vastigheden.

Zie het Ned.-Indisch Plakaatboek 1602—1811 door Mr. J. A. VAN DER CHIJS, uitgegeven van 1885—1900 in 18 deelen ter Landsdrukkerij te Batavia en te 's-Gravenhage bij M. NIJHOFF, o.a. deel XVI, blz. 44.

usufructuarius te noemen van het eigenlijk aan de regeering behoorende kapitaal (1).

Het oorspronkelijk kapitaal van de weeskamer werd gevormd door boeten aan haar toegewezen en enkele leges (2), waarbij al spoedig kwam rente van kapitalen onder hare administratie, welke rente zij niet geheel aan de geadministreerden behoefde te verantwoorden (3) en waarbij ook de kapitalen zelf kwamen waarop niemand binnen den verjaringstermijn recht had doen gelden. Dit laatste deed zich veelvuldig voor, want de weeskamer was belast met de verevening van onbeheerde nalatenschappen en de rechthebbenden daarop waren dikwijls niet te vinden en meldden zich niet aan. Zoo ontstond het zoogenaamde kapitaal van de onbekende weezen.

Uit hare inkomsten had de weeskamer hare eigene onkosten te betalen (4), behoeftige kinderen werden er uit onderhouden, schoolgelden betaald voor sommigen die dat noodig hadden en er voor in aanmerking kwamen enz. (5).

De inkomsten van de weeskamer overtroffen de uitgaven en voor het kapitaal was niet steeds goede belegging te vinden (6). Daarom nam de regeering tegen

(1) Plakaatboek, deel V, blz. 528; VIII, blz. 158; XII, blz. 282.

(2) Plakaatboek VIII, blz. 646.

(3) Zie over boeten en niet verantwoord wordende rente blz. 513 Plakaatboek I. Daar is afgedrukt het over weesmeesteren handelende hoofdstuk in de Bataviasche Statuten. Zie over die statuten en de zoogenaamde Nieuwe Statuten, die afgedrukt zijn in Plakaatboek IX, de noten op blz. 289 en 299 van *Themis* 1916.

(4) Plakaatboek II, blz. 344; IV, blz. 393 enz; XV, blz. 1005.

(5) Plakaatboek III, blz. 313; XV, blz. 371, 466.

(6) Plakaatboek II, blz. 172; IV, blz. 355; V, blz. 241, 555; VI, blz. 186; VIII, blz. 350, 891; XIV, blz. 747; XV, blz. 596, 861; XVI, blz. 44, 218, 560.

rentebetaling het geld van de weeskamer in deposito. Zij was een handelslichaam en kon dikwijls meer geld gebruiken dan waarover zij beschikte. Ook van particulieren en andere instellingen nam zij dan wel geld op, waarmede zij niet altijd haar eigen belang alleen op het oog had, maar ook dat van haar geldschieters, wat bijzonder gold van de weeskamer en dergelijke instellingen (1). Ook gebeurde het wel dat de regeering het overtollige geld van de weeskamer bestemde voor de stichting van een publiek gebouw of een of andere „pieuse" zaak (2).

Werd de rentelast der regeering te zwaar, dan bepaalde zij soms dat de door haar van de weeskamer geleende gelden, uit de boeken der weeskamer in de hare zouden worden overgeschreven; ook stelde zij wel eenzijdig vast, dat het rentecijfer van de door haar van de weeskamer geleende gelden werd verminderd, dan wel dat over zeker kapitaal in het geheel geen rente meer door haar zou worden te goed gedaan (3).

Veel van dit alles werd natuurlijk anders toen de Oost-Indische Compagnie ophield te bestaan. In 1801 werd de Staatsregeling voor de Bataafsche Republiek afgekondigd. Het octrooi der Compagnie werd vernietigd. De Souvereiniteit over Indië ging over van de Staten-Generaal der Vereenigde Nederlanden op het Souvereine Bataafsche volk. Er kwam een Raad van Bestuur over den handel en de bezittingen der Republiek in Azië,

---

(1) Plakaatboek II, blz. 197, 235; IV, blz. 320; XIV, blz. 62.

(2) Plakaatboek II, blz. 114 en 462. In 1810 werd op initiatief van DAENDELS de societeit «de Harmonie» te Batavia opgericht en de weeskamer te Batavia door hem gequalificeerd om daarvoor 75.000 à 80.000 rijksdaalders voor te schieten tegen 6 pCt. interest 's jaars.

(3) Plakaatboek III, blz. 203, 311, 395, 447, 505.

waarvoor een instructie werd vastgesteld door het Vertegenwoordigend lichaam.

Na het herstel van het, door het Engelsch tusschenbestuur onderbroken, Nederlandsch gezag werd in *Ind. Stbl.* 1818, n°. 72 een instructie voor de weeskamers afgekondigd (1). De vraag wie eigenaar was van het geld dat bij de weeskamers inkwam en niet aan de geadministreerden behoorde, werd door die instructie beantwoord. Art. 42 zegt met zooveel woorden dat de weeskamers geen eigen fonds mogen hebben, maar verplicht zijn alles wat onder die benaming valt in 's lands kas over te brengen en hare directie eeniglijk te bepalen tot het administreeren van boedels van anderen. De weeskamers declareeren salaris volgens tarief (art. 55) en te haren behoeve komen boeten (art. 15); van die gelden zijn zij geen eigenaar en zij mogen daarover niet eigenmachtig beschikken, want voor alle uitgaven moet het gouvernement autorisatie verleenen (art. 39). De tractementen van de beambten der weeskamers worden betaald uit 's lands kas en van landswege wordt voorzien in schrijfbehoeften (art. 41). Uit het geld bij de weeskamers kunnen behoeftige weezen geen alimentatie meer ontvangen, zooals vroeger wel het geval was. Dergelijke weezen gaan naar het Diakoniehuis of het Armenhuis (art. 24).

Men zou meenen dat nu boven allen twijfel vaststond, dat de weeskamers geen eigen kapitaal hadden, dat het onmogelijk was dat niet te zien en er niet naar te handelen. Toch gebeurde het laatste.

Het koloniaal verslag over 1849 was het eerste dat ter voldoening aan art. 60 (thans 62) der Grondwet aan

---

(1) Zie betreffende het Engelsch tusschenbestuur de noot op blz. 309 van *Themis* 1916, waar, door een zonderlingen lapsus calami, staat *zelf* bestuur.

de Staten-Generaal werd ingediend. Omtrent de weeskamers bevat het mededeelingen, die doen denken aan een college voor oningewijden, maar ook mededeelingen die voor ingewijden niet zonder verrassing zijn. Het doceert juist als volgt: „Hetgeen de inkomsten der weeskamers (aan salaris en leges en aan renten op uitgezette kapitalen) meer bedragen dan de uitgaven (voor personeel, bureaukosten en rente op kapitalen over welke rente moet worden uitgekeerd) moet, volgens hare algemeene instructie overgebracht worden in 's Lands kas". Verrassend laat het daarop volgen: „Maar voor de weeskamers op Java heeft het Gouvernement *tijdelijk* „zoolang het zulks noodig zal oordeelen", hiervan afgezien en die gelden als *reservefonds* bij de weeskamers doen aanhouden, om te dienen ter betaling van renten op kapitalen van onbekenden, die, later bekend wordende, blijken in de termen te vallen dergenen, wien rente kan worden te goed gedaan en tot goedmaking van andere zulke onvoorziene betalingen. Jaarlijks werd, in verband met den stand van zaken beslist welk gedeelte van dit fonds in 's lands kas kon overgaan.

Voor de weeskamers op de Buitenbezittingen was bepaaldelijk vastgesteld dat van de bedoelde overwinsten bij die weeskamers moest worden gevormd en beheerd een reservefonds tot waarborg voor de geadministreerden en tot dekking van mogelijke verliezen. Voor de weeskamers op Java bestond dergelijke quasi wettelijke grondslag voor het reservekapitaal niet.

Het koloniaal verslag van 1854 deelde mede dat bij een besluit van November 1854 was bepaald, dat een jaarlijksch tekort bij de weeskamer te Amboina, waardoor er geen geld was om haar personeel te betalen, van 1 Januari 1854 af zou worden gevonden uit het reservefonds van de weeskamer te Batavia.

De Tweede Kamer der Staten-Generaal in haar verslag over dat koloniaal verslag merkte zeer bescheiden, maar terecht, op, dat het besluit van November 1854 op zeer betwistbare gronden scheen te rusten, dat de weeskamers waren op hoog gezag ingestelde boedelbeheerderessen, dat een batig saldo in 's lands kas moest worden gestort en een tekort uit diezelfde bron moest worden aangevuld. Zij wenschte in een volgend verslag inlichtingen te vinden aangaande het reservefonds der weeskamer te Batavia, waaromtrent zij vruchteloos de bepalingen had gezocht.

De regeering reageerde daarop in het koloniaal verslag van 1860. Waar de reservefondsen van de weeskamers, wier totaal, volgens een bij het verslag overgelegden staat, ruim twee millioen gulden bedroeg, vandaan kwamen, deelde zij niet mede.

Met veel omhaal van woorden zegt het verslag het volgende:

Reeds vroeger had de regeering uitgemaakt dat de weeskamers voor rekening van den lande administreeren en dat het eigendomsrecht op de reservefondsen behoort aan den lande. Die uitgemaakte zaken hebben ook in den loop van 1860 een punt van overweging uitgemaakt. De instructie van de weeskamers bepaalt in art. 42 dat de winsten van de weeskamers niet tot een afzonderlijk fonds mogen worden bijeengebracht, maar jaarlijks in 's lands kas moeten worden gestort, terwijl om den Staat voor schade te behoeden, bij *Stbl.* 1836 n°. 20 is bepaald, dat de weeskamers aan hare geadministreerden niet meer rente zullen vergoeden dan de door haar gekweekte rente, na aftrek der administratiekosten, toelaat, in verband waarmede het rentecijfer, dat wordt te goed gedaan, jaarlijks zal worden vastgesteld. Intusschen is gedurende meer dan veertig jaar door de weeskamers 6 pCt. rente

te goed gedaan (zijnde het oorspronkelijk in de instructie van 1818 bepaalde rentecijfer) en daar de gekweekte rente in de laatste jaren niet toeliet zooveel rente uit te keeren, is het ontbrekende aangevuld uit de reservefondsen. De regeering vindt het nu te hard voor de geadministreerden om daarop terug te komen, wat het gevolg zou moeten zijn van het overbrengen der reservefondsen naar 's lands kas. Intusschen wil zij ook niet dat het denkbeeld wortel schiet dat de reservefondsen bij de weeskamers moeten blijven, waarvoor de kans te grooter wordt naarmate zij daar langer blijven. Zij zou wel wenschen dat de rechter den eigendom van den lande op de reservefondsen erkende, maar dat zal niet gaan, vermits de weeskamers als staatsinstellingen niet tegen den Staat in rechte kunnen optreden.

Om nu een oplossing te vinden, maakte de regeering de zaak commissoriaal. De weeskamers op Java werden uitgenoodigd om te dienen van consideratiën en advies. In afwachting daarvan werden de reservefondsen onder het beheer van de weeskamers gelaten en over het verloop der zaak zou de regeering in een volgend verslag rapporteeren.

Hoe het advies van de weeskamers is uitgevallen heb ik nergens kunnen vinden. In het koloniaal verslag over 1870 verscheen de mededeeling dat aan de reservefondsen, die onwettig waren, ook met het oog op art. 27 van de Comptabiliteitswet, geleidelijk een einde zou worden gemaakt en dat de nieuwe instructie voor de weeskamers, die in bewerking was sedert de invoering der nieuwe wetgeving van 1848, zou bepalen dat de kosten dier instellingen ten laste en hare inkomsten ten bate van den Staat zouden komen.

De nieuwe instructie, die in werking is getreden op 1 Juli 1873, bepaalde dat inderdaad. Het was intusschen niets nieuws; de instructie van 1818 bepaalde het ook.

Wat is nu volgens de instructie van 1872 de juridische constructie der weeskamers? Die vraag is te beantwoorden aan de hand der volgende bepalingen van de instructie.

Art. 1 zegt dat de weeskamers zijn van staatswege ingestelde collegiën.

Art. 3 bepaalt dat de kosten der weeskamers komen ten laste, hare inkomsten ten bate van den Staat (1).

Art. 11 definieert de inkomsten als *a.* het bij de wettelijke bepalingen vastgestelde beheerloon en *b.* leges, zijnde betalingen voor zekere verrichtingen in de gevallen en tot het bedrag als afzonderlijk zal worden bepaald (2).

Art. 23, verwijzende naar het bij de ordonnantie in *Ind. Stbl.* 1897, n°. 231, ingetrokken art. 22, waarvan de inhoud bij art. 9 dierzelfde ordonnantie (3) is gehandhaafd, bepaalt 1°. dat het bij die artikelen voorgeschreven onderzoek van de Algemeene Rekenkamer, evenals de goedkeuring van eenige rekening door de weeskamer zelve, geen inbreuk maakt op het recht van belanghebbenden om de rekening van de weeskamer evenals die van elken

---

(1) In plaats van den *Staat* zegt men in de Indische officieele taal gewoonlijk den *Lande*. Hier zal wel *Staat* gebruikt zijn om in de terminologie *van staatswege* van art. 1 te blijven. Ik spreek nu verder ook maar van den *Staat* in plaats van van den *Lande*.

(2) Het tarief van leges is laatstelijk vastgesteld bij een ordonnantie in *Ind. Stbl.* 1914, n°. 345.

(3) Bij die ordonnantie zijn bepalingen vastgesteld omtrent de vereeniging tot eene massa van de kassen der weeskamers en die der boedelkamers (*a*) en het beheer dier kassen en in verband daarmede worden een aantal artikelen van de instructie voor de weeskamers ingetrokken.

Het ingetrokken art. 22 en het nieuwe art. 9 bevatten voorschriften omtrent het onderzoek der boeken van de weeskamers door de Algemeene Rekenkamer en een maandelijks aan den Directeur van Justitie door de weeskamers in te zenden proefbalans.

(*a*) Zie omtrent boedelkamers de noot op blz. 285 van *Themis* 1916.

anderen rekenplichtige te onderzoeken en, des geraden vindende, daartegen op te komen, en 2°. dat de eisch moet worden ingesteld tegen de weeskamer en dat de Staat onverwijld voldoet aan het vonnis, maar zijn verhaal heeft op de schuldige of nalatige weeskamer-ambtenaren.

Art. 33 verplicht de weeskamers, om, behoudens het bepaalde bij art. 413 B. W., in de gevallen waarin dat artikel op haar kan worden toegepast, op hare verantwoordelijkheid te waken dat het slot van rekening aan gewezen minderjarigen verschuldigd, aan rechthebbenden kunne worden uitgekeerd, uiterlijk zes maanden na het tijdstip, waarop de oorzaak van het bestaan der voogdij heeft opgehouden.

Art. 35, zooals het luidt ingevolge de ordonnantie in *Ind. Stbl.* 1906, n°. 103, verbiedt aan de weeskamers om buiten de gevallen, waarin de wettelijke bepalingen het verkrijgen van een rechterlijk verlof voorschrijven, alsmede die waarin de wet die colleges uitdrukkelijk bevoegd of verplicht verklaart om in rechte op te treden, zonder daarbij tevens melding te maken van het noodig zijn van eene machtiging, — zonder machtiging van den Directeur van Justitie eene rechtsvordering in te stellen, zich als gedaagde tegen een ingestelde rechtsvordering te verweren of daarin te berusten, dan wel zich ten aanzien van zoodanige rechtsvordering te refereeren aan 's rechters oordeel en eindelijk eenig geschil te onderwerpen aan scheidslieden. Wijders mogen de weeskamers geen dading aangaan zonder vergunning van den Directeur van Justitie, behoudens de gevallen, waarin de wettelijke bepalingen daartoe een rechterlijke machtiging mochten vorderen.

Ik teeken daarbij aan dat volgens de oorspronkelijke redactie van het bij *Ind. Stbl.* 1906, n°. 103 aldus vastgestelde artikel de weeskamers geen machtiging noodig hadden om zich tegen een tegen haar ingestelde rechtsvordering te verdedigen.

Art. 80, zooals het luidt ingevolge *Ind. Stbl.* 1881, n°. 220, bepaalt dat wanneer de weeskamer tot het doen van rekening en verantwoording in gebreke blijft (1) om op den bepaalden dag te verschijnen of om rekening te doen, de eigendommen van den Staat, indien zulks geëischt is, in beslag genomen en verkocht kunnen worden tot zoodanig bedrag als bij het vonnis bepaald wordt en zulks met inachtneming van het bepaalde bij de artt. 72 en 73 der Comptabiliteitswet (*Stbl.* 1864, n°. 106) en alles behoudens verhaal van den Staat op de nalatige ambtenaren der weeskamer.

Volgens art. 1 zijn dus de weeskamers van staatswege ingestelde collegiën, d.w.z. publiekrechtelijke lichamen. Dat is een feit, hetwelk dat artikel constateert en dat ook waar zou zijn, wanneer het dat niet deed. Het voegt daaraan toe dat de bemoeienissen der weeskamers bij de instructie en andere wettelijke bepalingen zijn geregeld. Die bemoeienissen zijn van tweeërlei aard; sommige liggen op het gebied van het privaatrecht, andere op het gebied van het publiekrecht.

De bemoeienissen van privaatrechtelijken aard zijn de volgende:

1°. die voortvloeiende uit voogdij en curateele over krankzinnigen, etc. De weeskamers zijn belast met de toeziende voogdij en de toeziende curateele. Wijders kan haar door den rechter ingevolge de artt. 338 en 452 B.W. het beheer van het vermogen der minderjarigen en curandi worden opgedragen en zijn zij volgens het tweede lid van art. 360 belast met de voorloopige voogdij, zoolang de rechter nog niet in de voogdij voorzien heeft;

(1) Volgens het voorgaande artikel zijn op haar van toepassing de voorschriften omtrent het doen van rekening en verantwoording in de artt. 764–786 Rv., overeenkomende met de artt. 771—793 Rv. Ned.

2°. zijn de weeskamers belast met de curateele over de ongeboren vrucht (art. 348 B. W. = 403 Ned.);

3°. wordt aan de weeskamers opgedragen de goederen en belangen te beheeren en waar te nemen van hem die zijne woonplaats verlaten heeft zonder volmacht of orde op zijne zaken gesteld te hebben (art. 463 B.W. = 519 Ned.);

4°. zijn de weeskamers belast met het beheer van onbeheerde nalatenschappen (art. 1127 B. W. = 1173 Ned.);

5°. zijn de weeskamers curator in failliete boedels;

6°. nemen de weeskamers de goederen in beheer van gedurende een zeereis overleden, achtergebleven of vermiste schepelingen en passagiers (*Ind. Stbl.* 1886, n°. 131);

7°. treden de weeskamers bij een boedelscheiding op, die bij rechterlijk vonnis is bevolen, in het geval dat in Nederland de rechter een onzijdig persoon aanwijst (art. 1071 B. W. = 1117 Ned.), waardoor rekenplichtigheid aan de weigerachtige of nalatige erfgenamen ontstaat ten gevolge van het in de Indische redactie aan het eerste lid van het artikel toegevoegde;

8°. volgens art. 7 van het in *Ind. Stbl.* 1870 n°. 64 afgekondigde Koninklijk besluit zijn de weeskamers belast met de verevening der zaken eener van hare rechtspersoonlijkheid vervallen verklaarde vereeniging.

De functies der weeskamers op publiekrechtelijk gebied vloeien in de eerste en voornaamste plaats voort uit hetgeen haar is opgedragen van hetgeen oudtijds tot de oppervoogdij behoorde. Dat behoort in Nederland tot den werkkring van den kantonrechter. Wijders behoort tot hare publiekrechtelijke functies het registreeren van testamenten en de bemoeienissen met olographische en besloten of geheime testamenten, welke bemoeienissen in Nederland aan den kantonrechter zijn opgedragen.

Art. 3 van de instructie ontzegt aan de weeskamers het hebben van vermogen en neemt daarmede de mogelijkheid weg dat zij rechtspersonen zouden zijn. Er zijn rechtspersonen wier bestaan niet medebrengt dat zij vermogen hebben, evenals er natuurlijke personen zijn zonder vermogen. Een kegelclub of een andere vereeniging, wier doel de beschikking over geld of goed niet medebrengt, kan rechtspersoon zijn volgens het reeds aangehaalde Koninklijk besluit in *Ind. Stbl.* 1870 n°. 64. Maar zij *kan* vermogen krijgen. Haar kan een erfstelling, een legaat, een schenking ten deel vallen. Maar aan een weeskamer kan niets dergelijks ten deel vallen, omdat hare inkomsten alleen kunnen zijn leges en beheerloonen, die ten bate van den lande komen (art. 11 Instr.). Inkomsten staat hier in denzelfden zin, waarin gesproken wordt van inkomsten van een tolkantoor. Zij zijn de betaling van werkzaamheden door de regeering aan de weeskamer als regeeringsorgaan, ook ten behoeve van particulieren, opgedragen. Niet aan de weeskamer maar aan de regeering zijn zij verschuldigd.

Evenmin als de leges en beheerloonen, die aan de regeering toekomen, de weeskamers tot vermogenssubject kunnen maken, doen dat de op haar naam staande kapitalen en onroerende goederen. Art. 11 van de reeds aangehaalde ordonnantie in *Ind. Stbl.* 1897, n°. 231, zooals het later is gewijzigd en aangevuld, schrijft aan de weeskamers voor om de gelden onder hare administratie, tot onderscheidene boedels behoorende, niet afzonderlijk te beleggen, maar die, als behoorende tot dezelfde massa of kas, of daarin gestort, op haar eigen naam uit te zetten, op een der wijzen, bepaald bij art. 391 B. W., correspondeerende met art. 449 Ned. Bij een ordonnantie in *Ind. Stbl.* 1905, n°. 549 is wijders aan

de weeskamers de bevoegdheid verleend om bij verkoopingen van bij haar verhypothekeerde goederen, op te bieden tot het beloop der beleende som, vermeerderd met alle op het oogenblik van den verkoop nog achterstallige renten en met de kosten, voor zoover volgens de hypotheekakte de hypotheek ook tot zekerheid van die renten en kosten gesteld is. Zoo kan het gebeuren dat de eigendom van een vast goed onder de beleggingen komt van het in massa uitgezette kapitaal van de geadministreerden van een weeskamer. Volgens genoemd art. 11 staat dan het vaste goed op naam van de weeskamer. Dat kan evenwel niet wegnemen dat de eigendom berust bij de geadministreerden van de weeskamer voor wier geld het goed gekocht is. De weeskamer als deze vertegenwoordigende en niet voor zich zelf heeft c. q. een revindicatoire actie. Daarom is het onjuist het goed te doen staan op naam van een weeskamer, maar zou het moeten staan op naam van een weeskamer q. q. haar geadministreerden. Datzelfde geldt van op andere wijzen in massa uitgezette gelden. De uitzetting daarvan op eigen naam van de weeskamer zooals is voorgeschreven, is een juridische fout. De opbrengsten der bedoelde gelden en goederen komen dan ook aan de geadministreerden, die jaarlijks zooveel ontvangen als in overeenstemming is met het jaarlijks door de regeering, op de basis van den uitkomst van het beheer van alle weeskamers te zamen, vastgestelde rentecijfer.

Voor hare individueele geadministreerden kunnen de weeskamers procedeeren in de rechtspersoonlijkheid van deze (1). Maar om te kunnen procedeeren op haar eigen

(1) Volgens art. 891 Ind. Rv., dat staat tusschen de artikelen die overeenkomen met 874 en 875 Ned. Rv., kunnen de weeskamers,

naam, zouden zij jus standi in judicio moeten hebben, dat zij missen met de rechtspersoonlijkheid, waarvan het een uitvloeisel is.

Uit de gestie van de weeskamers voor hare geadministreerden ontstaan intusschen niet alleen juridische verbintenissen tusschen die geadministreerden en derden, maar ook verbintenissen tusschen de geadministreerden en de weeskamers of liever tusschen de geadministreerden en wie voor de gestie der weeskamers verantwoordelijk is. Daarmede heeft de al of niet rechtspersoonlijkheid der weeskamers niet te maken. Verbintenissen uit de wet ontstaan ook door zaken welke men onder zijn opzicht heeft (art. 1367 B. W. = 1403 Ned.). Als voorbeelden noem ik de verbintenis om rekening en verantwoording te doen, de verbintenis om aan den geadministreerde de schade te vergoeden, die het gevolg is van het verzuim van de weeskamer om als toeziende voogdes of toeziende curatrice te zorgen dat de voogd of curator voor zijn beheer borgtocht stelt (art. 371 B. W. = 428 Ned.), de verbintenissen, die ontstaan door het niet behoorlijk beheer van onbeheerde nalatenschappen of failliete boedels.

De weeskamer zelve als geen rechtssubject zijnde en geen vermogen kunnende hebben, waarop schade te verhalen is, kan door het op dergelijke wijze ontstane vinculum juris niet gebonden zijn. Evenals de verbintenis tot vergoeding van schade, veroorzaakt door een zaak, dengeen bindt die die zaak onder zijn opzicht

---

opkomende in een boedel of voor een persoon dien zij vertegenwoordigen, admissie voor kosteloos procedeeren krijgen wanneer de middelen van dien boedel of dien persoon er aanleiding toe geven. In diezelfde gevallen zijn ook de notarissen verplicht om hun dienst kosteloos aan de weeskamers te verleenen ingevolge art. 8 van het reglement op het notarisambt (*Ind. Stbl.* 1860 n°. 3).

heeft, binden de handelingen of nalatigheden van de weeskamer, die de schade veroorzaakt hebben, den Staat door wien de weeskamer is ingesteld en die haar onder zijn opzicht heeft. De Staat is dus verbonden tegenover den geadministreerde of gewezen geadministreerde van de weeskamer en acties moeten door dezen tegen den Staat worden ingesteld. Wil de Staat dit laatste formeel niet, omdat het beter is dat de weeskamer, die geheel van de zaak op de hoogte is, in rechte optreedt, dan kan hij, natuurlijk met behoud van zijne aansprakelijkheid, de weeskamers aanwijzen om voor hem op te treden. Daarmede geeft hij haar een publiekrechtelijke functie, welke de oude wetgeving gaf aan het Openbaar Ministerie. Art. 95 der instructie voor het Hoog Gerechtshof van Ned.-Indië in *Ind. Stbl.* 1819 n°. 20 luidde: De Procureur-Generaal is overigens ook gehouden om in alle civiele zaken, zoo in het petitoire als possessoire, en zoowel eischender als verwerender wijze, waarin het interest en de belangen van den lande betrokken zijn, alomme waar het geëischt en gevorderd wordt, het recht en de belangen van den lande waar te nemen, voor te staan, te bezorgen, te solliciteren en te beschermen tegen allen en een iegelijk, hetzij als principale partij of met andere gevoegd, dan wel bij wege van interventie; met dien verstande tevens, dat hiermede niemand moet gerekend worden aan zijn dagelijkschen rechter te zijn onttrokken. Moetende dus het aanleggen en vervolgen van eenige actie tegen personen niet aan de judicature van het Hooge Gerechtshof ter eerster instantie onderworpen, verblijven voor de officieren van justitie bij de lagere rechtbanken.

De functie om voor hem in rechte op te treden heeft de Staat aan de weeskamers gegeven, in een bepaald

geval, namelijk voor processen loopende over rekening en verantwoording van weeskamerbeheer. Art. 23 Instr. bepaalt, dat de eisch dan tegen de weeskamer moet worden ingesteld. De weeskamer staat in die processen in de rechtsbevoegdheid van den Staat en zij moet dus niet als de weeskamer in privé worden gedagvaard, maar als de weeskamer q.q. de regeering van Ned.-Indië als vertegenwoordigende den lande. Art. 23 bepaalt wijders dat de Staat onverwijld aan het vonnis voldoet, maar zijn verhaal heeft op de schuldige of nalatige weeskamerambtenaren (1). Die bepaling schept geen recht, maar constateert wat recht is, namelijk dat de Staat aansprakelijk is. De quaestie van de aansprakelijkheid der individueele ambtenaren tegenover den Staat behoort hier niet te huis, maar in het Koninklijk besluit dat deze aangelegenheid speciaal regelt (2).

Met art. 23 Instr. houdt art. 80 Instr. verband, dat zegt dat de eigendommen van den Staat tot zoodanig bedrag in beslag genomen en verkocht kunnen worden als bij vonnis bepaald is, wanneer de weeskamer in gebreke blijft rekening en verantwoording te doen of op den daarvoor bepaalden dag niet verschijnt. In de oorspronkelijke redactie stond *de goederen van de weeskamer*, wat in 1881, bij een ordonnantie in *Stbl.* n°. 220, is veranderd in *de eigendommen van den Staat*. Toen heeft de regeering dus doen blijken dat het juiste inzicht in hare aansprakelijkheid voor de gestie van de weeskamer, haar niet ontbrak. Het is er evenwel verre van af dat zij dat juiste inzicht steeds heeft. Omdat de regeering hare aansprakelijkheid niet wilde erkennen, zijn griffie-

(1) Met het oog op deze aansprakelijkheid moeten de ambtenaren van de weeskamers volgens art. 6 Instr. geldelijken borgtocht stellen.

(2) Zie de noot op blz. 435.

en procureurskosten, gevallen op een afgewezen verzoek van een weeskamer aan een raad van justitie, om aan een vader-voogd met toepassing van art. 338 B. W. het beheer over het vermogen van zijn kind te ontnemen en aan haar op te dragen, wel onbetaald gebleven.

Wat processen over rekening en verantwoording betreft, is de quaestie wie als litigeerende partij optreedt zooals wij zagen, in de bepalingen uitgemaakt en in orde, mits de weeskamers niet, zooals zij doen en door de jurisprudentie wordt gesanctionneerd, procedeeren voor zich in privé maar q.q. de regeering als vertegenwoordigende den lande.

Een opdracht om voor den Staat te procedeeren in andere zaken dan die betreffende rekening en verantwoording hebben de weeskamers niet.

Zij is met name niet te distilleeren uit art. 35 Instr., dat met het oog op de geldelijke risico van den Staat, die ook hier blijkt te hebben begrepen dat hij de geldelijke verantwoordelijkheid, voor zooveel die niet berust bij de geadministreerden, draagt, aan de weeskamers verbiedt om zonder machtiging van den directeur van justitie te procedeeren, enz.

Het gemis in de wetgeving van eene bepaling dat de weeskamers op de geldelijke verantwoordelijkheid van den Staat, voor dezen in rechte optreden in zaken die hare gestie betreffen, is oorzaak van de naar mijne opvatting, absoluut onjuiste jurisprudentie over het rechtskarakter der weeskamers. Die jurisprudentie neemt aan dat de weeskamers rechtspersoonlijkheid hebben en veroordeelt haar in privé tot vergoeding van kosten, schaden en interessen en in proceskosten. Wanneer niet wordt aangenomen dat de Staat verantwoordelijk is en daarbij vaststaat dat toch iemand betalen moet, zit er inderdaad

niets anders op dan de verantwoordelijkheid van de weeskamers aan te nemen, maar daarvoor is het onvermijdelijk haar rechtskarakter te verkrachten door haar rechtspersoonlijkheid en vermogensrechten toe te kennen, die zij niet heeft. Het loopt dan, practisch, wel los. De weeskamer heeft geen geld, maar de Staat betaalt uit de inkomsten, die hij van de weeskamers heeft.

De weeskamers hebben gedurende geruimen tijd, alvorens zich bij de jurisprudentie neer te leggen, haar aansprakelijkheid in privé wel tegengesproken, maar, in plaats van die verantwoordelijkheid te aanvaarden q.q. den Staat, getracht dat te doen q.q. haar geadministreerde of gewezen geadministreerde. Dat was natuurlijk al te dwaas. De gedaagde zou dan in de qualiteit van den eischer staan en de veroordeeling van den gedaagde zou zijn de veroordeeling van den eischer zelf.

Nu een paar staaltjes van de jurisprudentie.

Een vonnis van den Raad van Justitie te Semarang van 28 September 1878 (1) overweegt dat de weeskamer is een door den Staat ingesteld en daarom een rechtspersoonlijk college.

Ging dat op dan zou ook een rechtbank een rechtspersoon zijn.

Het Hooggerechtshof, bij arrest van 16 Januari 1879 (2) in hooger beroep van dat vonnis rechtsprekende, overweegt dat uit art. 1 van de instructie volgt dat de weeskamers zijn juridische personen, bevoegd om eischend en verwerend in rechten op te treden, maar alleen binnen de grenzen van het doel waarvoor zij in het leven zijn geroepen.

---

(1) Zie *Indisch Weekblad van het Recht*, no. 821. Dat Weekblad zal ik verder aanhalen met *W.*

(2) Zie *Rechtskundig tijdschrift, het Recht in Ned.-Indië*, deel 32, blz. 107. Dat tijdschrift zal ik verder aanhalen met *T.*

Een arrest van het Hooggerechtshof van 1 April 1886 neemt over de overwegingen van den raad van justitie te Soerabaja: dat art. 371 B. W. voor de weeskamer daarstelt een verbintenis uit de wet, waaruit volgt dat wel degelijk de actie tegen de weeskamer in privé competeert, omdat zij als zelfstandige rechtspersoonlijkheid zelve en niet in eenige qualiteit beweerd wordt nalatig te zijn geweest; dat eene andere opvatting het ongerijmde gevolg zou hebben dat de pupil eene veroordeeling krijgende, daardoor niets gebaat zou zijn omdat die veroordeeling dan slechts verhaald zou kunnen worden op datgene wat de weeskamer van den pupil onder zich heeft en niet op haar privé vermogen (1).

De Raad van Justitie te Soerabaja overweegt zonder motiveering in een vonnis van 15 Augustus 1894 (2) dat de wees- en boedelkamer te Soerabaja moet worden beschouwd als een op openbaar gezag ingesteld zedelijk lichaam dat op de wijze in art. 6, 3°. Rv. voorgeschreven in rechte kan worden geroepen en verschijnen.

Wie hieraan quantitatief niet genoeg heeft raadplege, ook voor de veroordeelingen van de weeskamers in de kosten, *Weekblad*, n°s. 486, 741, 1063, 1237, 1394, 1493, 1533, 1562, 1621, 1626, 1628, 1656, 2057, 2205, 2230 en *Tijdschrift*, deel 31, blz. 20; 46, blz. 371; 80, blz. 87; 86, blz. 353 en 527; 99, blz. 40.

Wie er qualitatief niet genoeg aan heeft, kan ik uit de jurisprudentie niet bevredigen.

In rechten optreden om de voor hare werkzaamheden verschuldigde leges en beheerloonen in te vorderen, kunnen de weeskamers ook niet. Ook dat zouden zij alleen kunnen wanneer er eene wettelijke bepaling be-

(1) *W.* 1208.
(2) *W.* 1642.

bestond, waarbij haar dat werd opgedragen, dus wanneer dat tot hare publiekrechtelijke functies behoorde. De behoefte aan dergelijke bepaling zal wel niet groot zijn. Beheerloon zal wel zoo goed als altijd worden ingevorderd bij de afrekening betreffende het beheer, waarop het loon betrekking heeft. Leges zijn bijna altijd geringe bedragen wanneer zij geen verrichtingen betreffen, die betrekking hebben op een beheer, waarover rekening en verantwoording moet worden afgelegd en bij die gelegenheid kunnen worden ingevorderd. Dan is er gelegenheid ze in te vorderen tegen afgifte van het resultaat der verrichte werkzaamheden.

Nu de quaestie of de weeskamers in privé kunnen procedeeren tegen de regeering. Ik hoor de tegenvraag of die vraag mij ernst is na hetgeen ik betoogde. Inderdaad zij zou niet bij mij opkomen als ik dergelijke processen niet uit eigen, lang geleden ervaring kende en gewaar was geworden dat zij ook nog vele jaren later gevoerd werden en waarschijnlijk nog worden (1).

Bij monde van den Minister van Koloniën noemde de regeering ze in 1860 onbestaanbaar (2).

De zaak is deze.

Art. 1129 B. W., staande in den titel over onbeheerde nalatenschappen, welker beheer aan de weeskamers is opgedragen, zegt: indien zich na verloop van drie jaren, te rekenen van het openvallen der nalatenschap geen erfgenaam opdoet, zal de slotrekening moeten worden gedaan aan den lande, hetwelk bevoegd zal zijn om zich bij voorraad in het bezit te doen stellen (3).

In Nederland, waar het beheer wordt gevoerd door een

(1) T. 31, blz. 20.

(2) Zie blz. 417.

(3) *Bij voorraad* met het oog op art. 832 laatste lid en art. 833 laatste lid B. W. = 879 en 880 Ned.

in elk zich voordoend geval door de rechtbank te benoemen curator, is het rationeel dat de Staat dezen dagvaart tot het doen van slotrekening en om zich door den rechter in het bezit bij voorraad te doen stellen.

Langs een anderen weg zou dergelijke curator daarvoor waarschijnlijk niet te vinden zijn. Alleen een contradictoir geding vrijwaart hem voor later molest.

Die modus procedendi volgt men ook in Indië, waar zij vormelijk onzinnig is. Een contradictoir geding eischt de wet niet. De rechter kan ook bij een eenvoudige beschikking den Staat in het bezit stellen en de slotrekening behoeft niet voor den rechter afgelegd te worden. Dat zou in Indië de modus procedendi moeten zijn. Art. 73 Instr. schrijft aan de weeskamers voor om jaarlijks onder overlegging der betrekkelijke verificatoire bescheiden aan de algemeene rekenkamer slotrekening te doen van het beheer, dat zij heeft gevoerd over de onbeheerde nalatenschappen, na wier openvalling drie jaren zijn verloopen zonder dat zich erfgenamen hebben opgedaan. De Staat zou op die stukken door den rechter voorloopig in het bezit kunnen worden gesteld bij een eenvoudige beschikking (1).

(1) Bij een besluit van den Gouverneur-Generaal, den Raad van Ned.-Indië gehoord, afgekondigd in *Ind. Stbl.*, 1836 n°. 56, dat door de wetgeving van 1848 vervallen is, was bepaald dat wanneer boedels meer dan een derde van eene eeuw onder de administratie der Wees- en Boedelkamers in Ned.-Indië, of van het collegie van Boedelmeesteren te Batavia mochten zijn geweest, zonder dat zich rechthebbenden op dezelven hebben opgedaan, door genoemde kamers of door het genoemde collegie, bij wege van edictale citatie, zal worden geprocedeerd tegen elk en een iegelijk, die vermeenen mocht eenig recht of aanspraak op die boedels te kunnen maken, ten einde dezelve bij gebreke van dien, aan den Lande vervallen verklaard kunnen worden. Toen procedeerde de Staat dus niet tegen de weeskamer, maar de weeskamer q.q. den Staat tegen de onbekende rechthebbenden. Dat was in orde.

Naar iets over mijn onderwerp heb ik in de litteratuur vruchteloos gezocht. Een paar bladzijden, 11—15, wijdt Mr. S. F. DUURVOORT er aan in zijn in 1916 bij A. W. Sijtthof's Uitgevers-Maatschappij te Leiden verschenen academisch proefschrift over de rechtspersonen in de Nederlandsche koloniën. Hij doet, zooals hij zegt, dat niet omdat de Indische practijk in het onzekere zou leven. Toegevende dat de jurisprudentie voor haar leer, dat de weeskamers rechtspersonen zijn geen argumenten geeft, noemt hij die leer onafwijsbaar. Een arrest van het Hof vindt hij merkwaardig omdat dat, zich losmakende van de wettelijke bepalingen, volmondig het bestaan en de rechtsbevoegdheid der weeskamers erkent. Dat schijnt hij mooi te vinden. Ik vind het ook merkwaardig maar niet mooi. Hij beroept zich verder op de door mij besproken feiten dat kapitalen en onroerende goederen op naam van de weeskamers staan en dat de weeskamers volgens art. 35 Instr. dadingen kunnen aangaan, al is het dan met goedvinden van den raad van justitie (waarmede hij bedoelt machtiging van den directeur van justitie), dus overeenkomsten kunnen sluiten en dat zij gelden van haar geadministreerden in beleening mogen geven. Op grond van die feiten verklaart hij nogmaals dat het voor de hand ligt zich terstond bij de Indische practijk en rechtspraak aan te sluiten.

Wat hem wel een weinig dwars blijkt te zitten zijn de door mij besproken bepalingen van art. 23, 2e lid en art. 80 Instr. Maar daarmede weet hij weg.

Art. 23 en art. 80, zeggende dat de Staat betaalt en zijne eigendommen in beslag genomen en verkocht kunnen worden stelt, volgens hem een vrijwillige, doch alleen als medeschuldenaar op zich genomen aansprakelijkheid van de kolonie Ned.-Indië daar en heeft niet de kracht te bewerken dat de weeskamer voortaan zal ontslagen zijn van de verplichting om aan het vonnis gevolg te

geven indien de in het gelijk gestelde eischer, daarop staat. De instructie voor de weeskamers is een gewone ordonnantie en vermag niemand eenig recht te ontnemen, hem toegekend bij het reglement op de burgerlijke rechtsvordering, dat een algemeene maatregel van bestuur is, of bij de rechtsreglementen (hij bedoelt de wetboeken), die kroonordonnanties zijn. Dat de weeskamer als veroordeelde gedaagde kan worden geëxecuteerd is volgens ons procesrecht iets van zelfsprekends. Het artikel heeft alleen de kracht dat het den Staat gelast de nakoming aan te bieden zonder evenwel den executant te verplichten dat aanbod aan te nemen.

Mij dunkt dat die executant al een zeldzame prinzipienreiter moet zijn om zijn geld met alle geweld te willen hebben van iemand die niets heeft, om dus van een rot veeren te willen plukken, als hij wat hij hebben wil krijgen kan van den Staat. Maar dat is zijn zaak; de mijne is volledigheidshalve op te teekenen wat Mr. Duurvoort zegt. Dat de weeskamer niets heeft, waaruit zij betalen kan, zal zijn executant als het zoover mocht komen tot zijn schade wel bemerken. Mr. Duurvoort zal hem die wijsheid niet bijbrengen. In art. 3 Instr., dat de inkomsten der weeskamers inkomsten van den lande verklaart, ziet hij een beleefdheid van de weeskamer, die met behoud van haar *volle* rechtsbevoegdheid, de haar toevloeiende baten afstaat aan den lande, als contraprestatie voor de vrijgevigheid waarmede de regeering haar *bekostigt.*

N'appuyons plus!

Er zijn bepalingen die, wanneer men aan de woorden blijft hangen, niet overeenstemmen met mijne conclusie ten aanzien van de vermogensloosheid van de weeskamers en de op den Staat rustende aansprakelijkheid voor hare gestie.

Art. 8 van de meermalen aangehaalde bepalingen van

1897 spreekt van kosten, die voor rekening van de weeskamers komen; art. 12 derde lid sub *b* dier bepalingen van belangen van de weeskamers; art. 33 Instr. van verantwoordelijkheid van de weeskamer; art. 371 B.W. = 428 Ned. verplicht de weeskamer op straffe van vergoeding van kosten, schaden en interessen om toe te zien dat de voogden c.q. zekerheid stellen; art. 374 B. W. = 431 Ned. draagt aan de weeskamer op om, wanneer de voogdij opengevallen of verlaten is, de benoeming van een nieuwen voogd te provoceeren en inmiddels datgene te doen wat geen uitstel kan lijden, alles op straffe van vergoeding van kosten, schaden en interessen; art. 392 B. W. = 450 Ned. draagt aan de weeskamer op straffe van vergoeding van kosten, schaden en interessen op, te zorgen dat uitvoering wordt gegeven aan de opdracht, die de wet geeft aan de voogden om schuldbrieven ten laste van Ned.-Indië, die zich onder de goederen van hun pupillen bevinden, ten name van deze te stellen.

Tegen het samenstel van mijn betoog vermogen deze en misschien meer andere dergelijke bepalingen niets. Een slordige uitdrukking is te verstaan zooals het verband met wat van elders vaststaat eischt. In de aangehaalde bepalingen is de verantwoordelijkheid van de weeskamer te verstaan als de verantwoordelijkheid van den ongenoemde, die verantwoordelijk is voor de gestie van de weeskamer, zijnde de Staat.

De aangehaalde artikelen van het B. W. leveren daarvan zelfs een niet te versmaden bewijs in verband mèt art. 392, laatste lid luidende: de wijze waarop de uit dit artikel en uit de artt. 371 en 374 ontstaande verplichting tot schadevergoeding, ten aanzien van al de leden der weeskamer te zamen of van elk lid in het bijzonder, zal werken, wordt door den Gouverneur-Generaal bij de instructie voor de wees-

kamers geregeld (1). Het zal wel vaststaan dat door art. 392, laatste lid geen actie tot schadevergoeding tegen de leden

(1) Dat is geschied bij art. 24 Instr., hetwelk de weeskamer-ambtenaren *tegenover den Staat* aansprakelijk stelt en wel, in de oorspronkelijke lezing voor kwade trouw en grof verzuim, terwijl daarvoor bij *Ind. Stbl.* 1891, n°. 21 in de plaats kwam plichtverzuim en bij *Ind. Stbl.* 1904, n°. 242 het artikel werd ingetrokken in verband met het in *Ind. Stbl.* 1904, n°. 241 afgekondigde Kon. Besluit tot regeling van het verhaal van den Lande toegebrachteschade door niet comptabele ambtenaren in het algemeen. De zaak is dus nu ook voor weeskamer-ambtenaren geregeld bij laatstgenoemd Kon. Besluit.

Oudtijds golden omtrent de individueele aansprakelijkheid van weesmeesteren, bepalingen, die ook in verband met wat in den laatsten tijd geleerd wordt omtrent aansprakelijkheid van den Staat en zijne organen, wel waard zijn vermeld te worden.

Den 24 Januari 1708 stelde de Indische regeering bepalingen vast in het belang van «de securiteyt en gerustheyt van het Collegie van Weesmeesteren» (*a*). De eerste overweging was «dat Weesmeesteren moeten worden geconsidereert als een b'eedigt Collegie van magistratuure over de onmondige kinderen en haere middelen en opvoeding, item derselver voogden, mitsgaders over verscheyde nalatenschappen, welke deselve moeten doen bestieren en vereffenen navolgens haere instructie, bij de Bataviase statuyten te vinden synde». De tweede en derde dat de administratie van het geld alleen den secretaris en diens borgen raakt, (de secretaris moest een borgtocht stellen, die in 1730 werd vastgesteld op 8000 rijksdaalders) terwijl de secretaris de bevelen van weesmeesteren moest opvolgen en deze geregeld moeten nagaan of hij die bevelen opvolgt. De vierde overweging luidt: «dat weesmeesteren uyt kragte haerer magistratuure en op haerer gepraesteerden eed besoigneerende en resolveerende . . . . . gereekent moeten werden als mannen van eer en conscientie op haere gegepraesteerden eed in alle hare resolutien te werk te gaen, gevolgelijk in cas van eenigh erreur ofte quaden uytslagh daerover niet aanspreekelijk g'agt konnen werden, nogh in haer persoon, nogh in haere goederen, ten ware dat er quadaerdigheyt, bedrogh of te supine nalatigheyt gepleegt mogt syn, of wel directelyk aengegaen tegen den klaeren text haerer instructie en verder na dato gegevene ordres en

(*a*) Plakaatboek IV, blz. 586.

der weeskamer aan den benadeelde gegeven wordt. De pupil heeft en behoudt, ook met het oog op genoemd

---

bysonderlyk ook tegen het octroy van haere hoog mogende over de successie ab intestato» (*a*).

Op die overwegingen werd nu bepaald:

dat, wanneer er bij weesmeesteren was «quadaerdigheyt, bedrogh ofte supine nalatigheyt» of wel wanneer zij tegen hun instructie gehandeld hadden, zij en hunne erfgenamen «in haere privé persoonen en niet als weesmeesteren, al waeren deselve dan nog alle effectivelyk sittende in dat Collegie» aansprakelijk zouden zijn,

dat in andere gevallen «nog het Collegie zelfs, veel minder president ofte leden van 't selve in haere privé persoonen off goederen aengesprooken sullen mogen werden», maar alleen de secretaris en zijn borgen aansprakelijk waren voor «nalatigheyt, erreur als anders»,

dat, wanneer de toegebrachte schade niet verhaald kon worden op weesmeesteren en hunne erfgenamen in de gevallen, waarin deze aansprakelijk waren, of op den secretaris en zijn borgen in de gevallen waarin de aansprakelijkheid bij hen berustte, dan wel wanneer er niemand van hen allen aansprakelijk was «alsdan den beleedigde best ende raedzaemst sal handelen het Collegie van weesmeester daerover geen moleste in regten aen te doen, maar wyselyker handelen, sigh aen 't selve als syn eerste toevlugt en hulpe te addresseeren en syne saeke aldaer met het vereyste respect te vertoonen», terwijl weesmeesteren dan over het geval aan de regeering moesten rapporteeren, die wanneer het iemand betrof «welke commiseratie ofte faveur meriteert» zou overwegen of iets vergoed kon worden uit het weeskamer kapitaal.

Het slot luidt: «onvermindert dat degeene, welke van contrarie intentie wesen mogt, den toegangh tot den regter niet affgesneden, maer vrygelaeten werd ten synen perykel ende costen de saek aldaar te ventileeren».

In 1780 werden die bepalingen herzien (*b*). Wat ik de vier overwegingen van het besluit van 1708 heb genoemd bleef ongewijzigd en ook de aansprakelijkheid van den secretaris en zijn borgen, terwijl verder werd bepaald «dat wanneer iemand door weesmeesteren ver-

(*a*) Successie ab intestato was in de statuten van Batavia geregeld in een daarover handelend hoofdstuk. Hoofdzakelijk gold naar een van Heeren XVIIen uitgegane bepaling van 1616, „'t recht van de steden van Noord-Hollant", terwijl wat niet uitdrukkelijk geregeld was „sal gereguleert werden nae de keyserlijcke beschreven rechten".

(*b*) Plakaatboek VII, blz. 388.

wetsartikel, zijne actie tegen de weeskamer i e. den Staat, terwijl de Staat zich zelf een actie, ik zou haast zeggen

meent beledigt te syn, dan wel staat en inventaris, mitsgaders boedel reecquening, met de daar toe behorende chartres en documenten begeert te hebben», hij zich «in behoorlyke termen» tot het college moet wenden, dat de zaak zal onderzoeken en aan den adressant zal meedeelen wie volgens de bepalingen van 1708 aansprakelijk is. Weesmeesteren hierin in gebreke blijvende, zullen «haar Eerwaardens, bij weigering, voor de collegien van de justitie gedagvaart moeten werden». Wanneer de schade niet verhaald kan worden op hen, die daarvoor aansprakelijk zijn, moeten weesmeesteren aan de hooge regeering rapporteeren, die dan zal beslissen of de schade vergoed moet worden uit het kapitaal van de weeskamer. Blijven weesmeesteren in gebreke dat rapport uit te brengen, dan mogen zij te dier zake niet in rechten betrokken worden, maar moeten belanghebbenden zich tot de regeering wenden. Wanneer den belanghebbende iemand als aansprakelijk door weesmeesteren is aangewezen, dan moet bij beginnen dien persoon in der minne aan te spreken en als dat niet helpt kan hij hem dagvaarden. Wat de belanghebbende van het hem toekomende door een proces niet krijgen kan («het geene daarna deficieert») moet hij «in 't vriendelijke verzoeken van de weeskamer», die alsdan weer een beschikking van de regeering vraagt. Overigens bleven de bepalingen van 1708 in stand, waarbij nog uitdrukkelijk werd geconstateerd «dat voorts nog het meermelde collegie van weesmeesteren zelfs, nog de president of leden van het zelve, in haare privé persoonen of goederen aangesprooken zullen mogen werden voor 't geene andere versuymt of misdreven hebben».

In 1747 beklaagden weesmeesteren zich bij de regeering over een executie op onder hen berustende goederen door den Advocaat Fiskaal. De regeering verklaarde daarop dat vermits weesmeesteren evenals ieder ander «executabel syn in die qualiteyt, waarin sy ageeren, sulx ook niet verder kan gaan, excepto in cas van malitie, quade trouw etc.»; dat al wat weesmeesteren, behalve hun privé eigendom, onder zich hebben òf toebehoort aan hun pupillen òf aan de compagnie, terwijl zij er usufructuarii van zijn; dat er derhalve niets was dat de Advocaat Fiskaal kon executeeren; dat intusschen het beklag van weesmeesteren aan de regeering «prematuur en noodeloos» was, vermits hun de weg van rechten openstond en de kosten daarvan moesten gedragen worden door den boedel, welken de zaak betrof (*a*).

(*a*) Plakaatboek V, blz. 527.

een verzekeringsactie, tegen de leden der weeskamer geeft. Beter argument voor mijn bewering, dat onder verantwoordelijkheid van de weeskamer in de genoemde en c. q. andere artikelen, is te verstaan verantwoordelijkheid van den Staat, kan ik niet verlangen. Het is alsof het laatste lid van art. 392 B. W., dat in het overeenkomstige Nederlandsche artikel uit den aard der zaak ontbreekt, daar is neergeschreven om de verantwoordelijkheid van den Staat voor de gestie van de weeskamers, toch nog, in een verborgen hoekje, bijna ipsis verbis, vast te leggen. Want op zich zelf is de bepaling daar waar zij staat, misplaatst.

Ik acht het noodig dat de wettelijke bepalingen, die mijn onderwerp beheerschen, worden herzien. De taak van den wetgever is niet om voortdurend den rechter na te loopen en op te letten of daar iets voor den dag komt dat den wetgever aan het werk kan zetten. Maar wanneer de wetten van dien aard zijn dat zij leiden tot een jurisprudentie als die van de Indische rechtscolleges op het stuk van het rechtskarakter der weeskamers, dan is toch de tijd voor den wetgever gekomen om in te grijpen.

Met de herziening der bepalingen moet dan gepaard gaan herstel van de buitengewone slordigheid, waarmede de bepalingen omtrent de weeskamers in de wetgeving zijn ondergebracht. Uit het B. W., moeten de artt. 415—418 verdwijnen en bijna geheel naar de instructie verhuizen. Een deel moet met de fundamenteele bepalingen in de instructie voorkomende, naar eisch aangevuld, worden overgebracht naar de R. O. Art. 418 B. W., dat zooals ik in mijn artikel in *Themis* 1916 uiteenzette, niets beteekent en alleen een aardige reminiscens is aan iets, dat in vroeger eeuwen in Nederland en in Indië gold,

worde voorgoed verwezen naar een verzameling van juridische antiquiteiten.

Een uitstekende plaats is voor de nieuwe bepalingen open in hoofdstuk IV R. O., waar de artt. 145—150 vacant zijn, doordien wat daarin oorspronkelijk gestaan heeft, vervallen is. Te beginnen met art. 134 en eindigende met art. 144 kan verder een opschuiving plaats hebben van twee nummers naar boven, omdat art. 132, zooals ik betoogde in *Themis* 1915, geen zin heeft en vervallen moet en ook art. 133 overtollig is geworden, aangezien de daar behandelde aangelegenheid is geregeld in de betrokken verordeningen. Wanneer dus de nieuwe bepalingen in de R. O. verdeeld worden over acht artikelen, zijnde de artt. 143—150, sluit alles in de R. O. zoo goed aan als men verlangen kan.

De nieuwe artikelen zouden kunnen luiden:

Art. 143. In het rechtsgebied van elken raad van justitie is een weeskamer, met dien verstande, dat de Gouverneur-Generaal bevoegd is haar aantal in de Buitenbezittingen in te krimpen.

Art. 144. De weeskamers hebben gezamenlijk een vertegenwoordiger in Nederland, die wordt aangesteld en wiens instructie wordt vastgesteld door den Minister van Koloniën.

Iedere weeskamer heeft op de plaatsen in haar ressort, waar dit naar de beoordeeling van den Gouverneur-Generaal noodig is, een of meer agenten. Alles wat die agenten betreft wordt geregeld in de instructie voor de weeskamers.

Art. 145. De werkzaamheden der weeskamers zijn die, welke haar bij algemeene verordeningen zijn of zullen worden opgedragen.

Art. 146. De weeskamers hebben geen vermogen noch rechtspersoonlijkheid.

In en buiten rechte treden de weeskamers op in de rechtspersoonlijkheid van dengeen, wiens belang zij vertegenwoordigen.

Art. 147. De inkomsten van de weeskamers behooren tot 's lands geldmiddelen.

Al wat tengevolge van haar gestie betaald moet worden en niet ten laste van hare geadministreerden komt of op deze niet verhaald kan worden, komt ten laste van 's lands geldmiddelen.

Art. 148. De weeskamers treden eischende en verwerende in rechte voor de regeering op in alle zaken, die loopen over of het gevolg zijn van haar beheer dan wel van haar verrichtingen, en waarin zij niet opkomen voor een of meer van haar geadministreerden of gewezen geadministreerden.

Zij procedeeren dan als de weeskamer optredende voor de regeering van Nederlandsch-Indië als vertegenwoordigende den lande.

Art. 149. Buiten de gevallen, waarin de wettelijke bepalingen het verkrijgen van een rechterlijk verlof voorschrijven, mogen de weeskamers, zoowel optredende voor haar geadministreerden als optredende voor de regeering van Nederlandsch-Indië, zonder machtiging der regeering geen rechtsvordering instellen, zich niet op een tegen haar ingestelde rechtsvordering verweren of daarin berusten, geen geschil aan scheidsmannen onderwerpen en geen dading aangaan.

Art. 150. De Gouverneur-Generaal stelt, na raadpleging van het Hooggerechtshof van Nederlandsch-Indië, met inachtneming van hetgeen in de vorige artikelen is bepaald, de instructie voor de weeskamers vast.

Die instructie regelt ook de samenstelling en inrichting van elk der weeskamers.

Het personeel van de weeskamers is tegenover den

Staat aansprakelijk voor aan dezen toegebrachte schade, volgens de regelen te dier zake geldende voor niet comptabele ambtenaren.

Wijders moet, zooals van zelf spreekt, de instructie van de weeskamers geheel worden herzien en moeten in verscheidene, verspreide artikelen van het B. W. de door mij als wenschelijk of noodig aangegeven wijzigingen worden aangebracht.

's-Gravenhage, April 1918.

Lijkverbranding

door

Mr. B. D. H. TELLEGEN Azn.

Het onderwerp, hierboven genoemd, heeft, niet zoovele jaren geleden, nog al eenig gerucht in den lande gewekt, en, al is tijdelijk dit geluid door luidere en min aangename klanken van buitenaf overstemd, dat het tenslotte weer door zal klinken en onze aandacht zal opeischen, kan, meen ik, niet aan twijfel onderhevig zijn. Het vraagstuk der lijkverbranding bevindt zich in ons land in een zoodanig stadium, dat noch wetgever, noch rechter op den duur met den bestaanden toestand genoegen zal kunnen nemen.

Verandering zal er dus moeten komen en in verband hiermede leek het mij niet ondienstig de lijkverbranding tot onderwerp mijner beschouwingen te kiezen.

Een kort historisch overzicht moge aan de bespreking van het vraagstuk in zijne tegenwoordige phase voorafgaan.

Vraagt men zich daarbij af, of het hier soms ook geldt den op zoo velerlei gebied voorkomenden strijd tusschen oud en nieuw, tusschen de gevestigde traditie en de opkomende nieuwe gedachte, dan kàn deze vraag bevestigend beantwoord worden, mits met deze reserve, die trouwens de bevestiging vrijwel tot negatie maakt, dat het hier toch eigenlijk is oude wijn in nieuwe zakken. Want lijkverbranding d.w.z. het doen verdwijnen van de lichamen der afgestorvenen met behulp van vuur, is zoo oud als de beschaving.

Wel zijn de motieven, die toen en nu er toe leidden hemelsbreed verschillend. Is lijkverbranding tegenwoordig voornamelijk een zaak van hygiëne, van ethiek en aesthetiek, ook wel van finantieel beleid; bij den primitieven mensch hing de wijze, waarop hij zijne dooden behandelde, veelal ten nauwste samen met zijne religieuze opvattingen.

In den allereersten tijd, als de menschelijke geest nauwelijks begonnen is zich te ontwikkelen, is de dood en de daarmee gepaard gaande verschijnselen een oorzaak van vrees. Een doode, zelfs een stervende, laat men alleen; de plaats waar iemand gestorven is, wordt verlaten. Men vreest datgene, wat, naar de voorstelling der achtergeblevenen, den dood heeft veroorzaakt, maar tevens datgene, wat het, zooeven nog levende, lichaam heeft verlaten. De doode wordt zoodoende voor den achtergeblevene tot een geest, die, onzichtbaar, zijn invloed op hem kan uitoefenen. Vlucht is dan het eenige wat hem redden kan.

Maar bij verdere ontwikkeling komen andere denkbeelden. Er vormen zich voorstellingen van een leven na den dood, onder welken vorm dan ook. Dit nieuwe geloof doet zijn invloed gelden, ook op de wijze, waarop men de lijken behandelt.

Vier elementen: aarde en lucht, vuur en water kende de primitieve mensch; aan aarde en lucht, aan vuur en water vertrouwde hij de zorg voor zijne dooden toe. Welke redenen hem geleid hebben, daarbij aan het eene meer dan aan het andere element de voorkeur te geven, moge hier onbesproken blijven, als vaststaand kan, gelijk gezegd is, worden aangenomen, dat de keuze, zooals die eenmaal gedaan wordt, ten nauwste samenhangt met den godsdienst.

Zoo zal een volk, dat gelooft aan een lijfelijke herrijzenis in een andere wereld zijn dooden balsemen en

begraven, vaak vergezeld van wapenen en voorwerpen van dagelijksch gebruik.

Is het daarentegen alleen de geest die streeft naar eene andere wereld, Hades, Walhalla, of hoe men het noemen moge, dan dient het vuur om lichaam en geest zoo volledig mogelijk te scheiden en het den laatste mogelijk te maken in het rijk der dooden tot rust te komen.

Ook als reinigings- en louteringsmiddel dient bijwijlen het vuur, in dit geval als representant van het zonnelicht, dat in zoovele natuurdiensten een rol speelt. Een lijk is immers onrein en alles wat met het lijk in aanraking is geweest is zelfs onrein. Wellicht deed ook vrees voor den geest het vuur aanwenden. De primitieve mensch die in alles geesten zag, zoowel in bezielde en onbezielde wezens, als in natuurverschijnselen — zooals nog een kind de kachel waaraan het zich brandt, de steen waarover het valt, als handelende persoonlijkheid ziet — en die deze geesten vreesde, zag wellicht in het vuur, hetwelk hij van elders kende, als het alles verterende element, het aangewezen middel, om, mét het doode lichaam, ook den daarin huizenden geest te doen verdwijnen en zooals men elders steenhoopen op het graf stapelde of het lijk aan handen en voeten bond, om den geest binnen een grafruimte te bannen, of nog andere middelen aangreep, die het den geest onmogelijk moesten maken om zijn weg terug te vinden tot de levenden, middelen waarvan nog heden de sporen te vinden zijn, zoo legde men ook wellicht wel het lijk op den brandstapel, in de hoop, met den doode ook den geest in rook te zien verdwijnen.

Vrees als wellicht eerste motief, daarnaast en daarboven, motieven ontleend aan een, meer of minder uitgewerkt religieus systeem, maken het begrijpelijk, dat lijkverbranding voorkomt bij velerlei volken en op velerlei tijden, maar tevens, dat naast volkeren die hun dooden verbranden,

anderen leven, die op geheel verschillende wijze aan de hunnen de laatste eer bewijzen.

Zoo is het Joodsche volk, ofschoon de omwonende volkeren de lijkverbranding toepasten, steeds afkeerig van deze methode geweest.

Het Oude Testament vermeldt, naar ik meen, slechts een concreet geval (1): Als SAUL en zijn zonen in den strijd tegen de Philistijnen gesneuveld zijn en hunne lijken smadelijk aan de muren van Beth-San zijn gehangen, trekken de inwoners van Jabes bij nacht uit, om die overblijfselen terug te halen. En als de tocht geslaagd is, verbranden zij de lichamen, maar de beenderen begraven zij toch nog.

Doch tegenover dit eene, staan vele andere voorbeelden, waarin van begraven sprake is; ik herinner uit het Oude Testament slechts aan de spelonk in het eikenbosch bij Mamre, waar ABRAHAM voor zich en zijn geslacht een erfbegrafenis had gekocht (2); aan het graf van RACHEL, die begraven werd aan den weg naar Bethlehem (3), terwijl uit het Nieuwe Testament wel algemeen bekend is het nieuwe graf van JOZEF VAN ARIMATHÉA, dat in de steenrots was uitgehouwen (4).

Of de volken, die de lijkverbranding toepassen, haar ook *blijven* toepassen, hangt van verschillende omstandigheden af.

De opvattingen en denkbeelden, die tot verbranding noopten, wijzigen zich, het materiaal, voor de verbranding noodig, begint wellicht te ontbreken. Tengevolge van deze ideëele en praktische motieven verdwijnt de lijkverbranding of neemt althans af.

(1) 1. Samuel 31, 10 e.v.
(2) Gen. 23, 20.
(3) Gen. 35, 19.
(4) Matth. 27, 60.

Zoo zien wij de Grieksche stammen, die — na eerst in het Myceensche tijdvak hunne dooden begraven te hebben — in het Homerische tijdvak althans hunne vorsten en helden verbranden, in den klassieken tijd aan hunne dooden èn door begraven èn door verbranden de laatste eer bewijzen. Naast de wijziging in de religieuze opvattingen, is daaraan het toenemend gebrek aan materiaal voor brandstapels ongetwijfeld schuld. Dit laatste klemt te meer, indien men bedenkt, dat men vrijwel uitsluitend op hout was aangewezen en dat, zooal geen heele bosschen, als in de sage van HERCULES, toch eene aanzienlijke massa hout noodig is, om een menschelijk lichaam afdoende te verbranden.

In Rome was het al niet anders. Al zeer vroeg, was daar begraven en verbranden gebruikelijk, getuige een van de wetten der XII tafelen (1), die reeds verbood een doode binnen de stad te begraven of te verbranden en daarnaast een mededeeling van CICERO (2), dat SULLA de eerste uit de patricische stam der CORNELII was, die zich liet verbranden (3).

Aan het voorschrift, dat geen lijk binnen de stad begraven of verbrand mocht worden, werd in het algemeen de hand gehouden, al zijn, uit tijden van binnenlandsche beroeringen bewijzen van het tegenovergestelde bekend.

Waar noch begraven, noch verbranden hier een integreerend deel van de kerkleer uitmaakte, werd tenslotte verbranding hier zoowel als elders een eerbewijs, dat

(1) CICERO, de leg. II, 58.

(2) CICERO, de leg. II, 57.

(3) Als motiveering voor deze afwijking van eene traditie, onderstelt CICERO, dat SULLA op deze wijze hoopte te ontkomen aan het lot, hetwelk zijn aanhangers aan het stoffelijk overschot van MARIUS hadden bereid.

men voor aanzienlijke of populaire personen reserveerde, terwijl het profanum vulgus begraven werd.

In deze streken, waar hout overvloedig en philosophisch-theologische systemen schaarsch waren, werd lijkverbranding algemeen toegepast (1), ofschoon de onderzoekingen hebben geleerd, dat ook begraven voorkwam, en werd bij sommige misdrijven niet-verbranding als een straf toegepast (2).

De asch werd begraven en daarover een grafheuvel opgeworpen, doch geen gedenkteeken gesticht, omdat dit te bezwarend voor den overledene werd geacht (3).

Het zij mij vergund, hier het voorafgaande nog weer in het kort even sâam te vatten. Wij zagen dus hoe begraven en verbranden, om bij de voornaamste wijzen van doodenzorg te blijven, in de oudste tijden naast elkander voorkwamen; hoe zij als verschijnsel niet gebonden zijn aan een bepaalde plaats of tijd, maar, in het eerst tenminste, te beschouwen zijn als een uitvloeisel van de heerschende religieuze opvattingen, die tot het een of het andere leidden; hoe in lateren tijd, naast religieuze ook opportunistische motieven in het spel kwamen en de laatste veelal de eerste op den achtergrond schoven, terwijl er tenslotte volkeren zijn, die òf de eene òf de andere wijze van doodenzorg behielden, zonder zich daarbij door anderen te laten beïnvloeden.

Zoo stonden de zaken, toen het Christendom ten tooneele verscheen.

De Kerk heeft zich, zooal niet van den beginne — immers in de catacomben zijn urnen gevonden, voorzien

(1) Caesar de bello gallico. VI, 16, 20.

(2) Tacitus Germ. 12.

(3) Tacitus Germ. 27.

van de Christelijke symbolen en het Nieuwe Testament bevat teksten die verbranding toelaten (1) — dan toch zeker spoedig, tegen de lijkverbranding verklaard.

De reden hiervan, mag, meen ik, in het volgende gezocht worden.

Eenerzijds hebben de eerste Christenen zich de wederopstanding op den dag des oordeels voorgesteld, als een lijfelijke herrijzenis en wenschten zij in verband daarmede het lichaam intact te laten, waarbij wellicht ook nog kwam, de bij enkelen heerschende overtuiging, dat de komst van den Messias niet zoover af was; anderzijds werden de eerste Christenen in hoofdzaak gerecruteerd uit de lagere klassen der bevolking. Onder deze nu was, zooals we zagen, begraven het meest in zwang, terwijl verbranding juist alleen door die klassen werd toegepast, die tegenover, althans buiten het Christendom stonden en daar gepaard ging met groote weelde, waartegen de oud-Christelijke eenvoud en afkeer van het wereldsche zich verzette. Ook zal nog van invloed zijn geweest dat het Christendom, ontstaan onder de Joden, van hen veel, uiterlijks althans, heeft overgenomen en, gelijk wij zagen, de Joden begroeven, maar verbrandden niet.

Het was dus niet te verwonderen, dat de Kerk, oordeelende naar wat zij zag, een dier wijzen van doodenbezorging als de bij uitstek Christelijke hoog hield en op de andere daarentegen het stempel drukte van te zijn: heidensch. Zooals een der kerkvaders het uitdrukt: Veterem et meliorem consuetudinem inhumandi frequentamus.

Hoe dit zij, verbranding bleef der Kerk onwelgevallig en waar haar leer gepredikt werd onder de heidenen, daar moest, naast andere heidensche gebruiken, ook de lijkverbranding het veld ruimen voor het meer Christelijk

(1) 1 Cor. 15, 35 e.v.

geachte begraven. Dat de Kerk, eenmaal Staatskerk geworden, ook de wereldlijke overheid wist te gebruiken, om haren wil door te zetten, blijkt uit het Capitulare Paderbrunnense (1) van KAREL DE GROOTE van 785 n. Chr., waarbij deze de door hem onderworpen Saksers met de doodstraf bedreigt zoo zij het lijk van een afgestorvene volgens de zede der heidenen verbranden.

En als bewijs, dat dit keizerlijk decreet nauw samenhing met de opvattingen der Kerk, moge het slot van het evengemeld capitulare dienen, waarbij wordt bepaald, dat zij, die zich aan een der tevoren opgesomde halsmisdrijven hebben schuldig gemaakt, zoo zij uit eigen beweging zich tot een priester wenden, en na gebiecht te hebben, zich bereid verklaren boete te doen, op de verklaring van dien priester onttrokken worden aan de doodstraf. Onder deze bijzondere omstandigheid doet dus de wereldlijke overheid afstand van haar recht tot straffen, het aan de kerkelijke overheid overlatende zoodanige straf op te leggen als haar goeddunkt. Wel een bewijs, meen ik, dat, wat hier werd verboden als eene overtreding van de rijkswetten, in waarheid werd gevoeld als eene afwijking van de kerkleer.

Zoo valt het dus niet te verwonderen, dat, naarmate het Christendom veld won, de lijkverbranding als volkszede verdween, al duurde het nog tot in het midden der 13de eeuw, eer zij werkelijk als zoodanig geheel verdwenen was.

Naast het begraven bleef evenwel, behalve als straf, waarbij ik in het midden wil laten, of alleen bedoeld is de straf pijnlijker te maken, dan wel of nog bovendien, zij het onbewust, de bedoeling heeft voorgezeten de misdadiger ook nog in het hiernamaals te straffen, het ver-

(1) PERTZ, Mon. Germ. Hist. tom. III. Leg. tom. I.

branden bestaan bij groote sterften, na veldslagen en in 't algemeen, wanneer spoedige opruiming van lijkenmassa's gewenscht was.

En daarbuiten zien wij in enkele op zichzelf staande gevallen lijkverbranding toegepast. FREDERIK DE GROOTE sprak bij zijn leven den wensch uit, dat, zoo hij mocht sneuvelen, zijn lichaam verbrand zou worden. Aan het feit, dat hij niet op het slagveld, maar in zijn bed stierf, ontleende zijn opvolger den grond de wenschen van zijnen oom niet na te komen.

Ook NAPOLEON schijnt den wensch geuit te hebben, om na zijn dood verbrand te worden.

In 1770 werd in Frankrijk het lijk van een gevierd tooneelspeelster door den markies D'ARGENTON verbrand, in 1794 volgde de verbranding van het lijk van het lid der Nationale Conventie, BEAUVAIS, op het Champ de Mars, onder het gebulder der kanonnen en het zingen van patriotische liederen, in 1800 werd lijkverbranding in Frankrijk, althans stilzwijgend, toegelaten (decreet van het jaar XII 23 Prairéal). Bekend is ook de verbranding van het lijk van SHELLEY door zijn vriend BYRON op het strand bij Pisa in 1822.

Doch dit waren en bleven op zichzelf staande gevallen. De moderne lijkverbranding, de beweging zooals wij die kennen, dagteekent uit het midden der 19de eeuw. Nadat, vooral in Duitschland, het voor en tegen bij monde en bij geschrifte veelvuldig was bepleit en ook enkele op zichzelf staande gevallen van verbranding waren voorgekomen, die evenwel geen navolging vonden, omdat de respectieve landsregeeringen er zich tegen verzetten, gebeurde de eerste officieel gesanctioneerde verbranding op 22 Januari 1876 in Milaan.

Sindsdien nam de beweging hand over hand toe. In

bijna alle beschaafde landen werden vereenigingen opgericht, die zich ten doel stelden de lijkverbranding te bevorderen; in de meeste landen ook werd lijkverbranding, hetzij door wetswijziging, hetzij door wetsduiding officieel toegelaten. Op 28 October 1874 was reeds in ons land opgericht de Vereeniging tot invoering van de lijkverbranding in Nederland.

Mij rest thans nog een bespreking van het standpunt, dat wetgever en rechter te onzent ten opzichte van de lijkverbranding innemen.

De wetgever is in dezen Minister FOCK, die nadat *drie* voorgangers, met *zes* ontwerpen hem waren voorgegaan in 1868 het ontwerp van de tegenwoordige Begrafeniswet bij de Tweede Kamer indiende.

In het ontwerp-FOCK is, zoomin als in een der vorige zes ontwerpen, sprake van lijkverbranding en ook de wet zelve, zooals zij tenslotte tot stand gekomen is, vermeldt de zaak niet.

Toch was zij niet onbesproken gebleven.

In het 4de ontwerp, dat van Minister HEEMSKERK SR., luidde art. 1 aldus:

„Elk overleden persoon en doodgeboren kind (vrucht „van zeven maanden en daarboven) wordt in een be„hoorlijk gesloten kist begraven, op een begraafplaats, „overeenkomstig deze wet aangelegd.

„Zoo de niet gescheiden echtgenoot, of bij ontstentenis „of niet aanwezigheid van dezen, de naaste ter plaatse „van het sterfgeval aanwezige bloed- en aanverwanten „tot den derden graad ingesloten, de aanwezige erfge„namen, de uitvoerders der uiterste wilsbeschikking of „diegenen die anderszins voor de begrafenis te zorgen „hebben, verlangen of vergunnen, dat een lijk niet be„graven, maar ontleed of op een andere wijze *bewaard*

„*worde*, of zoo de overledenen dergelijke beschikkingen „over zijn lijk bij uitersten wil of bij eene acte zooals „omschreven is in art. 982 van het B. W. heeft bevolen, „kan dit met verlof van den Burgemeester geschieden" enz.

Nadat in het Voorloopig Verslag 's Ministers aandacht op crematie was gevestigd, diende hij in de volgende zitting een 5de ontwerp in, waarin de uitdrukking „bewaard worde" vervangen was door „daarover beschikt worde". De Minister was blijkbaar van oordeel, dat, zoo het vrijstond onder zekere voorwaarden een lijk anders te behandelen, dan het te begraven, verbranding van deze abnormale methoden niet mocht worden uitgesloten.

Ook het 6de ontwerp van denzelfden Minister alsmede het 7de en laatste ontwerp, van Minister Fock, hadden dezelfde redactie van art. 1. Eerst nadat bij de mondelinge behandeling de afgevaardigde voor Appingedam, Dr. Westerhoff, ernstig bezwaar had gemaakt tegen de uitdrukking „daarover beschikt worde", allereerst, omdat hierdoor crematie wordt toegelaten, maar in de tweede plaats, omdat hij hierin een gevaar zag voor het opsporen van misdrijven, werd door den Minister de oorspronkelijke uitdrukking „bewaard worde" wederom in eere hersteld (1).

Tot eene uitdrukkelijke toelating of uitsluiting van lijkverbranding kwam het evenwel niet, toen niet, noch later. Wel werd in het Voorloopig Verslag op Hoofdstuk V der Staatsbegrooting van 1877, naar aanleiding van een door bovengenoemde vereeniging ingezonden adres, vrijheid voor facultatieve lijkverbranding verzoekende, gevraagd of wijziging van de Begrafeniswet, teneinde lijkverbranding mogelijk te maken, niet gewenscht was,

(1) Zie over het tot stand komen van dit artikel nader: A. Duparc, De Begrafeniswet en de lijkverbranding, *Themis* 1916, blz. 447 e.v.

doch de betrokken Minister antwoordde, dat de noodzakelijkheid dier wijziging zich nog niet had doen gevoelen.

Ook de verdere adressen, welke de vereeniging met haast pijnlijke regelmatigheid jaarlijks inzond, hadden geen ander practisch resultaat.

In de, bij de mondelinge behandeling der Begrafeniswet in de Tweede Kamer gemaakte, opmerking, dat verbranding in strijd was met den geest der natie, school, destijds althans, inderdaad iets waars. Eerst moesten zes en veertig jaren verloopen, voordat de lijkverbranding inderdaad tot eene question brûlante in dubbelen zin werd.

De meergenoemde vereeniging, welke inmiddels haar naam veranderd had in „Vereeniging voor facultatieve lijkverbranding", had, het vele petitioneeren blijkbaar moede, de hand aan den ploeg geslagen en, na eerst daarmede elders niet geslaagd te zijn, op de begraafplaats Westerveld te Driehuizen, gemeente Velzen haar eerste crematorium gebouwd. Op 1 April 1914 werd daar voor het eerst een lijk verbrand.

Twee strafvervolgingen vloeiden hieruit voort: één tegen den persoon die het lijk door de vereeniging had laten verbranden; één tegen den persoon, die in opdracht van den beklaagde in het eerste geding, het lijk had verbrand en in het crematorium bijgezet en zoodoende had verhinderd en onmogelijk gemaakt, dat het lijk van den overledene werd begraven in een gesloten kist op eene begraafplaats overeenkomstig de Begrafeniswet aangelegd of volgens de overgangsbepalingen dier wet toegelaten.

Beide vervolgingen liepen parallel:

Ontslag van rechtsvervolging door den kantonrechter, bevestiging van des kantonrechters vonnis door de rechtbank, verwerping door den Hoogen Raad van het door

den Officier van Justitie ambtshalve ingestelde beroep tot cassatie.

Ten opzichte van den eersten beklaagde overwoog de kantonrechter, dat weliswaar art. 1 der Begrafeniswet wil, dat elk overleden persoon zal worden begraven — behoudens in enkele uitdrukkelijk opgenoemde gevallen — doch dat de wetgever verzuimd heeft aan te wijzen, wie voor het niet begraven aansprakelijk moet worden gesteld.

De tweede beklaagde werd van rechtsvervolging ontslagen op dezen grond, dat, al blijkt zoowel uit de woorden, als uit de geschiedenis der Begrafeniswet, dat de bedoeling van den wetgever niet is geweest, lijkverbranding toe te laten, echter verzuimd is, deze bedoeling om te zetten in een verbod met bijbehoorende poenale sanctie, terwijl uit het *ge*bod van begraven in art. 1 geen *ver*bod tot verbranding mag worden afgeleid. De Hooge Raad komt in zijn arresten (*W.* 9795) tot hetzelfde resultaat.

M. i. is formeel tegen deze redeneering weinig aan te voeren.

Dat de Begrafeniswetgever de lijkverbranding niet heeft gewild, staat wel vast

Dat hij evenwel heeft nagelaten, verbranding uitdrukkelijk te verbieden, zulks onder bedreiging met straf, valt evenmin te ontkennen.

Dat uit een algemeen gebod om een zekere handeling te verrichten, niet door middel van deductie alleen, een verbod van elke andere handeling mag worden gelezen, schijnt ook mij eene juiste jurisprudentie in criminalibus.

Maar te betreuren acht ik het, dat op deze wijze, ter sluiks, als het ware in fraudem legis, een handeling wordt toegelaten, die, hoe men er ook over moge denken, ongetwijfeld waard is, uitdrukkelijk toegelaten of verboden te worden.

De uitspraak van den Hoogen Raad ontketende dan ook een storm, zij het een storm in een glas water. In de pers verschenen verschillende beschouwingen; wetenschappelijke vereenigingen maakten ook deze zijde van het lijkverbrandingsvraagstuk tot een onderwerp van bespreking; in de Staten-Generaal werd de Regeering over het door haar ingenomen standpunt geïnterpelleerd. Een en ander heeft evenwel in de houding van de Regeering tegenover het onderhavige vraagstuk geen verandering gebracht (1).

Dit standpunt dat, laat ik er dit dadelijk bijvoegen, opportunistisch en daarom weinig bevredigend is, komt in 't kort hierop neer.

De Hooge Raad leest in art. 1 der Begrafeniswet een persoonlijk gebod, gericht tot iemand, die de wet vergeten heeft aan te wijzen, dus tot niemand en dat derhalve niet te handhaven is. Het mag al de bedoeling van den wetgever zijn geweest, lijkverbranding niet toe te laten; nu die bedoeling niet met zooveel woorden is uitgedrukt, acht ik, Regeering, het niet op mijn weg te liggen, lijkverbranding, zoo die geschiedt, te verhinderen, als zoude zij een ongeoorloofde daad vormen.

Iemand straffen voor het nalaten van iets wat door de wet aan niemand bepaald is opgedragen wil ik niet; iemand straffen omdat hij iets doet, wat hij naar de letter der wet in volle vrijheid kan doen, wil ik evenmin. Om evenwel zooveel mogelijk aan de geopperde bezwaren tegemoet te komen zal ik dengene die in het laatste geval verkeert, bepaalde voorschriften geven, waaraan

(1) Zie nog laatstelijk hierover de Memorie van Antwoord op het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer betreffende de begrooting van Binnenlandsche Zaken. (Handelingen Staten-Generaal Bijlagen 1916-1917 Memorie van Antwoord op Hoofdstuk V).

hij zich heeft te houden onder bedreiging dat ik, Regeering, anders de crematie zal verhinderen, al ontbreekt mij hiertoe ook elke bevoegdheid.

Er is, en naar ik meen terecht, op gewezen (1) dat in dit standpunt een tegenstrijdigheid ligt en dat het stellen van voorwaarden aan de vereeniging en de opdracht aan den Officier van Justitie te Haarlem om op de naleving dier voorwaarden toe te zien, niet is overeenkomstig het eerst door den Minister ingenomen standpunt, als zoude crematie hier te lande wettelijk volkomen toelaatbaar zijn te achten.

Daargelaten dat een opdracht als de hier bedoelde, die door den Minister geschiedt als hoofd van de algemeene of rijkspolitie, aan den Procureur-Generaal te Amsterdam als fungeerend directeur van politie had moeten geschieden, in plaats van aan den Officier van Justitie, komen we hier toch tot het zonderlinge resultaat, dat een handeling, die volgens den Minister wettelijk volkomen geoorloofd is, door hem wordt gereglementeerd c. q. verhinderd. En hierin ligt, meen ik, het zwakke punt van de geheele quaestie.

Eenmaal aannemende, met den Hoogen Raad dat het ius constitutum lijkverbranding niet verbiedt, schoon de wetgever haar niet heeft gewild, had de Regeering in de gebleken lacune moeten voorzien, door met een voorstel van wet te komen, waarbij lijkverbranding òf uitdrukkelijk werd verboden òf uitdrukkelijk toegelaten.

Prof. Struycken heeft er in zijn boven aangehaald geschrift reeds op gewezen, hoe de weg die thans is ingeslagen, leidt tot algeheele ontwrichting onzer Begrafeniswet.

Verschillende voorschriften, waaraan degene, die een

(1) Struycken, Politieke Opstellen, blz. 155 e.v.

lijk wil begraven, is gebonden, zijn voor dengene die een lijk wil verbranden, niet geschreven. Ik herinner er slechts aan, dat de begrafenis slechts mag plaats vinden binnen een zekeren termijn (art. 6), na bekomen verlof (art. 4) en onder voldoening aan bepaalde voorschriften (art. 1) en dat al deze bepalingen, en meer andere, niet zijn geschreven voor hem, die een lijk wil verbranden.

Wil men het gevaar ontkomen, dat ieder die zulks begeert, straffeloos, wanneer en waar hij dat wil, een lijk kan verbranden of op andere wijze vernietigen, dan dienen de bestaande voorschriften te worden aangevuld met andere, zich aan de gewijzigde omstandigheden aanpassende. De gevaren, die onder de huidige regeling kunnen ontstaan zijn te duidelijk en te groot, dan dat het oirbaar geacht mag worden, verder in dezen werkeloos toe te zien.

En al is het waar, dat, zoolang de zaak der lijkverbranding in handen is van één vereeniging, welke zich tot samenwerking met den Minister van Justitie bereid heeft verklaard, de bovengeschetste gevaren waarschijnlijk slechts theoretische schrikbeelden zijn: de tijd kan komen, dat deze of eene andere vereeniging zich niet meer aan de ministeriëele voorschriften meent te moeten (of te mogen) onderwerpen en dan schijnt het mij, op zijn zachtst uitgedrukt, twijfelachtig of de Regeering, de thans door haar verkondigde leer tot uitgangspunt nemend, zich gerechtigd *mag* achten tot ingrijpen.

Zal achten allicht wel, zoo goed als thans ook het middel van politioneel toezicht is aangegrepen. Maar beter ware toch eene wettelijke regeling, die buiten kijf stelt, hoever de Regeering in dezen mag gaan.

Dat bij het treffen van zoodanige regeling de lijkverbranding zal moeten worden toegelaten, zij hier gezegd, zonder waardeering der gronden voor en tegen.

Waar zich in ons volk blijkbaar eene overtuiging heeft gevormd, dat lijkverbranding wenschelijk is — eene overtuiging, die blijkt, niet alleen uit de oprichting van meergenoemde vereeniging en den door haar tot stand gebrachten bouw van een crematorium, maar ook hieruit, dat van andersdenkende zijde het in de Staten-Generaal niet is gekomen tot een voorstel tot wijziging der Begrafeniswet in dien zin dat lijkverbranding wordt verboden, ja zelfs niet tot eene motie, waarin de wenschelijkheid eener zoodanige wetswijziging werd uitgesproken — daar ligt het, dunkt mij, op den weg der overheid, om aan die overtuiging door wettelijke voorschriften voldoening te schenken.

Als overheid zoude ik in dezen, zonder eenig voorbehoud, de Rijkswetgever beschouwd wenschen te zien.

Allereerst al, omdat deze, door vaststelling der Begrafeniswet de regeling van hetgeen met de lijken van afgestorvenen zal geschieden, heeft gestempeld tot iets van algemeen rijksbelang.

Gemeentelijke regeling der lijkverbranding waarover in de Eerste Kamer is gesproken, zou derhalve in strijd zijn met art. 150 der Gemeentewet.

Maar dit daargelaten, is toch de materie zelve, wordt zij toegelaten, eene, waarvoor gelijke, voor het geheele rijk geldende regelen noodig zijn. Eischen van volksgezondheid, eischen van strafrechtelijken aard, zij allen pleiten hiervoor.

Het schijnt daarom wenschelijk, dat er kome een rijkswet, waarbij, voor wie dat wil, de mogelijkheid wordt opengesteld, zich, na zijn dood, te laten verbranden, doch waarbij tevens zoodanige voorschriften worden gegeven, dat, alvorens tot crematie wordt overgegaan, de meest mogelijke zekerheid is verkregen, welke noodig is, in verband met het opsporen van misdrijven.

Voorts zullen betreffende de crematie zelve zoodanige regelen moeten worden gesteld, dat de nabestaanden de zekerheid hebben, dat op gepaste en afdoende wijze, ten tijde, als zij ook meenen, dat het geschiedt, aan den laatsten wil van den overledene wordt voldaan.

Ten slotte zullen, zoo noodig, voorschriften van hygiënischen aard gegeven dienen te worden. Het vaststellen dier regelen, hoe zij moeten luiden, om op elk gebied ten volle het gewenschte succes te behalen, valt evenwel buiten het bestek dezer beschouwing.

Men kan over deze dingen natuurlijk anders denken en naar den eenen of naar den anderen kant dwang willen opleggen; voor mij evenwel ligt de waarheid in de woorden, die de Parijsche prefect van politie FROCHOT neerschreef:

Les derniers soins à rendre aux dépouilles humaines sont un acte religieux, dont l'autorité ne saurait prescrire le mode, sans violer le principe de la liberté des opinions.

Groningen. Mr. B. D. H. TELLEGEN AZN.

Wie zijn de genotsgerechtigden op de aan de gemeente of afdeeling eener gemeente toebedeelde markgronden en aan welke regelen zijn deze bij de uitoefening van hun recht gebonden ?

door

Mr. A. VAN DOORNINCK.

In vele marken heeft men behalve de eigenaars, markgenooten, zooals de wet hen noemt, ook nog personen of categorieën van personen, die, zonder markgenoot te zijn, toch gerechtigd waren om 't zij in het algemeen, 't zij op bepaalde wijze als schapendrift, plaggen steken, van de mark naar behoefte gebruik te maken.

Met de belangen van deze personen heeft de Markenwet (1) rekening moeten houden, en waar aan den eenen kant een bezwaring van de verdeelde mark met deze rechten een behoorlijke cultuur in den weg zou staan, maar aan den anderen kant het niet aanging om ter wille van een behoorlijke cultuur en het economisch voordeel der markgenooten, de gebruiksrechten van deze lieden eenvoudig vervallen te verklaren, heeft de wet bepaald, dat voor het gemis van *zakelijke* rechten een vergoeding ontvangen zal worden (2), terwijl in art. 24 der Markenwet een regeling gegeven wordt omtrent de rechten van hen, die alleen krachtens ingezetenschap tot

(1) 10 Mei 1886, (*Stbl.* n°. 104).

(2) Art. 23, lid 2.

het genot gerechtigd zijn. De desbetreffende passages van dit laatste artikel luiden: „Aan hen, die alleen krachtens ingezetenschap tot het genot van markgronden gerechtigd zijn, zonder zelf een eigendomsrecht te hebben, wordt geen aandeel toebedeeld, doch aan de gemeente of afdeeling eener gemeente aan welker ingezetenschap zij dat genot ontleenen, wordt een derde toebedeeld van het aandeel, dat zij verkrijgen zouden, indien hun recht dat van eigendom ware; welk gedeelte wordt gekort op het aandeel van ieder der overige markgenooten naar evenredigheid. Zij die krachtens ingezetenschap tot het genot gerechtigd waren, blijven zulks voor wat betreft het aan de gemeente of afdeeling toebedeelde aandeel, tenzij hun recht wordt afgekocht tegen schadeloosstelling enz.".

Waaruit bestaat nu het recht van genot op de aan de gemeente toebedeelde gronden?

Is het slechts het genot dat de grond „vanouds" verschaft of mogen de genotsgerechtigden ook op andere wijze van dien grond gebruik maken?

Van belang is deze vraag, omdat bij de verdeeling der mark vaak de dichtst bij het dorp gelegen gronden de gemeente toebedeeld werden ten einde zooveel mogelijk tegemoet te komen aan de belangen der genotsgerechtigden, die toch al geschaad werden omdat het recht van genot, dat zich vroeger over de geheele mark uitstrekte, nu tot het aan de gemeente toebedeelde terrein ingekrompen wordt. Deze dichtst bij het dorp gelegen grond is nu dikwijls veel beter geëigend voor land- of tuinbouw dan voor het gebruik, dat er vanouds van gemaakt is (heideplaggen steken of schapen weiden).

De gemeente zou in dat geval de genotsrechten kunnen afkoopen en de gronden verpachten, maar in vele gevallen heeft zij noch het geld noch den lust daartoe.

Immers al moge een nieuwe cultuur voordeeliger zijn dan de oude, daarmede is volstrekt nog niet gezegd, dat de pachtsom even groot of grooter zal zijn dan de rente der afkoopsom. De rente der afkoopsom is ongeveer gelijk aan het genot, dat de gerechtigden van den grond genoten, terwijl de pachtsom niet hooger zal zijn, dan de opbrengst van den grond op de nieuwe wijze verminderd met hetgeen de pachter zelve noodig heeft om te bestaan. Laat de genotsrechten op de oude wijze uitgeoefend f 2000.— per jaar winst verschaffen, en de grond op andere wijze gebruikt f 4000.— opbrengen, dan zal de gemeente nog een slechte zaak doen als zij de rechten afkoopt, wanneer de gezamenlijke pachters f 3000.— voor hun eigen onderhoud noodig hebben en dus maar f 1000.— pacht kunnen geven. De gemeente lijdt dan ieder jaar f 1000.— verlies. En toch zal niemand ontkennen dat op de tweede cultuurwijze meer voordeel van den grond getrokken wordt.

Bovendien, zelfs al wilde de gemeente afkoopen, dan was daarmede de vraag nog niet opgelost. Het bedrag der schadeloosstelling toch, hangt af van de waarde der genotsrechten en deze zijn natuurlijk grooter, wanneer de grond op de meest voordeelige wijze in cultuur gebracht mag worden, dan wanneer zij slechts het recht geven den grond als „vanouds" te gebruiken.

De vraag is dus: mogen de genotsgerechtigden zelve de hand aan den ploeg slaan en een stuk schraal weiland of heide in tuin- of boschland veranderen of is dit niet geoorloofd?

Bij de beantwoording van die vraag zal tevens onderzocht worden, wie die genotsgerechtigden zijn.

Acht de wet voor het recht van genot het zijn van ingezetene voldoende of laat zij toe dat, om die genotsrechten uit te oefenen ook andere vereischten naast het

ingezetenschap gevorderd worden: als het bezit van onroerend goed of vee of schapen houden?

Deze vragen en de naar aanleiding daarvan opduikende quaesties wil ik trachten te beantwoorden aan de hand van een geval, dat zich in de practijk heeft voorgedaan.

In 1917 werden Gedeputeerde Staten van Friesland verrast door een adres van arbeiders en visschers van Hollum op Ameland, waarin zij zich beklaagden dat zij, die toch ingezetenen waren, geen gebruik van de aan de gemeente toebedeelde markgronden konden maken omdat deze gronden uit schraal weiland bestaan en requestranten geen vee hielden. Zij verzochten het college het daarheen te leiden, dat ook anderen dan de veehouders van dezen grond gebruik konden maken, hetzij als bouwland hetzij als tuingrond (1).

Hoe was de feitelijke toestand van de verdeelde mark op Ameland?

Na een proces is bij acte van 21 December 1901 de mark verdeeld. Een aantal uit slecht weiland bestaande gronden werden toegescheiden: „aan het dorp Hollum der gemeente Ameland ten behoeve van de ingezetenen-veehouders van dat dorp, gerechtigd tot achtendeel" (2).

De veehouders van Hollum weidden dientengevolge hun koeien en schapen op gemelde gronden en gedroegen zich naar een reglement, vastgesteld door den Raad der gemeente Ameland, waarvan art. 1 luidt:

„Voor de regeling van de beweiding der gemeentegronden ten behoeve van de ingezetenen-veehouders zal door den Gemeenteraad van ieder dorp een commissie van twee personen worden benoemd".

(1) Het request is wat primitief gesteld, maar dit is de bedoeling.

(2) Zie: Mr. Gockinga, De verdeeling van de markgronden van Hollum en Ballum op Ameland.

Was deze toestand wettig? Mocht de Raad het genotsrecht der ingezetenen van het dorp Hollum en andere dorpen regelen of zijn dit privaatrechten waar het publiek gezag zich buiten heeft te houden?

Gedeputeerde Staten, die naar aanleiding van het adres der arbeiders en visschers zich om inlichtingen tot het gemeentebestuur wendden, kregen ten antwoord, dat op het verzoek afwijzend behoorde te worden beschikt omdat de gemeentegrond bezwaard was met een weiderecht ten behoeve der ingezetenen-veehouders en daarom geen grond aan deze weide kon worden onttrokken.

Was deze bedenking juist?

Rust op dezen grond een weiderecht ten behoeve der ingezetenen-veehouders of een recht van genot ten behoeve van alle ingezetenen?

De wet onderscheidt in artt. 23 en 24 der Markenwet: zij, die *zakelijke* rechten op de markgronden hebben en zij, die *alleen* krachtens ingezetenschap tot *het* genot gerechtigd zijn. In het eerste geval blijven de rechten op het *geheele* grondgebied der mark bestaan of worden bij de verdeeling tegen schadeloosstelling opgeheven; in het tweede geval wordt een stuk grond aan de gemeente toebedeeld.

Bij de verdeeling dezer mark is op grond van art. 24 terrein aan de gemeente toebedeeld. Een onderzoek der vroeger op dien grond gerust hebbende rechten is dus niet noodig. Door de toebedeeling van deze gronden aan de gemeente is uitgemaakt, dat ze niet met een speciaal zakelijk recht bezwaard zijn, doch op deze gronden rust het recht tot het genot waarvan art. 24 spreekt, dat toekomt aan hen, die „alléén krachtens ingezetenschap tot het genot gerechtigd zijn".

„Alléén krachtens ingezetenschap". Slechts in dat geval wordt de grond aan de gemeente toebedeeld. Geen andere

vereischten mogen gesteld worden. Rustte op den grond een recht, dat aan de veehouders, die ingezeten zijn, toekomt, dan had dat recht moeten zijn afgekocht of zoude het nog op het geheele gebied der oude mark bestaan. Daar dit niet het geval is, blijkt, dat voor het recht van genot slechts aan één voorwaarde voldaan behoeft te worden: men moet ingezetene zijn.

Maar *uitgeoefend* kan dat recht alleen door de veehouders worden, omdat de grond weide was.

Daarmede is niet gezegd, dat deze grond ten eeuwigen dage weide moet blijven opdat de veehouders er van zullen kunnen genieten. Integendeel, tot op heden hebben de veehouders alleen van dezen grond genoten omdat ze weide was en het best als weide geëxploiteerd kon worden. Kan de grond op andere wijze meer voordeel voor de ingezetenen opleveren, dan moet dit geschieden; gezamenlijke ingezetenen hebben recht op zoo groot mogelijk genot. Recht op genot is recht op zoodanig genot, waartoe zich de grond het beste leent. Nergens in de wet is bepaald, dat het recht tot het genot slechts bestaat in het gebruik der gronden als vroeger. Als de aard van den grond verandert, verandert ook het genot. Wanneer de grond op andere wijze beter geëxploiteerd kan worden, mogen sommige genotsgerechtigden de anderen niet dwingen hem op een wijze te gebruiken, die minder voordeel oplevert.

De veehouders hebben geen reden tot klagen; zij hebben langen tijd alleen genoten en hun recht is niet meer dan dat van andere ingezetenen.

Natuurlijk mag de eigenaar in zijn eigendomsrecht niet geschaad worden; steeds moet het recht van genot zóó uitgeoefend worden, dat de grond niet in waarde vermindert.

Een ander argument is dit: art. 24 is in de Markenwet

opgenomen om hen, die genotsrechten, geen eigendomsrechten hadden, niet te benadeelen; wanneer nu de ingezetenen, die vroeger *recht van genot op de geheele weide* hadden, nu slechts een *weiderecht op een derde deel* van dat terrein kregen, zouden ze zeer zeker benadeeld zijn. Het feit, dat de gemeente dat één derde deel in eigendom krijgt, kan deze ongelijkheid niet verhelpen, zooals later aangetoond zal worden.

Een derde argument is nog het volgende: De Markenwet is gemaakt om een rationeeler cultuur te bevorderen; men mag dus nimmer in principe aannemen, dat de gemeentegronden slechts op de wijze gebruikt zouden worden als vanouds. De acte van scheiding is geen beletsel tegen deze opvatting. Die acte luidt: Aan het dorp Hollum der gemeente Ameland ten behoeve der ingezetenen-veehouders, gerechtigd tot een achtendeel.

De laatste woorden „ten behoeve der ingezetenen-veehouders" komen mij onjuist voor. Het dorp heeft geen recht van eigendom verkregen ten behoeve van anderen, het heeft zelf den vollen eigendom en kan er mede doen wat het wil; maar aan wien de eigendom ook overgedragen wordt, steeds blijft er op rusten de last van het recht van genot der ingezetenen.

Bovendien bewijst de acte wel het recht van het dorp maar niet dat der ingezetenen; hun recht wordt rechtstreeks afgeleid uit de wet; de acte kan daarvan geen tittel of jota veranderen. Door het enkele feit van toebedeeling aan de gemeente of afdeeling daarvan, staan volgens de wet de rechten der ingezetenen vast. Bij de acte zijn die ingezetenen geen partij; partijen zijn de markgenooten en de gemeente; de ingezetenen hebben er slechts in zooverre iets mede te maken, dat daarbij wordt aangewezen op welk derde deel zij in het vervolg hunne genotsrechten mogen uitoefenen.

Het den ingezetenen toekomend recht van genot is dus, gelijk aangetoond, geen recht om den grond op een bepaalde wijze te gebruiken, maar om zooveel mogelijk van den grond te genieten op de wijze waarop zich die grond het beste leent. De eigenaar, en dus ook de gemeente in haar hoedanigheid van eigenares, heeft met de wijze waarop de gerechtigden hun recht op genot willen uitoefenen niets te maken, zoolang de grond daardoor niet in waarde achteruitgaat. Maar mag de gemeente — zooals Ameland deed — in haar hoedanigheid van publiek gezag regels voor de uitoefening geven? Ik kan het niet gelooven. De genotsgerechtigden mogen toch de uitoefening van hun rechten zelve regelen; het publiek gezag moge in het belang der openbare orde daaromtrent iets bepalen: of zeker terrein wei- of bouwland zal zijn, mogen toch de gerechtigden wel zelve weten. Nu werpe men mij niet tegen: alle ingezetenen zijn genotsgerechtigd, het gemeentebestuur is de gekozen vertegenwoordiger door al deze ingezetenen, derhalve kan dit de zaak regelen; dit kan in gevallen opgaan, waar ieder genotsgerechtigde kiezer is, waar dit niet het geval is en ook waar gelijk op Ameland slechts de inwoners van een afdeeling en niet van de geheele gemeente het recht van genot hebben, mag het gemeentebestuur niet als vertegenwoordigend bestuur van de gerechtigden beschouwd worden. De verordening der gemeente Ameland waarbij zij regels geeft ten opzichte der uitoefening der aan de inwoners van Hollum toekomende rechten is m. i. onverbindend; de genotsgerechtigden kunnen zelve andere regels vaststellen.

Hoe moeten deze regels tot stand komen? Naar het mij toeschijnt geven de artt. 1690 en v.v. B.W. hiervoor den weg aan. In de practijk geschiedt dit dan ook wel eens op die wijze. Zoo waren de gezamenlijke ingezetenen-

veehouders van Buren tot zekere landerijen gerechtigd. Ten einde een behoorlijke en geregelde uitoefening van dat recht te bevorderen, constitueerden zij zich als een vereeniging en vroegen op de statuten Koninklijke goedkeuring. Art. 3 der statuten luidde: „Ieder te Buren woonachtig veehouder is lid der vereeniging en gerechtigd vee op de algemeene weiden te hebben".

Het wil mij voorkomen, dat waar de wet aan de inwoners van Hollum gezamenlijk rechten toekent, die gerechtigden de uitoefening van deze rechten te zamen moeten regelen. Zij kunnen zich dus zeer goed als vereeniging constitueeren en rechtspersoonlijkheid verkrijgen maar in de statuten moet uitdrukkelijk bepaald zijn op grond van art. 24 der Markenwet, dat ieder ingezetene lid der vereeniging is. Ik zou zelfs verder willen gaan en beweren dat ook van de artt. 1690*e* v. B. W. niet mag worden afgeweken. Wanneer de toestand zoodanig is, dat voor de uitoefening der door een wet aan ieder gerechtigde toekomende rechten een reglement noodig is, en dit reglement door de gerechtigden te zamen moet worden tot stand gebracht, bestaat m. i. een vereeniging, al heeft deze daardoor alleen nog geen rechtspersoonlijkheid. Het reglement en de rechten van ieder lid — voor zoover zij niet als bij de marken vanouds vaststaan of vanouds vaststaat hoe die bepaald moeten worden — worden dan beheerscht door de in het B. W. op dat stuk bestaande artikelen. Vóór de verdeeling der mark stonden de rechten der ingezetenen op het terrein der geheele markweide vast; het was hetzelfde, althans een zoodanig, zij het niet een zoo groot, genot, dat ook de markgenooten hadden. Na de verdeeling is de mark vervallen, ook dus haar reglement; de ingezetenen zijn dus op dat oogenblik niet meer aan het markenreglement gebonden doch moeten nu

zelve voor de uitoefening der thans hun alléén toekomende rechten een reglement maken.

En in dat reglement kunnen zij bepalen of de grond wei- of bouwland zal zijn.

Op eenvoudige wijze heeft de wet uitgemaakt, hoe de waardebepaling van het recht van genot bij afkoop zal geschieden doch vóór dat zulks kan gebeuren moet vaststaan wie eigenlijk bij afkoop partijen zijn. Dit is in de wet niet duidelijk geregeld en kan tot moeilijkheden leiden. Staat — als het genotsrecht aan het ingezetenschap eener afdeeling gebonden is — de gemeente tegenover de ingezetenen dier afdeeling of de afdeeling tegenover haar ingezetenen?

Ingewikkelder wordt het waar op het oogenblik der verdeeling van de mark (zooals op Ameland) geen afdeeling „Hollum" in den zin van art. 217 der Gemeentewet bestaat, doch bij vonnis wel aan het dorp is toegescheiden.

Wie is nu eigenaar, het dorp Hollum of de gemeente Ameland? Bedoelt de wet in art. 24 met afdeeling eener gemeente een publiekrechtelijk (1) op het oogenblik der verdeeling bestaande afdeeling, of het gedeelte der gemeente, publiekrechtelijk bestaand of niet, aan welks ingezetenschap het recht op genot der markgronden vanouds verbonden was?

Bedoelt de wet het eerste, dan zou de grond niet aan

(1) Art. 17 Gem.wet: In gemeenten, wier afdeelingen of dorpen een afzonderlijk vermogen, afzonderlijke inkomsten of lasten hebben, kan dit onderscheid blijven bestaan. Buiten de gevallen, waarin de wet bij vereeniging van gemeenten, zoodanig onderscheid vaststelt, kunnen afzonderlijke lasten en inkomsten, in bijzondere afdeelingen eener gemeente, waar het noodig is, bij besluit van den gemeenteraad, onder Onze goedkeuring, Gedeputeerde Staten gehoord, worden toegelaten. Gedeputeerde Staten regelen, onder Onze goedkeuring, het verband dezer afzonderlijke huishoudingen met de algemeene huishouding der gemeente overeenkomstig het stelsel dezer wet.

het dorp Hollum mogen toebedeeld worden, omdat dit als „afdeeling" niet bestaat. Maar aan de gemeente Ameland kon de grond ook niet toegescheiden worden, omdat de wet zegt dat toebedeeld wordt: aan de gemeente of afdeeling aan welker ingezetenschap het genot ontleend wordt, en het genot niet aan het ingezetenschap van Ameland, maar aan dat van Hollum verbonden was.

Als de wet de tweede opvatting huldigt, dan zou zich het eigenaardige geval voordoen, dat een vermogen zou worden toegescheiden aan, ja, aan wat? Niet aan een rechtspersoon want als zoodanig bestaat dat gedeelte der gemeente voor de toescheiding niet. Aan de gezamenlijke inwoners? Maar dan zou dus aan dezelfde personen, die nu een recht van genot op den grond hebben, ook nog de eigendom toekomen? Waarom zou de wet een recht van genot toebedeelen op grond, die den gerechtigden al in eigendom toebehoort?

Of zou men kunnen zeggen: de toescheiding moet plaats hebben aan dat gedeelte der gemeente aan welks ingezetenschap het recht tot het genot ontleend is. Door die toescheiding krijgt dat gedeelte een vermogen, waarvan de vruchten speciaal den ingezetenen van dat gedeelte ten goede moeten komen.

Ik gevoel veel voor deze oplossing. Zij is m. i. geheel in overeenstemming niet alleen met den tekst, maar ook met de bedoeling der Markenwet. Immers men wilde de ingezetenen der afdeeling, wier recht van genot zich vroeger over de geheele mark uitstrekte, schadeloos stellen, en deed dit, uitgaande van de meening dat recht van genot op het geheel evenveel waard is als eigendom van een derde gedeelte, door aan de afdeeling dien eigendom daarvan toe te deelen. De wet heeft dus niet gewild, dat de gemeente een voordeel in den schoot geworpen werd, doch achtte het den besten weg om de ingezetenen van

de afdeeling te bevoordeelen, door aan die afdeeling den eigendom toe te scheiden.

Ook strijdt deze meening niet met art. 217 der Gemeentewet. Uitdrukkelijk zegt toch dit artikel, dat, waar dorpen een afzonderlijk vermogen hebben, dit onderscheid kan blijven bestaan. Nergens is bepaald, dat deze alinea alléén geldt voor dorpen, vóór het tot stand komen van de Gemeentewet in het bezit van zoodanig vermogen. En al moge men dit bij het maken dier wet bedoeld hebben, tegenover deze niet-uitgesproken bedoeling staat het uitdrukkelijk voorschrift der Markenwet.

Maar wie beheert dat vermogen?

Het is m. i. het meest met art. 217 der Gemeentewet overeen te brengen, wanneer het beheer van dat vermogen — waarover niemand zich druk behoeft te maken — zoolang de genotsrechten nog niet zijn afgekocht, geschiedt door organen, tot stand gekomen door een regeling van Gedeputeerde Staten, als bedoeld in het 3e lid van het genoemde artikel. Ingezetenen moeten zich, willen zij dat de afdeeling de rechten afkoopt, wenden tot Gedeputeerde Staten om een regeling omtrent het beheer van het vermogen te geven. Door den afkoop zullen natuurlijk eerst lasten en daarna inkomsten ontstaan, maar toch acht ik art. 217, 2e lid der Gemeentewet niet toepasselijk, omdat deze lasten en inkomsten niet toegelaten worden bij raadsbesluit, doch ontstaan zijn krachtens de bepalingen der Markenwet.

Ik ben dus tot de conclusie gekomen, dat het dorp Hollum bij afkoop partij ter eenre zijde is. Partij ter andere zijde zijn de gezamenlijke inwoners. Zij ontvangen te zamen de afkoopsom en zullen deze overeenkomstig de regels van art. 1702 B. W. moeten verdeelen.

Leeuwarden.

Pandrecht op onlichamelijke roerende zaken.

In eene zaak, door het Hof te Arnhem met mijne medewerking berecht, kwam het volgende geval voor. De eischer had na de dagvaarding zijne vordering verpand. Veel later in het geding, toen het Hof reeds arrest had gewezen op een interlocutoir vonnis der Rechtbank, wierp de gedaagde de exceptie op: door de verpanding zijt gij onbevoegd geworden het geding te voeren. De Rechtbank achtte de verdediging juist. Middelerwijl deed de pandhouder afstand van zijn recht. Het Hof verwierp bij arrest van 25 Juni 1918 de exceptie op drie gronden, waarvan slechts de eerste thans van belang is. Het Hof meende, dat de verpanding van de inschuld den pandgever niet de bevoegdheid benam het geding te voeren (25 Juni 1918, *W.* 10310).

Deze beslissingsgrond is in strijd met het arrest van den Hoogen Raad van 21 Februari 1914 (*W.* 9683), waarbij hij terugkwam van zijn leer, uitgesproken in het arrest van 19 Januari 1889 (*W.* 5666).

Ik zette het onderzoek voort in de verwachting meerdere argumenten voor het gevoelen van het Hof te vinden. Evenwel de uitslag was anders. Ik kreeg de overtuiging, dat het Hof gedwaald had. Toch deel ik de uitkomsten van mijn onderzoek mee, omdat het pandrecht op onlichamelijke roerende zaken een belangwekkend onderwerp is, door de commentatoren stiefmoederlijk behandeld (1).

(1) Naar ik meen, mag een rechter, zonder het geheim van de raadkamer te schenden, het vonnis verdedigen, zooals ik in den laatsten tijd twee keer heb gedaan. Er mag toch ondersteld worden, dat het

Een der wijzigingen, door de wet van 1874 in den titel over pandrecht gemaakt, bestaat hierin, dat in plaats van een „pandrecht op inschulden, welke op naam zijn gesteld" kwam een „pandrecht op onlichamelijke zaken, met uitzondering van papier aan order of toonder". Toch hebben de inschulden op naam bijna uitsluitend de aandacht getrokken. Zij zijn ook het meest de belangstelling waard en ik zal mijne uiteenzettingen met hen beginnen.

In het Romeinsche Recht was het pandrecht op inschulden (*pignus nominis*) bekend. Het staat ook vast, dat aan den pandhouder eene rechtsvordering werd gegeven tot invordering van de schuld. Het schijnt twijfelachtig, of hij ook de bevoegdheid had de inschuld te verkoopen (1).

Aanvankelijk meende POTHIER, dat inschulden niet konden verpand worden, omdat zij niet vatbaar waren voor eene werkelijke overgifte, zich daarbij, vreemd genoeg, beroepende op het Romeinsche Recht. In eene latere uitgave van de verhandeling kwam hij op dit gevoelen terug en nam hij de verpanding van de inschuld aan, als de titel was overgegaan (2). Op het zelfde standpunt plaatste zich de Code Civil. Na in art. 2075 over pandrecht op onlichamelijke zaken te

---

vonnis zijn gevoelen weergeeft. In verreweg de meeste gevallen is deze onderstelling juist. Een groot aantal vonnissen worden met algemeene stemmen gewezen en van de overblijvende kan slechts een derde gedeelte beschouwd worden het gevoelen van een bepaalden rechter niet weer te geven. Het is ongeoorloofd van eene afwijkende meening te doen blijken, tenzij men, zooals in dit geval, van gevoelen veranderde.

(1) Zie WINDSCHEID, § 239, noot 10 en Mr. D. E. LIONI, Dissertatie : De verpanding van inschulden naar het Romeinsche en Nederlandsche Recht, blz. 149 volg.

(2) Traité du contrat de nantissement n°. 5.

hebben gehandeld, bepaalt art. 2076: *Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre parties.* De Fransche schrijvers en Jurisprudentie eischen dan ook overgifte van den titel (1).

De Fransche schrijvers (2) zijn er ver van af met de Romeinen aan te nemen, dat de pandhouder het recht heeft de schuld in te vorderen. Zij ontkennen zelfs, met uitzondering van PLANIOL, dat de pandhouder de bevoegdheid zoude hebben *de toucher le capital de la dette.* LAURENT (3) en BAUDRY (4) doen daarbij een beroep op art. 2081: *Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage.* Dit verbod, aan het Romeinsche Recht ontleend, acht ik niet toepasselijk. Die eene verpande inschuld int, eigent zich haar niet toe. Het ontvangene blijft onderworpen aan de pandverhouding. De bepaling ziet op de toeëigening van lichamelijke zaken.

Art. 2081 onderstelt, dat de pandhouder bevoegd is de rente van de inschuld te innen. De Franschen konden, dunkt mij, aannemen, dat de wetgever ook de bevoegdheid om de hoofdsom te innen, onderstelde, daar de pandgever het niet mocht doen.

De Fransche schrijvers stonden veel sterker bij de ontkenning van het recht van vorderen. Dit zoude een executiemiddel zijn, niet erkend bij de wet. Bovendien, stond men het toe, dat zoude men aan den pandgever het recht ontnemen een geding met zijn schuldenaar te voeren. De geschiedenis van den Code gaf geene opheldering. Men mocht aannemen, dat het de bedoeling van

(1) DALLOZ, Nantissement, nos. 135 en 136. Supplement n°. 88.

(2) In de Jurisprudentie heb ik niets gevonden.

(3) Deel XXVIII, n°. 499.

(4) Deel XXII, n°. 98.

den wetgever geweest was het recht van vorderen niet aan den pandhouder te geven.

De titel over pand, in 1838 van kracht geworden, wijkt ten opzichte van ons onderwerp te weinig af om een andere uitlegging te gedoogen bij het zwijgen van den wetgever. Was er ook uit het verhandelde bij de herziening in 1874 geen licht te putten, dan zouden wij bezwaarlijk tot eene andere uitspraak kunnen komen, dan de Franschen.

In de nota van beantwoording van het verslag der Tweede Kamer over het gewijzigde ontwerp komt voor het eerst iets voor over de rechten van den pandhouder van onlichamelijke zaken. De Minister achtte het noodig zijne rechten te regelen: „opdat de wet geen twijfel overlate „hoever de rechten van den pandnemer eener onlicha- „melijke zaak zich uitstrekken, bepaaldelijk ook ten aan- „zien van het recht van invordering (ius exigendi) der „in pand gegeven inschuld, zonder dat men zich bij de „omschrijving van des pandnemers rechten in het alge- „meen, gelijk art. 3 der Belgische wet van 5 Mei 1872, „alleen tot dat recht van invordering bepale" (1). Na wijzing van het gewijzigde ontwerp stelde de Minister tenslotte voor art. 1199 aldus te lezen: „Het pandrecht „op onlichamelijke roerende zaken, met uitzondering „van papier aan order of aan toonder, wordt gevestigd „door kennisgeving der verpanding aan hem tegen wien „het in pand gegeven recht moet worden uitgeoefend. Door „dezen kan van de kennisgeving en van de toestemming „des pandgevers een schriftelijk bewijs worden gevorderd.

„Dit pandrecht machtigt den pandhouder, voor zoover „niet anders is overeengekomen, om namens den pand- „gever en onder verantwoordelijkheid van dezen, diens

(1) Nota van beantwoording onder V.

„rechten uit te oefenen, zonder het pand te mogen be-
„zwaren of vervreemden, anders dan in de gevallen, bij
„de volgende artikelen voorzien.

„Handelingen ten aanzien van het pand, door den
„pandgever na de bedoelde kennisgeving gedaan, kunnen
„niet worden tegengeworpen aan den pandhouder, noch
„aan den verkrijger van het pand, zoo dit in de gevallen,
„bij het volgend artikel voorzien, mocht zijn vervreemd".

De bedoeling was om onder meer aan den pandhouder de bevoegdheid te geven de schuld in te vorderen.

De Commissie van Rapporteurs stelde voor de twee laatste zinnen te doen vervallen. Haar woordvoerder KAPPEIJNE kwam er tegen op, dat de pandhouder het pand niet zoude mogen bezwaren of vervreemden, anders dan in de gevallen, bij de volgende artikelen voorzien. Hij zeide: „Men kan niet vooraf met volkomen juistheid
„zeggen: die daden zullen zijn daden van beheer en die
„daden zullen zijn daden van bezwaar of vervreemding.
„B.v. het recht van verpanding in de tweede hand is
„altijd aan den pandhouder toegekend en toch zou men
„kunnen zeggen, dat daardoor wordt verricht een daad
„van bezwaar, want al moge de verpanding in de tweede
„hand strekken tot verzekering van eigen schuld, de
„zaak wordt daardoor toch opnieuw bezwaard. Vervreem-
„ding kan zijn het invorderen van de schuld, want
„daardoor houdt ze op als inschuld in den boedel van
„den oorspronkelijken eigenaar te bestaan. Onder het
„begrip van aliëneeren valt dus ook het invorderen der
„schuld en het instellen van eene rechtsvordering" (1).

KAPPEIJNE kwam er niet tegen op, dat de Minister aan den pandhouder het *jus exigendi* wilde toekennen; wel had hij er bezwaar tegen, dat deze een hypotheek

(1) Beraadslagingen Tweede Kamer 1874, blz. 1324.

zoude kunnen opzeggen. Zijne conclusie was: „dat men „verstandig zal doen, de beslissing van dergelijke ge„schillen aan de juristen over te laten. Bij de wet kan „men geen juiste grenslijn trekken".

Het voorstel der Commissie van Rapporteurs tot schrapping van de twee laatste zinnen, werd aangenomen met 41 stemmen vóór en 9 stemmen tegen. De Minister zeide: liever een richtsnoer, al worden er niet alle kwesties mede uitgemaakt, dan niets. De Kamer antwoordde: liever niets, dan een onjuist geplaatst richtsnoer.

Er is bij al het verhandelde geen sprake geweest, dat men het executierecht van den pandhouder wilde beperken tot de middelen, geregeld in de artt. 1201 en 1202. Het was duidelijk de meening van KAPPEIJNE, dat de pandhouder het *jus exigendi* zoude hebben, als het amendement werd aangenomen. Hij was juist bevreesd, dat men uit het ontwerp zoude afleiden, dat de pandhouder dit recht niet bezat.

Deze en alle andere kwesties over het pandrecht op onlichamelijke zaken werden ter beslissing overgelaten aan de rechtswetenschap, of, zooals KAPPEIJNE zich uitdrukte, aan de juristen. Deze meening wordt voorgestaan door Mr. LIONI (1) en HAMAKER (2), de eenige schrijvers over pandrecht op inschulden na 1874, die het onderwerp uitvoerig behandelen.

Er bestaat overeenkomst tusschen den rechtstoestand van pandrecht op onlichamelijke zaken en het toonderpapier. Beide zijn door de wet erkend, doch de vragen

---

(1) T. a. p blz. 255.

(2) Het pandrecht op eene schuldvordering. Verspreide geschriften, Deel II, blz. 316. Overgedrukt uit *W. v. Pr.*, *N. R.* nos. 1519—1521 en 1524.

over het recht dienen beantwoord te worden, enkele uitgezonderd, niet uit de wet maar uit den aard dezer rechtsinstituten.

Zoowel met de belangen van den pandhouder, als met die van den pandgever en van den schuldenaar moet rekening gehouden worden. De redelijkheid — een geliefd woord van Mr. JITTA — dient het richtsnoer te zijn.

Zeer terecht keurt Mr. LIONI in zijne uitnemende dissertatie het af van een vooropgezet systeem uit te gaan (blz. 5). Uit de eischen van het maatschappelijk leven moeten de gevolgen van de verpanding afgeleid worden. Ik acht het de groote verdienste van Mr. LIONI, dat hij reeds in 1885 ten volle brak met de Duitsche theorieën (1).

Het pandrecht op lichamelijke zaken is een zakelijk recht. Pandrecht op onlichamelijke roerende zaken kan het niet zijn (2).

De wet spreekt echter ook bij onlichamelijke zaken van pand en pandrecht en deze woorden zijn niet te vermijden. Trouwens beide rechten hebben het voornaamste gemeen: zij strekken tot zekerheid van den schuldeischer. Het komt mij dan ook voor, dat in het Ontwerp tot herziening van het Tweede Boek terecht ons onderwerp werd opgenomen.

Bij onderstaande beschouwingen wordt van de veronderstelling uitgegaan, dat partijen geene bepalingen hebben gemaakt, strijdig met mijne uitkomsten.

Een aanmerkelijk aantal van de verpandingen op onlichamelijke zaken zijn die op inschulden op naam.

---

(1) In mijn Toonderpapier (1893) stelde ik ook de eischen van het verkeer op den voorgrond. «Wij bespieden dus eerst het toonderpapier «als maatschappelijk verschijnsel» (blz. 7).

(2) Mr. LIONI, blz. 117; ASSER-SCHOLTEN, Deel II, 4e druk, blz. 344.

Mr. LIONI en HAMAKER handelen daar zelfs uitsluitend over. Wellicht omdat juist die verpandingen tot vele belangrijke vragen aanleiding geven. Wij zullen met hen aanvangen.

Heeft de pandhouder de bevoegdheid de inschuld in rechte te vorderen?

Het is in het belang zoowel van den pandgever als van den pandhouder toestemmend te antwoorden. Gaf men het recht aan den pandhouder niet, dan zoude hem slechts de bevoegdheid overschieten de inschuld te verkoopen. Dit is evenwel voor beide partijen eene minder voordeelige handeling. HAMAKER schrijft: „De „opbrengst hangt dan niet alleen af van de solvabiliteit „des schuldenaars, maar wordt gedrukt bovendien door „eene misschien geheel ongemotiveerde vrees voor de „moeilijkheden, die men zich door den verkoop op den „hals haalt, indien de pandschuldenaar de voldoening „eens weigeren mocht, op grond wellicht van door hem „aan zijne, ons niet nauwkeurig bekende, verhouding „tot den oorspronkelijken schuldeischer ontleende excep- „ties, en door het weinig courante van, het gebrek aan „vraag naar het artikel" (blz. 341) (1).

Uit het toestaan van de vordering aan den pandhouder volgt, dat de pandgever haar verliest. Men mag de schuldenaar er niet aan blootstellen door twee personen besprongen te worden. Gaf men beide een recht van vorderen, dan zoude het vonnis tegen den een geen gewijsde zaak zijn tegen den ander. Het zoude daarenboven zonderling zijn, dat iemand wel de bevoegdheid zoude hebben een geding te voeren, doch niet konde innen.

Nu door de verpanding het vorderingsrecht overgaat

(1) Ook Mr. LIONI acht den verkoop nadeelig, blz. 153.

op den pandhouder, heeft het vonnis, door den schuldenaar tegen hem gekregen, kracht van gewijsde tegen den pandgever.

Mag de pandhouder de inschuld verkoopen, op de wijze in de artt. 1201 en 1202 geregeld?

Mr. Lioni laat er zich niet over uit en Hamaker is geneigd de vraag ontkennend te beantwoorden (blz. 341).

De artt. 1201 en 1202 staan in tusschen de artt. 1199 en 1204, die over onlichamelijke zaken handelen. Zooals wij zagen, waren zij in het Fransche Recht zeker toepasselijk op onlichamelijke zaken. In sommige gevallen moet het recht van verkoopen aan den pandhouder worden toegekend. Lijfrenten, levensverzekeringen en andere inschulden op langen termijn zijn niet vatbaar voor dadelijke of spoedige inning. Alles wijst er op, dat de artikelen wel toepasselijk zijn.

De geschiedenis wijst in dezelfde richting. Minister De Vries achtte de beide artikelen toepasselijk, daar hij in de twee laatste zinnen van het door hem voorgestelde art. 1199 naar die artikelen verwees. De Kamer lichtte de twee zinnen wel uit het Ontwerp, doch uit niets blijkt, dat zij die artikelen niet toepasselijk achtte.

Wij dienen dus aan te nemen, dat de pandhouder de inschuld mag verkoopen, ofschoon in sommige gevallen het gebruik maken van dit recht schadelijk zal zijn, zoowel voor den pandhouder, als voor den pandgever.

Het is in Duitschland zeer betwist, of de pandhouder de bevoegdheid heeft de geheele inschuld te innen, als die grooter is dan de schuld van den pandgever. Die ontkennend antwoorden, aan wier zijde Mr. Lioni zich schaart, beroepen zich op een codexplaats (blz. 157). De uitlegging van de plaats wordt door anderen bestreden. Wie gelijk moge hebben, een codexplaats kan voor ons,

anders dan voor de Duitschers tijdens het Gemeine Recht, de kwestie niet beslissen.

Algemeen wordt aangenomen, dat, als de inhoud van de inschuld niet geld is, het geheel mag gevorderd worden, ook al is de waarde aanmerkelijk grooter dan de schuld van den pandgever. Tegen den aard van het pandrecht druischt dus het innen van de geheele vordering niet in.

Zooals wij zagen, heeft in ons recht de pandhouder het recht de inschuld te verkoopen. Het pand wordt verkocht; dus de geheele vordering. Het is daarmede in overeenstemming, als ook het geheele pand wordt geïnd.

Het geding, dat de pandhouder met den schuldenaar voert, loopt over de geheele inschuld. Zoude het dan niet gewrongen zijn de executie te beperken tot het bedrag, dat de pandgever schuldig is?

Verder is het voor den schuldenaar bezwarend om aan twee personen te moeten betalen. Hij is niet bekend met het bedrag van des pandgevers schuld, waardoor het voor hem moeilijk is uit te maken, hoeveel hij aan den een en hoeveel aan den ander moet betalen.

In het algemeen gesproken, en zoo dient men de zaak te beschouwen, is het voor den pandgever onverschillig of het overschot zich bevindt bij den pandhouder, dan wel bij den schuldenaar.

Al deze overwegingen voeren mij er toe, den pandhouder steeds het recht toe te kennen de geheele vordering te innen.

Welk recht heeft de pandhouder op het geïnde? Gaarne sluit ik mij aan bij het gevoelen van Mr. Lioni, „dat „de pandcrediteur eigendom verkrijgt, indien hij geld „incasseert en pandrecht, indien hij iets anders ontvangt" (blz. 173).

Als de pandhouder eene lichamelijke zaak ontvangt, is het natuurlijk, dat er een nieuw pandrecht in plaats van het

oude komt en de pandgever eigenaar wordt. Aan retentierecht zoude de pandhouder niet voldoende hebben. Daarentegen acht ik het in strijd met den aard van het pandrecht aan te nemen, dat de pandgever eigenaar wordt van het geïnde geld. Het doel van de pandexecutie is het pand in geld om te zetten en daaruit „het beloop der schuld met de renten en kosten te verhalen" (art. 1201). Heeft de pandhouder geld ontvangen, dan mag hij dit met den pandnemer verrekenen.

Mag de pandhouder iets anders in betaling ontvangen, dan het onderwerp der inschuld?

Met Mr. Lioni onderscheid ik, of het onderwerp bestaat in geld of in eene andere prestatie. Bestaat het in geld, dan zoude de pandhouder over het ontvangen geld hebben mogen beschikken. Daarom mag hij iets anders in betaling nemen. Dit gaat buiten het pandrecht om en den pandhouder wordt beschouwd het geld ontvangen te hebben.

Bestaat het onderwerp der inschuld niet uit geld, dan mag hij niet geld in betaling ontvangen. Het voorwerp zoude hij zich niet mogen toeëigenen. Het bleef onderworpen aan het pandrecht. Het staat hem daarom niet vrij het in geld om te zetten.

Dezelfde onderscheiding make men bij de beantwoording van de vraag, of de pandhouder mag schuldvernieuwen. Geldt het een geldsom, dan bestaat er geen bezwaar deze te veranderen in eene andere prestatie. Is het onderwerp van de inschuld niet geld, dan staat het den pandhouder en den schuldenaar niet vrij er eene geldschuld van te maken.

In werkelijkheid vat Mr. Lioni de zaak ook zoo op, doch hij stelt de bevoegdheid tot schuldvernieuwing op den voorgrond, waardoor het aanvankelijk den schijn heeft, alsof de pandhouder steeds de bevoegdheid daartoe zoude hebben (blz. 140). Zelfs haalt hij de uitspraak van

PAULUS aan: *Cui recte solvitur, is etiam novare potest* (1). Uit het vervolg blijkt, dat hij zelf niet aan de onvoorwaardelijke juistheid van deze uitspraak gelooft. Een bewijs hoe voorzichtig men met pandectenplaatsen moet zijn, wanneer men niet weet, wat aan de *lex* voorafging.

Ook het al of niet geoorloofde van de kwijtschelding hangt af van het onderwerp der inschuld. Natuurlijk wordt ten opzichte van den pandgever gehandeld, alsof de pandhouder het geld ontvangen had.

Eveneens is schuldvergelijking toegestaan, als de inschuld uit geld bestaat. Zij is uitgesloten, als de pandhouder geld en de schuldenaar granen of levensmiddelen, waarvan de waarde bij prijscourant bepaald wordt, schuldig is.

De compensatie van prestaties, die bestaan uit zaken van dezelfde soort, welke door het gebruik te niet gaan, zoude misschien kunnen worden toegestaan, indien de pandhouder zijne prestatie in handen heeft. Het pandrecht zoude dan op die zaak kunnen overgaan. Evenwel, hoe zal de schuldenaar weten, of de pandhouder de zaak onder zich heeft. Is dit niet het geval, dan kan de pandgever, na afdoening van zijn schuld aan den pandhouder den schuldenaar aanspreken. Het komt mij voor, dat met het oog op het belang van den schuldenaar schuldvergelijking niet behoort te worden toegestaan.

Het staat noch aan den pandhouder, noch aan den pandgever vrij een dading aan te gaan. De een zoude den ander kunnen benadeelen.

Evenmin mogen zij eene afrekening opmaken. Het Hof te Arnhem besliste bij arrest van 28 November 1916 (*W.* 10078) dat de schuldenaar na de inpandgeving niet

(1) L. 10 D. de Nov. 46. 2.

meer bevoegd was met den pandgever af te rekenen, zoude toch eene andere opvatting er toe leiden samenspanning tusschen hun beiden ten nadeele van den pandhouder in de hand te werken.

Het is niet te ontkennen, dat de pandhouder in het geding tegen den schuldenaar den pandgever kan benadeelen. Evenwel het toekennen aan den pandhouder van het recht tot procedeeren is eene noodzakelijkheid. Daarbij kan de pandgever door zich te voegen in het geding voor zijne belangen opkomen.

Heeft de pandhouder het recht de inschuld op te zeggen?

Opzegging komt dikwerf te pas bij vorderingen, gedekt door hypotheek. Aan den pandhouder, die het recht van vorderen heeft, komt ook toe het recht van opzeggen; want hij heeft er belang bij, dat de schuld opvorderbaar wordt. Het komt mij voor, dat men dit recht ook aan den pandgever mag toekennen. Hij kan er belang bij hebben op te zeggen in verband met de afdoening van zijn schuld aan den pandhouder. Door aan twee personen het recht te geven op te zeggen, wordt de schuldenaar niet noemenswaard bezwaard.

Ook behooren beide de bevoegdheid te hebben maatregelen te nemen om de verjaring te stuiten.

Wat moet er geschieden, als de inschuld vervallen is, doch de schuld, waarvoor pand werd gegeven, nog niet? De schuldenaar heeft het recht te betalen, maar noch de pandgever, noch de pandhouder is bevoegd te ontvangen. Er schiet niets anders over dan consignatie (1).

Wordt het pandrecht gevestigd door de overeenkomst of door de kennisgeving aan den schuldenaar? In

(1) Zie Mr. Lioni t. a. p., blz. 145.

theorie moge de vestiging door de overeenkomst te verkiezen zijn, onze wet neemt aan vestiging door de kennisgeving. Art. 1199 zegt toch duidelijk, dat pandrecht op onlichamelijke zaken „wordt gevestigd door de kennis„geving der verpanding".

Aanvankelijk had Minister De Vries eene redactie voorgesteld, tengevolge waarvan het pandrecht werd gevestigd door de overeenkomst. Later stelde hij de tegenwoordige lezing voor onder toelichting „dat het „pandrecht ontstaat bij de kennisgeving aan den schulde„naar". Het komt mij voor dat met het oog op de wet en hare geschiedenis Mr. Scholten zich wel wat stelliger had mogen uitdrukken (1).

Het antwoord op de vraag krijgt praktisch belang, als de pandgever achtereenvolgens aan twee personen pandrecht heeft gegeven en de eerste verpanding niet werd aangezegd, of eerst na de aanzegging van de tweede. Volgens onze wet heeft de tweede den voorrang.

Er is nog eene wijze van te niet gaan van het pandrecht, die besproken dient te worden, namelijk de schuldvermenging. Bij pandrecht op lichamelijke zaken, waarbij slechts twee personen betrokken zijn, doet zich slechts één geval voor. Pandgever en pandhouder worden één persoon en het pandrecht is geëindigd. Werd een inschuld verpand, dan zijn er drie personen bij betrokken, wat aanleiding geeft tot drie combinaties.

1°. De pandgever en de pandhouder worden één persoon. Als de pandgever de schuldenaar is van den pandhouder, wat meestal het geval is, houdt het pandrecht op bij gebreke van eene schuld. Heeft de pandgever het pand gegeven ten behoeve van de schuld van

(1) Asser-Scholten, Deel II, 4e druk, blz. 346.

een derde aan den pandhouder, dan gaat de schuld niet te niet. Bestaat het pandrecht nog?

Deze vraag krijgt belang, indien het tweede zeldzame geval zich voordoet, dat de pandgever zijne inschuld ten tweede male had verpand ten behoeve van een derde. Is het eerste pandrecht vervallen, dan zoude de tweede pandhouder kunnen optreden. Mr. Leoni meent dat het eerste pandrecht niet vervallen is (blz. 181). De pandgever zoude in de rechten van den pandhouder treden en krachtens subrogatie den schuldenaar uit de pandovereenkomst mogen aanspreken. Ik kan mij met deze oplossing niet vereenigen. Als de pandgever en de pandhouder één worden, eindigt de pandverbintenis. De tweede pandhouder wordt hierdoor wel bevoordeeld ten koste van den pandgever-pandhouder, maar de pandgever is ook uitermate royaal geweest door zijne inschuld twee keer te verpanden voor de schuld van een derde.

2°. De pandgever en de schuldenaar worden één. Een gedeelte der Duitsche schrijvers meent, dat door het te niet gaan van de in pand gegeven inschuld, wat ongetwijfeld plaats heeft, de geheele pandverhouding ophoudt te bestaan. De kwestie wordt van groot belang, als de inschuld door pand of borgtocht is gedekt. Bleef het pandrecht bestaan, dan zoude de pandhouder kunnen handelen uit het pandrecht of den borgtocht, ten behoeve van den pandnemer verleend.

Mr. Lioni, zich voegende bij het andere gedeelte der Duitschers, schrijft: „de crediteur (pandgever) heeft door „de verpanding wel is waar niet zijne rechten verloren, „maar hij is daarin zoo verlamd, dat het weinig moeite „kost om aan te nemen, dat er eene verbintenis ontstaat „tusschen den pand-crediteur (pandhouder) en den oor„spronkelijken debiteur, waarop de bedoelde confusie „niet den minsten invloed heeft" (blz. 183). Zeker er

ontstaat een rechtsband tusschen den pandhouder en den schuldenaar. Deze mag niets doen, wat den pandhouder zoude benadeelen. Die verplichting zit echter vast aan de inschuld. Valt de schuld weg, dan kan de schuldenaar niet meer benadeelen, omdat hij heeft opgehouden te bestaan. Het zoude ook met de regels over borgtocht strijden, als de borg zoude moeten betalen, niettegenstaande de schuld, waarvoor hij borg bleef, te niet ging. Zijn zucht om den pandhouder te helpen heeft Mr. LIONI, op het voetspoor trouwens van niemand minder dan van WINDSCHEID, tot eene onmogelijke juridische constructie verleid.

3°. De pandhouder en de schuldenaar worden één. De pandhouder kan zijn pandrecht dus niet meer uitoefenen. De pandgever, die eene schuld heeft aan den pandhouder, krijgt nu eene vordering tegen dezen. Zijn deze inschulden voor schuldvergelijking vatbaar, dan is de zaak uit. Kan de compensatie nog niet of nimmer plaats hebben, dan blijft volgens Mr. LIONI, zich aansluitende bij de algemeene leer, de pandverhouding bestaan (blz. 185). Zoolang de pandgever den pandhouder niet heeft voldaan, kan hij zijn inschuld niet innen, want voor de schuldvermenging konde hij dit ook niet doen. Zeer juist schrijft Mr. LIONI: „Wanneer nu de „pandcrediteur in de mogelijkheid komt zijn verhaals„recht uit te oefenen, dan heeft hij ten aanzien van het „object der in pand gegeven inschuld dezelfde rechten „en verplichtingen, alsof hem dit door den derden „debiteur gepraesteerd ware".

Is voor het pandrecht op inschulden eene juridische constructie te vinden? Met Mr. LIONI antwoord ik: „dat het niet mogelijk is zulk eene constructie te vinden, „indien men daaronder ten minste verstaat eene juri„dische voorstelling, die de verschillende gevolgen van

„eenig rechtsinstituut onder één gezichtspunt brengt, „waaruit zij alle logisch verklaard kunnen worden, en „waardoor hun onderling verband duidelijk wordt". Hij schreef dit, nadat hij de vaak aprioristische Duitsche theorieën onmeedoogend had afgemaakt.

Door HAMAKER werd later toch nog eene poging gewaagd. Hij schreef: „Ik concludeer dus, dat naar „Nederlandsch recht, gelijk naar de in dit opzicht op „het Romeinsche recht gebaseerde wetgevingen in het „algemeen, de verpanding van inschulden geschiedt door „eene overdracht van het bezit aan den pandnemer, „met behoud van den eigendom bij den pandgever" (blz. 331). Hij verduidelijkte dit aldus: „de verpanding „van een inschuld geschiedt door de overdracht van „het recht *van* schuldvordering aan den pandnemer, „onder zekere, hetzij vanzelf sprekende, hetzij uitdrukkelijk „gemaakte nadere bepalingen, terwijl de pandgever het „recht *op* de schuldvordering aan zich houdt" (blz. 332).

Uit deze met veel omhaal van woorden vooropgezette theorie werden de gevolgen afgeleid. „Met welk recht „zullen wij hem, die nu eenmaal in de positie van een „schuldeischer gesteld is, de macht ontzeggen niet alleen „betaling te vorderen en te ontvangen, maar ook een „andere zaak in plaats van het verschuldigde aan te „nemen, te noveeren, te compenseeren, te accordeeren" (blz. 337). Hij leidt dit alles af „uit het feit, dat de „pandnemer schuldeischer is". Slechts voor de kwijtschelding maakt hij eene uitzondering, omdat deze handeling te zeer in strijd zoude zijn met het doel, waarmede de pandhouder in de positie van schuldeischer gesteld werd (blz. 336).

Wij hebben gezien, dat noch de regel, noch de uitzondering op deugdelijke gronden berust. HAMAKER had uit het door hem aangehaalde werk van Mr. LIONI

kunnen zien, wat een groot onderscheid het maakt of de inschuld uit geld, dan wel uit eene andere praestatie bestaat. Is het onderwerp geld, dan is toegestaan „een „andere zaak in plaats van het verschuldigde aan te „nemen, te noveeren, te compenseeren", maar dan is ook kwijtschelding geoorloofd. Is een andere praestatie verschuldigd, dan is de pandhouder noch tot het een, noch tot het ander gerechtigd.

HAMAKER heeft wel iets gevoeld van de gevaren, die uit zijne theorie voortvloeien. „Men bedenke hierbij, dat „we spreken alleen over de verhouding van den pand„nemer tot den pandschuldenaar; maakt eerstgenoemde „van zijn macht tegenover laatstgenoemde een verkeerd „gebruik, gaat hij b.v. onnoodig eene nadeelige novatie „aan, dan zal hij aan den pandgever wegens de hem „toegebrachte schade aansprakelijk zijn" (blz. 337). Zonderling, de pandhouder is schuldeischer; de pandgever heeft hem het recht *van* schuldvordering afgestaan, en toch zoude de eerste aansprakelijk zijn voor de wijze waarop hij van zijn recht gebruik heeft gemaakt. De pandhouder zoude zoo doende de gemachtigde van den pandnemer worden. Bevoegd tot handelen, doch aansprakelijk voor de wijze, waarop hij de bevoegdheid uitvoerde.

In werkelijkheid staat de pandgever rechten af aan den pandhouder en uit den aard van het pandrecht moet afgeleid worden, welke rechten. Van eene vooropgezette theorie uitgaan, is de paarden achter den wagen spannen.

In het aangehaalde arrest overwoog de Hooge Raad: „dat door die kennisgeving de band tusschen den schul„denaar en den schuldeischer-pandgever tijdelijk wordt „verbroken, en tengevolge daarvan deze laatste, ofschoon „het eigendomsrecht *op* de met pand bezwaarde inschuld „behoudende en bevoegd blijvende over dit aldus be„zwaarde recht op de vordering te beschikken, het recht,

„dat hij *uit* de vordering tegen de schuldenaar kan doen „gelden heeft uit handen gegeven". De tegenstelling van rechten *op* en *uit* de vordering heeft eene verdachte overeenkomst met de rechten *op* en *van* uit HAMAKER's theorie.

Het uit handen geven van rechten heeft niet ten gevolge, dat de pandgever absoluut onbevoegd wordt ze uit te oefenen. Hij blijft bevoegd kwijt te schelden, te noveeren, te compenseeren, doch onder de opschortende voorwaarde, dat het pandrecht vooraf te niet ga.

De beschouwingen over pandrecht op inschulden zijn hiermede geëindigd en thans gaan wij over tot enkele opmerkingen ten opzichte van het pandrecht op de overige onlichamelijke roerende zaken. Vele van onze resultaten zullen natuurlijker wijze ook op deze toepasselijk zijn.

Volgens onze wet zijn ten opzichte van het pandrecht toonder- en orderpapieren onlichamelijke zaken. In art. 1198 wordt gesproken van „pandrecht op ligchamelijke roerende „zaken en op inschulden aantoonder"; in art. 1199 van „pandregt op onligchamelijke zaken, met uitzondering „van papier aan order of aan toonder". Had men nu bezwaar om aan den pandhouder van onlichamelijke zaken het recht van verkoopen te geven, dan zouden de pandhouders van toonderpapieren leelijk in de knel komen. Deze papieren zijn niet vatbaar voor inning, tenzij ingeval van aflossing. Deze omstandigheid kan als argument gebruikt worden voor de door mij hiervoor verdedigde stelling, dat volgens de bedoeling van den wetgever de pandhouder op onlichamelijke zaken wel het recht van verkoopen heeft.

Wij hebben hiervoor gezien, dat volgens KAPPEIJNE „het recht van verpanding in de tweede hand is altijd „aan den pandrechter toegestaan". Krachtens het tegenwoordige recht is het in herprolongatie geven van effekten

zeker ongeoorloofd, tenzij, wat menigmaal geschiedt, de pandgever heeft toegestaan te herprolongeeren (1).

Wie heeft bij verpanding van aandeelen op naam in vennootschappen het recht aan de vergadering deel te nemen en verder de rechten van aandeelhouder uit te oefenen?

De naaste belanghebbende bij den voorspoed der vennootschap is de pandhouder. Evenwel de pandgever blijft ook belanghebbende. Bij het aangaan van de pandovereenkomst stellen partijen zich in den regel voor, dat de schuld zal worden afgelost. Geschiedt dit, dan wordt de pandgever-aandeelhouder weder ten volle belanghebbende. Bovendien zijn aandeelen op naam dikwerf niet volgestort en dan blijft de pandgever-aandeelhouder verplicht bij te storten en is dientengevolge belanghebbende bij den voorspoed der vennootschap.

Aandeelen op naam kunnen bijna nimmer overgeschreven worden op een ander zonder toestemming van een orgaan der vennootschap. Zijn de aandeelen volgestort, dan kan het vereischte van toestemming slechts gegrond zijn op den wensch onwelgevallige personen te weren. Zelfs bij niet volgestorte aandeelen brengt het belang der vennootschap mee niet alleen te letten op de gegoedheid, doch ook op de persoonlijkheid van den nieuwen verwerver. Hieruit volgt, dat men niet aan de vennootschap een persoon mag opdringen, die de rechten van aandeelhouder uit zal oefenen.

De beste oplossing schijnt mij toe, dat de pandgever-aandeelhouder zijne rechten blijft uitoefenen, doch de toestemming van den pandhouder behoeft.

---

(1) Zie Hof Amsterdam 25 September 1888, *W.* 5617; H. R. 23 December 1907, *W.* 8637: Rechtbank Arnhem, 9 April 1908, P. v. J. 744, 745; Hof Arnhem 25 Juni 1908, P. v. J. 781.

Uit den aard der zaak en analogisch met art. 1204 int de pandhouder de dividenden.

Het vruchtgebruik van eene roerende zaak mag verpand worden want de vruchtgebruiker kan het zelfs om niet afstaan krachtens art. 819. Het behoeft niet rechtstreeks op die zaak gevestigd te zijn. Het vruchtgebruik van een vermogen, van eene algemeenheid van roerende goederen, bijvoorbeeld van een inboedel, sluit in zich vruchtgebruiken op de onderdeelen (1). Ook is de algemeenheid van roerende goederen zelve vatbaar voor verpanding. De bevoegdheid tot verpanding van het vruchtgebruik van een vermogen, hangt er van af, of het vermogen roerend of onroerend is. Zijn er onroerende goederen in begrepen, dan is het ongetwijfeld onroerend. Ik zoude er toe overhellen om het steeds als onroerend te beschouwen, omdat altijd de mogelijkheid bestaat, al zijn op het oogenblik der verpanding geene onroerende goederen aanwezig, dat later blijke, dat het vermogen ze wel bevat.

Over ons onderwerp bevat het Wetboek twee artikelen, het Ontwerp elf en het zoude wenschelijk zijn, dat een gewijzigd wetboek er nog meer inhield. Maar wie gelooft nog aan een herziening! Ik beleef haar zeker niet en mijne kinderen waarschijnlijk niet.

Arnhem, September 1918. G. WTTEWAALL.

---

(1) Zie LAND, Deel II, 2e druk, blz. 363.

Deze Schrijver meent, op het voetspoor van GOUDSMID dat «de universitas zelve is geen rechtsobject» (blz. 27, noot 3). Deze leer, moge wellicht voor het Romeinsche Recht opgaan, doch is in strijd met onze wet.

Het kiesrecht in de constitutioneele monarchie onderzocht in het bijzonder naar aanleiding van het stemplichtvraagstuk, door Mr. Jaap van Gelderen. — Uitgave van J. B. Wolters, Groningen—Den Haag, 1917.

De schrijver van dit boek heeft het zijn lezers niet gemakkelijk gemaakt.

Afgezien van de vereenvoudigde spelling, waarin het geschreven is en die, vooral waar vele bastaardwoorden gebruikt worden, voor den niet-ingewijde een vermoeiing des geestes vormt, is de stijl veelal niet helder. Er zijn passages, die men drie of vier maal moet overlezen, voordat men een zelfs oppervlakkigen indruk krijgt van de beteekenis. Als proeve citeeren wij het volgende, dat voorkomt op blz. 116:

> We zullen daarom in deze richting slechts het allernoodzakelikste doen en slechts die schematiesche lijnen aangeven uit het beeld van wat wij houden voor de moderne staat in het algemeen en de nederlandse in 't biezonder, welker snijdingen de figuur opleveren van wat in deze staat is de volksvertegenwoordiging en in samenhang daarmee het kiezerschap, dat voorwaarde is voor zijn totstandkoming. Tevens zal dan daarbij blijken of dit lijnensisteem zonder verwringing zodanig kan worden getrokken, dat de stemplicht in de figuur wordt opgenomen. M. a. w., daar de rechte lijn de kortste afstand is tussen twee punten, zullen wij beginnen op dat punt onder al degenen, waar wij in den loop van het betoog onvermijdelik toch zouden belanden, hetwelk van ons eindpunt het verst verwijderd is, en waarvan verband daarmede dus niet onmiddellik voor de hand ligt. Van dit punt uitgaande, zullen wij, ons slechts die polemieken en verdere „terzijdes" veroorlovend, welke noodig zijn om 't getrokken spoor niet achter ons te zien uitgewist, en voortdurend het einddoel in 't oog houdend, trachten de lijn inderdaad recht te doen blijven.

Onlogisch is dit alles niet. Bij eene juiste ontleding klopt het. Maar het vordert een studie afzonderlijk om den zin ervan volkomen te waardeeren.

Er zijn onder de 326 bladzijden van het boek zeker eenige, die vlotter geschreven zijn. Maar er zijn er ook, waarop het betoog nog stroever en zwaarder loopt.

Daarbij komt een bijzondere voorliefde van den schrijver voor origineele woordverbindingen, zoodat men leest van „de Mens als meer-dan-staatsburger", „de Mens als niet-slechts-

staatsburger", een verrichting die „tot orgaan-handeling, dus tot publiek-recht-publieke-plicht omgetoverd is" enz.

Eindelijk valt de auteur zich op bijna iedere bladzijde in de rede door — soms zeer uitvoerige — noten, die gewoonlijk der lezing overwaard zijn, maar juist daardoor de aandacht afleiden. Inlassching van waardevolle opmerkingen, die het betoog stutten, in den tekst zelf, schijnt steeds de voorkeur te verdienen. Het vordert iets meer van de conceptiegave van den schrijver, maar het behoedt den lezer tegen een gewaarwording als van iemand die door twee menschen tegelijk aangesproken wordt.

Heel gemakkelijk wordt het bij de lectuur van dit boek dus niet gemaakt.

Maar onmiddellijk kan er aan toegevoegd, dat de moeite van hem, die volhoudt, beloond wordt. Niemand zal dit boek ter zijde leggen zonder zijn geest verrijkt te hebben, al zullen anderzijds zeer weinigen zich met den schrijver eensdenkend gevoelen. Hij op zijn beurt voelt zich met ongeveer niemand eensdenkend. Van de zeer vele auteurs, die in tekst en noten worden aangehaald, worden de meesten bestreden en wordt aan de anderen, op wier uitlatingen een beroep wordt gedaan, aan het verstand gebracht dat zij in de draagwijdte of toepassing hunner eigen opmerkingen dwalen, ja soms een uitdrukkelijk „non tali auxilio" toegeroepen. Het geheel maakt meer den indruk van een wetenschappelijke boutade dan van een stelsel waarvoor men in gemoede hoopt discipelen te zullen winnen. Frisch en oorspronkelijk plaatst de schrijver zich buiten alle bestaande stroomingen, lacht iedere staatkundige richting op haar beurt uit en bouwt zich een eigen staatsrechtelijk kaartenhuis, waarvan intusschen kleur en verf den indruk wekken als ware het uit graniet opgetrokken. Het talent, waarmee dit geschiedt, doet het boek in hooge mate leerrijk en interessant zijn, zij het misschien niet overtuigend.

* * *

In de Inleiding wijst de schrijver op de (in 1917) hier te lande aanhangige grondwetsherziening, die algemeen kiesrecht, evenredig kiesrecht en stemplicht zou brengen. Van den laatste, die verder punt van bestrijding uitmaakt, wordt reeds hier opgemerkt, dat, anders dan uit de officieele toelichting zou volgen, het ware motief blijkens litteratuur en parlementair debat is geweest: het verlangen naar een „korrektief" van het algemeen kiesrecht. Dit wordt bedenkelijk geacht, omdat stemplicht naast algemeen kiesrecht systematisch alleen te verdedigen is bij een verkeerde, gevaarlijk-democratische motiveering van het algemeen kiesrecht. „Men meent den gehaten bovenbouw (van het algemeen

kiesrecht) te schaden, terwijl de beschadiging slechts dient om de fundamenten te verstevigen". „Ik meen, dat blijken zal, dat stemplicht als verweer tegen de democratische bedreiging van 't algemeen kiesrecht het paard van Troje zijn zal, daar het kiesrecht als staatsfunctie, en daarmede de democratische republiek, tot vooronderstelling heeft". (In deze en verdere citaten hebben wij, evenals in den hierboven geplaatsten titel van het boek, de gebruikelijke spelling gevolgd.)

Op de Inleiding volgt een viertal hoofdstukken.

Het *eerste hoofdstuk*, dat in een drietal paragrafen uiteenvalt, behandelt achtereenvolgens „de geschiedenis van den stemplicht in Nederland"; „de uitwerking van het beginsel in de praktijk"; en „het beoogde doel".

De geschiedenis in Nederland wordt opgehaald tot het revolutionair tijdperk. De verschillende stemplichtsymptomen, die de schrijver in de kiesrechtregelingen van 1798 en 1803 ziet, geven hem aanleiding tot de opmerking, dat reeds toen de onmiskenbare bedoeling was, „van staatswege stembussteun te verleenen aan regeeringspartijen, aan die partijen althans, die in hoofdzaak vrede hebben met de heerschende politiek van het oogenblik". Later is dit zóó gebleven, zoowel tijdens de behandeling van het kiesrechtontwerp-TAK VAN POORTVLIET en van de kieswet-VAN HOUTEN, toen beide malen uit de Kamer een poging werd gedaan den stemplicht in te voeren, als tijdens de jongste grondwetsherziening. Van de argumenten, die overigens vóór en tegen bij die laatste herziening werden aangevoerd, geeft de schrijver een uitvoerig overzicht.

De „uitwerking van het beginsel in de praktijk" doet hem stilstaan bij de quaesties 1°. van de „norm", ten onzent in den zin van „opkomstplicht" beantwoord; 2°. van de „procedure", waarbij o. a. ter sprake komen de competente ageerende autoriteit (ten onzent deels de administratieve, deels de rechterlijke macht) en de toelaatbare verontschuldigingen; 3°. van de „sanctie", ten onzent berisping en geldboete. In deze paragraaf wordt de schrijver allengs scherp polemisch. Al stelt hij zich eerst in een later hoofdstuk voor te betoogen, dat stemplicht in de, door hem gedachte, constitutioneele monarchie een ongerijmdheid is, — hier, bij de praktische belichaming, vermeit hij er zich toch reeds in, het hulpelooze, ondoeltreffende, innerlijktegenstrijdige van iedere uitgedachte of uit te denken regeling te doen uitkomen.

Ditzelfde polemisch karakter vertoont in nog hoogere mate de derde paragraaf, waarin „het beoogde doel" wordt uiteengezet. Afgezien van de systematische ontoelaatbaarheid van den stemplicht, die voor later bewaard blijft, wordt hier

betoogd, dat bereiking van de doeleinden, die de voorstanders er mee willen dienen, allerminst is gewaarborgd. De schrijver geeft hier overvloedig blijk van zijn kracht, die tevens zijn zwakte is: het scherp tegenover elkaar stellen van mogelijkheden, die dan alle worden afgewezen, terwijl de reëele tusschenvormen worden verwaarloosd. Een „entweder.....oder"-betoog, dat sluit als een bus, maar niet steeds past op de werkelijkheid.

Men waardeere b.v. deze redeneering. De thuisblijvers zijn te onderscheiden in menschen die niet *kunnen* stemmen; die niet *willen* stemmen; en die er niet voldoende op gesteld zijn, d. w. z. die wegblijven uit *gebrek aan belangstelling*. De eersten — zij die ziek zijn, op reis zijn, of een andere wettige verhindering hebben — worden uiteraard door den stemplicht niet getroffen; zij zullen steeds afdoende verontschuldigd zijn. Tot de tweede categorie kunnen zoowel behooren revolutionairen die het staatsbestel bestrijden als lieden die zich voor de politiek te fatsoenlijk achten; van beide betoogt de schrijver dat het weinig zin zou hebben hen tot stemmen te dwingen, maar bovendien wijst hij er terecht op, dat de opkomstplicht, zooals onze wet die kent, *onwilligen* nu eenmaal *niet* dwingt. Blijft over de derde categorie: zij die uit gebrek aan belangstelling wegblijven. Dat zijn dus zij, die niet uit politieke overtuiging, maar uit gemis aan politieke overtuiging hun stembiljet ongebruikt laten. En dan vraagt hij, van welk belang het kan zijn, de meening te vernemen juist van hen *die geen meening hebben*.

De reeks is hiermee afgehandeld. En de redeneering schijnt te sluiten. Maar veronachtzaamd is — om slechts dit ééne te noemen — een belangrijke tusschenvorm tusschen categorie 2 en 3. Er zijn menschen, wier „gebrek aan belangstelling" *gegrond* is in hun opvatting omtrent het min fatsoenlijke van „politiek". Zij hebben op de politiek een pessimistischen kijk en vinden het dáárom niet de moeite waard te gaan stemmen. Zij zijn electoraal indolent (categorie 3) niet uit gemis aan overtuiging, maar op grond van hun overtuiging. Hun onwil tot stemmen (categorie 2) is niet absoluut, maar relatief; hij is vatbaar door een wettelijken prikkel overwonnen te worden.

Meer voorbeelden, hoe schrijver's scherpzinnige tegenstellingen niet altijd op het leven kloppen, mogen hier achterwege blijven.

Wèl zij nog aangestipt, dat de schrijver zich in deze paragraaf vergist, wanneer hij als kenmerk van een strafbepaling stelt, dat zij een negatieve strekking heeft. Hij voegt daaraan het volgende toe: „Nu is formeel elke inhoud positief zoowel als negatief uit te drukken, doch een ieder ziet in, dat een gebod voor een ieder om het zijne te be-

houden evenmin het beginsel: „gij zult niet stelen" weergeeft, als het doel van stemplicht behoorlijk zou worden omschreven als zijnde, dat men niet thuisblijve op stemdagen. 't Is niet, gelijk bij strafbepalingen het geval pleegt te zijn, om wering van eenigen toestand of handeling te doen, doch om het verkrijgen van aller stem: niet om het wraken van een vergrijp, doch, in den geest van een disciplinairen maatregel, om het bereiken van een positief resultaat".

De bedoeling is duidelijk, en voor de meeste strafbepalingen is het opgemerkte ook wel juist. Maar het is er verre vandaan, dat dit een algemeen kenmerk zou zijn. Wanneer het niet-aangeven van een kind binnen drie dagen na de geboorte strafbaar wordt gesteld, dan wordt niet beoogd het weren van eenige handeling, maar het verkrijgen van een aangifte, het bereiken van een *positief resultaat*. En wat geldt van art. 448 Wetboek van Strafrecht, geldt evenzeer van de artt. 192—194, 414, 444—446, 450, 467, 468, 471, 472, 474 en andere.

* * *

De kern van des schrijvers betoog ligt intusschen in wat daarna volgt.

Het *tweede hoofdstuk* draagt tot opschrift: „De staat en de maatschappij" en valt uiteen in de paragrafen 4 tot 7, getiteld: „de constructieve grondslag"; „de staat en zijn recht"; „de grenzen der staatstaak"; en „de staat en de maatschappij".

Het *derde hoofdstuk* voert tot titel: „De politieke waarborg" en behandelt in de paragrafen 8 en 9 achtereenvolgens „de volksvertegenwoordiging" en „het kiesrecht".

Het *vierde hoofdstuk* eindelijk keert tot het uitgangspunt van het boek terug en geeft de „conclusies aangaande kiesplicht".

Het kan niet in de bedoeling van deze aankondiging liggen, de staatsleer van den geachten auteur ook maar eenigszins volledig mee te deelen, veelmin hem in de toelichting dier leer op den voet te volgen. Wij doen een greep en bepalen ons daarbij tot het meest kenmerkende, waaruit tevens, gelijk men zien zal, met onverbiddelijke logica voortvloeit des schrijvers anathema over den stemplicht.

De heer Van Gelderen onderscheidt — om het maar eens in onze eigen woorden te zeggen — de saamlevende menschen in hun *gelijkheid* van belangen en in hun *ongelijkheid* van belangen. In eerstbedoeld opzicht vormen zij den staat; in laatstbedoeld opzicht de maatschappij. De staat heeft geen andere roeping dan het onrecht te weren; hierbij immers hebben alle menschen een gelijk belang, omdat het onrecht kan worden gepleegd vice versa door den

een tegen den ander (in de taal van den schrijver heet daarom onrecht: „gemiddeld nutteloze strijdmiddelen"). De staat is „naar zijn wezen rechtvaardig en niets dan dat, want zoodra hij meer wordt, houdt hij op rechtvaardig te zijn, neemt immers bepaalde belangen onder zijn bescherming, en begeeft zich dusdoende als partij op het gebied der maatschappelijke ongelijkheid, terwijl juist de staatsburgerlijke gelijkheid zijn eerste vooronderstelling is".

Alle menschen hebben dus een „*belang bij den staat*". Maar zij nemen anderzijds ook allen in acht een „*voorbehoud tegenover den staat*". Immers zij zijn niet alleen staatsburgers, d.w.z. menschen die een gelijk belang hebben bij het weren van onrecht, maar ook leden der maatschappij, d.w.z. menschen met ongelijke belangen; en het gevaar dreigt voortdurend, dat de staat de grenzen zijner taak overschrijdt en treedt op het gebied van de „menschelijke samenleving in haar differentiatie". „Waarmee dan gezegd is, dat, gelijk het permanente belang der samenleving *bij* den staat zich uit in gezagserkenning en gehoorzaamheid, het even permanente belang *tegenover* den staat de permanente revolutie beduidt. Zoo verkeert het publiek voortdurend in het dilemma van den staat te willen en niet te willen; want wel heeft het willen betrekking op den staat als zoodanig en het niet-willen op den konkreten staat; doch juist deze laatste is elke en iedere staat. De oplossing van dit dilemma nu is de groote vraag welke de eeuwen door het hoofdthema is geweest der staatsrechtelijke litteratuur: de vraag naar den *besten staat*".

M.a.w. men heeft steeds het „voorbehoud tegenover den staat" tot zijn recht willen doen komen door een bepaalde staatsinrichting. Zoo door de samenstelling der overheid (monarchie, aristocratie, democratie); door de aanwijzing der overheid (al of niet volkskeuze); door de verdeeldheid der overheid (scheiding der machten) enz. De schrijver acht dit alles van geen waarde en meent dat, waar het „belang *bij* den staat" in het staatsbestaan verzekerd is, de kracht, die zich in dienst van het „voorbehoud *tegenover* den staat" stelt, slechts *buiten* den staat kan gevonden worden.

Als zoodanige „kracht" treedt dan in een volgend hoofdstuk op de „volksvertegenwoordiging". Intusschen een volksvertegenwoordiging welke feitelijk een andere is dan die der moderne grondwetten. De regel toch, dat ieder afgevaardigde het geheele volk vertegenwoordigt, is voor den schrijver onbruikbaar, omdat een zóódanige vertegenwoordiging nooit meer kan omvatten dan wat aan alle volksgenooten gemeen is: het belang bij den staat. „Zulk een volksvertegenwoordiging „vertegenwoordigt" het volk niet anders dan welke gezaghebber ook, kan niet anders zijn dan de staat zelf. Gedacht als „verdediger der volksrechten" beduidt dus déze volksvertegen-

woordiging niet anders dan een bepaalde staatsinrichting, en wel bepaald hierdoor, dat de heerscher op zekere wijze wordt aangewezen, n l. door volkskeuze; meer bijzonderlijk, waarin dan wellicht een waarborg tegen eigenmachtigheid mag worden gezien, door periodieke volkskeuze."

Drieërlei, zegt de schrijver, is mogelijk.

De volksvertegenwoordiging kan zelf overheid zijn en men heeft dan eenvoudig te doen met „een zekeren staatsvorm, zich onderscheidend van andere door de samenstelling en veelal ook de aanwijzing dier overheid. En de hiermee gewoonlijk gepaard gaande periodieke volkskeuze maakt deel uit van de staatsorganisatie, kan dus als zoodanig evenmin als welke andere eigenaardigheid der staatsinrichting ook, op zich zelf als waarborg tegenóver den staat worden beschouwd".

Zij kan in de tweede plaats zijn „staatsorgaan in een monarchie", in dien zin dat de vorst de vertegenwoordigers des volks oproept ter fine van voorlichting en advies. De schrijver heeft dit geval intusschen wel in de litteratuur, doch niet in de werkelijkheid aangetroffen.

In de derde plaats kan zij zijn de kracht, die zich in dienst stelt van het „voorbehoud tegenover den staat". Zij is dan „geen staatsorgaan", maar een „macht buiten den staat"; een door den staat „ontvangen gezantschap". Haar erkenning door den staat is een „erkenning van de machten buiten zijn sociale grenzen als machten, waarmede rekening valt te houden; een erkenning van deze machten als mogendheid, waarmede de staat zich stelt in diplomatiek verkeer, door hun afgezanten als zoodanig te erkennen en te ontvangen". „Zoo goed als de staat buiten zijn territoriale grenzen andere machten ontmoet, aan de zijne gecoördineerd en juist daarom te zijnen opzichte zorgvuldige afgrenzing behoevend, evenzeer vindt de staat aan zijn maatschappelijke grenzen het terrein bezet door andere machten, die, met een aan de zijne gecoördineerde taak, nevens hem staan; en gelijk overschrijding der territoriale grenzen hem in strijd brengt met zijn naburen, zoo brengt schending zijner maatschappelijke grens hem in konflict met andere maatschappelijke machten op hetzelfde territorium". Dit is naar de voorstelling van den schrijver de wezenlijke beteekenis van de volksvertegenwoordiging in de constitutioneele monarchie.

Maar juist daarom kan zijns inziens „de fraze aller grondwetten ten spijt", nimmer elk afgevaardigde het gansche volk vertegenwoordigen. Want weliswaar verschijnen al deze gezanten met gelijke negatieve opdracht bij den staat: n.l. de verdediging van een bepaald gebied tegen grensoverschrijding van staatswege; doch ten opzichte van elk dier belangen zijn de grenzen anders en elders. „Elke afvaardiging stelt aan den

staat denzelfden eisch" (n.l. dat hij zich bepaalt tot zijn rechtstaak), „doch ten behoeve van een verschillend belang, en met verschillende kracht, gesymboliseerd in verschillend aantal leden; en voor elke afvaardiging is elke andere een bondgenoot, die zijn kracht versterkt, doch voor elk ook is 't door hem gedragen belang absoluut en het andere niet-aanwezig".

Op dit punt gekomen, teekent de schrijver vervolgens met merkwaardige scherpte het ontstaan van parlementaire *partijen*, zooals dit zich van zijn standpunt vertoont.

Iedere afvaardiging is een bondgenoot van elke andere, in zoover men tot den staat zegt: handen thuis. Maar nu is er een gevaar; dit n.l. dat de afgevaardigden in de behartiging van het door hen vertegenwoordigde belang zich niet bepalen tot hun negatieve taak, bestaande in het weren van den staat uit het door dit belang bestreken gebied, doch ook zullen streven naar positieve bevordering van datzelfde belang met behulp van dienzelfden staat. Zoodra dit geschiedt, „geschiedt juist datgene, hetwelk te beletten de bijzondere taak der volksvertegenwoordiging was: immers in stede van den staat te beperken binnen zijn grenzen, wordt hij er toe gebracht zijn gezag te misbruiken als macht in den maatschappelijken strijd; waarmede dan de overheid ophoudt in waarheid staat te zijn, doch een maatschappelijke macht wordt als de anderen". En vraagt men nu: wordt dan niet eenvoudig het overheidsgezag verplaatst naar het parlement, zoodat men slechts te doen heeft met een anderen *staatsvorm* (n.l. dien van „het parlement als overheid", hierboven reeds kort genoemd), dan antwoordt de schrijver: Neen, want tegelijkertijd doet zich een ander verschijnsel voor: „de onderscheidene belangen, die, als bondgenoot, met gelijkluidenden negatieven eisch tot den staat kwamen, zij 't elk voor zich bij onderscheidene gelegenheden en op onderscheiden tijdstippen, worden tegenstanders zoodra zij op positieve machtsoefening te hunner bevordering uit zijn, en het parlement valt uiteen in *partijen*, die niet gescheiden zijn door verschil van inzicht, doch door verschil van belang. De overwinnende meerderheid-van-het-oogenblik is niets dan een maatschappelijke macht, die anarchisch zijn wil doorzet, zoodat *in den parlementairen „staat" de staat nergens aanwezig is*, noch bij de overheid, noch in het parlement; het parlementarisme is anarchie, waarin een zekere schijnorde heerscht door het ongewaarborgd in acht nemen van zekere spelregels, welke ten nauwste verwant zijn aan die van de beurs".

De parlementaire meerderheid beduidt daarom volgens den schrijver een veel ongebreidelder en vooral veel grover tirannie dan die van welken despoot ook. „Deze laatste is *een staat, die zijn grenzen te buiten gaat;* — het parlemen-

tarisme brengt *in het geheel geen staat* te weeg. De despoot, die zijn gunstelingen en minnaressen doet onderhouden door de rest der bevolking, die zijn genoegens betaalt met wat hij zijn onderdanen afperst, die zijn adel vergunt de korenvelden zijner boeren plat te rijden tot jachtvermaak, is er zich van bewust, dat hij zijn gezag misbruikt; en indien hij dit bewustzijn verliest, blijft het in leven bij het volk, dat hem bij monde van zijn parliamentum of zijn stenden eraan herinnert, zoo noodig gewapend, en hem de middelen onthoudt, welke hij met miskenning hunner bestemming wenscht te gebruiken; doch de parlementaire meerderheid, die door „sociale wetgeving" ten behoeve van den één den ander het zijne ontneemt met gebruikmaking van alle geweldmiddelen, welke uit den maatschappelijken strijd te weren juist des staats bijzondere taak is, vindt tegenover zich geen enkele macht dan de verslagen minderheid zelve; en deze heeft geen andere hoop dan eenmaal zelf meerderheid te worden en, na zijn overwinning in het moderne godsgericht, ... de voorloopige opvolger te worden in de tirannie; een tirannie, die niet bestaat in misbruik van gezag, doch waarin van gezag geen spoor aanwezig is: de minderheid erkent de facto in de meerderheid niet den gezaghebber, doch slechts den winnaar".

Deze beschouwingen, die, buiten hun verband gelezen, eenigszins „ongewoon" of eenigszins „afgezaagd" zouden klinken, al naar men het nemen wil, dragen hier de eigenaardige bekoring van de praktische toespitsing van een scherp-logisch betoog.

* * *

Welke kiesrechtregeling wordt nu geëischt door de opvatting van het parlement als „de kracht, die zich stelt in dienst van het voorbehoud tegenover den staat"?

Achtereenvolgens betoogt de schrijver, dat het kiesrecht moet zijn:

1°. *Algemeen.* Immers „elk individu, gelijk hij den staat wil, wil den staat *niet*", daar hij niet slechts staatsburger, doch tevens maatschappelijk persoon is. „Op geheel dezelfde gronden, waarop de staat allen-omvattend is, en zijn kan, hebben allen deel aan het voorbehoud tegenover den staat". „De niet vertegenwoordigden hebben geen aanleiding meer het gezag te erkennen, waar zij elk oogenblik moeten verwachten, dat de staat over hun onbeschermde grenzen . . . . zal dringen in het gebied van hun belangen". Ook als de overheid te hunnen aanzien evenals ten aanzien der anderen zijn taak vervult en niets anders dan zijn taak, dan is deze bescherming voor hen toch slechts een objectief gebeuren; minder dan de bescherming die de vreemdeling geniet, daar

deze vertegenwoordigd wordt door den gezant van zijn land; dezelfde als de bescherming die de slaaf geniet of die voortvloeit uit de opneming van het welzijn van den één in de belangstelling van den ander: dierenbescherming!

2°. *Evenredig.* Immers „volksvertegenwoordiging kan nimmer anders zijn dan maatschappelijke belangenvertegenwoordiging". En „wie kent heden ten dage een belang, waarin de grootste helft der bevolking van een territoriaal district zich één voelt?" En indien zulk een belang toevallig werd gevonden, en zelfs een tweede, waarin de kleinste helft zich verbonden gevoelde, waarom zou slechts het eerste zijn voorbehoud tegenover den staat geldend mogen maken? Organische groepeering der kiezers is dus noodig; en daar zij „natuurlijk" is, is zij slechts mogelijk in het minst van buitenaf georganiseerde van alle kiesstelsels: evenredige vertegenwoordiging zonder districten. Bij deze maken vanzelf de politieke partijen plaats voor maatschappelijke belangen, — meent de schrijver.

3°. *Meervoudig.* Immers zoover doenlijk behoort elk kiezer juist zooveel stemmen te hebben als er belangen in hem aanwezig zijn. Overigens spreekt het vanzelf, „dat elk kiezer, die immers zijn meerdere stemmen aan de veelvuldigheid zijner belangstellingen ontleent, de bevoegdheid moet hebben deze stemmen over meerdere candidaten (resp. lijsten) te verdeelen". Zelfs is het de vraag, of cumulatie wel kan worden toegelaten.

In de vierde plaats moet de verkiezing *herroepbaar* zijn. Immers de afgevaardigde kan niet anders zijn dan de afgevaardigde zijner kiezers, en niet de betrekkelijk toevallige manier zijner aanwijzing, maar zijn voortdurende erkenning als afgevaardigde door zijn kiezers „is het, die hem tot eminent vertegenwoordiger maakt van 't door hem behartigd belang". De niet-herroepbaarheid kan intusschen *van de zijde der overheid* als voorwaarde worden gesteld, evenals ook in het diplomatiek verkeer de staat kan weigereren „zich in verbinding te stellen met onderhandelaars, die elk oogenblik kunnen worden verloochend". Zoo is dan toelaatbaar, dat men in de *periodieke verkiezingen* tot een kompromis komt. „Maar in dit kompromis zelve is het beginsel der herroepbaarheid erkend, zij 't dan gematigd ter wille van de stabiliteit". De schrijver voegt hier zelfs aan toe, dat zij die uitgaan van een parlement-staatsorgaan, hetwelk weliswaar door de kiezers wordt benoemd, maar daarna geheel onafhankelijk en naar eigen inzicht te werk gaat, „zonder beginselverzaking de verkiezingsperioden verklaren noch aanvaarden kunnen". Een stoute bewering, wanneer men bedenkt, hoe zelfs de dragers van het centraal staatsgezag in vele landen en tijden aan periodieke aftreding onderworpen zijn geweest.

De conclusie aangaande kies*plicht* is na dit alles duidelijk genoeg. „De gedachte aan een plicht tegenover den staat om het voorbehoud tegenover den staat aktief geldend te maken, is een in zichzelf zoo gedesiquilibreerde, dat hij zich eenvoudig niet ter overweging aanbiedt. Hoe immers zouden wij, in onzen gedachtengang, tot de opvatting kunnen geraken, dat de overheid, welke zich bereid verklaart de afvaardiging te ontvangen van de machten buiten zijn sociale grenzen, nu ook eischen zou aan dit toezicht te worden onderwerpen? Hoe kan de gedachte opkomen, dat het een plicht jegens den staat zou zijn, deel te nemen in de oppositie tegen de overheid? Ja, moeten wij, ons plaatsend op het standpunt van den staat, ons niet veeleer er over verheugen, indien slechts weinigen aanleiding vinden tot behartiging hunner belang-stellingen in die richting? Moeten wij niet daarin het bewijs zien, dat de overheid vertrouwen geniet, en men niet de behoefte gevoelt zich te weren tegen, niet-dreigende, grensoverschrijding zijnerzijds?"

* * *

Wij moeten met deze losse grepen volstaan. Zij mogen voldoende zijn om de overtuiging te wekken, dat wij hier te doen hebben met een belangwekkende en origineele poging tot den opbouw van een staatsrechtelijk stelsel, waarin voor den stemplicht geen plaats is, maar waarvan de beteekenis de stemplichtquaestie-zelve verre achter zich laat.

Het komt ons voor, dat allen die dogmatische studies van dezen aard op prijs plegen te stellen, „*belang bij*" dit boek hebben, al zal het „*voorbehoud tegenover*" het boek van de meesten hunner vooral niet geringer zijn! Zij zullen het boek „willen" en „niet willen".

De Geer.

De Ministerraad in het Nederlandsche Staatsrecht, door H. Dooyeweerd Hzn. — Proefschrift Vrije Universiteit 1917.

Het is niet mogelijk over den Nederlandschen Ministerraad te schrijven, zonder tevens te handelen over die praktijk van het staatsleven, welke men met den vagen term „parlementair stelsel" aanduidt, en daarvan de feitelijke zijde, de techniek en evenzeer de juridische zijde, het rechtskarakter, te onderzoeken. Bovendien noodigt het onderwerp uit tot rechtsvergelijkende studiën, waar immers met name Engelsche theorie en praktijk omtrent de onderlinge verhouding tusschen Koning, Ministers en Parlement op de staatkundige ontwikkeling ten onzent grooten invloed hebben uitgeoefend. Houdt men dit alles in het oog en overweegt men de bezwaren aan een dergelijke studie verbonden: de moeilijkheid van het juist en objectief waarnemen van de feitelijke politieke ontwikkeling, vooral bij het vrijwel volkomen gemis aan gepubliceerde mémoires van vorstelijke personen en staatslieden; het bezwaarlijke van het goed gemotiveerd partijkiezen in den beginselstrijd over de bronnen van het staatsrecht; het gevaar voor het trekken van oppervlakkige conclusies op het gebied der rechtsvergelijking op grond van gegevens uit de tweede hand, dan moet men eerbied hebben voor den moed van den schrijver, zijn wetenschappelijke loopbaan met de behandeling van een dergelijk onderwerp aan te vangen.

Aan den anderen kant noopt ons de uitgebreidheid en de moeilijkheid van het onderwerp tot bescheidenheid en voorzichtigheid bij de enkele kritische opmerkingen, waarmede wij een samenvatting van de bovenstaande verhandeling willen besluiten.

In een uitvoerige *inleiding* handelt de schrijver over de beginselvraag, welk karakter aan het ook ten onzent feitelijk geldende stelsel, „waarbij het ministerie een vaste politiek volgt, in overeenstemming met de meerderheid van het parlement" (p. 17), moet worden toegekend. Volgens den schrijver hebben wij hier met een stuk gewoonterecht te doen. Met gewoonterecht intusschen, dat z. i. niet hier te lande is gegroeid en dus niet als „oorspronkelijk", „inheemsch", kan worden gekenmerkt, daar wel de „opinio necessitatis" aanwezig is, maar „op grond van den niet steeds bij het stelsel

passenden feitelijken politieken onderbouw slechts in zeer betrekkelijken zin van een „usus longaevus", kan worden gesproken" (p. 30). Integendeel, dit gewoonterecht vertoont de eigenaardigheid, van buiten af te zijn geïmporteerd, het is „afgeleid", is van „uitheemschen" (Engelschen) oorsprong, en is in 1848 „stilzwijgend gerecipiëerd" (p. 33).

Na op deze wijze den theoretischen grondslag voor zijn verhandeling te hebben gelegd, bespreekt de schrijver in een *eerste hoofdstuk* karakter en historische ontwikkeling van den Ministerraad, hier en elders.

Een „geconcentreerd staatslichaam in constitutioneelen zin" (p. 38), komt zoowel bij monarchale als bij parlementaire staatsinrichtingen voor. Waar echter in de monarchaal geregeerde landen die raad uitsluitend een technisch zakelijk karakter draagt, is hij in de parlementair geregeerde landen „de drager der algemeene landspolitiek" en staat hij daarmede „zelfstandig tegenover de Kroon" (p. 52). Dit laatste is dan, zooals schrijver in het vervolg tracht aan te toonen, ook ten onzent het geval.

In een *tweede hoofdstuk*, dat de middelmoot vormt en het belangrijkste stuk van het proefschrift bevat, wordt dan vervolgens een gedetailleerde uiteenzetting gegeven van de plaats, die de Ministerraad in het Nederlandsche staatsrecht inneemt.

In het geschilpunt, laatstelijk in ons Parlement besproken naar aanleiding van de wijziging, onder verantwoordelijkheid van het Kabinet-Kuyper in het Reglement van Orde van den Ministerraad aangebracht, of n.l. de organisatie van den raad een zuiver huishoudelijk karakter draagt, dan wel of wij in den raad een college hebben te zien, principieel van denzelfden aard als andere hooge colleges van staat, kiest de schrijver, in tegenstelling tot de meening van den toenmaligen voorzitter van den Ministerraad, zeer beslist voor de laatste opvatting partij. Hij dateert den Ministerraad als zelfstandig staatscollege vanaf 1850, toen voor het eerst in het R. v. O. werd bepaald, dat bij meerderheid van stemmen besluiten konden worden genomen, waaraan de individueele ministers gebonden zouden zijn. Ook werd reeds van toenaf feitelijk meer en meer het zwaartepunt der regeering naar den Ministerraad verlegd. Bovendien verkreeg het college, doordat het in 1862 bij Kon. Besluit werd gereorganiseerd, in dat jaar den formeel-juridieken grondslag dien het tot op dat oogenblik had gemist. Derhalve is zonder twijfel de Ministerraad een staatscollege. W. i. w. wordt, al kan men deze feiten niet loochenen, het staatsrechtelijk karakter van den raad ontkend, vooral met het argument dat de besluiten, waarvan in het R. v. O. sprake is, niet naar buiten werken, maar deze tegenwerping is volgens schrijver ondeugdelijk. Het voorschrift van het R. v. O. omtrent de besluiten van den raad

ontleent immers juist zijn beteekenis aan het feit, dat de besluiten wèl naar buiten werken. Het besluit bindt den individueelen Minister, d.w.z., hij is in zijn gedragingen verplicht zich daarnaar te voegen. Derhalve heeft het besluit invloed op de verhouding des Ministers tegenover Kroon en Parlement beiden. Door b.v. aan de Kroon een afwijkend advies te geven, zou een Minister zijn ambtsplicht, voor zoover die in het R. v. O. omschreven is, schenden En door b.v. bij de verdediging van een wetsontwerp in de Staten-Generaal na te laten de onaannemelijkheid uit te spreken van een amendement, dat bij besluit van den raad onaannemelijk was verklaard, zou hij zich blootstellen aan hetzelfde verwijt. Men miskent dus de beteekenis van het voorschrift, als men beweert, dat het besluit geen werking naar buiten kan uitoefenen. En bedoelt men alleen, dat het besluit niemand dan de leden van den raad bindt, dat m. a. w. de raad geen reglementaire macht bezit, dan is dat wel waar, maar niet ter zake dienende, omdat hetzelfde ook met andere colleges het geval is, zonder dat iemand daaruit afleidt, dat aan dergelijke colleges het staatsrechtelijk karakter zou moeten worden ontzegd. Voor het staatsrechtelijk karakter van den raad pleit bovendien ook de verdere inhoud van het R. v. O. Door den naam, die aan een zuivere huishoudelijke regeling doet denken, mag men zich niet van de wijs laten brengen. Het reglement bevat immers verschillende bepalingen die niets met de orde in de vergadering te maken hebben, maar die de nadere uitwerking geven van staatsrechtelijke beginselen. Erkent men b.v. de ministerieele homogeniteit niet slechts als een beginsel van goed staatsbeleid, maar als een beginsel van staatsrecht, dan volgt daaruit reeds dat ook de Ministerraad, die blijkens art. 1 R. v. O. vooral dient om dit rechtsbeginsel te verwezenlijken, een staatsrechtelijk instituut moet zijn. Het staatsrechtelijk karakter van den raad staat dus vast, ook buiten de grondwet om. Reden waarom de schrijver minder beteekenis hecht aan de vraag, of de grondwet in art. 38 het instituut erkent, dan gewoonlijk geschiedt.

Als zelfstandig college nu, komt de raad in aanraking met de Kroon, met de Staten-Generaal en met den Raad van State. Vooral de eerste en de tweede verhouding is van gewicht.

Wat aangaat de verhouding tusschen Kroon en Ministerraad onderscheidt de schrijver „negeerende" en „positieve" theorieën. De eerste willen van een rechtsverhouding niet weten, omdat aan den Raad geenerlei zelfstandigheid tegenover de Kroon zou toekomen. Natuurlijk kan de schrijver zich met deze, vooral door Buys verkondigde opvatting, niet vereenigen. Op o. i. afdoende wijze wordt de leer van Buys, als waren de ministers „mededragers der Koninklijke macht" bestreden. De positieve

theorieën daarentegen erkennen de zelfstandigheid van den Ministerraad tegenover de Kroon. Hoe moet dan echter de rechtsverhouding die tusschen beide bestaat worden geconstrueerd? Over dit belangrijke punt, het meest principieele misschien dat bij de geheele materie ter sprake komt, loopen de meeningen uiteen. De oude „constitutioneele leer", volgens welke aan den Koning alleen het „régner" wordt overgelaten, terwijl voor den raad het „gouverner" wordt gereserveerd, wordt door den schrijver verworpen. Wel degelijk komt den Koning een verdere invloed toe op het staatsbestuur, dan het op gang houden van de staatsmachine. Zeker, inzake de doelmatigheid van het regeeringsbeleid beslist de raad, al is ook dan 's Konings invloed niet weg te cijferen, daar Hem toch altijd de bevoegdheid tot adviseeren is overgelaten. Maar inzake de rechtmatigheid van het regeeringsbeleid heeft bij geschil niet de raad, maar de Koning de beslissing. En dat wel, niet slechts wat de formeele rechtmatigheid — waarbij de schrijver argumenteert uit art. 164 Grondwet dat de mogelijkheid onderstelt van een strafrechtelijke vervolging van een Minister „van 's Konings wege" — aangaat, maar ook wat betreft de rechtmatigheid in dien ruimeren zin als bedoeld wordt in art. 52, het artikel dat den Koning verplicht, bij Zijn inhuldiging te zweren „de algemeene en bijzondere vrijheid en de regten van alle Mijne onderdanen [te] beschermen". Waar deze „rechten en vrijheden" in het geding zijn, is de Koning hoogste instantie en niet slechts bevoegd, maar ook verplicht, eventueel tegen het beleid van den raad in te gaan, al zal Hij natuurlijk dit verzet alleen kunnen handhaven, wanneer het Hem gelukt andere ministers te vinden, die de verantwoordelijkheid voor dit verzet op zich nemen. Eindelijk is de persoonlijke invloed des Konings bij de kabinetsformatie niet zonder beteekenis, al is de Koning in normale omstandigheden bij de keuze van een kabinetsformateur, wat diens politieke richting betreft, gebonden aan de Kamermeerderheid. Maar in de keuze der personen is de Kroon ten onzent vrijer dan in sommige andere landen, omdat de gebrekkige en versplinterde partij-ontwikkeling ten gevolge heeft, dat slechts zelden de toekomstige kabinetsformateur met volkomen zekerheid van te voren is aangewezen.

Van niet minder belang voor de kennis van den Ministerraad in het bijzonder en van het parlementaire stelsel in het algemeen, is hetgeen de schrijver omtrent de verhouding van den Ministerraad tot de Staten-Generaal te berde brengt. Uit gebrek aan plaatsruimte moeten wij echter volstaan met een opsomming te geven van de onderwerpen die achtereenvolgens ter sprake komen, n.l. de al of niet vereenigbaarheid van het ministerambt met het lidmaatschap van een der Kamers, de juridische beteekenis van het regeerings-

program, de homogeniteit en de solidaire aansprakelijkheid. Opmerking verdient dat de schrijver al wat met de homogeniteit samenhangt niet slechts uit het ongeschreven parlementaire gewoonterecht, maar ook uit de Grondwet, n.l. de artt. 54 en 77 afleidt, een constructie die o. i. zeer betwistbaar is.

Het *derde* en laatste *hoofdstuk* behandelt eenige speciale punten. Achtereenvolgens worden de organisatie van den Ministerraad, de werkkring van het college en het rechtskarakter van het R. v. O. besproken. Het eerste punt is vooral van beteekenis met het oog op de vraag, in hoeverre ons staatsrecht een premier kent. Schrijver komt tot de conclusie, dat ten onzent formeel nooit voor het stelsel van subordinatie maar altijd voor dat van de coördinatie tusschen de Ministers onderling gekozen is, al zou hij als „logische consequentie" van het parlementaire stelsel de instelling van een premierschap toejuichen. Hetgeen de schrijver omtrent dit punt en de onderscheiding tusschen de qualiteiten van kabinetsformateur, voorzitter van den Ministerraad en eersten-minister opmerkt, verdient zeker de aandacht, maar leent zich bezwaarlijk tot een korte samenvatting.

Het zij ons vergund enkele kritische opmerkingen aan bovenstaande resumtie te verbinden.

In meer dan een opzicht kunnen wij ons met den auteur vereenigen. Ook naar onze meening berust de onderlinge verhouding van Koning, Ministers en Staten-Generaal en de relatie der Ministers onderling, rechtens niet uitsluitend op de Grondwet, maar moet ook op dit gebied de gewoonte als rechtsbron worden erkend, al lijkt ons de quaestie, ook door den schrijver behandeld, of men de regelen op dit terrein als „gewoonterecht" dan wel als „conventions" wil betitelen, meer van terminologisch dan van principieel belang. Het komt toch slechts aan op de erkenning van het normatieve karakter van deze regelen. Verder schijnt ons ook het betoog, dat de Ministerraad zich ten onzent, vooral gewoonterechtelijk, tot een zelfstandig college van staat heeft ontwikkeld, zeer overtuigend.

Toch kan ons niet alles bevredigen wat de schrijver omtrent dat staatsrechtelijk gewoonterecht in het midden brengt. In het bijzonder kunnen wij ons geen voorstelling maken van de „stilzwijgende receptie van uitheemsch gewoonterecht" die in 1848 zou hebben plaatsgegrepen. Zal de bewering dat deze receptie „stilzwijgend" geschiedde, zin hebben, dan kan dit alleen beteekenen, dat men zich feitelijk volgens dat uitheemsche recht is gaan gedragen. Maar, daargelaten dat dit in het begin na 1848 volstrekt niet het geval was, hoe zou uit het enkel navolgen van een uitheemschen rechtsregel inheemsch recht kunnen geboren worden? Het Engelsche parlementaire stelsel was voor de Nederlandsche autoriteiten

in geen enkel opzicht bindend, en had voor het Nederlandsche staatsrecht precies dezelfde beteekenis als b.v. een willekeurige politieke theorie. Evenmin nu als het zich gedragen volgens bepaalde politieke beginselen — denk b.v. aan de oude „constitutioneele theorie" — *zonder meer* Nederlandsch staatsrecht zou kunnen doen geboren worden, kan het opvolgen *zonder meer* van de Engelsche conventions dit gevolg hebben. Wel kan natuurlijk langs dezen weg op den duur nieuw recht ontstaan, indien n.l. een lang en voortdurend gebruik zich aan de „opinio necessitatis" paart, maar dan heeft men met zuiver oorspronkelijk inheemsch gewoonterecht te maken, al is de inhoud van die rechtsnormen meer of min identiek aan den inhoud van buitenlandsche rechtsregelen. Niet de oorsprong van den inhoud van den regel echter is van belang, maar alleen de omstandigheden, die den regel tot geldend recht verheffen, doch in dit verband ter zake. Het eenige argument trouwens dat de schrijver voor zijn leer van de „stilzwijgende receptie van uitheemsch gewoonterecht" aanvoert is een beroep op de bronnenleer, door WALTER JELLINEK in zijn werk „Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäszigkeitserwägung" ontwikkeld. Zonder eenige toelichting worden ons de conclusies van het ingewikkelde en op zichzelf verre van duidelijke stelsel van dezen geleerde voorgezet. Een nadere behandeling hiervan en in 't algemeen een meer principieele bespreking van de bronnenleer ware niet overbodig geweest.

Het maakt ook wel degelijk voor de interpretatie van het Nederlandsche staatsrecht verschil of men het standpunt van den schrijver van de „afgeleide rechtsbron" inneemt, dan wel of men alleen inheemsch gewoonterecht erkent. Is in 1848 het Engelsche parlementaire stelsel als rechtsysteem met huid en haar gerecipieerd, dan hebben wij de Nederlandsche staatkundige verhoudingen eenvoudig onder het licht van dit stelsel te beschouwen en rechtskundig te waardeeren, tenzij als bij uitzondering van dat uitheemsche recht is afgeweken, hetgeen volgens den schrijver dàn het geval is, als zich naast de „uitheemsche normatieve factor" een „inheemsche feitelijke factor" heeft doen gevoelen, die „op haar beurt normatief begon te werken, door het scheppen van uitzonderings- en wijzigingsregelen" (p. 34). Heel duidelijk is dat niet: voor de ontwikkeling van het gewoonterecht waarop het parlementaire stelsel in het algemeen genomen heet te berusten, ontbreekt de feitelijke grondslag van den „usus longaevus", weshalve dat gewoonterecht „mir nichts, dir nichts" uit den vreemde heet te zijn ingevoerd, maar voor het ontstaan van het uitzonderingsgewoonterecht (s.v.v.) zijn opeens de feitelijke factoren weer wèl voldoende voor het constateeren van den „usus longaevus", die noodig is voor het ontstaan van gewoonterecht!

Maar hoe dat zij, in elk geval is de consequentie van de bronnenleer van den schrijver, dat steeds van de onderstelling moet worden uitgegaan dat het Engelsche parlementaire gewoonterecht de verhoudingen waarvan in het boek sprake is, beheerscht, tenzij wanneer het tegendeel kan worden aangetoond met een beroep op de ontwikkeling van een bijzonderen inheemschen gewoonterechtelijken regel. Zoo wordt een vreemd rechtssysteem de passe-par-tout tot aanvulling van leemten. Erkent men daarentegen alleen inheemsch gewoonterecht, dan zal men in ieder bijzonder geval zich hebben af te vragen of men te doen heeft met een verhouding waarvoor inheemsch — immers het eenig mogelijke — gewoonterecht de normen voorschrijft en zal men waarschijnlijk niet zelden tot de aanvaarding van een leemte in het recht moeten besluiten, omdat het recht niet of nog niet die verhoudingen als rechtsverhoudingen erkent. Dat dit in de praktijk een groot onderscheid kan maken, behoeft geen betoog. De methode van den schrijver is zonder twijfel aantrekkelijker voor den bewonderaar van het Engelsche parlementaire stelsel, dan de o. i. juiste methode, omdat de schijver in zijn stelsel zonder nader onderzoek van te voren mag aannemen, dat het Engelsche parlementaire systeem, behoudens modificaties op speciale punten, ten onzent op gewoonterechtelijke basis berust. Maar daarmede is deze methode nog niet aannemelijk gemaakt. Ook leidt deze wijze van doen er gemakkelijk toe, zelfs het geschreven recht vanuit een bepaalde staatskundige theorie, d. i. dus eenzijdig, te interpreteeren.

Eenige voorbeelden om dit laatste toe te lichten. Op p. 251 wordt in den Koning gewraakt, dat Hij in 1858 en 1860 bij de kabinetsformatie den „Leader" der oppositie voorbijging. Schrijver noemt dit in strijd met „gezonde constitutioneele beginselen" omdat „persoonlijke sympathie of antipathie" voor den Koning geen leiddraad mag zijn bij de uitoefening van Zijn grondwettig recht. Natuurlijk niet, als hier aan zuiver persoonlijke voorkeur of tegenzin wordt gedacht. Maar waarom zou het met „gezonde constitutioneele beginselen" strijden als de Koning den „Leader" voorbijgaat, omdat Hij meent dat het landsbelang dit vordert? Het past niet in het Engelsche parlementaire stelsel, maar dit heeft met „gezond" of „ongezond" niets te maken. De zaak is, dat de schrijver de houding des Koning's eenvoudig naar uitheemsch gewoonterecht beoordeelt, zonder te onderzoeken, zooals hij o. i. had moeten doen, of reeds in de jaren 1858 en 1860 inheemsch gewoonterecht den Koning een andere handelwijze voorschreef. Een ander voorbeeld. Op p. 42 beweert de schrijver, dat van „politieke verantwoordelijkheid tegenover de volksvertegenwoordiging" geen sprake kan zijn, als, gelijk in Pruisen, de Ministers niet hun eigen politiek, maar de politiek des

Koning's voeren en op p. 45, dat een „eigenlijk gezegde politieke verantwoordelijkheid tegenover de Kamers" ontbreekt, indien de Ministers geen oorzaak tot ontslagaanvrage zien in het enkele feit, dat de Koning zich met het besluit van den Ministerraad niet vereenigt. Ten onrechte: uit de politieke verantwoordelijkheid vloeit, zooals b.v. Bismarck meermalen — o. a. in zijn bekende Rijksdagrede van 24 Jan. 1882 — heeft aangetoond, niets anders voort, dan dat de Ministers voor de door hen verdedigde politiek de aansprakelijkheid op zich nemen, onverschillig of de richting van die politiek door hen persoonlijk is vastgesteld dan wel, met wederzijdsch geven en nemen, in overleg met de Kroon. Maar wel is waar, dat in het Engelsche parlementaire stelsel langzamerhand aan de politieke verantwoordelijkheid een beteekenis is gegeven, die veel verder reikt dan de ratio van het instituut vordert. Toch is die Engelsche opvatting volgens den auteur de „eigelijk gezegde" en wordt het Nederlandsch grondwettig voorschrift volgens deze opvatting geïnterpreteerd.

Ons tweede bezwaar betreft de onderscheiding, die de schrijver maakt tusschen doelmatigheids- en rechtmatigheidsvragen in de politiek. In doelmatigheidsvragen heeft de Koning zich bij het gevoelen van den Ministerraad neer te leggen; in rechtmatigheidsvragen mag en moet Hij bij verschil eigen meening doorzetten. Tot die rechtmatigheidsvragen wordt dan — gelijk wij zagen — alles gebracht wat op de „rechten en vrijheden des volks" betrekking heeft en wel op grond van den inhuldigingseed. Daarom handelde de Kroon constitutioneel in de April-beweging, omdat het hier ging om „de werkelijke of vermeende rechten harer onderdanen" (p. 234). En eveneens zou de Koning constitutioneel hebben gehandeld zoo Hij naar aanleiding van het volkspetitionnement Zijn sanctie aan de onderwijswet-Kappeyne had geweigerd. Maar daarentegen zou het inconstitutioneel zijn geweest, indien de Koning Zijn sanctie aan de kieswet-Van Houten zou hebben onthouden „omdat het daar slechts gold een zaak van partij-politiek". Het voorbeeld zelf toont o. i. de onhoudbaarheid van de onderscheiding aan. Volgens zeer velen — men denke aan de actie voor algemeen- en voor vrouwen-kiesrecht — heeft de kiesrecht-quaestie wel degelijk met de „rechten en vrijheden" der onderdanen te maken; of dat gevoelen juist is, hangt af van politiek inzicht, maar dat is ook bij de door schrijver genoemde voorbeelden het geval. Trouwens een „vermeend recht" is reeds voldoende, zie boven. En wordt niet slag op slag — men denke aan de sociale politiek — pro of contra een bepaalden maatregel, een beroep gedaan op de „rechten" dergenen die bij die politiek betrokken zijn? Indien de schrijver in al deze gevallen voor den Koning het recht van eigen oordeel

vindiceert, blijft er van zijn parlementair stelsel weinig over. Waarom zou hij trouwens bij de „rechten en vrijheden" halt houden? In den eed is bovendien nog sprake van de verdediging van de onafhankelijkheid van het grondgebied des Rijks en van de instandhouding en bevordering van de algemeene welvaart. De consequentie vordert derhalve, den Koning ook in zaken van defensie en welvaartspolitiek het beslissende woord te laten. Wij laten in het midden in hoeverre inderdaad de Koning geacht moet worden bevoegd te zijn tot het voeren van een eigen politiek. Een algemeen antwoord zal waarschijnlijk, mede met het oog op de betrekkelijke onvastheid van het Nederlandsche parlementaire gewoonterecht, moeilijk te geven zijn. Maar in elk geval kan o. i. de onderscheiding, welke de schrijver aan de hand doet, bij de beantwoording van deze vraag geen dienst doen.

Ons derde bezwaar betreft het historische gedeelte van het proefschrift, dat wij opzettelijk bij onze samenvatting terzijde lieten. Schrijver geeft ons een — uiteraard vluchtige — schets van de ontwikkeling van den Ministerraad in Frankrijk, Engeland, Pruisen en Nederland, van de vroegste tijden af. In een geschiedkundig werk zou een dergelijke uiteenzetting op haar plaats zijn geweest, maar dan natuurlijk een veel degelijker karakter hebben moeten dragen. In een werk over den Ministerraad in het Nederlandsche recht is een dergelijke uitweiding ballast, tenzij voor zoover zij dienen kan om ons inzicht in het rechtskarakter van het instituut, zooals wij dat ten onzent kennen, te verhelderen. Daarom is b.v. de bespreking die schrijver geeft van de nieuwere ontwikkeling in Engeland van de ministerieele verantwoordelijkheid en van het kabinet-systeem wèl aan de orde, omdat het Engelsche parlementairisme onze praktische politiek heeft beïnvloed en in zooverre eventueel van beteekenis kan zijn geweest voor het ontstaan van Nederlandsch gewoonterecht. Maar beschouwingen over de „Curia regis" in Engeland, den „geheimen Rath" in Pruisen, den „Conseil du Roi" in Frankrijk, het „Secreet Besogne" in de Republiek, staan in geen enkel opzicht in verband tot den Nederlandschen Ministerraad van de 19e eeuw. Wij herinneren den schrijver aan de opmerking van DICEY naar aanleiding van het werk van FREEMAN over „the growth of the English constitution", dat voor het inzicht in de „law of the constitution" niet noodig is kennis van „the Landesgemeinden of Uri, the witness of Homer, the ealdormen, the constitution of the Witenagemòt" (1). Die opmerking is o. i. volkomen juist: historische methode moet met antiquarisme niet worden verward.

(1) DICEY, Law of the Constitution 8th ed. p. 14.

Niettemin, hoewel o. i. de misschien al te uitvoerige studie van den schrijver — het werk telt 400 blz. — niet in alle opzichten geslaagd mag heeten, eindigen wij gaarne met een hartelijk gemeend woord van lof. Onze staatsrechtelijke litteratuur is uiterst arm aan verhandelingen, die zich op het gebied van de staatkundige praktijk in de 19e eeuw bewegen. En in dit opzicht is het werk van den heer DOOYEWEERD een belangrijke aanwinst. De theoretische grondslag is o. i. niet het sterkste gedeelte van het boek. Maar de schets van de feitelijke historische ontwikkeling van ons staatkundig leven sinds de Restauratie heeft groote verdiensten, evenals de kritische behandeling van het rechtskarakter van den Ministerraad. Niemand die studie wil maken van de werking in Nederland van het instituut der ministerieele verantwoordelijkheid en van het z.g. parlementaire stelsel zal zonder schade aan den goed gedocumenteerden arbeid van den schrijver kunnen voorbijgaan.

Utrecht, Maart 1918. B. C. DE SAVORNIN LOHMAN.

Onteigening in het belang der volkshuisvesting. — Rapport uitgebracht door eene commissie bestaande uit de H.H. Mr. J. Kruseman, Mr. W. A. van Woudenberg Hamstra, Mr. G. Brouwer Jzn., W. van der Tak c. i., I. H. Faber c. i., W. C. Deenik Zzn. en Mr. E. H. P. Rosenboom. Uitgave van den Amsterdamschen Woningraad. Amsterdam 1917.

Aan deskundige voorlichting bij de herziening der Woningwet bestaat geen gebrek. Het eene geschrift verschijnt na het andere. Ook rapporten van ter zake kundige commissies, op verzoek aan vereenigingen uitgebracht, werden gepubliceerd. Ik noem hier een in 1912 uitgegeven klein maar belangrijk rapport van directeuren van hypotheekbanken en het in hoofde dezes vermelde zorgvuldig bewerkte lijvige stuk, dat als een aanwinst voor de litteratuur op dit gebied kan worden beschouwd.

In laatstgenoemde studie, die ik hier in het kort wensch aan te kondigen, behandelt de commissie enkel vragen, die verband houden met de onteigening, vooral van grond, liggende aan of bij den rand van de bebouwde kom der gemeente, alsmede de ruilverkaveling. Zij bespreekt niet in bijzonderheden de vele overige kwesties, die de wetsontwerpen tot herziening der Woningwet van de Ministers Heemskerk en Cort van der Linden aan de orde stelden, zooals o. a. de lastige vraagstukken betreffende bouwverboden en rooilijnen. Maar ook bij deze beperking der stof laat zij zich niet in met alle vragen, die zich bij de onteigening ten behoeve der volkshuisvesting voordeden en zich nog voordoen. Zoo gaat de commissie met stilzwijgen voorbij o. a. de kwestie, of ook gemeenten, die 10.000 zielen of minder tellen en welker zielental in de laatste vijf jaren niet met meer dan een vijfde is toegenomen, rechtsgeldig overeenkomstig de Woningwet een besluit tot onteigening kunnen nemen ter uitvoering van een uitbreidingsplan. Het zijn vooral de in de practijk bij de uitvoering van de besluiten tot onteigening in het belang der volkshuisvesting aan den dag getreden moeilijkheden en onzekerheden en de bij die

onteigeningen verkregen uitkomsten, welke worden vermeld en aan een nauwgezet onderzoek onderworpen. De bespreking van de berekening der schadeloosstelling bij de onteigening ter uitvoering van een uitbreidingsplan neemt in het rapport wel de hoofdplaats in. Aandacht schonk de commissie ook aan het rechtsgeding over de vaststelling van het bedrag der schadeloosstelling en speciaal zijn het de rechtsgang en de regeling der proceskosten, die daarbij aanmerkingen uitlokten. De vergelijkingen, gemaakt tusschen Amsterdamsche onteigeningen, welke steunen op art. 77 Onteigeningswet, en Rotterdamsche, die langs den gewonen weg, dus buiten de Woningwet om, tot stand kwamen, dragen veel bij tot verduidelijking van het gansche vraagstuk betreffende de berekening der schadeloosstelling. In een slotsom formuleert de commissie haar conclusies in een elftal punten, terwijl het afwijkend oordeel van een minderheid reeds te voren was medegedeeld.

De voornaamste verandering, die het rapport bepleit, is wel het schrappen van art. 92 Onteigeningswet en van de verplichting om bij onteigening ten behoeve van de uitbreiding eener bebouwde kom het uitbreidingsplan vooraf vast te stellen. Mocht die voorafgaande vaststelling gehandhaafd blijven, dan wenscht de commissie in plaats van bedoeld art. 92 de opneming van een bepaling, luidende: „In geval van onteigening ter uitvoering van een plan van uitbreiding, vastgesteld in verband met § 6 der Woningwet, komt bij de bepaling van de werkelijke waarde volgens artikel 40, dit plan niet in aanmerking".

De mij gelaten weinige plaatsruimte staat mij niet toe de conclusies van de commissie hier nader te bespreken. Een enkele opmerking zij mij veroorloofd naar aanleiding van de op blz. 30 geuite bewering, dat de commissie niet kan toegeven, dat het voorschrift van art. 92 onuitvoerbaar zoude zijn. Ik ben de meening toegedaan, dat er wel degelijk gevallen kunnen voorkomen, dat met bedoeld voorschrift geen rekening kan worden gehouden. Volgens die bepaling moeten de taxateurs en de rechtbank weten, hoeveel de perceelen, elk in het bijzonder hadden kunnen opbrengen, bij aldien alle goederen, op welke het besluit tot onteigening betrekking had, in een nader aan te duiden in het verleden liggend tijdperk ten verkoop waren aangeboden. Welnu bij een onteigeningsplan, dat een uitgestrekt terrein met vele perceelen omvat, zoude de waarde van de perceelen bij overvoering van de markt, die ook bij regelmatigen verkoop van alle terreinen binnen het tijdvak van één jaar zal plaats hebben, moeten worden getaxeerd. Een waardebepaling onder dergelijke gefingeerde omstandigheden is in werkelijkheid met eenige kans op juistheid niet te ver-

richten. Taxateurs en rechters zullen dan ook in zulk een geval voor een onmogelijk te volbrengen taak geplaatst zijn.

Bij de wijziging van de Woningwet zal de wetgever ook zijn aandacht hebben te wijden aan het verschaffen van wezenlijke waarborgen voor een spoedig totstandkomen van de onteigeningen in het belang van de volkshuisvesting nadat eenmaal de door de Kroon goedgekeurde onteigeningsplannen in het leven werden geroepen. Hoe goed de bedoeling van den wetgever moge geweest zijn om door zijn bepalingen mede te werken tot het spoedig ten einde brengen van de onteigeningsprocedure, de practijk heeft aangetoond, dat de wetgever in de verwerkelijking van die bedoeling niet is geslaagd. Een sprekend voorbeeld: de raad van de gemeente Groningen besloot 9 October 1909 tot een onteigening in het belang der volkshuisvesting; 30 Mei 1913 werden de dagvaardingen uitgebracht; na vele wederwaardigheden en diverse instanties kwam eerst in October 1916 het eindvonnis van de rechtbank te Groningen. Met deze onteigening waren zeven jaren gemoeid geweest, waarvan de procedures bijna drie en een half jaar hadden in beslag genomen.

April 1918. PH. KLEINTJES.

Neutraliteit der Overheid in de Nederlandsche Koloniën jegens Godsdienstzaken door Jhr. Mr. W. H. Alting von Geusau. — (Haarlem, H. D. Tjeenk Willink, 1917, 195 blzz.)

Gaarne voldoe ik aan het verzoek, bovengenoemde studie, te voren als akademisch proefschrift verdedigd, in dit tijdschrift aan te kondigen.

Zij behandelt een belangrijk onderwerp, dat vaak aanleiding gaf en geeft tot strijd in woord en geschrift. Daarom verdient te meer de Schrijver geloofd te worden voor de kalme, gematigde wijze, waarop hij zijne stof heeft behandeld. Krijgszuchtige gezindheid zal men in zijn werk moeilijk kunnen ontdekken. Ook toonde de Schrijver te beseffen, dat het bij dit ingewikkelde onderwerp niet mogelijk is, met één abstract beginsel alle knoopen te ontwarren.

Voorts heeft hij met groote zorg de vele regelingen bijeengegaard, die op deze zaak betrekking hebben, en de litteratuur, die daarbij te pas komt, zonder eenzijdigheid vermeld en verwerkt. Ook mag gezegd worden, dat het boek zich gemakkelijk laat lezen; de indeeling geschied is op eene wijze, die de stof op heldere wijze rangschikt; de vorm goede verzorging genoot, en in dit opzicht wellicht de eenige, meer naar den voorgrond komende feil genoemd moet worden de, over zoo groote uitgestrektheid in onze taal binnendringende, koopmansstijl, om telkens van „betrokken" en „betreffend" en „overeenkomstig" te spreken, zonder aanduiding van het voorwerp, waarmeê die woorden in verband staan (*daarbij* betrokken; *des*-betreffend; *daarmeê* overeenkomstig) (1).

Het boek is in drie hoofdstukken verdeeld. Het eerste bevat eene inleiding, die de neutraliteit der Overheid in godsdienstzaken in het algemeen behandelt. Zij is in drie paragrafen gesplitst (resp. met het opschrift: *Individuen; Gezindten; Wie is overheid?*) De eerste twee geven echter niet aan — gelijk men wellicht meenen zou — het begrip

(1) Waarom wordt op blz. 143 de onnoodig-leelijke en in de ontcijfering onhoudbare uitdrukking «mulo-onderwijs» gebezigd, en niet geschreven m. u. l. onderwijs? En op blz. 115 het germanisme «benutten» gebruikt?

van individuen en dat van gezindten, maar behelzen een overzicht van wat de Grondwet (1) en de Regeeringsreglementen voor de koloniën behelzen ten aanzien van individuen en gezindten met betrekking tot godsdienstzaken.

Hoofdstuk II bespreekt (het optreden van) „De koloniale overheid jegens de godsdienstzaken van individuen" (Heidenen, Hindoes, Mohammedanen, Christenen, Israëlieten, vrijdenkers, enz., onderwijs op godsdienstigen of op neutralen grondslag; facultatief-stellen van godsdienstonderwijs). Hoofdstuk III is gewijd aan (het optreden van) „De koloniale overheid jegens de godsdienstzaken van gezindten" (Heidendom; Hindoeïsme; Islam; Christendom). Eindelijk geeft Hoofdstuk IV als „Slotsom" in het kort wat in de vorige twee hoofdstukken omtrent de neutraliteit der koloniale Overheid tegenover godsdienstzaken van individuen en die van gezindten is gebleken, benevens de gedragslijn, die de Schrijver wenscht te zien gevolgd.

Vele vraagstukken, die in lateren tijd tot meer uitvoerige gedachtenwisseling aanleiding gaven, worden door den Schrijver ter sprake gebracht. Daaronder de houding der Regeering tegenover de bedevaarten naar Mekka (blz. 32 en volgg.); de Sarèkat islam (blz. 48/49); de Zondags- en pasarcirculaires onder Gouverneur-Generaal IDENBURG (blz. 51 en volgg.); de rechtstoestand van Christen-inlanders (blz. 57 en volgg.); de vraag, of dusgenaamd neutraal onderwijs door de inlandsche bevolking inderdaad als neutraal wordt beschouwd, en of bezwaren tegen christelijk onderwijs waarlijk uit die bevolking voortkomen, dan wel meer haar worden opgedrongen (blz. 70 en volgg.; blz. 156 en volgg.); het facultatief-stellen van godsdienstonderwijs op door het Gouvernement gesubsidieerde scholen (blz. 80 en volgg.); de offerfeesten op Lombok (blz. 89 en volgg.); het Protestantsche kerkgenootschap in Ned.-Indië (blz. 108 en volgg.).

In hoofdzaak geeft de Schrijver in kort bestek de regelingen omtrent de behandelde onderwerpen en de meeningsverschillen dienaangaande. Te waardeeren valt de beperking, die de Schrijver zich daarbij wist aan te leggen, zonder dat

(1) De Schrijver gewaagt telkens van de Grondwet van 1840 en die van 1887. Dit is minder juist. We leven nog onder de Grondwet van 1815, herzien in 1840, 1848, 1884, 1887, 1917. Men kan toch niet voor elk dier jaren eene afzonderlijke Grondwet aannemen. Ook is het meer of minder omvangrijke eener herziening onverschillig voor de vraag, of formeel de Grondwet door eene andere is vervangen. Onze Grondwet bevat zelfs geene bepalingen voor het maken van eene nieuwe Grondwet en spreekt alleen over veranderingen in de bestaande. Waaruit echter niet is af te leiden, — men kon op deze gedachte komen! — dat eene nieuwe Grondwet gemaakt kan worden op de wijze, voor andere wetten bepaald.

sprake van gedrongenheid kan zijn. Op voorzichtige wijze heeft de Schrijver in wat hij vermeldt, zijn zelfstandig oordeel ingevlochten, zoowel meer principieel, als wat de uitvoering van bepalingen aangaat. Zoo acht hij — met betrekking tot het laatste — godsdienstonderwijs, ook met de bevoegdheid dit niet bij te wonen, op de districts- en de landschapsscholen in de Minahassa onvereenigbaar met art. 125, lid 2 van het Regeeringsreglement van Ned.-Indië (1). Eene conclusie, die ik niet aanstonds zou durven onderschrijven. Immers wordt in het aangehaalde artikel gezegd, dat de *inrichting* van het openbaar onderwijs, niet dat elke openbare school, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen — van welke uitdrukking bovendien de zin niet vaststaat — zal geregeld worden. Een onderscheid, waarop ook met betrekking tot de schoolregeling hier te lande te weinig is gelet.

De Schrijver wil niet weten van kersteningspolitiek, doch acht even verkeerd, de neutraliteit als levensbeschouwing op te dringen (blz. 78). Ook wijst hij er op, dat, hoezeer de practijk tegenover de Zending verbeterd is, het Regeeringsreglement voor Ned.-Indië nog de sporen van het vroegere wantrouwen te haren opzichte draagt (blz. 146), en dat Mr. Van der Lith omtrent het op het lager onderwijs toegepaste stelsel gezegd heeft, dat het „naar tegenwerking der Evangelisatie zweemde" (blz. 147) (2).

Voorts stelt hij in het licht, hoe de Roomsche Kerk in Ned.-Indië door hare onafhankelijkheid van de Regeering in veelszins gunstiger positie verkeert dan het door den Staat opgerichte en van dezen zeer afhankelijke Protestantsche Kerkgenootschap (blz. 112, blz. 226/27) (3).

---

(1) «De inrichting daarvan (van het openbaar onderwijs) wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen bij algemeene verordening geregeld.»

(2) Mr. De Louter, *Handleiding tot de kennis van het Staats- en Administratief recht van Ned.-Indië*, 5de dr., blz. 575, merkt op, na melding gemaakt te hebben van het door het Regeeringsreglement geëischte toezicht op de Zending, en daarnaast gesteld te hebben het toezicht op de inlandsche priesters: «Voorwaar men zou eerder wanen, dat de voorschriften omtrent Christenen en niet-Christenen door een noodlottig toeval verwisseld, of door een Muzelmansche regeering uitgevaardigd waren.»

Bij Mr. Kleintjes, *Het Staatsrecht van Ned.-Indië* (1903), dl. II, blz. 302 en volgg., ontbreekt schier elke waardeering in dezen, al wordt de zendingsarbeid zelve als heilzaam geroemd.

(3) Hij brengt op blz. 115 hulde aan de z. i. door Mr. Borret terecht «magistraal» genoemde nota van Dr. H. H. Kuyper over dat Protestantsche Kerkgenootschap als Bijlage 7 van het Rapport der Staatscommissie, ingesteld bij Kon. Besluit van 13 October 1910, n°. 21. Eene kleine onjuistheid begaat de Schrijver op blz. 108, waar hij het

De Schrijver acht neutraliteit in godsdienstzaken, voor zoover men daaronder zou verstaan, dat de Overheid nooit van instemming of van afkeuring in dit opzicht blijk zou mogen geven, eene ongerijmdheid. Hij houdt slechts mogelijk, en wil ook betrekkelijke neutraliteit, waaronder hij begrijpt het zoo weinig mogelijk, slechts voorzoover openbare orde, rust, enz., het eischen, tegengaan van zekere godsdienstige opvattingen en het op de meest rationeele wijze in de hand werken van andere.

Ook past volgens den Schrijver de Overheid in het algemeen deze betrekkelijke neutraliteit in de koloniën toe, en meent hij, dat slechts weinig gevallen zijn te vinden, waarin de Overheid individuen of gezindten opzettelijk verdrukt of bevoorrecht. Onder die gevallen rekent hij voor het tegenwoordige, wat betreft de individuen, de houding der Overheid tegenover de klachten over miskenning van Christen-inlanders (blz. 57 en volgg.); hare houding tegenover de Gereformeerden (blz. 67 en volgg.; blz. 113 en volgg.); en die ten opzichte van huwelijken van Aziaten in Suriname (blz. 25). Immers volgt de Overheid in genoemde gevallen eene gedragslijn, welke ten nadeele van genoemde personen afwijkt van hetgeen met betrekking tot Mekka-gangers gedaan wordt, en heeft hier eene noodelooze, met het oog op art. 119 van het Regeeringsreglement van Ned.-Indië ook onrechtmatige verdrukking plaats.

Aan den anderen kant acht hij evenzeer in strijd met genoemd artikel, dat feitelijk hadji's van heerendiensten worden vrijgesteld; de ongemotiveerde voorkeur voor Christenen bij sommige ambten; en de in enkele gevallen voorkomende bevoorrechting van Christen-inlanders boven hunne rasgenooten (1).

Wat de gezindten aangaat, mag men volgens den Schrijver aannemen, dat, behoudens de onvermijdelijke aantasting van den heidenschen godsdienst, van bepaalde onderdrukking van gezindten geene sprake is.

De Schrijver wil, zooals ik opmerkte, niet weten van kersteningspolitiek. Hierin sluit ik mij bij hem aan. Ook

---

optreden van Koning WILLEM I in de kerkelijke zaken van Ned.-Indië toeschrijft aan een ideaal van dezen Vorst om alle Protestantsche gezindten te vereenigen «naar het model der «Unirte Kirche» in Pruisen» enz.. De «Unirte Kirche» van Pruisen dagteekent van 1817. (Zie KURTZ, *Lehrbuch der Kirchengeschichte f. Studierende*) 9e dr. (1885), Bd. II, dl. 2, blz. 30. Trouwens heeft Koning WILLEM I aanstonds na het herstel van ons zelfstandig volksbestaan getoond, het voornemen te hebben de organisatie van de Kerk ter hand te nemen. Ik wees daarop in *Het Reglement van '52*, blz. 37 en volgg..

(1) Zie over deze punten blz. 66/67.

m. i. is de Overheid niet geroepen rechtstreeks propaganda voor het Evangelie te voeren. Toch mag niet vergeten worden, dat het hier geldt *Nederlandsche* koloniën, en het Nederlandsche volk tot de Christennatiën wordt geteld. De Schrijver haalt aan (blz. 163) het woord, dat Dr. Bos 19 Nov. 1909 sprak in de Tweede Kamer der Staten-Generaal: „Niemand zal het ontkennen, dat wij zijn een volk, dat leeft onder den sterken invloed van de christelijke ethiek, evenals alle Westersche Mogendheden en dat wij dus terecht een Christelijk volk kunnen genoemd worden, maar zijn wij een Christelijk volk, wij zijn geen doopende staat en dat is het groote verschil." Gewaagde Dr. Bos hier van christelijke ethiek, en las ik daarvoor liever christelijken godsdienst, — dit maakt geen verschil in zoover, ofschoon ontkend wordt, dat de Regeering zelve den christelijken godsdienst heeft te brengen, toch het christelijke karakter van het Nederlandsche volk ook door Dr. Bos erkend werd.

Daarmede is zeker onvereenigbaar de tegenwerking van de Zending, gelijk die vroeger plaats vond, en eveneens alle neutraliteitspropaganda, die juist wèl leidt tot den „doopenden" Staat in zoowel anti-islamitischen als anti-christelijken zin.

Het moeilijke probleem is dan ook in dezen, om, zonder tot eenen doopenden Staat te worden, nochtans overeind te houden, overeenkomstig wat de inlander zelve veelal schijnt te verwachten, het christelijke karakter van het Nederlandsche volk, als welks vertegenwoordiger de Overheid in de koloniën handelt. Zeker dient gewraakt te worden alle door de Overheid te oefenen dwang op wie het Christendom niet belijden, tot eenige daad, welke slechts van Christenen is te vergen. Iets anders evenwel is het belet worden om te doen datgene, waartegen zij, die geene Christenen zijn, geen bezwaar zouden hebben. Ook in Nederland is op den Zondag niet alles geoorloofd, zonder dat daarin eenige gewetensdwang ligt voor wie dien dag niet als den dag des Heeren erkent. Mr. Tydeman achtte het, gelijk de Schrijver daaraan op blz. 55 herinnert, ongeoorloofd, dat in de Zondagscirculaire van 7 Juli 1903, door den Gouverneur-Generaal Idenburg uitgevaardigd, feesten op Zondag blijkbaar onbetamelijk werden geoordeeld. Hier grondde zich het overheidsgebod op voorschriften, aan den Bijbel ontleend. Als echter alle gebod, dat op den Bijbel steunt, afkeuring verdient, wordt het zich gedragen als Overheid van eene christelijke natie zeker moeilijk. Naar het schijnt, voelt de heer Alting von Geusau blijkens blz. 56 veel voor de opmerking van Mr. Tydeman, of het toch niet krenking van de godsdienstvrijheid is, indien een inlandsche ambtenaar belet wordt een inlandsch feest bij te wonen, omdat het op eenen Zondag valt. Mij dunkt, dat de vraag, dus gesteld, beslist ontkennend beantwoord moet

worden. Op deze wijze wordt het begrip van godsdienstvrijheid overspannen. Niet alles wat iemand krachtens zijnen godsdienst geoorloofd acht; zelfs niet alles wat iemand krachtens zijnen godsdienst zou wenschen te doen, is ook godsdienstplicht.

Ten volle erken ik het moeilijke van het stelsel, om de godsdienstvrijheid voor allen steeds te vereenigen met het optreden als Overheid van eene Christennatie. Maar des Schrijvers standpunt om slechts dan tegen of voor zekere godsdienstige opvattingen op te treden, als openbare orde, rust, enz. dit eischen, geeft prijs een ander element, dat m. i. niet minder belang heeft dan de vrijheid van godsdienst.

Kan ik mij dus in dezen niet geheel aan des Schrijvers zijde scharen, toch ontneemt dit niets aan de waardeering, die ik voor zijnen arbeid uitsprak.

Amsterdam, 25 Juli 1918. D. P. D. Fabius.

De rechterlijke organisatie van Zeeland in de Middeleeuwen, door Dr. J. H. Gosses, Hoogleeraar aan de Rijksuniversiteit te Groningen.

Wij zullen het in dezen niet hebben over het werk van een beginneling, maar over dat van iemand, die op dit veld van wetenschap gezegd mag worden zijne sporen te hebben verdiend. Nu ik mij zet ter bespreking, ingevolge het verzoek der Redactie van dit Tijdschrift, begin ik de beteekenis dezer omstandigheid eerst recht te beseffen. Immers met een goedkeurenden hoofdknik, of een welwillende handwuiving, ter aanmoediging om op den ingeslagen weg voort te gaan, waarmede sommigen meenen schrijvers van dissertaties te mogen afschepen, zou ik mij wel eenigszins belachelijk maken, terwijl, wilde ik mij wagen aan critiek — om van vernietigende, die tegenover sommige dissertaties misschien van pas kan zijn, niet te spreken — ik niet onbeslagen ten ijs zoude moge komen. Het betoog zoude uitvoerig moeten zijn, te uitvoerig in de meeste gevallen met het oog op de beschikbare ruimte. De argumenten zouden dan niet mogen ontbreken; integendeel, met een in slagorde geschaarde reeks, tegenover de redeneeringen van den Schrijver, zoude ik zijne stellingen hebben te bestrijden. Hiervoor was de betrekkelijk korte spanne tijds, die mijne ambtsbezigheden mij overlaten, zeker niet voldoende. Ik zal mij dan ook in het vervolg bepalen tot enkele kantteekeningen en vragen.

Het gaat hier over het werk van een professor. Een professor, die aan het slot van het „Voorbericht" verklaart, dat hij niet het laatste woord heeft willen hebben, — iets, dat naar verluidt niet altijd met professoren het geval is —, maar daaraan toevoegt, dat hij zijn werk brengt onder het oog van zoowel historici als juristen, in de hoop dat zij „niet te veel aan faculteitsgrenzen denken" en hem zijn „gebrek aan wetenschappelijke hokvastheid niet kwalijk zullen nemen". Eerlijk gezegd is dit mij niet recht helder, en schijnt men wel lid eener faculteit te moeten zijn, om met een stijlbloempje als dit te werken. Ik laat dan ook maar in het midden in welk wetenschappelijk hokje de rechtsgeschiedenis moet worden ondergebracht, ben echter maar zoo vrij mij te rekenen onder hen, van wie de Schrijver verklaart zich te zullen verheugen, indien hij hun woord heeft uitgelokt.

En nu ter zake. Het werk is dus van een professor, is het ook professorale arbeid? Mijn antwoord moet luiden: ja en neen. Zonder twijfel ja, als men denkt aan den tijd en den arbeid besteed om de gegevens, in het boek verwerkt, bijeen te brengen, ze te schiften en te schikken, als men let op de nauwkeurigheid, waarmede dit is geschied, en de scherpzinnigheid, waarmede de Schrijver zijne gevolgtrekkingen daaruit maakt. In alle deze opzichten is het boek geleerd. Ware het niet, dat het woord in de laatste jaren voor sommigen zulk een wrangen bijsmaak had gekregen, ik zou er bijgevoegd hebben: Duitsch; om nog precieser aan te geven, wat ik met het woord „geleerd" bedoel (1). Ten allen overvloede zij hier bijgevoegd, dat ik hier niet mee wil hebben gezegd, dat de taal duister en de stijl onbeholpen is, hetgeen onder die bijvoeging ook wel eens wordt begrepen.

Het antwoord op de gestelde vraag moet, dunkt mij, ontkennend luiden, als men zich aan het einde van het boek afvraagt, welke zijn nu in het algemeen genomen de uitkomsten, waartoe de Schrijver komt, en welke zijn de groote lijnen, waarlangs zijn betoog heeft geloopen? Daarmede wil ik wederom niet beweren, dat resultaten van algemeenen aard niet aanwezig zijn, en dat den Schrijver zelf die lijnen niet voor den geest hebben gestaan, maar wel meen ik te mogen staande houden, dat die resultaten op verschillende plaatsen, en waar men ze niet juist zou verwachten, moeten worden opgediept, en dat de lijnen nu en dan voor den lezer ganschelijk onzichtbaar zijn geworden. Wij zien den Schrijver in zijn laboratorium aan zijn wetenschappelijken arbeid, maar het verband tusschen zijne proeven en de uitkomst van het onderzoek blijft soms geheel verborgen of wel het wordt zoo veel later medegedeeld, dat het onderzoek zelf uit het oog is geraakt. In één woord, het werk is niet overzichtelijk. Het is daarom wel te betreuren, dat de Schrijver althans niet getracht heeft dit gebrek aan te vullen met een „samenvatting" zijner resultaten; voorbeelden daarvan had hij zeker genoeg kunnen ontleenen daar, waar hij den titel

(1) Aan het slot ontbreekt een «Excurs» dan ook niet. Daarin handelt de Schrijver over «Weergeldherleidingen", en toont zeer gedocumenteerd aan, op welken onzekeren grondslag in dezen stelsels omtrent de indeeling der standen en hunne maatschappelijke verhoudingen worden opgetrokken. Hij trekt hier vooral te velde tegen Ernst Mayer, in diens verhandeling over Friesische Standesverhältnisse. Deze schrijver schijnt inderdaad uit te munten door «een buitengewone stoutheid» in zijn betoogtrant, waardoor zijne onderzoekingen worden, zooals Gosses het uitdrukt, tot een «griezelig spel van misverstand». Men vergelijke besprekingen van twee andere van Mayer's werken in Zeitschr. für Rechtsgeschichte, Bd. 37, Germ. Abth. S. 527 flg. en 688 flg.

voor zijne korte verhandeling aan het slot van het boek heeft gevonden. Of hij hierdoor bij den opzet van zijn arbeid aan redelijke eischen in dit opzicht zoude hebben kunnen tegemoet komen, waag ik echter niet te beslissen.

Dit zoo zijnde, zal ik mij er dan ook mede vergenoegen, aan de hand van de inhoudsopgave kortelijk na te gaan, waarmede des Schrijver's betoog zich bezighoudt, in aansluiting aan den hierboven opgenomen titel van het boek. Zeeland omvat voor hem de eilanden ten Noorden en ten Zuiden van de Ooster Schelde, al is daartoe het gebied van het Zeeuwsche recht niet beperkt, en al waren deze oorspronkelijk niet als een zelfstandig georganiseerd, staatkundig geheel te beschouwen. Zij vormden toch, althans zeker die ten Zuiden van de Ooster-Schelde, oorspronkelijk een onderdeel van Vlaanderen, en behoorden tot het burggraafschap van Brugge. De heer van Voorne was meestal, toen de Hollandsche graaf met laatstbedoeld gebied werd beleend, burggraaf, en oefende later in die hoedanigheid gezag over alle de bewuste eilanden. Het is dan ook terecht, dat de Schrijver zich ter verkrijging van inzicht in de vroegere bestuursorganisatie heeft gewend tot het licht, dat Vlaamsche rechtsbronnen kunnen geven.

Na deze inleiding worden het „Ambachtsgerecht" en zijne bevoegdheid behandeld. Ten aanzien der laatste komt de Schrijver tot een zeer beperkte voor strafzaken, en wel enkel voor kleinere tegen de belangen van het land en den landbouw gerichte vergrijpen, „lantzaken". Een uitdrukking, waarvan hij naar 't mij voorkomt, in tegenstelling met vroegere schrijvers de juiste beteekenis heeft vastgesteld (1). Vervolgens bespreekt hij de samenstelling van het genoemde gerecht, en komt natuurlijkerwijze het eerst op den daarin voorzittende, den schout of ambachtsheer, en wel bepaaldelijk in diens verhouding tegenover den landsheer en de bevolking. Dat de schout van ambtenaar leenman wordt, en daarmede het ambt zijn oorspronkelijk karakter verliest, ligt in den algemeenen gang van zaken, en is niet bepaald Zeeuwsch. Wel is dat te vinden in het optreden van den schout als tusschenpersoon tusschen den landsheer en de bevolking, èn wat de aanvaarding van het landsheerlijk gezag door den laatste betreft, èn wat in het bijzonder bedeheffing en heervaart aangaat.

Met betrekking tot de bevolking stelt de Schrijver in het

(1) Gevraagd mag desniettemin worden, of de proef op de som wel zoo sluitend is als de Schrijver wil doen voorkomen. Immers volgens de op blz. 29 en 30 aangehaalde plaatsen komt een gedeelte van de boete ook aan den graaf. Verg. nog het privilege voor Goes van 1342 bij VAN MIERIS II, blz. 672.

licht, dat als geheel genomen, de oorspronkelijk vrije stand is verdwenen, en een klein gedeelte als edelen langzamerhand een overwegende machtspositie heeft ingenomen tegenover het andere deel, dat na met de onvrijen te zijn samengesmolten het gros der bevolking heeft gevormd. Zij waren de ingezetenen, zooals het met merkwaardigen rechtsterm luidt, de „vrienden" van den schout, den ambachtsheer. Deze vertegenwoordigde hen tegenover het landsgezag en was voor hen aansprakelijk, waartegenover zij hem zekere dienstplichtigheid schuldig waren.

Naast den voorzitter treffen wij als bijzitters, die tevens de te vellen uitspraak aangeven, de schepenen aan; oorspronkelijk was voor hen de hoedanigheid van vrije vereischt, maar bij de verschuiving van de maatschappelijke toestanden kon deze eisch in vollen omvang niet worden gehandhaafd. Dit het eerst in het dijksgerecht, daar in deze kleine rechtsgebieden — schepenen toch moesten ingezetenen daarvan zijn — volvrijen, zooals uit het bovengezegde volgt met den naam edelen dan te bestempelen, in voldoend aantal niet meer te vinden waren. Voor de ambachtsgerechten deed het bezwaar zich minder gevoelen, in zoover zij bezet mochten worden met „landschepenen", wonende in een grooter gebied, hetwelk met den term „maalstede" werd aangeduid, en zich over verscheidene ambachtsgerechten kon uitstrekken. Omgekeerd konden er ook meer maalsteden in één ambachtsgerecht voorkomen, en dit wel daarom, omdat de ambachtsheerlijkheid, als een splitsbaar leen, zich versnipperde, welke versnippering echter tegengegaan werd, althans in hare verderfelijke gevolgen gestuit, door overeenkomsten tusschen de gerechtigden zelf.

Ten aanzien van de bevoegdheid van het besproken lage gerecht in, wat de Schrijver noemt „civiele zaken", — term, die voor de middeleeuwsche rechtspraak altijd met voorzichtigheid moet worden gebruikt — zien wij, dat deze ook binnen enge grenzen is beperkt, immers tot geschillen over de afscheiding van landen en tot boedelscheiding. De overdracht van onroerend goed behoefde, gelijk door hem terecht wordt betoogd, niet gerechtelijk te zijn. Maar zij kon, indien de rechter zich er mee bemoeide, bijzondere gevolgen hebben. Ik kom hierop nog terug. Aan het slot van dit hoofdstuk komt volgens de inhoudsopgave voor een afdeeling getiteld: „Besluit". Indien iemand meent daarin te zullen vinden een overzicht der slotsommen van het voorafgaande betoog, dan zal hij bedrogen uitkomen, evenzoo bij dat aan het eind van het vierde hoofdstuk. Wel vinden wij in dat „Besluit" gewezen op de uitbreiding der bevoegdheid van het ambachtsgerecht, bepaaldelijk ten aanzien van strafzaken.

Gaan wij verder met ons overzicht, dan zien wij ook dan weder hetzelfde. In Hoofdstuk III toch wordt gehandeld over

het „jaargeding", eerst in verband met het gouwding in het Vrije van Brugge, vervolgens meer bijzonder voor Zeeland, ten aanzien waarvan met betrekking tot den tijd vóór 1328 de overeenkomst met het eerstgenoemde wordt aangetoond. Het is in het algemeen het gerecht, dat op bepaalde tijden, gewoonlijk driemaal, in het jaar wordt gehouden, en bestemd is tot het klagen over en het innen van schuldvorderingen. Met het oog op het betrekkelijk gering aantal terechtzittingen, waarmede men zich moest behelpen, werd te dezen dikwijls de toevlucht genomen tot de kerkelijke rechtspraak, die hier dus, in zaken van zuiver burgerlijk verkeer, die van het staatsgezag verving en zich ten koste daarvan uitbreidde. Merkwaardig is, dat de verschuldigdheid der jaarbede aan de grafelijkheid in dit gerecht niet wordt vastgesteld — wijl dit reeds langs administratieven weg was geschied — maar alleen de feitelijke invordering kon worden ingeleid en daar voltooid. Overtredingen der grafelijke keuren worden ook in dit geding berecht en de boeten, daardoor beloopen, ingevorderd. Na opheffing van het jaargeding behooren deze zaken als regel bij het lagere gerecht. Ten slotte komen de voorzitter, de „burggraaf" en de „mannen", de bijzitters, ter sprake. Onder deze afdeeling wordt ook gehandeld — zeker wel eenigszins vreemd — over de bewijsmiddelen, omtrent welke straks nog een enkel woord.

Het laatste, vierde, hoofdstuk gaat over de grafelijke of hooge vierschaar. Na een blik op de ontwikkeling in Vlaanderen te hebben geslagen, en aangewezen te hebben, hoe daar de grafelijke macht in het algemeen met uitschakeling der schouten, en invoeging van een ambtenaar voor grooter rechtsgebied, n.l. den baljuw, is toegenomen, stelt de Schrijver in het licht, dat de laatste in Zeeland als zoodanig eerst in veel lateren tijd voorkomt. De samenstelling van het genoemde gerecht komt dan aan de orde, waarbij hij de aandacht er op vestigt, dat dit gerecht is een zuiver grafelijk gerecht, dat de graaf of zijn zoon alleen daarin mogen voorzitten, dat de burggraaf dit niet mag, daar deze slechts als helper mag optreden. Later wordt de graaf wel eens vertegenwoordigd door een stedehouder, maar slechts bij uitzondering. Vermeld worden nog de rentmeester, die de zaken voor de terechtzitting voorbereidt, ze aanbrengt en later voor de tenuitvoerlegging der uitspraken zorgt, de „voorsprake" of advocaat, die bepaaldelijk voor 's graven belangen opkomt en gevoegelijk met het bijvoegsel: fiscaal zoude kunnen worden versierd. Eindelijk de schout, die, en dat is zeker eigenaardig, hoewel niet voorzitter zijnde toch voor de juiste leiding der terechtzitting moet zorg dragen, en eindelijk een of meer notarissen, als schrijvers.

Van meer belang zijn de „leenmannen", die als bijzitters van den graaf optreden. Aanvankelijk ten getale van zoo-

velen als zich bij den graaf bevonden, wanneer hij ter behartiging der regeeringsbelangen zich in Zeeland bevindt. Wij hebben hier, zoo min als elders, aanvankelijk met een gesloten college te doen. Den raad van den vorst, hetzij voor rechtszaken, in het bijzonder, hetzij voor bestuurszaken in het algemeen — beiden worden aanvankelijk niet precies uiteengehouden — vormen zij, die de graaf daartoe bij zich roept. En de ontwikkeling gaat ook hier denzelfden weg. Naast de aanzienlijken in den lande, de edelen, komen de ambtenaren, zij die zich in 's graven dienst voortdurend met de bestuurszaken bezighouden. Zij krijgen geleidelijk het overwicht in die college's, die met de uitoefening daarvan worden belast en, naar mate de regeeringszorg zich uitbreidt, talrijker worden, maar in den middeleeuwschen staat zich niet buiten financieele- en rechtsaangelegenheden bewegen. Echter als de vertegenwoordigers der ingezetenen, en dan langzamerhand tegenover den vorst, gaan de edelen voor het platte land, en thans daarnaast de vertegenwoordigers der steden, de staten, de volksbelangen, natuurlijk niet in de tegenwoordige beteekenis behartigen. Door de koorden van de beurs niet uit handen te geven weten zij de zich steeds uitbreidende macht van den landsheer althans eenigszins binnen de perken te houden.

Keeren wij terug tot het rechterlijk college, waarom het hier gaat. De hooge vierschaar, oorspronkelijk niet dezelfde voor bewesten en beoosten Schelde, wordt later als één geheel opgevat. Zij wordt gespannen, in beide gedeelten, later enkel in Middelburg en Zierikzee, terwijl te dien aanzien vroeger den graaf geen beperking was opgelegd. Ten slotte de bevoegdheid. In burgerlijke en leenzaken deed de „hooge vierschaar" recht in geschillen over onroerend goed, en van familierechtelijken aard; zij behandelt in beroep bovendien zaken, die voor de ambachtsgerechten hebben gediend. Te dezen aanzien bestond veelal onzekerheid, immers beroep onmiddellijk op het Hof van Holland komt ook voor. In strafzaken was de vierschaar het hoogste gerecht, en behandelde allé behalve de „lantzaken", zooals wij hebben gezien. Eveneens merkten wij reeds op, dat de ambachtsgerechten hunne competentie hebben uitgebreid ten koste van het hoogste gerecht, daar alleen de zwaarste misdrijven nog ter berechting van het grafelijk gerecht bleven. Bedenkt men nu, dat de graaf van Holland niet zoo dikwijls in Zeeland kwam, en dat alleen in zijne tegenwoordigheid de vierschaar hare functies kon uitoefenen, dan verwondert men zich, hoe bij zulk een organisatie de handhaving van orde en veiligheid ook maar eenigszins was gewaarborgd. En deze verwondering wordt te sterker met het oog op het feit, dat in de tweede helft der 15e eeuw de vierschaar

misschien een keer of vier, vijf is gehouden volgens de berichten die tot ons zijn gekomen.

Reeds vroeger sprak ik op dit punt mijne verbazing uit (1) en achtte dit alleen mogelijk, indien niet op andere wijze althans eenigermate daarin was voorzien. Mijne toen geuite veronderstelling, dat de rentmeester hierbij zoude zijn opgetreden, wordt met afdoende gegevens door den Schrijver bevestigd. De genoemde ambtenaar, die het vooronderzoek leidde, maakte met de daders de zaak af tegen betaling van meer of minder zware geldstraffen. Lijfstraffen mocht hij niet opleggen. Dat deze wijze van berechting, die niet enkel aan een groote mate van willekeur zal hebben geleden, slechts een zeer povere tegemoetkoming aan de destijds reeds grootelijks gevoelde bezwaren vormde, behoeft geen betoog. Dat zij een niet geheel onvoldoend surrogaat was, moet wel zijne oorzaak daarin hebben gevonden, dat ook bij de berechting voor de vierschaar, nadat de beklaagde schuldig was bevonden, hij en zijn goed gesteld werden in 's graven genade, die dan daarna naar zijn goedvinden aard en mate der straf bepaalde.

Overweegt men dit alles, dan zegt men den Schrijver volmondig na: „Men heeft zich in de middeleeuwen dikwijls ongelooflijk lang met gebrekkige instellingen beholpen" (blz. 150), en moet wel de juistheid erkennen van zijne snedige opmerking t. a. p., dat „in tijden, toen men van de veel gelaakte waanwijsheid der wettenmakers nog geen last had, de natuurlijke groei van instellingen lang niet altijd zoo welig en met de behoeften in overeenstemming geweest is, als ons wel eens wordt verteld".

Indien ik nu overga tot het maken van een enkele kantteekening, dan wil ik als een bescheiden vraag vooraf doen gaan deze, of het wel een het juiste inzicht bevorderende betoogwijze is, een bewijsplaats van elders te nemen, daarover eenigszins uit te weiden, en daarna tot de slotsom te komen dat zij toch eigenlijk voor het behandelde onderwerp, te weten de rechterlijke organisatie in Zeeland, niets bewijst. Men kan een voorbeeld hiervan vinden met betrekking tot het stadsrecht van Geervliet op blz. 112 vlg.

Een andere opmerking, die ik mij veroorloof, is deze. Al moet worden erkend, dat de voornaamste bronnen in dezen, n.l. de keuren van Floris den Voogd (± 1257) en van Floris V (1290) in slecht bewaarde teksten tot ons zijn gekomen, het is toch wel al te bescheiden met een kennelijk

(1) Zie mijne bespreking van L. W. A. M. Lasonder, Bijdrage tot de geschiedenis van de Hooge Vierschaar in Zeeland, in *Themis* 1909, blz. 623 vlg.

foutieve lezing rekening te houden („ghesommeerde scout" blz. 170); en het gaat toch niet aan — daar dit veel erger is — daarop een conjectuur te bouwen, die wel wat al te fantastisch is. De Schrijver haalt toch, waar hij de aansprakelijkheid van den heer voor de ingezetenen van zijn ambacht behandelt, op blz. 91 aan art. 96 van de Keur van 1290, inhoudende voor zoover thans van belang, dat zij zich uitstrekt over „liede, die op siin hofstede wonen in dorpen, daer kercken staen ende op havenen, daer hi in parochie woent", en beweert, dat daarmede kerkdorpen en havendorpen gemeend zijn. Al staat vast, dat etymologisch hier aan haven kan worden gedacht, evenzeer valt niet te ontkennen, dat zoodanige tegenstelling toch vrijwel zonder zin is, terwijl in het zinsverband aan een bijzonder type van een kerkdorp in het geheel niet is te denken.

Zoo schijnt de Schrijver op blz. 93, in tegenstelling met Fruin, in „custinge" niet den volgeed te zien, maar daaraan de beteekenis van den onschuldseed zelf te hechten. Tegenover diens betoog kan deze opvatting, dunkt mij, geen stand houden. Prof. Verdam heeft dan ook in zijn bekend Woordenboek tegenover Fruin zijne aanvankelijke opvatting gewijzigd.

Boven heb ik reeds gesproken van het weinig overzichtelijke van des Schrijvers betoogtrant. M.i. is het ook ten deele daaraan toe te schrijven, dat hij geen scherpe onderscheidingen maakt, waar zulks toch wenschelijk is, en bij gebreke waarvan aanleiding wordt gegeven tot verwarring en misverstand. Dit is bijv. het geval, waar hij behandelt de taak der mannen of schepenen, als bijzitters in het gerecht. Ik beweer geenszins, dat uit de bronnen altijd met zekerheid valt op te maken welke deze is, maar meen wel, dat men niet moet verwarren hetgeen bij ons de getuigen voor den rechter doen, en wat schepenen destijds deden. Immers terwijl de eerstbedoelden het bewijs leveren, waarop de rechter zijne uitspraak grondt, doen de laatsten, indien het niet gaat om zuiver bewijs op schepenbrieven, recht op eigen wetenschap, die zij òf als daartoe geroepen, òf wel toevallig hebben verkregen. Wat het eerste geval betreft, meestal in burgerlijke zaken. Het laatste doet zich voor bij het vinden der waarheid, waarop zij in verband met hunne wetenschap omtrent het gebeurde feit, een veroordeeling uitspreken. Ik zeide boven: schepenen; er zij aan toegevoegd, dat bij het vinden van 's graven waarheid meest van „mannen" wordt gesproken. Een verdere stap in de ontwikkeling is, dat „in veritate comitis" getuigen worden gehoord, en de mannen, die de bijzitters in het gerecht vormen, hunne uitspraak, welke ook nog gedeeltelijk op eigen wetenschap kan steunen, op het van elders verkregen bewijs gronden. Dat alzoo het „adjutorium" van drie schepenen,

dat door drie anderen kan worden weersproken, uit de keur van ± 1257, of de latere „schepenkenninge" bij dezen gedachtengang niet te vergelijken is met ons getuigenbewijs, zooals de Schrijver doet op blz. 181, springt in het oog, daargelaten nu nog of wij hier niet met een versterking door volgeed te doen hebben. En evenzeer had op blz. 204, duidelijker moeten uitkomen, dat dezelfde „mannen", die onderzoeken, ook vonnis wijzen. Dat dit nu zonder eenig „procesformalisme" geschiedde, acht ik op zijn minst twijfelachtig, nu in de „onvormelijke" vierschaar, naar hij zelf op blz. 264 mededeelt, ook het „campgeding" voorkwam. Deze toevoeging is dus hier zeker minder op hare plaats. Dat, wat ik hierboven zeide, niet nieuw is, zal ook de Schrijver wel toegeven, daar hij blijkens de noot 1 op blz. 26 met hetgeen FRUIN en anderen, waartoe ik mijzelf mag rekenen, vroeger daarover hebben geschreven, bekend is. Het kwam er dan ook slechts op aan de bepaaldelijk door den eerste aangegeven lijnen goed vast te houden, en zich de rechtsfiguren, waar het in dezen om gaat, helder voor den geest te stellen.

Het is mij daarom wel opgevallen, dat de Schrijver waarschijnlijk niet gekend, zeker niet gebruikt heeft FRUIN's verhandeling over den „bannus pacis" (1), waar hij de bevoegdheid van het ambachtsgerecht bij de eigendomsoverdracht van onroerend goed behandelt. Ook hier mis ik ten eerste de preciese uiteenzetting van de beteekenis der uplatinge, der „gifte", van de Zeeuwsche rechtsbronnen, in de Latijnsche rechtstaal van dien tijd effestucatio genoemd, in de reeks der handelingen, door welke die overdracht tot stand komt. Immers zij is oorspronkelijk daarvan het laatste bedrijf, in zoover de overdrager ten slotte van alle rechten, welke hij op de betrokken zaak mocht hebben, afstand doet. Alle rechtsbetrekkingen tusschen hem en die zaak zijn daarmede afgesneden. In dit verband beschouwd is het ook duidelijk, waarom de edele alle aansprakelijkheid voor zijn ondergeschikte met deze symbolische handeling kan doen ophouden, waarover de Schrijver op blz. 93 spreekt.

Hieruit volgt, dat men de effestucatio niet mag gelijkstellen met de investituur, tenzij men daarbij wel bedenke, dat bij overdracht van vol eigendom dit laatste bedrijf naar landrecht de hoofdzaak is geworden, terwijl de symbolische inbezitstelling, de eigenlijke investituur, langzamerhand is komen te vervallen. Dat in het leenrecht juist op deze laatste de nadruk is blijven liggen is duidelijk, omdat de leenheer wel het feitelijk bezit overdraagt, maar niet van al zijne rechten, immers niet van zijn eigendomsrecht — hoe,

(1) Verspreide geschriften VI, blz. 256 vv.

bepaaldelijk in lateren tijd, ingeperkt dan ook — afstand doet. Leest men nu wat de Schrijver te dezen (blz. 139) stelt ten aanzien van vervreemding van onroerend goed naar Germaansch recht n.l.: „op het contract moest nog volgen de investituur, die veelal in den vorm eener symbolische handeling voltrokken werd, dikwijls met overreiking of het toewerpen van een halm, een festuca, als effectucatio, dus", dan geloof ik, dat ik niet te veel zeg, als ik beweer dat juridische nauwkeurigheid hier ontbreekt (1). En voor den historicus zal toch ook wel het „qui bene distinguit, bene docet" gelden.

Laat ik nu nog een oogenblik stilstaan bij hetgeen de Schrijver in een afzonderlijke afdeeling behandelt onder den titel: „Overdracht van onroerend goed in vrijen eigendom voor de schepenvierschaar". De werking van zoodanige overdracht is hierbij juist opgevat, maar niet voldoende nadruk gelegd op de medewerking van den rechter, door wiens handeling, n.l. het leggen van den ban (vredeban, ferdban) op het goed, den verkrijger de onaantastbaarheid van het hem overgedragen goed wordt gewaarborgd (2). Immers het staatsgezag, hetzij dit nu als plaatselijk, dan wel over uitgebreider territoor als landsheerlijk optreedt, snijdt bij de gevolgde procedure door de uitspraak van zijn vertegenwoordiger alle aanspraken van derden af, zoo zij die niet tijdig hebben doen gelden. Dit is een algemeen rechtsinstituut; bijzonderheden, wat betreft de wijze en de werking dier procedure, zijn door Fruin in zijne aangehaalde verhandeling zoo duidelijk uiteengezet, dat hier met verwijzing kan worden volstaan (3).

Vat ik nu den indruk samen, dien het werk als geheel heeft gemaakt, dan meen ik niet onbillijk te zijn, met te stellen: Enkele merkwaardige uitkomsten zijn voldoende vastgesteld, andere moeten als adhuc sub judice worden beschouwd. In bijzonderheden doen zich tal van onbeantwoorde of niet afdoende beantwoorde vragen voor. Dit wordt door den Schrijver volstrekt niet verbloemd, maar is somtijds door hem over het hoofd gezien. Bij den toestand der betrekkelijk weinige rechtsbronnen, waarin deze voor ons

(1) Verg. hierover nader mijn «Ook een methode van beoefening der rechtsgeschiedenis» in *Rechtsgel. Mag.* V, blz. 48 vv., meer bijzonder blz. 61.

(2) Op de plaatsen, blz. 154/5 en 285, waar nog hierover gehandeld wordt, heb ik dit evenmin gevonden.

(3) Ten overvloede in mijn boven aangehaalde verhandeling ook nog iets op blz. 53 vv.

zijn bewaard, is dat alles volstrekt niet vreemd. Elke poging om nieuw licht te dezen te ontsteken valt te prijzen, ook al ontbreekt tengevolge van overmacht de kracht om niet voor tegenspraak vatbare uitkomsten te bereiken (1).

SEERP GRATAMA.

(1) Ik meen daarom ook, dat in zijne op verschillende punten gegronde critiek van LASONDER's boven aangehaalde verhandeling, de Schrijver dit dikwijls niet voldoende in het oog heeft gehouden, en daarbij wel eens onbillijk is geworden. Uitvoeriger betoog dienaangaande is niet hujus loci.

Kinderrecht en Kinderzorg in de laatste honderd jaren. — Academisch proefschrift van P. A. van Toorenburg. — Leiden, 1918.

Mr. Van Toorenburg is klaarblijkelijk een ernstig jurist. Bij de bestudeering van ons kinderrecht werd hij getroffen door de evolutie van dat recht in den nieuweren tijd; hij was toen niet tevreden met de vaststelling van dat feit, hij wilde weten waaruit het was voortgekomen, in hoeverre het een vrucht van eigen bodem, in hoeverre het van vreemden oorsprong was. Vandaar twee duidelijk te onderscheiden deelen zijner studie; in de drie eerste hoofdstukken van het proefschrift behandelt hij de geschiedenis van Kinderzorg en Kinderrecht in de laatste honderd jaren ten onzent; de twee laatste hoofdstukken van het werk zijn gewijd aan eene rechtsvergelijkende studie, het vierde ten aanzien van het burgerlijk kinderrecht, het vijfde ten aanzien van het kinderstrafrecht.

In de eerste plaats wil ik een overzicht geven van den inhoud van het geschrift.

Schrijver gaat uit van de meening, dat bij den aanvang der regeering van koning Willem I kinderrecht en kinderzorg nieuw moesten worden opgebouwd; met den aanvang dier regeering begint hij dan ook zijne geschiedenis, die hij in drie tijdvakken verdeelt, welke hij als volgt omschrijft: „Alles wat tijdens de regeering van Willem I geschiedde kan men rekenen tot het eerste. Wanneer buiten verband met den arbeid, die toen was opgezet, in verschillende kringen hier en daar, ongeveer te gelijker tijd, ook onderling onafhankelijk, verzorging van verwaarloosde kinderen wordt ter hand genomen, dan laat ik daarmee een nieuw tijdperk beginnen; dit valt eenige jaren voor het kenteringsjaar 1848; spoedig daarna gaat ook de overheid met de misdadige jeugd een nieuwen koers. Eene geleidelijke ontwikkeling van bijna een halve eeuw volgt Dan rijst, vrij plotseling, een ernstige ontevredenheid op het heele gebied van verwaarloosde en misdadige jeugd, die uitloopt op wijziging van burgerlijk en strafrecht, op aanvaarding van de leiding der kinderzorg door den Staat. Dit is het derde tijdperk; het begint ongeveer 1890, eind 1905 wordt de invoering der Kinderwetten een feit en sinds gaat de ontwikkeling weer geleidelijk voort".

In het eerste tijdperk gaat alles uit van het particulier

initiatief. Onder leiding van SURINGAR werd in 1823 het Genootschap tot Zedelijke Verbetering van Gevangenen opgericht, dat zich van den beginne af aan het lot der misdadige jeugd aantrok. Het was op zijn aandrang en met zijn finantieelen steun (hoe zijn de tijden veranderd), dat de Staat er toe overging bijzondere zorg te besteden aan jeugdige veroordeelden o. a. door oprichting eener school in de gevangenis te Rotterdam, waardoor wel wat werd bereikt, maar die toch ten slotte onder hare gebreken moest bezwijken.

Ten aanzien van de verwaarloosde jeugd valt in dit tijdperk hoofdzakelijk te vermelden het optreden der Maatschappij van Weldadigheid, die in hare landbouwkoloniën, in gestichten en in gezinnen verwaarloosde kinderen deed verplegen; trots regeeringssteun liep dit optreden op eene mislukking uit.

In het tweede tijdvak wordt de toestand merkbaar gewijzigd.

Ten aanzien van de misdadige jeugd neemt de Staat het heft in handen; de gebrekkige inrichtingen van vroeger maken plaats voor andere, waarin de opvoeding van den jeugdigen zondaar op den voorgrond staat; het huis van verbetering en opvoeding te Alkmaar; de gestichten voor meisjes te Montfoort; de Kruisberg en Veldzicht komen tot stand. In het lot der misdadige jeugd komt dus aanzienlijke verbetering, vooral ook omdat na ontslag, wanneer de Staat geheel terugtreedt, bijzondere vereenigingen gereed staan om zich het lot der ontslagen verpleegden aan te trekken. Het Genootschap tot Zedelijke Verbetering doet in dit opzicht uitnemend werk, maar ook andere vereenigingen, veelal staande op den grondslag van geloofseenheid, werken mede om de jeugdige verpleegden, na het herkrijgen hunner vrijheid, te steunen.

Voor wat de verwaarloosde jeugd betreft onthoudt de overheid zich geheel; het particulier initiatief doet alles — en dat is veel — zonder staatshulp en zonder staatsinmenging; gezins- en gestichtsverpleging worden toegepast; dikwijls wordt aan de laatste de voorkeur gegeven, getuige de oprichting van talrijke gestichten als Nederlandsch Mettray onder leiding van SURINGAR, de gestichten te Zetten onder leiding van HELDRING en nog vele andere, de meesten op godsdienstigen grondslag.

Weer een geheel ander beeld biedt het derde tijdperk.

Hoe langer hoe luider werden de klachten over het strafstelsel en de strafrechtspleging voor de misdadige jeugd, terwijl zij die zich het lot der ontslagen verpleegden en der verwaarloosde jeugd aantrokken er voortdurend op wezen, dat zij maar al te dikwijls door slecht gezinde ouders werden verhinderd hunne taak naar behooren te vervullen. De regeering gaf aan dien aandrang toe en maakte de Kinderwetten, die veel meer gaven dan gevraagd was, aanhangig

bij de wetgevende macht, die er zich van heeler harte mede vereenigde. De totstandkoming dier wetten was een keerpunt; in plaats der bijna geheele onthouding en het aannemen van steun van bijzondere instellingen, die wij in het eerste tijdvak leerden kennen, stelde de Staat zich aan het hoofd der zorg voor de verwaarloosde en misdadige jeugd; hij gaf leiding aan het particulier initiatief en steunde dit krachtig ook finantieel. Schrijver geeft hier een breed overzicht van wat, na de invoering der Kinderwetten, door den Staat en bijzondere personen en vereenigingen werd tot stand gebracht door den bouw van tuchtscholen, opvoedingsgestichten, observatiehuizen enz. en door het werk van vereenigingen als „Pro Juventute", dat op meerdere plaatsen de taak van het Genootschap tot Zedelijke Verbetering overnam.

Wanneer schrijver ten slotte zijn, wel zeer optimistisch, oordeel over de organisatie, die zich na de nieuwe wetgeving ontwikkeld heeft, samenvat, dan zegt hij: „Alles te zamen genomen vertoont zij een machtig geheel van rijke en fijne samenstelling, dat eene groote taak vervult, zonder dat klachten van gewichtigen aard worden vernomen".

In zijn vierde hoofdstuk vangt schrijver zijne rechtsvergelijkende studie aan met de behandeling van het „Burgerlijk Kinderrecht". Ook hier weer een breed plan; de plaats zal worden aangewezen, die „aan de Nederlandsche Kinderwetten toekomt in de geschiedenis van het familierecht".

Schrijver begint met een historisch overzicht der ouderlijke macht; oud-Germaansch-, oud-Fransch-, Romeinsch- en oud-Vaderlandsch recht krijgen hun beurt; ten slotte worden de Code Civil en ons Burgerlijk Recht van voor de Kinderwetten besproken. Schrijver zelf noemt zijne „teekening van de ontwikkelingsgeschiedenis der vaderlijke macht" slechts zeer schetsmatig en zegt niet ten onrechte, dat, wat zij aan volledigheid mist, goed wordt gemaakt door hare overzichtelijkheid. Ik wil hieraan toevoegen, dat zij zeker niet onverdienstelijk is, maar minder gelukkig schijnt mij schrijver wanneer hij van zijn schets zegt: „juist door het feit, dat zij loopt over eeuwen, verschillende tijdperken van beschaving door, leent zij er zich toe ons te leeren, hoe wij rechtsinstellingen moeten bezien en waardeeren". In alle bescheidenheid zou ik meenen, dat schrijver hier de waarde van zijn historische schets wel wat overschat.

Schrijver treedt vervolgens in eene beschouwing over de wijzen waarop de vaderlijke macht kan worden en in de verschillende landen der Europeesche beschaving ook is, beperkt. Hij staat nogmaals stil bij de historische ontwikkeling van ons kinderrecht en wijst in het bijzonder aan hoe onze wetgever het kind heeft beschermd; hij noemt de Arbeidswet, de Leerplichtwet en ten slotte de Kinderwetten met hun samen-

stel van maatregelen, waaruit hij er voor zijne rechtsvergelijkende studie een kiest „die het hart der zaak raakt", de ontzetting uit de ouderlijke macht.

Dan bespreekt schrijver de verschillende regelingen betreffende dezen uitersten maatregel in de landen der beschaafde wereld, waarna ook nog eenige korte beschouwingen worden gewijd aan eene rechtsvergelijkende studie der ontheffing van de ouderlijke macht.

Dit hoofdstuk wordt besloten met de bespreking van kinderwetten, die na de onze zijn tot stand gekomen.

In zijn vijfde hoofdstuk bespreekt schrijver het kinderstrafrecht. Hij wijst in de eerste plaats op de evolutie, die dit onderdeel van het Kinderrecht onderging. Als hij daarna het Nederlandsche Kinderstrafrecht met dat van andere landen gaat vergelijken, vestigt hij in het bijzonder de aandacht op de regeling der strafrechtelijke aansprakelijkheid van jeugdige personen en geeft dan een lezenswaardig overzicht van de thans bestaande buitenlandsche wetgevingen ten aanzien van dit punt in verband met de maatregelen en straffen door de verschillende wetgevers ten dienste van den strafrechter gesteld; hier vooral valt het op dat schrijver, aan wiens aandacht niet licht iets schijnt te ontsnappen, de Fransche wet van 22 Juli 1912 over het hoofd heeft gezien.

Wanneer schrijver in dit hoofdstuk eene vergelijking maakt tusschen de door hem besproken regelingen, dan wijst hij er op, dat bijna alle de onbruikbaarheid van het oude criterium, handelen met en zonder oordeel des onderscheids, erkennen en naar iets beters zoekende zijn, maar dat Nederland het eerste land is geweest, dat kort en goed het onderzoek naar het oordeel des onderscheids uit het Wetboek van Strafrecht heeft geschrapt.

Schrijver zelf is van oordeel, dat bij een kind dat misdoet „schuld" bestaat, die moet gewogen worden, maar niet op gelijke wijze als de schuld van een volwassene. Volgens schrijver staat ook de Nederlandsche wet op dit standpunt; door van kinderstraffen te spreken toont zij vast te houden aan de verantwoordelijkheid van het kind voor zijn daden. Schrijver acht het juist met zorg gekozen straffen op het kind toe te passen; hij meent dat bij het kind, veel meer dan bij volwassenen, van het opvoedend karakter van de straf mag worden verwacht.

In zijn „Besluit" doet schrijver uitkomen hoe ons kinderrecht, schoon ook door buitenlandsche wetgevingen beïnvloed, toch uit het Nederlandsche volk is voortgekomen en hoe de voor-arbeid onder het volk het den wetgever mogelijk heeft gemaakt zijn stelsel op te bouwen op de grootscheepsche samenwerking der overheid met bijzondere personen, waarop Nederland kan bogen.

Ten slotte zegt schrijver, er is beslist vooruitgang, maar het volmaakte is zeker niet bereikt; het is plicht om steeds door naar verbetering te streven, ten einde het kwaad, dat nooit geheel zal kunnen worden overwonnen, met klimmend succes te kunnen bestrijden.

Ziedaar een onvolledig overzicht van den rijken inhoud van dit proefschrift. Thans een paar bemerkingen, waarvan de eerste den vorm betreft.

Schrijver heeft zijn stof te veel verdeeld en onderverdeeld. De drie eerste hoofdstukken b.v. zijn ieder verdeeld in eene inleiding, die den „tijdgeest" behandelt, en twee deelen I de overheid, II de menschen, waarmede worden bedoeld bijzondere personen en vereenigingen. Ieder dezer onderdeelen is weer gesplitst in vier stukken „overzicht"; „misdadige jeugd"; „verwaarloosde jeugd" en „waardeering".

Over de inleiding, waarin schrijver den tijdgeest beschrijft zal ik weinig zeggen; zij moge soms niet onverdienstelijk zijn, haar nut is twijfelachtig, zij is niet, en kan niet zijn, voldoende uitgewerkt om tot een juistere waardeering der gebeurtenissen in het te behandelen tijdvak mede te werken.

De verdeeling der stof is m. i. niet gelukkig. Zij miskent, dat er van den aanvang af groot verband heeft bestaan tusschen het werk van de „Overheid" en van, wat schrijver noemt, de „Menschen", een verband dat geleidelijk nauwer werd en ten slotte beider werk maakte tot een ondeelbaar geheel; door de vele verdeelingen en onderverdeelingen komt dat verband en in het algemeen het verband, dat er tusschen de verschillende takken der kinderzorg bestaat, niet altijd tot zijn recht; zijn herhalingen soms onvermijdelijk; wordt soms meer dan noodig van het geduld der lezers gevraagd, en vooral de overzichtelijkheid van het werk niet bevorderd.

Ook tegen den inhoud zelf heb ik hier en daar wel bedenkingen, slechts eene wil ik hier te berde brengen. Op blz. 71, bij de bespreking der beginselen waarop de Kinderwetten rusten, zegt schrijver: „Terwijl in de wetgeving, die onder den invloed stond van de beginselen der Fransche omwenteling, met klem de rechten van den mensch tegenover den Staat verdedigd werden, zien we nu meer en meer het individu op den achtergrond geschoven, het recht en het belang der gemeenschap op den voorgrond geplaatst. In de Kinderwetten moet het recht op persoonlijke vrijheid van den minderjarige wijken voor dat van den Staat om hem — desnoods zijns ondanks — tot een goed staatsburger op te voeden; het recht van den vader wordt achtergesteld bij dat.....„van het kind", zou men zeggen, „van den Staat" is juister uitgedrukt". Ik acht deze uitspraak, die een funda-

menteel beginsel raakt, fout. Hier wordt den wetgever eene gedachte toegedicht, die hij nooit gehad heeft. Bij de totstandkoming der Kinderwetten stond op den voorgrond, dat het kind recht heeft op eene goede opvoeding en dat, wanneer de natuurlijke verzorgers daarin te kort schieten, de Staat dat recht van het kind heeft te handhaven, indirect zeker in het belang der gemeenschap, maar in de eerste en voornaamste plaats in het belang van het kind. Onjuist is dat het individu op den achtergrond wordt geschoven, neen het individueele recht van het kind wordt erkend — en gehandhaafd tegenover het plichtverzuim der ouders. Het recht op de persoonlijke vrijheid van het kind om desgewenscht tot een slecht staatsburger op te groeien, wordt niet opgeofferd, waaraan dan ook, want die vrijheid heeft nooit bestaan. Overal en altijd is het recht der opvoeders van de jeugd erkend om den kinderen, ook tegen hun zin en desnoods door dwang in te prenten wat voor maatschappelijke deugden werd gehouden. Het is waar, ook tegenover het kind eischt de Staat voor zich het recht op om te straffen waar het belang der maatschappij dit eischt, maar de taak van opvoeder aanvaardt hij slechts, waar dit onvermijdelijk blijkt, zoo mogelijk dan laat hij haar over aan bijzondere personen. Vergis ik mij niet dan was dit de gedachte, die bij het ontwerpen der Kinderwetten voorzat en die ook thans bij de uitvoering dier wetten voorzit. Schrijver zelf drukt dit op blz. 80 van zijn proefschrift juist uit, wanneer hij bij eene bespreking der Burgerlijke Kinderwetten schrijft: „Wat geeft den Staat het recht om tusschenbeide te komen, den rechter te machtigen tot het overdragen van de ouder- of voogdij-rechten aan vreemden? Het is de erkenning van het recht van het kind op behoorlijke verzorging, het recht van den Staat om voor de rechten van het jonge volk, *personae miserabiles*, te waken".

Maar wat er ook zij van dit verschil van gevoelen tusschen schrijver en mij, ten slotte verklaar ik gaarne, dat ik dit proefschrift als een verdienstelijk werk beschouw. Schrijver toont zich een goed geschiedschrijver, met groote objectiviteit beoordeelt hij het goede van waar het ook kome; hij doet ook blijken van een niet alledaagsch inzicht in het onderwerp, dat hij zich koos, terwijl iedere pagina spreekt van de voorliefde, die hij bij zijn studies de kinderzorg en het kinderrecht toedraagt. Er is reden op dit gebied nog veel goeds van Mr. Van Toorenburg te verwachten.

In de praktijk wacht hem een ontgoocheling. Wanneer hij in zijn „Besluit" de oorlogsellende bespreekt, prijst hij de onzijdigen gelukkig en meent hij, dat bij hen de ontwikkeling ook van kinderzorg en kinderrecht rustig voort kan schrijden. Helaas hij zal bemerken dat van die ont-

wikkeling op het oogenblik niet veel is te bespeuren; er zijn er die fluisteren van faillissement, doch dat zijn de pessimisten, de meesten willen dit niet toegeven, maar wanneer zij zien, dat vereenigingen geen pupillen meer kunnen aannemen, omdat hunne geldmiddelen het niet toelaten; dat hunne jaarrekeningen, ondanks die beperking, met stijgende tekorten sluiten; dat nergens, in geen particuliere en in geen rijksgestichten plaats is voor de zoogenaamde misdadige jeugd, waarvan het aantal steeds wassende is; wanneer zij er getuige van zijn, dat een jeugdig boosdoener, om de een of andere euveldaad van de straat verwijderd, maar wegens gebrek aan plaats onmiddellijk weer losgelaten — een ruim gebruik maakt van den aldus verkregen vrijbrief en nieuwe bewonderaars om zich heen schaart — dan zinkt ook hen den moed een beetje in de schoenen en dan zuchten zij: faillissement neen, maar wel een bedriegelijke schijn er van.

Laat zij, die de macht hebben dien ramp te voorkomen, zorgen dat de schijn geen werkelijkheid wordt. Er is geen tijd te verliezen.

A. Bosch.

Lenigheid en strakheid in de wetgeving. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleeraar aan de Nederlandsche Handelshoogeschool te Rotterdam op Dinsdag 24 September 1918 door Mr. Dr. H. R. Ribbius. Haarlem, TJEENK WILLINK, 1918.

Wanneer men als hoogleeraar more majorum zijn ambt wil aanvaarden met eene inaugurale rede staat men voor een niet gemakkelijke te beantwoorden vraag. Waarover zal men spreken, wat is een geschikt onderwerp waarover men in den korten beschikbaren tijd van nog geen uur iets zeggen zal interessant ook voor den niet-deskundige, begrijpelijk voor een ieder en zonder te vervallen in algemeenheden en phrases?

Op het eerste gezicht schijnt het getal onderwerpen niet gering maar alras blijkt, dat over de meest geschikte reeds door anderen is gesproken. Nu kan men wel gelijk de heer RIBBIUS, die het niettegenstaande den titel zijner rede voornamelijk over de bezwaren der codificatie had en den beste weg om die uit den weg te ruimen zulk een reeds behandeld onderwerp kiezen, maar dan moet men toch iets nieuws te berde brengen of althans wat reeds bekend is zóó weten te zeggen, dat het aangenaam is te hooren. En nu moet ik eerlijk erkennen dat nieuws in de rede niet veel is te vinden. Of zij aangenaam te hooren was? Naar den vorm lijkt zij goed verzorgd en bij eene rede hangt veel af van de wijze waarop zij wordt voorgedragen. Toch geloof ik, dat had ik het voorrecht gehad de oratie te mogen hooren uitspreken mijn genot niet onverdeeld geweest zou zijn Immers men vindt in het stuk sporen van zekere slordigheid in de wijze waarop de gedachten worden uitgedrukt, dat men zich soms afvraagt of dit niet getuigt van ietwat gebrek aan historischen zin.

Geen vriendelijke opmerking zal men zeggen en ik zal dus de juistheid daarvan moeten aantoonen.

En dan vraag ik wat denkt men van het navolgende betoog.

„Dat een Nederlander op zijn eed niet geloofd wordt boven „f 300 strekt onze nationale betrouwbaarheid niet tot eer, „maar pijnlijk moet het toch den niet-koopman aandoen,

„dat dit weinig vertrouwen slechts hem en zijn soortge-
„nooten geldt en dat de koopman boven dit wantrouwen
„verheven is, zoodat hij getuigen mag voor welk bedrag ook
„en zijn woord wettig bewijs kan leveren wat aan het woord
„van het andere deel van het Nederlandsche volk wordt
„ontzegd. Ja zooveel invloed ten goede hecht de wet aan
„het verrichten van daden van koophandel, dat ook een
„niet-koopman, indien hij zich slechts met een daad van
„koophandel bezighoudt daarover een eed mag afleggen en
„daarover geloofd wordt. Maar meen niet, dat hij den
„volgenden dag over een burgerlijke daad gehoord tot
„getuigenbewijs boven f 300 wordt toegelaten"?

Tien tegen één, dat een leek, die de rede heeft hooren uitspreken naar huis is gegaan in de meening, dat de omstandigheid, dat iemand koopman is ten gevolge heeft, dat aan eene door hem onder eede afgelegde verklaring een soortgelijke bewijskracht wordt toegekend als aan het op den ambtseed opgemaakt proces-verbaal van een veldwachter, des dat ook hetzelfde geldt voor een niet-koopman, wanneer hij zich slechts met een daad van koophandel heeft bezig gehouden en zijn verklaring betrekking heeft tot die daad van koophandel.

Natuurlijk heeft de spreker dit niet bedoeld maar hij heeft het toch maar gezegd.

En wat te denken van de volgende omschrijving van den inhoud van art. 2 der wet van 22 December 1857 (*Staatsblad* n°. 171): „Ten slotte een koopman krijgt 6 pCt. interessen
„voor hem verschuldigde bedragen, de particulier slechts
„5 pCt"? Zoo mag m. i. een docent, die zijn leerlingen een voorbeeld moet geven om zich juist uit te drukken, niet spreken.

„Slips of the pen" zal men zeggen. Zeker, wie maakt zich daaraan niet schuldig en wanneer de heer RIBBIUS ons verzekert, dat het gerecipieerde Romeinsche recht „conservatief
„werd als een *refugié* bij de Restauratie" is vermoedelijk niet bedoeld een mededeeling te doen omtrent den state of mind der slachtoffers van de opheffing van het Edict van Nantes in hun meer dan grijzen ouderdom.

Maar meer dan een slip of the pen is het, wanneer men mededeelt, dat de juristen ten tijde der codificatie wel van oordeel geweest zouden zijn, dat de handel sneller en beter recht moest hebben dan het gemeene recht geeft maar er niet aan zouden gedacht hebben dat „buiten den handel evenzoo
„snel en goed recht meer dan langzaam en minder goed recht
„gewaardeerd wordt".

De juristen uit dien tijd mogen vele gebreken hebben gehad, aan zulk een enormiteit hebben zij zich toch niet schuldig gemaakt. Wanneer het bewijs door getuigen in

art. 1933 B. W. niet wordt toegelaten om het bestaan aan te toonen van een acte of overeenkomst, die hetzij eene verbintenis hetzij eene ontheffing van schuld bevat, wanneer het onderwerp de som of de waarde van f 300 te boven gaat, maar voor zaken van koophandel die beperking niet geldt, is dit niet gebeurd omdat men in gewone burgerlijke zaken crediteuren het verkrijgen van hun recht wilde bemoeilijken of er niet aan gedacht zou hebben dat ook voor hen goed en snel recht noodig was, maar omdat men — ten onrechte mijns inziens — van oordeel was, dat door ook hier getuigenbewijs toe te laten juist *geen* goed recht zou worden geschapen En evenzoo is het op andere punten. Men week van het gewone recht af, ten onrechte misschien, maar men deed het niet omdat men het gewone recht, ook waar het geen handelszaken betrof, verkeerd achtte.

Een principieel bezwaar heb ik tegen de quintessens van het eerste gedeelte der rede, dat het handelsrecht geboren zou zijn uit de *verstijving*, uit de codificatie van het Romeinsche recht. De rechtsgeleerden „uit dien tijd" waarmede bedoeld moeten zijn de latere middeneeuwen en de XVIe eeuw toch „weigerden „uit de hoogheid van hun geleerdheid aan de nieuwe verkeers- „vormen den rechtsgrondslag, dus haar bestaan".

Dit is niet juist en getuigt niet van een goeden kijk op de rechtsgeschiedenis in de latere helft der middeneeuwen. Voorzeker er zijn beoefenaars van het Romeinsche recht, van het jus scriptum, geweest, die aan het handelsrecht minder goed gezind waren — merkwaardig, dat de spreker aan de canonisten en het woekerverbod niet schijnt gedacht te hebben — maar het is niet, althans niet in de eerste plaats aan invloed van juristen te wijten, dat het handelsrecht geworden is een standenrecht voor kooplieden. Dit is het noodzakelijk en onvermijdelijk gevolg geweest van de politieke en maatschappelijke toestanden in de middeneeuwen. Ook wanneer de glossatoren nimmer hadden gewerkt en het Romeinsche recht nimmer ware gerecipieerd zou het vermoedelijk niet anders gegaan zijn.

En wanneer de spreker verzekert, dat in Frankrijk dit nieuwe handelsrecht „reeds vroeg" in Koninklijke ordonnances werd vastgelegd en ten bewijze daarvan zich beroept op eene ordonnantie van 1563 en de beide ordonnanties van 1673 en 1681 van Lodewijk XIV dan vraagt men zich af, wanneer hij zich wel den tijd van het ontstaan der rôles d'Oléron en van de meeste instituten van het Handelsrecht ongeveer denkt.

Het moge waar zijn, dat „de traagheid van het gemeene „recht, vol voetangels en klemmen den koopman in de on- „gestoorde uitoefening van zijn bedrijf belemmerde", die traagheid en die voetangels en klemmen zijn het niet, die ook in

Frankrijk een afzonderlijk handelsrecht hebben doen ontstaan en hebben laten bestaan, al zijn zij mede een oorzaak geweest, dat zich in handelszaken eene afzonderlijke juridictie heeft kunnen handhaven.

Prof. RIBBIUS is geen vriend der codificatie, al zou hij er „reikhalzend" naar uitzien, wanneer wij op het terrein van het privaatrecht eene onoverzichtelijkheid zouden krijgen „zooals thans onze crisis-wetgeving krachtens de Distributiewet „gekregen heeft'. Ja een wetgever als de heer POSTHUMA! Gelukkig is daarvoor echter geen gevaar, al is de Minister ORT ook door buiten het bestaande Wetboek van Koophandel om de regeling van den firmanaam en van het handelsregister in afzonderlijke wetten te gaan regelen de codificatie te lijf gegaan.

Misschien zonder het te willen of te weten. Kwaad kan het volgens mr. R. niet. Immers „zoo lang FRUIN ook dergelijke „wetten publiceert, zal het publiek niet in archieven en staats-„bladen moeten gaan zoeken om het geldende recht te leeren „kennen". Onze dankbaarheid jegens FRUIN en zijn uitgevers, die nog grooter zou zijn, wanneer zij den prijs voor hun werk wat lager hadden gesteld, wordt na deze opmerking nog intenser, maar toch rijst de vraag of de afgetreden Minister van Justitie niet beter gedaan had door in het Wetboek van Koophandel op te nemen wat daar volkomen op zijn plaats geweest zou zijn. Voor den Rotterdamschen hoogleeraar is dit geen vraag. „Het „derde boek van het Wetboek van Koophandel is reeds neer-„gehaald". Dit is een voorbeeld dat navolging verdient. „Taai en „weerbarstig is de codificatie en slechts door list en ongemerkt „komt men haar te na. Een aanval met open vizier en over „de geheele linie wordt meestal afgeslagen en wel zóó grondig, „dat hem, die de poging deed, de lust voor een tweede maal „wel vergaat. Op beperkt gebied laat zich wel eens wat ont-„rooven. Zoo zal de taktiek moeten zijn om in den aanvang „met weinig tevreden langzamerhand den buit te vergrooten „en eens afgescheiden van het groote geheel zullen de af-„zonderlijke deelen hunne lenigheid behouden omdat zij „zich meer zullen voegen naar de verandering der tijden en „niet onbewegelijk zullen zijn geperst tusschen andere deelen, „die elkanders ontwikkeling tegenhouden".

Carthago delenda! Waarom deze heftige tegenstand tegen het Wetboek van Koophandel, dat volgens spreker nooit had moeten geboren zijn? Omdat dat wetboek en eigenlijk iedere codificatie de noodige wijziging van het bestaande recht zou tegenhouden.

Eene codificatie wordt wel gemaakt maar nooit herzien, zoo zeide Mr. S. P. FOCKEMA ANDREÆ. Vermoedelijk had deze, wat niemand hem zal verwijten, geen bijzondere studie gemaakt van het Byzantijnsche recht. Maar zonder dat men de

lotgevallen van de codificatie van JUSTINIANUS behoeft na te gaan, ook ten onzent leert, geloof ik, wanneer men de officieele editie onzer wetboeken van 1838 en 1881 en die van FRUIN naast elkander legt, de ervaring anders.

Een lappedeken, zegt men. Nu ja, mits zij slechts warmte geeft.

Nu is het voorzeker waar, de spreker merkt het op, dat eene codificatie wetswijziging niet bevordert. Het eerste geslacht dat deze nog heeft tot stand zien brengen wil van wijzigingen niet weten, wijl het het geleverde werk goed acht. Vervolgens komt eene periode, dat men van partieele herziening niet dan, wanneer deze onvermijdelijk is, wil weten en hoopt op eene algeheele herziening.

Edoch ook deze blijft uit. En dan komt de tijd — het is die waarin wij verkeeren —, dat men, wanneer een voorstel tot wijziging komt, vraagt waarom nu juist op het punt in quaestie eene wijziging wordt voorgesteld en aan ieder voorstel wordt verweten dat het te veel of dat het te weinig omvat. En inmiddels slapen uitstekend voorbereid zijnde wijzigingsvoorstellen hun slaap in de archieven van het Departement van Justitie of der Tweede Kamer.

Helaas dit doen zij. Maar meent men, omdat dergelijke argumenten ingang vinden? Waar de politiek meer en meer de wetgevende macht beheerscht, waar het gevoel, dat de Staat in de eerste plaats verplicht is voor goed recht zorg te dragen verdwijnt, waar de wetgeving op het gebied van het privaatrecht stil staat, ja daar veroudert het recht en zijn argumenten waarmede men hen bestrijdt, die daartegen reageeren spoedig te vinden. Maar daar veroudert het ook, al is er geen codificatie. Is in Engeland het recht door den wetgever steeds up to date gehouden?

Men behoeft mijns inziens geen bewonderaar der codificatie te zijn om toch te kunnen begrijpen waarom men haar in de XVIIIde eeuw verlangde en hoe zij ook afgezien van de Fransche revolutie — men denke aan Pruisen en Oostenrijk — en niettegenstaande den grooten invloed van VON SAVIGNY er toch *moest* komen. Is het dan maar niet beter haar, nu zij er is, te aanvaarden, op haar verbetering, die mogelijk is, waar zij hare pretensie van onverbeterlijk te zijn ten eenenmale heeft verloren, aan te sturen dan om te juichen over iederen deuk, die haar wordt toegebracht?

En wanneer men een verstandige rechtspraak heeft die niet hangt aan de letter der wet en nog minder aan de zoogenaamde parlementaire geschiedenis, een rechtspraak die niet zweert bij wat het lid der commissie van rapporteurs X. of de Minister Y. heeft gezegd maar die vraagt of de wet eene goede practische rechtstoepassing veroorlooft — meestal zal men dan zien dat dit niet alleen het geval is, maar dat de wet die zelfs beveelt — dan blijken de bezwaren aan de

starheid van het bestaande recht veel minder sterk dan men zich die voorstelt.

Het middel geeft niet altijd baat en het heeft zijn bezwaren. Daarbij komt, dat, wanneer het centraal gezag niet meer de kracht heeft op het gebied der rechtsvorming vruchtbaar werkzaam te zijn, het met de rechtspraak dikwijls ook niet gunstig staat. Is dit ten onzent thans reeds het geval?

Ik weet het niet maar men moet nog niet alle hoop verliezen. In elk geval door mede te werken tot het vormen van eene goede rechtspraak en bij den grooten invloed der rechtswetenschap vermag men op dit gebied als hoogleeraar misschien nog meer dan als magistraat doet men nuttiger arbeid dan door steeds te klagen, ook al geschiedt dit in fraaie volzinnen waaronder natuurlijk de bekende van het recht „das mit uns geboren" en van hetwelk „leider nie die „Frage ist" niet mocht ontbreken.

Ik heb, dit wil ik niet verzwijgen, wel eens redevoeringen gehoord en gelezen, die mij meer sympathiek waren dan de hier besprokene. Edoch eene inaugurale rede is dikwerf haastig in elkander gezet, zij is geen toetssteen. Doctrinair is de nieuwe hoogleeraar zeker niet en wanneer hij straks den tijd vindt voor rustige studie zal hij gewis arbeid praesteeren, die hooger staat dan deze rede.

C. S.