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

THEMIS

Verzameling van bijdragen tot de kennis
van het publiek en privaat recht

onder redactie van

Drs S. J. M. van Geuns, J. Ph. Suijling
C. W. de Vries, Chr. Zevenbergen
C. W. van der Pot, W. P. J. Pompe

VIJF-EN-NEGENTIGSTE DEEL

1934

's-Gravenhage
BOEKH. VH. GEBR. BELINFANTE N.V.
1934

Gedrukt bij
F. J. BELINFANTE voorh. A. D. SCHINKEL te 's-Gravenhage

MEDE-ARBEIDERS

Dr A. Anema, hoogleeraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, Haarlem.

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

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

Dr G. J. van Brakel, kantonrechter te Arnhem.

Dr S. G. Canes, vice-president van de Arrondissements-Rechtbank te Rotterdam.

Dr W. L. A. Collard, lid van het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

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

Jhr Dr Rh. Feith, president van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Dr R. A. Fockema, oud-president van het Gerechtshof te Leeuwarden, Baarn.

Dr C. J. Heemskerk, lid der Arr.-Rechtbank te Dordrecht.

Dr H. Hesse, oud-lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, 's-Gravenhage.

Dr Ed. Jacobson, advocaat en procureur, Rotterdam.

J. G. Klaassen, oud-Bewaarder der Hypotheken en van het Kadaster, notaris, Amersfoort.

Dr Ph. Kleintjes, hoogleeraar aan de Gemeentelijke Universiteit van Amsterdam.

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

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

B. J. de Leeuw, Thesaurier-Generaal, Ned.-Indië, Weltevreden.

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

Dr A. J. Marx, lid van de Arr.-Rechtbank te Rotterdam.

Dr J. C. Naber, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht.

Mr J. van der Poel, inspecteur der directe belastingen te Middelburg.

Dr A. Ruys, lid van de Arr.-Rechtbank te Amsterdam.

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

Dr J. M. van Stipriaan Luïscius, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

Dr H. Vos, advocaat, Leiden.

INHOUD

Bladz.

THEMIS

XCVste DEEL — EERSTE STUK

De vereenigingen in de Crisis-Varkenswetgeving

De Crisisvarkenswet 1932, waaraan de Nederlandsche Varkenscentrale en de Gewestelijke Varkenscentrales uiteindelijk hun ontstaan te danken hebben, is in menig opzicht van belang; praktisch en theoretisch (1).

Over de economische werking der wet zal hier niet worden gesproken, wellicht zal te zijner tijd daarover door terzakebevoegden feitelijk materiaal ter beoordeeling worden verschaft.

Praktisch van belang is de wet eveneens door de werking harer strafbepalingen, over welker uitgestrektheid en beteekenis zich reeds verschil van gevoelen heeft geopenbaard.

Theoretisch belang heeft de wet uit staatsrechtelijk en strafrechtelijk oogpunt, alsmede ook ten aanzien van het vereenigingsrecht.

Zonder aanspraak te maken op volledigheid of uitputtende behandeling, zullen eenige in genoemd opzicht belangrijke punten worden naar voren gebracht, voornamelijk voor zoover zij in verband staan met het rechtspersoonlijkheid bezittende lichaam: de Nederlandsche Varkenscentrale.

Deze vereeniging is het middelpunt van de geheele regeling, die ten aanzien van den steun aan de Varkenshouderij van regeeringswege getroffen is.

(1) Door C.V.W. wordt bedoeld Crisisvarkenswet, door C.V.B. het Crisisvarkensbesluit 1932, door C.V.Bg. de Crisisvarkensbeschikking 1932.

Bij de genoemde wet van 25 Juli 1932, uitgegeven den 6den Augustus 1932 en krachtens art. 25 in werking tredend den dag na hare afkondiging wordt bepaald o. a. in art. 2 (2) en art. 10 (3), dat aan de Nederlandsche Varkenscentrale diverse bevoegdheden zullen toekomen; deze bevoegdheden zijn van feitelijken en van juridischen aard: de uitvoer van varkensvleesch in oorspronkelijken of verwerkten toestand kan bij uitsluiting van ieder ander aan de Ned. Varkenscentrale worden verleend; zij heeft het beheer over het Stabilisatiefonds, waaruit onder andere worden verstrekt vergoedingen ten behoeve van den uitvoer van varkens en varkensvleesch, gesplitst naar de verschillende landen van bestemming en dat ten doel heeft een richtprijs te verkrijgen zooveel mogelijk overeenkomende met de onmisbare productiekosten; zij werkt mee tot de uitvoering der wet, bijvoorbeeld door het al of niet verleenen van machtigingen, zooals bedoeld in art. 7 (4) van het C.V.B.; zij heeft volgens art. 13 (5) der

---

(2) Art. 2 C.V.W. Bij algemeenen maatregel van bestuur kan worden bepaald, dat de uitvoer van varkens en varkensvleesch al dan niet verwerkt, slechts is toegestaan aan een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam, te noemen Nederlandsche Varkenscentrale, dat voldoet aan de bij en krachtens deze wet te stellen eischen.

(3) Art. 10 C.V.W. Bij algemeenen maatregel van bestuur kan worden bepaald, dat de invoer van varkens of varkensvleesch, al dan niet verwerkt, slechts is toegestaan aan de Nederlandsche Varkenscentrale, onder voorwaarde, dat de invoer van varkens of varkensvleesch, al dan niet verwerkt, slechts zal worden toegestaan tegen betaling van een door Onzen Minister, de Nederlandsche Varkenscentrale gehoord, telkens voor een door hem daarbij te bepalen tijdvak vast te stellen bedrag per varken, al dan niet geslacht. Dit bedrag kan voor verschillend gewicht der varkens verschillend zijn.

(4) Art. 7. C.V.B. Varkens, welke overeenkomstig de bepalingen der Vleeschkeuringswet 1919 (Stbl. no. 524) na slachting niet van merken als bedoeld in art. 16 van die wet behoeven te zijn voorzien, mogen niet worden geslacht dan na daartoe door of vanwege de Nederlandsche Varkenscentrale verstrekte machtiging, waarvan het model door Onzen Minister wordt vastgesteld.

(5) Art. 13 C.V.Bg. Indien zulks door de Centrale of het hoofd van een keuringsdienst voor de juiste uitvoering van de wet noodzakelijk wordt geacht, kan door de Centrale of dat hoofd verplichtend worden gesteld, dat:

C.V.Bg. de bevoegdheid verplichtend te stellen (te verordenen), dat het wegen van varkens op een door het hoofd van een keuringsdienst te bepalen plaats zal geschieden.

Dit lichaam, waaraan de kortelings gesignaleerde uitgebreide bevoegdheid is toegekend, is tot stand gekomen bij Kon. Besluit van den 24 Augustus 1932: op dien datum eerst bestond het rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam, gevorderd door art. 2 der C.V.W., de Nederlandsche Varkenscentrale.

Een vergelijking der data, waarop volledig rechtsgeldig bestaan de Crisivarkenswet, het Crisisvarkensbesluit, de Crisisvarkensbeschikking en de Crisisvarkenscentrale, bewijst voldoende het opzet der Regeering, de Centrale in de door haar voorgenomen regeling-van-steun aan de varkenshouderij te betrekken.

De Regeering heeft het dienstig geoordeeld, bij de wèt speciaal te doen vaststellen, dat sommige bevoegdheden met uitsluiting van anderen aan de Varkenscentrale zouden kunnen worden toegekend (artt. 2 en 10 der Crisisvarkenswet). Zulks is opvallend, waar de slotbepaling der wet, art. 23 (6), aan de Koningin de bevoegdheid verleent om, zoo noodig, nadere regelen te stellen tot uitvoering der Crisisvarkenswet of Haren Minister bevoegdheid te verleenen tot het stellen van nadere uitvoeringsregelen, onder door Haar te stellen voorwaarden; zoowel de in art. 2 als in art. 23 der C.V.W. bedoelde algemeene maatregelen van bestuur houden uitvoeringsregelingen in ten aanzien van de doelstelling der wet, die slechts en dan nog onvolledig te vinden is in den considerans, n.l. tot steun aan de varkenshouderij tijdelijke maatregelen te treffen ten aanzien van den afzet van varkens en van varkensvleesch en de teelt van varkens. Deze omschrijving van het doel moet nog worden aangevuld

---

a. hij, wiens varken gewogen moet worden, een aan het oordeel van den met het wegen belasten ambtenaar geschikt weegtoestel ter beschikking van dien ambtenaar stelt;

b. het wegen op eene door het hoofd van een keuringsdienst te bepalen plaats zal geschieden.

(6) Art. 23 C.V.W. Wij behouden Ons de bevoegdheid voor, bij algemeenen maatregel van bestuur, zoo noodig, met betrekking tot de uitvoering van deze wet nadere regelen te stellen of Onzen Minister, onder door Ons te stellen voorwaarden, daartoe bevoegdheid te verleenen.

uit den inhoud van den derden titel der wet (art. 10 tot en met 12) (7), regelend den invoer van varkens.

Ook mag men ten aanzien van beide genoemde algemeene maatregelen van bestuur aannemen, dat overtreding daarvan strafrechtelijk kan worden geweerd.

De toekenning van den uitvoer en invoer (artt. 2 en 10 der C.V.W. en art. 3 van het C.V.B.) (8) met uitsluiting van anderen, aan de Centrale, houdt een verbodsbepaling in ten aanzien van een iegelijk om zich daarmede bezig te houden zonder inachtneming van de bepalingen der wet.

Overtreding van dit voorschrift valt onder de strafrechtelijke bepalingen van art. 18 der C.V.W. (9).

Niet anders zal dit zijn bij overschrijding van nog nader te stellen uitvoeringsmaatregelen, hetzij deze gegeven worden door de Koningin bij Algemeenen Maatregel van Bestuur, dan wel door den Minister belast met de Zaken van den Landbouw bij Ministerieele Beschikking tengevolge van overeenkomstig art. 23 C.V.W. wettelijk gesanctionneerde delegatie van bevoegdheid. Immers in beide gevallen zal men te doen hebben met voorschriften krachtens de Crisisvarkenswet vastgesteld. Het verschil ligt slechts daarin, dat de normen, waarvoor art. 18 in 't algemeen de sanctie opstelt, tengevolge van art. 23 nog voortdurend zullen kunnen worden aangevuld, terwijl de in art. 2 der C.V.W. bedoelde maatregel is uitgeput door de eenmalige toekenning van de daargenoemde bevoegdheid aan de Crisisvarkenscentrale.

---

(7) Artt. 11, 12 C.V.W.

Art. 11: Het bedrag, in het vorig artikel bedoeld, wordt zoodanig vastgesteld, dat verschillen tusschen den prijs van het varkensvleesch in het binnenland en op de wereldmarkt, daardoor zooveel mogelijk worden opgeheven.

Art. 12: De Nederlandsche Varkenscentrale kan zich bij het gebruik van haar bij art. 10 bedoelde bevoegdheid doen bijstaan door natuurlijke of rechtspersonen, echter niet dan na goedkeuring door Onzen Minister van de voorwaarden, waaronder deze bijstand geschiedt.

(8) Art. 3 C.V.B. De in- en uitvoer van varkens en varkensvleesch is slechts toegestaan aan de Nederlandsche Varkenscentrale.

(9) Art. 18 C.V.W. Overtreding van een der krachtens deze wet vastgestelde voorschriften wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste zes zes maanden of geldboete van ten hoogste f 10.000.

Men zal derhalve niet de speciale vermelding van eenen algemeenen maatregel van bestuur ten aanzien van de eventueele bevoegdheden der Crisisvarkenscentrale kunnen motiveeren door de stelling, dat deze inhoudt bepalingen door straffen te handhaven, terwijl zulks bij de(n) door art. 23 C.V.W. bedoelde(n) niet het geval zou zijn; niet te ontkennen is echter, dat de redactie van art. 23 C.V.W. aanleiding geeft tot twijfel in die richting, waar het spreekt van een „voorbehoud" door den Kroon om nadere regelingen met betrekking tot de uitvoering der wet te geven, terwijl in art. 2 dier wet wordt bepaald, dat een algemeene maatregel van bestuur van den daar bedoelden inhoud „kàn" worden gegeven.

De reden der bijzondere vermelding zal dan ook in andere richting moeten worden gezocht en wel in de zeer bijzondere positie, die de Varkenscentrale inneemt. Zij is namelijk het orgaan, met welks bestaan en werking de geheele regeling door den wetgever beoogd, staat of valt.

Door middel van dit op het oogenblik van de totstandkoming der wet nog niet bestaande lichaam heeft de wetgever beoogd zijn doel te bereiken: door middel van een stabilisatiefonds, te vormen door de leden dier vereeniging, zal de in- en uitvoer worden geregeld; door middel van voorschriften dier vereeniging zal een rationeele teelt van varkens worden nagestreefd. De geheele inrichting der wet is er op gebouwd, dat er een aan art. 2 der wet voldoend lichaam zal worden gevormd en dat bij algemeene maatregel van bestuur ook inderdaad de in- en uitvoer bij uitsluiting aan dat lichaam zal worden toegestaan.

Op dit punt nu doet zich een belangrijke vraag voor van staatsrechtelijken aard. Is het in overeenstemming met de Grondwet, hare letter en hare strekking, dat in de*considerans* eener wet wordt bepaald, dat de Kroon in overweging genomen heeft, dat het wenschelijk is tot steun van de varkenshouderij maatregelen te treffen, daarmede overigens te volstaan, en de *geheele* uitwerking dier gedachte over te laten aan algemeene maatregelen van bestuur? cf. art. 72 Gr.W.

Hiervan wel te onderscheiden is de andere vraag of de Nederlandsche Varkenscentrale, wat zijn bestaan, inrichting en werkwijze betreft, aan de vereischten van Grondwet en wet voldoet, welke vraag later zal worden onder oogen gezien.

De eerstgenoemde vraag moet in ontkennenden zin worden beantwoord.

Volgens art. 110 der Grondwet word de wetgevende macht gezamenlijk door den Koning en de Staten-Generaal uitgeoefend; volgens art. 54 der Grondwet berust de uitvoerende macht bij den Koning. Interpreteert men laatstgenoemd artikel in den in dezen meest gunstigen zin, dan zal men er onder verstaan, dat de Kroon niet uit eigen initiatief en zonder eenige formeel-wettelijke basis algemeen bindende rechtsregels zal kunnen opstellen, dat de door den Kroon gegeven regels, in hoe geringe mate dan ook, van uitvoerenden aard moeten zijn ten aanzien van een gezamenlijk door den Kroon en de Staten-Generaal uitgeoefende wetgevende macht.

De beteekenis dezer beide artikelen is bij de totstandkoming der wet over het hoofd gezien.

Men vindt niet in de wet zeer algemeen gehouden rechtsbeginselen, waarvan de uitwerking geschiedt door algemeene maatregelen van bestuur, doch de wetgever heeft er zich mede tevreden gesteld den Kroon bevoegd te verklaren tot het vaststellen van datgene, wat o. i. door den algemeenen, in art. 110 Grondwet bedoelden, wetgever had moeten zijn vastgesteld, zooals bijvoorbeeld de mogelijkheid van monopoliseering van den varkenshandel en de heffing van gelden. Deze en soortgelijke regelingen zijn van even algemeen ingrijpenden aard als de mogelijkheid, dat men straf beloopt bij de overtreding van eenige bepaling.

Ook is regeling bij algemeene maatregel van bestuur niet voorgeschreven, slechts toegestaan.

Indien men uit de wet verwijdert hetgeen daarin staat vermeld omtrent de Nederlandsche Varkenscentrale, hare regeling en hare gevolgen, — derhalve de in de wet aangeduide algemeene maatregelen van bestuur — blijft er in de wet zelve geen spoor van uitwerking over van de in den considerans uitgesproken gedachte, zoodat aan de bepalingen van artt. 110 en 54 der Grondwet in hun onderlingen samenhang is te kort gedaan: een of meer algemeene regels ter uitwerking (uitvoering) zijn in de wet niet gegeven, van uitvoerende kwaliteit kan dus, onder anderen, bij den in art. 2 der C.V.W. genoemden algemeenen maatregel van bestuur geen sprake zijn.

Deze conclusie behoeft niet te leiden tot de ongrondwettigheid van den in art. 2 C.V.W. genoemden algemeenen maatregel van bestuur. Er kan niet worden beweerd, dat den algemeenen maatregel op zich zelf eenig gebrek aankleeft. Hij voldoet aan de eischen van art. 55 der Grondwet: aange-

zien hij strafbepalingen inhoudt, is hij op de wet gegrond; daar de wetgever zijn goedkeuring aan de totstandkoming van den maatregel heeft verleend kan niet worden staande gehouden, dat de Kroon — materieel gezien — zijn bevoegdheid is te buiten gegaan en regels van bindenden aard heeft gegeven zonder medewerking der Staten-Generaal.

Het gebrek ligt op ander terrein en wel daarin, dat de Staten-Generaal te weinig zelf hebben geregeld en delegatie van bevoegdheid in een mate en op een wijze hebben toegepast, die met de Grondwet slechts zeer moeilijk te vereenigen is. Ware door den wetgever bij wetsbepaling een lichaam in het leven geroepen tot bereiking van het doel, dat men thans door de werking der Varkenscentrale beoogt te bereiken, en van dat lichaam het algemeene doel aangegeven, dan had nadere regeling aan een algemeenen maatregel van bestuur kunnen worden overgelaten; daardoor was het bovengeformuleerde bezwaar voorkomen en tevens waren dan verschillende moeilijkheden niet ontstaan, die zich thans tengevolge van den eigenaardigen juridischen aard der Varkenscentrale voordoen.

Nederlandsche Varkenscentrale: juridische aard

Omtrent de Nederlandsche Varkenscentrale wordt de eerste inlichting gegeven in art. 2 der C.V.W.: het monopolie van in- en uitvoer van varkens en varkensvleesch kan worden gegeven aan een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam. Waar deze monopolieverleening door het Crisisvarkensbesluit werkelijkheid is geworden, is er gereede aanleiding aan te nemen, dat de Centrale aan dit vereischte voldoet, doch er doen zich alsdan bij die vooronderstelling verschillende punten voor, die de belangstelling vragen.

De door de wet gegeven qualificatie van „rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam" mag op grond der verdere regeling der Centrale nader worden gepreciseerd door de benaming „rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging"; naar zeer veelvuldig gevolgde opvatting erkent immers onze wet het bestaan van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam, naast de rechtspersoonlijkheid bezittende vereenigingen van personen.

Dat de Varkenscentrale is een vereeniging van personen,

blijkt uit art. 8 harer statuten (10), onder Hoofdstuk II „Van de leden" opsommende, wie van de Crisisvarkenscentrale lid kunnen zijn; overigens is dit ook af te leiden uit de wijze, waarop de rechtspersoonlijkheid verkregen is, n.l. door Koninklijke goedkeuring bij besluit van 24 Augustus 1932.

Over deze goedkeuring spreekt dan ook art. 3, lid 3, der C.V.W., inhoudende: „de statuten, zoomede wijziging daarvan, behoeven Onze goedkeuring".

Onder deze goedkeuring zal men hebben te verstaan de goedkeuring bedoeld in art. 6 der wet van 22 April 1855, waardoor de erkenning geschiedt, terwijl de goedkeuring der wijzigingen, in art. 3, lid 3, der C.V.W. geëischt, overeenstemt met art. 8 der wet van 1855.

Het is onmogelijk onder de in art. 3, lid 3, der C.V.W. bedoelde goedkeuring iets anders te verstaan, dan de Koninklijke goedkeuring, waardoor de erkenning geschiedt en dus aan te nemen, dat de Nederlandsche Varkenscentrale zou zijn een door het openbaar gezag *ingesteld* zedelijk lichaam en wel op tweeërlei grond.

De eerste hiervan is de letterlijke overeenstemming van art. 3, lid 3, C.V.W. (11) met artt. 6 en 8 der wet van 22 April 1855; de tweede is, dat door art. 57 der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale (12) wordt gevorderd,

---

(10) Art. 8. Statuten N.V.C. Lid der vereeniging kunnen zijn de gewestelijke organisaties, bedoeld in art. 13, lid *b*, van de Crisisvarkenswet 1932, nader te noemen:

1. Groninger Gewestelijke Varkenscentrale.
2. De Gewestelijke Varkenscentrale Friesland.
3. „ „ „ Drenthe.
4. „ „ „ Overijssel.
5. „ „ „ Noord-Holland.
6. „ „ „ Zuid-Holland.
7. „ Zeeuwsche Varkenscentrale.
8. „ Gewestelijke Varkenscentrale Utrecht.
9. „ „ „ Gelderland.
10. „ „ „ Noord-Brabant.
11. „ „ „ Limburg.

(11) Art. 3, lid 3, C.V.W. De Statuten, zoomede wijzigingen daarvan, behoeven Onzen goedkeuring.

(12) Art. 57. Statuten N.V.C. Voor en aleer deze statuten ter Koninklijke goedkeuring worden aangeboden, behoeven zij de goedkeuring van den Minister. Wijziging der statuten heeft plaats op voorstel van de algemeene vergadering of op verzoek van den Minister. Wijzigingen komen niet tot stand, dan nadat deze in

dat de Statuten en wijzigingen daarvan, alvorens te worden voorgedragen ter Koninklijke goedkeuring, eerst de goedkeuring van den Minister behoeven.

Gezien het feit, dat die Statuten inderdaad door den Minister en door den Kroon zijn goedgekeurd, zou het toch te veel van het goede zijn en ook werkelijk in strijd met den gang van zaken bij de goedkeuring eener vereeniging, dat er tweeërlei goedkeuring zou plaats hebben met hetzelfde doel, in casu namelijk om vast te stellen of de Ned. Varkenscentrale, zooals art. 2 der C.V.W. zegt, „voldoet aan de bij en krachtens deze wet te stellen eischen. De goedkeuring door den Minister beoogt het zooeven genoemde doel, de goedkeuring door den Kroon de erkenning als rechtspersoon bij afwezigheid van strijd met het algemeen belang. Deze wijze van verkrijging van rechtspersoonlijkheid is, overeenkomstig artt. 5 en 6 der wet van 1855 op het recht van vereeniging en vergadering, speciaal geëigend voor de vereenigingen van personen.

Men mag de rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging de Nederlandsche Varkenscentrale onderbrengen onder de zedelijke lichamen; immers de begrippen „zedelijk lichaam" en „rechtspersoon" vallen samen, zooals blijken kan uit de artt. 1691 en 1698 B. W. en 5, 10, 12, 13 en 15 der wet van 22 April 1855 betreffende de uitoefening van het recht van vereeniging en vergadering.

In de terminologie van art. 1690 B. W. is dan de Nederlandsche Varkenscentrale een zedelijk lichaam niet op openbaar gezag ingesteld — immers ten aanzien daarvan is een erkenning als ten aanzien van haar is toegepast bij Koninklijk Besluit van 24 Augustus 1932 (no. 37) niet noodzakelijk of zelfs maar denkbaar — doch een door het openbaar gezag erkende vereeniging.

Wellicht is deze onderscheiding der zedelijke lichamen niet scherp in het oog genomen door degenen, van wier hand de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale afkomstig zijn, zooals uit het hierna volgende mede zal kunnen blijken.

De Nederlandsche Varkenscentrale is een vereeniging, rechtspersoonlijkheid bezittend volgens de wet van 22 April

---

de algemeene vergadering zijn behandeld en daar met meerderheid van zijn stemmen zijn aangenomen. Iedere wijziging van de statuten behoeft de goedkeuring van den Minister voor en aleer op deze de Koninklijke goedkeuring kan worden aangevraagd.

1855; een vereeniging derhalve, die tot stand gebracht is door personen, die zich daarna ter verkrijging van rechtspersoonlijkheid gewend hebben tot den Kroon.

Hieruit volgt dan, dat zoodanige vereeniging bij hare totstandkoming reeds leden hebben moet, namelijk de ledenoprichters.

Oprichting der Nederlandsche Varkenscentrale

Ter zake der oprichting van deze vereeniging rijzen niet geringe moeilijkheden. Blijkens art. 3 der Statuten van de Nederlandsche Varkenscentrale (13) is zij opgericht op 3 Augustus 1932, terwijl zij rechtspersoonlijkheid verkreeg op den 24 Augustus 1932.

Zij heeft dus eventueel als niet rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging bestaan van den 3den tot den 24sten Augustus 1932.

Op de eerste plaats worde dan de vraag gesteld, door wie deze niet rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging werd opgericht. Men tast daaromtrent volkomen in het duister. In het bijvoegstel tot de Nederlandsche Staatscourant van Dinsdag 4 October 1932, no. 192, no. 911, vindt men onder de Statuten vermeld „volgen de onderteekeningen", in de verzameling van Mr. W. B. J. Buve vindt men onder de Statuten vermeld „het bestuur" (14).

Met zekerheid valt vast te stellen, dat geen gewestelijke varkenscentrale als rechtspersoonlijkheidbezittend lichaam aan de oprichting der Nederlandsche Varkenscentrale heeft kunnen deelnemen dan alleen de gewestelijke Varkenscentrale voor Friesland, die rechtspersoonlijkheid verkreeg bij K. B. van 3 Augustus 1932, no. 21; theoretisch althans is dit mogelijk, praktisch is het zeer onwaarschijnlijk, dat de aanwezigheid der Koninklijke goedkeuring bekend was op het tijdstip der oprichtingsvergadering der Nederlandsche Varkenscentrale.

Bovendien is de medewerking dier gewestelijke varkenscentrale voor Friesland zeer onwaarschijnlijk tengevolge van de bepaling van art. 8 der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale waar, onder opsomming van degenen, die

(13) Art. 3. Statuten N.V.C. De vereeniging is aangegaan voor den tijd van 5 jaren, te rekenen van den dag der oprichting af, zijnde 3 Augustus 1932.

(14) „Crisis-Varkenswet 1932 (Stbl. no. 374) en de ter uitvoering van die wet gegeven voorschriften" uitgegeven bij Gebr. Belinfante, den Haag.

met uitsluiting van anderen lid *kunnen* zijn, ook wordt genoemd de gewestelijke Varkenscentrale voor Friesland; immers had de Friesche Centrale tot de oprichters behoord dan was zij — hoe men dan ook den juridischen aard van de oprichting eener vereeniging zonder rechtspersoonlijkheid beschouwe — lid daarvan geweest; het vorenstaande klemt te meer, omdat art. 9 dier Statuten (15), nadat art. 8 heeft opgesomd, wie leden kunnen zijn, verklaart: dat het lidmaatschap wordt verkregen door aanvrage bij het bestuur. Geen enkele andere gewestelijke Centrale had op 3 Augustus 1932 rechtspersoonlijkheid verkregen, geen enkele andere kon dus als rechtspersoon aan de oprichting der vooralsnog-niet-rechtspersoonlijkheid-bezittende vereeniging Nederlandsche Varkenscentrale deelnemen.

Ook een ander punt kan met klem van redenen worden betoogd, namelijk dat het niet mogelijk is, dat natuurlijke personen of andere rechtspersonen dan de gewestelijke Varkenscentrale voor Friesland aan de oprichting der nog niet rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging Nederlandsche Varkenscentrale kunnen hebben meegewerkt; immers in de statuten dier niet-rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging, op welke statuten de rechtspersoonlijkheid nog moest worden aangevraagd, staat art. 8 zeggend, „dat leden slèchts kunnen zijn de daar genoemde gewestelijke varkenscentrales", bedoeld in art. 13, lid *b*, der C.V.W. (16), welk artikel spreekt van „rechtspersoonlijkheid bezittende" gewestelijke organisaties, waaruit, in verband met het feit, dat mede-oprichting, althans van een niet-rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging, lidmaatschap dier vereeniging medebrengt, volgt, dat geenerlei natuurlijke persoon of rechtspersoon buiten de Friesche Varkenscentrale aan de oprichting kan hebben meegewerkt, daar hij in dat geval lid zou zijn,

---

(15) Art. 9 Statuten N.V.C. Het lidmaatschap kan worden verkregen door aanvrage bij het bestuur der vereeniging. Iedere gewestelijke varkenscentrale, die als zoodanig door den Minister ingevolge de bepaling van art. 13 der C.V.W. 1932 is toegelaten, moet op haar verzoek tot het lidmaatschap worden toegelaten.

(16) Art. 13, lid *b*. C.V.W. Bij algemeenen maatregel van bestuur kan worden bepaald, dat:

b. het aanbrengen van merken, als bedoeld in dit artikel, sub *a*, slechts is toegestaan aan rechtspersoonlijkheid bezittende gewestelijke organisaties, onder door Onzen Minister te stellen voorwaarden.

hetgeen volgens art. 8 der Statuten der Ned. Varkenscentrale onmogelijk is.

Waar dus door statutenbepalingen en wet in onderling verband vaststaat, dat natuurlijke personen aan die oprichting niet hebben kunnen deelnemen en anderzijds die mogelijkheid van deelneming ten aanzien van de eenige rechtspersoonlijkheid bezittende gewestelijke Centrale, namelijk die voor Friesland, die, althans in theorie gezien, aan de oprichting zou hebben kunnen deelnemen, wordt uitgesloten door artt. 8 en 9 der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale, aangevende op welke wijze het lidmaatschap verkregen kàn worden door àl de daar, met uitsluiting van anderen, genoemde gewestelijke rechtspersoonlijkheid bezittende centrales, — waarmee in strijd zou zijn, dat een of eenige dier centrales oprichtster en dus lid zou zijn —, moet derhalve worden aangenomen en staat vast, dat de niet-rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging de Ned. Varkenscentrale, dat wil zeggen de vereeniging, die eerst moest worden opgericht en daarna pas door erkenning rechtspersoonlijkheid kon verkrijgen, niet door personen — natuurlijke of rechtspersonen — is opgericht en, aangezien zij niet is opgericht, niet kan zijn erkend en dus geen rechtspersoonlijkheid kan hebben en dat dus de rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging de Nederlandsche Varkenscentrale niet bestaat.

Ook al zou men o. i. ten onrechte moeten aannemen, dat de gewestelijke Varkenscentrale voor Friesland wel als oprichtster heeft kunnen optreden, zou dit aan de zooeven genoemde conclusie niets veranderen daar één persoon, in casu dan de gewestelijke Varkenscentrale voor Friesland, niet een vereeniging kan oprichten.

Het zeer pijnlijke van deze conclusie noopt er toe iedere mogelijkheid onder het oog te zien, waardoor zij wellicht zou kunnen worden afgewend. De o. i. eenige mogelijkheid worde hier daarom beschouwd en . . . . afgewezen.

Het ware theoretisch denkbaar, dat de Nederlandsche Varkenscentrale door voor de buitenwereld onbekend gebleven personen, die er derhalve lid van waren, is opgericht op 3 Augustus 1932; dat daarna sommige rechtspersoonlijkheid bezittende gewestelijke centrales, n.l. voor Friesland, die op 3 Augustus, voor Overijsel, die op 6 Augustus, voor Groningen en Drenthe, die op 12 Augustus haar rechtspersoonlijkheid verkregen, als lid zijn toegelaten; dat daarna de statuten

zijn gewijzigd, in dien zin, dat alleen lid konden zijn de gewestelijke centrales, zoodat het lidmaatschap van alle anderen verviel en er dus geen andere leden meer waren; dat daarna de Statuten ter Koninklijke goedkeuring zijn opgezonden.

Het zooeven gestelde is theoretisch mogelijk, omdat bij de vereeniging volgens de wet van 22 April 1855 eerst de vereeniging bestaat en daarna de rechtspersoonlijkheid verkregen wordt.

Ofschoon niet door middel van een syllogisme kan bewezen worden, dat niet verandering van de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale, toen zij nog geen rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging was, heeft plaats gehad voordat de Statuten ter Koninklijke goedkeuring werden ingezonden, is toch de groote onwaarschijnlijkheid daarvan aan te toonen. Op den 3den Augustus immers, dus op den dag der oprichting der vereeniging, zooals blijkt uit art. 3 der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale, is door den Minister het bestuur dier vereeniging benoemd overeenkomstig art. 3 der C.V.W.; dit was echter niet de eenige taak, die de Minister ten aanzien der Nederlandsche Varkenscentrale had: op grond van art. 2 der C.V.W. en art. 2 C.V.B. (17), waarbij de uitvoering der wet op de schouders van den Minister wordt gelegd, rust op hem de taak na te gaan of de Nederlandsche Varkenscentrale voldoet aan, „de bij of krachtens deze wet te stellen eischen"; van deze aan de vereischten der wet en eventueele andere vereischten voldoende vereeniging benoemt de Minister volgens art. 3 C.V.W. (18) het bestuur; wanneer de Minister nu

(17) Art. 2 C.V.B. Bij de uitvoering van de Crisisvarkenswet 1932 (Stbl. no. 374) kan Onze Minister zich doen bijstaan door een door Ons te benoemen Regeerings-Commissaris voor de uitvoering van de Crisisvarkenswet.

(18) Art. 3 C.V.W.

1. In het bestuur der Nederlandsche Varkenscentrale, welks leden door Onzen Minister worden benoemd en ontslagen, zijn, rechtstreeks of middellijk, vertegenwoordigd de fokkers en mesters van varkens, de exporteurs van varkensvleesch, alsmede andere groepen van belanghebbenden, daartoe door Onzen Minister aangewezen.

2. Onze Minister is bevoegd daarenboven andere personen tot bestuursleden te benoemen.

3. De statuten, zoomede wijzigingen daarvan, behoeven Onze goedkeuring.

het Bestuur benoemt, sluit dit derhalve in, dat hij van de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale kennis draagt, en dat deze zijn goedkeuring hebben weggedragen: eerst het bestuur benoemen om daarna de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale goed of af te keuren, ware niet alleen het paard achter den wagen spannen, doch bovendien een handeling in strijd met de wet en de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale in art. 57, die men kwalijk kan aannemen, dat van de zijde van den Minister heeft plaats gehad; hij immers had de verplichting en bevoegdheid het bestuur te benoemen eener „rechtspersoonlijkheid bezittende" vereeniging, die voldoet aan diverse vereischten; wanneer de Minister, vóórdat de rechtspersoonlijkheid verkregen wordt, het bestuur benoemt, kan dit moeilijk anders worden geïnterpreteerd, dan dat hij er geen bezwaar tegen heeft om vooralsdan bestuurders te benoemen der vereeniging, mits deze nog rechtspersoonlijkheid zal verkrijgen op de Statuten, zooals hij (de Minister) die heeft goedgekeurd.

Hieruit volgt nu ten eerste, dat de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale den Minister bekend waren voordat deze vereeniging werd opgericht, hetgeen thans worde voorbijgegaan, doch ook, dat verandering in de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale sinds hare oprichting en voordat zij rechtspersoonlijkheid verkreeg niet heeft plaats gehad, ten ware ook de Minister, nadat hij eenmaal statuten had goedgekeurd, waarin anderen als leden, immers als oprichters, fungeerden als de thans in art. 8 der Statuten genoemde personen, heeft toegestemd in de goedkeuring eener wijziging overeenkomstig art. 57 der Statuten.

Dit beteekent derhalve, dat de Minister tusschen 3 Augustus 1932, den datum van oprichting der vereeniging, en den dag, waarop de Statuten werden ingezonden ter verkrijging der Koninklijke goedkeuring, die reeds op 24 Augustus 1932 werd verleend, zeer ernstig van meening is veranderd; immers na dien dag kunnen overeenkomstig art. 8 der Statuten slechts de daar genoemde gewestelijke centrales lid zijn, op wier lidmaatschap en medewerking trouwens de geheele Statuten en eigenlijk ook de geheele uitvoering der Crisisvarkenswet gegrond zijn; vóór dien dag zouden willekeurige personen van die vereeniging lid, immers oprichters hebben kunnen zijn.

Dit beteekent tevens, dat in de verzameling door Mr. W. B. Buvé gegeven, zou ontbreken een ontwerp statutenwijziging, die moest worden goedgekeurd door den Minister,

alvorens aan den Kroon ter goedkeuring te kunnen worden voorgelegd.

De twee laatstgenoemde punten zijn niet zoodanig voor de hand liggend en waarschijnlijk, dat men ze voetstoots zal kunnen aanvaarden zonder nader bewijs te vorderen; daaruit volgt dan tevens, dat het rechtsgeldig bestaan der Nederlandsche Varkenscentrale niet zonder nader bewijs kan worden aanvaard.

Rechtspersoonlijkheid der Nederlandsche Varkenscentrale

Ook dan, wanneer men het bestaan dier vereeniging wil aanvaarden, is toch de verkrijging der rechtspersoonlijkheid alsnog de beschouwing overwaard.

Volgens art. 3 C.V.W. worden de leden van het bestuur der Nederlandsche Varkenscentrale benoemd door den Minister; deze Centrale is volgens art. 2 C.V.W. een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam, dat voldoet aan de bij en krachtens de Crisisvarkenswet te stellen eischen; de rechtspersoonlijkheid was aanwezig op 24 Augustus 1932; het bestuur werd door den Minister benoemd op 3 Augustus 1932; het lijdt geen twijfel, dat deze handeling van den Minister niet in overeenstemming was met de bepaling van art. 3 der C.V.W. Om daarmee in overeenstemming te zijn had Z.Exc. dienen af te wachten den tijd, waarop de rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging, de Nederlandsche Varkenscentrale, bestond; pas daarnà kon hij het bestuur van een rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging benoemen. Dat de thans gevolgde wijze van optreden kon plaats hebben is het gevolg daarvan, dat de Minister van Landbouw, reeds vóór het bestaan der vereeniging, haar toekomstig bestaan en haar statuten als zeker kende en blijkbaar durfde anticipeeren op een goedkeuring door den Kroon, doch dit alles neemt niet weg, dat de Minister de bevoegdheid had om van een rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging het bestuur te benoemen en niet van een niet rechtspersoonlijkheid bezittende. Wil men zich op het o. i. onjuiste standpunt plaatsen, dat het openbare gezag het minder nauw nemen mag met de bepalingen van burgerlijk recht dan privé-personen, dan kan men toch nooit het benoemingsbesluit van 3 Augustus 1932 goedwillender interpreteeren dan door te zeggen, dat het de aanduiding inhoudt van personen, die lid zullen zijn van het bestuur der Neder-

landsche Varkenscentrale, zoodra deze als rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging zal bestaan.

Zelfs dan is het echter op bovengenoemden grond aan gerechtvaardigden twijfel onderhevig of door het op 3 Augustus benoemde bestuur handelingen voor de nog niet rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging konden worden verricht, in casu speciaal of door dit bestuur de rechtspersoonlijkheid kon en mocht worden aangevraagd. Bij de beantwoording dezer vraag mag o. i. buiten beschouwing worden gelaten art. 12 der wet van 22 April 1855, daar dit artikel immers alleen spreekt van „overeenkomsten" door het bestuur eener niet rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging gesloten. Men zal derhalve o. i. mogen aannemen, dat deze bepaling niet aan de aanvrage der rechtspersoonlijkheid door het bestuur eener niet rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging in den weg staat; doch dan blijft toch de vraag open of de door den Minister op 3 Augustus 1932 benoemde personen bevoegd waren om de rechtspersoonlijkheid aan te vragen.

Het mag als in feite vaststaande worden beschouwd, dat zulks inderdaad is geschied: van de Statuten, waarop de Koninklijke goedkeuring is verleend, kan men op tweeërlei wijze kennis krijgen, namelijk uit het bijvoegsel tot de Nederlandsche Staatscourant van Dinsdag 4 October 1932, no. 192, no. 911, en uit de uitgave van Mr. W. B. J. Buvé; in het bijvoegsel vindt men onder het laatste artikel vermeld, „volgen de onderteekeningen", in de uitgave-Buvé, „het Bestuur", van welk bestuur in art. 24 der Statuten der Nederlandsche Varkencentrale (19) wordt gezegd, dat de leden ervan worden benoemd door den Minister en dat voor den eersten keer als bestuurders optreden, de door den Minister op 3 Augustus 1932 benoemde personen.

Dit bestuur was, gezien de vorenstaande gegevens, strikt juridisch beschouwd, niet bevoegd tot het aanvragen der Koninklijke goedkeuring; de in art. 24 der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale en het Ministerieele besluit

---

(19) Art. 24 Statuten N.V.C. De leden van het bestuur worden benoemd door den Minister. Voor den eersten keer treden op als voorzitter en als leden van het bestuur de heeren: Ir. W. de Jong, te Arnhem; F. J. M. Smits van Oyen, te Eindhoven; P. J. Kessels, te Heijthuysen; M. van Berkel,, te Maasland; J. H. W. Pasman, te Steenwijk; H. Meijeringh, te Gieten en S. van Zwanenberg, te Nijmegen.

van 3 Augustus 1932 genoemde personen zijn niet personen benoemd als bestuursleden eener niet rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging en derhalve zijn zij, zonder uitdrukkelijke machtiging van al de leden, waarvan niet blijkt, ook niet bevoegd voor haar rechtspersoonlijkheid te verkrijgen.

Aan het vorenstaande doet niet af, dat door de Statuten in art. 24 de door den Minister op 3 Augustus 1932 benoemde personen als leden van het bestuur worden vermeld, daar het onmogelijk is daarin een aanwijzing te zien tot leden-van-het-bestuur der nog-niet-rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging, aangezien het eerste lid van genoemd artikel zegt, dat de leden van het bestuur worden benoemd door den Minister en het doel van het artikel dus klaarblijkelijk is een vermelding van het bestuur te geven der vereeniging, wanneer zij rechtspersoonlijkheid zal bezitten.

Waar dit klaarblijkelijk de bedoeling is, mag men dus ook concludeeren, dat de bedoeling van art. 24 der Statuten niet is te beschouwen als een machtiging van alle leden aan de daar genoemde personen tot eenige handeling, speciaal tot het aanvragen der Koninklijke goedkeuring.

Nu ondanks dit gebrek in de aanvrage, de verleening der Koninklijke goedkeuring is geschied, zal de Nederlandsche Varkenscentrale als rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging moeten worden aangemerkt, aangezien geenerlei juridische grond voor het tegendeel is aan te wijzen; uitgaande dan althans van de vooronderstelling, dat er rechtsgeldig een vereeniging, de Nederlandsche Varkenscentrale, is opgericht.

Op de oprichting der Nederlandsche Varkenscentrale zal niet verder worden ingegaan en het is wellicht dienstig aan het einde van de opmerkingen, waartoe die oprichting aanleiding gaf, de resultaten vast te leggen.

Het bestaan der Nederlandsche Varkenscentrale is zeer betwistbaar. Het is in theoretisch opzicht zeer aanvechtbaar en practische gevolgen hiervan zullen zich kunnen doen gevoelen, bijv. 1°. indien een debiteur der Nederlandsche Varkenscentrale, die volgens art. 2 C.V.W. i. v. m. art. 6, sub *a*, en 51 harer Statuten (20) overeenkomsten betref-

(20) Statuten N.C.V.

Art. 6, sub *a*. Zij tracht dit doel te bereiken door:

a. het zelf ter hand nemen of het namens haar doen ter hand nemen van den handel invarkens en producten van varkens.

Art. 51 Statuten N.V.C. Verbintenissen, geldelijke transacties betreffende, waarbij een bedrag, grooter dan f 50.000, is betrok-

fende den in- en uitvoer van varkensvleesch mag aangaan, zich er op zou beroepen, dat de rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging de Nederlandsche Varkenscentrale juridisch niet bestaat en de rechter aan de Centrale het bewijs van haar rechtsgeldig bestaan zou opleggen of 2°. indien iemand heeft overtreden art. 7 C.V.W. en er zich in rechten op zou beroepen, dat de Nederlandsche Varkenscentrale niet rechtsgeldig bestaat.

Alle moeilijkhden, die zich zouden kunnen voordoen, zijn in laatste instantie terug te voeren tot het feit, dat de wetgever zelf te weinig geregeld heeft en te veel aan regeling door anderen heeft overgelaten, terwijl toch een zeer groote mate van invloed aan het openbaar gezag moest verzekerd blijven; in plaats van de instelling door het openbaar gezag van een publiekrechtelijk rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam, waaraan vrijelijk allerlei bevoegdheden van publiekrechtelijken aard konden worden toegekend, is gebruik gemaakt van een privaatrechtelijk, althans niet-publiekrechtelijk-administratief lichaam met publiekrechtelijk-administratieve bevoegdheden en ter bereiking van een publiekrechtelijk-administratief doel.

Doel en werking der Nederlandsche Varkenscentrale

Het doel en de werking der Nederlandsche Varkenscentrale wordt omschreven in art. 5 harer Statuten en luidt: het verleenen van medewerking aan de uitvoering van de Crisisvarkenswet 1932 en in overeenstemming daarmede de bevordering van den afzet van Nederlandsche varkens en de rationeele uitoefening van de houderij en den teelt van varkens. Kort en goed is dus het doel der Nederlandsche Varkenscentrale volgens hare Statuten het verleenen van medewerking aan de uitvoering der Crisisvarkenswet.

Deze doelomschrijving is zeer ruim, doch reeds op zichzelf belangwekkend; adviseerende colleges, die niet op openbaar gezag zijn ingesteld, doch evenals de Nederlandsche Varkenscentrale door het openbaar gezag zijn erkend, kan men verschillende aanwijzen; dat bij de wet lichamen kunnen worden in het leven geroepen met verordenende bevoegdheid, wordt door de Grondwet uitdrukkelijk erkend, maar van zeker niet

---

ken, of die over langeren termijn werken dan een half jaar, zijn uitgesloten van de bepalingen van art. 50. In geen geval kan het bestuur van de bepalingen van art. 49 afwijken voor aan- of verkoop of bezwaring van vast goed.

alledaagsch staatsrechtelijk allooi is een niet door het openbaar gezag ingesteld doch erkend lichaam, dat èn uitvoerende èn adviseerende bevoegdheid heeft en ten aanzien waarvan de vraag in redelijkheid gesteld kan worden of niet de bedoeling is geweest, daaraan verordenende bevoegdheid toe te kennen. De doelomschrijving in de Statuten gegeven is zeer ruim: zij houdt in medewerking tot het doel der Crisisvarkenswet.

Laatstgenoemd doel is van algemeen en openbaar belang. Dit mag worden afgeleid uit het feit, dat de Regeering zich de regeling der varkenshouderij heeft aangetrokken; niet de particuliere belangen der varkenshouders te beschermen is het uiteindelijk doel, doch ernstige laesie van het algemeen en openbaar belang te voorkomen, die zou ontstaan door het te niet gaan van een uitgebreiden tak van handel en bedrijf. Het volgt ook daaruit, dat in art. 3 C.V.W. wordt bepaald, dat in het bestuur der Nederlandsche Varkenscentrale, behalve de fokkers en mesters van varkens en de ex- en importeurs van varkensvleesch, rechtstreeks of middellijk zullen vertegenwoordigd zijn „andere groepen van belanghebbenden, door den Minister aan te wijzen".

De taak der Nederlandsche Varkenscentrale is verleening van medewerking aan de uitvoering der Crisisvarkenswet. Wat de beteekenis is van deze aanhaling uit de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale, wordt eerst dan volkomen duidelijk, indien men hare functie nagaat, zooals die is omschreven in Crisisvarkenwet, Crisisvarkensbesluit en Crisisvarkensbeschikking, zulks in verband met art. 6 der Statuten, waar de middelen worden opgesomd, waardoor zij haar doel tracht te bereiken.

De Nederlandsche Varkenscentrale is een uitvoerend lichaam ter bereiking van het in den considerans der wet omschreven doel.

Dit karakter van uitvoerend lichaam volgt uit artt. 2, 5 (21),

---

(21) Art. 5 C.V.W. 1. De baten, voortvloeiende uit de werkzaamheden, waartoe de Nederlandsche Varkenscentrale bij of krachtens deze wet bevoegdheid is verleend en welke door of vanwege haar zijn verricht, worden door of vanwege haar gestort in een fonds, te noemen Stabilisatiefonds.

2. De geldelijke nadeelen, voorvloeiende uit de werkzaamheden, bedoeld in het vorig lid, worden bestreden uit het Stabilisatiefonds.

3. Het beheer van het Stabilisatiefonds berust bij de Nederlandsche Varkenscentrale, volgens door Onzen Minister te stellen

10 en 11 der C.V.W., uit art. 7 van het C.V.B. en art. 4 C.V.Bg. (22).

Uit deze artikelen blijkt, dat de Regeering den steun aan de varkenshouderij verleent door het heffen van rechten op den invoer in het land van varkens en varkensvleesch en het verleenen van uitvoerpremiën voor den uitvoer. Het orgaan, waardoor deze maatregelen worden ten uitvoer gebracht, is de Nederlandsche Varkenscentrale met behulp van een zoogenaamd Stabilisatiefonds, dat niet in eigendom toekomt aan de Nederlandsche Varkenscentrale, doch slechts onder haar beheer en administratie staat.

Behalve deze werkelijk uitvoerende taak heeft de Nederlandsche Varkenscentrale een adviseerende taak ten aanzien van de Regeering, zooals mag worden afgeleid uit art. 6 (23), 10 en 15 (24) der C.V.W. en art. 5 van het

---

bepalingen, waarin niet mogen ontbreken voorschriften omtrent de belegging en de rekening en verantwoording der in het fonds aanwezige gelden.

(22) Art. 4 C.V.Bg. Tot de lasten van het Stabilisatiefonds behooren onder meer:

a. de uitkeeringen, krachtens art. 8, lid 2 der wet gedaan, ter bestrijding van de kosten van de Rijks- of gemeentelijke keuringsdiensten;

b. de vergoedingen, verstrekt ten behove van dien uitvoer van varkens of varkensvleesch, gesplitst naar de verschillende landen van bestemming;

c. de geldelijke nadeelen, voorvloeiende uit de werkzaamheden van de Centrale.

(23) Art. 6 C.V.W.

1. Bij algemeenen maatregel van bestuur kan worden bepaald, dat ongeacht de krachtens de bepalingen der Veewet en der Vleeschkeuringswet 1919 (Stbl. no. 524) verschuldigde gelden, en onder nader bij dien algemeenen maatregel van bestuur te stellen voorwaarden te slachten of geslachte varkens niet mogen worden voorzien van merken, als bedoeld in art. 70 van de Veewet en in art. 16 van de Vleeschkeuringswet 1919 (Stbl. no. 524), dan tegen betaling aan den Rijks- of gemeentelijken keuringsdienst van een door Onzen Minister, de Nederlandsche Varkenscentrale gehoord, telkens voor een door hem daarbij te bepalen tijdvak vast te stellen bedrag per te slachten of geslacht varken. Dit bedrag kan voor verschillend gewicht der varkens verschillend zijn.

2. Van de te slachten of geslachte varkens, welke overeenkomstig de bepalingen der Vleeschkeuringswet 1919 (Stbl. no. 524) niet van merken, als bedoeld in het vorig lid, behoeven voorzien te zijn, kan het in het vorig lid genoemde bedrag door of van-

C.V.B. (25), in verband met art. 6*e* der Statuten, in welke artikelen den Minister, die eveneens met de uitvoering is belast, wordt opgedragen, alvorens eenigen maatregel te treffen, overleg te plegen met de Nederlandsche Varkenscentrale, althans haar te hooren.

---

wege den betrokken vleeschkeuringsdienst worden geheven volgens door Ons daartoe te stellen regelen.

(24) Art. 15 C.V.W.

1. Zoowel het totaal aantal der aan te brengen merken, als dat der merken, voor het gebied van elk der gewestelijke organisaties, beschikbaar, worden telkens voor een daarbij te bepalen tijdvak en na overleg met de gewestelijke organisaties en de Nederlandsche Varkenscentrale, vastgesteld door Onzen Minister.

2. Het aantal der voor iederen varkenshouder beschikbare merken wordt in verband met het bepaalde in het vorig lid van dit artikel, door of vanwege elk der gewestelijke organisaties vastgesteld.

3. Ten aanzien van varkenshouders, die meer varkens ter merking aanbieden, dan hun overeenkomstig het vorig lid van dit artikel merken zijn toegewezen, kan het bedrag, bedoeld in het vorig artikel, voor de meer aangeboden varkens worden verhoogd volgens regelen, daartoe door Onzen Minister te stellen.

(25) Art. 5 C.V.B.

Geslachte varkens mogen niet worden voorzien van merken als bedoeld in art. 16 van de Vleeschkeuringswet 1919 (Stbl. no. 524) en in art. 70 van de Veewet:

a. indien zij niet voorzien zijn van een oormerk, overeenkomstig de bepalingen krachtens art. 13, onder *a*, der Crisisvarkenswet 1932 (Stbl. no. 374) vastgesteld;

b. indien niet is voldaan ter keuze van het hoofd van den betrokken keuringsdienst, aan het onder A of het onder B bepaalde:

A. dat zij volgens door Onzen Minister gestelde voorschriften zijn gewogen door een daartoe door het hoofd van den betrokken keuringsdienst aangewezen persoon; en dat aan een daartoe door het hoofd van den betrokken keuringsdienst aangewezen adres of persoon een door Onzen Minister, de Nederlandsche Varkenscentrale gehoord, telkens voor een door hem daarbij bepaald tijdvak vastgesteld bedrag per Kilogram is betaald of een bewijs van betaling daarvan is overlegd;

B. dat aan een daartoe door het hoofd van den betrokken keuringsdienst aangewezen adres of persoon voorloopig is betaald een bedrag, overeenkomstig door Onzen Minister te stellen regelen door voornoemd hoofd vastgesteld, of een bewijs van die betaling is overgelegd.

Onder de middelen in art. 6 der Statuten der Centrale (26) vindt men sub *g* opgenomen, het geven van voorschriften omtrent het merken der varkens door hare leden.

Deze voorschriften zijn niet de eenige, tot het geven waarvan men de Nederlandsche Varkenscentrale bevoegd acht, zooals blijkt uit art. 13 der C.V.Bg., waar is vermeld, dat de Centrale het aldaar onder *a* en *b* vermelde verplichtend kan stellen.

Deze bepalingen geven aanleiding na te gaan of de Nederlandsche Varkenscentrale ook een verordenend lichaam is. Bij het onderzoek van dit punt kan dan aansluiten een onderzoek naar de verordenende bevoegdheid der besturen der gewestelijke centrales; zulks ter vergelijking van de bevoegdheid der Nederlandsche Varkenscentrale eenerzijds en der gewestelijke centrales anderzijds.

Onder verordenende bevoegdheid versta men wetgevende, regelgevende bevoegdheid.

De verordenende bevoegdheid der in de Grondwet genoemde lichamen is niet beperkt tot hare leden, doch strekt zich ook uit tot anderen dan hare leden: zoo zal het verbod eener gemeente om door bepaalde straten, op bepaalde tijden, met bepaalde voertuigen te rijden of om voertuigen te eeniger aangewezen plaats te stationeeren, ook den niet-inwoner dier gemeente binden, ook kracht hebben ten aanzien van een niet-lid der vereeniging-gemeente.

Wanneer bindende kracht, ook ten aanzien van niet-leden vaststaat, wordt daarmee en daardoor een zekere aanwijzing gegeven voor het verordenend karakter van een voorschrift van eenig lichaam of eenige vereeniging; om de leden te binden ware een meerderheidsbesluit der algemeene vergadering voldoende, om derden te binden is verordenende kracht noodig.

Indien dit wordt vooropgesteld en aanvaard, kan het moeilijk worden ontkend, dat er pogingen zijn aangewend om de Nederlandsche Varkenscentrale tot verordenend lichaam te maken. Immers wordt in art. 13 der C.V.Bg. 1932 door den

---

(26) Art. 6, sub *g* Statuten N.V.C. Zij tracht dit doel te bereiken door: het geven van voorschriften omtrent het merken der varkens door hare leden.

Minister bepaald, dat „door de Centrale kan verplichtend worden gesteld, dat:

a. hij, wiens varken gewogen moet worden, een naar het oordeel van den met het wegen belasten ambtenaar geschikt weegtoestel ter beschikking van dien ambtenaar stelt;

b. het wegen op eene door het hoofd van eenen keuringsdienst te bepalen plaats zal geschieden.

Blijkens art. 12 der C.V.Bg. (27) en art. 5 van het C.V.B. zijn de voorschriften, die ingevolge art. 13 der C.V.Bg. door de Centrale worden gegeven en verbindend verklaard, bedoeld verbindende te zijn voor anderen dan haar leden namelijk voor de leden van haar leden, die ingevolge art. 8 der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale zelfs niet lid der laatstgenoemde Centrale kunnen zijn.

De voorschriften, door de Centrale overeenkomstig art. 13 der C.V.Bg. gegeven, zijn dus wel als uitingen van verordenende bevoegdheid te beschouwen.

Echter is er tweeërlei bezwaar tegen de rechtsgeldigheid dier verordenende bevoegdheid en derhalve ook tegen de verbindende kracht dier voorschriften aan te voeren.

Het eerste bezwaar is vervat in art. 194 der Grondwet bepalend, dat de wet aan andere dan in de Grondwet genoemde lichamen verordenende bevoegdheid kan verleenen. De bevoegdheidsverleening geschiedt echter in casu door den met de zaken van den Landbouw belasten Minister.

Het tweede bezwaar is van subsidiairen aard en bijzonderlijk

---

(27) Art. 12 C.V.Bg. Bij het wegen, als bedoeld in art. 5, onder *b*, A, 6 en 7, lid 3, onder *b*, van het besluit, moeten de navolgende bepalingen worden in acht genomen:

a. gewogen moet worden dadelijk, wanneer de ambtenaar, daarmede belast, aanwezig is, in elk geval binnen 24 uur na de slachting;

b. het varken moet ontdaan zijn van alle inwendige organen met uitzondering van de nieren, terwijl voorts geen enkel ander deel van het varken mag verwijderd zijn, tenzij dit deel is afgekeurd;

c. varkens, waarvan is voorgeschreven, dat zij ten behoeve van den uitvoer van organen, als bedoeld onder *b*, moeten zijn voorzien, moeten met die organen worden gewogen;

d. in mindering van het voor de heffing vast te stellen gewicht wordt datgene gebracht, wat wordt afgekeurd of voor sterilisatie bestemd, terwijl het gewicht van dat gedeelte, dat voor den verkoop in het klein onder toezicht wordt bestemd, voor de helft in mindering wordt gebracht.

gericht tegen de meening, die de rechtsgeldigheid van de in art. 13 der C.V.Bg. gegeven voorschriften zou willen handhaven als uitingen van gedelegeerde uitvoerende bevoegdheid.

Het bestaan van een aanleiding tot de totstandkoming van zoodanige meening kan niet geheel worden ontkend, daar in art. 23 der C.V.W., de slotbepaling door den Kroon voor zich de bevoegdheid wordt voorgehouden om „nadere regelen te stellen met betrekking tot de uitvoering dezer wet bij algemeenen maatregel van bestuur", of, onder door den Kroon te stellen voorwaarden aan den Minister de bevoegdheid te verleenen „daartoe" d. i. om met betrekking tot de uitvoering dezer wet regelen te stellen.

Men moge nu al niet zonder grond kunnen volhouden, dat het geven van regelen betreffende de uitvoering zeker een verordenende functie is en dat dus krachtens art. 23 der C.V.W. Kroon en Minister eventueel tot regelgeving bevoegd zijn betreffende de uitvoering der Crisisvarkenswet, hierdoor wordt nog niet gedekt een voorschrift gegeven krachtens art. 13 der C.V.Bg., aangezien in art. 23 der C.V.W. de Nederlandsche Varkenscentrale niet is genoemd als lichaam bevoegd tot het geven van regelen betreffende de uitvoering der Crisisvarkenswet en de bevoegdheid door de wet aan den Minister verleend om regels te geven ten aanzien van de uitvoering der wet niet geacht mag worden zoodanige kracht en beteekenis te hebben, dat hij de bevoegdheid tot regelgeving betreffende de uitvoering wederom verder delegeeren kan.

Bovendien moge hierbij nog worden opgemerkt, dat de Crisisvarkenscentrale niet als „algemeen" officieel medeuitvoerend orgaan van den Minister is erkend, doch dat als zoodanig door art. 2 van het C.V.B. een Regeeringscommissaris is aangewezen, zoodat het betwistbaar is of door den Minister gebruik mag worden gemaakt van de aangeboden diensten der Nederlandsche Varkenscentrale buiten en anders dan in de door de wet of algemeene maatregel van bestuur aangegeven gevallen. Beantwoordt men deze vraag ontkennend, dan is dit een reden te meer voor de ontkenning van de verordenende bevoegdheid ten aanzien van de in art. 13 der C.V.Bg. gegeven voorschriften:

de artt. 5*a*, 6 (28) en 7, lid 3 (29) onder *b* van het C.V.B., ter uitwerking waarvan art. 13 der C.V.Bg. in verband met art. 12 der C.V.Bg. bestemd is, eischen voorschriften van den Minister, en indien deze niet zonder nadere aanwijzing — daartoe tot de aanvaarding der hulp van de Nderlandsche Varkenscentrale bij de uitvoering bevoegd is, kan, ook op dien grond, de verordenende bevoegdheid der Nederlandsche Varkenscentrale worden betwist.

Indien men de bepaling van art. 14, lid 2, van de C.V.Bg. (30) moet zien als sanctie op de eventueel volgens art. 13 gegeven voorschriften, zal dit sanctioneerende voorschrift bij ongeldigheid der normgevende voorschriften zijn werking missen.

Daar iedere bepaling voldoende aan art. 194 Grondwet ontbreekt, zal men ook in het algemeen, dit is buiten het geval van art. 13 der C.V.Bg., de verordenende bevoegdheid der Centrale moeten ontkennen. Op dien grond kan noch een overschrijding van een krachtens art. 13 Crisisvarkensbeschikking gegeven voorschrift, noch de overschrijding van eenig ander voorschrift der Nederlandsche Varkenscentrale vallen onder de strafbepaling van art. 18 der C.V.W.

De eenige sanctie derhalve, die men vinden kan op de nakoming der voorschriften der Nederlandsche Varkenscentrale, is — ten aanzien harer leden — de onttrekking door

---

(28) Art. 6 C.V.B. Indien betaling heeft plaats gehad overeenkomstig het vorige artikel, onder *b*, B, heeft het wegen der varkens en de verrekening van het verschil tusschen het voorloopig betaalde bedrag en het bedrag, hetweik in verband met dat wegen definitief door den betrokkene blijkt te zijn verschuldigd, plaats volgens door Onzen Minister gestelde voorschriften.

(29) Art. 7, lid 3 C.V.B. Hij, die een varken, als bedoeld in het eerste lid van dit artikel, heeft geslacht of doen slachten, mag dit geslachte varken niet verdeelen of doen verdeelen, of op andere wijze bewerken of doen bewerken, noch geheel of gedeeltelijk verwijderen of doen verwijderen van de plaats, waar dat varken geslacht is, dan nadat: *b*. de vorenbedoelde ambtenaar overeenkomstig door Onzen Minister vastgestelde regelen het geslachte varken heeft gewogen.

(30) Art. 14, lid 2 C.V.Bg. Ingeval de verplichting, bedoeld in art. 13, onder *a*, is gesteld en daaraan door dengene, wiens varken gewogen moet worden, niet wordt voldaan, zijn de kosten van het wegen met weegwerktuigen, den betrokken keuringsdienst toebehoorende, voor rekening van den belanghebbende.

den Minister van de bevoegdheid om op te treden als gewestelijke centrale.

Het is wellicht slechts bij wijze van onachtzaamheid, dat in art. 13 der C.V.Bg. een algemeen verordenende bevoegdheid — zij het dan ook ten onrechte en ongrondwettig — werd opgedragen aan de Nederlandsche Varkenscentrale: art. 13 C.V.Bg. geeft een regeling van een der zeer weinige en uitzonderlijke gevallen, dat de Nederlandsche Centrale zelf in verhouding komt te staan tot de varkenshouders; haar normale taak brengt haar in connectie met de Regeering eenerzijds en de gewestelijke centrales anderzijds.

Het is derhalve meer voor de hand liggend algemeen verordenende bevoegdheid te zoeken in de regeling der gewestelijke centrales, dan bij de Nederlandsche Centrale.

Gewestelijke Centrales

Ten aanzien van de bevoegdheid der gewestelijke centrales kunnen inlichtingen verkregen worden in art. 17 der C.V.W. en in diverse bepalingen uit de Statuten der gewestelijke Varkenscentrale „Drenthe", waaraan, volgens Mr. W. B. J. Buvé, de Statuten der overige centrales gelijk zijn (31).

Het vierde lid van evengenoemd art. 17 der C.V.W. (32) luidt: „Aan het Bestuur kan in de Statuten de bevoegdheid „worden verleend onder goedkeuring van Onzen Minister „eischen, betreffende afstamming, te stellen ten aanzien van „voor de voortplanting geschikte varkens".

---

(31) Zie Mr. W. B. J. Buvé t. a. p. pag. 69.

(32) Art. 17 C.V.W.

1. De statuten der gewestelijke organisaties, zoomede daarin later aangebrachte wijzigingen, behoeven de goedkeuring van Onzen Minister.

2. In de statuten mag niet de bepaling ontbreken, dat slechts aan varkens, waarvan de houders leden zijn, merken worden aangebracht.

3. De statuten houden in eene regeling van beroep ten aanzien van geschillen tusschen het bestuur en de leden en de bestuursorganen onderling.

4. Aan het bestuur kan in de statuten de bevoegdheid worden verleend onder goedkeuring van Onzen Minister eischen, betreffende afstamming, te stellen ten aanzien van voor de voortplanting geschikte mannelijke varkens.

Ter uitwerking van dit lid dient art. 49 der Statuten der gewestelijke centrale „Drenthe".

Het eerstopvallende van het voorschrift van het vierde lid van art. 17 C.V.W. is het bestaan zelf dier bepaling. Het is immers geen bijzonderheid en wèl in overeenstemming met den juridischen aard eener rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging volgens de wet van 22 April 1855, dat zij in haar Statuten kan neerleggen en ook neerlegt, dat het bestuur bevoegd zal zijn ter bereiking van het gezamenlijke doel bepaalde regels te geven: aangezien zoodanige bepaling van de bestuursbevoegdheid door de gezamenlijke leden, niet geacht kan worden in strijd te zijn met de openbare orde, de goede zeden of het algemeen belang, zal de Koninklijke goedkeuring aan een vereeniging met zoodanige regeling der bestuurdersbevoegdheid niet worden geweigerd en zeer bijzonder is het dus, dat er een wetsbepaling wordt noodig geacht en gebruikt om vast te stellen, dat in de Statuten aan het Bestuur de bevoegdheid kan worden verleend de daargenoemde regelen te stellen.

Het gebruik eener wetsbepaling tot vaststelling van die bevoegdheid doet de vraag rijzen of zonder de aanwezigheid van art. 17, lid 4, de vereeniging niet de bevoegdheid zou hebben gehad om aan het bestuur de bevoegdheid te verlenen om regels te geven, zij het dan ook onder nadere goedkeuring dier regels door den Minister; wanneer men deze vraag ontkennend beantwoordt, dus o. i. terecht aanneemt, dat de vereeniging ook zonder wetsbepaling bevoegd zou zijn zoodanige bevoegdheid tot regeling aan het bestuur te verleenen, moet met er toe komen, zich af te vragen, of de wetgever eenige bijzondere bedoeling er bij heeft gehad, toen hij de wetsbepaling van het vierde lid van art. 17 deed opnemen en of het zijn bedoeling is geweest, dat de besturen der gewestelijke centrales bevoegd zouden zijn tot het maken van verordeningen betreffende het in art. 17, lid 4, genoemde onderwerp op dezelfde wijze als de besturen der waterschappen tot het geven van verordeningen op een bepaald terrein bevoegd worden gemaakt door art. 193 der Grondwet: de Crisisvarkenswet zou dan derhalve in art. 17, lid 4, een toepassing geven van art. 194 der Grondwet. Tegen deze opvatting zou een bezwaar kunnen worden ontleend aan art. 194 Grondwet zelve, dat het mogelijk maakt aan andere dan in de Grondwet genoemde „lichamen" verordenende bevoegdheid te verleenen, terwijl men er bezwaar tegen maakt

het bestuur eener gewestelijke centrale als een lichaam te beschouwen. Een ernstiger bezwaar is echter nog gelegen in het feit, dat art. 17 C.V.W. in het vierde lid inhoudt, dat „in de Statuten" de bevoegdheid kan worden verleend bepaalde eischen te stellen; hierdoor wordt verhinderd in het vierde lid van art. 17 C.V.W. de verleening van verordenende bevoegdheid te zien; die bevoegdheidsverleening zou immers moeten geschieden door de wet of op grond der wet door eenig door die wet aangeduid persoon of lichaam, tegen welke delegatie van bevoegdheid geenerlei bezwaar behoeft te bestaan en waarvan men bovendien een voorbeeld vindt in art. 23 der C.V.W.

Door de wet nu is zoodanige bevoegdheidsverleening niet geschied en op de vorming der Statuten heeft buiten de leden niemand invloed; de Minister kan aan de Statuten zijn goedkeuring onthouden evenals de Kroon, doch geen dezer beide gedragingen kan oorzaak zijn van toebedeeling van verordenende bevoegdheid in de statuten aan het bestuur, zoodat derhalve moet worden geconcludeerd, tot afwezigheid van verordenende bevoegdheid bij het bestuur; derhalve zal overschrijding van eenig voorschrift, gegeven op grond van art. 17, lid 4, geen rechtstreeksche toepassing van art. 18 Crisisvarkenswet kunnen meebrengen.

Indien men de o. i. onafwijsbare conclusie aanvaardt, dat in art. 17, lid 4, der C.V.W. inderdaad niet sprake is van een verordenende bevoegdheid van het bestuur der gewestelijke centrales, zoowel als wanneer men de tegenovergestelde meening wil aanvaarden, blijft belangrijk de eisch der Ministerieele goedkeuring.

De redelijke grond voor den eisch van ministerieele goedkeuring is daarin gelegen, dat, praktisch gezien, door de gewestelijke centrales algemeene verordeningen gegeven worden door straffen gehandhaafd; het ware daarom wellicht beter geweest het vereischte van ministerieele goedkeuring ook tot andere besluiten der gewestelijke centrales, dan de in art. 17 der C.V.W. genoemde, uit te strekken.

Door de gewestelijke centrales worden, praktisch, algemeenbindende verordeningen gegeven. Dit algemeen bindende karakter dier verordeningen is het gevolg van het tweede lid van art. 17 der C.V.W., voorschrijvende, dat de statuten der gewestelijke centrales moeten inhouden, dat merken slechts mogen worden aangebracht aan varkens, waarvan de houders leden zijn der gewestelijke centrales.

Zoo is het op grond van art. 13, sub *b* en art. 17, lid 2, der C.V.W. in verband met art. 12 van het C.V.B. (33) en art. 12 laatste zin, van de Statuten der gewestelijke Centrale Drenthe (34) onmogelijk, dat varkens van nietleden der gewestelijke Centrale Drenthe worden voorzien van een oormerk; het in voorraad hebben of houden van een varken, dat niet van een oormerk is voorzien is echter strafbaar op grond van art. 11 van het C.V.B. in verband met art. 18 der C.V.W., zoodat dus het lidmaatschap van de gewestelijke Centrales verplichtend is door de strafbepaling van art. 11 C.V.B. (35) in verband met art. 18 der C.V.W. zoodat derhalve, praktisch, de gewestelijke Centrales voorschriften geven van algemeene strekking, geldende voor alle varkenshouders.

Praktisch worden die algemeene voorschriften door straffen gehandhaafd, daar door art. 11 van de Statuten der gewestelijke centrale Drenthe, aan het bestuur dier Centrale de bevoegdheid wordt gegeven tot ontzetting uit het lidmaatschap indien de statuten, reglementen of rechtsgeldige besluiten worden overtreden, door welke ontzetting het lidmaatschap onmiddellijk eindigt, waarvan wederom het gevolg is, dat te zijner tijd het ontzette lid via art. 11 van het C.V.B. valt onder de strafbepaling van art. 18 der C.V.W.

Als tegenwicht tegen deze vergaande bevoegdheid van de gewestelijke centrales is in de wet de eisch der ministerieele goedkeuring neergelegd, althans is hij als zoodanig volkomen gemotiveerd.

Er zijn in de juridische praktijk bezwaren geopperd tegen het feit, dat door de onderlinge werking van art. 13, sub *b*, en art. 17, lid 2, der C.V.W. in verband met art. 11 van het C.V.B. en art. 18 der C.V.W. een ieder — ieder houder van

---

(33) Art. 12 C.V.B. Het aanbrengen van merken, als bedoeld in het vorig artikel, is slechts toegestaan aan door Onzen Minister aangewezen rechtspersoonlijkheid bezittende gewestelijke organisaties, onder door hem te stellen voorwaarden.

(34) Art. 12 Statuten G(ewestelijke) V(arkenscentrale) D(renthe), laatste zin: De vereeniging strekt hare diensten niet uit tot nietleden.

(35) Art. 11 C.V.B. Het in voorraad houden, afleveren, vervoeren of doen vervoeren van varkens, zwaarder dan een door Onzen Minister te bepalen levend gewicht, is slechts toegestaan, indien zij voorzien zijn van een door de hem vast te stellen oormerk.

varkens — zou gedwongen worden lid te worden van de gewestelijke vereeniging, waaronder hij ressorteert; men heeft dit in strijd gevonden met de vrijheid van vereeniging en vergadering.

Daartegen, dat men gedwongen lid zal zijn van een gewestelijke centrale vereeniging, is in het algemeen niet veel bezwaar te maken: art. 194 der Grondwet, dat de bevoegdheid verleent om bij de wet verordenende bevoegdheid te geven aan andere dan in de Grondwet genoemde lichamen, zal o. i. involveeren, dat de wetgever de bevoegdheid heeft om ook de vereeniging in het leven te roepen, waaraan de verordenende bevoegdheid zal worden verleend: zelfs aan den lageren wetgever, de Staten der provinice ,wordt in art. 192 der Grondwet, de bevoegdheid verleend om vereenigingen te vormen, aan wier lidmaatschap men zich niet onttrekken kan. Veeleer kan men er bezwaar tegen maken, dat de wetgever indirect en door strafrechtelijken dwang oplegt om lid te worden van een vereeniging, die in wezen een „vrije" vereeniging is: de vereeniging volgens de wet van 22 April 1855 is er een, die contractueel, door de vrije wilsbeschikking van partijen tot stand komt, waarvan men vrijelijk kan aanvragen het lidmaatschap, dat even vrijelijk kan worden geweigerd, indien de leden het adspirant-lid niet genegen zijn.

Op dezen vrijen aard der genoemde soort vereeniging, waartoe de gewestelijke centrales, als boven aangetoond, behooren, is zeer ernstig inbreuk gemaakt: het lidmaatschap mòet door een ieder worden aangevraagd op gevaar van te vallen onder de strafbepaling van art. 11 van het C.V.B.; het lidmaatschap kan slechts worden geweigerd indien het adspirant-lid is ontzet uit het lidmaatschap eener andere gewestelijke centrale: zonder voldoende rekening te houden met den aard van het vereenigingsrecht, heeft de wetgever een administratieve taak opgedragen aan een soort vereeniging, die naar zijn aard en inhoud tot dat doel weinig geschikt is.

Ook kan in de inrichting en werking der gewestelijke centrales zeer gereedelijk een ernstige ontduiking worden gezien van het voorschrift van artikel 194 Grondwet, aangezien, zooals voren is aangetoond, de voorschriften van de besturen der gewestelijke centrales praktisch tot algemeene door strafvoorschriften gehandhaafde verordeningen worden gemaakt, zulks door middel van de aan het bestuur verleende bevoegdheid tot ontzetting.

Naast deze bevoegdheid tot ontzetting is door art. 15 der Statuten de gewestelijke Varkenscentrale Drenthe aan het Bestuur dier Centrale ook toegekend het recht om eenig lid, dat in overtreding is, te beboeten.

Ook deze bepaling is eigenaardig voor het tweeslachtige karakter, dat een gewestelijke centrale heeft.

Indien men art. 15, zooeven genoemd, wil zien als een voorschrift van zuiver vereenigingsrechtelijken en privaatrechtelijken aard, als gevolg van eene overeenkomst van oprichting van eene vereeniging volgens de wet van 1855, dan zal moeten worden aangenomen, dat bepalingen van den inhoud van art. 15 krachteloos en zonder eenig rechtsgevolg zijn. Soortgelijke bepalingen zullen dan immers moeten worden beschouwd als overeenkomsten tusschen de leden en de rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging, krachtens welke de leden, op vordering van het bestuur, verplicht zullen zijn aan de rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging eenig bedrag te voldoen. Deze overeenkomsten zullen dan echter onderworpen zijn aan de algemeene bepalingen in het burgerlijk recht voor overeenkomsten gegeven; zoo zullen zij overeenkomstig art. 1356, lid 3, j°. art. 1371 B. W. een voldoende bepaalden inhoud moeten hebben en wel op straffe van nietigheid.

Aan dit vereischte wordt dan door de bepaling van art. 15 in geenen deele voldaan: elke begrenzing van de hoegrootheid der op te leggen boete, alsmede elke differentiatie voor mogelijke verschillende gevallen ontbreken en in werkelijkheid staat omtrent den inhoud dezer beboetingsbevoegdheid totaal niets vast. Het bestuur zal derhalve in de opvatting, dat men in art. 15 met een bepaling van contractueel privaatrechtelijken aard te doen heeft, nooit tot beboeting bevoegd zijn, noch derhalve tot aanmaning tot storting in de kas der vereeniging, zoodat van schorsing in het lidmaatschap geen sprake kan zijn, en men zich derhalve ook niet zal behoeven te kwellen met de vraag, wat de juridische beteekenis dezer schorsing is, waaromtrent in de statuten niet en ook niet in de Crisisvarkenswet of in het Crisisvarkensbesluit of in de Crisisvarkensbeschikking eenige aanduiding wordt gegeven.

Afgezien nog van het zooeven betoogde, zal het in ieder geval onmogelijk zijn, beboeting toe te passen ten aanzien van anderen dan leden der gewestelijke centrales, zoodat het derhalve ten eenenmale ongeoorloofd zal zijn, dat een beambte eener gewestelijke centrale, rondgaande bij verschillende

varkenshouders om de varkens te merken, zonder dat deze houders een schriftelijk verzoek ter verkrijging van het lidmaatschap hebben ingediend, hen afvraagt niet alleen den prijs door den Minister vastgesteld voor het merken, doch bovendien een boete door de gewestelijke Centrale vastgesteld, om wanneer de betaling van deze laatste geweigerd wordt, proces-verbaal op te maken op grond van art. 11 van het C.V.B.

Deze wijze van optreden in opdracht eener gewestelijke Centrale wijst er op, dat door genoemde Centrale de regeling van art. 15 niet wordt beschouwd als een privaatrechtelijke regeling tusschen de rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging en de leden, doch als een van het openbaar gezag verkregen bevoegdheid, wellicht mede op grond van het 1e lid van art. 17 der C.V.W., volgens hetwelk door den Minister aan de Statuten der gewestelijke Centrales goedkeuring wordt verleend.

Zou men in art. 15 een publiekrechtelijke bevoegdheid tot bestraffing door het bestuur zien, dan is het niet houdbaar, dat het artikel geldigheid zou bezitten, daar deze straffende bevoegdheid niet door eenig willekeurig lichaam kan worden geusurpeerd, doch door een op de Grondwet steunende althans niet met de letter en den geest der Grondwet strijdende wetsbepaling zou moeten zijn toegekend.

De Minister had velerlei juridische bezwaren kunnen voorkomen door op grond van art. 15 aan de Statuten der gewestelijke Centrale Drenthe zijn goedkeuring te weigeren.

Stabilisatiefonds

Nadat de oprichting werd besproken der Nederlandsche Varkenscentrale en de aandacht geschonken aan doel en werking der Centrale, waarbij gelegenheid was ook doel en werking der gewestelijke Centrales na te gaan, dringt zich als opvallend punt in de doorC.V.W., C.V.B. en C.V.Bg. geschapen regeling op den voorgrond het zoogenaamde Stabilisatiefonds, waarover wordt gesproken in de artt. 5, 7 (36),

(36) Art. 7 C.V.W. Het bedrag, in lid 1 en 2 van het vorig artikel bedoeld, wordt zoodanig vastgesteld, dat, de kosten voor de uitvoering dezer wet inbegrepen, door middel van het Stabilisatiefonds voor de varkens een richtprijs kan worden verkregen, zooveel mogelijk overeenkomende met de onmisbare productiekosten.

8 (37) en 22 (38) der C.V.W., in art. 10 van het C.V.B. (39) en in de artt. 2, 3, 4, 5, 6 en 7 (40) der C.V.Bg.; verder vindt men over het Stabilisatiefonds gesproken in art. 6, sub *d*, en

---

(37) Art. 8 C.V.W. 1. De gelden, door den Rijks- of gemeentelijken keuringsdienst krachtens art. 6 geïnd, worden naar door Ons te stellen regelen gestort in het Stabilisatiefonds.

2. Onze Minister stelt vast het bedrag, dat aan den Rijks- of gemeentelijken keuringsdienst ter bestrijding van zijne kosten, uit deze wet voortvloeiende, per geslacht varken door de Nederlandsche Varkenscentrale zal worden uitgekeerd. Dit bedrag kan voor verschillende deelen des lands, voor al dan niet gemerkte geslachte varkens en naar het gewicht der varkens, verschillend zijn.

(38) Art. 22 C.V.W. Door Ons kan worden bepaald, dat na de afkondiging dezer wet, voordat zij volledig is tot uitvoering gekomen en onder nader door Onzen Minister te stellen voorwaarden, gedurende 6 weken uitgaven kunnen worden gedaan tot stabilisatie van den prijs van het varkensvleesch, welke het bedrag van een millioen gulden niet zullen te boven gaan. Dit bedrag wordt aan het Stabilisatiefonds in rekening gebracht.

(39) Art. 10 C.V.B. De gelden, geheven ingevolge art. 5, behoudens de verrekening ingevolge art. 6, en die, geheven ingevolge art. 7, derde lid, onder *c*, worden naar door Onzen Minister vast te stellen regelen wekelijks vanwege den betrokken keuringsdienst of de Nederlandsche Varkenscentrale gestort in het Stabilistaiefonds.

(40) Art. 2 C.V.Bg. 1. Door de Centrale wordt de administratie gevoerd van het Stabilisatiefonds.

2. De baten en lasten van dat fonds worden elk voor zoover noodig in verschillende rekeningen onderverdeeld.

Art. 3 C.V.Bg. Tot de baten van het Stabilisatiefonds behooren onder meer:

a. de opbrengst der gelden, door den Rijks- of gemeentelijken keuringsdienst of de Centrale krachtens art. 6 der wet geheven;

b. de baten, voortvloeiende uit art. 10 der wet;

c. alle andere bedragen, welke de Centrale ingevolge de bepalingen harer statuten in het Stabilisatiefonds moet storten.

Art. 4 C.V.Bg. Tot de lasten van het Stabilisatiefonds behooren onder meer:

a. de uitkeeringen, krachtens art. 8, lid 2 der wet gedaan, ter bestrijding van de kosten van de Rijks- of gemeentelijke keuringsdiensten;

b. de vergoedingen, verstrekt ten behoeve van den uitvoer van varkens of varkensvleesch, gesplitst naar de verschillende landen van bestemming;

c. de geldelijke nadeelen, voortvloeiende uit de werkzaamheden van de Centrale.

45, 46, 47 en 48 (41) der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale.

Bij de bespreking der Nederlandsche Varkenscentrale kan de beschouwing van het Stabilisatiefonds niet achterwege blijven, omdat, in de woorden der wet gesproken, de Nederlandsche Varkenscentrale het beheer heeft van dit fonds, zij

---

Art. 6 C.V.Bg. Op het tijdstip, waarop de wet vervalt, treedt het fonds in liquidatie. De Centrale wordt met de liquidatie belast, tenzij de voornoemde Minister anders bepaalt. De voornoemde Minister bepaalt de bestemming van het batig saldo van het fonds.

Art. 7 C.V.Bg. 1. Iederen Maandag worden vanwege de betrokken hoofden van keuringsdiensten of vanwege de Centrale de gelden, in de voorafgaande week geheven ingevolge art. 5 van het besluit, behoudens de verrekening, ingevolge art. 6 van het besluit, en die, geheven ingevolge art. 7, derde lid, onder *c* van het besluit, gestort op postrekening van het Stabilisatiefonds.

2. Van deze storting wordt door het betrokken hoofd van den keuringsdienst, voor zooveel zijn dienst betreft, onverwijld kennis gegeven aan de Centrale.

3. Van de in het vorig lid bedoelde gelden zenden de betrokken hoofden van keuringsdiensten onverwijld aan de Centrale een gespecificeerde opgave, waarvan het model door de Centrale wordt vastgesteld.

Art. 5 C.V.Bg. Per kwartaal wordt de rekening van het Stabilisatiefonds afgesloten en onderworpen aan de goedkeuring van den voornoemden Minister.

(41) Art. 6, sub *d*. Statuten N.V.C. Zij tracht dit doel te bereiken door:

d. het beheeren van het Stabilisatiefonds, bedoeld in art. 5 van de Crisisverkenswet 1932.

Art. 45 Statuten N.V.C. Met inachtneming der bepalingen van de Crisisvarkenswet 1932 of de op deze gegronde uitvoeringsbesluiten, is het beheer van het Stabilisatiefonds opgedragen aan het bestuur.

Art. 46. Het bestuur kan den directeur en 2 zijner leden of 3 zijner leden machtigen namens hem over de gelden van het Stabilisatiefonds te beschikken.

Art. 47. De geldmiddelen der vereeniging bestaan uit:

a. bijdragen uit het Stabilisatiefonds;

b. de baten, voorvloeiende uit de werkzaamheden der vereeniging, met inachtneming van art. 48;

c. andere baten.

Art. 48. De inkomsten, bedoeld bij art. 47, lid *b*, worden, na aftrek der onkosten en na behoorlijke reserveering in verhouding tot den omzet, in het Stabilisatiefonds gestort.

verplicht is haar inkomsten in dat fonds te storten, zij volgens art. 2 van de C.V.Bg. de administratie van dit fonds heeft te voeren, het bestuur der Nederlandsche Varkenscentrale over het geld van het Stabilisatiefonds kan beschikken en de geldmiddelen dier Centrale mede bestaan kunnen uit bijdragen uit het Stabilisatiefonds.

Wat onder het Stabilisatiefonds is te verstaan, is uit het woord zelve niet af te leiden; wat een fonds is, wordt door ons recht niet omschreven; het begrip „fonds" kan als gezamenlijke benaming voor velerlei juridische constructies voorkomen. In de zeer onlangs verschenen praeadviezen voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne Koloniën wordt door A. Land en Mr. G. Nauta het pensioenfonds behandeld, doch ook daar mist men een algemeen onderzoek naar het begrip „fonds" en vindt men slechts een bevestiging van de meening, dat „fonds" slechts een samenvattende benaming is voor verschillende rechtsfiguren.

Zoolang de praktijk verschillende rechtsfiguren met de benaming „fonds" betitelt en de wetgever een regeling en omschrijving daarvan heeft achterwege gelaten is het niet mogelijk veel anders te doen dan in concreto na te gaan, wat de aard is van het fonds, dat door de C.V.W. wordt naar voren gebracht.

Het is wellicht niet te veel gewaagd, op praktische gronden de vorming van een fonds te omschrijven als de bestemming van al of niet specifiek bepaalde vermogensgedeelten tot een bepaald doel. Bij de opstelling van dit gemeenschappelijke punt in het leven van alle zoogenaamde fondsen wordt dan geheel buiten bespreking gelaten wie een fonds kan oprichten, hoe of die oprichting kan en moet geschieden, of daarvoor bepaalde vormen zijn voorgeschreven, of de bestemming van zoodanig vermogen moet blijken, doordat het tot een zelfstandig juridisch geheel is gevormd of dat zoodanige bestemming simpel en alleen uit zelfstandige administratie kan blijken en diverse andere vragen.

Omtrent het wezen van het Stabilisatiefonds, dat toch blijkens art. 7 der C.V.W. het voornaamste middel is tot bereiking van het doel der C.V.W., geeft de wet zelf geen uitdrukkelijke aanwijzing; art. 5 der C.V.W. schrijft voor, dat de Nederlandsche Varkenscentrale stortingen moet doen in een fonds, „te noemen Stabilisatiefonds"; dezelfde verplichting wordt in art. 10 van het C.V.B. en art. 3 der C.V.Bg. opgelegd aan den Rijks- of gemeentelijken Keuringsdienst.

Het vermogen, waaruit het fonds bestaan zal, wordt dus gevormd door genoemde bijdragen, doch onopgelost blijft de vraag, wat het Stabilisatiefonds voor een juridisch verschijnsel is.

De oplossing dezer vraag kan echter worden beproefd langs zijdelingschen weg, en de bepalingen van artt. 5 en 22 der C.V.W., artt. 3, 4 en 6 der C.V.Bg. en artt. 47, 48, 59 (42) en 60 (43) der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale kunnen daarbij behulpzaam zijn. Uit artt. 3 en 6 der C.V.Bg. en artt. 47 en 60 der Statuten volgt, dat het vermogen samengevat onder den naam Stabilisatiefonds, niet toebehoort aan de Nederlandsche Varkenscentrale; de mogelijkheid blijft dus over dat het Stabilisatiefonds of wel een stichting is, dan wel een vermogen, dat aan den Staat toebehoort en waarvan de administratie en beheer en/of beschikking wordt gevoerd door de Nederlandsche Varkenscentrale.

Voor de meening, dat het Stabilisatiefonds zou vormen een stichting en dus rechtspersoonlijk bezittend lichaam is, zou een beroep kunnen worden gedaan op art. 22 der C.V.W., bepalende, dat een bepaald bedrag „aan het Stabilisatiefonds zal worden in rekening gebracht", en art. 7, lid 1, der C.V.Bg., voorschrijvende, dat bepaalde bedragen moeten worden gestort „op de postrekening van het Stabilisatiefonds".

Afdoende zijn op zichzelf deze bepalingen niet: ook de Rijksschatkist heeft een eigen girorekening en toch zal men niet aan de Rijksschatkist zelfstandige rechtspersoonlijkheid toekennen; het voorschrift om een bepaald bedrag aan het Stabilisatiefonds in rekening te brengen laat zich verstaan, ook dan, wanneer men in het Stabilisatiefonds slechts een apart geadministreerd vermogen ziet.

Dat echter het Stabilisatiefonds niet als stichting dient te worden beschouwd kan worden bewezen door na te gaan of met betrekking tot het Stabilisatiefonds is voldaan aan de

---

(42) Art. 59 Statuten N.V.C. In de gevallen, bedoeld in het vorige artikel, treedt het bestuur als liquidatie-commissie op. Het liquidatie-voorstel van het bestuur wordt aan de algemeene vergadering aangeboden en ter definitieve goedkeuring aan den Minister gezonden.

(43) Art. 60 Statuten N.V.C. Bij liquidatie van de vereeniging worden haar bezittingen aangewend ten bate van de bevordering van den export van varkens en varkensproducten. In geen geval mogen de bezittingen worden verdeeld onder hen, die lid zijn van de leden der vereeniging.

vereischten, die door de jurisprudentie voor de aanwezigheid van een stichting worden gesteld.

Op de eerste plaats is noodig, dat door eenig persoon een bepaald vermogen is afgezonderd. Reeds met betrekking tot dit opzicht moet worden geconstateerd, dat zulks bij het Stabilisatiefonds niet is geschied: afzondering van vermogen ter oprichting van een stichting, genoemd Stabilisatiefonds, is niet door den Staat geschied, aangezien immers blijkens art. 22 der C.V.W. het bedrag aldaar genoemd *in rekening wordt gebracht* aan het Stabilisatiefonds, zoodat door den Staat ongetwijfeld geen afzondering van vermogen tot vorming van een stichting heeft plaats gehad, zulks ongeacht nog de vraag of door de Kroon gebruik is gemaakt van haar bevoegdheid om over een millioen gulden tot stabilisatie van den prijs van varkensvleesch te beschikken, vóórdat de Crisisvarkenswet tot volledige uitvoering is gekomen.

Ook door de Nederlandsche Varkenscentrale alleen of gezamenlijk met eenigen Keuringsdienst is afzondering van vermogen tot vorming van een stichting „Stabilisatiefonds" niet geschied; dit blijkt uit het feit, dat zoowel de C.V.W. in art. 5, lid 3, als de C.V.Bg. in art. 2, lid 1, als de ministerieel goedgekeurde statuten der Nederlandsche Varkenscentrale spreken van beheer en administratie van het Stabilisatiefonds als de taak, die aan de Centrale ten aanzien daarvan toekomt, hetgeen niet te rijmen is met de opvatting, dat de Stichting Stabilisatiefonds door de Nederlandsche Varkenscentrale en/of andere alsnog zou moeten worden opgericht.

Ook is niet een voldoende en zoodanige organisatie van het Stabilisatiefonds gegeven, dat van een stichting zou kunnen worden gesproken. Aan de Nederlandsche Varkenscentrale wordt „het beheer" van het fonds gegeven, overeenkomstig door den Minister te stellen regelen. Met een groote mate van bereidwilligheid is het niet onmogelijk deze terminologie van art. 5, lid 3, der C.V.W. als „bestuur" van het fonds te interpreteeren. Echter staat daaraan in den weg, dat door de Ministerieele voorschriften zelf de beteekenis van den term „beheer" in art. 5, lid 3, der C.V.W. zoodanig wordt verklaard, dat daaronder de bestuursfunctie van een rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging niet kan worden verstaan: de ministerieele bepalingen ter uitwerking van art. 5, lid 3, der C.V.W. spreken van „de administratie" van het fonds, die wordt opgedragen aan de Centrale en geven dan

ook voorschriften van administratieven en boekhoudkundigen aard.

Bovendien blijkt uit die regeling de afwezigheid van externe werking bij het Stabilisatiefonds, immers tot de lasten van het Stabilisatiefonds worden volgens art. 4 der C.V.Bg. gebracht de gelden, die volgens art. 8 der C.V.W. door de Nederlandsche Varkenscentrale moeten worden uitbetaald: wat extern is voor rekening van de Centrale, is intern gezien voor rekening van het Stabilisatiefonds. Deelneming aan het rechtsverkeer door het Stabilisatiefonds rechtstreeks vindt men noch in de C.V.W., noch in het C.V.B., noch in de C.V.Bg., noch ook in de Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale aangeduid.

Aanvaardbaar is daarom op grond van het bovenstaande slechts de meening, dat men in het Stabiliteitsfonds heeft te zien een aan den Staat toebehoorend vermogen, grootendeels door belastingheffing ontstaan en door den Staat tot een bepaald doel bestemd, terwijl de administratie van dat vermogen en de aanwending daarvan tot het door de wet gestelde doel zal geschieden door de Nederlandsche Varkenscentrale en overeenkomstig art. 45 van de ministerieel goedgekeurde Statuten dier vereeniging door haar bestuur.

Naast de vraag hoe het Stabilisatiefonds zal moeten worden beschouwd, is belangrijk na te gaan in welke juridische verhouding de Nederlandsche Varkenscentrale tot dat fonds staat. Volgens meergenoemd art. 5, lid 3, der C.V.W. berust het beheer van het fonds bij de Nederlandsche Varkenscentrale, volgens art. 2, lid 1, der C.V.Bg. wordt door die Centrale de administratie gevoerd, volgens art. 6, sub *d*, der Statuten der N. V.-C. tracht zij haar doel te bereiken door het beheer van het Stabilisatiefonds, volgens artt. 45 en 46 dier statuten kan beheer en beschikking over het fonds aan het bestuur der Centrale toekomen en volgens art. 47 bestaat het vermogen der Centrale onder anderen uit bijdragen uit het Stabilisatiefonds.

Verschillende vragen doen zich hierbij voor, waarop een antwoord bij gebrek aan afdoende gegevens, niet gemakkelijk is te leveren.

Ten eerste welke is de juridische grondslag voor de berusting van het beheer van het Stabilisatiefonds bij de Nederlandsche Varkenscentrale? Is deze van wettelijken of van contractueelen aard?

De bepalingen van art. 5 der C.V.W. en van art. 2 der

C.V.Bg. — tot stand gekomen vóór het bestaan der Nederlandsche Varkenscentrale — kunnen niet gelden als wettelijke bepalingen, waardoor aan de Centrale imperatief het beheer van het Stabilisatiefonds wordt opgedragen: de Nederlandsche Varkenscentrale is niet een op openbaar gezag ingesteld lichaam, waarvan de taak ad libitum door de overheid kan worden geregeld, zoodat er aanleiding bestaat den grondslag der verhouding tusschen den Staat en de Nederlandsche Varkenscentrale met betrekking tot het Stabilisatiefonds als van contractueelen aard te beschouwen, zij het dan ook dat bedoelde overeenkomst moge liggen op de grenzen van publiek en privaat recht.

Zeker zal echter op zoodanige overeenkomst van toepassing zijn het ook privaatrechtelijk vereischte van een voldoende omschreven inhoud; of de inhoud dier overeenkomst nu voldoende is bepaald, is aan zeer gerechtigden en grooten twijfel onderhevig, daar het niet wel doenbaar is, aan te geven wat onder het in art. 5, lid 3, der C.V.W. bedoelde „beheer" is te verstaan, aangezien immers artt. 45, 46 en 47 der ministerieel goedgekeurde Statuten gewagen van beschikking over de gelden van het Stabilisatiefonds blijkbaar ook ten bate van de Nederlandsche Varkenscentrale, daar onder haar geldmiddelen bijdragen uit het Stabilisatiefonds kunnen voorkomen en verder aangezien blijkens artt. 2, 3 en 4 der C.V.Bg. in verband met de C.V.W. de Nederlandsche Varkenscentrale verplicht is verschillende stortingen in het fonds te doen en gerechtigd daaruit verschillende bedragen te putten.

Het feit, dat de zooeven aangehaalde bepalingen eenige voorschriften voor de Nederlandsche Varkenscentrale bij haar zoogenaamde beheer inhouden is o. i. onvoldoende om nu den inhoud van een eventueele overeenkomst tusschen den Staat en genoemd lichaam voldoende vastgesteld te achten: zelfs al wil men aan den term „beheer" een zeer ruime beteekenis toekennen, zelfs van dien omvang, dat daardoor beschikking over het te beheeren goed onder sommige omstandigheden niet is uitgesloten, dan kan daaronder toch nog niet worden begrepen het gebruik van het beheerde ten eigen nutte en nog wel zonder dat eenigszins vaststaat in welke mate dat gebruik mag geschieden, hetgeen toch het geval is bij het beheer door de Nederlandsche Varkenscentrale van het Stabilisatiefonds.

De verhouding, waarin de Nederlandsche Varkenscentrale staat tot het Stabilisatiefonds en die „beheer" wordt genoemd,

is blijkens de bepalingen der C.V.W. en der C.V.Bg. van geheel anderen aard dan het „beheer", dat door bijvoorbeeld een accountant over een hem toevertrouwd vermogen of door een wettelijk vertegenwoordiger over het vermogen van den aan hem toevertrouwden handelingsonbekwame wordt gevoerd.

Waar het door de C.V.W. gebruikte begrip „beheer" valt buiten de gewone beteekenis, daaraan door jurisprudentie en spraakgebruik toegekend, was het zaak den inhoud van dat begrip voldoende vast te stellen op straffe van, bij gebreke van dien, een overeenkomst te sluiten, naar den inhoud waarvan men voor een niet gering gedeelte moet raden, zoodat zoodanige overeenkomst als krachteloos aantastbaar is.

Een tweede vraag is: indien de Nederlandsche Varkenscentrale bijdragen uit het Stabilisatiefonds in haar vermogen heeft, krachtens welke rechtsverhouding is dit dan, op grond van welken titel tot eigendomsoverdracht of door welke wijze van eigendomsovergang werden deze bijdragen verkregen? Geschiedt er geldleening door den Staat aan de Nederlandsche Varkenscentrale, heeft er schenking plaats tusschen beide genoemde lichamen, heeft er eenige samenwerking in vereenigingsvorm plaats, kan er gesproken worden van een concessie door den Staat aan de N.V.C. verleend, terwijl een der bedingen ten bate der N.V.C. is het gebruik van door den Staat beschikbaar gestelde bedragen tot bereiking van het doel der N.V.C.?

Hoezeer het moeilijk is een alles omvattende omschrijving te geven van de beteekenis der concessie, is toch zeker een der elementen daarvan, dat door het lichaam, dat de concessie verleent, eenig verlof, eenige bevoegdheid wordt gegeven, welke ook niet gegeven kan worden en dat de concessionaris eenige bevoegdheid verkrijgt, die hij zonder die concessieverleening niet had. Dit nu is in het onderhavige geval niet aanwezig: er wordt niet aan de Nederlandsche Varkenscentrale ten algemeenen nutte door den Staat verlof verleend tot eenige verrichting, die ook door den Staat zelf zou kunnen worden verricht, en waartoe de Nederlandsche Varkenscentrale zonder bekomen verlof niet bevoegd zou zijn; wat er geschiedt, is, dat de bevoegdheid om handel te drijven aan anderen dan de N.V.C. ontnomen wordt.

Naar zijn inhoud gezien is er dus o. i. van een concessie geen sprake, doch ook formeel gezien moet deze worden ontkend, indien men aanneemt, dat een concessie door eenzijdige overheidsdaad tot stand komt, omdat de Overheids-

beschikkingen — wet en K. B. — gegeven werden op een oogenblik, waarop de N.V.C. nog niet bestond, terwijl het bovendien nog onzeker was of die zou ontstaan, daar zij immers een vereeniging is volgens de wet van 22 April 1855.

Dat er geen samenwerking in vereenigingsvorm bestaat tusschen den Staat en de Nederlandsche Varkenscentrale, tengevolge waarvan een gemeenschappelijk vermogen zou zijn gevormd, mag daaruit worden afgeleid, dat het in het Stabilisatiefonds aanwezige vermogen en het vermogen der N.V.C. afzonderlijk en zelfstandig worden geadministreerd en geliquideerd, dus geheel zelfstandige vermogens zijn; bovendien ontbreekt elke wettelijke of contractueele aanwijzing als grond voor het bestaan van een vereeniging tusschen genoemde lichamen.

Ook kan niet worden aangenomen, dat er bestaat een privaatrechtelijke verhouding van geldleening, aangezien volgens art. 4 der C.V.Bg. onder *a*, *b* en *c*, de uitkeeringen, vergoedingen en andere geldelijke nadeelen der N.V.C. „lasten" zijn van het Stabilisatiefonds, dus van den Staat.

Schenking in burgerrechtelijken zin, in den vorm van formeele schenking, is niet aanwezig bij gebreke van daartoe vereischte akte en als giften van hand tot hand kunnen toch moeilijk worden beschouwd de bedragen door de N.V.C. uit het Stabilisatiefonds genomen om haar bedrijf, den varkenshandel, te kunnen voeren, terwijl daarnà — volgens art. 5 der C.V.Bg. geschiedt de rekening en verantwoording elke drie maanden — de goedkeuring van den Minister moet verkregen worden op de onttrekking der bedoelde bedragen aan het Stabilisatiefonds.

Om dezelfde reden, de goedkeuring-achteràf van de aan het Stabilisatiefonds onttrokken bedragen, is het niet juist van een subsidieering door den Staat aan de N.V.C. verleend, te spreken.

Steunverleening aan de Varkenshouderij was de bedoeling der C.V.W. en de haar uitwerkende besluiten en beschikkingen; deze steun wordt verleend door organiseering en centraliseering van den handel door middel van de Nederlandsche en gewestelijke Varkenscentrales en door heffing van speciale geldelijke bedragen, welke bedragen aan den Staat toekomen en dienovereenkomstig dan ook niet aan de N.V.C. worden afgedragen.

Langs welken juridischen weg deze bedragen de in beginsel privaatrechtelijke, althans niet publiekrechtelijk-administra-

tieve vereeniging hebben bereikt, is niet aan te wijzen en o. i. wederom het gevolg daarvan, dat niet genoeg de aandacht werd geschonken aan den aard der vereeniging, waaraan een bepaalde taak werd toegedacht en aan den aard der taak, die werd toegedacht: een en ander in onderlinge verhouding.

Bestuur der Centrales — Regeling van geschillen

In verband met de laatste opmerking moge nog de aandacht gevestigd worden op twee onderwerpen, namelijk de positie van het bestuur der Nederlandsche Varkenscentrale en de gewestelijke Centrales en de regeling der geschillen, die zich kunnen voordoen.

De positie van het bestuur der N.V.C. wordt op de eerste plaats bepaald door art. 35 harer Statuten, inhoudende, dat, tenzij in eenige zaak uitdrukkelijk de beslissing aan een ander is opgedragen, deze berust bij het bestuur, vervolgens door artt. 45 en 46 beheer en beschikking over het Stabilisatiefonds gevend aan het bestuur, door art. 30 (44), dat de zakelijke leiding aan het bestuur in handen geeft, door art. 53 (45), dat hij geschillen tusschen de leden en het bestuur de beslissing verleent aan den Minister, door art. 57, bepalende, dat voor wijzigingen in de Statuten noodig is ministerieele goedkeuring en door art. 24 der Statuten i. v. m. art. 3 der C.V.W., waarbij de benoeming van bestuurders aan den Minister wordt opgedragen.

Voornoemd art. 35 dwingt er toe na te gaan in welke gevallen, andere organen dan het bestuur bevoegd zijn om op te treden.

---

(44) Art. 30 Statuten N.V.C. De benoeming van een secretaris en van een directeur, benevens hun instructies, behoeven de goedkeuring van den Minister.

Indien de Minister in deze instructie een wijziging wenscht te zien aangebracht, wordt deze door het bestuur aangebracht.

Het bestuur kan onder goedkeuring van den Minister de dagelijksche leiding der zakelijke aangelegenheden aan een gedelegeerd bestuurslid opdragen, aan wien de titel van directeur wordt toegekend. Wordt een gedelegeerd bestuurslid voor de dagelijksche leiding der zakelijke aangelegenheden aangewezen, zoo gelden voor dezen gedelegeerde de bepalingen, in deze Statuten voor den directeur gemaakt.

(45) Art. 53 Statuten N.V.C. Alle geschillen tusschen de leden der vereeniging onderling worden beslist door het bestuur.

Geschillen tusschen de bestuursleden onderling en de leden en het bestuur staan ter beslissing van den Minister.

Het treurige resultaat ten aanzien der algemeene vergadering is te vinden in de artt. 19 (46) en 20 (47) der Statuten der Nederlandsche Varkenscentrale: het jaarverslag wordt door de algemeene vergadering vastgesteld en ten aanzien der rekening en verantwoording mag de algemeene vergadering aanmerkingen maken alvorens de vaststelling geschiedt door den Minister, die vóór de vaststelling wijzigingen kan verlangen, die door het Bestuur zullen móeten worden aangebracht.

Voegt men hier nog bij, dat de Minister op diverse manieren nog invloed kan uitoefenen op den gang van het vereenigingsleven bijvoorbeeld via de artt. 15 (48), 17 (49), 18 (50), 25 (51),

---

(46) Art. 19 Statuten N.V.C. Het jaarverslag der vereeniging wordt telkenjare door het bestuur aan de algemeene vergadering aangeboden, door deze vastgesteld en aldus aan den Minister aangeboden.

(47) Art. 20 Statuten N.V.C. De rekening en verantwoording van de vereeniging over het afgeloopen boekjaar wordt door het bestuur aan de algemeene vergadering aangeboden en, vergezeld van de bemerkingen, waartoe deze de algemeene vergadering aanleiding heeft gegeven, aan den Minister ter definitieve vaststelling voorgelegd. De rekening en verantwoording worden door den Minister, indien hij geen bezwaar heeft, vastgesteld. Indien de Minister in de aangeboden rekening en verantwoording wijziging wenscht, zal het bestuur deze hebben aan te brengen en van de aangebrachte wijziging hebben kennis te geven aan de eerstvolgende algemeene vergadering.

(48) Art. 15 Statuten N.V.C. Bij de oproeping voor de algemeene vergadering wordt, behalve voor spoedeischende gevallen, een oproepingstermijn van vier weken in acht genomen. Voor een spoedeischende algemeene vergadering, voor welke geen bepaalde oproepingstermijn in acht behoeft te worden genomen, is de machtiging van den Minister noodig.

(49) Art. 17 Statuten N.V.C. Voor de vervulling van vacatures in het lidmaatschap van een der bestuursleden, die geacht worden de landbouworganisaties te vertegenwoordigen, maakt de algemeene vergadering een aanbeveling op van 2 personen, welke aanbeveling aan den Minister wordt aangeboden.

(50) Art. 18 Statuten N.V.C. De Minister regelt de vergoeding voor reis- en verblijfkosten en tijdverlies der bestuursleden.

(51) Art. 25 Statuten N.V.C. De bestuursleden hebben zitting voor den tijd van 3 jaar. Telken jare treedt ongeveer ⅓ van de leden af. De eerste aftreding heeft plaats op 1 Januari 1934. Op de algemeene vergadering, te houden in den loop van het jaar 1933, wordt, voor zoover noodig, een voordracht opgemaakt voor een voorziening in deze vacature. De bestuursleden zijn direct

27 (52), 30, 34 (53) en andere der Statuten, dan heeft de Nederlandsche Varkenscentrale als vereeniging volgens de wet van 1855 wel een zeer eigenaardig figuur.

Als normaal immers bij zoodanige soort van vereeniging mag men op stellen, dat de macht ligt in handen der algemeene vergadering, waaraan het bestuur ondergeschikt is en te wier dienste het bestuur in laatste instantie staat.

Bij de Nederlandsche Varkenscentrale is zulks geheel anders: aangezien nergens — behoudens dan wellicht in artt. 19 en 24 der Statuten — uitdrukkelijk een beslissing is opgedragen aan de algemeene vergadering, is de algemeene vergadering praktisch een schijnvertooning en ligt alle bevoegdheid in schijn in handen van het bestuur benoemd door den Minister, die ten allen tijde het bestuur kan ontslaan overeenkomstig art. 25 der Statuten, wiens goedkeuring in vele gevallen op de bestuursbesluiten moet worden gevraagd overeenkomstig art. 34 der Statuten en in wiens handen de beslissing ligt bij verschil van meening tusschen de algemeene vergadering en het bestuur op grond van art. 53, lid 2, der Statuten, zoodat de wel zeer veel van de inrichting eener vereeniging volgens de wet van 1855 afwijkende toestand deze is, dat de macht in de vereeniging via het bestuur geheel in handen ligt van den Minister. Terwijl in de vereeniging volgens de wet van 1855, het bestuur te beschouwen is als ondergeschikte der algemeene vergadering, ontbreekt deze verhouding bij de N.C.V. absoluut en is het bestuur slechts

---

herkiesbaar. Te allen tijde kan de Minister de benoeming van een bestuurslid intrekken. Zoodra op deze wijze een vacature ontstaat, wordt zoo noodig een algemeene vergadering binnen 2 maanden gehouden, die een voordracht voor de benoeming van een nieuw bestuurslid indient. De volgorde der aftreding wordt den eersten keer door loting bepaald.

(52) Art. 27 Statuten N.V.C. Het bestuur bepaalt de taak voor deze gedelegeerde leden en stelt voor hen zoo noodig een vergoeding voor hun werkzaamheden vast. De benoeming dezer leden, hun opdracht en de bepaling hunner vergoeding behoeven de goedkeuring van den Minister.

(53) Art. 34 Statuten N.V.C. Het bestuur is verplicht op alle besluiten voor zoover de Crisisvarkenswet of de krachtens deze wet geldende bepalingen dat voorschrijven, de goedkeuring van den Minister in te winnen. Het geeft voorts alle inlichtingen aan den Minister, welke deze wenscht.

te beschouwen als een machtsinstrument van den Minister. De ondergeschiktheidsverhouding ontbreekt absoluut waar de aanstelling en het ontslag aan anderen dan de algemeene vergadering toekomen en meer nog op grond daarvan, dat bij verschil van meening, de opvatting van het bestuur praevaleert boven die der algemeene vergadering, zulks onder eindbeslissing van een buiten de vereeniging staande instantie, namelijk den Minister.

Zoowel de Statuten der N.V.C. als die der gewestelijke centrale Drenthe, respectievelijk in de artt. 53 tot en met 55 (54) en de artt. 54 en 55 handelen over de beslissing der geschillen.

Het prikkelt tot de nieuwsgierigheid, indien men in vijf artikelen een geheele competentieregeling vindt opgesteld, om na te gaan met welk verschijnsel men in die regeling heeft te doen.

Het zijn drie mogelijkheden, waaraan gedacht kan worden, indien van de beslissing van geschillen sprake is: aan de benoeming van arbiters overeenkomstig art. 620 vlg. W. v. B. Rv., aan de benoeming van arbitrators en aan een poging tot regeling van administratieve rechtspraak.

Jammer is het, dat aan administratieve rechtspraak als verklaringsmogelijkheid in casu niet mag worden vastgehouden, nu de regeling van de beslissing der geschillen gegeven wordt door de Statuten der N.V.C., terwijl voor de totstandkoming van administratieve rechtspraak wetsbepaling noodig is. Dit is jammer, omdat in het tegenovergestelde geval de mogelijkheid ware aanwezig geweest datgene te verklaren, waarvoor thans in de artikelen, gewijd aan de beslissing van geschillen, verklaring ontbreekt.

Ten aanzien van de artikelen, die in de Statuten der N.V.C. besteed zijn aan de regeling van beslissing van geschillen is alleen voor art. 53, lid 1, de mogelijkheid van verklaring aanwezig. Men zou bij dit artikel kunnen denken, hetzij aan de benoeming van arbiters, hetzij van arbitrators, hetzij van beide, aangezien het niet onmogelijk is, dat onder alle geschillen, die genoemd worden in art. 53 der Statuten, er

---

(54) Art. 54 Statuten N.V.C. Geschillen tusschen het bestuur en een lid van een der leden van de vereeniging worden beslist door een in te stellen commissie van beroep.

Art. 55 Statuten N.V.C. Een reglement voor de commissie van beroep door de algemeene vergadering, onder goedkeuring van den Minister vast te stellen, regelt dit beroep.

sommige zijn over rechten, waarover aan de leden der N.V.C. niet de vrije beschikking toekomt.

Voor het geval genoemd in het tweede lid van art. 53 en in de artt. 54 en 55 kan geen sprake zijn van benoeming van arbiters of arbitrators; voor de benoeming immers van deze is het noodzakelijk, dat een daartoe strekkende overeenkomst tot stand kome tusschen de partijen, wier geschillen aan het inzicht der arbiters of arbitrators zullen worden onderworpen. Dit nu is noch in art. 53, lid 2, noch in de artt. 54 en 55 het geval.

Wat art. 53, lid 2, aangaat: de bestuursleden der N.V.C. sluiten zeker niet bij en in de Statuten der N.V.C. een als boven bedoelde overeenkomst, zoodat het niet duidelijk is, krachtens welk recht geschillen tusschen de bestuursleden onderling voor den Minister worden gebracht; ook tusschen het bestuur, dat zelfs niet tot de rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging N.V.C. in contractueele verhouding staat, en de leden der N.V.C. is niet bij en door de Statuten een zoodanige overeenkomst tot stand gekomen: het bestuur is bij de overeenkomst, waarbij de Statuten worden vastgesteld niet partij.

Hetzelfde maar dan in dubbele mate, namelijk zoowel ten aanzien van het bestuur der N.V.C. als de leden der gewestelijke centrales, geldt voor het geval geregeld in art. 54. Geen der beide genoemde partijen sluiten bij de Statuten der N.V.C. eenige overeenkomst. Het is in verband daarmee dus overigens slechts van ondergeschikt belang, dat overeenkomstig art. 44 der Statuten der N.C.V. de beroepscommissie zou moeten worden ingesteld door een der geschilvoerende partijen, het bestuur, en dat derden namelijk de algemeene vergadering der N.V.C. onder goedkeuring van den Minister een reglement van beroep zullen instellen.

Overeenkomstige moeilijkheden doen zich voor ten aanzien van art. 54 der Statuten der gewestelijke Centrale Drenthe.

Ook uit het laatst besproken punt, de regeling der geschillen, blijkt, dat de wetgever zich den aard der vereeniging Nederlandsche Varkenscentrale niet duidelijk heeft voorvoorgesteld.

Ten slotte zij opgemerkt, dat de bedoeling van het voorafgaande niet gezocht moet worden in een altijd zeer gemakkelijk te leveren theoretische critiek, die in crisistijd wellicht

als minder geëigend mag worden beschouwd met het oog op de dwingende eischen der praktijk, maar als een bescheiden verzoek om bij decentralisatie van overheidsfunctie of bemoeiïng, de aandacht niet te onthouden aan de soort van vereeniging, die men tot de uitoefening van zoodanige functie kiest: waarschijnlijk wordt dan aan het vereenigingsrecht geen geweld aangedaan en daardoor de ontwikkeling en regeling der decentralisatie gebaat.

J. Jurgens

De ontwikkeling van het Nederlandsche Zeerecht onder den invloed van wetenschap en handelspraktijk met bijzondere inachtneming van de Rotterdamsche invloeden.

I. Inleiding

Het gedeelte van het Nederlandsche civiele recht, dat in het Wetboek van Koophandel is neergelegd, vindt voor het overgroote gedeelte zijn herkomst buiten het Romeinsche recht. Daardoor heeft het zich in den loop der tijden niet in dezelfde mate als het klassieke deel van de stof mogen verheugen in belangstelling van de zijde der wetenschap. Zelfs heeft buiten ons land b.v. het zeerecht daardoor niet slechts onverschilligheid, doch minachting en afkeer ondervonden (1). Uiteraard heeft de lauwheid, welke op dit stuk door de wetenschap ten toon is gespreid, haar natuurlijken tegenhanger gevonden in een buitengewoon groot aandeel van de praktijk des gewonen dagelijkschen levens aan de rechtsvorming. In ons land heeft onder de republiek met name het zeerecht (en in verband daarmede het verzekeringsrecht) gestaan onder den rechtstreekschen invloed van vertegenwoordigers der belangen van het bedrijfsleven. Ook buiten onze grenzen straalde de invloed dierzelfde kringen uit. De beroemde Fransche Ordonnance de la Marine was mede opgebouwd uit hier en elders in de wereld ter beurze verzamelde bouwstoffen (2). De keuren van onze groote koop-

(1) Vg. de zeer amusante inleiding van Dr. J. J. Surland tot zijn „Grondt-stellingen van 't Europaeische Zee-recht", door Isaac le Long in het Nederlandsch vertaald en in 1751 te Amsterdam uitgegeven („ . . . nademaal dese Leere door de allermeeste veracht wordt" . . .).

(2) In 1679 kwam daartoe zekere le Gras te Rotterdam, waar hij toen ook overleg pleegde met den destijds nog in die stad woonachtigen Verwer. Zie blz. 175 van diens Nederlants Seerechten, Amsterdam, 1764 (vierde druk).

steden genoten een uitstekende reputatie, vooral de Rotterdamsche van 1721. Na de revoluties merken wij soortgelijke tendenzen op. De code de commerce, toch ook al uit costumier recht voortvloeiend, is hier te lande slechts aanvaard met menige verandering, aangebracht op den grondslag van oudvaderlandsche rechtsinzichten. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden is hierbij uiteraard een belangrijke rol gespeeld door de leden van de commissies, die zich daarmede hebben bezig gehouden. In het bijzonder moet daarbij worden herinnerd aan de werkzaamheid van den Amsterdammer Mr. J. VAN DER LINDEN, advocaat en schrijver van het beroemde Regtsgeleerd, Practicaal, en Koopmans Handboek (Amsteldam, 1806), alsmede aan den Rotterdammer Mr. A. VAN GENNEP, tot 1806 bekend advocaat aan de Nieuwe Maas, broeder van den eersten secretaris van de Kamer van Koophandel te Rotterdam, door Lodewijk Napoleon tot staatsraad benoemd, als behoorende tot de „achtingwaardigsten ingezetenen, met den Handel en Zeevaart bekend" (3). In latere instantie hebben de kooplieden zelf rechtstreeks invloed uitgeoefend op den tekst van het Wetboek-1838. VOORDUIN heeft in dit verband zeer vleiende opmerkingen gemaakt aan het adres van de Rotterdamsche Kamer van Koophandel (4). Dit lichaam heeft zich destijds bij haar arbeid over het zeerecht voornamelijk doen voorlichten door twee bij uitstek deskundige mannen, den notaris Mr. A. SCHADEE, van het bekende handels- en zeevaartkantoor, waaraan velen uit zijn geslacht hun naam hebben verbonden (5), en den makelaar in assurantiën F. VAN DAM, die zich bij hun adviezen weinig gelegen hebben laten liggen aan rechtsdogmatiek en zooveel te meer aan zakelijke wenschen van het bedrijfsleven, alsmede aan de herinnering, hoe het vroeger was geweest, vóór den Franschen tijd.

Toen ik eenigen tijd geleden de gelegenheid kreeg, om de origineele adviezen dezer beide mannen te bestudeeren, bekroop mij het verlangen, om aan de hand daarvan na te gaan, in hoeverre dat „vroeger" door hun arbeid in ons recht is blijven leven. In dat verlangen werd ik versterkt door de

(3) Gedenkboek van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Rotterdam, 1803—1928, blz. 69/70.

(4) Mr. J. C. VOORDUIN, Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, VIII, blz. XII; voorts narede tot deel IX.

(5) Vg. Tweehonderd jaar notariaat en zeezaken; Gedenkschrift van het kantoor der notarissen SCHADEE en hunner associé's, Rotterdam, 1724—1924; Gedenkboek K. v. K., blz. 105/6.

overweging, dat ook na 1838 van de zijde van de vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en vooral weder door de Rotterdamsche Kamer van Koophandel meermalen drang is uitgeoefend tot herziening van de regeling der rechtsstof, die noodzakelijkerwijs betrekkelijk spoedig bij den tijd ten achter moest geraken. Langen tijd was het eenige succes, dat zij daarbij boekte, gelegen in de wet uit 1874 (*Stbl.* 95) tot verbetering van het pandrecht (door den handel gewenscht met het oog op handelscrediet op onderpand). In de Memorie van Toelichting tot het groote wijzigingsontwerp voor het zeerecht, de lex-MOLENGRAAFF, is intusschen welwillend gewag gemaakt van den „belangrijken arbeid", die een door genoemde Kamer van Koophandel ingestelde commissie tusschen 1898 en 1901 had verricht door het samenstellen van een ontwerp voor negen gewijzigde titels van het Tweede Boek. Blijkens hetzelfde staatsstuk hebben vooraanstaande kooplieden en reeders een belangrijke rol gespeeld bij de wording van ons huidig zeerecht. Zou er in den loop der tijden continuïteit zijn te bespeuren in de wenschen van de belanghebbenden? Heeft anderzijds de wetenschap bij de be- en verwerking dier wenschen de ontwikkeling van het recht weten te onttrekken aan den invloed van opportunistische overwegingen? Kortom, valt er in de wordingsgeschiedenis van ons zeerecht, terugziende tot in de tijden vóór de revolutiejaren, een leidend beginsel, een vaste lijn op te merken? Belangwekkende vragen, waarvan de beantwoording reeds terstond wordt bemoeilijkt door de bezwaren, waarop men stuit bij de vaststelling van hetgeen in dien ouden tijd als Hollandsch zeerecht kon gelden.

Zoo is de kennisneming van de Rotterdamsche zeerechtadviezen uit de jaren 1832 en 1833 voor mij aanleiding geworden tot bestudeering van de ontwikkeling van dat onderdeel onzer wetgeving over een geruime spanne tijds. De uitkomsten lijken mij belangwekkend genoeg, om daarvan in deze bladen rekenschap te geven. De ordening van de rechtsstof, zooals wij deze vinden in het Wetboek-1838, zal daarbij tot richtsnoer strekken. In overeenstemming daarmede volgt hier allereerst een onderzoek naar de zakenrechtelijke beginselen van het zeerecht, dat ik later hoop te vervolgen en te doen volgen door soortgelijke studies over de verdere onderdeelen. Uiteraard is thans nog niet het oogenblik aangebroken, om te trachten eenig antwoord te geven op de hierboven opgeworpen algemeene vragen. Wellicht zal ik mij daaraan kunnen zetten bij de beëindiging dezer artikelenreeks. Tot

zoolang worde een beoordeeling van het bosch ten achter gesteld bij zorgvuldige beschouwing van de afzonderlijke boomen.

II. De zakenrechtelijke beginselen van ons zeerecht

1. *Het rechtskarakter van schepen.* Het voorschrift, dat schepen roerend goed zijn (6), geeft in ons modern recht een beginsel zonder groote wezenlijke beteekenis weer. Door de vele uitzonderingsvoorschriften van de wet (7) en door de praktijk, die de meeste schepen tot eigendom heeft gemaakt van naamlooze vennootschappen, ten gevolge waarvan allerlei bepalingen uit het personenrecht te hunnen aanzien haar beteekenis hebben verloren (8), nadert deze bepaling tot een doode letter. Het constateeren van deze omstandigheid mag echter niet weerhouden van het doen der uitspraak, dat het beginsel voor onzen tijd onhoudbaar moet worden geacht.

Romeinschrechtelijk was de indeeling van schepen onder de roerende goederen logisch met het oog op hun verplaatsbaarheid (res mobiles) (9). Het geheele onderscheid was evenwel in het Romeinsche recht van geringe beteekenis. In onze huidige wet is de draagwijdte veel grooter geworden en de daarop betrekking hebbende bepalingen dragen voor een belangrijk deel den stempel van het adagium: „res mobilis res vilis) (10). Een vermogensbestanddeel van den aard van een zeeschip vereischt daardoor een geheel andere regeling dan het B. W. uitwerkt voor de goederen, ten aanzien waarvan bezit als volkomen titel geldt. Naar mijn gevoel staan wij in dit opzicht dichter bij de algemeen-Germaansche opvatting, die grootere schepen, als „besonderes Herrschaftsgebiet" tot onroerend stempelde (11).

Deze laatste opvatting vinden wij terug in de geschriften

---

(6) Ordonnance de la Marine, L. II, T. X, art. 1; Ontw. 1809, art. 226; K. 1830, art. 199; K. 1838, art. 309; B. W., art. 506.

(7) Vg. Kist-Loeff, no. 48 i. f.; Polak II, blz. 158 (1924).

(8) Vg. J. Bonnecase, Traité de droit commercial maritime, Paris, 1922, § 220. Men denke b.v. aan artt. 205, 451, 484, 529 B. W.

(9) Vg. D. 43, 24, 20, 4; D. 43, 16, 1, 7.

(10) Vg. Asser-Scholten, II, blz. 13 (1927).

(11) Fockema Andreæ, I, blz. 170.

van postglossatoren (12), in sommige oud-vaderlandsche rechtsbronnen (13), in de Hanzesteden en in bepaalde Fransche gebieden (14). Het ontwerp-B. W. 1820 was aarzelend door in art. 914 te bepalen, dat schepen uit hunnen aard roerend goed zijn en daaronder gerekend moeten worden, ten ware de wet dezelve, in sommige gevallen, onder de onroerende goederen mocht rangschikken of met dezelve gelijk stellen. Bij de voorbereiding van het B. W. 1830 bestond tegen de indeeling van schepen onder de roerende goederen een vrij sterke oppositie (49 tegen 8 stemmen) (15), die melding maakte van den „gevoeligen slag . . . . toegebragt aan den scheepsbouw, alzoo de scheepsbouwmeesters geen crediet meer gevonden hebben bij de geldschieters, welke genoegzame zekerheid misten, door de bepaling, dat de schepen geen *onroerend* goed, maar *roerend* waren". Dat de Regeering deze bezwaren zoo glansrijk overwon, had zij zeker wel daaraan te danken, dat zij kon wijzen op het ontw.-K. 1822, waarin deze economische moeilijkheid werd omzeild door bijzondere bepalingen „opzigtelijk de transporten van schepen en vaartuigen, de bijlbrieven en bodemerijbrieven". Slechts door van den aanvang af het begrip roerend goed ten aanzien van schepen uit te hollen, konden de vervaardigers van ons B. W. dus dit beginsel uit het Romeinsche recht handhaven.

2. *De desbetreffende beginselen van het oud-vaderlandsch recht.* Men zou verkeerd doen uit het voorafgaande de conclusie te trekken, dat onder de republiek het Romeinsche recht te dezer zake geheel zonder invloed was. De *theorie* althans hadden onze romaniseerende juristen geheel naar hun

---

(12) Vg. F. Roccus (vertaald door Mr. J. Feitema) over schepen en vrachtgelderen, Amsterdam, 1741, art. 38/39 (Albericus: schip is verknocht aan den grond, dus rustend op het onbewegelijke; Angelus: ook een houten huis is bewegelijk en toch onroerend).

(13) Als noot 11.

(14) Vg. J. J. Abbink, Het Zeeregt en de Zee-assurantiewetten aller volken, Amsterdam, 1847, I, bl. 251; Mr. A. Lind, Praeadvies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1908, I, blz. 94; A. P. Muller, Scheepshypotheek, Leidsch Prfschr., Amsterdam 1923, blz. 90/1.

(15) Voorduin, III, blz. 324 e. v.

inzichten weten te krijgen (16). Maar in het wezen der zaak zijn zij niet ver gekomen: wanneer een schip vier lasten of grooter was (17), moest bij verkoop of verpanding een gerechtelijke akte worden opgemaakt of te Amsterdam althans een akte, verleden voor notaris en getuigen (18). Deze vorm was volkomen in overeenstemming met dien, voorgeschreven voor onroerende goederen. Uit het feit, dat bij de genoemde gelegenheden de veertigste penning moest worden betaald (19), is ten onrechte wel geconcludeerd, dat fiscaliteit de ondergrond van dit stelsel zou zijn geweest (20). Het tegendeel blijkt reeds uit het plakkaat van 1529 (21), waarin Karel V de rechtszekerheid op den voorgrond stelde bij het gelasten van publieke transporten van onroerend goed, en het plakkaat van 1622, waarbij deze heffing ook voor schepen werd ingesteld, ging in dezelfde richting (22). Voor schepen achtten onze zeventiende-eeuwsche voorvaderen de *openlijke eigendomsoverdracht* of verpanding niet minder dan voor land en huizen noodzakelijk.

Ook de geheele terminologie van de oude bronnen wijst erop, dat men, wellicht onbewust, schepen nog als onroerend beschouwde of althans als zoodanig behandelde. Bij huizen en schepen sprak men gelijkelijk van akten van transport en van

---

(16) U. Huber, Heedendaegse Rechtsgeleertheyt, 5e dr., Amsterdam, 1768, II, 1, 7; B. van Zutphen, Practijcke der Nederlantsche Rechten, Groningen, 1680, no. 3 en 8 op „Roerende goederen", met duidelijk Romeinschrechtelijk criterium; J. Voet, Commentarius ad pandectas, Hagae Comitum, 1707, I, VIII, II.

(17) Een last was twee ton, vg. Voorduin IX, blz. 312, en art. 200 K.-1830.

(18) Placc. van 10 Maart 1622, Gr. Pl. boek I, blz. 1977; J. van der Linden, Regtsgeleerd practicaal en koopmans handboek, Amsterdam, 1806, blz. 476; S. Groenewegen, De legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia, Lugduni Batavorum, 1649, op C. 8, 18, 11.

(19) Bodemerijbrief en eerste bijlbrief waren van die heffing vrij.

(20) Zoo door M. Th. Goudsmit, Geschiedenis van het Nederlandsche Zeerecht, 's-Gravenhage, 1882, blz. 360, en M. H. s'Jacob, Over schepen en derzelver regtsgevolg volgens het Nederlandsche Handelsregt, in Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, Amsterdam, 1850, blz. 269; anders Lind, t. a. p. blz. 103.

(21) Gr. Pl. boek I, blz. 374.

(22) Vg. art. IX: verboden te transporteeren buiten het district der inwoning.

hypothecatie (23); de akte, waarbij een verkooper zich recht van hypotheek op het verkochte verzekerde voor het onbetaald gebleven gedeelte der kooppenningen, werd in beide gevallen wel „kustingbrief" geheeten (24). Men vindt het oude recht wellicht het beste terug in de pretentielooze verhandelingen over de notarieele of administratieve praktijk, waarin de romanistische tendenzen wel weerspiegeld, doch niet nagejaagd werden. Merkwaardig is b.v. de volgende aanhaling uit de „Amsterdamsche Secretary" (25): „Kustingbrieven zijn schuldbrieven, daar bij de koopers van Huyzen en Erven, of andere onroerende goederen, of die daaronder begrepen en geschat worden, als Schepen, Schuyten, enz.". Treffend is in dit verband ook, dat zelfs een romanist als VOET (26) huizen en schepen wel in één adem moest behandelen en op één lijn moest stellen (27). Wij kunnen dus zeggen, dat het Romeinsche recht in dit opzicht onder de republiek niet veel terrein heeft veroverd: de drang naar rechtszekerheid was in dit koopmansland sterker dan de theorie, veel meer b.v., naar wij zullen zien, dan in Frankrijk onder het koninklijke recht der ordonnanties.

3. *Meubel-goed heeft geen gevolg (van hypotheek).* In dit verband dringt de vraag zich op, welke beteekenis de regel, dat roerend goed geen gevolg heeft, in ons oude recht had voor de opvattingen omtrent de rechtspositie van schepen. Bij de weinige zekerheid, die omtrent deze materie bestaat, is die vraag moeilijk te beantwoorden. Tot op zekere hoogte geloof ik met TELDERS (28), dat „de beperkingen der revindicatie van roerende goederen uit de derde hand zeldzame zijn,

---

(23) VAN DER LINDEN, t. a. p.

(24) Voor schepen ook wel „bijlbrief" (stel b.v. tegenover elkander v. LEEUWEN, t a. p., IV, VII, 11 en II, VII, 3; v. D. KEESSEL, Th. 427 en 550). DE GROOT noemde daarentegen in beide gevallen het document „bijlbrief" (Inl. II, 48, 13). Zie overigens omtrent den bijlbrief hieronder § 8.

(25) Bestaande in formulieren van schepenen-kennissen. Quytscheldingen, Schatbrieven, en andere, die gewoonlijk daar gebruikt worden, Amsterdam, 1707, blz. 59.

(26) T. a. p. XX, IV, 19.

(27) Zie ook GROENEWEGEN op DE GROOT, II, 48, 32, no. 39.

(28) Het beginsel: „roerend goed heeft geen gevolg ten tijde der republiek", in het Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis, VIII, blz. 50 e. v.

in het belang van den handel ingevoerde uitzonderingen op den regel, dat die revindicatie onbeperkt was toegelaten". Ik zou echter, althans voor de 17e en 18e eeuw, het woord „zeldzame" niet durven handhaven en liever zonder meer spreken van uitzonderingen in het belang van den handel, „uitzonderingen" dan niet quantitatief bedoeld, doch ideologisch, als afwijkingen van een tot richtsnoer genomen stelling. Opmerkelijk is, dat rechters, rechtsgeleerden en samenstellers van handleidingen voor het notariaat zich den „regel" in hoofdzaak slechts plachten te herinneren, zoodra zij aan een geding of uiteenzetting over pand en hypotheek toe waren. Het belang van den handel, zooals zij dat begrepen, bracht dan eenerzijds mede, dat bij verpanding overgereikt roerend goed in handen van den nemer veilig was tegen elke aanspraak van derden, anderzijds, dat degeen, die roerend goed zonder overdracht als hypothecaire zekerheid aanvaardde, dit niet onder derden kon achterhalen (29). Zoodra daarentegen het begrip handelspand en daarmede de rechtszekerheid in den handel buiten den gezichtskring lagen, was de Romeinschrechtelijke bezitstheorie de sterkste (30). Anders dan SCHOLTEN (31) geloof ik niet, dat het Romeinsche recht het onder de republiek in dit opzicht ooit geheel heeft gewonnen. Wel kan deze schrijver zich beroepen op het feit, dat VAN DER KEESSEL aan het eind der ontwikkeling van het oud-Hollandsch recht in zijn Thesis 183 geheel op het Romeinsche standpunt stond, maar hij ziet dan m. i. toch over het hoofd wat dezelfde auteur in

---

(29) Stel tegenover elkander: DE GROOT, Inl. II, 3, 5/6 en II, 48, 29; vg. ook denzelfden in de Adv. der Holl. R.geleerden, III, no. 174; v. LEEUWEN, t. a. p. II, VII, 3 tegen IV, XIII, 4 en 19; GROENEWEGEN, De legibus abrogatis op C. 6, 2, 2 tegen op I. 4, 1, § 16; C. 4, 10, 14 en C. 8, 18, 11. Zie ook VOET, t. a. p. VI, I, 12; BIJNKERSHOEK, Obs. tum. no. 403; v. ZUTPHEN op Hypotheecq, no. 6, op Pandt, no. 17, op Roerende goederen, no. 4; C. Kos, Instructie in 't Notaris-Ampt, Hoorn, 1714, blz. 69.

(30) De voorbeelden, welke HUBER, verwoed tegenstander van den regel, t. a. p. I, II, XLIX, 12, noemt van gevallen waarin hypothecaire schuldeischers roerend onderpand onder derden met succes hadden vervolgd, doen niet erg denken aan koophandelszaken. Een Amsterdamsch koopman zal wel zelden een „peert" in pand hebben genomen voor een handelsvordering en het vervolgen van een effect uit hoofde van een generale hypotheek is evenzeer een zaak, die niet rechtstreeks met het drijven van koophandel te maken behoeft te hebben. Dit waren geen „handelspanden".

(31) In ASSER II, blz. 87 (6e dr.).

Thesis 432 stelde: „Mobilia vel generaliter vel specialiter sine traditione pignori obligata, si a debitore fuerint alienata, a vinculo pignoris liberantur". Deze stelling is toch wel slecht vereenigbaar met het Romeinsche recht, zooals dat b.v. is neergelegd in C. 4, 10, 14, één van de leges abrogatae van GROENEWEGEN (32).

In elk geval was de „regel" ten onzent, evenals in Frankrijk, veel krachtiger bij toevoeging van de woorden „van hypotheek" dan zonder dit verlengstuk (33). De hoogste wijsheid in ons handeldrijvend vaderland zoeke men te dezen aanzien niet bij de geleerde schrijvers, doch in den dooddoener van den Amsterdamschen advocaat J. WITTE in zijn advies van 20 Februari 1635: „Ende als men het anders zoude verstaan, zoo zoude het zelve strekken tot een volkomen confusie van den Koophandel, 't welk geenszins in deze landen, die op den Koophandel gefondeert zijn, mag worden gefavoriseert" (34). Van dit opportunistisch gezichtspunt uit liet men in beginsel roerend goed revindiceeren onder derden, doch sloot deze opvordering liefst uit ten bate van den bezittenden pandnemer in handelszaken en ten nadeele van den geldschieter op roerend handelspand, die daarvan niet in het bezit was gesteld. Daarmede was de behandeling van roerende goederen in het oud-vaderlandsche recht hoogst bezwaarlijk toepasselijk op schepen, ten aanzien waarvan dringende behoefte bestond aan wel gefundeerd crediet zonder bezitsoverdracht van het daarvoor verbonden schip. Zelfs de gedeeltelijke toepassing van den bedoelden rechtsregel door de Nederlandsche juristen onder de republiek moest daarom de schepen practisch wel doen verblijven onder de rubriek onroerend goed. Meer dan in naam kon het Romeinsche recht te dezen aanzien niet worden gerecipieerd.

4. *Onderscheid en grens tusschen zakelijk recht en bevoorrechte inschuld.* Alvorens den aard van de zekerheid, welke in het oud-vaderlandsch recht aan scheepscrediteuren werd geboden, nader te beschouwen, zie ik mij genoopt een beschouwing te doen voorafgaan omtrent de vraag, wat een zakelijk

(32) T. a. p. op die wet.

(33) Vg. A. S. DE BLÉCOURT, Kort begrip van het oud-vaderlandsch burgerlijk recht, Groningen 1932, blz. 170.

(34) Consultatien, advysen en advertissementen gegeven ende geschreven bij verscheide treffelycke rechtsgeleerden in Holland en elders, IV, no. 179. Vg. HUBER t. a. p.

recht is, of, enger, waar de grens ligt tusschen een zakelijk recht en een bevoorrechte inschuld. Dit punt verdient te meer nauwkeurige beschouwing, omdat Mr. LOEFF kortelings bij de behandeling der scheepsvoorrechten in ons geldende recht een opmerkenswaardige theorie daaromtrent heeft ontwikkeld (35). Naar zijn oordeel kan niet als criterium gelden de al dan niet verhaalbaarheid op goed van een derde. Kenmerkend onderscheid ziet hij hierin, dat het zakelijk recht onmiddellijk, zoodra de feiten, waarop het berust, hebben plaats gehad, een greep doet in den eigendom en het gegrepene vasthoudt; het voorrecht werkt daarentegen eerst op het oogenblik van executie, zonder dat een rol spelen plaats waar of tijdstip waarop zijn geschied de feiten, op grond waarvan het voorrecht wordt ingeroepen (36). De voorrechten van het tegenwoordige zeerecht beschouwt deze schrijver op grond van dat richtsnoer niet als zakelijke rechten, een algemeen oordeel, dat zoowel de voorrechten uit art. 318*c*, waaraan volgens art. 318*o* zaaksgevolg is verbonden, als die van art. 318*q* geldt (37).

Ik kan mij met dezen gedachtengang niet vereenigen. Voor mij blijft het onderscheid tusschen zakelijke en persoonlijke rechten hierin gelegen, dat de eerste zijn de aanspraken op het genot, in eenigerlei opzicht, van zaken, die tegenover iedereen geldend kunnen worden gemaakt, terwijl de laatste aanspraken ongetwijfeld op een zaak betrekking kunnen hebben, doch slechts op bepaalde personen kunnen worden verhaald. Het zakelijke recht vindt zijn verwezenlijking in genot en zijn handhaving door middel van zaaksgevolg, ook onder anderen dan mede-contractanten (of personen, die (quasi) ex delicto in betrekking tot ons staan) en hun aansprakelijke rechtverkrijgenden, dan wel door afwijzing van aanspraken van de zijde van anderen dan de hier in het bijzonder genoemden (38); het persoonlijke recht vindt zijn verwezenlijking in uitoefening en zijn handhaving door middel van verhaal op of verweer tegen mede-contractanten en hun aansprakelijke rechtverkrijgenden, met uitsluiting van anderen. Uitzonderingen krachtens bijzondere wettelijke voorschriften laat ik in dit verband uiteraard buiten beschouwing.

---

(35) KIST-LOEFF, § 63 e. v.

(36) T. a. p., § 63.

(37) T. a. p., § 66.

(38) Vg. E. M. M. in N. J. 1933, blz. 792 onder H. R. 16 Maart 1933 over de zakelijke trekken van het recht van retentie.

Als het nu op handhaving aankomt, kunnen aanspraken „bevoorrecht" zijn. Dit is een betrekkelijk begrip: het kan slechts een rol spelen bij het samentreffen van aanspraken. Dan zijn noodzakelijkerwijs alle aanspraken bevoorrecht buiten die, welke dit niet zijn: de gewone persoonlijke vorderingen. Als men spreekt van bevoorrechte inschulden naast hypotheek en pand, dan bedoelt men daarmede eigenlijk *minder* bevoorrechte inschulden, omdat zij missen het bijzondere, rechtstreeksche verband met een zaak, dat door hypotheek en pand gedekte vorderingen hebben *naast* het gunstbewijs der min of meer groote afwijking te haren behoeve van de paritas creditorum. Het is duidelijk, dat *dit* gunstbewijs of voorrecht in *alle* gevallen, onverschillig of een aanspraak zakelijke trekken vertoont, eerst van beteekenis wordt bij de executie, omdat eerst dan van rangregeling sprake kan zijn. Als er vóór dien tijd voor den crediteur sprake is van een bevoorrechte positie, dan ligt de oorzaak daarvan elders: de mogelijkheid van verhaalbaarheid op goed van een derde, zooals Loeff schrijft (39), of liever, naar mijn gevoel, op het verbonden goed, ook als het eigendom van een derde is (geworden).

Ter voorkoming van verwarring laat ik verder in de woordenkeus de hierboven ontwikkelde gedachte, dat ook de verhaalbaarheid op goed van een derde een „voorrecht" is, ter zijde. Naar algemeen gebruik (40) reserveer ik deze uitdrukking voor het „voorrecht" bij rangregeling. Vast houd ik echter aan het beginsel, dat een zakelijk gerechtigde voor de handhaving van zijn aanspraak van twee attributen is voorzien:

a. de verhaalbaarheid op het verbonden goed, ook als het in handen van een derde is;

b. het recht op een min of meer hooge, „bevoorrechte",

---

(39) T. a. p., § 63.

(40) Reeds in de oudere literatuur merk ik hetzelfde op. „Privilegium est ius sine pignore ante alios exigendi" schreef b.v. Donellus (XXIII, XV, § 2). A contrario: doch ook de pandhouder heeft ius ante alios exigendi; is dat dan niet privilegium? De romanisten hadden dit toch zeer duidelijk kunnen lezen uit Nov. 97, 3, waar de voorrang van jongere hypotheken boven oudere aan privilegium werd toegeschreven (προνόμιον). Uit C. 8, 17, 9 valt hetzelfde te lezen, doch deze wet is op dit punt minder duidelijk. Goed schreef Pothier, Pand. Just. op D. 2, 14, 10, in no. 89, noot 3.

plaats op de ranglijst als het eenmaal op executie aankomt (41).

Het eerste element heeft reeds „reëele" beteekenis vóór de executie, het tweede, gemeen aan zakelijke rechten en „bevoorrechte" inschulden, eerst op het oogenblik van executie. Niet de aanwezigheid daarvan, doch het ontbreken van het eerste element, stempelt een recht tot niet-zakelijk.

LOEFF, die eerst soortgelijke beschouwingen houdt, vooral in § 58 van zijn werk, laat in § 63 dien gedachtengang los, om daar bij de definieering van het zakelijk recht op den voorgrond te stellen wat m. i. slechts een consequentie is van het onder *a* genoemde element, n.l. dat het onmiddellijk, zoodra de feiten, waarop het berust, hebben plaats gehad, een greep doet in den eigendom en het gegrepene vasthoudt. Zoo kan hij een tegenstelling scheppen tot „voorrechten", die eerst een rol spelen op het tijdstip der executie, een eigenschap, die ik slechts zie als consequentie van het element *b*, dat ook aan zakelijke rechten eigen is. Ten slotte concludeert hij dan in § 66, dat *de* zeerechtprivileges niet zakelijke rechten zijn, omdat — wat nog niet eens altijd waar is — de dagteekening der constitueerende feiten voor hun onderlingen rang onverschillig is. Alsof b.v. het slachtoffer van een aanvaring het hem daardoor verbonden aanvarende schip niet van het constitueerende feit af kan vervolgen, in wiens handen het zich ook bevindt (art. 318*o*)! Of, om de terminologie van LOEFF te gebruiken: is dat niet een greep in eigendom, die het gegrepene vasthoudt? Dat dit voorrecht — evenals de andere genoemd in art. 318*c* — niet een volledig zakelijk recht zou zijn, is m. i. een conclusie, die slechts kan worden getrokken uit een redeneering, waarin al voortgaande, het uitgangspunt geheel uit het oog wordt verloren.

Ik moet thans nog nadrukkelijk terugkomen op een punt, waarop ik reeds terloops wees: een enkele maal heeft in ons recht — en had in het oudere recht — een scheepsvoorrecht beteren rang naar mate het jonger is. Het tegendeel dus van hetgeen bij de rangregeling van hypothecaire schuldeischers krachtens art. 1226 B. W. het geval is. Mr. LOEFF ziet ook hierin een principieele tegenstelling (42). Ten onrechte: beide regelingen vloeien uit één en dezelfde grondgedachte voort.

---

(41) Vg. de duidelijke uiteenzetting van L. JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, Paris, 1930, II, § 1635.

(42) T. a. p., § 66.

Een hoogere plaats op de ranglijst is een voorrecht, een privilegium, quod ex causa aestimatur (43). Welnu „causa privilegii, id est ratio, cur privilegium sit datum" (44). Logische redeneering brengt mede, dat de oudere conventioneele geprivilegieerde inschuld aan de jongere voorafgaat. Dezelfde logica brengt mede, dat de meeste wettelijk bevoorrechte inschulden van dezelfde soort bij executie denzelfden rang hebben. Dezelfde logica brengt ten slotte mede, dat bij het door LOEFF t. a. p. bedoelde voorrecht van hulploon het jongere vóór het oudere gaat, omdat zonder de jongste hulp het verbonden goed niet of althans waarschijnlijk niet met dezelfde waarde zou voortbestaan. Met al of niet zakelijk karakter van het privilege heeft dit alles niets, maar dan ook niets te maken (45).

5. *Het rechtskarakter van scheepsvoorrechten in het oudvaderlandsch recht.* De voorafgaande theoretische beschouwing levert ons één der beide sleutels voor het begrijpen van het oud-Nederlandsch recht op het gebied van de scheepszekerheden. De eigenaardigheden van de toenmalige rechtsvorming zal ons den anderen geven.

Wij vinden bij de moderne schrijvers omtrent dit onderwerp twee tegengestelde meeningen. Mr. LIND leidde de ten onzent vóór de revolutie bekende scheepszekerheden af uit het Germaansche recht. Volgens hem waren zij aanvankelijk

---

(43) D. 42, 5, 32.

(44) DONELLUS, XXIII, XV, §3.

(45) Terloops zij intusschen opgemerkt, dat de in den tekst laatstelijk bedoelde conclusie veel meer dan thans logisch was in het oud-vaderlandsch recht en onder K. 1838, toen het recht van abandon medebracht, dat zonder latere hulpverleening de kans veel grooter was dan thans, dat er voor vroegere helpers wel eens weinig of niets kon overblijven, om hun aanspraken op te verhalen (vg. H. M. A. SCHADEE, Kantteekeningen op het wetsontwerp zeerecht, niet in den handel, 1920, waar op art. 318*c* een aanmerking voorkomt over het niet geheel doorgronden door den toenmaligen wetgever van de beteekenis van het vervallen van het recht van abandon). Intusschen heeft het voorschrift van art. 318*d* omtrent den rang van hulploon de Romeinschrechtelijke traditie, welke evenmin op abandon steunde, mede: volgens ULPIANUS gingen jongere schuldeischers ter zake van kosten van herstel of van voorziening van een schip met benoodigdheden vóór de oudere crediteuren, omdat zonder de latere diensten „navis salva pervenire non poteret" (D. 20, 4, 5/6).

zakelijk, doch vond later, allicht onbewust, een zekere fusie van begrippen plaats: de vroegere zakelijke rechten zouden in navolging van het Romeinsche recht privileges zijn geworden (46). Tot zoover was LIND, de juistheid daargelaten, duidelijk, maar daarna maakte hij van zijn betoog een mixtum compositum: „Het taaie Oud-Hollandsche zeerecht liet zich echter niet geheel op zijde schuiven en de scheepscrediteuren behielden hun onmiddellijk verhaal op 't schip, hun zakelijk recht. Alzoo naast 't voorrecht een actio hypothecaria en tevens geen principieel onderscheid tusschen scheepspand en privilegie . . . . Eerst „post renatas litteras" (47) komt de naam privileges in de keuren en schrijvers te voorschijn . . . . Dat naast 't privilege het ius in re aliena bleef bestaan, is met tal van bewijsplaatsen te staven." Een helder inzicht in de zaak, waarom het gaat geeft dit „elck wat wils" m. i. zeker niet.

Daarentegen ging FOCKEMA ANDREÆ er van uit, dat de geprivilegieerde aanspraken op schepen „voorrechten" zijn, die intusschen naderen tot „tacitum pignus", een rechtsfiguur, die naar het getuigenis van dezen schrijver in het oud-Hollandsche recht niet thuis behoorde (48).

Naar mijn gevoelen moet men zich bij de beoordeeling van deze zaak vóór alles goed voor oogen stellen, dat het recht van abandon overheerschend was in alle onderdeelen van het zeventiende en achttiende-eeuwsche zeerecht (49). De meening van MOLENGRAAFF (50), dat twijfelachtig is, of de beperking van de aansprakelijkheid des reeders een algemeene regel was, moge wellicht in overeenstemming zijn met de stemming van de wetenschappelijke mannen dier dagen (51), hoe de praktijk deze aangelegenheid zag, blijkt ontwijfelbaar uit de retrospectieve beschouwing, die de Rotterdamsche Kamer van

---

(46) T. a. p., blz. 109 e. v. LIND haalt ten onrechte aan D. 42, 5, 16, dit moet zijn l. 26 h. t.

(47) Wijsheid, door LIND ontleend aan J. M. BARELS, Advysen over den koophandel en zeevaart. Amsterdam, 1781, I, no. 75.

(48) Op DE GROOT, II, 48.

(49) Prae-advies van Mr. A. J. BIK voor de Ned. Jur.-Ver. 1908, I, blz. 192 (3).

(50) Leidraad, II, blz. 549 (1925).

(51) Intusschen kenden toch ook vele schrijvers het recht van abandon. Zie DE GROOT, Inl. III, 1, 32 en III, 20, 48; V. D. KEESSEL, Th. 697; BIJNKERSHOEK, Quaestiones iuris privati, IV, 23; GOUDSMIT, t. a. p., over de Rotterdamsche keur van 1721, blz. 415 e. v.

Koophandel in haar advies van 1832/3 daarover heeft gegeven: „De bepalingen (van art. 214 K. 1830; vg. art. 321 K. 1838) . . . . strekken ter bevestiging van een grondbeginsel 't welk altijd in ons vaderland is in acht genomen geworden namelijk dat een ieder niet verder aansprakelijk is dan voor zijn aandeel in de reederij en door den afstand of opoffering daarvan zich van de aansprakelijkheid ontdoet". Het is aannemelijk, dat sommige juristen, verknocht aan het Romeinsche recht, dit „waterrecht" niet hebben erkend, de in Holland machtige handelsstand heeft het blijkens dit citaat hoog gehouden. Door deze instelling werd een nauw verband gelegd tusschen scheepsvorderingen eenerzijds en het schip als voorwerp van verhaal anderzijds.

Dit verband werd versterkt door een voorschrift uit het Wisbuysche zeerecht over zaaksgevolg tegenover derdebezitters van een schip voor den tijd van jaar en dag, te „betugen mitten scipheers zegel" (52). Deze oeroude voorschriften bleven veel gezag houden: in de zeventiende en achttiende eeuw vinden wij deze bepaling nog meermalen geciteerd (53).

In de derde plaats vond men in de digesten scheepsvoorrechten behandeld in den titel: qui potiores in *pignore* vel *hypotheca,* enz. (54). Al wil dit niet zeker zeggen, dat naar het Romeinsche recht de betrokken aanspraken inderdaad zonder nadere daartoe strekkende overeenkomst door een hypotheek op het schip werden gedekt, het kan alles bij elkander genomen niet verbazen, dat de praktijk onder deze omstandigheden, geleid door de behoefte aan scheepscrediet, het „tacitum pignus" of de „tacita hypotheca" van het Romeinsche recht (55) overnam voor de schepen, ook al verzetten zich

---

(52) Geciteerd uit GOUDSMIT, aanhangsel B., als art. 7 der middeleeuwsche ordonnantie, art. 40 van de Wisbuysche compilatie.

(53) DE GROOT, Inl. II, 48, 20; VAN LEEUWEN, t. a. p., IV, XIII, 13; A. VERWER, Nederlants See-rechten; Avaryen; en Bodemeryen, Amsterdam, 1764, daarvan de Verhandelinge van Bodemerye, §§ 14 en 18.

(54) D. 20, 4, 5 en 6; zie voorts D. 42, 5, 26 en 34.

(55) D. 20, 2.

daartegen sommige romanisten (56). Een schrijver als GROTIUS aanvaardde deze constructie (57).

Deze ontwikkeling kan ons niet verbazen, wanneer wij eenerzijds bedenken, dat het toenmalige handelsrecht, of, naar wij voor die dagen nog beter kunnen zeggen, kooplieden-recht, dat is costumier recht, in zijn ontwikkeling niet of nauwelijks werd gebonden door stelselmatigen dogmatischen arbeid van de schrijvers, wier voornaamste zorg de interpretatie der Romeinsche wetten was, terwijl anderzijds bekend is, dat een rechtsverhouding van persoonlijk karakter de neiging heeft te verzakelijken, dat wil naar mijn gevoelen zeggen, ook tegen derden rechtskracht te verkrijgen. Men denke in onze dagen aan den huurder, de vennootschap onder firma en ten slotte ook het voorrecht van bepaalde schuldeischers. De toekenning van zakelijk karakter aan een aanspraak van laatstbedoeld karakter is natuurlijk eerst goed mogelijk in een rechtsstelsel, dat in ruime mate wettelijke zaaksverbanden erkent. In deze omstandigheden verkeert nog heden het Fransche burgerlijke recht en het is opmerkelijk, dat daar te lande de strooming, om den créditeur priviligié een droit de suite toe te kennen, sterk is. „Tout privilège est, par nature, un droit réel", schrijft JOSSERAND (58). Deze afwijking van het Romeinsche recht wordt dan verklaard door den invloed van le droit coutumier, tot welke categorie ook ons oude zeerecht behoorde. Dat de code een droit de suite als regel niet vermeldt, wordt in dien gedachtengang toegeschreven aan den zin voor realiteit van den wetgever onder het consulaat, die het niet de moeite waard zou hebben gevonden, om met zooveel woorden gewag te maken van

---

(56) Vg. G. NOODT, Opera omnia, Lugd. Bat., 1724, daarvan Comm. ad D. XX, 1, die meent, dat ULPIANUS hier doelde op opzettelijk bedongen hypotheek voor de betrokken inschuld; evenzoo voor het Romeinsche recht VOET op D. 20, 4, § 20 (anders in § 29 voor zijn tijd); voorts VINNIUS op PECKII ad rem nauticam pertinentes commentarii, Amstelodami, 1668, noot *g* op D. 14, 1, 11 (blz. 99 e. v), noot *b* op D. 14, 2, 6 (blz. 233 e. v.), waar de glossa wordt bestreden; POTHIER, Pand. Just. op D. 20, 4, hiervan no. 26, noot 1. Anders D. GOTHOFREDUS op D. 20, 4, 5 (Francofurti a. M., 1663): tacita hypotheca. Anders onder de nieuweren: P. F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1918, blz. 791, noot 4.

(57) Inl., II, 48, §§ 13, 19 en 20.

(58) T. a. p., II, § 1545.

zaaksgevolg, dat practisch weinig beteekenis kan hebben door art. 2095 c. c. (art. 2014 B. W.).

Alles te zamen beschouwd is het dus volkomen aannemelijk, dat de prototypen van onze moderne scheepsvoorrechten onder de republiek der zeventiende en achttiende eeuw in den regel zakelijke werking hadden. Naar wij zagen, kon de regel „roerend goed heeft geen gevolg" daartegen ten aanzien van de als onroerend beschouwde schepen niet als beletsel gelden. Toch, ik herinner er aan, heeft LIND er op kunnen wijzen, dat men bijna altijd schreef over privilege en praeferentie (59). Om een enkel voorbeeld van vrij vroegen datum aan te halen: in 1606 schreven Mrs. R. VAN AMSTERDAM en K. DE QUESNOY ten aanzien van een schuldeischer, wien om een bepaalde reden de „kostumiere hypotheque" niet toestond: „zijn achterwesen niet gepriviligieert is om voor andere geprefereert te werden" (60).

De verklaring van deze terminologische eigenaardigheid is hierin te vinden, dat destijds de aandacht veel meer dan thans was gevestigd op de tweede zijde van de zakelijke rechten, waarop wij hierboven wezen, te weten de gepriviligieerde rangregeling. Door de groote differentiatie van het toenmalige hypotheekstelsel vielen de rangverschillen, ook onder de zakelijk gerechtigden, sterk in het oog. In dit opzicht is al weder een parallel te trekken met de huidige Fransche doctrine (61). In de literatuur vinden wij b.v. bij NOODT de onderscheiding tusschen „creditores qui tantum habent hpothecam" en „alii praeter hypothecam, etiam habent(es) privilegium" (62). VOET was in zijn woordenkeus zuiverder door de laatste groep te omschrijven als „hypothecam cum privilegio habent(es)" (63), waarbij hij bedoelt voorrang boven „creditores hypothecarii simplices" (64), die toch weder „praefer(untur) chirographiis in rebus sibi pignoris iure devinctis" (65).

Ten aanzien van schepen moest vooral sterk de aandacht vallen op de „praelatio"-zijde van het zaaksverband, omdat

(59) T. a. p., blz. 110.

(60) Holl. Adv. IV, 127. Zie ook b.v. de meeraangehaalde Instructie in 't Notaris-Ampt van C. Kos, blz. 36.

(61) Vg. JOSSERAND, t. a. p., II, § 1743.

(62) Op D. 20, 1, verbo „Summa igitur".

(63) Op D. 20, 4, § 20.

(64) Eodem loco, § 27.

(65) Eodem loco, § 16.

al weder het recht van abandon ten gevolge had, dat, naar het mij wil voorkomen, het vervolgen van het verbonden goed onder derden voor deze niet conventioneele zaaksverbanden tot de uitzonderingen zal hebben behoord. Het vele schrijven over praeferentie en privilegie stond dus niet in den weg aan het zakelijk karakter van de bedoelde rechten.

6. *Proeve van systematiseering der oud-vaderlandsche stilzwijgende zaaksverbanden in het zeerecht.* Ik merkte reeds op, dat deze rechtsstof, zooals niet anders is te verwachten in het nu eenmaal niet theoretiseerende costumiere recht, slecht was gesystematiseerd. De eenige, die naar stelselbouw heeft gestreefd, was VERWER (66) en de rechtsdogmatiek was niet de sterkste zijde van dezen, hoezeer sapiens, mercator. In jongeren tijd deed SIMONS een zwakke poging (67). Hieronder geef ik de rangschikking, die mij het redelijkst voorkomt, waarbij uiteraard in het oog is te houden, dat de niet aan vaste regels gebonden praktijk niet door eenig schema was gebonden en dus menigmaal afwijkingen moet hebben vertoond. Ter vergelijking verwijs ik naar de hieronder in § 9 gegeven opsomming van de preferenties, zooals deze volgens VALIN golden onder de Ordonnance de la Marine.

Voor het oud-vaderlandsche recht kom ik dan tot de volgende mij redelijk toeschijnende volgorde:

a. Kosten van executie (68);

b. Sommige publieke lasten en belastingen, als schulden wegens oorlogstoerustingen, schulden wegens landsbelastingen (69);

c. Berg- en hulploonen, quippe qui pignoris causam salvam fecerunt (70);

d. Gelden voorgeschoten voor het herstellen van een schip (71);

---

(66) Aanteekeninge op § 21 van zijn Verhandelinge van bodemerije.

(67) B. SIMONS, Aanteekening op art 318 K., prfschr. Amsterdam, 1880, blz. 35/6.

(68) VAN ZUTPHEN, noot 4 op „Praeferentie".

(69) Vg. HUBER, I, II, L, § 17 e. v.; V. D. KEESSEL, Th. 419 en 420, alwaar verschillende ordonnantiën worden geciteerd.

(70) BARELS, I, no. 70; V. D. LINDEN, blz. 482.

(71) VAN LEEUWEN IV, XIII, 8; VOET, XX, II, § 29; V. D. KEESSEL, Th. 417; GROENEWEGEN (no. 14) en S784919 (no. 14) op DE GROOT, Inl., II, 48, 13. Vg. in den tekst het slot der paragraaf.

e. Gage van de bemanning (72);

f. Vorderingen van de bevrachters, zoowel wat betreft de uitlevering der goederen als op het scheepsaandeel voor geworpen goed of voor de door den schipper uit nood verkochte goederen (73);

g. Vorderingen van arbeidslieden, tot verder „equipage, montuure en uitrustinge van het hol" (74), of, zooals de Rotterdamsche keur van 1721 in art. 219 schreef: „. . . . Scheeps-timmerluyden . . . . ende andere, aan de schepen gewerkt hebbende";

h. Vorderingen van leveranciers voor hetzelfde doel (75) of, zooals de Rotterdamsche keur van 1721 in art. 219 schreef: „tot de Behoeften, Gereetschap of Equipage gelevert hebbende".

Volgens sommige schrijvers hadden ook de schuldeischers wegens voorschotten voor nieuwbouw van een schip het recht van stilzwijgende hypotheek (76). Anderen waren echter van oordeel, dat zoodanige schuldeischers zich langs conventioneelen weg hypotheek moesten verschaffen (zie de volgende paragraaf onder „bijlbrief") en dat zij bij gebreke van dien slechts aanspraak hadden op een gepriviligieerde plaats, na

---

(72) De Groot, Inl. II, 48, 19; v. Leeuwen IV, XIII, 13; Voet, XX,II, no. 30; Barels I, no. 70.

(73) Wisbuysch zeerecht, zie noot 47; de Groot, II, 48, 20; v. Leeuwen, IV, XIII, 13; Verwer t. a. p. op art. 40 van Wisbuy; art. 118 van de Rotterdamsche keur van 1721; Goudsmit, t. a. p., blz. 414.

(74) Zie Barels, I, no. 75, die intusschen blijkens zijn aanhaling van Voet, XX, II, 29 verwart met het sub *d* genoemde geval. Zie ook Verwer, t. a. p., blz. 171/2. Dit geheele voorrecht was voor het gemeene recht dubieus, ook de rang (Verwer kende het slechts toe in geval van bezit). De Rotterdamsche keur van 1721 verleende het echter uitdrukkelijk, zonder zich over de rangregeling moeilijk te maken (Goudsmit, blz. 414). In de zestiende eeuw was de praktijk afkeerig van het soortgelijke voorrecht voor handwerkslieden bij den huizenbouw (Holl. Cons. IV, no. 129). Gezien deze „jeugd" van het voorrecht, de plaatsing achter in de Rotterdamsche keur (op zichzelf een zwak argument) en hetgeen ik verder hiervoor over dit voorrecht heb medegedeeld, acht ik rangschikking tegen het slot van de reeks gerechtvaardigd.

(75) Verwer t. a. p.

(76) De Groot, Inl. II, 48, 13.

de hypotheken, bij de rangregeling (77). Ik geloof, dat deze laatste meening de sterkste was.

Voor den rang van bodemerij verwijs ik naar de volgende paragraaf.

7. *De bodemerijbrief in het oud-vaderlandsch zeerecht: op de grens tusschen stilzwijgend en conventioneel zaaksverband.* Door de geheele geschiedenis van het contract van bodemerij loopt de scheidingslijn, welke deze rechtsfiguur verdeelde in twee nooit geheel samengesmolten vormen: uit nood, buiten 's lands gesloten, en bodemerij in de thuishaven gesloten. Aanvankelijk gold, dat slechts dan „naar de kostuime van den Lande simpele Obligatie van Bodemerije recht van hypotheque geven op de verbodemde parten scheeps, in gevalle eenige van de Bodemerijen waren gecontraheert buitens lands" (78). Bij bodemerij aan deze zijde van de zee, een instituut van vreemden bodem, dat hier te lande in een kwaden reuk stond (79), moest daarentegen „speciale hypotheque" worden bedongen, bij gebreke waarvan de geldschieter eenvoudig concurrent crediteur was. In Denemarken, waar alleen de bodemerij buiten 's lands bekend was, gaf dienovereenkomstig het wetboek van Christiaan V nadrukkelijk wettelijk zaaksgevolg aan den geldschieter (80) en ook in Zweden ging de leer in die richting.

Wij zien hier dus aanvankelijk en ten deele een geval van stilzwijgend scheepsverband en het spreekt vanzelf, dat voor de vestiging daarvan niet een openlijke formaliteit ten overstaan van de overheid kon worden geëischt, zooals ten aanzien van eigendomsoverdracht van schepen of conventioneele verpanding. Reeds het verblijf aan gene zijde van de zee maakte een zoodanigen eisch onmogelijk. Hierin ligt ook de verklaring van de op zichzelf wonderlijke omstandigheid, dat ons K. 1838 voor bodemerijbrieven niet de inschrijving in de

---

(77) Zie de in noot 71 aangehaalde plaatsen.

(78) Holl. Cons. IV, no. 127. Zie ook VINNIUS ad PECKIUM, noot *a* op D. 14, 1, 7 (blz. 94 e. v.).

(79) Zie KIST V, Amsterdam 1875, blz. 268.

Vg. de Amsterdamsche keur van 13 Augustus 1577 tegen „merckelijke schade" als gevolg van bodemerije door schippers binnen 's lands aangegaan.

(80) Zie art. 8 van hoofdstuk 5 van dit uit 1683 dateerende wetboek: gedurende den gestelden termijn bleef het recht „uforkraenket, om ent skiønt Skibet var til anden solt".

scheepsregisters eischte, een omstandigheid, waarover b.v. Prof. NABER zich nog heeft verwonderd (81).

Op den duur is onder de republiek bodemerij aan deze zijde van de zee als gelijkwaardig aan de buiten 's lands geslotene erkend (in theorie althans, want in de praktijk geraakte zij in onbruik), waardoor het aan bodemerij verbonden zaaksverband een tweeslachtig karakter kreeg. De eene bron toont wat meer verwantschap met de oude stilzwijgende hypotheek van de bodemerij uit nood, de andere stelt het conventioneele karakter van scheepshypotheek ter versterking van bodemerij aan deze zijde van de zee meer op den voorgrond. Wanneer wij enkele uitlatingen uit de achttiende eeuw tegenover elkander stellen, dan bevinden wij, dat in den bodemerijbrief (82) het schip *moest* worden verpand: bodemeria sine pignore est contradictio in adjecto, schreef VAN DER KEESSEL (83). Maar het bleef dan toch in veler oogen een conventioneele verpanding: „Tot voldoeninge van het geene voorsz. is, verbinde ik eerst *mijn voorsz. Schip ende gereetschappen* van dien", luidt het door VERWER gepubliceerde formulier (84). BIJNKERSHOEK achtte de verpanding blijkbaar zoo bijkomstig, dat hij in zijn veelgeroemde definitie daarvan zelfs niet spreekt (85). VAN DER LINDEN daarentegen haalt de verhypothekeering overmatig naar voren: „Gelijk in geval van verkoop van schepen *Bijlbrieven* plaats hebben, zoo hebben, in geval van verpanding van schepen, *Bodemerij-brieven* plaats (86). Men zou geneigd zijn paradoxaal te spreken van een wettelijke hypotheek, die conventioneel tot stand moest worden gebracht (87).

De hypothecaire zekerheid, welke den bodemerist dan, hoe dan ook, ten slotte toekwam, bracht mede, dat onder alle

---

(81) Weekblad van het Notariaat, 1914, blz. 409.

(82) Vg. Dr. J. J. SURLAND's Grondt-stellingen van 't Europaeische zee-recht uyt het Hoogduytsch vertaalt door ISAAC LE LONG, Amsterdam 1751.

(83) Th. 556.

(84) T. a. p. blz. 255.

(85) Quaest. iuris privati, III, 16.

(86) IV, III, § 5; de onmiddellijk daarop volgende definitie is beter.

(87) Op zichzelf juist is uiteraard de meening van Dr. C. P. BURGER JR. (De beperkte aansprakelijkheid in het hedendaagsche en in het oude zeerecht, Prf. Leiden 1889, blz. 11/12), dat bodemerij geen pandrecht is. Maar daarom gaat het niet!

omstandigheden het geheele schip hem tot zekerheid strekte: hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte (art. 1209 B. W.). De Rotterdamsche Kamer van Koophandel schreef in 1832/3 te dezen aanzien: „Wij zijn van oordeel dat daar de wet toestaat om eene geldleening op een bepaald gedeelte van een voorwerp te doen wanneer zulks niet stellig in het Contract is uitgedrukt *het geheel* geacht behoord te worden verbonden te zijn al is het dat dit geheel de geschotene som en waarde verre overtreft. Dat is ook alhier steeds ten aanzien van Bodemerijen in noodhavens (voorbeeld bij uitstek van verpanding!) tot goedmaking van avarijgelden in dien zin begrepen en behoord naar ons inzien alzoo begrepen te worden." De grond daartoe lag natuurlijk voor deze practici niet in de beginselen van het zakenrecht, doch in de crediet-behoeften: „. . . . . wil men den buitenlander niet afschrikken om aan herwaarts bestemde schepen die in nood zijn de benoodigde gelden te schieten". In Frankrijk, waar de opbouw van het zeerecht meer juristenwerk was geworden en waar, naar wij zullen zien, hypothecair verband op schepen onbekend was, kon hierover de bekende strijd tusschen VALIN en EMÉRIGON ontstaan, ten onzent was twijfel uitgesloten (88).

Vandaar de rechtspreuk: bodemerije draagt geen avarije. Slechts voor bodemerij op goederen bestond twijfel (89), maar daarop viel ook minder gemakkelijk hypothecair verband te construeeren door den regel: roerend goed heeft geen gevolg van hypotheek, hetgeen, naar wij zagen, voor schepen geen beletsel was.

De rang, welken de in de vorige paragraaf genoemde scheepsprivileges ten aanzien van bodemerij innamen, is niet geheel duidelijk, was dit ook onder de republiek niet. VERWER (90) liet in het door hem gegeven voorbeeld van een afrekening de onder *e* en *f* gerangschikte vorderingen vóór bodemerij gaan, de onder *g* en *h* genoemde slechts, voor zoover zij waren ontstaan na het opnemen van geld op bodemerij. Hij maakte er zich echter gemakkelijk van af door in zijn voorbeeld uitsluitend boven bodemerij geprefereerde inschulden op te nemen. Dat onze voorouders in deze zaak zelf niet erg sterk in hun schoenen stonden, blijkt mede uit de schilderachtige woorden van VERWER: „dat sommige Bodemerije-schuldenaers, die met hunne Crediteur nu menig-

(88) VAN DER KEESSEL, Th. 558.
(89) Idem, Th. 559.
(90) T. a. p., blz. 174.

mael malkanderen bek-af pleiten over *Kortingen etc. van Lasten,* gaende voor den Bodemerij brief en bij hun geloscht; als sy soo wijs waren dat sy het verbodemde schip of goedt in 's Heeren Executie legden, ende den Rechter daer preferentie over lieten houden; hunne intentie sonder wederspreken souden erlangen". Neen, met theorie hield de koopman zich niet op: de rechter moest maar Salomo spelen. In het algemeen zal dan wel het richtsnoer zijn geweest, dat bodemerij slechts had te wijken voor noodzakelijke bedrijfsonkosten en voor later ten behoeve van het schip aan handwerkslieden en leveranciers gedane uitgaven. In die richting wijst ook hetgeen de Rotterdamsche Kamer van Koophandel in 1832/3 opmerkte naar aanleiding van art. 202, 5° en 6° van K. 1830 (ongeveer art. 315, 6° en 5° K. 1838), daarbij onder andere herinnerende eraan, „dat de *laatste* uitgaven, waardoor het gemeenschappelijk onderpand ten behoeve van allen is behouden of bevoordeeld, altijd boven *vroegeren* behoort bevoorregt te zijn (91).

8. *Conventioneele scheepshypotheek in het oud-vaderlandsch recht.*

A. *De bijlbrief.* Het is zeer aannemelijk, dat te allen tijde de bouwer van een schip aan zijn opdrachtgever eenig document ter hand heeft gesteld, waarin de voornaamste bijzonderheden omtrent het werkstuk waren vermeld. Daar de bijl van ouds het embleem der scheepsbouwers was (92), is het begrijpelijk, dat een zoodanig document den naam „bijlbrief" heeft ontvangen (93). Van dit beginstadium uit

(91) Zie vollediger VOORDUIN, IX, blz. 328. Vg. hierover de korte aanteekening op art. 314 K. van T. M. C. ASSER in Magazijn van Handelsregt, Amsterdam, 1861.

(92) Reeds in het Consulaat der Zee heetten de scheepsbouwers „mestres d'aixa", de Amsterdamsche scheepstimmerlieden werden onder de republiek „bijltjes" genoemd en S'JACOB spreekt t. a. p. van „hem, die de bijl aan het schip had gelegd". In alle bescheidenheid opper ik de veronderstelling, dat het Woordenboek der Nederlandsche taal (II, 2e stuk, kolom 2622, Den Haag 1903) de verklaring voor deze benaming in de verkeerde richting zoekt door de mogelijkheid te vermelden van een samenstelling met bijl in den zin van inkerfteeken of wel kerfstok.

(93) Sprekend is in dit verband art. 163 van het Russische reglement op de koopvaardij, dat Catharina II in 1781 heeft gegeven. Volgens dit voorschrift moest de bijlbrief bevatten: grootte en maat, draagvermogen, plaats en tijdstip van den bouw, soort van het schip, soort van hout, quitantie voor bouw- en werkloon.

heeft het begrip zich onder verschillende rechtsstelsels in twee richtingen ontwikkeld.

In politiestaten met een minder machtigen handelsstand en niet te veel behoefte aan scheepscrediet werd dit stuk vooral een soort geleidepapier, min of meer gelijkend op onzen tegenwoordigen zeebrief (94). In een land als Denemarken, waar de straks te behandelen tweede vorm eerder tot ontwikkeling was gekomen, zien wij deze gedachte mede opduiken in een verordening van 18 Maart 1776. Uiteraard nam de overheid niet zelden de afgifte van een zoodanig document aan den scheepsbouwer uit handen. Dezen laatsten weg sloeg men vooral in Duitschland in (95). Toen in ons land, na den val van de koopliedenrepubliek, de centrale regeering de uitgifte van zeebrieven in handen nam, heeft zij daarnaast den bijlbrief, „declaratoir van een scheepstimmerman", voorgeschreven als één der bewijsstukken, noodig voor het verkrijgen van den zeebrief (96). Door dit voorschrift kruiste de publiekrechtelijke wetgeving ten onzent de geheel anders gerichte ontwikkeling, welke het document intusschen in het civiele recht had doorgemaakt.

Niet slechts ten onzent, doch in alle landen met veel scheepvaart en levendigen handelsgeest bestond in de zeventiende en achttiende eeuw groote behoefte aan scheepbouwcrediet en daarmede de neiging, om den scheepsbouwer voorrecht voor de nog onbetaalde kooppenningen te verleenen. Het werd daarmede wenschelijk, om in den bijlbrief hetzij kwijting voor de betaalde penningen te verleenen (97), hetzij daarin het bedrag der nog niet betaalde penningen te vermelden. Daardoor begon de bijlbrief in die landen, en dus vooral ook in Nederland, een rol te spelen in het geld- en credietwezen, hetzij ter erkenning van een schuld aan een scheepsbouwer, hetzij aan een derde, die geld voor den bouw

---

(94) Zie het in noot 93 aangehaalde Russische reglement, dat het document crepost noemde.

(95) Allg. Pr. Landrecht van 1794 (2e deel, titel 8, 11. Abschnitt, § 1392). Vg. SURLANDT-LE LONG, t. a. p., § 209.

(96) Vg. over het desbetreffende Reglement uit 1802: Mr. Dr. F. J. W H. SANDBERGEN, Nederlandsche en Nederlandsch-Indische Scheepsnationaliteit, prfschr. Leiden, 1931, blz. 153. Zie voorts art. 5 van de wet op de zeebrieven van 14 Maart 1819, S. 12.

(97) Vg. hetgeen in noot 93 over de Russische crepost is medegedeeld.

had voorgeschoten (98). Buiten ons land treft men bijlbrieven van dien aard aan in Denemarken (99) en Zweden (100). Een nevenoplossing van denzelfden aard was gelegen in het afgeven met hetzelfde doel van een soort bodemerijbrief aan den scheepsbouwer, zooals in Engeland gewoonte was (101).

Zooals in dit costumiere recht niet anders was te verwachten, was de terminologie op dit stuk ten onzent onvast. Wij moeten over wel zeer veel dubia en afwijkende plaatsen heenzien, wanneer wij zeggen, dat onder de republiek een kustingbrief voor huizen en erven vrijwel gelijk stond aan een bijlbrief (of waterbrief) voor schepen. Wel zeer scherp heeft de Rotterdamsche Kamer van Koophandel in haar advies van 1832/3 een omschrijving in dien zin gegeven: „Oudtijds werd door bijlbrief verstaan een verklaring van iemand, die een nieuw schip had laten bouwen of een schip gekocht had, dat hij den prijs daarvoor geheel of gedeeltelijk niet voldaan had, doch aan den Bouwmeester of Verkooper schuldig bleef met om die hetzij op eene bepaalde tijd in eens, hetzij in termijnen te voldoen met bijbetaling van renten, daarbij het schip en toebehooren in het bijzonder en uitdrukkelijk verpandende met dat gevolg dat de houder van zoodanige bijlbrief het schip overal waar het vaart of zeilt en in wiens handen hetzelve zich bevindt voor de schuld kon aanspreken en uitwinnen".

In de praktijk werden de woorden kusting- en bijlbrief echter niet zelden voor huizen en schepen door elkander gebruikt; de noot moge daarvan getuigen (102).

Naast deze zuiver terminologische verwarring stond een

---

(98) In deze laatste beteekenis in het bijzonder: T. VAN GLINS, Aenmerckingen ende Bedenkckingen over de Zee-rechten uyt het Placcaet van Koninck Philips, Amsterdam, 1727, blz 137.

(99) Wetboek van Christiaan V (1683), hoofdst. 5, art. 9 (Biilbrev): „og Skibet frit derfor giøris".

(100) Zeewet van 1667, hoofdst. 9 (Bilbref): daar had de houder slechts eenvoudige preferentie: „och bore hafwa forman").

(101) ABBINK, t. a. p., II, blz. 43, noot 18.

(102) De zuivere tegenstelling van kusting- en bijlbrieven in den zin van den tekst vinden wij bij: VAN LEEUWEN, t. a. p., IV, VII, 11 en II, VII, 3; V. D. KEESSEL, Th. 427 en 550. Daarentegen gebruikte DE GROOT, Inl. II, 48, 13, het woord „bijlbrief" voor huizen *en* schepen; de „Amsterdamsche Secretary", die schepen onder onroerende goederen begrepen en geschat deed zijn, gebruikte ten aanzien van beide den naam „kustingbrief".

tweede verschijnsel van soortgelijken aard, dat echter toch meer op afwijkende begripsvorming is terug te voeren. De oorsprong van den bijlbrief als verklaring van den scheepsbouwmeester uitte zich namelijk daarin, dat deze benaming in sommige bronnen in de eerste plaats werd gebezigd voor die akten, welke werden opgemaakt ten behoeve van scheeps*bouwers*. Een kustingbrief was uit dat gezichtspunt een akte ten behoeve van hypotheek verleenende verkoopers van reeds geheel voltooid in hun handen geweest zijnde objecten, onverschillig of dat huizen dan wel schepen waren: een verkoopbrief van een *niet*-scheepsbouwer, die een schip of een huis leverde tegen gedeeltelijke betaling, onder hypothecaire zekerheid (103).

Wanneer wij nu nagaan, hoe de positie was van den bijlbriefhouder, dan bevinden wij, dat de schrijvers, die vóór alles aan het Romeinsche recht vasthielden, hem in beginsel slechts een voorrecht toekenden, zonder zakelijk karakter (104). Intusschen werd in de praktijk uiteraard aan iederen bijlbrief een clausula hypothecaria toegevoegd, die den rechthebbende tot conventioneel hypotheekgever maakte (105). Slechts zelden vindt men, dat de bijlbrief op zichzelf recht van „tacitum pignus" medebracht. De Groot oordeelde alzoo (106), daarmede dus het onderscheid tusschen den bijlbriefhouder en de bevoorrechte schuldeischers, hierboven in § 6 onder *d* en *g* genoemd, opheffende. Aanvaard is dit inzicht zeker niet te noemen; van der Keessel is de Groot zelfs nadrukkelijk afgevallen (107).

Onder de republiek was het een bekende strijdvraag, of de bodemerij- dan wel de bijlbrief voorrang had bij executie. Waar het speculatieve handelselement het overwicht had, deed men den bodemerijbrief krachtens D. 42, 5, 26 en 34 als

---

(103) A. Lijbreghts, Redeneerend vertoog over 't Notaris-Ampt, zesde druk, Amsterdam, 1780, II, XX. s'Jacob schreef t. a. p., blz. 573: „bijna altijd verstaan ten behoeve van den maker". Dit gaat te ver: blijkens den tekst verwijderde de terminologie zich van dit uitgangspunt.

(104) Vg. vooral Bijnkershoek, Quaest. iuris privati, III, XVI. Vg. voorts D. 45, 5, 26 en 34.

(105) Vg. van Leeuwen, IV, XIII, 8; Groenewegen op de Groot II, 48, § 13, n. 14.

(106) Inl. II, 48, 13.

(107) Th. 417; zie ook van der Linden, t, a. p., blz. 477.

posterieur boven den bijlbrief gaan (108). Ook het tegendeel werd echter volgehouden, b.v. in de Rotterdamsche keur van 1721; blijkbaar gaf het groote belang van Rotterdam bij den scheepsbouw (109) in deze den doorslag (110). Hetzelfde beginsel vinden wij nog in de Zweedsche wet van 1667 (111). Onder de schrijvers vond deze opvatting, als strijdende met den aangehaalden digestentekst, weinig aanhang (112).

B. *Verdere conventioneele scheepshypotheken in het oudvaderlandsche recht.*

De mogelijkheden tot het verkrijgen van crediet op grond van de met het recht van „tacita hypotheca" verzekerde scheepsvoorrechten, alsmede met behulp van bodemerij-, kusting- en bijlbrieven, schijnen aan de behoefte voor een zeer groot deel tegemoet te zijn gekomen (113). Ik heb althans uit de schrijvers niet den indruk gekregen, dat daarnaast nog vaak geld onder dekking van gewone verbandbrieven werd opgenomen (114). Zoolang bodemerij binnen 's lands gesloten niet met die over zee tot stand gekomen werd gelijk gesteld, vervulden zij de rol van surrogaat, waardoor in zulk een geval „speciale hypotheque" werd bedongen (115). Ook later was intusschen het opnemen van gelden op eenvoudige verbandbrieven blijkbaar niet onbekend. De Rotterdamsche Kamer

---

(108) BARELS, I, no. 75; BIJNKERSHOEK, Quaest. iuris privati, III, XVI; v. d. KEESSEL, Th. 551; v. d. LINDEN, blz. 478; Holl. Cons. III, no. 56.

(109) Vóór de revolutie beschikte de stad over zeven particuliere werven, vg. Gedenkboek K. v. K. en F. Rotterdam, 1803—1928, blz. 49.

(110) Art. 201 van de Keur.

(111) Hoofdstuk 9: „ja stōr sjelfwe Bodmeri brefwen".

(112) BIJNKERSHOEK citeert en bestrijdt VINNIUS ad PECKIUM, de Re nautica l. 1, § 7 ff. de Exercit. act. lit. A (D. 14, 1, 1, 7), voorkomend op blz. 95 der door mij geciteerde editie van dezen schrijver. Bij dezen romanist doet het vinden van deze meening, zonder eenig commentaar weergegeven, wonderlijk aan.

(113) Zelf bijlbrieven schijnen in de dagen van v. d. LINDEN (t. a. p. blz. 478) reeds niet zoo vaak meer te zijn voorgekomen. Voor dezen schrijver schijnen bodemerijbrieven het credietmiddel bij uitnemendheid te zijn geweest.

(114) Genoemd zijn zij in art. XI van het plakkaat van 10 Maart 1622 (Gr. Pl. boek I, blz. 1977), op den veertigsten penning van schepen geheven.

(115) Holl Cons. IV, no. 127.

van Koophandel sprak in haar advies van 1832/3 naast bijlbrieven over „pand- en verbandbrieven" als *weder* ingevoerd (116).

9. *Het prae-Napoleontische Fransche recht.* In den Franschen tijd is de verdere ontwikkeling en vastlegging van dit brok oud-vaderlandsch zeerecht doorkruist door het Fransche recht, dat een geheel andere ontwikkeling achter den rug had. In tegenstelling met hetgeen hier te lande plaats vond zegevierde in de achttiende eeuw in het belangrijkste gedeelte van het Fransche rechtsgebied het beginsel „meubles n'ont pas de suite", zonder uitzonderingen ten behoeve van het handels(crediet)verkeer. VALIN, de groote commentator van de Ordonnance de la Marine van 1681, zwoer bij dit adagium (117). Daarentegen gold in volle gestrengheid het Romeinsch-rechtelijke beginsel, dat schepen roerend goed zijn (118). De behoefte aan scheepscrediet stelde in Frankrijk blijkbaar niet dezelfde eischen, had althans niet dezelfde kracht als in den Nederlandschen koopliedenstaat.

Evenwel bevatte de Ordonnance in het tweede artikel van den titel over zeeschepen (boek II, titel X) een bepaling, die op het eerste gezicht slecht vereenigbaar was met den kostumieren rechtsregel omtrent roerend goed: „Seront néanmoins tous vaisseaux affectés aux dettes du vendeur, jusqu'à ce qu'ils ayent fait un voyage en mer sous le nom et aux risques du nouvel acquéreur, si ce n'est qu'ils ayent été vendus par décret". Intusschen werd hier den schuldeischers toch slechts in schijn zaaksgevolg onder derden gegeven. De grondslag van het artikel was gelegen in afkeer van verkoop van een schip of scheepsdeel gedurende een reis, waarvan reeds het Consulaat der Zee blijk gaf (119). De Ordonnance bedoelde met haar voorschrift tegen dit kwaad echter niet meer, zooals de middeleeuwsche wetgevers hadden nagestreefd, den kapitein-ondernemer te beschermen tegen zijn aandeelhouders. Deze bedoeling had in de zeventiende eeuw plaats gemaakt voor zorg voor de belangen van de schuldeischers van den eigenaar, die de rol van economisch zwakkeren

(116) Op art. 204, 8°, K. 1830; d. i. art. 313 K. 1838. Zie ook V. D. LINDEN, blz. 476.

(117) B.v. op L. II, T. X, art. 2.

(118) L. II, T. X, art. I.

(119) Vg. in art. 55: „. . . . . entró que la nau haia fet viatge". Vg. ook art. 56.

hadden overgenomen. Om hunnentwil werd met het oog op de vormloosheid van een overeenkomst tot verkoop van een schip — zelfs een notarieele akte werd niet algemeen noodig geacht (120) — een aanvullende formaliteit gewenscht, welke zou kunnen gelden als aequivalent voor feitelijke en zichtbare terhandstelling. Als zoodanig gold dan onder de Ordonnance het doen van een reis (121) op naam en risico van den kooper. Eerst door de voltooiïng daarvan was de overdracht voltooid en, naar vanzelf spreekt, bleef het schip voordien, als elk ander vermogensbestanddeel van den verkooper, zekerheid voor diens schuldeischers, bevoorrecht *of niet*.

Scheepshypotheek was onder het stelsel der Ordonnance onbekend (122) of bracht althans in de rechtsgebieden, waar zij, anders dan waar het parlement van Parijs werd gevolgd, was toegelaten, voor de geldschieters niet een droit de suite mede (123), waardoor zij toch weder niet een scheepshypotheek was, zooals het oud-vaderlandsche recht die kende. Weliswaar bepaalde de Ordonnance in art. VIII van den vijfden titel van het derde boek: „Ceux qui donneront deniers à la grosse, au maître, dans le lieu de la demeure des propriétaires sans leur consentement, n'auront *hypothèque ni* privilège que sur la portion que le maître pourra avoir au vaisseau et au fret, etc.", doch VALIN negeerde de gecursiveerde woorden geheel en POTHIER citeerde in zijn „Traité du prêt à la grosse" dit artikel zelfs alsof deze woorden in den tekst niet voorkwamen. De dogmatiek zweeg deze verdwaalde woorden dood, ten einde haar stelsel zuiver te houden.

Crediet op scheepsonderpand was derhalve onder de Ordonnance slechts mogelijk tegen bezitsoverdracht (124).

Dat bevoorrechte schuldeischers onder dit stelsel geen zakelijk recht hadden, spreekt vanzelf. De regeling van den rang bij executie was overigens zeer gebrekkig; wij vinden slechts enkele onvolledige bepalingen in den titel over „la

---

(120) VALIN op art. III van den titel, verbo: „ou sous seing privé".

(121) Als „reis" gold niet een vaart binnen het gebied van één en dezelfde admiraliteit, VALIN, t. a. p. op art. II.

(122) VALIN op art. II van den titel.

(123) Vg. MULLER t. a. p., blz. 90/1. Zie over den invloed van scheepshypotheek gegeven in die Fransche rechtsgebieden, waar zij mogelijk was, op de *rangregeling* bij executie: VALIN op L. I, T. XIV, art. XVI.

(124) VALIN op II, X, II.

saisie des vaisseaux" (L. I, T. XIV). VALIN vermeldt in zijn commentaar op art. XVI van dien titel eenige nadere bijzonderheden, aan de hand waarvan de volgende ranglijst is op te stellen:

a. verschillende uitwinningskosten;
b. pakhuishuur voor opgeslagen scheepsoutillage;
c. kosten van herstel van zeil- en touwwerk;
d. havenkosten;
e. huur van het scheepsvolk;
f. gelden op bodemerij voorgeschoten;
g. gelden voorgeschoten voor herstel van het schip of voor uitrusting e. d.;
h. vorderingen van kooplieden ter zake van niet uitgeleverde koopwaar of van avarij;
i. verzekeringspremie.

Slechts de onder *e, f, g* en *h* opgesomde vorderingen worden in den aangehaalden titel van de Ordonnance genoemd.

10. *De code de commerce.* Napoleon's handelswetboek is met betrekking tot het zeerecht hoofdzakelijk gebaseerd op de Ordonnance de la Marine. Nog heeten de schepen in art 190 „affectés aux dettes du vendeur" (125) en nog geldt: „ce n'est pas une hypothèque" (126). Nieuw zijn in het artikel de woorden: „et spécialement à celles que la loi déclare priviligiés". Op zichzelf was dit laatste natuurlijk ook in het oudere recht het geval geweest en deze bepaling was dan ook slechts bedoeld als een inleiding tot hetgeen volgde: de regeling der bevoorrechte inschulden, „les dettes priviligiées", in de artt. 191 tot en met 194. De staatsraad BÉGOUEN gaf duidelijk te verstaan, dat men hier iets nieuws wilde scheppen: „établir plus complètement l'ordre des privilèges" (127). De wetgever van 1681 had immers nagelaten het noodige te doen, „pour constater l'existence et la légitimité des créances priviligiées".

De keizerlijke wetgevers hebben echter — waarschijnlijk onbewust — meer nieuws ingevoerd, in lijnrechten strijd zelfs met de beginselen van hun voorschriften omtrent roerende goederen. De tekst van het latere art. 193 was aanvankelijk

(125) Volgens de oudere commentatoren alleen voor scheepsschulden; naar latere opvattingen voor alle.

(126) LOCRÉ, Esprit, verbo: „ils sont affectés aux dettes du vendeur'.'

(127) LOCRÉ, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Paris, Strasbourg et Londres, 1872 e. v., deel 18, blz. 383.

ontworpen in een redactie, die zich nauw aansloot bij de in de vorige paragraaf geciteerde bepaling uit de Ordonnance: „. . . . les droits des créanciers priviligiés *et autres* seront éteints . . . . lorsqu'après une vente volontaire, le navire aura fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur". Tot op dat tijdstip stond den schuldeischers, naar door LOCRÉ in zijn Esprit aangehaalde woorden van VALIN, toe een „action révocatoire, fondée sur ce qu'aux termes de la disposition l'acheteur *n'a pu acquérir* au préjudice des créanciers". Voor de belangen der schuldeischers moest derhalve de eigendomsoverdracht wijken; zij verhaalden in dezen gedachtengang hun recht niet op gewezen eigendom van den schuldenaar, in handen van derden, doch zij haalden het bij die derden terug — riepen het terug —, om er zich op te verhalen als goed van den schuldenaar. De reis na de overeenkomst van verkoop mocht dan niet meer worden gezien als een element, waardoor die overeenkomst perfect werd, vóór de voltooiïng der reis bleef de op zichzelf volmaakte overeenkomst op dit punt in haar rechtsgevolgen aantastbaar (128). Zeker is, dat de ontwerpers van dezen tekst niet de bedoeling hadden, om een uitzondering te maken op het beginsel „meubles n'ont pas de suite par hypothèque" (129), zooals men dit bewust wèl deed ten aanzien van het voorrecht van den verhuurder (130). Van een „droit de suite" in den volsten zin des woords was nog geen sprake.

Een amendement van den staatsraad JOUBERT (131) heeft echter de gewichtige verandering gebracht, waarop ik reeds zinspeelde. Niet langer „les droits", maar „les privilèges des créanciers seront éteints . . . . lorsqu'après une vente volontaire, enz.". De bedoeling der verandering was uitsluitend, om te vermijden, dat het vervallen van den inschuld *zelf* uit de wet zou worden gelezen. Men bemerkte echter blijkbaar niet, dat men hier het woord „privilège" gebruikte in een andere beteekenis dan in de overige artikelen uit denzelfden titel. In de artt. 190, 191 en 192 is „privilège" nog een bevoorrechte plaats bij de rangregeling, in den geamendeerden aanvang van art. 193 is het iets anders; het recht van verhaal

(128) Bij verkoop tijdens de reis kan de overeenkomst wegens bedrog worden vernietigd: art. 196.

(129) LOCRÉ, Esprit, noot III op art. 190.

(130) C. DE FERRIÈRE, Nouveau Commentaire sur la Coutume de Paris, Paris, 1770 (Sauvan d'Aramon).

(131) LOCRÉ, La législation, enz., 18, blz. 303.

op het verkochte schip van *alle* schuldeischers, aan wie alle, bevoorrechte en niet bevoorrechte, het immers volgens art. 190 „affecté" is. Dat het hier bedoelde „privilège" zich ook uitstrekt tot de concurrente crediteuren volgt uit de overweging, dat anders hun verhaalsrecht op het verkochte schip nooit zou eindigen, hetgeen zeker de bedoeling niet is. Er is hier dus voor alle schuldeischers een „privilège" geschapen in den geest als art. 2073 c. c. den pandhouder toekent naast diens „préférence aux autres créanciers" en nu kan men een recht van verhaal op goed, dat geacht wordt nog goed van den schuldenaar te zijn, zelfs al moet het daarvoor uit handen van derden worden teruggeroepen, moeilijk als „privilège" beschouwen. Door het gebruik in dit verband van dat woord is het verhaalsrecht gestempeld tot een recht van hoogere orde: een recht van verhaal op aan derden toebehoorend roerend goed. Het verhaalsrecht was zoodoende onwillekeurig verheven tot den rang van datgene, hetwelk reeds volgens de Coutume de Paris toestond aan den verhuurder „de suivre les meubles" (132). Zaaksgevolg op roerend goed onder derden, bij VALIN ondenkbaar, werd hier in het Fransche zeerecht binnengesmokkeld. Het is merkwaardig, dat LOCRÉ in zijn Esprit bij de vermelding van dit phenomeen in het commentaar op art. 190 („néanmoins ils sont affectés aux dettes du vendeur") bij de woorden „quoi qu'ils aient changé de main" met een ster verwijst naar het geamendeerde art. 193. Ook hij gevoelde blijkbaar zeer goed, dat *daar* het kernpunt lag, omdat daar ongemerkt was geboren het recht van verhaal, niet meer op teruggehaald goed van den schuldenaar, maar op goed *van een derde*, een recht, genaamd „privilège" (133), in wezen een „droit de suite".

De twee elementen van het zakelijke recht, die wij hierboven hebben gescheiden, komen hier wel zeer eigenaardig naar voren: het „droit de suite" van de crediteuren op het schip gaat voor sommigen („les priviligiés") gepaard met preferentie, bij anderen niet: *alle* schuldeischers hebben tot den afloop der reis zaaksgevolg, bij executie deelen eerst de „bevoorrechten" naar rangorde mede (aan hen is het schip immers „spécialement affectés"), daarna de concurrente schuldeischers. Wordt het zaaksgevolg niet tijdig uitgeoefend, dan blijven zij gewone schuldeischers, allen zonder zaaksgevolg en zonder preferentie.

(132) FERRIÈRE, t. a. p.
(133) LOCRÉ, La législation, enz., deel 18, blz. 306.

Zoo werd een rechtsfiguur geschapen, die de wanhoop was der Fransche schrijvers uit de negentiende eeuw (134), maar die ten slotte door doctrine en jurisprudentie is aanvaard (135): „le créancier chirographaire ayant cause à titre particulier". Toen men eenmaal over den schrik heen was, is zelfs gebleken, dat deze constructie wonderwel paste in het Fransche recht met zijn stelsel van wettelijke en bevoorrechte hypotheken, ook al blijft nog veel tegenstand tegen verdere uitbreiding te overwinnen (136). In de twintigste eeuw heeft de wetgever in dezelfde richting zaaksgevolg geschapen ten behoeve van schuldeischers van den koopman op diens „fonds de commerce" (137). In beide gevallen is de doorslag gegeven door de eischen van het *handelscrediet* (138), die waarschijnlijk ook onder het ancien régime reeds bestonden en tot de eigenaardige leveringstheorie van VALIN drongen. De tekst van den code de commerce normaliseerde het stelsel der op credietbehoefte berustende scheepsvoorrechten — art. 192 legt het ontstaan daarvan op allerlei manieren openlijk vast — en dwong voor het overige door een redactioneel toeval tot het zoeken van een andere verklaring voor het verschijnsel. De dogmatiek maakte zich meer dan vroeger van het zeerecht meester, zonder de grondslagen daarvan te wijzigen.

Eigenaardig is, dat, toen in 1874 in Frankrijk de scheepshypotheek werd ingevoerd, deze poging tot verbetering van het scheepscrediet — welke theoretisch zooveel voorhad — op een teleurstelling is uitgeloopen (139). De verklaring, dat de vele scheepsvoorrechten daaraan schuld waren, lijkt mij onhoudbaar in het licht van hetgeen in ons land is geschied, waarover later meer.

Beëindigen wij deze schets van het Fransche recht door er op te wijzen, dat het stelsel om het zaaksgevolg te doen vervallen door een reis onder den nieuwen eigenaar„ sans opposition de la part des créanciers du vendeur" (art. 193) wel een geheel onvoldoende bescherming beteekent van de zakelijk gerechtigden. (*Wordt vervolgd.*)

Mr. W. F. LICHTENAUER

---

(134) LYON-CAEN & RENAULT, § 1010/2; BONNECASE, § 450 e. v.; Hof Rouaan 20 Maart 1863, S. 1863-2-234.

(135) BONNECASSE, § 221.

(136) Vg. JOSSERAND, t. a. p., II, § 1545/6.

(137) Wet van 17 Maart 1909, wet van 31 Juli 1931.

(138) BONNECASSE, §§ 455, 457.

(139) BONNECASSE, § 759.

Mr. J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht*, 6e stuk (Erfrecht), met medewerking van Mr. H. F. R. Dubois. — Haarlem, De Erven F. Bohn N. V., 1931.

Suijling is een merkwaardige figuur in onze rechtswetenschap.

Hij noemt zich zelf positivist, hiermede bedoelend, dat hij slechts streeft naar de beschrijving en interpretatie van het positieve recht, zooals dat in ons land en in onzen tijd geldend is ten gevolge van het gebod der Overheid. Met de historische wording van het positieve recht houdt hij zich niet bezig, evenmin als met de vraag of het geldende recht al dan niet in overeenstemming is met door hem of door anderen aanvaarde of te aanvaarden beginselen van gerechtigdheid.

De historische interpretatie verwerpt hij; de historie van het recht kan hem hoogstens een enkele maal als middel van contrôle dienst doen. Naar zijne meening moet de wet synthetisch uitgelegd worden, d. w. z. de beteekenis en de zin van een voorschrift moet vastgesteld worden door het verband met andere voorschriften en door opklimming tot de beginselen, door welke de voorschriften gedragen worden.

Het positieve recht is er niet om door de rechtsgeleerden slechts als voorwerp van diepzinnige studie gebruikt te worden, doch het is er tot regeling van de gedragingen der menschen, die hunne rechten en verplichtingen uit de wet moeten kunnen afleiden en begrijpen, zonder daarbij zich in historische en wijsgeerige beschouwingen te moeten verdiepen.

Over deze beschouwing van Suijling is al menig woord gezegd. Van felle critiek is zijne opvatting het voorwerp geweest om van de negatie, die vaak zijn deel was maar niet te spreken.

De bittere woorden, welke Suijling zelf spreekt in het voorbericht van den tweeden druk van het eerste deel zijner Inleiding spreken boekdeelen. Ik zal mij niet scharen onder Suijling's bestrijders. Ten eerste zou ik bezwaarlijk op dit stuk een nieuw gezichtspunt kunnen openen en ten tweede komt het mij voor, dat men de methode van Suijling meer beschouwen moet als eene reactie tegen de vaak al te ver doorgevoerde historische interpretatie, welke zeer zeker ook hare nadeelen heeft, speciaal ook voor den student, die daar-

door niet gemakkelijk een kijk op de wet krijgt. Men behoeft het overigens zoo voortreffelijke werk van ASSER-ANEMA maar als voorbeeld te nemen om te bemerken, dat een te veel aan historie en dogmatiek den gebruiker schaden kan.

SUIJLING is in een ander uiterste vervallen, waartegen ook zeer zeker bezwaren zijn aan te voeren. Nu zijn werk echter wat meer bekendheid is gaan verkrijgen en er van zijne „Inleiding tot het Burgerlijk Recht" reeds drie dikke deelen verschenen zijn, zullen zelfs zijn felste bestrijders zijne beteekenis voor onze rechtswetenschap moeten inzien en erkennen, dat er terdege met SUIJLING rekening moet worden gehouden.

Zoo ligt dan thans zijn Erfrecht voor ons. Een werk van 649 bladzijden, waarin de schrijver in een machtigen greep de geheele stof systematisch behandelt naar de bekende methode.

Wie dit boek ernstig en onbevooroordeeld doorwerkt, kan niet anders dan bewondering gevoelen voor deze imponeerende praestatie Hoe vele bezwaren men ook tegen de methode mag kunnen inbrengen, op hoevele plaatsen men zich tot tegenspraak geprikkeld voelt door het vaak apodictische oordeel van den auteur en zijne buitengewoon afwijkende meeningen, hoe vaak men ook het gewilde en gekunstelde voelt van den door SUIJLING geponeerde samenhang van het erfrecht met het verbintenissenrecht en zakenrecht, men komt onder den ban van den machtigen opzet en onder de bekoring van de boeiende en beeldende wijze der beschrijving.

Onwillekeurig dringt zich een vergelijking op met onze reeds langer bestaande standaardwerken over erfrecht, n.l. dat van MEIJERS in de ASSER-serie en dat van KLAASSEN, laatstelijk bijgewerkt en uitgegeven door EGGENS. Het werk van MEIJERS biedt ons een beknopte, op uitgebreide historische kennis gebaseerde, doch ons daarmede nimmer overladende, stelselmatige behandeling der stof, in duidelijke en klare taal geschreven.

Een boek bij uitstek geschikt om den student een inzicht in de lang niet eenvoudige materie bij te brengen. Daarnaast treffen wij in het boek van KLAASSEN een meer op de notarieele practijk georiënteerde, naar de wetsartikelen geordende, uiteenzetting der stof, waarbij er niet in de eerste plaats naar gestreefd is eigen oordeel te geven, doch een, vaak vrij drooge, compilatie van de meeningen van allerlei auteurs van meer en minder belang. Een boek, dat als wetenschappelijk werk onze bewondering geenszins afdwingt, maar niettemin als een voor de praktijk en voor de notarieele studie inderdaad onmisbare en uiterst doelmatige gids kan worden aangemerkt. Hiernaast verschijnt nu als Dritte im Bunde het zesde deel van SUIJLING's Inleiding. Uit hetgeen ik boven reeds zeide

over SUIJLING en zijn werk in het algemeen en over zijn zesde deel in het bijzonder, behoef ik thans niet meer te verklaren, dat wij hier voor een werk staan, dat een geheel ander karakter vertoont dan zijn twee wetenschappelijke broeders en dat dan ook ongetwijfeld daarnaast zijn reden van bestaan heeft. Het is geen werk om den schuchteren beginner in handen te geven, doch in deze uitspraak ligt allerminst critiek opgesloten. Men mag zich zeer zeker eenige kennis van het erfrecht vergaard hebben alvorens men het boek van SUIJLING met vrucht kan bestudeeren. Voor de studie voor het derde gedeelte van het notarieel examen zou ik het echter zonder voorbehoud kunnen aanbevelen, vooral voor hen, die de andere werken vaak al meermalen hebben doorgewerkt en wel eens naar wat anders verlangen.

Doch ook de man der praktijk zal met SUIJLING's boek zijn voordeel kunnen doen.

In SUIJLING vereenigen zich wetenschappelijk inzicht en een scherpe practische blik, hetgeen tot het gelukkig gevolg leidt, dat in zijn boeken een onnoemlijk aantal practische vragen worden behandeld.

Wie het uitgebreide register in dit zesde deel opslaat zal daarbij zelden teleurgesteld het boek uit handen behoeven te leggen. Gewoonlijk wordt de vraag, waarmede men zich aftobt, door SUIJLING wel besproken en vindt men vermelding van speciale literatuur.

Het is ondoenlijk den lezer, die dit boek niet door eigen gebruik heeft leeren kennen een juisten indruk te geven van den rijken inhoud ervan.

Het is mij onmogelijk alles, dat mij bij de bestudeering belangrijk voorkwam hetzij om de scherpe wijze van zeggen, hetzij om het nieuwe van het gezichtspunt, hetzij om het afwijkende van het oordeel en waaromtrent ik een menigte aanteekeningen heb verzameld, in het bestek dezer bespreking te verwerken. Ik volsta met successievelijk te bespreken enkele, van de heerschende opvattingen zeer afwijkende, beschouwingen, welke ik in het boek aantrof en welke ik in de volgorde, waarin ze in het boek voorkomen, zal behandelen.

a. De interpretatie van art. 910 *B. W.*

Deze bepaling behandelt het actieve erfrecht van natuurlijke kinderen. Ingeval er wettige en natuurlijke kinderen worden nagelaten, erven de natuurlijke kinderen volgens den duidelijken tekst van het artikel een derde van wat zij gekregen zouden hebben als zij wettig waren geweest. Ingeval er meer dan één natuurlijk kind naast wettige erft, telt de heerschende leer het aantal wettige en natuurlijke kinderen en geeft aan de natuurlijke ieder een derde van hetgeen zij,

ingeval ze allen wettig waren, ontvangen zouden hebben. Niet aldus SUIJLING no. 65. Deze is van meening, dat, bij aanwezigheid van één wettig kind en meer natuurlijke kinderen de verhouding tusschen een wettig en een natuurlijk kindsdeel steeds constant blijven moet, dus als 5 : 1. In de heerschende leer wordt die verhouding, naarmate er meer natuurlijke kinderen zijn, voor dezen steeds ongunstiger. In SUIJLING's leer kan het daarentegen voorkomen, dat de verhouding voor de natuurlijke kinderen zóó gunstig wordt, dat zij te zamen meer dan de helft der nalatenschap beuren. Erfden de natuurlijke kinderen met broers en zusters van den erflater, dan zouden zij tezamen volgens hetzelfde art. 910 nooit meer dan de halve nalatenschap kunnen krijgen. Hieruit blijkt de onhoudbaarheid van SUIJLING's opvatting, gelijk dan ook terecht door MEIJERS in ASSER IV, pag. 55, noot, is opgemerkt.

Bovendien komt het mij voor, dat ook de tekst van het artikel geen steun aan SUIJLING's leer biedt.

b. Kunnen wettige nakomelingen van een natuurlijk kind uit eigen hoofde tot de nalatenschap van den vader of moeder van het natuurl kijiknd geroepen worden?

SUIJLING no. 67 geeft hierop een bevestigend antwoord. Stel, dat iemand nalaat een natuurlijk erkend kind en twee wettige kinderen en dat het natuurlijk kind verwerpt. Volgens de gangbare leer erven nu de wettige kinderen alles, terwijl de wettige nakomelingen van het verwerpende natuurlijke kind niets genieten. Art. 913 B. W. immers kent slechts de mogelijkheid, dat genoemde nakomelingen bij plaatsvervulling opkomen, hetgeen zich slechts voordoet, als het genoemde natuurlijke kind vóór den erflater overleden was. Hoe komt SUIJLING er nu toe de nakomelingen van het natuurlijke kind uit eigen hoofde te laten erven naast de wettige kinderen? Dit hangt samen met de in no. 49 door SUIJLING ontwikkelde leer der „non-gradueele plaatsvervulling". Naast de gradueele plaatsvervulling, welke de wet in de artt. 888 v. B. W. behandelt en waarvan ook in art. 913 B. W. sprake is, kent SUIJLING een ander instituut, dat door hem zeer typeerend non-gradueele plaatsvervulling genoemd wordt. Dit komt voor als de nakomelingen van een erfgenaam, die verwerpt of onwaardig is, uit eigen hoofde geroepen worden naast andere, reeds geroepen, erfgenamen. Volgens SUIJLING is deze figuur door de wet niet geregeld, maar veeleer ondersteld. Ik geef toe, dat er inderdaad gevallen van deze figuur in de wet voorkomen, zoo bijv. als broers met ouders erven, terwijl de broers verwerpen, in welk geval hunne wettige nakomelingen naast de ouders erven, waarbij dan die nakomelingen ieder een gelijk deel

ontvangen van hetgeen voor de verwerpers gereserveerd was, terwijl de erfdeelen der ouders blijven alsof er geen verwerping had plaats gevonden en zooals zij bijv. ook geweest zouden zijn als de broers vooroverleden waren geweest, in welk geval hunne kinderen staaksgewijze, dus volgens de echte plaatsvervulling zouden geërfd hebben. Ditzelfde verschijnsel doet zich voor als wettige kinderen met natuurlijke geroepen zijn en alle wettige kinderen verwerpen. Hunne wettige nakomelingen worden dan naast de natuurlijke kinderen van den erflater geroepen, terwijl het aandeel dezer laatsten bepaald blijft alsof de wettige kinderen niet verworpen hadden. Dit alles is door iedereen erkend en steunt inderdaad op de wet. Doch hoe kan SUIJLING hieraan de consequentie verbinden, dat, als een natuurlijk kind, dat met wettige erft, verwerpt, zijne wettige nakomelingen uit eigen hoofde zijne portie beuren naast het gelijk blijvende deel der wettige kinderen? Als de wet werkelijk bepaalde, dat dit zoo is, dan zou de leer der non-gradueele plaatsvervulling meebrengen, dat voor de wettige nakomelingen van het natuurlijke kind tezamen evenveel disponibel is als voor het verwerpende natuurlijke kind zelf, doch deze theorie brengt niet mee, dat zij inderdaad geroepen worden uit eigen hoofde tot de erfenis. Voor de wettige nakomelingen van broers en zusters volgt zulks uit art. 907 B. W. en om nu de ouders niet de dupe te laten worden van de verwerping door de oorspronkelijk naast hen ervende broers, geeft de wet aan de nakomelingen dier broers tezamen niet meer dan aan de broers zelf toekwam, zoodat de portie der ouders bepaald blijft alsof de broers niet verworpen hadden of, alsof zij overleden waren, in welk geval de gradueele plaatsvervulling zou zijn ingetreden. Er is echter geene wetsbepaling aan te wijzen, die aan wettige nakomelingen van een natuurlijk kind erfrechtelijk aanspraken uit eigen hoofde op den boedel van diens ouders verzekert, weshalve mij de in no. 49 door SUIJLING ontwikkelde, en op zich zelf zeer aannemelijke theorie der non-gradueele plaatsvervulling voorkomt niet tot de bestreden consequentie te voeren.

c. Boedelscheiding

In no. 255 worden wij voor het feit gesteld, dat SUIJLING de boedelscheiding niet als declaratief, maar als attributief beschouwt. Wij waren dit zoo langzamerhand als een overwonnen standpunt gaan beschouwen. Wel hadden wij kennis genomen van de door EGGENS in Schermers Ontwerpen van Notarieele Akten, deel IV, pag. 270, verkondigde en door SCHOLTEN in W. P. N. R. 3085 aanvaarde leer, dat slechts de scheiding van gebonden mede-eigendom declaratieve werking

heeft en dat aan de scheiding van vrijen mede-eigendom translatieve kracht moet worden toegekend en ik voor mij was er al toe overgegaan deze opvatting te aanvaarden.

Dat SUIJLNG deze leer zou aanvaarden had ons slechts in onze meening kunnen versterken, doch dat hij de translatieve leer voor *alle* scheidingen zou propageeren, vervult ons met schrik, daar de oude strijdvraag nu weer tot nieuw leven gewekt is. Gelukkig is de argumentatie van SUIJLING niet zeer overtuigend, hoewel zijn toon apodictisch genoeg is. Mij komt de argumentatie zelfs eenigszins zonderling voor. Na te hebben vastgesteld, dat scheiding van vrijen mede-eigendom attributief is en te hebben geconstateerd, dat volgens de wet art. 1129 B. W. eigenlijk toch ook voor deze soort scheiding zou moeten gelden en dat dit echter ten stelligste als onjuist moet worden verworpen, concludeert SUIJLING, dat dit, ook voor vrijen mede-eigendom bedoelde artikel, dus wel iets anders zal bedoeld hebben dan het zegt. Ondanks het artikel moeten wij dan maar aannemen, dat elke scheiding attributief is en dat het artikel foutief is. M. i. staan wij hier voor een onjuist uitgangspunt. De vraag of de wetgever art. 1129 ook voor vrijen mede-eigendom geschreven heeft, wordt door SUIJLING a priori bevestigend beantwoord en daarom kan het artikel niet juist zijn.

Maar is het niet andersom? Is de meening van SUIJLIG, dat dit artikel ook voor vrijen mede-eigendom geschreven is, niet veeleer onjuist, terwijl het artikel, toegepast op gebonden mede-eigendom, tot alleszins bevredigende resultaten voert? . . . . . Ik kan niet aan het gevoel ontkomen, dat alle moeilijkheden en tegenstrijdigheden, welke SUIJLING in no. 255 schildert ietwat kunstmatig zijn te voorschijn getooverd, teneinde ons als uitredding de door SUIJLING verkondigde attributieve leer te doen aanvaarden. Ook het argument uit art. 1119 B. W., volgens hetwelk de wet de vruchten der goederen van den boedel in de scheiding zou betrekken, hetgeen dan vóór de attributieve leer zou pleiten, ontgaat mij ten eenenmale. Ik kan in dat artikel niet lezen wat SUIJLING erin leest.

Het artikel zegt niet anders dan dat wij bij een scheiding rekening te houden hebben met de mutaties, welke in den boedel na den dood des erflaters hebben plaats gevonden. En hoe zou dit anders kunnen? Maar over de vruchten staat in deze bepaling geen woord te lezen.

Met deze attributieve theorie, welke met den tekst van art. 1129 B. W. volkomen strijdt en welk artikel derhalve onschadelijk moet worden gemaakt, begaat SUIJLING een van die wonderlijke inconsequenties tegen zijn eigen positivistisch stelsel, die wij wel eens meer in zijn werken ontmoeten.

Als de wet dan werkelijk voor hem de eenige bron van

recht is en de positivist in „zelf gekozen knechtschap" niet zijn eigen meening, doch de meening van een ander, n.l. van den wetgever heeft weer te geven (1), dan houde hij de wet hoog en heilig en interpreteere en wijzige haar niet aldus, dat zij met zijn vooropgezette meening in overeenstemming geraakt.

Overdracht van een erfdeel acht SUIJLING no. 258 slechts mogelijk met toestemming der mede-erfgenamen. Het gezamendehandsche karakter dezer gemeenschap tusschen de deelgenooten zou dit meebrengen. Ook de vordering tot scheiding zou niet te cedeeren zijn, wel echter de vordering tot levering der toegescheiden baten. Na verkoop van erfrecht moet de erfgenaam dus zelf aan de scheiding deelnemen, niet de kooper. Aan den kooper kan dan wel door de mede-deelgenooten rechtstreeks levering geschieden. SUIJLING adviseert, dat de erfgenaam den kooper onherroepelijke volmacht geve om aan de scheiding deel te nemen.

De eler, dat de scheiding attributief is, leidt ertoe, dat de vraag, welke handelingen men als scheiding heeft aan te merken, geen belang heeft voor de toepassing van art. 1129 B. W. De vraag behoudt echter haar waarde voor de regeling der vrijwaring (art. 1130 v. B. W.) en vernietiging (art. 1158 B. W.). Zie SUIJLING nos. 283 en 284.

Volgens SUIJLING no. 297 mogen de aanhangers der declaratieve leer eene ontbinding eener scheiding cf. art. 1302 B. W. niet mogelijk achten.

De translatieve leer brengt hier z. i. uitkomst. De ontbinding raakt dan de verplichting tot levering, niet de levering zelve. Dit laatste is dan gedacht in de door SUIJLING aanvaarde abstracte leer. Volgens SUIJLING „neigt de H. R., naar het schijnt" naar deze leer. Hiermede doelt SUIJLING op het arrest van 13 April 1917, N. J. 1917, pag. 534. Hierbij had echter ook vermeld moeten worden het arrest van 14 Juni 1929, N. J. 1929, pag. 1434, waarin volgens gezaghebbende auteurs de H. R., naar het schijnt, neigt naar de . . . . . causale opvatting!

Na de ontbinding moeten volgens SUIJLING de erfgenamen de gemeenschap herstellen. Er ontstaat dan echter geen gezamendehandsche gemeenschap meer, maar vrije eigendom. Ik vraag mij af of men dan wel van een „herstellen" kan spreken.

d. De legitieme portie

Het is mij niet duidelijk geworden waarom SUIJLING bij de legitieme portie steeds spreekt van een „moreele verplichting" van den erflater tegenover de legitimarissen. Vgl. no. 336 v.

(1) Eigen woorden van SUIJLING: Inleiding I, 2e druk, pag. 6.

Den rechtsgrond der legitieme portie brengt hij in verband met den onderhoudsplicht, die bloedverwanten in de rechte lijn tegenover elkaar hebben. Maar deze is toch zeker niet slechts een moreele, maar een wettelijke verplichting!

Inzake het karakter van het recht van den legitimaris is door SUIJLING een oud beestje van stal gehaald en er groeit een lang niet schuchter stokpaard uit. De legitimaris zou geen erfgenaam zijn, geen aanspraak hebben op goederen van den boedel in natura, doch slechts aanspraak hebben op een *bedrag*, waartoe de becijfering cf. art. 968 B. W. moet worden gemaakt. Om deze becijfering te kunnen maken hebben de legitimarissen tegenover de erfgenamen het recht openlegging van zaken te vragen. Wel zegt SUIJLING, dat de erfgenamen verplicht zijn deze waarde-aanspraak te voldoen uit den feitelijken boedel, doch er is hier niettemin slechts van een persoonlijk recht sprake. Als argument voor SUIJLING's leer moet o. a. art. 967, al. 2 dienst doen.

Volgens dit voorschrift n.l. kunnen legitimarissen van hetgeen ingekort is niets genieten ten nadeele der schuldeischers van den boedel.

Dit kan volgens SUIJLING onmogelijk slaan op de terugvordering tot vernietiging van makingen, gericht tegen de bevoordeelden zelve, daar hetgeen dientengevolge verkregen wordt rechtstreeks van den bevoordeelde naar de legitimarissen gaat. Het kan dus alleen maar slaan op de vordering, welke de legitimarissen hebben tegen de erven als zoodanig en welke strekt tot uitkeering van de waarde hunner portie uit den z.g. feitelijken boedel. Deze vordering wordt dan door de wet achtergesteld bij de rechten der boedelcrediteuren. Het is begrijpelijk, dat bij eene dergelijke interpretatie het eerste lid van art. 967 den auteur dwars zit voor zooverre het niet alleen van testamentaire makingen, doch ook van schenkingen onder de levenden gewag maakt. Immers, voor schenkingen zou toch nimmer het tweede lid van dit artikel in SUIJLING's opvatting kunnen gelden. Het geschonkene, dat teruggevorderd wordt, gaat rechtstreeks van den begiftigde naar den legitimaris, terwijl de actie tot uitkeering der legitieme waarde uit den feitelijken boedel daarmee niets te maken heeft. Het recept van SUIJLING is eenvoudig en afdoende: het eerste lid wordt t. a. v. de schenkingen voor foutief verklaard (no. 342).

Voorts worden de bepalingen, waarin de wet den legitimaris erfgenaam noemt ter zijde gesteld met kwalificaties als „misstelling", „gedachteloos uit den Code overgeschreven" enz. Zie pag. 457, noot.

Naast de waarde-aanspraak, welke, tegen de erfgenamen als zoodanig gericht, op den feitelijken boedel kan worden

geldend gemaakt, staan dan de aanspraken tegen de bevoordeelden zelve.

Vooral met betrekking tot de legatarissen kunnen er in SUIJLING's stelsel groote verwikkelingen ontstaan, daar deze wel eens bezwaren zouden kunnen maken tegen de afgifte door de erfgenamen aan de legitimarissen van goederen, welke aan hen gelegateerd zijn. Uit deze moeilijkheden zal de praktijk zich wel weten te redden, is de troost van den auteur.

In no. 343 wordt dan onder het opschrift „afwijkende theorieën" de . . . . . heerschende leer besproken en gecritiseerd. De legitimaris zoeke het zwaartepunt van de regeling zijner positie in art. 968 B. W., dat hem de wijze van becijfering zijner waarde-aanspraak aangeeft. De artt. 960—967 beschouwe hij als minder geslaagde producten onzer wetgeving.

Voorts vraagt SUIJLING zich af, waarom een legitimaris, die immers volgens art. 968 B. W. tevreden moet zijn met een tijdens het leven van den erflater ontvangen gift ten bedrage van zijn wettelijk erfdeel, geen genoegen zou moeten nemen met een legaat of een geldsom, hem bij testament toegelegd. Het antwoord hierop moet m. i. luiden: omdat die legitimaris aan die schenking zelf heeft medegewerkt, kan hij zich daarover niet beklagen, doch bij testament zou de erflater hem tegen zijn wil met een geldsom kunnen afschepen.

Op pag. 465 lezen wij dan de ietwat zelfgenoegzame, hoewel niet ongeestige, lofprijzing van schrijver's eigen opvatting: „Dan behoedt men het legitiemerecht voor de heillooze verwarring, waarin de paladijnen der historie het sinds jaar en dag hebben gestort" . . . . .

In nos. 348 en 349 gaat het over de inkortingsactie. Het zou een persoonlijke vordering tot restitutie zijn met uitzonderingen in de artt. 975 en 976 B. W. t. a. v. giften van onroerende zaken. Hier moet men het weer doen met de bewering „gedachteloos uit den Code overgenomen". „Het terugkeeren in den boedel" van art. 975 B. W. wordt op de gebruikelijke wijze onschadelijk gemaakt.

Waarom art. 968 B. W., naar SUIJLING in no. 357 beweert, slechts slaat op boedels met een batig saldo en niet ook op die met een negatief saldo wordt ons door den auteur niet medegedeeld.

e. Art. 963 *a B. W.* (2)

Over het doel is men het eens: de groote beschikkingsvrijheid, welke het gevolg is van de aanwezigheid van ab intestato erfgenamen, die geen legitimaris zijn, moet beknot

(2) Zie hierover: ASSER-MEIJERS, pag. 159 v. en KLAASSEN-EGGENS, pag. 97 v. en 102 v.

worden als de erflater daarvan gebruik wil maken ten gunste van de daar genoemde „anderen".

MEIJERS en KLAASSEN zijn van meening, dat het artikel ten bate dier anderen een kleiner beschikbaar deel bepaalt en dat wij dus slechts te zien hebben of door giften en makingen aan anderen dit kleinere beschikbare deel is overschreden.

EGGENS en SUIJLING meenen, dat het hier gaat om een dubbele legitieme portie. De legitieme portie zou t. a. v. die z.g. anderen grooter zijn dan t. a. v. onder die kwalificatie niet vallende personen. Er moet dan een dubbele berekening worden gemaakt, waarbij datgene, wat de legitimarissen ten slotte verkrijgen, ingeval er inkorting op anderen en niet-anderen moet plaats vinden steeds uit twee gedeelten van op verschillende wijze berekende legitieme porties bestaat.

Omtrent de vraag wie tot die z.g. anderen gerekend moeten worden, met name, of de legitimarissen zelve daaronder ook vallen, staan deze vier auteurs anders gegroepeerd tegenover elkaar. MEIJERS en EGGENS rekenen de legitimarissen wèl, SUIJLING en KLAASSEN daarentegen rekenen hen niet tot de anderen.

Ik behoef wel niet te zeggen, dat de ervaring leert, dat men bij het maken van berekeningen in deze vier theorieën vaak tot zeer uiteenloopende resultaten komt.

Daarbij komt dan nog de vraag, welke zich in de opvatting van MEIJERS en KLAASSEN, dat het hier om een voor anderen kleiner beschikbaar deel gaat, voordoet, hoe men moet handelen indien de acties van art. 963 *a* en de gewone legitieme-inkorting samenloopen, waarover eveneens diverse opvattingen worden verkondigd.

En als wij dan van de hoogten van onzen erfrecht-Olympus afdalen, dan dartelen daar aan zijn voet nog ontelbare goden en halfgoden van kleiner en allerkleinst formaat, die gemeend hebben de resultaten van hun spel met dit ongelukkige voorschrift aan den volke te moeten bekend maken in woord en geschrift.

Onnoodig te zeggen, dat zij erin geslaagd zijn de verwarring tot volkomenheid te brengen.

Dat SUIJLING's leer, naar hij zelf zegt, het voordeel heeft, dat zij „geen al te hooge eischen stelt aan de scherpzinnigheid der juristen", moet grif worden toegegeven. Het spijt mij echter, dat ik niet om deze reden alleen reeds een leer kan aanvaarden, welke èn met den tekst èn met de historie der bepaling in strijd is. Moge de wetgever hier spoedig ingrijpen!

f. Bevoordeeling van den tweeden of verderen echtgenoot

Genoemde bevoordeeling zou op verschillende manieren

kunnen plaats hebben, hetgeen de wet, bij aanwezigheid van wettige voorkinderen, heeft willen beperken. Zoo vinden wij art. 236 B. W. gericht tegen een te groote bevoordeeling door huwelijksgemeenschap, art. 237 B. W. tegen die door huwelijksvoorwaarden, artt. 238 en 239 B. W. tegen die door andere middelen tot bereiking van hetzelfde doel. Art. 899 *a* B. W. beperkt de verkrijging door a. i. erfopvolging, terwijl art. 949 B. W. de bevoegdheid tot verkrijging krachtens testament beperkt. Nu kunnen de onderscheidene wijzen van bevoordeeling samenvallen. De wet houdt voorschriften omtrent dezen samenloop in om cumulatie te voorkomen. Deze voorschriften zijn duidelijk, hoewel niet steeds logisch en vanzelfsprekend. SUIJLING staat t. a. v. deze voorkoming van cumulatie een eigenaardige meening voor (nos. 368 en 369). Hij onderscheidt twee rubrieken van bevoordeelingsgevallen, n.l. de erfrechtelijke en die van de artt. 236 v. B. W. Elke rubriek ondergaat hare zelfstandige inkorting. De samenloop van de bevoordeeling door oorzaken, welke resp. onder de beide rubrieken vallen, wordt door hem aldus opgelost, dat de tweede echtgenoot het teveel genotene eenvoudig in geld restitueert. Deze oplossing is uiterst willekeurig. Ik sluit mij dan ook in deze liever aan bij de oplossing, welke auteurs als MEIJERS (ASSER IV, pag. 46, noot 1) en SCHOLTEN (ASSER I, pag. 213) voor deze moeilijkheid geven. Het lijkt mij hier echter niet de plaats op deze vraag dieper in te gaan. Nog slechts ééne opmerking. SUIJLING beweert, dat in zijne leer de bepaling van art. 949 B. W., dat men aan den tweeden echtgenoot steeds het vruchtgebruik van de halve nalatenschap mag geven hoe groot de waarde ook moge zijn, eerst goed tot haar recht komt. M. i. wordt dit doel der wet in de andere leer evengoed bereikt.

Immers: als het bedoelde vruchtgebruik een grootere waarde heeft dan het z.g. kindsdeel, dan krijgt in de gewone opvatting de tweede echtgenoot dit vruchtgebruik ten volle en verder niets door boedelmenging, daar het testament in ieder geval praevaleert volgens de duidelijke woorden der wet.

g. Fidei-commis

De gewoonlijk aangenomen kenmerken voor een fidei-commis, tweemaal beschikken over hetzelfde, bewaar- en uitkeeringsplicht, worden door SUIJLING no. 375 niet aanvaard. Volgens hem steekt het merkwaardige van eene dergelijke making in het pas gerechtigd worden van den verwachter op het moment, dat het recht van den bezwaarde een einde neemt (no. 377). In no. 379 zegt de schrijver, dat fidei-commis de residuo in principe evenzeer verboden is als het gewone fidei-commis. Dit hangt samen met het zoo juist meegedeelde.

Op pag. 536/7 lezen wij: „Onverschillig of zij den bezwaarde tot bewaring verplichten, worden zij enkel op grond van haar fidei-commissair karakter, d. i. op grond van de subjectlooze natuur der door haar gevestigde belasting des boedels, door de wet gewraakt".

SUIJLING ziet de artt. 927 en 928 B. W. beide als uitzonderingsvoorschriften.

Bij beide soorten van fidei-commissen is meer dan tweemaal beschikken verboden. Het staat te lezen in de artt. 1023 en 928 B. W. Verder loopen ze uiteen. Bij het fidei-commis de residuo kan men als bezwaarde en verwachter willekeurige personen nemen. De verwachter kan hier echter ook zijn iemand, die niet aan den eisch van art. 946 B. W. voldoet. Dat brengt het karakter van het fidei-commis mede. Bovendien vindt men voor deze stelling een argument à fortiori in hetgeen art. 928 B. W. omtrent de voor de verwachters te substitueeren personen bepaalt. De heerschende leer echter past art. 946 B. W. wel degelijk op een fidei-commis de residuo toe. Zij ziet slechts een uitzondering in het door art. 928 B. W. t. a. v. de nakomelingen-substitutie bepaalde. Een vulgaire substitutie acht zij ten opzichte van een ieder mogelijk, mits daarbij art. 946 B. W. in acht genomen wordt. Zij beroept zich op art. 926 al. 2 B. W., waarin zij een nadere uitwerking van al. 1 ziet. SUIJLING meent daarentegen, dat art. 926 al. 1 B. W. ook op fidei-commis de residuo slaat, hetgeen z. i. bevestigd wordt door art. 927 B. W. En z. i. zijn alleen toegelaten die fidei-commissen van dit soort, welke zich binnen de grenzen van art. 928 bewegen. Hierbij doet SUIJLING dan nog een beroep op art. 1036 B. W.

Volgens SUIJLING miskent dus de heerschende leer het bijzondere karakter van het fidei-commis de residuo door daarop met alle geweld art. 946 te willen toepassen. Een tweede fout wordt door haar gemaakt, doordat zij aanneemt, dat voor den verwachter willekeurige derden gesubstitueerd kunnen worden. Hierbij heeft men zich volgens SUIJLING strikt aan de door art. 928 gegeven mogelijkheid te houden, terwijl men aan art. 929 geen argument voor de heerschende leer mag ontleenen, daar dit artikel alleen op *gewone* erfgenamen en legatarissen slaat, ingeval dezen vóór den erflater mochten overleden zijn. Het slaat niet op personen, die den verwachter moeten vervangen, wanneer deze na den erflater maar vóór den bezwaarde overleden is. De eenige mogelijkheid op dit gebied is volgens SUIJLING alle nakomelingen van den verwachter te roepen gelijk art. 928 aangeeft.

In no. 399 ontmoeten wij een bijzondere leer van SUIJLING over het residuum en de rechten, welke de verwachters daarop hebben.

De gewone opvatting is, dat de verwachters den eigendom verwerven van datgene, dat onvervreemd en onverteerd door den bezwaarde wordt nagelaten. SUIJLING echter onderscheidt den externen zakelijken overgang der nog aanwezige goederen en de waarde-aanspraak, welke de verwachters tegen de erfgenamen van den bezwaarde hebben. Van het bekende „onvervreemd en onverteerd" slaat het eerste op dien zakelijken overgang en het tweede op die waarde-aanspraak. SUIJLING leert n.l., dat het den bezwaarde niet vrijstaat, gelijk de heerschende leer meent, de goederen van het fidei-commis de residuo te vervreemden en te verteren en zijn overig vermogen onaangetast te laten. Bij het einde van zijn recht moet een berekening uitwijzen, hoeveel zijn geheele vermogen is achteruitgegaan sinds hem het fidei-commissair goed opkwam. De achteruitgang moet dan omgeslagen worden over het vrije en het met fidei-commis belaste deel van het vermogen. Op deze wijze wordt inderdaad een zeer billijk resultaat voor de verwachters verkregen. Door genoemde berekening te maken vindt men het bedrag van de z.g. waarde-aanspraak, een persoonlijke vordering, welke de verwachter tegen de erven van den bezwaarde kan doen gelden en tot verzekering waarvan de wet de nog in natura aanwezige goederen op den verwachter laat overgaan. Een ideaal toestand zou natuurlijk zijn, dat deze zakelijke overgang en de genoemde waarde-aanspraak elkaar volkomen dekten, doch dat zal wel nimmer het geval zijn. Er moet echter zoodanig afgerekend worden, dat de verwachters nimmer meer en ook niet minder ontvangen dan het bedrag der waarde-aanspraak. Ontvangen zij dus ten gevolge van den zakelijken overgang te veel, dan hebben zij restitutie te doen aan de erven van den bezwaarde; krijgen zij echter te weinig, dan hebben deze erven aan de verwachters het ontbrekende in geld op te leggen.

Inzake den bewijslast bij de afrekening leert SUIJLING het volgende: De verwachter bewijze den omvang van het oorspronkelijk fidei-commis, de erven van den bezwaarde bewijzen hoe groot het totale vermogen van den bezwaarde bij den aanvang van het fidei-commis was en hoe groot het thans is. De intering wordt dan omgeslagen over het fidei-commis en het vrije vermogen, zooals die bij den aanvang van het fidei-commis waren, naar de waarde van thans. De erven van den bezwaarde keeren dan de in natura aanwezige goederen van het fidei-commis uit, behoudens verrekening om tot het juiste bedrag der waarde-aanspraak te komen. Over den bewijslast inzake intering voor de waarde-aanspraak oordeelt SUIJLING no. 401 als MEIJERS pag. 439. Inzake den zakelijken overgang der aanwezige fidei-commissaire goederen legt SUIJLING den bewijslast voor hare aanwezigheid echter op de

verwachters. Over de vraag, wat er nu eigenlijk als onvervreemd is aan te merken, zegt SUIJLING het volgende: Eerstens alles wat er nog in natura is, ten tweede alle verwervingen, die haar grond vonden in de in het fidei-commis begrepen rechten en ten derde alle verkrijgingen door den bezwaarde als zoodanig of met middelen van het fidei-commis. Het staat den bezwaarde echter vrij deze middelen ten *eigen* bate aan te wenden, bijv. gelden in zijn zaak te steken (Dit laatste slaat natuurlijk niet op de waarde-aanspraak, doch alleen op den zakelijken overgang). De verwachter bewijze de herbelegging onder fidei-commissair verband.

Ook bij de kwestie van het vallen van het fidei-commis de residuo in de huwelijksgemeenschap onderscheidt SUIJLING tusschen de waarde-aanspraak en de vraag, welke baten als onvervreemd zijn aan te merken en derhalve zakelijk op den verwachter overgaan. Over dit laatste beslist de scheiding.

De aan het fidei-commis gewijde bladzijden behooren ongetwijfeld tot de meest interessante van SUIJLING's boek. De auteur is er echter geenszins in geslaagd mij van de juistheid zijner sterk afwijkende leerstellingen op dit stuk te overtuigen. En ik vrees, dat ik niet de eenige zal zijn voor wien dit alles niet meer beteekent dan uiterst vernuftige bedenksels, waarvan de wetgever nimmer droomde, doch welke in jure constituendo zeker de overweging waard zijn.

Ziehier een kleine bloemlezing uit die gedeelten van het boek, waarin de auteur naar mijn oordeel de grenzen eener normale interpretatie overschrijdt. Het maakt soms den indruk of aan de zucht om iets origineels te verkondigen teveel wordt geofferd. Als men zich dan herinnert de door SUIJLING in zijn eerste deel gesproken woorden over het zelf gekozen knechtschap van den positivist, die niet zijn eigen meening, doch die van een ander heeft te verkondigen, zou men geneigd zijn daarin niet meer dan een phrase te zien. Afgezien van deze enkele misgrepen valt er in dit werk zooveel te prijzen en zooveel te bewonderen en valt er zooveel uit te leeren, dat ik niet anders kan verklaren, dan dat dit werk in geen juridische boekenkast mag ontbreken, waartoe ik niet in de laatste plaats die van den notaris, den candidaat-notaris en den notarieelen student reken.

Hoever de op het titelblad vermelde medewerking van Mr. H. F. R. DUBOIS zich heeft uitgestrekt, is mij niet bekend; zeker is het, dat zij aan den opzet en de eenheid van het werk geen afbreuk heeft gedaan.

Den Haag, Februari 1933 A. R. DE BRUIJN

Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht*, 2e dl., eerste stuk; *Transportrecht*, zesde druk, herzien door Mrs. C. W. STAR BUSMANN en CHR. ZEVENBERGEN. — Uitg. de Erven F. Bohn N. V., 1932.

Reeds werd in eenige periodieken op de verschijning van dit nieuwe stuk van den Leidraad de aandacht gevestigd. Het zij mij vergund, nu mij het voorrecht gewerd tot aankondiging van dit over transportrecht handelend gedeelte te worden uitgenoodigd, op den van volledigheidsdrang getuigenden inhoud dieper in te gaan.

„Aan het doel, een leidraad te wezen bij de beoefening en de toepassing van het handelsrecht, moge het werk blijven beantwoorden. In de opgave van de literatuur en de rechtspraak is gestreefd naar volledigheid en nauwkeurigheid". Aldus luidt een zinsnede uit het voorbericht van de hand van MOLENGRAAFFF bij de verschijning in 1915 van den derden druk van het eerste stuk. Zelden werd een belofte zoo volkomen ingelost en vervuld. En zoo is dan Transportrecht het sluitstuk, grootendeels nog door MOLENGRAAFF zelf herzien, waarmede hij zijn levensarbeid heeft beëindigd.

Het transportrecht omvat alle rechtsbetrekkingen welke voortspruiten uit het vervoer en wat daarmede in verband staat: expeditie, goederenvervoer, personenvervoer, vervoermiddelen en de exploitatie daarvan. Vergelijking b.v. van de over expeditie handelende paragraaf met die uit vroegere drukken, doet zien hoe MOLENGRAAFF steeds aan het omvormen is gebleven om de voor wetenschap en practijk meest doeltreffende indeeling en systematische ordening te bereiken.

In de practijk, aldus bl. 510, wordt veelszins ten nadeele van den afzender van de bepalingen der wet afgeweken. Dit is een specifiek verschijnsel voor het vervoercontract. Als de wet in art. 486 K. bepaalt dat de overeenkomst tot vervoer den vervoerder verplicht voor het behoud van het te vervoeren goed te zorgen en hem gehouden verklaart tot vergoeding van schade door geheele of gedeeltelijke niet-aflevering of beschadiging veroorzaakt, tenzij overmacht, eigen gebrek of eigen schuld van den afzender wordt bewezen, dan is daarmede desbewust gehandeld in strijd met het recht der practijk. *Deze* pleegt van de haar geboden vrijheid het meest ruime gebruik te maken binnen de in de artt. 470 vg. K. gestelde grenzen voor zooveel het vervoercontract aangaat. De economie stelt nu eenmaal andere eischen dan het recht-pur-sang, dat

er in de eerste plaats op bedacht schijnt de eenheid te doen doorwerken van de beginselen waarop het contractenrecht berust.

De vervoerder heeft slechts contractueele verplichtingen tegenover dengene met wien hij contracteerde. Derhalve, bl. 525, komt de vordering tot schadevergoeding niet toe aan den eigenaar van het vervoerde goed, maar aan dengene, die de vervoerovereenkomst heeft gesloten, zooals de expediteur. MEIJERS (1) heeft gewezen op de „kleine tragedie in drie bedrijven", gevormd door de drie vonnissen der Rotterdamsche Rechtbank in den Leidraad genoemd op bl. 525 en te vinden in W. 8156, 9567 en 10471, waarbij werd beslist, eerst dat de expediteur wel schadevergoeding kon vorderen doch dat hij geen schade geleden had; daarna dat de eigenaar als niet in de overeenkomst genoemde, noch daartoe toetredende derde, daaraan geen recht kon ontleenen en eindelijk dat de eigenaar, al moge de overeenkomst *te zijnen behoeve* zijn aangegaan, geen actie daaraan kan ontleenen zoo de expediteur op eigen naam heeft gehandeld. Feitelijk is deze rechtsverhouding nog steeds een open vraag gebleven; *niet* wat betreft de vraag of ook de niet-eigenaar contractant de volle contractueele rechten kan uitoefenen, waarop ongetwijfeld bevestigend moet worden geantwoord (2). Maar wèl ten aanzien van de boven vermelde „gedienstigheid der practijk" die veelszins ten nadeele van den afzender van de wettelijke bepalingen afwijkt. Het is duidelijk dat de contractueele verhouding niet tot haar recht komt, zoo de *derde* belanghebbende schuld aan de zijde van den vervoerder bewijzende, daardoor een beroep van de zijde van den vervoerder op beschermende contractueele bepalingen vruchteloos zou kunnen maken. Een bepaalde vermelding dezer strijdvraag geeft de Leidraad, voor zoover mij bekend, niet. Het onaannemelijke van de uit art. 1376 B. W. af te leiden consequentie, heeft CLEVERINGA (3) er toe geleid *uit het stelsel der wet* af te leiden dat de reeder-vervoerder met vrucht een beroep zal kunnen doen op de door hem afgesloten vervoerovereenkomst, ook al is zijn wederpartij daarbij geen partij geweest. Ik wil thans met vermelding dezer puzzle volstaan.

De vraag of er ook aansprakelijkheid des vervoerders bestaat krachtens art. 91 K. bij kosteloos vervoer — welke zich overigens meer in het landrecht bij aanrijding voordoet —

(1) W. P. N. R. 2603.

(2) Vg. H. R. 10 December 1930, W. 12279.

(3) Zeerecht, blz. 108 en Ned. Jur.Bl., I, blz. 86; zie voorts mijn: „Aanvaring, aanrijding en hulploon", blz. 77 en: „Contractspartijen en derden", in Ned. Jur.Bl. 1933, blz. 453; HOOGERHUIS, prfschr. 1932.

vindt in den Leidraad, blz. 533, toestemmende beantwoording. De Rechtbank Utrecht, 14 Dec. 1910, W. 9149, besliste dat het bedongen zijn van vracht geen essentiale vormt der vervoerovereenkomst en de aansprakelijkheid ingevolge art. 91 K. bestaat, ook al is voor het vervoer geen vracht bedongen (vervoer op vrijkaart, kosteloos vervoer van goederen voor een tentoonstelling bestemd, etc.). Bij het afsluiten eener formeele vervoerovereenkomst hetzij mondeling hetzij schriftelijk zal men deze opvatting als juist moeten aanvaarden, tenzij de vervoerder zich anders heeft bedongen. JOSSERAND § 103, neemt een overeenkomst sui generis aan, die door de algemeene beginselen van verbintenissen wordt beheerscht, ROGER § 190, gaat nog verder en is van oordeel dat slechts een vordering uit onrechtmatige daad zal kunnen worden geldend gemaakt.

Of bij mederijden op verzoek of uitnoodiging, aansprakelijkheid uit vervoercontract bestaat, zal van omstandigheden afhangen. In den regel zal m. i. de overeenkomst niet verder reiken dan *a.* het gratis vervoer, *b.* het instaan voor de deugdelijkheid van het vervoermiddel, *c.* het instaan voor de aanwezigheid bij den bestuurder van de normale bekwaamheid als zoodanig, doch omvat zij niet het instaan voor behouden overkomst gelijk bij een normaal vrachtcontract het geval is, hetgeen ook van onmiddellijke beteekenis voor den bewijslast is.

In het geval berecht door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 Mei 1932, N. J. 1933 bl. 361, was de actie eveneens gebaseerd op onrechtmatige daad, zij het dat het Hof van oordeel is dat men jegens personen die men uit vriendschap in een auto laat mederijden niet kan volstaan met de zorg die men voor eigen veiligheid voldoende acht (4).

De behandeling van het Zeerecht getuigt bij uitstek van den drang naar volledigheid bij schrijver en herzieners. Mij dunkt, dat vergeleken bij vroegere drukken, ook ernaar werd gestreefd om de bedoeling van een dikwijls slechts in een kort zinnetje aangeduide stelling te verduidelijken en althans voor de studeerenden toegankelijker te maken. Hoe herinner ik mij nog dat wij op MOLENGRAAFF's responsiecolleges dikwijls met een passage uit den Leidraad „zaten" en dat door zijn gesproken woord vergezeld van zoo sober gebaar ons duidelijk werd hoeveel aan inhoud daar in zoo enkele woorden was samengevat; hoe is ook dit een kunstwerk op zich zelf waarvan ons de beteekenis eerst later in de praktijk kon duidelijk worden, hoezeer is de Leidraad geworden tot een getuigenis

(4) Zie voorts B. en M. in W. 12575, blz. 8 en de literatuur genoemd op blz. 158 van „Aanvaring, aanrijding en hulploon".

van den wetenschappelijken arbeid van een geheel menschenleven.

Uit de stelling op bl. 627, dat de storting welke de reeder tot beperking zijner aansprakelijkheid doet (artt. 474, 525 en 541 K.) niet kan worden teruggenomen of door andere schuldeischers in beslag worden genomen, mag worden afgeleid dat ook volgens den Leidraad de storting van art. 320 *a* Rv. het karakter van *betaling* draagt. CLEVERINGA deelt die opvatting, ook VAN OPSTALL (5) met een beroep op de geschiedenis der wet.

VAN KLEFFENS, Ned. Jur. Bl. 1932, bl. 105 heeft getracht de meening ingang te doen vinden dat niet van betaling doch van depôt ten behoeve der hier bedoelde schuldeischers sprake is. Met klem van redenen betoogt hij dat art. 320 *q* hetwelk de eenmaal gestorte gelden buiten den boedel van den reeder doet blijven ingeval deze na de storting failleert, als een bijzonder voorschrift is te beschouwen, waaruit het karakter van betaling niet mag worden afgeleid. Men moet wel heel weinig voor historische interpretatie gevoelen om terzijde te stellen het antwoord der Regeering aan de Bijzondere Commissie, waarbij een toevoeging aan art. 320 *a* Rv. werd voorgesteld om duidelijk te doen uitkomen dat de storting ter griffie is een ter beschikkingstelling van of een betaling aan de schuldeischers en dat daarna alleen nog maar de verdeeling onder hen moet plaats hebben. „Bepalingen uit het proceswetboek", aldus deze Schr., „vermogen aan dit principe niet te tornen" (nl. van de beperkte aansprakelijkheid des reeders). Art. 320 *a* verklaart immers dat de reeder storten moet teneinde op die beperking beroep te kunnen doen. Maar hieruit volgt m. i. hoogstens òf dat de plaatsing van art. 320 *a* Rv. verkeerd is òf dat in de artt. 474, 475, 525, 526 en 541 K. ten onrechte niet naar eerstgenoemd artikel is verwezen. Van een „flagrant conflict" kan hier niet worden gesproken. Wèl kan worden toegegeven dat men hier met een „betaling" te doen heeft, welker schuldvernietigende werking voorloopig wordt opgeschort, immers totdat definitief is komen vast te staan welke schuldvorderingen door die betaling zullen worden gekweten. Van die overweging uitgaande werd in het formulier-verzoekschrift op art. 320 *a* Rv. voorkomende op bl. 191 van „Aanvaring, aanrijding en hulploon", gesteld: „dat verzoeker, zich vooralsnog reserveerende het recht tot betwisting van ter zake tegen hem geldend gemaakte vorderingen tot inroeping van de wettelijke beperking van aansprakelijkheid, heeft gestort", enz. Deze betaling heeft dus wel elementen van zekerheidstelling of depôt, maar blijft

(5) Scheepshypotheek, proefschrift Leiden 1932, blz. 140. Ook GISCHLER, blz. 72.

daarom evengoed betaling. De uitkeering der gelden geschiedt niet eerder dan nadat de vorderingen vaststaan en de staat van verdeeling verbindend is geworden. Het geval van een onverschuldigde betaling die bij faillissement van den vermeenden crediteur slechts een concurrente vordering tot terugbekoming der gelden zou opleveren (v. KLEFFENS, bl. 112) kan zich dus òf in het geheel niet voordoen omdat de uitkeering eerst geschiedt als het vorderingsrecht vaststaat, òf het is een normaal gevolg van het feit dat de gelden werden uitgekeerd en sedert dien betalingsonmacht bij den ontvanger is ingetreden. De Rb. Rotterdam 4 April 1929, W. 12157 meende reeds bij de veroordeeling in het vonnis met de beperkte aansprakelijkheid te kunnen rekening houden. De meergenoemde schrijver, voortbouwende op het systeem dat de storting slechts depôtstelling is en de aansprakelijkheid reeds à priori is beperkt, juicht deze beslissing toe. Een onbewezen stelling lijkt mij de bewering dat MOLENGRAAFF deze opvatting zou hebben voorgestaan op den enkelen grond dat ook de reeder van een *vreemd* schip kan profiteeren van de beperkte aansprakelijkheid, al kan hij de voorgeschreven storting niet doen omdat zijn schip niet in het Nederlandsche scheepsregister is ingeschreven. En indien nu eens de voldoening aan een tot het beperkte bedrag veroordeelend vonnis achterwege blijft en faillietverklaring volgt, is de eischer dan door de beperkte toewijzing niet benadeeld? Een beperkte toewijzing die hij zich naar luidt van art. 320 *a* Rv. eerst behoeft te laten welgevallen, wanneer de storting is *geschied*. Mij dunkt, overtuigend is het bovenbedoelde betoog niet, al is het verdienstelijk wegens de grondige beschouwing welke daaraan ten grondslag ligt.

Geleidelijk groeit reeds de rechtspraak op de nieuwe artt. 470 vg. K. betreffende de vervoerdersaansprakelijkheid aan. In Transportrecht zijn de beslissingen tot midden 1931 nog verwerkt. Omtrent reukschade worde nog vermeld: Rb. Rotterdam 6 Febr. 1931, Ned. Jur. 1933 bl. 417; 30 April 1931, W. 12363, Ned. Jur. 1932 bl. 600; 9 Dec. 1931, W. 12505, Ned. Jur. 1932 bl. 1070.

Het Gerechtshof Amsterdam 5 Juni 1931 W. 12327, ook te vinden in Ned. Jur. 1931 bl. 1021, heeft een belangrijke beslissing gegeven met betrekking tot de aanwending van voldoende zorg voor onderhoud en uitrusting van het schip, waarbij de voor de reederij gunstige oplossing werd gekozen. Het regelmatig onderzoek van schip en materiaal, zooals dat bij de groote reederijen pleegt te geschieden, verklaart het Hof weliswaar niet zonder meer voldoende, doch het verwerpt ook den eisch der Rechtbank dat de reederij zich voordat met een lossing wordt begonnen althans nadat voor de laatste maal de

lossingsinrichting is gebruikt, de deugdelijkheid daarvan moet worden onderzocht. Dezen eisch acht het Hof in zijn algemeenheid te streng en in vele gevallen ook practisch onuitvoerbaar.

De positie der reederijen komt dusdoende heel wat sterker te staan, te meer omdat toch al te rekenen valt met de moeilijkheid waarvoor de ontvanger resp. diens assuradeur, telkens komt te staan, dat hij voor de feiten vrijwel geheel is aangewezen op de verklaringen der bemanning, zooals die in de scheepsverklaring zijn vervat. En dit geldt, ook al heeft de gebruikelijke cognossementsclausule dat die verklaringen als voldoende bewijs zijn aan te merken, meestal niet zoo heel veel beteekenis.

MOLENGRAAFF huldigt de opvatting en de bewerkers blijven daaraan trouw, dat de bevoorrechte aanvaringsvordering genoemd in art. 318 *c* sub 4 W. v. K. niet alleen omvat de vordering bedoeld in art. 534 K. doch ook die in de artt. 544 en 544 *a* K. (6). Het is mij op de gronden in „Aanvaring, aanrijding en hulploon", bl. 41 aangegeven, niet duidelijk hoe deze opvatting met den tekst der evengenoemde artikelen en art. 742 K. vereenigbaar is. Eenig commentaar op deze stelling, voor de praktijk niet van belang ontbloot, ware wel gewenscht.

Dat art. 742 K. de verjaring der aanvaringsvordering algeheel regelt, dus met uitsluiting der toepasselijkheid van art. 1416 lid 2 B. W. wordt vrijwel algemeen aangenomen. Het is jammer dat de verouderde bepaling van art. 747 K. hetwelk het vermoeden van betaling aan het verjaringsberoep ook ingeval van zeerechtelijke vorderingen ten grondslag legt, bij de jongste herziening van het zeerecht is gehandhaafd. In gevallen waarin het aanvaringsverdrag toepasselijk is, geldt art. 747 K. in elk geval niet: H. R. 3 Mei 1929, W. 11982, Ned. Jur. 1929 bl. 1274.

Het is bekend dat MOLENGRAAFF (en blijkens Transportrecht, bl. 751 ook de bewerkers) de meening huldigt dat de verdragsbepalingen in Nederland hare kracht hebben verloren met de inwerkingtreding van het nieuwe zeerecht; in de plaats van de bepalingen van het verdrag, welke door hare bekrachtiging een deel worden van onze wetgeving, zijn volgens hem door de herziening van het zeerecht de tegenwoordige bepalingen van den titel van „aanvaring" getreden.

Nu is naar ik meen het onderwerp verjaring een voorbeeld dat aan de juistheid dezer opvatting twijfel doet rijzen. Het

---

(6) Aldus ook WOLFSBERGEN in Themis 1932, blz. 307, doch anders KIST-LOEFF, blz. 77, CLEVERINGA, blz. 61, v. D. DRIES, § 46 en GISCHLER, blz. 120.

is mij althans niet duidelijk hoe de Nederlandsche wetgever een in eenige opzichten van het tractaat afwijkende verjaringsregeling bindend zou kunnen vaststellen, tenzij men moet aannemen dat de verdragsbepalingen hare kracht *niet* verliezen in zooverre als de nationale wet daarmede niet in overeenstemming is gebracht. Doch wat is dan eigenlijk het nut van de stelling dat het verdrag gelding heeft verloren, hetgeen de rechtszekerheid niet verhoogt zoo het al geen verwarring sticht.

Een recent arrest van den Hoogen Raad van 21 April 1932, W. 12450, Ned. Jur. 1932 bl. 1470 valt nog te vermelden betreffende de interpretatie van het begrip „navires de mer" volgens art. 1 van het verdrag van 23 September 1910, voor Nederland goedgekeurd bij de wet van 11 Januari 1913, S. 26. De aanvaring had plaats in het Rijn-Hernekanaal tusschen een Duitsch binnenschip en een Nederlandsch schip als bedoeld in art. 748 K. Heeft men bij de vraag welk recht toepasselijk is te letten op art. 748 K., hetwelk bepaalde binnenschepen als zeeschepen wil beschouwd zien of is de kwalificatie van het verdrag navires de mer bij uitsluiting beslissend? De Hooge Raad oordeelt in laatstbedoelden zin, omdat art. 748 K. dergelijke schepen doet beheerschen door de bepalingen der aan den dertienden titel voorafgaande titels van het 2e boek van W. v. K. en niet door de regelen van het verdrag.

Het komt mij, het zij in alle bescheidenheid gezegd, voor dat de voor dit geval gegeven beslissing wel juist was, doch op den geheel anderen grond, dat — al dan niet nevens het tractaat — de nationale wet van het Nederlandsche schip in het geheel niet van toepassing was nu het betrof een aanvaring met een Duitsch binnenschip op Duitsch territoir. De uitbreidende bepaling van art. 748 K. *kon* dus het onderhavige geval niet beheerschen en waar een soortgelijke bepaling in de Duitsche wet ontbreekt, was de verjaringsregeling van het Duitsche Binnenschifffahrtsgesetz, *niet* die van het verdrag, toepasselijk.

De toegemeten plaatsruimte staat mij niet toe op meerdere vragen in te gaan. Al heeft niemand er aan getwijfeld dat MOLENGRAAFF's werk zou worden voortgezet — hoe gelukkig is het dat deze bewerkers die belangrijke taak hebben willen aanvaarden, waardoor wetenschap en praktijk zich verzekerd mogen houden, dat het zal zijn een voortgaan in het voetspoor van dezen grootmeester der wetenschap, voor wien ook de praktijk welhaast geen geheimen meer had.

Mr. H. MULDERIJE

E. M. MEIJERS, Hoogleeraar aan de Universiteit te Leiden, *Het Ligurische Erfrecht in de Nederlanden*, Deel II. *Het West-Vlaamsche Erfrecht.*

Aan de bespreking van dit deel van Prof. MEIJERS' boek zou een beschouwing over het begrip „Ligurisch Erfrecht" moeten voorafgaan, maar hiervoor kan ik verwijzen naar wat een meer bevoegd beoordeelaar, n.l. Prof. E. CHAMPEAUX daarover reeds gepubliceerd heeft bij het verschijnen van het eerste deel.

In de „Revue historique de droit Français et étranger" (4e série, 10e année, janvier-mars 1931, no. 1, p. 80—96) schrijft hij:

„Bien qu'il soit difficile de juger d'un ouvrage encore „inachevé, l'on me permettra d'indiquer que quelque soit „l'hommage dû au talent, au labeur, à l'intrépidité scienti-„tique de M. MEIJERS, il m'est impossible d'accepter ni son „système, ni sa méthode, ni l'ensemble de ses conclusions, qui „me paraissent reposer sur des bases fragiles ou même „erronées.

„Prenons le point de départ.

„Toute l'étude repose sur l'idée que depuis les Ligures un „droit serait resté intact dans les contrées peu accessibles où „ils auraient séjourné, par exemple dans le canton „isolé" du „Valais, dans les régions des Alpes orientales, de la Ligurie, „des Flandres, de la Hollande, etc. L'on croit rêver en lisant „ces lignes: mais les routes les plus passantes et les plus „fréquentées du Moyen âge traversaient précisément les pays „dont il est question." (p. 89)

„Le point de départ de l'auteur est donc erroné." (p. 90).

„Arrivons maintenant aux quatre principes (1) du droit „ligurien. Nous constaterons pour chacun d'eux la plus „grande confusion." (p. 91).

„En resumé, c'est sur quatre principes, qui représentent „des conceptions juridiques et économiques opposées et dont il „aurait bien fait de clarifier le sens exact, que M. MEIJERS „bâtit son système du droit ligurien. Il est facile de com-„prendre qu'en voulant faire un ensemble „dogmatique" „d'institutions aussi disparates il n'a pu arriver qu'à une idée „trouble et, qu'armé de cette idée confuse, il lui a été très „difficile d'éclairer la matière complexe qui fait l'objet de „son étude." (p 94).

De theorie van Prof. MEIJERS over het Ligurische erfrecht is dus, volgens het betoog van Prof. CHAMPEAUX, onhoudbaar.

Desondanks behoudt dit boek zijn waarde als beschrijving

---

(1) „La copropriété par moitié, le retour, l'exclusion des ascendants, la représentation" (p. 82).

van het erfrecht in West-Vlaanderen, welke waarde nog verhoogd wordt door het feit, dat de onuitgegeven bronnen, waarop het werk berust, grootendeels in extenso zijn afgedrukt.

Het uitgangspunt van Prof. MEIJERS' betoog is de stelling: „Het gebied, dat zich, wat zijn erfrecht en huwelijksgoederen-„recht betreft, scherp als één geheel vertoont en door ons „kortheidshalve als het West-Vlaamsche aangeduid wordt, „heeft nimmer, noch in politieken, noch in taalkundigen zin „een eenheid gevormd." (blz. 1).

Deze zeer positief geformuleerde stelling wordt door Prof. MEIJERS zelf op blz. 4 grootendeels weerlegd:

„Wanneer wij de Zuidgrens van dit gebied" (te weten het gebied van het West-Vlaamsche recht) „beschouwen, dan „worden wij onmiddellijk getroffen door de groote overeen-„komst, die er bestaat tusschen deze lijn en degene, die door „G. KURTH, La frontière linguistique en Belgique et dans le „Nord de la France, is samengesteld als aanwijzend de „oudste taalgrens in deze gewesten. Wie in deze streken „bekend is, weet, dat deze grenslijn gaat tot daar, waar het „vlakke land overgaat in het Artesische heuvelland. Nog „heden ten dage kenmerkt zich de bevolking van het vlakke „land door haar andere karaktereigenschappen, hoewel het „taalverschil sinds eeuwen verdwenen is.

„De grenslijn van ons rechtsgebied valt nochtans niet geheel „samen met die van de Dietsche taal in de vroege middel-„eeuwen. Ten oosten van de Leie omvat ons gebied niet alleen „de casselrije van Aire — waar nog in de vroege middel-„eeuwen Dietsch gesproken werd — maar evenzoo de cassel-„rijen van Lillers en Pernes, die men bezwaarlijk voor den „Dietschen stam kan opeischen, al treft men daar nog enkele dorpen aan, die op Germaansche nederzettingen wijzen."

Prof. MEIJERS' gegevens samenvattend krijgt men dus als terrein van het West-Vlaamsche recht een gebied, waar, voor verreweg het grootste gedeelte, in de vroege middeleeuwen „Dietsch" werd gesproken, plus een zeer klein stukje — zie de kaart na blz. 115 — waar in ieder geval nog Germaansche nederzettingen waren aan te wijzen.

Uit hetgeen Prof. MEIJERS zelf zegt, volgt dus, dat het gebied van het West-Vlaamsche recht globaal samenvalt met het oorspronkelijk „Dietsche" taalgebied, en dus *wel* een taalkundige eenheid vormt.

Hiermede is tevens het bewijs geleverd, dat dit gebied oorspronkelijk ook staatkundig een eenheid heeft gevormd. De taalkundige eenheid van het West-Vlaamsche rechtsgebied, welks bevolking zich bovendien door haar karaktereigenschappen zelfs nu nog onderscheidt van die der aangrenzende streken (zooals Prof. MEIJERS zelf op blz. 4 meedeelt), bewijst,

dat men hier met een gebied, bevolkt door één stam te doen heeft. Waar nu oorspronkelijk bij de Germanen de stammen de staatkundige eenheden vormden, is bijgevolg het West-Vlaamsche rechtsgebied oudtijds *wel* een staatkundige eenheid geweest, als zijnde bevolkt door één stam.

Hiermede vervalt dus het uitgangspunt van den schrijver op blz. 1 en eveneens diens slotconclusie op blz. 106:

„. . . . als men niet een veel ouderen datum" (dan het tijdperk, waartoe onze bronnen teruggaan) „aan ons rechts-„stelsel toekent", — m. a. w. als men het dus niet als van de Liguriers afkomstig beschouwt — „welke geheime kracht of „welk toeval acht men dan werkzaam, dat ver uiteenliggende „gewesten als het land van den Vrije, de casselrije van „Pernes of de casselrijen van St. Omer en Cassel hetzelfde „eigenaardige recht bezorgd heeft?"

Na het voorafgaande ligt het voor de hand, dat deze „geheime kracht" niet gevormd wordt door de inderdaad geheimzinnige Liguriërs, maar gelegen is in het feit, dat het onderhavige gebied oorspronkelijk taalkundig en ook staatkundig wel een eenheid heeft gevormd.

Uit het feit, dat dit gebied in de vroege middeleeuwen bevolkt was door één Germaanschen stam, kan de daar heerschende rechtseenheid op ongezochte wijze verklaard worden, zoo ook de vraag, die Prof. Meijers op blz. 106 verderop stelt:

„Meent men invloed toe te moeten kennen aan het feit, dat „vóór 1200 deze streken onder één landsheer, den graaf van „Vlaanderen, stonden, waarom vindt men dan niets van dit „recht in het overig deel van Artois, waarom niet in Waalsch-Vlaanderen?"

Ook zonder den landsheer er in te betrekken kan deze vraag nu afdoende beantwoord worden: In het *Waalsche* land Artois en in *Waalsch*-Vlaanderen treft men een ander recht aan, omdat dit landen met een *Waalsche* bevolking zijn. Het rechtsgebied valt dus ook hier samen — evenals in West-Vlaanderen — met het stamgebied.

Uit de stelling op blz. 1 blijkt dus duidelijk, hoezeer het betoog van Prof. Meijers gewrongen is, om de Liguriërs de hun toegedachte plaats te doen innemen. Dit is m. i. de fout van dit overigens belangrijke boek. Deze is ontstaan, doordat de schrijver, in plaats van met een werk-hypothese, die aan de bronnen getoetst wordt en in overeenstemming daarmede wordt gewijzigd, begint met een vooraf vastgestelde conclusie, waaraan de bronnen worden ondergeschikt gemaakt, zoo goed en zoo kwaad als dat gaat. De door den schrijver gevolgde methode moge voor een pleidooi geschikt zijn, voor een historisch onderzoek is zij onbruikbaar.

Op blz. 7 zegt Prof. Meijers: „Het uit leenmannen samen-

„gesteld gerecht heeft somtijds de rechtspraak over de niet-„adellijke en cijnsplichtige bevolking". Dit vestigt den onjuisten indruk, dat de leenmannen de adellijke bevolking zijn. Lang niet alle leenmannen zijn, althans in de latere middeleeuwen, edel. Ook al is het recht van den leenman een „tenure noble", dan nog mag men daaruit niet afleiden, dat alle leenmannen „nobles" zijn. De regel (op blz. 5 aangehaald), „dat „het recht van den laat is een tenure vilaine, dat van den „leenman een tenure noble", wil slechts zeggen, dat een edelman wel leen kan hebben, maar geen hoorig goed. Men mag dezen regel echter niet omkeeren en zeggen: ieder die leengoed heeft — dus ieder leenman — is edelman.

Op blz. 7 wordt verder gezegd: „In het gerecht der eigenoo-„ten heeft de landsheer of diens vertegenwoordiger, de kaste-„lein, baljuw of meier, geen andere taak dan het gerecht te „presideeren. De beslissing van de zaak is in handen van de „alleutiers of eigenooten, in St. Omer van de door hen gekozen „franci scabini.

„Volkomen gelijke organisatie vindt men in de rechtspraak „voor leenmannen en leengoederen. Ook hier is de heer of „diens baljuw slechts voorzitter van het gerecht. De beslissing „wordt gegeven door de francs-hommes of leenmannen."

Zeer juist heeft Prof. Meijers hier de verhouding weergegeven van rechter en gerecht, welke zoo dikwijls verkeerd wordt voorgesteld.

Niet minder belangrijk zijn de beschouwingen op blz. 10, waarin het verband tot uiting komt tusschen recht en grondbezitstoestanden.

Ten slotte kan ik den totaal-indruk, dien het boek van Prof. Meijers op mij gemaakt heeft, niet beter weergeven, dan door te herhalen, wat Prof. Champeaux aan het slot van zijn reeds genoemd artikel zegt:

„Je n'ai pu malheureusement signaler toutes les fines „remarques, les comparaisons ingénieuses, les aperçus nou-„veaux qui en font le grand prix." (p. 88).

„Chemin faisant l'auteur donne des indications fort inté-„ressantes sur les sources écrites du droit de ces divers „pays." (p. 84).

„Il a eu le grand mérite de poser le problème d'une „manière qui force l'attention et de réunir une quantité de „textes fort importants qui faciliteront les recherches futures.

„Il ne sera plus permis de traiter des successions de [ces] „pays . . . . . sans citer le livre de M. Meijers. C'est un grand „mérite pour un ouvrage d'appeler fortement soit l'appro-„bation, soit même la contradiction; celà le range dans la „catégorie peu nombreuse des livres qui font penser et qu'il „faut lire." (p. 95).

J. Ph. de Monté verLoren

Gids betreffende Nederlandsche literatuur en jurisprudentie in zake gemeentebeheer en -administratie over het jaar 1932, uitgegeven vanwege de Vereeniging van Nederlandsche gemeenten en bewerkt door N. ARKEMA, P. NOORDENBOS en M. L. VAN PUTTEN. — Alphen aan den Rijn, N. Samsom N. V.

Dit is een zeer handige uitgave, het eerst bewerkt over 1931, waarvan thans de bewerking over het eerste halfjaar 1932 van de pers is gekomen. Alle periodieken, die bijdragen leveren, welke voor de gemeente-administratie in haar ruimsten omvang van belang kunnen zijn — ook die van een meer speciaal karakter als Electro-Techniek, Het Gas, Publieke Werken, School en Wet, Wegen, Het Ziekenhuiswezen — zijn nagezocht en het gevonden materiaal is oordeelkundig gerangschikt over een aantal weer in onderdeelen gesplitste rubrieken. Wil men weten, wat in het behandelde tijdvak te doen is geweest bijv. over belegging van gelden door een gemeente, over besmettelijke ziekten, over woningbouw ingevolge en buiten de Woningwet, over winkelsluiting, over werkloosheidsverzekering, men vindt met behulp van den index onmiddellijk de plaats, waar dit alles bijeen is verzameld. Naast de bestaande repertoria van meer uitsluitend juridischen aard zal deze uitgave ongetwijfeld goeden dienst bewijzen, in de eerste plaats natuurlijk aan hen, die dagelijks met vraagstukken van gemeente-administratie in aanraking komen.

V. D. P.

D. KOOIMAN, *De Nederlandsche gemeente in de negentiende en de twintigste eeuw.* — Alphen aan den Rijn, N. Samsom N. V., 1932.

Dit werkje, uitgegeven ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de inrichting voor gemeente-administratie te Alphen aan den Rijn, beoogt te geven „een samenvattende beschouwing van hetgeen de gemeente vóór en in dat tijdvak was en van hetgeen zij thans is". Ten deele is dus een historische behandeling bedoeld, maar dit deel is niet vrij te pleiten

van een zekere oppervlakkigheid. Had de schrijver zijn studie van het gemeenterecht vóór 1795 niet beperkt tot wat Mr. G. van Oosterwijk daarover in 1864 schreef, dan zou hij toch wel niet opnieuw hebben laten drukken, dat onder de Republiek alleen de steden eigenlijke gemeenten vormden. Hij zou dan ten platten lande onder den naam van ambacht, dorp, mark, kerspel, buurt, enz. evengoed ware gemeenten hebben gevonden met eigen organen en eigen vermogen, gemeenten die niet als zoodanig in het gewestelijk bestuur waren vertegenwoordigd, wat echter aan hun staatsrechtelijk bestaan niets toe of af deed.

Ook de op zichzelf aardige gedachte om een en ander over de bestuursreglementen uit den tijd van Willem I mede te deelen zou beter tot haar recht zijn gekomen, als de schrijver zich van deze reglementen beter op de hoogte had gesteld. Dat hij hunne uniformiteit overschat en het voorstelt, of de editie van 1824/1825 buiten Amsterdam slechts één reglement kende voor de steden en één voor het platteland, mag hem niet al te zeer worden aangerekend, daar vrijwel alle schrijvers dezelfde vergissing begaan. Erger is, dat, in de zeer beknopte beschouwing van de eerste editie dezer reglementen, van burgemeesteren gesproken wordt als vormende het dagelijksch bestuur in de steden, terwijl hun bevoegdheid in werkelijkheid veel ruimer was; dat de raad in de steden gesteld wordt op 11 tot 28 leden, terwijl dit aantal in Amsterdam 40 bedroeg en in verschillende kleine steden 7 of 9; dat van de burgemeesters gezegd wordt, dat zij benoemd werden door den Koning zonder vermelding, dat dit geschiedde uit een voordracht van den raad, hetgeen juist het karakteristieke verschil is tusschen deze reglementen en die van 1824. Onvermeld blijft, zoowel hier als in het volgende hoofdstuk, dat het platteland in verschillende provinciën steden kende, die niet vertegenwoordigd waren in de Staten, doch wel een van de overige plattelandsgemeenten afwijkende organisatie bezaten. Zoo is er meer.

In een verder hoofdstuk, handelend over de praktijk ten platten lande onder de bestuursreglementen, deelt schr. een en ander mede uit de verordeningen van de gemeente Kwadijk in die periode. Dan komt het ontstaan der Gemeentewet met een uitvoerig citaat uit Thorbecke's rede bij de algemeene beschouwingen in de Tweede Kamer, een overzicht van de wijzigingen der wet en voorts een uitvoerige bespreking van den ontwikkelingsgang der gemeente na 1851, waarin in causerievorm gehandeld wordt over tal van wetten, waarmee het gemeentebestuur te maken heeft en over de zich geleidelijk uitbreidende autonome taak. Aan goede opmerkingen ontbreekt het hier niet, maar het geheel maakt toch een ietwat rhapsodischen indruk.

Een leerzaam overzicht van inkomsten en uitgaven der gemeente Kwadijk (als voorbeeld van een zeer kleine gemeente) over 1826—1930 en van Amsterdam over 1836—1930 besluit deze uitgave.

V. D. P.

Fontes iuris gentium, Series B, Sectio 1, Tomus 1; *Handbuch der diplomatischen Korrespondenz der europäischen Staaten* 1856-1871. — Carl Heymanns Verlag, Berlin 1932, 1933.

Als onderdeel van de groote bronnenpublicatie van VIKTOR BRUNS, waarop in den vorigen jaargang, blz. 440, reeds de aandacht is gevestigd, verschenen sindsdien drie afleveringen van het deel, welks ondertitel hierboven is afgedrukt. Deze leide niet tot de meening, dat hier tot dusver onbekende documenten bijeengebracht zijn. Integendeel, er is geput uit reeds bestaande publicaties, voor een groot deel uit de witboeken, geelboeken, blauwboeken enz. der verschillende landen, doch citaten hieruit zijn zóó gegroepeerd, dat zij voor de beantwoording van bepaalde, tot het terrein van het volkenrecht behoorende vragen geordend materiaal verschaffen. Een allereerste vraag is daarbij veelal, of de stelling, welke in een regeeringsnota wordt naar voren gebracht, inderdaad als rechtsregel kan worden beschouwd. De verzamelaars toch kiezen hierin geen partij; zij bepalen zich tot het aandragen van de stof, waaruit anderen, ook over *deze* vraag, een oordeel opbouwen kunnen.

De voorrede van het nu verschenen deel doet duidelijk uitkomen, dat dit de grondgedachte is van de gansche verzameling, ook dus van het oudere deel, dat aan de uitspraken der internationale hoven gewijd is. Daar had aanvankelijk wel de bedoeling bestaan van een beperking tot rechtsregels, maar deze is losgelaten, toen bleek, dat zij toch te veel overliet aan het subjectieve oordeel van den bewerker en zoodoende de eenheid van het gansche werk, dat een zuiver objectief karakter dragen wil, zou verbroken worden. Intusschen behoeft het geen betoog, dat de stellingen zonder rechtskarakter, de „Parteibehauptungen im internationalen Interessenstreit", in het nieuwe deel een zeer veel grootere plaats beslaan dan in de oudere.

De rangschikking van het materiaal heeft plaats gehad volgens een overeenkomstig schema als in de vroegere deelen.

Men vindt het ook hier ten deele ondergebracht onder de hoofden: Grundlagen des Völkerrechts, Völkerrecht und Landesrecht, Subjekte des Völkerrechts, Staatsangehörigkeit, Staatsgebiet, Herrschaftsbereich der Staaten, Minderheiten, Staatensukzession, Völkerrechtliche Verträge, Völkerrechtsverletzungen und Haftung der Staaten, enz. Terwijl echter uiteraard de hoofdstukken over de internationale justitie ontbreken, vindt men andere in dit deel ingeschoven of toegevoegd, waarbij vooral het oorlogsrecht voor land- en zeeoorlog en het neutraliteitsrecht een breede plaats beslaat.

Men behoeft niet lang in deze uitgave te bladeren om te zien, hoe belangwekkend het is de uitspraken der Europeesche regeeringen in hun onderlinge correspondentie onder het gezichtspunt van hun (mogelijken) juridischen inhoud geordend te zien. Het is dan ook zeer te hopen, dat de veranderde omstandigheden in Duitschland den energieken leider en zijn staf en de niet minder energieke uitgeversfirma de voortzetting van dit reuzenwerk van internationale beteekenis niet onmogelijk zullen maken.

v. d. P.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Nederlandsch Juristenblad, 8ste jaargang, no. 31. — v. d. Does de Willebois, Alleen-rechtspraak in burgerlijke zaken; no. 32. — Stoop, Technische verbetering van het B. W. door samenvatting van bepalingen betreffende uitkeeringen tot onderhoud; no. 33. — Wolfsbergen, Causaal spraakgebruik; no. 34. — Weststrate, Transitoir vereenigingsrecht. — Maas Geesteranus, Photocopie en auteursrecht; no. 35. — Langemeyer, Geld „dat aan een ander toebehoort". Wordend recht (I); no. 36. — Langemeyer, Geld „dat aan een ander toebehoort". Wordend recht (slot); no. 37. — Wolfsbergen, Verminkte wetsduiding; no. 38. — v. Oven, Het natuurrecht in eere hersteld (I); no. 39. — v. Oven, Het natuurrecht in eere hersteld (slot); no. 40. — Bondam, Iets over de rechtspleging in civilibus in Curaçao en in Nederland (I); no. 41. — Bondam, Iets over de rechtspleging in civilibus in Curaçao en in Nederland (slot); no. 42. — Marx, Het practische nut van strafoplegging volgens het beginsel der algemeene preventie.

Weekblad van het Recht, jaargang 1933, no. 12648. — van Bemmelen, De moord in de Prins Hendrikstraat; no. 12652. — van Bemmelen, Het Weekblad van het Recht en de buitenlandsche politiek; no. 12653. — De taak van het Strafrecht; no. 12654. — Verzijl, Goudclausule en Volkenrecht (I); no. 12655. — Verzijl, Goudclausule en Volkenrecht (II); no. 12656. — Verzijl, Goudclausule en Volkenrecht (slot); no. 12678. — Kruseman, Een draconisch wetsontwerp; no. 12683. — Marx, Overgang van handelszaak en handelsnaam.

Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, jaargang 64, no. 3326. — Adriani, Het overdrachtsrecht (III). — Graafland, Ad arrest H. R. van 26 Januari 1933, W. P. N. R. no. 3303. — Leclercq, Hoever gaat de bevoegdheid der Wees- en Boedelkamers?; no. 3327. — Adriani, Het over-

drachtsrecht (slot). — KAMPSCHREUR, Huwelijksvoorwaarden zonder bijstand. — JONAS, Het gebruiken van vervallen kadastrale perceelnummers; no. 3328. — v. OVEN, De condictio ob turpem causam in het Nederlandsche recht (I). — STEINMETZ, De jongste wijziging van de ordonnantie op de vennootschapsbelasting 1925; no. 3329. — v. OVEN, De condictio ob turpem causam in het Nederlandsche Recht (II). — PETIT, De eigendom van de door huishoudelijke uitgaven der vrouw verkregen zaken; no. 3330. — v. OVEN, De condictio ob turpem causam in het Nederlandsche recht (III). — KAMPSCHREUR, De overwaarde voor hypothecaire vorderingen van minderjarigen. — JANSEN, De Goudclausule en de praktijk; no. 3331. — v. OVEN, De condictio ob turpem causam in het Nederlandsche recht (IV). — v. RIJCKEVORSEL, Met welk recht; no. 3332. — v. OVEN, De condictio ob turpem causam in het Nederlandsche recht (slot); no. 3333. — MARTENS, De executeur-testamentair (I); no. 3334. — MARTENS, De executeur-testamentair (II). — NELEMANS, Overdrachtsrecht; no. 3335. — MARTENS, De executeur-testamentair (slot). — BOLWIJN, Schuldeischer of schuldenaar in art. 1336, 3°. B. W.?; no. 3336. — MEIJERS, Naar aanleiding van het 6e stuk van Suyling—Dubois, Inleiding tot het Burgerlijk Recht (I); no. 3337. — MEIJERS, Naar aanleiding van het 6e stuk van Suyling—Dubois (II). — v. OPHUIJSEN, Een onverdiende schorsing. — WESTERLING, Art. 58 Faillissementswet.

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 138, aflev. 2. — Congresnummer. Praeadviezen derde Juristencongres: WIJERS, In hoeverre behoeft het procesrecht ten aanzien van de rechtspleging voor de landraden in burgerlijke zaken te worden gewijzigd. — STAR NAUTA CARSTEN, De horizontale scheiding van den eigendom naar Nederlandsch-Indisch Europeesch recht. — VERWER, Idem. — BÜCHENBACHER, De strafrechtelijke bestrijding der oneerlijke mededinging.
Afl. 3. — 8e Landraadnummer.

Tijdschrift voor Strafrecht, deel 43, aflev. 3-4. — Redactioneele meeningen en meeningsverschillen. — v. NISPEN TOT SEVENAER, Het onbegrijpelijke probleem der vergelding. — MORREN, Fraude bij uitkeering uit werkloozenkassen. — RITS v. HEYNINGEN, Telegramvervalsching door telegraafbeambten. — KUPERUS, Middeleeuwsch asylrecht. — BRUNNER, Soekamiskin. Strafgevangenis voor ontwikkelden. — MAAS GEESTERANUS, Penitentiaire reisindrukken uit Italië. — RÖLING, Mededeelingen. Het vierde congres van de „Kriminal-Biologische Gesellschaft" te Hamburg.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 38, Heft 19. — MEYER, Deutscher Juristentag und Rechtserneuerung. — TATARIN-TARNHEYDEN, Verfassungsneubau zum völkischen Rechtsstaat. — STOLL, Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht. — GERLAND, Der Strafprozesz und die Reform des Rechtsunterrichts. — BLOMEYER, Erneuerungsbewegung und Zivilprozeszreform. — WILDHAGEN, Gedanken über die Zukunft der deutschen Rechtsanwaltschaft. — CLAREN, Die Anwälte als wirkliche Staatsdiener. — v. HIPPEL, Zur Bestrafung der Tierquälerei. — DIETRICH, Der Beruf der Frau zur Rechtsprechung. — WILLENBÜCHER, Gesetzgebung und Rechtsfindung.

Jhrg. 38, Heft 20. — DANCKELMANN, Der Deutsche Juristentag in Leipzig. — HOCHE, Die Grundzüge des neuen Schriftleitergesetzes. — SEEL, Die dritte Novelle zum Berufsbeamtengesetz. — WALZ, Autoritär Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat? — v. FRANKENBERG, Vom Luftkriegsrecht zum Luftschutz. — ERMEL, Das neue Reichserbhofrecht.

Jhrg. 38, Heft 21. — Graf WESTARP, Deutschlands Austritt aus dem Völkerbund im Lichte des Rechts. — CRUSEN, Danzig und Polen. — TATARIN-TARNHEYDEN, Wiedervereinigung der beiden Mecklenburg. — HAMM, Recht und Wirtschaft. — BLOMEYER, Erneuerungsbewegung und Juristenausbildung.

Jhrg. 38, Heft 22. — GOTTSCHALK, Der Rechtsbruch von Versailles. — BAUMBACH, Die Zivilprozesznovelle 1933. — SAUER, Nationalsozialistisches Strafrecht nach der Denkschrift des preusz. Justizministers. — MEYER, Ehrenschutz- und Pressegesetzgebung in der Tschechoslowakei. — STOLL, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Die Bände 138 und 139 der amtlichen Sammlung.) — SCHWERING, Reformen im Ehescheidungsrecht.

Jhrg. 38, Heft 23. — HOLTZ, Volkstum und Staat im neuen Staatsrecht. — KÖTTGEN, Hochschulrechtliche Reformen. — MEYER, Die Akademie für Deutsches Recht. — FUHSE, Die neue Militärstrafgerichtsordnung. — GRASZHOF, Fällt Schwarzhören unter das Reichsgesetz v. 9. April 1900 betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit? — KANN, Die neue Polnische Zivilprozeszordnung.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 99, Heft 2/3. — HEPNER, Das Französische Aktienrecht und seine Reformprobleme. — WIELAND, Die Genfer Wechsel- und Scheckrechtsabkommen (1930/31) und die Wechselmoratorien. — RÖDER, Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genuszscheine im Aktienrechtsentwurf. — KRAUSZE, Drei Fragen aus dem Gebiet des Zusatzpatents. — GÖPPERT, Nochmals Warenterminhandel und Differenzeinwand. — WEIBGEN, Der Zeitchartervertrag.

Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 13, Heft 4. — MENZEL, Goethes Beziehungen zur Staatslehre. — SPANNER, Der Rechtsbestand irriger Verwaltungsakte (1. Teil). — WOLGAST, Das Grönlandurteil des Ständiger Internationalen Gerichtshofs vom 5. April 1933.

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band XXVII, Heft 1. — SAUER. Schöpferisches Volkstum als national- und welt-politisches Prinzip. — ISAY, Die Bedeutung der Farm im Recht. — HOFACKER, Die Erneuerung des deutschen Rechtsbetriebs. — SAUTER, Die Entwicklung der abendländischen Staatsidee. — GRÄVELL, Nationalwirtschaft, Groszraumwirtschaft, Weltwirtschaft.

Revue trimestrielle de Droit civil, 32e année, no. 3. — ESMEIN, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. — KAFTAL, La responsabilité pour dommages gausés par les aéronefs aux tiers à la surfage. — CAPITANT, Sur un traité des obligations.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 13e année, nos. 8-9-10. — GUNZBURG, Le port d'armes. — MEYERS, Regards sur le passé et coup d'oeil sur l'avenir.

No. 11. — CARRARA, L'anthropologie criminelle et la procédure pénale. — v. ELEWYCK, Imprimeurs et libraires en Flandres, sous l'Ancien Régime.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 60e année, no. 1. — BURCKHARDT, La clausula rebus sic stantibus en droit international. — KOSTERS, Le „droit des gens" chez Saint-Augustin (1re partie). — KAASIK, La clause de négociations diplomatiques dans le droit international positif et dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale. — DE REUTERSKJOLD, La nationalité et la famille. Quelques observations particulièrement quant à l'égalité des sexes. — DE MAGALHAES, La nationalité des sociétés de commerce d'après la législation portugaise. — GOEDHUIS, La situation juridique du commandant de l'aéronef.

No. 2. — NOLDE, Problèmes modernes du régime de la nation la plus favorisée. — SHATZKY, La portée des réserves dans le droit international. — HOBZA, La Petite Entente. — GENET, Un problème de préséances. — KOSTERS, Le „droit des gens" chez Saint-Augustin (2e partie). — FRIEDMANN, Epuisement des voies de recours internes. — GORRESIO, Contribution à un examen juridique de l'organisation internationale du travail.

No. 3. — SCELLE, Critique du soi-disant domaine de „compétence exclusive". — DE VISSCHER, Contribution à

l'étude des sources du droit international. — BORCHARD, La protection des nationaux à l'étranger et le changement de la nationalité d'origine. — NIBOYET, Les conflits de lois relatifs aux immeubles situés aux frontières des Etats (frontières internationales et interprovinciales). — REDSLOB, Considérations sur les fondements du droit des gens (1re partie). — TENEKIDES, L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 73e année, nos. 7-8-9-10. — DESSERTEAUX, Théorie générale des obligations. — ROPERS, Des expulsions et autres difficultés concernant les immeubles en référé.

Yale Law Journal, November 1933, no. 1. — MORRISON, The remedial powers of the Admiralty. — FARNUM, Admiralty jurisdiction and amphibious torts. — DOUGLAS and BATES, Stock „Brokers" as agents and dealers. — TAYLOR, Trading in commodity futures. A new standard of legality.

Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XIII, Fascicolo VI. — CARLYLE, Alcuni aspetti della teoria della fonte e dell' autorità della legge nei civilisti e canonisti del quindicesimo secolo. — GOLAB, Il diritto, la giustezia e la colpa nell' opera di Stanislao Wyspiansky. — VECCHIO, La crisi dello Stato. — CARDONE, Scienza del diretto e giurisprudenza.

THEMIS

XCVste DEEL — TWEEDE STUK

De ontwikkeling van het Nederlandsche Zeerecht onder den invloed van wetenschap en handelspraktijk, met bijzondere inachtneming van de Rotterdamsche invloeden

(Vervolg van Themis 1934, Eerste stuk, blz. 80)

11. *Het ontwerp-1809.* Het in de vorige paragraaph beschreven eigenaardige stelsel van den code de commerce heeft invloed uitgeoefend op de verdere ontwikkeling van het zeerecht in ons land. Het trof hier samen met een veel minder stelselmatig uitgewerkt systeem, dat echter meer dan de Fransche rechtsregelen berekend was op voldoening aan de eischen, welke een handelsland stelt aan de voorschriften, die het zakenleven beheerschen. Met name op het stuk van het zakelijk scheepsverband schoot het Fransche stelsel tegenover het oud-vaderlandsch recht tekort. Tusschen beide rechtsstelsels zullen wij een worsteling volgen, waardoor het oud-vaderlandsch recht na ongeveer dertig jaren in het Wetboek van Koophandel, dat in 1838 is ingevoerd, een ruimere plaats heeft kunnen innemen dan in eenig ander onderdeel der nationale codificatie.

Zelfs onder het Koningrijk Holland van Lodewijk Napoleon vermocht een commissie bestaande uit de heeren Mr. A. van Gennep, Mr. M. S. Asser en Mr. J. van der Linden in het bekende ontwerp-1809 reeds menige opvatting uit het oud-vaderlandsche recht tot gelding te brengen. Doch zeker in niet mindere mate was de verdienste van hun arbeid gelegen in de voortreffelijke wijze, waarop zij, wanneer zij zich naar de Fransche rechtsstof richtten, deze in hun bewerking aanmerkelijk wisten te verbeteren.

Volgens art. 226 van het ontwerp (waarvan ik de artikelen in deze paragraaph verder zonder nadere aanduiding citeer) waren — natuurlijk — schepen roerend goed. Zooals evenwel art. 1812 van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland voorschreef, dat in het bijzonder door hypotheek verbonden goed slechts met dien last aan een derden bezitter kon overgaan, bepaalde art. 231 voor schepen, dat de eigendom in het algemeen niet anders zou overgaan dan met deszelfs lasten. Ook hier dus een afwijking van den algemeenen regel voor roerend goed, destijds in het burgerlijk recht neergelegd in art. 1906 (ons art. 2014). Voor schepen werd weder nadrukkelijk een uitzondering op de uitzondering gemaakt voor het geval van uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van den schuldeischer in het vrij en onbelast overdragen. Deze welhaast van zelf sprekende bepaling diende, zooals wij zoo vaak zien, eigenlijk slechts als een inleiding tot het niet vanzelf sprekende: de stilzwijgende toestemming zou worden aangenomen, wanneer de schuldeischer het schip *met zijn voorkennis* en zonder zijn tegenkanting ten name en ten nutte en gevare van den nieuwen kooper een reis liet *ondernemen*. Deze constructie was zeker beter opgezet en uitgewerkt dan in het Fransche recht, waaraan men haar had ontleend, was geschied. Volgens art. 232 van het ontwerp zouden de bevoorrechte schuldeischers zelfs een vrijwilligen verkoop, waarin zij niet hadden toegestemd, *als* te kwader trouw geschied zijnde, naar goedvinden kunnen doen vernietigen (140) en in elk geval zou een zoodanige verkoop het voortbestaan van hun voorrecht niet schaden.

Werden met de hierboven besproken voorschriften Fransche beginselen gelukkig verwerkt, in art. 227 vinden wij een bepaling, die rechtstreeks stamde uit het oud-vaderlandsche recht. Volgens dit voorschrift (vrijwel evenwijdig loopende aan art. 591 van het Wetboek Lodewijk Napoleon, handelende over eigendomsovergang van onroerend goed) zou overdracht van schepen hier te lande niet anders kunnen geschieden dan voor *notaris en getuigen* (oud-Amsterdamsch recht, vg. hierboven § 2), of *voor zoodanige autoriteit*, als nader door den Koning daarmede belast zou worden (buiten-Amsterdamsch-oud-vaderlandsch recht). De oude gelijkstelling, hier te lande,

(140) Art. 196 c. d. c. gaf dit recht bij verkoop gedurende een reis „pour cause de fraude".

van schepen aan onroerend goed, handhaafde zich dus zelfs onder den broeder van Napoleon tegen het Fransche recht.

Ook de volgende bepaling, die van art. 228, inhoudende, dat schepen, toebehoorend aan Hollandsche onderdanen van het rijk, buiten 's lands verkocht wordende, moesten worden overgedragen op zoodanige wijze, als ter plaatse, waar de verkoop zou zijn geschied, gebruikelijk zou zijn, wees op den wensch der ontwerpers tot aansluiting aan oud recht van vaderlandsche herkomst, zij het dan ditmaal niet praktijk-, doch juristenrecht: het voorschrift was vrijwel de letterlijke vertaling van hetgeen J. Voet heeft geschreven over het statutum mixtum, te weten „ad validitatem actus cuiusque sufficere adhibitionem solemnitatum, quas lex loci, in quo actus geritur, praescripserit observandas" (141). Het ontwerp vulde hier den code aan door doelbewust gebruik van de schatten uit ons rechtsgeleerd verleden.

De regeling van den rang der scheepsschulden toonde zoowel oud-Hollandsche als Fransche trekken. Den hoogen rang, welken in art. 229 — onder *c* — de berg- en hulploonen innamen, hebben wij reeds aangetroffen bij Barels en bij van der Linden in zijn handboek (vg. hierboven § 6); deze rangschikking was vreemd aan den code de commerce. De plaatsing van „bodemerij-brieven, over zee gepasseerd", boven ten eerste „bijl- of kustingbrieven" en ten tweede „bodemerijbrieven, vóór de reis gepasseerd" — de Fransche prêt à la grosse — was zeker ook niet bezuiden het Kanaal uitgevonden. Hetzelfde geldt trouwens voor den naam „bijl- of kustingbrieven", waarover wij bij de behandeling van het oud-vaderlandsche recht uitvoerig hebben gehandeld. De code kent deze documenten niet en spreekt op de overeenkomstige plaats over „sommes dues au vendeur, aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction". De gewone verbandbrieven — welke wij trouwens als vermoedelijk zeldzaam gebruikt aanduidden — zijn daarentegen in het ontwerp-1809 niet terug te vinden, hetzij dan onder den sluitpost: „en eindelijk voor alle verdere vorderingen en schulden ten laste van het schip loopende". Typisch Fransch was weder het hiermede toekennen van zaaksgevolg voor *alle* scheepsschulden. De heeren namen het goede waar zij het vonden.

Het verdient aanbeveling om ook de positie van de scheepscrediteuren te beschouwen aan de hand van het Wetboek

(141) T. a. p., L. I, T. IV, pars II, § 13.

Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland, waarbij wij zeker niet uit den weg behoeven te gaan voor art. 1837, inhoudende, dat door de bepalingen daarvan „geene innovatie (werd) gemaakt ten aanzien van hetgeen bij de wetten van koophandel, omtrent zeeschepen, en de regten, welke daarop toepasselijk zijn, (werd) vastgesteld". Het recht der door de verschillende „brieven" bevoorrechte scheepsschuldeischers staat mijns inziens op één lijn met het door art. 1802 van het Wetboek Lodewijk Napoleon geschapen pandregt uit overeenkomst (hypotheek genaamd, zoo het op onroerende goederen gevestigd was). De niet-conventioneele voorrechten waren daarnaast het spiegelbeeld van het burgerrechtelijke „pandregt uit de wet op bijzondere goederen" (art. 1830 e. v.). Zooals het Wetboek Lodewijk Napoleon de rangregeling van al de verschillende pandrechten uit de wet en uit overeenkomst regelde in het hoofdstuk „van regt van preferentie" (artt. 1838—1848), zoo gaf art. 229 van het ontwerp-1809 de daartoe noodige aanwijzingen voor het zeerecht. Bijzondere karaktertrekken, die het conventioneele pandrecht uit het Wetboek Lodewijk Napoleon van het recht van den bijlbriefhouder e. d. uit het ontwerp-1809 zouden hebben kunnen onderscheiden — verschillen, die wij in latere phasen van de voorbereiding van de wetgeving van 1838 zullen zien ontstaan — waren destijds nog niet aanwezig. Wij zien hier dus, bij menig punt van verschil, treffende overeenkomst met instellingen uit de republiek. Slechts door het ontwerp-1809 te beschouwen in verband met het op dit stuk evenzeer eigenaardige en anders dan de code civil ingerichte Wetboek van Lodewijk Napoleon, is deze regeling, welke van Gennep, Asser en van der Linden zich voorstelden voor onze stof te geven, juist te waardeeren. En dit laatste is weder noodig, om de verdere ontwikkeling goed te begrijpen.

12. *Het ontwerp-1815.* Het was weder de tot de hoogste eereambten opgeklommen gewezen Rotterdamsche handelsadvocaat Mr. A. van Gennep, die grooten invloed uitoefende op het tot stand brengen van het ontwerp-1815 van een Wetboek van Koophandel voor de Vereenigde Nederlanden (142). De door hem in samenwerking met den Amsterdamschen advocaat Walraven opgestelde tekst levert den tweeden schakel

(142) Voorduin VIII, blz. XVIII.

in de ontwikkeling van de Nederlandsche codificatiepogingen.

Na een algemeene bepaling vormden de artt. 249 tot 259 van dit ontwerp den eersten titel van het Tweede Boek: „Van schepen". Daaronder werden ditmaal de binnenschepen afzonderlijk vermeld.

Evenals dit later in art. 309 van ons Wetboek-1838 zou geschieden, treffen wij in het ontwerp als twee alinea's van één artikel tezamen gevoegd het bestempelen van schepen als roerend goed en het geven van voorschriften omtrent de overdracht van schepen. Deze op zichzelf zonderlinge samenvoeging (geaccentueerd door het woord „echter" in het tweede lid) wijst erop, dat het geweten van de juristen met deze „immobilisatie" van roerend goed toch niet geheel verzoend was. Het oude conflict tusschen wetenschap en praktijk, Romeinsch en costumier recht, openbaarde zich in dit weerstrevend samengaan.

Art. 251 bracht dan een belangrijke beperking op het door den code de commerce gehuldigde beginsel van zaaksgevolg: slechts de in de artt. 253 en 254 volgende „bevoorregte schuldeischers" werden daarmede begunstigd en dan nog alleen bij vrijwilligen (143) verkoop. De onbeperkte aanvaarding van de verbondenheid bij voorrang van het „fortune maritime" voor (scheeps)schulden werd dus losgelaten. Als overblijfselen daarvan voor niet bevoorrechte inschulden vinden wij slechts het voorschrift van art. 257, het prototype van art. 318 W. v. K. 1838 (144): de bevoorrechting van alle scheepsschulden in geval van faillissement, een denkbeeld, dat in dezen vorm vermoedelijk is ontleend aan het Pruisische landrecht van 1794 (145).

Met betrekking tot den duur van het zaaksgevolg sloot het ontwerp-1815 zich in art. 251 aan bij het in de vorige paragraaph behandelde art. 231 van het ontwerp-1809.

Opmerkelijk is voorts, dat de lijst der bevoorrechte in-

---

(143) De kosten van executie vervielen daardoor als eerste in de rij der bevoorrechte schulden. Art. 208 van het W. 1830 en art. 317 van het W. 1838 maakten daarom afzonderlijk vermelding ervan voor het geval van gerechtelijken verkoop.

(144) Anders ten onrechte door verwaarloozing van de historische interpretatie: BURGER, t. a. p., blz. 64 e. v.

(145) 1e deel, T. XX, §§ 318—326; 2e deel, T. VIII, § 2115; Prozessverordnung, T. L, §§ 384, 685—689.

schulden, voor het eerst in de Fransche en Nederlandsche wetboeken en ontwerpen, niet in één artikel bijeen was gehouden, doch was verdeeld over art. 253 (die gemaakt gedurende de laatste reis, vg. art. 313 W. v. K. 1838, 1—6) en art. 254 (vg. art. 313 W. v. K. 1838, bijl- of kustingbrieven, en 313, 9).

Van zorg voor de belangen van de koopers getuigde ten slotte art. 258: een verkooper moest den kooper op de hoogte brengen van alle bevoorrechte inschulden.

Het ontwerp-1815 biedt een minder fraai theoretisch geheel dan dat uit 1809, doordat het zich, wat het zaaksgevolg betreft, verder heeft afgewend van het Fransche systeem. Men evolueerde langzaam verder in de richting van herstel der oud-Hollandsche begrippen.

13. *Het ontwerp-1822.* Dit ontwerp, nog altijd opgesteld onder medewerking van Mr. A. van Gennep (146), toont verderen voortgang in dezelfde richting. Om te beginnen met een minder belangrijk punt: de „immobilisatie"-voorschriften omtrent overdracht van schepen werden beperkt tot schepen boven een zeker minimum-draagvermogen, zooals dat onder de republiek evenzeer het geval was geweest. Twee lasten (vier tons) zou de benedengrens worden, tegen vier lasten in het oud-vaderlandsche recht (147). Ik kan hierin slechts een neiging zien tot aansluiting bij oude vormen, want de grens was zelfs voor die tijden belachelijk laag gesteld, zoodat geen praktische beteekenis aan deze toevoeging aan het vorige ontwerp was te hechten (148).

Nieuw toegevoegd was ook de nadrukkelijke verbinding van de publieke eigendomsoverdracht aan inschrijving in een *register*. Ik meen, dat dit voorschrift van zuiver oud-vaderlandsche herkomst was en dat de juistheid van dit inzicht

---

(146) Voorduin, t. a. p., blz. XXIII.

(147) Van der Linden, blz. 476.

(148) Dat zeeschepen van vier last reeds onder de republiek geen beteekenis kunnen hebben gehad, blijkt uit de Deensche statistiek over het verkeer door de Sont van Dr. N. Bang, waaraan ik de volgende cijfers ontleen, uitsluitend voor Nederlandsche schepen:

	1545	1595	1645
Meer dan 100 last:	194	83	1826
30—100 last:	267	3386	159
Minder dan 30 last:	229	256	24

in de geschiedenis ten onrechte is gemaskeerd door herhaald, doch misplaatst, beroep op zg. vreemde „voorbeelden".

Wij hebben hierboven in § 2 gezien, dat men in de Nederlanden openbare opdracht kende van onroerend goed en van schepen voor het Gerecht (149). Hetzelfde was het geval geweest in sommige streken van Noord-Frankrijk, die trouwens mede deel hadden uitgemaakt van den Bourgondischen staat (150), le pays de nantissement. Overigens gold dit stelsel in het oude Frankrijk alleen voor schenkingen (insinuation) (151). De Fransche revolutie slaagde slechts korten tijd erin het daar te lande door te voeren voor *elke* overdracht van onroerend goed (152). De code civil ging weder de tegengestelde richting uit en eerst een wet van 1855 hernam dit werk van het directoire. Doortastender was de Fransche revolutie-wetgeving geweest ten aanzien van zeeschepen, voor welke bij de wet van 27 vendémiaire II de „mutation en douane" en daarmede de invoering van een register van overdrachten tot stand was gebracht (153). Intusschen hielden de Fransche wetenschap en rechtspraak deze wet langen tijd voor een zuiver administratieven maatregel van staatkundigen aard; eerst in 1863 bevestigde het Hof van Cassatie de leer, dat de inschrijving noodig was, om de overdracht tegen derden te kunnen inroepen (154).

Het beroep op deze laatste Fransche wet, waarmede de regeering haar voorstel tot instelling van een scheepsregister versterkte (155), is in 1826 dan ook in de Tweede Kamer volkomen begrijpelijk bestreden met een beroep op de toen aangenomen beperkte strekking van haar voorschriften (156). Alsof deze nuttelooze en noodelooze verwijzing naar den vreemde nog niet voldoende was, kwam het Kamerlid Beelaerts van Blokland enkele dagen later met nog meer

---

(149) Zie b.v. onderscheidenlijk blz. 57 en 476 van v. d. Linden.

(150) Vg. Josserand, I, § 1703.

(151) Vg. Josserand, t. a. p.

(152) Wet van 11 brumaire VII; Josserand, t. a. p., § 1705.

(153) Bonnecase, t. a. p., § 172, e. v.

(154) Arrest-Pereyra, 3 Juni 1863, S. 63-1-288; vg. Bonnecase, § 284; A. Paunesco, L'unification internationale des privilèges et hypothèques en droit maritime et en droit fluvial, Paris, 1933, blz. 9, waar ook de derde theorie (van Ripert), te vergelijken met het Torrensstelsel, is uiteengezet.

(155) Voorduin IX, blz. 309.

(156) Id., blz. 310.

buitenlandsche voorbeelden: de Engelsche Registry Act van 1786 (157), de soortgelijke Amerikaansche wetten van 1792 en 1793 en het Spaansche recht (158). Ook deze wetgevingen hadden evenwel publiekrechtelijke strekking (159).

De eenvoudige waarheid is, dat wij over art. 1809 van het Wetboek van LODEWIJK NAPOLEON, art. 227 van het ontwerp-1809, art. 249 van het ontwerp-1815 en art. 1029 van het ontwerp-(B. W.)-1820 de lijn van de civielrechtelijke oud-Hollandsche overdracht voor het Gerecht van onroerend goed en schepen (in wezen hetzelfde) tot de thans behandelde bepaling van het ontwerp-1822 duidelijk kunnen volgen. Het eenige nieuwe lag in het formeele element: het naar voren schuiven van het begrip register, dat aan het wezen der zaak niets toe- en afdoet en dat natuurlijk onder de republiek even goed aanwezig was geweest. Het staat vast en spreekt ook vanzelf, dat de gerechten voor eigen gebruik registers hielden van hun verrichting (160). Alleen de techniek van de zaak werd wat veranderd, gemoderniseerd en dáártoe kon men zich naar de nieuwere buitenlandsche wetgevingen richten (161).

Hoezeer men min of meer bewust het onderscheid tusschen dit oud-Hollandsche recht en een verwante materie van Fransche herkomst in het oog hield, blijkt daaruit, dat, volgens een redevoering van het meergenoemde Kamerlid BEELAERTS VAN BLOKLAND, zeer goed werd ingezien, dat de verplichting om een bodemerij-acte te laten inschrijven op de griffie van de arrondissements-rechtbank, „in haren aard en

---

(157) Daar te lande heeft de jurisprudentie schepen van roerend tot onroerend goed omgetooverd; vg. ABBINK, t. a. p., II, blz. 36, noot 1.

(158) Elk onderdeel van Spanje had een bijzonder register: Matricula de la Mar; vg. ABBINK, t. a. p., III, blz. 5.

(159) Zie over de Angelsaksische landen LIND, t. a. p., blz. 104; voor Spanje: ABBINK, t. a. p., III, blz. 4, 5 en 9.

(160) Vg. FOCKEMA ANDREÆ op DE GROOT, III, 5, § 1. Kustingbrieven werden voor twee Regeerende Schepenen gepasseert, en bij haar Ed.Achtb. bezegeld, en van een secretaris geteekend, en vervolgens geregistreerd (Amsterdamsche Secretary, blz. 59).

(161) Zoo heeft in onze dagen een technische verandering plaats gevonden door het invoeren van het kaartsysteem; in Frankrijk van een losbladig boek (JOSSERAND, t. a. p., I, § 1711), zonder dat daardoor aan het wezen der zaak iets wordt toe- of afgedaan.

gevolgen zeer onderscheiden was van de inschrijving der schepen op de daartoe bestemde registers" (162). Voor ons is deze uitlating vrij duister, althans wat dat groote verschil in aard tusschen de inschrijving van een scheepsoverdracht en een bodemerij-brief betreft (163). Maar de zaak was, dat de publicatie van dezen laatsten niet stamde uit het oude Hollandsche recht (164), doch een denkbeeld was van VALIN, „attendu que l'esprit de fraude n'a que trop souvent abusé de la faculté de faire les contrats sous seing privé, pour supposer à des prêts simples le caractère du prêt à la grosse, ou pour leur donner une fausse date" (165). Dit denkbeeld (in de Ordonnance zelf niet uitgewerkt) is via art. 312 code de commerce en art. 461 ontwerp-1809 gekomen in art. 571 van het Wetboek-1838, zonder dat de wetgever blijkens de woorden van BEELAERTS VAN BLOKLAND uit het oog verloor met een instituut te doen te hebben, dat van anderen oorsprong was dan onze oude open eigendomsverwerving of -belasting. BEELAERTS VAN BLOKLAND bezigde zelfs mutatis mutandis de argumentatie van VALIN.

Wij mogen dus besluiten, dat het in het ontwerp-1822 voor het eerst genoemde scheepsregister, als voortkomend uit de oud-Hollandsche traditie, van zuiver privaatrechtelijke strekking was en dat de rechtsontwikkeling ten onzent, ondanks het beroep van den wetgever op anders georiënteerde buitenlandsche wetgevingen, in wezen nog niet was gekomen tot vermenging van privaat- en publiekrechtelijke elementen in de publiciteitsvoorschriften ten aanzien van schepen (166).

In het oud-vaderlandsch recht had het transport van het schip voor het Gerecht slechts beteekenis „ten opzichte van derde persoonen, die daardoor verkort en beschadigd zouden zijn: maar niet voor zooveel den kooper en verkooper zelf

---

(162) VOORDUIN, X, blz. 243/4.

(163) Prof. NABER b.v. vond blijkens het geschrevene op blz. 410 van den jaargang 1914 van het Weekblad voor het Notariaat deze bijzondere behandeling van den bodemerijbrief duister.

(164) Vg. hierboven § 7.

(165) Op de Ordonnance, III, 5, art. 1.

(166) Vg. daaromtrent PAUNESCO, t. a. p. blz. 7/8; hieronder kom ik op dit onderwerp terug bij de behandeling onzer jongste wetgeving.

aangaat" (167). Het ontwerp-B. W.-1820 nam in art. 1029 dit beginsel over voor onroerend goed, het ontwerp-K.-1822 deed het voor schepen: „ten einde dezen eigendomsovergang (168) van kracht tegen derden te doen zijn, moet dezelve (authentieke) akte (van overdracht van eigendom) worden ingeschreven in daartoe bestemde registers, zoo als, ten aanzien van vaste goederen, bij het B. W. bepaald".

Ook overigens stelde de wetgever — voortbouwend op de oud-vaderlandsche praktijk — schepen geheel gelijk aan onroerend goed. In art. V van den betrokken titel vond hij het noodig zich daarover nog eens te verontschuldigen: „bij geregtelijke executie en verkoop van schepen, schoon roerende goederen zijnde, moeten de regelen gevolgd worden, welke bij de civiele manier van procederen zijn voorgeschreven omtrent de geregtelijke executie en verkoop van onroerende goederen".

Wanneer wij thans aandacht wijden aan de zg. „bevoorrechte inschulden", dan zien wij in de eerste plaats, dat de regeling van den duur van het zaaksgevolg onder derden niet afweek van die in het ontwerp-1815. In de omschrijving der bevoorrechte schulden valt daarentegen nieuws op te merken. Sprak het ontwerp-1815 in art. 254 achtereenvolgens van kosten van noodige reparaties, van bijl- of kustingbrieven en van bodemerijbrieven aan deze zijde van de zee, het ontwerp-1822 beperkte in art. VII van den betrokken titel de tweede groep tot de bijlbrieven, waarmede klaarblijkelijk de hypothecaire dekking van onbetaalde bouwpenningen werd bedoeld. Een geheel nieuw geredigeerd art. IX deed daarop een derde rubriek volgen (waaruit art. 315 van het W. v. K.-1838 is gegroeid), bevattende:

1. kustingbrieven, gesproten uit onbetaalde kooppenningen; waarmede het begrip kustingbrief tegenover bijlbrief werd gesteld op een wijze, zooals wij die in het oud-vader-

---

(167) Groenewegen op De Groot, II, 5, § 13; Fockema Andreæ op De Groot, II, 5, § 2. Voor onroerend goed: Voet, t. a. p., XLI, I, no. 42.

(168) Volgens art. 1016 van het ontwerp-B. W.-1820 kon overgang van eigendom tusschen levenden slechts plaats vinden door overdragt of inbezitstelling, waarvan de vorm voor zaken van koophandel in art. 1028 werd overgelaten aan de plaatselijke gewoonten; art. II van onzen titel uit het ontwerp-1822 stelde daarvoor de authentieke akte, waarbij de eigendom overging.

landsch recht hebben aangetroffen in de verhandeling van LIJBREGHTS over het notariaat (zie hierboven § 8);

2. gewone pand- of hypotheekbrieven.

Nauwere aansluiting aan oud-vaderlandsch recht was op dit stuk nauwelijks denkbaar.

Naar analogie van art. 1514 van het ontwerp-B. W.-1820 valt aan te nemen, dat het zakelijke recht op het schip door de inschrijving werd gevestigd.

Van bijzonder belang was ten slotte art. XII van den titel: „de bepaling van het B. W., volgens welke tot het geldig zijn van het pandregt op roerende goederen, de ter handstelling derzelve aan den geldschieter wordt vereischt, is ten aanzien der verbanden op schepen . . . . . niet toepasselijk". MEIJERS heeft bij zijn later uitvoerig te bespreken beschouwingen omtrent den aard van het recht, dat de pand- of verbandbrieven van het Wetboek-1838 aan den schuldeischer gaven, in het bijzonder een beroep gedaan op het niet meer voorkomen van een artikel van die strekking in het Wetboek-1830 (169). Ik ben vooralsnog niet geneigd daaraan dezelfde beteekenis te hechten. In de ontwerpen 1820/22 bloeide de tactiek van verwijzings- en uitzonderingsbepalingen overdadig welig op. Later is men in dit opzicht veel kariger geworden, zonder dat daaruit al te veel kan worden geconcludeerd. Naar mijn gevoel is het belangrijkste van art. XII, dat het een tegenwicht vormde tegen art. 1540 van het ontwerp-B. W.-1820, bepalende, dat wanneer bijzondere wetten roerende goederen onder de benaming van hypotheek zouden begrijpen, hieruit alleen een regt van preferentie zou worden geboren. Door één bepaald voorschrift omtrent echt pand- of hypotheekrecht — zijnde volgens art. 1506 hetzelfde, onderscheidenlijk meer bepaaldelijk op roerend en op onroerend goed — nadrukkelijk ten aanzien van scheepsverbanden uit te sluiten, stempelde het ontwerp-1822 naar het stelsel dier dagen dit laatste recht voor het overige zooveel te meer tot een zuiver pand- of hypotheekrecht in den zin van het burgerlijk recht, zij het dan, dat bij wijze van uitzondering geen overgave van het verbonden roerend goed noodig was.

In het ontwerp-1822 waren de scheepsvoorrechten dus nog, als uitzonderingsrecht voor het bedrijfsleven, de oude stilzwijgende of conventioneele hypotheken op schepen, zooals deze in het oud-vaderlandsche recht evenzeer bekend waren

(169) W. 8334.

geweest. Het was in dat stelsel ongetwijfeld een tekortkoming, dat de wetgever de inschrijving van de niet-conventioneele scheepsvoorrechten niet eischte, zooals hij dat in het ontwerp-B. W.-1820 wel had gedaan ten aanzien van legale verbanden op bijzondere onroerende goederen (art. 1536). Ik erken en aanvaard die fout intusschen liever als zoodanig dan dat ik daaruit de anders eenig mogelijke conclusie trek, dat de wetgever in spe van 1822 de niet-conventioneele scheepsvoorrechten zou hebben beschouwd als preferente vorderingen zonder meer. Daarmede is ook te flagrant in strijd de plaats, welke in het ontwerp-1820 de burgerrechtelijke preferente vorderingen innamen in de regeling van het actiënrecht (art. 3455 e. v.). Zelfs de zakelijke kant van het voorrecht des verhuurders werd daarin slechts processueel gezien (art. 3212). Zoo immaterieel waren de scheepsvoorrechten van het ontwerp-1822 zeker niet geregeld.

14. *Het ontwerp-1825, de wetboeken van 1830 en 1838, en de adviezen van de Rotterdamsche Kamer van Koophandel inzake het rechtskarakter en de eigendomsoverdracht van schepen.* Wij komen thans tot de belangrijkste phase van de voorbereiding van het Wetboek-1838: het ontwerp-1825 en het daaruit voortgevloeide Wetboek-1830, waarover de Rotterdamsche Kamer in de jaren 1832/33 haar belangwekkende adviezen heeft uitgebracht. Ten aanzien van elk onderdeel der stof zullen wij opsporen, wat het nieuwe ontwerp, vergeleken bij dat van 1822, inhield, hoe de mannen van de praktijk daarop hebben gereageerd en met welken uitslag.

In de eerste plaats treft het dan, dat in het ontwerp aan de bepaling, dat schepen roerend goed zijn, weder meer relief werd verleend door haar in een afzonderlijk artikel neer te leggen (art. 199 van het W. 1830) en de bepalingen omtrent de eigendomsoverdracht in een afzonderlijk artikel te laten volgen. Een oogenschijnlijk weinig belangrijke wijziging, waaruit ik evenwel aan de hand van het voorafgaande meen te mogen concludeeren, dat de geestesgesteldheid van de medewerkers aan den codificatie-arbeid losser was geworden van het oud-vaderlandsche recht: het romanistisch-Fransche beginsel werd met meer nadruk beleden; de „immobilisatie" van de schepen week een weinig terug; aan de op een verontschuldiging gelijkende samenvoeging uit de ontwerpen 1815 en 1822 bestond psychologisch tijdelijk geen behoefte meer.

Aan de verhooging van de benedengrens der immobilisatie van twee op drie lasten, welke in 1825 mede werd voorgesteld, hecht ik minder waarde: in het oud-vaderlandsche recht was de grens vier lasten en als men dit recht te dezen aanzien nauwkeuriger had willen nabootsen dan was men wel ineens tot dezelfde grens gegaan. Vermoedelijk heeft men alleen gedacht aan de kleine rivierschepen; ik merkte reeds op, dat de grens zelfs voor die dagen belachelijk laag was gesteld en toen in 1836 voor de binnenschepen de afzonderlijke dertiende titel werd ingediend (art. 748 e. v. Wetboek-1838), liet men voor zeeschepen elke grens vervallen, terwijl zij voor binnenschepen na nog eenig heen en weer praten ten slotte op tien lasten (twintig tons) is bepaald (170). De Rotterdamsche Kamer van Koophandel toonde voor deze kwestie geen belangstelling, wel deden dit eenige zeehandelaren uit de stad (171).

Het ontwerp-1825 bepaalde niet langer, dat de eigendom van een schip niet anders overging dan bij authentieke akte, doch tegen derden eerst door de inschrijving kracht kreeg: ditmaal verluidde zonder meer, dat de eigendom overging bij schriftelijke akte, welke moest worden overgeschreven in de daartoe bijzonderlijk bestemde (later toegevoegd (172): openbare) registers. Men kan deze opmerkelijke wijziging niet anders verklaren dan als een principiëel verlaten van het beginsel van 1822 (en van het oud-vaderlandsch recht) en een aanvaarding in de plaats daarvan van het beginsel van art. 195 van den code de commerce: „la vente volontaire d'un navire doit être faite par écrit", zooals dit werd begrepen door de oudste Fransche doctrine op dit punt: „la vente du navire opère par elle-même transfert de propriété *erga omnes*" (173). Men was zelfs plus français que les Français, die aan derden-schuldeischers, ook voor zoover zij geen recht van voorrang konden laten gelden, althans nog eenigen tijd zaaksgevolg lieten (vg. hierboven § 10) en zoo hun rechten na verkoop beschermden.

In den gedachtengang van 1825 had de inschrijving in het register geen andere beteekenis dan om tegenover de geheele wereld den datum der akte vast te leggen. Ik geloof niet,

---

(170) VOORDUIN, X, blz. 552 e. v.
(171) VOORDUIN, IX, blz. 313, noot.
(172) VOORDUIN, IX, blz. 312.
(173) BONNECASE, t. a. p., § 283.

dat de regeering destijds te dien aanzien in beginsel anders stond dan die leden der Tweede Kamer, die meenden, dat het hoofdoogmerk reeds bereikt zou zijn, indien zou worden bepaald, dat het transport niet anders dan bij authentieke akte of bij onderhandsche akte, een zekere dagteekening hebbende, daargesteld zou kunnen worden (174). Een geheel ander beginsel dus dan intusschen in 1823 voor *on*roerend goed was aangenomen (175). De reserve, op dit stuk in ons tegenwoordig art. 670 B. W. voor den koophandel gemaakt, was destijds zeker geen doode letter.

Dat deze opvatting, in strijd als zij was met het oud-vaderlandsche recht, niet is doorgedrongen tot het rechtsbewustzijn van het bedrijfsleven, blijkt uit de woordenkeus van de Rotterdamsche Kamer van Koophandel bij haar bespreking van art. 202 van het Wetboek-1830 (overeenkomend met art. 312 van het Wetboek-1838), toen zij schreef over „door den eigenaar gedanen vrijwilligen verkoop en overdragt", in haar oogen dus nog twee onafhankelijke elementen.

Tot datzelfde inzicht is de regeering van 1834 teruggekeerd, toen zij voorstelde om in het betrokken artikel te bepalen: „echter kan de levering of opdragt . . . . . niet anders geschieden dan bij akte, overgeschreven in de daartoe bijzonderlijk bestemde openbare registers" (176). Deze nauwe aansluiting bij den tekst van art. 671 B. W., van de verre strekking waarvan de toenmalige wetgever zich waarschijnlijk niet goed bewust is geweest (177), bracht ons dus *na* den Belgischen opstand weder tot de oud-vaderlandsche praktijk, om schepen, alle theorie ten spijt, geheel als *on*roerend goed te behandelen, te immobiliseeren (178). De tekstveranderingen, die in 1835 nog plaats vonden, veranderden niet meer aan dit beginsel: het denkbeeld om te spreken van „notariëele akte van overdragt", vond geen steun (179). Het Wetboek-1838 huldigde mijns inziens in dit opzicht weder de leer van 1822,

---

(174) VOORDUIN, IX, blz. 308 en 310.

(175) VOORDUIN, III, blz. 463.

(176) VOORDUIN, IX, blz. 312.

(177) Vg. wat omtrent de motieven is medegedeeld door den „hooggeschatten" anonymus in „Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving" van DEN TEX en VAN HALL, 1837, blz. 87.

(178) Zie voor dit reeds meermalen gebruikte maakwoord VOORDUIN, IX, blz. 314.

(179) VOORDUIN, IX, blz. 313.

dat is die van het oud-Hollandsche recht, door HAMAKER ook voor onroerend goed in eere hersteld (180): de overdracht geschiedt door de akte, maar zij werkt tegen derden eerst door de overschrijving (181).

Het was daarmede in overeenstemming, dat het voorschrift, dat schepen roerend goed zijn, weder werd gedegradeerd. De regeering van 1834 meende, dat dit reeds voldoende bleek uit het B. W. en vond de vermelding in het W. v. K. alleen noodig als inleiding tot de wijziging van de daaraan verbonden grondbeginselen voor zaken van koophandel: de artt. 199 en 200 van het Wetboek-1830 werden weder vereenigd tot art. 309 van het Wetboek-1838 (182).

In art. 3 van den titel (art. 201 Wetboek-1830, ongeveer gelijk aan art. 310 Wetboek-1838) week de regeering in 1825 eveneens af van oud-vaderlandsche inzichten, zij het dan ditmaal juristenrecht: het voorschrift, dat in het buitenland de eigendomsovergang van aan ingezetenen van het Koningrijk behoorende schepen moest geschieden volgens de wetten en gebruiken ter plaatse, zou nog slechts worden toegepast als *buitenlanders* de verwervers waren. Hier kwam dus de politieke beteekenis naar voren, welke de toenmalige Fransche leer ook aan de mutation en douane hechtte. Ontduiking van heilzame regeeringszorg te voorkomen (183), was het doel der regeering en in dit opzicht is zij ook na 1830 niet meer veranderd. De statutentheorie had nu eenmaal niet behoord tot „hetgene onzen volksaard, en vooral den rondborstigen, braven en menschlievenden Zeeman kenmerkt" (184). Jhr. HOOFT, die deze eigenschappen tot richtsnoer nam bij zijn wetgevenden arbeid, was dan ook zelfs gekant tegen het nog behouden overblijfsel dier leer. Zonder dat deze spreker, voor zoover valt te vermoeden, de bedoeling had, om het internationaal privaatrecht te hervormen, moet toch worden geconstateerd, dat zijn inzicht moet gelden de

(180) Rechtsgeleerd Magazijn 1893, blz. 424.

(181) Anders POLAK, II, blz. 159; V. D. DRIES, § 35, met beroep op jurisprudentie uit 1914. Als de tekst de memorie van toelichting op art. 315 van het ontwerp-MOLENGRAAFF (Tweede Kamer 1919/20, no. 448), met drukfout 369 voor 309.

(182) VOORDUIN, IX, blz. 312.

(183) VOORDUIN, IX, blz. 315.

(184) Jhr. Mr. DANIEL HOOFT JACOBSZOON, Verzameling van advijzen over het Wetboek van Koophandel, Amsterdam, 1826, rede van 17 Februari 1826.

voorlooper te zijn geweest van de meening, dat de „wet van de vlag" of de „wet van de thuishaven" onder alle omstandigheden op een zeeschip moet worden toegepast. De toenmalige wetenschap was zeker nog niet zoover. Bijvoorbeeld achtte s' Jacob (185) het argumentum a contrario uit art. 310 Wetboek-1838 voor toepassing van de Nederlandsche wet bij verkoop van Nederlandsche schepen in het buitenland aan Nederlanders „onrechtskundig en onnut". Voor andere dan vormkwesties hield men zich nog langen tijd aan den regel „mobilia sequuntur personam", ook lang nadat von Savigny dit adagium voor roerend goed had vervangen door de lex rei sitae (186). Het is merkwaardig op te merken, dat in het internationaal privaatrecht, waar de praktijk uit de republiek haar stempel niet op had geplaatst, van de immobilisatie van schepen geen sprake was. Althans op *dit* gebied der rechtswetenschap golden zij ten tijde van onze codificatie en geruimen tijd daarna als gewoon roerend goed.

15. *Het ontwerp-1825, de wetboeken van 1830 en 1838, en de adviezen van de Rotterdamsche Kamer van Koophandel inzake de bevoorrechte inschulden op schepen.* Het ontwerp-1825 ging in onzen titel, na de in de vorige paragraaph behandelde artt. 1, 2 en 3 (199, 200 en 201 van het Wetboek-1830) in naar mijn gevoelen logische volgorde verder door in art. 4 aan de bevoorrechte schuldeischers zaaksgevolg toe te kennen in geval van vrijwilligen verkoop en daarbij tevens den duur van dat voorrecht te bepalen, vervolgens in art. 5 voor gerechtelijken verkoop te verwijzen naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in de artt. 6 tot 11 de rangorde der bevoorrechten te bepalen en ten slotte in art. 12 den verkooper te verplichten een lijst van de niet ingeschreven bevoorrechte inschulden aan zijn kooper over te leggen.

De Rotterdamsche Kamer van Koophandel heeft in haar advies van 1832/33 een voor een lichaam van dezen aard verwonderlijke belangstelling aan den dag gelegd voor deze systematiek, die zij onduidelijk achtte en in plaats waarvan zij voorstelde: na art. 3 voorop te doen gaan de verwijzing voor het geval van gerechtelijken verkoop naar het W. v. B. Rv., waarin bij art. 580 (art. 15 van den betrokken titel, vastgesteld bij de wet van 29 Maart 1828, Stbl. 32) voor dat

(185) T. a. p., blz. 575.
(186) Nog Hof Den Haag 30 Juni 1916, W. 10085.

geval de volgorde der bevoorrechte schuldeischers is geregeld, dan de blijvende verbondenheid van het schip voor de bevoorrechte inschulden na vrijwilligen verkoop voor te schrijven, vervolgens de volgorde te regelen en daarna den tijdsduur der bevoorrechting na vrijwilligen verkoop te bepalen.

Duidelijker of beter gesystematiseerd dan in het ontwerp-1825 het geval was geweest, lijkt deze, door de regeering in 1834 overgenomen (187), indeeling mij niet, integendeel. Ik kan dan ook niet aannemen, dat de handel op grond van theoretische overwegingen op deze herschikking heeft aangedrongen. Voor de kennis van de bronnen onzer wetgeving is daarom de vraag van belang, waar ter wereld de Rotterdamsche kooplieden en reeders deze wijsheid wèl vandaan hebben gehaald. Vermoedelijk zijn zij dan getroffen door het voorkomen van een soortgelijk systeem in het Spaansche Wetboek van 1829, waarin eveneens de tijdsduur van de voorrechten bij vrijwilligen verkoop werd geregeld na de opsomming daarvan en de bepaling omtrent de regeling bij gerechtelijken verkoop al evenzeer voorafging. Eenigen anderen redelijken grond kan ik althans niet vinden, terwijl men in Rotterdam ongetwijfeld de nieuwe wetgeving van andere zeevarende volken met belangstelling heeft gevolgd.

Ook de verdere critiek van de Kamer van Koophandel op art. 4 van dezen titel — overeenkomstig haar wensch in 1834 verdeeld over de latere artt. 312 en 316 van het Wetboek-1838 — was niet van principiëelen aard. Naar wij in § 10 zagen, deed art. 193 van den code de commerce het voorrecht der schuldeischers ondergaan, wanneer het schip „sans opposition" hunnerzijds een reis had gemaakt. De zakelijk gerechtigden waren daardoor onvoldoende beschermd, althans naar onze begrippen, doch de rechtszekerheid werd vergroot doordat stilzwijgende zaaksverbanden op deze wijze weinig kans hadden, om in strijd met den schijn voort te leven. Ons ontwerp-1825 was in tegenstelling hiermede, op het voetspoor van oud-Hollandsche verhoudingen, meer gedachtig geweest aan de belangen van de schuldeischers — en daarmede van het scheepscrediet — door, evenals de andere Nederlandsche ontwerpen, als voorwaarde voor den ondergang van het voorrecht te stellen, dat de schuldeischers „voorkennis" hadden van de reis. In dit opzicht toonde de Kamer

(187) VOORDUIN, IX, blz. 320.

zich een van zin met de Fransche wetgeving: hoe zou die voorkennis bewezen moeten worden; wat moest gebeuren, indien de verkooper de lijst van bevoorrechte schuldeischers nu eens niet volledig aan den kooper zou geven; als die schuldeischers nu eens buiten's lands wonen? „De kooper behoort de man niet te zijn die de schuldeischers moet opzoeken, maar deze moeten van hunne zijde zorgen het verbonden voorwerp niet uit het oog te verliezen". Men gevoelt hier in een voor ons land veranderden tijd te zijn gekomen: de behoefte aan scheepscrediet is zeer gering geworden; dank zij de kortelings opgerichte Nederlandsche Handel-Maatschappij bloeide de scheepsbouw sedert enkele jaren toch reeds zoozeer, dat de scheepsbouwpremies konden worden afgeschaft (188). De „aanzienlijke fortuinen in den scheepsbouw belegd", wier bijlbrieven in het ontwerp werden gerangschikt onder de nietingeschreven bevoorrechte schulden (189), zoodat de daaraan ontleende zekerheid in waarde werd verminderd, hadden blijkbaar minder behoefte aan bescherming dan die in scheepseigendom gestoken, welke laatste de heer Beelaerts van Blokland in 1826 — vóór den opbloei van den scheepsbouw — nog slechts in de tweede plaats noemde (190).

De regeering van 1834 heeft dezen wenk ter harte genomen en daarmede de waarde van het recht van zaaksgevolg en van voorrang voor de bevoorrechte schuldeischers verminderd, te dezen aanzien teruggaande naar het Fransche recht.

In dezelfde richting van verzwakking van het „voorrecht" leidde de in 1835 nog te elfder ure op aandrang der Kamer van Koophandel gemaakte toevoeging, dat het protest alleen den schuldeischer baat, uit wiens naam het is gedaan (art 316, 2e lid) (191).

Alweder in denzelfden geest vroeg de Kamer van Koophandel nadere bepaling van het begrip „zeereis" (men herinnert zich, dat het toelaten van een zeereis ten naam, nutte en gevare van den kooper het verval medebracht van het „voorrecht" van schuldeischers van den verkooper). Zij refereerde zich daarbij aan art. 194 van den code, die dit begrip geheel kunstmatig had gemaakt door onder „zeereis" te verstaan een termijn van zestig dagen na het vertrek van

---

(188) Gedenkboek K. v. K., blz. 191.
(189) Art. 6, 8°, van den titel.
(190) Voorduin, IX, blz. 311.
(191) Voorduin, IX, blz. 342.

het schip (hetzij dan, dat het schip ten minste dertig dagen na het vertrek vóór den zestigsten dag in een andere haven was binnengeloopen). Aangezien het wetboek-1830 binnen- en zeeschepen in één adem behandelde, gaf de Kamer van Koophandel bovendien in overweging, om voor binnenschepen, die nu eenmaal geen zeereis maken, het zaaksgevolg onder derden te beperken tot zes maanden na den vrijwilligen verkoop.

Ten aanzien van zeeschepen heeft de regeering den raad van de Kamer van Koophandel gevolgd door een zeer eenvoudig middel, namelijk door aan de uitoefening van zaaksgevolg onder derden in dit geval een vervaltermijn te stellen van zestig dagen na den aanvang van de bewuste reis (192). Dit doende heeft zij, naar ik aanneem, gekeken naar het reeds meer genoemde nieuwe Spaansche wetboek van 1829 (193) en/of naar het veelgeprezen Portugeesche wetboek van September 1833 (194), dat naar het getuigenis van den op eigen initiatief handelenden vervaardiger, den in ballingschap levenden rechtsgeleerde Don J. Ferreira Borges, tezamen was gehaald uit zoowat alle Europeesche zeerechten (195).

Met betrekking tot de binnenvaart heeft de wetgever in art. 750 van het Wetboek-1838 daarentegen den raad van de Kamer van Koophandel letterlijk opgevolgd, zonder zich te storen aan de leden der Tweede Kamer, die den termijn van een half jaar nog te kort vonden en dus meer dan handel en regeering op de belangen van de crediteuren bedacht waren (196). Wellicht was de Kamer van Koophandel in dit opzicht reeds geïnspireerd door het Spaansche wetboek, waarbij voor de regeering nog de aantrekkelijkheid kan zijn

---

(192) Volledigheidshalve zij gewezen op het element van verval, dat mede stak in het begrip „laatste reis" in art. 313; vg. art. 318*d* der tegenwoordige wet.

(193) § 599.

(194) § 1307.

(195) De regent van Portugal, die dit prototype van de moderne internationale verdragen tot unificatie van privaatrecht binnen drie maanden na de ontvangst tot wetboek verhief, wist in elk geval van aanpakken en ik heb zoo'n vermoeden, dat de handel dat procédé wel afgunstig zal hebben vergeleken bij het vaderlandsche gewroet gedurende toen al twintig jaren; vg. Abbink, t. a. p., II, blz. 212.

(196) Voorduin, X, blz. 565.

gekomen van het Portugeesche, welke beide codices voor een aanverwant geval denzelfden termijn kenden (197).

Thans tot de bevoorrechte inschulden zelf overgaande, laat ik de technische opmerkingen van de Kamer van Koophandel over de niet-conventioneele voorrechten ter zijde. Vele dezer voorrechten zijn practisch van weinig of geen beteekenis gebleken (198) en een groot gedeelte der desbetreffende opmerkingen zijn door VOORDUIN gemeen goed gemaakt (199).

Op dogmatisch gebied voltrok zich echter ten aanzien van de niet-conventioneele voorrechten een belangrijke verandering, waaraan zeker alle aandacht moet worden gewijd. De wetgever van 1825/26 stond tegenover het vraagstuk der zakelijke zekerheden anders dan zijn voorganger in 1820/22. De oude gelijkstelling van de begrippen pand en hypotheek werd verlaten voor het gestrenge onderscheid: pand op in bezit overgedragen roerend goed, hypotheek op niet overgedragen onroerend goed (200). Het stilzwijgend pandrecht of legaal verband op bepaalde onroerende goederen, dat art. 1536 e. v. van het ontwerp-1820 nog hadden gekend, was in 1825/26 verdwenen. Deze grondige verandering van de in het Burgerlijk Wetboek getrokken algemeene richtsnoeren kon niet zonder invloed zijn op het handelsrecht: de niet-conventioneele scheepsvoorrechten kon men zich sindsdien niet meer denken als stilzwijgende hypotheken. Zij werden dientengevolge zakelijke rechten sui generis, overeenkomend met het als zoodanig erkende voorrecht van den verhuurder (201).

Hierbij dient goed in het oog te worden gehouden, dat deze verandering niet voortsproot uit een gewijzigde houding van den wetgever tegenover de positie van de scheepscrediteuren. Afgezien van de beperking naar den tijd van hun „voorrecht" — in alle ontwerpen sinds 1809 uit den code overgenomen — hadden zij practisch nog altijd hetzelfde recht als zij onder de republiek hadden genoten met hun stilzwijgende hypotheek: zaaksgevolg onder derden en voorrang bij executie. Slechts de uitbanning van het stilzwijgend pandrecht

(197) Spanje, § 601; Portugal, § 1309.

(198) Vg. LIND, t. a. p., blz. 166. Over de punten 1 tot 5 van art. 313 was volgens dien schrijver nooit een rechtsstrijd ontbrand; wel over de punten 6 en 7.

(199) VOORDUIN, IX, blz. 327 e. v.

(200) Vg. MEIJERS in W. 8334.

(201) Vg. ASSER-SCHOLTEN, II, blz. 359.

dwong tot een andere indeeling binnen het wettelijk systeem van een in wezen gelijke rechtsverhouding.

Treffend is ook, dat de wetgever in het ontwerp-1825 den bijlbrief schrapte uit de lijst der publiekelijk te passeeren akten, die in het register zouden moeten worden ingeschreven en den „inhoud van bijl- of andere brieven, tot den aanbouw van het schip gepasseerd bij schriftelijke akte" rangschikte onder de niet-ingeschreven bevoorrechte inschulden. Dit doende keerde hij zich in zooverre af van het oud-vaderlandsch recht, waarin, naar wij in § 8 zagen, aan den bijlbriefhouder juist het recht van „tacitum pignus" werd ontzegd en het maken van een nadrukkelijke „clausula hypothecaria" vereischt was, om den bijlbriefhouder zaaksgevolg te geven. Door deze verandering werd de positie van den schuldeischer wegens onbetaalde bouwpenningen gelijk gemaakt aan die in den code de commerce (vg. hierboven op één na de laatste alinea van § 11), waarbij het intusschen beter ware geweest, indien men het woord bijlbrief ineens had vervangen door een omschrijving, overeenkomstig aan dien, welke in den code werd gevonden. Wij zullen hieronder zien, hoe men tot deze wijziging na 1830 nog is overgegaan.

Ten aanzien van de conventioneele scheepsverbanden stond de wetgever anders. De eenige moeilijkheid, welke hij te dien aanzien had te overbruggen, was gelegen in het feit, dat het begrip „pand" zijn algemeen karakter had verloren en in het bijzonder was verbonden aan roerend goed. Daar men nu tevens in 1825 nadrukkelijker dan vroeger de leer beleed, dat schepen roerend goed zijn, was de tekst van 1822, waarin werd gesproken van „hypotheek-brieven" niet te handhaven. Geen nood: beschikbaar was het woord „pand- of verband-brief" en „verband" was immers in de oude praktijk een synoniem van hypotheek (202)? Zoo was reeds de naam een aanwijzing, dat de wetgever een hybridisch gedrocht schiep: meer hypotheek dan pand, zooals de wetgever van 1874 opmerkte (203); een pandrecht, dat men bijna geneigd zou zijn voor hypotheek te houden, zooals SIMONS diagnostiseerde (204). Of laat ons nuchter zijn: hij schiep niets, doch liet zooveel mogelijk de zaak bij het oude. Art. 1244 van het B. W.-1830, inhoudende, dat „roerende goederen voor geene hypotheek

(202) Vg. HUBER, II, XLVII, 3; ook VAN DER LINDEN, blz. 476/8.

(203) M. v. T. op de wet van 8 Juli 1874, S. 95, tot wijziging van het B. W. inzake pand.

(204) Diss., blz. 32.

vatbaar zijn, behoudens de bepalingen van het Wetboek van Koophandel, tot schepen en vaartuigen betrekkelijk", liet hem immers op dit stuk al evenveel vrijheid als art. 1238, dat de bepalingen over pand uit dit wetboek niet toepasselijk verklaarde op zaken van koophandel. Ik kan niet gelooven, dat de wetgever hier een nieuwe rechtsfiguur heeft willen scheppen door een privilegie toe te kennen voor een inschuld uit hoofde van een overeenkomst, terwijl in het burgerlijk recht privilegie krachtens de wet wordt toegekend (art. 1180 B. W. zegt het nu uitdrukkelijk en art. 1213 B. W.-1830 bedoelde niet anders). De wetgever, wien bij dit deel van zijn arbeid, indien ik het goed zie, niets verder lag dan theoretiseeren, heeft zich ten aanzien van deze stof, ook buiten de aangegeven naamsverandering, beperkt tot in wezen onbelangrijke veranderingen: hij heeft de in 1822 gemaakte drieledige indeeling der bevoorrechte schulden weder veranderd in een tweevoudige (terug te vinden in de artt. 313 en 315 van het Wetboek-1838, onderscheidenlijk bevattende de stilzwijgende en de conventioneele zaaksverbanden), hij heeft het bovenbehandelde art. XII uit 1822 laten vervallen, omdat het niet langer zin had, nu zijn tegenhanger, art. 1540 van het ontwerp-B.W.-1820, was verdwenen, hij heeft het woord „kustingbrief" vervangen door een omschrijving van het begrip („het bedragen van de nog onbetaalde kooppenningen"), zonder ook met dit laatste iets te willen wijzigen, door er in één adem op te blijven laten volgen: „*gewone* pand- of verbandbrieven" (205).

De mannen van de praktijk hebben in elk geval niets gemerkt van eenige principiëele verandering. De Rotterdamsche Kamer van Koophandel — of liever, het is goed er zoo nu en dan even aan te herinneren, haar beide in de inleiding genoemde voorlichters — schreef althans naar aanleiding van het in art. 204 van het Wetboek-1830 aan den bijlbriefhouder toegekende voorrecht: „Dit soort van Bijlbrieven is in de Fransche wet geheel onbekend volgens welke een schip niet anders kan worden verpand of verbonden worden dan op de wijze zoo als voor alle andere roerende zaken bepaald is en waarbij uitdrukkelijk vereischt wordt dat de verbondene zaak of het onderpand gesteld worde en verblijve in het bezit van den schuldeischer of van een derden persoon

(205) Vg. A. P. Muller, Scheepshypotheek, prfschr. Leiden, 1923, blz. 76: gewoon in tegenstelling tot kusting.

tusschen partijen overeengekomen (zie Code Civil art. 2076) (206). Het blijkt intusschen dat onze wetgevers de oude soort van Bijlbrieven blijkens art. 206 (art. 315 Wetboek-1838) ook pand- of verbandbrieven op de schepen weder willen invoeren (207). Wij zien daarin wel geene zwarigheid doch moeten echter in bedenking geven of het dan ook niet noodzakelijk is, om wettelijke bepalingen te maken betreffende de form van zoodanige Bijl-, Pand- of verbandbrieven als mede betreffende de regten en verpligtingen die daaruit voortspruiten even gelijk dit ten aanzien van Chartepartijen, Bodemarijbrieven & ca. in dit Wetboek is bepaald".

Uit deze beschouwing kon de wetgever duidelijk leeren, welken indruk zijn voorstellen op den koopman hadden gemaakt. Zijn reactie daarop kan ons tot richtsnoer strekken ten einde zijn werkelijke bedoelingen te leeren kennen. Wij hebben reeds gezien, dat hij „de oude soort van Bijlbrieven" veeleer van hen te willen herstellen heeft willen afschaffen en vervangen door een in het oude recht verworpen stilzwijgend zaaksverband. Dienovereenkomstig is de wetgever van 1834/35 terstond aan het werk getogen, om het ontwerp op dit stuk te verduidelijken. Het woord „bijlbrief" werd in den ban gedaan en vervangen door een omschrijving van de zaak zelve, die men bedoelde (208): „de schuldvordering wegens den aanbouw van het schip" (art. 315, 8e, Wetboek-1838). Met betrekking tot bodemerij werd een soortgelijke verandering aangebracht: de regeering van 1834 verving het woord „bodemerijbrieven" door „bodemerij" (209) en in art. 590 uit

(206) Zoo is nog de Fransche praktijk; zoo was ook de heerschende meening onder ons Wetboek-1838 (vg. POLAK, II, blz. 184 der uitgaaf 1918; LIND, t. a. p., bl. 96; Wetboek-1838, art. 315, 2°.). Anders voor de oude wet: MULLER, t. a. p., blz. 77, en voor het tegenwoordige recht art. 318*u*.

(207) Het is hier de plaats om er op te wijzen, dat dus geheel onjuist is de meening van T. H. FOKKER, Bijdrage tot de internationaal gelijkvormige regeling der scheepsvoorrechten, diss. Amsterdam, Leiden 1907, blz. 18, als zouden deze brieven overgenomen zijn van den pandbrief uit art. 1197 (oud) B. W.-1838. De brieven uit het zeerecht dateeren uit het oud-vaderlandsch recht, die uit het B. W. was via art. 2074 c. c. overgenomen uit de Ordonnance van 1673 (artt. 8 en 9 van titel 6). Blijkens JOUSSE op deze artikelen diende deze akte in het Fransche recht slechts tegen derden.

(208) VOORDUIN, IX, blz. 330.

(209) VOORDUIN, IX, blz. 330.

den desbetreffenden titel (nummering van 1838) werd de zinsnede „ingeval een verpand schip" vervangen door „ingeval een door bodemerij verbonden schip" (210). In beide gevallen ging het om inschulden, waarvan de inschrijving niet werd gevorderd en in dit verband valt de aandacht op het antwoord, dat de regeering in die dagen gaf op de vraag van een afdeeling, „of het niet zeer nuttig zoude zijn de bedoelde akte (den gewezen bijlbrief) te doen inschrijven in de openbare registers", nl. „men vermeent, dat *privilegiën* (even als in het burgerlijk regt) niet behooren te worden ingeschreven" (211).

Hier werd dus een tegenstelling gemaakt tegenover de inschulden van art. 206 Wetboek-1830 (ongeveer gelijk aan art. 315 van het Wetboek-1838). Deze inschulden, zijnde de vorderingen voor onbetaalde kooppenningen (de oude kustingbrieven) en de „gewone" pand- of verbandbrieven, konden immers wèl door inschrijving bevoorrecht worden en waren dus in het licht van de voorafgaande mededeeling wèl meer dan een privilege. Sterker nog: er is in die dagen in de wet een heel kleine verandering gemaakt, die blijkbaar niemand in dit verband heeft opgemerkt (212). Het Wetboek-1830 liet in art. 202 (d. i. art. 312 Wetboek-1838) den eigendom van zeeschepen slechts overgaan „behoudens de regten" vermeld in de artt. 204/206 (d. i. artt. 313—315 Wetboek-1838), doch in 1834 werd daarvan met stille trom gemaakt: „behoudens de *voorregten* en regten". Naast de privileges, die niet voor inschrijving in aanmerking kwamen, dat waren ongetwijfeld de bedoelde „voorregten", verschenen dus nu „regten", wat dan in 's wetgevers gedachtengang wel moesten zijn de wèl voor inschrijving in aanmerking komende vorderingen van art. 206 (art. 315 Wetboek-1838).

Wanneer men zoo alle scherven bijeenvoegt, dan wordt het dessein plots duidelijk: door de inschrijving van de in art. 315 Wetboek-1838 bedoelde inschulden, maar alleen en eerst dan, vestigde de crediteur een recht, dat meer was dan een voorrecht, hetwelk immers volgens art. 1180 B. W. altijd wettelijk, nooit conventioneel is. Vandaar, dat de wetgever het

---

(210) VOORDUIN, X, blz. 272.

(211) VOORDUIN, IX, blz. 332.

(212) Wel toont zich POLAK in een noot op II, blz. 175, naar in zijn stelsel niet anders kan, verlegen met de destijds in dit artikel gebrachte woordkeus.

dan ook *niet* noodig heeft gevonden, om naar aanleiding van de opmerkingen, welke de Rotterdamsche Kamer van Koophandel ten aanzien van de inschulden van art. 315 in den geest van de overgeleverde oud-Hollandsche inzichten had gemaakt, iets te veranderen: hij was het *te dien aanzien* met haar eens.

Een moeilijkheid levert dan nog een oogenblik de weglating in 1834 uit art. 1244 B. W.-1830 (correspondeerend met art. 1213 van het B. W.-1838) na de bepaling, dat roerende goederen voor geene hypotheek vatbaar zijn, van den bijzin: „behoudens de bepalingen van het Wetboek van Koophandel, tot schepen en vaartuigen betrekkelijk" (213). Naar mijn oordeel heeft de regeering hiermede niets anders willen zeggen dan zij in de gedachtenwisseling met de Tweede Kamer letterlijk tot uitdrukking heeft gebracht: dat schepen niet kunnen worden *verhypothekeerd*. Daarvoor waren zij nu eenmaal roerend. Maar het wetboek spreekt dan ook sedert het ontwerp-1825 niet meer van hypotheek, maar van *pand* (en verband-) brieven. Het recht van den eischer van een „verzekerde schuld" (214) was een *bezitloos pandrecht*, door art. 1207 B. W. voor zaken van koophandel mogelijk gemaakt en in zijn uitwerking in menig opzicht zweemend naar hypotheek, hierboven aangeduid als hybridisch gedrocht. Slechts de in de overgeleverde Nederlandsche rechtsopvattingen niet passende Romeinschrechtelijke regel, dat schepen roerend goed zijn, heeft tot deze halfslachtige uitkomst gevoerd. Juist echter deze halfslachtigheid bewijst, dat ook omstreeks 1834/35 en daarmede in het Wetboek-1838 het taaie oud-vaderlandsche recht op dit stuk niet geheel was uit te roeien. Het wil mij voorkomen, dat latere geslachten niet anders zouden hebben geoordeeld, indien zij, als ik, in het kader van de rechtsontwikkeling het Rotterdamsche advies uit 1832/33 hadden kunnen inschuiven en daarmede de houding van de regeering van 1834/35 hadden kunnen zien als een reactie op hetgeen haar hooggeschatte raadgevers uit den handel als hun inzicht hadden uitgesproken.

Intusschen zijn omstreeks dienzelfden tijd in het hypotheekrecht op onroerend goed enkele wijzigingen gebracht, die oorzaak waren, dat onder de nieuwe wetgeving het „pand-

---

(213) VOORDUIN, IV, blz. 504/5.

(214) Uitdrukking te vinden in art. 9 van het K. B. van 21 Juni 1836, S. 41, over de registers.

recht" op schepen niet zóó volslagen het evenbeeld van de hypotheek op onroerend goed zou worden als in het oudvaderlandsch recht het geval was geweest. De bedingen van de artt. 1223, 1230 en 1254 B. W., alsmede van art. 297 van het Wetboek van Koophandel, zijn toen in de wet gekomen en het blijkt nergens, dat de gever van het Wetboek van Koophandel deze voorschriften ook op „verpanding" van schepen toepasselijk heeft willen achten. In het K. B. van 21 Januari 1836, Stbl. 41, waardoor de inschrijving van pand- en verbandbrieven nader is geregeld, werd bij de beschrijving van de borderellen daarvan geen melding gemaakt. Het tegendeel zou ook vrijwel onmogelijk zijn geweest, omdat deze bedingen met het zeerecht slecht vereenigbaar waren. Eigenmachtige verkoop door den eersten conventioneel zakelijk gedekten crediteur paste slecht in een stelsel, waarin deze, evenals in het oud-Hollandsche recht, slechts een zeer lagen rang innam. In dat opzicht staat ons moderne zeerecht eenigszins anders, zoodat art. 318 *p* ook art. 1223 B. W. op scheepshypotheek overeenkomstig toepasselijk kan verklaren. Op denzelfden grond was het moeilijk denkbaar den houder van een pand- en verbandbrief zeggenschap toe te kennen in zake het verhuren van een schip. Zuivering bij willigen verkoop was door art. 312 Wetboek-1838 uitgesloten. Wat ten slotte het assurantiebeding van art. 297 betreft, de toepasselijk-verklaring daarvan was slecht vereenigbaar met het beginsel van het zeerecht van 1838, dat de assurantiepenningen buiten het „fortune maritime" hield (vg. artt. 318 en 321 van het wetboek).

Kon de wetgever deze niet in zijn stelsel passende voorschriften voor de schepen dus niet overnemen, er was niets tegen, dat partijen hen aanvaardden en daarmede op de betrokken punten dit stelsel loslieten (215). Een uitzondering maakte hierbij alleen het geheel onvereenigbare beding van art. 1254 B. W. Er kon dan evenwel geen sprake van zijn die bedingen in de registers in te schrijven en zoodoende daaraan zakelijke werking te verleenen (216).

Dit eerste verschijnsel van divergentie stond er naar mijn gevoelen niet aan in den weg, dat in den gedachtengang van 1833/34 de voorschriften uit het B. W. omtrent hypotheek

---

(215) Vg. Polak, t. a. p., II, blz. 189—191.
(216) Asser-Scholten, II, blz. 449.

zooveel mogelijk naar analogie op die over scheepsverband mochten en moesten worden toegepast en dat zeker overal, waar de wet elders sprak van „pand en hypotheek", de desbetreffende voorschriften ook op scheepsverband toepassing moesten vinden. Het recht van scheepsverband was immers een mixtum compositum van beide zakelijke rechten en naar aard en wording zeker niet een derde vorm, naast deze beide.

16. *De ontwikkeling van de inzichten in de negentiende en het begin van de twintigste eeuw, uitloopend in de leer van 1906/7.* Het aan het eind van de vorige paragraaph ontvouwde inzicht was dat van de rechtsgeleerden tot geruimen tijd na de totstandkoming van het Wetboek van 1838, waarvan ik de artikelen verder zal aanhalen met toevoeging van de enkele letter K. Hierboven citeerde ik reeds S'JACOB en SIMONS. Tegenover JOLLES, die art. 774 (oud) K. (217) niet op scheepsverband toepasselijk achtte (218), trad SUTRO in het veld (219). In denzelfden geest oordeelden HOLTIUS (220), KIST (221) en BURGER (222).

Het lot heeft echter gewild, dat het scheepsverband, die eigenaardige kruising van pand en hypotheek, langen tijd een vrijwel vergeten instelling is geweest. Hierboven haalde ik reeds de meer dan koele woorden aan, waarmede de Rotterdamsche Kamer van Koophandel in 1832/33 de door haar in het Wetboek-1830 aanschouwde wederinstelling van de oud-vaderlandsche scheepshypotheek begroette: „wij zien daarin wel geene zwarigheid". Behoefte aan scheepscrediet bestond blijkbaar niet in het minst. In 1896 noemde een praeadviseur voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging deze instelling „bij schepen van geringe waarde" (223). In Frankrijk (224) en Duitschland (225) was de toestand soortgelijk.

Economische factoren hebben de slaapster gewekt. Toen in 1908 Mr. LIND voor dezelfde vereeniging sprak, waren

(217) Pand of hypotheek . . . . is nietig, enz.
(218) Rechtsgeleerd bijblad, VIII.
(219) W. 2190.
(220) Voorlezingen over het handels- en zeeregt, op art. 35, 2°. K., Utrecht, 1861, II, blz. 42/3.
(221) T a. p., V, blz. 37 en 299.
(222) T. a. p., blz. 56/7.
(223) Mr. RAHUSEN.
(224) MULLER, t. a. p., blz. 95.
(225) Idem, blz. 98.

naast de in 1899 als eerste in haar soort opgerichte Eerste Nederlandsche Scheepsverband-Maatschappij reeds vijf andere in volle werking, die toen aan leeningen ruim f 28.500.000 hadden uitstaan (226). In 1922 was haar aantal tot dertien geklommen, waarvan twaalf een gezamenlijk bedrag van f 94.000.000 aan pandbrieven hadden uitstaan (227). Daar toen de taaie wetgeving van 1838 nog recht overeind stond, geloof ik niet hard eraan, dat de vele bevoorrechte inschulden van art. 313 K. in de eerste plaats schuldig zijn geweest aan de late ontplooiing van het scheepscrediet ten onzent. Dat T. M. C. Asser dit in 1874 meende (228), kan ik plaatsen, doch dat Fokker (229) in 1907 en Lind in 1908 deze opvatting nog deelden, begrijp ik niet. De talrijke privileges waren natuurlijk voor den geldschieter niet aangenaam en dus niet bevorderlijk voor het conventioneele scheepsverband, doch in de praktijk hebben zij niet verhinderd, dat dit is opgebloeid als de roos van Jericho, zoo schoon en zoo snel, toen de economische verhoudingen daarvoor rijp waren geworden. Veeleer kan ik mij vereenigen met den heer E. D. van Walree, één der deskundigen, die in 1914 zijn geraadpleegd door de commissie van advies betreffende het ontwerp-verdrag van Brussel inzake bevoorrechte schulden op schepen, volgens wien de bijzondere vlucht, welke het scheepshypotheekbedrijf in Nederland had genomen, erop wees, dat de wettelijke regeling der materie in de practijk niet tot overwegende moeilijkheden aanleiding gaf (230). Wellicht moet men het lange leven van de tegengestelde meening verklaren uit tegenzin tegen het prijsgeven van een argument voor de vurig begeerde herziening van de verouderde wetgeving.

Wat daarvan zij, de rechtswetenschap ontdekte in de twintigste eeuw het scheepsverband als het ware opnieuw, nadat zij in de ongeveer zeventig jaren, welke na het tot stand komen van de wet waren verloopen, alle contact met het punt van uitgang, het oud-vaderlandsch recht, te dezer zake had verloren. Bovendien had in dien tusschentijd Frankrijk, het land, dat onder het ancien régime het Ro-

---

(226) Lind, t. a. p., blz. 89/90.
(227) Muller, t. a. p., blz. 86.
(228) Zie Lind, blz. 163.
(229) T. a. p., blz. 18.
(230) Blz. 49 van de als bijdrage bij de notulen in druk uitgegeven adviezen.

meinsche recht op dit stuk volledig had gerecipieerd, in 1874 de hypothèque maritime in optima forma uitgevonden en hadden zijn juristen de leer van het scheepsvoorrecht uitgebouwd (231). Onder deze geheel veranderde verhoudingen werd de oud-Hollandsche scheepshypotheek in haar vermomming als scheepsverband niet meer herkend, althans niet erkend, doch werd haar de nederiger rol van eenvoudig „voorrecht" toegewezen. Eerst viel zij ten jare 1906 in een waar dogmatisch tournooi, vooral onder de stooten van JITTA en MEIJERS (232). Het historisch betoog van den laatste, dat uiteraard in een weekbladartikel niet tot de diepste diepte kon doorstooten, ging m. i. in den tijd niet zoover terug als noodig was geweest en miste bovendien noodzakelijkerwijs de voorlichting, die de Rotterdamsche adviezen uit 1832/33 thans bieden over de toenmalige inzichten.

Voor de praktijk werd de zaak een jaar later in denzelfden geest beslist door het arrest van den Hoogen Raad van 10 Januari 1907, W. 8490, waarbij art. 128 F. („interesten . . . . . door pand of hypotheek gedekt") m. i. ten onrechte ten aanzien van scheepsverband niet toepasselijk werd verklaard (233). De toen door den Hoogen Raad en zijn procureur-generaal POLIS aangevoerde gronden kunnen mij althans niet overtuigen. Het beroep op de definitie van „hypotheek" in art. 1208 B. W. verwaarloosde den regel, dat de algemeene wet voor een bijzondere wijkt. Tegenover art. 318*k* van het tegenwoordige wetboek van koophandel zal niemand toch meer op grond van deze bepaling uit het B. W. durven volhouden, dat scheepshypotheek onbestaanbaar is. Onder het Wetboek-1838 was dat m. i. evenmin mogelijk ter wraking van het zeerecht, dat op grond van logische en historische interpretatie aan den wetstekst was te ontleenen. Op denzelfden grond had m. i. het beroep op de artt. 1196 en 1198 B. W. behooren te falen, vooral en te meer met het oog op de in art. 1207 voor zaken van koophandel gemaakte uitzondering. De geschiedenis van art. 1213 B. W. (art. 1244 B. W.-1830) heb ik in de vorige paragraaph reeds besproken en als argument tegen het hier verdedigde inzicht uitgeschakeld. Rest het beroep van den Hoogen Raad op art. 84 K., waar voor het geval van faillissement van een

(231) Vg. BONNECASE, onderscheidenlijk § 757*bis* en 450 e. v.
(232) Vg. W. 8320, 8324, 8327, 8332, 8333, 8334, 8336, 8337, 8343.
(233) Volgens deze leer gold hetzelfde voor art. 57 F.

commissiegever enkele bij de Faillissementswet ten aanzien van den pandhouder gemaakte bepalingen op den commissionair en tegenover hem van toepassing zijn verklaard. In de eerste plaats moet in dit verband worden opgemerkt, dat dit artikel geen recht bevat uit de dagen van onze codificatie, daar het eerst in 1874 in ons Wetboek van Koophandel is gebracht (234). En dan kan het nog alleen bewijzen, dat de toenmalige wetgever het voorrecht van den commissionair niet op één lijn stelde met pandrecht, hetgeen toch niet tot de conclusie kan voeren, dat destijds in art. 318 K. een soortgelijke verwijzing had moeten zijn gemaakt, om op scheepsverband toepasselijk te doen zijn wat voor pand en/of hypotheek is voorgeschreven.

Napleiten helpt niet: in de twintigste eeuw is de rechtsovertuiging gerijpt, dat een scherp onderscheid moest worden gemaakt tusschen de conventioneele zaaksverbanden uit het Burgerlijk Wetboek en uit het Wetboek van Koophandel, zoodat de bepalingen omtrent pand en hypotheek *niet* (voor zoover mogelijk) analogisch op scheepsverband toepasselijk werden geacht (235).

17. *Het Rotterdamsche ontwerp-zeerecht uit 1901.* Gaan wij thans na, hoe de generatie, die was gekomen tot de in de vorige paragraaph geschetste inzichten, in deze overtuiging heeft gearbeid aan de herziening van de wetgeving van 1838. De eerste proeve van een min of meer uitgewerkte regeling is daarbij, hetgeen in onze dagen wel een groote uitzondering mag heeten, gekomen van de zijde van de mannen van de praktijk. De Rotterdamsche Kamer van Koophandel heeft tusschen 1898 en 1901 een ontwerp doen samenstellen, dat later lof van de zijde van den rijkswetgever heeft geoogst (236). De daartoe aangewezen commissie bestond uit de heeren A. Plate en Ph. van Ommeren Jr., bekende namen uit het reeders- en cargadoorsbedrijf, alsmede uit den groothandelaar W. Pluygers en den secretaris der Kamer, den advocaat Mr. Th. Reepmaker, terwijl zij nog den buitenstaander Mr. Th. Fruin, evenzeer bekend advocaat, bereid vond, om aan haar arbeid deel te nemen.

---

(234) Wet van 4 Juli 1874, S. 89.

(235) Buiten de hierboven besproken verschilpunten was het onderscheid niet bijzonder belangrijk; vg. Polak, II, blz. 189.

(236) Wetsontwerp van 8 Mei 1920 tot herziening van het Wetboek van Koophandel (1919/20, no. 448), M. v. T., blz. 2.

Gaarne zal ieder instemmen met de voor het getoonde initiatief uitgesproken waardeering. Dat de vorm, waarin de stof werd geboden, nog niet rijp voor het Staatsblad was, de commissie zelf stelde dit op den voorgrond: haar voorstel was slechts een samenstel van uitgewerkte wenschen (237). Erger vind ik dan ook, dat deze wenschen zelf, wat het onderdeel van het zeerecht, dat ons thans bezighoudt, betreft, goeddeels weinig instemming verdienden. Ook deze practici hadden — kan het anders — het contact met de oude rechtsinzichten verloren. Bovendien is de stof van den eersten titel van ons zeerecht overwegend dogmatisch en daardoor voor den man van de praktijk niet licht begrijpelijk en niet bijster belangwekkend. Deze omstandigheden verklaren, waarom de arbeid van de Rotterdamsche commissie ons, althans wat het zakenrecht betreft, moet teleurstellen.

De formule, dat schepen roerend goed zijn, stond „natuurlijk" weder aan het hoofd der materie (eersten titel, art. 2), maar het was zeker niet in de lijn van de rechtsontwikkeling, om deze uitspraak aan te dikken met de — op zichzelf onnoodige — toevoeging, dat alle bepalingen op roerende goederen, voor zoover daarvan niet werd afgeweken, op schepen van toepassing zouden zijn.

Schepen en schepen in aanbouw konden volgens dit ontwerp (art. 4) op openbare registers worden teboekgesteld. „Het ontwerp sluit zich bij de praktijk (238) aan", zoo luidde de toelichting, „door de teboekstelling facultatief te stellen, onafhankelijk van hun grootte". Daar het bepaalde zoowel op zee- als op binnenschepen sloeg, was deze mededeeling naar de letter juist, doch gaf zij toch wel een eenigszins scheef beeld van den toestand. In de eerste plaats was krachtens art. 309 K. toch inschrijving van een zeeschip noodig om dit te kunnen leveren en voorts was bedoelde vrijheid zeer beperkt geworden, doordat de wet van 28 Mei 1869, Stbl. 96, intusschen had bepaald, dat een zeebrief slechts werd afgegeven na in- of overschrijving van een schip hier te lande. Wie ter zee de Nederlandsche vlag wilde voeren, was dus in feite reeds niet vrij, om zich van inschrijving te onthouden. Zonder zich verder omtrent deze geldende wet uit te laten

---

(237) Blz. 5.

(238) In 1837 sprak men van „verpligting ter inschrijving" (Bijdragen, 1837, blz. 87), doch in 1850 constateerde S'JACOB reeds „onvergefelijke nalatigheid".

ging de Kamer nu op die theoretische vrijheid voor zeeschepen een geheel nieuw en — het moet gezegd — vrij zonderling stelsel bouwen. Zij deelde de zeeschepen, zonder eenige grens te trekken naar hun inhoud, in twee rubrieken in: eene van op verzoek der eigenaren ingeschreven schepen, waarvan levering slechts zou kunnen plaats vinden door overschrijving in de registers (art. 4), en de andere van schepen, welker eigenaren niet tot inschrijving waren overgegaan en die dus krachtens het voormelde art. 2 eenvoudig als elk roerend voorwerp zouden kunnen worden geleverd. Op schepen van de eerste groep zou een zakelijk recht van hypotheek gevestigd kunnen worden (art. 12), terwijl op de tweede groep een pandrecht zou kunnen worden gevestigd (art. 14). Afgezien van den indirecten dwang van den zeebrief, welke de Kamer als gezegd negeerde, kreeg ieder scheepseigenaar dus de vrije keus tusschen het aanvaarden van het „roerend goed" of van het „onroerend goed" regime voor zijn schip, onverschillig de grootte daarvan. Anders gezegd: hij mocht het stelsel van de Ordonnance van 1681 of van het oud-vaderlandsche recht ad libitum op zijn schip toepassen. Een vaste lijn werd dus zeker niet getrokken (239).

Ten aanzien van de wettelijk bevoorrechte inschulden hield het ontwerp der Kamer van Koophandel een geweldige opruiming onder de lange lijst van art. 313 van het wetboek. Evenwel joeg zij — althans in de oogen van een bepleiter der scheepshypotheekbankbelangen als Mr. Lind (240) — den duivel met Beëlzebub uit door, terugkeerende tot het stelsel van den code en het ontwerp-1809, iedere scheepsschuld preferent te verklaren, zij het dan alleen voor zoover zij was gemaakt na den aanvang der laatste reis (art. 6), hetgeen trouwens ook met de meeste stilzwijgende scheepsverbanden uit het wetboek het geval was. De vereenvoudiging was dus meer schijn dan werkelijkheid.

De bevoorrechting zou duren tot dertig dagen na het einde der reis of, waren de schulden nadien gemaakt, in het geheel dertig dagen. Schadee heeft later geschreven (241), dat de

(239) Mr. Lind betoonde zich t. a. p. op blz. 152 e. v. eveneens afkeerig van dit stelsel.

(240) T. a. p., blz. 164. In het debat bleek Mr. Levy van geheel andere meening; hij achtte maritiem crediet gevaarlijk. Wellicht zou hij in onze dagen niet meer zoo geheel alleen staan als hij in 1908 deed (Handelingen II, blz. 27).

(241) T. a. p. ad art. 318 *c*.

Vereeniging van Directeuren van Scheepshypotheekbanken betreurde, dat in het in 1920 ingediende officiëele ontwerp niet was overgenomen het Rotterdamsche stelsel: „inschrijving van het voorrecht te eischen binnen dertig dagen na het ontstaan der schuld". Deze opmerking moet op een misverstand berusten, want het Rotterdamsche ontwerp kende geen inschrijving van stilzwijgende scheepsverbanden; slechts bepaalde het in het tweede lid van art. 6, dat het voorrecht behouden bleef, indien de vordering langs gerechtelijken weg geldend was gemaakt binnen den gestelden termijn of als de schuldenaar in dien tijd failliet was verklaard. Dit voorschrift was slechts een toepassing van het beginsel — en als zoodanig van zelf sprekend —, dat een vervaltermijn wordt gestuit door een gedurende zijn loop aangevangen rechtsgang ter verwezenlijking van het door den termijn in zijn levensduur begrensde recht (242).

Ten aanzien van het zaaksgevolg hielden de Rotterdamsche „wetgevers" zich aan de eenvoudige beginselen van het oudvaderlandsch recht: de bevoorrechte schulden zouden op het schip onbeperkt onder derden kunnen worden verhaald (art. 10). Zij bewogen zich in dezelfde richting door, als vermeld, hypotheek op ingeschreven schepen toe te laten (art. 12), ook reeds tijdens den aanbouw. Goed ouderwetsch was evenzeer de volkomen gelijkstelling met hypotheken uit het Burgerlijk Wetboek. Zelfs werd dus zuivering mogelijk bij willigen verkoop (art. 1254 B. W.), anders dan voor de stilzwijgend bevoorrechte inschulden werd voorzien. Dit is m. i. wel de belangrijkste les, welke uit dezen titel van het ontwerp is te trekken: ten aanzien van conventioneel scheepsverband wilde het bedrijfsleven een geheel andere richting uit dan door de in de vorige paragraaph behandelde interpretatie van het W. v. K. uit 1906/7 werd gewezen. De drang naar herziening kon dus door de in die jaren heerschend geworden leer slechts worden versterkt.

18. *De ontwerp-conventie van Brussel inzake unificatie van scheepsvoorrechten en -hypotheken; het advies daaromtrent van de Rotterdamsche Kamer van Koophandel uit 1914; eerste teekenen van den invloed van* MOLENGRAAFF *op de in-*

---

(242) Vg. mijn „De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren beschouwd naar wezen, begrenzing en onderlinge verhouding", diss. Leiden, Wageningen, 1932, § 158.

zichten van het bedrijfsleven in deze materie. In de eerste jaren na de verschijning van het Rotterdamsche ontwerp bestond gelegenheid tot streven naar verbetering van het geldende zeerecht, behalve voor enkele ingewijden, practisch alleen in het medewerken aan het tot stand brengen van een internationale regeling op het gebied van unificatie van zakelijke rechten op schepen (243). Het „Comité Maritime International" behandelde dit onderwerp in 1904 te Amsterdam, stelde in 1905 te Liverpool een avant-projet op en kwam in 1907 te Venetië tot een gewijzigd ontwerp (244). In 1913 bracht te Brussel een sub-commissie van de Internationale Zeerecht Conferentie (1909/10) een ontwerp-conventie tot stand. In Maart 1914 bracht de Rotterdamsche Kamer van Koophandel over dit laatste stuk haar advies uit aan den Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel (245).

Het ontwerp-verdrag liet den vorm van de zakelijke zekerheid in het scheepscrediet over aan de verdragsluitende partijen: wederzijds zou men deze vormen erkennen. De Rotterdamsche Kamer van Koophandel vond in dit voorschrift aanleiding tot het uitoefenen van critiek op ons Nederlandsche scheepsregister: „In Nederland, waar de inschrijving reeds geschiedt vóórdat de zeebrief is uitgereikt, kan men ieder schip, ook van vreemde nationaliteit, doen inschrijven. Het komt aanbevelenswaardig voor . . . . . inschrijving slechts van schepen van eigen nationaliteit toe te laten". De Kamer noemde een bepaling in dezen zin „juist zoo noodig" (246). Bij haar arbeid uit 1899/1901 had zij hetzelfde inzicht nog niet getoond. Ik acht het zeer waarschijnlijk, dat het contact, hetwelk de gewezen voorzitter der Kamer, de heer A. Plate, en haar toenmalige onder-voorzitter, de heer Ph. van Ommeren Jr., tusschen 1905 en 1907 met de officiëele zeewetgeving ten onzent hadden gehad (247), tot het ontstaan van deze nieuw kenbaar gemaakte meening had bijgedragen. In dezen gedachtengang neem ik de vrijheid, om dezen aandrang meer juridisch dan commerciëel te noemen. Het moet

(243) Vg. voor het geheel: Paunesco, t. a. p., blz. 95 e. v.

(244) Zie ook Lind, t. a. p., blz. 145 e. v.

(245) Jaarverslag 1914, blz. 158 e. v. der bijlagen.

(246) Jaarverslag 1914, blz. 120.

(247) Ontwerp 1920, memorie van toelichting, blz. 2/3. Bij de behandeling van de verdere titels van het Rotterdamsche ontwerp-1901 zullen wij zien, dat deze invloed van Molengraaff buiten het zakenrecht reeds eerder tot uiting is gekomen.

den koopman als zoodanig weinig kunnen schelen, of ook vreemde schepen in het scheepsregister staan ingeschreven, indien slechts voor de verleening van een zeebrief, naast de inschrijving in het register, andere eischen ten waarborg van de nationaliteit van het schip worden gesteld, gelijk onze wet van 1869 op de zeebrieven deed.

Wat de bron van deze aanmerking zij, de aangesneden vraag was gewichtig, want zij had tot strekking algeheele wijziging van het karakter der scheepsregisters in een richting, die afweek van de tot op dat tijdstip in het Nederlandsche recht gevolgde. Bij de beschrijving van de wording van ons Wetboek-1838 heb ik er reeds op gewezen, dat daarbij ten aanzien van de scheepsregisters ten onrechte een beroep werd gedaan op vreemde voorbeelden (zie § 13). In het oudvaderlandsch recht had men, naar wij zagen, gewild, dat overdracht en belasting van schepen, als feitelijk onroerend goed, voor het gerecht plaats vond. Open eigendomsverwerving dus als beginsel en daarmede, als feitelijk sequeel, registratie. Volgens den regel „locus regit actum" moest elke overdracht hier te lande van schepen van meer dan vier lasten, van welke nationaliteit ook, op die wijze plaats vinden, gelijk elders Nederlandsche schepen eveneens naar de plaatselijke wetten werden overgedragen. Ik meen hierboven te hebben aangetoond, dat de registers van 1838 dezelfde, zuiver privaatrechtelijke, strekking hadden.

Tevens wees ik reeds erop, dat in het buitenland scheepsregisters bekend waren of werden, die publiekrechtelijke doeleinden dienden of mede dienden (248). Vooral het Britsche recht ging, naar ik mededeelde, reeds in de achttiende eeuw in deze richting. De Merchant Shipping Act 1894, streefde mede naar het vastleggen, met politieke doeleinden, van de nationaliteit der Britsche schepen. Het was de overneming van dit, aan ons toenmalig recht geheel vreemde, element, waarvoor de Rotterdamsche Kamer van Koophandel in 1914 pleitte bij een gelegenheid, die daartoe niet noodzakelijk voerde. Anders dan in 1898/1901 neigde zij daarmede in 1914 naar het Engelsche recht. Dit standpunt, dat in onze geldende wetgeving is overgenomen, hoop ik hieronder, bij de behandeling daarvan, critisch te beschouwen. Voor het oogenblik volsta ik met het signaleeren van dit treffend blijk van den invloed, dien MOLENGRAAFF op de mannen van de prak-

(248) Vg. LIND, t. a. p., blz. 112 e. v.

tijk had verworven. Ik kan mij althans niet goed voorstellen, dat zij in 1914 ongevraagd een technisch-juridisch desideratum zouden hebben geformuleerd, waaraan zij in 1901 nog niet dachten, indien het veel geroemde contact, dat MOLENGRAAFF — wiens neiging, om zich naar Angelsaksisch recht te richten door NABER zoozeer is gehekeld (249) — met hen had verkregen, hier niet den vorm had genomen van de relatie tusschen sleepboot en sleepschip, om een aan de scheepvaart ontleende vergelijking te gebruiken.

Ook met betrekking tot de bevoorrechte inschulden in het zeerecht was, sedert de Rotterdamsche Kamer van Koophandel omstreeks 1900 haar ontwerp maakte, een geheel andere richting ingeslagen. In plaats van de vage algemeenheid, die wij daarin vonden, kwam eerst de zeer sobere regeling van het voor-ontwerp van Venetië uit 1907, waarin de praktijk, naar LIND met welbehagen vermeldde, bijna alle privileges met krachtige hand eenvoudig wegvaagde (250). Ook dit verschijnsel was een symptoom van Engelschen invloed. Daarna is echter eenige reactie gevolgd onder aandrang van, vooral, Amerika (251). Het Brusselsche ontwerp van 1913 kende althans weder: in gelijken rang gerechtskosten en publieke heffingen (vg. artt. 317, 313, 1e (ten deele) en 313, 2e K.), vervolgens achtereenvolgens de loonvorderingen (313, 5e K.), berg- en hulploonen (de rest van 313, 1e, K.) en bijdragen in den avarij-omslag (in ons wetboek-1838 niet bevoorrecht); nooduitgaven van den kapitein in vreemde havens (ongeveer 316, 6e K.); aanvaringsvorderingen e. d. (in ons K.-1838 niet bevoorrecht) (252). Van beperking tot „de laatste reis" was in dit ontwerp geen sprake (art. 6). Het zaaksgevolg onder derden was onbeperkt (art. 9) en de termijn voor verval bedroeg — naast de oorzaken van verval, aan de nationale

---

(249) In zijn hierboven reeds meer aangehaalde tijdschriftartikelen.

(250) T. a. p., blz. 101; Mr. A. P. MULLER, Scheepshypotheek, diss. Leiden, Amsterdam, 1923, blz. 26/7; Mr. R. P. CLEVERINGA, Het nieuwe zeerecht, 1927, blz. 67/8.

(251) Vg. het protest daartegen van de Nederlandsche Vereeniging van directeuren van Scheepshypotheekbanken aan de conferentie te Genua in 1925; PAUNESCO t. a. p., blz. 131 en 180/1.

(252) De definitieve tekst van Brussel (1926) heeft de volgorde van laatstgenoemde beide omgedraaid. Het voorontwerp-1922 kende nog als bevoorrecht de vorderingen voortvloeiend uit het cognossement.

wetgevingen eigen — over het algemeen één jaar na het ontstaan, met mogelijkheid van schorsing en stuiting, naar de voorschriften van de nationale wetgevingen (lex fori; art. 10).

De Rotterdamsche Kamer van Koophandel protesteerde in haar advies van 1914 tegen deze van haar beginselen van vijftien jaar geleden zoozeer afwijkende regeling in het geheel niet. Integendeel aanvaardde zij het stelsel implicite door haar instemming te betuigen met de opneming van de vorderingen wegens aanvaring onder de bevoorrechte inschulden. Ook hier weder dus invloed van Engeland, waar deze „maritime lien" krachtens „judge made law" een hooge plaats inneemt (253). Deze uitspraak was te merkwaardiger, omdat op de internationale conferenties door Frankrijk, in welks recht voor privileges ten behoeve van vorderingen (quasi) ex delicto geen plaats was, krachtige tegenstand was geboden tegen dit voorrecht, vooral met het oog op het maritiem crediet. Volledigheidshalve zij nog erop gewezen, dat ook in het geheel uit het oog verloren oud-vaderlandsch recht geen sprake kon zijn van preferentie voor zulke vorderingen. Op voetspoor van het Engelsche recht won hier intusschen het inzicht veld, dat dit voorrecht „eisch van recht" was (254).

19. *Het nieuwe zeerecht met betrekking tot rechtskarakter en eigendomsoverdracht van schepen.* Na deze jaren van overweging en voorbereiding is van 1914 tot 1927 de tweede, openbare, phase van de wording van het nieuwe Nederlandsche zeerecht gevolgd.

Naar mijn meening is het te betreuren, dat de regeling daarin van het in deze studie nader beschouwde onderdeel weder is gebouwd op den ouden, daarbij in het geheel niet passenden, grondslag: schepen bleven „roerend goed", zij het dan, dat de herhaling in het Wetboek van Koophandel van deze (on)waarheid, reeds in art. 566 B. W. gedebiteerd, aan onzen modernen wetgever onnoodig heeft toegeschenen. De sterke oriënteering van den wetenschappelijken voorvechter op het Engelsche recht, waarin „mortgage" zoowel op roerend als op onroerend goed kan worden gelegd en deze verdeeling van de zaken dus voor het scheepscrediet zonder

---

(253) Vg. LIND, t. a. p., blz. 134 e. v., 144/5; FOKKER, t. a. p.; PAUNESCO, t. a. p., blz. 16 e. v.

(254) SCHADEE, t. a. p., op art. 318*c* K.

belang is, heeft vermoedelijk in de hand gewerkt, dat een beginsel werd gehandhaafd, hetwelk in strijd moet worden geacht met den dogmatischen grondslag van de stof. Als men bedenkt, dat voor ons tegenwoordig privaatrecht de kern van het onderscheid is gelegen in eenerzijds de publiciteit in registers, die ook voor schepen bestaan, en anderzijds in den regel van art. 2014, welken art. 318 *b* K. voor geregistreerde schepen uitsluit, dan kan men zich niet onttrekken aan den indruk van een lichtelijk belachelijk „huldigen" van een in wezen niet-gehuldigd beginsel. Het wil mij voorkomen, dat MOLENGRAAFF als commentator van de nieuwe wetgeving (255) het paard wel eenigszins achter den wagen heeft gespannen met de nuchtere opmerking, dat te dezer zake uit het oog schijnt te zijn verloren, dat schepen juist ten aanzien van vervreemding en bezwaring zijn onderworpen aan een regeling, welke overeenkomt met die, welke voor onroerende goederen geldt. Nu kan worden toegegeven, dat de praktische gevolgen, welke het beginsel nog heeft (256), niet belangrijk zijn, maar daarin schuilt nog geen rechtvaardiging van de handhaving (257).

De nieuwe wet grijpt terug naar het oud-vaderlandsch recht door in art. 314 zeer kleine schepen geheel onder de regeling voor roerend goed te laten. De grens heeft men gelegd bij een inhoud van 20 M^3 of ongeveer 3,5 last, dus nauwelijks verschillend van die uit het oud-vaderlandsch recht. Mede gelet op de zoozeer veranderde omstandigheden is de scheidslijn wel erg laag getrokken. De aanvankelijk voorgestelde grens, bij 50 M^3 of bijna 9 last, was althans minder slecht gekozen: reeds in 1833/34 meende de Tweede Kamer, dat zeeschepen beneden tien last niet voorkwamen (258). De verlaging tot 20 M^3 is n.b. in de wet gekomen, omdat de Tweede Kamer daardoor aansluiting wenschte te verkrijgen bij de wetgeving op binnenschepen uit 1833/34! Men zou wel eens verlangen, dat een zeerechtwetgever ook begrip van een schip had.

---

(255) Kort begrip van het nieuwe Nederlandsche zeerecht, 1928, I, blz. 25.

(256) Vg. MOLENGRAAFF, Kort begrip, I, blz. 25; KIST-LOEFF, § 48; MOLENGRAAFF, Leidraad, II (STAR BUSMANN en ZEVENBERGGEN), blz. 612.

(257) Mr. LIND (t. a. p., blz. 96) heeft in 1908 te kennen gegeven, huiverig te zijn, om te dezen aanzien terugkeer naar het oud-Hollandsch recht te adviseeren.

(258) VOORDUIN, IX, blz. 314. Vg. noot 148.

Het zou naar mijn gevoelen logisch zijn geweest, indien de wetgever nu eindelijk datgene had aangedurfd, waarvoor het oud-vaderlandsch recht onder den invloed der romaniseerende juristen terugschrok (259), namelijk het scheppen van een zuiveren toestand door gulweg kleine schepen te bestempelen als roerend en grootere als onroerend goed. Nu zegge men niet, dat het onjuist zou zijn, om zoo het eene schip roerend en het andere onroerend te achten. Dit doodvaren op de bestemming van het rechtsobject zou zeer misplaatst wezen: al bieden een tent en een huis beide onderdak, daarom kan men toch de eerste roerend en het tweede onroerend achten. Duurzame bestemming als vruchtdragend vermogensbestanddeel (260) heeft zoowel het niet zeer kleine schip als het huis. Niet anders dan in de zeventiende eeuw zijn zij daarom voor ons rechtsbewustzijn *on*roerend, n'en déplaise de verouderde, romaniseerende onderscheiding in verplaatsbare en niet verplaatsbare goederen van art. 565 B. W. Ons moderne zeerecht had dit verouderde beginsel uit het Romeinsche recht, dat in ons Burgerlijk Wetboek is blijven hangen, even goed kunnen negeeren als het zulks door roerend goed voor hypothekeering vatbaar te verklaren met andere hoofdvoorschriften uit het burgerlijk recht heeft gedaan. Waarom MOLENGRAAFF meende, dat een schip in aanbouw (art. 312 K.) slechts „nagenoeg geheel" het karakter van onroerend goed heeft (261), begrijp ik eerst recht niet; het is zelfs, naar het stelsel van ons geldend burgerlijk recht, even onroerend als een onafgeplukte boomvrucht (art. 562, 3e B. W.).

De „onroerende" schepen worden ingeschreven in een register (art. 314 K.). Met het oog op het in de vorige paragraaph medegedeelde spreekt het wel vanzelf, dat de wetgever daarin slechts Nederlandsche schepen te boek gesteld wenscht te zien. Het is opmerkelijk, dat deze belangrijke bepaling nergens afdoende is gemotiveerd. Algemeenheden als wij vinden in de memorie van toelichting op art. 311 K., dat „het verstandige politiek (is) binnen den kring der Nederlandsche rechtszorg alleen die schepen te betrekken, welke toebehooren

---

(259) HOLTIUS ging (t. a. p., blz. 27, op art. 109 K.) blijkens het voorafgaande zeker te ver door te leeren, dat het oudere Hollandsche recht de grootere schepen „gaafweg" met ontilbare goederen gelijk stelde.

(260) ASSER-SCHOLTEN, II, blz. 13.

(261) Kort begrip, I, blz. 29.

aan personen, wier belangen geacht kunnen worden nationale belangen te zijn", mogen toch niet als behoorlijke gronden gelden. Met dezelfde redeneering zou men — ten onrechte — een einde kunnen maken aan de inschrijving van vreemdelingen in het bevolkingsregister, aan de inschrijving van aan vreemdelingen toebehoorende handelszaken in het handelsregister, van aan vreemdelingen toebehoorende huizen in het hypotheekregister. Men doet dit niet, omdat aan de inschrijving van vreemde personen en objecten in die registers Nederlandsche belangen zijn verbonden. Oudtijds nu gold ten onzent ook de verleening van publiciteit aan elke scheepsoverdracht in dit land als een algemeen belang en de registers uit het Wetboek-1838 beteekenden een voortzetting van die traditie.

Naar mijn gevoelen is uit privaatrechtelijk oogpunt daar alles voor en niets tegen te zeggen, vooral als men bedenkt, dat elk schip vreemd is, dat niet voldoet aan de strenge eischen van art. 311 K. De argumenten, in de memorie van toelichting tot verdediging van het stelsel aangevoerd, hadden, voor zoover zij hout sneden, dan ook uitsluitend betrekking op het politieke, publiekrechtelijke belang, om „het Nederlanderschap der schepen" te regelen. In de uitgaaf 1914 werd gewezen (262) op het gevaar, dat door de op dit stuk gebrekkige regeling van de toenmalige Nederlandsche wetgeving onze vlag in tijden van oorlog niet zou worden geëerbiedigd en de uiteindelijke memorie van toelichting uit 1920 kon daaraan toevoegen, dat de wereldoorlog had geleerd, dat dit gevaar niet denkbeeldig was. Zoo is ten leste ook in onze wetgeving de vermenging van publiek- en privaatrecht ontstaan, waarop Mr. Lind in 1908 ten aanzien van de toenmalige vreemde wetgevingen meer dan eens heeft gewezen (263). De bijzondere commissie uit de Tweede Kamer, die verslag over het wetsontwerp heeft uitgebracht, heeft bij de behandeling van art. 314 bezwaren geopperd tegen deze frontverandering en Mr. de Monchy heeft in 1924, althans ten aanzien van binnenschepen, vragen van dezelfde strekking geformuleerd (264): „Brengt het algemeen belang niet mede, dat wij

---

(262) Blz. 105.

(263) T. a. p., blz. 112—140.

(264) Prae-advies Vde Binnenscheepvaart-congres (1924): Internationale regeling van het recht betreffende hypotheek op binnenschepen. Vg. ook art. 749 van het ontwerp-binnenvaartrecht 1929.

vreemd kapitaal tot ons trekken en spruit daaruit niet voort, dat zij die hier te lande gevestigd zijn, maar niet genaturaliseerd zijn, dan ook hier te lande eigendommen mogen bezitten en die eigendommen op hun naam ook hier te boek stellen?"

Als ik deze denkbeelden uit economisch oogpunt steun — en maakt deze regeling niet een onderdeel uit van het *handelsrecht*? — dan bestrijd ik daarmede uiteraard niet de rechtmatigheid van het streven naar een duidelijke, doeltreffende regeling van het Nederlanderschap van zeeschepen (265), doch kom ik er slechts tegen op, dat daarvoor een privaatrechtelijke regeling wordt — het harde woord moet eruit — misbruikt. Zulks te meer, omdat deze verwarring van verschillende elementen allicht voert tot consequenties, die de regeling uit privaatrechtelijk oogpunt niet geheel doeltreffend doen zijn. Ik vind het toch niet aanbevelenswaardig, dat vreemde schepen hier te lande tusschen vreemdelingen kunnen worden verhandeld zonder eenige onzerzijds voorgeschreven formaliteit. Onze wet geeft immers voor verkoop in Nederland van vreemde schepen, die daardoor niet Nederlandsch worden, vollen vrijdom van vorm, doordat zij iederen vorm voor de Nederlandsche of Nederlandsch wordende schepen reserveert. MOLENGRAAFF heeft deze zelfde gedachte wat anders uitgedrukt door te schrijven, dat op vreemde schepen het recht betreffende roerende goederen in vollen omvang van toepassing is (266). In dien gedachtengang wordt de onderscheiding roerend-onroerend toch wel volslagen gedenatureerd. Zoo logisch als het mij toelijkt, dat een zeer klein schip „roerend" en een grooter schip „onroerend" kan zijn, zoo verwerpelijk acht ik het, dat op één en hetzelfde schip bij verhandeling

---

(265) Het is buiten twijfel, dat onze nieuwe regeling op dit stuk, evenals trouwens die van het handelsregister, uitvloeisel is van de oorlogsmentaliteit. Reeds de bijzondere commissie uit de Tweede Kamer, die het wetsontwerp in zijn oorspronkelijken vorm heeft behandeld, achtte de toen gestelde eischen te hoog, waarop eenige matiging is gevolgd. Daarna heeft de regeering in 1925 weder verder willen gaan dan het tegenwoordige art. 311 K. inhoudt, doch zij is toen opnieuw eenigszins teruggeweken op grond van verzet uit de praktijk (Nederlandsche Reedersvereeniging; Kamers van Koophandel Amsterdam en Rotterdam); vg. het Verslag op wetsontwerp 363 (1924/5), later geworden tot de wet van 10 Juni 1926, S. 171, opgenomen in W. 11495.

(266) Kort begrip, I, blz. 30; Leidraad II (STAR BUSMANN en ZEVENBERGEN), blz. 613.

hier te lande de voorschriften voor „roerende" of voor „op dezelfde wijze als onroerende zaken behandelde roerende" goederen toepasselijk kunnen zijn, al naarmate de eigenaar niet of wel van Nederlandsche nationaliteit is.

Al even onbevredigd laat de nieuwe wetgeving ons, wanneer wij trachten uit te zoeken, hoe een Nederlandsch schip hier te lande aan een vreemdeling moet worden geleverd. LOEFF geeft in overweging (267), om dan eerst schrapping uit het register te doen plaats vinden — op zichzelf vreemd, doch meestal niet onmogelijk, omdat ten aanzien van bijna alle zeeschepen sanctie op de inschrijving ontbreekt — en daarna te leveren door overgaaf. Daarentegen meende MOLENGRAAFF (268), dat in dit geval de levering door enkele overgaaf reeds tijdens de inschrijving mogelijk is, zulks in lijnrechten strijd met het eerste lid van art. 318 K.

Slechts enkele bladzijden verder (269) zag dezelfde groote rechtsgeleerde zich genoopt tot een andere, al even onbevredigende, constructie, namelijk, dat de schepen van grooter dan 20 M^3, die niet zijn ingeschreven (270), door overgaaf kunnen worden geleverd, doch dat te hunnen aanzien art. 2014 B. W. volgens art. 318 *b* K. desniettemin niet van toepassing is (271). In die opvatting is op deze schepen revindicatie gedurende dertig jaren mogelijk, ondanks het feit, dat wij te maken hebben met roerend goed in den volsten zin van het woord.

Een warnet van rechtsposities! Een stelsel, waarin de begrippen zoo kunnen verworden, is toch in en door zichzelf veroordeeld.

De oplossing lijkt mij vrij eenvoudig. Men regele het Nederlanderschap van schepen zoo streng als men wil, doch late de privaatrechtelijke registers daarbuiten. In die registers moeten alle schepen (liefst alleen boven een zekeren inhoud)

---

(267) T. a. p., § 56.

(268) Kort begrip I, blz. 45; Leidraad II (STAR BUSMANN en ZEVENBERGEN), blz. 613/4.

(269) T. a. p., blz. 48; Leidraad II (STAR BUSMANN en ZEVENBERGEN), blz. 612.

(270) Bij lezing van de memorie van toelichting op art. 314, die op ten deele in stand gebleven gronden verzekerde, dat dergelijke schepen *moeten* worden ingeschreven, is men geneigd zich af te vragen, of dit kan! De commentator MOLENGRAAFF stond al weder een eindweegs af van den wetgever van dien naam.

(271) Anders CLEVERINGA, t. a. p., in een noot op blz. 46; anders ook VAN DEN DRIES, § 36 in verband met § 40.

worden ingeschreven, welke de eigenaren in Nederland wenschen te domiciliëeren, en die schepen moeten ten bewijze daarvan worden gebrand. Elke overdracht dier schepen en elke vestiging daarop van een zakelijk recht *moet* worden aangeteekend in het register, waarin het schip is ingeschreven. Bovendien moet daarin melding worden gemaakt van elke soortgelijke transactie, welke binnen ons land plaats vindt met betrekking tot een niet in onze registers ingeschreven schip. Op deze wijze zullen de registers een zoo volledig mogelijk beeld bieden van den zakenrechtelijken toestand van alle schepen, waarbij Nederland op de eene of de andere wijze betrokken is. Zoolang daaraan maar geen publiekrechtelijke, politieke consequenties worden vastgeknoopt, kan tegen een zoo ruimen inschrijvingsplicht niet één bezwaar gelden en het ergste wat ooit van bepaalde inschrijvingen zal kunnen worden gezegd, zal zijn, dat zij, zoo al niet baten, dan toch niet zullen schaden.

Men zou zich de vraag kunnen stellen, of deze theorie vereenigbaar is met de in het internationaal privaatrecht meer en meer naar voren komende neiging om ter zake van de ontwarring van conflicten ten aanzien van schepen de lex loci of de lex fori te doen wijken voor het recht van de vlag (272). Ik antwoord daarop, dat de door mij bedoelde registers, voortzettende de oud-vaderlandsche traditie, slechts zouden dienen voor volledige publiciteit omtrent scheepsaangelegenheden van zakenrechtelijken aard hier te lande. De vraag, welke wet de rechtshandelingen met betrekking tot die schepen regeert, is daaraan geheel vreemd. Als men wil, dat een vreemdeling hier te lande in het bevolkingsregister is ingeschreven, dan beslist men daarmede toch niets ten aanzien van de vragen, welke wetsstelsels zijn persoonlijke en vermogensrechten regelen? Indien dat voor een schip de wet van de vlag moet zijn, dan geschiede elke transactie in overeenstemming met de eischen van die wet, waaraan toch nooit in den weg kan staan, dat als zij hier te lande plaats vindt, *mede* publiciteit door ons register wordt verzekerd. Wil men daarentegen met een beroep op het „locus regit actum" een Nederlandsch schip in den vreemde met inachtneming van de daar voorgeschreven vormen zien overgedragen, dan is er al weder niets tegen, om aanteekening van dat gebeuren

(272) Vg. PAUNESCO, t. a. p., blz. 32 e. v.; BONNECASE, t. a. p., § 791; MULLER, t. a. p., blz. 120 e. v.

mede in de Nederlandsche registers te eischen. Essentiëel is slechts, dat elk publiekrechtelijk element worde verwijderd, zooals — het is welhaast een symbool — de regeling van het Nederlanderschap is verwijderd uit ons Burgerlijk Wetboek. In § 21 hoop ik op de internationaal-rechtelijke zijde van het vraagstuk om haar zelfs wil terug te komen.

In deze paragraaph behoort ten slotte een bespreking thuis van het leveringsvraagstuk onder het nieuwe recht. Volgens art. 309 van het Wetboek-1838 geschiedde levering van zeeschepen bij akte overgeschreven in de registers. In § 14 heb ik dit artikel uitgelegd in den geest van de theorie HAMAKER-SCHOLTEN: de overdracht geschiedde door de akte, maar zij werkte tegen derden eerst door de overschrijving.

Het wetsontwerp-1920 heeft in art. 315 deze theorie voor het nieuwe recht gerecipieerd. Deze geheele stof heeft echter nogal verandering ondergaan bij de behandeling in de Tweede Kamer, waarbij het in het ontwerp voorgestelde zg. positieve stelsel voor het negatieve heeft moeten wijken. Hoewel de regeering blijkens het verslag van de bijzondere commissie uit de Tweede Kamer daarmede alles bij het oude heeft willen laten, is toch bij die gelegenheid de oude bepaling van art. 309 vervangen door een eenigszins anders geredigeerd art. 318: „de levering van in het scheepsregister te boek gestelde schepen . . . . . geschiedt door de overschrijving der akte in het scheepsregister". Kan hieruit nu nog worden gelezen, dat de levering aan den verwerver reeds door de feitelijke levering plaats vindt en dat de inschrijving daaraan eerst kracht tegenover derden geeft? Ik geloof het niet. De in dezen geest verkondigde oude leer berustte slechts op interpretatie, de bijzondere commissie heeft daartegen gewichtige bezwaren geopperd en de nieuwe, licht veranderde, tekst is m. i. met die oude leer onvereenigbaar. Als op zoo menig punt zijn wij ook hier over de bedoelingen van den wetgever slecht ingelicht, doch het wil mij, als gezegd, voorkomen, dat de woorden van de wet de handhaving van dit brok oud-vaderlandsch recht onmogelijk doen zijn (273). Bij aanvaarding van de hierboven aanbevolen hervorming van den aard der registers zou de wetgever uiteraard ook in dit opzicht op zijn schreden moeten terugkeeren.

---

(273) Zoo ook CLEVERINGA, t. a. p., blz. 48; v. D. DRIES, § 35, MOLENGRAAFF-STAR BUSMANN-ZEVENBERGEN, Leidraad II, blz. 613.

20. *Het nieuwe zeerecht met betrekking tot de andere zakelijke rechten en de voorrechten op schepen.* In het nieuwe zeerecht is weder een scheepshypotheek in optima forma ingevoerd. In dit opzicht is men dus bekeerd tot aanvaarding van de praktijk uit de republiek, zij het dan een goede halve eeuw later dan Frankrijk, waar onder het ancien régime een dergelijke verloochening van „meubles n'ont pas de suite" nog bijna overal geheel onmogelijk was (vg. hierboven § 9). De wetgever heeft het instituut aanvaard in vrijwel vollen omvang (274), met inbegrip van de nieuwigheden, welke na den Belgischen opstand aan het B. W.-1830 zijn toegevoegd (vg. hierboven § 15 i. f.). Vrijwel alle artikelen uit het Burgerlijk Wetboek over hypotheek zijn toepasselijk verklaard en de doctrine neemt aan, dat hetzelfde moet worden aangenomen ten aanzien van de elders aangetroffen verspreide bepalingen over hypotheek op onroerend goed (275).

De wetgever zou het ongetwijfeld gemakkelijker hebben gehad, indien hij door niet te kleine schepen als onroerend te erkennen eenvoudig beide instituten had kunnen vereenzelvigen, voor zoover dit dan met de natuur der dingen is te vereenigen. Indien men mocht meenen, dat deze laatste restrictie de veroordeeling van het hier voorgestane stelsel zou inhouden, dan moet tegen die meening stelling worden genomen. Evenzeer als de eigendom van landerijen en van schepen in de praktijk altijd zal moeten voeren tot eenigszins uiteenloopende regelingen, zal dit het geval zijn met het lagere zakelijke recht van hypotheek, zonder dat daarom in één van beide gevallen de aanwezigheid van verschillende soorten van zakelijk recht behoeft te worden aangenomen.

Het is lichtelijk amusant, dat volgens art. 318 *d* K. hypotheek op schepen ook thans nog wordt gerangschikt na verschillende bevoorrechte inschulden, hetgeen nu geen bezwaar schijnt te zijn, terwijl de betrekkelijk lage rang van het oude scheepsverband den Hoogen Raad in 1907 bij zijn in § 16 besproken arrest mede reden was, om aan te nemen, dat het recht van den crediteur, wiens vordering door scheepsverband was verzekerd, niet met pand of hypotheek op één lijn mocht worden gesteld.

Wij zijn hiermede toegekomen aan de stilzwijgende zaaksverbanden in ons moderne zeerecht. Merken wij dan in de

---

(274) Zie LOEFF, § 67 e. v.

(275) Vg. CLEVERINGA, t. a. p., blz. 72/4.

eerste plaats op, dat de wetgever, na bijna honderdjarige ontrouw, behoudens dan voor het geval van faillissement in art. 318 K.-1838, met de bepaling van art. 318 *q* is teruggekeerd tot het door den code en ons ontwerp-1809 althans tot op zekere hoogte gehuldigde beginsel van een afzonderlijk „fortune maritime": vorderingen ter zake van het schip of het scheepsbedrijf zijn bevoorrecht op het schip boven alle vorderingen uit anderen hoofde. Anders dan in den code staat echter slechts aan enkele schuldeischers het recht van zaaksgevolg toe (art. 318 *o*). Zoo men hier dus in onze wetgeving het paradoxale ziet geschieden, dat althans een gedeelte van het verleden heden wordt, dan mogen wij niet nalaten op te merken, dat het zelfs bij zulk een uitzonderlijk gebeuren wel vreemd is, dat wat vroeger, toen daarvoor althans eenige grond was, niet werd overgenomen, nu zonder of zeker met minder reden wordt binnengehaald. Of het niet handhaven in de nieuwe wetgeving van het recht van abandon wel goed vereenigbaar is met het aanvaarden van het „fortune maritime", is een vraag, die SCHADEE terecht heeft gesteld (276). Uit praktisch oogpunt noemde de Rotterdamsche notaris deze zaak niet hinderlijk. Het is maar, hoe men het ziet: scheepshypotheekbank-directeuren kunnen wellicht nog zoo oordeelen, omdat aan hun recht slechts betrekkelijk weinige bevoorrechte inschulden voorafgaan, doch andere schuldeischers dan ter zake van het schip of van het scheepsbedrijf zouden daarover wel eens anders kunnen denken. Het is mij niet recht duidelijk, waarom men deze uitbreiding van de bevoorrechting buiten wat hier ooit onder *nationaal* recht heeft gegolden, gerechtvaardigd heeft geacht.

De regeling van de bevoorrechte inschulden in ons nieuwe recht is al weder zeer ingewikkeld en geeft aanleiding tot moeilijke rechtsvragen, ook ditmaal mede door het vervallen van het oude recht van abandon, dien spil van ons vroegere zeerecht (277). Het ligt buiten het bestek van dit artikel, om op dit vraagstuk in zijn vollen omvang in te gaan. Ik wil hier slechts opmerken, dat van de scheepsvoorrechten, die in het nieuwe recht zijn verdeeld over de artt. 318 *c* en 318 *q* (278), de eerste groep, als voorzien van zaaksgevolg,

---

(276) Ad art. 318*c*.

(277) LOEFF, § 111 e. v.; vooral § 114.

(278) Rang nemend voor en na scheepshypotheek; vg. art. 3 van het verdrag van Brussel en MULLER, t. a. p., blz. 29.

door mij, afwijkende van de hierboven in § 4 besproken en bestreden leer van LOEFF, tot de *zakelijke* rechten wordt gerekend. De bedoelde voorrechten vertoonen groote overeenkomst met de stilzwijgende scheepshypotheken uit ons oudvaderlandsch recht (vg. § 5), terwijl de vorderingen van art. 318 *q* meer lijken op het privilege van degenen, die in die oude dagen geld hadden voorgeschoten voor den bouw van een schip, zonder zich van een conventioneel verband te hebben verzekerd (vg. § 6 i. f.).

Ook overigens is er gelijkenis tusschen de voorrechten van art. 318 *c* en de oude stilzwijgende scheepshypotheek, namelijk doordat het zaaksgevolg in den regel voor onbepaalden tijd is gegeven. Slechts ten aanzien van de onder 3e genoemde voorrechten vervalt het zaaksgevolg door het aanvangen van een nieuwe reis (art. 318 *d* l. 1.). Deze laatste bepaling heeft een atavistische neiging, om te elfder ure in een wet te worden opgenomen: zoo was het in 1835 (279), zoo was het in 1924 (280). Over zulke overrompelingen kan men niet redeneeren, men moet haar aanvaarden.

Wanneer wij nu het ontwerp-MOLENGRAAFF in den tekst van 1914 vergelijken met het hierboven in § 18 besproken projet van Brussel uit 1913, dan treffen wij in het eerste een soberheid aan, die erop wijst, dat de inzichten van Mr. LIND en in het algemeen van de belanghebbenden bij de zoo juist welig opgebloeide scheepshypotheekbanken bij de samenstelling van het ontwerp van overwegenden invloed zijn geweest. Van de vijf groepen van voorrechten van Brussel waren in art. 318 *c* slechts drie overgenomen; uitgevallen waren de voorrechten voor vorderingen wegens wat ik noemde nooduitgaven van den kapitein in den vreemde (door Frankrijk voorgestaan) en voorts vorderingen wegens aanvaring. Daarentegen waren in de derde groep toegevoegd de kanaal- en havengelden en andere scheepvaartrechten, alsmede vorderingen uit een overeenkomst van bodemerij. De eerste toevoeging moet zelfs de grootste voorstander van de belangen der geldschieters aan een officiëelen wetgever ten goede houden, de tweede was verouderd en is in het definitieve ontwerp vervallen.

Nadat het wetsontwerp in 1920 bij de Tweede Kamer aanhangig was gemaakt, is aan deze lijst van voorrechten nog

---

(279) VOORDUIN, IX, blz. 335.

(280) Verslag der bijzondere commissie, bijl. Tweede Kamer 1923/4, no. 68—1.

het een en ander gewijzigd. De Rotterdamsche Kamer van Koophandel, die, naar wij zagen, steeds meer met woorden dan met daden soberheid op het gebied van voorrechten predikte, heeft in een op 20 Mei 1924 aan de Tweede Kamer toegezonden adres getracht de eerste weglating uit den Brusselschen tekst te herstellen (281). Daarop is de wetgever niet ingegaan, maar wel heeft hij tijdens de voorbereidende behandeling in de Tweede Kamer de vordering wegens aanvaring nog boven hypotheek bevoorrecht verklaard, zij het dan, dat daarvoor die ter zake van avarij-grosse is geworpen (282). Men zou kunnen zeggen, dat hier een schelvisch is uitgegooid om een kabeljauw te vangen. De bekende bezwaren van de scheepshypotheekbanken tegen de talrijke, vaak onbeteekenende voorrechten uit het Wetboek-1838 — bezwaren, die ik in § 16 als overdreven heb gekenschetst — moeten m. i. in het niet vallen bij de kwade kansen, welke een enkel botsinkje voor hen kan inhouden. Reeds is haar de raad gegeven, om deswege haar hypothecair belang door verzekering te dekken (283). Op deze wijze is er niet erg veel terechtgekomen van de bedoelingen, waarmede dit deel van de hervorming van ons zeerecht is opgezet: plus ça change plus c'est la même chose. Deze allerbelangrijkste verandering in het oorspronkelijke ontwerp is — bijna zou ik zeggen natuurlijk — ongemotiveerd tot stand gekomen (284). Haar boven reeds vermelde grondslag in het Engelsche recht was intusschen voor haar bij de mentaliteit, welke bij de hervorming voorzat, een adelsbrief, zooals men er geen beteren kon verlangen.

Dit voorrecht voor aanvaringsvorderingen heeft verdedigers gevonden in Prof. NABER en Mr. SCHADEE (285). De eerste houdt deze aanspraken voor „eerbiedwaardiger" dan die van de hypotheekhouders (286). De tweede vermeldde (287), dat het in deskundige kringen onverdedigbaar was genoemd, dat het bij verhaal der geleden schade verschil zou maken, of het

---

(281) Zie daartegen MULLER, blz. 42 e. v.

(282) Hoewel SCHADEE ad art. 318*c* haar als billijk had erkend.

(283) VAN DEN DRIES, t. a. p., § 47.

(284) Ook de redactie is niet duidelijk, vg. v. D. DRIES, § 46.

(285) LIND, die in theorie bezwaren had, achtte deze practisch niet belangrijk; t. a. p., blz. 170. Zie ook in dezelfde handelingen der Ned. Juristenvereeniging Mr. BIK (blz. 192 (21)).

(286) W. v. N., 1914, blz. 464.

(287) T. a. p. ad art. 318*c*.

aanvarende schip al dan niet met hypotheek is belast (288). Ik vat dit niet en gevoel dat niet: als een arme man mij schade toebrengt, dan heb ik in het algemeen nu eenmaal feitelijk geen verhaal en op een rijken wèl. Wie zich zakelijke zekerheid op een voorwerp verschaft, moet zich deze niet kunnen zien ontgaan door schadevergoedingsverplichtingen van den eigenaar of exploitant. Men denke zich eens in, dat iemand hypotheek geeft op een ziekenhuis, doch zich zijn onderpand door den neus ziet boren, omdat de geneesheer-directeur tot een groote schadevergoeding wordt veroordeeld wegens in de exploitatie toegebracht lichamelijk letsel — de zuigelingen van Lübeck hadden ook kostwinners kunnen zijn — bij voorrang boven hypotheek te verhalen op het geexploiteerde goed. Niet anders is het met den hypotheekgever aan den reeder van een schip, in de exploitatie waarvan de kapitein stukken heeft gemaakt. Zelfs als bij aanvaring geen schuld aanwezig is, dan nog lijkt mij juist het in 1908 door Mr. Bik ingenomen en later door Naber bestreden standpunt, dat de betrokken menschen — in hun goederen — en niet de goederen voor de schade moeten opkomen (289). Zoo dachten onze voorouders erover, die bij schuld de actio noxalis ex lege Aquilia en zonder schuld een avarij-grossevordering gaven (290), zonder ooit over praeferentie te spreken. Naber moest wel zeer gewrongen redeneeren, om uit het Romeinsche recht steun voor zijn inzicht op te diepen.

Men kan deze zaak ook van andere zijde benaderen door te bedenken, dat het ontwijken van schade in dergelijke gevallen ten slotte een kwestie van verzekering is. Ik schakel nu de mogelijkheid uit, dat de hypotheekgever zijn belang verzekert tegen dreigende onmogelijkheid van verhaal, want dit is een kleurlooze algemeene voorzorg, die niet kan medewerken, om ons inzicht te verscherpen in de rechtspositie van de bij een aanvaring financiëel betrokkenen (291). Welnu: zonder het aangevochten voorrecht zal de exploitant zijn

---

(288) In dien geest liet zich ook de Rotterdamsche Kamer van Koophandel uit in haar meergenoemd advies uit 1914.

(289) In de middeleeuwen heeft strijd bestaan omtrent de verbondenheid van het schip, d. i. de ziellooze zaak, voor hetgeen vroegere gebruikers daarmede hadden uitgehaald. Als de tekst Jason, contra Negusanus; vg. Roccus, t. a. p., art. 36.

(290) V. Glins, t. a. p., op T. IV.

(291) Lind bezweek voor deze verzoeking, t. a. p., blz. 170/1.

schip als het ware tegen ongevallen verzekeren, een logisch optreden. In het tegengestelde geval moet de hypotheekgever den nemer nopen, om zich te verzekeren tegen de geldelijke gevolgen van zijn wettelijke aansprakelijkheid, voortvloeiend uit de collisie. Is dit laatste logisch en normaal? Neen, dit opleggen van de „running down clause" is, logisch gedacht, gewrongen en gezocht. Ik geef er daarom de voorkeur aan, om den hypotheekgever boven den aangevarene bevoorrecht te doen zijn, behoudens natuurlijk de praktische overweging, dat men zich in ruil tegen het voordeel van unificatie eenige concessie tegenover het Engelsche recht moet getroosten.

Daarentegen lijkt mij het ten slotte niet in art. 318 *c* ingevoerde voorrecht voor de vordering tot betaling van avarijgrosse zeer aannemelijk. Wanneer degenen, die, gezamenlijk door de elementen in een boos avontuur verwikkeld, een gemeenschappelijk offer moeten dragen, dat ten koste van één of enkelen hunner is gebracht tot aller behoud, tot verrekening overgaan, spreekt het vanzelf, dat zij, die bij voorrang hebben geofferd, bij voorrang zich verhalen op wat niet is vergaan, doch dezelfde kwade kans heeft geloopen, waaraan het mogelijk slechts door het offer is ontkomen. Het is mij niet recht duidelijk, waarom hier wel een voorrecht op de lading (art. 318 *h*) en niet een zakelijk voorrecht op het schip moet bestaan. Dat dit laatste wellicht van weinig beteekenis zou zijn, is mogelijk, doch de bijzondere commissie uit de Tweede Kamer heeft op dit argument toch wel zeer ten onrechte haar verzet tegen de schrapping opgegeven (292). Ik heb althans altijd gemeend, dat het juist als aanbeveling van een voorrecht moet gelden, wanneer het een *niet* te zwaar drukkend stilzwijgend zaaksverband oplevert. Dat de omslag in den regel eerst kan geschieden na den aanvang van een nieuwe reis, is een argument, dat slechts uit het oogpunt van systematiek — stokpaardje van den ontwerper (293) — waarde heeft, doch ook het stelsel had met behoud van het voorrecht gered kunnen worden, indien men aan dit voorrecht een afzonderlijk nummer in art. 318 *c* had gegeven en het zoodoende had onttrokken aan het door het laatste lid van art. 318 *d* voor de onder 3e in art. 318 *c* genoemde voorrechten (waaronder aanvankelijk het onze) bepaalde verval.

---

(292) Verslag ad art. 318*c*.
(293) SCHADEE, t. a. p., blz. 3.

Het heeft zoo niet mogen wezen en onze nieuwe wetgeving steekt dientengevolge ongunstig af, zoowel bij het oud-vaderlandsche recht (vg. hierboven § 6) als bij het verdrag van Brussel van 1926, dat ook de bijdrage van het schip in gemeene avarijen boven hypotheek op den bodem verhaalbaar verklaart (art. 2, 3e) (294).

Alles bij elkander genomen kan ik dus niet erg geestdriftig zijn over de regeling, die de hier behandelde materie in de lex-MOLENGRAAFF heeft gevonden.

21. *De zakenrechtelijke beginselen van het zeerecht in het internationaal privaatrecht.* Ook in deze spheer doet zich de tweeslachtigheid van het moderne zeerecht gevoelen (295). In de republiek der Vereenigde Nederlanden was deze zaak betrekkelijk eenvoudig, omdat daar de voorschriften inzake transport en belasting van schepen zuivere vormvoorschriften waren, gegrond op de gedachte, dat beschikkingen over zoo belangrijke vermogensobjecten voor ieder kenbaar moesten zijn. Ten aanzien van onroerend goed in den eigenlijken zin van het woord gold krachtens het meergenoemde plakkaat van 1529 (296) de lex rei sitae en het kwam er slechts op aan voor de als onroerend goed behandelde schepen een aequivalent te vinden. Het plakkaat van 1622 (297) (vg. ten aanzien van beide plakkaten hierboven § 2) vond dit in de bepaling, dat transporten van schepen verboden waren buiten het rechtsgebied van den magistraat, waar de eigenaren woonden. Deze oplossing was mede geheel in overeenstemming met de romanistische opvatting, dat schepen roerend goed zijn, omdat immers tot in de negentiende eeuw in het internationaal privaatrecht gold de regel: „mobilia sequuntur personam"

Overgebracht naar moderne verhoudingen moet men in denzelfden gedachtengang op het schip toepasselijk verklaren het recht van de thuishaven, van de haven, waar het is gedomiciliëerd (port d'attache, Heimathafen). Deze oplossing acht ik ook in overeenstemming met de aanvaarding van een zuiver privaatrechtelijk stelsel van registratie van zeeschepen, zooals ik hierboven heb verdedigd op het voetspoor

---

(294) PAUNESCO is tegen beide voorrechten; t. a. p., bl. 181.
(295) Vg. Mr. A. J. MARX in W. 12368.
(296) Gr. Pl.boek I, blz. 374.
(297) Id. I, blz. 1977.

van het oud-vaderlandsche recht en van de later op dit stuk niet meer begrepen wetgeving van 1838. In 1868 bleek bij de behandeling van de ontwerp-wet op de zeebrieven, dat althans de handelskringen toen nog onder de bekoring van dien gedachtengang waren (298). Onder de jongere geleerden vindt zij weinig aanhang, al kan dan gewezen worden op de in 1912 in dezen geest door NIBOYET opgestelde theorie (299). Als heerschend kan men daarentegen in onze dagen het inzicht aanmerken, dat voor de zeeschepen de „wet van de vlag" moet gelden. Op de internationale conferenties is zelfs van Nederlandsche en Duitsche zijde de algemeene aanvaarding van deze leer boven de unificatie door middel van verdragen aangeprezen. De publiekrechtelijke inslag van de voorschriften omtrent de scheepsregisters werkt ongetwijfeld de voorkeur voor „vlag" boven „domicilie" in de hand. Overeenkomstig de in het voorafgaande mijnerzijds naar voren gebrachte meening zou ik aan het laatste de voorkeur willen geven. Wanneer het mogelijk is, om een schip economisch vast te hechten in een milieu, waarvan het niet de vlag voert, dan geloof ik, dat het recht van de thuishaven voor dit schip moet gelden, even goed als Nederlandsch recht geldt voor binnen Nederland gelegen onroerend goed, ook al is dit eigendom van vreemdelingen. De door Mr. VAN DER MEULEN (300) gesignaleerde veelvuldige toepassing op schepen van de lex rei sitae (d. i. dus in geval van executie de lex fori) is vermoedelijk eenerzijds een uitvloeisel van de leer van VON SAVIGNY, die deze oplossing voor roerende goederen heeft aanbevolen, anderzijds het gevolg van de neiging, om met een beroep op de openbare orde de plaatselijke wet voor rangregelingen e. d. te doen praevaleeren (301). Ik voor mij zou dit laatste stelsel slechts voor zuivere vormkwesties willen toepassen. Art. 310 van K.-1838, dat slechts betrekking had op de wijze van levering van zeeschepen, lijkt mij uit dezen hoofde juist te zijn geweest. In denzelfden gedachtengang kan ik mij zeker niet vereenigen met het tegenwoordige art. 318 *v*.

---

(298) Vg. SANDBERGEN, t. a. p., blz. 224.

(299) Zie daarover PAUNESCO, t. a. p., blz. 33 e. v.

(300) Mr. J. E. VAN DER MEULEN, Roerend goed in het internationaal verkeer, Themis 1920, blz. 65.

(301) Vg. S. N. VAN OPSTALL, Scheepshypotheek, Diss. Leiden, 1932, blz. 291 (2 x), 292, 293, 296; LOEFF, t. a. p., § 120.

Een stelsel, dat „uitmunt door willekeur" (302) en vaak zeer onbevredigend zal werken (303), is toch waarlijk niet ideaal. Intusschen levert ook de toepassing van de „wet van de vlag" en zou ook de toepassing van de „wet van de thuishaven" bezwaar opleveren, omdat zich bij verandering van nationaliteit, resp. van thuishaven, bezwaarlijk oplosbare conflicten kunnen voordoen (304). Evenwel betreffen deze dan toch slechts een gedeelte van de voorkomende gevallen, terwijl ik mij voorts afvraag, of niet vaak een nuttig richtsnoer zou worden geboden door consequent op den voorgrond stellen van het beginsel, dat eenmaal verkregen aanspraken moeten worden geëerbiedigd. Ten slotte zal de beste oplossing wel zijn gelegen in unificatie, waarbij altijd de medewerking noodig zal zijn van landen, die allicht niet geneigd zullen zijn, om de in het voorafgaande bestreden vermenging van publiek- en privaatrechtelijke tendenzen in het scheepszakenrecht los te laten en de privaatrechtelijke verhoudingen te regelen om haar zelfs wil.

22. *Terugblik op de ontwikkeling van het scheepszakenrecht in Nederland.* Uit het voorafgaande kan in de eerste plaats de conclusie worden getrokken, dat sedert de dagen der republiek de zakenrechtelijke beginselen van het zeerecht in ons land weinig zijn veranderd. Ondanks alle theorie is vastgehouden aan de „immobilisatie" van het schip als rechtsobject, d. w. z. aan de feitelijke gelijkstelling van de rechtspositie van het schip aan die, welke in het Burgerlijk Wetboek voor onroerend goed is neergelegd. Het publiciteitsbeginsel is de kern van deze regeling en wij hebben gezien, dat het in Nederland van zuiver privaatrechtelijken oorsprong is. Zoozeer zelfs, dat de Rotterdamsche Kamer van Koophandel omstreeks 1900 de eigenaren nog in de gelegenheid wilde stellen, om, indien zij in de aanvaarding van het „onroerend goed regime" geen heil zagen, zich daaraan rustig te onttrekken. Deze omstandigheid moge de aanleiding vormen tot de opmerking, dat ons zakelijk zeerecht mede altijd is ontsierd door hetzelfde gebrek: het hinken op twee gedachten en daardoor het ontstaan van een tweeslachtigen toestand. De tegenstelling tusschen de oude praktijk met haar tot de

(302) Loeff, § 117.
(303) Van Opstall, blz. 306.
(304) Loeff, § 116; v. Opstall, blz. 306.

„immobilisatie" drijvende gewoonterechtelijke traditie en de juristen, die streefden naar receptie van het Romeinsche recht, waarin schepen als roerend goed werden behandeld, levert hiervoor de verklaring. Deze gang van zaken is te meer begrijpelijk, omdat de zakenman uiteraard onverschillig staat tegenover de juridische zijde van de zaak: voor hem beteekent de immobilisatie eenvoudig het leggen van een vasten grondslag voor zijn bedrijfszekerheid in het algemeen en zijn credietbehoeften in het bijzonder. Behoefte aan bedrijfszekerheid leidt tot streven naar openlijke eigendomsverwerving van een zoo belangrijk vermogensbestanddeel als een schip, waarvan de natuurlijke bewegelijkheid om een tegenwicht vraagt. Crediet kan de reeder in tweeërlei vorm verkrijgen: bedrijfscrediet, dat in het zeerecht zijn natuurlijke basis heeft gevonden in de „bevoorrechte (in)schuld" en kapitaalscrediet, dat de behoefte aan scheepshypotheek medebrengt. Voor den eersten vorm is immobilisatie niet bepaald noodig (men denke aan de Ordonnance de la Marine), voor den tweeden is zij onontbeerlijk, daar de scheepsexploitant in den regel zijn schip niet aan den geldschieter in bezit kan overdragen. Het is begrijpelijk, dat het bedrijfscrediet van de gelegenheid heeft gebruik gemaakt, om onder de republiek, toen stilzwijgende onderzetting een aanvaarde rechtsfiguur was, ook aan de bevoorrechting van inschulden zooveel mogelijk zakelijk karakter te verleenen. De behoeften van het bedrijfsleven, versterkt door zijn onmiskenbare vasthoudendheid aan oude gewoonten en vormen, heeft het toen aanvaarde zakelijke karakter van de scheepsvoorrechten weten te behouden, ook na de opheffing van de stilzwijgende hypotheek. In Frankrijk heeft de negentiende eeuw dezelfde overwinning van de praktijk over het romaniseerende juristendom gebracht, welke hier al vroeger was behaald. Economische factoren zijn oorzaak geweest, dat zoo daar als hier de scheepshypotheek in die eeuw een kwijnend bestaan heeft geleid. Naar mijn gevoelen is de schuld daarvan ten onrechte gegeven aan de vele scheepsvoorrechten, het stilzwijgend zaaksverband op schepen, van welke stemming de voorvechters van de scheepshypotheek intusschen dankbaar gebruik hebben gemaakt ter bestrijding van de „bevoorrechte schuld", die echter, wanneer het op ernstige wetgeving aankwam, merkwaardig taai is gebleken. De waarheden, dat „navigare necesse est" en dat geld ook in de zeevaart de ziel van de negotie is, verklaren ongetwijfeld dit verschijnsel,

even goed als zoo menig verder symptoom van de vitaliteit van andere eigenaardige zeerechtfiguren.

De verslapping in de belangstelling voor de scheepshypotheek (den pand- en verbandbrief), die de negentiende eeuw heeft gekenmerkt, heeft zich evenzeer geopenbaard op het verdere terrein van het zeezakenrecht. De belangstelling van den zakenman verdween met zijn rechtstreeksche deelneming aan de rechtsvorming op dit gebied. Voor zoover daaraan behoefte bestond hielp de praktijk zich zelf met reglementen en condities, een beweging, die naar den aard van de stof goeddeels buiten den eersten titel van het Tweede Boek omging. Als dan na 1900 de beweging naar revisie van het officiëele zeerecht onweerstaanbaar wordt, is het verband met de costumiere rechtstraditie van de republiek, dat ten tijde van de groote Nederlandsche codificatie nog niet verbroken was, geheel verdwenen. De leiding gaat dan vanzelf over in handen van den Staat en de daaraan verbonden wetenschap. De overheid maakte daarvan gebruik, om met politieke doeleinden in de ontwikkeling van het zeerecht in te grijpen en het karakter van onze scheepsregisters geheel te veranderen. Daarbij kon men zich mede richten naar het Engelsche voorbeeld, zooals ook het buiten de officiëele wetgeving om geschapen zeeverkeersrecht Engelsch was georiënteerd. Ten slotte deed zich de Angelsaksische invloed op de ontwikkeling van het zeerecht gelden door de krachtige beweging tot unificatie, waarin overheid, wetenschap en praktijk elkander de hand reikten, doch waaruit uiteraard voor ons land geen herleving van de oud-vaderlandsche rechtsinzichten kon voortvloeien. De hooge rang van de aanvaringsschulden in ons nieuwe zeerecht is daar, om te bewijzen, hoezeer, tegen van continentale zijde met een beroep op de belangen van het maritiem crediet geboden verzet, het Engelsche recht ter zee den toon aangeeft. Ditzelfde verschijnsel verklaart dan weder, dat bij de vorming van ons geldende zeerecht het oude vraagstuk — dat ik zou willen noemen de „roerend-onroerend-vraag" — onopgelost is gebleven. Wel is het zeezakenrecht langer dan b.v. het zeetransportrecht voor de receptie van het Engelsche recht immuun gebleven — toen de Rotterdamsche Kamer van Koophandel omstreeks 1900 haar ontwerp maakte, toonde zij zich blijkens den hierboven behandelden eersten titel nog ongevoelig voor de beginselen, die MOLENGRAAFF weldra aan onze wetgeving ten grondslag zou leggen, terwijl zij bij verdere

onderdeelen van haar arbeid reeds aansluiting zocht bij het standaardwerk van den grooten jurist — maar desniettemin was, toen het uur van herziening daar was, de belangstelling van den wetgever zoo geheel anders georiënteerd geraakt, dat het tot een oplossing van het in deze bladzijden gesignaleerde dualisme niet is gekomen. Althans ten aanzien van de zakenrechtelijke beginselen van het zeerecht heeft de Nederlandsche wetgever dus de taak onvervuld gelaten, waarvoor de gang van zaken hem ongetwijfeld zou hebben gesteld, ware de historische ontwikkeling van het, betrekkelijk weinig door Fransche elementen onzuiver gemaakte oude Nederlandsche zeezakenrecht, niet na 1838 tot stilstand gekomen in lange jaren van verslapte belangstelling en gedaald belang.

(*Wordt vervolgd*)

Mr. W. F. Lichtenauer

ERRATA

In § 6 van dit artikel zijn enkele storende drukfouten blijven staan:

in noot 71 leze men in plaats van S784919: Schorer;

in noot 73 leze men in plaats van noot 47: noot 52;

op dezelfde bladzijde leze men in den derden regel van onderen in plaats van volgende: navolgende.

De Curaçaosche Rechtsbedeeling

Meer dan eens mocht de Curaçasche rechtspleging zich verheugen in de belangstelling van Nederlandsche rechtsgeleerde kringen en bijzondere aandacht werd gewijd aan het K. B. van 6 Juli 1918 P. B. no. 61. Reeds vóór de invoering van dit K. B. verscheen eene desbetreffende studie van de hand van Mr. DE GAAY FORTMAN in de West-Indische Gids van 1919/20 pag. 85 en volgende. Mr. SCHALKWIJK vroeg de attentie voor de mérites van het K. B. voor de rechtsbedeeling op de Bovenwindsche eilanden in de West-Indische Gids van 1924/25 pag. 609 en volgende. Curaçao werd terloops besproken door de Nederlandsche Juristenvereeniging in 1919 (Handelingen pag. 132 vlg.) en 1933 (Handelingen Deel I eerste stuk pag. 20, 21, Deel I tweede stuk pag. 15, Deel II pag. 76—82). Prof. STAR BUSMANN wijdde een hoofdartikel in het Weekblad van het no. 10459 aan de baanbrekende beteekenis van het K. B. voor de burgerlijke rechtsvordering.

Belangrijke wijzigingen op het gebied van de rechterlijke organisatie en op dat van de burgerlijke rechtsvordering werden door bedoeld K. B. tot stand gebracht, en men dient den tegenwoordigen toestand in het licht van die wijzigingen te bezien.

Curaçao was door het regeeringsreglement van 1868 begiftigd met een „opperste gerechtshof voor de gansche kolonie" (de term werd niet onvermakelijk geoordeeld cf. BORDEWIJK pag. 584), hof van justitie genaamd, bestaande uit een president, twee leden, een griffier en een procureur-generaal, allen juristen behoudens den griffier. Dit opperste gerechtshof was onmiddellijk gerangschikt boven de kantonrechters en boven de raden van justitie en zijne vonnissen in civilibus waren onderworpen aan hooger beroep op den Hoogen Raad der Nederlanden. Men had gezorgd voor eene voortreffelijke kleedij (P. B. 1869 no. 2) en de edelgrootachtbare heeren, het hof van justitie uitmakende, hebben Curaçao gedurende de jaren 1868 tot 1919 gediend met hunne voortdurende tegenwoordigheid. Curaçao, in Spaansche hoffelijkheid steeds geneigd tot het verleenen en aanvaarden van vereerende distinctieven, had alle reden tot tevredenheid. De mortuis nil nisi bene: tegenover de nagedachtenis van het oude hof ware het onvriendelijk cijfers te noemen, waaruit de omvang der werkzaamheden blijkt.

In de laatste decennia is de cultureele ontwikkeling van Curaçao in nieuwe banen geleid. Door de vestiging van ontzaglijke Hollandsche-Engelsche en Amerikaansche bedrijven werden vele vroegere eigenaardigheden teruggedrongen. Curaçao is zakelijker, minder decoratief geworden, en naar mijne meening terecht, heeft de auteur van meergenoemd K. B., uitgaande van de veronderstelling, dat de beteekenis van het aldaar gevestigde rechtscollege niet langer in dezelfde mate mocht worden gezocht in zijne uiterlijke waardigheid, uitgezien naar middelen, om aan de tegenwoordigheid van de juristen, die zich als leden van het hof in Curaçao bevonden een grooter nuttig effect af te leiden. Het Hof van Justitie werd met twee leden uitgebreid; alle leden, de president incluis, werden belast met de waarneming van de twee nieuwe kantongerechten, het kantongerecht van de Benedenwindsche en dat van de Bovenwindsche eilanden. De oude kantongerechten en de raden van justitie werden afgeschaft, leekenrechters kwamen buiten bedrijf. Appellen van uitspraken der nieuwe kantonrechters werden voortaan door drie collega's behandeld, die zich voor de gelegenheid vereenigden om, op oude wijze, het hof van justitie te vormen.

Ik heb altijd den indruk gehad, dat de samenstelling van het hof uit personen, die in het algemeen kantonrechterswerkzaamheden verrichten, minder gelukkig was, maar het staat vast, dat de tegenwoordige regeling te verkiezen is boven de vroegere, omdat de werkzaamheden in hoogeren aanleg alléén nu eenmaal geen dagtaak opleverden voor een geheel college, en dat eene andere, verbeterde regeling niet te verkrijgen is, indien het beginsel van collegialiteit ook niet voor appèlzaken wordt opgeofferd.

Ik kan mij voorstellen, dat de regeering (het bestuur heeft met de zaak naar mijn oordeel niet veel te maken gehad, en het K. B. werd Curaçao uit Den Haag kant en klaar toegezonden) er niet aan gedacht heeft, dit beginsel voor appèlzaken op te offeren, voordat ervaring zou zijn verkregen omtrent de vrijwel ongelimiteerde competentie, den rechter in eersten aanleg toegedacht, maar ik acht het mogelijk, dat de in dat opzicht bereikte resultaten in de toekomst aanleiding zullen geven tot het opdragen van appèlzaken aan één bijzonder gequalificeerd persoon.

De tegenwoordige regeling is immers wel tegemoetgekomen aan de eischen der efficiency, maar zoolang de tegenwoordigheid van drie appèlrechters op het hoofdeiland noodzakelijk wordt geoordeeld, is het niet te verwachten, dat rechterlijke werkzaamheden voldoende emplooi zullen bieden, al bewegen de appèlrechters zich dan ook tevens op het terrein van de eerste instantie. Men zie hierbij niet over het hoofd, dat vier leden van het hof op het hoofdeiland moeten vertoeven, wil

men steeds de beschikking houden over drie appèlrechters, omdat anders geen appèlcollege zou kunnen worden gevormd voor vonnissen, op het hoofdeiland gewezen.

Dat de vier op het hoofdeiland vertoevende juristen geen dagtaak hebben als hun taak tot rechterlijke werkzaamheden beperkt blijft, is duidelijk, indien men bedenkt, dat de president van het hof, in mijne dagen een actief man, het concipieeren van appèlvonnissen zooveel mogelijk voor eigen rekening nam, en dat hij daarnaast gelegenheid had, een groot aantal zaken in eersten aanleg te behandelen. Voor de leden van het hof, ten getale van drie, bleven de weinige appellen van vonnissen, door den president in eersten aanleg gewezen, en de zaken in eersten aanleg, na aftrek van de presidiale portie, over. Men kan gemakkelijk erkennen, dat vier kantonrechters (de president immers deed dapper aan de kantonrechtspraak mee) voor een rechtsgebied van nauwelijks vijftigduizend justiciabelen een zware bezetting is. Men vergelijke met het door Mr. DE MOOR ter vergadering van de Nederlandsche Juristenvereeniging van 1933 (Handelingen van dat jaar Deel I Tweede stuk pag. 16) genoemde gemiddelde van één kantonrechter op de tachtigduizend justiciabelen in Nederland. Volmaakt is de vergelijking natuurlijk allesbehalve, omdat de Curaçaosche kantonrechter eene vrijwel ongelimiteerde competentie heeft, maar daar staat de relatief geringe beteekenis van de Curaçaosche advocatie, den daarmede en met de geringe ontwikkeling van de overgroote meerderheid der justiciabelen weer samenhangende naïviteit van de meeste zaken tegenover.

Het is dus niet te verwonderen, dat een gouverneur zich tot werkverschaffing geroepen achtte; hij spande het hof voor het karretje der koloniale wetgeving, toen hij president en leden constitueerde tot eene „commissie van wetgeving", waarvan de taak is omschreven in een nimmer gepubliceerd staatsstuk, gouvernementsbeschikking geheeten.

Ik erken, dat deze commissie van wetgeving, indien zij als werkverschaffing is opgezet, haar deugdelijkheid heeft bewezen, maar ik vraag mij af, of het gewenscht is, dat de gouverneur, die zich naar willekeur wendt tot de geheele commissie of tot deszelfs president, en zelfs, zooals, ten bewijze van de principieele onjuistheid van de geheele instelling en van een verkeerd begrip van verhoudingen bij de betreffende autoriteit, is voorgekomen, tot die leden der commissie, die in hunne qualiteit van appèlrechters een bepaald vonnis hebben geveld, die fameuse commissie kan hanteeren als een middel om van de gevoelens van de president of van eene bepaalde groep leden kennis te nemen. Het is duidelijk, dat zooiets niet bevorderlijk is voor het in de kleine Curaçaosche verhoudingen bijzonder delicate geheim

van de raadkamer en dat deze steen des aanstoots ten spoedigste dient te worden opgeruimd. Afgezien van gevaren voor het geheim van de raadkamer, lijkt het ongewenscht, dat een rechter zijne plichten zou moeten aflezen uit missives van eene administratieve autoriteit. Ik acht deze bezwaren ernstiger dan opoffering, onder bepaalde waarborgen, van het beginsel der collegialiteit ook voor appèlzaken, welk beginsel, zooals boven gezegd, de tegenwoordigheid van vier rechters op het hoofdeiland vereischt en de opdracht van genoegzame rechterlijke werkzaamheden aan ieder van hen onmogelijk maakt. Wellicht is de toestand iets verbeterd nu de behandeling van belastingzaken aan president en leden van het hof is opgedragen (cf. P. B. 1932 no. 28 art. 31). Deze zaken werden vroeger behandeld door den president en eenige leeken, dat wil zeggen voor wat het juridisch gedeelte betreft door den president alleen. Verdeeld over vier juristen zullen deze zaken nauwelijks gewicht in de schaal leggen. Over eigen ervaring ten deze beschik ik echter niet. Zie ik onjuist, dan moge rectificatie mijner hypothetische stelling van de zijde van het Curaçaosche college volgen.

Het collegialiteitsbeginsel voor appèlzaken is in Curaçao overigens niet ongedeerd gebleven. Zooals ik reeds terloops opmerkte, nam de president in mijn tijd het leeuwendeel der appèlzaken voor eigen rekening. Prettig voor de leden was dat niet, maar de president, de eenige die voortdurend op het hoofdeiland verblijf houdt, was ook de eenige, die voor continuïteit kon zorgen. De rol van de bijzittende rechters was echter reeds uit dien hoofde niet evenwaardig. Daarenboven had de president ten opzichte van de leden het exorbitante recht van distributie à bon vouloir der civiele zaken en placht hij den rechter-commissaris in strafzaken aan te wijzen. Hij had het in zijn hand, een eerzaam jurist met zijn ziel onder den arm in de straten van Willemstad te laten rondwandelen. Last not least, de president had het een en ander te maken met de distributie der rechters over de verschillende eilanden. Wat dit beteekent, kan slechts hij beseffen, die ofwel door persoonlijke ondervinding, ofwel door ernstige studie en overweging de feitelijke omstandigheden kent, die met eene detacheering gepaard gaan. De nieuwe regeling heeft den president den drempel doen overschrijden, die den primus inter pares van den hooger gegradueerden scheidt.

Ik vraag mij dus af, of het collegialiteitsbeginsel niet terzijde kan worden gesteld. Men heeft dan op het hoofdeiland twee menschen noodig, één voor zaken in eersten aanleg, één voor zaken in appèl; die twee personen zouden behoorlijk geoccupeerd zijn, daarom gespaard blijven voor administratieve experimenten als commissies van wetgeving, en zij

zouden gemakkelijker de juiste levenshouding kunnen vinden.

Hoe de toekomst ook moge zijn, het K. B. van 6 Juli 1918 heeft het aangedurfd, het oude, versleten hof van justitie om te zetten in een geheel nieuwe, heel wat minder slaperige formatie, en het is te verwachten, dat men op den weg der efficiency verder gaande, tot een voortreffelijk systeem zal geraken.

Hetzelfde K. B., dat de Curaçaosche rechterlijke organisatie op nieuwen leest heeft geschoeid, attaqueerde op het terrein der burgerlijke rechtsvordering de passiviteit van den rechter. De Curaçaosche rechter kreeg de handen vrij, om zich met den rechtsgang in te laten, en procedeerende partijen leiding te geven op den weg naar het einddoel van hun proces. Wat is het doel van eenig burgerlijk proces? Wil men partijen op den goeden weg houden, dan moet men weten, waarheen de reis gaat. Kan men dit uit het introductief request afleiden? Men stelle zich den nieuwen rechtsingang voor oogen. De eischende partij legt een verzoekschrift tot dagvaarding over. De rechter, die voorloopig optreedt als commies-redacteur, heeft te onderzoeken, of eene dagvaarding, eventueel in overeenstemming met dit verzoekschrift opgemaakt, gebrekkig zou zijn, zóó gebrekkig, dat den eischer zijn goed recht tenslotte zou moeten worden onthouden. Vat de rechter zulk een gebrek in het oog, dan zal hij den eischer corrigeeren, zooals hij straks, hangende het geding, den gedaagde zal moeten behoeden voor de dwalingen zijns weegs. Zooals ik zeide, om partijen op den goeden weg te houden, moet men het doel van het proces, moet men de gewenschte, de ideale beslissing kennen. Waar vindt men den man, die deze ideale beslissing uit een introductief verzoekschrift of uit eene conclusie van antwoord kan afleiden? Quis inveniet? In Curaçao heb ik zulk een man niet gevonden. Ik wijt dit niet, zooals dit wel geschiedt, aan de qualiteit van den Curaçaoschen rechterlijken ambtenaar. Op die qualiteit is niets af te dingen. Meesters in de rechten, die jarenlang de advocatuur hebben uitgeoefend in Nederland, of personen, die zijn gevoed in het serail van de Nederlandsche griffiën, zijn natuurlijk volkomen competent om het Curaçaosche hamertje te hanteeren. Het is alleen mogelijk, dat ze er té goed, té gemakkelijk capabel voor zijn, dat ze hun animo verliezen, en na gedane zaken, te lang moeten rusten.

In dit verband is het mij opgevallen, dat de memorie van toelichting op het Surinaamsche wijzigingsontwerp (Bijlagen Handelingen der Koloniale Staten 1928/29 no. 15 sub 3), eene rechtsvergelijkende studie van beteekenis, waarin aan het K. B. van 6 Juli 1918 alle aandacht wordt gewijd, het diepste stilzwijgen bewaart over het thans in Curaçao, althans op papier, geldende, beginsel van activiteit van

de burgerlijke rechtspraak. Mag ik uit dit zwijgen afleiden, dat de auteur van dat ontwerp bedoeld beginsel heeft gewogen en dat hij het te licht heeft bevonden, dan ontleen ik aan het Surinaamsche ontwerp een argument voor de stelling dat genoemd beginsel ondeugdelijk moet worden geacht voor geheel West-Indië.

De Curaçaosche praktijk heeft met de nieuwigheid iets dergelijks gedaan als de Surinaamsche ontwerper: men heeft gedaan en men doet, alsof er geen activiteitsbeginsel in de wettelijke regeling ware neergelegd. De president distribueert de zaken, nadat hij de verzoekschriften heeft geëxamineerd. De rechter, die de zaak zal behandelen, krijgt geen partij of geen partijvertegenwoordiger te zien, voordat de zittingsdag is aangebroken. Waagt een rechter buiten het hoofdeiland het al eens op feitelijke activiteit, dan heeft hij kans op onaangenaamheden: mij werd eene correctie, op een verzoekschrift aangebracht, door eenen zaakwaarnemer eens ontzettend euvel geduid; de man had het over „adulterate justice", eene woordcombinatie, die ik ook na maandenlange studie van het Bovenwindsche Engelsch nimmer begrepen heb.

Terecht waarschuwt de Surinaamsche ontwerper tegen de Curaçaosche opheffing van de verplichte vertegenwoordiging, waarvan men inmiddels ook in Curaçao zijn bekomst heeft, nu deze opheffing den goeden praktizijn in de schaduw heeft gesteld van een soort beunhazen, vergeleken bij wie de meestberuchte Nederlandsche zaakwaarnemer een aristocraat is.

Evenmin als de afschaffing van de passiviteit van den rechter en van de verplichte vertegenwoordiging is de algeheele afschaffing van de schriftelijke behandeling een voordeel geweest; nu alle processen over één kam worden geschoren, en niet, zooals in het Surinaamsche ontwerp terecht geschiedt, een onderscheid wordt gemaakt tusschen de meerder en de minder gewichtige zaken, heeft men de schriftelijke behandeling, die bij ingewikkelde zaken niet kan worden gemist, over de geheele lijn laten bestaan. Weliswaar houdt men voor den vorm rekening met de wettelijke veronderstelling, dat partijen of partijvertegenwoordigers hunne belangen mondeling voordragen, maar in werkelijkheid komt men bijna altijd met schriftelijke „conclusiën" opdagen. Men vraagt en verkrijgt uitstellen als weleer, en men zou kunnen zeggen, dat de zaak op den ouden voet wordt voortgezet, ware het niet, dat het gehalte van de procesvertegenwoordigers en daarmede de beknopheid der conclusiën op ontstellende wijze achteruit zijn gegaan. Het ergste is, dat het procesdossier geacht wordt niet meer te bestaan, zoodat de griffie alle zoogenaamd mondeling voorgedragen beweringen ijverig moet overschrijven!

Terwijl ik in het K. B. van 6 Juli 1918 een ernstig streven heb erkend naar eene voortreffelijke rechterlijke organisatie, kan ik dus de hardhandige inbreuk op de beginselen der passiviteit, der verplichte vertegenwoordiging en der schriftelijke behandeling, in geenen deele bewonderen.

De activiteit van den rechter en de mondelinge behandeling zijn door de Curaçaosche praktijk in werkelijkheid niet aanvaard. Men kan het betreuren, dat de rechterlijke autoriteiten niet hebben getracht, althans voor de minder gewichtige zaken te profiteeren van den vrijdom van formaliteiten, door de nieuwe bepalingen verleend. Dat ook de minst beteekenende gevalletjes schriftelijk, en in het algemeen niet door partijen, maar door somtijds volslagen onkundige vertegenwoordigers worden voorgedragen, is een hoogst onbevredigende toestand. Van den anderen kant bedenke men, hoe moeilijk het maken van onderscheidingen tusschen meer en minder ingewikkelde zaken moet zijn, indien de wettelijke regeling geen maatstaf voor zulke onderscheidingen aangeeft. Dat de wettelijke bepalingen door non usus zijn getroffen, mag het Curaçaosche college dan ook niet euvel worden geduid.

De constante gewoonte, eene wettelijke regeling op bepaalde punten als niet bestaande te behandelen, heeft in den Curaçaoschen rechtersstand inmiddels een geest van moedeloosheid opgeroepen, die in den loop der jaren soms het aspect van indolentie en onverschilligheid voor de rechterlijke waardigheid heeft aangenomen, welke onverschilligheid na krachtige vertoogen van Prof. Kleintjens (W. v. h. R. nos. 12221, 12249, 12383), Prof. van Emden en Mr. van Sasse van Ysselt (Handelingen Eerste Kamer 1930/31, 555—562 en Handelingen Eerste Kamer 1931/32, 506—508) door de Regeering als onjuist werden erkend. Met verwijzing naar Nederlandsch Oost-Indië terecht opmerkende, dat de waarborgen, in het Curaçaosche regeeringsreglement ten respecte van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht neergelegd, niet de eenig mogelijke waarborgen genoemd kunnen worden, maar blijkbaar tevens inziende, dat de Curaçaosche wetgeving nu eenmaal geen andere waarborgen kende, heeft de Minister van Koloniën ingevolge zijne toezegging aan de Eerste Kamer ter vergadering van 18 Maart 1932 (Handelingen van dat jaar pag. 510) gegeven, aan het schreeuwend onrecht van onwettige benoemingen en aan den verderfelijken non usus van verschillende voorschriften van het Curaçaosche regeeringsreglement een einde gemaakt. De wijze, waarop dit alles is geschied, werd genotuleerd en beoordeeld door Mr. de Gaay Fortman (de West-Indische Gids van 1932 pag. 64 en volgende).

Mr. W. M. A. Weitjens

Trouwbeloften volgens hedendaagsch burgerlijk en volgens kanoniek recht

Het vonnis, waarbij de Utrechtsche rechtbank op 21 October 1931 trouwbeloften niet bindend verklaarde, zelfs niet na samenleving, omdat „tot het wezen van het huwelijk de vrije toestemming der echtgenooten wordt vereischt" (1), noopt mij eenige beschouwingen aan bovenstaand onderwerp te wijden.

Laat ik al dadelijk opmerken, dat ik voor mij de onverbindbaarheid van trouwbeloften liever uit het eerste lid van art. 113 B. W. in verband met art. 14 A. B. afgeleid zou hebben, want ik zie niet in, waarom een volkomen vrije huwelijkstoestemming niet kan volgen na de eveneens in volkomen vrijheid afgelegde belofte om te huwen. Eeuwen lang zijn de in vrijheid afgelegde huwelijksbeloften dan ook geldig geweest, zoodat bij niet-vervulling de andere partij recht op vergoeding van werkelijk geleden schade had. Evenals op zoo vele bepalingen van ons huwelijksrecht, oefende ook op deze aangaande de trouwbeloften het kanoniek recht een zekere invloed uit. Hierover iets meer.

Tacitus vermeldt reeds in zijn Germania, dat na de kennismaking van partijen de bruidegom en de familie van de bruid een verlovingsovereenkomst sloten. Hier heeft men al de trouwbeloften, die men later ook in de Leges Barbarorum vindt. Na deze huwelijksbeloften konden partijen tot het aangaan van het eigenlijk huwelijk gedwongen worden, wat volgens Prof. Mr. A. S. de Blécourt (2) ook bij ons nog tijdens de republiek geschiedde.

Toen de zoogenaamde Dekretalen van paus Gregorius IX (1227—1241) ontstonden, was men, opdat het huwelijk geldig zou zijn, niet verplicht het kerkelijk te doen inzegenen en kende men nog lang geen burgerlijk huwelijk. Een geldig huwelijk ging men toen aan bij wederkeerige overeenkomst, die zonder kerkelijke of burgerlijke formaliteit tot stand kwam (3). Zoo waren ook de in vrijheid afgelegde trouwbeloften een wederkeerige overeenkomst, welke partijen verplichtte eens het huwelijk te sluiten. Men kende sponsalia de

(1) W. 12482 (1 Sept. 1932).

(2) Kort Begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk Recht, Groningen-Den Haag 1922, blz. 45.

(3) Decret. lib. IV, tit. I, cap. IX.

futuro en sponsalia de praesenti, om de kerkrechtelijke termen te gebruiken. Eerstgenoemde werden ontbonden, indien beide partijen hiertoe besloten. Wilde slechts eene partij haar trouwbelofte verbreken, dan moest men haar op alle geoorloofde wijzen trachten te bewegen, dat zij haar eens gegeven woord zou houden (4). Hielden man en vrouw na het afleggen van de sponsalia de futuro vleeschelijke gemeenschap, dan konden zij de sponsalitia niet meer ontbinden, wijl zij geen verloofden meer waren, maar door de vleeschelijke gemeenschap gehuwden: sponsalia de futuro transeunt in matrimonium per carnalem copulam subsecutam, lezen wij in genoemde Dekretalen (4*a*). Sponsalia de praesenti echter is een ander woord voor matrimonium of huwelijk. Paus INNOCENTIUS III schreef dan ook: „Indien man en vrouw elkaar op wettige wijze toestemming geven, die nu zal gelden, zoodat partijen elkaar wederzijds aannemen in de gebruikelijke woorden, terwijl beiden zeggen: ik neem u aan als mijn vrouw, ik aanvaard u als mijn man, of in andere bewoordingen, die de nu bestaande toestemming uitdrukken (al of niet onder eede), dan is het niet meer geoorloofd aan een andere partij trouwbelofte te doen." (5) Daarom kan een later huwelijk sponsalia de praesenti niet vernietigen, terwijl daarentegen sponsalia de futuro etiam iurata solvuntur per sequentia de praesenti (6). En paus ALEXANDER III schreef zelfs: Indien een partij, die gebonden is door sponsalia de praesenti, met een andere partij „nupserit, etiamsi carnalis copula sit secuta, ab eo separari debet et ut ad primum redeat, ecclesiastica districtione compelli" (7).

Wat wij dus trouwbeloften noemen, zijn in het Corpus Iuris Canonici sponsalia de futuro. Men moet dan echter niet slechts het voornemen hebben om met elkaar te trouwen, maar werkelijk de ernstig gemeende bedoeling om zich jegens elkaar te verbinden tot het aangaan van het huwelijk. Welnu, het schijnt, dat deze stelling van het kanoniek recht behouden is in het tweede lid van ons art. 113 B. W. Wij lezen daar immers, dat afkondiging van een aangegeven huwelijk door de ambtenaar van de burgerlijke stand „grond (kan) opleveren tot het vorderen van vergoeding van kosten, schaden en interessen, uit hoofde der werkelijke verliezen, welke de eene partij, door de weigering der andere, in hare goederen mogt hebben geleden, zonder dat daarbij eenige winstderving

(4) Decret. lib. IV, tit. I, cap. II.
(4*a*) Decret. lib. IV, tit. I, cap. XXX. Vgl. cap. XV.
(5) Decret. lib. IV, tit. I, cap. XXXI.
(6) Ibidem. Zie ook Decret. lib. IV, tit. IV, cap. III.
(7) Decret. lib. IV, tit. IV, cap. III.

zal kunnen in aanmerking komen" (8). Al staat er „kan" in plaats van „zal", zoodat de rechter heeft uit te maken, of er reden is om de geleden schade te vergoeden, de bepaling lijkt mij een herinnering aan het oude kanonieke recht, krachtens welk geldige trouwbeloften aan de teleurgestelde partij het recht gaven schadevergoeding te eischen. Wie de aangifte aan de ambtenaar van de burgerlijke stand niet ernstig meende, hem dus en de andere partij misleidde, zal dit m. i. moeten bewijzen. Een dergelijke regel vinden wij in het Corpus Iuris Canonici, waar paus INNOCENTIUS III voorschrijft, dat hij, die in foro externo (b.v. ten overstaan van getuigen of schriftelijk) in de gebruikelijke bewoordingen trouwbelofte deed, maar later beweert, dat hij ze slechts onoprecht of schertsenderwijze gedaan heeft, deze bewering bewijzen moet; slaagt hij hierin niet, dan is hij verplicht zijn belofte na te komen. De reden is natuurlijk, omdat anders allen, die trouwbeloften hebben gedaan, wel kunnen aankomen met het praatje, dat zij niet de bedoeling hebben gehad om te huwen (9).

Niet lang geleden kreeg de Amsterdamsche rechtbank over het tweede lid van art. 113 B. W. te beslissen (10). Na afkondiging van het aangegeven huwelijk had hij geen zin om te trouwen en liep zij, zich op genoemd artikel beroepend, naar de rechter. Uit het vonnis blijkt, dat de teleurgestelde partij ontvankelijk verklaard moet worden, indien de andere partij geen geldige reden had om zich aan het voorgenomen huwelijk te onttrekken. Als men dus heeft aangeteekend „om de grap", dan zal men te Amsterdam (en elders) tot schadevergoeding aan de misleide partij veroordeeld worden. Heeft men daarentegen een volkomen geldige reden om het voorgenomen huwelijk niet aan te gaan, dan hoeft men van de Amsterdamsche rechter geen veroordeelend vonnis te verwachten.

Het dekreet Ne temere van paus PIUS X, afgekondigd 2 Augustus 1907 en van kracht sedert 19 April 1908, heeft een ingrijpende wijziging in de kanonieke huwelijkswetgeving gebracht. Was tot dusver geen bepaalde juridische vorm voor trouwbeloften voorgeschreven, genoemde paus gaf een zoodanige vorm, die later letterlijk overgenomen is in de Codex Iuris Canonici (can. 1017, §§ 1 en 2). Nu zijn dan trouwbeloften volkomen ongeldig, tenzij zij schriftelijk aangegaan en door partijen, de pastoor of de bisschop of tenminste twee getuigen onderteekend zijn. Kunnen beide of een van beide partijen niet schrijven, dan moet dit in het schriftelijk stuk

(8) Zie ook het Belg. B. W., artt. 1382 en 1383, en het Duitsche B. W., §§ 1297-1303.

(9) Decret. lib. IV, tit. I, cap. XXVI.

(10) 8 Maart 1932. W. 12489 (17 Sept. 1932).

vermeld worden en een getuige met de pastoor of de bisschop of de twee getuigen bovendien mede onderteekenen. De partij, die niet schrijven kan, volstaat dus niet met het zetten van een kruisje. Heeft een der partijen later geen zin om te trouwen, dan mag men haar niet tot het huwelijk dwingen, maar is zij wel verplicht om de door de andere partij geleden verliezen te herstellen. Dus ook volgens hedendaagsch kerkelijk recht bestaat er geen rechtsvordering tot het aangaan van het huwelijk en evenmin tot vergoeding van winstderving, maar alleen tot vergoeding van het inderdaad geleden verlies (can. 1017, § 3). Waarom paus Pius X deze wijziging aanbracht, zegt hij zelf in het begin van het dekreet Ne temere: de ervaring had langzamerhand geleerd, dat trouwbeloften zonder juridische vorm aanleiding tot zonde gaven, oorzaak waren, dat onervaren jongemeisjes bedrogen werden, en een bron van twisten en onoplosbare moeilijkheden opleverden.

Deze juridische vorm geldt thans voor de geheele R.-K. wereld, Spanje en Latijnsch Amerika uitgezonderd. In eerstgenoemd land bestaat reeds lang het wettelijk gebruik, dat trouwbeloften schriftelijk aangegaan en door een notaris onderteekend worden. Dit bizondere recht, dat de pausen goedgekeurd hebben, heeft paus Leo XIII op 1 Januari 1900 ook tot Latijnsch Amerika uitgestrekt.

Hebben Roomsch-Katholieken geldige trouwbeloften afgelegd, dan zijn zij in geweten verplicht op de bepaalde of geschikte tijd met elkaar te huwen, kunnen zij geen geldige trouwbeloften aan anderen doen en handelen zij ongeoorloofd, indien zij met anderen in het huwelijksbootje stappen, al is dit huwelijk overigens ook geldig. In foro externo hebben geldige trouwbeloften slechts dit gevolg, dat de partij, die ze niet nakomt, de schade moet herstellen, welke de andere partij thans lijdt, wat tamelijk overeenstemt met het tweede lid van art. 113 B. W.

Gelijk wij zagen, zijn trouwbeloften, die niet schriftelijk zijn aangegaan, volgens het tegenwoordige kanoniek recht ongeldig. Niettemin kan het gebeuren, dat zulke ongeldige trouwbeloften, al geven zij geen grond tot het instellen van een rechtsvordering, per accidens toch het geweten binden, dus een zedelijke verplichting scheppen. Wanneer b.v. na ongeldige trouwbeloften vleeschelijke gemeenschap tusschen partijen gevolgd is, in 't bizonder wanneer de vrouw zwanger is geworden, dan is de man, indien zij zulks eischt, verplicht haar te huwen of de schade te vergoeden. Ons burgerlijk recht eischt in dit geval ongeveer hetzelfde, is zelfs strenger. De man is immers niet wettelijk verplicht de vrouw, bij wie hij zwangerschap veroorzaakte, te huwen, maar wel kan de rechter hem na de geboorte van het kind in geval van verkrachting, ontucht met een bewustelooze enz. dwingen het

vaderschap te erkennen (artt. 342 B. W., 242—245, 249 en 281 Sr.) en in de overige gevallen veroordeelen „door eene uitkeering in het onderhoud en de opvoeding van het kind gedurende de minderjarigheid, te voorzien" (art. 344*a* B. W.).

Wijl ook kerkrechtelijk uit de trouwbeloften geen rechtsvordering meer volgt tot het sluiten van het beloofde huwelijk, kan de partij, die haar trouwbelofte schendt en met een ander huwt, niet gedwongen worden dit huwelijk uit te stellen, totdat zij aan haar schadevergoedingsplicht voldaan heeft.

Aldus besliste de pauselijke commissie tot verklaring van de Codex op 2 en 3 Juni 1918 (11). Natuurlijk kunnen er gegronde redenen bestaan, waarom een der partijen haar trouwbelofte niet nakomt. Heeft er een nadeelige verandering van eenig gewicht plaats gevonden in de toestand van de gezondheid, zoowel lichamelijke als geestelijke, of van het vermogen der andere partij, dan verliezen de trouwbeloften hun kracht. Was deze wijziging immers voorzien, dan zouden er geen trouwbeloften gedaan zijn: zij zijn een overeenkomst, die in volle vrijheid moet gesloten worden en inderdaad onder deze stilzwijgende voorwaarde wordt aangegaan, dat de omstandigheden geen wijziging brengen in geestelijke, lichamelijke of geldelijke toestand en dat de wederpartij is, zooals zij lijkt. De verplichting om de trouwbeloften na te komen houdt zelfs op, „wanneer men, alle omstandigheden in aanmerking genomen, terecht moet veronderstellen, dat het door partijen te sluiten huwelijk ongelukkig zal zijn" (12). Niemand is immers verplicht om een belofte te vervullen, indien deze vervulling niet alleen voor de belover, maar ook voor het algemeen welzijn noodlottig is. De partij, aan wier schuld het te wijten is, dat het beloofde huwelijk ongelukkig zal worden, blijft echter overeenkomstig § 3 van canon 1017 verplicht de werkelijke schade te vergoeden.

Van groote beteekenis zijn de artt. 1371—1373 B. W., die over de oorzaak van een overeenkomst handelen. Overeenkomsten met een ongeoorloofde oorzaak kent ook het kanoniek recht. Om bij ons onderwerp te blijven, trouwbeloften en ook het huwelijk zelf, aangegaan onder voorwaarde om wel vleeschelijke gemeenschap te houden, maar geen of slechts een bepaald aantal kinderen te verwekken, zijn ongeldig, daar zulk een oorzaak of voorwaarde volgens R.-K. opvatting strijdig is met het wezen van het huwelijk. Volgens de opvatting van art. 1373 B. W. is zij echter niet in strijd „met de goede zeden of met de openbare orde", omdat onze wet het huwelijk „alleen in deszelfs burgerlijke betrekkingen" be-

(11) Acta Apostolicae Sedis, 1918, blz. 345.

(12) Aldus in § 10 van de Instructio Austriaca. Zie VLAMING, Praelectiones Iuris Matrimonii, ed. 3 *a*, dl. I, Bussum 1919, blz. 115.

schouwt (art. 83 B. W.). Daarom is een burgerlijk huwelijk bij onbekwaamheid tot vleeschelijke gemeenschap bestaanbaar, wat weer een verschilpunt is met het kanoniek recht, dat juist de voortteling, waartoe die gemeenschap noodzakelijk is, als voornaamste doel van het huwelijk erkent. „Het eerste doel van het huwelijk — zegt canon 1013, § 1 — is de verwekking en opvoeding van het kind, het tweede de onderlinge bijstand en beteugeling der geslachtsdrift". Kan nu die gemeenschap tusschen partijen niet plaats hebben, is m. a. w. een der partijen daartoe onmachtig (impotens), dan zijn het huwelijk en van zelf sprekend de trouwbeloften eveneens ongeldig. Dat men de onvruchtbaarheid, de impotentia generandi wèl moet onderscheiden van de impotentia coeundi, kan men lezen bij schrijvers over kanoniek recht, b.v. bij VLAMING (13).

Ziedaar slechts enkele beschouwingen over trouwbeloften naar aanleiding van het Utrechtsche vonnis.

---

(13) T. a. p., blz. 233 vv.

DAVID DE KOK O. F. M.

Dr. Mr. E. van Bolhuis. *Het rechterlijk toetsingsrecht tegenover de verordenende bevoegdheid van den Gemeenteraad.* — Alphen aan den Rijn, N. Samsom N. V., 1933 (116 blz.).

„Aan hem (den Raad) behoort het maken van de verordeningen, die in het belang der openbare orde, zedelijkheid en gezondheid worden vereischt en van andere, betreffende de huishouding der gemeente". (Art. 168 (135) Gemeentewet) (1).

De schrijver van dit in den handel verschenen proefschrift heeft zich ten doel gesteld om de rechterlijke toetsing van de gemeentelijke verordeningen aan art. 135 (thans 168) der gemeentewet, zooals deze sinds de inwerkingtreding der gemeentewet wordt uitgeoefend, te onderzoeken en — zoo noodig — aan critiek te onderwerpen. Hij heeft zich van deze taak gekweten door vooreerst achtereenvolgens stil te staan bij de verordenende bevoegdheid van den gemeenteraad, de rechterlijke toetsing aan wettelijke bepalingen van hooger gezag in het algemeen, en meer in het bijzonder aan art. 135. Daarna gaat hij over tot eene groepeering van de betrekkelijke arresten van den Hoogen Raad en eene beoordeeling van deze jurisprudentie. Ten slotte wijdt hij eene beschouwing aan het laatstelijk in de Tweede en de Eerste Kamer der Staten-Generaal ten aanzien van het regeeringsvoorstel tot wijziging van art. 135 verhandelde.

De vraag, of volgens geldend recht aan den rechter het toetsingsrecht van gemeenteverordeningen aan art. 135 toekomt, is eene oude en veelbesprokene. Nieuwe gezichtspunten in dezen strijd konden uiteraard door schrijver niet worden geopend. Deze herinnert aan het ernstig verzet tegen dit recht, waarvan in den loop der jaren telkens en telkens bleek, aan de wetenschappelijke bezwaren, daartegen aangevoerd, en schaart zich aan de zijde van de bestrijders. De vraag, of een bepaalde maatregel de huishouding der gemeente betreft, valt buiten de juridische sfeer; zij is geene rechtsvraag maar eene vraag van doelmatigheid, welke op

(1) Vergelijk hiermede de *afwijkende* redactie van art. 140 Provinciale wet. „Zij (de Staten) maken de reglementen en verordeningen, die zij voor het provinciaal belang noodig oordeelen".

grond van den aard van 's rechters functie aan het oordeel van de rechterlijke macht is onttrokken. De rechterlijke toetsing aan art. 135 is dus een staatsrechtelijk monstrum „al is er geen wettelijke bepaling aan te wijzen, welke speciaal deze toetsing onomwonden verbiedt" (blz. 42). En het toepassen van bedoeld toetsingsrecht (t. a. van de gemeenteverordening) doet des te vreemder aan, waar de rechterlijke macht de *provinciale* verordening *niet* toetst aan het correspondeerende art. 140 der provinciale wet, bepalende, dat de provinciale staten de reglementen en verordeningen maken, welke zij voor het provinciaal belang noodig oordeelen. Wel wordt door den Hoogen Raad uit de redactie van art. 140 provinciale wet afgeleid, dat dit artikel de vraag, of eene provinciale verordening het provinciaal belang betreft, uitsluitend ter beoordeeling heeft willen overlaten aan de staten, maar — zoo betoogt de schrijver — bij het *gemeentelijk* belang, de huishouding der gemeente, gaat 't ook niet om een *objectief* wettelijk vereischte, maar heeft men slechts te maken met subjectieve doelmatigheidsbeoordeelingen. „Het verschil in behandeling van de provinciale verordening en de gemeentelijke verordening is derhalve geheel onverklaarbaar" (blz. 43).

Wij komen thans tot het tweede punt: de groepeering van de betrekkelijke arresten van den Hoogen Raad. Als conclusie van dit moeizaam en respectabel onderzoek, waarbij ieder der vier hoofdgroepen wêer in onderdeelen wordt verdeeld en daardoor een overzichtelijk geheel aan den lezer wordt aangeboden, zien wij op blz. 102 een 4-tal gebreken, aan de bedoelde rechterlijke toetsing verbonden, opgenoemd.

Vooreerst de onverbindendverklaring bij arrest van 29 Juni 1891 van het verbod te Kampen om anderen visch dan aan den openbaren afslag op de vischmarkt gekocht rond te venten aan de huizen der ingezetenen „hoewel soortgelijke regelingen — en andere van verdere strekking — ten aanzien van gedragingen, enz. zoowel op openbaar, voor het publiek toegankelijk, als privaat terrein wèl aanvaard werden".

Vervolgens de *verschillende motiveering* voor de verbindendverklaring van winkelsluitingsregelingen.

Voorts de onverbindendverklaring van de Rotterdamsche regeling van het onderling verkeer der leden van een besloten gezelschap (arrest 3 December 1894), de Maastrichtsche bepaling op de openlijke ontucht (arrest 8 Mei 1911), de Haarlemsche ventregeling voor gedrukte stukken (arrest 29 November 1920) en nog een viertal andere regelingen (bij arresten 1921, 1922, 1928 en 1931) „hoewel talrijke andere bepalingen van vergelijkbare strekking, welke eveneens betrekking hadden op gedragingen enz. zoowel op openbaar, voor

het publiek toegankelijk, als privaat terrein door den Hoogen Raad toegepast werden".

Ten slotte de onverbindendverklaring bij arrest van 23 Juni 1930 van de Woudenbergsche weegregeling voor varkens en bij arrest van 20 April 1931 van het stapelverbod voor Vinkeveen „hoewel voorschriften van vergelijkbare strekking, welke betrekking hadden op gedragingen enz. zoowel op openbaar, voor het publiek toegankelijk, als privaat terrein, door ons hoogste rechtscollege werden goedgekeurd".

Schrijver's eindoordeel is, dat, terwijl de Hooge Raad bij de toetsing — ten onrechte — een zekeren objectieven maatstaf schept, tòch daarbij *subjectieve* gevoelens zijn doorgedrongen en op deze wijze een — verboden — *feitelijke* maatstaf wordt aangelegd. Het systeem zelf van ons hoogste rechtscollege is dus foutief. Deze toetsing (aan art. 135) is in strijd òf met art. 150 tweede lid der gemeentewet (bij twijfel, of eene pl. verordening treedt in hetgeen van algemeen rijks- of provinciaal belang is, verbindt zij totdat het vernietigingsrecht der Kroon is toegepast) òf met art. 11 der wet houdende Algemeene Bepalingen (geen beoordeeling door den rechter van de innerlijke waarde of billijkheid der wet) òf met den aard van 's rechters taak.

En nu ten slotte het laatstelijk (in 1930) in ons Parlement verhandelde ten aanzien van het Regeeringsvoorstel tot *wijziging* van art. 135 der gemeentewet. Deze parlementaire geschiedenis en met name de *verwerping* van het voorstel om art. 135 voortaan te doen luiden: „Hij (de Raad) maakt de verordeningen, die hij in het belang der gemeente noodig oordeelt", plaatst ons vóór deze vraag: Heeft thans de gemeentewetgever zoo duidelijk gesproken, zoo onomwonden zijn wil met betrekking tot het door eene practijk van jaren gesanctionneerde toetsingsrecht kenbaar gemaakt, dat daaraan een argument kan worden ontleend in den wetenschappelijken strijd, waaraan het geschrift van Dr. VAN BOLHUIS is gewijd? Ik acht dit punt van cardinale beteekenis en onzer aandacht in hooge mate waard. Eene *nieuwe* zijde van het door schrijver wederom aan de orde gestelde vraagstuk, in hare nieuwheid aantrekkelijk en interessant (2).

Aan den schrijver zelven heeft deze parlementaire geschiedenis weinig of niets te zeggen. De *schijn* is gewekt, zoo betoogt hij, alsof de Tweede Kamer door verwerping van het

---

(2) Zie over de belangrijke (en voor mij nieuwe) vraag, of inderdaad met de *veranderde redactie* van art. 135 het door de Regeering beoogde doel zou zijn bereikt en aan den rechter het toetsingsrecht zou zijn ontzegd, Mr. Dr. H. Vos in het Weekblad voor Gemeentebelangen, 8ste jaargang no. 11 („Herziening van de Gemeentewet", IX).

Regeeringsvoorstel zich bewust ten gunste van de rechterlijke toetsing heeft uitgesproken. Dit is echter geenszins het geval. „Dàn toch was allereerst op zijn plaats geweest een onderzoek van de vraag, of de toetsing van art. 135 *in het verleden* wel gegrond was. Dit onderzoek heeft niet plaats gehad; de vraag is zelfs niet gesteld. In dit licht bezien, heeft de uitspraak van de Tweede Kamer naar onze opvatting geen waarde" (blz. 116).

Het zij mij vergund in deze quaestie van des schrijvers oordeel af te wijken en mij te plaatsen aan de zijde van Prof. KRANENBURG, die er op wijst, dat de wil van de Kamer om in het rechterlijk toetsingsrecht den waarborg van de contrôle der rechterlijke macht op de wetgevende werkzaamheid der gemeenteraden, de „rem tegen keuromanie der gemeente", te behouden heeft geleid tot verwerping van de door de Regeering voorgestelde nieuwe redactie van art. 135. Inderdaad is mijns inziens door dit parlementaire votum de vaste jurisprudentie ten opzichte van art. 135 *versterkt*, mag men daaraan een argument vóór den wettelijken grondslag van die jurisprudentie ontleenen, en kan men in dien zin — mèt den Leidschen Hoogleeraar — spreken van een nieuwen schakel in den keten der historische interpretatie (3).

Een kort woord tot toelichting van deze opvatting.

Wat de beraadslagingen in de Tweede Kamer omtrent het door de Regeering voorgestelde artikel aangaat, waarbij het gaat om de al- of niet handhaving van het toetsingsrecht, moge worden herinnerd aan de voornaamste der pro en contra aangevoerde argumenten.

Eenerzijds de wensch om de mogelijkheid van de toetsing door den rechter te behouden, het nadruk leggen op den in het toetsingsrecht gelegen waarborg voor de bescherming van den burger, welke bescherming niet voldoende is verzekerd door het vernietigingsrecht der Kroon. Daarnaast: het constateeren van den bevredigenden toestand, thans hier te lande op dit gebied bestaande, aan welken toestand bij aanneming van het voorstel een einde zal worden gemaakt.

Anderzijds de aanbeveling van het Regeeringsvoorstel met de overweging, dat de vraag, wàt tot de huishouding der gemeente behoort, niet is eene vraag van recht maar van doelmatigheid en dat derhalve het voorstel, hetwelk de beantwoording dezer vraag ondubbelzinnig aan den rechter onttrekt, moet worden aanvaard. Eene overweging, waaraan zich aansluit de gedachtengang, dat de thans op dit gebied

---

(3) Prof. KRANENBURG, Het Nederlandsch Provinciaal recht, 1931, blz. 38 en 39.

bestaande anomalie, n.l. eene administratieve uitspraak van de Kroon en daarnaast eene uitspraak van de Rechterlijke Macht, geene aanbeveling verdient (4).

En de Minister van Binnenlandsche Zaken RUYS DE BEERENBROUCK? Ook deze concentreert — bij de bespreking van het nieuwe artikel — de aandacht op het toetsingsrecht, erkent de waarde van dat recht als middel om de al te bemoeizieke gemeentebesturen in toom te houden, constateert, dat veel vóór en veel tegen het voorgestelde artikel te zeggen valt, en verklaart tenslotte, dat hij — na den van de zijde van den hem laatst voorafgeganen spreker (AALBERSE) ontvangen steun — zijn denkbeeld om het artikel terug te nemen laat varen en de Kamer wil laten uitspraak doen (5).

De Tweede Kamer heeft hierop het artikel verworpen (niet aangenomen) en daarmede ondubbelzinnig te kennen gegeven het rechterlijk toetsingsrecht, als heilzaam en nuttig, te willen handhaven.

De behandeling van het artikel in de Eerste Kamer kan deze opvatting slechts bevestigen. Voldoening wordt uitgesproken over het feit, dat de Tweede Kamer door het *oude* artikel te handhaven hare goedkeuring aan het voortbestaan van het toetsingsrecht heeft gehecht, waardoor de vraag, wàt tot het huishouden der gemeente behoort, aan het oordeel van den rechter blijft onderworpen, en de rem tegen de „keuromanie", in het artikel gelegen, behouden blijft (6).

Ook *hier* dus geen twijfel omtrent de beteekenis van het votum der Zusterkamer. Ook *hier* vastgelegd, dat het toetsingsrecht in de wet zelve haren grondslag vindt, haren wettelijken bodem heeft.

Ik meen hiermede mijne zienswijze omtrent dit cardinale punt voldoende te hebben toegelicht. Het betreft hier niet eene simpele uitlating in een bepaalden zin, bij de beraadslagingen in het Parlement gedaan (ten aanzien waarvan behoedzaamheid bij de uitlegging van het betrokken wetsartikel plicht is, omdat uit eene dergelijke uitlating de „wil des wetgevers" kwalijk kan worden afgeleid) maar de beteekenis, welke naar de aan duidelijkheid niets te wenschen latende opvatting en uitspraak van het Parlement aan de verwerping van een *nieuw* en de handhaving van een *oud* wetsartikel moet worden gehecht. Die opvatting en die uit-

---

(4) Zie *eenerzijds* meer in 't bijzonder de redevoeringen van de leden BEUMER en RUTGERS VAN ROZENBURG, *anderzijds* die van de leden VAN DEN BERGH en AALBERSE (Handelingen Tweede Kamer 1929/1930, blz. 2073—4; 2067; 2080; 2075—6).

(5) Handelingen blz. 2076.

(6) Redevoeringen van de leden VAN LANSCHOT en DE SAVORNIN LOHMAN (Handelingen Eerste Kamer 1930/1931, blz. 183 en 190—1).

spraak van ons Parlement hebben voor de uitlegging van het nieuwe art. 168 eene beslissende beteekenis. Inderdaad is — om de straks door mij geciteerde formuleering te bezigen — in den keten der historische interpretatie van het wetsartikel een nieuwe schakel gesmeed.

Nog een enkele opmerking tenslotte.

Wij kunnen van de literatuur over dit onderwerp — de toetsing door den rechter (met name den Hoogen Raad) van de gemeentelijke verordening aan art. 135 (168) der gemeentewet — niet kennis nemen zonder te worden getroffen door de eenstemmigheid omtrent de wijze, waarop ons hoogste rechtscollege gemeend heeft zijne taak in deze te moeten vervullen. Nagenoeg algemeen wordt erkend, dat dit college daarbij met behoedzaamheid en beleid te werk gaat, van de naar zijn oordeel hem gegeven bevoegdheid tot onverbindendverklaring een spaarzaam gebruik maakt en allerminst kan gezegd worden ook maar eenigszins ruw in te grijpen in de gemeentelijke autonomie. Eene erkentenis, welke ertoe leiden kan om hen, die tegen het toetsingsrecht ernstige principieele bedenkingen hebben (waarvan ik vooral *deze* belangrijk acht, dat het recht niet past in onze staatsrechtelijke verhoudingen (7)) hunnerzijds te doen toegeven, dat het huns inziens onjuiste stelsel practisch niet heeft geleid tot bedenkelijke gevolgen.

Dat bij de hanteering van het toetsingsrecht het subjectief element in de beoordeeling niet geheel kan worden uitgeschakeld; dat doelmatigheidsoverwegingen daarbij soms eene rol spelen; dat er grensgevallen zijn (8) waar een sterk

---

(7) Van der Pot, Nederl. Juristenblad, 1931, blz. 177.

(8) Een van de m. i. meest dubieuse grensgevallen werd behandeld in het bekende arrest van den Hoogen Raad van 23 Juni 1930, W. 12173. De verbodsbepaling van de gemeenteverordening van Woudenberg op weegwerktuigen voor varkens om bij het verkoopen, afleveren, koopen of in ontvangst nemen van varkens gebruik te maken van andere dan de gemeentelijke weegwerktuigen werd onverbindend verklaard omdat door dit verbod in zijne algemeenheid de handeling getroffen wordt, ook wanneer daarbij uitsluitend het bijzonder belang van ingezetenen gemoeid is en het openbare belang daarbij in geenerlei opzicht is betrokken, en de verordening derhalve verder reikt dan de regelingsbevoegdheid, aan den gemeentelijken wetgever toegekend. Zie omtrent dit arrest (waaraan kwalijk een argument tegen het toetsingsrecht kan worden ontleend, omdat 't hier een zeer eigenaardig en bijzonder geval betrof en dus een beroep op „soortgelijke" gevallen, waarin de Hooge Raad zijn veto *niet* uitsprak, gevaarlijk is) o. a.: de onmiddellijke reactie daarop van Mr. H. B. Vos, in W. 12176, die constateerde, dat bij dit arrest opnieuw paal en perk gesteld werd aan de ongeoorloofde bemoeizucht van

dubium aanwezig is en er voor de beslissing in utramque partem (al- of niet onverbindendverklaring) deugdelijke argumenten zijn aan te voeren, kan ook m. i. bezwaarlijk worden ontkend. Maar dit alles raakt niet het beginsel en kan niet worden aangevoerd als argument tegen de uitoefening van het bedoelde recht. Geconcludeerd mag worden, dat dit recht, waardoor tusschen de autonomie der gemeente èn de vrijheid van den burger een „bevredigende evenwichtstoestand" (9) wordt verkregen en hetwelk door niemand minder dan OPPENHEIM *wenschelijk* werd geacht (10), zeker *thans* met gerustheid kan worden aanvaard, en dat het in de practijk, zooals deze zich in de jarenlange jurisprudentie van den Hoogen Raad heeft ontwikkeld, heilzaam en nuttig werkt.

Het is de verdienste van den heer VAN BOLHUIS, dat hij aan dit belangrijke onderwerp eene deugdelijke studie heeft gewijd, waarvan de waarde ook door hen, die ten aanzien van de hoofdpunten zich met zijne zienswijze *niet* vereenigen, volgaarne zal worden erkend.

Amsterdam, November 1933 S. J. M. VAN GEUNS

Mej. A. A. L. MINKENHOF. *Onderhoudsplicht* (proefschrift). — H. J. Paris, Amsterdam, 1933 (162 blz.).

Dit proefschrift (verdedigd te Leiden den 26 Mei 1933) getuigt van degelijke studie en een helder juridisch oordeel. Vooraf gaat eene pittige inleiding over het karakter en den omvang van den wettelijken onderhoudsplicht. Daarop volgt een zeer uitvoerig hoofdstuk, ongeveer drie kwart innemende van den geheelen inhoud van het werk, over het materieelrechtelijke gedeelte van het onderwerp. Dan een kort hoofdstuk over het procesrecht. Ten slotte een *te kort* hoofdstuk over verbetering van het alimentateirecht, zoowel materieel als formeel.

---

de gemeente met de particuliere belangen der ingezetenen; de polemiek (gedachtenwisseling) van TAVERNE en VAN DER POT in het Nederlandsch Juristenblad 1931 (blz. 69, 177, 205); en laatstelijk TAVERNE bij de bespreking van het geschrift van den heer VAN BOLHUIS (Tijdschrift voor Strafrecht, deel 43, blz. 285 vlg.) op blz. 288 en 289.

(9) TAVERNE, Nederl. Juristenblad 1931, blz. 74.

(10) OPPENHEIM-VAN DER POT, Het Nederlandsch Gemeenterecht, blz. 330.

In de Inleiding wordt nadruk gelegd op de tegenstelling tusschen de destijds (in 1838) èn de thans gangbare opvattingen omtrent het karakter van den onderhoudsplicht, een verschil in mentaliteit hetwelk ons ertoe leiden moet om op dit terrein niet te veel gewicht te hechten aan de bedoelingen van de makers der wet. Daarnaast wordt gewezen op het bestaansrecht van den onderhoudsplicht, welke plicht èn aan de gemeenschap ten goede komt, immers haar uitgaven spaart, welke ten laste van anderen behooren te komen, èn eene moreele waarde heeft, èn bovendien preventief goed werkt. Met deze erkenning van het bestaansrecht van den onderhoudsplicht gaat intusschen samen eene ontkenning van de wenschelijkheid van uitbreiding daarvan. Slechts ten opzichte van broeders en zusters ware eene uitzondering te maken, daar ook tusschen dezen een sterke familieband bestaat en er zich gevallen kunnen voordoen, waarin een onderhoudsplicht gerechtvaardigd is.

Het eerste hoofdstuk (materieel recht, blz. 6—120) bestaat uit een algemeen en een bijzonder deel. In het *eerste* deel zijn achtereenvolgens aan de orde: de betrokken artikelen van het B. W.; schuldeischers en schuldenaren; ontstaan van den onderhoudsplicht; bedrag der uitkeering en wijziging daarvan; omvang van het onderhoud en wijze van voldoening; einde van den onderhoudsplicht; zorg dat de onderhoudsplicht zijn doel bereikt; volgorde van plichtigen en gerechtigden; hoofdelijkheid en ondeelbaarheid; terugvordering van verstrekt onderhoud; zekerheidsstelling; faillissement van den onderhoudsplichtige; overeenkomsten omtrent levensonderhoud. Het *tweede* deel behandelt achtereenvolgens den onderhoudsplicht op grond van huwelijk; op grond van bloedverwantschap; tusschen aanverwanten in de rechte lijn; op grond van onrechtmatige daad (art. 1406 B. W.).

Uiteraard kan op de talrijke vragen en dubia, welke in dit gedeelte van het werk de revue passeeren, niet worden ingegaan. Volstaan worde met de mededeeling, dat aan de hand van jurisprudentie en schrijvers al deze punten critisch worden besproken. Bij een drietal daarvan, ten aanzien waarvan ik van schrijfster's conclusie zou willen afwijken, moge een oogenblik worden stilgestaan.

Vooreerst worde dan herinnerd aan de bekende strijdvraag, of de onderhoudsplicht in het algemeen en in het bijzonder die van art. 344 *a* B. W. (van den vader van een natuurlijk kind) op de erfgenamen van den onderhoudsplichtige overgaat. Tegenover de meening van schrijfster, die den overgang afwijst, daarbij o. a. nadruk leggende op het feit dat onze wet juist geenerlei betrekking heeft gewild tusschen het natuurlijke kind en de familie van den vader (blz. 34—37), zou ik vooral willen stellen het ontbreken van afdoende

redenen om van het algemeen beginsel van het overgaan van alle geldschulden op de erfgenamen *hier* af te wijken, en — met DRUCKER (1) — twijfel uit te spreken aan de juistheid van de heerschende jurisprudentie; terwijl anderzijds de in het stelsel van den overgang gevreesde moeilijkheden worden opgelost indien bij de vaststelling van het bedrag der uitkeering alleen wordt gelet op het inkomen, hetwelk door de erfgenamen uit de nalatenschap van den vader wordt verkregen, en dus de gedachte, dat „op dezen slechts rust de overneming van den onderhoudsplicht van den vader, welke dus naar diens draagkracht moet worden beoordeeld" in haren meest zuiveren vorm tot uiting komt (2). Al zijn hiermede niet *alle* moeilijkheden opgelost, zooals schrijfster opmerkt, toch kan m. i. langs dezen weg een volkomen bevredigende regeling worden verkregen.

In de tweede plaats moge ik de aandacht bepalen bij het dubium, of, wanneer de vrouw, eischeres tot echtscheiding, den eisch niet binnen veertien dagen na het haar door den president der rechtbank verleende verlof instelt (art. 821 Rv.), onder de alsdan door haar verbeurde „voordeelen" ook valt de beschikking van den president betreffende het verblijf der kinderen. Tegenover de door schrijfster gevolgde redeneering, dat, wanneer de voordeelen *van de vrouw zelve* vervallen, de bepalingen omtrent de *kinderen* geen zin meer hebben en dus in dit geval ook deze laatste *automatisch* met het afzonderlijk verblijf en de uitkeering van de vrouw vervallen, zou ik eene beslissende beteekenis willen hechten aan de overweging, dat bepalingen omtrent de kinderen uitsluitend met het oog op *hun* belang door den president worden gegeven en dus niet geacht kunnen worden onder de aan *de vrouw* toegekende voordeelen te zijn begrepen (3).

Niet zoo stellig is mijne opvatting omtrent het derde punt, hetwelk uit de omvangrijke in het proefschrift behandelde en verwerkte jurisprudentie naar voren moge worden gebracht, n.l. de vraag, of de echtgenoot, op wiens verzoek de echtscheiding (of scheiding van tafel en bed) is uitgesproken, het recht op eene uitkeering tot onderhoud verliest, wanneer in reconventie een zelfde eisch *tegen* hem wordt toegewezen.

---

(1) Mr. W. H. DRUCKER in W. P. N. R. 2255 (1913), die concludeert, dat de regeling van onze wet eene zoodanige is, dat daaraan belangrijke argumenten kunnen worden ontleend voor de opvatting, dat de verplichting van den vader (van het natuurlijke kind) met diens dood tenietgaat.

(2) Arrest H. R. 31 Maart 1927, N. J. 1927 blz. 727, W. 11655, waarbij werd verworpen het beroep in cassatie tegen het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 29 Juni 1926, W. 11550.

(3) Vonnis president Rb. Rotterdam 24 Februari 1931, W. 12325.

Erkennende dat voor eene bevestigende beantwoording dezer vraag veel te zeggen valt (pr. blz. 88, 89) zou ik toch — mèt het Gerechtshof te 's-Gravenhage — tot het tegenovergestelde gevoelen overhellen, op grond dat het aanhangig maken van den eisch in reconventie niets anders is dan een processueele vorm „welke op den aard en het sequeel van dien eisch zonder invloed is" (4) en dus met betrekking tot den eisch in conventie eene zelfstandige beschouwing en beslissing omtrent de uitkeering op hare plaats is, m. a. w. de echtgenoot, op wiens vordering (in conventie) de echtscheiding wordt uitgesproken, gezegd kan worden *niet zelf schuldig te staan* (5) en dus eene gunstige positie inneemt.

Van de vele quaesties, waarin ik schrijfster's zienswijze deel, memoreer ik slechts ééne, welke mij van bijzonder belang toeschijnt. Het betreft de vraag van den invloed van *wangedrag* van den onderhoudsgerechtigde op de beslissing, of deze voor levensonderhoud in aanmerking kan komen (pr. blz. 114—117). De vraag doet zich voor jure constituto en jure constituendo. Naar ons stellig recht lijkt ook mij de constructie, dat iemand, die zich aan dronkenschap of ander wangedrag schuldig maakt, niet als behoeftig kan worden beschouwd, verwerpelijk. Jure constituendo zou ik, evenals schrijfster, eene wetsbepaling, den onderhoudsplicht uitsluitende tegenover hen die zelf schuld hebben aan hunne behoeftigheid, willen afwijzen en hoogstens termen aanwezig achten om voor dezulken het onderhoud tot het allernoodzakelijkste te beperken.

Van de in het tweede hoofdstuk (procesrecht blz. 121—144) besproken punten vermeld ik er twee. Vooreerst de vraag van *bevoegdheid* van den president der rechtbank in *Kort Geding* (in alimentatiezaken); eenerzijds het nadruk leggen op het spoedeischend karakter van de van den president gevraagde voorziening, welke geen uitstel duldt; anderzijds de — m. i. sterk aanvechtbare —stelling, dat hier ontbreekt het *tweede* voor de bevoegdheid van den president vereischte *kenmerk,* n.l. dat de gevraagde voorziening zich tot de hoofdzaak verhoudt als een voorloopige maatregel, — en dus de president onbevoegd is. — En voorts de vraag van de *verdeeling van den bewijslast* in onderhoudsgedingen, voor welke vraag richtsnoer is de formuleering van den Hoogen Raad „dat eenerzijds degene die het onderhoud vordert, de behoef-

---

(4) Arrest Hof den Haag 18 December 1914, N. J. 1915 blz. 398, W. 9727. In het mede door schr. geciteerde arrest van 5 December 1921 gaf het Hof eene gelijke beslissing ten aanzien van *gevoegde* zaken waarin de wederzijdsche vordering (tot scheiding van tafel en bed) was toegewezen.

(5) Asser-Scholten, Personenrecht (6e druk) blz. 263.

tigheid en den omvang zijner behoeften zal hebben aan te toonen, anderzijds de onderhoudsplichtige het door hem gestelde omtrent zijn vermogen om onderhoud te verschaffen zal hebben aannemelijk te maken"; arrest 31 Maart 1927, N. J. 1927 blz. 749, W. 11661. Eene verdeeling van den bewijslast, welke voorzeker als volkomen billijk mag worden aangemerkt.

En nu ten slotte een blik in de toekomst! De verbeteringen, welke in het alimentatierecht zijn aan te brengen (hoofdstuk III, blz. 145—158). Herinnerd wordt aan de bij ons heerschende groote ontevredenheid over het procesrecht in alimentatiezaken, aan het laatstelijk ingediende wetsontwerp tot invoering van eene afzonderlijke — vereenvoudigde — alimentatieprocedure, en daarnaast aan de pogingen om den onderhoudsplicht te doen regelen *buiten den rechter om* door eene neutrale instantie, n.l. de Commissie inzake Onderhoudsplicht zooals deze reeds in verscheidene gemeenten — ingesteld door den Armenraad — werkzaam is. Wij ontmoeten hier, bij de bespreking van het *bemiddelend optreden* dezer commissie (waardoor aan de rechtbank veel werk wordt bespaard), wederom de vraag, of ook aan den behoeftige, die zich slecht gedraagt, onderhoud dient te worden gegeven. Schrijfster erkent de vrijheid der Commissie inzake Onderhoudsplicht om in zulk een geval hare bemiddeling *niet* te verleenen, maar wijst tevens (m. i. terecht) op de wenschelijkheid dat de commissie den behoeftige daarbij opmerkzaam make, dat de rechter waarschijnlijk wèl eene uitkeering zal toekennen, m. a. w. hem in kennis stelle met de kans, dat hij bij den rechter een „gunstiger onthaal" zal vinden (blz. 149, 150).

Ook ten aanzien van den eventueelen lijfsdwang als middel tegen den onwilligen onderhoudsplichtige, vereenig ik mij met schrijfster's — afwijzend — advies. Verzwijgen mag ik intusschen niet, dat aan de door haar gemaakte opmerking — tegenover de beschouwing van den lijfsdwang als „een barbaarsch executiemiddel hetwelk in onze eeuw niet thuishoort" — dat niet-nakoming van den onderhoudsplicht *vaak nog barbaarscher is* (blz. 155) m. i. alle waarde als argument in deze moet worden ontzegd (6).

Ten aanzien van de *strafrechtelijke* zijde van het vraagstuk had eenige meerdere uitvoerigheid, en dieper ingaan op de hier voorliggende quaesties (b.v. de vraag, of naast eene eventueele strafbaarstelling van de kwaadwillige verlating van het gezin er termen zijn om reeds het niet-betalen van

---

(6) Zie over den *lijfsdwang voor alimentatieschuld* laatstelijk het Voorl. Verslag op het wetsontwerp tot vereenvoudiging van de bepalingen inzake uitkeeringen tot onderhoud, W. 12666.

de onderhoudsuitkeering op zichzelf als misdrijf strafbaar te stellen) aanbeveling verdiend.

De door schrijfster aangevoerde bezwaren tegen de plaatsing in eene werkinrichting als sanctie van een — te verwachten! — nieuw artikel (7) (tegen de schending van den onderhoudsplicht) komen mij voor juist te zijn: langdurige verwijdering van den schuldige uit zijn gezin, zoodat het herstellen van de normale verhoudingen *in het gezin,* waarnaar gestreefd moet worden, zal worden vertraagd. Wat aangaat de beteekenis in deze van de strafbedreiging, als middel om reeds als zoodanig de behoorlijke nakoming van den alimentatieplicht te bevorderen, moet m. i. deze beteekenis *hier* gering worden geacht, omdat wij in den regel te doen hebben met ontaarden, die gebleken zijn zelfs voor den meest krachtigen aandrang om hun natuurlijken en zedelijken plicht na te komen ongevoelig te zijn.

In ieder geval heeft de wetgever op dit gebied eene — bescheiden en aanvullende maar daarom niet minder belangrijke — taak te vervullen, en eene voorziening te treffen, waaraan onze maatschappij inderdaad behoefte heeft en welke ons rechtsgevoel bevredigt.

---

(7) Op de beperkte strekking van art. 255 W. v. Sr. (in een hulpeloozen toestand brengen van iemand, tot wiens onderhoud men verplicht is), waardoor de personen, die men gaarne onder de strafwet zou willen brengen, niet worden bereikt, wees reeds SIMONS in de vergadering van de Ned. Vereeniging voor Armenzorg en Weldadigheid van 8 October 1913 (Geschriften der Vereeniging; XIV, zesde algemeene vergadering). In gelijken zin het rapport der door den Nederl. Bond tot Kinderbescherming in het leven geroepen Commissie over Plichtverzakende ouders (1915) op blz. 21, 22; ter bestrijding van de ernstigste vormen, waarin de schending van den onderhoudsplicht zich voordoet, werd dan ook eene wijziging van art. 255 noodig geoordeeld, blz. 40 (samenvatting, sub *c*). Zie ook het opstel van Mr. J. A. VAN HAMEL in het T. v. S. deel XXI „Schending van den onderhoudsplicht".

Persoonlijk zou ik thans iets minder gereserveerd over de wenschelijkheid eener *nieuwe strafbepaling* willen oordeelen dan ik destijds (Themis, 1916) deed. Hoewel ook nu nog geen *groote* verwachtingen daarvan koesterende, acht ik toch het optreden van den wetgever in deze theoretisch gerechtvaardigd en practisch geboden.

Amsterdam, December 1933 S. J. M. VAN GEUNS

Dr. jur. ELFRIED HÄRLE, *Die allgemeinen Entscheidungsgrundlagen des Ständigen Internationalen Gerichtshofes. Eine kritisch würdigende Untersuchung über Artikel 38 des Gerichtshof-Statuts* (Heft 10 van de serie *Völkerrechtliche Monographien*, herausgegeben von HERBERT KRAUS, WALTHER SCHÜCKING, KARL STRUPP und HANS WEHBERG). — Berlin 1933, Verlag von Franz Vahlen. 329 bladz.

Kort na de totstandkoming van het Statuut van het Permanente Hof van Internationale Justitie in 1920 wijdde ik in den jaargang 1921 van ditzelfde tijdschrift (bladz. 333 en vlg.) onder den titel „De grondslag der beslissingen van het Permanente Hof van Internationale Justitie" eenige beschouwingen aan het in dat Statuut opgenomen art. 38, waarin een opsomming van de door dat Hof toe te passen rechtsnormen en rechtsbeginselen voorkomt. Den stoot tot dat opstel had de bij mij opgekomen twijfel gegeven, wat toch wel de strekking van dat artikel en zijn afzonderlijke onderdeelen kon zijn.

Twaalf jaren zijn sindsdien verstreken. Een ware lawine van opvattingen omtrent den juisten zin en samenhang van de rechtsbronnen-opsomming van art. 38 heeft zich in de wetenschappelijke litteratuur neergestort en de bepaling staat daar nog altijd in haar sfinx-achtig karakter, want de eenige, die de juiste strekking er van praktisch kan ontraadselen, het Hof zelf, heeft tegenover die geweldige verscheidenheid van opvattingen gezwegen: het hoogste rechtscollege heeft twaalf jaren lang recht gesproken, zonder eigenlijk in één beginselvraag betreffende art. 38 uitdrukkelijk partij te kiezen.

Vatten wij, in aansluiting aan de korte uiteenzetting, die ik in een hoofdartikel in het *Weekblad van het Recht* van 29 Januari 1931, no. 12233, onder den titel „De taak van het Internationaal Gerechtshof (II)", van den toenmaligen stand van het probleem gaf, de voornaamste strijdvragen en meeningen over den zin van art. 38 hieronder, na weer drie jaren, samen, dan vertoont zich de volgende interpretatiemozaïek.

Art. 38 van het Statuut van het Permanent Gerechtshof luidt als volgt:

„La Cour applique:

1. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige;

2. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;

3. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;

4. (sous réserve de la disposition de l'article 59,) les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono.*"

De punten 1 en 2 van het eerste lid geven niet tot ernstige verschillen van meening aanleiding. Wel kan men zich afvragen, of in de opsomming der toepasselijke rechtsnormen onder 1 de bijzondere overeenkomsten niet vóór de algemeene hadden moeten zijn vermeld, — of de onder 2 voorkomende omschrijving van de internationale gewoonte als „bewijs van een praktijk" niet zonderling is en waarom het Hof tusschen leden van een aaneengesloten groep (bijv. die der Latijnsch-Amerikaansche staten) niet evengoed als het algemeene-, een groeps-gewoonterecht zou mogen toepassen, maar die en enkele andere vragen kunnen hier blijven rusten.

De groote strijd woedt vooral om den zin van punt 3 van het eerste lid en om dien van het tweede lid, alsmede om het onderling verband en de rangorde der opgesomde rechtsbronnen, mede met het oog op de vraag van het *non liquet.*

Historisch staat vast, dat de auteurs van het Statuut aan het Internationaal Gerechtshof niet een zóó ruime vrijheid van actie hebben willen verleenen als de Tweede Vredesconferentie indertijd aan het (nooit tot stand gekomen) Internationale Prijzenhof in uitzicht had gesteld, door n.l. dit Hof in art. 7, lid 2, der desbetreffende conventie (no. XII) van 1907 voor te schrijven, bij gebreke van tractaatsbepalingen, „les règles du droit international" (het gewoonterecht) toe te passen en bij gebreke ook daarvan, recht te doen „d'après les principes généraux du droit et de l'équité", naar zijn eigen inzicht omtrent wat recht behoorde te zijn en wat billijk was. De redactie van punt 3 van art. 38, in tegenstelling tot die van 1907, wijst stellig ook op deze geringere vrijheid van het Internationaal Gerechtshof. Maar wat is dan onder die „principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" te verstaan?

Bezien wij de zaak eerst uit den gezichtshoek van de ontoereikendheid der twee hoofdbronnen: tractaat en gewoonte, dan blijkt eenstemmigheid te bestaan hierover, dat men bij het ontwerpen en vaststellen van den tekst van art. 38 beoogd heeft, het Gerechtshof weliswaar niet de vrijwel

ongebonden vrijheid van het Internationale Prijzenhof te laten, maar het dan toch zooveel normen ter hanteering te geven, dat praktisch de onvermijdelijkheid van een *non liquet* uitgesloten zou zijn, of zich althans slechts uiterst zelden zou voordoen.

Merkwaardig verschil van meening heerscht echter over de vraag, wèlk onderdeel van art. 38 het Hof daartoe eigenlijk in staat stelt. Volgens ANZILOTTI (*Cours de droit international*, I, blz. 117) doet punt 3 dit: „Cette disposition (est) dictée par le souci d'éviter que la Cour puisse se trouver dans la nécessité de rejeter une demande par un *non liquet*, par manque de normes juridiques applicables"; de in punt 4 genoemde rechtspraak en doctrine zijn alleen maar hulpmiddelen om het recht te vinden en nooit zelfstandige rechtsbron (t. a. p., blz. 109) en het tweede lid heeft met rechtspraak heelemaal niets meer te doen (t. a. p., blz. 119). Volgens HÄRLE, in zijn boven aangehaald boek (*passim*, o. a. blz. 216 en 228), doet niet punt 3, maar punt 4 het: de in punt 3 vermelde beginselen, die z. i. ook een uitgesproken stelligrechtelijk karakter dragen, zijn niet voldoende om een *non liquet* te voorkomen en dit inzicht moet daartoe leiden, „die von Judikatur und Doktrin systematisch entwickelten Rechtsgedanken hilfsweise als letzlich lückenergänzende Entscheidungsgrundlage anzuerkennen, denn nur dann kann auch für die vom positiven Recht nicht gedeckten Streitfälle eine effektive Streitschlichtung erreicht werden"; rechtspraak en doctrine worden zoo tot zelfstandige rechtsbron. Weer anders denkt POLITIS er over, wanneer hij op blz. 170 van zijn *La justice internationale* verklaart, dat zelfs op den grondslag van de punten 1 tot en met 4 het Hof wel eens geen uitspraak zou kunnen doen: het Hof toch „peut et même doit refuser de statuer en cas d'obscurité ou d'insuffisance du droit international" en — voegt hij daaraan toe —: „C'est pourquoi il a été sage d'ajouter à la fin de l'article 38 de son statut que la Cour a la faculté, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*".

POLITIS' beperkende opvatting van de punten 1 tot 4 heeft het bezwaar, dat een *non liquet* voor het Hof toch nog mogelijk en verplicht blijft, wanneer zich inderdaad een rechtsleemte voordoet en partijen het Hof niet uitdrukkelijk hebben gemachtigd, die *ex aequo et bono* aan te vullen. HÄRLE's meening maakt jurisprudentie (ook de nationale, die helaas nog maar al te dikwijls het volkenrecht meer verkracht dan toepast?) en doctrine (dat uitgebreide arsenaal van de meest contradictoire inzichten) tot rechtsbron, ofschoon art. 38 ze kennelijk juist niet als zoodanig beschouwd wil zien, ze dat ook niet kunnen zijn en het Hof daartegenover, anders dan tegen-

over tractaat en gewoonte, veeleer zijn „toetsingsrecht" moet behouden. ANZILOTTI vreest blijkbaar minder dan POLITIS het opduiken van leemten in het volkenrecht en acht — naar het schijnt — de analogische rechtstoepassing volgens no. 3 praktisch voldoende om voor alle gevallen een juridische beslissing mogelijk te maken. Tegen deze laatste opvatting zou men kunnen aanvoeren, dat zij over den stand der ontwikkeling van het volkenrecht te optimistisch oordeelt, ook al moet men toegeven, dat in dezen tak van het recht een groote groep van twijfelachtige rechtsvragen kan opgelost worden door toepassing van het fundamenteele beginsel, door het Gerechtshof zelf in zijn *Lotus*-arrest als volgt geformuleerd: „Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit. . . . . Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas" (serie A, no. 10, blz. 18).

Laten wij nu verder het onmiddellijk verband tusschen de regelen van art. 38 en het probleem van de rechtsleemten en het *non liquet* los, om den juisten zin van punt 3 te onderzoeken, dan stuiten wij terstond opnieuw op de grootst mogelijke oneenigheid in de literatuur.

Voorop staat de oude strijd tusschen de „positivistisch" en de „natuurrechtelijk" geörienteerde geesten. Deze laatsten grijpen de vermelding der „principes généraux de droit" in art. 38 gretig aan om nog weer eens van hun geloof te getuigen, dat het hedendaagsche volkenrecht, behalve uit de door menschen vastgestelde of erkende regelen, ook nog bestaat uit een hoeveelheid normen, die, zonder eenig menschelijk toedoen, wilsbesluit, erkenning, aanvaarding of wat dan ook, uitsluitend op grond van haar innerlijk en misschien wel eeuwig en onveranderlijk gezag, de statenverhoudingen beheerschen. De protocollen van het Haagsche juristencomité en de jurisprudentie van het Hof zelf zijn er echter om te getuigen, dat deze uitlegging van punt 3 „graue Theorie" is en niets anders.

Ziet men van de „natuurrechtelijke" interpretatie af, dan vindt men verder de opvatting verdedigd, dat punt 3 voor het internationale forum de leer der vrije rechtsvinding zou sanctioneeren, naar het beroemde Zwitsersche model. Boven merkte ik reeds op, dat deze uitlegging blijkens de voorgeschiedenis van het statuut onjuist is. Voor zoover men verder in staat is, uit de uitspraken van het Hof zelf te dezen aanzien bepaalde conclusies te trekken, steunt ook de jurisprudentie van dat college deze opvatting allerminst. En uit

de statenpraktijk kan een sprekend bewijs aangehaald worden, dat ook de justiciabele staten de vrijheid van het Hof krachtens art. 38 niet zoo ruim zien: Het interessante Duitsch-Zwitsersche arbitrage- en conciliatieverdrag van 3 December 1921 toch bevat in zijn art. 5, na een eenigszins gewijzigde reproductie van de in punt 1—3 van art. 38-Hofstatuut vermelde rechtsbronnen, waaronder ook voorkomen: „drittens, die allgemeinen von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze", een afzonderlijke alinea van den volgenden inhoud: „Soweit im einzelnen Falle die vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen Lücken aufweisen, entscheidet das Schiedsgericht nach den Rechtsgrundsätzen, die nach seiner Ansicht die Regel des internationalen Rechtes sein sollten" (waaraan dan toch weer deze beperking van de vrijheid der arbiters wordt toegevoegd: „Es folgt dabei bewährter Lehre und Rechtsprechung", welke het voorschrift weder in de opsomming van art. 38 van het Hofstatuut doet uitmonden). Uit deze afzonderlijke alinea blijkt in elk geval dit, dat Duitschland en Zwitserland de vrees van Politis voor toch nog dreigende *non liquet*'s niet denkbeeldig achten en bovenal, dat naar hun oordeel in punt 3 van art. 38 zeker geen aanvaarding van de leer der vrije rechtsvinding mag gelezen worden; anders had het nieuwe voorschrift geen zin.

Houdt men zich nu verder bij de opvattingen, die in de „principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" positieve normen zien, dan splitst de doctrine zich opnieuw in twee beddingen. Volgens de eene leer zijn de in punt 3 vermelde algemeene rechtsbeginselen: beginselen van volkenrecht; volgens een andere leer: beginselen, die — zooals uit een rechtsvergelijkend onderzoek kan blijken — aan de nationale rechtsstelsels der afzonderlijke cultuurstaten gemeen zijn. Onder de auteurs zijn er ook, die in punt 3 zoowel het een als het ander lezen, zooals Anzilotti en Härle.

De internationaalrechtelijke schakeering van deze leer vertoont ook zelve weer nuances. Anzilotti bijv. legt den nadruk op de machtiging, die punt 3 aan het Gerechtshof geeft om door analogische rechtstoepassing de noodige regelen te vinden om geschillen op te lossen: „L'article 38 ne parle pas de l'analogie; mais . . . . (la disposition sub 3°) . . . . démontre, avant tout, que l'on a voulu pousser jusqu'à la dernière limite la *productivité*, si nous pouvons ainsi dire, des sources; et l'analogie en est l'instrument premier et fondamental" (bladz. 117). Volgens hem gaat het hier om de toepasselijkverklaring van bepaalde erkende internationaalrechtelijke beperkingen der soevereiniteit op situaties, die daardoor nog niet krachtens tractaat of gewoonte getroffen werden, — in elk geval om analogisch gebruik van normen,

die, zij het ook nog slechts voor overeenkomstige situaties, reeds in het stellig volkenrecht verankerd liggen.

Leest men andere auteurs, dan krijgt men weer een heel anderen kijk op deze „principes généraux de droit", voor zoover ze gezien worden als bestanddeelen der volkenrechtsorde. Zoo omschrijft FRIEDRICH AUGUST FREIHERR VON DER HEYDTE in zijne „Glossen zu einer Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze" in *Die Friedenswarte* van Nov./Dec. 1933, blz. 289 en volg., deze groep der algemeene rechtsbeginselen als „diejenigen positiven Rechtsnormen, die . . . . von der Rechtsüberzeugung aller Kulturstaaten als notwendiger Bestandteil jeder Rechtsordnung, also auch von vornherein als Teil der Völkerrechtsordnung, betrachtet werden." Volgens hem zijn het beginselen, die voor elke geordende samenleving zóó fundamenteel zijn, dat zonder hunne gelding het samenleven eigenlijk niet mogelijk is. In alle bescheidenheid tegenover FRIEDRICH AUGUST FREIHERRN VON DER HEYDTE komt het mij voor, dat hij van die algemeene rechtsbeginselen als bijzondere categorie van rechtsnormen der volkenrechtsorde wel wat veel „drukte" maakt. Want is het aannemelijk, dat een tot zulk een graad van ontwikkeling gekomen rechtssysteem als dat der hedendaagsche statengemeenschap dergelijke voor haar bestaan en voortbestaan zóó fundamenteele algemeene beginselen niet reeds uitdrukkelijk bij tractaat of stilzwijgend door gewoonte zou hebben geadopteerd? Of ligt achter zijn betoog toch weer de natuurrechtelijke gedachtengang en bedoelt hij eigenlijk in dezen vorm niets anders te zeggen dan wat hij later ook uitdrukkelijk poneert: dat het stellig volkenrecht heeft terug te treden voor zekere van plaats en tijd onafhankelijke normen?

Ook HÄRLE, die overigens van den laatstgenoemden auteur het verwijt van onvoldoend inzicht in de verschillende soorten van „algemeene rechtsbeginselen", van „Befangenheit in quellenpuristischem Dogmatismus" (!) en derg. te incasseeren krijgt, ziet de bedoelde beginselen wel ongeveer zóó, maar legt toch, met VERDROSS („Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle" in: Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift zu HANS KELSEN's 50. Geburtstag, 1931, blz. 354 en vlg.) den nadruk op de boven bedoelde andere schakeering der leer, n.l. die, welke de „principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" opvat als „*positive* Rechtsnormen allgemeingültigen Inhalts, wie sie von fast allen auf einer gewissen Kulturstufe stehenden Nationen *in foro domestico* anerkannt sind", zelfs wanneer die nòch reeds in de internationale rechtsorde zijn overgenomen, nòch ook een noodzakelijk bestanddeel daarvan uitmaken. HÄRLE bespreekt ook allerlei concrete „principes généraux de droit" in dezen

zin, o. a.: de grondbeginselen van het overeenkomsten-recht (vitieerende werking van dwang, bedrog en dwaling; nietigheid wegens strijd met het recht of de goede zeden; zekere beginselen van uitlegging; beroep op overmacht, en derg.), de clausula rebus sic stantibus, de rechtsgevolgen der onrechtmatige daad (plicht tot vergoeding; beperking tot materieele schade; ook vergoeding van lucrum cessans; in-aanmerkingnemen van de schuld van den gelaedeerde, en derg.), het ongeoorloofde van „misbruik van recht", het verjaringsbeginsel, de res judicata, de exceptie van litispendentie. Volgens deze leer zou punt 3 het Gerechtshof dus verplichten om zulke, in alle nationale wetgevingen voor de nationale sfeer gelijkelijk erkende en dus „algemeene", rechtsbeginselen dáárom alleen al, ook op de statenverhoudingen toe te passen.

Zoo maar, „en bloc" en met huid en haar? En onverschillig, of die — in de nationale rechtsordeningen voor de onderlinge verhoudingen van *individuën* geschreven — normen op de verhoudingen tusschen *staten* kloppen of niet? Want met die inlijving van nationaalrechtelijke normen in het door een internationaal hof toe te passen recht kunnen weder twee zeer verschillende dingen bedoeld zijn. Men denke bijv. aan het instituut der acquisitieve verjaring. Behoort het daaraan ten grondslag liggende beginsel inderdaad tot de in punt 3 bedoelde „algemeen door de cultuurstaten erkende rechtsbeginselen", dan zou de overheveling van dat beginsel in de volkenrechtelijke sfeer wel allereerst *dit* beteekenen, dat — zelfs wanneer het volkenrechtelijk gewoonterecht het instituut der verwerving van staatsgebied door acquisitieve verjaring niet kent — het Hof deze wijze van verwerving van territoriale soevereiniteit tòch in zijn rechtspraak zou moeten erkennen, enkel en alleen omdat het instituut nu eenmaal door alle wetgevingen voor het terrein van het privaatrecht is aanvaard. Die overheveling zou hier echter in de tweede plaats ook gansch iets anders kunnen beteekenen, n.l. dat een staat een anderen staat aansprakelijk zou kunnen stellen ter zake van een „internationaal delict", hierin bestaande, dat de laatstbedoelde staat een onderdaan van den eerstbedoelden onrechtmatig behandelt, door hem een eigendomsrecht op onroerend goed te betwisten, dat hij door acquisitieve verjaring verkregen heeft. Men beseft door dit voorbeeld, hoe radicaal de mogelijkheden van toepassing van het „algemeene rechtsbeginsel" der acquisitieve verjaring op volkenrechtelijke verhoudingen kunnen uiteenloopen: in het eerste geval wordt het ingeroepen, om soevereiniteitsaanspraken op staatsgebied te steunen (zooals in het bekende geval van de Britsch-Venezolaansche grensarbitrage van 1897); in het tweede, om een bepaalden inhoud te geven aan

het begrip: volkenrechtelijk delict door onrechtmatige behandeling van vreemde onderdanen. — Dit voorbeeld kan men met tallooze vermeerderen: men denke slechts aan instituten als de extinctieve verjaring, concessies, successie in schulden, het gezag van het gewijsde, moratoire interessen, erfdienstbaarheden, pachtcontracten, die alle in een statengeschil een dubbele rol kunnen spelen, als rakende hetzij de rechtstreeksche financieele, processueele of territoriale betrekkingen tusschen de staten zelven, hetzij de gronden, waarop de eene staat bij een anderen kan inspringen voor de rechten van zijn onderdanen.

Ook zijn er „algemeene rechtsbeginselen", welker algeheele transpositie uit het nationale privaat- of strafrecht in de volkenrechtelijke sfeer der rechtstreeksche betrekkingen tusschen staten eenvoudig volslagen onmogelijk is, zoodat alleen de tweede der hierboven besproken toepassingen door het Hof in aanmerking zou komen. Zou men ten aanzien bijv. van rechtsbeginselen als die, aan de nationale wetgevingen op het stuk van voogdij en lastgeving ontleend, nog kunnen twijfelen met het oog op de mogelijkheid van toepassing daarvan op het Volkenbondsmandaat — „mandat-tutelle" — (er zijn inderdaad fanatieke „analogisten", die er hier lustig op los fantaseeren), er zal wel niemand zijn, wien deze rechtstreeksche transpositie in de volkenrechtelijke betrekkingen zou gelukken met een „algemeen rechtsbeginsel" als het sedert kort weer zoo vermaard geworden „nulla poena sine praevia lege poenali". Bestond er volkenrechtelijk reeds zoo iets als een „statenstrafrecht", dan zou ook die toepassing van het beginsel van von Feuerbach op de bestraffing van individueele staten door de gemeenschap mogelijk zijn. Zoolang dat echter niet het geval is (en zal dat ooit zoo worden?), zal de toepasselijkheid van het bedoelde algemeene rechtsbeginsel beperkt moeten blijven tot gevallen, waarbij individuen als delinquenten betrokken zijn, zooals het incident Nederland-Duitschland over de executie van den Nederlandschen onderdaan Van der Lubbe na diens terdoodveroordeeling in strijd met het algemeene beginsel.

Uit het vorenstaande volgt, dat men er zich ter dege rekenschap van moet geven, wat men eigenlijk doet, wanneer men de „principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" zoo maar „mir nichts, dir nichts" onder de obligatoir door het Gerechtshof toe te passen normen inlijft. Ik geloof dan ook niet, dat er iemand is, die er ernstig over denkt, de volle consequenties uit zijn eigen interpretatie te trekken, zoodat ten slotte de vraag, welke „algemeene rechtsbeginselen" *buiten het verdrags- en gewoonte-volkenrecht om* (want daarom gaat het!) door den internationalen rechter moeten

worden toegepast, weer geheel en al een kwestie van subjectieve waardeering en keuze wordt. Om het maar met een heel duidelijk voorbeeld te zeggen: Duitsche auteurs zullen het „algemeene rechtsbeginsel" der nietigheid van onder dwang gesloten verdragen op den voorgrond schuiven, terwijl Fransche auteurs zich houden aan het „pacta sunt servanda". De politieke achtergrond van de gedachtengangen der schrijvers straalt vaak maar al te duidelijk door hun argumentaties heen en niet zelden wordt het geheele „wetenschappelijk" betoog een politiek pleidooi, zooals in vroeger dagen het natuurrecht voor politieke doeleinden gebruikt werd.

Trachten wij die politieke bijmengsels buiten de argumentatie te houden, dan is het moeilijk te ontkennen, eenerzijds dat er algemeene beginselen zijn van zóó fundamenteelen aard, dat zonder hunne erkenning een geordend rechtsleven niet goed denkbaar is, maar anderzijds dat de aard der statenverhoudingen zoo radicaal verschilt van dien der betrekkingen tusschen de individueele menschen onderling (privaatrecht) of tusschen overheid en onderdaan (staats- en strafrecht), dat een zeer sterk vermoeden pleit *tegen* de mogelijkheid om de voor die laatste groepen van rechtsbetrekkingen in de nationale rechtsorden aanvaarde algemeene beginselen zonder meer op de internationale verhoudingen toe te passen.

Dat de eerste categorie, die der fundamenteele rechtsbeginselen, ook tot het normenfonds der volkenrechtsorde behoort, geef ik gaarne toe, maar als afzonderlijke categorie heeft zij m. i. nauwelijks zin, omdat verdrags- en gewoonterecht daarvan reeds doortrokken zullen zijn. En voor zoover het stellig volkenrecht de andere categorie, die der nationaalrechtelijke „algemeene" rechtsbeginselen, bepaaldelijk afwijst als grondregelen ook der internationale rechtsorde, is het een dwaas theoretisch pogen, ze er langs den weg van art. 38, punt 3, toch in te willen binnensmokkelen. Het heele getheoretiseer ter eere van beweerde algemeene rechtsbeginselen, die tusschen de staten toepassing moeten vinden, ofschoon tractaten en volkenrechtelijke gewoonten ze niet kennen of zelfs niet willen kennen, lijkt mij dan ook nauw verwant aan Don Quijote's roemruchte ridderrhetoriek.

Zoodra de auteurs met concrete beginselen op het tapijt komen blijkt m. i. in de groote meerderheid, zoo niet in de totaliteit der gevallen, dat de ingeroepen normen òf evident reeds tot den stelligen normenvoorraad der internationale rechtsorde behooren, òf, wegens het fundamenteele verschil in karakter tusschen die en de nationale rechtsordeningen, in het volkenrecht juist niet thuis behooren, òf ten slotte deel uitmaken van die tusschengroep van regels, waarover sinds jaar en dag rechtspraak en doctrine verdeeld zijn. In dit

laatste geval verleent de inroeping van „algemeene rechtsbeginselen" ter verdediging van het twijfelachtige punt aan die defensie natuurlijk een zekeren graad van plechtigheid, maar een deskundige laat zich door dien schoonen schijn niet begoochelen.

Maar ik zou te uitvoerig worden en daarom wil ik verder uit den strijd om punt 3 nog slechts één typeerend element lichten, n.l. het pro en contra van de stelling, dat de in dat punt bedoelde algemeene rechtsbeginselen alleen maar subsidiair gelden en dus moeten wijken voor de in tractaat en gewoonte aanvaarde stellige volkenrechtsregels. VERDROSS en HÄRLE (in zijn aangehaald boek) nemen die slechts-subsidiaire gelding aan, — wat HÄRLE betreft, op grond van de volgende, niet onaardige, redeneering: Bij het volkenrechtelijk gewoonterecht gaat het meestal alleen om „eine einzelne, einen bestimmten und klaren Rechtsinhalt verkörpernde Verhaltensregel, die dadurch zu normativ geltendem Völkerrecht wird, dass die Staaten in mehrfach wiederkehrenden gleichen Verkehrssituationen ein *bestimmt ausgeprägtes,* auf diese spezielle Verkehrstatsache zugeschnittenes, gleichförmiges Verhalten tätigen. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze hingegen werden nicht als einzelne, aus bestimmten, speziell ausgebildeten Verkehrstatsachen analysierte Normen gewohnheitsrechtlich nachgewiesen, sondern vielmehr als eine grössere Gesamtheit, als eine ganze Gruppe von in sich geschlossenen Rechtssätzen aus dauernd wiederkehrenden, im zwischenstaatlichen wie im privaten Leben vorkommenden *allgemein ausgeprägten* Verkehrstatsachen und Verhaltensakten deduziert." En daarom „handelt (es) sich hier um eine sekundär-universelle Rechtsdeduktion, die einer primär-individuellen (door tractaat en gewoonte) weichen muss" (blz. 67/68). De redeneering op zichzelf is wel aannemelijk, alleen is die beweerde gewoonterechtelijke aanvaarding door de statengemeenschap van een in inhoud en omvang onbestemd en aan haar eigen regelen vreemd complex van normen voor mij een ongelooflijke fabel.

Maar wat voert nu FRIEDRICH AUGUST Freiherr VON DER HEYDTE in de *Friedenswarte* tegen deze argumentatie van den auteur van het boven geciteerde boek aan? Dit, dat deze auteur blind zou zijn voor de bodemlooze kloof, die tusschen de twee soorten van „algemeene rechtsbeginselen" gaapt: eenerzijds de aan elke, ook de volkenrechts-orde noodzakelijkerwijs inhaerente normen, anderzijds het, krachtens uitdrukkelijke opdracht aan het Hof en bloc ter toepassing gegeven, gemeenschappelijk fonds van door alle cultuurstaten gelijkelijk erkende beginselen van nationaal recht. De eerste zouden het „dwingend recht" der volkenrechtsorde vormen,

waarvoor dus zelfs tractaat en gewoonte als ondergeschikt recht moeten wijken; de tweede, die als het ware als de grootste gemeene deeler uit de verschillende nationale rechtsstelsels fungeeren, zouden inderdaad slechts geacht kunnen worden, subsidiaire gelding te hebben tegenover verdrags- en gewoonterecht als primaire regelen. In plaats van één enkele fabel zijn er nu twee gekomen: die van een recht, dat de staten zou binden tegen hun uitgedrukten of stilzwijgend geopenbaarden wil èn die van een met-huid-en-haar-verzwelging door de internationale rechtsorde van den door rechtsvergelijking gevonden gemeenschappelijken inhoud der — niet voor de verhouding van staat tot staat, maar voor de verhouding van mensch tot mensch of voor die van overheid tot onderdaan bedoelde — nationale rechten.

Laat mij in dit verband nog melding maken van de leer van Anzilotti, in andere bewoordingen ook aanvaard door Strupp, volgens welke punt 3, wàt daarvan ook de beteekenis moge zijn, in elk geval alléén obligatoir zou zijn voor het Permanente Hof van Internationale Justitie en niet ook voor arbitrale en andere rechtsprekende organen der volkenrechtsorde, welke laatste zich integendeel aan de traditioneele rechtsbronnen, onder de punten 1 en 2 vermeld, zouden moeten houden. Onder het licht van deze leer openen zich nieuwe perspectieven voor het internationale rechtsleven; met een variant op een beroemd gezegde: „Plaisante justice: vérité au deçà, erreur au delà du seuil de la salle d'audience de la Cour permanente de Justice internationale!"

En nu zou er ten slotte nog heel wat te zeggen zijn over het tweede lid van art. 38, waaraan ik hierboven, in verband met het *non-liquet*-probleem, al terloops eenige woorden wijdde. Ik onthoud mij er van, ook over dit netelige punt nog weer in uitvoerige beschouwingen te treden. Want ook in dat tweede lid kan men, al naar zijn persoonlijke opvattingen en voorkeur, alles lezen wat men wil. „Statuer *ex aequo et bono*, si les parties sont d'accord", wat wil dat zeggen, in het licht van de rechtsbronnenopsomming in het eerste lid? Daarover slechts de volgende (nog onvolledige) staalkaart van meeningen.

Welke strekking heeft die slot-alinea eigenlijk: een terugkeer tot de traditioneele schippermethoden der arbitrage? Wel neen, zegt Mr. Loder, zij beoogt slechts, ook voor het volkenrecht vast te leggen, dat alle overeenkomsten moeten worden beoordeeld „suivant les exigences de la bonne foi" (Bulletin I. I. I., IX, bl. 278). — Ongetwijfeld, verklaren daartegenover de rechters de Bustamante (La Cour permanente de Justice internationale, 1923, bl. 59) en Anzilotti (Cours de droit international, I, 119): hier gaat het heelemaal niet meer

om rechtspraak; in dit geval „la Cour fait absolument abstraction des règles de droit"; deze alinea, „assez critiqué comme incompatible avec la nature et les fonctions d'une Cour de justice, ne concerne pas l'application du droit".

Is haar eigenlijke doel misschien, het Hof te vrijwaren tegen de onvermijdelijkheid van *non liquet*'s? Inderdaad, antwoordt POLITIS, dat is haar doel (La justice internationale, blz. 170). Neen, zegt ANZILOTTI, daarvoor is het op zichzelf reeds exceptioneele voorschrift van punt 3 bestemd (t. a. p., blz. 117). — Neen, zegt ook HÄRLE (boven geciteerd werk, blz. 228), daarvoor dient weer een ander voorschrift, n.l. dat van punt 4.

Dient het dan misschien om een grondslag te bieden voor de beslissing in het bijzonder van niet-juridische oftewel politieke geschillen? Juist, antwoordt FACHIRI, dàt is het: „The object of this exceptional provision is, no doubt, to meet cases where the issues are of a political character or otherwise unsuitable for decision on strictly legal grounds" (The Permanent Court of International Justice, blz. 93/94). Juist, paraphraseert ook art. 15 van het Zwitsersch-Italiaansche jurisdictieverdrag van 1924: „Dans le cas où, de l'avis de la Cour, le litige ne serait pas d'ordre juridique, les Parties conviennent qu'il sera tranché *ex aequo et bono*". — Dat zoudt gij wel willen, maar het zal niet gaan, opponeert rechter KELLOGG (Recueil des arrêts de la C. P. J. I., no. 24, blz. 40 en vlg.): de Volkenbond kan onmogelijk bedoeld hebben „(to) throw open the doors of the Court to questions involving . . . . the decision of disputes of a purely political nature"; dáárvoor is een gerechtshof niet geroepen; mocht gij daarmede toch bij het Hof aankomen, dan wordt gij, als mijn opvatting mocht aanvaard worden, teruggestuurd.

Misschien is de bedoeling van den slotzin wel heel onschuldig en beoogt hij alleen, het Hof wat meer vrijheid in zijn motiveering te laten? Ja, herinnert zich rechter FROMAGEOT van zijn initiatief van 1920, hoe heb ik het toen ook al weer toegelicht? „L'amendement aurait pour effet de permettre à la Cour de motiver son jugement uniquement par des considérations d'équité; ceci n'implique aucunement, d'ailleurs, que la Cour puisse ne pas tenir compte des règles existantes". — Dat hebt gij in 1920 nu wel gezegd, brengt HÄRLE in het midden, maar gij hebt de portée van uw eigen amendement niet doorzien: „ . . . . die Möglichkeit zu schaffen, im Interesse einer höheren Gerechtigkeit, da wo es objektiv notwendig ist, auch g e g e n das bestehende Recht zu entscheiden, war der Sinn der Anerkennung des Artikel 38/II" (blz. 295).

In elk geval, zegt WEIBERG, de billijkheid, waarmede het Hof heeft te opereeren, is een heel ander soort billijkheid dan die van arbitrale colleges: „(L'équité, dans les décisions

de la Cour permanente,) consiste à adoucir par une juste interprétation les rigueurs du droit, tandis que l'équité arbitrale peut aller jusqu'à un compromis entre les intérêts des deux parties" (Recueil des cours de l'Académie de droit international, deel 7, blz. 77).

Vermoedelijk is er iets nog onschuldigers mede bedoeld, oppert griffier HAMMARSKJÖLD (Bulletin I. I. I., XVII, blz. 278): de bepaling machtigt het Hof alleen om een (onder of zonder zijn medewerking tot stand gekomen) partij-accoord in den vorm van een rechterlijk vonnis te kleeden, zooals dat in de arbitrale praktijk ook wel voorkomt: „. . . . . it is easy to show that this provision was intended to mean only that the Court would have the right to confirm in the form of a judgment an agreement reached in Court or outside the Court between the parties on the points at issue before it".

Nu eindig ik maar. Wanneer men al deze opvattingen omtrent den slotzin van art. 38 in hare onderlinge tegenstrijdigheden overweegt, blijkt de bepaling nog na dertien jaren dezelfde sfinx te zijn gebleven als zij van het oogenblik van haar overhaaste en onverhoedsche geboorte af geweest is. Alleen het Hof zelf zal, door een intellectueele worsteling in eigen kring, aan deze sfinx haar geheim kunnen ontworstelen, wanneer te eeniger tijd aan zijne beslissing een geschil mocht worden onderworpen, ten aanzien waarvan partijen deze vrije rechtsmacht aan het Hof mochten hebben toegewezen. Tot zoo lang zal niemand in staat zijn, de definitieve oplossing van het raadsel te geven.

J. H. W. VERZIJL

Mr. L. J. VAN APELDOORN, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche recht.* — Amsterdam, 1933, N. V. Uitgevers-Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, te Zwolle.

Het karakter van dit naar inhoud en omvang — 233 bladzijden, benevens uitvoerig register — véél omvattende boek is het best aan te duiden door het voorbericht na te lezen. Daaruit blijkt toch, dat 't bedoeld is als een leiddraad voor aankomende juristen, die schrijver's colleges volgen in de inleiding (encyclopaedie) der rechtswetenschap.

Terecht merkt schr. op, dat de beginnende jurist een zoodanig boek bezwaarlijk kan missen. Schr. voert daartoe aan, dat hem daardoor mogelijk wordt mondeling nader in te gaan op verschillende onderwerpen, die bij zijn colleges ter sprake komen; wij zouden uit eigen ervaring daaraan willen toevoegen, dat ook zonder die colleges het werk een welkome

aanwinst kan zijn voor diegenen, die zich een beeld willen vormen van al hetgeen bij hun verdere rechtsstudie een voorwerp daarvan zal uitmaken. Zelf trouwens duidt schr. daarop ook door in het slot van zijn voorbericht gewag te maken van anderen dan zijn leerlingen, voor zoover eerstbedoelden „bij het zetten van de eerste schreden in den hof „van Themis, behoefte gevoelen aan een wegwijzer".

Vanzelf dringt zich evenwel de vraag op, of in de laatste jaren niet reeds zoodanige inleidende werken in voldoende mate ook hier te lande zijn verschenen. Wij denken daarbij allereerst aan VAN KAN's Inleiding tot de rechtswetenschap, waarvan reeds een vierde druk is verschenen. Hoe voortreffelijk dit werkje ook moge zijn, 't is ten slotte wel zeer beknopt van betoogtrant, en ook in zooverre is aan Prof. VAN APELDOORN's nieuwste werk de voorkeur te geven, dat 't bij elk onderwerp, dat trouwens telkens een uitvoeriger behandeling ondervindt dan bij Prof. VAN KAN het geval is, een vrij volledige literatuuropgave geeft, waarbij niet alleen de Nederlandsche, maar ook enkele buitenlandsche literatuur vermeld wordt; zelfs Engelsche literatuur wordt daarbij aangehaald, en wel met aanwijzing, — wat voor beginnelingen van belang is, — van de bezwaren, aan dergelijke literatuur verbonden.

Dit laatste geldt in het bijzonder voor Prof. ZEVENBERGEN's Formeele Encyclopaedie der rechtswetenschap, waarvan, indien wij ons goed herinneren, één zijner Utrechtsche ambtgenooten, in dit tijdschrift eens heeft opgemerkt, dat gemeld werk nog te Duitsch was opgezet, en beter eenige jaren nog ongedrukt ware gebleven, al blijft dit boek ook ongetwijfeld een bewijs van groote werkkracht van den betreurden, te vroeg overleden schrijver (1).

Wat ten slotte Prof. SCHOLTEN's kort geleden verschenen „Algemeen Deel" op ASSER's Handleiding aangaat, voor pas aankomende studenten is dit werk wel wat moeilijk, trouwens blijkt ook schrijver zelf de bedoeling gehad te hebben dit geschreven te hebben in het bijzonder voor allen, die reeds belast zijn met de rechtspraktijk en rechtstoepassing (2).

Prof. VAN APELDOORN's werk moge dan ook geenszins als een

(1) Men leze diens inhoudrijke Verzamelde Opstellen, verzorgd door Mr. C. ZEVENBERGEN.

(2) Voor laatstbedoelden is daarbij van uitnemend gewicht SCHOLTEN's hoofdstuk over de (rechts-)beslissing waarbij ISAY's Rechtsnorm und Entscheidung ter sprake gebracht wordt, evenals Prof. TAVERNE zulks doet in zijn boekbespreking der Duitsche strafrechtswetenschap in T. v. Strafrecht, deel XLI, afl. 4, blz. 393, welk boek van ISAY, bij nadere bestudeering blijk geeft van vooropgezette eenzijdigheid, t. w. zijn praevaleeren van het rechtsbewustzijn, alsof zulks op een willekeurig (rechts-)oordeel zou neerkomen, waarbij over het hoofd gezien wordt, dat bij juristen zulks gepaard gaat met kennis van het positieve recht en de toepassing daarvan.

overbodig studiewerk worden aangeduid, en te eerder mag het bezit daarvan aanbevolen worden, omdat schrijver's betoogtrant bondig en duidelijk is, zonder eenige „geleerdheid", hetgeen van te grooter waarde is, daar de door schr. behandelde onderwerpen, de grondslagen van het recht in het bijzonder betreffende, alle aanleiding zouden kunnen geven tot wijdloopige beschouwingen, die voor den beginnenden jurist van geenerlei waarde zijn. Ook hier is de rust in schr.'s nuchter gehouden betoog een opvallende eigenschap, die niet anders dan waardeering verdient, evenals diens telkens gedane verwijzing naar rechtspraak en naar voorbeelden uit de praktijk.

Wij denken daarbij niet alleen aan schr.'s, zij 't ook bondige bespreking van het arrest H. R. van 1883, W. 4924, in zake de „bekentenis" in echtscheidingsvorderingen, alsmede dat van 25 Januari 1929, W. 11951, N. J. 1929, blz. 616, in zake het „brouwerij-contract", (eigendomsoverdracht tot zekerheid eener leenschuld: vgl. ook H. R. 21 Juni 1929, W. 12010, N. J. blz. 1096), en dat van 12 Maart 1926 (W. 11488, N. J. 1926, blz. 777), in zake het begrip „natuurlijke verbintenis", doch ook aan schr.'s hoofdstuk over „misbruik van recht": dit is een onderwerp, waarop ten onzent, althans in de literatuur, nog te weinig aandacht is gevestigd bij gemis aan duidelijke wettelijke voorschriften dienaangaande, zulks in tegenstelling met art. 2, lid 2, van het Zwitsersche, en § 226 van het Duitsche Burgerlijk Wetboek. Aardig zijn daarbij de voorbeelden uit de praktijk, door schr. aangehaald op blz. 29, niet alleen van H. R. (3), Hof (Arnhem) en Rechtbank (Amsterdam) afkomstig, doch ook het Kantongrechtsveonnis ('s-Gravenhage), in welk laatste vonnis — terecht — art. 1374, lid 3 B. W., aangehaald wordt.

Daardoor toch wordt een wettelijke grondslag gegeven aan het rechtsbeginsel van het verbod van rechtsmisbruik, en wordt zulks niet gegrondvest op algemeene rechtsbeschouwingen, gelijk o. m. schr. doet, die gewaagt van de bevordering van het maatschappelijk welzijn, waartoe de handhaving van subjectieve rechten (mede) moet strekken.

Daargelaten, of theoretisch het begrip „subjectief recht" wel verdedigbaar is, ook al mogen Duguit's beschouwingen in vele opzichten mank gaan — schr. wijdt ook daaraan een interessant hoofdstuk —, zoo schijnt ons toch schr.'s beroep op het „maatschappelijk welzijn" een betwistbaar uitgangspunt: de rechtsregelen mogen zeer zeker niet strekken om het maatschappelijk verkeer te misbruiken voor „anti-sociale" doeleinden, van een „welzijn" van de maatschappij behoort daarbij evenwel toch niet gesproken te worden. Dan toch

(3) H. R. 15 Juni 1928, W. 11856, N. J. 1928, blz. 1604, met literatuur- en rechtspraak-noot van Prof. Meijers.

komt het politieke inzicht van den rechtsbeoefenaar in het geding, en zulks behoort in elk geval te worden vermeden. Naar onze bescheiden meening behoort in rechte enkel maatstaf te zijn de eisch van een behoorlijk maatschappelijk verkeer zonder méér, hetgeen voorts in zich sluit een afwijzing van elk ethisch getint begrip als rechtvaardigheid of zedelijkheid. Wijsgeerig moge de ethiek verband houden met het recht, in zooverre beiden behooren tot de normen van het menschelijk bewustzijn, desalniettemin behooren deze bewustzijnsnorm toch gescheiden te blijven (4). Wat men onder rechtvaardigheid, zoo men wil, „richtiges Recht" (STAMMLER, o. a. ook door schr. op blz. 21 aangehaald) behoort zulks bij de rechtstoepassing alleen deze rol te sprelen, dat de goede trouw en billijkheid, waarvan deze wet in artt. 1374 en 1375 B. W. gewaagt, daarbij mede in aanmerking komen, zij 't ook binnen de wettelijke grenzen (5). Schr.'s uitlating — blz. 8 —, dat het recht dus ook de rechtvaardigheid beoogt, is derhalve enkel te onderschrijven, indien men daaronder verstaat een behoorlijk maatschappelijk verkeer als zoodanig tusschen de leden eener rechtsgemeenschap; daaruit vloeit tevens voort de door schr. ter sprake gebrachte „vredesfunctie" van het recht: dergelijke opvatting kan enkel gebillijkt worden, indien men in het oog houdt den toestand van een rechtens geordende samenleving, waarin dus aan elken rechtsgenoot datgene toekomt wat overeenkomt met een behoorlijke maatschappelijke samenleving.

Men meene door deze verwijzing naar rechtswijsgeerige vraagstukken intusschen niet, dat het boek van Prof. VAN APELDOORN wijsgeerig van aard en dus voor de praktijk minder bruikbaar ware. Het tegendeel is het geval. Nuchter in den goeden zin van het woord, helder in zijn betoogtrant, nauwkeurig in zijn aanhalingen en ook naar de rechtsgeschiedenis verwijzende, waar 't nuttig voorkomt, kan dit boek niet alleen dienst doen als een inleiding voor beginnende juristen, doch ook als een studie-, althans „naslag"-werk, telkens wanneer men kort en bondig over algemeene leerstukken iets wil te weten komen (6); ook om die reden mag men den schrijver dankbaar zijn, dat hij zijn „encyclopaedie"-college het licht deed zien.

(4) Aldus ook schr. blz. 20 v.

(5) Vgl. daarover o. m. H. R. 8 Januari 1926, W. 11464, N. J. 1926 blz. 203 (geen ter zijde schuiven der overeenkomst, op grond van de goede trouw en de billijkheid), met welk beginsel, door den H. R. o. a. duidelijk rekening gehouden is in het arr. Hof Arnhem 1 Maart 1933, W. 12614, N. J. 1933 blz. 1249.

(6) Men denke aan schr.'s uiteenzettingen omtrent Wet en tractaat, en Wet en gewoonte, over het delegatiebegrip, over het internationaal privaatrecht enz.

Arnhem G. J. VAN BRAKEL

Dr. I. I. Brugmans, Thorbecke. — Haarlem, De Erven F. Bohn N. V., 1932.

De groote figuur van Thorbecke, die ook weêr in de actueele politiek telkens wordt vermeld, behoefde tot voor kort een niet te uitgebreide, deskundige en objectieve inleiding. In de bekende serie van de Volksuniversiteitsbibliotheek heeft Dr. Brugmans deze leemte aangevuld. Zijn werk verscheen kort na het boek van Hans. Beknopt moesten beide schrijvers wel zijn, nu voor een grootsche beschrijving van dag tot dag ons het materiaal nog ontbreekt. Beide werken zijn geschreven met toewijding en met kennis van de historie. In beide werken ontbreekt echter een beschouwing van Thorbecke's leven, gezien uit het oogpunt van den jurist. Hans schrijft met nog méér enthousiasme, ook met het oog op de moderne politieke ontwikkeling; Brugmans schrijft met meer deskundigheid, maar als historicus, vooral bij de keurige formuleering der problemen uit den groeitijd van de liberale, tegenover de oudere radicale democratie. Objectief is ook in het bijzonder Brugmans, waar hij Thorbecke niet alleen heeft geteekend als een liberaal dogmaticus, dien velen verwachten, maar hij ook Thorbecke in zijn daden heeft getoond en in die daden, sine ira et studio, ook zijn fouten heeft aangegeven. Bij Thorbecke als staatsman komt het immers juist op zijn daden aan. Bedoelingen, goede bedoelingen wijken nu terug. Na November 1849 gaat dan de mensch geheel in de daden van den staatsman op. Heeft Thorbecke daarvan een voorgevoel gehad toen hij schreef: „Erkennen und Handeln ist nur auf der Oberfläche verschieden, aber wahrhaft Eins, Eins in dem Sinne der alten griechischen Weisen, die das Leben in seiner inneren wesentlichen Bedeutung ergriffen, und im Handeln erschöpften" (1). De staatsman moet zich zelf en zijn daden ten offer brengen. Wie telt de bedoeling?

„Ohne tüchtige gründliche Einseitigkeit keine Vielseitigkeit" schrijft Thorbecke in de geciteerde brief verder. Dit adagium heeft wel zijn leven beheerscht en hem meer en meer tot een beperkten kring van belangstelling gedrongen. Thorbecke's leven doet denken aan den bouw van een pyramide. De Narede is de top, maar ook het vereenzaamd hoogtepunt.

Brugmans heeft veel aandacht gehad voor den onderbouw van Thorbecke's actief leven. Hij heeft den invloed der Duitsche Romantiek op Thorbecke's wereldbeschouwing uitmuntend onder woorden gebracht. „Thorbecke's staatsleer" blijft ons nog ontbreken, maar er wordt door een jurist aan

(1) Brieven van Thorbecke, De Gids 1897, pag. 545.

gewerkt. Ook in die staatsleer zal de romantiek van Göttingen verschijnen.

Maar dan, ook na het verschijnen van de staatsleer, zullen wij THORBECKE's levensgang opnieuw moeten beleven. Zijn daden als staatsman, uitwendig nu wel door de boeken van HANS, Dr. BRUGMANS en van Dr. K. E. VAN DER MANDELE bekend, behoeven nog een milieu van een persoonlijkheid en van een leeftijd, waarin deze persoonlijkheid dacht, voelde, botste, stuwde, meegleed toch ook.

Hoe weinig weten wij van THORBECKE's levensgang. Wij kennen niet eens zijn vriendschap en slechts even zijn vrienden. Hij verwerft zich aan de universiteit een positie, welke niet in overeenstemming is met zijn „stand" als Leidsch student. Heeft hij als begaafd en gezien werker geen academievrienden overgehouden? Arme THORBECKE. Met GROEN is de omgang stroef. Zij verschilden zoozeer.

De groote vriend van THORBECKE is WILLEM ANNE SCHIMMELPENNINCK VAN DER OYE (1800—1872). Zij stierven, de vroegere vrienden, in hetzelfde jaar. De jeugd en de romantiek hadden hen te zamen gebracht. Was de vriendschap geheel evenwichtig? THORBECKE was twee jaren ouder en tot leiden geroepen. SCHIMMELPENNINCK was aanhankelijk en tot vereeren geneigd. Maar wij weten van die vriendschap niets uit HANS of uit BRUGMANS. Het is allerminst een verwijt aan de auteurs, maar hoe koud verloopt, door dit onmogelijk te voorkomen gebrek in de beschrijving, THORBECKE's leven van 1820 af.

BRUGMANS' indeeling van THORBECKE's leven is uitnemend. Hoofdstuk I. Jeugdjaren (een Leidsch student, Wery, vond in 1933 in een boekenstalletje een vertaling van stukken uit TERENTIUS door J. R. THORBECKE 1812). Hoofdstuk II. Verblijf in Duitschland (EICHHORN's invloed en THORBECKE's kijk op de beteekenis van de Fransche revolutie). Hoofdstuk III. Gentsche tijd (wetenschappelijke werkzaamheid; ideeën en gedachteflitsen en op het einde 1830 medeleven met de praktische wereldpolitiek o. a. Nederland-België). Hoofdstuk IV. Professoraat in Leiden (hoogleeraarsidealen, proefschriften, de leiding van den academischen Senaat, auteur van het juridische geschrift „Aanteekening op de Grondwet" 1839 (2), waaruit echter *óók* politieke belangstelling spreekt: het boek wordt *nu* (1839) uitgegeven met het oog op de a.s. Grondwetsherziening die komen *moest*. Hoofdstuk V. Begin der politieke

(2) Uit de Voorrede blijkt de bedoeling van den jurist: „Dit geschrift is de uitvoering van een jaren lang gekoesterd plan. Hoevele Grondwetten de laatste halve eeuw zag ontstaan, (immers van die van 3 September 1791 àf) de S. kent op geene van haar een commentarius, die trachtte te zijn wat men zich voorstelt bij de geregelde verklaring van eenig ander wetboek".

werkzaamheid (uitnemende beschrijving van den overgang in werkzaamheid: van hoogleeraar tot staatsman. THORBECKE is niet de man van het initiatief, de pionier. Anderen kijken reeds verder. In 1830 schreef THORBECKE aan GROEN (3): „Het voorstel van den heer Warin, aangaande eene ministeriële verantwoordelijkheid, stemt zeer wel overeen met eenen, mij voorgelezenen, brief des Gr. van Hogendorp, waarin gezegd wordt, dat de Natie met luider stemme om de ministeriele verantwoordelijkheid en regtstreeksche verkiezingen roept. Ik ducht niet, dat aan het voorstel des heeren Warin in het tegenwoordig tijdsgewricht eenig gevolg zal worden gegeven, ofschoon ik verwacht dat men er eerlang in zal moeten treden". „Eerlang", dat zal voor de ontwikkeling van THORBECKE's eigen denkbeelden nog lang duren. Neen, zoo spreekt niet een pionier.

In deze jaren werkt THORBECKE ongeloofelijk hard (zie BRUGMANS). In deze jaren komt ook de scheiding tusschen SCHIMMELPENNINCK en zijn besten vriend. Op 12 Jan. 1840 komt het lid der Tweede Kamer SCH. met een plan omtrent de wijze van voorbereiding der Grondwetsherziening. De Tweede Kamer wijst het af. Bij de beraadslaging over de ontwerpen tot herziening van de Grondwet (1840) spreekt SCH. V. D. O. op 4 Juni 1840 tegen het voornemen der regeering om de koloniale begrooting aan de wetgeving te onttrekken. THORBECKE en SCH. trekken dus één lijn. Was er persoonlijk nog contact? In de dubbele Kamer 1840 is SCH. een tegenstander van de Eerste Kamer. „Zij vertegenwoordigt geen beginsel". De kosten zijn „nutteloos besteed". THORBECKE is van denzelfden zin. SCH. wil niet: een verantwoordelijk Ministerie, onmiddellijke volksverkiezingen en eene ontbindbare Kamer. Hebben de vrienden nog zóóveel contact? THORBECKE noemt SCH. in het debat nog: Mijn edele vriend. THORBECKE stemt tegen het voorgedragen Grondwetsartikel over de ministerieele verantwoordelijkheid wegens de ongenoegzaamheid en de onduidelijkheid der bepaling. Met hem stemmen STORM en DE KEMPENAER, niet SCHIMMELPENNINCK.

Thans moet de scheiding wel op komst zijn. 12 Mei 1841 wordt SCH. minister van Binnenl. Zaken. Op 18 Aug. 1841 komt de minister met een drietal wetsontwerpen „ten einde te voldoen aan het bepaalde bij het 6de artikel v. d. Grondwet" (omtrent het kiesrecht). Sept. 1841 maken de Afdeelingen van de Tweede Kamer haar overwegende bezwaren. De regeering (SCH. V. D. OYE) komt, 25 April 1842, met nieuwe ontwerpen:

---

(3) Brieven van THORBECKE aan GROEN: 17 November 1830 (uitgave 1873).

1°. ontwerp van wet omtrent de bevoegdheid om deel te nemen aan de provinciale en plaatselijke Besturen (deze bepalingen soms overgenomen uit de Belgische wetgeving vormen den eersten opzet van een Provinciale wet en van een Gemeentewet voorzoover het de inrichting dezer besturen betreft);

2°. ontwerp van wet omtrent de oefening van het stemregt ten platten lande, en

3°. dergelijk ontwerp omtrent de oefening van het stemregt in de steden.

Dan verschijnt 27 Mei 1842 THORBECKE's brochure: Over de hervorming van ons Kiesstelsel. In een breed betoog wordt als terloops ook dit tweede en derde regeeringsontwerp weggevaagd. Het eerste is in het geheel niet de moeite waard. Terecht schrijft BRUGMANS: „het is een van zijn voortreffelijkste geschriften", maar SCHIMMELPENNINCK was er diep door bewogen. THORBECKE zal deze publieke zaak meer zakelijk hebben aangevoeld, natuurlijk terecht . . . . maar wien het passeert, hem breekt het het hart in twee.

Hoofdstuk VI, 1848 (THORBECKE's grootste jaar, juist wanneer zijn leeftijd de halve eeuw bereikt). De beschrijving is uitstekend. De gegevens uit de papieren van BOREEL VAN HOOGELANDEN zijn niet meer verwerkt.

Hoofdstuk VII. Eerste Ministerie. Het zakelijke is uitnemend weergegeven; de beschrijving van de April-beweging kon duidelijker. De groote bron voor de kennis van THORBECKE als minister is geheel onaangeroerd gebleven (BRUGMANS, pag. 142/143). De departementale stukken bevatten tal van persoonlijke aanteekeningen, nota's, opdrachten, opmerkingen van den minister. Hier ligt een materie klaar voor twee of drie proefschriften. BRUGMANS liet natuurlijk deze materie liggen. Zij zoude hem vele verrassingen hebben gebracht. Laat mij er één vermelden om nader de verhouding THORBECKE-SCHIMMELPENNINCK te teekenen en wel naar aanleiding van BRUGMANS' notitie: „bijzonder opzienbarend was het ontslag, dat hij in 1852 ongevraagd aan den Commissaris des Konings in Gelderland — SCHIMMELPENNINCK VAN DER OYE, nog wel een vroegeren vriend van hem — meende te moeten verleenen, omdat hij de overtuiging had verkregen, dat hij van dezen functionaris onvoldoenden steun ondervond". Neen, zóó zat de zaak niet. SCHIMMELPENNINCK moest door THORBECKE worden ontslagen omdat deze de instructie voor den Commissaris des Konings (27 Sept. 1850, S. 62) niet wenschte na te leven. Vóór 1848 hadden de gouverneurs in de provinciën bijv. de voordrachten voor de benoeming van burgemeesters rechtstreeks bij den Koning ingediend en had deze daarop beschikt. Thans trad de Minister van Binnenlandsche Zaken tusschen

beide. Sch. wenschte zich aan den nieuwen regel niet te houden en *moest* wel worden ontslagen (4).

---

(4) Merkwaardig is de brief van 5 October 1850 no. Litt. C, 2e afdeeling Binnenlandsch Bestuur, get. Thorbecke, waarbij de geest en de bedoeling van de nieuwe Instructie aan de Heeren Commissarissen des Konings nog eens worden toegelicht. De brief luidt:

Bij Zijner Majesteits Besluit van 27 September l.l. no. 58, hetwelk U onder No. 62 van het Staatsblad zal worden toegezonden, is eene nieuwe Instructie voor den Commissaris des Konings in elke provincie vastgesteld.

Deze nieuwe Instructie verschilt op onderscheidene punten van de vorige.

Het zal niet noodig zijn de redenen van dat verschil U mede te deelen. UHEG. zal van zelve ontwaren, dat het onderscheid zoover het niet louter de redactie betreft, grootendeels is veroorzaakt door de provinciale wet, die het voortdurend bestaan van vele bepalingen der Instructie van 15 December 1820 niet meer gedoogde.

Ik moet echter Uwe aandacht vestigen op de weglating der Slotbepaling van art. 5 dier Instructie: „in zoodanige gevallen, waarin het belang van den lande zulks zoude moge vorderen, adresseren zij zich regtstreeks aan den Koning".

Deze woorden zijn weggelaten, omdat bij het bestaan van het grondwettig beginsel, dat het bestuur des Rijks ter verantwoording is van de Ministers, zij van hetgeen dat bestuur aangaat, in de eerste plaats kennis behooren te dragen.

Het mogt onbillijk, ja, onregtvaardig heeten, indien zij verantwoording schuldig konden zijn voor iets, dat, hun onbekend gebleven, door hen niet kon worden geregeld of verholpen.

De Commissaris des Konings in het bijzonder is in al hetgeen de dienst betreft tot volledige onverdeelde opening jegens den Minister gehouden (*).

De aard onzer Staatsinstellingen verbiedt dat hij eenig deel zijner ambtscorrespondentie buiten den Minister om aan Zijne Majesteit rigte. Het is echter de bedoeling niet hem het regt te ontzeggen, dat ieder ambtenaar, ja ieder ingezeten bezit, zich met zijne denkbeelden en wenschen regtstreeks tot den Koning te wenden.

De bepalingen betreffende het costuum die in de instructie niet op hare plaats schenen te zijn heeft Zijne Majesteit bij een afzonderlijk besluit van den 27 der vorige maand opnieuw vastgesteld. Het wordt UHEG. in afschrift hiernevens gezonden.

De Minister van Binnenlandsche Zaken,
(get.) Thorbecke

Aan den Heer Commissaris des Konings
in de provincie . . . . . .

(*) Deze alinea is in de officieele minute van Thorbecke's hand. Andere wijzigingen heeft Thorbecke tevens aangebracht.

Hoofdstuk VIII. Kamerlid. THORBECKE's economisch standpunt is nieuw en goed beschreven. Dat gedeelte ontbrak in de bestaande literatuur.

Hoofdstuk IX. Tweede Ministerie.

Te weinig is gelet op de vèrgaande beteekenis van de nieuwe ambtelijke instelling: het geneeskundig staatstoezicht. Zoo ooit dan zag hier THORBECKE ver vooruit. Hij is de stichter van den staatsdienst voor de volksgezondheid. (Zie hierover in dit tijdschrijft Themis 1928, Derde Stuk, pag. 256 e. v.). De strijd THORBECKE-VAN DE PUTTE is niet duidelijk, noch ten volle geteekend.

Hoofdstuk X. Laatste jaren. THORBECKE's laatste, groote wetgevende arbeid bleef onvermeld. Van THORBECKE is het ontwerp van wet, mem. v. toelichting en mem. van antwoord welke leidden tot de, door hem niet meer in de Tweede en Kamer behandelde, wet van 4 Dec. 1872, S. 134, tot voorziening tegen Besmettelijke Ziekten. De ambtelijke stukken zijn natuurlijk niet door THORBECKE zelf geschreven, maar juist de meest merkwaardige passages van de Memorie van Antwoord (2 Febr. 1872!) zijn wel van THORBECKE persoonlijk (ieder herkent TH.'s stijl en hand (5)) : „Het gevaar, dat ons in den vorigen zomer scheen te naderen, is minder haastig geweest, dan men reden had te duchten, en de Minister meende te moeten zijn met eene wet, die iederen dag kon te pas komen. Over dit ontwerp, bij Koninklijke Boodschap van (21 Augustus 1871) aangeboden, werd het Voorloopig Verslag (15 November) ontvangen, toen de begrootingsdiscussiën een aanvang hadden genomen, en dus aan Beantwoording vóór het reces niet te denken viel". Dan komt de principieele vraag ter beantwoording over de grenzen van de gemeentelijke autonomie. Hier stelt weêr THORBECKE zelf een gedachte die rijkt tot onzen tijd: „Een wijd veld voor de autonomie der gemeentebesturen inzonderheid. Voor zooveel echter de te nemen maatregelen niet van individuële plaatselijke gesteldheid afhangen, of de autonomie zelfs, bij niets doen of verkeerd doen, andere gemeenten en het gansche land aan gevaar blootstelt, is de algemeene wetgever gehouden, het regt in werking te brengen, ook bij art. 151 der gemeentewet erkend".

THORBECKE toonde hier toch zeker, met het oog op het vraagstuk der staatsbemoeienis met de volksgezondheid een vooruitziende blik.

Ik zeg dit niet met het oog op de opmerking van BRUGMANS

---

(5) Photografische afdruk in de verzameling: „Thorbeckiania" van Prof. VAN VOLLENHOVEN, aanwezig in de bibliotheek van de Leidsche universiteit, door mij toegevoegd.

(pag. 248) dat THORBECKE in 1872 niet meer invloed op de staatszaken uitoefende, wat alleen feitelijk een kleine onjuistheid is en natuurlijk zoude THORBECKE's wetsontwerp van 1871 er met een andere, meer slappe Mem. van Antwoord toch ook wel gekomen zijn. Het gaat meer over de algemeene vraag of THORBECKE wel ver vooruit keek. Ik wijs op het betoog (zie Themis, 1928, Derde Stuk, pag. 259 e. v.) waarin THORBECKE de uitbreiding van den omvang van de taak van het staatstoezicht op de volksgezondheid blijkt te voorzien. Heeft THORBECKE de opkomst der sociale kwestie voorzien? Natuurlijk niet ten volle.

Het schoolvoorbeeld op dit gebied is THORBECKE's houding tegenover het vraagstuk van de wettelijke beperking van den kinderarbeid. BRUGMANS constateert bij THORBECKE's aarzeling en weigering om een wetsontwerp in te dienen: „het is duidelijk: hier is een terugval van het, in 1870 reeds versleten, optimisme van de liberale school uit het midden der 19e eeuw. Hier was THORBECKE niet meer de man, die zijn tijd vooruit was en dieper dan anderen de behoeften der groeiende maatschappij peilde". Het verwijt lijkt mij geheel ongerechtvaardigd. De staatscommissie had aan den Minister wettelijk ingrijpen tegen den kinderarbeid ontraden. De voortvarende VAN HOUTEN nam het initiatief en bracht het tot de Kinderwet van 1874, die *niet* werd nageleefd, omdat de tijd daarvoor *niet* rijp was.

THORBECKE's aarzeling en zijn aanvankelijke weigering om de wetgeving in beweging te zetten schijnen dus nu achteraf juist gerechtvaardigd. Een scherpere naleving van de wet werd pas beproefd een 10-tal jaren later, toen juist ook de volksovertuiging verder was voortgeschreden. Toen zou ook THORBECKE zijn gevolgd. Want dit is waar: THORBECKE's leven is niet dat van een pionier in de staatkunde. En als wetgevend genie huldigde hij de leer: „De kracht der wet ligt in hare overeenstemming met den geest van hen, die haar moeten naleven".

Een enkele opmerking nog.

BRUGMANS, pag. 106. Het advies om aan de Prov. Staten de keuze voor de Eerste Kamer te geven is niet afkomstig van een ambtenaar maar uit het advies van den Raad van State op de Grondwetsontwerpen (1848) overgenomen.

BRUGMANS, pag. 125. THORBECKE kende toch het gemeentelijk bedrijf: de Leidsche gasfabriek. Aan het oprichtingsbesluit van den gemeenteraad nam THORBECKE zelf deel. THORBECKE oordeelde blijkbaar dat de wet hier niet speciaal behoefde te voorzien.

BRUGMANS, pag. 128. Voor bepaalde gemeenteverordeningen

is goedkeuring niet van G. St. maar van de Kroon noodig (belastingverordeningen).

BRUGMANS, pag. 234/235. De terminologie van het hier gestelde omtrent de verhouding van wetgevende en besturende macht is niet duidelijk. De gebeurtenissen in de jaren 1866—1868 op pag. 234 vermeld hebben betrekking op de verhouding parlement en regeering. De wetgevende macht als samenwerking van regeering en parlement staat immers buiten het hier behandelde punt. De schrijver beoogt immers hier te handelen over het parlementaire stelsel in den zin van een bepaalde verhouding tusschen regeering en parlement? Of lees ik deze passage 234—235 verkeerd? De schrijver wil toch spreken over de overheersching van het parlement? En op pag. 235 kan de schrijver toch niet zeggen dat THORBECKE nevenschikking zoude hebben gewild tusschen „uitvoerende macht" en „wetgevende macht"? THORBECKE wilde nevenschikking tusschen „regeering" en „parlement".

C. W. DE VRIES

T. S. JANSMA, *Raad en Rekenkamer in Holland en Zeeland tijdens Hertog Philips van Bourgondië.* Proefschrift Utrecht 1932. — Kemink en Zoon N. V., Utrecht.
Tevens verschenen als deel XVIII der Bijdragen van het Instituut voor Middeleeuwsche Geschiedenis der Rijks-Universiteit te Utrecht, uitgegeven door Prof. Dr. O. Oppermann.

Het boek van Dr. Jansma is niet alleen van waarde voor den historicus, maar evenzeer voor den jurist, die belang stelt in de ontwikkeling van het Hollandsche Staatsrecht. De omvang van de veranderingen door Philips van Bourgondië gebracht in het bestuur van zijn nieuw verworven gewesten Holland en Zeeland wordt daarin aan de bronnen getoetst. Waar men geneigd is aan den eersten Bourgondischen landsheer groote principiëele veranderingen in het staatsbestuur zijner nieuw verworven gewesten toe te schrijven, is het van groot belang in de bronnen te onderzoeken in hoeverre dit juist is.

Deze bronnen zijn in de eerste plaats de volledig bewaarde rekeningen van de Tresoriers van Holland en Zeeland, later

Rentmeesters Generaal genaamd, welke rekeningen berusten in het Algemeen Rijksarchief te 's-Gravenhage.

Het is de groote verdienste van Dr. JANSMA, dat hij dit belangwekkende, maar zeer omvangrijke materiaal, aan een nauwgezet onderzoek heeft onderworpen. Uit deze rekeningen en andere archiefstukken (een opsomming daarvan vindt men op blz. 4 e. v.) heeft de schrijver een volkomen betrouwbaar beeld kunnen ontwerpen van de bestuursorganisatie van Holland en Zeeland ten tijde van den eersten Bourgondischen landheer dezer gewesten.

Hieraan gaat vooraf een eveneens goed gedocumenteerd overzicht van de Staatsinstellingen in de vóór-Bourgondische periode. Door vergelijking van beide is het den schrijver mogelijk geweest met volkomen zekerheid de veranderingen vast te stellen door Philips van Bourgondië ingevoerd.

Het merkwaardige resultaat is, dat de principiëele veranderingen veel geringer zijn dan men zou verwachten.

In vrijwel de geheele bestuursorganisatie treft men continuïteit aan met de vóór-Bourgondische periode. Dr. JANSMA komt tot de volgende conclusie (blz. 196): „Onze eindindruk „blijft er een van continuïteit. De bestuursinstellingen van „Holland en Zeeland vertoonen gedurende de Wittelsbachsche „en de Bourgondische periode geen principiëele verschillen. „Op het gebied van belastingheffing is niet de eerste Bour„gondiër, maar de laatste mannelijke Wittelsbacher met het „innen van meerderjarige beden voorgegaan. Slechts bij het „financieel toezicht op de rekenplichtige ambtenaren bracht „het Bourgondische tijdperk iets nieuws in de Noordelijke „Nederlanden: centralisatie en uniformeering met geen ander „doel dan verhoogde opbrengst der middelen. De ontwikkeling „der Staten heeft zich uit het Beiersche tijdvak organisch in „de periode van hertog Philips van Bourgondië voortgezet."

Slechts op één gebied treedt er dus een principiëele verandering in. Het controleeren van de rekeningen van de Grafelijke ambtenaren in Holland en Zeeland werd onttrokken aan den Hollandschen Raad en opgedragen aan commissarissen uit de Rekenkamers van Rijssel en Brussel.

Later, in 1447, werd weliswaar een Hollandsche Rekenkamer opgericht, maar deze was direct ondergeschikt aan het Bourgondische centrale financieele beheer en geheel onttrokken aan den invloed van de Staten van Holland en Zeeland.

Behalve over de genoemde groote lijnen in de ontwikkeling der bestuursorganisatie in Holland en Zeeland, bevat het boek ook waardevolle gegevens over vele onderdeelen daarvan.

Voor juristen is in het bijzonder van belang hetgeen op blz. 151 e. v. over de rechtspraak van den Raad wordt medegedeeld.

Het zou mij echter te ver voeren een opsomming te geven van de vele wetenswaardigheden, die men in het werk aantreft. Ieder, die in de ontwikkeling van de landsheerlijkheid gedurende de latere Middeleeuwen belang stelt, zal het boek niet ongelezen terzijde mogen leggen.

Eenige opmerkingen van critischen aard mogen echter niet achterwege blijven.

In verband met de wijze van afhooren der Grafelijke rekeningen in den Henegouwschen tijd, zegt de schrijver op blz. 21:

„Van de resultaten van de contrôle der rekeningen mag „men zich overigens geen illusies maken. Nergens is in de „rekeningen een verbetering, of een marginale aanteekening „te vinden, nergens is een post geroyeerd. Ditzelfde moet „trouwens voor alle afgehoorde rekeningen tot en met het „eerste kwart van de 15de eeuw gelden."

Deze conclusie van Dr. Jansma is echter niet juist. Uit het ontbreken van verbeteringen in de rekeningen zelf mag men niet afleiden, dat er vóór het tweede kwart van de vijftiende eeuw geen daadwerkelijk toezicht werd uitgeoefend op de juistheid van de afrekening der Grafelijke ambtenaren.

In de Memorialen van de Grafelijkheid treft men meerdere stukken aan, waaruit blijkt, dat er ook reeds vóór den genoemden tijd een effectieve contrôle op de rekeningen bestond. Eenige bewijsplaatsen laat ik hier volgen:

Een onderzoek naar de juistheid van een Grafelijkheidsrekening uit het jaar 1399 vindt men in een stuk van 16 December van dat jaar, III Memoriale B. M. f. 73.

Op genoemden datum „geloefden in die raedtcamer aen „sproefsts handt van Bergen in Henegouwen tot mijns heren „behoef Jacob Wybrantszn ende Florijs van Valkenburch, „scouten tot Hoerne, dat si bi sulker rekeningen, als sij upten „voers. date van den voern. dienste deden, bliven willen, „ende wes mijn heere in der waerheit bevinden mach, dat sij „bruekich daerin sijn, dat sullen sij mijnen heere bi sinen „rade beteren."

In een stuk van 31 Mei 1400, III Memoriale B. M. f. 90 wordt geconstateerd, dat de regeerders van Noordwijk „alsoe „vele scots upgebuert hebben, dat sij in hoeren uutgeven „alsoe bescheidelic niet en bewisen, als sij sculdich waeren „te doen", m. a. w. na onderzoek werd de schotrekening niet juist bevonden. De rekenplichtigen werden hiervoor beboet.

Een ander voorbeeld vindt men in een stuk van Mei 1422, XIII Memoriale f. 8 v°.:

„Ende want wij (Graaf en Raden) die rekeninge, die die „scout, scotvangers ende gezworen voirsz." (n.l. van den Hof van Delft) „in den jaire van XXI deden, mit onsen rade

„ende clerken hebben doen overhoren, dair wij besceydelic in „vinden, dat sy bruekich sijn, ... dair sy grotelic tegens „ons an verbuert hebben als kenlic is, ...", zoo wordt hun een boete opgelegd. In de tresoriersrekening van heer Henric Nothaft (4 April 1422—27 September 1422), waarin deze boete wordt verantwoord, leest men op f. 8 v°.:

„Ontfaen van Jan van der Hoeve, scout van den Hoff van „Delff en den ambochtsbewairres aldair, gelyc als hem die „van den rade overgeset worden te gheven, overmits dat den „heren van den rade die rekeninge niet en genuechde, die sij „gedaen hadden . . . . CXC Hollantsche scilden."

Dat ook al werd er in de rekeningen zelfs niets doorgehaald, er toch wel posten gewraakt werden, blijkt in een stuk van 21 Juli 1423, XIII Memoriale f. 118.

„Item des Woensdages XXI dage in Julio geloofde Wouter „van Heemskerk an des Vitzdomshant van Beyeren, tresorier „te Hollant, tot mijns genadigen heeren behoeff van Beyeren „syn rekeninge, die hy gedaen heeft van dat drossaitampt 's lants dan Arkel ende van der casteleynscap van den huse „tot Gorinchem, binnen VI weken dairby te bliven ende die „te verantworden; des sal mijn here hem een cedule doen „overleveren van den punten, die in der selver rekeninge ge„wraect sullen worden, eer hi van Gorinchem sceyden sal, „ende die punten sal Wouter verantwoirden voir minen here „ende sinen rade."

Betwisting van de juistheid der rekeningen van een groot aantal schouten uit West-Friesland vindt men vermeld in stukken van 17 Maart en 4 April 1424, XIV Memoriale f. 19 v°. en f. 113.

Evenzoo werd in Juli 1424 de rekening van Adriaen van Raephorst, rentmeester van Kennemerland en West-Friesland aan een onderzoek onderworpen, „ende so wes men be„vijnden kan in sijnen rekeningen, dat hi mijnen here gebroect „heeft, dat hij nijet verantwerden en kan, dat sal hi minen „here beteren ende verrichten bij sijnen tresorier ende rade". (XIV Memoriale f. 45.)

De uitspraak van Dr. Jansma, dat eerst in den Bourgondischen tijd een werkelijk effectief toezicht wordt gehouden op het financieel beheer der rekenplichtige ambtenaren, is dus niet geheel juist. Wel heeft Philips van Bourgondië de wijze, waarop dit toezicht werd uitgeoefend, verbeterd, maar het daadwerkelijk toezicht zelf bestond reeds. Ook op dit gebied is er dus continuïteit tusschen de Beiersche en de Bourgondische periode.

Op blz. 42 vindt men een onjuistheid, die van belang is, omdat zij een meer voorkomende fout bevat. In noot 2 wordt daar gezegd:

„Terwijl bijna alle Raden edelen zijn, mag men wellicht in

„heer Clais Kerving van Reymerswale en Foykyn Foykynsz. „poorters zien". T. a. z. v. *heer* Clais Kerving van Reymerswale (die door den schrijver terecht als een leek en niet als een geestelijk heer wordt beschouwd) is deze conclusie beslist onjuist, immers hij draagt den titel van „heer" en was dus ridder. Daar meermalen in historische werken met dezen titel geen rekening wordt gehouden, is het bovenstaande een nuttig voorbeeld om te doen zien, dat het geen acht slaan op dezen titel tot eigenaardige fouten kan leiden.

Op blz. 66 wordt gezegd, dat onder de z.g. „Negenen" drie buitenlandsche raden waren. Als derde buitenlander wordt dan genoemd . . . . Boudewijn van Zwieten. Deze was echter een ras echte Hollander, gesproten uit een geslacht, dat vanouds thuis behoorde in de omstreken van Leiden en welks leden men in de Grafelijke registers tallooze malen aantreft.

De schrijver geeft steeds, wanneer hij de samenstelling van den Raad op een bepaald tijdstip bespreekt, een opsomming van het aantal adellijke en niet-adellijke raden. Op de juistheid van de indeeling der verschillende personen bij de adellijken of bij de niet-adellijken wil ik hier niet ingaan. Daarvoor zouden uitvoerige genealogische beschouwingen noodig zijn.

Op blz. 184 haalt de schrijver A. Walther aan, die spreekt over de onder Hertog Philips al moeilijk te volgen lijn in de ontwikkeling der centrale bestuursinstellingen. Dit citaat had echter beter achterwege kunnen blijven, daar Dr. Jansma juist heeft bewezen, dat het algemeene richtsnoer bij de maatregelen van Hertog Philips is geweest: verhooging van de opbrengst der middelen.

Tenslotte moet ik er nog op wijzen, dat in de lijst van de geraadpleegde ongedrukte bronnen op blz. 6 wordt gezegd van de Memorialen Bossaert 1—6:

„Daar de aanteekeningen in hoofdzaak bestaan uit sententies, is de moderne aanduiding: Registers van dingtalen".

Deze moderne benaming is echter fout en verdient dus geen navolging. Bij den naam: registers van dingtalen (1) denkt men aan registers, bevattende beschrijvingen van de

(1) Volgens het Middel-Nederlandsch Woordenboek van Verwijs en Verdam beteekent dingtaal: „De bij een geding voorgeschreven „woorden en uitdrukkingen . . . . Ook bij uitbreiding: het proces, „pleidooi, zelf, de met geijkte woorden en uitdrukkingen gevoerde „rechtsstrijd . . . ." De beteekenis „vonnis" heeft het woord echter niet en, zooals uit het bovenstaande volgt, kan het zeker niet gebruikt worden ter aanduiding van de niet formalistische procedure voor een extra-ordinaris gerecht als het Hof.

Als voorbeelden van dingtalen verwijs ik naar de verschillende dingtalen, die voorkomen in de Rechtsbronnen, zoodat men het wezen van een dingtaal bekend mag veronderstellen.

formalistische procedure's voor ordinaris gerechten, waar partijen, rechter en gerecht zich van vaststaande woorden moeten bedienen. Dit formalisme ontbreekt juist bij den modern ingerichten Raad, daar worden geen voorgeschreven woorden geëischt

De genoemde onjuistheden verminderen echter niet de algemeene waarde van het boek. Het resultaat van Dr. JANSMA's onderzoekingen, waardoor hij bewezen heeft, dat de Bourgondische bestuursorganisatie zich continu ontwikkeld heeft uit de vóór-Bourgondische, wordt er niet door aangetast. Waar men geneigd is aan den eersten Bourgondischen landsheer vele principiëele veranderingen in de staatsinrichting zijner nieuw verworven gewesten toe te schrijven is dit resultaat inderdaad van groot belang.

J. PH. DE MONTÉ VERLOREN

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Nederlandsch Juristenblad, 8ste jaargang, no. 43. — v. BAUMHAUER, De goud-clausule in de Amerikaansche wetgeving, literatuur en rechtspraak; no. 44. — v. NISPEN TOT SEVENAER, Het kennelijke systeem van den H. R. bij de toepassing der artt. 1374 en 1375 B. W.; no. 45. — v. NISPEN TOT SEVENAER, „Objectief" recht.

9e jaargang, no. 1. — STOOP, De wettelijke formuleering der juridische causaliteitsgedachte. — RÖLING, De ontwikkeling van het strafrecht in het buitenland; no. 2. — v. LIER, Gewaardeerd en nuttig werk. — v. GORKUM, De toepasselijkheid van art. 1401 B. W. in verband beschouwd met de tijdsomstandigheden (I); no. 3. — v. BRONKHORST, Concursus idealis van klachtdelict met ambtshalve vervolgbaar delict en het nieuwe wetsontwerp op de klachtdelicten (I). — v. GORKUM, De toepasselijkheid van art. 1401 B. W. in verband beschouwd met de tijdsomstandigheden (slot); no. 4. — CLEVERINGA, Verplichte crisisarbitrage. — v. BRONKHORST, Concursus idealis van klachtdelict met ambtshalve vervolgbaar delict en het nieuwe wetsontwerp op de klachtdelicten (slot); no. 5. — NAUTA, Het „vrije" recht van vergaderen; no. 6. — HOOGENBERGH, „Houvast" (I); no. 7. — HOOGENBERGH, „Houvast" (slot); no. 8. — DE BENEDITTY, Noodlottig staatsrechtelijk misverstand; no. 9. — MARX, De wet als meineedsprovocatrice; no. 10. — LANGEMEYER, Bescherming der openbare orde; no. 11. — MULDER, Het Haagsche Hof en het internationaal privaatrecht. — VERSFELT, Staatsaansprakelijkheid voor van der Lubbe.

Weekblad van het Recht, jaargang 1933, no. 12686. — LOEFF, Uitbreiding der rechtsmacht van den Kantonrechter en beperking der proceskosten in Burgerlijke zaken; no. 12687. — VERZIJL, Internationale rechtspraak in appèl (I); no. 12688. — VERZIJL, Internationale rechtspraak in appèl (II); no. 12690. — VAN BEMMELEN, Het juridische jaar 1933.

Jaargang 1934, no. 12700. — VAN BRAKEL, Opmerkingen over causaliteit (I); no. 12701. — VAN BEMMELEN, De bescherming

der openbare orde (I); VAN BRAKEL, Opmerkingen over causaliteit (II); no. 12702. — VAN BRAKEL, Opmerkingen over causaliteit (slot); no. 12704. — KRUSEMAN, Het gewijzigde alimentatie-ontwerp; no. 12708. — KRUSEMAN, Nogmaals het alimentatie-ontwerp; no. 12711. — VAN BRAKEL, Een opmerking aangaande de toepassing van art. 344*a*, 3e lid B. W.

Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, jaargang 64, no. 3338. — MEIJERS, Naar aanleiding van het 6e stuk van Suyling-Dubois, Inleiding tot het Burgerlijk Recht (III, slot); no. 3339. — v. NISPEN TOT SEVENAER, De rechtsgrond voor de objectiveering der begrippen goede trouw, schuld, dwaling e. d. (I). — ROOS, Een nieuwe grondslag voor de heffing van evenredig registratierecht; no. 3340. — v. NISPEN TOT SEVENAER, De rechtsgrond voor de objectiveering der begrippen goede trouw, schuld, dwaling e. d. (slot).

Jaargang 65, no. 3341. — CLAVAREAU, Rondom het ledencontract (I). — KAMPSCHREUR, Iets over de erfdienstbaarheid van weg. — DAEY OUWENS, Het notariaat en de Kamers van Toezicht; no. 3342. — CLAVAREAU, Rondom het ledencontract (II). — PARIS, Uitkeeringen krachtens polissen van levensverzekering verschuldigd aan de „wettige erfgenamen van den verzekerde"; no. 3343. — CLAVAREAU, Rondom het ledencontract (slot). — SPANJER, Iets over art. 1 der Notariswet (I); no. 3344. — WESTERLING, Samenloop van hypotheek en executoriaal beslag. — SPANJER, Iets over art. 1 der Notariswet (slot); no. 3345. — KORTHALS ALTES, Rangregeling en faillissement; no. 3346. — DE LANGE, De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent art. 205 van het B. W.; no. 3347. — KRANENBURG, De nieuwe jurisprudentie betreffende de onrechtmatige overheidsdaad (I). — v. D. BERG, Hypotheek op vervallen verklaarde erfpacht. — WIERSUM, Levensverzekeringsuitkeeringen aan de „wettige erfgenamen van den verzekerde"; no. 3348. — KRANENBURG, De nieuwe jurisprudentie betreffende de onrechtmatige overheidsdaad (II, slot). — OHMSTEDE, Wijzigingswet Registratierecht. — WIJBENGA, Iets over de aansprakelijkheid voor en het dragen van den erfpachtscanon bij de algeheele gemeenschap van goederen; no. 3349. — NUSSBAUM, Deutsche Eheverträge in der Niederländischen Praxis. — COEBERGH, Nietigheid vernietigbaarheid of betrekkelijke nietigheid? — ADRIANI, Eén uittreksel van twee notarieele akten; no. 3350. — v. D. VELDE, De „man en vrouw"-vennootschap. — CATZ, Een controverse Successiewet/Ongevallenwet. — LUBLINK WEDDIK, Samenloop van hypotheek en executoriaal beslag. — DE BRUYN, In zake art. 214 B. W.; no. 3351. — BORDEWIJK, Wet op de belasting van de doode hand (I). — POLAK,

Artikel 207 B. W. — BUNING, Doorhaling van hypothecaire inschrijvingen genomen ten behoeve van minderjarigen. — v. BRUGGEN, Het redigeeren van de bevoordeelingsclausule op polissen van levensverzekering.

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 138, afl. 4. — BEETS, Het ingezetenschap en het Nederlandsch onderdaanschap der inheemsche bevolking van Nederlandsch-Indië. — JANSEN, De strafwetgevende macht des Konings voor Nederlandsch-Indië (repliek).

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 39, Heft 1. — FRICK, Die Rassenfrage in der deutschen Gesetzgebung. — Kisch, Probleme des Schiedsgerichtswesens. — WUNDERLICH, Der Königliche Richter und das Gesetz. — SCHWISTER, Rechtsprechung und Kreditwesen. — BOHNE, Kriminalpolitik und Eugenik. — BENKARD, Die Reichskulturkammer. — KLEE, Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach künftigem Recht? — MEYER, Die bayerische Justizverwaltung im Wandel der Zeiten. — SCHWARZ, Das neue Strafrecht. — BAUMBACH, Der unbekannte Zivilprozesz.

Jhrg. 39, Heft 2. — MEZGER, Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht. — HEYMANN, Die Neufassung der Berner Konvention und unsere Urheberrechtsreform. — FUISTING, Das Gesetz zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Invaliden-, der Angestellten- und der knappschaftlichen Versicherung von 7. Dez. 1933. — v. KARGER, Das Anderkonto. — REIMER, Das Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz).

Jhrg. 39, Heft 3. — HEDEMANN, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. — FREISLER, Rechtspflege und Verwaltung, Justizverwaltung und Richtertum. — SAEMISCH, Der Rechnungshof des Deutschen Reichs nach der Novelle zur Reichshaushaltsordnung. — Graf VON DER GOLTZ, Angeklagter und Verteidiger im neuen Staat. — VON LYMPIUS, Das Preuszische Gemeindefinanzgesetz v. 15. Dec. 1933. — OERTMANN, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. — WILHELMI, Die Entwicklung des Vollstreckungsschutzes für landwirtschaftliche Grundstücke.

Jhrg. 39, Heft 4. — NICOLAI, Zum Gesetz über den Neuaufbau des Reiches. — GRIMM, Der Kairoprozesz. — DIX, Totaler Staat und freie Advokatur. — LOBE, Nochmals Gefährdungs- oder Verletzungsstrafrecht. — GAMMERER, Neues bürgerliches Recht nach dem Reichserbhofgesetz. — TRIEBE, Die Entwürfe der neuen Uebereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr.

Jhrg. 39, Heft 5. — Graf WESTARP, Die diplomatischen Abrüstungsverhandlungen und das am 16. Febr. 1934 ver-

öffentliche franz. Memorandum. — STOLL, Reformfragen des Versäumnisverfahrens. — FORSTHOFF, Der Neubau der kommunalen Selbstverwaltung in Preuszen. — OERTMANN, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. — BÖHME, Die Aufgabe der Kriminalpolizei nach dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher. — CONRAD, Reichskonkordat, Reichsrecht und Landesrecht.

Jhrg. 39, Heft 6. — JAHN, Rechtsschutzbedürfnis. — LOBE, Bestrafung meherer durch selbständige Handlungen begangener Strafstaten. — BERGMANN, Aktienrecht und Führerprinzip. — WILHELM, Neue Aufgaben des Völkerrechts. — RUMPF, Richter und Volksgemeinschaft. — WILD, Das preusz. Jagdgesetz vom 18. Jan. 1934.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 100, Heft 1. — BINDER. Bemerkungen und Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft. — LAUE, Der Eigentumsvorbehalt auf der Rechnung nach vorbehaltlos afgeschlossenem Kaufvertrag.

Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 14, Heft 1. — SCHOEN, Die rechtliche Natur der Vatikanstadt und des politischen Lateranvertrages. — PASCHING, Allgemeine Rechtsgrundsätze über die Elemente des Völkerrechtlichen Vertrages. — BAECHI, Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag?

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band XXVII, Heft 2. — ANDERSEN, Der Einteilungsgrund der Staatsformen. — SAUTER, Die Entwicklung der abendländischen Staatsidee. — MÜLLER, Recht und Staat, bei Richard Wagner. — STERNBERG, Ueber die „Utopia" des Thomas Morus. — SCHULTZE, Hunger als Triebkraft weltwirtschaftlicher Wanderungen. — SAUER, Vorwort des Prof. Dr. Luis Legaz. y Lacambra zu der von ihm besorgten spanischen Ausgabe der „Rechts- und Sozialphilosophie". — VON ANGYAL, Die Strafe der öffentlichen Meinung. — SAUER, Das Weltgewissen.

Revue trimestrielle de Droit civil, 32e année, no. 4. — DE LA MARNIERRE, La déchéance comme mode d'extinction d'un droit. — KAYSER, Les Nullités d'ordre public.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 14e année, no. 1. — BEKAERT, L'expulsion des étrangers et le délit de rupture de ban. — BELYM, Le système pénitentiaire italien.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 60e année, no. 4. — COHN, Statut juridique du Groenland

oriental. — HOSTIE, Questions de principe relatives au Statut international de Dantzig. — REDSLOB. Considérations sur les fondements du droit des gens. — KOSTERS, Le „droit des gens" chez Saint Augustin. — WIGNY, La règle de conflit applicable aux contrats. — SEGAL, Le domaine réservé.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 73e année, nos. 11-12. — PERREAU, Questions d'assurances. — SALLERON, La loi du 8 avril 1933 sur la réduction des prix des Baux a ferme. — MITCHELL, Le congrès international de droit comparé.

Yale Law Journal, December 1933, no. 2. — DOUGLAS and BATES, The Federal Securities Act of 1933. — ISAACS, The Securities Act and the Constitution. — SHULMAN, Civil liability and the Securities Act. — MAC INTYRE, Criminal provisions of the Securities Act and Anologies to similar criminal statutes. — RODELL, Regulation of Securities by the Federal Trade Commission. — WYNNE and BORCHARD, Foreign bondholders protective organizations.

January 1934, no. 3. — BROCHARD, The protection of Citizens abroad and change of original nationality. — CLEARY, Indestructible testamentary trusts. — BARNES, Federal Courts and State regulation of utility rates.

February 1934, no. 4. — POUND, Law and the science of Law in recent theories. — PERKINS, A re-examination of Malice Afarethought. — CAPPA, The corporate debenture system of South American countries.

Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XIV, fascicolo I. — SAUER, Tendenze contemporanee della Filosofia giuridica e sociale tedesca con speciale riguardo al diritto penale. — CURCIO, Machiavelli nel Risorgemento. — BATTAGLIA, La „vera" Politica in Cristiano Thomasius. — MICHELS, Studi metodologico-storici sull' assetto della nobilità in Italia.

Fascicolo II. — PETRONE, Le corporazioni artigiane e la loro funzione economica. — DEL VECCHIO, Il problema delle fonti del diritto positivo. — GRAY, Appunti per una Filosofia dell' azione penale.

THEMIS

XCVste DEEL — DERDE STUK

Hedendaagsche geestelijke stroomingen in verband met het Nederlandsche Strafrecht (1)

door

Mr J. DONNER

Raadsheer in den Hoogen Raad der Nederlanden

Het zijn onrustige, zij het merkwaardige, tijden, die wij beleven. Dit geldt niet in de laatste plaats ook voor de rechterlijke macht.

Ik heb nu niet zoozeer het oog op de onrust, die gewekt wordt, wanneer de door de crisis geschapen omstandigheden dwingen om de bestaande organisatie uit het gezichtspunt van kosten-besparing in beschouwing te nemen. Gelukkig schijnen wij in dit opzicht het ergste geleden te hebben. De zaak heeft althans voorloopig haar beslag gekregen, zoodat na den storm nu stilte is ingetreden.

Ook bedoel ik niet de onrust. die zich vooral op strafrechtelijk terrein doet gelden in het zich toegevoerd zien van een stroom van nieuwe strafbare feiten, gevolg van een wetgeving, die wil trachten door de ontreddering op economisch gebied ons volksbestaan zoo goed mogelijk heen te leiden. Trouwens door een voorziening, die naar inhoud en wijze van totstandkoming zelve een merkwaardig teeken des tijds is, is die stroom onlangs voor een belangrijk deel in de bedding van een tuchtrechtspraak afgeleid.

Van veel meer beteekenis dan dit alles is de bewogenheid der geesten, die zich ook ten onzent openbaart. De meest fundamenteele vraagstukken zijn weder op de dagorde. Men wordt genoopt zich nog eens nauwkeurig rekenschap te geven van wat voorgoed verkregen overtuiging scheen . . . . met het gevolg, dat niet weinigen het roer krachtig omgooien. Ook

(1) Deze referaten van Mr. DONNER en Prof. POMPE werden gehouden op de Vergadering van de Vereeniging voor Strafrechtspraak op 11 Mei 1934 te Zwolle.

op het terrein van het strafrecht deint het. En het verwondert dan ook zeker niet, dat het Bestuur gemeend heeft goed te doen voor vandaag het onderwerp van de hedendaagsche geestelijke stroomingen in verband met het strafrecht aan de orde te stellen.

Het onderwerp is ruim geformuleerd. Het zou zoo opgevat kunnen worden, dat de bedoeling is het wijsgeerig terrein in zijn tegenwoordige gesteldheid te overzien om den invloed, die daarvan op strafrechtelijk terrein merkbaar is of verwacht zou kunnen worden, vast te stellen. Maar alleen reeds uit het feit, dat het Bestuur *mij* een Inleiding vroeg, kan worden geconcludeerd, dat men de zaak wel wat meer concreet zal hebben willen stellen en het meer gaat over nieuwe stroomingen, die en zooals zij zich in het strafrecht doen gelden om daaraan bestaande opvattingen en praktijk te toetsen. En — nog nader bepaald — zal de belangstelling daarbij wel vooral uitgaan naar wat over onze oostergrenzen plaats vindt, omdat daar de pretentie wordt gevoerd van principieele veranderingen ook op strafrechtelijk terrein en inderdaad niet valt te ontkennen, dat hier ook de resultante is van geestelijke stroomingen, die de laatste vragen raken.

Begrijpelijk is, dat terwijl het fascistisch Italië reeds geruimen tijd geleden een nieuw strafrecht aanvaardde en trouwens de onderliggende stroomingen waarlijk niet ineens in den laatsten tijd zijn opgekomen, toch vooral de gebeurtenissen in Duitschland deze bij ons meer in de algemeene aandacht hebben gebracht. Het feit, dat Nederland in zijn strafrechtswetenschap steeds sterk tegen Duitschland heeft aangeleund, maakt het verklaarbaar, dat eerst het opkomen van die stroomingen in de Duitsche theorie en praktijk voor de meer algemeene belangstelling beslissend was.

Laat ik u dan eerst in groote lijnen trachten te laten zien, wat men daar voor nieuws meent te hebben te geven. Ik wil daarbij vooral een plaats inruimen aan de kritiek op het bestaande, omdat mij deze eigenlijk het meest belangwekkend voorkomt, gelijk zoo vaak kritiek niet brengt tot overneming van des criticus positieve standpunt, doch wel tot beraad over eigen standpunt.

Echt Duitsch is om bij de ontwikkeling van een nieuw standpunt de geheele geschiedenis in te schakelen en dan de eigen oplossing als de synthese van alle waarheidselementen in de vroegere opvattingen aan te bevelen. Zoo heeft men in Duitschland ook nu reeds weder een nieuw staats- en strafrecht gesystematiseerd.

Dit is dan het schema. In het begin van de 19e eeuw, onder invloed van de Aufklärung, is het uitgangspunt geweest de

vrijheid en gelijkheid der burgers, met den Staat slechts als bescherming daarvan. Onbepaalde eigendoms- en verdragsvrijheid ligt aan de wetgeving ten grondslag en vormt ook van het materieele strafrecht het leidend motief. Bescherming van de burgers tegen staatswillekeur, rechtszekerheid beheerschte ook de strafrechtelijke instellingen. Vandaar het „nulla poena sine lege". Effect van dit alles is voor het strafrecht een behandeling van den mensch in abstracto, een reageeren slechts op de concrete daad, volgens scherp omschreven lijnen. Een „formal-psychologische Schuldlehre", de straf een meer juridisch dan ethisch geduide vergelding. Men erkent intusschen, dat onder invloed van de Christelijke moraal daarnaast een „konservative Ethos" bleef gelden, die, den Staat als „sittliche Institution" handhavend, het boven-individueele element in de strafbare feiten in waarde hield en ook het vergeldingskarakter van de straf meer ethisch gekleurd.

In dit „liberal-autoritäre Strafrecht" — zooals men het noemt — ziet men den grondslag van de bestaande wetgeving. Daartegen is dan tegen het einde der 19e eeuw de moderne beweging opgekomen. In overeenstemming met wat op andere gebieden van het recht zich deed gevoelen, bleek de wet niet in staat zoo scherpe voorschriften te geven, dat niet de rechter veelszins tot zelfstandig optreden moest komen. Gewezen wordt b.v. op de ontwikkeling inzake de wederrechtelijkheid. Maar vooral deed zich de invloed van het naturalisme gevoelen: schuld en vergelding werden in twijfel gesteld, de mensch beschouwd als product van aanleg dan wel van omstandigheden. Het werd een „ersetzung der geistigen Idee des Persons durch den natürlichen Begrif des Individuums". Het strafrecht werd meer en meer rationalistisch geduid als een middel tot bestrijding der criminaliteit, en opvoeding van en beveiliging tegen de delinquenten werden de nieuwe doeleinden. Met name wat de opvoeding betreft, schakelde het strafrecht zich hier in een meer algemeene ontwikkeilng van den Staat in: de omvorming van den liberalen rechtsstaat tot den socialen welvaartsstaat. Daarmede werden de menschen in de strafrechtelijke verhouding tot den Staat meer gezien als „Objecten der wohlfahrtspflegerischen Masznahmen des Staates". Met het brengen van het strafrecht in de naturalistisch-rationalistische sfeer ging gepaard een mindere waardeering van de bescherming van rechtsgoederen als de Staat, de openbare orde, de eer, de zedelijkheid, etc.

Opmerkelijk is nu echter, dat men de moderne beweging verwijt, dat zij tegenover het liberaal-autoritaire strafrecht halverwege is blijven steken, dat de ontwikkeling eigenlijk deze is geweest, dat alles wat in de moderne opvatting tot verzwakking van het strafrecht ten gunste van het individu

kon leiden is gerealiseerd, maar de tendenz in andere richting zich niet heeft doorgezet. In het bekende boekje van DAHM-SCHAFFSTEIN wordt dit uitvoerig aangewezen op drieërlei gebied: t. o. v. de straf, de rechterlijke vrijheid en de waardeering der rechtsgoederen.

Wat de straffen betreft, zou wel in theorie vergelding en afschrikking door opvoeding en beveiliging zijn vervangen, maar practisch is het beveiligingsmoment — met name t. a. v. beroeps- en gewoontemisdadigers — achter gebleven en is ook het opvoedingsmoment niet gerealiseerd, voorzoover zulks tot verzwaring van straffen zou hebben geleid. De onderzoekingen van EXNER zijn het bewijs, hoezeer de straffen over de geheele lijn zijn verzwakt. De oorzaak daarvan wordt dan daarin gezocht, dat men toch eigenlijk van de vroegere opvattingen niet los is. In den grond is ook de sociale tendenz individualistisch gebleven: alleen is meer de nadruk gevallen op de gelijkheid, in het belang waarvan de vrijheid werd ingeperkt. Die gelijkheidsopvatting leidde ook bij de straftoepassing tot een overwicht van den paedagogisch-optimistischen vleugel, die het zoekt in de omstandigheden, tegenover de natuurwetenschappelijke, die, het zwaartepunt in den aanleg leggend, meer radicaal optreden voorstond. Het is eigenlijk aldus, dat men de vergeldingsgedachte, voorzoover zij positief de straf determineerde, heeft losgelaten, maar haar gehandhaafd heeft, voorzoover zij negatief een begrenzing opleverde. Het „moralische Werturteil" bleef zich negatief doen gelden. Teekenend zeggen D.-S.: „es bildete sich in der Praxis die Kombination einer naturalistischen Verbrechens- und einer moralisierenden Straftheorie"; een compromis, waarbij de straf „Preis" bleef naar liberale opvatting, maar het sociale zich in „Senkung" van dezen prijs uitdrukte. Met als resultaat: een maximum van voordeel voor het individu ten koste der staatsbelangen.

Ditzelfde wordt nu ook aangewezen in de ontwikkeling der rechterlijke vrijheid. Uitbreiding van het strafrecht buiten de grenzen van het geschreven recht bleef door de handhaving van het „nulla poena" uitgesloten. Maar wèl werden de rechtvaardigingsgronden uitgebreid. Vooral de aanvaarding van de leer der z.g. „Unzumutbarkeit", waarbij al heel gemakkelijk wordt aangenomen, dat een strafbaar feit iemand om de omstandigheden niet kan worden aangerekend, werkt verzwakkend, de maatstaf wordt al te menschelijk-begrijpend genomen. Ook de vrijheid in straftoemeting heeft een tendenz van verzachting gehad. Nog iets anders meent men, dat van belang is. De ruime latitude, die voor de rechterlijke beslissing is gekomen, heeft een gevaarlijke tendenz voor de onafhankelijkheid, omdat, naarmate de beslissing minder uitslui-

tend toepassing is, de kritiek zich meer doet gelden. Zoo van de publieke opinie als van de andere machten in den Staat. En ook hier speurt men weer als resultaat uitsluitend verzwakking. De publieke opinie, vooral zooals zij zich in de pers uit, heeft neiging het individueele moment te sterk te waardeeren, concrete belangstelling doet de algemeene momenten gemakkelijk verwaarloozen. Ook de invloed van de Regeering, mede in verband met parlementaire factoren, heeft dezelfde tendenz gehad: de hanteering van het recht van gratie en strafverkorting heeft een uitsluitende strekking ten gunste der individuen.

En ook wordt alleen verzwakking gezien bij de waardeering der rechtsgoederen. Er is niet een verscherping eenerzijds tegenover een verzwakking anderzijds, doch in het algemeen een verzwakking, maar die zich bij de boven-individueele rechtsgoederen met een bijzonder accent heeft doen gevoelen.

Ziedaar, hoe men in de nieuwe Duitsche literatuur den stand van zaken ziet en waartegen men nu in verweer komt. En van welken aard is dit verweer? Niet — althans in theorie — een aandringen op consequentere toepassing, maar een principieele afwijzing van die opvattingen. Men wijst — zich aansluitend aan nieuwere stroomingen op wijsgeerig terrein — dit naturalistisch rationalisme in den grond af. De beschouwing, als zou het strafrecht een min of meer eigen domein zijn met als enkele doel de bestrijding der criminaliteit met daartoe geëigende middelen, wordt verworpen: men moet zijn uitgangspunt nemen in het staatsrecht, den mensch zien in zijn verhouding tot den staat. Niet liberal-autoritär, niet sozial-liberal, maar autoritär-sozial is de leuze. Het delict is „Staatswidrigkeit" — de sociale staat omvat immers alle levensgebieden —, de reactie daarop in de straf is allereerst als uitdrukking der staatshoogheid op te vatten. Het gaat in dien Staat niet om de individuen, maar om de gemeenschap. Het strafrecht heeft dus in zijn materieele voorschriften alleen en uitsluitend het gemeenschapsbelang te dienen. Wat naast de uitdrukking der staatshoogheid de functie van de straf is, is niet zoo gemakkelijk op te maken: de opvoedingsgedachte wordt, voorzoover daarvoor naast de primaire doeleinden van de straf plaats is, niet verworpen, maar zij moet haar richtlijnen vinden in het kweeken, tegenover de gebleken Staatswidrigkeit, van een behoorlijke Staatsgesinnung. En voor hen, bij wie het opwekken daarvan vruchteloos moet worden geacht, is de functie de uitbanning uit de volksgemeenschap.

Wat van dit alles te zeggen?

Naar mijn oordeel ligt in het critisch gedeelte veel, dat

waardeering verdient. Inderdaad, de cultus van de natuurwetenschappelijke methode als de eenig-juiste heeft veel kwaad gedaan; daarmede werd eigenlijk het strafrecht, gelijk ook het recht in het algemeen, in den wortel aangetast. De horizontale beschouwing ontdeed in strafrecht de begrippen van schuld en verantwoordelijkheid van hun oorspronkelijke beteekenis. Wat daarvan nog nawerkte, was eigenlijk niet dan een „doodgewicht", waarvan men zich ondanks de theorie niet kon losmaken, maar dat levende kracht miste, omdat men de gelding eigenlijk niet aandurfde.

Die periode nu schijnt in de geestes-wetenschappen afgesloten; trouwens zelfs voor de natuurwetenschappen kwam zij te wankelen. Er is, ook buiten den kring van hen, die uit hun geloofsbezit tegen deze alleenheerschappij steeds stelling hebben genomen, een zich afwenden van het monopolie van het experimenteele en het verstandelijke als kenbron. Intuïtie, „levensfilosophie", „wesenschau", het zijn kenwoorden van dezen tijd, die van geheel veranderde stellingnemingen spreken.

Voor de autonomie van het recht, als een eigen orde naar eigen wet, wordt weder ter pleit gevoerd; zoo valt ook de identificatie van strafrecht en kriminologie. Natuurlijk is dit alles nog slechts negatief, formeel, het komt aan op het positieve, op den inhoud, maar het is reeds veel, indien aan wat ondanks getuigenis van eigen bewustzijn werd onderdrukt, omdat de wetenschap het scheen uit te bannen, weder plaats wordt gegeven. Zoo kan ook weder ruimte komen voor de gedachte, dat niet in het strafrecht bij uitsluiting heeft te heerschen de vraag van het concrete nut met het oog op bepaalde resultaten, een en ander experimenteel-rationalistisch vastgesteld, maar dat hier ook categorieën van anderen aard gelden. Dat dus evenmin eenerzijds het nuttige zonder meer mag worden doorgezet, als anderzijds hetgeen zich in den vorenstaanden zin niet aanstonds als nuttig kan legitimeeren, daarmede is afgedaan.

Van beteekenis is voor dit alles ook geweest de beschouwing van den Staat uitsluitend in het horizontale vlak. Meer kenschetsend heeft die beschouwing zich wel nimmer uitgedrukt dan in de vraag, hoe toch eigenlijk ooit de eene mensch het recht zou hebben den anderen te straffen. Dan kon men toch ook eigenlijk in de straf niet anders dan een zedelijke verhoovaardiging van den straffende zien. Daartegenover kan weder oog komen voor het feit, dat de Staat meer is dan een menschelijke nuttigheidsinstelling, dat hier verticale elementen zijn, die over de begrenzing tot de sfeer van waarneming en verstand heentrekken.

Intusschen — zooals ik reeds zeide — op zichzelf is met die tendenz van de nieuwere stroomingen — hoe men ze

aanduide, als irrationeel, voluntaristisch of derg. — omtrent den inhoud nog niets gegeven. In een land als het onze, moge met het oog op aard en inhoud van de levenswaarden, die krachtens de traditie nog in het bewustzijn zijn verankerd gebleven — of anders gezegd om het bestand, dat de Christelijke grondslagen van ons volksleven hebben gehouden —, een gunstige invloed te verwachten zijn, — te ontkennen valt niet, dat hier ook zeer groote gevaren dreigen. Vooral in dezen zin, dat niet de *alleen*-heerschappij van experiment en ratio wordt bestreden, maar dat men het wilsmoment, het streven zonder meer, het leven als zoodanig ten troon verheft. Dan wordt het machtsmoment gecultiveerd, de Staat als hoogste uitdrukking van de macht tot maatstaf gemaakt, het recht begrepen als wat de ontwikkeling van den Staat dient. Van vrijheid of van recht tegenover den Staat is dan geen sprake meer, misschien hoogstens nog van „Freiheit *im* Staate", doch niet meer van „Freiheit *vom* Staate". En ook ziet men, machts- en krachtsontwikkeling als doel vooropgesteld, dan weer een terugval in het zoo gesmade rationalisme in dezen zin, dat die krachts- en machtsontwikkeling tot het uiterste wordt gerationaliseerd: waarin spreekt dit in Duitschland sterker dan in de eugenetische maatregelen, verbonden aan een verheerlijking van het ras, die niet terugschrikt voor planmatige doorvoering met volkomen miskenning van hoogere waarden. En zoo is ook het gevaar groot, dat de straf weder van haar luister wordt beroofd: indien alles, ook de toevoeging van leed, gerechtvaardigd is met het enkele bewijs, dat het nuttig effect geeft voor de gemeenschap — het uiterste daarvan doet Rusland zien —, dan is men met de verheffing van een enkel irrationeel moment ten slotte aan de meest ongebreidelde rationaliseering toe.

In overleg met mijn mede-referent wil ik nu verder iets nader ingaan op de beteekenis, die een en ander voor de ontwikkeling van het materieele strafrecht heeft. Misschien zult ge zeggen, dat dit meer de belangstelling verdient van den wetgever, dan van de rechterlijke macht, die in deze Vereeniging is georganiseerd. Maar bij de vrijheid van den rechter in de toepassing van het materieele recht is de kijk daarop, zelfs zonder eenige verandering van inhoud, van het grootste belang.

Bij het materieele recht kunnen wij onderscheiden de *vorming* en den *inhoud* van dat recht.

Wat het eerste betreft, is van belang de weder ontwaakte belangstelling voor den regel „nulla poena sine lege". Toch speelt, naar ik meen, dit verzet slechts een ondergeschikte

rol. Het is merkwaardig te zien, hoe, nadat de Duitsche literatuur begonnen was dien regel als shibboleth van het liberale strafrecht uit te krijten of daarin niet anders dan een rest van Feuerbachiaansche strafrechtstheorie te zien, men gaat begrijpen, dat daarmede de zaak niet is afgedaan. Het feit, dat men met desiderata kwam ten aanzien van het strafrecht en verwezenlijking daarvan gemakkelijk gemaakt hoopte door toepassing van rechterlijke vrijheid tot vorming van het nieuwe recht, gaf bovendien aanvankelijk een practische drangreden. Maar, al wordt in het bekende Pruisische ontwerp voor een nieuw strafrecht analogische toepassing in beperkten zin mogelijk verklaard, men kan in de Duitsche literatuur van de laatste maanden toenemende bedenkingen vinden, te meer van waarde, omdat daarin bij de onvrijheid van het woord, welke thans heerscht, wel een symptoom van algemeenen terugtred is te zien. Begrepen wordt, dat men met het „Königlich Richtertum" op het gebied van het strafrecht een element zou invoeren, dat met het „Führer"-principe slecht overeenkomt. Dat er dus behalve het motief van de persoonlijke vrijheid, nog wel andere gronden voor den regel zijn. Ook treft daarbij, dat die rechterlijke vrijheid wèl voor het burgerlijk recht wordt aanvaard. Inderdaad, op beide terreinen ligt de quaestie verschillend. Uit zijn aard is het strafrecht niet, zooals het burgerlijk recht, een gesloten systeem, zoodat op straffe van rechtsweigering aanvulling mogelijk moet zijn; bij het strafrecht staat naast de vraag der onrechtmatigheid nog steeds die der strafbaarheid. In de juiste omgrenzing van het strafrecht zitten verder momenten, waaromtrent de beslissing beter niet aan den rechter wordt gegeven. Ik behoef na de uitnemende rede van Prof. Rutgers daarop niet verder in te gaan. Dit slechts nog: men bedenke ook wel: eenmaal de vrije rechtsvorming of de analogie ingevoerd, is zij niet slechts een onder omstandigheden gelukkiglijk ten dienste staande bevoegdheid, maar een voortdurende plicht. De rechterlijke macht zal zich dan niet alleen in de toepassing, maar ook in de niet-toepassing telkens moeten uitspreken; het gevaar van deze nieuwe vrijheid voor het vertrouwen in de rechterlijke objectiviteit en onafhankelijkheid onderschatte men daarom niet; nu reeds bij formeel-interpretatieve beslissingen met materieelen inslag kan men jurisprudentie aanwijzen, die voor dat vertrouwen bedenkelijk is geweest. Voeg daarbij, dat de praktijk toch eigenlijk de behoefte aan deze vrijheid niet heeft doen gevoelen, dat de uitbouw van het recht aldus te veel den invloed van den onmiddellijken indruk van concrete gevallen kan ondergaan, dan vindt men — geheel los van de historische motieven van den regel — argumenten genoeg

om op dit punt wijziging niet te verlangen. Maar bovendien in die historische motieven ligt, bij alle onjuistheid en bijkomstigheid, een kern van groote, ik zou haast zeggen ook symbolische, waarde n.l. de uitdrukking, dat de verhouding van Staat en onderdaan ook in het strafrechtelijke een rechtsverhouding behoort te zijn.

Wat nu in de tweede plaats den inhoud van het materieele strafrecht betreft, zoo is, gelijk ons allen wel bekend is, practisch thans de groote vraag, of de rechtsbelangen van den Staat of meer algemeen de niet-individueele belangen wel de juiste plaats hebben. Een merkwaardige uitwerking heeft de „staatliche" opvatting gevonden in een ontwerp, dat van de zijde der Pruisische Regeering is samengesteld als bijdrage voor het nieuwe Rijksstrafrecht, dat, met terzijdestelling van al het werk van jaren aan de herziening besteed, in voorbereiding is.

Dit ontwerp wordt in zijn algemeenheid getypeerd als een „Gefährdungsstrafrecht" in tegenstelling met het „Erfolgsstrafrecht" van nu. Het scheppen van gevaar voor de rechtsbelangen is het beslissende; het effect is strafrechtelijk van geen waarde. In een geheel andere gedachtenlijn wordt het ook getypeerd als „Willensstrafrecht", zich richtend tegen den — zij het op ingevaarbrenging van een bepaald omschreven rechtsgoed — gerichten wil. Men ziet dus wel, dat men van een „daad"-strafrecht in den klassieken zin niet kan spreken, trouwens het zou ook slecht passen bij het strafrecht van een Staat, die den enkeling volledig wil omvatten. Men hoopt overigens ook vereenvoudiging op deze wijze van de moeilijkheden van daderschap en poging. Het zal wel blijken verplaatsing der moeilijkheden te zijn: het „unternehmen" van een „Straftat", dat tot centraal begrip wordt gemaakt, wordt gedefinieerd als: „wer den Vorsatz ihr zu begehen durch Handlungen betätigt, die auf unmittelbare Gefährdung eines Rechtsgutes abzielen". Alleen al dat „unmittelbare" kan bibliotheken vullen.

Maar, wat nu de strafbare feiten betreft, wordt vooropgesteld, dat individueele belangen als zoodanig niet voor strafrechtelijke bescherming in aanmerking komen, maar alleen de Staats-, de volksbelangen en dus de individueele belangen alleen als element daarvan. De bescherming der volksgemeenschap is dus primair en men onderscheidt dan de bescherming van de „Staatsordnung", van „Rasse und Volkstum", van de „Familie" en van het „Volksgut". Bij de individueele bescherming — als element alleen van de gemeenschap — staat de eer vóór het leven. Dan verder de arbeidskracht en tenslotte de economische werkzaamheid. Als middel tot dit laatste vindt dan ook de individueele

eigendom heel op het eind nog een plaats. De beperkte beteekenis daarvan komt trouwens ook reeds uit in de bescherming van het z.g. „volksgoed", die neerkomt op een groote begrenzing van de vrije beschikking van den individueelen eigenaar van dat „volksgoed", zooals ook ten aanzien van de economische werkzaamheid de vrijheid zeer wordt beperkt en b.v. als landverraad wordt gestraft het mededeelen van een uitvinding, voor de landsverdediging van belang, aan het buitenland zonder deze eerst aan het binnenland aangeboden te hebben.

Intusschen, in het ontwerp komen geen strafposities voor, terwijl men toch gaarne eens zou weten, of men met die classificatie ook in de strafposities ernst zal maken, en dus b.v. aanranding van de eer strenger zal straffen dan die van het leven. Onmogelijk is het natuurlijk, wanneer men b.v. de ontwikkeling in Rusland ziet, niet, dat inderdaad in de strafposities een groote wijziging in de verhoudingen komt, maar de natuur kan óók wel sterker blijken dan de leer.

Dit primaire of liever absolute van den Staat heeft nog een andere consequentie: indien de Staat het richtpunt is, dan moet ook materieel de Staat op alle levensgebied de richting bepalen, dan moeten m. a w. de strafbepalingen een sterk materieel karakter dragen. Zoo is het ook: men zegt dan ook, dat men, liever dan van den „totalen" Staat, spreekt van den niet-neutralen, niet-relativistischen Staat. Dat komt ook in het strafrecht uit. Zoo is het begrip revolutie materieel: bij ons beteekent het aantasting met machtsmiddelen van de positieve rechtsordening, afgezien van wat die positieve ordening is en wat men daarvoor in de plaats wil stellen; in Duitschland spreekt men van de wijziging van de „politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Grundordnung des Volkslebens", daarmede op de zeer bepaalde tegenwoordige ordening doelend. Nog sterker komt dit uit in de bescherming van de nationaal-socialistische partij, met verbod van alle andere. En — ons het meest treffend — in de positieve actie met betrekking tot de ras-zuiverheid, terwijl ook de godsdienst binnen de sfeer wordt getrokken, maar weder de „staatliche" erkenning als voorwaarde wordt gesteld.

Hoe nu hierover te oordeelen? Een zeker recht kan weder aan de critiek, waaruit de reactie opkwam, niet worden ontzegd: in de beschuldiging van individualisme en relativisme steekt inzooverre wel een element van juistheid als in strafrecht en straftoepassing de eigen waarde van Staat en gemeenschap niet steeds de rechte waardeering heeft gevonden en ook een zekere skepsis tegenover de handhaving van hoogere waarden — ik denk b.v. aan het terrein der zedelijkheid — niet moeilijk is te speuren.

Maar het is principieel volkomen onjuist te meenen, dat het entweder-oder gelegen is in een absolutistisch stelsel als wordt bepleit. Er is hier tweeërlei fout: het is niet zoo, dat de erkenning van individueele rechten alleen geleid zou kunnen worden door de gedachte, dat een mensch de gelegenheid moet worden gegeven naar eigen believen en met slechts het eigen belang voor oogen te leven. De gedachte van individueele vrijheid en recht kan een geheel andere zijn: deze, dat erkend wordt de eigen verantwoordelijkheid van den mensch, met eigen taak en roeping door den Schepper in de wereld geplaatst, wien daarom de mogelijkheid van de vervulling van die alleen tegenover zijn Schepper te verantwoorden plicht moet worden gelaten. Ook de vrijheid van de levenskringen vindt daarin haar grond. Tegenover den Staat gaat het dan om een recht, doch voor den mensch zelf is het wezen daarvan een plicht. Zoo bezien, komt er ook ruimte voor een *eigen* plaats en taak van de Overheid, van den Staat o.m. om de wezenlijke voorwaarden voor die vrijheid te verzekeren. Dan is de tegenstelling niet Staat òf individu, maar beide met eigen recht ingevoegd in het wereldbestel. En de Staat moet dat individu niet op zichzelf zien, maar in de levenskringen, waar ook weder het zwaartepunt ligt in de persoonlijkheid en haar verantwoordelijkheid, zoodat ook hier weder elementen van eigen recht aanwezig zijn.

Maar in de tweede plaats — hiermede samenhangend — is volkomen onjuist de gedachte, als zou Staatsonthouding tegenover de rechtstreeksche realisatie van hoogere waarden alleen kunnen voortkomen uit relativisme, uit skeptische onverschilligheid. Die onthouding, — welke daarom dan ook gepaard kan gaan met een zeer krachtige houding, voorzoover de Staat uithoofde van zijn beperkte taak met die hoogere waarden in aanraking komt — kan integendeel juist voortkomen uit het besef, dat de realisatie alleen in vrijheid mogelijk is. Sterkste voorbeeld is hier de godsdienst, juist omdat de onthouding hier eenerzijds wel gemotiveerd wordt door een relativisme in het algemeen of voor wat betreft den concreten inhoud, maar anderzijds evenzeer bepleit wordt ondanks de sterke overtuiging, dat het wezenlijk heil voor individuen en gemeenschap alleen in de doordringing met een bepaalde geloofsovertuiging is gelegen. Doch dwang wordt afgewezen, omdat hij inbreuk maakt op een buiten den Staat vallende betrekking en trouwens ook niet kan dan falen. Zoo wordt van den Staat slechts waarborging van de vrijheid op dit terrein — maar dan ook tegen vermeend staatsinzicht en staatsbelang — gevraagd. Zoo is de vrijheid van den Staat dus het middel — en wezenlijk de eenige mogelijkheid — tot realisatie van de hoogere waarden.

Ik noemde speciaal den godsdienst óók omdat uit de vrijheidsgedachte in den aangegeven zin op dat terrein eigenlijk ons geheele staatsbestel in zijn tegenwoordige strekking voortvloeit. Want het is bij ons thans zoo, dat voor elke streving binnen voor allen gelijkelijk geldende grenzen ruimte wordt gelaten en daarom te dien aanzien ons strafrecht een zuiver formeel karakter draagt. Men kan niet ontkennen, dat daarmede hooge eischen worden gesteld, vertrouwen ook, dat de destructieve krachten door den invloed van tegengestelde krachten zullen opgeheven worden. En verwonderlijk is dan ook niet, dat met name op staatkundig terrein de vraag, of de vrijheid niet te ver gaat, in drang naar strengere maatregelen openbaar wordt. Maar nu is het wel noodig zich rekenschap te geven, dat bij handhaving van het formeel karakter van het Staats-optreden in dezen, zulke maatregelen steeds zijn bepalingen van algemeenen aard, niet onderscheidende naar de materieele waarde der begrensde strevingen. Men realiseere zich, dat daarom eenerzijds zulke bepalingen de vrijheid meer bekorten dan in Staten met een materieel bestel van onvrijheid en dat anderzijds zulke bepalingen niet zonder bedenking zijn, omdat zij ook de goede strevingen, waarvan het in een Staat met formeel bestel komen moet, belemmeren. Indien dan ook dwingende omstandigheden van bijzonderen aard op een bepaald oogenblik tot scherper optreden nopen, dan zou — zij het tijdelijk en in beperkte mate — men wel eens op de materieele lijn kunnen worden gedrongen. Laat ons hopen, dat eenerzijds een krachtig optreden van den Staat en zijn organen in de handhaving van hetgeen naar eigen recht en verantwoordelijkheid op zijn begrensd terrein ligt, anderzijds het rechte gebruik door de goedwillende individuen en levenskringen van hun vrijheid, door hen begrepen als middel tot plichtsbetrachting, ons bewaren van het totalitaire strafrecht.

Ziedaar, M. H., eenige opmerkingen, die U wellicht nogal algemeen en onbepaald voorkomen. Maar het gaat hier naar mijn overtuiging over centrale dingen, zoodat in een kort bestek, als voor een inleiding gegeven, de afgeleide punten — die trouwens ook meer op het aan mijn mede-referent bij de verdeeling toegewezen terrein liggen — minder plaats kunnen hebben.

Als ik mag resumeeren, wat ik bedoeld heb te betoogen, zou ik willen zeggen: de hedendaagsche stroomingen kunnen winst brengen, inzoover zij tegenover veelszins gangbare opvattingen hoogst wenschelijke verheldering kunnen brengen met betrekking tot den zin van straf en strafrecht en de

waarden waarom het daarbij gaat. Maar zij brengen ook het — helaas! reeds gerealiseerd — gevaar, dat de grenzen naar de tegengestelde zijde worden overspoeld en de straf wordt verlaagd tot eenvoudige machtsoefening en de waardeeringsverschuiving leidt tot waardevernietiging (2).

---

(2) Orienteerend voor de nieuwe strafrechtelijke stroomingen in Duitschland zijn vooral: DAHM-SCHAFFSTEIN, Liberales oder autoritäres Strafrecht (Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt) en ERIK WOLF, Krisis und Neubau der Strafrechtsreform (no. 103 van de Serie Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen, J. C. B. Mohr). Ook Dr. HELMUT NICOLAI, Die rassengesetzliche Rechtslehre (Nat.-Soz. Bibliothek, Heft 39, München). Van WILHELM SAUER, Wendung zum Nationalen Strafrecht (Stuttgart 1933). In de periodieken als het „Zeitschrift" en de „Deutsche Juristenzeitung" wordt het onderwerp natuurlijk telkens aangetroffen; verder ook in „die Deutsche Justiz", thans „Amtliches Organ des Reichsjustizministers u. des Preusischen Justizministers". Het ontwerp voor een nieuw strafwetboek voor het Duitsche Rijk is verschenen bij R. v. Deckers Verlag — G. Schenck — Berlin.

Voor den staatsrechtelijken kant is te noemen OTTO KOELLREUTTER, die behalve enkele brochures in de serie-MOHR (der nationale Rechtsstaat, no. 89, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, no. 101) thans heeft gegeven een Grundrisz der Allgemeinen Staatslehre. Belangrijker is CARL SCHMITT (over wien en wiens geschriften VICTOR LEEMANS, „de Sikkel", Antwerpen, Belinfante, 's-Gravenhage, 1933).

Hedendaagsche geestelijke stroomingen in verband met het Nederlandsche Strafrecht (1)

door

Prof. Mr W. P. J. POMPE

Het is voor een hedendaagsch mensch geen gemakkelijk werk, de hedendaagsche geestelijke stroomingen in haar geheel te beschouwen en naar haar beteekenis te beoordeelen. We worden zelf omringd door die stroomingen, sommigen gaan met een nieuwe strooming mee, anderen houden zich in een der oude tegenstroomingen, en ten slotte kan het iemand, die ten aanzien van nieuwe en oude stroomingen z'n zelfstandige plaats poogt te houden, overkomen, dat hij in een draaikolk verzeild raakt. Ik heb het zelf ervaren: het is mij bij het lezen der tallooze brochures en artikelen over de nieuwste richting in het strafrecht — de tijd der vele dikke boeken is blijkbaar nog niet gekomen — soms draaierig voor de oogen geworden (2).

Uwe vergadering heeft dus reden, den eersten inleider

---

(1) Voordracht, gehouden voor de Vereeniging voor Strafrechtspraak, 11 Mei 1934.

(2) De voornaamste der geraadpleegde geschriften zijn:

DAHM-SCHAFFSTEIN, Liberales oder autoritäres Strafrecht? Hamburg 1933;

VON GEMMINGEN, Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers, Heidelberg 1933;

GÜNTHER e. a., Was wir vom Nationalsozialismus erwarten, Heilbronn 1932;

KERRL, FREISLER, e. a., Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preuszischen Justizministers, Berlin 1933;

NICOLAI, Die rassengesetzliche Rechtslehre, Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie, München 1933;

SAUER, Wendung zum nationalen Strafrecht, Stuttgart 1933;

WOLF, Krisis und Neubau der Strafrechtsreform, Tübingen 1933.

Daarnaast het alle mogelijke onderwerpen omvattende, in Duitschland thans misschien meest gelezen boek van ROSENBERG, Der Mythos des zwanzigsten Jahrhunderts.

In Nederland nog:

MULLER, Nieuw strafrecht in nieuw Duitschland, Maandblad voor berechting en reclasseering, September 1933;

RÖLING, Moderne strafvoltrekking in Duitschland, W. 12642 en 12643.

dankbaar te zijn, dat hij de uiteenzetting en beoordeeling van de beginselen der nieuwe Duitsche richting op zich genomen heeft. Ik zal mijn aandacht moeten bepalen tot den invloed dier richting op het strafstelsel en het strafproces. Eenvoudig lijkt me het onderzoek daarnaar overigens niet. Het terrein is groot, het lijkt te groot voor een inleiding van een half uur. En de meer concrete gegevens van de vele officieele en niet-officieele woordvoerders der richting zijn betrekkelijk gering, en dan nog vaag en vol onderlinge tegenspraak. De schrijvers kunnen blijkbaar nog nauwelijks uit de algemeene ideologie tot nauwkeurige bepaling van hun opvatting over bijzondere onderwerpen komen. Het blijft er echoën van ras en bloed, liberaal en autoritair, individualisme, rationalisme, nationaal-socialisme. Voor een Nederlander, die krachtens zijn nationalen aard op preciesheid gesteld is, om haast wanhopig te worden.

Den invloed der hedendaagsche stroomingen op strafstelsel en strafproces moet men dus grootendeels zelf projecteeren van haar beginselen uit. En ook aan de formuleering daarvan is men in het algemeen nog niet toe. De eerste inleider wees er op, dat de nieuwe richting meer voluntaristisch dan intellectualistisch was, dus meer op wil en daad dan op de gedachte lette. En een der Duitsche schrijvers, Wolf, noemt ze meer emotioneel dan intellectueel bepaald. Uit welk levensgevoel stamt dan de nieuwe wil? En naar welk beginsel is ze gericht? Ik meen er na de langere uiteenzetting van den eersten inleider met een kortere aanduiding van te kunnen volstaan.

In de beginselen is nog veel onderlinge tegenspraak. De een, Sauer, beveelt het indeterminisme als een grondslag van het nieuwe systeem aan, de ander, Nicolai, verwerpt het als jüdisch-orientalisch. De een, Günther, ziet in de straf bovenal handhaving van de majesteit van het staatsgezag, anderen, b.v. Wolf, verwerpen deze opvatting als konservativ-autoritär en zien in den Staat slechts een middel ten dienste van de Volksgemeinschaft. Sommigen achten de straf Aussonderung fremder Typen, anderen handhaven haar karakter als vergelding van schuld. De redelijke beginselen staan blijkbaar nog niet eenstemmig vast, niettegenstaande de Gleichschaltung. Redeneering, redelijke bewijsvoering, kan ons dan niet tot den kern der beweging brengen. We moeten trachten deze stroomingen te begrijpen als uiting van een bepaald levensbeginsel, verbonden aan een bepaald menschentype.

Men keert zich eenstemmig tegen het menschentype, dat in 1789 zich gewelddadig uitte, en dat als type de negentiende eeuw beheerschte. Dit type bedoel ik als een soort ideaal-

type. Lang niet alle menschen van de achter ons liggende periode beantwoordden eraan. Maar het beheerschte de richting, het stond op den achtergrond van de bewegingen, ook op strafrechtelijk gebied. Ik meen het type te kunnen aanduiden als dat van den *burger*. De kenmerken zijn vrij duidelijk aan te wijzen.

Prat op zijn *vrijheid*, zich soms opstandig keerend tegen de overheid, om rustig zijn eigen gang te kunnen gaan. Ieder voor zich en God voor ons allen! Het sprak zich voor *gelijkheid* uit. Het kon niemand boven zich velen. Alle menschen moesten even gelukkig wezen. Hier trad de burger buiten z'n eigen sfeer, om alle anderen met zijn opvatting van geluk te zegenen. Zoo werd de *broederschap* verstaan, als humanitarisme, afkeer van leed, pijn, bloed, tot het sentimenteele toe. Het menschelijke werd gewaardeerd als een optelsom van belangen. Leven, gezondheid, eigendom waren de belangrijkste waarden, waarvan de staat het rustig en veilig genot moest verzekeren.

Het liep mis. Een groot, en toenemend, deel der menschen bereikten dit burgerparadijs niet, konden het niet bereiken. Daarom werden in de tweede helft der vorige eeuw nieuwe wegen ingeslagen. Maar het doel bleef hetzelfde. Men kan de hoofdstrekking der toen nieuwe beweging aanduiden als het streven, om de proletariërs aan het burgerlijke geluk deelachtig te maken. In zooverre bleef de beweging op hetzelfde peil.

Er was een eerste strooming in de nu oude nieuwe richting van het strafrecht, welke op elimineering van misdadigers als gevaarlijk voor de rustige burgers gericht was, maar — dit lijkt me kenmerkend voor de heerschende geestesgesteldheid — het is een onderstroom geworden. In het minder verburgerlijkte Italië is deze eerste beweging ontstaan. In de burger-republiek der Vereenigde Staten ontwikkelde zich omstreeks denzelfden tijd de z.g. opvoedingsgedachte, en deze heeft het in de practijk van het strafrecht gewonnen. Men meed de tragische Italiaansche oplossing, en bleef reikhalzen naar het Amerikaansche happy end.

Tegenover dit type van den burger, dat als heerschend ideaal-type tot nog toe op ons allen, vooronderstel ik, invloed heeft uitgeoefend, is heden ten dage een geheel ander type opgekomen. Mijns inziens kan men in de trekken, die het reeds vertoont, het type van den *soldaat* herkennen. Wat krijgt immers in de nieuwe beweging den nadruk? Niet vrijheid van het gezag, maar *gehoorzaamheid* aan het gezag, tucht, orde. Niet gelijkheid, maar *hiërarchie*, onder den van boven gegeven leider. Niet humaniteit, nog veel minder sentimentaliteit, maar *sterkte*, strengheid, zelfs hardheid, in

strakke plichtsbetrachting. Niet individueele belangen, alle op hetzelfde niveau, maar het vaderland, het ideaal, de mythe, als waarden, die al het andere beheerschen. Niet leven en goed, maar gevaar, avontuur, opoffering, en — nauw aan elkaar verbonden — moed en eer.

Met deze aanwijzingen moet ik volstaan. Langs de hier aangewezen wegen kan men trachten zich in de twee verschillende typen in te leven. Het lijkt me voor den jurist, en heel bijzonder voor den rechter, van groote beteekenis om dit zooveel mogelijk te doen. De menschen van het eene en van het andere type zullen elkaar slecht kunnen verstaan. Hun aanraking zal wel meestal den vorm van botsing aannemen. Gelukkig, als er menschen zijn, die aan elk van beide recht doen wedervaren. Aan elk van beide is hun eigen waarde toe te kennen, al heeft het burgertype in langdurige gelding geleden, en al heeft het soldatentype, waarvan de overheerschende gelding nog grootendeels in een gedroomde toekomst ligt, den toets der ervaring thans nog niet doorstaan.

Wie gelijk heeft, is niet te zeggen. Men is hier niet op het gebied van het redelijk denken. Gelijk of ongelijk, waar of onwaar, komt bij het oordeelen te pas. Van beginselen kan men zeggen, of ze waar dan wel onwaar zijn. Als stelsel van beginselen is voor het eerste type aangewezen het *individualisme*. Dit wordt dan zoo verstaan, dat het individu, zijn individueel denken, zijn individueel willen, zijn individueel belang, zooals hij het zich voorstelt, den hoogsten maatstaf levert. Individualisme op het gebied der levensbeschouwing leidt tot subjectivisme, relativisme, positivisme, tot ontkenning van waarheden met algemeen geldenden inhoud. Individualisme op zedelijk gebied heeft geleid tot utilisme, tot afmeting der zedelijke waarden aan het nut, het geluk, voor het individu of voor de massa. Individualisme op staatkundig gebied dringt den mensch tot democratie als eenig absoluut beginsel, tot ontkenning van het eigen recht der overheid.

Daartegenover is voor de geestesgesteldheid van het nieuwe type eerder kenmerkend, absolute waarden te erkennen boven de sfeer van het individueele. Het gezag in den Staat is er niet afgeleid van het willen der individuen. In den regel wordt er aan den Staat evenmin een hoogste waarde, een waarde an sich, toegekend. Men streeft er naar inhoud. De Staat, zoo schrijft Wolf, is niet een Sicherungsapparat om de belangen van een overwinnende klasse te behartigen, maar de Lebensform der Volksgemeinschaft. Volk, ras, bloed, zijn de hoogste waarden, die zelf niet hun waarde aan iets anders ontleenen. De eer der Duitsche natie is voor Rosenberg de mythe van deze eeuw, en Nicolai volgt zijn aanwijzingen trouw op het gebied van het strafrecht.

In de periode, die de nieuwe richting thans meent af te sluiten, zien haar aanhangers een voorkeur van de deelen boven het geheel. Het gezag in den Staat werd gerechtvaardigd met de willen van de afzonderlijke individuen, de taak van het staatsgezag bestond er in de behartiging van een reeks van afzonderlijke belangen. Het geheel werd er naar den inhoud niet aangegeven. Fortschritt, maar zonder meedeeling waarheen. Service, maar zonder dat blijkt waartoe. Anti-sociaal, maar zonder duidelijke verklaring van de waarden, waartegen het gericht was, welke waarden — zoo merken Dahm en Schaffstein op — bij katholieken, communisten en conservatieven zeer verschillend zijn. Opvoeding, maar zonder erbij te zeggen, tot welk ideaal men opvoedde. De inhoud was voor elk individu verschillend. Onuitgesproken gaven de individualistische beginselen, krachtens welke ieder zooveel mogelijk aan zich zelf moest overgelaten worden, den inhoud aan deze leege woorden.

Daartegenover legt de nieuwe richting den nadruk op het geheel. Staat, en nog meer volksgemeenschap, vormt het geheel, waarin alle belangen, die in het strafrecht behartigd worden, opgesloten zijn, en waaraan zij hun beteekenis ontleenen. Dit geheel heeft een bepaalden zin en waarde. De neutrale, relativistische, Staat maakt, volgens Dahm en Schaffstein, plaats voor den autoritairen. De formeel-technische wetenschap wijkt volgens Sauer voor een wetenschap, die een bepaalde hiërarchie van waarden erkent, de dogmatiek wijkt voor de filosofie.

In deze korte — en voor den mij toebedeelden tijd al wel te lange — aanduiding der nieuwe tegenover de oudere geestesstroomingen wordt de invloed, dien zij op het strafstelsel kunnen uitoefenen, al wel voorafgeschaduwd. Die invloed kan werken als een revolutie, al zal men er in de wetgeving niet het belangrijkste van zien. Terecht wijzen vele schrijvers er op, dat de rechtspraak en de strafvoltrekking hier de beslissende fazes zijn. In de inleiding tot het ontwerp voor de grondgedachten van een nieuw wetboek verklaart Kerrl, dat het geldende noch het ontworpen wetboek geschikte grondslagen levert. In de wet van 24 November 1933 worden echter de bepalingen van het vroegere ontwerp omtrent bessernde und sichernde Massnahmen in hoofdzaken onveranderd aanvaard. De vraag is echter, wat de nieuwe rechter en de nieuwe administratie ervan maken.

Het strafstelsel is tegenwoordig het gevoeligste gedeelte van het voor cultuurinvloeden toch al zoo gevoelige strafrecht. Overeenkomstig de boven aangegeven gedachten heeft ons eigen strafstelsel in de laatste tientallen jaren een aantal wijzigingen ondergaan, die grootendeels ten gunste van den

misdadiger uitkwamen. Ook ten aanzien van ons strafstelsel geldt min of meer, wat men in het vroegere Duitschland bekende: het strafrecht heeft zijn goed geweten verloren. Ook voor ons strafstelsel verdient overweging FREISLER's woord, dat in het middelpunt der strafrechtspolitiek de misdadiger stond.

„Die Sorge darum, ihm nicht zu Wehe zu tun, das liebevolle Sichversenken in seine Seele, ... das mitleidige Bedauern ihm gegenüber als einem Produkt seiner Umwelt, das war Inhalt der vom Staate geförderten Strafrechtspolitik." Voor ons land stellig overdreven. „Onze Nederlandsche omstandigheden geven de mogelijkheid van evenwichtig strafrecht", schrijft Mr. MULLER. Ten deele kan dit bewezen worden door het feit, dat onder andere dan individualistische invloeden ons strafstelsel voor vele onevenwichtigheden in individualistische richting behoed is.

Maar intusschen lette men vooreerst op het eigenaardige feit, dat bij de stuwing tot wijziging in ons strafstelsel, en bij de toepassing van het gewijzigde stelsel, een hoofdrol gespeeld is door de reclasseering. Er is reden te over, ons over haar invloed te verheugen. Maar het gevaar is niet denkbeeldig, dat wetgeving en rechtspraak en tenuitvoerlegging eenzijdig naar reclasseeringsrichting worden getrokken.

Een ander kenmerkend feit: het program der vroegere nieuwe richting is ook bij ons hoofdzakelijk slechts ten gunste van den misdadiger uitgevoerd. De strafmaat zakte voortdurend. Men was tegen de korte vrijheidstraf, maar de langere kwamen eerder minder dan meer voor. Verder denke men aan voorwaardelijke veroordeeling, uitbreiding der voorwaardelijke invrijheidstelling, uitbreiding der geldboete, die thans ook in rechtbankzaken de meest toegepaste straf is. Ook bij het voorbereiden dezer wetswijzigingen bespeurt men een bijzondere bezorgdheid voor de belangen van den misdadiger. In art. 14 *d* moest de ontworpen term „toezicht" veranderd worden in het zooveel misverstand wekkende „hulp en steun". Maar bij de geldboetewet stapte men over het bezwaar heen, dat dank zij deze wet wel eens een niet-doeltreffende geldboete de plaats kon gaan innemen van een naar de bedoeling van den wetgever op haar plaats zijnde vrijheidstraf.

Maar ook is de terbeschikkingstelling van gevaarlijke psychopathen ingevoerd, toch zeker een krachtige maatregel ter bescherming der samenleving tegen misdadigers. Wordt echter het belang der openbare orde, in art. 37 uitdrukkelijk als vereischte voor de oplegging van dezen maatregel gesteld, door den rechter wel steeds voldoende overwogen? Wordt de maatregel er niet meermalen toegepast om aan misdadigers, waarmee men geen raad weet, een dragelijk leven en levens-

einde te verschaffen? Wordt strafrecht zoo niet wel eens tot Fürsorgerecht? Ik wil geen strijdbijl opgraven. Maar mede uit bezorgdheid hiervoor is de toepasselijkheid van den maatregel in 1933 beperkt. En dan juist ten aanzien van de vermogensmisdrijven, waarin een tegenweer tegen overmatige schatting van vermogensbelangen zou kunnen gezien worden.

Met deze beperking geeft onze wetgeving reeds een voorbeeld in de thans nieuwe richting. Een ander dergelijk voorbeeld levert de gedeeltelijk voorwaardelijke, gedeeltelijk onvoorwaardelijke veroordeeling. Vooreerst omdat zij strengheid en reclasseering vereenigt. En ten tweede omdat zij — voorloopig nog alleen in het verband der voorwaardelijke veroordeeling — met het thans weinig sprekende beginsel van het wetboek breekt, dat twee hoofdstraffen niet voor hetzelfde feit tegelijk kunnen worden opgelegd (3). Geldboete kan bij sommige misdrijven, ook naast onvoorwaardelijke vrijheidstraf, een bij uitstek geschikte toepassing vinden. Althans wanneer de mogelijkheid van verbeurdverklaring niet wordt uitgebreid. Ook de niet rechtsreeks misdadig verkregen voordeelen kunnen den bestrafte dan ontnomen worden (4).

Tot hoeverre dient onze wetgever overigens de nieuwe richting in te slaan? Moeten we komen tot „harte und strenge Strafen", zooals Sauer wil, tot verscherping der vrijheidstraf met vasten en lichamelijke tuchtiging, zooals Kerrl c. s. voorstelt? Dergelijke hardheden lijken mij voor onze huidige rechtsorde niet noodzakelijk, en ten deele schadelijk. Daarom zou invoering ervan ten onzent thans niet aan te bevelen zijn. In Duitschland is men er trouwens in de nieuwe pruisische regeling van de strafvoltrekking evenmin toe overgaan (5).

Een stap in de richting van strengere straffen, voor sommige soorten van strafbare feiten door den rechter op te leggen, heeft Mr. Muller voorgesteld in een artikel in het Tijdschrift voor Strafrecht (6). U weet het, hij wenscht — en wenschte reeds vóór de Duitsche revolutie — generale preventie, gespecialiseerd voor die feiten, waarbij de groep, waartoe de dader behoort, de strafwaardigheid niet voldoende inziet. „Tot het verkrijgen van een straf met algemeene werking wordt de dader van een strafbaar feit gebezigd — als wij dat wat sterk mogen uitdrukken — om het algemeen duidelijk te maken waar de schoen wringt. Hij

---

(3) M. v. T. Smidt I², bl. 148.
(4) Vgl. H. R. 17 Mei 1920, N. J. 1920, bl. 598, W. 10583.
(5) Das Preuszische Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht vom 1 August 1933 (G. S. S. 293).
(6) Deel XLIV, bl. 15 v.v.

heeft het kwaad gedaan en hij is dus beschikbaar voor bestraffing. Het doel is dan de algemeene werking van de straf, en de dader is slechts het aangrijpingspunt." (7).

Deze gedachtengang is van de opvoedingsgedachte uit zeer belangrijk. Niet het minst omdat ze juist van iemand komt, die voor de opvoedingsgedachte in ons strafrecht een baanbreker geweest is. Het voorstel lijkt me overigens eerder in het Engelsche utilisme (thans in Duitschland verafschuwd) dan in den huidigen Duitschen antoritairen geest te passen. Het zou misschien in het omvangrijke oeuvre van BENTHAM niet misplaatst zijn. In de huidige Duitsche litteratuur vond ik zelfs geen aanwijzing in de richting van MULLER's scherpzinnig en nauwkeurig geargumenteerd plan.

Het voorstel heeft voor mij verschillende — mag ik het bij dit afschrikkingsonderwerp zeggen? — aantrekkelijke kanten. Het breekt de onhoudbare monopolie-strekking der opvoedingsgedachte. Het geeft aan het strafrecht een doelbewuste „Schlagkraft". Slechts één bezwaar wil ik ertegen noemen, voor mij een belangrijk principieel bezwaar. In deze straf met algemeene werking wordt de dader slechts als middel gebruikt om voor anderen iets te bereiken. Hem wordt in zijn menschelijke waardigheid, in zijn persoonlijke zelfstandigheid, geen recht gedaan. Hij wordt als een zaak en niet als een persoon behandeld. De vraag, of deze uitoefening van algemeene werking door middel van den gestrafte rechtvaardig is, dient uitdrukkelijk gesteld te worden.

Als ik met Mr. MULLER in raadkamer moest overleggen over de op te leggen straf met algemeene werking, geloof ik wel tot overeenstemming omtrent de strafoplegging te zullen komen. Hij geeft in zijn beschouwing voorbeelden van bestraffing, waarmede ik mij in het algemeen wel kan vereenigen. Maar het gaat hier om het beginsel. Wat zal er van de toepassing worden in de handen van andere rechters, stel over vijftig jaar? Zullen dan niet, om de algemeene werking te bereiken, straffen worden opgelegd, waarvan de zwaarte ten aanzien van den betreffenden dader, in verband met zijn schuld, niet te rechtvaardigen is?

De straf blijft voor mij gerechtvaardigd als vergelding van schuld. Hiermee sluit ik me niet slechts bij de thans overwegende strooming in de Duitsche litteratuur aan, maar — wat meer zegt — ook bij het volksbewustzijn in Nederland. Niet zoozeer bij de meeningen, die in de groote pers tot uiting komen. Het boulevard-publiek is niet hetzelfde als het volk. En de hedendaagsche intellectueelen, waaronder ik de journalisten reken, hebben meermalen het verband met het volk

(7) T. a. p., bl. 48.

verloren. Als de opvatting omtrent de strafwaardigheid van een feit in een groep verzwakt is, door onvoldoende politietoezicht, door slechte voorbeelden, of door andere omstandigheden, waaraan de dader onschuldig is, mag de eene dader, die er toevallig voor gesnapt wordt, niet voor alle anderen mede lijden.

De rechtvaardigheid stelt afzonderlijke eischen aan de bestraffing. De staatsraison, of de natie, mag niet een moloch zijn, waaraan menschen worden opgeofferd. De Staat is een gemeenschap van menschen, en werkt voor menschen. Het is te vreezen, dat de algemeene werking van een straf, die uitgaat boven hetgeen een dader verdiende, slechts op de korte baan een winst oplevert, en op de lange baan het gezag ondermijnt. De rechtvaardigheid is de grondslag der Staten. Ik ben overtuigd, dat Mr. MULLER intuïtief de grenzen der rechtvaardigheid in acht zal nemen. Maar in de formuleering van zijn theorie blijkt het niet.

Opvoeding — als men dit misleidende woord ook voor volwassenen wil gebruiken — en generale preventie: goed, maar binnen de grenzen die een rechtvaardige vergelding aanwijst. Ook in de opvatting der vergelding hebben intusschen individualistische invloeden gewerkt, die aan haar gezag afbreuk moesten doen. Ik noem er twee. Vooreerst de opvatting in de theorie, dat de vergelding slechts een maximum aangaf, waar de rechter onder moest blijven, als hij het in het belang van de rechtsorde met een mindere straf kon stellen. Onjuist lijkt me deze theorie op zich zelf niet. Zij bevordert echter de strekking — die zich in de practijk der straftoemeting duidelijk geopenbaard heeft —, om zooveel mogelijk onder het maximum te blijven. Straf werd een uiterste middel, een tweesnijdend zwaard, waarbij men bijzonder lette op de scherpe kant die in den misdadiger sneed. Men richtte zijn aandacht op allerlei bijzondere belangen, en vergat wel eens het algemeen belang, dat aan de uitoefening der vergelding verbonden is, nl. handhaving van den eerbied voor de rechtsorde naast eerbiediging der persoonlijkheid van den misdadiger.

Het is kenmerkend voor het individualistische tijdperk, dat men telkens met nadruk verzekerde, den misdadiger niet *meer* straf te geven, dan noodig was. Men dacht er niet zoozeer aan, er voor te zorgen, hem ook niet *minder* straf te geven dan noodig was. Dit individualistische in de vergelding zelf blijkt nog uit een tweede opvatting. De straf moest de daad vergelden, niet den dader. De richting, die ruim een halve eeuw geleden nieuw was, keerde het juist om, maar men bleek toen zoo overtuigd, dat vergelding niet met den dader, maar met de daad te maken had, dat de toen nieuwe richting, den

dader op den voorgrond stellende, tevens de vergelding liet vallen.

De eerste inleider wees er reeds op, dat daad en dader geen tegenstelling vormen, maar correlaten zijn. 't Een is niet denkbaar zonder het ander. Het is de daad van den dader, om zijn daad wordt de dader bestraft. De tegenstelling, die men bedoelt, is veeleer die tusschen abstracte (klassieke) en concrete (moderne) beschouwing van den dader (8). Nu eischt de vergelding, dat men den dader bestraffe om zijn concrete (rechts)schuld. Schuld is vrijwillige verstoring der rechtsorde. Dezelfde daad, b.v. een diefstal met braak, kan bij den eenen dader een veel grootere storing der rechtsorde beteekenen dan bij den anderen. De inbraak van een gelegenheidsmisdadiger is voor de rechtsorde veel minder gevaarlijk dan die van een beroepsmisdadiger. Iedere inbraak van den beroepsinbreker is een versterkte uitdaging van het gezag. Zijn heele leven, gericht op misdaden, is een ondermijning der rechtsorde en tegelijk een haard, die misdadige kiemen verspreidt bij andere, vooral jongere, menschen.

Nu heeft de „objektivistische" (het woord is van Wolf) theorie der individualistische klassieke richting de vergelding teruggedrongen en verschrompeld tot een louter maatbeginsel ter bestraffing van de daad, vooral aan haar uiterlijke kant bezien, en geabstraheerd van den dader, waarmee ze toch onverbrekelijk verbonden is. Hieruit mede is de tariefopvatting ontstaan, die met de waardigheid der rechtsorde spot. De misdaad werd niet zoozeer verbonden aan de rechtsorde in haar geheel als aan bijzondere, individueele, belangen, bij beroepsmisdadigers aan de particuliere vermogens der bestolenen. Er is steeds eenig verzet geweest tegen deze verenging der vergelding, maar zoowel in de wetenschap als in de practijk van wetgeving en rechtspraak heeft deze beperkte voorstelling een beknottenden invloed uitgeoefend. De m. i. op zich zelf bedenkelijke *maatregel* der bewaring — ten onzent nog niet ingevoerd — moet den daardoor ontstanen wantoestand verhelpen.

Naast de vergelding dient voor de opvoeding of reclasseering een eigen gebied te worden gehandhaafd. Deze eigen plaats heeft de opvoeding wel vooral bij de jeugdige misdadigers. Jeugd en opvoeding hooren bij elkaar, zooals (geestes)ziekte en verpleging. Deze opvoeding, hetzij ze opvoeding in strikten zin is, nl. bij de jeugd, hetzij ze vergelijkenderwijze opvoeding genoemd wordt, nl. bij volwassenen, dient bewust gericht te zijn op een ideaal van bepaalden

(8) Vgl. mijn: De persoon des daders in het strafrecht, Utrecht 1928.

inhoud. Hier ligt de toestand voor ons land wel anders dan voor Duitschland. Wij aanvaarden eenerzijds in beginsel opvoeding met bepaalden inhoud. Wij verwerpen echter anderzijds de huidige Duitsche Gleichschaltung, die het tragische, maar werkelijke, verschil in levensbeschouwing, in gewetensvorming en godsdienst, miskent. In beginsel immers is in ons land ieder gebied, dat met opvoeding in verband staat, naar het onderscheid in levensbeschouwing verdeeld. Zoo in opvoedingsgestichten, verplegingsinrichtingen en in reclasseering. Samenwerking, waar noodig, en vorming van een nationalen esprit civic is daarbij niet uitgesloten; zij dient integendeel bevorderd te worden.

Op één punt wil ik nog wijzen. Het raakt de processueele zijde van het strafstelsel, en hoort in zooverre tot het straks te bespreken strafproces. Het betreft de verantwoordelijkheid voor de beslissingen, die omtrent de uitvoering der straffen en maatregelen dienen genomen te worden. Niet slechts het verantwoordelijkheidsbesef van de misdadigers dient versterkt te worden, maar ook dat van de ambtenaren en andere personen, die de staatstaak ten aanzien van de misdadigers helpen vervullen. Wordt deze verantwoordelijkheid niet over te veel instanties verdeeld, en daardoor het besef ervan verzwakt? Men denke aan de verhouding van directeur en College van Regenten der gevangenissen (9), en aan hun beider verhouding tot de Departements-autoriteiten. Is er hier geen gevaar, dat de verantwoordelijkheid verloren gaat in bureaucratie? En dan de onwaarschijnlijk lange weg, die afgelegd moet worden vóór de Minister eindelijk een strafgevangene voorwaardelijk in vrijheid kan stellen. Een commissie uit de Reclasseeringsraad maakt een rapport, de Reclasseeringsraad in zijn geheel geeft een advies, het College van Regenten stelt een voorstel tot verleening of een bericht tot afwijzing der voorwaardelijke invrijheidstelling op, het Openbaar Ministerie wordt gehoord. En na dat alles beslist de Minister nog niet dan na eerst het Centraal College voor de Reclasseering erover geraadpleegd te hebben. Komt hier niet — met allen eerbied gezegd — het bureaucratisch wachtwoord als vanzelf op: dek je op je voorman? Het aantal commissies, colleges en raden neemt steeds toe, en afgeschaft wordt er geen.

Het strafrecht — en dan wel vooral het strafstelsel — sociaal, het strafprocesrecht liberaal, verkondigde men vroe-

---

(9) In artt. 4, 11 en 12 van den nieuwen Gevangenismaatregel (4 Mei 1932, S. 194) is de bevoegdheid van den directeur bescheiden uitgebreid, met handhaving van zijn ondergeschiktheid aan het College van Regenten.

ger in Duitschland. Wat het strafprocesrecht in de nieuwe richting zal moeten worden, daaraan heeft men in dat land blijkbaar nog weinig aandacht besteed. Het woord van het sociale strafrecht en het liberale strafproces schijnt intusschen wel met de Nederlandsche feiten overeen te komen. Terwijl het strafstelsel steeds meer gevormd werd volgens het model der vroegere nieuwe richting, en er de toepassing der opvoedingsgedachte al deed spreken van Füsorgerecht, is ons Wetboek van Strafvordering in 1921 in hoofdlijnen opgetrokken op de grondslagen der achttiende-eeuwsche verlichting. BECCARIA zou er pleizier over hebben.

„Een goed ingericht strafproces moet zooveel mogelijk bevorderen de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen". Aldus de Memorie van Toelichting. Volkomen juist. Maar het zegt zoo weinig. Ook bij de totstandkoming der veel gesmade Ordonnantie van LODEWIJK XIV, van 1670, is uitdrukkelijk erkend, dat de onschuldige zooveel mogelijk ongemoeid gelaten moest worden (10). Het komt er slechts op aan, waar de nadruk op valt, op het straffen der schuldigen of op het ongemoeid laten der onschuldigen.

Nu zijn er voor ons huidig strafprocesrecht talrijke aanwijzingen, dat het ongemoeid laten der onschuldigen een grooten nadruk heeft. Dit blijkt vooreerst uit gevleugelde woorden, die omtrent het Wetboek de ronde doen. Beter duizend (naar gelieve wijzige men dit getal, mits het slechts belangrijk boven de één blijft) schuldigen vrij, dan één onschuldige veroordeeld. Het strafprocesrecht zou verder zijn de waarborg voor den onschuldigen burger. „De . . . ontworpen regeling geeft het beeld van een strafproces van een gematigd accusatoir karakter", zoo leest men, ten slotte, in de toelichting.

Hoe groot blijkt in deze woorden de zorg voor de individueele vrijheid! Inderdaad is veroordeeling van een onschuldige een ernstig nadeel voor de rechtsorde, vooral op de lange baan. Er mogen generaal-preventief voordeelen aan verbonden zijn, dat men iemand beschikbaar heeft gekregen om den ernst der wet aan te demonstreeren. Maar de onrechtvaardigheid van zulk een demonstratie werkt op de rechtsgenooten veel dieper en langer na dan de afschrikking. Intusschen is voor de rechtsorde ook het ongestraft laten van een schuldige een ernstig nadeel. Vooral wanneer deze straffeloosheid niet uit vrije beslissing der overheid, maar

(10) ESMEIN, Histoire de la procédure criminelle en France, 1882, bl. 243.

uit haar onmacht voortkomt. De misdadiger blijkt dan sterker dan de rechtsorde. Juist dat ondermijnt het gezag bij de rechtsgenooten en bij den schuldige zelf. In de ervaring is gebleken, dat zulk een geval een misdadigersloopbaan kan maken.

Anders wordt de zaak, als men ze van het standpunt der individueele vrijheid beziet. Dan is het eer een voordeel, dat een straf, het tweesnijdend zwaard, achterwege blijft. Dan is het eerder: hoe meer menschen vrij, hoe liever.

Is verder het strafprocesrecht inderdaad geschreven voor den onschuldigen burger? Natuurlijk komen er wel onschuldigen voor den strafrechter. Al is het aantal vrijspraken wel even natuurlijk grooter dan dat aantal onschuldigen. Maar wat is de regel? Voor het normale geval is het recht toch in de eerste plaats geschreven. Verdachte is hij, te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld voortvloeit, zegt art. 27. In den loop der procedure wordt dit vermoeden toch wel meestal sterker, over waarschijnlijkheid tot zekerheid toe. Moet men nu, zooals soms verklaard wordt, van de vooronderstelling der onschuld blijven uitgaan? Zou de omgekeerde vooronderstelling (vooral niet het vooróórdeel), dat de verdachte schuldig is, althans ter terechtzitting als algemeene regel niet beter met de werkelijkheid in overeenstemming wezen? Zijn eerlijke kans kan — en moet — men den verdachte ook dan nog geven.

Een dergelijk woord leidt tot levensvreemdheid en vormelijkheid. Dat blijkt ten slotte ook in de karakterizeering van ons strafproces als gematigd accusatoir. Tegenover deze, de meest gebruikelijke, benaming staat VAN HEYNSBERGEN's opvatting, dat ons strafproces gematigd inquisitoir is (11). Beide meeningen zijn juist. Beziet men het proces naar den vórm, dan is het accusatoir: twee partijen, waartusschen de rechter den vrede herstelt. Maar beziet men het naar het dóel, dan is het inquisitoir: de overheid, zoowel in het openbaar ministerie als in den rechter optredend, onderzoekt, of de verdachte onderdaan zich werkelijk aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt, en past dienovereenkomstig het strafrecht toe. Het is kenmerkend, dat de gebruikelijke terminologie zich aansluit aan den vorm, welke de individueele vrijheid van den verdachte moet beschermen, en niet aan het doel, dat op de handhaving der rechtsorde is gericht.

Is deze nadruk op den vorm, ook buiten de vraag van het accusatoire stelsel om, voor ons strafproces niet kenmerkend? De wetgever heeft den rechter, aan wien hij vooral in de straftoemeting steeds grooter vrijheid heeft gegeven, in het

(11) Verspreide opstellen, 1929, bl. 333—335.

Wetboek van Strafvordering aan een ontelbare hoeveelheid vormvoorschriften gebonden, op straffe van nietigheid. En de Hooge Raad vermeerdert dit aantal nog door zijn leer omtrent de substantieele vormen. Een voorzitter van een gerechtshof verklaarde mij eens, groote belangstelling te hebben voor het strafrecht. Niet voor het nietigheidsstrafrecht, voegde hij er ter verduidelijking bij, maar voor het onderzoekingswerk zelf in het strafproces.

Nietigheidsstrafrecht! De naam is voor ons strafprocesrecht niet geheel onverdiend. Men denke aan de vele vormvoorschriften, voor de einduitspraak in artt. 358 en 359 gesteld. Vormen hebben geen beteekenis in zich zelf. Zij worden gerechtvaardigd door een doel. De onverbiddelijke vormvoorschriften van de genoemde artikelen hebben veelal in de werkelijkheid geen voldoende doelmatigheid. De griffier zorge voor een nauwkeurig imprimé, en de cassatiegevaren zijn goeddeels verdwenen. Met de vormvoorschriften voor het onderzoek ter terechtzitting is het nog erger gesteld. De Hooge Raad neemt, voor de beoordeeling of deze vormen in acht genomen zijn, slechts kennis van het proces-verbaal. De griffier zorge dus ook weer een goed imprimé te bezitten, en de beslissing is meestal veilig. De vraag wordt bij deze opvatting niet meer, of de vormen werkelijk in acht genomen zijn, maar of ze in het proces-verbaal aangeteekend staan.

Zoo krijgt men vormen op papier, die niet slechts vrijwel doelloos worden, maar den strafrechter ook hinderen in de vrije uitoefening van zijn taak. De rechter wordt beladen met een juridische bureaucratie, die zelfs het gevaar meebrengt, dat het voornaamste werk op den achtergrond raakt. De waarde van een vonnis of arrest dreigt zoo beoordeeld te worden naar de wettelijke vormelijkheid, en niet naar de doelmatigheid en rechtvaardigheid. Juristerij, zegt het volk. Men probeere slechts een leek te doen begrijpen, waarom het Haagsche arrest in de moordzaak Lans werd vernietigd (12). Welk een overbodig werk, en hoeveel ongewenscht uitstel worden door die overmaat van vormvoorschriften veroorzaakt.

Individualisme en formalistisch strafprocesrecht hangen samen. Duidelijker nog blijkt de samenhang tusschen dat individualisme en de beperking van het bewijsrecht. Ons strafprocesrecht heeft practisch weinig beperkingen van de bewijsmiddelen meer over, sinds de Hooge Raad zijn bekende de-auditu-arrest gaf. In hoeverre de rechter over de feiten gebruik maakt van dit arrest, laat ik in het midden. De belangrijkste beperking is thans nog het voorschrift, dat de

(12) H. R. 5 Jan. 1931, N. J. 1931, bl. 287, W. 12246.

verklaring van een verdachte niet ten laste van medeverdachten mag strekken. U weet, wat deze op zich zelf begrijpelijke bepaling in de practijk beteekent. In plaats van een verdachteverklaring, waaraan men uitteraard weet vaak weinig waarde te kunnen hechten, krijgt men door de splitsing der zaken formeel beëedigde getuigeverklaringen. Zou men het werkelijke doel van art. 341, derde lid, niet beter bereiken, en tevens ondermijning van den eerbied voor den eed en voor den rechter kunnen voorkomen, door de bepaling te schrappen, en evenals zooveel meer de beoordeeling der waarde van verdachteverklaringen geheel aan den rechter over te laten?

Het duidelijkst spreekt het eenzijdig individualisme van het wetboek bij de rechtsmiddelen. Twee der rechtsmiddelen zijn uitsluitend ten gunste van den verdachte, nl. verzet en herziening. Het verzet geeft bovendien den verdachte een middel in de hand, om naar eigen willekeur het proces te rekken. Dat de herziening enkel uitgesloten is, als er een novum komt, dat een vrijspraak enz. waarschijnlijk in een veroordeeling zou veranderen, is even weinig vanzelfsprekend als de enkele uitsluiting der thans bestaande herziening bij een veroordeeling zou geweest zijn.

Sterker blijkt de eenzijdigheid nog bij hooger beroep en cassatie. Waarom is cassatie van een vrijspraak niet mogelijk? Naar ik vermoed, is de oorsprong hiervan gelegen in den eerbied voor de jury. Had deze beslist, dan was de zaak uit. Maar wij, die geen jury kennen, namen de bepaling toch over, alsof zoo'n wetsbepaling een verkregen recht voor den verdachte ware. De Memorie van Toelichting tot ons Wetboek noemt zelfs uitdrukkelijk de vrijspraak zelf, in het hoogste feitelijke ressort gewezen, een verkregen recht van den verdachte.

En dan vooral art. 424, samen met art. 408 wel het meest typeerend voor den individualistischen geest van het Wetboek. Het beroepscollege mag na een vrijspraak slechts bij eenstemmigheid de bewezenverklaring aannemen. En als de verdachte alleen in hooger beroep ging, is geen hoogere straf mogelijk. Geen enkele andere verklaring kan ik hiervoor vinden dan het streven om — eenzijdig — den verdachte te bevoordeelen. De Memorie van Toelichting verklaart dan ook, dat het als onbillijk wordt gevoeld (waarom?) een aan den verdachte in zijn belang (uitsluitend in zijn belang?) toegekend recht tot zijn nadeel te doen toepassen. Intusschen moet het noodeloos aanwenden van hooger beroep in kleinere zaken (in grootere geeft de voorloopige hechtenis een rem) er wel uit voortvloeien. Zou misschien een bij-overweging voor het handhaven der bepaling gehaald worden uit de vrees, dat de rechter anders ter beperking van beroepen de

straf in hooger beroep zou verhoogen? Mocht men dit argument willen gebruiken, dan zou daartegen tweeërlei kunnen aangevoerd worden. Vooreerst zou voor een poena temere litigantium zelfs nog wel plaats zijn. En verder zou men toch ook hier dienen uit te gaan van vertrouwen in den rechter, die voor elk geval afzonderlijk de straf moet kunnen opleggen, welke gewenscht is ter handhaving der rechtsorde.

Ik heb slechts eenige grepen kunnen doen uit ons Nederlandsch strafstelsel en strafproces. Onvolledig, maar misschien voldoende om te doen blijken het individualistisch karakter dat zich in beide, zij het op verschillende wijzen, te zeer openbaart. Beteekent dit, dat we moeten streven naar een autoritair en nationaal strafstelsel en proces? Ja, als men deze termen maar goed opvat, en er zich vooral niet toe laat verleiden alles dociel van Duitschland over te nemen.

Autoritair dan in dien zin, dat de straf gericht is bovenal op handhaving der rechtsorde. De individueele belangen komen dus op de tweede plaats. Daarnaast dient echter de vraag gesteld te worden, wat het doel van rechtsorde en staatsgezag is. De overheid is er niet om zich zelver wille. Ook niet louter om de staatsgemeenschap, noch zelfs om de volksgemeenschap machtig en groot te maken. Iedere gemeenschap dient ten slotte den mensch om tot volle ontwikkeling van al zijn vermogens overeenkomstig de juiste orde van waarden te komen. Staat en natie zijn noodzakelijke aanvullingen voor den mensch, maar aanvullingen blijven ze. Evenals de overheid is de Staat en de natie dienend. Het is waar, dat de mensch van nature, onafhankelijk van zijn eigen wil, gesteld is onder het staatsgezag. Maar even waar is het, dat dit gezag, gebonden aan de grenzen van zijn taak, de menschelijke persoonlijkheid moet eerbiedigen.

Nationaal verder overeenkomstig onze eigen Nederlandsche nationaliteit. We hebben ons te hoeden voor buitenlandsche, thans speciaal voor Duitsche invasie. In het verleden is het gevaar hiervoor, buiten de strafrechtswetenschap, niet groot gebleken. Ons strafstelsel heeft eer Angelsaksischen invloed ondergaan, ons strafproces berust nog hoofdzakelijk op Franschen grondslag. Of het Duitsche gevaar thans grooter is, durf ik niet te zeggen. Me dunkt, dat we er niet te bezorgd voor behoeven te zijn. Ons strafrecht heeft meer kans evenwichtig te zijn dan het Duitsche, waar men van reactie tot reactie, van exces tot exces schijnt te vliegen. Op het congres der I. K. V. te Karlsruhe in 1927 was de opvoedingsgedachte de alleen heerschende, en de practijk, b.v. in de Thüringsche gevangenis van Untermaszfeld, sloot zich daarbij aan. Thans wordt voorgesteld ongeveer een millioen minderwaardigen te

steriliseeren, en de wet — nog meer naar het schijnt de practijk — geeft reeds de gelegenheid er toe, onder rechterlijke colleges, waarin — horribile dictu — medici de meerderheid vormen (13).

Onze volksaard schijnt op evenwichtigheid te zijn aangelegd. Dat kan leiden tot halfheid en zelfgenoegzaamheid. Ik meen dat het ook kan leiden tot rechtvaardigheid. De gevoeligheid voor het rechtvaardige lijkt me in het Nederlandsche volk sterk ontwikkeld. Rechtvaardigheid is in een tijd van woeling als deze bijzonder in acht te nemen. Moge de Nederlandsche rechter er in slagen, onder leiding van een wijzen en krachtigen wetgever, thans ieder het zijne te geven, ook op het gebied, waar het om meer gaat dan op andere rechtsgebieden, nl. op het gebied van het strafrecht.

---

(13) Vgl. Gütt-Rüdin-Ruttke, Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14 Juli 1933, München 1934, en daarover Röling, W. 12740.

Het Staatsrecht der negentiende eeuw

door

Mr J. C. BAAK

Subst.-Griffier bij de Arr.-Rechtbank te Amsterdam
Membre adhérent de l'Académie Diplomatique Internationale
Oud-Directeur van de Ligue des Sociétés de la
Croix-Rouge te Parijs

Inhoud

Introductie. Het begrip van den souvereinen rechtsstaat heeft het staatsrecht der negentiende eeuw volstrekt beheerscht. Het zal onze taak in deze studie zijn, de antinomieën te onderkennen, die in dit begrip besloten liggen. Naast een critisch oogmerk hebben wij hierbij tevens het doel, de constante rechtsgoederen aan te wijzen, waarmede ook het huidige staatsrecht zal hebben rekening te houden. Deze studie is derhalve gedacht als een voorbereidend werk tot een theorie van den huidigen Staat.

Vooraf ga echter een korte analyse van het begrip der antinomie, op welk begrip onze critiek van de rationalistische en positivistische staatstheorieën is gebaseerd.

Een anti-nomie is de verhouding van twee begrippen, welke elk tot een onderling tegenstrijdige logische orde behooren, doch tevens in een relatie van logische continuïteit begrepen zijn of gebracht worden: wanneer tot eenzelfde logische orde twee begrippen worden gerekend te behooren, welke naar inhoud elkander uitsluiten, is een antinomie geboren (1).

Zoo bevat elke subjectief-immanente wereldbeschouwing de fundamenteele antinomie van eenerzijds het subject tot schepper der redewaarheden te proclameeren, anderzijds het subject aan de doorwerkende continuïteit der (mathematisch-gefundeerde) redewaarheden te onderwerpen. Waar de mathematisch-logische wereldbeschouwing in zijn continuïteitsdrang bij den mensch halt maakte, ontstond een onopgelost dualisme van natuur en geest (Descartes); waar hij echter den mensch mede wilde onderwerpen aan de postulaten der „universeele mathematica", ontstond onvermijdelijk de antinomie van (mathematisch-gefundeerd) logisch denken en van het vrije persoonlijkheidsideaal (Leibniz); en als Kant tenslotte aan beide gebieden van noodzakelijkheid en vrijheid hunne eigen plaats wilde aanwijzen, traden denkers als Fichte, Schelling

---

(1) Kant, Kritik der reinen Vernunft: Der transcendentale Dialektik, zweites Buch, zweites Hauptstück: Die Antinomie der reinen Vernunft.

L. Rougier, Les antinomies de la raison.

en HEGEL op, die, met deze grensscheiding geen vrede hebbende, in hunne leer van de identiteit van vrijheid en noodwendigheid de oude antinomie opnieuw deden herleven.

Deze herhaalde terugval in een fundamenteele antimonie wijst op een grondoorzaak. Deze kan geen andere zijn dan een verabsoluteering van het menschelijke denken (2). In het kosmisch verband heeft de subjectieve logica zeer zeker hare functie; zij kan echter, formeel van karakter als zij is, niet de materieele objectieve waarden scheppen, die den grondslag van het menschelijk leven uitmaken. Waar echter de souvereiniteit van de menschelijke rede wordt gehuldigd, dient de logica, teneinde haar de alsdan noodzakelijke functie van schepper der waarden te verleenen, telkens met eene bepaalde materieele wetenschappelijke methode te worden vereenzelvigd. Zoo putte ARISTOTELES zijn logica uit zijn biologische wetenschap en kwam aldus tot zijn teleologisch wereldbeeld; GALILEÏ ontleende zijn logica aan zijn mathematisch, HUME aan zijn psychologisch, COMTE aan zijn sociologisch wetenschapsbegrip. En niet alleen werden formeele logica en speciale wetenschappelijke methode door elk dezer denkers telkenmale vereenzelvigd, maar ook werd de aldus gekleurde logica telkenmale tot grondslag van alle wetenschappen geproclameerd. De antinomieën moesten ontstaan, doordat de logica niet binnen haar formeel (3) gebied beperkt bleef, doch, telkens met een specifieken inhoud belast, met den specifieken inhoud van de andere wetenschappen in botsing kwam: tot eenzelfde logische orde werden begrippen gerekend te behooren, welke naar inhoud elkander uitsluiten.

De diepere oorsprong van deze herhaalde identificatie kan niet anders liggen dan in het fundamenteele relativisme waarop elk subjectivistisch-immanentistisch stelsel gebouwd is. In de onmogelijkheid waarin zulk een stelsel verkeert om objectieve grondslagen aan de wetenschap te geven, en genoodzaakt op straffe van een ontbindend scepticisme, zulk een grondslag desondanks aan te nemen, wordt zij er toe gebracht, blijvende grondslagen in het tijdelijke te zoeken en aldus beurtelings een bepaalde wetenschap als de grondslag van alle

---

(2) Prof. Dr. H. DOOYEWEERD, In den strijd om een Christelijke staatkunde, passim.

(3) Het begrip „formeel" gebruiken wij steeds in Kantiaanschen zin, dus: „met abstraheering van den inhoud".

andere wetenschappen te construeeren. Zoo heeft het subjectivisme beurtelings de abstracte waarheden van de mathematica, de ervaring der menschelijke psyche enz. tot grondslag van de wetenschappen verheven, steeds met hetzelfde resultaat van de antinomie tusschen alle wetenschappen en die speciale wetenschap, die tot grondslag werd uitverkoren.

Dit relativisme is ook de diepere oorsprong van de positie, welke de mensch in alle subjectivistische, immanentistische theorieën inneemt. Het subject, hetwelk volgens definitie aan de redewet onderworpen dient te zijn, werd tevens tot schepper der redewet verklaard, waardoor de antinomie opkwam, krachtens welke de mensch tegelijk als schepper en als onderdaan der redewet werd beschouwd. Is de mensch schepper der redewet, dan is de rede in het relativisme vervallen; is de mensch onderdaan, dan heerscht de rede objectief; er leidt geen brug van de eene naar de andere beschouwingswijze, die aldus onderling in een antinomie verkeeren.

Ook de rechtswetenschap zou aan de aan elke subjectivistisch-immanentistische theorie inhaerente antinomieën niet kunnen ontkomen. Sedert de breuk met het objectieve natuurrecht zou meer en meer de subjectieve wil des menschen of (in een transpersonalistische constructie) van den Staat de bron van het recht worden. De antinomie van de *objectieve* gelding met de *subjectieve* bron van het recht was hiermede gegeven, antinomie die wij hier aan de hand der voornaamste rechtstheorieën der laatste tijden nader hopen te adstrueeren.

Een subjectief-relativistische fundeering van het recht sluit tevens de mogelijkheid uit, dat het recht als souverein wordt beschouwd. Wordt één bepaalde wetenschap verabsoluteerd en tot grondslag van de wetenschappen verklaard, dan is de mogelijkheid van een zuivere (4) rechtsleer, en daarmede de mogelijkheid van de souvereiniteit van het recht uitgesloten.

Het doorwerken van het mathematisch continuïteitsideaal moet leiden tot een mathematisch (5), dat van de psychologie tot een psychologisch (6), dat van de sociologie tot een sociolo-

---

(4) „Zuiver" niet in normlogisch-neokantiaanschen, doch in kategoriaal-modalen zin.

(5) KELSEN, alle werken;

(6) ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, Eine psychologisch-juristische Untersuchung, 1897, pag. 14 vlg.

gisch (7) gefundeerde rechtswetenschap, enz.. Ziet men daarentegen alle levensgebieden onderworpen aan hare resp. kategoriale modaliteit, dan vermag men evenzeer de rechtswetenschap aan hare eigen modaliteit, het „suum cuique" onderworpen zien (8). In hoeverre aldus de kosmische relatie met de andere levenskringen bewaard blijft, hopen wij in een andere studie aan te geven.

Wanneer deze antinomieën thans zoozeer door de wetenschap en de openbare meening worden blootgelegd (9), dan is dit ook niet in de laatste plaats sociologisch mogelijk geworden doordat de huidige wereld niet meer in diè vitale *noodzakelijkheid* verkeert om het begrip van den souvereinen Staat aan te wenden, als de wereld der 19e eeuw. De rechtsthorieën der 19e eeuw hadden een verklaring te geven van het phaenomeen „Staat", phaenomeen dat natuurlijk geenszins nieuw was, maar dat sedert de Fransche revolutie naar voren trad met een pretentie op geslotenheid van eigen (rechts)-systeem in wetgeving, administratie en rechtspraak, op volledige onderwerping van den staatsburger aan zijn voorschriften, en vooral op volstrekte onafhankelijkheid tegenover alle andere Staten.

Uit de verbijsterende overvloed van Staats(rechts) theorieën der laatste eeuwen nemen wij in dit hoofdstuk *die* theorieën ter illustratie, welke voor de later te behandelen relatie van Staat tot internationale rechtsorde van belang zijn. Het zal uit de latere analyse blijken dat juist *die* theorieën welke zich op het rationalisme baseeren of er van afgeleid zijn hiertoe het meest geëigend zijn. Wij streven dus niet naar volledigheid, maar naar een overzicht van het, voor ons doel, typische. Op die wijze meenen wij een bespreking van los van elkander staande theorieën, zonder innerlijk verband, te kunnen vermijden.

---

(7) EHRLICH, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, pag. 19: „Die Soziologie des Rechts ist die wissenschaftliche Lehre vom Rechte".

(8) ULPIANUS D I, 10, 1: „Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi".

(9) Allereerst in de „Lehre von der Rechtssouveränität" van KRABBE, en in de werken van KELSEN. Beide auteurs vervallen zelf in een serie van andere antinomieën, die wij later hopen te analyseeren.

Bodin. Op den grondslag van het oude dualisme tusschen volk en Vorst had Bodin nog een verklaring van de souvereine autoriteit *in* den Staat gegeven (10), welke autoriteit echter nog aan het natuurrecht onderworpen was.

Grotius. Bij Grotius treedt dat dualisme evenzeer naar voren (11); de verplichtingen van den Vorst tegenover het volk echter treden op den achtergrond (12). En wanneer de Vorst evenzeer aan het natuurrecht onderworpen blijft, dan is dat natuurrecht méér een uiterlijke grens, dan een inwendige maatstaf voor het positieve recht geworden (13). Dit laatste blijkt des te meer, wanneer wij er ons rekenschap van geven, dat het positieve recht bij Grotius terwille van het nut (14) is ingesteld en wel op grondslag van een contract (15) (onderwerpingsverdrag) (16). Het positieve recht heeft dus bij Grotius, in het kader van het natuurrecht, een groote speelruimte; somtijds wordt dit kader van het natuurrecht zelfs verbroken (17).

Wij constateeren hier dus een tendentie, welke met behulp van den natuurrechtelijken norm „pacta sunt servanda" een groote relatieve zelfstandigheid aan het positieve- tegenover het natuurrecht toekent. Voor Grotius is de souvereiniteit, zuiver positiefrechtelijk, de macht, wier daden niet aan een andere macht zijn onderworpen (18). Daar staat tegenover,

---

(10) „République est un droit gouvernement de plusieurs mesnages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine". Six livres de la république, 1576, I, 1.

(11) De jure belli ac pacis I, cap. III, § 7, 3.

(12) Ibid. I, cap. III, § 8, 14: „Sed nec illud universaliter verum est omne regimen eius qui regitur causa esse comparatum . . . .".

(13) T. a. p., II, cap. II, § V: „Lex enim civilis quanquam nihil potest praecipere quod ius naturae prohibet, aut prohibere quod praecipit, potest tamen libertatem naturalem circumscribere, et vetare quod naturaliter licebat".

(14) T. a. p., Prol. 17; I, cap. I, § 14, 1: „Est civitas . . . . communis utilitatis causa sociatus". Prol. 16: „Iuri autem civili occasionem dedit utilitas".

(15) T. a. p., Prol. 15: „Deinde vero cum iuris naturae sit stare pactis . . . . ab hoc ipso fonte iura civilia fluxerunt".

(16) I, cap. IX, § 9 en Ibid. § 10.

(17) III, cap. IV, § 3; I, cap. I, § X, 6.

(18) I, cap. III, § 7, 1.

dat GROTIUS het positieve recht op de sociale natuur des menschen, dus op een moreel criterium fundeert (19).

Hobbes. Een beslissende stap wordt hier door HOBBES ondernomen; bij hem treedt het natuurrecht zelfs niet meer als grens van het positieve recht op. Het contract (covenant) tusschen de voorheen geïsoleerde individuen schept het absolute recht van den Vorst. Gehoorzamen aan den absoluten wil van den Vorst is gebaseerd op het „pacta sunt servanda" (20). De wil van den Vorst is niet gelimiteerd door het natuurrecht, immers zijn macht is door de burgers ingesteld, zoodat dezen in des Vorsten macht slechts hun eigen wil tegemoet treedt (21). Ook is de iusta causa uit het „pacta sunt servanda" vervallen, hetwelk aldus tot een formalistisch principe is uitgehold (22).

Bij HOBBES heeft aldus de wil van den Vorst als rechtsbron het natuurrecht practisch geheel verdrongen. Ook is de dualiteit van Vorst en volk geheel overwonnen: *de subjectieve wil van den Vorst* creëert *het objectieve recht,* hetwelk zelf dus op zijn beurt van de zedelijkheid is geabstraheerd.

Geheel in deze nominalistische lijn wordt bij HOBBES het recht niet op objectieve normen, maar (wederom met behulp van het „covenant" en in volkomen nominalistische lijn) op het subjectieve inzicht van den Vorst gebaseerd (23).

In plaats van het natuurrecht vormt voor HOBBES de mathematica de grondslag van het recht. De opbloei der natuurwetenschappen had er toe gebracht, het mathematisch-abstracte denken als den grondslag van alle denken te beschouwen. In de 17e eeuw zat het streven voor, alle of althans

---

(19) Prol.

(20) Leviathan I, cap. XV: „. . . . But when a covenant is made, then to break it is unjust: and the definition of injustice is no other than the not-performance of covenant".

(21) Leviathan I, cap. XIV: „It is called injustice, and injury, voluntarily to undo that, which from the beginning he had voluntarily done".

(22) Leviathan I, cap. XV: „The laws of nature oblige in foro interno; that is to say, they bind to a desire they should take place", enz.

(23) Leviathan I, cap. XV: „Therefore, before the names of just, and injust can have place, there must be some coercive power . . . .".

vele levensgebieden, op voorbeeld der mathematica, uit enkele weinige a priori gevormde, abstracte waarheden te deduceeren. Het rationalisme: de aprioristische deductie van onveranderlijke immanente redewaarheden, had daarmede zijn intrede gedaan. Niet het natuurrecht, maar de mathematica, zou de verlangde algemeengeldigheid aan het recht brengen. Reeds de constructie van den individu als uitgangspunt van het staatsrechtelijke systeem, wel verre van een neutrale constructie te zijn, prejudicieert over het karakter van het wetenschappelijk stelsel. Het impliceert reeds het nominalistisch uitgangspunt, terwijl dit in zijn nadere uitwerking tevens aan de mathematische methode onderworpen wordt. Echter zouden de verschillende rationalistische stelsels, wat hun *inhoud* betreft, geheel uit elkander loopen. Hun formalistisch karakter maakt dit noodzakelijk: het abstracte uitgangspunt, nominalistisch van aard, prejudicieert in niets over een noodzakelijken inhoud.

Zoo is het ook niet te verwonderen, dat weder onderling verschillende stelsels, die alle in meerdere of mindere mate dezelfde nominalistisch-mathematische methode volgden als het bestreden stelsel van Hobbes, desniettemin tegen de leer van Hobbes in het bijzonder en tegen het absolutisme in het algemeen konden worden aangevoerd. Wij noemen o. m. als schrijvers

Pufendorf. Pufendorf, die evenzeer van den individu uitgaat; dit impliceert bij hem echter niet het „bellum omnium contra omnes" (gelijk bij Hobbes), maar een zekere individueele „zwakheid" (imbecillitas). Pufendorf roept tegenover de almacht van den Vorst wederom een dualisme in het leven: dat van Staat tegenover Vorst. Hij laat de Staatsvorming (door het „contractus socialis") aan de instelling van den Vorst ,door het „contractus subjectionis") voorafgaan (24).

Montesquieu. Montesquieu, hoewel hij zich reeds van het rationalisme begint los te maken, heeft toch in zijn leer der „Trias Palitica" een lijn doorgetrokken, die van den Schot Buchanan over Locke gaat en die den Koning aan de wet en de wet aan den wil van het Parlement onderwerpt (25). Het

(24) „De jure naturae et gentium", 1672.
(25) Locke, Essay on civil government, §§ 131, 151—152.

groote politieke motief, hetwelk aan de leer der Trias in de 18e en 19e eeuw zulk een groote actualiteit bracht, was niet alleen de verbreking van het absolutisme. Want door wetgevende en uitvoerende macht te scheiden, kon men op zichzelf wèl misbruik van wetstoepassing voorkomen, maar niet misbruik van wetgeving. De alles beheerschende gedachte, welke misbruik van wetgeving moest tegengaan, was: *de wetgeving principieel aan de „volonté générale" van de Natie en den Vorst aan de wetten te binden* (26). MONTESQUIEU staat *niet* op het standpunt van de volkssouvereiniteit. De vrijheid der burgers is bij MONTESQUIEU *doel*, niet *grondslag* der constitutie (27).

Het verlangen naar een garantie, dat de „Volonté Générale" ook inderdaad in de wetgeving zou worden uitgedrukt, zou echter de volkssouvereiniteit met de „Volonté Générale" reeds *practisch* in nader contact brengen (28).

De rechten van den mensch en burger. De Fransche leer der rechten van den mensch en burger, welker historie wij hier voorbijgaan, moest evenzeer een tegenwicht tegen het absolutisme vormen. Deze leer proclameert een nieuw materieel natuurrecht, waaraan de Staat onderworpen is. De variatie die men steeds aantreft in de practische preciseering van dit natuurrecht, doet niet af aan den principieelen grondslag (29;) ; deze variatie is veeleer een noodzakelijke vrucht van de abstracte constructie (waarover later). Door deze z.g. grondrechten wordt de vrijheid dus *materieel* verzekerd (30).

---

(26) Esprit des lois XI — 6: „. . . . .n'étant, l'un (le pouvoir législatif) que la volonté générale de l'Etat, et l'autre, que l'exécution de cette volonté générale".

(27) Ibid., XI — 3.

(28) MONTESQUIEU, De l'esprit des lois: „Comme dans un Etat libre tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même (autonomie! — auteur), il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative; mais comme cela est impossible . . . ." etc.

(29) LOCKE, On Government II, XI, § 142.

(30) Vgl. AULARD et MIRKINE-GUETZEVITCH, Les déclarations des droits de l'homme. Paris, Payot, 1929.

ROUSSEAU zou het zijn, die de „Volonté Générale" vanuit *principieel* standpunt met de volkssouvereiniteit in verbinding bracht. Bij ROUSSEAU wordt de vrijheid niet meer materieel, maar *formeel* verzekerd, en wel door de autonomie der Natie: de dualiteit van Vorst en volk is opgeheven, doordat het volk den Staat heeft gevormd, waarin de uitvoerende macht aan den Souverein (de Volonté Générale) geheel onderworpen is (31).

Men kan CARL SCHMITT volkomen gelijk geven, waar deze een scherpe scheiding trekt tusschen de leer der rechten van den mensch en burger eener- en de leer der Volonté Générale anderzijds (32), en niettemin de meening zijn toegedaan, dat beide stroomingen „stoelen op één wortel", namelijk de wortel van het rationalisme. Teneinde dit te adstrueeren, zullen wij trachten te bewijzen, dat beide uitgaan van de rationalistische antithese van het abstract geconcipieerd „algemeen" tot „bijzonder" belang, of van „algemeenen" tot ..bijzonderen" wil, hetgeen op de antinomie van objectief recht met subjectieven wil gebaseerd is.

Het extreme positivisme van HOBBES had van alle criteria van rechtvaardigheid afstand gedaan (33). Slechts was als uiterst formeel, van zijn inhoud beroofd résidu der rechtvaardigheid, het postulaat van de algemeenheid der rechtsorde overgebleven. Bij gebrek aan materieele criteria zou in elk geval deze algemeenheid een laatste garantie voor de rechtvaardigheid bieden. Het is deze algemeene rechtsorde, welke HOBBES op mathematische „algemeengeldige" wijze vervolgens tot in zijne détails deduceert. Logisch moet uit deze „algemeengeldigheid" als „toevallig" of „willekeurig" al datgene worden uitgeschakeld, wat zich niet uit de premissen laat afleiden.

Tegenover de „algemeengeldigheid" dezer objectieve rechtsorde verschijnt de individueele wil der burgers als een „bijzondere wil". Er voert geen brug van dit algemeene tot dit bijzondere: beide staan onverzoend tegenover elkander. Slechts door de sophistische leer van het „Covenant" weet HOBBES een brug te slaan: éénmaal hebben de individuen gezamenlijk de Overheid geïnvesteerd: daarom zou in de absolute macht

(31) C. S., III — 1.

(32) Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus. München und Leipzig, 1926. Evenzoo DUGUIT, t. a. p., I, pag. 422. Reeds voor DE TOCQEVILLE waren vrijheid en gelijkheid antithetische begrippen.

(33) Leviathan I, cap. XV: „Justice of actions . . . .".

van de Overheid den burgers slechts hun eigen wil tegemoet treden (34).

Zien wij echter nader toe, dan is deze constructie méér dan een sophisme: zij berust op een fundamenteele antinomie. Slechts waar men reeds bij voorbaat en principieel van allen rechtsinhoud heeft afgezien, kan men schijnbaar de abstracte almacht *formeel-logisch* uit een even abstracte vrijheid afleiden. Maar *juridisch* is deze deductie op de fundamenteele antinomie van individueele vrijheid tot almacht der Overheid gebaseerd en, voor zoover HOBBES het „Covenant" te hulp roept om het bestaan van een objectieve rechtsorde te verklaren (35), op de antinomie van autonomie der persoonlijkheid tot heerschappij van het recht.

Echter (en bij het abstracte karakter van het mathematisch-juridisch denken kan dit geenszins verwondering wekken), bleek toch de rationalistische fundeering der rechtswetenschap objectief niet die algemeengeldigheid te bezitten, die zijn grondleggers hadden gemeend er aan te moeten toekennen. Zoo construeerde de leer der individueele grondrechten, juist omgekeerd, de *abstracte individueele vrijheid* als een *algemeengeldige, onveranderlijke orde,* een postulaat hetwelk zij dan op hàar beurt mathematisch uitwerkte. Het nominalisme is bij de leer der individueele grondrechten minder *formeel* dan in de theorieën van HOBBES en ROUSSEAU; de grondrechten dienen immers tot een erkenning der *menschenwaarde.* Maar deze laatste wordt a priori geconcipieerd en zoo is deze constructie weder evenzeer abstract als andere rationalistische constructies.

Als tegenstelling tot de algemeengeldige menschenrechten treedt de Staat in de leer der grondrechten als een almachtige, willekeurige, bijzondere macht op. Consequent doorgedacht, kan de Staat hier slechts gerechtvaardigd worden als handhaver der individueele rechten (36). Anders moeten Staat en

---

(34) Vgl. blz. 267 noot 21.

(35) Het is thans wel algemeen aangenomen, dat HOBBES en ROUSSEAU resp. met hun „Covenant" en hun „Contrat social" geenszins een historisch feit, maar een theoretische verklaring van Staat en rechtsorde hebben willen geven. (Leviathan I, cap. 13; Contrat social I — 1.)

(36) „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme": Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, no. 2.

individu hier eeuwig als antagonistische machten tegenover elkander staan.

Tegenover CARL SCHMITT en DUGUIT zijn wij dus van meening, dat de leer der menschenrechten en die der „Volonté Générale", mèt hunne onderlinge antinomieën, één gemeenschappelijke wortel hebben, en wel dat zij stoelen op de ééne wortel van het rationalisme.

Rousseau. Het was aan ROUSSEAU voorbehouden deze antinomieën op de meest pregnante wijze te formuleeren. Zijn uitgangspunt in het materieele, maar abstract geconcipieerde *natuurrecht* der menschelijke vrijheid nemende (37), construeerde hij op *conventioneele* basis (namelijk door het „Contrat social") (38) de abstracte, ondeelbare en onvervreemdbare souvereiniteit van de „Volonté Générale" (39).

Bij ROUSSEAU wordt de rationalistische antithese van „algemeen" tot „bijzonder" in alle scherpte door gevoerd; dit komt speciaal tot uiting doordat ROUSSEAU sterk van identificaties gebruik maakt (b.v. van „Volonté Générale" en volkssouvereiniteit, van vrijheid en almacht); een methode die trouwens noodzakelijk is bij het mathematische natuurrecht dat zijn uitgangspunten tot enkele weinige reduceert. Tot welke flagrante antinomieën dit systeem moet leiden, zal aan de methode van het rationalisme zelf gedemonstreerd worden.

Het is geenszins een „voraussetzungsloses", geenszins een neutraal denken, wanneer ROUSSEAU op de basis van de abstracte natuurrechtelijke individueele vrijheid een rechtvaardiging voor den Staat zoekt te vinden (40). Ook hier moet onze ervaring bevestigd worden, dat het abstracte rationa-

---

(37) C. S., I — 1: „L'homme est *né* libre . . . .".

C. S., I — 6: „Trouver une forme d'association . . . . par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant".

(38) C. S., I — 1: „Ce droit (l'ordre social) ne vient pas de la nature; il est donc fondé sur des conventions".

C. S., I — 4: „Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable . . . . restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes".

(39) C. S., II — 1: „Que la souveraineté est inaliénable".

(40) C. S., I — 1: „L'homme est né libre, et partout il est dans les fers . . . . Comment ce changement s'est-il fait? Je l'ignore. Qu'est-ce qui peut *le rendre légitime*? Je crois pouvoir résoudre cette question".

lisme geenszins tot (objectief!) algemeengeldige waarheden vermag te komen. HOBBES concludeerde, volgens die methode, tot de volledige afhankelijkheid van alle onderdanen tegenover één individu, ja, rechtvaardigde die afhankelijkheid zelfs door een beroep op den autonomen wil der menschen (vgl. pag. 267 vlg.). ROUSSEAU daarentegen verwerpt, volgens dezelfde methode, elke persoonlijke afhankelijkheid met de grootste beslistheid, als met de menschelijke vrijheid volstrekt onverdragelijk (41).

Hoezeer ROUSSEAU door deze constructie het inzicht in de natuur van het recht heeft verhelderd — het is nog door KRABBE in één van diens latere werken onderstreept (42). Inderdaad is het een groote vooruitgang, wanneer het recht niet meer tot den individueelen wil van een heerscher, doch a. h. w. tot den collectieven wil der gemeenschap terug wordt gebracht. Het recht verkrijgt daardoor reeds een onafhankelijkheid tegenover den individueelen wil. Dit is hetgeen ROUSSEAU met zijn brillante paradoxen tenslotte beoogt. Hij was echter genoodzaakt, overeenkomstig den nominalistischen tijdgeest, in de abstracte individueele vrijheid zijn uitgangspunt te nemen, en kwam op die wijze tot een evenzeer abstracte almacht van de „Volonté Générale".

Wij kunnen thans bijna letterlijk herhalen, wat wij in ander verband over HOBBES hebben gezegd (pag. 267): „Bij ROUSSEAU heeft aldus de „Volonté Générale" als rechtsbron het natuurrecht practisch geheel verdrongen. Ook is de dualiteit van Vorst en volk geheel overwonnen: *de subjectieve „Volonté Générale creëert het objectieve recht"*.

(Vgl. ook onze pag. 270): „Tegenover de „algemeengeldigheid" dezer objectieve rechtsorde, verschijnt de individueele wil der burgers als een „bijzondere wil". Er voert geen brug van dit algemeene tot dit bijzondere: beide staan onverzoend tegenover elkander. Slechts door de sophistische leer van het „Contrat social" weet ROUSSEAU een brug te slaan: éénmaal hebben de individuen gezamenlijk de Souvereiniteit gecreëerd: daarom

---

(41) C. S., I — 4: „Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme . . . .".

C. S., I — 6: „Chacun se donnant à tous ne se donne à personne", en *passim*.

(42) Kritische Darstellung der Staatslehre.

zou in de absolute macht van de „Volonté Générale" den burgers slechts hun eigen wil tegemoet treden (43).

„Zien wij echter nader toe, dan is deze constructie méér dan een sophisme: zij berust op een fundamenteele antinomie . . . . *Juridisch* is deze deductie op de fundamenteele antinomie van individueele vrijheid tot almacht der (thans collectieve) Overheid gebaseerd en, voor zoover ROUSSEAU het „Contrat social" te hulp roept om het bestaan van een objectieve rechtsorde te verklaren, op de antinomie van autonomie der persoonlijkheid tot heerschappij van het recht".

Uit dezen grondslag volgen andere antinomieën. Bij ROUSSEAU is oorspronkelijk, vóór het „Contrat social", de abstracte individueele vrijheid een algemeengeldige natuurrechtelijke orde. Na het „Contrat social" verschijnt de individueele vrije wil integendeel, in volstrekte antithese tot de „Volonté Générale", als de bijzondere „volonté particulière" (44). Tevens echter blijft de individu na het „Contrat social": „aussi libre qu'auparavant" (45). Slechts doordat ROUSSEAU een abstract vrijheidsbegrip hanteert, kan hij schijnbaar ongemerkt het beginsel der algemeen(geldig)heid beurtelings in den individu en in de „Volonté Générale" gelocaliseerd beschouwen (46).

Als antithese *tegenover* de natuurrechtelijke *algemeengeldige* vrijheid plaatst ROUSSEAU van den beginne af aan de *bijzondere* persoonlijke afhankelijkheid (47). Als *eenige* tegen-

---

(43) C. S., I — 6: „cet acte d'association produit un corps moral et collectif, ... lequel reçoit de ce même acte son unité, son *moi* commun".

C. S., I — 8: „l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté".

C. S., II — 4; „Tant que les sujets ne sont soumis qu'à de telles conventions, ils n'obéissant à personne, mais seulement à leur propre volonté".

(44) C. S., II — 3.

(45) C. S., I — 6.

(46) HAROLD J. LASKI in zijn „Grammar of Politics", London, 1925, verklaart op pag. 30 over deze theorie, dat zij „seeks in the individual that real will of which, did he know all the facts, he would without doubt be the expression". Dit is de Benthamitische utilistische versie van hetzelfde rationalistische principe.

(47) C. S., I — 4.

Sprekende over het „Contrat social": „chacun se donnant à tous *ne se donne à personne*": C. S., I — 6.

wicht daartegen is voor hem de (abstract-) algemeene „Volonté Générale" denkbaar, een begrip hetwelk elk materieel criterium mist.

Hier wreekt zich bij ROUSSEAU, gelijk bij HOBBES, de afwezigheid van een *objectief natuurrecht*. De algemeenheid der Staatsrechtsorde is hier niet het logisch gevolg van een objectieve rechtsnorm; zij is de eenige, hoewel formeele, criteriumlooze mogelijkheid, om de particuliere „willekeur" te overwinnen. In plaats van de gelding der objectieve norm geeft ROUSSEAU ons de verzekering dat de „Volonté Générale" (immers als principieele tegenstelling tot de „willekeur"!, hoewel zonder materieel criterium!) „ne peut pas errer" (48).

Nog heeft echter de antithese van algemeen tot bijzonder bij ROUSSEAU haar werking niet uitgeput. Het rationalisme doet ROUSSEAU twee verschillende begrippenparen identificeeren, namelijk de principieele „algemeengeldigheid" der wetten met de empirische „algemeenheid" der burgers, zoowel als de „willekeur" met den „individueelen" wil van een onderdaan: het logische principe wordt rationalistisch met het empirische begrip geïdentificeerd.

Zoo wordt de argumentatie, dat de „Volonté Générale" niet kan dwalen, gevonden zoowel in een philosophische als in een empirische reden: resp. zij verlangt altijd naar het rechtvaardige (49) èn zij vertegenwoordigt het algemeen belang (50). Aangezien de souverein de autonome wil van het volk is, kàn hij geen aan het volk tegengesteld belang hebben (51).

Scherp is de identificatie geformuleerd in de beroemde woorden: „que la Volonté Générale pour être vraiment

---

(48) C. S., II — 3: „La volonté générale est toujours droite, et tend toujours à l'utilité publique".

(49) C. S., II — 3: „La volonté générale est toujours droite, et tend toujours à l'utilité publique".

(50) C. S., II — 4: „Ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix que l'intérêt commun qui les unit".

(51) C. S., I — 7: „Le Souverain, n'étant formé que des particuliers qui le composent, n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur . . . .".

Ibid.: „Le Souverain, par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être".

C. S., I — 8: „L'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté".

telle, ... doit partir de tous, pour s'appliquer à tous (52). Om deze reden ook *moet* de souvereiniteit bij ROUSSEAU zoowel onvervreemdbaar (53) als ondeelbaar zijn (54).

Terwijl dus eenerzijds de „Volonté Générale" een abstracte almacht bezit (55), bezit de „volonté particulière" van den individu een even abstracte vrijheid, die nu eens met de eerste wordt geïdentificeerd, dan weer er aan tegenover wordt gesteld. De Staat, hoewel aan de rede gebonden, is almachtig — de individu, hoewel aan den Staat onderworpen, is vrij. ROUSSEAU is wel de eerste politieke denker, die het enkele *woord*, losgemaakt van zijn beteekenis, in de staatswetenschap heeft ingevoerd, en die begrippen gebruikt, die niet tot verheldering van het staatkundig denken, maar tot vertroebeling daarvan leiden.

Desniettemin plaatsen wij ROUSSEAU als het ware aan den aanvang van onze studie, en wel omdat alle latere auteurs, gelijk ROUSSEAU, een verklaring hadden te geven van den souvereinen Staat en omdat zij allen hebben geworsteld met de quaestie van de relatie van de menschelijke autonomie tot de souvereiniteit van het recht (of van den Staat). Juist door hare innerlijke tegenstrijdigheden staat de leer van ROUSSEAU aan het begin van een naar inhoud zeer gevarieerde, doch innerlijk antinomische cyclus in het staatsrechtelijk denken.

Terwijl ROUSSEAU de maatschappij tot Staat deed worden, aanvaardde hij een nieuwe maatschappij, die als „Volonté de tous" zelfs aan de „Volonté Générale" werd tegenovergesteld (56). De maatschappij, als een „poussière de volontés négatives", blijft steeds een dreigend gevaar voor den Staat, waarom ROUSSEAU ook een verbod van „corps intermédiaires"

---

(52) C. S., II — 4. Vgl. ook ibid. III — 6: „La matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi".

Hiertegenover staat: „La volonté particulière tend, par sa nature, aux préférences".

(53) C. S., II — 1.

(54) C. S., II — 2.

(55) C. S., I — 7: „Il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple".

(56) ROUSSEAU, Discours de l'économie politique. (Œuvres complètes, III, Paris, 1865, pag. 281.)

voor het leven van den Staat noodzakelijk achtte (57). Wij zullen op het einde van deze studie zien, hoe de „vrije maatschappij" tot op heden toe, en wel in de anarchistische, socialistische en pluralistische theorieën, voortgaat tegenover den souvereinen Staat in oppositie te blijven: het rationalisme gaat immer voort, uit zichzelf antinomieën voort te brengen.

Hegel. HEGEL, die evenzeer als ROUSSEAU in zijn staatsconstructie bij den wil van de vrije persoonlijkheid zijn uitgangspunt neemt, en de objectieve staatsorde tot uitkomst heeft, schijnt echter niet in ROUSSEAU's antinomieën te vervallen. De oorzaak hiervan is, dat HEGEL's ideeën niet abstract (d. i. aprioristisch dogmatische constructies), maar, opgenomen als zij zijn in de ontwikkeling der rede, concreet van karakter zijn. De staatsorde is bij HEGEL dan ook niet op den subjectieven wil der personen *opgebouwd,* evenmin als deze denker tot formatie van den Staat de constructie van het „Contrat social" noodig heeft; bij hem bestaat er tusschen vrije persoon en Staat geen (constructief-) genetisch, maar een redelijk verband. De „Volonté Générale" (allgemeiner Wille) is bij hem niet tegelijk, als bij ROUSSEAU, een empirisch en een logisch begrip, doch slechts van logisch karakter.

ROUSSEAU ziet persoon en Staat als statische begrippen, terwijl beide bij HEGEL aan de evolutie der rede onderworpen zijn. Zoo schijnt HEGEL's Staat de verwezenlijking der vrijheid te zijn (58). HEGEL overwint vele eenzijdigheden van het abstracte rationalisme, eenzijdigheden, waardoor ROUSSEAU nog verplicht was het hulpmiddel van het „Contrat social" te bezigen, waardoor hij ook de scherpe critiek van HEGEL moest ondervinden (59).

---

(57) C. S., II — 3: „Il importe donc, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'Etat". (Vgl. het coalitieverbod en de Fransche wet-CHAPELIER van 1791).

(58) DUGUIT, J. J. ROUSSEAU, KANT et HEGEL, Revue du Droit Public et de la Science Politique, 1918, pag. 177 vlg.: . . . . (de) ROUSSEAU, (de) KANT et (de) HEGEL, dont les doctrines politiques, si elles ne procèdent pas à vrai directement les unes des autres, ont cela de commun, qu'elles tendent à démontrer la souveraineté sans limites de l'Etat et à la concilier avec l'autonomie de l'individu".

HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 260.

(59) T. a. p., § 257.

De eene evolutie-reeks, welke van persoon tot Staat leidt, gaat over gezin en maatschappij tot Staat (het rijk der Sittlichkeit) (60), de andere reeks ontwikkelt zich van het abstracte recht over de wereld der feitelijkheid tot de machtvolle norm, welke (volgens HEGEL) zich alleen in den Staat kan manifesteeren (61).

HEGEL heeft ook inzooverre het rationalisme overwonnen, als voor hem de Staat niet ten opzichte van andere rechtsorden exclusief is: hij accepteert persoon, gezin en maatschappij in de ontwikkelingsgang der rede.

Zien wij echter nader toe, dan blijkt de leer van HEGEL evenmin als die van ROUSSEAU „voraussetzungslos" te zijn. Wanneer zijn rede-evolutie uitgaat van het „ledige begrip", het „niets" (62), om vandaar in dialectische ontwikkeling voort te schrijden, dan heeft HEGEL in werkelijkheid reeds voor een bepaald stelsel partij gekozen, n.l. voor dat van het immanente tegenover dat van het kosmische denken. Door van het „niets" (het oneindigkleine — μη ὂν — van de differentiaal- en intergraalrekening) uit te gaan, heeft hij reeds de leer der menschelijke rede-souvereiniteit aanvaard, den objectieven kosmischen samenhang verbroken en zijn immanent denkproces een aanvang doen nemen Daar echter zijn denken tevens aanspraak op objectieve waarheid maakt, vereenzelvigt hij niet alleen immanent denken, maar zelfs een speciaal gedetermineerd denkproces met de objectieve waarheid (de laatst denkbare consequentie van het immanente stelsel!) en vervalt daardoor weder in het rationalisme, waaruit hij door zijn leer van de evolutie der ideeën scheen te ontkomen (63).

Zijn identificatie van ongelijkwaardige begrippen is een gevolg van dit rationalisme. Zijn leer der synthese na these en antithese is een permanente algemeene „oplossing" van antinomieën, die de evolutie der rede met zich brengt. Wie echter HEGEL's leer der identificatie van denkbeweging en objectieve waarheid niet aanvaardt, kan niet anders dan deze zich als synthese aandienende identificatie van ongelijkwaar-

---

(60) T. a. p., § 33.

(61) T. a. p., §§ 210, 211, 258, 331.

(62) Logik., p. 63.

(63) HEGEL, Phaenomenologie des Geistes. HEGEL tegen het rationalisme o. m. Grundlinien, §§ 200, 258.

dige begrippen, zooals b.v. die van het recht en van de macht van den Staat (64), verwerpen.

Zijn rationalisme blijkt eveneens uit de vereenzelviging van algemeen en bijzonder (65) (66). De imperatieven welke de Staat uitvaardigt worden dus a priori als aan de vrijheid der rede beantwoordend beschouwd (67). Wanneer nu HEGEL en navolgers van HEGEL een onderscheiding maken tusschen den Staat als Idee en den Staat der werkelijkheid (68), een onderscheiding die trouwens in HEGEL's leer zelf ontoelaatbaar is, dan blijkt wel, dat zelfs HEGEL's Staat niet de noodige concreetheid bezit om een „redelijke" wetgeving te verzekeren en dat men op deze wijze tot een verlegenheidsoplossing zijn toevlucht moest nemen om het abstrate rationalisme van HEGEL's staatsleer te versluieren.

Kant. De leer van KANT is een variatie op de leer van ROUSSEAU: het is waar, dat KANT in zijn „Metaphysik der Sitten" het recht niet subjectief uit den individueelen wil der menschen, doch uit de kosmische wereldorde doet geboren worden. KANT stelt aldaar wèl een dualisme van legaliteit en moraliteit op, dit dualisme is echter op het objectieve rijk der Sittlichkeit, op de „objektive intelligibele Ordnung der Willensverhältnisse" (69) gebaseerd. Eerst de Neokantianen konden deze objectieven grondslag negeeren en zelfs tot een subjectieven grondslag „umdeuten" (70). Dit neemt niet weg dat KANT later, in de „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre" zoowel zijn vroeger bereikte kèntheoretische grondslagen als ook deze objectieve basis wegwerpt en thans, gelijk gezegd, een Staatsconstructie geeft welke, gelijk die van ROUSSEAU, het subjectief natuurrecht tot uitgangspunt

(64) Grundlinien, §§ 257, 258.

(65) T. a. p., §§ 258—261; 265, 270.

(66) Wanneer wij het juist als een kenmerk van het rationalisme hebben beschouwd, dat dit het algemeene en het bijzondere streng tegenover elkander plaatste, dan volgen wij hier een anderen gedachtengang: wij meenen dat een *identificatie* van ongelijksoortige begrippen evenzeer te verwerpen is.

(67) DUGUIT, t. a. p., p. 351: „. . . . donner à l'individu l'illusion d'être libre, quand il est soumis à l'omnipotence de l'Etat".

(68) T. a. p., § 258. Zusatz.

(69) Metaphysik der Sitten.

(70) Critiek bij ERICH KAUFMAN, Kritik der neokantischen Rechtsphilosophie. Tübingen, MOHR, 1921.

neemt (71). De rationalistische grondantinomie wordt echter in vergelijk met ROUSSEAU nog versterkt, doordat KANT niet zoozeer den Staat als den formeelen grondslag voor de menschenrechten ziet, dan wel *materieel* de grondrechten der vrijheid en de daarop gebaseerde gelijkheid zelfs in den Staat proclameert — tegelijk echter de almacht zoowel der wetgevende als der uitvoerende macht aanvaardt. Subjectieve vrijheid en objectief recht bevinden zich dus in déze dubbele antinomie, dat niet alleen de objectieve rechts-(staats)orde, op de „vrijheid" gebaseerd, geen materieele garantieën voor het behoud der vrijheid geeft, maar ook dat deze orde ze niet geeft, waar KANT eerst de materieele grondrechten uitdrukkelijk geproclameerd heeft.

De wijze waarop KANT den mensch met name aan de almacht der uitvoerende macht onderwerpt (terwijl ROUSSEAU deze laatste nog streng aan de wetgevende macht, den Souverein, subordineerde) is deze, dat KANT de Trias Politica als een groepeering van onderling geheel vrije machten aanziet. Tegenover willekeurige daden der uitvoerende macht blijft den mensch geen enkele garantie. KANT's staatsleer biedt dezelfde verwarringen als die van ROUSSEAU, benevens nog vele andere.

Zij heeft voor ons echter deze beteekenis, dat KANT den Staat definieert als „die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen" (72). Deze definitie, welke een reactie beteekent tegenover de staatsleer der Aufklärung, is een belangrijke schrede voorwaarts op den weg, die zou leiden tot den triomf van de leer der rechtssouvereiniteit. In den tijd dat KANT deze definitie neerschreef, was zij echter nog met een zeer specialen inhoud belast; het recht was bij KANT slechts het individualistisch georienteerde recht: „das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann" (73). Dat de leer der rechtssouvereiniteit slechts langs dezen specialen weg tot heerschappij kon geraken — wij kunnen het uit de toenmalige tijdsomstandigheden verklaren, voor welke de heerschappij van het (individualistische) recht

---

(71) DUGUIT, J. J. ROUSSEAU, KANT et HEGEL.
(72) § 45 Teil III der Rechtslehre (das Staatsrecht).
(73) Werke, (KIRCHMANN, II, p. 194).

evenzeer een politiek postulaat was als voor de Aufklärung de heerschappij van den verlichten despoot. Aan latere tijden zou het voorbehouden zijn, de souvereiniteit van het recht als een zuiver rechtstheoretisch principe te aanvaarden.

Duitsche staatsleer der 19e eeuw. Nadat het tijdvak van ROUSSEAU tot HEGEL, in overeenstemming met één der eerste woorden uit het „Contrat social" (74), naar een rechtvaardiging van den Staat had gezocht, werd in een latere periode de Staat als gegeven aangenomen en slechts met het recht in een zekere verbinding gebracht doordat men, zonder de verkregen principieele rechtsgrondslagen prijs te geven, naar een formeele uitbouw van de Staatsorde streefde. Men aanvaardde eenige criteria van HEGEL's Staat, zonder zich speciaal op diens wijsbegeerte te baseeren (75). De Staat werd een sociaal *feit,* waaraan het recht zich aansloot (grondslag eener nieuwe antinomie). Reeds begint de door KANT geïnaugureerde tegenstelling van norm tot feit zich in de wetenschap te doen gelden.

VON MOHL, VON STEIN, GNEIST, STAHL, GERBER zijn voor het tijdvak, dat na HEGEL aanvangt, karakteristiek. STAHL zou de formule van den *rechtsstaat* scheppen en tevens bij de definitie van dat begrip bewijzen, dat de ontwikkeling van de staatsrechtsleer na HEGEL in meer formeele richting ging: „Der Staat soll *Rechtsstaat* seyn, das ist die Losung und ist „auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. „Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die „Frei-Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau „bestimmen und unverbrüchlich sichern . . . . er (der Begriff „des Rechtsstaates) bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt „des Staates, sondern nur Art und Charakter dieselben zu „verwirklichen" (76).

Het zou een eenzijdige interpretatie van deze definitie zijn,

---

(74) C. S.,I — 1: „L'homme est né libre, et partout il est dans les fers . . . . Comment ce changement s'est-il fait? Je l'ignore. *Qu'est-ce qui peut le rendre légitime?* Je crois pouvoir résoudre cette question".

(75) DUGUIT, t. a. p., I, p. 461 (sprekende over GERBER): „on y verra d'ailleurs évidente l'influence directe de HEGEL, mais de HEGEL traduit par un juriste".

(76) Staatslehre [5], p. 137: Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechts.

wilde men in haar slechts een formeele competentie-distributie vanwege den Staat zien. Integendeel berust de definitie o. i. op het eenmaal verkregen *staatsdoel*, en zou zonder dat doel niet de waarde bezitten die zij thans heeft. Niet alleen spreekt de definitie van de „Grenzen seiner (des Staates) Wirksamkeit wie die Frei-Sphäre seiner Bürger" (die dus als gegeven verondersteld worden), maar ook drukt de laatste zin geheel ondubbelzinnig de strekking der definitie uit: het gaat er bij STAHL om, het verkregen staatsdoel practisch, in detail uit te werken. De Staat is bij STAHL een compromis van de *Staatsmacht* met de materieel-individualistisch georienteerde *rechtsleer* (77).

De souvereine Staat had bij HEGEL een meer concrete beteekenis gehad, maar moest, uit diens wijsbegeerte uitgelicht, een geheel abstracte beteekenis verkrijgen. Gezien ook de principieele incomptabiliteit der twee uitgangspunten dezer latere theorieën (aprioristische norm en aprioristisch feit), behoeft het ook geen verwondering te wekken, met welk een onzekerheid beide met elkander in verbinding werden gebracht. Terwijl nog in ROUSSEAU's revolutionnaire leer door de enkele sluiting van het „Contrat social" onmiddellijk dàt régime intrad, hetwelk mèt de vrijheid de heerschappij van het recht zou verzekeren, spreekt de leer van den rechtsstaat slechts van een geleidelijke doordringing van den Staat met het recht: „der Staat *soll* Rechtsstaat seyn". Zelfs bij een geleidelijke praktische doordringing blijft het dualisme principieel bestaan.

Gegeven deze onzekerheden in de constructie, is de zienswijze zeker niet juist, dat de 19e eeuwsche wetenschap enkel eenzijdig de leer van den almachtigen Staat zou hebben gehuldigd. Misschien is die leer door enkele auteurs verdedigd. Hunne theorie was dan echter vaak een poging, om de onzekerheden van de heerschende dualistische constructie door een éénzijdige machts- en wilsinterpretatie te beëindigen (78) (79). Waren echter de auteurs aanhangers van de zuivere staatsmachtsleer geweest, dan had men de wetenschap

(77) VON SCHMID, Staatsrechtswetenschap en Sociologie. Haarlem, 1926, p. 177.

(78) LASSON, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts. Berlin, 1871.

(79) Wij laten hier geheel buiten beschouwing de „sociologische" constructies als van GUMPLOWICZ: Grundriss der Soziologie [2]. Innsbrück, 1926.

niet de antinomieën kunnen verwijten, die thans meer en meer worden geformuleerd. Het is verklaarbaar, dat KRABBE vanuit zijn leer van het rechtsbewustzijn er toe gebracht wordt, een staatsleer welke niet op het rechtsbewustzijn gebaseerd is, als zuivere machtsleer te beschouwen. Maar reeds KELSEN ziet (o. i. terecht) de zwakheden der oude leer niet in hun eenzijdig machtskarakter, maar juist in de antinomieën (speciaal de „twee-zijden theorie" van JELLINEK).

De Staat der 19e eeuw is wel macht, maar tevens essentieel met het recht verbonden. De Staat heeft inderdaad zijn subjectieve *recht* (aanvalsobject van DUGUIT!) en staat dus in eenig verband met de rechtsorde. — Het publieke recht is wel essentieel van het privaatrecht gescheiden, maar het is desniettemin recht.

Een reden. die het dualisme van feit en norm bestendigde, was hierin gelegen, dat, zoolang het recht met het individualistische recht werd geïdentificeerd, *buiten het recht* de collectieve band gevonden moest worden, die niet minder dan de individueele vrijheid voor elke samenleving noodzakelijk is. Men vond dien band in den wil van den feitelijken machts-Staat, de staatssubstantie (80).

Laband. Al naarmate in het practisch-politieke leven de (Duitsche) Staat hechter gefundeerd werd, en in het bijzonder sedert de stichting van het Duitsche Keizerrijk, abstraheerde de wetenschap den Staat steeds meer van het staatsdoel en stelde zij hem als een originaire Overheidsmacht voor. Aldus bij LABAND, wiens theorie vaak als het prototype van de leer van den feitelijken Staat-Overheid wordt gezien (81). Ook bij LABAND treffen wij echter het dualisme van Staat tot recht aan, hoewel onze auteur zich niet in theoretische uiteenzettingen omtrent beider relatie begeeft. Op het voetspoor van GERBER (82) beschouwt hij den Staat uitdrukkelijk als rechtssubject, hetwelk tevens (antinomie!) het recht schept (83). Daartegenover treedt bij hem de rechtsinhoud zeer op den

(80) Bij de romantici wordt de Staat tot Selbstzweck: AD. MÜLLER, Elemente I, p. 26, 41 vlg. 63. SCHELLING, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums. Tübingen, 1803, p. 53 vlg.

(81) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches [5]. Tübingen, 1911, I, p. 57, 65.

(82) Grundsätze des Deutschen Staatsrechts, [2], p. 219 vlg.

(83) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, [5]. Tübingen, 1911.

achtergrond: het rationalisme heeft hier uit zichzelf het positivisme voortgebracht. Een sprekend voorbeeld van de formaliseering van eenmaal materieele subjectieve rechten is de „uitholling" van de grondrechten tot in de objectieve orde berustende formeele rechten: de talrijke antinomieën die hieruit voortspruiten worden gedemonstreerd door het onoplosbare probleem der „subjektiven öffentlichen Rechte", dat bij verschillende schrijvers een andere oplossing vond: een oorspronkelijk objectieve en een oorspronkelijk subjectieve rechtsorde tot éénheid te brengen, moet tot antinomieën leiden.

Ook de leer van de scheiding der machten wordt bij LABAND zooveel mogelijk tot een leer der staatsfuncties geïnterpreteerd; echter is het materieele rechtsbegrip bij dezen schrijver niet *geheel* overwonnen: wij wijzen op zijn constructie van het formeel en materieel wetsbegrip (84). Ook de verhouding van wet tot verordening vertoont bij hem den invloed van de materieele wetsleer (85).

De rechtsorde beteekent voor LABAND de verhouding van den Staat tot zijn onderdanen en tusschen de onderdanen onderling (86): de overige taak van den Staat ligt voor hem op het gebied van de administratie.

Al ziet hij, in navolging van GERBER, als essentieel criterium van den Staat het „Herrschen kraft eigenen Rechts" (87), dan heeft hij toch inzooverre de leer van de persoonlijke Overheid overwonnen, als voor hem *principieel* niet een physieke persoon, maar de Staat zelf de Overheid is (88). Dit neemt niet weg, dat *practisch*, wat de uitvaardiging van het „wetsbevel" en de leiding der uitvoerende macht betreft, de persoon des

---

(84) T. a. p., II, p. 1 vlg.

(85) T. a. p., II, p. 177.

(86) „Die Bedeutung des Rechts", aldus LABAND, is „die durch das gesellige Zusammenleben der *Menschen* gebotenen Schranken und Grenzen der natürlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen zu bestimmen": t. a. p., II, p. 73.

(87) T. a. p., I, p. 57, 65, 68: „Herrschen ist das Recht, freien Personen . . . . Handlungen, Unterlassungen und Leistungen zu befehlen und sie zur Befolgung derselben zu zwingen".

(88) T. a. p., I, p. 61: „(die einzelnen Gliedstaaten) sind nicht einem von ihnen verschiedenen physischen Herrn, sondern einer ideellen Person, deren Substrat sie selbst sind, staatlich untergeordnet"; I, p. 94—95: „Das Subjekt der Staatsgewalt ist der Staat selbst".

Keizers bij LABAND een nagenoeg onbeperkte macht uitoefent (89).

Hoe dit zij, bij LABAND was de materieele in die mate achter de formeele rechtsbeschouwing schuil gegaan, dat een reactie moest opkomen. De belangrijkste exponent in deze reactie is zeker JELLINEK, bij welken schrijver wij, in verband met zijn belang voor ons exposé, iets langer willen stilstaan (90).

Jellinek. JELLINEK geeft in zijn „Allgemeine Staatslehre" een samenvatting van de staatsrechtswetenschap van zijn tijd. Dit werk is echter meer dan een doctrinaire samenvatting; duidelijk spreekt er de strekking uit, de Staatsmacht deels door materieele rechtsnormen, deels ook door politieke regels te limiteeren.

Naarmate het staatsrecht meer formalistisch werd georienteerd, moest men den rechtsinhoud op andere terreinen, b.v. in de historie, politiek of sociologie, verleggen. Zoo ziet JELLINEK in de sociologische beschouwing van den Staat tegenover de juridische een „noodzakelijk correctief" (91). In dezen gedachtengang verkrijgt men bij JELLINEK een dubbel dualisme: de feitelijke Staatsmacht wordt bij hem door de rechtsorde gelimiteerd, en aan Staat en recht wordt (in een anderen gedachtengang) de historie en politiek tegenovergesteld (92). Deze laatste tegenstelling beantwoordt aan de tegenstelling, welke de Zuid-west-duitsche philosophie terzelfdertijd maakte en die op haar beurt weder op de Kantiaansche antithese van norm en feit was gebaseerd, n.l. die van idiografische en nomothetische (WINDELBAND), van kultuur- en natuurwetenschappen (RICKERT) (93).

Waar JELLINEK een *historisch-sociologisch* overzicht geeft van de ontwikkeling der staatsidee, toont hij scherp aan, hoezeer de moderne Staat een na eeuwenlangen strijd bevochte synthese vormt van maatschappij en Overheid, zoowel als van individueele rechten en rechten der gemeenschap (94).

---

(89) T. a. p., passim.

(90) VON SCHMID, t. a. p., p. 184 vlg.

(91) T. a. p. [3], p. 125.

(92) T. a. p., p. 136: Das Wesen des Staates. (Doppelerkenntnis.)

(93) W. WINDELBAND, Präludien. Tübingen, 1911, Bd. II, p. 145. H. RICKERT, Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Tübingen, 1913, p. 185 vlg.

(94) T. a. p., p. 325—331.

Maar ook in zijn *juridische* constructie moet hij met deze duarlismen rekening houden. Hij baseert de rechtsorde op den Staatswil (95); maar deze Staatswil heeft zichzelf gebonden om diè rechtsorde te formuleeren en in stand te houden, in welke de gemeenschap en de individu hunne rechten bezitten (theorie van de zelfbinding) (96). JELLINEK verstrikt zich daardoor in deze antinomie, dat de staatswil op deze wijze slechts aan zichzelf gebonden is, waardoor de vraag opkomt, of de Staat zich ook zelf weder van zijn verplichting kan bevrijden (97). Deze antinomie wordt versterkt door de antinomische leer van de „normative Kraft des Faktischen" (98). Eenerzijds kan men, JELLINEK's systeem volgend, tot de definitieve binding van den Staat aan het recht concludeeren, daar onze auteur vele rechten van gemeenschap en individu als essentieele elementen van den modernen Staat voorstelt (99). Anderzijds verklaart JELLINEK uitdrukkelijk, dat de Staat boven het recht verheven en dus in laatste instantie niet gebonden is (100).

Kortom, de bekende antinomie van autonome persoonlijkheid en objectieve norm keert ook hier terug, en wel in den vorm van de antinomie van den vrije Staatspersoon en de rechtsorde.

Speciale quaesties. Intusschen had het formeele terugbrengen van alle recht op den staatswil tengevolge, dat zelfs het gewoonterecht als „staatlich zugelassenes" recht werd beschouwd (101). Eertijds was in oppositie tegen den rationalistischen almachtigen Staat der Fransche revolutie door

---

(95) T. a. p., passim.

(96) Deze theorie, ontleend aan BERGBOHM, wordt door JELLINEK verder uitgewerkt: t. a. p., p. 475—484.

(97) Deze quaestie wordt nog gecompliceerd door JELLINEK's „Anerkennungstheorie", t. a. p., p. 334, 361, 371.

(98) T. a. p., p. 337 vlg.

(99) T. a. p., p. 325—331.

(100) T. a. p., p. 366, 479. Vgl. DUGUIT, I, p. 491: „Il est d'évidence qu'il y a dans cette théorie de l'autolimitation un véritable tour de passe-passe".

(101) „Eine historische Kategorie (der positivistische Gesetzbegriff) ward für den unkritischen naiven Rechtspositivismus der Zeit unter der Hand zu einer rechtsphilosophischen allgemeingültigen Kategorie": G. A. WALZ. Zwei Grundprobleme des Völkerrechts. Archiv. für R. und W. Phil., Okt., 1928, p. 88.

de historische school de waarde van het gewoonterecht mateloos overschat, hoewel deze overschatting zich zeer wel laat verklaren. Immers het rationalistische recht der Fransche revolutie beteekende niet alleen een practische, maar voornamelijk een principieele breuk met de geschiedenis. De redelijke Staat had een zeer speciaal programma, n.l. de abstracte staatsmacht èn de abstract individualistische orde te verwezenlijken.

Daartegenover was het gewoonterecht: 1. niet van de Overheid uitgegaan, en aldus een rechtsorde tot welke men instinctief zijn toevlucht zocht tegenover de Overheidsbemoeiïng; 2. materieel een recht van sociale cohaesie, van concrete groepsvorming tegenover het abstracte individualisme; 3. „onbewust" gevormd in tegenstelling tot het rationalistisch zeer doelbewust gevormde recht; 4. een recht van continuïteit tegenover het revolutionnaire rationalisme (102).

Ervaring heeft thans wel geleerd, dat het juiste tegenwicht tegenover het rationalisme niet alleen ligt in de vlucht tot het gewoonterecht. Men taste het rationalisme in zijn kern zelf aan: zoowel de abstracte competentie van den Staat (en het daaraan aansluitende postulaat van de geslotenheid der rechtsorde), als de individualistische ordening der maatschappij, zij waren slechts tijdelijke aspecten van het „reign of law". De souvereiniteit van het recht heeft voor iedere periode der geschiedenis (relatief gesproken) een eigen inhoud, welnu: men plaatse tegenover hare rationalistische interpretatie niet de onbewuste formatie van het gewoonterecht, maar die van het rechtsbewustzijn van zijn eigen tijdperk. Dan zal tevens de waarde van het gewoonterecht voor de leer van het rechtsbewustzijn blijken. Anderzijds is het echter ook weder de leer van het gewoonterecht geweest, die de baan voor een positivistische bewerking van het recht heeft vrijgemaakt.

Het was ook teneinde deze formeele almacht van den staatswil te breken, dat GIERKE de constructie van de „realiteit" der corporaties heeft ondernomen (103). Reeds hadden

---

(102) J. J. VON SCHMID, t. a. p., p. 111 vlg.

(103) OTTO GIERKE, Das Deutsche Genossenschaftsrecht. Berlin, 1868—1913, 4 Bnde.

Id. Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung. Berlin, 1887.

v. SAVIGNY (104) en v. JHERING (105) de noodzakelijkheid ingezien om aan de corporatie een, tenminste relatief, autonoom bestaan toe te kennen. Hunne theorieën waren echter slechts varianten op de souvereiniteitsleer, want een fictie, door den Staat (vorst) gevormd, of een concessie, door den Staat verleend, kan ook vrijmachtig door hem worden teruggenomen. Daartegenover dient GIERKE's leer, om de zelfstandigheid van de corporatie tegenover den Staat te vindiceeren. Dit blijkt uit GIERKE's voorloopers: hij bouwt voort op L. v. STEIN, GNEIST en v. MOHL, die elk, met min of meer succes, die theorie hebben willen construeeren. Bij alle waardeering voor GIERKE's ondernemen, kan men niet nalaten, op de zwakheden van zijn constructie te wijzen. Bij hem wreekt zich het verwaarloozen van juridische begrippen. Tegenover de „realiteit" van den Staat, een begrip dat in zijn tijd volstrekt heerschende was, kon hij misschien toenmaals niet anders dan de „realiteit" van de corporatie plaatsen. In welke juridische onzekerheden hij zich daardoor begaf, kan men hier slechts aanduiden. De min of meer natuurrechtelijke constructie van de realiteit der corporatie, kan, in positief-juridische begrippen omgezet, moeilijk iets anders beduiden dan oorspronkelijkheid, niet-afgeleid-zijn. Hoe en door welk recht gedetermineerd dan de relatie van Staat tot corporatie dient te worden gedacht, is dan ook in het op GIERKE gebaseerde „Gesellschaftsrecht" (BERNATZIK, BEROLZHEIMER) zeer omstreden. Volgens GIERKE is mèt een bepaalde sociale orde ook tevens het eigen recht dier orde gegeven (Ubi Societas, ibi ius); de Staat zou slechts een sociale formatie van dezelfde natuur als de andere groepeeringen zijn.

GIERKE's leer heeft belang voor de latere pluralistische theorieën (106).

Wij gaan thans niet in op de schier onoverwinnelijke moeilijkheden, die in de leer van den souvereinen rechtsstaat worden bereid aan de constructie van den rechtspersoon. Hoe alle (min of meer natuurrechtelijk gefundeerde) wil- (107) of

---

(104) Fictie-theorie.

(105) Concessie-theorie.

(106) Vgl. het begin van GIERKE's trouwens zeer verwarde definitie van den bondsstaat: (Genossenschaftsrecht, p. 1128.) „Der Bundesstaat ist die Vereinigung des Bundesstaates *und* seiner Gliedstaaten zu einer organischen Gesamtheit" enz.

(107) WINDSCHEID, Pandekten [7], 1891, I, p. 875.

belangentheorieën (108), hunne combinaties (109) en variaties (110) nimmer in harmonie met het objectieve recht zijn te brengen, ja, het objectieve recht zelfs vaak uit de (subjectieve) rechtspersoon laat voortvloeien, heeft DUGUIT meesterlijk uiteengezet (111).

Ook passeeren wij zwijgend de onoplosbare problemen, die door het abstracte wetsbegrip aan de methode der „logische" wetsinterpretatie den rechter werden geboden en waardoor deze genoodzaakt was een logisch syllogisme dáár aan te nemen, waar inderdaad vrije rechtsschepping bestond (112).

Engelsche staatsleer der 19e eeuw. In Engeland heeft the analytical school van AUSTIN voor hetzelfde probleem gestaan als de Duitsche leer der staatssouvereiniteit, n.l. een verklaring voor het bestaan van den Staat te vinden. De wetsdefinitie van AUSTIN: „Law is a command by a political superior to a political inferior" kan men echter evenmin als de Duitsche constructies, en ondanks haar gebruik van het woord „political", geheel als een politieke definitie beschouwen- Op eenigerlei wijze moet toch dit „command" van den „political superior" als met bindende kracht voorzien zijn beschouwd, wil het niet als een bloot feit of als willekeur tot het domein der simpele causaliteit behooren. Maar juist des te meer dient men dan ook deze constructie als op een antinomie van norm en feit berustend te beschouwen (113).

Het is echter zeer de vraag, of het de logische tegenstrijdigheden in de leer der Staatssouvereiniteit waren, die de oorzaak van den ondergang dezer leer zijn geweest. De meeste theorieën bezitten hunne vruchtbaarheid niet tengevolge van logische correctheid, maar van een inspireerende gedachte. Integendeel kunnen zelfs tegenstrijdigheden het bewijs zijn van een exuberanten groei. De souvereine, één en ondeelbare rechtsstaat, vol innerlijke tegenstrijdigheden, was in de 19e eeuw een levensvolle eisch des tijds.

---

(108) JHERING, Geist des Römischen Rechts, IV.

(109) BEKKER, Zur Lehre vom Rechtssubjekt. Jahrbücher für die Dogmatik, XII, p. 1 vlg.

(110) MICHOUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français. 1906—1907, I, p. 99—105.

(111) T. a. p., I, p. 179—210.

(112) EUGEN EHRLICH, Die juristische Logik., 2e Aufl. 1925, MOHR, Tübingen, 337 pag.

(*Wordt vervolgd*)

Duitsch-Nederlandsche waterstaatsregelingen

door

Mr J. R. STELLINGA

Commies van Staat

Na het verschijnen van mijn verhandeling over een Duitsch-Nederlandsche waterstaatsregeling in de vorige jaargang van dit tijdschrift is mij gebleken, dat er behalve de daarin vermelde overeenkomst tusschen het Nederlandsche waterschap Nijmegen—Duitsche grens en het Duitsche Deichverband Cleve—Landesgrenze nog andere soortgelijke overeenkomsten tusschen Duitschland en Nederland zijn tot stand gekomen. Het betreft hier een viertal overeenkomsten omtrent de afwatering van grensstreken, elk gesloten tusschen een Nederlandsch en een Duitsch publiekrechtelijk lichaam. Het loont de moeite deze overeenkomsten nader te beschouwen en ze op haar juridische waarde te onderzoeken (1).

Alvorens echter daartoe over te gaan moge er in het kort aan herinnerd worden, dat mijn vorige verhandeling o. m. tot deze conclusie leidde, dat een waterstaatsbelang, hetwelk twee deelen elk van een anderen staat raakt, een belang van deze beide staten zelve en derhalve internationaal is. Er werd daartoe een vergelijking gemaakt met het Nederlandsche staatsrecht, volgens hetwelk een, twee of meer provinciën rakend, waterstaatsbelang, aangezien het de grenzen der provinciale autonomie overschrijdt, rijksbelang wordt (2). Dit bracht voorts mede, dat overeenkomsten tot regeling van dergelijke internationale belangen, voorzoover deze overeenkomsten van publiekrechtelijk karakter zijn, beheerscht

---

(1) De hier te behandelen overeenkomsten zijn, naar mij van bevoegde zijde werd medegedeeld, met de reeds vroeger door mij behandelde Geldersche overeenkomst de eenige, welke tot heden van deze soort tot stand kwamen.

(2) Zie mijn vorige verhandeling in Themis 1933, vierde stuk, en de daar aangehaalde literatuur. In dit verband kan ook nog gewezen worden op art. 135 der Gemeentewet, volgens hetwelk een gemeenschappelijke regeling tusschen twee gemeenten, evenals haar wijziging en opheffing de goedkeuring van Gedeputeerde Staten behoeft, *of indien de gemeenten in verschillende provinciën liggen, van de Kroon.*

worden door het volkenrecht, en dat daarnaar de rechtsgeldigheid van zoodanige overeenkomsten moet worden beoordeeld.

Bezien we nu onder dit licht de vier overeenkomsten, bedoeld in den aanvang dezes. Allereerst trekt dan de aandacht de op 28 April 1933 geteekende overeenkomst tusschen de gemeente Bergen in de provincie Limburg eenerzijds en de Hülmer Heide Genossenschaft te Weeze (Duitschland) anderzijds betreffende de verbetering en het onderhoud van de Horsterbeek en de Eckelsche Ley (3). Primair is de vraag, of deze overeenkomst van publiek- dan wel van privaatrechtelijk karakter is. Immers alleen in het eerste geval, is de boven herhaalde gevolgtrekking juist, dat zij door het volkenrecht wordt beheerscht.

Nu is ook deze overeenkomst weer een knooppunt (enkapsis) van verschillende rechtsstructuren (4). Eenerzijds heeft zij een enkaptische functie in het privaatrecht. Zoo wordt bijv. in § 2 uitvoerig omschreven, hoe de kosten tusschen de partijen zullen worden verdeeld. Doch naar den eigenlijken zin van haar inhoud is deze overeenkomst toch zeker publiekrechtelijk, aangezien zij de bestuurstaak der gemeente, welke uiteraard publiekrechtelijk is, raakt. Immers zij betreft de verbetering en het onderhoud van een tweetal, deels op het grondgebied der betrokken gemeente, deels op Duitsch grondgebied stroomende beken. Wel behoort het onderhouden en verbeteren van wateren voornamelijk tot de taak der waterschappen; dit neemt echter niet weg, dat ook de bestuurstaak der gemeenten zich op dit terrein uitstrekt. Zoo behoort immers volgens art. 209, sub *h*, der Gemeentewet (5) tot het dagelijksch bestuur der gemeente, aan burgemeester en wethouders opgedragen, o. m. de zorg voor de instandhouding en bruikbaarheid van bruggen, veren, wateren en vaarten. In dit verband kunnen ook nog genoemd worden de artt. 240, sub *l*, en 268 der Gemeentewet.

Hierbij moge er op gewezen worden, dat, wanneer een overeenkomst, gelijk de hier behandelde, naar den zin van haar

---

(3) Zie voor de geschiedenis van het totstandkomen van deze en de volgende overeenkomsten Jhr. Ir. C. E. W. VAN PANHUYS in het Weekblad de Ingenieur no. 38 van 1933, blz. A. 329 v.

(4) Zie wederom mijn vorige verhandeling en de daar aangehaalde literatuur.

(5) Art. 209 sub *h* der Gemeentewet luidt: „Tot het dagelijksch bestuur der gemeente, aan burgemeester en wethouders opgedragen, behoort: . . . . *h*. de zorg, zoover van hen afhangt voor de instandhouding, bruikbaarheid, vrijheid en veiligheid der publieke wegen, bruggen, veren, wateren, vaarten, straten, plantsoenen, pleinen en andere plaatsen, tot gemeenen dienst van allen bestemd;"

inhoud, als van publiekrechtelijken aard moet worden beschouwd, noch de vorm, waarin zij tot stand kwam, noch de bedoeling van partijen haar dit publiekrechtelijk karakter kunnen ontnemen. Immers, zou men zulks aanvaarden, dan beteekende dit in den grond der zaak, dat men het bestaan van het onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht ten eenenmale ontkende. Indien men toch het bestaan aanneemt van een, principieel van het privaatrecht verschillend publiekrecht, dan kan men daarnaast moeilijk aanvaarden, dat een regeling van publiekrechtelijk karakter louter door den vorm, waarin zij wordt gegoten of door de bedoeling der partijen, dit karakter weer zou kunnen verliezen.

Moet dus de hierbedoelde overeenkomst beschouwd worden als te zijn van publiekrechtelijk karakter, zoo volgt hieruit, gelijk reeds boven werd geconstateerd, dat haar rechtsgeldigheid door het volkenrecht moet worden bepaald. Nu bestaan er echter — in mijn vorige verhandeling werd daar reeds bij stil gestaan — volgens het volkenrecht geen andere rechtskracht bezittende regelingen tusschen de staten dan verdragen of regelingen van lager soort, welke op tractaten steunen. Regelingen, welke op andere wijze zijn tot stand gekomen dan volgens het internationale recht voor het sluiten van tractaten bepaald, zijn geen tractaten en missen rechtskracht.

Hoe is nu de vorm van de onderwerpelijke overeenkomst? Is zij een tractaat? Hierop kan het antwoord niet anders dan ontkennend luiden. Immers het is slechts een overeenkomst tusschen een Nederlandsche gemeente en een Duitsche Heidegenossenschaft, en niet een tusschen de beide staten zelve, op de door het internationale gewoonterecht en het nationale staatsrecht daarvoor bepaalde wijze, tot stand gekomen verdrag. Hieruit moet nu echter vanzelf volgen, dat deze overeenkomst geen rechtskracht bezit, evenmin als zulks het geval was met de tusschen het Nederlandsche waterschap Nijmegen—Duitsche grens en het Duitsche Deichverband Cleve—Landesgrenze gesloten overeenkomst (6).

Nu komt echter in de overeenkomst een bepaling voor, welke aldus luidt (§ 6):

> „Na het sluiten van deze overeenkomst tusschen de „beide partijen legt elke partij een gewaarmerkt afschrift „aan hare Regeering over, met het verzoek deze overeen„komst door notawisseling tusschen beide Regeeringen „langs diplomatieken weg te doen goedkeuren."

In verband met deze bepaling rijst nu de vraag, of de overeenkomst door deze handelwijze internationale rechts-

(6) Zie mijn vorige verhandeling.

geldigheid kan verkrijgen. Aangezien echter door een diplomatieke notawisseling geen tractaat kan tot stand komen (zie art. 58 der Grondwet), moet ook deze vraag ontkennend worden beantwoord (7).

Daarbenevens moet dan nog de vraag worden gesteld, welke beteekenis aan een dergelijke notawisseling behoort te worden toegekend. Worden nu ook de beide staten, het Duitsche Rijk en de Staat der Nederlanden, door de overeenkomst gebonden, wanneer deze notawisseling heeft plaats gehad, en zijn zij derhalve gehouden de nakoming daarvan te verzekeren? Waar boven reeds bleek, dat een bindende overeenkomst tusschen twee staten slechts in den vorm van een tractaat kan tot stand komen, kan het antwoord op deze vraag niet anders dan ontkennend zijn. Hetgeen dus niet anders kan medebrengen, dan dat de hierbedoelde notawisseling in den grond der zaak elke beteekenis mist.

In de provincie Limburg is echter nog een soortgelijke overeenkomst tot stand gekomen, n.l. de op 26 Juni 1931 tusschen de Limburgsche gemeente Arcen en Velden en het Pruisische „Straelener Veengenossenschaft" gesloten regeling betreffende de verbetering en het onderhoud der Lingsforter- of Zandhoeksche Beek en van de Straelsche Leit- (Ley-) graaf. Oorspronkelijk kwam in deze overeenkomst een slotbepaling (§ 6) voor, welke aldus luidde:

> „Na het sluiten van deze overeenkomst tusschen beide „partijen legt elke partij een gewaarmerkt afschrift „daarvan aan hare Regeering over, met het verzoek deze „overeenkomst *door een verdrag* tusschen beide Regee- „ringen langs diplomatieken weg te bekrachtigen."

Hoewel ook de hierbedoelde overeenkomst geen tractaat is en derhalve uit zichzelve rechtskracht mist, werd hier de mogelijkheid geopend, dat zij die bindende kracht alsnog verkreeg. Immers, wanneer zij bekrachtigd werd door een tusschen de Staten gesloten verdrag, dan zou deze overeenkomst alsnog den rechtsgrondslag ontvangen, dien zij volgens het volkenrecht behoeft. Uit de opneming van deze bepaling blijkt echter tevens, dat de bij de opstelling van de onderwerpelijke overeenkomst betrokken instanties dezelfde opvat-

---

(7) Art. 58, eerste en tweede lid, der Grondwet luidt: „De Koning sluit en bekrachtigt alle verdragen met vreemde Mogendheden. Tenzij de Koning zich de bevoegdheid tot het bekrachtigen van het verdrag bij de wet heeft voorbehouden, wordt een verdrag niet bekrachtigd, dan nadat het door de Staten-Generaal is goedgekeurd".

ting huldigden als boven is uiteengezet, n.l. dat overeenkomsten als de hierbedoelde van internationalen aard zijn en mitsdien op de door het volkenrecht in verband met het nationale recht bepaalde wijze moeten tot stand komen, t. w. in den vorm van een verdrag.

Helaas is het echter in het onderhavige geval niet tot het sluiten van een verdrag gekomen. Immers bij een nadere overeenkomst van 5 October 1931 zijn de partijen overeengekomen de bovenaangehaalde bepaling te wijzigen en haar als volgt te lezen:

> „Na het sluiten van deze overeenkomst tusschen beide „partijen, legt elke partij een gewaarmerkt afschrift „daarvan aan hare Regeering over, met het verzoek deze „overeenkomst langs diplomatieken weg te doen goed„keuren."

Deze bepaling komt vrijwel overeen met de boven aangehaalde bepaling van de overeenkomst tusschen de gemeenten Bergen en de Hülmer Heide Genossenschaft, doch er is verschil. Immers in de thans aan de orde zijnde bepaling ontbreken de woorden „door notawisseling". Het is niet na te gaan, of deze weglating opzettelijk is geschied. De eenige consequentie, die men er aan zou kunnen verbinden, is deze, dat bij deze overeenkomst de goedkeuring niet per se door middel van een notawisseling behoeft tot stand te komen. Naar de letter genomen, zou zelfs goedkeuring door middel van een verdrag mogelijk zijn. Dat men echter deze wijze van goedkeuring in ieder geval heeft willen uitsluiten, volgt uit het feit, dat deze bepaling juist in de plaats gekomen is van een bepaling waarin het sluiten van een verdrag werd voorgeschreven.

Wanneer men nu bedenkt, dat bij de voorbereiding van beide, tot nu toe behandelde regelingen van Nederlandsche zijde dezelfde organen betrokken zijn geweest, t. w. de Provinciale Waterstaatsdienst en het Rijksbureau voor de Ontwatering (8), dan blijkt wel, dat het niet toevallig is, dat de hier besproken bepaling na de wijziging vrijwel gelijkluidend is aan de slotbepaling van de door de gemeente Bergen gesloten overeenkomst. Men zal hieruit moeten afleiden, dat de bij deze regelingen betrokken organen aanvankelijk wel het denkbeeld van bekrachtiging door een verdrag hebben gehuldigd, doch dit later weer hebben losgelaten. In het licht van het bovenstaande kan deze verandering van zienswijze niet anders dan betreurd worden.

---

(8) Zie de bovenaangehaalde verhandeling van Jhr. Ir. C. E. W. van Panhuys.

Van eenigszins ander type zijn de twee in het Noorden des lands tot stand gekomen waterstaatsregelingen met Duitschland. In de eerste plaats moge gewezen worden op de tusschen het Nederlandsche Waterschap „Schoonebeekerdiep" in de provincie Drenthe en de Pruisische Kreis Bentheim gesloten overeenkomst tot verbetering van den loop van het Schoonebeekerdiep. Deze overeenkomst herinnert sterk aan de reeds meergenoemde regeling tusschen het waterschap Nijmegen—Duitsche grens en het Duitsche Deichverband Cleve—Landesgrenze. Immers ook in het hierbedoelde geval is het Waterschap in Nederland voornamelijk opgericht met het doel om in samenwerking met een Duitsch staatsonderdeel een bepaald werk tot stand te brengen. Immers art. 8 van het reglement van dit Waterschap (9) luidt aldus:

> „Behalve de werken vermeld in art. 7 onder letters „*A* en *B* is ten laste van het Waterschap, de verbetering „en het onderhoud van de sloot op de Rijksgrens ten „zuiden van den straatweg te Nieuw-Schoonebeek en van „het Schoonebeekerdiep met bijkomende werken volgens „eene daartoe met Duitsche autoriteiten te sluiten over„eenkomst, welke de goedkeuring van Gedeputeerde Staten „behoeft."

Op 9/14 Augustus 1929 is deze overeenkomst tot stand gekomen. Ook zij is van publiekrechtelijk karakter, om dezelfde redenen als in mijn vorige verhandeling t. a. v. de Geldersche overeenkomst is uiteengezet. De gelijkenis met deze laatstbedoelde overeenkomst gaat ook in zooverre op, dat in de hierbedoelde Drenthsche regeling elke bepaling omtrent de bekrachtiging of goedkeuring door de beide Regeeringen ontbreekt. Waar de hierbedoelde overeenkomst overigens niet steunt op een verdrag, moet ook aan haar om bovengenoemde redenen rechtskracht worden ontzegd.

Nu bestond er echter t. a. v. de hierbedoelde regeling nog eene bijzondere reden, die haar totstandkoming of bekrachtiging bij een verdrag wenschelijk had gemaakt. Volgens het grenstractaat van Hannover van 1824 vormt het zeer kronkelende Schoonebeekerdiep tevens de grens tusschen Drenthe en den Pruisischen Kreis „Graafschap Bentheim", zoodat de grens automatisch alle verwilderingen van dit stroompje heeft moeten volgen (10). Het spreekt dus vanzelf, dat, nu het Schoonebeekerdiep door de normaliseering volgens de hierbedoelde overeenkomst van 21 op 14 K.M. wordt teruggebracht,

---

(9) Te vinden in het Prov. Blad van Drenthe 1928, no. 70.

(10) Zie Jhr. Ir. C. E. W. VAN PANHUYS in zijn bovenaangehaalde verhandeling.

ook het grenstractaat op dit punt zal moeten worden herzien. Wat zou nu eenvoudiger geweest zijn dan dat men beide materies, de verbetering van den loop van het Schoonebeekerdiep en de daarmede verband houdende wijziging van het grenstractaat, bij één en hetzelfde verdrag had geregeld! Nu dit echter niet is geschied en de kwestie der normaliseering reeds bij de onderhavige overeenkomst is geregeld, heeft men het bezwaar, dat deze normaliseering voorafgegaan is aan een nieuwe grensregeling, welke niet anders dan bij tractaat kan worden tot stand gebracht. Blijkens een bericht in de dagbladen heeft dit voor den douanedienst en de grensbewaking reeds moeilijkheden opgeleverd (11).

De andere, in het Noorden tot stand gekomen, overeenkomst is die tusschen de provincie Overijssel en de Pruisische Kreis Graafschap Bentheim betreffende de regeling van den waterafvoer in het stroomgebied van de Beneden-Dinkel, welke overeenkomst op 4 Augustus 1933 te Zwolle werd geteekend. Het eigenaardige van deze overeenkomst is in de eerste plaats, dat zij door een Nederlandsche *provincie* werd aangegaan. Tot nu toe waren het steeds waterschappen en gemeenten. Bij de onderwerpelijke overeenkomst is echter de Nederlandsche partij een provincie. Hierdoor springt nog des te sterker in het oog, dat een zoodanige aangelegenheid bij een tractaat behoort te worden geregeld of althans op een tractaat behoort te steunen. Immers hier gaat zeer treffend de vergelijking met de voor het binnenland geldende stelling op, dat men, zoodra het een aangelegenheid betreft, welke meer dan één provincie raakt, niet meer te doen heeft met een provinciaal belang, doch met een rijksbelang (12).

Ook het publiekrechtelijk karakter van deze overeenkomst kan moeilijk worden ontkend. Wel heeft ook deze overeenkomst haar privaatrechtelijke zijde, doch wat den eigenlijken inhoud betreft is zij een regeling van publiekrechtelijk karakter. Immers de provincie is een tot onze staatsgemeenschap behoorend rechtsverband en heeft als zoodanig ook op het gebied van den waterstaat een publiekrechtelijke taak. Men zie o. a. de artt. 2 en 4 van de Waterstaatswet 1900 (13).

---

(11) Zie bijv. „De Standaard" en de N. R. C. (Ochtendblad) van Vrijdag 16 Februari 1934. Blijkens een later bericht in de dagbladen is deze aangelegenheid in studie genomen door een uit vertegenwoordigers van de Nederlandsche en Duitsche regeering bestaande commissie.

(12) Zie boven blz. 2 en mijn vorige verhandeling.

(13) Art. 2, eerste lid, der Waterstaatswet 1900 luidt:

„De Provinciale Staten kunnen, onder Onze goedkeuring, waterstaatswerken in beheer of onderhoud bij anderen dan het Rijk,

En van deze taak der provincie is nu de onderwerpelijke overeenkomst een uitvloeisel.

Wanneer men eenmaal het publiekrechtelijk karakter dezer overeenkomst aanvaardt, geldt ook te haren opzichte de reeds meermalen gemaakte gevolgtrekking omtrent de rechtsgeldigheid der hierbedoelde regelingen. Evenmin als van de hiervoor behandelde overeenkomsten, kan ook van de hierbedoelde worden aangenomen, dat zij rechtskracht bezit. In dit verband trekt nog de aandacht de bepaling, vervat in § 10, welke als volgt luidt:

„Na onderteekening dezer overeenkomst door de ver-
„tegenwoordigers van beide contracteerende partijen zendt
„elke partij een gewaarmerkt afschrift onverwijld aan
„hare Regeering toe, met verzoek om zoo spoedig mogelijk
„goedkeuring.

„Door de te verleenen goedkeuring van de Nederlandsche
„Regeering en door die van de Pruisische Regeering (den
„Pruisischen Minister für Landwirtschaft, Domänen und
„Forsten) wordt de overeenkomst van kracht."

Maar ook door deze bepaling kan de overeenkomst geen rechtskracht verkrijgen. Immers er ontstaat daardoor geen tractaatsverhouding tusschen de beide staten, zoodat ook aan deze overeenkomst de vereischte grondslag ontbreekt.

In het voorafgaande is de materieele inhoud der regelingen steeds buiten beschouwing gelaten. Wanneer men deze echter beziet, dan blijkt, dat hier inderdaad prachtig werk is verricht. Immers men heeft in samenwerking met Duitschland in een vijftal grensgebieden den afwateringstoestand, welke reeds sedert jaren te wenschen overliet, verbeterd en aldus de mogelijkheid geopend om tot nu toe onbruikbare gronden productief te maken (14). Des te betreurenswaardiger is m. i. dan ook, dat aan deze regeling uit juridisch oogpunt een gebrek kleeft. Nu is dit intusschen wel te verklaren. Men stond hier voor een geheel nieuwe materie, waarbij de technische kant der zaak het meest van belang was. Hierdoor schijnt

---

de beheerders gehoord, zoomede onbeheerde waterstaatswerken in het beheer en onderhoud der provincie brengen".

Het eerste lid van art. 4 dezer wet luidt:

„Belangen van waterstaat, twee of meer provinciën gemeenschappelijk aangaande, over wier regeling de Staten dier provinciën zich niet met elkander verstaan, hetzij dit betreft de noodzakelijkheid der regeling, hetzij de regeling zelve, kunnen door Ons, den Raad van State gehoord, bij een met redenen omkleed, in het Staatsblad te plaatsen, besluit, worden geregeld".

(14) Zie Jhr. Ir. C. E. W. VAN PANHUYS in zijn meergenoemde verhandeling.

evenwel de formeele zijde dezer aangelegenheid in het gedrang te zijn geraakt. Men krijgt den indruk, dat degenen, die bij het sluiten van deze overeenkomsten betrokken waren, zich daarover niet al te zeer het hoofd gebroken hebben en al hun aandacht aan de technische problemen en de kostenverdeeling hebben gewijd. Zoo heeft men zich blijkbaar niet veel bekommerd over de vraag, of de regelingen, die men aanging, van publiekrechtelijken dan wel van privaatrechtelijken aard waren. Uit het feit, dat men hier het optreden der beide staten zelve niet noodzakelijk achtte, zou kunnen worden afgeleid, dat de betrokken partijen van oordeel waren, dat door hen privaatrechtelijke contracten werden afgesloten. Daarmede zijn dan echter weer in strijd de bepalingen, welke men in sommige overeenkomsten aantreft omtrent de vereischte goedkeuring door de Regeeringen.

In dit verband moet ook gewezen worden op de groote verscheidenheid, welke men te dien aanzien in de overeenkomsten aantreft. De Drenthsche en de in mijn vorige verhandeling bedoelde Geldersche overeenkomst houden geen enkele bepaling in omtrent goedkeuring of bekrachtiging door de Regeeringen; de Overijsselsche regeling wordt volgens haar slotbepaling van kracht door de eenzijdige goedkeuringen der betrokken Regeeringen; van de twee Limburgsche regelingen vereischt de eene de goedkeuring langs diplomatieken weg door middel van notawisseling tusschen de beide Regeeringen; de andere wil deze goedkeuring eveneens langs diplomatieken weg tot stand gebracht zien zonder hierbij echter het wisselen van nota's voor te schrijven.

Wanneer men nu bedenkt, dat er slechts één vorm bestaat, waarin regelingen tusschen staten tot stand kunnen komen, t. w. de tractaatsvorm, dan kan men daarnaast toch moeilijk aannemen, dat publiekrechtelijke regelingen tusschen deelen van twee verschillende staten op drie of vier onderscheidene wijzen zouden kunnen worden aangegaan. Hier doet zich derhalve de behoefte aan regeling van hoogerhand gevoelen, hetgeen er weer op wijst, dat men hier in den grond der zaak met een Rijksbelang te doen heeft. Dit laatste blijkt overigens ook nog hieruit, dat, zooals reeds boven werd vermeld, het Rijksbureau voor de Ontwatering bij de voorbereiding dezer regelingen betrokken is geweest, terwijl het Rijk eveneens in de kosten bijdroeg. (Ontwatering en Werkverschaffing) (15).

Tenslotte rijst nog de vraag, of het gebrek, dat blijkens het bovenstaande aan de hier bedoelde overeenkomsten kleeft, n.l. het gemis aan rechtskracht, onherstelbaar is. M. i. is dit nu

(15) Zie ook hierover Jhr. Ir. C. E. W. van Panhuys t. a. p.

geenszins het geval. Immers de weg staat open om deze overeenkomsten alsnog bij een met het Duitsche Rijk te sluiten verdrag te bekrachtigen, en haar op deze wijze den rechtsgrondslag, dien zij behoeven, te verleenen. Hier ligt derhalve een taak voor de Regeering. Bovendien zouden al deze overeenkomsten bij één en hetzelfde verdrag goedgekeurd kunnen worden, nu zij immers alle met denzelfden staat, n.l. met Duitschland, werden aangegaan.

NASCHRIFT

Op mijn artikel over „Een Duitsch-Nederlandsche waterstaatsregeling" in dit tijdschrift (1933, vierde stuk) is in de eerste plaats kritiek uitgeoefend door Prof. TELDERS (W. P. N. R. 3357). Deze hooggeleerde schrijver acht vooreerst niet juist mijn praemisse, dat volgens het volkenrecht tusschen staten geen andere rechtskracht bezittende regelingen kunnen bestaan dan tractaten of op tractaten steunende regelingen van lager soort. En bovendien volgt z. i. de conclusie, dat de bedoelde waterstaatsregeling rechtskracht zou missen, niet uit genoemde praemisse, en wel omdat het hier niet een regeling tusschen staten betreft.

Wat nu het laatste punt betreft, is blijkbaar aan Prof. TELDERS, het zij in alle bescheidenheid gezegd, het eigenlijke uitgangspunt van mijn betoog ontgaan. Immers de bedoelde regeling is niet door mij als een door het volkenrecht beheerschte beschouwd, omdat zij noch uitsluitend naar Nederlandsch, noch uitsluitend naar Duitsch recht kan worden beoordeeld, zooals deze schrijver meent. Integendeel, mijn uitgangspunt werd gevormd door een vergelijking met het Nederlandsche staatsrecht, welke leidde tot de conclusie, dat men bij de meergenoemde regeling te doen heeft met een belang der beide *staten* (dus niet der beide staats*deelen*). Hieruit werd nu afgeleid, dat deze aangelegenheid door het volkenrecht wordt beheerscht.

Op het bezwaar van Prof. TELDERS tegen mijn praemisse in te gaan, zou het bestek van dit naschrift overschrijden. Mij voorbehoudende daarop nader terug te komen, moge hier met enkele opmerkingen worden volstaan. Uit het feit, dat in art. 58 der Grondwet de wijze van tot stand komen van verdragen is geregeld, moet m. i. voortvloeien, dat in ieder geval voor alle regelingen tusschen *Nederland* en andere staten die vorm behoort te worden gekozen. Ware het anders en zou men dergelijke regelingen in elken willekeurigen vorm kunnen gieten, dan zou immers genoemd gronwetsartikel van

allen zin zijn beroofd. Een uitzondering op dezen algemeenen regel vormen slechts de „andere overeenkomsten met vreemde Mogendheden", bedoeld in het 4e lid van art. 58. Hieronder kunnen echter de hier behandelde waterstaatsregelingen niet gebracht worden. Immers uit de geschiedenis van het tot stand komen van dit vierde lid kan men afleiden, dat regelingen, welke vóór de grondwetsherziening van 1922 in den verdragsvorm zijn gegoten, ook na dat tijdstip in dien vorm behooren te worden gekleed (1). Ten bewijze nu, dat waterstaatsregelingen als de hierbedoelde in den verdragsvorm plachten te worden gegoten, moge gewezen worden op de artt. 11, 14, 15, 18, 22 e. a. van het afwateringstractaat met België (Stbl. 1844, no. 11) betreffende op de grens van België en Zeeuwsch-Vlaanderen gelegen waterschappen en op eenige tractaten betreffende bij Nijmegen gelegen waterschappen (2).

In de tweede plaats heeft Mr. S. Sybenga (in het Maandblad „Waterschapsbelangen", Mei 1934), de vraag gesteld, of bij het betoog in mijn eerste artikel niet uit het oog is verloren, dat wat met de daar bedoelde waterstaatsregeling wordt beoogd, n.l. de aanleg en het onderhoud van een bemalingsinrichting, geen exclusief overheidswerk is, dat voor de verrichting van dergelijke handelingen de hoedanigheid van overheidsorgaan niet noodig is. Op grond daarvan acht hij voor een regeling als in deze overeenkomst bedoeld geen tractaat noodig. Nu moet hiertegen echter worden opgemerkt, dat de overeenkomst niet zonder meer beoogt den aanleg en het onderhoud van een bemalingsinrichting, doch ook om deze inrichting en de waterleiding het Meer zoodanig te exploiteeren, dat op het Meer aan het Schutlaken een bepaalde waterstand gehandhaafd blijft. Dit raakt nu de specifieke taak van het waterschap en waar dit een tot de staatsgemeenschap behoorend rechtsverband is, is m. i. de bedoelde regeling een publiekrechtelijke. Dit karakter alleen toe te kennen aan een overeenkomst, als daarmede de vaststelling van gemeenschappelijke verordeningen wordt beoogd, zooals Mr. S. blijkbaar wil, is m. i. geheel willekeurig.

---

(1) Zie M. v. A. aan de Eerste Kamer betreffende het IIIe Hfdst. der Staatsbegrooting 1923 en de Hand. dier Kamer 1922/23 blz. 687, geciteerd door Mr. P. J. A. François, Handboek van het Volkenrecht, eerste deel blz. 347.

(2) Zie van Eysinga, Ontwikkeling en inhoud der Ned. tractaten sedert 1813 blz. 51.

Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht.* Deel II, Zakenrecht, bewerkt door Prof. Mr. Paul Scholten. Zevende druk. — Tjeenk Willink, Zwolle, 1933.

Bij het verschijnen van de zevende editie van een boek, dat zoo algemeen gebruikt en gewaardeerd wordt als Asser-Scholten's Zakenrecht kan de recensent zich ontslagen achten van de taak een algemeene karakteristiek en beoordeeling van het te bespreken werk te geven. Ik zal mij dan ook bepalen tot een serie aanteekeningen, welke ik in de volgorde, waarin zij bij lezing van het boek ontstonden, hieronder zal publiceeren.

1. Op pag. 33 bindt Scholten den strijd aan tegen I. Kisch Hzn., die in zijn Amsterdamsche proefschrift van 1932: „Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten", de gebruikelijke definitie en tegenstelling van zakelijk en persoonlijk recht attaqueert. Ik vrees dat menig student na de lectuur van een en ander zijn begrip niet zeer verhelderd zal gevoelen.

2. Op pag. 58 handhaaft Scholten zijn leer inzake het annaal bezit tegen de critiek van Hofmann in diens Zakenrecht pag. 66.

3. Op pag. 63, waar gesproken wordt over de verandering van detentie in bezit, is het foutieve voorbeeld uit de vorige drukken blijven staan, nl. schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik. Dit is een voorbeeld van het omgekeerde, nl. van verandering van bezit in detentie.

4. Bij de behandeling van bezitsverkrijging door enkele wilsverklaring op pag. 64 is aan de vroeger reeds vermelde wijzen toegevoegd de beteekening van een overeenkomst van overdracht door den patroon aan zijn houder, zulks naar aanleiding van arrest H. R. 1 Nov. 1929, N. J. 1929, pag. 1745.

5. Op pag. 65 komt de vraag ter sprake of art. 592 B. W. in den weg staat aan iemand, die houder is voor A om zonder A's medewerking houder voor B te worden, welke vraag Scholten bevestigend beantwoordt. Op deze plaats zou vermelding van de tegengestelde leer van van Oven in N.J.B. 1926 pag. 37 en 181 op hare plaats zijn geweest. Dit punt wordt overigens door Scholten ter sprake gebracht bij de behandeling van art. 2014 op pag. 99.

6. Op pag. 75 verdedigt Scholten tegen Hofmann zijn leer,

dat art. 618 B. W. geen afzonderlijke bezitsactie geeft, doch één geheel vormt met art. 606 B. W.

7. Een bekende examenvraag luidt: Hoeveel bezitsacties zijn er? Geen wonder, dat deze vraag den candidaten moeilijkheden baart. Zij lezen nl. bij ASSER-SCHOLTEN op pag. 73: „Onze wet kent twee bezitsacties, ten eerste die tot handhaving van het bezit (art. 606), ten tweede die tot herstel bij gepleegd geweld" (art 619). Op pag. 80 v., waar de actie van art. 619 uitvoerig behandeld wordt, krijgen zij te hooren: „Zij is een gewone delictsactie en niet anders." (pag. 82). Deze tegenstrijdigheid zal aan SCHOLTEN ontgaan zijn en waarschijnlijk een gevolg zijn van het bewerken van den vroegeren tekst van ASSER. Studenten is dat echter niet zoo direct duidelijk en voor hen leidt zoo iets tot hopelooze verwarring.

8. Bij de behandeling van art. 2014 B. W. voegt SCHOLTEN een nieuw vereischte voor de toepasselijkheid van dit voorschrift toe aan de reeds vroeger door hem gestelde, nl. het vereischte, dat het bezit z.g. reëel moet zijn. Hiermede wordt bedoeld, dat alleen zij, die werkelijk de feitelijke macht over een roerende zaak verkregen hebben, door art. 2014 gelegitimeerd worden. Geen bescherming derhalve voor hem, die door middel van het constitutum possessorium het bezit verwierf. Hier komt dan de bekende autobuskwestie ter sprake, welke zich in de rechtspraak heeft voorgedaan. A draagt zijn autobus over aan B en daarna nog eens aan C, in beide gevallen met gebruikmaking van het constitutum possessorium. Is B nu eigenaar of C? SCHOLTEN kiest partij voor B. Hij argumenteert als volgt: Ten eerste zou C niet eens het bezit verkregen hebben, omdat art. 592 B. W. daaraan in den weg staat. En zoo men hierover al anders mocht denken, dan mag C toch geen beroep op art. 2014 doen, omdat zijn bezit niet reëel is. Deze laatste opvatting wordt gevolgd door VAN OVEN in N.J.B. 1926 pag. 37 en 181. De leer van VAN OVEN is m. i. op goede gronden bestreden door Mr. D. L. STAAL in N.J.B. I pag. 248. Het bestek dezer boekbespreking leent er zich niet toe een en ander nader uiteen te zetten. De geheele behandeling van art. 2014 is doorspekt met opmerkingen contra HOFMANN en tenslotte vindt men nog een speciaal verweer tegen HOFMANN's bestrijding van SCHOLTEN's legitimatie-theorie op pag. 99 v.

9. Op pag. 125 wordt nog gesproken over art. 230 Gemeentewet. Dit moet zijn art. 267. Op pag. 28 heeft de bewerker de vereischte verbetering wèl aangebracht, doch hier werd zulks verzuimd.

10. SCHOLTEN geeft in afwijking van vorige drukken een andere zienswijze ten beste inzake het z.g. Hofvijver-arrest (H. R. 7 Juni 1918, N. J. 1918 pag. 717). Thans zegt SCHOLTEN

dat de H. R. daarin niet beslist heeft, dat de eigendom van publiek domein op andere wijze overgedragen wordt dan die van privaat goed, doch slechts dat zulks naar Fransch recht niet uitgesloten was. Zie pag. 125 en 126.

11. Op pag. 127 komen artt. 13 en 14 der nieuwe Wegenwet ter sprake. De verdere behandeling heeft plaats in het hoofdstuk over erfdienstbaarheden. Waarom dit onderwerp bij de erfdienstbaarheden behandeld? Omdat SCHOLTEN er geen betere plaats voor wist? M. i. heeft het met erfdienstbaarheden niet veel uit te staan en was een aparte behandeling meer op haar plaats geweest, hetgeen met nog meer recht getuigd kan worden van het recht op eigen graf, dat SCHOLTEN eveneens in het hoofdstuk der erfdienstbaarheden bespreekt en waarvan hij nog wel uitdrukkelijk zegt, dat het veel op een erfdienstbaarheid gelijkt. Het is mij niet duidelijk in welk opzicht dit het geval is. Een heerschend erf ontbreekt immers ten eenen male! . . . . . Van het recht van openbaren weg op particulieren grond geeft SCHOLTEN deze karakteristiek: „Ik zou er een administratiefrechtelijke bevoegdheid naar het voorbeeld gevormd van het privaatrecht in willen zien".

12. Bij den mede-eigendom ontmoeten wij, evenals in de vorige editie, de onderscheiding in vrijen en gebonden mede-eigendom. Deze tweeledige indeeling komt mij minder juist voor. Ik zou haar willen vervangen door een drieledige, nl. vrije mede-eigendom, gebonden mede-eigendom en onverdeelde boedel. Deze derde categorie omvat dan de ontbonden huwelijksgemeenschap, de ontbonden maatschap en de nalatenschap. SCHOLTEN moet in zijn stelsel de nalatenschap rangschikken onder den gebonden mede-eigendom.

Dat dit niet juist is blijkt hieruit, dat SCHOLTEN als verschilpunt tusschen vrijen en gebonden mede-eigendom noemt dat bij den eersten vorm van mede-eigendom steeds scheiding mogelijk is, terwijl bij den laatste zulks pas mogelijk is na ontbinding der verhouding, waarin de deelgenooten gewikkeld zijn. Dit nu is onwaar voor een nalatenschap, daar deze volgens de artt. 1112 v. B. W. steeds dadelijk voor scheiding vatbaar is. Zie pag. 129 v.

Verschil tusschen den echten gebonden mede-eigendom en de z.g. onverdeelde boedel is, behalve in de mogelijkheid van scheiding gelegen in het feit, dat de mede-eigenaar bij een onverdeelden boedel beschikken kan over zijn aandeel in den geheelen boedel, terwijl dit bij gebonden mede-eigendom soms onmogelijk is (huwelijksgemeenschap) en soms eerst mogelijk is met toestemming der andere deelgenooten (maatschap).

Dat art. 1129 B. W. op de scheiding van vrijen mede-eigendom niet toepasselijk is, gelijk SCHOLTEN op pag. 131 leert, ben ik geheel met hem eens. SCHOLTEN zegt er echter niet ronduit

bij, dat hij de scheiding van vrijen mede-eigendom als een translatieve handeling beschouwt, wat echter m. i. uit zijn opvatting over vrijen eigendom consequent volgt en wat mij dan ook het geval lijkt.

Het heeft mij niet weinig verwonderd te dezer plaatse, evenals bij de behandeling van art. 1212 B. W., te moeten missen een bespreking van de leer, welke door Mr. J. Eggens op dit stuk verkondigd is in Schermer's Ontwerpen van notarieele akten deel IV pag. 270 v. Deze leer werd indertijd door Scholten niet alleen met instemming begroet, doch ook geheel tot de zijne gemaakt. Zie hierover W. P. N. R. 3085. Eggens leert nl. dat een aandeel in vrijen mede-eigendom met hypotheek kan worden belast zoodanig, dat een dadelijk werkend zakelijk recht ontstaat. Bij scheiding van het goed, blijft het onverdeeld aandeel ter wille der hypotheek voortbestaan. Deze leer draagt mijn volkomen instemming weg en het verheugde mij toenmaals te lezen dat ook een zoo gezaghebbend auteur als Scholten die opvatting was toegedaan. Moet ik nu uit het verzwijgen van een en ander in de zevende editie van Asser II afleiden dat Scholten op zijn vroegere meening is teruggevallen en hij de leer van Eggens weer heeft laten varen? Of is hier een ernstige omissie in het spel, welke bij de bewerking den schrijver is ontgaan? Scholten zal het groote aantal juristen dat waarde hecht aan zijn oordeel en zijne publicaties steeds met belangstelling volgt, zeker verplichten door bij gelegenheid deze onzekerheid op te heffen.

13. Bij de behandeling der artt. 655—659 B. W. mis ik het arrest van den H. R. van 16 Dec. 1927, N. J. 1928 pag. 635, waarbij werd beslist, dat een kooper van een stuk grond, die vóór het transport met toestemming van den verkooper gebouwd had, na ontbinding van den koop krachtens art. 1302 B. W. als bezitter te goeder trouw onder de bepaling van art. 659 B. W. moest worden gebracht. Tegen dit arrest werd m. i. terecht geopponeerd door Eggens in W. P. N. R. 3096. In een dergelijk geval beheerscht de contractueele verhouding der partijen alle vragen; met name zullen de artt. 1374 en 1375 hier gelden, en niet de artt. 658 en 659 B. W.

M. i. moet men bij de artt. 655 v. onderscheiden tusschen de daar gegeven regels van zakenrecht en van verbintenissenrecht. De eerste dulden geen afwijking door partijen, de tweede wèl. De vraag wie eigenaar wordt van een gebouw op andermans grond wordt uitsluitend door de wet opgelost. De vraag echter tot welke verrekening zulks aanleiding geeft tusschen grondeigenaar en bouwer wordt slechts door de wet geregeld bij gebreke van regeling door partijen.

14. Bij de levering huldigt Scholten de causule leer (pag. 151). Het door hem gebezigde argument ex art. 1051

B. W. acht ik echter niet gelukkig. Alleen in de leer, dat een legaat een persoonlijk recht geeft, gaat het op. Art. 1051 spreekt echter niet alleen over legaten, maar ook over erfstellingen. De verkrijging nu krachtens erfstelling gaat geheel om buiten de strijdvraag over causale of abstracte levering.

15. Op pag. 161 v. blijft SCHOLTEN t. a. v. de cessie en haar titel alsmede omtrent de positie van den schuldenaar tegenover een en ander, bij zijn leer, dat de schuldenaar niet alleen *mag*, maar ook *moet* betalen aan den cessionaris, als hem vanwege den oorspronkelijken schuldeischer de cessie beteekend is. En zulks ondanks de aanvallen van SCHELTEMA. In alle bescheidenheid merk ik op dat zulks ook reeds door mij bij de bespreking van arrest H. R. 14 Jan. 1927, N. J. 1927 pag. 409 in W. P. N. R. 3207 geleerd is. Onnoodig tezeggen dat de leer van SCHOLTEN mij de juiste voorkomt.

16. Op pag. 166 v. handhaaft SCHOLTEN zijn leer inzake art. 671 B. W. Zonder deze strijdvraag opnieuw aan de orde te willen stellen meende ik goed te doen in dit verband op een fout te wijzen, die m. i. op pag. 171 voorkomt. Wij lezen daar: . . . . . „en het is sinds het arrest van den H. R. van 14 Mei 1875, W. 3853 vaste jurisprudentie dat het volkomen onverschillig is of de vervreemder op het oogenblik van de overschrijving nog wel bevoegd is tot vervreemden. Zijn onder-curateele-stelling en zijn overlijden heeft in dit opzicht geen rechtsgevolg". Bij gemeld arrest is uitgemaakt dat een vóór het faillissement van den verkooper opgemaakte koopakte na dat faillissement nog geldig kan worden overgeschreven. Deze uitspraak heeft echter haar kracht verloren door de invoering van art. 35 F.w. Afgezien hiervan moet het arrest overigens toch streng worden veroordeeld. Dat SCHOLTEN bij een dergelijke uitspraak steun voor zijne opvattingen zoekt, is mij nimmer duidelijk geweest. Het door SCHOLTEB hiermede in één adem genoemde geval van onder-curateele-stelling van den verkooper alsmede dat van zijn overlijden, mogen met faillissement heelemaal niet op één lijn worden gesteld. Niemand zal betwisten, dat, als een verkooper na de onderteekening der transportakte onder curateele wordt gesteld of sterft, de akte gerust kan worden overgeschreven. Het maakt echter een groot verschil of de verkooper na die onderteekening failleert of een schuldeischer het goed in beslag neemt of een derde eenig zakelijk recht erop verwerft vóór de akte is overgeschreven. In deze gevallen ontbreekt het den verkooper op het moment der overschrijving aan beschikkingsbevoegdheid, zoodat de voltooiing der beschikking door middel van overschrijving geen gevolg meer kan hebben ten nadeele van de gezamenlijke schuldeischers, den beslaglegger of den derdeverkrijger van eenig zakelijk recht. Bij dood en curateele

verandert er niets in de beschikkingsbevoegdheid. Aan hetgeen de curandus vóór zijn curateele deed, is hij daarna gebonden, evenals de erfgenamen gebonden zijn aan hetgeen iemand voor zijn dood deed.

Het komt mij voor, dat Mr. J. Eggens in W. P. N. R. 3188 in zijn belangrijk opstel, getiteld: „Een oude vraag naar aanleiding van een nieuwe", op bevredigende wijze een verzoening tusschen de heerschende leer en die van Scholten inzake art. 671 B. W. heeft tot stand gebracht. Transportakte en overschrijving zijn beide essentieel voor de eigendomsoverdracht, zoowel voor de werking tusschen partijen als voor die t. a. v. derden. De akte is niet belangrijker dan de overschrijving en deze laatste niet van meer belang dan de eerste.

17. Op pag. 205 vinden wij een van de vorige editie afwijkende opvatting over de verhouding tusschen usucapio en praescriptio. Thans heeft Scholten zich aangesloten bij de in Frankrijk zeer verbreide meening, dat de revindicatie niet aan extinctieve verjaring onderworpen is, zoodat de eigenaar tegen een mala fide bezitter zijn actie nimmer verspeelt. Tegen een bona fide bezitter kan deze onverjaarbaarheid der revindicatie niet baten, daar deze bona fide bezitter gedekt wordt door de usucapio, welke den ouden eigenaar noodzakelijk zijn eigendomsrecht heeft doen verliezen.

18. Op pag. 368, sprekend over de vraag of art. 637 B. W. van toepassing is bij de actie ex art. 1188 B. W., noemt Scholten nog steeds „den koopman, gewoon in dergelijke zaken handel te drijven", hoewel deze koopman sinds de wet van 7 Juni 1919, S. 311 ons wetboek verlaten heeft.

19. Op pag. 405 komt het z.g. bezitlooze pandrecht te berde naar aanleiding van de arresten H. R. 25 Jan. 1929, N. J. 1929 pag. 616 en 21 Juni 1929, N. J. 1929 pag. 1096. Scholten juicht de nieuwe opvatting toe.

20. Op pag. 407 hadden de bodemerijbrieven en de assignaties geschrapt moeten worden, daar de wet die niet meer kent. Zulke, op zich zelf niet ernstige, onnauwkeurigheden werken verwarrend op den oningewijde, voor wien het boek toch in de eerste plaats bestemd is.

21. Bij de bespreking van art. 1305 al. 2 B. W. op pag. 408 had vermeld kunnen worden het arrest H. R. 9 Dec. 1926, N. J. 1927 pag. 550, waarbij de moeilijkheid, welke de uitleg van art. 1205, al. 2 oplevert, ontzeild wordt door aan den pandhouder, die geëxecuteerd heeft, een recht van compensatie voor de tweede schuld toe te staan. Tegen dit arrest keert zich m. i. terecht Mr. J. Eggens in W. P. N. R. 2999.

22. Op pag. 411 keert Scholten zich tegen het arrest van den H. R. van 8 Febr. 1929, N. J. 1929 pag. 882, die niet weten wilde van eigendom van den eersten pandgever op het effect,

dat de eerste pandhouder, na herverpanding, van den tweeden pandhouder tengevolge van aflossing zijner schuld aan dezen, terugkreeg.

Inzake prolongatie huldigt SCHOLTEN de leer, dat de pandgever eigenaar der effecten blijft totdat de pandhouder van zijn bevoegdheid tot herverpanding enz. gebruik heeft gemaakt.

23. SCHOLTEN citeert op pag. 411 bij de behandeling van het verhaalsrecht van den pandhouder wèl het arrest Hof Den Haag 9 Maart 1928, N. J. 1929 pag. 621, maar niet het arrest H. R. 17 Jan. 1929, N. J. 1929 pag. 622, dat precies hetzelfde uitmaakte. Het ging daar over de vraag of, na opeischbaarwording der schuld, pandhouder en pandgever een betalingsregeling met het pand kunnen treffen, hetgeen de H. R. bevestigend beantwoordde. SCHOLTEN oordeelt als de H. R. Vgl. hiertegen mijn artikel in N.J.B. IV pag. 388.

24. Bij de bespreking van de vraag of de pandhouder van een inschuld op naam het inningsrecht heeft, brengt SCHOLTEN op pag. 426 als argument te berde, dat de schuldenaar der verpande inschuld in de leer van den H. R., dat noch de pandgever noch de pandhouder het inningsrecht heeft, zijn schuld in het geheel niet zou kunnen voldoen. M. i. volgt dit echter niet uit de leer van den H. R., daar pandgever en pandhouder *tezamen* wel degelijk tot inning bevoegd zijn en de schuldenaar zeker gekweten is, als hij een kwitantie van beiden ontvangt. Wel kan men SCHOLTEN toegeven dat de H. R. zijn eigen rechtspraak op dit stuk verzwakt heeft door de arresten van 19 Jan. 1928, N. J. 1928 pag. 481 en 13 Jan. 1928, N. J. 1928 pag. 324, waarin resp. voor pandhouders van vorderingen aan order en aan toonder is beslist, dat hun het inningsrecht wèl toekomt. SCHOLTEN merkt op, dat de legitimatie, welke bij papier aan order en aan toonder het endossement en het houderschap den pandhouder volgens den H. R. geven, bij vorderingen op naam bereikt wordt door de kennisgeving van art. 1199 B. W.

Hiermede beëindig ik mijn reeks aanteekeningen naar aanleiding van het verschijnen van den zevenden druk van Asser-Scholten's Zakenrecht. Dat ik menige critische opmerking ten beste heb gegeven moge men vooral niet beschouwen als gemis aan waardeering voor het werk van den auteur, wiens werk en persoon inderdaad ieders waardeering verdient. Mocht de auteur ertoe overgaan bij een volgende uitgave de door mij gesignaleerde onnauwkeurigheden weg te nemen, dan zal zijn boek daardoor aanmerkelijk winnen, vooral aan bruikbaarheid voor studenten. Dat een schrijver over allerlei vraagstukken zijn eigen, vaak van de heerschende leer af-

wijkend oordeel heeft, is zijn goed recht, evenals het goed recht is van den recensent zijn meening daartegenover te stellen.

Tenslotte een vraag van practischen aard. Zou het geen aanbeveling verdienen bij een volgende uitgave aan het werk een alphabetisch register van behandelde onderwerpen toe te voegen? Ik heb de vaste overtuiging, dat de gebruikers, vooral onder de studeerenden, zulk een register met gejuich zouden begroeten.

Moge de achtste druk spoedig volgen.

Den Haag, Febr. 1934 A. R. DE BRUIJN

J. J. ROOVERS. *De plaatselijke belastingen en financiën in den loop der tijden.* Een historische schets. N. Samson N. V. Alphen aan den Rijn 1932.

De Nederlandsche belastingen, inzonderheid die vóór de Revolutie, wachten nog steeds op den wetenschappelijken bewerker harer geschiedenis. Het is waar, er bestaan daarover een aantal dikke werken b.v. die van ENGELS en SICKENGA, zwaar van détails en van, soms op zich zelf pikante, bijzonderheden, doch een beeld althans een duidelijk, juist beeld komt er nauwelijks uit naar voren.

Er zijn van die dingen — zooals de uitspraak van TEMPLE over het aantal accijnzen, dat in één maaltijd was verwerkt, het bedrag f 96.000.— aan emolumenten van één commiesgeneraal der convoyen en licenten, die het niemand waagt onvermeld te laten, doch wat heeft men daar ten slotte aan, indien het wezen van elk der belastingen zlef niet tot klaarheid wordt gebracht. Alleen dit laatste heeft op den duur beteekenis; de rest is franje, die men leest, doch die geen houvast geeft voor de beoordeeling van een vigeerend stelsel of van de vraag òf er wel een stelsel was.

En b.v. de eerste aanvang, het ontstaan van het schot (dat naar 't mij toeschijnt nog lang niet in zijn belangrijkheid is gepeild) en van de accijnzen is nog nimmer uit zijn windselen gekomen. Omtrent de convooien en licenten, de eerste algemeene belasting van de republiek der zeven vereenigde Nederlanden, is — ondanks een aantal uitstekende studiën der laatste jaren — nog lang niet alles bekend, al mag de hoop worden uitgesproken dat het vervolg van de dissertatie van Dr. J. H. KERNKAMP daarin weer meerdere klaarheid zal brengen. En zoo is er meer. Doch deze taak, die alleen na

raadpleging der authentieke bronnen — die al gemakkelijker bestudeerd kunnen worden naarmate o. a. de uitgave van 's Rijks geschiedkundige publicatiën vordert — door iemand die daaraan een zeer langdurige en diepgaande studie kan wijden is te volbrengen, eischt jarenlang onverdroten werkzaamheid.

Tot zoolang mag men echter dankbaar zijn, voor elke studie, en ook voor elke *schets*, die op dat terrein meer licht tracht te brengen, of een bepaald onderdeel ervan te zamen bindt.

Bij de beoordeeling van een schets als de onderwerpelijke, mag men niet uit het oog verliezen, dat de schrijver blijkens zijn voorwoord wil aanbieden: een overzicht in beknopten vorm, zonder diep op de zaken in te gaan, dat geen aanspraak maakt op volledigheid, terwijl voor een dieper en meer wetenschappelijk onderzoek wordt verwezen naar de bronnen.

Binnen dit kader mag men dan echter ook aan den schrijver zijn eischen stellen.

Als „voor een dieper en meer wetenschappelijk onderzoek wordt verwezen naar de bronnen" dan mag de eisch worden gesteld, dat naar de beste bronnen en die welke het meest up to date zijn, wordt verwezen. En als men geen aanspraak wil maken op volledigheid en een schets schrijft, moet men zich tot hoofdzaken bepalen, omdat détails in dit bestek slechts fragmentarisch kunnen zijn en het beeld niet kunnen verhelderen.

En nu constateer ik, dat schrijver zich wat het vóór-Revolutie tijdperk betreft, heeft beperkt tot niet altoos even betrouwbare contemporaire bronnen als Paulus Potter en Wagenaar en wat de latere over dat tijdperk handelende aangaat, alleen tot de conventioneele: Engels, Sickenga, de la Bassecour Caan. Authentieke bronnen als de R. G. P., zijn niet geraadpleegd. Nu staat wel vast, dat men voor werken van historischen aard meer houvast heeft aan gerenommeerde jongere dan aan dito oudere bronnen. De laatste toch hebben eigen meening kunnen toetsen aan die der ouderen, nieuw materiaal kunnen raadplegen en eigen, aldus verhelderde, meening daarenboven geven. Inzonderheid voor hem die niet zelf tot de bronnen teruggaat, is een keus uit de jongste geschriften gewenscht en dit blijft hier achterwege (1).

---

(1) Ik noem b.v. — kortheidshalve uitgevers en volledige titels weglatend — Avis, De directe belastingen in het sticht en Fruin, (Verspreide geschriften) over schot, bede, morgengeld, en huisgeld, Hulst, over verteringsbelastingen, Mes, over Retributiën, Becht, Kernkamp en Huysinga, over convooien en licenten en accijnzen, Mr. C. W. de Vries over het wetsontwerp 1924 op de

In een schets als deze moet verder allereerst de groote lijn duidelijk naar voren komen.

Behandelt men belastingen èn financiën in één schets, dan moeten die — wil de leekenlezer de lijn kunnen volgen — *afzonderlijk* worden behandeld, althans de indeeling in hoofden en rubrieken zoodanig zijn, dat beide onderwerpen in elk tijdvak afzonderlijk worden behandeld. Men bedenke voorts allereerst, dat er vóór de Unie van Utrecht nog maar weinig was, wat inderdaad belasting heeten mocht; de regalia waren hoofdzaak, doch daarvan is gezegd (2): „Het was belasting, maar nog vermomd, in twijfel omtrent haar recht andere vormen aannemend".

Dan kwam de Unie van Utrecht, de eerste grondslagen leggend voor een (Noord-)Nederlandsch belastingstelsel (3). *Onder* de republiek, een praktijk scheppend, die afweek van wat de Unie wilde, heeft men er naar te trachten, de onderscheiding tusschen stedelijke belastingen, *gemeene* middelen (d. w. z. middelen van het gemeene land, de graafschap, het hertogdom en *generale* middelen, (van de geheele Unie) (4) te volgen. Provinciale belastingen zijn onder de republiek niet als plaatselijke te beschouwen; de gewesten waren alleen *„bondgenooten gedurende den oorlog"*.

Wil men de ontwikkeling verder goed zien, dan heeft men bij de opvolgende grondwetten (ook de Unie van Utrecht werd later als zoodanig beschouwd) uit te gaan van het daarin omtrent belastingen bepaalde en het telkens geldend stelsel in 't kort voorop te stellen.

Om meer onoverzichtelijkheid te vermijden, dient men, zooveel maar eenigszins mogelijk is, chronologisch te werk te gaan en niet — vooral niet over verwante onderwerpen — op vroegere jaren terug te treden.

Bij elk dezer punten zijn er, nu hier dan daar, opmerkingen te maken, doch het zou te veel ruimte nemen, indien ik daarvan voorbeelden gaf.

---

forensenbelasting, Dr. C. v. d. Berg en Revers over de wet herziening Financieele verhouding en Dr. C. v. d. Berg over de *werking* dier wet.

Voorts zijn van oudere bronnen nog de vermelding waard Cort van der Linden (p. 560—586. De Gemeente-belastingen) Bok, Sprenger van Eijk (Rijks en Gem.bel.) een aantal brochures van den toenmaligen Directeur van Gem. Financiën te Amsterdam Raedt, en enkele andere hierna genoemd.

(2) Rochussen „De Theorie der Inkomstenbelasting".

(3) Men zie mijn studie: W. D. I. A. 2953 vlg.

(4) Men zie mijn studie: Het particularisme van Zeeland en de convoyen en Licenten, Archief Zeeuwsch Genootschap der wetenschappen.

In een schets als deze mag men niet over woorden vallen. Wilde men dit, dan zou men herhaaldelijk op uitdrukkingen stuiten die de juiste positie slechts onvolkomen benaderen.

Een enkele minder algemeene opmerking moge ik ten slotte laten volgen.

Over „les moyens Generaulx" van 1576 (R. G. P. I, p. 512) wordt niet gerept. JAPIKSE acht dit plan zeer belangrijk!

„Het stelsel der accijnzen", staat er op p. 21 werd te kwader ure in de steden ingevoerd — hoe kwaad moet dan de huidige ure, waarin alles accijns is wat de klok slaat, zij het dan niet alleen in de steden, den auteur wel schijnen!

Het plakkaat van 1725 (vgl. p. 29) heeft zeer goed gewerkt (5).

Op p. 41 wordt wel gerept van den „impost op onderscheidene buitenlandsche producten", een soort beschermend recht, maar van de *eigenlijke* invoerrechten volgens het plakkaat van 1725 wordt niet meer gerept. Pag. 52. Ook de imposten van GOGEL van 1805 en 1806 herleefden. Pag. 58, regel 12 v. b. *geheel oorspronkelijk* werk werd op wetgevend werk wel nimmer geleverd; nergens breekt absoluut de draad der geschiedenis. Bovendien is bekend, dat op THORBECKE's werk de Belgische wetgeving grooten invloed had. Van het Belastingstelsel van 1819 wordt niet gerept. Pag. 59. Ook het collectief zegel, (opcenten op alle accijnzen) werd weer opgenomen; accijns op turf en steenkool verviel. Pag. 63. Wat de scherpe beteekenis is van de woorden „de heffing bij het gebruik der artikelen, inherent aan gemeentelijke accijnzen" is mij niet duidelijk. (Ik mag wel de aandacht vestigen op het geheel ander karakter der Fransche accijnzen (6), geheven bij de bron, dan van de oud-Hollandsche).

P. 74, regel 16—12 v. o. Dit „algemeen belang" kan bijv. zijn: geleidelijk de obstacles weg nemen om te gelegener tijd tot een betere regeling te geraken (vgl. rooilijngeboden voor toekomstige verbreeding van een straat).

Een tweetal punten is voor de laatste decennia van het grootste belang t. a. v. de plaatselijke belastingen èn financiën te weten: 1°. *De overheidsbedrijven en de winsten daaruit* (in hoeverre zijn zij belasting, in hoeverre kunnen zij gelden als een aequivalent voor het verbod van het heffen van accijnzen) (7).

---

(5) Men vergelijke mijn hiervoren genoemde studie over de convooien en licenten.

(6) Zie mijn studie „Over Accijnzen".

(7) Zie hierover „Over Accijnzen", laatste hoofdstuk en WIBAUT, Praeadvies Ned. Gemeenten 1927 en de Gemeente, 18 jg.

Het punt wordt nauwelijks vermeld en in het geheel niet in zijn wezen besproken. Mag men niet zeggen, dat de gemeenten, inzonderheid de groote, in haar mogelijkheden tot het maken van winst uit de overheidsbedrijven alreeds aequivalent hebben ontvangen voor het verbod van accijnsheffing?

2°. Zal, zoo vraagt de auteur, de oplossing van de Wet Financieele verhouding Bevredigend en Duurzaam zijn?

Duurzaam zeer zeker niet; duurzaam is er ook op belastinggebied niets; zooals men steeds weer terugkeert op allerlei naar 't scheen voor goed verlaten wegen, zoo zullen we ook eens weer terug krijgen de oude forensenbelasting, wellicht de gemeentelijke inkomstenbeslasting, en wat misschien nog meer.

Bevredigend? Ja, zegt de schrijver, maar dan bedoelt hij voor de *gemeenten.*

Voor het *Rijk* is de wet één der grootste misrekeningen geweest. De voor vijf jaar gefixeerde uitkeeringen voor de gemeenten waren gebaseerd op de *opbrengst* der inkomstenbelasting in het verleden. Dat is noodlottig geworden voor den staat van 's Rijks financiën in de neergaande conjunctuur dierzelfder jaren; de Staat ontving veel minder, doch had *dezelfde* uitkeeringen aan de gemeenten te doen als voorheen! En nu mag men het gelukkig achten, dat aldus en daardoor de gemeenten zich in de crisis nog betrekkelijk zoo goed hebben weten te redden en mag men wellicht nog aanvoeren, dat men *zonder* deze regeling toch allerlei noodmaatregelen voor de gemeenten had moeten treffen. Daartegenover staat, dat terwijl het Rijk reeds in volle versobering was, vele gemeenten nog zoodanig over contanten *uit* 's Rijks schatkist konden beschikken, dat zij voort konden gaan op den ouden voet, een voet die in tal van gemeenten veel grooter was dan die van het Rijk zelve.

Was de crisis gevallen tijdens de *oude* regeling, dan hadden ook de gemeenten direct, en elk jaar meer, het kenteren en kantelen der tijden gevoeld, hadden zij allengs haar begrooting daarnaar moeten inrichten en had er veel van wat nu als pijnlijke maatregel van boven af in eens moet worden opgelegd, achterwege kunnen blijven.

Voor *normale* tijden, gezien in de normale of voorspoedige tijden van haar ontstaan, gaf de Wet Financieele verhouding rijke beloften; voor den crisistijd heeft zij gefaald.

Ik moet eindigen; ik hoop inzonderheid, dat men uit het vorenstaande heeft kunnen zien, dat in de schets van den heer Roovers tal van belangwekkende onderwerpen worden aangeroerd.

Er is veel aan *ge*werkt en veel in *ver*werkt; wat de *laatste* eeuw betreft zijn ook oorspronkelijk Amsterdamsche stadhuisbronnen benut; een onderdeel der geschiedenis van belastingen en financiën is samengevat tot een geheel.

Ik heb haar met genoegen gelezen en menige aandachtsstreep bevindt zich nog in mijn exemplaar; van mijn belangstelling in zijn onderwerp en zijn arbeid, moge het bovenstaande den schrijver getuigen.

Middelburg VAN DER POEL

LAND-EGGENS, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, deel VI, (Bewijsrecht) tweede, geheel nieuwe, druk, Erven Bohn, Haarlem 1933.

Dit boek heeft met dat van LAND slechts het titelblad gemeen. Mede op advies van vroegere bewerkers, zoo waarschuwt Mr. EGGENS ons dan ook op blz. 1, is de methode om den oorspronkelijken tekst zooveel mogelijk te behouden en toevoegingen tusschen haakjes te zetten, bij de bewerking van dit deel geheel verlaten. Men moge, dit lezende, twijfelen, of het onder die omstandigheden nog wel juist gezien was, dit boek van EGGENS als het zesde deel van LAND's „Verklaring van het B. W." te presenteeren, wat men naar mijn meening niet betwijfelen kan, zijn de belangrijke voordeelen, die de thans gevolgde methode voor den lezer hebben opgeleverd. Men heeft nu een boek uit één stuk voor zich, waarop één man zijn stempel heeft gedrukt en waarvoor hij alleen verantwoordelijk is. Wat dat in het bijzonder voor een boek van EGGENS beteekent, zal een ieder beseffen, die met EGGENS' eigen-aard uit zijn vroegere geschriften bekend is.

Dit Bewijsrecht draagt wel zeer sterk den stempel van EGGENS persoonlijkheid als jurist, d. w. z. het is geheel doordrongen van zijn dogmatisch-constructieve methode. Het zou mij zelfs niet verwonderen, als EGGENS zelf dit werk als de meest geslaagde proeve zijner wijze van wetenschapsoefening beschouwde, een waardeering, waarin ik hem dan gaarne bijval. Er zijn bladzijden in — ik denk hier allereerst aan de inleiding pag. 1—60 — die men aan elken jurist ter lezing zou willen aanbevelen, niet omdat hij er de oplossing in vindt van één of meer vragen, waarop anderen het antwoord schuldig zijn gebleven, doch omdat zij ten volle brengen wat EGGENS zich in zijn geschriften steeds ten doel pleegt te stel-

len: het begrip van de besproken verhoudingen in hun concrete volledigheid dáár, waar anderen slechts eenzijdig-abstracte constructies of een aantal regels en uitzonderingen zonder logisch verband vermochten te bieden. Ik voor mij wil tenminste gaarne erkennen, dat de lectuur van dit deel van LAND mij veel verheldering van inzicht heeft verschaft en signaleer het hier besproken boek dan ook zonder aarzelen als een wetenschappelijke prestatie van den allereersten rang.

Maar als wets-commentaar, als handboek voor de praktijk of leerboek voor de studie beschouwd? Valt de nieuwe LAND ook als zoodanig te prijzen? Zeker, doch minder onvoorwaardelijk dan wanneer wij EGGENS' prestatie als zuiver-wetenschappelijke studie, los van „praktische" doeleinden, waardeeren. Als leerboek is het waarschijnlijk niet bedoeld. In elk geval is het daarvoor niet geschikt. Door andere typografische verzorging zou het in dit opzicht wellicht nog wel wat kunnen winnen (ik doel hierbij speciaal op het naar voren brengen van thans al te zeer in het betoog verscholen definities en hoofdregels), maar de werkelijke oorzaken, waarom dit boek voor een gemiddeld student ongeschikt is, zijn zóó niet weg te nemen. Zij hangen trouwens grootendeels met de beste eigenschappen van het werk samen. Juist het hooge wetenschappelijke plan, waarop EGGENS zich bijna voortdurend beweegt, maakt, dat hij van den lezer, die het bewijsrecht niet van elders reeds min of meer kent, te veel vergt, om voor dezulken begrijpelijk te zijn. In menig geval heeft ook EGGENS' stijl daaraan schuld. De synthetische beschouwingen, waarnaar EGGENS steeds, en naar het mij voorkomt in dit boek met groot succes, heeft gestreefd, vereischen weliswaar reeds als zoodanig méér dan gewone denk-arbeid, óók van den schrijver, wat noodzakelijkerwijze ook in den stijl wordt weerspiegeld, doch streeft EGGENS er nu wel steeds naar, zijn lezers in dit opzicht zooveel mogelijk tegemoet te komen? Ik betwijfel het. Men krijgt soms den indruk of hij zich, integendeel, in de inwikkeling zijner gedachten, in overbodig woordenspel en beelden-rijkdom, vermeit. Wat bijvoorbeeld te denken van het slot van dezen zin: „Het maakt dan ook geen verschil of in een akte verklaard wordt: „Ondergeteekende verklaart ter leen ontvangen te hebben . . . ." of „ondergeteekende verklaart schuldig te zijn wegens ter leen ontvangen geld" — in beide gevallen bewijst de akte — in abstracto, en op grond van het vermoeden van voortduring — de schuld en de vordering uit geldleening, d. i. een *bepaalde* rechtsbetrekking, *bepaald door de verwijzing naar een als feit onbepaald feit*" (pag. 74)? Zoo zoude ik meer voorbeelden van duisterheid kunnen citeeren, die toch waarlijk niet noodig waren geweest. EGGENS' stijl staat klaarblijkelijk sterk onder

den invloed van den Nederlandschen wijsgeer, die (mede blijkens het hier besproken boek) ook op zijn denken grooten invloed heeft geoefend. Nu deel ik ten volle EGGENS' bewondering voor het wijsgeerig werk van HESSING, maar ik zou het toch ten zeerste betreuren als ook de berucht geworden zwaarte van HESSING's stijl in Nederland school ging maken, en dan nog wel onder juristen voor wie klaarheid van uitdrukkingswijze, wellicht meer nog dan voor anderen, eisch is.

Het hier besprokene doet ook aan de bruikbaarheid van het boek als handboek voor de praktijk wel eenigszins afbreuk. Men kan het niet voor een bepaalde vraag even opslaan en er het antwoord of de stand der meeningen kort en duidelijk in uiteengezet vinden. Neen, men zal eenige bladzijden te voren, bij een „rustpunt", moeten beginnen te lezen en zal dan langzaam-aan bekend raken met de zonder twijfel hoogst belangwekkende en wel doordachte zienswijze van een auteur, wiens oorspronkelijkheid zeker niet zijn geringste deugd is. Daarbij komt, dat de bewerker ervan af heeft gezien de litteratuur en jurisprudentie op elke „kwestie" volledig te vermelden. In den regel volstaat hij met daarvoor naar ANEMA of naar een ander werk te verwijzen (1). Op zich zelf is dat alleszins verklaarbaar. Is niet juist die vermelding van rechtspraak en schrijvers maar al te vaak een waardelooze herhaling van wat elders reeds bijeen was gebracht? En was het niet juist daarom èn economisch èn wetenschappelijk volkomen gerechtvaardigd, het werk van ANEMA, niet door het te copiëeren, maar door er naar te verwijzen, den eer te geven, dien het — daaromtrent laat EGGENS, ondanks zijn herhaalde en felle bestrijding van ANEMA's z. i. weinig principieele, niet-streng-doordachte constructies, geen twijfel — in menig opzicht verdient? Zonder twijfel, maar . . . . daardoor vermindert het boek van EGGENS als handboek voor de praktijk toch eenigszins in waarde. Men (d. w. z. de „men" van de praktijk: de advocaat, de notaris of de rechter) zal er nu ANEMA steeds náást moeten hebben en wie dus met één boek over bewijs wil volstaan, zal ondanks zijn groote waardeering voor EGGENS' werk, vanzelf dat van ANEMA blijven verkiezen. Laat ik hier echter terstond aan toe voegen, dat wie zoo handelt, verkeerd doet: juist voor echte „kwesties", waarop niet in de wet of in

(1) Soms blijft echter ook zoo'n verwijzing achterwege met het resultaat, dat de lezer van het bestaan eener controvers geheel onkundig blijft. Zoo bijv. (op pag. 224) t. a. v. de kritiek op het arrest van den H. R. 21 Maart 1924, W. 11269, betreffende het derden-verzet.

gevestigde jurisprudentie een kant en klaar antwoord is te vinden, maar waarbij men op eigen zelfstandig nadenken aangewezen is, zal EGGENS' boek een voortreffelijke gids blijken te zijn, die door geen der reeds bestaande handboeken is te vervangen.

Laat mij besluiten met het aanstippen van enkele punten, waarop ik EGGENS' opvatting geloof niet of slechts ten deele te kunnen onderschrijven, waarmede ik dan het bewijs hoop te hebben geleverd, dat ik zijn boek van het begin tot het eind met de grootste aandacht heb gelezen en — c'est le cas de le dire — *bestudeerd.*

Pag. 76—77. Akten, die eenzijdige („nicht-Empfang-bedürftige") wilsverklaringen inhouden, beschouwt EGGENS als partijakten gericht tot iedereen, dus niet tot niemand maar tot niemand *in het bijzonder.* Een dergelijke akte bewijst volgens hem (dwingend) de waarheid der verklaring, die zij inhoudt ten behoeve van dengeen, wiens rechtstrekking door die verklaring werd bepaald, *tegenover* dengeen, die haar aflegde. Zij bewijst die waarheid echter *niet* dwingend *ten behoeve* van laatstgenoemde. Als eerste voorbeeld hiervan noemt EGGENS het testament. Dit bewijst ten behoeve der erfgenamen bij versterf, die volgens EGGENS te vereenzelvigen zijn met den erflater, *niet* dwingend, dat de erflater materieel disponeerde gelijk in de akte staat vermeld. Dat de erfgenamen bij versterf met den erflater zijn te vereenzelvigen is — wie zal dit eerder dan EGGENS moeten toegeven? — slechts betrekkelijk waar. Als het gaat om een de legitieme schendende beslissing, geldt de ergenaam ab-intestato die tevens legitimaris is, t. a. v. het testament zeker niet als met den erflater identiek, doch als derde. En als het testament een ander tot universeel erfgenaam instelt, is moeilijk vol te houden, dat de erfgenaam ab-intestato, die de nietigheid dier beschikking wil inroepen, met den erflater te vereenzelvigen is. De voorvechter van de leer van de „relativiteit der verhoudingen" zal dit zonder twijfel gereedelijk toegeven.

Maar daarbij komt nog iets anders. Het testament (waarbij ik denk aan het normale geval van een notarieelen uitersten wil) bewijst als iedere authentieke akte dwingend *en tegenover iedereen,* dat de testator heeft verklaard, gelijk in de akte staat vermeld. Wie dit niet gelooft, kan het bij EGGENS op pag. 79 en 95 met zoovele woorden bevestigd vinden. Is daarmede nu echter niet tevens *tegenover iedereen* dwingend bewezen, dat de erflater „testeerde" gelijk in de akte is vermeld? Zeker, de „derde" kan de geldigheid der beschikking aantasten, bijv. met beroep op een wilsgebrek, maar dat kan de erfgenaam bij versterf ook. Ik zie tusschen de bewijskracht van het testament t. a. v. hem en zgn. derden

dan ook geen verschil. Precies hetzelfde geldt voor EGGENS' tweede voorbeeld: een eenzijdige akte, houdende afstand van recht (waarbij ik er eenvoudigheidshalve met EGGENS van uitga, dat een dergelijke verklaring nicht-Empfang-bedürftig is). Ook een dergelijke akte bewijst, indien zij authentiek is of als onderhandsche akte door de wederpartij in het proces is erkend, zoowel tegen als ten behoeve van dengeen, die afstand deed, *dwingend*, dat de daarin vervatte wilsverklaring door hem is gedaan en dan *eo ipso* die afstand zelve. Het komt mij voor, dat EGGENS, die dit schijnt te ontkennen, uit het oog heeft verloren, dat in zijn beide voorbeelden de akte „materieel-rechtelijke disposities" bevatte (vgl. pag. 74), en dat in die gevallen mèt de verklaring ook de dispositie (dwingend) is bewezen.

Op pag. 123 wil EGGENS (bij de bespreking van art. 1917 B. W.) aantoonen, dat POTHIER met „derden" ook rechtverkrijgenden heeft bedoeld, en beroept hij zich op POTHIER's voorbeeld: „derde" is o. a. de beslaglegger, wien een onderhandsche akte van verkoop van het door hem beslagene wordt tegengeworpen. Een beslaglegger is — aldus EGGENS — „rechtverkrijgende". POTHIER noemt hem „derde". Dus vallen (sommige, toch niet alle?) rechtverkrijgenden onder het begrip „derde". Het behoeft geen betoog, dat dit bewijs staat en valt met de stelling, dat de beslaglegger „rechtverkrijgende" is t. a. v. het beslagen goed. Persoonlijk ben ik geneigd die stelling te onderschrijven, maar dat neemt niet weg, dat zij door menigeen wordt betwist (zie laatstelijk Mr. DUURVOORT in Ind. T. v. h. R. 1933 aflevering 4). Vermelding dier betwisting ware m. i. niet overbodig geweest.

Op pag. 145 leert EGGENS, dat het verbod van getuigenbewijs van art. 1934 B. W. niet alleen geldt voor den onderteekenaar eener (eenzijdige) bekentenis-akte, maar ook voor dengeen, die de akte zonder protest van zijn wederpartij heeft aanvaard: deze geeft daarmede volgens EGGENS te kennen, dat hij de rechtsbetrekking wil laten gelden gelijk deze in de akte is gerelateerd. Ik zal niet ontkennen, dat het feit der aanvaarding een belangrijk *vermoeden* kan opleveren, dat de akte de rechtsbetrekking juist weergeeft, maar daarom gaat het hier niet. De vraag is, of art. 1934 B. W. belet, dat dit vermoeden-naar-de-mogelijkheid (om EGGENS' eigen terminologie te gebruiken) door het getuigenbewijs wordt ontzenuwd, d. w. z., dat door getuigenverklaringen wordt verhinderd, dat het vermoeden-naar-de-mogelijkheid tot werkelijk vermoeden, d. i. tot volledig bewijs, uitgroeit. En daartoe dwingt art. 1934 B. W. m. i. geenszins. Het artikel beoogt m. i. niet anders dan dengeen of dengenen, die een schriftelijk bewijsmiddel *in het leven riepen*, en daarbij, naar de wetgever aan-

nam, allicht de noodige nauwkeurigheid en voorzichtigheid zullen hebben betracht, de mogelijkheid te benemen, met getuigen of vermoedens te bewijzen, dat zij slordig zijn geweest of zelfs opzettelijk onwaarheid hebben gesproken. Dat ditzelfde geenszins noodzakelijk geldt voor dengeen, die een door een ander opgestelde bekentenis-akte aanneemt, is gemakkelijk in te zien. Men denke slechts aan het geval, dat de akte niet onjuist doch onvolledig is. In den regel heeft men geen recht op schriftelijk bewijs en in menig geval zal men dus liever een onvolledige schriftelijke bekentenis aannemen, dan door volledigheid te verlangen, dus het onderste uit de kan te willen hebben, gevaar te loopen, het lid op den neus te krijgen. Dit alles zijn overwegingen, die slechts in concreto kunnen worden gewogen en rechtvaardigen dus geenszins een ruime interpretatie van het in art. 1934 B. W. vervatte verbod-in-abstracto.

Pag. 151—154. EGGENS bepleit evenals SCHOLTEN toepasselijkheid van het slot van art. 1959 B. W. óók bij getuigenbewijs. „Kwade trouw" vat hij daarbij echter zeer ruim op: daaronder valt volgens hem niet slechts „beter weten" maar ook reeds „redelijkerwijs beter *behooren* te weten" — wat m. i. véél te ver gaat.

Geheel duidelijk is mij EGGENS' bedoeling echter niet, want even later zegt hij, dat als de akte door toerekenbare zorgeloosheid van partijen onjuist of onvolledig is, art. 1934 B. W. wèl toepasselijk zal zijn. Is er in zoo'n geval dan géén kwade trouw in den ruimen zin, die EGGENS daaraan wil hechten? Het komt mij voor dat EGGENS door de gevallen van „toerekenbare zorgeloosheid" onder het bereik van art. 1934 B. W. te laten, zijn eigen te ruime definitie van kwade trouw in dit verband weer heeft gecorrigeerd tot: *weten* dat de akte onjuist (onvolledig) is, en daardoor „in concreto" heeft goed gemaakt wat hij „in abstracto" (in zijn definitie) misdreef.

Op pag. 220—1 wordt de vraag besproken of voor het gezag van gewijsde noodig is, dat een „uiterlijk gewijsde" is verkregen. EGGENS ontkent dit en verwijst naar de regeling van de *executoriale* kracht van het vonnis, waarbij hij het echter ten onrechte voorstelt alsof een vonnis executoriale kracht behoudt tot op de vervulling der ontbindende voorwaarde, dat een rechtsmiddel wordt ingesteld *en succes heeft.* Dit laatste geldt immers slechts voor uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnissen en niet voor het normale geval. Aanvaardt men met EGGENS de analogie tusschen gezag van gewijsde en executoriale kracht dan zal men moeten leeren, dat aan een vonnis gezag van gewijsde toekomt zoolang daartegen nog geen hooger beroep of beroep in cassatie is ingesteld, doch dat het aanwenden van een dier rechtmiddelen

dit gezag *schorst* en het slagen ervan het met terugwerkende kracht *te niet doet*. Dit is van belang voor het geval de rechter in het tweede proces niet tot schorsing dier procedure besluit. Hij mag dan *niet*, gelijk EGGENS in navolging van ANEMA wil, uitspraak doen op grond van wat in het voorloopig gewijsde is vastgesteld, maar zal, als tegen dat „voorloopig gewijsde" is geappelleerd (of: cassatieberoep is ingesteld), „voorloopig", d. w. z. totdat op dat rechtsmiddel uitspraak is gedaan, het ervoor moeten houden, dat er nog géén gewijsde bestaat (Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 12 Dec. 1933, Bijbl. I. E. 1934 pag. 33).

Pag. 223—4. EGGENS aanvaardt de leer van den H. R. dat voor derden-verzet slechts grond is indien de derde in zijne *rechten*, niet reeds wanneer hij in zijn *belangen* is geschaad. Is dit echter wel te rijmen met het door EGGENS zelf gegeven voorbeeld: derden-verzet door den crediteur, die door een te kwader trouw door zijn debiteur „verloren" proces, waarin deze bijv. tot betaling van een belangrijk bedrag is veroordeeld, wordt benadeeld? Welk „recht" van den crediteur is door dit vonnis verkort? Voorzoover ik zie is hij alleen in zijn *belangen* geschaad. Uit 's Hoogen Raads opvatting volgt m. i. dan ook, dat in een geval als dit het rechtsmiddel van derden-verzet aan den crediteur *niet* toekomt.

Laat mij tenslotte mogen opmerken, dat ik EGGENS' beschouwingen over de onsplitsbare bekentenis als buitengemeen scherpzinnig kan waardeeren, zonder dat zij mij kunnen overtuigen van de juistheid zijner conclusie, dat het splitsingsverbod slechts waakt tegen het toekennen van *dwingende* bewijskracht aan het afgesplitste deel der „onsplitsbare" bekentenis, maar geenszins verbiedt, uit dit afgesplitste gedeelte, bij wijze van rechterlijk vermoeden, „vrij" bewijs te putten. Uit EGGENS' belangwekkkende analyse moge volgen, dat een dergelijk stelsel de iure constituendo behóórt te worden aanvaard, als „verklaring" van art. 1961 van het Burgerlijk Wetboek is mij het door hem geleverde bewijs al te „vrij".

Het wordt tijd deze aankondiging te besluiten. Ik doe dat met een gelukwensch aan den bewerker en in de stellige verwachting, dat dit nieuwe „Bewijsrecht" niet zal nalaten in menig opzicht op ons inzicht in de materie van het bewijs en daardoor ook op die materie zelve bevruchtend te werken.

B. M. TELDERS

J. W. HAARMAN, *Geschiedenis en Inrichting der Politie in Nederland,* tweede druk; Alphen aan den Rijn; N. Samsom N. V.; 1933.

„Welke verbetering men ook voor de toekomst bij de politie zoude wenschen tot stand gebragt te zien, zij zal nimmer kunnen verkregen worden dan door het invoeren van meerdere eenheid en verband in haar inwendig beheer en door eene betere omschrijving van hare bevoegdheid".

PROVO KLUIT (1849)

Een enkel woord moge hier worden gewijd aan den tweeden druk van het hierboven vermelde werk van den Amsterdamschen Commissaris van politie, waarvan de eerste druk, in 1922 verschenen, door mij werd aangekondigd in den jaargang 1924 van dit tijdschrift. De heer HAARMAN heeft met dezen herdruk gewacht op de invoering van ons nieuwe Wetboek van Strafvordering, de Ambtenarenwet 1929, de nieuwe Gemeentewet, de wijzigingen van voorschriften de Rijksveldwacht betreffende, en voorts ook aan het rapport-WELTER en de verdere in de laatste jaren gepubliceerde denkbeelden inzake de politie-organisatie aandacht geschonken. Ook de hoofdstukken omtrent de politie in België, Frankrijk, Engeland en Duitschland bleven niet ongewijzigd; terwijl aan de foto's eenige nieuwe opnamen werden toegevoegd. — Het karakter van het werk — studieboek, in de eerste plaats voor de politie — bleef ongewijzigd; wèl werd, in tegenstelling met den eersten druk, hier en daar aan eigen opmerkingen van den schrijver eene plaats gegeven.

Mocht ik mij bij de bespreking in 1924 vooral aangetrokken gevoelen tot de altijd belangrijke vraag van de bevoegdheid van de politie, *thans* werd ik meer bijzonder geboeid door de *zoo leerzame* geschiedenis van de organisatie der politie, door den schrijver in een viertal hoofdstukken — van de oudste tijden tot de Fransche overheersching; van deze tot de invoering der gemeentewet; van deze tot de instelling der rijksveldwacht; vanaf deze tot op heden — behandeld. Misschien is aan deze mijne bijzondere belangstelling niet vreemd de persoonlijke herinnering aan de vergadering der Juristenvereeniging te Utrecht in 1893 (waarin ondergeteekende de eerste wankele schreden zette op het pad der debatten in dezen — toen voor hem zoo illusteren — kring), welke, voorgelicht door de schriftelijke adviezen van KIST en HEIJLIGERS en na levendige discussie, het beginsel aanvaardde van de opheffing van de gemeentepolitie als zelfstandig deel der

politie en oplossing daarvan in de rijkspolitie (1). Eene beslissing, welke zeker in beteekenis zou hebben gewonnen, als men in de gewenschte nieuwe organisatie voldoenden weg had geweten met den *Burgemeester* m. a. w. niet alleen had uitgemaakt (bij stemming) dat ook in het stelsel van enkel rijkspolitie aan *dezen* eene passende plaats in de organisatie moet worden gegeven maar tevens hem eene bepaalde plaats had aangewezen (2).

Ik sprak hierboven van de *zoo leerzame* geschiedenis van de organisatie der politie, welke ons in het werk van den heer HAARMAN wordt geschetst. Ter motiveering van deze qualificatie moge ik uit dit overzicht een tweetal grepen doen.

Vooreerst worde gewezen op de toelichting van schrijver's uitspraak (gedaan aan het einde van het hoofdstuk over den toestand der politie in het tijdperk tusschen de Fransche overheersching en de invoering der gemeentewet), dat die toestand een treurige was (blz. 27). De oorzaak hiervan wordt voornamelijk gezocht in de omstandigheid, dat men, na de opheffing van het afzonderlijke departement van politie, de bemoeiïngen inzake de politie niet bepaald aan één ander departement had opgedragen, hetgeen *verwarring* ten gevolge had. De vraag naar een goed ingericht politiecorps werd dan ook steeds dringender, totdat het politievraagstuk in 1847 zijn intrede in de Tweede Kamer deed en dáár eene belangrijke plaats — tot op den dag van heden — ging innemen.

Wij springen nu eenige jaren over en komen tot het rapport van de bij K. B. van 3 Mei 1852 benoemde staatscommissie, welke reeds in September van dat jaar met haren arbeid gereed was. In dit rapport vinden wij de gulden woorden, dat een deugdelijk politiestelsel niet denkbaar is zonder *eenheid, zelfstandigheid en centralisatie,* en dat de commissie alleen dáárom het denkbeeld van eene Rijkspolitie en eene Gemeentepolitie naast elkander aanvaardde omdat zij volgens de haar verstrekte opdracht gebonden was aan de bestaande wetgeving en dus met de gemeentepolitie moest rekening houden (blz. 41—43).

Waarom deze historische herinnering? Omdat deze beide punten — eenerzijds het signaleeren van het kwaad van de *verwarring,* juist op dit terrein zoo bedenkelijk en noodlottig,

(1) Het betreffende vraagpunt werd met 46 tegen 19 stemmen bevestigend beantwoord. Onder de voorstemmers was KIST; onder de tegenstemmers HEIJLIGERS. (Handelingen 1893 II, blz. 207, 208).

(2) VAN HAMEL „Het vraagstuk der politiewet in de Nederlandsche Juristenvereeniging" Tijdschrift voor strafrecht, VII, overgenomen in zijne Verspreide Opstellen, II.

anderzijds het nadruk leggen op den eisch van *eenheid, zelfstandigheid en centralisatie* als volstrekte voorwaarde voor een richtig functionneeren van het politiegezag — *ook thans* nog de kernvraag vormen, welke het politievraagstuk beheerscht. Nog steeds — ik wijs op het Voorloopig Verslag van de Tweede Kamer op de jongste begrooting van Justitie en de Memorie van Antwoord van den Minister — treedt de quaestie van de verscheidenheid der politieorganen en, in onmiddellijk verband hiermede, van de behoorlijke samenwerking dier organen, de eisch ook van *concentratie,* bij de gedachtenwisseling over de organisatie der politie op den voorgrond (3). En wanneer de Minister bij de beraadslagingen in de Tweede Kamer het gebrek aan centralisatie, aan samenwerking en aan eenheid accentueert en eene centrale leiding beschouwt als het uitgangspunt voor eene betere organisatie der geheele politie, dan geeft hij daarmede niet alleen uiting aan het gevoelen van allen, die zich theoretisch met het politievraagstuk bezighouden of practisch daarmede in aanraking komen, maar dan demonstreert hij tevens, hoe weinig reden er is om, dankbaar voor het op dit gebied in de laatste eeuw bereikte, thans inderdaad *voldaan* te zijn.

Heeft dus de heer Haarman met de herinnering aan het verleden er toe bijgedragen om ons inzicht in het politievraagstuk te versterken, daarnevens heeft hij onzen blik verruimd door van de hervormingsplannen der laatste jaren een summier overzicht te geven. Van deze voorstellen mogen een drietal alhier worden genoemd.

Vooreerst het systeem-van Haeften (1923) (4), waarin de gemeentepolitie wordt gehandhaafd en daarnaast de beide soorten Rijkspolitie, Rijksveldwacht en Marechaussee, naast elkander blijven bestaan, echter met grondige herziening van de Rijksveldwacht, welk corps een eigen chef krijgt, en indeeling van de Rijksrechercheurs bij de gemeente-politie.

Voorts het stelsel-de Koningh (1928), met behoud der gemeentepolitie in de grootere steden aanbevelende de samenvoeging van de beide deelen der Rijskpolitie tot één corps, ingericht naar het model van de Marechaussee, subsidiair (bij niet-samenvoeging) eene scheiding van de gebieden, waarin de beide corpsen hunne taak vervullen, en opdracht aan den Inspecteur der Marechaussee van het toezicht mede op de Rijksveldwacht.

Tenslotte het door de commissie-Welter aanbevolen stel-

---

(3) V. V. (Politie) in W. v. h. R. no. 12665; M. v. A. (Politie) in W. v. h. R. no. 12672.

(4) „Politieorganisatie; het politievraagstuk kort en scherp belicht", beoordeeld door Segers in Themis, 1924.

sel, waarin met name verandering wordt voorgesteld ten opzichte van de politie ten plattelande, aldaar één enkel corps wordt geformeerd, tredende in de plaats van de Rijksveldwacht en de gemeentelijke plattelandspolitie, m. a. w. eene *gewestelijke politie* wordt in het leven geroepen, een nieuw instituut, staande onder het gezag van den Commissaris der Koningin, in welke gewestelijke politie het corps der Rijksveldwacht wordt opgenomen, en die — op de wijze van de gemeentelijke corpsen in de groote gemeenten — den volledige politiedienst in de plattelandsgemeenten uitoefent.

Schrijver herinnert (blz. 111 vlg.) aan de op dit laatste stelsel uitgeoefende critiek, eene critiek welke zich uitte èn in den vorm van verdediging van het behoud van het corps Rijksveldwacht èn in den vorm van bestrijding van het ontworpen nieuwe instituut. De kans op verwezenlijking van de door de commissie-WELTER aanbevolen denkbeelden komt mij voor uiterst gering te zijn. In zijn radicaal karakter, zonder voldoenden waarborg dat door de gewenschte hervorming inderdaad een eenvoudiger, meer doeltreffende en meer eenheid bezittende politie-organisatie wordt verkregen — eene organisatie, welke, passend in onze publiekrechtelijke verhoudingen en met behoud van het historisch gewordene, voorzooverre dit deugdelijk bleek te zijn, geacht kan worden eene krachtige vitaliteit te bezitten — mag het ontworpen stelsel „minder gelukkig" worden genoemd en aanspraak maken op eene eervolle begrafenis. Voor het oogenblik kan met voldoening worden geconstateerd, dat de Minister van Justitie langs den eenvoudigen en aangewezen weg van de Algemeene Maatregelen van Bestuur ter uitvoering van art. 223, lid 1, (tot regeling van de dienstbaarheid van de gemeentepolitie aan de algemeene of Rijkspolitie) en art. 225, lid 1 der Gemeentewet (de gelegenheid openende om in de politiezorg in de kleinste gemeenten van Rijkswege te voorzien) zich voorstelt bevredigende resultaten te verkrijgen. In afwachting van eventueele veranderingen in de organisatie van het corps der Rijksveldwacht, waartoe ik mijnerzijds de instelling van een *eigen chef* wel meen te mogen rekenen.

Mag ik overigens te dezer plaatse nog eene persoonlijke opmerking maken — mede gegrond op ambtelijke ervaring — dan is dit om den vollen nadruk te leggen op den eisch van *samenwerking* der verschillende onderdeelen van de politie, niet als vraagstuk van administratieve regeling maar als vraagstuk van de practijk, n.l. het in elk concreet geval, dat daartoe aanleiding geeft, van den aanvang af volledig samenwerken, met terzijdestelling van elk gevoel van naijver, persoonlijke gevoeligheid of animositeit. Aan een vruchtbaar optreden van de politie en het verkrijgen van die resultaten,

welke de maatschappij van dit optreden mag verwachten, zal bedoelde samenwerking in hooge mate ten goede komen.

Hiermede neem ik van het werk van den heer HAARMAN afscheid. Hier en daar is de schrijver mijns inziens te veel in détails getreden, b.v. in de uitvoerige noot bij blz. 55/56 (beschrijving van de uniform der Districts-Commandanten der Rijksveldwacht en van de verdere beambten). Elders had eenige meerdere uitvoerigheid aanbeveling verdiend, met name in het hoofdstuk over Taak en Bevoegdheid der politie; waar de schrijver dit onderwerp, liggende buiten het eigenlijke kader van zijn werk, ter hand nam, had hij m. i. daarop iets dieper moeten ingaan. Ook zouden de eigen beschouwingen juist van deze kundige en practisch ervaren politie-autoriteit over de politioneele hervormingsplannen der laatste jaren zeker op prijs zijn gesteld.

Een en ander doet intusschen niet af aan mijne waardeering voor dit geschrift, hetwelk, door zijne volledigheid en helderheid, als *studieboek* hooge waarde heeft en ook daarbuiten op belangstelling zal kunnen rekenen.

Ik moge eindigen met eene aanhaling betreffende de door mij bij de aankondiging in 1924 wèl maar thans niet besproken vraag van de *bevoegdheid* der politie, eene aanhaling uit het geschrift van den Amsterdamschen Directeur van politie, waaraan ik ook het motto voor *deze* aankondiging ontleende: „Mijns inziens behoort de politie-ambtenaar steun en kracht te vinden in de wet. Hij moet in geen geval als een geheimzinnig wezen in de maatschappij rondsluipen, maar het publiek behoort te weten, wat het in hem erkennen en eerbiedigen moet" (5). Dit beginsel van vastheid en zekerheid moet ook de *organisatie* der politie beheerschen.

(5) Mr. H. PROVO KLUIT, „De Hervorming der policie in Nederland"; 1849.

Amsterdam, Jan. '34 S. J. M. VAN GEUNS.

Dr. B. V. A. Röling, *De opvoedingsgedachte in het strafrecht.* — 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1933

De „openbare les", door Dr. Röling den 26 October 1933 gehouden bij de aanvaarding van het ambt van privaat-docent aan de Utrechtsche Universiteit, werpt een blik op een belanrijk en leerzaam verleden, ontleedt het aan de orde gestelde vraagstuk in zijne verschillende onderdeelen, geeft richtlijnen aan voor de toekomst, wekt op tot bezinning en tot nadenken.

Eerst het constateeren van de *crisis* (ook hier!), welke de opvoedingsgedachte in het strafrecht thans beleeft. Als voornaamste oorzaak: de twijfel aan de mogelijkheid van opvoeding van delinquenten, van hunne hervorming tot sociale burgers, een twijfel, gevoed door de teleurstellende resultaten van de in deze richting aangewende pogingen. Getracht moet worden onder deze omstandigheden, om de juiste plaats te bepalen, welke in het strafrecht aan de opvoedingsgedachte moet worden ingeruimd.

Bij het vervullen van deze taak doordringe men zich er van, dat wij op dit terrein te maken hebben met ideeën maar ook met „feiten", de feiten welke voor de opvoedingsgedachte van belang zijn. Als de drie voornaamste van die feiten ziet spreker: den vergeldingseisch; den aard der menschen; den aard der bestaande en der mogelijke opvoedingsmiddelen.

Ten aanzien van den *vergeldingseisch* wijst hij op het conflict tusschen vergelding èn opvoeding: vaak (niet altijd) bemoeilijkt de door de misdaad gevorderde *leedtoevoeging* de opvoeding, doordat zij eene ongunstige werking uitoefent op den betrokkene.

Ten aanzien van de *menschen* (de personen, die met strafrecht en straf in aanraking komen) komen voor ons onderwerp *niet* in aanmerking de vele misdadigers, die geene opvoeding behoeven. Het gaat dus om hen, die wèl eene opvoeding noodig hebben, „die veranderd moeten worden in hun houding t. o. v. de gemeenschap" (blz. 16). Zijn dezen opvoedbaar? Voor de jeugdigen is hieromtrent geen twijfel; maar voor de volwassenen is het antwoord veel minder bevredigend. Veelal zullen zij niet zóó kunnen worden veranderd, dat zij weer sociale burgers worden.

Ten aanzien van het derde punt, de beschikbare opvoedingsmiddelen denkt Spr. vooreerst aan hen, die moeten opvoeden, en vraagt hij zich af, of zij voor de zeer moeilijke taak van „vorming of omvorming van de persoonlijkheid" van den misdadiger berekend zijn. Daarnaast denkt hij aan de voor de opvoeding beschikbare instituten, met name de vrijheidstraf in hare vormen van *cel* en *gemeenschap*. Hij erkent, dat

de cel ongetwijfeld voordeelen heeft, zij 't in hoofdzaak negatieve. Hij erkent, dat denkbaar is een geperfectionneerde vorm van de gemeenschap, waarbij geene geestelijke afstomping plaats heeft en de sociale zin niet wordt gedood. Maar toch! als opvoedingsmiddel, als middel tot daadwerkelijke verbetering van de persoonlijkheid zijn èn cel èn gemeenschap in den regel ondeugdelijk te achten.

Dr. Röling resumeert zijn oordeel in deze strenge en strakke formuleering: „Het wordt tijd in te zien, dat wanneer wij volwassen menschen met vrijheidsberooving straffen, slechts *in bijzonder weinig gevallen* aan die menschen goed gedaan wordt, dat in de meeste gevallen de betrokkenen door de vrijheidstraf slechter worden, dat daarom die straffen tot het uiterste moeten beperkt worden, dat bij hen alleen mogen gelden generale preventie en onschadelijkmaking" (blz. 29, 30).

Voorzeker een waardevol inzicht, hetwelk als stimulans èn op de strafrechtspraak èn op den wetgever en de administratie heilzaam zal kunnen werken.

Bij de uitwerking van deze gedachte, waaraan het slot der rede is gewijd, wordt door Spr. eenerzijds er op gewezen, hoe het bedoelde inzicht kan bevorderen, dat de zorg voor *jeudige* crimineelen in het centrum der belangstelling komt, anderzijds gewezen op de *gevaren*, welke het stellen van de opvoeding als doel van de vrijheidstraf (voor de volwassenen) met zich brengt. Zoo zou 't uitermate verkeerd zijn om de opvoedingsgedachte eene rol te doen spelen bij de maat van de straf, m. a. w. een langeren duur der straf te rechtvaardigen met een beroep op de „opvoeding".

In welke richting naar *andere* strafmiddelen moet worden gezocht, is de vraag van de toekomst. Men denke met name aan de voorwaardelijke veroordeeling, waarbij het zwaartepunt valt niet op de vrijheidstraf, waartoe voorwaardelijk wordt veroordeeld, maar op de bijzondere voorwaarden welke worden opgelegd en welke o. a. zouden kunnen leiden tot eene bepaalde arbeidspraestatie, die vrij is van de aan de vrijheidstraf verbonden nadeelen (blz. 34—35).

Men ziet 't, eene rede, rijk aan inhoud. Moge Dr. Röling, dien wij ook *hier* leeren kennen als een kloek strijder maar tevens als een naar objectiviteit strevend man van de wetenschap, van de vervulling van zijn ambt van privaat-docent veel voldoening beleven!

v. G.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Nederlandsch Juristenblad, 9e jaargang, no. 12. — TABINGH SUERMONDT, Wissels betaalbaar in bankchèque. — v. GORKUM, De beteekenis van art. 55 lid 2, W. v. Sr. (I); no. 13. — SCHUURMANS STEKHOVEN, Is rechtspleging onder de Ziektewet een gewone arbitrage? — v. GORKUM, De beteekenis van art. 55, lid 2, W. v. Sr. (slot); no. 14. — ROSENDAHL HUBER, Het kapstok-artikel 22 sub *a* der Motor- en Rijwielwet (I). — WESTSTRATE, Natuurrecht contra Positivisme; no. 15. — ROSENDAHL HUBER, Het kapstok-artikel 22 sub *a* der Motor- en Rijwielwet (slot). — CARP, Historisch misverstand; no. 16. — FEBER, De vrijwillige castratie van zedenmisdadigers als therapeutische maatregel; no. 17. — SCHOLTEN, De kansen der administratieve rechtspraak; no. 18. — LANGEMEYER, Volksopvoeding door den strafrechter (I); no. 19. — LANGEMEYER, Volksopvoeding door den strafrechter (slot). — KLEENE, De Winkelsluitingswet; no. 20. — WOLFSBERGEN, De mate van terugwerking. — COEBERGH, Overdracht van toekomstige vorderingen; no. 21. — FORTUIN, Enkele opmerkingen over de c. i. f. overeenkomst; no. 22. — HOLLÄNDER, Währungsschutzklauseln; no. 23. — POMPE, De rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent poging.

Weekblad van het Recht, jaargang 1934, no. 12726. — VERZIJL, De invloed van staatsrechtelijke voorschriften op de geldigheid van internationale rechtshandelingen (I); no. 12727. — VERZIJL, De invloed van staatsrechtelijke voorschriften op de geldigheid van internationale rechtshandelingen (slot); no. 12730. — RÖLING, Generaal-preventieve straffen; no. 12731. — v. BEMMELEN, Objectieve pogingsleer; no. 12732. — v. BRAKEL, Schadevergoedingsvragen bij wederkeerige overeenkomsten; no. 12736. — v. BEMMELEN, Nemo debet bis vexari (I); no. 12737. — v. BEMMELEN, Nemo debet bis vexari (II); no. 12738. — v. BEMMELEN, Nemo debet bis vexari (slot); no. 12740. — RÖLING, De Duitsche wet op de sterilisatie; no. 12743. — v. GEUNS, Interneering in een krankzinnigengesticht; no. 12744. — RIKMENSPOEL, Het begrip gevaar in ons Wetboek van Strafrecht; no. 12746. — VERZIJL, Het Fransch-Grieksche vuurtorens-geschil (I); no. 12747. — VERZIJL, Het Fransch-Grieksche vuurtorens-geschil (slot); no. 12749. — RÖLING, De Vereeniging voor Strafrechtspraak te Zwolle (I); no. 12750. — RÖLING, De Vereeniging voor

Strafrechtspraak te Zwolle (slot); no. 12753. — LOEFF, De rechtsvordering uit onrechtmatige daad als algemeene billijkheidsactie.

Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, jaargang 65, no. 3352. — BORDEWIJK, Wet op de belasting van de doode hand (slot); no. 3353. — OSINGA, Evolutie van de registratiebelasting (I). — CROIN, De commanditair naar gemeen- en naar fiscaal recht; no. 3354. — OSINGA, Evolutie van de registratiebelasting (II). — BOLWIJN, Geprolongeerde aansprakelijkheid en toescheiding van niet-volgestorte aandeelen; no. 3355. — OSINGA, Evolutie van de registratiebelasting (slot). — v. NIEROP, Documentaire credieten; no. 3356. — v. HELLENBERG HUBAR, De belasting op de doode hand (I). — BROMBERG, Een controverse Successiewet-Ongevallenwet; no. 3357. — v. HELLENBERG HUBAR, De belasting op de doode hand (slot); no. 3358. — ADRIANI, De notaris, het recht, het leven en de gerechtigheid. — v. NISPEN TOT SEVENAER, De rechtsgrond voor de objectiveering van het schuldbegrip in art. 1401 B. W. (I). — LIBOUREL, Een onzedelijke bepaling? — v. HINLOOPEN LABBERTON, Cessie van toekomstige huurvorderingen. — DE BRUIJN, De verkoop krachtens het beding van art. 1223, al. 2 en de ontbinding van art. 1302 B. W.; no. 3359. — REEPMAKER, Hypotheekhouders en de vervallenverklaring van erfpachtsrechten. — v. NISPEN TOT SEVENAER, De rechtsgrond voor de objectiveering van het schuldbegrip in art. 1401 B. W. (slot); no. 3360. — TELDERS, Wetsontduiking (I). — DE GROOT, De winst van de naamlooze vennootschap in oprichting; no. 3361. — TELDERS, Wetsontduiking (II); no. 3362. — TELDERS, Wetsontduiking (III); no. 3363. — TELDERS, Wetsontduiking (slot). — v. D. PLOEG, Bedongen scheiding van goederen.

Tijdschrift voor Strafrecht, deel 44, aflev. 1-2. — MULLER, De straf in het strafrecht. — SCHEPPER, Het begrip „ambtenaar" in het strafrecht. — BARMAT, Strafrecht in Sovjet-Rusland. — ROMBACH, Een model-uitleveringsverdrag. — MAAS GEESTERANUS, Penitentiaire reisindrukken uit Italië. — DE BENEDITTY, De strafrechtelijke begrenzing der vivisectie.

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 139, afl. 1. — HEINSIUS, Over den zoogenaamden „bouw" van het Koninkrijk der Nederlanden (vervolg). — KOLLEWYN, Het op arbeidsovereenkomsten toe te passen recht.

Aflev. 2. — TER HAAR, Schijnhandelingen tot verkrijging van zekerheid op grond.

Aflev. 3. — SAMKALDEN, Het natuurrecht in eere hersteld. — v. OPHUYSEN, Een onverdiende schorsing. — DUURVOORT, Zaakwaarnemers.

Aflev. 4. — NEDERBURGH, Adat- tegen Westersch recht? — LEDEBOER, Gemeente of gemeenteorgaan als aandeelhouder, commissaris of bestuurder van een naamlooze vennootschap, stichting of vereeniging. — SWAAB, Beschouwingen aangaande enkele punten van executierecht.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 39, Heft 7. — HELFRITZ, Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat. — KRUG, Vom Weltbild des Strafrichters. — HENNIG, Die zweifelhaften Kompetenzen des Völkerbundes in seiner heutigen Zusammensetzung. — OSTWALD, Richterkönigtum, Führergrundsatz und Rechtsgestaltung. — DANCKELMANN, Zur Behandlung des Sicherungseigentums im Interventionsprozesz. — DEETRICH, Der Quengler. — v. HEPPEL, Die Strafkammer. — LINZ, Die Arbeitsfront ist nicht Rechtsnachfolgerin der freien Gewerkschaften. — ARMSTROFF, Die formlose Mitteilung von Beschlüssen und Verfügungen im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren. — SCHNABEL, Die Bedeutung der Bewilligung einer Zahlungsfrist nach § 18 Abs. 4 der Vollstr.-schutz V. — BULL, Der Richter darf dem Gesetzgeber nicht vorgreifen. — DERNEDDE, Die Rechtsgrundlagen der Landesgesetzgebung. — NÜSE, Fortsetzungszusammenhang bei Versicherungsdelikten. — HOLTZ, Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung und seine Uebertragung.

Jhrg. 39, Heft 8. — GRIMM, Die Volksabstimmung an der Saar. — SOMBART, Das Wesen der ständischen Gliederung mit besonderer Berücksichtigung Deutschlands. — SCHAFFSTEIN, Politische Universität und Neuordnung des juristischen Studiums. — SCHOLZ, Grundeigentum und nationalsozialistische Gesetzgebung. — SEEL, Vierte Novelle zum Berufsbeamtengesetz. — v. KARGER, Die Neuorganisation der preuszischen Landschaften. — v. HENTIG, Zum Problem des „gefährlichen Sittlichkeitsverbrechers". — ARMSTROFF, Zu der Verordnung v. 17. Febr. 1934 über Zwangsverwaltungsvorschüsse für Instandsetzungs- und Ergänzungsarbeiten an Gebäuden (R. G. Bl. I. 123). — WILHELMI, Die Neugestaltung des Vollstreckungsschutzes für bewegliche Gegenstände. — HOFFMANN, Der Urheberrechtsschutz von Prozeszakten. — WEIGELT, Stellt § 138 Abs. 1 der neuen Z. P. O. ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 B. G. B. dar? — TRUSEN, Die Reklame durch Himmelschrift.

Jhrg. 39, Heft 9. — STOLL, Die Auflösung einer Mischehe. — DEINHARDT, Deutscher Rechtsgang. — CRUSEN, Aus dem Danziger Rechtsleben. — SPERL, Der erbbiologische Abstammungsbeweis. — FRIEDRICHS, Vereinfachung der Baupolizei in Preuszen. — WEBER, Residenzpflicht der richterlichen Beamten. — WUNSCHEL, Die Rechtsquellen des Weltpostrechts. — RUMPF, Analogie im Strafrecht. — SAUER, Sollte

man Kommentare verbieten? — Ulrich, Zulässigkeit und Wirkung der Zurücknahme des Widerspruchs gegen einen Arrestbefehl oder eine einstw. Verfügung. — Thiesing, Kann aus einem Titel vollstreckt werden, wenn Gläubiger oder Schuldner nicht die darin angegebenen Namen führen?

Jhrg. 39, Heft 10. — Koellreutter, Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat. — Schäfer, Die Strafgesetz- und Strafprozesznovelle vom 24. April 1934. — Klei, Strafe ohne geschriebenes Gesetz. — Cybichowski, Die nationale Methode im Staatsrecht und in der Staatslehre. — Richter, Das neue Heimarbeitsgesetz. — Danielcik, Rechtsfragen zu einem deutschen Warenzeichen. — Herschel, Unternehmer und Führer des Betriebs. — Andres, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. — Müller, Ist ein Radioapparat pfändbar? — Körting, Zur Frage der Genehmigungsbedürftigkeit der Belastung eines Grundbesitzes, der infolge der Veräuszerung die Erbhofeigenschaft erlangt, mit einer Restkaufgeldhypothek. — d'Ham, Ist § 1133 B. G. B. Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 B. G. B.?

Jhrg. 39, Heft 11. — Schmitt, Der Weg des deutschen Juristen. — Bauer, Ausländische Rüstung von Nation und Wirtschaft und ihre rechtlichen Grundlagen. — Schieck, Das Reichsnotariat. — Hübner, Zur Prozeszbeschleunigung. — Scheunert, Das Kind als Zeuge. — Münster, Ueber Dienstreisen. — Hager, Alpenländische Vorläufer des Reichserbhofgesetzes. — Eppig, Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht. — Schumacher, Kann der Bauer für seine Pachtforderungen Vollstreckungsschutz beanspruchen? — Borst, Der allgemeine Vollstreckungsschutz bei der Pfändung von Mietzinsforderungen (Zur Anwendung des § 19 V. v. 26. Mai 1933). — Heinze, § 391 Z. P. O. neuer Fassung in seiner Anwendung für den ersuchten Richter

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 100, Heft 1. — Binder, Bemerkungen zum Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft. — Laue, Der Eigentumsvorbehalt auf der Rechnung nach vorbehaltlos abgeschlossenem Kaufvertrag.

Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 14, Heft 2. — Schenk, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. — Merkl, Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika „Quadragesimo anno". — Kelsen, Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens.

Revue trimestrielle de Droit civil, 33e année, no. 1. — Geny, Des garanties légales et conventionelles du vendeur de coupes de bois sur pied en cas de faillite ou de liqui-

dation judiciaire de l'acheteur. — PERREAU, Réglementation légale impérative des assurances.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 14e année, no. 2. — Nécrologie (Roi Albert). — BEKAERT, L'expulsion des étrangers et le délit de rupture de ban (Application de la loi du 12 février 1897 et des arrêtés royaux du 15 décembre 1930 et du 14 août 1933). — BELYM, Le système pénitentiaire italien.

No. 3. — BEKAERT, L'expulsion des étrangers et le délit de rupture de ban (Application de la loi du 12 février 1897 et des arrêtés royaux du 15 décembre 1930 et du 14 août 1933). — BELYM, Le système pénitentiaire italien.

No. 4. — VERVAECK, Les possibilités de traitement et de rééducation des anormaux à tendances anti-sociales.

No. 5. — HÉGER-GILBERT et DE LAET, Les séquelles douloureuses des traumatismes et leur indemnisation. — VERVAECK, Les possibilités de traitement et de rééducation des anormaux à tendances anti-sociales.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 74e année, no. 1, 2, 3 et 4. — DEMONTÈS, La protection des fonds de commerce. — GEVERS, Droits et devoirs respectifs des époux. — BALIS, Des dommages et intérêts dus a raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour object une somme d'argent. — BAUDOUIN, De l'exécution des jugements contre les tiers. — GÉGOUT, L'interprétation littéraire des lois pénales. — VANDAMME, La concubine doit-elle être admise a agir en réparation contre l'auteur de la mort de celui avec qui elle vivait? — PREVOST, Des droits du bailleur, propriétaire d'immeuble, dans la faillite de son locataire. — BELIN, La notion d'utilité publique et l'administration communale.

Yale Law Journal, March 1934, nr. 5. — MILLER, An agency for social control. — LORENZEN, International and interstate aspects. — RICE and GROSSMAN, Reissued patents and intervening rights.

April 1934, nr. 6. — CLARK and SHULMAN, A study in judicial administration. — HARPER and KIME, The duty to control the conduct of another. — GELHORN, Federal workmen's compensation for transportation employees.

Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XIV, fascicolo III. — SICHES, Assunto e prospettiva della Filosofia del diritto (I). — PARESCE, Diritto, norma, ordinamento (II). — QUADRI, Il fondamento del diritto di punire nel pensiero di S. Paolo. — ALBERTARIO, L'opera di Pietro Bonfante.

THEMIS

XCVste DEEL — VIERDE STUK

Het Staatsrecht der negentiende eeuw

door

Mr J. C. BAAK

Subst.-Griffier bij de Arr.-Rechtbank te Amsterdam
Membre adhérent de l'Académie Diplomatique Internationale
Oud-Directeur van de Ligue des Sociétés de la
Croix-Rouge te Parijs

(Vervolg van «Themis» 1934, derde stuk, blz. 289)

Inhoud

Fransche staatsleer der 19e eeuw. Evenals de philosophische staatsleer van HEGEL haar indirecten invloed in de Duitsche theorie had op de aprioristische constructie van den souvereinen rechtsstaat, zoo had de staatsleer van ROUSSEAU haar invloed op de Fransche theorie van de souvereiniteit der Natie.

De Fransche staatsconstructie is gebaseerd op de autonomie van de Natie: deze autonomie is voor haar de eenige grondslag voor het „reign of law". Terwijl dus in de Duitsche leer de Staat *zichzelf* aan het recht *bindt,* stelt de Fransche leer de theorie van de *zelfbepaling* der Natie op. Het accènt ligt anders, maar de dogmatische constructie is dezelfde. De antinomie van autonomie tot objectieve rechtsorde heerscht hier evenzoo als in de Duitsche leer (vgl. onze critiek op ROUSSEAU). In de Duitsche leer bindt zich de Staat-Overheid, in de Fransche leer de Natie.

Om dit nader te adstrueeren, zijn wij genoodzaakt de beteekenis van de „Volonté Générale" van ROUSSEAU opnieuw aan een analyse te onderwerpen. Wij zullen er niet toe overgaan, op het voetspoor van velen (114), het gefingeerde karakter van dit begrip nogmaals aan te wijzen. Het is te zeer duidelijk, dat de „Volonté Générale", noch als sociologisch, noch als juridisch begrip, zich in het staatsleven laat aanwijzen. Als instinct te intermitteerend, te onberekenbaar en te onzeker, als redelijk inzicht voor een grondslag der rechtsorde zonder criterium, als kleurlooze „openbare meening" van empirisch tot normatief begrip heen en weer zwenkend, kan er slechts als rechtsbegrip een bepaalde beteekenis aan worden toegekend. Zij dient dan als noodzakelijke basis der rechtsorde, noodzakelijk omdat ROUSSEAU van de „volonté individuelle" was uitgegaan. Daarmede is

---

(113; zie 3e stuk, blz. 289) AUSTIN, Lectures on Jurisprudence, 4 ed. by R. CAMPBELL, London, 1879.

(114) LASKI, A Grammar of Politics, pag. 29 vlg.

echter tevens haar rationalistische karakter luce clarius bewezen (115).

Op deze „Volonté Générale" berust nu echter het *feitelijke* sociologische begrip der „Natie", dat echter als grondslag der Staats*rechtsorde* wordt beschouwd. Op deze wijze legt men aan de rechtsorde een feitelijk begrip ten grondslag en begeeft zich daardoor in dezelfde antinomie als de Duitsche leer, die den feitelijken Staat als basis der rechtsorde aanziet.

Hoe dit ook zij, het aannemen der „Natie" als grondconstructie van den Staat heeft mogelijk gemaakt, den Staat als eenheid der rechtsorde te beschouwen.

Wanneer deze eenheid der rechtsorde het aspect aannam van de één- en ondeelbaarheid van den *Staat*, dan sproot dit slechts voort uit de onvoldoende critische onderscheiding, welke in die periode nog gemaakt werd tusschen het rechts- en het Staatsbegrip. Het begrip van de eenheid der staatsorde, innerlijk even tegenstrijdig als het begrip der souvereiniteit, was in die dagen evenzeer van vitaal interesse als dat laatste begrip.

De zelfbepaling (autonomie) der Natie kan van rechtsnormatief standpunt logischen zin hebben, wanneer zij wordt aangewend om haar te stellen tegenover den wil van andere Naties: zij bedoelt dan uit te drukken, dat de Natie tegenover andere onafhankelijk is. Zoodra men de autonomie echter stelt tegenover den rechtsnorm, dan begeeft men zich in de grondantinomie: zelfbinding tegenover gebondenheid aan de objectieve rechtsorde.

Dit laatste kon versluiterd worden door het feit, dat de leer van de autonomie der Natie *noodzakelijkerwijze* een bepaalden inhoud scheen mede te brengen: erkenning der menschenrechten; algemeenheid van wetsnormen (codificatie), waarin de erkenning van rechtszekerheid opgesloten lag; scheiding der machten (MONTESQUIEU) en onderwerping der uitvoerende aan de wetgevende macht (ROUSSEAU).

Zien wij echter, dat juist deze inhoud *zelf* innerlijk weder aan antinomieën onderworpen is, dan zal tevens blijken, dat

---

(115) KELSEN, Allgemeine Staatslehre, pag. 36, 37:: „Hinter diesem politischen Zweck einer offenbar Unwahres behauptenden Theorie verbirgt sich . . . . ihre rechtslogische Funktion: die Emanzipation der Geltung der positiven Rechtsordnung von den Wünschen und Wollen der Subjekte".

het begrip van de autonomie der Natie geenszins *noodzakelijkerwijze* een bepaalden inhoud medebrengt. Immers: waartoe is de erkenning der menschenrechten noodzakelijk? Blijkbaar niet om deze te handhaven tegenover het Vorstenabsolutisme, dat in de Revolutie door de autonome Natie overwonnen is. Maar blijkbaar om ze te handhaven tegenover het absolutisme der Natie zelf (116). Immers de autonome Natie, almachtig als zij is, bezit geen objectief redelijk criterium voor rechtsvorming (behalve het abstracte algemeen belang). De autonome Natie is als rechtsbegrip dus op de antinomie opgebouwd van individueele vrijheid tegenover algemeen belang (117).

Deze conclusie geeft ook uitsluitsel over de verhouding van natuur- en positiefrecht zooals die zich volgens de leer van den souvereinen rechtsstaat laat denken. Principieel wordt in deze leer elk natuurrecht verworpen en het recht enkel op den staatswil gebaseerd. Is echter de „ursprüngliche Herrschersmacht" van de Duitsche school niet reeds een natuurrechtelijke constructie? (118) Immers in dit systeem is de Staat onveranderlijk op zichzelf gebaseerd en met de natuur zèlf gegeven. Hetzelfde is in zeker opzicht het geval — hoewel de antinomie van het „Contrat social" hier geen definitief oordeel toelaat — met de „souveraineté inaliénable" van den Staat volgens Rousseau. Hoeveel te meer echter moet dit gelden van de grondrechten van den mensch en burger! De verklaring van de rechten van den mensch immers is niet vrijwillig geschied: volgens den geest des toenmaligen tijds *moest* de Staat deze rechten inderdaad déclareeren.

Dat nu het recht der 19e eeuw toch als positief recht werd

---

(116) Spencer's uitspraak is bekend, dat de souvereiniteit van den Vorst afgegleden is op de schouders der Natie.

(117) Duguit, t. a., I, pag. 479: „Dans la doctrine individualiste on oppose à la souveraineté de l'Etat l'autonomie de l'individu qui elle aussi est vraiment une souveraineté".

Ibid. pag. 480: „Pour maintenir malgré cela l'autonomie de l'individu, ils ont, en des formes diverses, développé ce sophisme que l'individu ne trouve la plénitude de son être que dans l'Etat". (Inderdaad is dit echer niet, zooals wij gezien hebben, een sophisme, maar een fictie, bestemd om de antinomie te overbruggen.)

(118) Jellinek, Allgemeine Staatslehre [3], pag. 180—181: „Der Staat is die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen".

beschouwd, heeft waarschijnlijk zijn oorzaak hierin, dat het *feit* dat de Staat rechtsstaat was, in positivistischen gedachtengang als apriori gegeven grens voor het juridisch denken werd beschouwd en daarom 1°. het individualistische recht slechts op den staatswil gebaseerd gedacht, en 2°. omgekeerd deze staatswil weder als op den subjectieven wil der staatsburgers opgebouwd werd voorgesteld. Deze „kringloop van het verstand" belemmerde het uitzicht op het natuurrecht. Naderhand werd echter de staatswil zonder nadere rechtvaardiging als eenige bron van het recht beschouwd: het dogmatische positivisme heeft zijn intrede gedaan.

Het blijkt dus, dat, zeer scherp gesteld, hier niet alleen twee souvereiniteiten — Staat en individu — tegenover elkander staan (zooals Duguit verklaart (119)), maar twee natuurrechtelijke souvereiniteiten. Beide zijn dus irréductibel en kunnen slechts door de leer van de autonomie der menschelijke persoonlijkheid schijnbaar tot een eenheid worden verbonden.

De „formeele" en de „materieele" verzekering van de vrijheid der Natie zijn dus met elkander in hetzelfde conflict gebleven als zij in den beginne waren (120).

Zoo moet de Staat er ook practisch toe komen zijn souvereiniteit steeds sterker te doen gelden, zooals de individu steeds meer zijn vrijheid zal handhaven, daar de Staat immers onveranderlijk het abstract-algemeene, de individu het abstract-bijzondere belang vertegenwoordigt. Wederom ziet men hier een nieuwe manifestatie van de rationalistische tegenstelling van algemeen tot bijzonder. De ontwikkeling van het internationalisme, het anarchisme en het socialisme, waarop wij binnenkort terugkomen, kan men in dit kader als een immanent-noodzakelijke ontwikkeling begrijpen.

Esmein. In de klassieke Fransche staatsrechtsleer vierde deze constructie ware triomfen. Wij wijzen op Esmein, die het staatsrecht baseert op de „souveraineté nationale". Onze auteur constateert zelf de continuïteit van zijn leer met de con-

(119) T. a. p., I, pag. 479.

(120) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 3: „Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation". Daarnaast art. 2: „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme".

structie van ROUSSEAU, waar hij verklaart (121): „Pour les hommes du XVIIIe siècle qui proclamèrent ce principe, il trouvait sa justification complète . . . . dans la théorie du Contrat social". Hij geeft dan vervolgens toe, dat deze theorie zelf, na in de 19e eeuw een belangrijke rol te hebben vervuld, thans bijna geheel is verlaten (122). Zelf vindt ESMEIN nu zijn sociologische grondslag van het recht, door van het logisch abstract geconstrueerde algemeen belang uit te gaan, en dan bijna onmerkbaar tot de dragers van dat algemeen belang, de volksgenooten, over te glijden (123). Daartegenover was ESMEIN in den aanvang van zijn werk (124) van het juridisch begrip der Natie uitgegaan: „ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles". Men wordt dus in een vicieuzen cirkel rondgeleid. De auteur gaat verder voort: „Cette autorité s'appelle la souveraineté. Cette personne morale, c'est l'Etat, qui se confond ainsi avec la souveraineté, celle-ci étant sa qualité essentielle". Dit schijnbaar onbegrensde subjectieve recht van den Staat wordt dan vervolgens (het bekende dualisme!) aan de natuurrechtelijke grondrechten van den individu gebonden (125). Daarnaast wordt (in strijd met GIERKE) aan het bijzonder karakter van den Staat tegenover alle andere sociale formaties volstrekt vastgehouden. De drie exclusieve criteria van den Staat zijn, volgens ESMEIN: 1°. „un territoire déterminé, et une allégiance nécessaire"; 2°. „le droit de sanctionner les lois" (Herrschaft); 3°. een bijzondere sociale basis: „l'Etat est la traduction juridique d'un fait social" (126).

Speciale quaesties. Reeds tegen het midden der 19e eeuw werd de leer van de ondeelbaarheid van de staatsmacht door TOCQUEVILLE bestreden (127). Voor hem is de souvereiniteit niet uitsluitende almacht, maar nadert tot de (op haar

---

(121) A. ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel français et comparé. 6me éd. revue par J. BARTHÉLÉMY, 1914, pag. 272 vlg.

(122) T. a. p., pag. 277.

(123) T. a. p., pag. 280—281.

(124) T. a. p., pag. 1.

(125) T. a. p., pag. 29.

(126) T. a. p., pag. 34.

(127) De la démocratie en Amérique. 13me éd. Paris, PAGNERRE, 1850, 2 tomes.

gebied) uitsluitende staatsmacht. De leer van de „reign of law" kan practisch bij deze gedachte aansluiten. „Hoogste" competentie betreft dan slechts hoogste tegenover *andere* rechtspersonen; niet tegenover de rechtsorde, aan welke zij natuurlijk altijd onderworpen is. TOCQUEVILLE immers onderscheidt (in de Vereenigde Staten) wèl de „souveraineté des Etats" en de „souveraineté de l'Union" (128), maar onderwerpt beide aan de „souveraineté du peuple" (129).

Hiermede is niet gezegd, dat de leer van de deelbaarheid der positivistische souvereiniteit dogmatisch te rechtvaardigen zou zijn. Maar ondanks deze politieke formuleering ziet men hier reeds de practische mogelijkheid geboren worden om de staatscompetenties tegenover elkander af te grenzen en te onderwerpen aan een hoogere orde.

De rationalistische tegenstelling van algemeen tot bijzonder principe hangt ook samen met de *tegenstelling* (niet slechts: de onderscheiding) van publiek- en privaatrecht, die door het rationalisme wordt gemaakt. Het kader hiervoor was gegeven, sedert ROUSSEAU de *tegenstelling* van „Volonté Générale" tot „Volonté de tous" opgesteld had. Het publieke recht betrof het algemeene, het privaatrecht het particuliere belang; het eerste was het gebied van de oplegging door de staatsautoriteit, het tweede dat van de overeenstemming der particulieren. Twee theorieën dienden om de tegenstelling wetenschappelijk te fundeeren: de interessentheorie (130) en de theorie van de meerwaarde of de subjectstheorie (131).

Deze volstrekte tegenstelling scheen in het Frankrijk van 1792 hare practische rechtvaardiging te vinden. Daar, in den geest van ROUSSEAU, alle „corps intermédiaires" in den „Etat un et indivisible" waren afgeschaft, kon deze tegenstelling in groote lijnen zeer aannemelijk lijken. De geest des tijds werkte mede, dat men de publiekrechtelijke elementen in het privaatrecht verwaarloosde; evenzeer delgde men alle pri-

---

(128) t. a. p., pag. 201.

(129) T. a. p., pag. 65.

(130) Oorsprong bij ULPIANUS L. 2 D. de iustitia et iure 1, 1 en Inst. 1, 1: „Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem".

Deze theorie is voornamelijk gecritiseerd door THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, pag. 110 vlg.

(131) O. MAYER (Deutsches Verwaltungsrecht) spreekt van den Staat als van de „rechtlich überwiegende Macht".

vaatrechtelijke elementen in het publiekrecht uit (132). Hoezeer dit systeem de leer der staatsaansprakelijkheid heeft beïnvloed, en de rechtspraak van den Conseil d'Etat in het leven heeft geroepen, behoeft hier niet te worden nagegaan (133).

Intusschen waren, met name buiten Frankrijk, de „corps intermédiaires" geenszins overwonnen. Hunne aanwezigheid verstoorde, met name voor de Duitsche wetenschap, de strenge scheiding tusschen publiek- en privaatrecht. JHERING (134) en VON STEIN (135) lijfden de corporaties bij het publieke recht in (136).

Een andere strooming had reeds geleid tot een principieele ontkenning van het onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht (137). In latere decenniën zou deze gedachte op twee wijzen worden voortgezet: bij hen, die principieel een onderscheiden *criterium* lochenden (138), en bij hen, die een practische scheiding van beider *gebied* ontkenden (139). Een tusschenstandpunt werd door hen ingenomen, die dialectisch beide in de verschillende rechtsordeningen vervolgden (140).

Daartegenover had de romantiek op het principieele overwicht van het publiek- tegenover het privaatrecht ge-

---

(132) KRABBE, Die moderne Staatsidee, pag. 251.

(133) KORTHALS ALTES, De staatsaansprakelijkheid volgens de rechtspraak van den Conseil d'Etat in Frankrijk. Amsterdam, 1923, pagg. 202 vlg.

(134) Der Zweck im Recht, 1904, pag. 237.

(135) Die Lehre von der vollziehenden Gewalt, III, Berlin, pag. 6, 105.

(136) Vgl. de onderscheiding die JELLINEK in zijn „System der subjektiven öffentlichen Rechte" maakt tusschen „Kann-" en „Darfrechte".

(137) SCHELLING, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums. System des transzendentalen Idealismus.

(138) LASSALLE, System der erworbenen Rechte. Leipzig, 1861, I, pag. VII.

PREUSS, Gemeinde, Staat, Reich. Berlin, 1889, pag. 233.

KELSEN, Allgemeine Staatslehre. pag. 80 vlg.

EHRLICH, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, I, 1902, pag. 240.

(139) BERNATZIK, Die juristische Persönlichkeit der Behörden. Freiburg, 1890.

STAMMLER, Lehrbuch der Rechtsphilosophie [2], 1923, pag. 275 vlg.

(140) JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, pag. 383 vlg.

wezen (141). Het systeem van VON BÜLOW, dat als een begin kan worden beschouwd van de leer van de z.g. „Stufenbau", baseerde zich op een soort delegatie vanwege het publiek- aan het privaatrecht.

In geheel tegenovergestelden gedachtengang construeerde KRABBE het overwicht van het privaat- tegenover het publiekrecht. Zijn oogmerk, evenals dat van KELSEN, was de juridische gelijkwaardigheid van den Staat en de individuen te vindiceeren (142). DUGUIT tenslotte zou alle dualiteit in zijn systeem van de solidariteit overbruggen (geen bevoegdheid zonder verplichting) (143).

Een andere oplossing werd door GIERKE en zijn school gezocht (144). GIERKE trachtte niet het onderscheid tusschen publiek- en privaatrecht in één systeem te overwinnen, doch door de constructie van een derde rechtsorde (Sozialrecht) een bemiddelend element te vinden. De onderscheidingen, die door GIERKE en op zijn voetspoor door zijn volgelingen met min of meer succes zijn opgesteld, verdienen alle aandacht. Wij wilden hier slechts aantoonen, hoezeer het onoplosbaar dualisme van publiek- tot privaatrecht tot een serie tegenstrijdige oplossingen leidde en in verband met zijn grondslag: den „Etat un et indivisible", leiden *moest*: de grondantinomie kan in haar uitwerking slechts nieuwe antinomieën voortbrengen.

Nog een andere tegenstelling beantwoordde aan de grondtegenstelling van staatssouvereiniteit en individueele vrijheid en de daarop gebaseerde antithese: publiek- en privaatrecht. Het is de *tegenstelling* van wet tot contract, die daaruit logisch voortvloeit. Als tegenstelling is de verhouding van wet tot contract alleen denkbaar, wanneer de wet beantwoordt aan den wil van den Staat-Overheid in abstracto gezien, en het contract aan den wil van den bijzonderen individu, in abstracto gezien. Ook deze tegenstelling kan slechts na overwinning van het rationalisme overwonnen worden.

---

(141) HUGO, Lehrbuch des Naturrechts, pag. 120.

(142) Lehre der Rechtssouveränität, 1906. Die moderne Staatsidee, pag. 159 vlg.

(143) Traité de droit constitutionnel. Parijs, 1911, pag. 64, en Traité, 1920, I, pag. 522; vgl.: JÈZE, Cours de droit public. Paris, 1923, pag. 161.

(144) GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtssprechung. Berlin, 1887.

Internationale, socialistische en anarchistische theorieën. Wij hebben reeds gezien, hoe ROUSSEAU de tegenstelling van maatschappij tot Staat niet alleen had bestendigd (hoewel hij tevens de maatschappij tot Staat had doen worden!), maar haar zelfs had gepreciseerd en in systeem gebracht, door aan beide begrippen de twee criteria resp. van het bijzondere en het algemeene toe te kennen.

Het kan dan ook geen verwondering wekken, wanneer gedurende de geheele 19e eeuw tegenover de leer van den souvereinen Staat als tegenhanger de leer van de staatlooze internationale heeft gestaan. Immers het rationalisme behoefde zijn accent slechts te verschuiven (*materieel* doordat het *niet* den individu als het bijzondere en den Staat als het algemeene, maar omgekeerd, de vrije gemeenschap der individuen als het algemeene en den Staat als het bijzondere begrip beschouwde — en *formeel,* doordat het de tegenstelling tusschen algemeen en bijzonder tot in zijn uiterste consequenties doortrok en het bijzondere niet meer als datgene beschouwde, wat door het algemeene diende te worden beheerscht, maar als wat door het algemeene radicaal diende te worden overwonnen) om wederom uit zichzelf nieuwe tegenstellingen voort te brengen (145). Wij zullen inderdaad zien, dat bovengenoemde consequenties steeds scherper zouden worden getrokken.

Voor velen moest de constructie van ROUSSEAU in werkelijkheid een schijnconstructie blijken te zijn: ROUSSEAU had de absolute autoriteit over de maatschappij bestendigd, wier (d. w. z. der autoriteit) bestaan hij immers ook blijkens den aanvang van het „Contrat social" had willen rechtvaardigen!

Een meer realistische beschouwing zou hiertegenover geneigd zijn de mogelijkheid van vrijheid voor den individu slechts te zien in een régime zonder gezag (146) en de „reign of law" slechts buiten den Staat mogelijk te verklaren.

De Schot FERGUSON, voortbouwende op het oudere natuurrecht van PUFENDORF, proclameerde het primaat van de maatschappij boven den Staat (147); SAINT-SIMON zag in de maat-

---

(145) DUGUIT, t. a. p., I, pag. 480: „La doctrine individualiste conduit ou bien à l'anarchie ou à l'absolutisme complet de l'Etat avec J. J. ROUSSEAU, KANT, HEGEL et plus près de nous ESMEIN".

(146) ENGELS in 1883: „de vrijheid van de arbeidersklsase is de vrijheid van de *geheele menschheid*".

(147) An Essay on the history of civil society, 1766.

schappij een moreel-utilitaire ordening die den strijd der klassen bij uitsluiting van den Staat zou regelen (148).

HEGEL ziet in zijn groote synthese de maatschappij niet als tegenstelling tot den Staat, maar als een overgangsvorm tusschen individueel en algemeen belang, tusschen economische en geestelijke waarden. Tot de maatschappij behoort, weliswaar, „das System der Bedürfnisse" (welvaartspolitie, corporaties, enz.), maar in de maatschappij zelf werkt reeds de redelijke wil, die hare volledige en machtige ontplooiing in den Staat vindt. De maatschappij als overgangsvorm kon bij latere auteurs aldus geïnterpreteerd worden, dat de maatschappij als type van de op contract gebaseerde, economisch-vrije samenleving tegenover den (machts)staat een hooger type vertegenwoordigt.

LORENZ VON STEIN staat nog inzooverre onder HEGEL's directen invloed, als hij in zijn systeem den Staat behoudt, die echter niet meer op de maatschappij vormend inwerkt. Als kenmerkend begrip voor de maatschappij beschouwt hij de klasse (149).

Bij VON MOHL is de „Gesellschaft" een soort van zelfstandige tusschenvorm tusschen individu en familie éénerzijds en Staat anderzijds. Voor den samenhang met ons hoofdthema: de verhouding van Staat tot recht, is het misschien van belang er aan te herinneren, dat de „Gesellschaft" bij VON MOHL permanente belangen der menschheid vertegenwoordigt (150). De „Gesellschaft" is bij VON MOHL het terrein van de *samenwerking* der menschen: juridisch uitgedrukt: de rechtsorde van het *verdrag*; tegenover den Staat als de rechtsorde van de *autoriteit* (immers deze auteur aanvaardt de beide bovengenoemde rechtsorden gelijkelijk).

SPENCER onderscheidt het militaire type van den Staat, hetwelk op de wet berust, van het industrieele type, hetwelk op verdrag gebaseerd is. Aan het laatste wordt de toekomst voorbehouden: voor SPENCER is dus het verdrag niet de aanvang, maar het einde der staatsontwikkeling: een tegenstel-

---

(148) Catéchisme des industriels, 1822—1823.

(149) Der Begriff der Gesellschaft und die sociale Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre 1830 [2]. Leipzig, 1855.

(150) Enzyklopädie der Staatswissenschaften, pag. 27 vlg.

Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, I, pag. 88 vlg.

ling, hoewel relatief, wordt tusschen Staat en maatschappij opgesteld (151).

Andere auteurs gingen er echter toe over, den Staat ten behoeve van de maatschappij geheel te verwerpen. Velen van hen richtten de dialectiek, die HEGEL tot constructie van den souvereinen Staat had doen dienen, omgekeerd, ter constructie van de vrije maatschappij, tegen den Staat.

Bij PROUDHON wordt de Staat ten behoeve der vrije maatschappij met geweld afgebroken: het contract is bij PROUDHON zelfs niet de grondslag van den Staat, maar kan slechts in een autoriteitlooze maatschappij tot ware gelding komen (152). Tegenover het rationalistisch raisonnement over den abstracten Staat stelt PROUDHON de actie; tegenover de abstracte wet de concrete anarchie; tegenover het abstracte algemeene belang het concrete belang van individuen en groepen. Ook PROUDHON meent in zijn anarchistische gemeenschap de heerschappij van het recht te hebben gevestigd (153).

MARX valt, in tegenstelling tot zijn „leermeester" HEGEL, geheel in het rationalisme terug, als hij voor de statenlooze Internationale, die hij scherp tegenover den Staat stelt, een exclusief primaat opvordert. Reeds HEGEL had een oog gehad voor het aspect dat door MARX tot in zijn laatste consequenties zou worden ontwikkeld, n.l. den Staat als het bijzondere en de wereldorde als het algemeene begrip (154). De dialectiek van HEGEL wordt nu door MARX gebruikt om het rijk der vrijheid op te bouwen op de negatie van den Staat. Het contrast van algemeen tot bijzonder wordt door hem niet alleen gedramatiseerd, maar ook, door het voorspelde cataclysme van de burgerlijke wereldorde, direct in de historie geplaatst (155), terwijl rationalisten als HOBBES en ROUSSEAU

(151) Werken, VIII, ch. 17, 18.

(152) „Le régne des contrats doit abolir les vieux systèmes de justice distributive, de règne des lois. L'idée de contrat est exclusive de celle de gouvernement": Idée générale de la révolution, 1851, pag. 124. „Réduire les attributions de celle-ci (de l'autorité centrale) à un simple rôle d'initiative, de garantie mutuelle et de surveillance": Du principe fédératif, 1868, pag. 56.

Vgl. M. LEROY, La transformation de la puissance publique, pag. 273.

(153) „Entre le pouvoir et l'individu, il n'y a donc que le droit": De la justice dans la Révolution et dans l'Eglise, II, pag. 114.

(154) T. a. p., § 336.

(155) Das Kapital. Volksausgabe 4, Stuttgart, 1921.

de tegenstelling slechts in de theoretische constructie van het „covenant" resp. het „Contrat social" hadden geformuleerd. Dit is een element van MARX' beroemde „Wendung" van utopie tot werkelijkheid.

Bij MARX en ENGELS (156) wordt de maatschappij als drager der exclusief waardevolle economische orde, de socialistische, beschouwd. Mensch zijn beteekent economische zelfstandigheid bezitten; dit mensch zijn werd door de uitbuiting der economische afhankelijkheden onmogelijk gemaakt (het moreele oordeel gaat hier schier onmerkbaar het economische oordeel vervangen!). De vrijheid en gelijkheid der menschen kan slechts verwezenlijkt worden na bevrijding van deze economische banden. De antinomie van MARX' stelsel is gebaseerd op de identificatie van de economische afhankelijkheid met de menschelijke onvrijheid en ongelijkheid eener- en de economische onafhankelijkheid met de menschelijke vrijheid en gelijkheid anderzijds.

Een andere antinomie is gelegen in de oncritische vermenging van de causale en de dialectische methoden: recht en Staat zijn een product der economische verhoudingen, en tevens zal door de wereldrevolutie mèt de economische afhankelijkheden tevens de garant dezer afhankelijkheden, de Staat, een einde nemen (157). Het proletariaat zal een nieuwe klassenlooze, staatlooze en cosmopolitische maatschappij vormen; de Overheid zal tot een technisch-economische administratie gereduceerd zijn.

Wanneer wij hier deze beschouwingen hebben gebracht, dan was het niet teneinde een historisch overzicht over de verschillende staatstheorieën der 19e eeuw te geven, overzicht, dat noodzakelijkerwijze onvolledig zou moeten zijn. Wij deden dit omdat wij meenen, dat deze theorieën reeds enkele hoofdtendenties inhouden, die wij in onze dagen tot meerdere ontwikkeling zien komen. Verschillende sociale en juridische stroomingen zochten in het kader van den souvereinen rechtsstaat hunne ontplooiing, of, haar niet vindende, verlangden het kader van dezen Staat geheel te doen springen. Het scheen ons noodzakelijk, ons op deze voorgeschiedenis van de moderne staatsleer te baseeren, teneinde een zekere continuïteit in de doctrine niet uit het oog te verliezen, continuï-

(156) O. m. in Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates[10], Stuttgart.

(157) Vgl. speciaal ENGELS, t. a. p., pag. 143.

teit, die ook bij de analyse van het moderne recht ons inzicht zal kunnen verhelderen en ons voor overijlde conclusies bewaren. Wij hebben aldus tevens de vele rechtsgoederen leeren kennen, die de noodzakelijke, want min of meer constante bouwstof voor elke rechtsleer vormen en waardoor de leer van den souvereinen rechtsstaat, afgezien van hare innerlijke antinomieën, op den duur voor andere theorieën had plaats te maken.

Moderne theorieën van den Staat. Tegenover het rationalistische principe van den Staat, dat wij in zijn vele manifestaties vervolgd hebben, zou speciaal in de 20e eeuw van verschillende zijden oppositie komen.

De verschillende rechtsgoederen, welke in de oude theorie miskend waren, zochten hunne revanche; de aprioristische deductie uit den individueelen staatswil had het contact met de rechtswerkelijkheid verloren.

1. Als reactie tegenover het *materieel* terugvoeren van alle recht tot den staatswil (positivisme) zou een nieuw natuurrecht met wisselenden inhoud worden geproclameerd (Stammler).

2. De principieele antinomieën, welke *formeel* in de positivistische leer van de souvereiniteit, alsmede in het dualisme der juridische en der feitelijke staatsleer besloten liggen, brachten Kelsen er toe, in zijn „zuivere rechtsleer" een overwinning dezer antinomieën te beproeven.

3. De constructie van den onverantwoordelijken feitelijken Staat-Overheid bracht bij Duguit en Krabbe twee analoge theorieën naar voren, die zich ten doel stelden het geheele staatsleven aan het recht te onderwerpen (resp. leer der feiten of solidariteit, en leer van het rechtsbewustzijn).

4. De leer van de almacht en ondeelbaarheid van den souvereinen Staat kon geen voldoening geven aan de verschillende politieke tendenties, die een emancipatie uit deze almacht nastreefden. Tegenover de rationalistisch-abstracte eenheidsleer kwam op die wijze een pleiade van pragmatisch-concrete en pluralistische theorieën op (wij noemen: Laski).

Echter was ons gebleken, dat de leer van den souvereinen rechtsstaat reeds in den loop van de 19e eeuw niet zonder een permanenten tegenspeler was geweest, die in dezelfde grondantinomie van autonomie en objectieve orde zijn oorsprong had gevonden: de internationale theorieën. Wij zullen thans trachten aan te toonen, dat de theorieën van Stammler,

KELSEN, DUGUIT, KRABBE en LASKI evenzeer met die antinomie belast zijn, hoezeer zij alle op hunne wijze de souvereiniteit van het recht trachtten te verzekeren.

Stammler. In de rechts*practijk* moest een onvoldaanheid opkomen met de leer van het positieve recht, voornamelijk sedert de Staat eenerzijds niet meer met de behoeften der rechtsontwikkeling gelijken tred kon houden, en anderzijds een meer sociale tendentie zich tegenover het nog heerschende individualisme in het recht begon te verzetten. In de rechts*theorie* moest het gebrek aan objectieven maatstaf bij het positivisme, het inzicht wekken in de onmogelijkheid in het aanleggen van waardeeringsmaatstaven en derhalve van een objectief gefundeerde critiek van den rechtsinhoud.

De spontane reactie tegen de logische begripsdeducties (reactie reeds door JHERING voorbereid!) werd gevormd door de Freirechtschule, welke den rechter een grooter vrijheid tegenover de wet vindiceerde dan het positivisme dit (in principe) had toegestaan. Wij vermelden deze strooming hier, omdat zij belangrijk critisch vóórwerk heeft verricht, maar gaan niet verder op haar in, omdat zij een zeer zwakke principieele en dogmatische waarde heeft en dus ook weinig of geen richtlijnen heeft kunnen geven. Ook de sociologische rechtsleer (158) heeft de oude antinomieën niet kunnen oplossen. Zij voert veeleer een sociologische causaliteitsleer (normative Kraft des Faktischen) in het recht in, en is daardoor de grondslag van de antinomie tusschen norm en feit. Bij GÉNY treedt een psychologische intuïtieleer op, welke evenzeer tot het recht in antinomie staat.

Principieel een antipode, maar practisch in hare uitwerking even weinig „vruchtbaar" (159) is de rechtsphilosophische leer van R. STAMMLER (160). Met het oogmerk het rechtspositivisme te overwinnen, zocht STAMMLER een boven-

---

(158) EHRLICH, Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1913.

GÉNY, Méthode d'interprétation en droit privé positif [2], 2 vols, 1919.

Idem. Science et technique en droit positif. 1915.

(159) Dr. W. SAUER, Fruchtbarkeit der Rechtsphilosophie? Ziele unserer Wissenschaft. A. f. R. W. Ph. Jan. 1927, pag. 183—204.

(160) Speciaal: „Die Lehre von dem richtigen Recht" [9]. Halle, 1926. „Wirtschaft und Recht". „Theorie der Rechtswissenschaft". „Lehrbuch der Rechtsphilosophie".

empirischen grondslag van het recht in den kategorialen denkvorm: „unverletzbar selbstherrlich verbindendes Wollen" (161). In neokantiaanschen geest past STAMMLER dezen denkvorm (162) op de „materie" toe, n.l. op de „ungeformte Wirtschaft". Dat hij daarnaast aan deze Wirtschaft toch weder een (relatief) eigen vorm toekent, werd hem niet ten onrechte door MAX WEBER voorgehouden (163).

Heeft STAMMLER op deze wijze dus zijn „rechtsbegrip" gewonnen, dan moge hier als critiek er reeds onmiddellijk aan herinnerd worden, dat STAMMLER de grenzen, welke aan het denken door zijn leermeester KANT zijn gesteld, flagrant overschrijdt. KANT had zijn critische vraag: „hoe is natuurwetenschap mogelijk" alleen gesteld voor de causale wetenschappen en ook slechts voor de causale wetenschappen zijn antwoord der synthetische oordeelen apriori, door middel der categoriale denkvormen, gegeven. Voor de normatieve wetenschappen echter zijn regulatieve ideeën de voorwaarde, ideeën die niet op de materie der ervaring worden „toegepast", maar aan de ervaring voorafgaan. Wanneer STAMMLER niettemin het begrip der „denkvorm" met het recht in verbinding brengt, dan verwart hij „vorm" met „norm" en begeeft zich aldus in onoplosbare antinomieën (164).

Naast en zelfstandig van het rechtsbegrip zoekt STAMMLER naar de rechtsidee. Als aanhanger der critische rechtsleer elk materieel natuurrecht verwerpend, kan hij dit slechts als

---

(161) Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung [3]. Leipzig, 1914.

(162) „De Begriff des Rechts gerade in seiner *kategorialen* Eigenart (grenzt) einen Teil des sozialen Wollens von anderen Teilen des letzteren ab": R. STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte [9], pag. 23.

(163) M. WEBER, R. STAMMLER's „Ueberwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung. Gesamte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. 1922, pag. 291 vlg.

(164) Vgl. de critiek bij E. KAUFMANN, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Tübingen, MOHR, 1921, pag. 26: „Erst KANT nahm die gründliche Scheidung von Form und Stoff in der Kritik . . . . entscheidend wieder auf und löste das damit gestellte Problem für die Naturwissenschaft. Aber *nicht* mit gleichem Erfolge für die Rechtslehre . . . .".

Evenzoo critiek bij JULIUS BINDER. Kantianismus und Hegelianismus in der Rechtsphilosophie. A. f. R. W. Ph. Jan. 1927, pag. 251—278, speciaal pag. 260 vlg.

een regulatieve en niettemin tevens „formeele" idee (165) aanvaarden. Wij vragen ons af, welke beteekenis dit begrip „formeel" bezit naast de „formeele" ervaringscategorie, waarmede wij zooeven kennis maakten. En dan blijkt, dat de formeele idee geenszins is een aprioristisch begrip, maar, zooals BINDER zeer terecht verklaart, een abstract ervaringsbegrip (166). Immers de regulatieve Idee van STAMLER, het „soziale Ideal" wordt geformuleerd als „die Gemeinschaft frei wollender Menschen" (167), formule waarin verschillende ervaringsbegrippen voorkomen. Men overziet hier reeds dat de verwarring der begrippen ten top is gestegen.

Wanneer dus algemeen aan STAMMLER wordt voorgehouden, dat het „soziale Ideal" door zijn abstractheid niet geëigend is om op het positieve recht practisch vormend in te werken, dan is dit verwijt slechts gedeeltelijk juist. Het is juist, voorzoover dit „Ideal" als „Idee" (in Kantschen zin: welk een nieuwe verwarring!) inderdaad ook *bedoelt*, slechts regulatief, vormend, tegenover het positieve recht te staan (168). Het is echter niet juist, voorzoover deze „Idee", thans weder als „ideaal" optredende, plotseling blijkt ons bekende ideaal der autonome persoonlijkheid te belichamen. Immers, de „Gemeinschaft frei wollender Menschen" kan wel niet anders zijn dan de gemeenschap der autonome persoonlijkheden.

Is dit echter juist, dan kan het ons niet verwonderen, wanneer onmiddellijk ook hier, als bij ROUSSEAU, de antinomie met de objectieve rechtsorde optreedt. En inderdaad is dit het geval. Terwijl echter bij ROUSSEAU elke, mits algemeene rechtsorde, aan de formeele abstracte vrijheid kan beantwoorden, perkt STAMMLER deze vrijheid plotseling *materieel* in, door slechts *die* wetgeving als beantwoordend aan het „soziale Ideal" te laten gelden, die voortdurend het algemeene

(165) „Die theoretische Rechtslehre (door STAMMLER als de leer beschouwd, die de rechtsidee tot inhoud heeft) nimmt als Stoff ein in der Erfahrung werdendes Recht", t. a. p., pag. 45.

Vgl. ook pag. 155: „Die Form eines Gedankeninhaltes ist die Einheit der bleibend bedingenden Elementen in Gegensatze zu den bestimmbaren", en pag. 156: „der Gedanke der Richtigkeit (ist) die *Form* der sachlichen Würdigung eines Rechtsinhaltes".

(166) „STAMMLER's „reine" Begriffe sind durch generalisierende Abstraktion aus empirischen Rechtstatsachen gebildet".

(167) T. a. p., pag. 141.

(168) T. a. p., pag. 141, 147.

en het bijzondere belang met elkander in harmonie brengt (169) (blijkbaar volgens het „rechtsbewustzijn" van elk tijdperk!). De antinomie is nu hierin gelegen, dat deze materieele harmonieering blijkbaar bij STAMMLER slechts mogelijk is op den grondslag der formeele vrijheid. Voor STAMMLER is het recht een „Wollen" (170); wil hij nu het *doel* der gemeenschap definieeren, dan moet hij het in het „Wollen" opnemen. De antinomie wordt door de fictie overbrugd, dat slechts de vrijwillige toestemming der individuen een harmonische afweging van „Achtung" en „Teilnahme" kan verzekeren: verwarring van logische en empirische interpretatie der „Volonté Générale".

Het nut van de neokantiaansche theorieën van den „Naturrechtler" STAMMLER alsmede van den „positivist" KELSEN is hierin gelegen, dat met deze theorieën het positivisme van het op den staatswil gebaseerde recht overwonnen is. Een blijvende gronslag echter kan nòch de eene, nòch de andere theorie geven.

Kelsen. Deze andere loot van neokantiaanschen stam, die echter niet naar de idee van het recht zoekt, maar, ondanks een formalistisch, ja, natuurrechtelijk uitgangspunt der „hypothetischen Ursprungsnorm" (171), positivistisch (172) georiënteerd is, is de „zuivere rechtsleer" van KELSEN.

Deze zuivere rechtsleer wil alle dualisme van norm en feit, dualisme dat de staats- en rechtsleer van JELLINEK geheel beheerscht, door het normlogische methodenmonisme overwinnen. KELSEN's verschillende werken zijn evenzoovele

---

(169) „Das soziale Ideal ist der Gedanke von der steten Bewährung einer absoluten Harmonie des je denkbaren sozialen Wollens": t. a. p., pag. 143.

„Methodisches Abwägen von Einzelzwecken nach einem Endzweck der Gemeinschaft" (de beide grondbegrippen van STAMMLER's leer zijn die van „Achtung" und „Teilnahme" (pag. 147)).

(170) Vgl. noot 161.

(171) KELSEN zelf erkent het natuurrechtelijk karakter van zijn „hypothetischen Ursprungsnorm": Das Problem der Souveränität, pag. 252.

Critiek bij DOOYEWEERD, De beteekenis der Wetsidee voor rechtswetenschap en rechtsphilosophie. Kampen, 1926, pag. 22—40 en bij HORVATH, Idee der Gerechtigkeit, in Z. f. ö. R. VII, pag. 504 vlg.

(172) Speciale nadruk op het positivistisch karakter van zijn leer wordt gelegd in Allgemeine Staatslehre, pag. 18, 249 vlg.

brillante, hoewel gevarieerde verdedigingen van dit monisme (173).

In zijn streven, dit normlogische monisme philosophisch te fundeeren, vervalt nu KELSEN in dezelfde dwaling als STAMMLER, van de kategoriale denk*vorm* en de rechts*norm* met elkander te identificeeren (174). Bij KANT was het Sollen geen verstandscategorie, maar een regulatieve idee en kon dus bij dezen denker niet op de ervaring worden toegepast. Bij KELSEN wordt het Sollen tot een verstandscategorie, en aan de heerschappij van de logica onderworpen: de rechtswetenschap *schept* (dogmatisch in neokantiaanschen geest) het positieve recht: een voorstelling welke op natuurrecht neerkomt. Reeds herinnerden wij er aan, dat KELSEN zelf zijn „hypothetische Ursprungsnorm" als een natuurrechtelijke constructie beschouwde. Het normatieve wordt van zijn specifiek criterium beroofd, doordat KELSEN de dynamiek der functioneele logica in het normatieve recht laat intreden en aldus alle rechtsbegrippen tot logische relaties uitholt.

KELSEN laat den rechtsinhoud niet als recht gelden, zoodat hij de posiviteit van het recht, in strijd met zijn uitgangspunt, wederom opheft. Daartegenover wordt zijn positivisme weder in een onoplosbare antinomie met de natuurwetenschappelijke causaliteit gebracht (antinomie welke KELSEN juist als fundamenteele dwaling bij JELLINEK had afgewezen!) daar, waar hij van den „Stufenbau" van het recht verklaart: „was gegenüber der höheren Stufe Tatbestand is, erscheint gegenüber der niederen als Norm"; „am Ende, — oder am Anfang, je nach Blickrichtung, — steht das *Wort* oder die *Tat*", en, VERDROSS' uitspraak, dat een rechtsorde positief is, wanneer en zoolang zij zich contretiseert, citeerend, er bijvoegt: „Nur dass damit freilich die im Begriffe der Positivi-

---

(173) Onder meer: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. [1] Aufl., 1911, J. C. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen.

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920. Idem.

De soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922. Idem.

Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1920, Idem.

Sozialismus und Staat, 2 Aufl., 1923. C. L. HIRSCHFELD, Leipzig.

Die Staatslehre des DANTE ALIGHIERI, 1905. FR. DEUTICKE, Wien.

Das Problem des Parlamentarismus, 1925. W. BRAUMÜLLER, Wien.

(174) O. m. Hauptprobleme [1], pag. 169.

tät gelegene Beziehung der Norm auf das Faktum, des Sollens auf das Sein, keineswegs beseitigt ist" (175).

De reden waarom voor KELSEN dit onlogische synkretisme van norm en feit onvermijdelijk was, is gelegen in zijn principieele, op neokantiaansche basis staande *scheiding* van norm en feit. Terwijl KANT nog in zijn „Metaphysik der Sitten" het recht en de zedelijkheid in de objectief-kosmische wereldorde had gebaseerd, hebben de Neokantianen mèt alle levensgebieden ook de norm uit deze wereldorde uitgelicht, uitsluitend in het subject verlegd, een aprioristisch karakter gegeven en daardoor met de feitelijke orde in een onoverwinbaar contrast gebracht. Teneinde nu, hetgeen objectief onvermijdelijk is, van deze normatieve met de feitelijke orde een zekere relatie te formeeren, ziet KELSEN zich genoodzaakt zijn normatieve methode, die immers uit zichzelf geen enkele brug tot de causale wereld vermag te slaan, momenteel vaarwel te zeggen en een soort parallelisme aan te nemen, dat op geen enkele wijze in zijn systeem gebaseerd is (176). KELSEN erkent zelf het „schijnbaar" antinomische karakter van de „Soll" en de „Seins" ordnung (177).

Intusschen had KELSEN nog een ander motief om de scherpe tegenstelling van „Sollen" tot „Sein" te maken, en hier verschijnt de politieke tendentie onder het zich als objectief, „vorurteilsfrei" aandienende systeem. KELSEN heeft de causale beschouwingswijze uit zijn systeem willen uitdelgen (zonder er geheel in te slagen, zooals wij gezien hebben (178), omdat hij in zijn wereldbeschouwing niet alleen eenerzijds norm en vorm, maar ook anderzijds feit en (staats)-macht moet identificeeren, en nu door de elimentatie van het *feit* tevens de onveranderlijke staats*substantie* wil overwinnen. KELSEN heeft in zijn tweede periode (wij laten de eerste, tijdens welke de eerste uitgave van de Hauptprobleme ver-

(175) Allgemeine Staatslehre. Resp. pag. 249 en 250.

(176) T. a. p. en vooral t. a. p., pag. 18: „Weder fallen die Inhalte beider Systeme (norm en feit) ganz zusammen, noch fallen sie ganz auseinander. Die Spannnug darf ein Maximum nicht überschreiten . . . . noch auch unter ein Minimum sinken". KELSEN ziet in deze relatie het kenmerk van de positiviteit van het recht (pag. 19).

(177) T. a. p., pag. 19.

(178) Men vergelijke ook den terugval in de causale beschouwingswijze bij zijn bespiegelingen over de volkenrechtelijk noodzakelijke „effectiviteit" van de staatsorde. T. a. p., pag. 126 vlg.

scheen — 1911 — thans buiten beschouwing) de substanties opgelost (179) in de functies van het subjectieve mathematische denken. Het recht wordt tot relaties teruggebracht en van alle substraten losgemaakt.

In zijn streven, de „zuiverheid" der norm te bewaren, vervluchtigt KELSEN de rechtspersoon dan ook tot een „Anknüpfungspunkt" van den objectieven norm (180). Elke zelfstandigmaking van het subjectieve tegenover het objectieve recht ziet hij als natuurrecht (181). Hiermede staat ook in verband KELSEN's identificatie van rechtsinhoud en natuurrecht. De logische consequentie van dit formalisme is dan ook, dat KELSEN *elken* rechtsinhoud als recht kan beschouwen (182) en de leer van het primaat van het staatsrecht en die van het volkenrecht als juridisch gelijkwaardig beschouwt (183). Hij gaat zelfs zóó ver, het formeele begrip van den rechtsstaat als het logische prius tegenover het materieele begrip te stellen (184).

Geheel hiermede in strijd is zijn oordeel, dat de oude leer van de staatssubstantie aan de vooruitgang van het recht in den weg stond en slechts de normlogische methode met deze vooruitgang kan rekening houden (185). Streeft KELSEN's methode dan toch ook naar een „soziales Ideal"? Inderdaad bevestigt het laatste hoofdstuk van de „Allgemeine Staatslehre" ons dit uitdrukkelijk (186).

KELSEN heeft dus de zoozeer gelaakte antinomieën van

---

(179) Vgl. COHEN, Logik der reinen Erkenntnis, pag. 92.

(180) Passim; speciaal Allgemeine Staatslehre, pag. 62 vlg.

(181) T. a. p., pag. 59.

(182) T. a. p., pag. 40 vlg.; Das Problem, pag. 105, 252—253.

(183) T. a. p., pag. 128.

(184) T. a. p., pag. 91: Dabei ist unter „Rechts"-Staat nicht eine Staatsordnung spezifischen Inhalts, nicht also ein Staat mit ganz bestimmten Rechtsinstitutionen, wie demokratische Gesetzgebung, Bindung der exekutiven Akte des Staatsoberhauptes an Gegenzeichnung verantwortlicher Minister, Freiheitsrechte der Untertanen, Unabhängigkeit der Gerichte, Verwaltungsgerichtbarkeit u. s. w., also ein Rechtsstaat im technischen Sinne zu verstehen, sondern ein Staat, dessen sämtliche Akte auf Grund der Rechtsordnung gesetzt werden. Dieser formale Begriff des Rechtsstaates ist sogar gegenüber dem eben angedeuteten materiellen der primäre.

(185) De soziologische und der juridische Staatsbegriff, pag. 119.

(186) Allgemeine Staatslehre, pag. 368.

natuur- en positiefrecht, van norm en feit *principieel* in zijn systeem geenszins overwonnen, doch bestendigd. Dit neemt niet weg, dat hij *technisch* in zijn normleer het dualisme van gemeenschap tot individu heeft overbrugd (187).

In deze principieel-philosophische analyse willen wij tevens onze waardeering uitspreken over de denkkracht van dezen jurist; zijn bijzondere verdiensten in de analyse van het positieve recht konden wij niet beter releveeren, dan bij de ontwikkeling onzer these herhaaldelijk KELSEN's standpunt te vermelden.

Duguit. Naast de auteurs der neokantiaansche richting noemen wij als schrijvers, die de leer van den Staat-Overheid bestreden hebben, den Franschen positivist DUGUIT en den Nederlandschen verdediger van de leer van de rechtssouvereiniteit KRABBE.

DUGUIT bestrijdt evenals KELSEN de theorie van het subjectieve recht; echter vanuit een anderen ken-theoretischen en philosophischen grondslag, en met een ander politiek oogmerk. De leer van den souvereinen Staat en van de „puissance publique", door hare verdedigers als positieve wetenschap gekenmerkt, wordt door DUGUIT als „metaphysiek" terzijde geschoven. Hij wil de rechtsleer slechts, volgens *zijne* positivistische methode, baseeren op een sociaal *feit*, het feit dat de groep over hare leden macht uitoefent. Daarmede bereikt hij tevens zijn oogmerk: de eliminatie van elke *oorspronkelijke*, niet van het recht afgeleide, „subjectieve" staatscompetentie (188). Zijn rechtsleer is de leer van de objectieve norm (189), die de antinomie van subjectief en objectief recht moet overwinnen.

Het naief-materie-realistische standpunt, waarin DUGUIT verkeert, brengt hem in den waan alsof na de eliminatie van de metaphysiek, de objectieve feiten zelf een ondubbelzinnige taal zouden spreken, waarop een objectief zekere rechtsconstructie kan worden opgericht. Hij ziet over het hoofd,

---

(187) T. a. p., pag. 67: (de oplossing in normen) „erlöst den scheinbar unlösbaren Konflikt von Individuum und Gemeinschaft aus dem Dualismus zweier beziehungsloser Systeme zu einer inhaltlichen Differenzierung innerhalb eines und desselben Systems".

(188) DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 2e éd., Paris. 1921—1925, 4 tomes.

(189) T. a. p., passim; speciaal I, pag. 11 vlg.

dat feiten aan interpretatie onderworpen zijn; dat de grensscheiding tusschen feit en norm van de appreciatie des beoordeelaars afhangt, en dat zelfs het begrip „feit" niet objectief vaststaat, doch door de toegepaste wijsgeerige grondgedachte bepaald wordt.

Het kan dan ook niet verwonderen, wanneer DUGUIT zèlf de beteekenis van het begrip „feit" herhaalde malen doet wisselen.

1. Eenerzijds kan dit begrip bij DUGUIT geïnterpreteerd worden als de naakte macht. DUGUIT zelf (190) en een zijner eerste discipelen (191) beschouwt den Souverein als dengene die „en fait, détient la plus grande force". Deze interpretatie wordt versterkt door het feit, dat DUGUIT als zijne methode herhaaldelijk het positivisme, d. w. z. de leer der natuurcausaliteit, noemt. Dan blijft echter ten eenenmale onverklaarbaar, ja, dan is het een geheel willekeurige, dualistische constructie, waarom deze Souverein plotseling zijn macht zou moeten legitimeeren door te handelen naar een evenzeer onverwacht opduikende maatstaf:: „la solidarité sociale"? (192) De antinomie van feit en norm is hier niet overwonnen, maar scherper dan ooit gesteld. Terwijl DUGUIT de staatsorganen aan de gevestigde macht onderwerpt (193), erkent hij aan de burgers in principe het recht op revolutie toe (194). Volgens deze eerste interpretatie van het begrip *feit* te begrijpen als „macht" tegenover „recht".

2. Een tweede interpretatie kan in de leer van het „feit" zien: de theorie van de sociale interdependentie tegenover die van het sociale organisme (195), welke laatste dan als „metaphysieke constructie" verworpen dient te worden. Teneinde de afleiding van de objectieve rechtsorde uit het subjectieve

(190) T. a. .p, I, pag. 394: „Un groupe d'hommes . . . . qui se trouvent, en fait, dans la possibilité d'imposer leur volonté par la contrainte matérielle aux autres membres de la société".

Ook t. a. p., II, pag. 3: „L'élément essentiel de tout Etat, la plus grande force".

(191) PAUL BONCOUR, Fédéralisme économique, pag. 309: „des rapports qui s'imposent, du moins *en fait*, aux individus et les forcent, soit à faire partie du groupe, soit à se soumettre à ses décisions".

(192) Traité, I, pag. 518; vlg. I, pag. 33: la règle de droit s'impose à l'Etat.

(193) T. a. p., I, pag. 92.

(194) T. a. p., III, pag. 745.

(195) T. a. p., I, pag. 56 vlg., speciaal pag. 60.

recht van „puissance publique" onmogelijk te maken, kon DUGUIT geen machtiger argument vinden dan het substraat van de puissance publique, n.l. het sociale organisme, te ontkennen. Daarmede had hij echter mèt de Overheid tevens den Staat verworpen (196). Thans blijkt echter duidelijker dan ooit, dat de leer der „feiten" geenszins een objectieve beteekenis heeft. Met name is de theorie van de sociale interdependentie geenszins meer op de feiten gebaseerd dan die van het sociale organisme, maar neemt zij in haar studieveld apriori slechts bepaalde „feiten" op, terwijl zij andere negeert.

3. In DUGUIT's gedachtengang kan aan „feit" nog een andere beteekenis worden gehecht, en deze beteekenis vermag, zoo zij juist is, ook een helder licht te doen schijnen op de geheele constructie van onzen auteur. Echter komt men er dan toe, om in strijd met alle beweerde positivistische grondslagen dezer constructie, een nieuw natuurrecht als haar grondslag terug te vinden! Hiervoor pleiten echter niet weinige argumenten. Waar DUGUIT verklaart: „la solidarité sociale est un *fait*", plaatst hij zich reeds in een innerlijk contrast met het beweerde positivistische uitgangspunt: de solidariteit kan niet begrepen worden onder den denkvorm van oorzaak en gevolg. Er kan aan deze uitspraak slechts deze logische beteekenis worden gehecht: „de (met de solidarité sociale geïdentificeerde) rechtsorde is „van nature", verplichtend voor de betreffende sociale groep (197); zij is niet een uitvloeisel van een subjectief recht der Overheid" (198). Bij deze verklaring sluit ook de latere onderscheiding, welke DUGUIT tusschen „lois normatives" en „lois constructives" maakt (199), en waarvan de eerste ondanks DUGUIT's betoog een typisch natuurrechtelijk karakter bezitten (200), volkomen logisch aan. In verband hiermede dient ook opgemerkt te worden, dat de beide soorten van sociale solidariteit, welke DUGUIT als bloote feiten uitgeeft, n.l. de „solidarité du travail par similitude" en „par divi-

---

(196) T. a. p., I, pag. 564.

(197) Vgl. t. a. p., I, pag. 38: „La norme juridique est impérative en ce sens seulement qu'elle est le statut social qui lie *nécessairement* tous les individus membres du groupe".

(198) „Droit subjectif de commandement": t. a. p., I, pag. 6.

(199) T. a. p., I, pag. 36—46.

(200) Vgl. de interpretatie bij CH. DE VISSCHER, La codification du droit international, 1925, I, pag. 345.

sion (201), in werkelijkheid de in positivistisch gewaad gekleede formuleeringen voor de oude natuurrechtelijke postulaten der distributieve en attributieve gerechtigheid zijn. DUGUIT's theorie, volgens deze derde interpretatie begrepen, vertoont een sterke analogie met KRABBE's leer van het rechtsbewustzijn. Immers aldus postuleert de leer van DUGUIT een rechtsorde waarbij de wetgevende „macht", van haar overheidspositie ontdaan, onmiddellijk berust op het „rechtsbewustzijn", der rechtsgenooten (202). Dat DUGUIT soms nog verder gaat en de leer van het anarchistische syndicalisme nadert, waarin de „service public" niet alleen de Overheid, maar ook den wetgever zou moeten vervangen, zij slechts terloops vermeld (203), teneinde er nogmaals den nadruk op te leggen, dat de leer der feiten geenszzins tot objectief vaststaande conclusies voeren kan. Het is waar, dat deze psychologische leer van DUGUIT weder in strijd komt met zijne andere, thans positivistische constructie, volgens welke het objectieve recht slechts is een declaratie van het in de maatschappij feitelijk geldende recht, welk recht op zijn beurt uit de sociale omstandigheden wordt afgeleid (204).

Geeft de leer van DUGUIT aanleiding tot de drie bovengenoemde, onderling antinomische interpretaties, welke ook ieder voor zich weder verschillende onderlinge tegenstrijdigheden inhouden, dan is daarmede voldoende de innerlijke onhoudbaarheid van zijn stelsel bewezen. Evenmin als KELSEN, heeft ook DUGUIT, die volgens een andere philosophische methode arbeidde, de antinomieën van natuur- en positiefrecht, van norm en feit kunnen overwinnen.

In dit korte bestek is het niet meer noodzakelijk, op alle antinomieën in te gaan, die uit de fundamenteele antinomieën van DUGUIT's stelsel voortvloeien. Ook hier echter zij erkend, dat zijn leer van het objectieve recht (op welke wijze de leer *philosophisch* nu ook gewonnen werd) voor de rechts*technische* wetenschap van onberekenbare beteekenis is, zoodat wij voor rechtstechnische problemen ons herhaaldelijk op DUGUIT beroepen.

---

(201) L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris, 1901, pag. 283.

(202) Traité, I, pag. 45.

(203) Le Syndicalisme, in Revue politique et parlementaire. Juin, 1908, pag. 472 vlg.

(204) Traité, I, pag. 73.

Krabbe. Beantwoordend aan een zelfde geestesstrooming als die, welke ook DUGUIT inspireerde, n.l. het streven, den Staat aan het recht te binden, en de antinomie van subjectief en objectief recht te overwinnen, richtte KRABBE zijn pijlen niet zoozeer op de leer van het subjectieve recht van den Staat, dan wel op die van den Staat-Overheid.

In het eerste, baanbrekende geschrift, waarmede hij dit probleem aanraakte: „Die Lehre von der Rechtssouveränität", ontleedt hij scherp de leer der staatssouvereiniteit en legt er de innerlijke tegenstrijdigheden van bloot. Reeds treedt daar zijn leer van het rechtsbewustzijn als eenige bron van het recht naar voren, leer die in latere werken, speciaal in „Die moderne Staatsidee" nader ontwikkeld wordt.

KRABBE, die alle speculatie over de rechtvaardiging van den Staat afwijst, stelt tegenover de machtsleer der staatssouvereiniteit het (innerlijk) *feit* van het rechtsbewustzijn (205). Hij brengt ons echter van den aanvang af in een antinomie, doordat hij het rechtsbewustzijn tegelijk zoowel formeel als materieel beschouwt (206).

Vraagt men nu naar een nadere bepaling van dit recht, hetwelk souverein is, dan worden wij wederom tot de leer van de autonome persoonlijkheid gebracht (207). Deze leer, die met de theorie der onpersoonlijke rechtsorde steeds in logisch verband heeft gestaan, staat ook hier in dat logisch verband: tegenover de *macht* van de staatssouvereiniteit is de rechtssouvereiniteit op de autonome rechtsschepping der rechtsgenooten gebaseerd. Recht is alleen het door het volk gecreëerde recht (208). Het rationalistisch contrast van algemeen tot bijzonder duikt ook hier op (209).

Dat echter ook hier deze tegenstelling, formeel van karakter als zij is, niet bij machte is een bepaalden inhoud van het

---

(205) „Het erfaringsfeit": Het Rechtsgezag. 's-Gravenhage, 1917, pag. 12.

(206) Die moderne Staatsidee, Haag, 1919, pag. 39: „Die Lehre von der „Rechtssouveränität" ist, je nachdem man es nehmen will, entweder die Beschreibung eines wirklich bestehenden Zustandes, oder ein Postulat, nach dessen Verwirklichung gestrebt werden soll".

(207) Zeer juist CARP, De leer der rechtssouvereiniteit, Staatsrechtelijke Opstellen, II, 1927, pag. 1 vlg.

Vgl. reeds: STRUYCKEN, Recht en Gezag, 1916.

(208) Die moderne Staatsidee, pag. 7.

(209) T.a.p., pag. 9, 28, 37, 48, 78.

recht te verzekeren, blijkt o. m. wel daaruit, dat zij zoowel met de onmiddellijke democratie (210), als met het parlementaire stelsel (211), het ongeschreven recht (212) en het pluralisme van rechtsordeningen (213) gelijkelijk in verband gebracht kan worden, ja, dat deze rechtsvormen zelfs onderling tegenover elkander kunnen worden gesteld! (214) Het wettenrecht staat bij KRABBE tegenover het ongeschreven recht in een secundaire positie, hetgeen hieruit te verklaren is, dat KRABBE het rechtsbewustzijn na het eerst als formeel te hebben beschouwd, plotseling met een specifieken inhoud belast (215).

Bij ROUSSEAU kwam de vrije persoon (hier als wil optredende) in een antinomische verhouding tot de „Volonté Générale". Bij hem lag het conflict tusschen vrijheid en gebondenheid in de spanning tusschen individu en gemeenschap.

Voor KRABBE is de constructie van het rechts*bewustzijn* (in tegenstelling tot den *wil* van ROUSSEAU) op zich zelf blijkbaar reeds voldoende, om aan dit rechtsbewustzijn een gemeenschapskarakter te geven. Daarnaast legt KRABBE er echter ten sterkste den nadruk op, dat het rechtsbewustzijn een individueel rechtsbewustzijn is. Dit laatste wordt nù eens aan objectieve maatstaven gebonden (216), dàn weer formeel autonoom verklaard (217). *Hier* ligt het conflict tusschen vrijheid en gebondenheid in den individu zelve, maar de antinomie als zoodanig is als bij ROUSSEAU gebleven.

Het subjectivistische karakter van KRABBE's theorie is vervolgens de oorzaak, dat niet alle rechts- en staatsverschijnselen een adaequate verklaring kunnen vinden. In KRABBE's leer voert geen brug van het subjectieve rechtsbewustzijn naar het objectieve (n.l.: buiten het bewustzijn) gelden van

---

(210) T.a. p., pag. 25, 30 vlg.

(211) T. a. p., pag. 7, 9, 65, 102 vlg.

(212) T. a. p., pag. 65, 111 vlg.

(213) T. a. p., pag. 187 vlg., 259.

(214) Waarom spreekt KRABBE (t. a. p., pag. 239) van „das *Joch* der geordneten Rechtsproduktion", als toch parlementswetgeving evenzeer op het autonoom beginsel berust als de rechtsschepping door gewoonte?

(215) Uit vele voorbeelden t. a. p., pag. 50, 111 vlg., 128 vlg.

(216) T. a. p., pag. 78, 92 vlg.

(217) T. a. p., pag. 7, 9, 63, 70, 93, 127.

het recht (218); evenmin wordt een verklaring gevonden voor de machtsuitoefening van den Staat (219); terwijl het opleggen van recht door meerderheidsbesluit plotseling verklaard wordt op het rechtsbewustzijn te berusten: de rechtszekerheid wordt tot een materieel criterium van het rechtsbewustzijn (220). Zoo vervalt KRABBE in een merkwaardige tegenstelling, waar hij het rechtsbewustzijn *tegelijk* als een autonome en als een heteronome kracht laat gelden (221).

Ondanks alle pogingen tot nadere preciseering, blijft het rechtsbewustzijn in den grond der zaak een formeel begrip. Welk materieel recht aan het rechtsbewustzijn beantwoordt, vermag KRABBE in zijn systeem niet te verklaren (222), evenmin als ROUSSEAU dit vermocht; de eenige maatstaf is, als bij ROUSSEAU, de *algemeenheid* van den rechtsnorm (223). KRABBE noemt het rechtsbewustzijn dan ook slechts den grondslag van de bindende kracht van het recht (224).

Wanneer KRABBE dan toch anderzijds aan het rechtsbewustzijn een belangrijke rol voor de vooruitgang van het materieele recht toekent, dan kan hij dit alleen doen, door plotseling een materieel criterium naar voren te brengen en te spreken hetzij van het „ideale recht" (225), hetzij van het recht der vooruitgang of het op het gevoel gebaseerde rechts-

(218) De sprong van subjectief bewustzijn tot objectief gelden is scherp geformuleerd in „Het rechtsgezag", pag. 2: „Geldend recht is dus elke norm . . . . die in 's menschen rechtsgevoel of rechtsbewustzijn wortelt".

Vgl. hiertegen reeds STAHL: „Das blosse Rechtsbewusstsein im Volke hat noch nicht die bindende Kraft des Rechts, solange es nicht ins äussere Leben übergegangen". (Philosophie des Rechts, II, pag. 238.)

(219) Die moderne Staatsidee, pag. 72: „Obrigkeit entspricht nicht der *Wirklichkeit*".

Pag. 254—255:: „. . . . dass der Staat eine *Rechtsgemeinschaft* ist". Hierop volgt geheel onsystematisch de toevoeging: „Das alte, stets wieder aufs neue aufgestellte Merkmal des Staates, die Macht . . . . können wir auch weiterhin zulassen, unter dieser einzigen Bedingung, dass in bezug auf diese Macht anerkannt werde, dass sie sich im Rechte offenbart".

(220) T. a. p., pag. 80—92. Ook DUGUIT zag in het begrip der rechts*orde* een specifieken inhoud van het rechtsbewustzijn.

(221) T. a. p., pag. 50, 85, 93 vlg.

(222) Zeer typisch hiervoor t. a. p., pag. 41.

(223) T. a. p., pag. 84—92.

(224) T. a. p., pag. 7, 48 vlg., 54, 198 vlg.

(225) T. a. p., pag. 39.

bewustzijn (226). Hier wordt in het onbevredigende formeele rechtsbewustzijn onsystematisch een materieel, ja, een politiek criterium gebracht: het dorre hout van het formeele begrip brengt materieele vruchten voort! Ja, zelfs natuurrechtelijke maatstaven worden ingeroepen! (227).

„Het rechtsbewustzijn" mist in zich zelf een materieel criterium, en moet dit missen om dezelfde reden als de „Volonté Générale" van ROUSSEAU er een miste. Noch bij ROUSSEAU, noch bij KRABBE is de individu in eenige relatie tot een objectief (hier: onveranderlijk) geldend systeem van waarden gebracht. Daarom kan KRABBE slechts de functionneering van het rechtsbewustzijn (immers een feit!) *constateeren*; in zijn systeem kan hij zich niet uitspreken over de vraag of onveranderlijke normen aan het rechtsbewustzijn voorondersteld zijn (228).

De groote verdienste van KRABBE is, dat hij (afgezien van haar theoretische fundeering) de theorie van de rechtssouvereiniteit heeft geponeerd.

Laski. Hoezeer de aloude antinomie van autonomie der persoonlijkheid en objectieve rechtsorde in moderne tijden door een (pragmatische) volstrekte autonomie werd vervangen, leert ons reeds de sociologie van DURKHEIM. Waar deze auteur verklaart: „il ne faut pas dire qu'un acte froisse la conscience commune parce qu'il est un crime, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune" (229), schijnt de antinomie wel geheel in den geest van de abstracte, onbegrensde autonomie opgelost (hoewel ook deze nog innerlijke antinomieën bewaart!).

In zijn streven, de leer der staatssouvereiniteit te overwinnen, heeft ook LASKI tot een pragmatische theorie zijn toevlucht genomen (230). Het is voornamelijk de souvereiniteits-

---

(226) T. a. p., pag. 37, 111 vlg., 218—225.

(227) „Wertung der Interessen": t. a. p., pag. 150, 175 vlg.

(228) De woordspeling over „objektive Wertnormen" (t. a. p., pag. 98) kan hier niet afdoen; evenmin het *woord* „objektiv": pag. 61, 78.

(229) Le division du travail social, pag. 48.

(230) HAROLD J. LASKI, Studies in the problem of Sovereignty. 1917, New Haven, Yale University Press.

Idem, The foundations of Sovereignty. 1921, New-York, Harcourt, Brace & Co.

Idem, Grammar of Politics. 1925, London, Allen & Unwin etc.

leer van AUSTIN, welke hij bestrijdt; de drie criteria welke hij in die leer onderscheidt: de „superieure wil" van den Staat, diens onbegrensde competentie en de leer van het wetsbevel, onderwerpt hij aan scherpe critiek en toont aan, hoezeer zij met de sociologische feiten, zooals hijzelf ze interpreteert, onverdragelijk zijn (231).

LASKI bestrijdt de souvereiniteitsleer met een verwijzing naar de interdependentie der sociale functies, welke het bestaan van één enkel gezag zou uitsluiten (232). Het doel der gemeenschap, hetwelk dus ook het doel van het gezag moet zijn, geeft de definitie van de functie van den Staat (233). Tevens bindt LASKI dit doel echter aan de subjectieve aanvaarding door de individuen (234); wij zien hier dezelfde antinomie terugkeeren, die wij door de geheele staatsrechtslitteratuur der 19e eeuw zagen voortduren.

Deze antinomie blijkt verder hieruit, dat LASKI eenerzijds de subjectieve aanvaarding van het gemeenschapsdoel aan onderling tegenstrijdige maatstaven: biologisch-vitale, utilitaire en moreele, bindt. De Staat heeft tot doel, een zoo groot mogelijke „self-expression" (235) aan de individuen en groepen te verzekeren; een Staat als objectieve ordening past niet in LASKI's wereldbeeld (236). Wanneer hij daarnaast wederom verklaart: „I do not exist solely for the State; but neither does the State exist solely for me . . . . . Rights, therefore, are correlative with functions" (237), dan vervalt LASKI ook hier geheel oncritisch in de oude antinomie.

Even oncritisch wisselt bij LASKI de autonomie en de heteronomie van het sociale willen van den individu af. Het zij ons geoorloofd, enkele citaten te geven, waaruit dit contrast duidelijk blijkt: „Our ultimate allegiance is always to the ideal; and to the legal power that seeks to bind us our loyalty is conditioned by the purpose and substance we can discover in its effort" (238); „the will of the State is only my will in so far as I freely lend my judgment to its enforce-

(231) Grammar, pag. 49 vlg.
(232) T. a. p., pag. 69 vlg.
(233) T. a. p., pag. 70, 134.
(234) T. a. p., pag. 289; passim.
(235) Grammar, pag. 36.
(236) T. a. p., pag. 27, 39.
(237) T. a. p., pag. 94.
(238) T. a. p., pag. 27.

ment" (239) tegenover deze verdediging van de autonomie van den wil vindt men deze appreciatie van de heteronomie: „corporate personality, and the will that it embodies, is real in the sense that it makes those upon whom it acts different from what they were before" (240).

Deze antinomie tusschen individueele autonomie en sociale orde vindt nu bij LASKI haar schijnbare overbrugging in het pragmatisme: regeeren wordt bij hem de kunst om den individuen de sociale orde te doen aanvaarden (241).

Naast de souvereiniteit als eerste object is het tweede object van LASKI's aanval de rationalistische leer van de „Volonté Générale". LASKI is natuurlijk volkomen in zijn recht, wanneer hij deze leer, welke hij trouwens met fijne intuïtie omschrijft (242), verwerpt voorzoover zij de pretentie heeft een sociale substantie aan te nemen. Maar waar hij zelf tot een analyse der collectief-psychologische verschijnselen overgaat, vraagt men zich af, of deze analyse op haar beurt niet evenzeer op apodictische beweringen (hier echter van nominalistisch karakter!) berust als de leer der „Volonté Générale". LASKI immers verklaart van den aanvang aan: „the starting-point of every political philosophy is the inexpugnable variety of human wills" (243). Dat dit oordeel als grondslag van een wetenschappelijk stelsel niet alleen (nominalistisch) eenzijdig, maar tevens ondeugdelijk is, blijkt reeds hieruit, dat men in het duister tast, of het als een systematisch-logisch, dan wel als een slechts op de ervaring gebaseerd oordeel is te beschouwen (244).

Het kan dan ook niet verwonderen, wanneer LASKI op dezen nominalistischen grondslag met name aan den Staat dezelfde bestaans„kansen" wil toekennen als aan elke andere sociale groep. De sociale groep, indertijd door GIERKE reeds als „reëel" beschouwd tegenover den evenzeer „reëelen" Staat, is bij LASKI, althans in diens eerste werken, tegenover den

---

(239) T. a. p., pag. 29.

(240) T. a. p., pag. 32.

(241) T. a. p., pag. 248.

(242) De oude theorie „seeks in the individual that real will of which, did he know all the facts, he would without doubt be the expression. We obey the State because in the end it most truly represents ourselves".

(243) Grammar, pag. 31.

(244) Het zou te ver voeren, deze bewering hier uit den tekst van LASKI te adstrueeren.

als min of meer „kunstmatig" beschouwden Staat zeer zeker van een hoogere realiteit. Dat in deze competitie van den Staat met een pluraliteit van andere groepen om het „willing allegiance" der menschen elke rechtsgedachte afwezig is, herinnert ons er weder aan, dat de autonomie der vrije persoonlijkheid bij LASKI een abstract begrip is geworden.

Desniettemin leidt LASKI uit zijn pragmatisch begrip der vrijheid verschillende postulaten af, voornamelijk dat der politieke decentralisatie (245). Immers zijn pragmatisch vrijheidsbegrip neemt geen genoegen met de bekende abstracte garanties der vrijheid, zooals „rigid constitution", parlementarisme, volledige rechtspraak, enz. (246). Het verlangt de concrete realiseering voor het dagelijksch leven (247), in dien geest, dat de mensch zijne krachten (in utilitairen en in geestelijken zin) ongestoord kunne ontplooien. De autoriteit, voor zoover deze bij LASKI nog een plaats vindt, heeft slechts tot functie een systeem van garanties te „coördineeren" (248).

Het is ook wel niet toevallig, dat LASKI, die in zijn eerste werken den Staat bij de andere groepen achterstelde, thans, nu hij de leer van de souvereine autoriteit van den Staat overwonnen heeft, aan den nieuwen door hemzelf verdedigden Staat weder een (juridisch) bijzondere positie kan toekennen: „Moral co-ordination (tusschen Staat en sociale groepen) may be achieved; legal co-ordination is impossible because the State, through its agents, defines the manner of vocational life (249). En dan volgt een argument, dat de sociale interdependentie niet alleen vertegenwoordigd *kan* blijven door los van elkander bestaande sociale groepen, doch dat de Staat als territoriale organisatie de leiding dient te hebben (250). Dat LASKI hiermede zijn nominalistisch uitgangspunt heeft

---

(245) „But in States of the modern size the more achievement of equality would be harmful without the maximum decentralisation. That is the solution to the paradox by which ROUSSEAU was haunted": t. a. p., pag. 170—171.

(246) T. a. p., pag. 104, 135.

(247) „We must obey the State, not because its theoretic purpose is a splendid one, but because of our conviction that it is genuinely seeking to make that purpose valid in events". T. a. p., pag. 27.

(248) T. a. p., pag. 273.

(249) Grammar, pag. 75.

(250) Territorial organisation secures the best the community-life: t. a. p., pag. 75. Vgl. ook pag. 21, 37 en 141.

prijsgegeven, is een argument te meer voor de innerlijke antinomie in zijn leer.

Heeft LASKI dus een pragmatisch pluralisme opgesteld, dat een ignoreeren, zoo niet van rechtsprincipes, dan toch van een rechtsorde beteekent, dan heeft hij politiek een belangrijk werk gedaan, door de constructie van den één en ondeelbaren Staat te overwinnen en voor de eischen van het politieke pluralisme het oog te openen. Immers zijn de laatste tientallen van jaren door den politieken strijd van Staat met economische groepen gekenmerkt; het is LASKI's verdienste, dien strijd, die inderdaad, zonder juridische maatstaven, voor economische en moreele doeleinden werd gevoerd, als zoodanig te hebben beschreven.

Conclusie. Tijdens de 19e eeuw zag men, hoe de individueele rechten aan de almacht van den Staat werden tegenovergesteld. De synthese werd toen gezocht in een onzekere verbinding van recht en Staat. Tegenover dezen souvereinen rechtsstaat kwamen sociale groepen uit de vrije maatschappij (welke laatste wij sedert ROUSSEAU als een voortdurende bedreiging voor den rechtstaat hadden leeren kennen) meer en meer in opstand. Een nieuwe „synthese" zal (wetenschappelijk) niet meer in een precaire, innerlijk antinomische „eenheid" van (abstract geconcipieerd) recht en feit kunnen worden gevonden.

Wèl ligt in het accepteeren van een zekere autonomie der sociale groep in het juridisch systeem een noodzakelijke concessie aan het pluralisme. Maar dan dient de rechtswetenschap *zelf* deze constructie ter hand te nemen.

Het wezen der rechtspersoon en der rechtspersoonlijkheid

Scientia est non scire rem ita esse, sed cur ita esse.

I

Is het probleem der rechtspersoon en dat der rechtspersoonlijkheid tot uiteindelijke oplossing gebracht met de omschrijving van VAN DER HEYDEN in zijn handboek over de Naamlooze Vennootschap? Eene bepaling, die, blijkens de nauwgezetheid, waarmede deze scherpzinnige jurist ook den nieuwen druk heeft verzorgd, zeker diens wèl-overtuigd inzicht in deze materie weergeeft. Zij luidt: „Rechtspersoonlijkheid is de hoedanigheid van eenig niet-persoonlijk belang als zelfstandig doel van rechtsbetrekking te gelden. Rechtspersoon is het niet-persoonlijk belang, dat als zelfstandig doel van rechtsbetrekking geldt. Zij doet zich voor als belanghebbend rechtssubject, doch mist handelingsbekwaamheid".

Tegen deze omschrijving der doelgedachte heeft reeds Prof. VAN OVEN in het Juristenblad (1) zijn bezwaren geuit. „De oplossing van het oude raadsel der rechtspersoonlijkheid", acht hij daarmede allerminst gevonden. Deze omschrijving zegt hem te weinig. Daaròm, maar meer nog, omdat het heele probleem der rechtspersoon naar onze bescheiden meening nog immer vanuit een verkeerd standpunt wordt bezien, niet alleen door den Nijmeegschen hoogleeraar, maar door al de voorstanders der doelgedachte, daaròm wagen wij het om het probleem, dit immer zóó aantrekkelijke probleem, opnieuw aan de orde te stellen. Wij steunen daarbij niet louter op eigen inzicht, maar mede op dat der Fransche juristen en wijsgeeren (2), wier opvattingen in de laatste jaren, vergissen wij ons niet, een geheel andere richting uitgaan. Een nieuw inzicht, dat waarlijk belangrijk genoeg is, om de geesten nog-

(1) „De leer van het doelvermogen", Ned. Jur.Blad 1929, p. 569 en vlg..

(2) Om enkele namen van Professoren te noemen: MAURICE HAURIOU van Toulouse, GEORGES RENARD van Nancy, J. DÉLOS van Rijssel.

maals voor dit probleem, dat onsterflijk schijnt, bezig te houden.

Wie tot het wezen der rechtspersoon wil doordringen, heeft o. i. allereerst zich af te vragen, waarom de mensch rechtssubject is. Wat de mensch tot hèt rechtsbevoegde wezen maakt. Want hierover bestaat geen verschil van meening: de mensch is rechtssubject, hèt rechtssubject, zoowel voor de voorstanders der doelgedachte, als voor die der fictie-leer. Daarnaast zich hebben af te vragen, welk geheel van feiten aan die rechtsfiguur, die van het positieve recht naast en gelijk de mensch als rechtssubject optreedt, ten grondslag ligt. Dit is noodzakelijk, omdat men het juridisch wonder der rechtspersoon o. i. nooit kan benaderen, laat staan oplossen, indien men niet vraagt naar de *oorzakelijkheid* voor 't ontstaan der rechtspersoon en van de rechtsbevoegdheid bij den mensch, bij de vereeniging en bij de stichting. 'n Verkeerd uitgangspunt werd voor tal van schrijvers de reden voor de onoplosbaarheid van het probleem. Men beschrijft de mogelijkheid om subjectieve rechten te bezitten, een mogelijkheid gemeen aan mensch en vereeniging, en beziet vanuit dit gezichtspunt deze naar hun wezen zoo geheel onderscheidene rechtssubjecten. Zoo komt men er toe, om den mensch in dit opzicht „niet anders te zien dan zijn zeepfabriek" (3). Natuurlijk, als feitelijk gegeven, als draagster van positief-rechtelijke rechten en verplichtingen, is de vereeniging niet anders dan haar lid. Maar waaròm de vereeniging voor het rechtsverkeer niet anders is dan haar lid, daarop kan nooit de feitelijke gelijkwaardigheid in rechten met hèt rechtssubject bij uitnemendheid, den mensch, het antwoord geven. Iedere wijsgeerige probleemstelling — en ons probleem is een zoodanig — vindt haar oplossing in de vraag naar de oorzakelijkheid, naar het wezen van het ding en niet in een vragen naar het gevolg.

In het volgende zullen wij dan ook trachten aan te toonen hoe 'n rechtspersoon (4) ontstaat, wat het kenmerkende der rechtspersoon is. We zullen tevens de vraag onder oogen zien, waarom ieder der nu voorgestane theorieën van het doel, het antwoord moest schuldig blijven. Dat we deze tweede vraag aan de eerste laten voorafgaan, moge methodisch onjuist zijn, heeft echter het voordeel, dat de critiek op anderer opvatting vooraf belicht, dat men de rechtspersoon eerst naar haar oorzakelijkheid kan begrijpen.

---

(3) Mr. A. WOLFSBERGEN, „Een onbegrepen Begrip", Themis 1930, p. 12.

(4) Onder rechtspersoon begrijpen wij niet den mensch, zooals sommigen, o. a. WOLFSBERGEN wel doen.

II

De rechtssubjecten buiten den mensch zijn talrijk. De staat, het kerkgenootschap, de naamlooze vennootschap, de coöperatie, de stichting etc. Zijn deze allen rechtspersoon? Krachtens hun aard, hun wezen, of, omdat de overheid, het staatsgezag als uitdeeler van positief-rechtelijke bevoegdheden, hen heeft bekroond met datgene, waarmede de natuur, de natuurlijke orde, slechts den mensch begiftigde. Maar hoe dan met den Staat? Daarop moest de fictie-leer van VON SAVIGNY met haar al te gemakkelijke oplossing vastloopen. De Staat, erkenner en uitdeeler der subjectieve rechten van den individueelen mensch, toekenner van subjectieve rechten aan de vereenigde menschen, aan het afgezonderd vermogen, vermag zichzelf niet met de rechtsmacht te omkleeden, zonder zelf rechtssubject te wezen. Rechtssubject van geheel bijzonder karakter, immers „der mit Imperium ausgestattener Herr". De Staat zonder eigen bestaan buiten en boven dat der rechtsgenooten, het geheel der volksgenooten, zou uitdeeler kunnen zijn van het hoogste kunnen, de bevoegdheid van iets te kunnen vorderen, en tevens de bevoegdheid hebben tot het opleggen van verplichtingen. De fictie-leer maakte het zich inderdaad wel heel gemakkelijk. Zij gaf zichzelf een vrijbrief om te blijven buiten het strijdgewoel der geesten en paste zich toch aan aan de behoeften van het rechtsleven. Zij ontging de probleemstelling zonder evenwel de gemeenschap in den steek te laten.

De leer van den collectieven eigendom raakt het probleem in het hart. Op de vraag of, wanneer een groep van 10 personen of meer, gezamelijk en vereenigd, streeft naar een bepaald doel, dat iets anders is dan, wanneer diezelfde tien of meer menschen zonder afspraak naar hetzelfde doel streven, op de vraag, of men inderdaad, als velen zich vereenigen op een bepaald doel en gemeenschappelijk werken voor en om een bepaald doel, dan niet moet zeggen, dat er nog een afzonderlijke figuur buiten die samenstrevenden is ontstaan, antwoordt zij pertinent ontkennend. Voor haar bestaat geen wezen, zelfs geen juridische realiteit naast die der vereenigden. En spottend vraagt zij, waar die elfde dan wel te zien is (5). Maar dit beroep op de werkelijkheid komt in botsing met 's menschen bewustzijn van de werkelijkheid. Tegenover de meening, dat er hier sprake zou zijn van gemeenschappelijken eigendom der vereenigde leden van Staat of stad, staat

(5) Verg. STRUYCKEN in zijn opstel: „De beteekenis van het doel der naamlooze vennootschap en zedelijke lichamen voor de rechtskracht hunner handelingen", Rechtsgeleerd Magazijn 28e jaarg.

het bewustzijn der rechtsgenooten, dat niemand hunner medeeigenaar is van wat de Staat, van wat de stad zijner inwoning bezit. Men voelt er zich niet meer bezitter van dan van het park naast zijn tuin. De volksgenoot voelt de schuld van Staat en stad als schulden van Staat en stad, niet als de zijne. Zijn verontwaardiging groeit, naarmate hij voor de schulden, die de zijne niet zijn, wordt aangesproken. Bij de stichting springt de onwerkelijkheid van de leer van den collectieven eigendom nog sterker in het oog. Tevergeefs zoekt men bij de stichting naar de gemeenschappelijke eigenaars. Wie zijn de rechtsdragers van den eigendom van een ziekenhuis, een museum?

Kan nu de leer van het doelvermogen wel onzen werkelijkheidszin bevredigen, en zoo niet onzen werkelijkheidszin, dan tenminste theoretische bevrediging schenken? Het moge begrijpelijk zijn, dat VON JHERING als verzet tegenover de leer, die het kernpunt in de wilsdaad of het wilsvermogen van de rechtspersoon zocht, dat hij, als reactie tegen de leer van den collectieven eigendom of die der fictie, den nadruk heeft gelegd op het belang met zijn bekende formule: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen", maar bracht die de oplossing? Wij herhalen de vraag; beantwoordt de leer, waarbij de geschiktheid om als doel van rechtsbetrekking op te treden zóó op den voorgrond staat, meer aan de werkelijkheid? Kan men het waarlijk stellen zonder wilsmoment, zonder verklaring van het wilsproces, ook bij de rechtspersoon? Immers, het kan niet genoeg gezegd worden, recht hebben en recht uitoefenen veronderstelt een ken-, een wilsvermogen.

De leer van het doelvermogen vond haar vervolmaking in de gedachte van het beschermd belang. VAN DER HEYDEN is zijn profeet en Mr. WOLFSBERGEN diens trouwe paladijn. Elk belang, dat bescherming verdient, kan als rechtssubject worden erkend, verdedigde reeds in 1923 VAN DER HEYDEN. Elk middelpunt van een doelcomplex kan rechtssubject zijn, meent de laatste. Ook aan deze leer is de critiek niet bespaard gebleven. VAN OVEN heeft haar (6) bestreden en opgemerkt, dat ook de doelgedachte geen winst brengt. De Nijmeegsche hoogleeraar werd niet bekeerd. In den beginne van dit opstel hebben wij reeds gewezen op de formuleering, die het herziene handboek der Naamlooze Vennootschap ons heeft gebracht. Vermag VAN DER HEYDEN ons te overtuigen van de volgens hem zoo simpele waarheid, dat daar, waar doelmatigheid bestaat, de zóó klaarblijkelijke voorwaarde voor 't aanwezig zijn van rechtspersoonlijkheid, is vervuld? Ware dit zoo, wij zouden juichen om dezen steen der wijzen.

(6) Ned. Jur.Blad 1929, p. 659 en volg.

Bezien wij de leer van het doel critisch. Al dadelijk moeten wij dan vaststellen, dat het uitgangspunt niet juist is. Om de leer van het doelsubject, die van het niet-persoonlijk belang als zelfstandig doel van rechtsbetrekking ingang te doen vinden, wordt niet uitgegaan van wat de mensch tot mensch, tot rechtssubject maakt, wordt niet gevraagd naar wat de vereeniging van menschen tot een eigen figuur doet zijn. Neen, aan wat beiden, mensch en rechtspersoon juridisch en feitelijk gemeen hebben, daaraan worden conclusies verbonden. Het is begrijpelijk, dat bij dergelijke probleembeschouwing de schrijver er toe kon overgaan, om zonder meer, èn bij de rechtspersoon, èn zelfs bij den mensch het wilsmoment te camoufleeren.

In 1923, in zijn artikel in de Naamlooze Vennootschap (7) aarzelt VAN DER HEYDEN nog om het wilsmoment los te laten. „Rechtssubject blijft alleen het wezen in beginsel met wil begaafd", heet het, maar daarnaast reeds „Eerst wanneer men aanneemt, dat eigendom steeds als iemand's eigen recht beschouwd moet worden, heeft het zin te vragen, wie die „iemand" is, die het staatseigendom voor zich bezit"..... „Dat de eigendomsrechten niet als eigen rechten worden uitgeoefend, is van geen wezenlijk belang ten aanzien van de kwestie, of iedere rechtsuitoefening slechts mogelijk is door een denkend en willend wezen". Neemt men dit laatste aan, dan kan men in den rechtspersoon nooit zien „Geen werkelijk, noch gefingeerd zelfstandig wezen, doch niet meer dan een figuur ontstaande uit rechtbetrekkingen welke ten aanzien van eenig onpersoonlijk doel een zelfstandige heerschappij en onderwerping scheppen". Deze zienswijze moest zich wreken, immers er toe leiden, dat in het artikel „De samengestelde Rechtsbetrekking" in 1928 (8) de rechtsbetrekking geheel los wordt gemaakt van den menschelijken wil en dat VAN DER HEYDEN er toe kon komen te schrijven, „Een vereeniging, een naamlooze vennootschap zijn verbintenissen in rechtspersoonlijkheid gesteld". Dit niet vragen naar de menschelijke wilsdaad bij de vereeniging, bij de naamlooze vennootschap, bij de stichting, maakte het verder onmogelijk om de oorzakelijke factoren, het wezenlijk kenmerkende der rechtspersoon naar voren te brengen. Daardoor werd de theorie der rechtspersoon louter vaststelling van feitelijk gebeuren. Iets, wat trouwens SCHOLTEN in zijn verklaring, althans beschrijving van het begrip rechtspersoon in den jongsten druk van ASSER ook doet. Hij geeft daarbij geen oorzakelijke verklaring van het wezen der rechtspersoon. Hij geeft die niet, omdat hij die niet te geven acht en ook niet

(7) Maandblad „de Naaml. Vennootschap" 1923-1924, p. 293 e. v.
(8) W. P. N. R. 3065.

van belang acht (9). Wie alleen vraagt naar datgene, waarin alle rechtssubjecten overeenkomen, hij kan nooit tot een verklaring komen, waarom de mensch subject is en naast den mensch nog andere rechtsbevoegde wezens bestaan. Hij komt vanzelf tot een formuleering der rechtspersoon, die den niet-jurist onbegrijpelijk moet zijn. Immers, nog nooit dacht een niet-jurist er aan om een doel, aan een niet-persoonlijk belang, of om aan een doelcomplex rechtspersoonlijkheid toe te kennen.

Om nu tot zijn reeds geciteerde definitie van rechtspersoonlijkheid en rechtspersoon te komen, neemt de Nijmeegsche professor den volgenden aanloop (10).

„In het meest voorkomende geval is het een bepaalde „mensch, wiens belang door toekenning van bevoegdheid, door „oplegging van verplichting aan anderen, wordt beschermd. „Hij is belanghebbend subject van eenig recht, omdat de „rechtsbetrekking op hem gericht, omdat hij doel is van de „rechtsbetrekking. Doel is immers datgene, waartoe iets „anders is. Welnu, daaruit volgt, dat de mensch in bedoelden „zin rechtssubject heet, niet, omdat hij wilsdrager, maar „omdat hij doel van rechtsbescherming is".

Wij veroorloven ons op te merken, dat in deze redeneering, die eigenlijk geen sluitreden is, de conclusie door niets gewettigd wordt (11). Want uit niets volgt, dat de mensch niet rechtsbevoegd zou zijn, omdat hij wilsdrager, doch wel rechtssubject, omdat hij doel der rechtsbescherming is. Dit is, zien wij goed, een gevolg van een minder juist gebruik van het

---

(9) SCHOLTEN acht de vraag, wat eigenlijk de rechtspersoon is, voor den civilist van weinig belang en zelfs principieel verkeerd. W. P. N. R. 2755. — Zien wij goed, dan is de opvatting van SCHOLTEN ongeveer dezelfde als die voor een tiental jaren in Frankrijk de heerschende was. Het is zuiver een technisch-juridische eenheids-opvatting, door practische noodwendigheid gegeven. De rechtspersoon is volgens dezen fijnen civilist niet meer dan een begrip, dat de jurist niet ontberen kan, waar hij voor het probleem staat van de verklaring van een feitelijk gebeuren als dit, dat de vereenigden samen als een geheel optreden, dat er scheiding bestaat tusschen hun vermogen en dat der collectiviteit, dat slechts het geheel voor sommige daden aansprakelijk wordt geacht en niet de afzonderlijke personen, die te zamen de sociologische persoon vormen. Het is een methode, waardoor de jurist het geheel der ingewikkelde verschijnselen samenvat.

(10) P. 49 Handboek der Naamlooze Vennootschap, tweede druk.

(11) Dat zij geen zuivere sluitreden is, blijkt al dadelijk, indien men met andere woorden weergeeft, wat VAN DER HEYDEN schrijft, en wel aldus. De mensch is rechtssubject, omdat zijn rechtsbevoegdheden er om zijnent wille zijn. Immers, iemand's bevoegdheid is er om zijnent wille. Daaruit volgt, dat de mensch rechtsbevoegd is.

woord „doel". Doel is datgene, waarom iets *geschiedt*, doel is niet datgene, waarom iets *is*, tenzij in de beteekenis van datgene, waartoe iets van nature bestemd is. Zoo is het doel van een horloge om het uur aan te geven, doel van een rechtsbetrekking om een term te scheppen of te zijn tusschen twee rechtssubjecten.

Dat dit rechtssubject de mensch is, volgt niet uit den aard der rechtsbetrekking zelve. De mensch is immers niet rechtssubject, omdat hij doel van de rechtsbetrekking is, maar hij is doel van de rechtsbetrekking, omdat hij rechtssubject is, d. w. z. van nature rechtsdrager. Hoe gevaarlijk het begrip „doel" is, voor wie daarop hun leer gronden, zien wij bij Mr. WOLFSBERGEN. Ook hij is het slachtoffer geworden van een verkeerde opzet. Ook bij hem eenzelfde tragische ontwikkelingsgang als bij VAN DER HEYDEN. Ook hij begint met het wilsmoment op den achtergrond te schuiven. Abyssus abyssum invocat.

Diens overigens scherpzinnig betoog is samen te vatten in de volgende syllogistische redeneeringen (12).

I. De rechtspersoon heeft subjectieve rechten. Een subjectief recht is een beschermd doel. Dus . . . ..

II. De rechtspersoon heeft beschermde doelen. Al wat doelen heeft is doeleenheid.

Dus: Alle rechtspersonen zijn doeleenheden.

Onder rechtspersoon — dit moeten wij vooraf vaststellen — begrijpt Mr. WOLFSBERGEN ook den mensch. Al moge het nu juist zijn, dat men een subjectief recht een beschermd doel mag heeten, immers, dat zij de bescherming inhoudt van een objectief aan een rechtshandeling ten grondslag liggend doel, — bij koopen dus de eigendomsoverdracht tegen betaling — dan nog lijkt de conclusie van de tweede sluitreden niet gerechtvaardigd. Al wat een bepaald doel heeft, is daarom nog geen doeleenheid, tenminste zeker niet voor zoover het wezens betreft met zelf-bepaalde activiteit. Wat is toch het doel? Doel is het uiterlijk beginsel, dat niet handelenderwijze, maar door de aantrekkingskracht zijner goedheid invloed uitoefent. Het doel is datgene, — wij merkten dit zooeven reeds op — terwille waarvan iets geschiedt. Zoo staat dus de mensch als werkende oorzaak, immers als vrij handelend wezen, onder den invloed van een doeloorzaak, immers hij wordt voortbewogen door het doel, dat zijn wil

---

(12) Wij nemen haar over uit de artikelen van Mr. STOOP in W. P. N. R. 3161 en 3162. Blijkens het antwoord van Mr. WOLFSBERGEN in W. P. N. R. 3176 gaat hij met de aanvulling, die Mr. STOOP gaf op het syllogisme in het Themis-artikel van Januari 1930 accoord.

beweegt (13). Aldus kan het doel aan de menschelijke activiteit eenheid geven. Maar menschelijke activiteit veronderstelt reeds een wezenseenheid. Wat volgt nu uit het voorgaande? Dat de mensch als willend wezen bij zijn handelen bepaald kan worden door zijn doel, door het door hem zelf aan zijn handelen gestelde doel. Maar daaròm wordt hij nog niet doeleenheid. Wie dat aanvaardt, moet ook aanvaarden, dat de mensch, al naargelang het doel, dat hij zich stelt, een andere doeleenheid zou zijn. Dit lijkt ook daarom wijsgeerig niet verantwoord, omdat iedere rechtsbetrekking uit den aard eene bijkomstigheid is. Iedere bijkomstigheid is slechts een aanvulling van wat een eigen zelfstandig bestaan heeft. Niet de rechtsbetrekking, die aan den mensch is gekoppeld, bepaalt het menschelijk wezen. Dat het doel van de vereeniging, van een stichting, wel eene, het-wezen-van-het-ding bepalende-beteekenis heeft, ontkennen wij allerminst. Wij komen daar later op terug. Toch mogen wij nu reeds deze pikante, doch slechts oogenschijnlijke tegenstrijdigheid verklaren. Het doel bepaalt het karakter van de vereeniging, van de stichting. Dit komt echter niet van het doel op zich, maar van wege de menschelijke daad, die de stichting, de vereeniging in het leven riep, en die op haar beurt door het doel, waarop zij gericht was, bepaald werd. Immers, het primaire bij het ontstaan van een vereeniging etc. is de menschelijke daad. Een daad, die, als afkomstig van een denkend en willend wezen, op een bepaald doel moet zijn gericht. Omdat nu die menschelijke daad zonder doel niet mogelijk is, en zij tevens door het doel bepaald wordt, — wat de oorzakelijkheid van het doel is — moet de rechtspersoon niet alleen een doel hebben, maar krijgt het doel bepalende beteekenis ten aanzien van de handeling, of 't geheel van handelingen, waaraan de rechtspersoon zijn bestaan dankt. Wat via de menschelijke, de bewerkende, oorzaak bij de rechtspersoon, — die geen mensch is, — bepalenden invloed heeft op het wezen van het rechtssubject, heeft dat niet bij den mensch. Immers, de mensch wordt, wat de eenheid van zijn wezen betreft niet bepaald, door welk doel dan ook. Hij staat vrij tegenover ieder doel en hij is één krachtens het zijn wezen bepalende element, de redelijke ziel (14).

---

(13) Bewogen natuurlijk in figuurlijken zin, immers in den zin van aangelokt en aangetrokken te worden.

(14) Mr. WOLFSBERGEN gaat, ni fallor, uit van het atomisme, van het beginsel, dat de mensch uit atomen bestaat. Dit brengt hem tot de gevolgtrekking, dat de mensch géén eenheid is, eerst eenheid wordt door het doel, waarop zijn activiteit is gericht. De eenheid berust dus niet op een innerlijk beginsel. Wij stellen daartegenover, dat de mensch om subject van recht te wezen één

III

Uit het voorgaande zien wij dus, hoe gevaarlijk het is, om bij de bepaling van de rechtspersoon zich los te maken aan het wilsmoment als oorzakelijke factor. Om èn mensch èn rechtspersoon te beoordeelen naar 't uiterlijk gevolg van hun natuur, n.l. van rechtsbevoegdheid te bezitten. Daarin kunnen èn mensch èn vereeniging gelijk zijn, gelijk zij ook één kunnen zijn in het hebben van een doel, een doel, dat bij beiden het handelen bepaalt. Men komt dan tot een formuleering, die alleen aangeeft, wat beiden kunnen, niet wat zij ieder voor zich zijn. Zoo hebben mensch en dier gemeen, dat zij loopen kunnen, doch verschillen zij van nature zoo, dat zij ieder tot een andere soort behooren.

In zijn diepsten grond is het recht terug te voeren tot een wettelijk voorschrift, terug te brengen op een ordening, 't zij goddelijke, hetzij menschelijke. De rechtsverplichting is derhalve een verplichting, die alléén op den mensch rust. Hem toch alleen geldt de verplichting de hem gestelde orde te onderhouden. Hem toch kan alleen het goddelijk gebod gelden, voor en aan hem alleen geeft de wetgever zijn voorschriften. „Recht is wilsnorm", zegt VAN DER HEYDEN terecht (15). De verplichting is tevens zijn recht, immers houdt vanzelf de zedelijke bevoegdheid in daarnaar te leven, volgens die ordening te handelen, dienovereenkomstig iets te doen of iets te eischen. Dit alles komt vanzelfsprekend den mensch, maar dan ook alleen den mensch, toe. Zij veronderstelt immers als logisch postulaat een willend en denkend wezen, dat een eigen persoonlijk einddoel heeft. Van nature is dus alleen de mensch rechtsdrager. Rechtsbevoegdheid en rechtsverplichting zijn niet los te maken van den mensch (16). Dat niet ieder menschelijk wezen de hem toekomende rechtsbevoegdheid kan uitoefenen, belet o. i. niet, dat de mensch van nature rechtsdrager is. Dat onder zekere rechtsordening een deel der volksgenooten geen rechtssubjecten zijn, gelijk bijv. in de oudheid den slaven èn het burgerrecht èn de menschelijke grondrechten werden onthouden, belet niet, dat de mensch krach-

---

moet zijn en dat hij, in zoover hij één is, uit geen veelheid van atomen kan bestaan. Hetzelfde geldt de plant. De plant is een doeleenheid, zegt WOLFSBERGEN. Daartegenover zouden wij willen stellen, dat de plant een eenheid is, omdat hij plant is. Want ieder ding, dat is, is, omdat het is, een.

(15) Naamlooze vennootschap, 2de jaarg. no. 10, „De grondslag van ons Vereenigingsrecht".

(16) Dat niet iedere mensch — de ongeboren vrucht en het kind — zelf zijn recht vermag uit te oefenen is hiervoor geen beletsel. Het komt immers er op aan, wie van nature rechtsdrager is, of liever kan zijn, niet wat ieder individu de facto is.

tens zijn wezen rechtsdrager is. Dat de ongeboren vrucht, het kind, de krankzinnige zelf zijn recht niet vermag uit te oefenen, neemt niet weg, dat ook deze menschelijke wezens aanspraak hebben op hun eigen bestemming, de voor hen geldende ordening na te leven. Dat niemand hen die mag beletten, dat zij dus rechten hebben. Zoo zal ook hij, die door zijn slaap niet bewust handelen kan, daarom niet rechteloos worden. Niet wat een bepaald mensch de facto is, doch om wat hij van nature is, daar gaat het om.

Het is nu de vraag, of ook niet naast het individu aan de menschen in vereeniging diezelfde rechtsbevoegdheid kan toekomen. Kan toekomen, wij zeggen niet, van nature toekomt. Want daarin verschilt de vereeniging, de naamlooze vennootschap, de coöperatieve vereeniging, de stichting met den mensch, dat de rechtsbevoegdheid den mensch *van nature* toekomt, doch dat zij aan de eersten slechts kàn toekomen. Kan toekomen en dan toekomt, indien de staatsmacht als uitdeeler van positief-rechtelijke bevoegdheid die verleent, althans erkent. Maar waarom kàn toekomen? Aan welke voorwaarden moet daarvoor zijn voldaan?

Bezien wij de vereeniging bij uitnemendheid, de menschelijke gemeenschap. Wat is noodig om te komen tot een maatschappij? Allereerst menschen. De vereeniging van mieren in hun mierenhoop noemt niemand een gemeenschap. Het is immers een vereenigd worden door het instinct, niet door vrije wilsdaad. De werkende oorzaak nu der menschelijke gemeenschap is de mensch. Hij bewerkt haar door zijn vrije wilsdaad. De vormelijke oorzaak, die welke aan de menschelijke daad het karakter van gemeenschap geeft, is het vereenigen zelf om wille van het algemeen welzijn. Het doel heeft dus bepalenden invloed op de handeling, want een vereeniging zonder doel, bijv. een vereenigd vluchten, geeft geen eenheid. Eerst de eenheid in de veelheid kan ontstaan door het gemeenschappelijke, waarop het streven der eenheden is gericht. Het zich vereenigen vraagt een eenheidsbeginsel. Voor de gemeenschap is dit het gemeenschappelijk doel, het algemeen welzijn. Wij zien dus, dat bij de menschelijke gemeenschap de werkende oorzaak bij den mensch ligt. Maar slechts die daad, die op het vereenigen is gericht, brengt de gemeenschap voort en het zich vereenigen veronderstelt een doel, dat de mensch tot het zich vereenigen brengt.

Dit alles lijkt ons voor het probleem der rechtspersoon fundamenteel. Rechtspersoon kan slechts datgene zijn, welks werkzaamheid door menschelijke wilsuiting, door menschelijke daad wordt beheerscht. Dan immers ontstaat eene, door zekere doelstelling, bepaalde activiteit. Zonder menschelijke daad heeft men geen vereeniging, geen afgezonderd vermogen,

en zonder bepaald doel vereenigen de menschen zich niet, zonderen zij geen vermogen af. De menschelijke wil is dus eene noodzakelijke voorwaarde om van een rechtspersoon te kunnen spreken. Maar wij hebben toch al lang met den persoonlijken wil, als al beslissende factor voor het rechtsleven, afgerekend? WOLFSBERGEN verwijst ons naar zijn scherpe critiek (17). Met groote stelligheid en met niet minder goeden grond heeft hij de onjuistheid van de onbeperkte wilsleer aangetoond. Inderdaad voor het recht is de wilsuiting zonder meer niet beslissend. „De wil wordt niet beschermd, wanneer zijn inhoud niet op bescherming der rechtsorde aanspraak zou kunnen maken. Het is dus het beoogde doel, dat bepaalt, of den daarop gerichten wil bescherming zal worden verleend" (18). Al aanvaardt men de onjuistheid der zuivere wilsleer, daarom kan men nog niet de conclusie van WOLFSBERGEN onderschrijven. Deze had zich niet moeten bepalen tot een treffende verwijzing naar de causa-leer. Inderdaad, indien ergens de menschelijke wil geen scheppenden, geen oorzakelijken invloed heeft ten aanzien van een zeker rechtsgevolg, dan is het bij de causaleer. Een contract komt niet louter tot stand door samenval van wilsuiting. Natuurlijk, de wil is onmisbaar element, maar de menschelijke wilsuiting bepaalt niet de oorzaak der overeenkomst. Neem de huurovereenkomst of het ruilcontract. In den samenhang der praestaties ligt de oorzaak der overeenkomst. Die oorzaak, n.l. de verhouding tusschen twee praestaties, is reeds objectief aanwezig, bestaat, vóórdat partijen tot elkaar komen. Op en om die verhouding beweegt zich der partijen wil. Dit blijkt bij dwaling. Indien een der partijen gedwaald heeft, dan zal — daargelaten, of de dwaling verschoonbaar is — de vraag omtrent de dwaling beslist worden beslist naar en door den wezenlijken inhoud der tegenpraestatie en die inhoud wordt bepaald door de evenredigheid van praestaties. Hetzelfde zien wij nu bij het vereenigingscontract. Het sterkst bij de vereenigingsvormen van staat en huwelijk. Is de mensch vrij, al of niet een gemeenschap te vormen, een huwelijk te sluiten, zoodra hij daarop zijn wil bepaald heeft, is hij gebonden aan een realiteit, die niet louter door zijn wil wordt beheerscht. Èn staat èn huwelijk worden door innerlijke beginselen, die los staan van den menschelijken wil, bepaald. Zooals ten aanzien van de „causa" bij overeenkomsten, zoo heeft de menschelijke wil geen scheppende, geen vormelijk-oorzakelijken invloed ten aanzien van wat de vereeniging, die het huwelijk, die de staat tot die bepaalde soort van vereeniging maakt. Hij kan vrij zijn een

(17) „De Nationaliteit der Naamlooze Vennootschap", proefschrift Leiden, p. 43 en vlg..

(18) L. c. pag. 48.

staatsgemeenschap te stichten, een huwelijk te sluiten, gaat hij daartoe over, dan is hij, deze eenmaal gesticht, gebonden aan derzelver bijzondere realiteit. Bij het vereenigingscontract geldt hetzelfde, zij het in minder mate. In het vereenigingscontract ligt een doelstelling, die een andere is, althans kan zijn, dan die van het lid. Het finis operis, het doel, waartoe uiteraard een vereeniging moet leiden, staat buiten de bedoeling van ieder individueel lid, het finis operantis. De bedoeling is rechtens onverschillig (19). Het komt aan op de innerlijke beteekenis van het contract. Uiteraard is een vereeniging erop gericht een eigen bestaan te voeren. Dat is het aan iedere vereeniging eigen doel, waarnaast het bijzondere doel staat, waarvoor die bepaalde vereeniging werd opgericht. Eigen voordeel kan het persoonlijk oogmerk zijn van wie de staatsgemeenschap stichten, het doel van die gemeenschap zelve is de autonome eenheid. Zonder die zelfstandige, zich zelf bepalende, blijvende eenheid kan het doel der vereeniging in staatsverband niet bereikt worden. Dit geldt gelijkelijk voor naamlooze vennootschap, coöperatie etc. Het lijkt dan ook niet juist, wanneer SCHELTEMA (20) meent, „dat men van vereenigingsrecht zou kunnen spreken, zoo dikwijls het recht verhoudingen regelt van menschen, tusschen wie gelijkheid van belang een zekere min of meer hechten band heeft gelegd. In welken zin naast de Staat de gezamenlijke erfgenamen, de schuldeischers in een faillissement een vereeniging vormen". Het is dan ook kenmerkend in de rechtspraak van den H. R. ten aanzien der vraag, of een statutenwijziging redelijk is te achten, of zij al of niet in strijd is met de goede trouw, dat de H. R. steeds den nadruk legt op het moment: het belang der zelfstandige organisatie (21).

---

(19) SCHELTEMA heeft in zijn Leidsche aanvaardingsrede — zie noot 20 — als bezwaar tegen het nadruk leggen op het bereiken van een gemeenschappelijk doel aangevoerd, dat daaruit zoude kunnen afgeleid worden, dat de vereenigden niet eigen, doch elkanders belangen beoogen te behartigen, en dat op grond daarvan het verbintenisscheppend karakter der vereenigingsovereenkomst zoude worden ontkend. Het doel van wie handelt kan door vele middelen worden bereikt, waaronder de gemeenschappelijke organisatie. En hiermede is het bezwaar van SCHELTEMA weerlegd.

(20) F. G. SCHELTEMA, „Beschouwingen omtrent de Grondslagen van het Vereenigingsrecht", Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het Hoogleeraarsambt te Leiden 21 Maart 1923.

(21) Zie ten deze onze beschouwing, „De H. R. en de toepassing der artt. 1374 en 1375 B. W. ten aanzien van de Statuten eener Naamlooze Vennootschap of Coöperatieve Vereeniging". Naamlooze Vennootschap November 1933.

De staat, de vereeniging etc. is er dus op gericht om een eigen bestaan te hebben, los van dat der individueele leden. Een eigen bestaan, dat, als gezegd, niet gelijk is aan dat van haar individueele leden. De vereeniging is een orde-eenheid bepaald door eigen doelstelling, wat niet meebrengt, dat de eenheden, waaruit de nieuwe eenheid werd geboren, daarin opgaan. Het tegendeel is waar. Zulk een eenheid veronderstelt juist, dat de eigen activiteit der leden niet opgaat in de activiteit der doeleenheid, dat de werkdadigheid der ordeeenheid een andere is dan die der haar constitueerende deelen. Nemen wij een leger. Ieder soldaat blijft mensch met behoud van zijn eigen zelfstandigheid en werkzaamheid, al is hij tevens soldaat, en al wordt als zoodanig aan zijn activiteit een bijzonder doel gesteld. Bij de legerleiding komt dit nog sterker uit. De generaal staat als generaal onder een andere wet en verantwoordelijkheid dan als mensch. Het leger is natuurlijk slechts bij wijze van voorbeeld genomen, want het leger, hoe groot zijn eenheid ook moge zijn, is noch positiefrechtelijk, noch naar zijn wezen rechtspersoon. Niet, alsof het leger geen enkel subjectief recht zou hebben. Het heeft zulk recht, maar daarom is het nog geen rechtssubject. Het mist het totaal van bevoegdheden, welke eigen zijn aan het rechtssubject. Scholten heeft er reeds op gewezen (22) „dat er allerlei staatsorganen zijn, die bevoegdheden in den zin van subjectieve rechten hebben, maar die toch geen rechtspersonen zijn, omdat zij ten aanzien van de hun toevertrouwde belangen, niet zulk een zelfstandigheid hebben verworven, dat zij subject van het daarvoor bestemde vermogen zouden mogen heeten. Rechtbank en Universiteit bijv. hebben het recht van petitie, rechtspersonen zijn zij niet". Dit komt, omdat zij, zooals Scholten opmerkt, geen zelfstandig bestaan hebben, omdat hun eenheid, die van het leger bijv. er niet op gericht is een eigen zelfstandig bestaan te leiden. Het zijn slechts middelen, middelen ten dienste van den Staat of onderdeelen van den Staat. Natuurlijk, ook wij erkennen, dat de rechtspersoon, een vereeniging tot behartiging van maatschappelijke belangen, het door den erflater afgezonderd vermogen teneinde hulpbehoevenden te steunen, de naamlooze vennootschap, allemaal slechts middelen zijn in dienst van den mensch. Tenslotte is de Staat ook zulk een middel. Maar een middel kan slechts middel zijn en niet meer. Eerst als het middel een eigen bestaan erlangt, juist krachtens zijn zelfstandig bestaan middel is, eerst dan kan zulk een middel een rechtspersoon worden.

Samenvattend komen wij dus tot de gevolgtrekking, dat als

(22) W. P. N. R. 2804, p. 524.

voorwaarden voor 't ontstaan en 't bestaan van een rechtspersoon kunnen gesteld worden: *a.* menschelijke wilsuiting. Eerst door menschelijke wilsdaad ontstaat en vermag ook de rechtseenheid, die geen mensch is, handelend op te treden; *b.* eigen zelfstandig bestaan. De rechtsfiguur, die als rechtspersoon optreedt, moet, krachtens haar wezen, op een zelfstandig bestaan zijn gericht; *c.* eigen doelstelling. Het is de doelstelling die aan de activiteit van de rechtspersoon — niet mensch — via de menschelijke daad eenheid in optreden en doelmatigheid van handelen geeft. Hiermede is echter de rechtspersoon naar haar wezen nog niet bepaald.

Het is een ding, een wezen met eigen bestaan en doelstelling, maar daarmede is nog niet gezegd, waaruit dat wezen bestaat. Immers alleen, hoe 't ontstaat en bestaat. Niet echter, wat haar samenstellende deelen, de materie is, waaruit zij is opgebouwd. Wij willen thans trachten ook dit te doen.

IV

Het wezen der rechtspersoon bestaat uit een geheel van betrekkingen. De betrekking behoort tot het zijn der dingen, is eene bijkomstigheid ervan. Zij bestaat in de verhouding van een ding tot een ander ding. De betrekking wordt niet enkel bepaald als eene bijkomstigheid van haar subject, maar tevens als de verhouding van dat subject tot een ander ding. Die verhouding is wezenselement der betrekking. Wie van betrekking spreekt, spreekt van zekere ordening, van een geordend zijn. Wanneer men twee uitersten heeft, twee termen, wezenlijk bestaande en ten opzichte van elkaar geordend, 't zij door de eigen activiteit van de eene, of de passiviteit van de andere, dan heeft men een werkelijke betrekking. Het is geen louter gedachtending, het zal een realiteit zijn buiten en in de dingen bestaande, onafhankelijk van ons verstand.

Bij eene vereeniging nu heeft men een geheel van betrekkingen, dewelke bestaan tusschen zekere menschen onderling ten aanzien van een bepaald doel en mede ten opzichte van een bepaald object. Tengevolge van hunne overeenkomst tot samenwerking, van hunne toetreding zijn er tusschen de leden van een vereeniging betrekkingen ontstaan. Zij zijn allen dragers van een en dezelfde betrekking, gelijk zij ook de termen zijn dier verhoudingen. Aldus is de vereeniging een totaal van betrekkingen, die een innerlijke eenheid vormen. En hierin ligt het wezensverschil tusschen de eenheid van den mensch en die van de juridische persoon, die de Staat, de vereeniging etc. vormt (23). De betrekkingen zijn bijkomstig-

(23) Het is juist de fout van GIERKE's organenleer, dat zij meent, dat er identiteit is tusschen de menschelijke en de vereenigingsrechtspersoonlijkheid.

heden, de mensch niet. Dat zij bijkomstigheden zijn, wil niet zeggen, dat zij geen realiteit hebben. Het zijn werkelijkheden, die slechts voor een werkelijkheidsontkenner als DUGUIT niet bestaan. Deze verhoudingen zijn even reëel als de band, die tusschen vader en zoon, schuldenaar en schuldeischer bestaat.

Deze betrekkingen nu zijn een eenheid, treden als eenheid op naar buiten. Zij zijn eenheid, omdat zij als 't ware in het doel samengebundeld zijn. Zij treden naar buiten als eenheid op, als een eenheid, die bewustzijn heeft van de haar eigen doelstelling, die zin heeft voor hare verantwoordelijkheid, die meester is over haar eigen handelingen. De Staat is — wij merkten het reeds op — de meest sprekende dezer realiteiten (24). Hij is een geheel van betrekkingen bestaande naar buiten tegenover de andere staten of naar binnen tegenover zijn eigen volksgenooten. De Staat is dan ook slechts een fictie, een fictieve rechtspersoon, indien men hem aan de menschelijke persoon gelijk wil stellen. Dan komt men noodzakelijk tot de fictie. Men moet in de rechtspersoon niet meer zien, dan wat zij wezenlijk inhoudt. „De realiteit — waarin het wezen der rechtspersoon bestaat — is een realiteit van zedelijken, van moreelen aard, moreel genomen in den zin van behoorend tot de orde, die ontstaat door menschelijke wilsuitingen, de strevingen van den mensch naar een doel", aldus formuleerde Prof. DUYNSTEE het eens zoo kernachtig (25). Het vermogen van den faillieten boedel, afgescheiden ten bate van degenen, die daar eenig recht op kunnen doen gelden, kan nooit een rechtspersoon zijn of worden, omdat deze afzondering noch bestemd, noch gericht is op eigen bestaan.

Ook de stichting is een geheel van betrekkingen ten aanzien van een bepaald doel. Het is een georganiseerde idee. Een maatschappelijke gedachte, voorzien van de noodige middelen ter verwezenlijking. Spraken wij dus niet met zooveel woorden over de stichting, zij was wel in onze beschouwing begrepen. Zij verschilt in wezen immers niet van de vereeniging. Slechts voor de leer van den gezamenlijken eigendom kan de stichting onoplosbare moeilijkheid leveren, omdat daarbij geen mensch, die als subject van het stichtingsvermogen zou kunnen optreden, valt aan te wijzen.

Ook bij de stichting hebben we een geheel van betrekkingen

---

(24) Vergel. Prof. P. J. DÉLOS, „La Société Internationale et les Principes du Droit Public", Préface de Louis Le Fur, 1929, Paris Pedone.

(25) Handelingen van de Vereeniging voor Wijsbegeerte des Rechts", 1920, p. 53.

ten aanzien van eene maatschappelijke doelstelling tusschen eenerzijds het vermogen, dat daartoe werd afgezonderd en anderzijds degenen, die dat doel hebben te verwezenlijken.

Uit het voorgaande ziet men een ding heel duidelijk, n.l. dat de rechtspersoon iets geheel anders is dan de mensch. Dat men echter ook bij de rechtspersoon de menschelijke wilsdaad als werkende oorzaak niet kan uitsluiten. Noch ten aanzien van het ontstaan, noch ten aanzien van het bestaan der rechtsbetrekkingen.

Wil men tenslotte een begripsomschrijving, een ontleding en omschrijving van het geheimzinnig wezen, dat de rechtspersoon is, welnu, dan meenen wij de navolgende te kunnen geven: de rechtspersoon is een maatschappelijke idee, die de eindterm is van een reeks van betrekkingen tusschen verschillende personen, en die, als haar doelstelling, aan de activiteit van die personen richting en eenheid geeft, welke maatschappelijke idee of doelstelling als rechtseenheid naar buiten optreedt. Wil men bondiger formuleering, dan neme men die van Prof. Duynstee (26) „het is een moreele eenheid, die bestaat in de gezamenlijke betrekking van physiek zelfstandige deelen tot eenzelfde doel". Of zulke maatschappelijke doelstelling ook de facto rechtspersoonlijkheid bezit, ook feitelijk inderdaad aan het rechtsverkeer als rechtspersoon zal deelnemen, hangt natuurlijk mede van de erkenning van het staatsgezag af. Doch die toestemming, erkenning vanwege het staatsgezag bepaalt niet het wezen der rechtspersoon, is slechts een voorwaarde, die vervuld moet zijn, opdat zij aan het rechtsverkeer kan deelnemen.

(26) „Burgerlijk Recht en Zielzorg", § 22.

Jhr. Mr. C. M. O. van Nispen tot Sevenaer

P.S. Het probleem der rechtspersoon hebben wij nader beschouwd in zijn practische gevolgen ten aanzien van de staatsgemeenschap in een binnenkort in het „Algemeen Nederlandsch Tijdschrift voor Wijsbegeerte en Psychologie" te verschijnen beschouwing „Over het wezen der Maatschappij in Thomistischen zin". Wij mogen belangstellenden wel daarnaar verwijzen.

De gijzeling hier te lande in de 19de eeuw en in het bijzonder te Amsterdam ± 1820

door

A. HALLEMA

„Bin ich wirklich in dem reinlichen, wohlthätigen Holland? in seiner reichen, menschenfreundlichen Haupstadt, dessen Gefängnisse der unsterbliche HOWARD vor 50 Jahren wegen ihrer Reinlichkeit, wegen des Fleisses und der Ordnung der Gefangenen, wegen der Menschlichkeit und Fürsorge der Behörden bewunderte?" THEODOR FLIEDNER, Collektenreise nach Holland und Engeland, I, Essen 1831.

Het juridisch begrip gijzeling is oud, wreed, omvangrijk, vergroeid met onze litteratuur en in historisch opzicht de schakel tusschen politiek, rechtspleging en den koophandel. Reeds daarom mogen we zeggen, dat het de aandacht heeft van velen, die op een dezer terreinen des levens de feiten toetsen aan de wereld van het zijn en de werkelijkheid. Geldt dat voor het heden, ook in den engeren zin van de gijzeling als civielrechtelijke maatregel staan we voor een historischen ontwikkelingsgang, die een nadere overdenking en beschouwing meer dan waard is en die ons voor de 19de eeuw vooral aantrok door de vondst van een onbekend rapport over de toepassing van den lijfsdwang en den toestand der gegijzelden in een der plaatselijke gevangenissen te Amsterdam in het jaar 1820. Het zij ons daarom vergund, daarvoor in dit kort bestek even Uw aandacht te vragen.

Gedurende de periode der Republiek waren de tuchthuizen en stadhuiskelders, — in Amsterdam de „boeien" genoemd —, de detentieplaatsen voor wegens schuld en boete gegijzelden, dikwijls gelijkgesteld met vervangende hechtenis. We zullen hier deze geheele geschiedenis niet ophalen, want het zou een detailstudie vereischen, om aan te toonen in hoeverre de gevangenzetting ter zake van schulden, iemand in onderpand nemen voor het nakomen van beloften, voorwaarden, schulden, — dit alles toch is gijzelen in den ruimsten zin en in den

Nieuwen Tijd —, in de diverse gevangenissen (1) tijdens de Republiek werd ten uitvoer gelegd. Maar toen de bekende prison-reformer JOHN HOWARD op het einde der 18de eeuw Europa doorreisde, om de gevangenissen en andere godshuizen te inspecteeren, viel het hem op, hoe de vele en door hem geprezen gevangenissen in ons land plaatsen open hielden voor gijzelaars, geen gewone jails en spunging-houses, doch de oude „giselhusen", thans als separate gevangenverblijven in de tuchthuizen en stadhuisgevangenissen ondergebracht en dat dus het „right of arrest for debt" hier nog wel zijn toepassing vond, zij het dan „in zeer beperkte mate". (?)

Een enkel voorbeeld uit zijn inspectie-verslagen ten bewijze. Na zijn ongetwijfeld te gunstig oordeel over de Nederlandsche gevangenissen (2): „Prisons in the United Provinces are so quiet, and most of them so clean, *that a visitor can hardly believe he is in a goal!*" vervolgt hij over de gegijzelden om schulden in die rustige, zindelijke gevangenissen als volgt: „Debtors also are but few. The magistrates do not approve of confining in idleness any that may be usefully employed. And when one is imprisoned, the creditor must pay the gaoler for his maintenance, from five and a half to eighteen stivers a day, according to the debtor's former condition in life. The aliment must be paid every week: in default whereof, the goaler gives eight days notice, and if within that time, the money, or security for it, be not brought, the debtor is discharged. Another reason is, that the situation is very disgraceful. But, perhaps, the principal cause that debtors, as well as capital offenders, are few, is the great care that is taken to train up the children of the poor, and indeed of all others, to industry. No debtors have their wives and children living with them in prison: but occasional visits in the day-time are not forbidden. You do not hear in the streets as you pass by a prison, what I have been rallied for abroad, the cry of *poor hungry starving debtors.*"

In de gevangenissen, die hij bezocht, vond hij dan ook weinige gegijzelden. „At *Rotterdam,* in the *Stadt-house* prison, there were no debtors in either of the three rooms at any of my former visits, but in 1781 there was one debtor. When

---

(1) Vgl. hierbij onze studie in Tijdschrift van Strafrecht, dl. 41, afl. 4: Waar stonden ten tijde der Republiek onze Gevangenissen?

(2) Wij hebben daarvan de onmiskenbare bewijzen, die in onze tot heden nog niet uitgegeven „Geschiedenis van het vaderlandsche gevangeniswezen" van dit dienstvak in de 18de eeuw een minder rooskleurig beeld geven. HOWARD koos uit het heel slechte en zeer corrupte, wat hij bij zijn oculaire inspectie aantrof, in dit opzicht het beste.

there are any, they are alimented at one fixed sum, viz. sixteen stivers a day . . . . I have been well informed, that for thirty or forty years (at *Dordrecht*) has been but one debtor (in the Stadt-house prison) and that he continued in confinement only fourteen days . . . . At *Là Porte* (!), the prison at *Gouda,* there is a small room for debtors, which the keeper informed me had not been occupied since 1761.... At *Amsterdam* the prison is in the *Stadt-house.* Debtors and felons quite separate. No court. Visitants may converse with debtors at the lattices of their rooms, from nine to twelve in the forenoon. The debtor may buy an anchor of wine to deposite with the keeper (who sells liquors): he is allowed to call for a bottle of it a day, paying the keeper two stivers a bottle. — The city allows each debtor one quart of beer daily, and turf for firing. By conversing with the debtors, I found that they were all alimented alike, the first fourteen days at eleven stivers or a shilling a day; after that time at five stivers and a half. But this is paid to the baoler, who has great profit out of it, as appeared from the daily allowance, which I weighed several times. Their two rooms are thoroughly cleaned and white-washed twice a year . . . . At *Utrecht,* in 1776, no prisoners in the *Stadt-house*; in 1778, no debtors, and only one criminal, and his offence not capital; in 1781, no debtors; and but five offenders, two of whom were to be confined to bread and water; and in June 1783 only three prisoners. The allowance for debtors, the first week, is twenty-eight stivers a day; the second week, sixteen; and every day afterwards eight stivers."

Ziedaar enkele notities uit HOWARD's visitatie-verslag, dat hij opgetogen beëindigde met: „I leave this country with regret, as it affords a large field for information on the important subject I have in view. I know not which to admire most, the *neatness* and *cleanliness* appearing in the prisons, the *industry* and *regular conduct* of the prisoners, or the *humanity* and *attention* of the magistrates and regents". Zag hij dit alles te mooi, te eenzijdig of nog diep onder den indruk van het slechte en immoreele, dat hij buiten de Republiek bijna overal elders in de gevangenissen en bagno's van West- en Oost-Europa had waargenomen, ook ten aanzien van het lot der wegens schuld en boeten gegijzelden? Wij meenen op grond van onze eigen onderzoekingen, dat zulks wel het geval is, maar in elk geval was het nog geen halve eeuw later nog heel wat slechter gesteld met ons vaderlandsche gevangeniswezen, niet het minst wat aangaat de gijzeling.

Hoe de gijzeling in Amsterdam omstreeks 1820 ten uitvoer gelegd werd, bleek ons uit de topographische beschrijving van

de Amstelstad in dien tijd, samengesteld door C. J. NIEUWENHUIJS, Med. Dr., die in dat jaar zijn „Proeve eener Geneeskundige Plaatsbeschrijving der stad Amsterdam" deed verschijnen. Daarin treft men een overzicht van het plaatselijk gevangeniswezen aan, dat van groot belang is voor onze kennis van dezen tak van dienst. Natuurlijk bekeek hij de onderhavige zaak vooral als hygiënist en medicus, om den gezondheidstoestand der gevangenen, gehechten en gegijzelden te beoordeelen, de hygiëne of beter het gebrek aan hygiëne in de locale gevangenisgebouwen aan de kaak te stellen, middelen ter verbetering van dien meestal ongunstigen staat van zaken aan de hand te doen, maar daarnaast schonk hij ook aandacht aan de juridische, economische en sociale kanten van zijn onderwerp. Daartoe werd hij hoofdzakelijk in staat gesteld door de deskundige voorlichting van het bij dit dienstvak werkzame personeel.

Een en ander maakt zijn in paragrafen ingedeeld rapport over de toepassing van den lijfsdwang in den vorm van gijzeling wegens particuliere schulden en wegens boeten en schulden aan den Staat dan ook alleszins belangwekkend, te meer als men bedenkt, dat de plaatselijke gevangenissen van Amsterdam in de 17de en 18de eeuw altijd gegolden hadden voor de beste detentieplaatsen in den lande. Als men daar nu naar af te meten heeft, hoe de toestand dan elders wel zal geweest zijn, dan kan het niet anders, of het beeld, hetwelk daarvan voor onzen geest verrijst, is weinig minder dan benauwend en tevens een aanklacht tegen het inhumane stelsel van toepassing van den lijfsdwang onder zulke omstandigheden als ter plaatse bestonden, eigenlijk ook al weer een gevolg van het locaal karakter van het gevangeniswezen tijdens de Republiek. De lezing van NIEUWENHUIJS' rapport, dat we hier thans laten volgen, kan onze lezers daarvan voldoende overtuigen. Het omvatte §§ 890—897 van zijn „Proeve".

(§ 890). Behalve de vermelde gevangenen zijn er nog twee soorten, die niet onder het opzigt van het collegie van regenten over de gevangenissen (te Amsterdam) maar onder toezigt van de regenten van het werkhuis (aan de Kerkstraat of het z.g. Weesperveld), in 1782 geopend, staan en ook in dit gebouw opgesloten worden. Wij bedoelen de *gijzelaars*, die wegens schuld en de dus genaamde *geldgasten*, die door familie en bloedverwanten wegens wangedrag geplaatst zijn", (de laatste categorie gelijk te stellen met onze civielrechtelijk geplaatste minderjarigen in de Tuchtscholen. H.). „Beide deze soorten verdienen onze bijzondere opmerkzaamheid, eensdeels omdat gene doorgaans tot *den fatsoenlijken stand* behooren en ten andere, omdat althans de laatsten met geen

ander oogmerk dan alleen tot hunne *zedelijke verbetering* hier gezet worden.

(§ 891). Een schuldeischer verkrijgt alhier lijfsdwang of het regt, om zijnen schuldenaar *in de gevangenis te werpen,* zoodra de *regter,* aan wien, bij uitsluiting van alle andere *magistraats*-personen daartoe de magt behoort, het vonnis van *condemnatie* tegen dezen heeft uitgesproken. Deze lijfsdwang kan plaats hebben zoowel in *civiele* als *commercieele* zaken. De Wet wijst uitdrukkelijk die personen aan, welke aan dezen *lijfsdwang* onderworpen kunnen worden. Nimmer mag dat middel van *executie* gebezigd of bevolen worden buiten die *precise* gevallen en tegen die personen, welke niet door de Wet duidelijk bepaald en aangewezen zijn. Ook kan er nimmer *lijfsdwang in civiele zaken* plaats hebben voor eene som beneden de 150 gulden; doch in *commercieele zaken* kan dit geschieden voor *alle sommen,* hoe *gering* die ook mogen wezen. Eene bijzondere bepaling (Wet van den 10den September 1807) laat aan den regter toe, om op *speciaal* verzoek van eenen schuldeischer deszelfs schuldenaar, *vreemdeling zijnde,* in hechtenis te doen nemen, wanneer de vordering wettig *gepresumeerd* en dadelijk kan geëischt worden. De *arrestatie* moet in alle geval voorafgegaan worden van de *insinuatie* aan den schuldenaar van het vonnis tegen hem gewezen, met bevel, om aan den inhoud van hetzelve te voldoen; hetgeen 24 *uren vóór de arrestatie* geschieden moet. De gevangenneming wordt verrigt door een' deurwaarder, daartoe bij het vonnis, of bij eene afzonderlijke *ordonnantie* van den regter, *speciaal* benoemd. Nogtans geschiedt zulks onder zekere bepalingen. De schuldenaar heeft het regt, om te vragen bij den regter gebragt te worden, die, na hem gehoord te hebben, uitspraak doet en beslist, of hij vrijgelaten, dan wel naar de gijzeling moet vervoerd worden (3).

(§ 892). „De *civiele* gijzeling of bewaarplaats dezer gevangenen is thans in het Werkhuis (4), heeft denzelfden ingang als die voor alle gevangenen en inzonderheid voor die van het Spinhuis (5) en neemt de ruimte boven de bakkerij in. Een gang voert ons aan eene ijzeren traliedeur; door deze komt men op eenen ruimen steenen trap en weder door andere welgeslotene deuren tot *den kerker dezer ongelukkigen.* Om eenen kerker te schetsen konde men nooit beter modèl nemen dan dezen. Trouwens,

(3) Mr. M. Schoonveld, Code pénal m. aant., A'dam 1850; Mr. A. J. van Deinse, Strafwetten, Middelburg, 1857; C. Penal, artt. 52, 467, 469; Wbk v. Burg. Regtsv., art. 585.

(4) Zie mijn studie in Jb. „Amstelodamum", dl. 26, blz. 187—207.

(5) Thans Hoofdbureau van Politie aan de zg. Spinhuisgracht.

behalve de verscheidene deuren, welke den toegang tot denzelven afsluiten, bestaat dit verblijf in een ruim vertrek, hoog van verdieping; zijnde door eenen, op zware steenen zuilen rustende boog als het ware, in tweeën verdeeld, en aan beide zijden van de vensterramen door zware houten met ijzer beslagene latten afgescheiden, dat aan hetzelve het voorkomen van eene kouw geeft. Geen boef alzoo kan zorgvuldiger bewaard worden, dan hier de schuldenaars. Het vertrek is binnen de traliën 46 voet lang en 40½ voet breed. Terzijde van dezen kerker, eenige trappen hooger, is een klein kamertje voor den *cipier*, hebbende een in de gevangenis met zware traliën bschoten raam, waardoor hij het overzigt over de gijzeling heeft, zonder zelfs, zulks verkiezende, bemerkt te worden. Ter zijde in deze gijzeling is een afgeschoten kamertje, de *beurs* genaamd, zeer gemakkelijk en zindelijk voor de behoefte der gijzelaars ingerigt. Het woonvertrek moet tevens tot slaapkamer dienen, waarom er zich twee zoldertjes bevinden, *op*, en indien het vol is, *onder* welke de krebben of slaapsteden geplaatst zijn. Het beddegoed bestaat in eene paardenharen matras, dito peul en noodige dekens; nogtans staat het den gevangenen vrij, hun eigen bed mede te brengen. Op den avond van den 22sten Maart 1820 bezochten wij, met toestemming van een' der heeren regenten, dezen kerker, en vonden aldaar vijf of (?) zes opgeslotenen. Het vertrek en zelfs de boven beschrevene beurs waren door hangende lantarens tamelijk goed verlicht. Eene diepe stilte, de flaauwe verlichting, de somberheid van dezen kerker, het aanzienlijk voorkomen dezer opgeslotenen: dit alles verwekte in ons eene weemoedige aandoening!

(§ 893). „Voor de, door den schuldeischer te goed gedane 15 stuivers of 75 cent 's daags (6) bekomt de gijzelaar: voor *ontbijt* eene boterham; des *middags* dezelfde spijs als de *suppoosten* in dit huis, namelijk aardappelen, groenten en ruim een half pond vleesch (in twee dagen ¾ pond) per hoofd; des *avonds* karnemelk met gort; eene boterham, of soms salade, enz.; bestaande de drank in bier. Van het huis heeft hij niets anders te wachten; andere spijs of ververschingen, als koffij, thee, wijn en sterken drank moet hij, daartoe vermogen bezittende, van buiten het huis laten halen.

(§ 894). „Ook ontbreekt hier eene bijzondere ziekenkamer. Wanneer derhalve deze zieken geen vermogen hebben, om arts en artsenijen te bekostigen, is hij genoodzaakt, om zich òf op

(6) In de 19de eeuw werd dit bedrag uniform voor alle gevallen van gijzeling in Nederland in tegenstelling met de variabele bedragen, door HOWARD genoemd en afhankelijk van de locale gevangenistoestanden of van den maatschappelijken stand der gegijzelden!

de gemeene ziekenkamer van de bedelaars en vrijwilligers te begeven, ten einde aldaar van de artsen van dit gesticht de noodige hulp te ontvangen; òf zich aan de Natuur over te geven; zijnde de schuldeischer alleenlijk verpligt zijnen *gezonden* schuldenaar te onderhouden, maar geenszins om voor den *zieken* te zorgen. In het werkhuis echter is geene zoodanige inrigting voor gijzelaars getroffen.

(§ 895). „Het getal dezer gevangenen is zeer verschillend en wisselt van 5 tot 14 af; doorgaans echter beloopt het op zeven of acht personen. Op Donderdag mogen zij hunne vrienden en bloedverwanten bij zich ontvangen; nogtans hebben de mannen, indien zij met een toegangsbriefje van den regent dezer afdeeling voorzien zijn, dagelijks, en de vrouwen twee maal in de week bijzonderen toegang tot deze gevangenen. Niemand hunner wordt echter in het gevangenvertrek toegelaten, maar aan den eenen kant tusschen de ramen en de hierboven beschrevene tralie is daartoe een hokje of portaaltje afgeschoten, waar dan ook de vrienden opgesloten worden.

Deze ongelukkigen hebben slechts 's Dinsdags en 's Vrijdags van 12 tot half 2 ure vrijheid, om zich op de aangewezene sombere en doodsche plaats (luchtplaats voor de gevangenen) te verluchten, doch zijn alsdan vergezeld door den knecht van den cipier. *Zij kunnen geenen openlijken godsdienst bijwonen, hoewel die in het huis gehouden wordt.*

Het staat hun vrij, des verkiezende, eenig handwerk te verrigten; doorgaans echter vermaken zij zich met kaart-, damen andere soortgelijke spelen, of met lezen.

De regenten hebben het regt, om weêrsprannigen in een bijzonder hok op te sluiten, waarvan, hoewel zeer zelden, reeds voorbeelden bestaan.

De tijd hunner gevangenis is onbepaald, en hangt af:

1°. van den schuldeischer, die hem in hechtenis heeft doen nemen, of door aanbeveeling in deze gevangenis heeft doen houden; *thans zelfs bevindt er zich een regtsgeleerde, die reeds 13 jaren aldaar opgesloten is* (7);

2°. van de betaling van het geheele verschuldigde met kosten en *interessen*;

3°. van den vrijwilligen afstand zijner goederen, wanneer deze aangenomen is;

4°. van het gebrek aan vooruitbetaling van het bepaalde kostgeld, hetwelk altijd voor eene maand moet geschieden;

5°. van den ouderdom des *debiteurs*; wanneer de schulde-

---

(7) In de 17de eeuw kwam het ook voor, dat in de rasp- of tuchthuizen te Utrecht, Leiden en Amsterdam wegens schuld gegijzelden *eenige jaren* in hechtenis doorbrachten.

naar van eene *civiele* schuld het zeventigste jaar bereikt heeft, wordt hij ontslagen, kunnende de *debiteur* van eene *commercieele* schuld op dit voorregt geene aanspraak maken.

(§ 896). „Al hetgeen wij van deze gevangenen met betrekking tot hunne gevangenis gezegd hebben, betreft alleen de mannen. Vrouwelijke gevangenen van dien aard komen zoo zeldzaam voor, dat men daarvoor geen bijzonder vertrek heeft; maar deze worden op het *geldgasten-departement* (8) geplaatst en staan voor het overige, wat de behandeling aangaat, in alles met de mannelijke gijzelaars gelijk.

(§ 897). „Het opzigt over de gijzeling is toevertrouwd aan eenen cipier, die aldaar zijne woning en eenen knecht onder zich heeft. De *cipier* is verantwoordelijk voor zijnen gevangenen, en staat voor het overige onder den hoofd*provoost* en de hoofd-*provoostin* (9) van het werkhuis; een der regenten van dit gebouw, uit hun midden daartoe benoemd, heeft het opperbeheer over deze afdeeling."

Misschien zal het onzen lezers nog interesseeren te weten, waarom Howard kort na 1780 de te Amsterdam gegijzelden in het stadhuis aantrof, terwijl bovenvermeld rapport van Dr. Nieuwenhuijs de detentieplaats der gegijzelden in het Nieuwe Werkhuis beschreef. Die verplaatsing heeft een betrekkelijk lange geschiedenis, die in het kort hierop neerkomt. Gedurende de periode der Republiek werden de wegens schuld gegijzelden steeds in de „Boeien" onder het stadhuis opgesloten, doch ten jare 1796 bij de politieke verandering in het staatsbestel werden zij vandaar naar het Nieuwe Werkhuis overgebracht. Doch niet lang, nadat ze in dit gesticht gehuisvest waren, brak er een soort van oproer uit onder deze lieden, vermoedelijk omdat ze veel slechter verzorgd werden dan de andere bewoners van het huis, meest bedelaars, landloopers, gehechten, allerlei maatschappelijk onvolwaardigen of wel a- en anti-sociale elementen, die men om bepaalde redenen niet in het Rasphuis aan de Heiligeweg kon opsluiten.

En niet alleen waren de gegijzelden daar onhebbelijk en onhandelbaar geworden, doch ze zagen ook kans om af en toe en bloc of en masse te ontvluchten, daarbij geholpen door de andere categorieën van verpleegden. De magistraten wisten nu niet beter te doen, dan de gijzelkamers in de stadsboeien weer voor de gegijzelden open te stellen en zoo werden ze aldaar in den aanvang van het jaar 1804 wederom ingesloten. Maar toen Koning Lodewijk Napoleon het stadhuis tot zijn paleis begeerde, konden de gegijzelden met de andere gevan-

(8) Over deze gevangenisafdeeling in een volgend artikeltje.

(9) Deze curieuze titulatuur herinnert aan de copulatie militaire en burgerlijke strafrechtspleging in den ouden tijd.

genen daar niet langer blijven, zoodat dezen naar het Rasphuis en genen naar het Nieuwe Werkhuis werden getransporteerd. Vooraf waren de toen in dit gebouw beschikbaar gestelde gijzelkamers extra verzwaard en versterkt, om massale ontvluchting te voorkomen en zoo kon het geschieden, dat Dr. NIEUWENHUIJS daar ruim tien jaren later ook een „modelkerker" voor de gegijzelden aantrof. Inmiddels had tijdens de Fransche overheersching de directeur-generaal van politie DEVILLIERS DUTERRAGE het Werkhuis ook nog laten versterken en van beter sluitingen doen voorzien om het gebouw tijdelijk tot gevangenis te bestemmen, in verband waarmee de andere bewoners naar Enkhuizen op transport gesteld werden. Ingevolge den last van den prefect DE CELLES d.d. 16 Maart 1813 werd het Werkhuis wederom tot bedelaarskolonie bestemd, waarin uitsluitend de te Amsterdam geboren bedelaars moesten ondergebracht worden, doch ook andere slachtoffers van de Fransche terreur en willekeur kwamen er terecht. Nog in datzelfde jaar, nadat DE CELLES in den nacht van 16 November 1813 stilletjes was uitgeweken, kreeg het Werkhuis zijn oorspronkelijke bestemming, werd ook weer voor de opname van gijzelaars gereed gemaakt, totdat het Koninklijk Besluit van 4 November 1821, houdende organisatie der gevangenissen enz. bepaalde, in welke strafgestichten voortaan de gegijzelden moesten worden opgenomen (10).

In deze belangrijke ‚eerste nationale gestichtenwet" werd omtrent de huizen van bewaring als voortaan uitmakende de detentieplaats voor gegijzelden, het volgende vastgesteld: „6°. De huizen tot bewaring, waaronder mede behooren die, welke bekend zijn onder den naam van *maisons de police municipale, maisons de passage,* of *maisons de sûreté,* zullen tot dezelfde einden blijven dienen, waartoe zij tegenwoordig gebruikt worden. Ook zullen in dezelve, naar omstandigheden, kunnen worden opgenomen de burgerlijke gevangenen, wier gevangenisstraf voor niet langer dan eene maand (11), *mitsgaders degenen, die, ter zake van schulden, moeten gegijzeld worden,* en wijders zoodanige personen, als wegens verkwis-

---

(10) In 1822 werd de naam van Nieuw Werkhuis veranderd in Werkhuis, mochten er geen bedelaars meer opgenomen worden en werd het huis bestemd voor behoeftige en verarmde oude lieden. In verband daarmee werd het in 1857 door den Gemeenteraad van Amsterdam omgedoopt tot gemeentelijk Armenhuis met eenige werkgelegenheid voor oude lieden.

(11) Hier is merkwaardig genoeg in den tekst van het aangehaalde Kon. Besl. uitgevallen of vergeten: is bepaald, vastgesteld, of iets dergelijks!

ting of wangedrag op verzoek hunner familie, zouden moeten worden vastgezet" (12).

In de „Instructie voor de Kollegien van Regenten of Kommissien van Administratie over de Gevangenhuizen", vastgesteld bij Kon. Besl. van 21 October 1822, werd uitdrukkelijk bepaald, dat gegijzelden niet tot den gevangenisarbeid verplicht konden worden, aldus: „43. Aan de gevangenen, die wegens civiele schulden gegijzeld worden, zal geene verpligting kunnen worden opgelegd, waardoor hun toestand met dien van wegens een delict veroordeelde gevangenen zoude worden gelijkgesteld, behoudens nogtans derzelver gehoudenheid, om zich te onderwerpen aan de reglementen en beschikkingen, die voor de goede orde in de gevangenissen zullen zijn vastgesteld. 44. Omtrent den voet der verpleging en de kosten van het onderhoud van wegens schulden gegijzelde personen in de huizen van burgerlijke en militaire verzekering, mitsgaders in de huizen van arrest, zullen bij het reglement op den huishoudelijken dienst de vereischte bepalingen worden voorgedragen".

In 1830 was een tarief ter bepaling dezer gijzelkosten nog niet vastgesteld en verscheen als voorloopige voorziening daarvan de Koninklijke machtiging tot handhaving van den bestaanden toestand, zulks mede in verband met den inhoud van het toen pas in werking getreden art. 8, Titel V, Boek II van de Wet op de Burgerlijke Regtsvordering (Wet van 29 Maart 1828, Stbl. no. 33), hetwelk luidde: „Door de uitoefening van lijfsdwang is de schuldeischer verpligt, om *maandelijks* te betalen en vooraf uit te schieten eene toereikende som tot onderhoud van den schuldenaar, volgens een door den Koning vastgesteld Tarief. Bij gebreke van aan deze verpligting te voldoen, zal de schuldenaar zijn ontslag kunnen vorderen, mits voegende bij zijn verzoek een getuigschrift, door den cipier afgegeven, waaruit blijkt, dat het onderhoud niet uitgeschoten is. Indien evenwel de schuldeischer, die in gebreke is gebleven om het onderhoud uit te schieten, dit uitschot nog doet vóór dat de schuldenaar zijn ontslag gevraagd heeft, is die vordering niet meer ontvankelijk."

Eerst in 1839 verscheen het Kon. Besluit ter vaststelling van het tarief der kosten voor het onderhoud van personen, bij lijfsdwang aangetast en gegijzeld, als hfst. 7 van het tarief der justitiekosten enz. In dit besluit werd de *cipier* weer betiteld met den ouderwetschen naam van *concierge,* de termijn van een maandelijksche betaling gesteld op 30 dagen,

(12) Dit waren weer de burgerrechtelijk geplaatsten in het bovenvermelde „geldgasten-departement" van het Nieuwe Werkhuis te Amsterdam.

en wel gedurende de 6 zomermaanden van 1 April—1 October per dertig dagen f 20, gedurende de overige zes maanden evenzoo f 25. Art. 66 van dat hoofdstuk verdient nog wel even aandacht. „Tegen genot van de opgemelde som zal de cipier verpligt zijn, in alles voor de noodige voeding en alle verdere verpleging van den gegijzelde te zorgen, overeenkomstig de verordeningen voor de verpleging der gevangenen bestaande; zullende evenwel bij die verordeningen worden gezorgd, *dat de gegijzelden in eene betere klasse dan die der gewone gevangenen, worden gerangschikt.*

Twee jaren later verscheen dan eindelijk het uitvoerige reglement omtrent de verpleging der gegijzelden in de gevangenissen, niet langer tot de huizen van bewaring beperkt, doch zich ook uitstrekkende tot de Burgerlijke en Militaire huizen van Verzekering, en de huizen van Arrest. De cipier moest tegen het vastgestelde tarief voorzien in voeding en verpleging, maar kleeding, ligging en geneeskundige behandeling vielen daarbuiten, als komende die ten laste der Rijks. „Bij de verpleging der gegijzelden zal steeds moeten worden in het oog gehouden, dat zij lieden in eene betere klasse dan die der gewone gevangenen worden gerangschikt *en dus ook dienovereenkomstig behooren te worden verzorgd*". Elke gegijzelde moest voortaan over een afzonderlijk vertrek als zijn verblijfplaats in de gevangenis kunnen beschikken, „zullende alleen bij beperkte lokaliteit, naar omstandigheden, twee of meer gegijzelden in een en hetzelfde vertrek kunnen gehuisvest worden. *In geen geval kan de te zamen plaatsing van dezelve met andere gevangenen worden toegelaten.*"

Het benoodigd meubilair (nachtleger, tafel, bank of een paar stoelen) werd uit 's Rijks magazijnen verstrekt, doch voor kleeding moest de gegijzelde zelf dan wel zijn verwanten zorgen. „Alleen in geval van erkend volslagen onvermogen, kan op uitdrukkelijke magtiging en last van de Commissie van Administratie, of van het Collegie van Regenten, worden voorzien, uit den Rijks-voorraad, in de dringende behoefte van een of ander onvermijdelijk benoodigd artikel van kleeding." Zoo kon het dan ook gebeuren, dat zekere Mr. Donker Curtius in de Haarlemsche gevangenis in 1843 of '44 een armen gegijzelde aantrof, slechts gekleed in een hemd en broek van dunne stof. Gelukkig voor den man, dat het toen juist in 't zomerseizoen was, hoewel dan nog de steenen gevangenismuren en -vloer koel opgeven!

Wat de voeding betrof, daarvoor zorgde de cipier, die eenige wijziging op verzoek van den gegijzelde kon toestaan, bijv. voor roggebrood mocht hij ook tarwebrood in de plaats geven, „en voorts dat, boven de gewone voeding nog eenige toevoeging zal worden verstrekt, bestaande in vleesch, boter en bier

enz., alemede eenig ontbijt en avondeten, alles te regelen naar plaatselijke omstandigheden" en in overleg of na goedvinden van het gestichtsbestuur. Al wat de gegijzelde meer mocht verlangen, zou voor zijn rekening zijn en de cipier kon het hem verstrekken na bekomen machtiging van het regentencollege, die ook den prijs bepaalde en de declaratie van den cipier moest goedkeuren. Deze faciliteit gold ook ten aanzien van eenig meerder huisraad en ander comfort. Bij ziekte van den gegijzelde moest de gevangenisdokter in consult genomen worden, die eventueel ziekenvoeding kon voorschrijven, te leveren door den cipier, alsmede geneesmiddelen, etc., te bekomen op een ten behoeve der andere gevangenen gebruikelijke wijze.

Bij overlijden van den gegijzelde in de gevangenis konden de nabestaanden over het lijk en de begrafenis er van beschikken, tenzij zulks niet verlangd werd en dan volgde begrafenis als op den voet voor de gewone gevangenen gebruikelijk was. Ter vergoeding aan 's Rijks schatkist wegens de verstrekking van huisvesting en voor het gebruik van het meubilair uit 's Rijks nachtlegermagazijnen moest de cipier van de door hem genoten wordende som per 300 dagen telkens 2 gulden (later 10 ten honderd en nog later 3 cent per dag), voor elken gegijzelde uitkeeren aan heeren regenten, die na afloop der gijzeling deze gelden overstortten bij een der Agenten van de schatkist. Verder moest dit college streng toezicht houden op de goede naleving en stipte uitvoering van het hier in 't kort weergegeven reglement.

Het is de grondslag gebleven voor de toepassing van den lijfsdwang in gijzeling; en wat dienomtrent in den loop der 19de eeuw nog meer is bepaald, gereglementeerd of vastgesteld, beteekent weinig meer dan wijziging in den kostprijs door stijging of daling van den levensstandaard, waarom bijv. in 1843 het daggeld voor de 6 zomermaanden op 70 cent per dag en gedurende de rest van 't jaar op 80 cent werd bepaald, in 1856 resp. tot f 0.90 en f 1.05 verhoogd. Daarom kunnen we het hierbij laten en vertrouwen, dat het hier geschetste beeld moge bijgedragen hebben tot een vluchtig overzicht omtrent de historische ontwikkelingsgang der civiele gijzeling.

Dr. B. V. A. Röling, *De wetgeving tegen de zoogenaamde beroeps- en gewoontemisdadigers* — 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1933; 516 blz.

Vóór mij ligt, als derde deel van de serie „Strafrechtelijke en criminologische onderzoekingen", het omvangrijk en eerbiedwaardig werk, waarvan de titel hierboven is vermeld. Een gedeelte van het geschrift, ingezonden als antwoord op de prijsvraag der Groningsche Universiteit voor „een critische vergelijking van de ten onzent bestaande en voorgestelde bijzondere maatregelen en straffen tegen gewoonte- en beroepsmisdadigers" werd met een gouden eerepenning bekroond.

Vrucht van een uitgebreid en diepgaand onderzoek naar een der meest op den voorgrond tredende criminologische vraagstukken van den modernen tijd, vrucht tevens van eene buitenlandsche studiereis, door den schrijver ondernomen om de praktijk te bestudeeren en daaraan de theorie te toetsen, maakt het werk — ook door zijne uitnemende eigenschappen van systematiek, klaarheid en bezonnenheid — aanspraak op eene meer dan oppervlakkige kennisneming. Voor eene aankondiging te dezer plaatse komt in aanmerking de *eerste* helft, blz. 1—272; tot de *tweede* helft (Bijlagen, waaronder een groot aantal wetten en ontwerpen) strekt uiteraard onze bespreking zich niet uit.

Beginnen wij met eene korte inhoudsopgave. Na eene inleiding behandelt schrijver „eenige wetten en feiten", den lezer medevoerende naar Frankrijk, Noorwegen, Engeland, België en Amerika. In het tweede hoofdstuk is de theorie aan het woord ten aanzien van de straf, den maatregel en de verhouding tusschen beiden. Het derde en het vierde hoofdstuk brengen ons vervolgens tot de kern van het onderwerp n.l. de z.g. gewoonte- en beroepsmisdadigers (de misdadigersclassificatie; gegevens over den *gevaarlijken recidivist*; de aanduiding van de groep en de omschrijving van de vereischten, daaraan te stellen) en de bijzondere straffen en maatregelen, met als hoofdmoment de speciale sanctie van vrijheidsberooving. Het laatste hoofdstuk, de slotbeschouwing, maakt eenige critische opmerkingen over de *Nederlandsche* wettelijke regeling van het onderwerp (wet van 25 Juni 1929; artt. 43 *bis* en 43 *ter* W. v. Sr.) en plaatst voorts het onderwerp in het kader van de groote vraagstukken van de oor-

zaken der criminaliteit (en den invloed daarop van de economische omstandigheden) en van de gebreken van ons hedendaagsch strafstelsel.

Bij de bespreking nu van *dit* gedeelte van het werk zal ik eene betrekkelijke kortheid in acht moeten nemen. Zóó groot is het aantal vragen, hetwelk hier aan de orde wordt gesteld, — zoowel vallende *binnen* als *buiten* het kader van het eigenlijke onderwerp (vragen van fundamenteelen aard, vragen welke — zonder de groote beginselen te raken — toch van theoretischen aard zijn, belangrijke vragen eindelijk van de practijk), dat slechts eene korte aanstipping der voornaamste punten mogelijk is.

In dezen gedachtengang zou ik mij willen onthouden van *polemiek* met Dr. Röling over sommige zijner uitspraken en mij er toe willen bepalen om het licht te doen vallen op enkele hoofdpunten, welke meer in het bijzonder de aandacht vragen en voor het trekken van een *eindconclusie* in deze materie van overwegende beteekenis zijn. Geen polemiek! Zoo zou ik hier — bij dit onderwerp — niet willen debatteeren over de door schrijver op blz. 82 geponeerde stelling, dat de straf is vergelding van schuld, waartoe de gemeenschap gedetermineerd is, zooals de dader tot zijne daad, eene stelling, voorzeker uitlokkende tot debat, maar welke ondergeteekende te eerder mag voorbijgaan, waar ook hij nog steeds aan het zoogenaamd „vergeldend" karakter der straf vasthoudt. Zoo meen ik te mogen volstaan met het zetten van een vraagteeken bij schrijver's beroep op de „volksopvatting" als (mede aangevoerd) argument om de groep der gevaarlijke recidivisten èn die der psychopathen gescheiden te houden (blz. 182). En zoo zou ik ten aanzien van de uitspraak (blz. 269), dat een psychisch volwaardig mensch in slechte omstandigheden niet misdadig wordt, alleen de bescheiden opmerking willen maken, dat de uitdrukking „psychisch volwaardig" hier blijkbaar wordt gebezigd in een abstracten zin, welke met de werkelijkheid (de gangbare beteekenis daarvan) niet in overeenstemming is.

En thans ga ik met animo over tot wat ik als mijne taak als „aankondiger" van het geschrift beschouw: het licht te doen vallen op de m. i. meest saillante hoofdpunten. Het zijn er vijf. Rechtstreeks het onderwerp rakende: de begripsbepaling van de personen, welke 't hier betreft; de vraag: straf of maatregel?; de een groot deel van het terrein, waarop het vraagstuk zich beweegt, beheerschende vraag: monisme of dualisme? En voorts twee vraagstukken, waarmede het onze verband houdt en waarover het onze een helder licht verspreidt: de Kindercriminaliteit en het gevangenisstelsel.

Ad primum.

De begripsbepaling. Welk criterium moet worden aangelegd aan hen, op wie de nieuwe wetgeving toepasselijk is? Zooals schrijver scherp accentueert, is dit criterium de gevaarlijkheid van hem, die reeds met den strafrechter in aanraking is gekomen; het gaat om de gevaarlijke recidivisten. Men zoeke het criterium niet in de onverbeterlijkheid, het begrip hetwelk langen tijd zulk eene voorname rol heeft gespeeld. Evenmin behoort het woord gewoontemisdadiger of beroepsmisdadiger in de wet thuis. Gewoonte en beroep kunnen voor den rechter eene belangrijke indicatie zijn voor de gevaarlijkheid. Maar op de gevaarlijkheid zelve komt 't aan. Deze groep van de gevaarlijke recidivisten wil men treffen. Zij is 't, waartegen de gemeenschap niet genoeg beschermd is door de straf (blz. 136—144).

In dit verband trekt tweeërlei de aandacht.

Vooreerst, dat Dr. Röling sterk positie neemt tegen het onderbrengen van *onze groep* bij die andere groep, die der psychopathen. Geene samensmelting van beiden, zooals door velen gewild. Gewezen wordt o. a. op het feit, dat de bron der gevaarlijkheid van onze groep een andere is dan die van de gevaarlijkheid der psychopathen; dat deze laatsten reeds bij eene eerste veroordeeling moeten kunnen worden „bemaatregeld", en dat de leider van het asyl voor psychopathen een psychiater moet zijn, terwijl de verbetering van den gevaarlijken recidivist, indien mogelijk, onder leiding van een paedagoog zal kunnen worden bereikt (blz. 181—182).

En voorts, dat schrijver waarschuwt tegen eene vereenzelviging van onze groep met de „plegers van zware misdrijven", in het bijzonder de sexueele misdadigers, ten wier opzichte door enkele schrijvers de noodzakelijkheid van eene levenslange onschadelijkmaking werd gedemonstreerd. De plegers van zware misdrijven zullen door de *straf* lang genoeg onschadelijk kunnen worden gemaakt. *Onze* groep zal hoofdzakelijk bestaan uit de regelmatige plegers van betrekkelijk kleine delicten. De in het buitenland opgedane ervaring leert, dat de bevolking der bewaringsinstituten bestaat uit plegers van economische misdrijven (blz. 125, 126).

Ad secundum.

Wij gebruikten in het voorafgaande reeds het woord „maatregel" in tegenstelling tot „straf" (1). Het is hier niet de plaats om ons te begeven in den strijd, hier te lande gevoerd

(1) Baanbrekend op dit terrein was het acad. proefschrift van Pompe (1921) over „Beveiligingsmaatregelen naast straffen", waarin de bev. maatregelen aan een zelfstandig onderzoek werden onderworpen.

over het karakter der *bewaring* voor de beroeps- en gewoontemisdadigers. Eenerzijds het Centraal College voor de Reclasseering, hetwelk de bewaring construeerde als straf, en wel als eene bijkomende straf; anderzijds TAVERNE in zijne afzonderlijke Nota, als geharnast strijder optredende voor de bewaring als maatregel, ter beveiliging der rechtsorde, „waaraan elk vergeldend karakter ten eenenmale vreemd is" (2). Typisch definieert RÖLING den *maatregel* in het algemeen als „het instituut, waardoor de gemeenschap een harer leden tot iets wil dwingen n.l. tot ongevaarlijkheid, speciaal soms tot dien vorm daarvan, die met verbetering bereikt wordt", er nog op wijzende, dat ten aanzien van onze groep de maatregelen, die men kent of voorstelt, niet zijn in het belang der betrokkenen (hoewel dit er mee kàn gebaat zijn) maar in het belang der gemeenschap (blz. 88).

De *maatregel* wordt nu door den schrijver geteekend in zijne verhouding tot de straf, eene beschouwing waarbij ook de punten, welke beiden gemeen hebben, worden aangestipt, en wordt bovendien geheel zelfstandig behandeld. Van belang bij deze zelfstandige behandeling van het „maatregelrecht" is: 1°. de toetsing van dat recht aan de verschillende algemeene leerstukken van ons Wetboek van Strafrecht; 2°. de ontwikkeling van de beschouwing, dat straf en maatregel in één wetboek thuis behooren, hetwelk den naam zou kunnen dragen van Crimineel Wetboek; 3°. de bespreking van de vraag, welk orgaan den maatregel moet opleggen, bij welke bespreking de tegen het optreden van den strafrechter aangevoerde bezwaren de revue passeeren en — in schrijver's eigen systeem — de „gespecialiseerde strafrechter" op den voorgrond treedt (blz. 98 vlg. en 114 vlg.).

Ad tertium.

Inderdaad beheerscht de vraag: monisme of dualisme? een groot deel van het terrein, waarop wij ons hier bewegen. Van de drie reacties tegen de gevaarlijke recidivisten (*alleen maatregel*, waarbij de maat van de sanctie wordt bepaald door de gevaarlijkheid; *alleen straf*, waarbij die maat wordt bepaald door de schuld; *straf en maatregel samen*) kiest schrijver de laatste; èn door het straf- èn door het maatregelbeginsel zullen ten aanzien van de gevaarlijke recidivisten de sancties

(2) Verslag van het C. C. betreffende de herziening van het strafstelsel (1927) en als bijlage de afzonderlijke Nota. — In de vergadering der Juristenvereeniging van 30 Juni 1928 werd de vraag, of de *bewaring* in ons W. v. Sr. moet worden opgenomen als bijkomende straf, ontkennend beantwoord. De meerderheid der vergadering was voor het begrip „maatregel" (Handelingen, 1928, II, blz. 218).

moeten worden beheerscht (blz. 198). De vraag is nu verder, of dit dubbele uitgangspunt ook tot uiting moet komen in een tweevoudig sanctiemiddel, voor de generale preventie de straf, voor de speciale preventie de maatregel. Bij de uitwerking van dit punt wijst schrijver er op, dat de wetgever, èn de generale èn de speciale preventie willende bereiken, daarbij *dualistisch* of *monistisch* kan optreden, het laatste, wanneer één instituut beide functies vervult. Monisme van maatregelmiddel is er, wanneer de straf wordt uitgevoerd in het bewaringsgesticht; monisme van strafmiddel, wanneer de bewaring wordt uitgevoerd in het strafgesticht. De onrechtvaardigheid van dit laatste springt volgens schrijver in het oog, wanneer men bedenkt, „hoe zeer de huidige vrijheidstraf afstaat van de zoo — pijnloos — mogelijke vrijheidsonttrekking" (blz. 203).

De bewaring. Op het *régime* van de bijzondere vrijheidsberooving voor gevaarlijke recidivisten, als maatregel gedacht, komen wij straks — sub quintum — terug. *Hier* vragen drie punten onze aandacht.

Vooreerst het oogenblik, waarop het rechterlijk oordeel over de „gevaarlijkheid" van den recidivist *definitief* wordt uitgesproken. Schrijver constateert, dat onze wetgever (van 1929) geen oog heeft gehad voor de wenschelijkheid van een hernieuwd oordeel over de gevaarlijkheid, wanneer de straf zekeren tijd duurt: is zekere tijd (b.v. drie jaar) na het vonnis verloopen vóór de bewaring kan aanvangen, dan is volgens schrijver een hernieuwd oordeel over de noodzakelijkheid daarvan op zijne plaats (blz. 262). Eene *andere* oplossing van de moeilijkheid zou deze zijn (zooals in eene noot wordt aangegeven) dat de „daadrechter" zich alleen uitspreekt over de mogelijkheid der bewaring naar de objectieve eischen en de „uitvoeringsrechter" zich pas uitspreekt over de gevaarlijkheid.

Ten tweede het ontslag. Het ontslag uit de bewaring zij steeds voorwaardelijk (blz. 231). Criterium daarbij is de ongevaarlijkheid. Eenerzijds houde men aan dezen eisch vast, omdat andere criteria, b.v. dat de betrokkene verbeterd is, minder juist zijn. Anderzijds stelle men naast het ongevaarlijkheidsoordeel niet nog andere eischen. Met name geldt zulks voor het gedrag van den betrokkene, zoowel ten aanzien van het gedrag in het gesticht als ten aanzien van het toekomstig gedrag in de maatschappij, welk gedrag in beide gevallen een factor is voor het oordeel over de ongevaarlijkheid maar niet als afzonderlijke eisch daarnaast worde gestel (blz. 231—236).

Ten slotte: wie moet het oordeel over de bijzondere vrijheidsberooving uitspreken? eene vraag, welke zich opdringt

wanneer men deze vrijheidsberooving niet als straf maar als maatregel construeert. Het gaat hierbij met name om de tegenstelling tusschen een college (van psychiaters, criminologen, gevangenisdirecteuren en sociale werkers) èn den strafrechter. Schrijver begrijpt de voorkeur voor het eerste, als de keuze is tusschen een college en den niet-gespecialiseerden strafrechter. Anders wordt 't, wanneer men denkt aan den wèl gespecialiseerden strafrechter, zooals deze zich thans reeds gaat vertoonen en verwacht mag worden in ontwikkeling (groei) te zullen toenemen (blz. 252, 253).

Ad quartum.

De jeugdcriminaliteit! Men lette goed op het verband tusschen deze en ons onderwerp, in dien zin dat dit laatste — het vraagstuk der gevaarlijke recidivisten — aan het probleem van de bestrijding der jeugdmisdadigheid, misschien het allerbelangrijkste en zeker het méést aantrekkelijke van de moderne criminologische problemen, veel heeft te zeggen. Het komt ons er aan herinneren, dat „de beroepsmisdadigers vooral voortkomen uit degenen, die op jeugdigen leeftijd reeds met den strafrechter in aanraking komen" (blz. 128). Het legt nadruk op den volstrekten eisch om in elk concreet geval tegen de jeugdmisdadigheid *zoo vroeg mogelijk* op te treden, nog vóórdat deze zich in bepaalde feiten openbaart, preventief op te treden tegenover de kinderen, die op „het hellende vlak" dreigen te geraken. Hier wordt dus bevestigd wat ook van elders bij ons, als les van de ervaring, met kracht op den voorgrond wordt gebracht (3).

Ad quintum.

En thans, na dit uitstapje, weêr terug tot ons onderwerp. De vraag van het *régime* van de bijzondere vrijheidsberooving van gevaarlijke recidivisten, als „maatregel" gedacht. Allereerst de gedachte (blz. 218) dat het door de bewaring aangedane leed, als niet „verdiend", zoo zacht mogelijk moet zijn, eene gedachte, welke voorzeker theoretisch aanvaardbaar is. Dan, bij de bespreking van de vraag, of er feitelijk wel verschil mogelijk is tusschen de vrijheidstraf en de bewaring, schrijver's oordeel, dat *voorloopig,* nu in de meeste landen de vrijheidsberooving als *straf* zich kenmerkt door eene verhooging in leedgraad „door bijzondere plagerijen", de *bewaring*

(3) Ik herinner aan de door Prof. Carp („Het misdadige kind in psychologisch opzicht") op grond van eigen ervaring (nl. zijne werkzaamheden aan een Observatiehuis voor misdadige jongens) gedane uitspraak, dat het overgroote meerendeel nooit misdadig geworden zou zijn, als bijtijds voorlichting en hulp aanwezig was geweest.

op een ander beginsel moet steunen, n.l. „geen leed buiten datgene, dat onvermijdelijk is door het doel, dat wordt nagestreefd" (blz. 222).

Deze beschouwing lijkt mij van cardinale beteekenis. Vooreerst voor het régime van de bewaring. Maar, daarnaast en vooral, voor de nòg belangrijkere en meer algemeene vraag, hoe het règime van de *straf* moet zijn, m. a. w. welk karakter ons strafstelsel moet hebben.

Deze laatste algemeene vraag, door Dr. Röling naast die van de oorzaken van de misdadigheid en den invloed daarop van de economische factoren, als *de beide hoofdvragen,* in zijne Slotbeschouwing nadrukkelijk aan de orde gesteld, kan in beteekenis moeilijk worden overschat. Ook ons land vraagt om het meest deugdelijke strafstelsel, vrij van die onnoodige hardheid, welke zoo spoedig in wreedheid ontaardt. Denken wij niet — bij de overweging van dit punt — aan de uitspraak van een kenner van ons gevangeniswezen, alleszins in deze tot oordeelen bevoegd, die waarschuwt tegen eene toepassing der straf „gericht op het door speciale middelen of door een bepaald regiem opzettelijk toebrengen van leed"? En stemt niet tot ernstig nadenken *zijne* overtuiging, dat het verblijf in de gevangenis, zelfs in de modelgevangenis der toekomst, aan den normalen gevangene *reeds leed genoeg geeft,,* om een afschrikkend en vergeldend karakter te behouden in de oogen van hen, die voor het ongerept blijven dezer beginselen opkomen"? (4).

Hiermede nemen wij van het werk van Röling afscheid. Het is het resultaat van een arbeid, welke èn door zijne intensiteit èn door zijn gehalte grooten eerbied afdwingt. Zeker! het onderwerp is min of meer ondankbaar, omdat de individuen, welke het betreft, tenslotte slechts een zeer klein percentage van het heirleger der misdadigers vormen en hun aantal ook in Nederland betrekkelijk gering zal zijn, en bovendien de resultaten van het nieuwe régime geacht moeten worden slechts aan hoogst bescheiden verwachtingen te zullen voldoen. Maar *daartegenover* staat, dat het vraagstuk van de „beroeps- en gewoontemisdadigers", reeds vele jaren aan de orde, thans in ons land urgent is en — na alle *theorie* daarover — vraagt om eene practische oplossing. Tot deze oplossing levert het hier aangekondigde geschrift eene bijdrage van groote beteekenis, welke aanspraak heeft op eene vermelding ook hier ter plaatse *met lof.*

---

(4) Dr. S. van Mesdag in zijn artikel „De gevangenisgeneesheer van heden en van de toekomst" (Nederl. Tijdschrift voor Geneeskunde (Zeventigste jaargang, 1926).

Amsterdam, Mei 1934 S. J. M. van Geuns

Mr. T. J. Dorhout Mees, *Statuten van Naamlooze Vennootschappen.* — H. D. Tjeenk Willink & Zoon N. V., Haarlem, 1933.

Toen ik het nieuwe boek van Dorhout Mees had doorgewerkt en op de slotpagina was gekomen, had ik het gevoel, niet geheel voldaan te zijn.

Ik heb mij daarop afgevraagd, of dit gevoel wel geheel redelijk was.

Immers, een wetenschappelijk werk moet men beoordeelen naar hetgeen het wenscht te zijn en het voorwoord deelt uitdrukkelijk mee, dat het niet schrijver's bedoeling was „aan de talrijke commentaren der thans geldende wetgeving op de naamlooze vennootschappen nog een toe te voegen". Schrijver bedoelde met zijn werk een handleiding te geven bij het opstellen of wijzigen van statuten.

Bij mij rijst echter de vraag, of hij, die zich hiertoe zet, dit inderdaad kan doen aan de hand van het werk van Dorhout Mees.

Op pag. 11 motiveert schrijver, waarom hij er van heeft afgezien een uitvoerige modelakte in zijn boek op te nemen. Juister acht hij het systeem „dat de ontwerper van statuten zich ten aanzien van elk onderwerp, dat voor regeling in aanmerking komt, eerst rekenschap geeft van de door de wet gegeven regeling".

Is dit juist gedacht? Moet de notaris of de advocaat, want deze zullen toch meest de statuten-ontwerpers zijn, zich eerst rekenschap geven van wat de wet over elk onderdeel inhoudt? Zou het inderdaad een fictie zijn aan te nemen, dat zij, die zich met deze werkzaamheden plegen bezig te houden, de wet kennen?

De ontwerper van statuten zou m. i. meer gebaat zijn geweest, wanneer het boek, materieel van inhoud gelijk gebleven, gegoten was in den vorm van een model-akte, met aanduiding van mogelijke modificaties, in verband met de omstandigheden van elk geval met vermelding van departementale wenschen en toevoeging van schrijver's eigen zeer waardevolle opvattingen.

Een andere reden voor het gevoel van onvoldaanheid zal wel liggen in de omstandigheid, dat men bij het doorwerken meerdere malen neiging tot polemiek bij zich voelt opkomen, doch verhinderd wordt te polemiseeren, althans met den schrijver, omdat men als daadwerkelijke tegenpartij niet dezen, maar het (practisch) oppermachtige Departement van Justitie aantreft.

Voorts wordt dit polemiseeren nog bemoeilijkt door de omstandigheid, dat schrijver niet altijd duidelijk laat uit-

komen, of een bepaalde zin een departementale opvatting, dan wel zijn eigen meening weergeeft.

In tegenstelling met velen, die eerst prijzen en dan met een overweldigende hoeveelheid bezwaren aankomen, ben *ik* met de laatste begonnen, teneinde daarna uit te spreken, dat ik voor het werk van DORHOUT MEES groote waardeering heb.

Al zijn er oogenblikken, dat men het betreurt, niet in de eerste plaats een beschouwing over vennootschapsrecht te lezen van den wetenschappelijken auteur DORHOUT MEES, doch weergave van Departementswerk, dat met den besten wil van de wereld niet steeds wetenschappelijke arbeid te noemen is, — de practijk is door schrijver's werk ten zeerste gediend.

Het register op zaken en wetsartikelen stelt in staat, over elk onderwerp ten aanzien waarvan men Justitie-opvattingen wil leeren kennen, onmiddellijk zijn weetgierigheid te bevredigen.

Alleen hij, die geabonneerd is op de statuten van Naamlooze Vennootschappen, kan zich realiseeren wat het voor een arbeid beteekent, de gepubliceerde statuten van 1930 (nrs. 1100 tot en met 4075), 1931, 1932 en 1933 tot 1 April te hebben doorgewerkt. En wanneer hij na het doorwerken van het boek tot de conclusie komt, dat het aanvangen van dezen arbeid min of meer de moreele verplichting met zich brengt, met dezen arbeid voort te gaan en door periodieke publicatie den lezer steeds „bij" te doen blijven, dan moge ik hem uitnoodigen nog eens het Voorwoord te lezen.

Hij zal zich dan zeer bevredigd gevoelen door dit eenvoudige zinnetje: „De van 1 April 1933 af gepubliceerde statuten hoop ik verder op gezette tijden in een vakblad te bespreken".

Het werk van DORHOUT MEES versterkt den indruk, dat, ook al zou men trouw bijhouden de rubrieken over de opmerkingen van het Departement van Justitie in de verschillende vakbladen verschenen, men dan toch slechts een zeer onvolledig beeld heeft van de „faits et gestes" van het Departement ten aanzien van het afgeven der verklaring van geen bezwaar.

Behalve voorwoord en registers — zeker bij dit werk essentieele bestanddeelen — kan men het boek splitsen in twee stukken, waarvan het eerste (blz. 1—33) het meer formeele gedeelte behandelt (Inleiding, Akte van Oprichting, Inhoud van Statuten, Statutenwijziging, Verklaring van geen bezwaar), terwijl het tweede stuk (blz. 34—222) den materieelen inhoud van de statuten bespreekt.

Het is inderdaad onmogelijk, om in deze aankondiging alle aanteekeningen te verwerken, die de marge van mijn exemplaar van het werk na doorlezing vertoont.

Bij de bespreking van de Familievennootschappen (blz.4—5) ben ik geneigd aan te nemen, dat de schrijver den toestand

bij de familievennootschap na het overlijden van den oprichter-eigenaar te somber ziet.

Mijn ervaring is, dat met het creëeren van aandeelen met bijzondere rechten, of door het scheppen van verschillende groepen van aandeelen in verband met de familie-omstandigheden, in de praktijk meer te bereiken valt, dan de schrijver veronderstelt.

Als de schrijver in dit verband opmerkt: „Slechts kan de werking van bepaalde voorschriften, bijvoorbeeld dat er commissarissen zullen zijn, tot het overlijden van den oprichter worden opgeschort, al betwijfel ik of dat mogelijk is indien volgens de statuten het bestuur de medewerking van commissarissen voor eenige handeling behoeft", dan zou ik geneigd zijn op te merken, dat beide bepalingen toch in eenzelfde acte zullen voorkomen en het onderling verband moeilijkheden uitsluit.

Wil men echter zeker zijn, dan lijkt mij de formuleering betreffende de medewerking van Commissarissen zoo dat moeilijkheden uitgesloten zijn, niet een al te bezwaarlijke taak.

Persoonlijk schijnt mij hoofdstuk III „Inhoud der Statuten" het minst geslaagd.

Het geheim zal wel liggen in wat ik boven opmerkte omtrent het „stelsel van het boek".

Naast opmerkingen over „Volledige regeling, kortst mogelijke regeling, tusschenstelsel", vindt men „Het minimum" en een rubriek „Aan te bevelen bepalingen", welke rubriek eindigt met „Bovendien zullen vrijwel steeds bepalingen noodig zijn betreffende" enz. (volgen een 3-tal punten).

Onder het hoofd „Punten ter overweging", wordt vervolgens aldus onderscheiden: „Voorts kunnen aan de vennootschap bevoegdheden worden toegekend door uitdrukkelijke regeling in de statuten. De voornaamste zijn de volgende: . . . .", terwijl na de opsomming volgt: „Tevens kunnen de volgende onderwerpen, die voor het meerendeel eveneens een uitdrukkelijke regeling in de statuten behoeven, worden vermeld . . . ."

Vermoedelijk zal de schrijver mij toegeven, dat wat onder de verschillende hoofden als op te nemen in de statuten vermeld staat, van een zekere willekeur niet vrij te pleiten is, daargelaten, dat het onderscheid tusschen de verschillende rubrieken m. i. niet scherp belijnd kan worden genoemd.

Ik zou willen bepleiten, bij een nieuwe uitgave in hoofdstuk III op te nemen een lijst van artikelen, in welke de wet afwijking van de wettelijke regeling veroorlooft. Voor den praktijksjurist is het een groot gemak, wanneer hij een overzicht van deze gevallen te zamen vermeld ziet.

Op blz. 24 zegt de schrijver, „dat aan het Departement opgedragen is te controleeren, of de oprichters te zamen voor

ten minste ⅕ in het kapitaal deelnemen. Deze opdracht heeft slechts voordeelen".

Ik zou de bescheiden opmerking willen maken, dat hieraan toch ook nadeelen verbonden zijn. Immers, soms wordt politioneel onderzocht, of de oprichters financieel goed zijn voor het bedrag, waarvoor zij volgens de akte participeeren. Wil het Departement zijn contrôle hierover uitstrekken, dan zou wellicht de afdoening in de praktijk kunnen worden bespoedigd, door aan den notaris, of in het algemeen aan hem, die de statuten voor de verklaring van geen bezwaar inzendt, te verzoeken eventueelen twijfel van het Departement op dit punt weg te nemen.

Wat ik noemde het tweede gedeelte van het boek omvat de hoofdstukken VII t/m XXXVII, waarin de verschillende onderwerpen, die men alzoo in de statuten eener N. V. aantreft, de revue passeeren.

Ik moge enkele mijner kantteekeningen vermelden.

Volgens den schrijver zouden transportmiddelen van een vennootschap den volledigen naam moeten vermelden (blz. 34). Ik neig tot de opvatting, dat men hier niet te doen heeft met een aankondiging, maar met reclame.

Blz. 38 vermeldt:

„Misleiding.

Tenslotte weert het departement misleidende namen, bijvoorbeeld den naam hypotheekbank voor instellingen, die ook op andere voorwaarden dan tegen hypotheek geld uitleenen. Tegen namen, die niet overeenkomen met het statutair doel en werkzaamheden doen vermoeden waartoe de vennootschap niet bevoegd is, behoort evenzeer te worden gewaakt." Wat beteekent deze zin? Doet het Departement zulks op dit oogenblik niet?

Op blz. 41 noemt de schrijver het geniaal bedacht in art. 56*c*, dat de rekening en verantwoording gedeponeerd moet worden ten kantore van het Handelsregister van de statutaire plaats van vestiging, in afwijking van het systeem, dat overal elders slechts sprake is van de plaats waar de handelszaak gevestigd is.

Over het begrip „geniaal" kan men verschillen. Mij lijkt de oplossing van de wet zeer voor de hand liggend. Immers, waar een vennootschap statutair gevestigd is geweest, kan men steeds nagaan; minder gemakkelijk, waar haar bedrijf indertijd is uitgeoefend.

Het hoofdstuk over den „zetel" beëindigt schrijver met de opmerking, dat art. 37*c* niet gesanctionneerd wordt door art. 425*ter* W. v. S. (lees 435*ter* W. v. S.).

Ik zou den overtreder van het voorschrift van art. 37*c* geen straffeloosheid durven garandeeren, zulks te minder,

waar art. 37*e* uitdrukkelijk het begrip „plaats van vestiging" slechts voor „deze afdeeling" definieert.

Wanneer bij het kapitaal besproken wordt de verlenging van den termijn voor de ongeplaatste aandeelen voor de z.g. nieuwe vennootschappen, wordt geponeerd (blz. 55): „Aan zulk een, voor een nieuwe vennootschap gestelden termijn kan dus niet worden toegevoegd: „behoudens verlenging van dezen termijn krachtens besluit der algemeene vergadering"."

Heeft het Departement de toevoeging in dezen vorm verboden? Vanzelfsprekend vind ik het heelemaal niet.

Ten aanzien van het geschilpunt, behandeld in „de Naamlooze Vennootschap" XII, no. 6, over de vraag, of tusschen akte en verklaring bezwarende overeenkomsten kunnen worden goedgekeurd, huldigt schrijver (blz. 63) het ook door mij daar ter plaatse verdedigde standpunt, dat zulks niet mogelijk is.

Op blz. 68 betoogt de schrijver, dat ten aanzien van de bezwarende overeenkomsten, gesloten na de oprichting, de voorgeschreven opname van den zakelijken inhoud in de toelichting op de jaarstukken, voor een tenminste even doeltreffende openbaarheid zorgt. Dit zal alleen gelden voor die Naamlooze Vennootschappen, waarvoor de publicatieplicht bestaat.

Interessant is het hoofdstuk over „Niet volgestorte aandeelen" en de mogelijkheid, die aangegeven wordt voor het geval van faillissement van den aandeelhouder (blz. 72).

Bijzondere aandacht verdient ook het hoofdstuk XVII, „Eigendomsovergang van aandeelen op naam".

Om niet te veel ruimte in beslag te nemen, vermeld ik van mijn aanteekeningen over de volgende hoofdstukken slechts een enkele.

Als gesproken wordt over de publicatieverplichting voor vennootschappen, dan wordt op blz. 124 naar aanleiding van art. 42*c*, sub *d* gezegd: „Dat het bedrijf niet omvat hetgeen onder *d* is genoemd, kan slechts uit het statutaire doel blijken".

Ik betwijfel zeer, of deze opvatting historisch juist is en of men niet zal moeten nagaan, hoe de bedrijfsuitoefening in de praktijk daadwerkelijk geschiedt.

Zeer oneens ben ik het met den schrijver, wanneer hij op blz. 138 als in den regel het beste bepleit, om aan elken bestuurder en elken commissaris het recht toe te kennen een algemeene vergadering bijeen te roepen.

Ik denk, dat bij verschil van inzicht een dusdanige bepaling in de praktijk meerdere malen tot moeilijkheden aanleiding zou geven.

De regeling op blz. 145 voorgesteld omtrent het „Indienen van te behandelen onderwerpen", omvattende eerst een voor-

loopige aankondiging met mededeeling dat aandeelhouders tot zeker tijdstip vóór de vergadering voorstellen kunnen indienen, en dan, na dat tijdstip, de definitieve oproeping met de agenda, zal in de praktijk wel weinig navolging vinden.

Bij de overgangsbepalingen XVII en XVIII inzake de „Bindende voordracht" bespreekt schrijver niet de vraag, wat recht is, wanneer men in de clausule inzake de bindende voordracht uit de oude statuten wijziging aanbrengt.

Op blz. 160 zou het voorbeeld over de beperking voor houders van meer dan één aandeel aan duidelijkheid hebben gewonnen, wanneer schrijver de geheele noot van Belinfante had overgenomen. Immers aan drie stemmen voor een aandeelenbezit van f 11.000—f 20.000 gaat vooraf:

van f 1000—f 5000 1 stem;

van f 6000—f 10.000 2 stemmen.

Schrijver's beschouwing in hoofdstuk XXVII over de beslissing in geval de stemmen staken, acht ik aanvechtbaar, als schrijver de navolgende vrees uit: „Een onbegrijpelijke leemte (of koppigheid?) is echter, dat voor stemming over zaken geen dergelijke voorziening is getroffen, want het daarbij gebruikelijke en door het departement steeds toegelaten voorschrift, dat bij staking van stemmen het voorstel wordt geacht te zijn verworpen, zal waarschijnlijk te zijner tijd evenzeer nietig worden verklaard, waarna wetswijziging zal moeten volgen" (blz 165).

Men zou toch kunnen betoogen, dat deze bepaling overbodig is. Immers, art. 44*d* zegt, dat alle besluiten, waaromtrent bij de akte van oprichting geen grootere meerderheid is voorgeschreven, worden genomen bij volstrekte meerderheid der uitgebrachte stemmen. Staken de stemmen, dan is m. i. krachtens wetsbepaling het besluit niet genomen en blijft de toestand dus zooals hij was.

Ook in hoofdstuk XXVIII over het Bestuur komen onderscheidene opmerkingen voor, die tot debat uitlokken.

Ik meen hier echter mijn aankondiging te moeten eindigen.

Al heb ik in den aanvang van mijn beschouwingen het werk van Dorhout Mees gezien van het standpunt, wat het wilde zijn en in verband daarmede bezwaren kenbaar gemaakt, aan het slot moge ik mijn blijdschap uitspreken over het verschijnen van dit boek. Deze blijdschap vindt naast de omstandigheid, dat het een zeer geschikt werk is om de opvattingen van het Departement over verschillende onderwerpen na te slaan, voor een groot deel haar oorzaak in wat het boek *niet* wilde zijn, maar gelukkigerwijze practisch op zeer vele plaatsen geworden *is*: een commentaar op de thans geldende wetgeving op de Naamlooze Vennootschappen.

Grosheide

Mr. J. G. Kist, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche wet*, vijfde deel, Zeerecht, derde druk, bewerkt door Mr. J. A. L. M. Loeff, advocaat te Rotterdam, uitgegeven door den Boekhandel vh. Gebr. Belinfante (N. V.), 's-Gravenhage, 1930 e. v.

Primitiae interpretationis iuris maritimi hollandici hodierni.

Sedert in 1889 de tweede druk van dit werk verscheen, zijn de grondslagen van ons zeerecht zoo geheel gewijzigd, dat de bewerker zich heeft moeten zetten tot het schrijven van een gansch nieuw boek. In 1930 zag het eerste stuk, 120 bladzijden groot, in 1933 het tweede stuk, van 64 bladzijden, het licht. Behalve een algemeene inleiding bevatten deze afleveringen beschouwingen over schepen, lading, den reeder, reederijen, den kapitein en arbeidsovereenkomsten (het laatste hoofdstuk summier, in afwachting van de invoering der nieuwe wetgeving op dit stuk).

Typografisch sluiten de keurig uitgevoerde deeltjes aan op het supplement van deel III, waarin Visser de nieuwe wet op de N. V. heeft behandeld. Slechts is er dit verschil, dat Loeff stelselmatig noten heeft geweerd. De schrijver heeft daardoor alle vindplaatsen in den tekst moeten verwerken en het wil mij voorkomen, dat hij, waarschijnlijk dientengevolge, wat te spaarzaam is geweest met aanduidingen van dien aard. Volgens de in het werk opgenomen verzamellijsten zijn ongeveer 20 boeken e. d., alsmede ruim 50 binnen- en buitenlandsche vonnissen voor deze kleine 200 bladzijden gebruikt. Daarbij zijn dan nog in no. 20 (de tekst is in paragrafen ingedeeld) enkele bekende buitenlandsche boeken opgesomd, terwijl zoo hier en daar over den tekst verspreid speciale literatuur wordt vermeld (no. 143 e. v.: prfschr. Hollander). Naar ik mij voorstel heeft de nauwgezette bewerker zijn voorstudies nog wel verder moeten uitstrekken en zeker vindt de gebruiker van dit handboek daarin niet datgene, waarop het aanschaffen van een werk van dezen aard hem naar mijn gevoelen aanspraak geeft: een volledige opgaaf van de toonaangevende bronnen voor elk onderdeel, aan de hand waarvan hij desgewenscht een diepere studie kan maken. Met name kan ik niet vinden, dat de invoering van het nieuwe zeerecht voorbijgaan aan het oudere materiaal rechtvaardigt.

Ben ik dus onder den indruk, dat Loeff wat karig is met gegevens, bepaald vervelend voor den Nederlandschen gebruiker is de „Engelsche" wijze van citeering van rechtspraak, hierin bestaande, dat in den tekst een vonnis wordt aange-

geven met den naam van het betrokken schip of van de partijen. Een alphabetische lijst van deze benamingen leert ons data en vindplaatsen kennen (in het tweede stuk is althans het jaar, waarin de rechter heeft gesproken, in den zinsbouw verwerkt). De schrijver prijst dit vreemde stelsel aan als overzichtelijk. Menigeen zal dit oordeel niet deelen bij het genieten van aanduidingen als: *„Enoch Morgan's Sons Company — Maatschappij tot Exploitatie van Zeepfabrieken"*. Ik lees dan maar liever ter plaatse: Hof 's-Gravenhage, 9 April 1930, W. 12126. Het is waar, dat een enkel bekend arrest typisch kan worden aangeduid met een sprekende benaming (Rhedensche koe e. d.), maar veralgemeening van dit stelsel doet juist het typeerende verloren gaan en leidt nergens anders toe dan dat de lezer, zonder eenig nut, tot zijn verdriet de eene gewoonte moet afwennen, om de andere aan te wennen. Het is jammer, dat de schrijver zich te dezer zake een illusie heeft gemaakt, waardoor de lezing van een aantrekkelijk boek wordt bemoeilijkt (1).

De beteekenis van de verschijning van dit boek voor de rechtswetenschap is daarin gelegen, dat het een nieuwen schakel vormt in de rij van werken, die ik gezamenlijk zou willen aanduiden als de *eerstelingen van de rechtsvormende bewerkingen van ons jonge zeerecht door de wetenschap*. Als zoodanig is het werk te vergelijken met den arbeid van een VAN DEN DRIES, een GISCHLER, een CLEVERINGA, in gezelschap van welke commentaren het van karakter verschilt met de laatste werkstukken van MOLENGRAAFF, die noodzakelijk een apologetischen inslag hadden. Bestudeering van KIST-LOEFF komt daarom neer op toetsing van zijn interpretatie aan de „officieele" van MOLENGRAAFF en vergelijking met de resultaten van de drie andere genoemde schrijvers. Waar LOEFF zich nieuwe paden baant, loont het de moeite na te gaan, of deze in een aantrekkelijke richting leiden. Door de degelijkheid van schrijvers onderzoek en betoogtrant biedt deze nieuwe aanwinst daartoe overvloedig stof.

Het boek van LOEFF verschilt van de werken van VAN DEN DRIES, GISCHLER en CLEVERINGA daarin, dat het niet op zichzelf staat, doch een onderdeel uitmaakt van een het gansche handelsrecht omvattend geheel. Daarom mis ik hier in de inleiding bepaald een principieele beschouwing omtrent de plaats, welke het zeerecht inneemt in het kader van het transportrecht, in het kader van het handelsrecht, in het kader van het geheele burgerlijke recht, in den geest als

(1) De critiek is hierover eenstemmig. Vg. W. 12234 en Mr. T. J. DORHOUT MEES in W. P. N. R. 3243.

Bonnecase (2) in Frankrijk heeft geleverd en Cleveringa in zijn inaugureele redevoering (3). Sedert in 1904 de derde druk verscheen van Kist I is er weder zooveel gebeurd, dat oriënteering ten aanzien van de beginselvragen van het handelsrecht niet beperkt had mogen blijven tot het even aanroeren daarvan in no. 13, waar het verband met het burgerlijk recht wordt behandeld, en in no. 17, waar gewag wordt gemaakt van de aansluiting aan de internationale praktijk.

In no. 13 constateert de bewerker, dat bij de samenstelling van het nieuwe zeerecht als „eerste richtsnoer" voortdurend in het oog is gehouden de bepaling van art. 1 K., krachtens welke het B. W., tenzij daarvan uitdrukkelijk is afgeweken, ook op zaken van koophandel toepasselijk is (de door mij gespatieerde woorden wijzen op de vrijheid, waarmede dit fundamenteele voorschrift is geciteerd). Het is op zichzelf niet recht duidelijk, welke beteekenis is te hechten aan het in het oog houden van dit interpretatieve voorschrift (dat trouwens ook den ontwerpers van het wetboek-1838 scherp voor den geest stond (4) en waarvan de beteekenis door de prae-Molengraaffiaansche interpretatoren werd erkend (5)): al had de zeewetgever het artikel niet in het oog gehouden, het zou niet minder gelden. Blijkbaar bedoelt Loeff, dat de draagwijdte van den bijzin van art. 1 is *verzwakt* en daardoor het beginsel van den hoofdzin ruimer toepassing heeft gevonden. M.a. w. het „handelsrecht" is genormaliseerd, het romanistische burgerlijke recht heeft terrein gewonnen of, zooals Loeff het zelf eenige nummers verder constateert: „in zijn geheel beschouwd en vergeleken met het vroegere recht sluit het huidige zeerecht zich zeer nauw aan bij het burgerlijk recht" (no. 16). Vijftig jaren, nadat Molengraaff het wachtwoord heeft uitgegeven, dat „men . . . . het onvoldoende en achterlijke . . . . burgerlijk recht . . . . zóó (moet) trachten te ontwikkelen, dat het weer in harmonie komt met het verkeer, waarmede de bestaansreden der scheiding van zelve vervalt" (6), wordt derhalve beweging in de tegenovergestelde richting geconstateerd, zonder dat deze tegenstrijdigheid de moeite van belichting waard wordt geacht.

Is de praemisse echter wel juist, dat „verband met het

---

(2) J. Bonnecase, Le particularisme du droit commercial maritime, Paris, 1921.

(3) Mr. R. P. Cleveringa, Zeerechtelijke bijzonderheden, Zwolle, 1927.

(4) Voorduin, VIII, bl. XXXV.

(5) Vg. de handboeken van Holtius, I, bl. 47; Kist (2e dr.), I, bl. 2 en 3.

(6) Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 1883, I, bl. 354.

burgerlijk recht" als eerste *richtsnoer* bij de nieuwe regeling heeft gegolden? Het lijkt haast ketterij, om twijfel uit te spreken tegenover een stelling, die als vrijwel aanvaard mag gelden (7). Ik meen evenwel, dat dit verband niet meer en niet minder was en is dan een wetenschappelijke waarheid, die, als gezegd, ook onder de oude wetgeving werd aanvaard (8). De memorie van toelichting tot het nieuwe zeerecht kende bij mijn weten dit dusgenaamde richtsnoer, althans als zoodanig, niet en beriep zich alleen op de verandering van de feitelijke verhoudingen: „De toestanden van vóór honderd jaren zijn i. e. w. verdwenen, opgelost, vervormd, vervangen; nieuwe toestanden, nieuwe behoeften zijn daarvoor in de plaats gekomen. Men heeft zich slechts van dit alles rekenschap te geven om in te zien, dat de wettelijke regeling, die in al dien tijd onveranderd is gebleven, geheel verouderd moet wezen en niet meer kan passen voor dezen tijd. De noodzakelijkheid is daarmede aangetoond van een herziening der betrekkelijke voorschriften of liever nog van de vervanging dier voorschriften door *nieuwe*" (§ 1 M. v. T.).

Een treffend voorbeeld van het onderscheid in den gedachtengang van Loeff en van den wetgever levert het leerstuk van de aansprakelijkheid. In no. 141 constateert Loeff, dat de kapitein in de huidige wet, „evenals in het burgerlijk recht" bij het sluiten van overeenkomsten niet zichzelf verbindt, maar uitsluitend zijn lastgevers. In aansluiting daaraan bevat no. 143 de mededeeling, dat de gekozen oplossing „het vroegere zeerecht geheel loslaat en haar grondslag vindt in ons burgerlijk recht". Hier schijnt de wetgever dus het „eerste richtsnoer" van Loeff gevolgd te hebben? De memorie van toelichting was zich daarvan niet in het minst bewust: „Hier wordt in het midden gelaten, of de wet tot deze uitspraken (i. z. de persoonlijke aansprakelijkheid van den schipper in het oude recht) dwingt . . . . In elk geval zijn (zij) in strijd met de feitelijke toestanden . . . . (Er) is alle reden de wet in overeenstemming te brengen met de bestaande opvattingen" (blz. 10). Uitsluitend dus afschaffing op *praktische* gronden van verouderd uitzonderingsrecht, waardoor men eo ipso tot het gemeene recht verviel. De tweede alinea van blz. 7 der memorie schetst dit proces met zooveel woorden.

En zelfs op een plaats van de memorie van toelichting, waar de wetgever kenbaar heeft gemaakt, dat één der unificatie-verdragen niet letterlijk behoefde te worden vertaald,

---

(7) Vg. Mr. J. Offerhaus in W. P. N. R. 3032: „Het nieuwe zeerecht heeft doelbewust nauw aansluiting bij beginselen van burgerlijk recht gezocht".

(8) Molengraaff, Leidraad I, bl. 42 (4e dr.).

omdat zijn werk gold het Nederlandsche Wetboek van Koophandel, waarin het recht „in aansluiting aan het overige burgerlijke handelsrecht moet worden geregeld", heeft hij daarna toch als zijn streven aangegeven, om dat recht „voor zooveel noodig met de in het verdrag aangenomen beginselen in overeenstemming te brengen" (M. v. T. op den zesden titel).

Als eenig wezenlijk richtsnoer zie ik dus dat, hetwelk LOEFF eerst in de *tweede* plaats noemt: aanpassing aan de praktijk, hetgeen voor het zeerecht wil zeggen, aan de internationale praktijk. De ontwikkeling der feitelijke verhoudingen is nu zoodanig geweest, dat, naar de schrijver in no. 5 e. v. terecht betoogt, het zeewezen a. h. w. is genormaliseerd, hetgeen er toe heeft geleid, dat — tot op zekere hoogte in overeenstemming met de leer van MOLENGRAAFF in 1883 (9) — het uitzonderingsrecht goeddeels heeft plaats gemaakt voor een regeling van een belangrijk brok beroeps- of bedrijfsrecht. Zoo beschouwd praeludeerde de wijziging van ons zeerecht op het thans aanhangige wetsontwerp tot opheffing van de onderscheiding tusschen handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden (10). Wil men nu in dezen gang van zaken zien „aansluiting bij het gewone burgerlijke recht", dan is mij dit wel, doch men zij zich dan bewust, dat het hier een secundair verschijnsel geldt, waarvan de uitsluitende oorzaak is gelegen in de verdwijning van eigenaardigheden in het zeewezen, die weder zijn voortgevloeid uit de veranderde techniek, waaraan de wijzigingen in het zeerecht parallel loopen. Ook ons B. W. bevat tal van „eigenaardigheden en archaïsmen" (b.v. de kerfstok), die bij herziening zouden verdwijnen. Een zoodanige zuivering zou dan toch niet mogen heeten „aansluiting aan ons burgerlijk recht", in den zin, waarin LOEFF dit begrip naar voren brengt.

Uit het bovenstaande volgt, dat ik de voorbeelden van assimilatie aan het B. W., welke ongetwijfeld in de nieuwe wetgeving zijn te vinden, niet van principieel karakter kan achten. Met OFFERHAUS (11) constateer ik, dat „op sommige punten (het recht) juist meer is gespecialiseerd", doch van mijn gezichtspunt uit kan ik dit verschijnsel niet met dien schrijver „merkwaardig" achten. Waar de praktijk het inslaan van die richting naar de meening van de ontwerpers eischte, daar is zij ingeslagen. LOEFF wordt door zijn stelsel er toe gedwongen — een theorie kan een dwingeland zijn — om de in ons zeerecht nog bestaande afwijkingen te minimaliseeren.

---

(9) Prae-advies 1883, I, bl. 311.
(10) Zie § 1 van de M. v. T., W. 12535.
(11) W. P. N. R. 3032.

In de betrokken paragraaf (no. 14) noemt hij de uitschakeling voor schepen van art. 2014 B. W. b.v. niet. De buitengewoon belangwekkende bepaling van art. 318*r* K. wordt daar evenmin in het bijzonder in herinnering gebracht, hoewel de schrijver toch volgens no. 136 het niet eens is met MOLENGRAAFF, dat volgens een algemeen burgerrechtelijk beginsel voorrechten op zekere bepaalde goederen in het algemeen ook dan op die goederen worden gevestigd, wanneer zij niet in eigendom toebehooren aan dengeen, die hen in gebruik heeft (12). Het droit de suite van bepaalde geprivilegieerde schuldeischers vordert m. i. in dit verband evenzeer meer aandacht. Het is waar, dat in art. 1188 B. W. een soortgelijke figuur wordt gevonden, maar deze is daar een vereenzaamde uitzondering, niet een op den voorgrond tredend belangrijk verschijnsel als in het zeerecht. Het allermerkwaardigste element van de scheepsnationaliteit had ook in deze afdeeling in het licht moeten worden gesteld. Ik zal hieronder uiteenzetten, waarom ik ook den „reeder" een zeer opmerkelijk verschijnsel acht. Daarmede put ik dan nog slechts uit dat gedeelte van het zeerecht, waarover de reeds verschenen stukken zich uitstrekken.

In het licht van de hier gegeven uiteenzetting is de vraag, die LOEFF in no. 18 aan de orde stelt, welk van de beide door hem aangegeven richtsnoeren — aansluiting aan het burgerlijk recht en aansluiting aan de internationale praktijk — bij uitlegging den voorrang moet hebben, geen vraag meer van hoogere of andere beteekenis dan in elk ander geval, waarin toepasselijke wetsteksten (ook in onderling verband beschouwd) en motieven van den wetgever als elementen van interpretatie in het spel zijn (13). LOEFF, die zijn uitgangspunt niet kan verloochenen, moet hier nadrukkelijk een algemeene keus doen en kiest dan voor het burgerlijk recht boven de internationale praktijk. Deze rangregeling van zaken van verschillende orde is een kenmerkend symptoom voor de geestesgesteldheid, waarin dit boek is opgezet. Hier en daar en overal vindt men er, naar mijn smaak, een teveel aan civilistische theorie en — uiteraard minder nawijsbaar — een zekere ondergevoeligheid voor de praktische elementen.

Teveel aan civilistische theorie. Waarvoor is het noodig, om in no. 58 een college te geven over den concursus creditorum? Ook de catalogus van voorschriften uit het B. W. over hypotheek, opgesomd in de nos. 68—73, kan mij in dien vorm niet bekoren. In no. 161 e. v. verliest de bewerker zich in een

---

(12) Kort begrip I, bl. 7 en 56.

(13) Vg. ASSER-SCHOLTEN, Algemeen deel, bl. 103 e. v. (1e dr.).

casuïstiek, zooals men deze eer bij een post-glossator zou zoeken. Dit zijn slechts voorbeelden.

Ondergevoeligheid voor de praktische elementen. In no. 8 wordt de aandrang van het bedrijfsleven tot wijziging van het zeerecht veel te laat in den tijd geplaatst. Dat Mr. RAHUSEN in zijn prae-advies voor de Nederlandsche Juristen-Vereeniging uit 1879 nog slechts zeer geringe wijzigingen voorstelde, zegt mij in dit opzicht evenmin iets als dat de commissie tot herziening van het Wetboek van Koophandel bij haar zelfmoord in 1890 opmerkte, dat scheepvaartrecht, schoon zeker aanvulling en verbetering in enkele opzichten vereischende, geen doorloopende herziening scheen te behoeven. Deze uitlatingen bewezen alleen, dat de betrokken juristen — waaronder naast den ouden KIST ook de jonge MOLENGRAAFF — destijds verbazingwekkend onkundig waren omtrent de behoeften van de praktijk. Nu kan ik het volkomen plaatsen, dat de memorie van toelichting tot ons nieuwe zeerecht onder deze omstandigheden de Rotterdamsche Kamer van Koophandel eerst „in hare jaarverslagen over 1890 en latere jaren . . . . voortdurend op herziening van het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel" liet aandringen. MOLENGRAAFF kon, als *mede*-onderteekenaar uit 1890, inderdaad niet goed anders, maar onze jongere juristen, die — het zij met allen eerbied jegens onze groote voorgangers opgemerkt — in dat jaar nog niet konden falen, mogen er niet aan voorbij zien, dat het verlangen van het bedrijfsleven tot moderniseering van het zeerecht tegelijkertijd met onze transatlantische stoomvaart moet zijn ontloken. Hoe had de Rotterdamsche Kamer van Koophandel anders reeds op blz. 19 van haar jaarverslag over 1883 — dus heusch niet in een verborgen bron voor de geschiedenis van ons *handels*recht — kunnen opmerken (ik cursiveer): „*Nog steeds* blijft de handel en scheepvaart met verlangen te gemoet zien de voorgenomen wijziging van het Wetboek van Koophandel van 1838. Als men nagaat, dat, uit den aard der zaak, van stoomvaart, spoorweg of telegraaf geen woord in dat wetboek voorkomt, dan kan men nagaan, hoe weinig dat meer past op onze tegenwoordige toestanden." Het verslag ging dan verder over geldigheid van cognossementsbepalingen, om ten slotte te constateeren, dat „dit voorbeeld met een oneindig aantal vermeerderd (zou) kunnen worden". LOEFF wekt daarom naar mijn gevoelen ten onrechte den indruk, dat het bedrijfsleven eerst in 1897 wijziging van het zeerecht werkelijk aan de orde heeft gesteld.

Een ander voorbeeld. Nadat de groote wijzigingswet van 22 December 1924 in het Staatsblad had gestaan, is de novelle van 10 Juni 1926 gevolgd, omdat, volgens LOEFF, „zich eenige oneffenheden hadden geopenbaard" (no. 10). MOLENGRAAFF en

CLEVERINGA zijn den schrijver in deze voorstelling van zaken voorgegaan, door onderscheidenlijk „herstelling van eenige onnauwkeurigheden" (14) en het ontdekken van „eenige foutjes" (benevens een verdrag betreffende cognossementsbepalingen) (15) als verklaring te geven. Ik moge trachten te voorkomen, dat door deze uitlatingen de indruk zou worden gewekt, alsof de wet niet veel beteekenis zou hebben gehad. Met name de wijziging in art. 311 (nationaliteit van zeeschepen) was voor het bedrijfsleven zeer belangrijk. De wet trok dan ook uit die kringen een belangstelling, welke niet onderdeed voor die, welke het geheele nieuwe zeerecht daar had vermogen op te wekken. Uit de uitvoerige gedachtenwisseling tusschen de vaste commissie voor privaat- en strafrecht uit de Tweede Kamer en den Minister van Justitie (16) blijkt, dat de inmenging van de Nederlandsche Reedersvereeniging en van de Kamers van Koophandel voor Amsterdam en Rotterdam in dit onderdeel van de wetgeving een niet onbelangrijke rol heeft gespeeld. Al weder moet men MOLENGRAAFF ten goede houden, dat hij voor deze nieuwigheden wat te weinig oog had, maar andere commentatoren mogen zeker de beteekenis daarvan niet verwaarloozen.

Uit deze enkele voorbeelden moge blijken, dat groote juridische kennis en scherpzinnigheid toch slechts ten deele uitrusten voor het schrijven van een handboek over zeerecht. Beluistering van de uitlatingen van de mannen van de praktijk is even noodig en mag niet eerst in de tweede plaats komen.

Bezien wij thans nader verschillende opmerkelijke punten uit de reeds verschenen afleveringen.

a. Definitie van schip (nos. 21—28). De niets oplossende definitie, welke onze wet in art. 309 van het begrip „schip" geeft, stelt ook LOEFF voor een puzzle, die hij ten slotte door een bemiddelende uitspraak tracht op te lossen: een voorwerp, dat de blijvende (neven)bestemming heeft tot varen. Hij gaat hiermede om buiten den tekst van art. 310, dat althans voor *zee*schepen *gebruik* voor de vaart reeds voldoende acht. Het wil mij voorkomen, dat de zeer materieele gevolgen, welke de wet aan het zijn van schip verbindt (de rechtbank te Rotterdam heeft bij haar vonnis van 31 October 1930, W. 12254, gewezen op de groote beteekenis van het onderscheid tusschen schepen en andere drijvende voorwerpen wegens de omkeering van den bewijslast in het tweede lid van art. 544*a*),

(14) Kort begrip, I, bl. 4.
(15) Het nieuwe zeerecht, Zwolle, 1931 (2e dr.), bl. 12.
(16) W. 11507.

dwingt tot zeer ruime uitlegging van dit begrip. Een criterium b.v. als LOEFF ten aanzien van een vlot aan de hand doet, n.l. of aan de samenstelling al dan niet zeer veel zorg en moeite is besteed, is naar mijn gevoelen praktisch niet bruikbaar. Alles wat drijft en (desnoods tijdelijk) tot bewerkstelligen van vervoer bestemd is of gebruikt wordt, acht ik een schip in den zin der wet. Niet b.v. dus een drijvende zweminrichting. Ook niet een plank of ton met een drenkeling er aan of er in, want zulk een persoon bewerkstelligt geen vervoer en het voorwerp is er niet toe bestemd. Wel daarentegen een roeiboot, waarvan de eenige inzittende zijn riemen heeft verloren, want al bewerkstelligt deze geen vervoer, het voorwerp is er voor bestemd. Als een drenkeling er ten slotte in slaagt enkele planken bij elkaar te sjorren en daarop een paal te plaatsen met een zeil of wat daarop lijkt er aan bevestigd, dan geeft hij daarmede ook het aanzijn aan een schip: het voorwerp wordt althans gebruikt om het vervoer van den betrokkene te bewerkstelligen; hier is niet meer sprake van een willoos ondergaan van het spel der elementen, zooals dat het geval was toen de man nog slechts aan één plank ronddobberde. MOLENGRAAFF's opvatting (17) lijkt mij daarom juister dan die van den schrijver (18).

Of, zooals de schrijver in no. 27 doet, voor Fransch recht scherp de tegenstelling mag worden gemaakt tusschen navire, zeeschip, en bateau, binnenvaartuig, betwijfel ik. Zeker noemt de code fluvial het binnenschip „bateau", doch de code de commerce kent naast „navires" ook „autres bâtiments de mer". Onder dit laatste begrip vallen nu zeker ook bateaux, zijnde vaartuigen van bescheiden grootte (b.v. bateau pêcheur, vuurschip, jonk). BONNECASE, dien LOEFF aanhaalt, wijst ter plaatse (19) juist op in verloop van tijd wisselende terminologie.

b. Scheepsregister. Ik heb op blz. 153 tot 158 van den loopenden jaargang van dit tijdschrift mijn opvattingen uiteen gezet over de aan burgerrechtelijke scheepsregisters te stellen eischen. Hier moge ik daarnaar verwijzen en overigens volstaan met te constateeren, dat LOEFF datgene aanvaardt hetgeen ik afkeur als verwarring van privaat- en publiekrechtelijke elementen (no. 38: „een eenvoudige oplossing is gevonden door de nationaliteit in verband te brengen

---

(17) Kort begrip, I, bl. 18: Leidraad, II (St. B. & Z.), bl. 598.

(18) Mr. DORHOUT MEES acht blijkens zijn bespreking van hetzelfde werk in W. P. N. R. 3243 een vlot een schip.

(19) J. BONNECASE, Traité de droit commercial maritime, Paris, 1922, no. 87.

met de scheepsregisters"). Slechts moge nog worden opgemerkt, dat LOEFF naar mijn meening mijn beschouwingen versterkt door zijn opmerking in no. 155, dat de aanteekening van art. 322 buitenlandschen eigenaren niet kan baten, hetgeen toch niet anders dan onredelijk is te achten.

c. Verhaal op schuldenaren (nos. 57—66). Op de blz. 55 tot 60 van den loopenden jaargang van dit tijdschrift heb ik uitvoerig het betoog bestreden, dat de schrijver levert met betrekking tot het onderscheid tusschen voorrecht en zakelijk recht, waarnaar ik hier moge verwijzen. Thans wil ik daaraan alleen toevoegen, dat ik niet vermag in te zien, waarom de H. R. blijkens zijn arrest van 26 Juli 1927, W. 11718, het voorrecht van den verhuurder (art. 1186 e. v. B. W.) blijkbaar niet zou beschouwen als een zakelijk recht (no. 65). Slechts is beslist, dat dit voorrecht beperkt moet blijven binnen de wettelijke grenzen en dat geldt voor de uitoefening van alle rechten, zakelijke en persoonlijke. De H. R. heeft deze leer van LOEFF trouwens niet gevolgd in zijn arrest van 11 December 1932, W. 12410 (20). De ijver van LOEFF om rechten te ontzakelijken voert hem te ver. In het zeerecht geldt dit in het bijzonder de voorrechten van art. 318*c*.

d. Recht van den hypotheekhouder bij uitwinning in den vreemde (no. 76). De tekst van de nieuwe, met ongewone zorg voorbereide, wet geeft reeds terstond aanleiding tot controversen. Art. 318*t* luidt: „In geval van uitwinning van een in het scheepsregister ingeschreven schip in het buitenland, wordt dit niet bevrijd van de hypotheken, ingevolge de voorgaande artikelen daarop rustende, tenzij de schuldeischers persoonlijk zijn opgeroepen om hunne rechten op de opbrengst te doen gelden en hun daartoe ook feitelijk de gelegenheid is gegeven". Wil dit zeggen, dat zuivering moet worden aangenomen, wanneer de vreemde rechter de Nederlandsche schuldeischers behoorlijk heeft opgeroepen, doch de hypotheek niet erkent wegens niet-inachtneming der in zijn nationale wet voor de vestiging daarvan voorgeschreven formaliteiten? MOLENGRAAFF (21) en VAN DEN DRIES (22) ontkennen dit, LOEFF legt de bepaling anders uit: naar zijn meening schept het artikel slechts de noodige waarborgen, dat de Nederlandsche schuldeischer niet buiten de executie

---

(20) De commentator R., die het zakelijk karakter van het recht „thans algemeen aangenomen" achtte, heeft ten onrechte geen rekening gehouden met LOEFF.

(21) Kort begrip, I, bl. 57.

(22) Nederlandsch zeerecht, Zwolle, 1926, no. 67.

worde gehouden. Deze opvatting lijkt mij onjuist (23); ik kan niet vinden, dat de buitenlandsche rechter in het gestelde geval den Nederlandschen hypothecairen schuldeischer feitelijk de gelegenheid geeft, om zijn recht te *doen gelden*. Ook de memorie van toelichting (blz. 21 op art. 318*u*) stelt den eisch, dat de crediteur feitelijk in staat moet zijn geweest, om *mede te deelen*. Dat is hij niet als hij door ontkenning van zijn voorrang achter het net vischt. Het stelsel, om bij executie de plaatselijke wet voor rangregelingen e. d. te doen praevaleeren, mag m. i. slechts voor zuivere vormkwesties gelden en wordt het ten nadeele van Nederlandsche schuldeischers verder uitgestrekt, dan mag onze wet dit niet erkennen. Anderzijds moet worden toegegeven, dat zij in art. 318*v* een slecht voorbeeld geeft.

e. Beperkte uitlegging van het voorrecht voor aanvaringsvorderingen in verband met de uitbreiding van dit begrip in de artt. 544 *en* 544*a* (no. 80). Terecht meent de schrijver, dat het voorrecht voor deze vorderingen zonder veel grond uit het Engelsche recht is overgenomen. Ik heb hetzelfde uitvoerig betoogd op blz. 162 tot 164 van den loopenden jaargang van dit tijdschrift. Een tweede vraag is echter, of, nu de wet dit voorrecht eenmaal kent, het eng moet worden uitgelegd dan wel ook toepasselijk is in de gevallen, waarin het bepaalde omtrent aanvaring overeenkomstige toepassing vindt: als een schip . . . . aan een ander schip of aan daarop zich bevindende personen of zaken schade heeft toegebracht, zonder dat eene aanvaring plaats heeft gehad (art. 544), of als een schip met andere roerende of onroerende voorwerpen botst of daarmede in aanraking komt (art. 544*a*).

Molengraaff (24) beantwoordt deze vraag in den laatsten zin, Cleveringa (25) en Gischler (26) zijn van andere meening, Loeff met hen, terwijl van den Dries door beide partijen als medestander wordt gedoodverfd (27). Het wil mij voorkomen, dat het vraagpunt dezen laatsten schrijver niet voor oogen heeft gestaan, zoodat zijn § 46, waarin hij over verwante kwesties spreekt, niet of althans geen duidelijk antwoord geeft op de hierboven geformuleerde vraagstelling.

---

(23) Ook Dorhout Mees acht t. a. p. de meening van Molengraaff te dezer zake niet voldoende weerlegd.

(24) Kort begrip, I, bl. 49; Leidraad, II (St. B. & Z.), bl. 617.

(25) T. a. p., bl. 61 (behoudens art. 318 *q*).

(26) Schets van het nieuwe Nederlandsche Zeerecht, 's-Gravenhage, 1927, bl. 120.

(27) Zie v. d. Dries, t. a. p., no. 46; vg. Mr. A. Wolfsbergen in Themis, 1932, bl. 307, eenerzijds en Loeff no. 80 anderzijds.

De keus moet mijns inziens worden bepaald aan de hand van de historia legis. Het voorrecht is door de regeering eigener beweging ingevoegd in art. 318*c* bij haar antwoord op het schriftelijk verslag van de bijzondere commissie uit de Tweede Kamer (bijl. 1923/4, no. 68, 1, blz. 5). Op dat tijdstip stond de regeering blijkens blz. 62 van hetzelfde staatsstuk nog star op het standpunt van het wetsontwerp in zijn oorspronkelijken vorm, n.l. dat „aanvaring" niet slechts is botsing van een schip met een schip, doch „botsing of aanraking van schepen met elkander *of met andere voorwerpen*" (28). Het geval van art. 544*a* was dus toen nog een aanvaring in den vollen zin des woords. Wat art. 544 betreft, dit kwam reeds vrijwel in zijn definitieven vorm voor in het wetsontwerp als art. 543, dat volgens de zeer kernachtige toelichting was voorgesteld „ter voldoening aan het voorschrift van art. 13 van het Verdrag". Dit verdrag van Brussel van 23 September 1910 bevat nu geen eigenlijke definitie van aanvaring, doch bepaalt in het aangehaalde artikel: „la présente convention s'étend", enz. Geen vereenzelviging dus, doch naast elkander schikking op voet van gelijkwaardigheid als objecten van regeling. Ik geloof daarom, dat de regeering niet anders kan hebben bedoeld dan art. 318*c*, 4°, op alle opgesomde gevallen toepasselijk te doen zijn. Onder den aandrang van de bijzondere commissie heeft zij daarna bij het mondeling overleg de omschrijving van aanvaring gewijzigd naar de strekking van het verdrag van Brussel (dat, zonder een definitie te geven, er van uitgaat, dat aanvaring op zichzelf is een botsing of aanraking van een schip met een ander) en *op een andere plaats* de uitbreiding daarvan tot een botsing of aanraking van schepen met andere voorwerpen in de wet opgenomen (art. 544*a*). Deze zuiver formeele wijziging kan m. i. geen gewicht in de schaal leggen bij de beoordeeling van materieele aanspraken. Ik meen daarom, dat „aanvaring" in art. 318*c* nog even *ruim* moet worden opgevat als het oorspronkelijke wetsontwerp m. i. vanzelf medebracht en schaar mij dus ter zake aan de zijde van Molengraaff, van wiens ongelijk Loeff mij niet heeft kunnen overtuigen.

f. Verjaring der aanvaringsvordering (no. 82). Wij leven snel. Loeff wijst in dit verband op eventueele toepassing van art. 1416 B. W. (29). Het bekende arrest van den H. R. van 19 Mei 1933, W. 12615, schakelt thans in elk geval de verjaring van de overtreding van art. 473 S. te dien aanzien uit.

---

(28) Vg. het Rotterdamsche ontwerp-1901, achtsten titel, art. 2.
(29) Meest niet toepasselijk geacht, vg. Mol., Leidraad, II (St. B. & Z.), bl. 747 en de daar aangehaalde schrijvers.

g. Gebruiker van het schip in den zin van art. 318*r* (no. 104). Tot dusver verstonden de gezamenlijke schrijvers over het nieuwe zeerecht onder den „ander dan den eigenaar", die door zijn *gebruik* het schip verhaalsobject maakt voor de inschulden en vorderingen, genoemd in de artt. 318*c* en *q*, den *reeder*, die niet mede-eigenaar is. LOEFF acht dezen laatsten slechts een specimen van het genus gebruiker en laat daarom art. 318*r* ook op tijdbevrachting slaan. Ik acht deze opvatting in strijd met de memorie van toelichting op art. 320 (blz. 23), die van den charterer-niet reeder slechts getuigt, dat hij „*met eenigen schijn van recht* (kan) zeggen, dat hij het schip gebruikt tot de vaart ter zee". Een schijnbare gebruiker kan geen gebruiker zijn in den zin van art. 318*r*: altijd staat naast hem de voornaamste gebruiker, de reeder, die wèl het schip verbindt. Deze tegenstelling in opvatting zal hieronder bij de behandeling van den „reeder" (onder *l*) van vèrstrekkende principieele beteekenis blijken.

h. Verhaal op vorderingen (no. 108 e. v.). De schuldeischer, bevoorrecht uit hoofde van art. 318*c* of gedekt door hypotheek, vervolgt krachtens art. 318*o* zijn recht op de in de artt. 318*f* en *g* genoemde vorderingen ook na *overdracht* daarvan. De schrijver verstaat onder dit laatste begrip uitsluitend cessie en misschien ook de subrogatie in art. 1437, 1°, B. W., niet echter de subrogatie van art. 1438 B. W. en art. 284 K. Hij voert daarvoor aan het niet-zakelijk karakter dezer voorrechten, hetgeen daaraan m. i. juist wèl moet worden toegekend, alsmede, hoewel in strijd met de historia legis (art. 10 van den eersten titel van het Rotterdamsche ontwerp uit 1901) en de bedoeling van den wetgever, zooals hij zelf deze niet onmogelijk acht, den tekst van art. 668 B. W. Hier zit de civilistische theoreticus wel hoog te paard. Waarom mag in art. 318*o* overdracht niet synoniem worden geacht met overgang, als overigens veel daarop wijst, alleen omdat dit woord in art. 668 B. W. levering door middel van een akte beteekent? Art. 670 B. W. bepaalt n.b. nadrukkelijk, dat de bepaling van art. 668 geen inbreuk maakt op de wetten in zaken van koophandel. Ook elders in het W. v. K. wordt het woord overdracht trouwens gebruikt in andere beteekenis dan in art. 668 B. W., in wat de M. v. T. aardig noemt: „kleurlooze beteekenis" (30). Waarom dan voor art. 318*o* dit nauwe verband gelegd, waaruit niets dan narigheid kan voortvloeien, zooals de schrijver zelf in no. 113 breed uitstalt? Waar is het goed voor, om eerst een stelsel op te bouwen op een gezochte stelling, waartegen veel pleit, en dan de handen

(30) M. v. T. op art. 517 *a*.

in elkander te slaan over al de ellendige consequenties daarvan? Ik hoop, dat de praktijk dankbaar nota zal nemen van art. 670 B. W. en in art. 318*o* rustig overdracht aan overgang zal assimileeren.

LOEFF meent voorts, dat een voorrecht uit hoofde van art. 318*c* niet meer zal kunnen worden uitgeoefend op een vordering, die door compensatie te niet gaat. Ik ontken dit op grond van het zakelijk karakter van deze voorrechten (art. 1470 B. W.), dat de schrijver niet aanvaardt.

i. Executie van vreemde schepen (no. 120). In de vraag, welk recht voor vreemde schepen toepasselijk is bij de rangregeling in geval van executie, kiest schrijver de Nederlandsche wet op grond van art. 580 Rv., in het eerste lid waarvan wordt bepaald, dat de rangschikking wordt gedaan in de orde voorgeschreven in het Tweede Boek van het W. v. K. Deze bepaling zou volgens den schrijver volkomen overbodig zijn, indien zij alleen gold voor Nederlandsche schepen. Met zulk een argumentatie moet men voorzichtig zijn. De staart van het eerste lid van art. 580, inhoudende, dat de niet praeferente schuldeischers in de evenredigheid hunner inschulden zullen mededeelen, is op zichzelf in elk stelsel overbodig te noemen. Ik zie de bedoeling van het voorschrift dan ook in de tegenstelling tusschen het eerste en het tweede zinsdeel van de betrokken alinea. Bovendien is de *Nederlandsche* scheepshypotheek alleen bestaanbaar op een Nederlandsch schip, zoodat art. 580, wanneer dit op buitenlandsche schepen wordt toegepast, reeds rekening houdt met de buitenlandsche scheepshypotheekwetgeving, m. a. w. met de wet van de vlag. Waarom zou men deze dan ook niet verder toepassen, behoudens natuurlijk art. 318*v*? Trouwens zou dit laatste artikel in het stelsel-LOEFF weder alle beteekenis missen, zoodat argumentatie van die strekking een tweesnijdend zwaard is.

j. Rangorde der voorrechten op de lading (no. 132). De schrijver werpt de vraag op, of de voorrechten van art. 318*h* voorrang geven boven pand. Hij beantwoordt deze vraag bevestigend op grond van het tweede lid van het artikel, inhoudende, dat deze inschulden voorrang hebben boven die vermeld in art. 1185 B. W., waarvan althans het eerste boven pand gaat. Er is in deze zaak echter een verwikkeling, doordat het eerste voorrecht van art. 318*h* geheel gelijk is aan het eerste van art. 1185 B. W. (31). Deze twee vallen dus samen en gaan daarom te zamen boven pand. Men kan daarom redeneeren, dat het tweede en derde voorrecht van art. 318*h* dus

(31) CLEVERINGA, t. a. p., bl. 70; v. D. DRIES, t. a. p., no. 53.

noodzakelijk moeten komen *na* art. 1185, 1. Waar nu art. 1180 B. W. bepaalt, dat privilegie niet boven pand gaat dan in de gevallen, waarin de wet nadrukkelijk het tegendeel bepaalt, zou men zeer goed als juiste volgorde kunnen verdedigen: art. 1185, 1, B. W. — art. 318*h*, 1; pand; art. 318*h*, 2; art. 318*h*, 3; art. 1185, 3 (2 komt niet in aanmerking), enz.

Ik geloof, dat taalkundige interpretatie hier niet verder voert. Letterlijk is het tweede lid van art. 318*h* immers niet toe te passen, omdat art. 318*h*, 2 en 3, niet kunnen worden gerangschikt boven art. 1185, 1, B. W., dat nu eenmaal identiek is met art. 318*h*, 1. Men moet daarom m. i. de oplossing zoeken door systematische interpretatie van het nieuwe zeerecht.

Verpanding na inlading is alleen mogelijk door overgeven van het cognossement (art. 517*a*). Ieder, die het cognossement in handen heeft, wordt geacht het goed in handen te hebben (32), maar geen cognossementhouder kan zich onttrekken aan de verplichting tot zekerheidsstelling voor het verschuldigde ter zake van het vervoer en de bijdrage in de avarij-grosse (art. 493). Wat hier wordt verpand is in wezen de vordering tot afgifte van het vervoerde goed en deze aanspraak moet logisch achterstaan bij die van den vervoerder, die haar niet behoeft te erkennen zonder waarborg voor zijn bevoorrechte inschulden: in het stelsel onzer wet is de vervoerder, als hij op zijn tellen past en zelfs als hij dat niet geheel doet (art. 500), sterker dan de cognossementhouder. Het is hiermede in strijd om aan zijn recht een lageren rang toe te kennen dan aan dat van den pandhouder. Langs den weg dezer redeneering kom ik dus tot dezelfde conclusie als de schrijver, met wien Cleveringa (33) en Molengraaff-Star Busmann-Zevenbergen (34) van deze meening zijn.

k. Verhaalbaarheid van vorderingen zonder schuld door middel van voorrechten op de lading? (no. 135 e. v.). De vraag, of dit verhaal mogelijk is, lijkt mij één der moeilijkste, die de schrijver behandelt. Hij zelf beantwoordt haar ontkennend, omdat de artt. 318*r* en *o* niet gelden voor voorrechten op de lading. Van Molengraaff wordt hij gescheiden door een verschil van inzicht over een algemeen beginsel van burgerlijk recht, doordat hij anders dan de groote schepper van ons moderne zeerecht niet aanneemt het bestaan van een algemeen beginsel van burgerlijk recht, dat de voorrechten op zekere bepaalde goederen ook dan daarop worden gevestigd, wanneer

(32) M. v. T. op art. 517 *a*.
(33) T. a. p., bl. 71.
(34) T. a. p., bl. 621.

deze goederen niet in eigendom behooren aan dengene, die hen in gebruik heeft, tenzij de schuldeischer weet of moet weten, dat de gebruiker tegenover den eigenaar niet bevoegd is de handeling te verrichten, waaruit de vordering voortspruit (35). Het lijkt mij verstandig in deze niet te schermen met twijfelachtige algemeene beginselen: het feit, dat art. 318*r* de voorrechten van art. 318*h* niet noemt, is voor mij afdoende, om aan te nemen, dat dit beginsel, zoo het bestaat, in elk geval niet geldt voor ons zeerecht, welks geheele stelsel in dit verband zinloos zou zijn, indien het tegendeel zou moeten worden aanvaard.

Er is echter een ander element in het spel. LOEFF merkt in no. 138 m. i. terecht op, dat art. 493 aan den vervoerder voor de vracht een recht van terughouding geeft. MOLENGRAAFF ontkent dit laatste (36), in overeenstemming met de woordkeus van art. 493. Een beroep daarop acht ik evenwel woordenspel. De vervoerder levert het goed niet af, zonder dat zekerheid wordt gesteld, bij gebreke daarvan slaat hij op (art. 495) en hij kan gemachtigd worden tot verkoop, om op de opbrengst het hem verschuldigde te verhalen (art. 496). Ik stel dit complex van mogelijkheden volkomen gelijk aan terughouding: de „ontvanger" krijgt het goed niet, als hij de vracht niet betaalt en de vervoerder dwingt op die wijze voldoening aan zijn aanspraak af; dit is de kern van de zaak. Dit recht van terughouding werkt nu tegenover den eigenaar der goederen, onverschillig of deze zelf de vracht schuldig is (37). LOEFF betoogt in de nos 138/9 terecht, dat hiernaast niet veel bijzonders steekt in art. 500: deze bepaling accentueert slechts het in art. 493 gegeven recht door den vervoerder nog gedurende zekeren tijd de bevoegdheid te geven het goed te achterhalen, behoudens door derden te goeder trouw verkregen rechten. Maar, en dit is voor mij de hoofdzaak, de verhaalbaarheid op anderen (d. w. z. op goed van anderen) dan den schuldenaar vloeit vanzelf uit het retentie-

---

(35) Kort begrip, I, bl. 7. Ook de Leidraad, II (St. B. & Z.), bl. 621, zonder uitspraak over het „beginsel". Te dezen aanzien had MOLENGRAAFF ook SCHOLTEN tegen zich (ASSER-SCHOLTEN, II, 1927 (6e dr.), bl. 351).

(36) Kort begrip, I, bl. 196.

(37) Dit is in overeenstemming met de opvatting, dat het recht van terughouding ook kan worden ingeroepen tegen hen, die den mede-contractant onder bijzonderen titel als eigenaar van het goed zijn opgevolgd (vg. ASSER-SCHOLTEN, II, bl. 522 (6e dr.); E. M. M. onder H. R. 16 Maart 1933, N. J. bl. 792). Zie ook art. 510 K. a contrario: de vervoerder kan de zekerheidstelling en dus zijn voldoening afdwingen van een ontvanger, die de vracht niet verschuldigd is.

recht van art. 493 voort, zoowel voor de vordering wegens vracht als wegens avarij-grosse. Voor hulploon volgt hetzelfde uit art. 568*g*. Naar ik meen, stelt ook CLEVERINGA zich op dit standpunt (38). De opvatting, welke LOEFF in no. 137 uitspreekt, als zou deze schrijver zich b.v. voor de vordering uit vervoerovereenkomst alleen op art. 500 beroepen als grondslag voor de verhaalbaarheid op goed van derden lijkt mij onjuist: CLEVERINGA maakt in dit verband wel degelijk melding van art. 496 (39), dat de afwikkeling van den in art. 495 voorgeschreven opslag regelt. En deze laatste bevoegdheid is weder een sequeel van het voorschrift van art. 493. Ik begrijp niet, waarom LOEFF niet mede tot dezelfde conclusie komt.

In no. 139 maakt LOEFF zich m. i. onnoodig moeilijk over art. 568*g*, ter bestrijding van de meening van „men" (40), dat dit voorschrift in geval van verleening van hulp aan een schip en de zich daarin bevindende lading verhaal op de lading mogelijk maakt voor hulploon, dat niet de eigenaar dier lading, doch volgens art. 568*d* de reeder verschuldigd is. Ik zie de zaak zoo, dat de gerechtigde tot het hulploon voor schip en lading het voorrecht van art. 318*c* heeft op het schip en krachtens art. 318*f* en/of *g* op de vordering uit avarij-grosse van den reeder op belanghebbenden bij de lading (41) (vg. M. v. T. op art. 568*d*), welke vordering de reeder weder tegen ontvangers, niet-eigenaren, geldend kan maken dank zij art. 493 j°. art. 496 en zoo noodig art. 500. Is de reeder nalatig, dan houdt de helper zelf op grond van deze aanspraken met het schip de lading terug of legt daarop beslag, alles krachtens art. 568*g*.

Toegegeven moet worden, dat de geheele regeling van de voorrechten in het nieuwe zeerecht afschuwelijk ingewikkeld is. Het lijkt mij echter niet te ontkennen, dat op deze wijze voor het voorrecht op de lading een regeling tot stand is gekomen, die praktisch zooveel lijkt op die van art. 518*o* en *r* als art. 2014 B. W. — dat dank zij art. 318*b* voor de schepen zelf geen moeilijkheid biedt — slechts toelaat. De wetgever heeft hier langs een *om*weg zijn doel bereikt en daarom maakt LOEFF zich onnoodig moeilijk over de kwesties, die zich op den *hoofd*weg voordoen.

---

(38) T. a. p., bl. 71, 322, 473 en 496.

(39) T. a. p., bl. 322.

(40) Blijkbaar CLEVERINGA, bl. 473; MOLENGRAAFF, Kort begrip, II, bl. 317; meer als LOEFF: GISCHLER, t. a. p., bl. 122.

(41) Dat deze vordering voortspruit uit het scheepsbedrijf acht ik immers zeker. Vg. de wijze, waarop zij in art. 493 aan de vrachtvordering wordt gekoppeld.

l. Reeder (nos. 141—147). LOEFF stelt, dat de nieuwe wettelijke regeling van de figuur van den reeder „ons oude zeerecht, dat reeder en eigenaar gelijk stelde, ... geheel loslaat en haar grondslag vindt in ons burgerlijk recht". Dit lijkt mij niet geheel juist. Het tijdens het parlementair overleg ingelaschte art. 322 heeft gevoerd tot een tusschenoplossing, die zeer dicht staat bij de regeling in het Duitsche zeerecht. Trouwens ook ten aanzien van het ontwerp-1920 in zijn oorspronkelijken vorm heft LOEFF m. i. ten onrechte de juichkreet — anders kan ik zijn uitlating niet noemen — aan, dat „het verband met den eigendom geheel los (werd gelaten)". De M. v. T. meende immers (blz. 23), dat er alleen aanleiding bestaat, om den charterer als reeder te beschouwen, „als hij het schip gebruikt, *als ware hij eigenaar,* indien hij in het verkeer met derden de positie van eigenaar inneemt" (ik cursiveer). Ik geloof dan ook, dat de steller van de M. v. T. zich op blz. 24 ten onrechte aan de waan overgaf, als zou de dienstverhouding van den kapitein tot bepaalde charterers dezen de hoedanigheid van reeder geven. Het verhaal van vorderingen ter zake van het scheepsbedrijf op het schip, blijkens het voorafgaande m. i. nauw verbonden aan het reederschap (42), wordt op deze wijze onvoldoende verklaard.

„Als ware hij eigenaar", welke de beoefenaar van het civiele recht hoort hier niet een weerklank van de woorden „alsof zij (d. i. een zaak) hem toebehoorde" uit art. 585 inzake „bezit". Hoogst merkwaardig is, dat voor den bekenden Duitschen schrijver SCHAPS den doorslag geeft (43), „dass der Verwender die tatsächliche Gewalt . . . . über das Schiff haben muss". Welnu, volgens art. 854 B. G. B. wordt „der Besitz einer Sache . . . . durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben". Nu spreekt het in het Duitsche recht vanzelf, dat de huurder bezitter is. Ik meen echter te mogen stellen, dat de enge band, die ons zeerecht legt tusschen den reeder en het schip, als het ware vraagt om erkenning, zoo niet van het in onze wet zoo geheel anders geregelde recht van bezit, dan toch ook van een zakelijke rechtsverhouding. Wij vinden in den reeder van ons nieuwe zeerecht niet in de eerste plaats iemand, die anderen aanstelt tot waarneming zijner zaken en dien anderen een bedrijfsmiddel ter beschikking stelt, dat hij zelf slechts houdt krachtens een persoonlijke overeenkomst met den eigenaar.

---

(42) Vg. hierboven onder *h*.

(43) Dr. G. SCHAPS, Das Deutsche Seerecht (2e dr.: Dr. M. MITTELSTEIN en Dr. J .SEBBA, Berlin & Leipzig, 1921), I, op § 510, Anm. 4.

Hier hebben wij, om met VAN KAN te spreken (44), iemand, die naar de economische bestemming der zaak den hoofdschotel van de verkeersfunctie tot zich trekt, die beschikt over het grootste „corpusquantum" en dienovereenkomstig beschikt en verbonden wordt. De beperking van de aansprakelijkheid van den reeder naar evenredigheid van den inhoud van de zaak, waarover hij als zoodanig macht heeft (artt. 474, 525, 541) is kenmerkend voor den aard der betrekking, evenals de aansprakelijkheid van den reeder voor daden, die aan boord van het schip worden verricht door personen, die niet in zijn dienst zijn. De aanteekening in het scheepsregister (art. 322), in 1924 aan het wetsontwerp toegevoegd, accentueert dit karakter. Het aanstellen van den gezagvoerder mag daarvan slechts een uitvloeisel heeten.

Ik ben mij bewust, dat deze visie op den reeder niet past in het kader van het burgerlijk recht, zooals dat in ons B. W. is geregeld, zoodat zij rechtstreeks ingaat tegen het z.g. „eerste richtsnoer" van LOEFF. Maar ik ben mij mede bewust, dat ik slechts zóó de eigenaardigheden van het reederschap bevredigend meen te kunnen verklaren, in overeenstemming met de reeds door VAN KAN (45) opgemerkte neiging, om houders tot bezitters te maken, in overeenstemming ook met den in 1883 door MOLENGRAAFF uitgesproken wensch, dat het handelsrecht het achterlijke burgerlijke recht weder in harmonie zal doen komen met het verkeer (46). De reeder *is* m. i. zakelijk gerechtigde en daardoor wijkt het zeerecht voorloopig te dien aanzien, naar de woorden van het fameuze art. 1 K., bijzonderlijk af, zoowel van de voorschriften over het zakenrecht als over het huurcontract in het B. W. Doch het is het burgerlijk recht, dat zich, in den geest van MOLENGRAAFF, zal hebben aan te passen. De verhouding tot den kapitein is secundair.

Door het reederschap van de zakelijke zijde te benaderen ontkomt men meteen aan de moeilijkheid, dat de „kapitein", die in den gedachtengang van LOEFF de spil van het reedersbegrip is, wel ontbreekt en daardoor den schrijver moeilijkheden baart (vg. no. 145 e. v.). Eigenlijk definieert de wet het begrip „kapitein" ook niet: zoowel in art. 320 als in art. 341 wordt zijn aanwezigheid eenvoudig geconstateerd. Zijn afwezigheid moet men bij tijd en wijle wel accepteeren, maar de reeder kan niet ontbreken. Altijd is er iemand, die het schip

---

(44) A. H. M. J. VAN KAN, Bezitsverhoudingen, Amsterdam, 1913, passim.

(45) T. a. p., bl. 271.

(46) Prae-advies 1883, bl. 354.

gebruikt of — wat m. i. daarmede is gelijk te stellen — bevoegd is het te gebruiken tot de vaart ter zee (47).

m. Omvang van de aansprakelijkheid van den reeder uit art. 321 (no. 148/9). LOEFF leest, evenals MOLENGRAAFF (48), in het eerste lid van art. 321 de aansprakelijkheid van den reeder voor rechtmatige daden van bepaalde anderen (overeenkomsten en zaakwaarneming, immers rechtshandelingen), in het tweede lid zijn aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van anderen. Hij bestrijdt CLEVERINGA, die op blz. 100 e. v. van zijn werk het tweede lid ruimer leest. De leer MOLENGRAAFF-LOEFF over de beperkte strekking van het tweede lid acht ik verwerpelijk.

In ons oude zeerecht werd de eigenaar in art. 321 aansprakelijk gesteld voor de „handelingen en verbintenissen" van den schipper, hetgeen volgens MOLENGRAAFF (49) omvatte „zoowel de verbintenissen uit overeenkomst als die uit andere rechtmatige of onrechtmatige handelingen".

POLAK (50) onderscheidde anders in drie onderdeelen: „*a.* onrechtmatige daden; *b.* overeenkomsten of andere rechtmatige handelingen; *c.* daden of verzuimen van den schipper bij de uitvoering van overeenkomsten door den eigenaar gesloten".

Er is volkomen correlatie tusschen deze drie laatste groepen en art. 486 H. G. B., waarin de gevallen van beperkte aansprakelijkheid van den reeder in het Duitsche recht worden omschreven:

a. wenn der Anspruch auf ein Rechtsgeschäft gegründet wird;

b. wenn der Anspruch auf die Nichterfüllung oder auf die unvollständige oder mangelhafte Erfüllung eines von dem Reeder abgeschlossenen Vertrags gegründet wird;

c. wenn der Anspruch auf das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung gegründet wird (volgens de Duitsche wetenschap: onrechtmatige daad van den betrokkene).

Ook het Rotterdamsche ontwerp kende deze zelfde drieledige indeeling. In den tweeden titel verklaarde art. 2 den reeder „aansprakelijk (51) voor de verbintenissen voortspruitende uit overeenkomsten door den schipper en de verdere leden der bemanning van zijn schip binnen den kring hunner

---

(47) Anders CLEVERINGA, t. a. p., bl. 94. Vg. Rotterdam, 4 April 1929, W. 12157.

(48) Kort begrip, I, bl. 75; Leidraad, II (St. B. & Z.), bl. 623.

(49) Leidraad, II (4e dr.), bl. 549.

(50) Handboek, II, bl. 200 (1e dr.).

(51) Beperkt: art. 5.

betrekking verricht". Deze „andere handelingen" konden blijkens art. 3 zoowel zijn die vermeld in de artt. 1401 en 1402 B. W. (vg. H. G.B. § 486, 3) als andere handelingen, waarmede, daar zij geen „Rechtsgeschäfte" meer konden zijn, noodzakelijk moesten zijn bedoeld de niet-nakoming of gebrekkige nakoming door den schipper of verdere leden van de bemanning van overeenkomsten door den reeder of op diens last aangegaan. Art. 6 van den titel sprak dit dan ook nadrukkelijk uit.

Het nieuwe art. 321 verklaart nu in het eerste lid den reeder verbonden door „rechtshandelingen, welke door hen, die in vasten of tijdelijken dienst van het schip zijn, in hunne betrekking binnen den kring hunner bevoegdheid worden verricht". De „Rechtsgeschäfte" van art. 486, 1, B. G. B. zijn hier duidelijk verdietscht (52). De reeder wordt dus verbonden door handelingen, die ten doel hebben het tot stand brengen van rechtsgevolgen.

Het is al evenzeer duidelijk, dat de reeder krachtens het tweede lid voor de gevolgen van onrechtmatige daden verantwoordelijk wordt verklaard. Maar is het tweede Duitsche geval, in het Rotterdamsche ontwerp-1901 overgenomen en door Polak in zijn commentaar op de oude wet erkend, nu geheel weggelaten? Wordt door ons zeerecht de reeder niet uitdrukkelijk verbonden verklaard door niet- of gebrekkige nakoming van door den reeder aanvaarde conventioneele verplichtingen, voor zoover de daarmede gemoeide handelingen niet mede onrechtmatige daden uitmaken?

Loeff gaat uit van de aanwezigheid van nauw verband tusschen ons nieuwe recht en het Duitsche Handelsgesetzbuch. Hij zoekt echter het voorbeeld voor het tweede lid van art. 321 niet eveneens in art. 486 H. G. B., doch in art. 485, waarbij, voorafgaande aan de drie gevallen van beperkte aansprakelijkheid van den reeder, in art. 486 voorzien, het beginsel wordt gesteld: „Der Reeder ist für den Schaden verantwortlich, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt". Op grond van de verhouding tusschen de beide Duitsche voorschriften acht ik een zoodanige ontleening, die wel zeer stelselloos zou zijn geschied, onwaarschijnlijk. Ik meen dan ook, dat Loeff daartoe slechts is kunnen komen, doordat hij zich in de interpretatie van art. 485 H. G. B. vergist. Hij leest n.l. ten onrechte „Verschulden" in dat artikel in de beteekenis van schuld in geval van onrechtmatige daad (no. 149), terwijl het Duitsche recht daaronder ook tekortschieten bij de uitvoering van overeen-

(52) Vg. Loeff, no. 149.

komsten (zie art. 278 B. G. B.) rekent. SCHAPS teekent bij art. 486, 3, aan: „Es kommt aber an dieser Stelle nur das Verschulden von Besatzungspersonen in ausserkontraktlichen Verhältnissen in Betracht; für solches bei der Erfüllung von Verträgen haftet der Reeder schon nach § 486, No. 1 u. 2" (53), terwijl hij daarentegen naar aanleiding van art. 485, dit voorschrift vergelijkende met artt. 278 en 831 B. G. B., schrijft: „§ 278 bezieht sich nur auf bestehende vertragliche und vertragsähnliche, § 831 auf ausservertragliche Verhältnisse; § 485 (H. G. B.) auf beides" (54). Uit de bron, welke LOEFF voor ons voorschrift zoekt, zou dus juist het tegendeel voortvloeien van hetgeen hij betoogt!

Het wil mij daarom voorkomen, dat art. 321, tweede lid, beter eveneens tot art. 486 H. G. B. (waarin Verschulden onder 3 inderdaad geacht wordt alleen op schuld uit onrechtmatige daad te slaan) kan worden teruggebracht, in overeenstemming met het waarschijnlijk in zooverre daaraan evenzeer ontleende Rotterdamsche ontwerp. De geheele vraag is nu maar, of ook de officieele wetgever de drie gevallen van dit artikel alle heeft willen opsommen als gevallen van aansprakelijkheid van den reeder voor daden van anderen dan wel of hij zich heeft willen beperken tot de eerste en derde groep, die dit artikel kent.

De parlementaire geschiedenis werpt op deze vraag geen duidelijk licht: CLEVERINGA wijst er terecht op (55), dat de M. v. T. (56) weliswaar art. 321, 2, een toepassing noemt van het aan art. 1403 B. W. ten grondslag liggende beginsel, doch tevens stelt, dat het artikel voorschriften vervangt uit het oude recht, die aansprakelijkheid uit overeenkomst regelden.

Daar ten slotte niet aannemelijk is, dat de reeder niet zou zijn gehouden tot vergoeding van schade, die de kapitein door onvoldoende uitvoering van door of namens den reeder gesloten overeenkomsten veroorzaakt, blijft, wil de leer MOLENGRAAFF-LOEFF juist zijn, slechts over, om aan te nemen, dat deze aansprakelijkheid bestaat buiten art. 321 om. Dan rijst echter de tweede vraag, of dit dan *anders* is met de volgens MOLENGRAAFF en LOEFF wèl in art. 321 geregelde gevallen en, zoo neen, waartoe dan de verschillende behandeling zou dienen.

LOEFF, die zich blijkbaar voldoende gedekt acht door zijn naar mijn meening zeer onvoldoende exegese van het Duitsche recht, gaat op deze vragen niet of nauwelijks in. Wel deed dit

---

(53) T. a. p., Anm. 28 op § 486.
(54) Ibidem, Anm. 21, sub *d*, op § 458.
(55) T. a. p., bl. 101, noot.
(56) Ook MOLENGRAAFF, Kort begrip, I, bl. 75.

MOLENGRAAFF (57), die betoogde, dat ter zake van vertegenwoordiging van den reeder door het varend personeel gelden de gewone burgerrechtelijke voorschriften omtrent vertegenwoordiging door personen, die men in zijn dienst heeft, alsmede ter zake van aansprakelijkheid voor door die ondergeschikten veroorzaakte schade de regeling van art. 1403 B. W. of die neergelegd in een bepaalde overeenkomst. Art. 321, eerste en tweede lid, hebben in dien gedachtengang slechts reden van bestaan, omdat het oude recht de mogelijkheid van persoonlijke aansprakelijkheid van den ondergeschikte openliet. Daarbij komt dan volgens MOLENGRAAFF voor het eerste lid de bijzonderheid, dat de handelende den reeder reeds bindt, wanneer hij handelt binnen den kring zijner bevoegdheid in zijn betrekking, ook als hij niet optreedt in naam van den reeder, voor het tweede lid, dat ook de personen, die *middellijk* in dienst van den reeder staan, dezen kunnen binden.

Den historischen grond voor de lezing-MOLENGRAAFF-LOEFF van art. 321 acht ik gevaarlijk. Een dergelijk argument moet in verloop van tijd noodzakelijk verbleeken en bij doorwerking van deze leer acht ik het gevaar groot, dat een later legistisch geslacht uit art. 321 a contrario zal besluiten, dat de reeder niet wordt gebonden dan door rechtshandelingen en onrechtmatige daden van zijn ondergeschikten. Terecht merkt CLEVERINGA op, dat „de huidige wet niet alleen bestaat bij wijze van reactie tegen oude artikelen en lezingen" (58). Hetzelfde geldt uiteraard ten aanzien van de redeneering van MOLENGRAAFF, dat de uitbreiding door het tweede lid van de aansprakelijkheid tot die voor de gevolgen van de onrechtmatige daden van middellijk in dienst zijnde personen noodig is met het oog op de interpretatie van art. 1403 B. W.

Het gevaar van vervlakking van de inzichten is reeds niet meer theoretisch, het blijkt reeds uit de praktijk, te weten een vonnis, dat de rechtbank van Rotterdam op 8 April 1932 heeft gewezen (W. 12536), of liever uit de wijze, waarop deze uitspraak is gepubliceerd en gecommentarieerd, onder meer door LOEFF, die daarin zijn leer openlijk gehuldigd ziet. Iemand was aan boord van een schip gewond tengevolge van het breken van stag en mast. Een onrechtmatige daad werd den betrokken bootwerkers zelfs niet verweten. De rechtbank wees reeds daarom de vordering uit art. 321 K. af. Het blijkt uit de publicatie niet, of door het toebrengen van de schade inbreuk werd gemaakt op de behoorlijke uitvoering van een overeenkomst tusschen den reeder en den getroffene. M. i. had de rechter dit nadrukkelijk behooren te onderzoeken of de

(57) Ibidem, bl. 72/7.
(58) T. a. p., bl. 97, noot 2 i. f.

uitgever de betrokken overwegingen mede behooren te publiceeren. Was van zoodanige inbreuk geen sprake dan bood in het berechte geval ook de leer-CLEVERINGA geen aanknoopingspunt voor toekenning van schadeloosstelling. In het tegengestelde geval had de rechter, die art. 321 daarvoor niet toepasselijk achtte, bij huldiging van de leer van MOLENGRAAFF-LOEFF, toch met toepassing van art. 48 Rv. behooren te onderzoeken, in hoeverre de bepalingen dier overeenkomst, in verband met de rechtsregelen met betrekking tot vertegenwoordiging, toewijzing der vordering toch nog rechtvaardigden. De neiging, die ik vrees te moeten constateeren, om een dergelijke zaak door de overweging, dat het tweede lid van art. 321 alleen betrekking heeft op *on*rechtmatige daden, onder alle omstandigheden als afgedaan te beschouwen, rechtvaardigt op zichzelf reeds de huldiging van de leer van CLEVERINGA (59).

LOEFF beroept zich in no. 149 nog op de houding van den Nederlandsch-Indischen wetgever, die, om alle geschil af te snijden, in het tweede lid van zijn art. 321 nadrukkelijk spreekt *van onrechtmatige daad*. Deze houding kan voor ons recht ten hoogste de gerechtvaardigdheid van twijfel bewijzen.

Met CLEVERINGA geef ik er dus de voorkeur aan, om art. 321 zoo ruim en veelomvattend te lezen als de tekst slechts toelaat. Daardoor schragen wij juist de praktische resultaten, die ook MOLENGRAAFF nastreefde, doch die hij in m. i. overdreven optimisme voldoende verzekerd achtte door toepassing van de algemeene rechtsbeginselen omtrent vertegenwoordiging van den meester door zijn ondergeschikten.

n. Personen, wier optreden de in art. 321 bedoelde aansprakelijkheid van den reeder medebrengt (nos. 153 en 158—160). De aansprakelijkheid uit het eerste lid van art. 321 geldt voor de handelingen van hen, die „in vasten of tijdelijken dienst van het schip zijn". In het tweede lid is de aansprakelijkheid mede uitgestrekt ten aanzien van hen, „die aan boord . . . . ten behoeve van het schip of van de lading arbeid verrichten". Ook met betrekking tot deze aanduidingen geldt

---

(59) Overigens moet er op worden gewezen, dat in een andere rechterlijke uitspraak wel degelijk art. 321 als van ten deele andere strekking is opgevat dan art. 1403 B. W., immers een onderzoek is bevolen, of onder art. 1403 was te brengen een gestelde, dat niet voldeed aan de vereischten van art. 321 (Rb. Amsterdam, 23 October 1931, W. 12482). De rechtsgrond voor deze uitspraak was een geheel andere dan het hier in den tekst behandelde vraagstuk en ik ga daarop te dezer plaatse dan ook niet dieper in. Zie verder over deze uitspraak hieronder sub *o*.

onder de commentatoren reeds: zooveel hoofden, zooveel zinnen (60).

De betrokken zinsneden zijn waarschijnlijk rechtstreeks afkomstig uit het Rotterdamsche ontwerp-1901, dat in het tweede lid van art. 2 van den tweeden titel onder „bemanning" begreep: „alle personen, die in vasten dienst van het schip zijn, alsmede zij, die, zonder in zulk een vasten dienst te zijn, in dienst van het schip arbeid verrichten, ook de loods, al wordt die krachtens wettelijk voorschrift gebruikt". Deze omschrijving bestreek dus het geheele terrein van het tegenwoordige art. 321. Dat wij bij de uitlegging van dezen tekst uit 1901 voor de interpretatie van het woord „dienst" niet mogen denken aan het begrip „dienstbetrekking" uit art. 1637*a* B. W. is duidelijk. Wel moeten wij daarentegen deze bepaling weder zien tegen den achtergrond van het Duitsche zeerecht, dat in art. 481 bepaalt: „Zur Schiffsbesatzung werden gerechnet der Schiffer, die Schiffsoffiziere, die Schiffsmannschaft sowie alle übrigen auf dem Schiffe angestellten Personen". De Nederlandsche tekst uit 1901 was ruimer dan de letter van den Duitschen en bedoelde dan ook waarschijnlijk zich aan te sluiten bij de extensieve interpretatie daarvan door de Duitsche rechtspraak, die destijds het begrip Schiffsmannschaft, uitbreidde tot: de bemanning van de sleepboot, den loods, den stuwadoor, bepaalde groepen havenarbeiders en dokwerkers (61).

Het ontwerp-1907 hield de uitdrukking „in dienst van het schip" aan. Zij werd in de memorie van toelichting aangeprezen als oplossing van de strijdvraag, of het scheepsvolk in dienst stond van den kapitein of van den reeder. In het tweede lid van art. 322 (nu art. 321) kwam daarbij: „of aan boord daarvan arbeid verrichten". De memorie van toelichting constateerde ten aanzien van het eerste lid, dat het voorschrift daarvan zag op „een ieder, die aan de hem opgedragen werkzaamheden de bevoegdheid ontleent, om voor den reeder te handelen". Van het tweede lid heette het, dat daaronder vielen: „de kapitein zelf, de loods, de stuwadoors en alle andere personen, die worden gebruikt bij het laden en lossen". In hoeverre deze personen ook vielen onder de greep van het eerste lid, werd in het midden gelaten. Ik betwijfel echter, of van den stuwadoor kan worden getuigd, dat hij de bevoegdheid heeft voor den reeder te handelen.

Het ontwerp-1921 had als eenige wezenlijke toevoeging in

---

(60) Loeff, nos. 153 en 158; Molengraaff, Kort begrip, I, bl. 74/6, Leidraad, II (St. B. & Z.), bl. 623/4; Cleveringa, t. a. p., bl. 97, 102; v. d. Dries, t. a. p., nos. 77, 82 en 83.

(61) Schaps, t. a. p., op § 481.

art. 322 (nu art. 321, 2): „ten behoeve van het schip of van de lading".

Met het oog op deze ontwikkeling wil het mij voorkomen, dat ons zeerecht voor het tweede lid de ruime Duitsche praktijk heeft willen overnemen, doch in het eerste lid slechts het oog heeft op dat gedeelte van de scheepsbezetting, dat door den reeder is aangewezen, om hetzij krachtens arbeidsovereenkomst, hetzij tot het verrichten van enkele diensten, ten behoeve van het schip te handelen. Naar mijn gevoelen vallen onder deze groep buiten de bemanning in engeren zin slechts weinige figuren, zooals de loods (62) en de steller van het compas, die niet bij een derde in loondienst is. LOEFF interpreteert daarom m. i. het artikel te ruim (no. 153), door ook melding te maken van den cargadoor. Zoo ook CLEVERINGA, die in dit verband den scheepsagent ten tooneele voert. Dergelijke ondernemers hebben in het economische leven een eigen persoonlijkheid in hun betrekking tot het schip; zij staan niet in „dienst", hoe ruim ook opgevat, daarvan, evenmin als de expediteur in „dienst" staat van de door hem vervoerde, verpakte, ingeklaarde of vermerkte goederen. VAN DEN DRIES, die een werkelijke „dienstbetrekking" eischt, legt daarentegen het artikel te eng uit. MOLENGRAAFF was, als ik het goed zie, van dezelfde meening als hier verdedigd.

In het tweede lid van art. 321 heeft de wetgever dan naar mijn meening met de omschrijving: „hen, die (naast de in het eerste lid bedoelde groep) ten behoeve van het schip of de lading arbeid verrichten" in de eerste plaats uitbreiding bedoeld tot de groep, welke de extensieve Duitsche rechtspraak onder „Schiffsmannschaft" heeft gebracht. Het is in elk geval merkwaardig, dat onze memorie van toelichting vrijwel dezelfde voorbeelden geeft als ik hierboven uit SCHAPS opsomde. Voorts beteekent de in 1921 voor het eerst uitdrukkelijk genoemde „arbeid ten behoeve van de lading" ongetwijfeld een nog verdere uitbreiding. De Duitsche jurisprudentie erkent als lid der Schiffsmannschaft alleen die havenarbeiders, die een schip door middel van een lier aan de kade halen of bevelen van de scheepsofficieren overbrengen aan matrozen, die dit werktuig bedienen (63). Naar analogie zal voor ons recht mede rekening moeten worden gehouden met havenarbeiders, die aan boord werktuigen bedienen, waarmede wordt geladen of gelost.

MOLENGRAAFF leest in de hier besproken woorden een omschrijving van degenen, die slechts *middellijk* in dienst van den reeder aan boord van het schip werken. LOEFF sluit zich

(62) Zie voor den loods ook MOLENGRAAFF, Kort begrip, I, bl. 76.
(63) SCHAPS op § 481, Anm. 12.

in no. 159 bij dit inzicht aan. Ik acht die opvatting te eng. Men behoeft nog niet eens, zooals de commissie van rapporteurs der Eerste Kamer, te denken aan door ladingeigenaren aangestelde experts, om tot deze conclusie te komen. Ook de monteur van een installatie-bureau, die een daardoor aan boord gelegde leiding komt nazien, staat m. i. middellijk noch onmiddellijk in dienst van het schip. Toch kunnen dergelijke personen in de uitoefening hunner werkzaamheden aan boord op allerlei manieren verzuimen de in het maatschappelijk verkeer passende zorgvuldigheid jegens de belangen van anderen in acht te nemen en daardoor, naar den tekst van art 321, 2, den reeder voor daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk doen zijn. De uitvlucht in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer (door Loeff is in no. 159 dit antwoord van de regeering ook vrijwel als zoodanig gesignaleerd), dat de in het voorloopig verslag bedoelde expert dan toch onder het gezag en toezicht van den kapitein staat, vindt m. i. geen steun in art. 341. Veeleer dan met de „middellijkheidsleer" van Molengraaff en Loeff, ben ik het te dezer zake dan ook eens met Cleveringa en Gischler.

Zoo vertoont zich art. 321 ook te dezen aanzien aan ons oog als een oogenschijnlijk niet geheel doordachte en hopeloos onvolledig toegelichte bepaling. Loeff is daarvan wel zóó doordrongen, dat hij in no. 160 blijk geeft het zeer wel te verdedigen te achten, om art. 321 maar niet toe te passen (vermoedelijk bedoelt hij alleen de in art. 321, 2, neergelegde uitbreiding tot anderen dan degenen, die in dienst van het schip zijn), wanneer in afwijking van het regelende recht van ons wetboek de inlader het goed verder dan langszij, te weten in het ruim, brengt en de ontvanger het daar reeds weder in ontvangst neemt. Een zoodanige vrijheid van uitlegging gaat mij echter te ver. Voor zulk een beperking ontbreekt immers elke grond, tenzij men als zoodanig wil aanvaarden, dat de wet beter anders had kunnen luiden!

o. *Derden in den zin van art.* 321, 2, *aan wie schade wordt toegebracht* (no. 161—164). Wij zijn met de bovenstaande vragen nog niet aan het einde van de moeilijkheden, welke het onvoldoende art. 321 reeds thans op den weg van den commentator heeft gelegd. Als men bedenkt, dat de bepaling volgens Molengraaff vrijwel alleen in de wet is gebracht, om oude strijdvragen te beslissen, vraagt men zich af, of wij niet beter daarmede en zonder art. 321 hadden kunnen voortleven.

Met Loeff (no. 161) en Cleveringa (blz. 103) zou ik tegen Rb. Amsterdam 23 October 1931, W. 12482, onder „derden" willen bevatten *allen* buiten den reeder en den veroorzaker der

schade. Dit is echter ook het laatste goede woord, dat ik kan over hebben voor de beschouwingen van LOEFF in de hier behandelde paragrafen. Mede gelet op art. 93 der Ongevallenwet 1921 worden daarin allerlei casus gesteld en uitgesponnen, om waar te maken, dat de benadeelde toch vaak geen vordering op den reeder zal hebben (waarbij het tweede lid van art. 93 O.W. 1921 dan nog is verwaarloosd). Hier slaat de dialecticus zonder praktisch nut op hol. Immers, de vordering, die de benadeelde niet heeft, heeft in elk geval volgens art. 95 van genoemde wet de risico-drager. Wij hebben hier eenvoudig te doen met het algemeene beginsel der subrogatie (art. 284 K.), in een publiekrechtelijke wet nog eens bijzonderlijk vermeld. Waartoe dan al die uitweidingen?

p. Conventioneele beperking van de aansprakelijkheid uit art. 321 (nos. 165—169). Met CLEVERINGA (blz. 109, noot i. f.) acht ik voorloopig een uitdrukkelijke bepaling in de vervoerovereenkomst, waarbij de expediteur den reeder vrijwaart tegen vorderingen van derden, die er toe zouden strekken op hem een zwaardere aansprakelijkheid te laden dan uit de vervoerovereenkomst voortvloeit, veiliger dan vertrouwen op de suggestie van LOEFF (no. 169), dat de expediteur er c. q. ook zonder uitdrukkelijke bepaling voor instaat, dat de eigenaar geen gebruik zal maken van de actie van art. 321, voor zoover die verder gaat dan de actie uit de vervoerovereenkomst. De nog verder gaande gedachte van CLEVERINGA, om hier een stilzwijgende uitzondering op art. 1376 B. W. aan te nemen, acht ik met LOEFF (no. 167) een te groote inbreuk op de hoofdbeginselen van ons verbintenissenrecht, om te kunnen worden aanvaard.

q. Optreden van den kapitein in het buitenland (no. 205): Aan derden, die in het buitenland *te goeder trouw* met den kapitein hebben gehandeld kan diens onbevoegdheid, op grond van het feit, dat de reeder ter plaatse was vertegenwoordigd, niet worden tegengeworpen (art. 360). De memorie van toelichting (blz. 35) stelt, dat degeen, die er zich op beroept te goeder trouw met den kapitein te hebben gehandeld, die goede trouw heeft te bewijzen. MOLENGRAAFF (64) herhaalt deze mededeeling natuurlijk, doch ook CLEVERINGA (65) en VAN DEN DRIES (66) doen dit. LOEFF stelt daartegenover nuchter het voorschrift van art. 2002 B. W.: de goede trouw wordt steeds

(64) Kort begrip, I, bl. 118/9, Leidraad, II (St. B. & Z.), bl. 648.
(65) T. a. p., bl. 192.
(66) T. a. p., no. 140.

voorondersteld, en degene, die zich op kwade trouw beroept, moet dezelve bewijzen.

Is dit beroep terecht gedaan? Art. 2002 staat in de afdeeling over verkrijgende verjaring en bevat, evenals art. 2003, klaarblijkelijk een nadere bepaling over goede trouw in verband met bezit(sverkrijging). Het artikel hangt dan ook nauw samen met art. 589 B. W.: De goede trouw van den bezitter wordt steeds voorondersteld; hij, die kwade trouw beweert, moet dezelve bewijzen.

Geldt deze regel nu algemeen, waar er in het burgerlijk recht maar sprake is van goede trouw? DIEPHUIS was blijkbaar niet van die meening: „de *bezitter* heeft dus een wettelijk vermoeden in zijn voordeel . . . ." (67).

De herkomst van het artikel wijst ook niet op algemeene strekking. Het berust op eenige uitspraken van POTHIER. Het duidelijkst heeft deze zich uitgelaten in § 9 van zijn Traité de la possession: „*Le titre* fait présumer cette bonne foi dans le possesseur, tant qu'on ne justifie pas le contraire" (ik cursiveer). Als complement kan dan gelden § 18: „Au contraire, le vice de mauvaise foi se présume dans une possession dont le possesseur ne rapporte aucun titre". Ten slotte § 36 van het Traité de la Prescription: „Il nous reste à observer, à l'égard de la bonne foi, qu'elle se présume dans le possesseur qui possède en vertu d'un juste titre, tant qu'on n'établit pas le contraire". Nu waren dit van POTHIER zeker geen klassieke opinies (68), maar wat doet dat er toe, als vergelijking met art. 2268 c. c. afdoende uitwijst, dat die bepaling is voortgevloeid uit dezen bijzonderen gedachtengang van POTHIER: wie een geldigen titel heeft, zal daaraan wel eerlijk gekomen zijn, wie dien niet heeft, zal wel wat op zijn kerfstok hebben. Art. 2002 komt dus uit een zeer klein hoekje en nu moge onze wetgever de stof der verkrijgende verjaring weder anders hebben geregeld, door daartoe evenzeer voldoende te verklaren bezit gedurende dertig jaren zonder titel, daardoor is de strekking van het artikel toch zeker niet zoo algemeen geworden, dat men daarop een beroep mag doen voor elk onderdeel van het burgerlijk en handelsrecht.

Een tweede vraag is dan, of het artikel uitdrukking geeft aan een iure civili algemeen rechtsbeginsel. Dit wordt wel gesteld (69), doch deze bewering lijkt mij te boud. Algemeen beginsel op het stuk van bewijsrecht acht ik art. 1902: wie

(67) Het Nederlandsch burgerlijk regt, VI, bl. 454 (Groningen, 1880).

(68) Vg. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1918 (6e dr.), bl. 313, noot 3.

(69) Vg. ASSER-SCHOLTEN, II, bl. 51 en 141 (6e dr.); E. M. M. onder H. R. 27 Mei 1927, N. J., bl. 1293.

beweert eenig recht te hebben, moet het bestaan daarvan bewijzen. Doch il y des accommodements met dezen, trouwens gebrekkig geformuleerden, regel: niemand — en ook dit is een algemeen beginsel — mag voor een probatio diabolica worden gesteld. Van deze stellingen uitgaande staat als klassiek recht (70) vast: wie eens anders kwade trouw stelt, bewijze haar. Daarentegen vermag men gewoonlijk de blankheid van zijn ziel niet aan den rechter te toonen: „Ut enim hoc putet, in animo et opinione eius sola positum est, quod soli Deo, et ei, qui putat, potest esse notum, quantumvis apud alios affirmet, se id putare", zegt zoo aardig de onvolprezen DONEAU (71) en het is volkomen begrijpelijk, dat hij daarop laat volgen: „non exigitur ab eo huius opinionis et bonae fidei suae probatio". Dat, maar ook niet meer, geldt nu nog als algemeen beginsel op dit stuk in ons burgerlijk recht en zoo zal dit blijven, zoolang recht Recht is

Geheel anders ligt de zaak in art. 360 K. Niemand kan hier van den reeder eischen, dat hij de kwade trouw bewijst van degenen, die met den kapitein hebben gehandeld. Dat zou voor hem niet zelden een probatio diabolica beteekenen! Wat hier wordt gesteld is in een havenplaats een notoir feit: het vertegenwoordigd zijn van den reeder ter plaatse. Terecht merkt de memorie van toelichting op, dat derden daarvan kennis kunnen hebben, daarnaar althans gemakkelijk onderzoek kunnen doen en zich daarvan zonder veel moeite kunnen vergewissen. Als nu een derde desondanks, alsof hij van den Prins geen kwaad weet en met volkomen verwaarloozing van de tegenwoordige verhoudingen in het reederijwezen, met voorbijgang aan den agent met den kapitein zaken gaat doen, dan moet hij niet verbaasd zijn als de reeder, wiens vertegenwoordiger is genegeerd, van deze zaak niets af wil weten. Hij moet dan zelf maar bewijzen, dat er in zijn bijzonder geval goede gronden waren voor dat vreemdelingschap in Jeruzalem.

Ik kan daarom LOEFF niet volgen in zijn primo visu verbluffend beroep, tegenover alle andere commentatoren, op art. 2002 B. W. Volledigheidshalve zij opgemerkt, dat ik het beroep van de memorie van toelichting op een Engelschen auteur evenmin klemmend acht. Ons eigen recht geve den doorslag.

r. Grove schuld van den kapitein (nos. 218—221). Volgens art. 342 2, is de kapitein verantwoordelijk voor de schade, welke hij in zijn betrekking door zijn opzet of *grove schuld*

---

(70) D. 22, 3, 18, 1.

(71) H. DONELLUS, Commentarii de Iure Civili, Neurenberg, 1826/30 (6e dr., BÜCHER), IIII, XXIIII, § 9.

aan anderen veroorzaakt. CLEVERINGA (72) denkt in dit verband aan gedragingen, die in laakbaarheid nauwelijks onderdoen voor opzet. LOEFF wil minder ver gaan: in no. 219 geeft hij te kennen grove schuld aanwezig te achten als een redelijk reeder door de betrokken feiten in zijn vertrouwen in den kapitein, ook wat de toekomst betreft, wordt geschokt. Ik acht deze omschrijving principieel onjuist, omdat de verhouding reeder-kapitein hier niet beslissend is. Het gaat m. i. om de vraag, welke handelingen den kapitein zoozeer persoonlijk verweten kunnen worden, dat hij naast den reeder persoonlijk kan worden aangesproken door dengeen, die schade lijdt. Nagegaan moet dus worden, wanneer het gebrek aan zorg zoo ernstig moet worden geacht, dat de benadeelde in den gezagvoerder niet slechts een falend orgaan der aansprakelijke onderneming behoeft te zien, doch ook een persoonlijk benadeelend en dus persoonlijk aansprakelijk mensch. Ik begrijp nu niet, waarom onze zeerechtschrijvers in dit verband de klaarblijkelijke identiteit verwaarloozen tusschen de „grove schuld" uit ons recht en „culpa lata" uit het Romeinsche recht (73) „Lata culpa", zoo definieerde ULPIANUS (74), „est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt". LOEFF gaat daarom m. i. niet ver genoeg, als hij concludeert, dat fouten, die een ieder kunnen overkomen, buiten het begrip vallen. Binnen het begrip vallen slechts fouten, die niemand behooren te overkomen. Deze positieve omschrijving sluit niet geheel aan bij de negatieve van LOEFF, welke te spoedig tot het aannemen van grove schuld kan leiden. Ik zou het Latijn van ULPIANUS in kernachtig Hollandsch willen vertalen door grove schuld aan te nemen bij iemand, die, àls hij 't er om gedaan had, niet anders zou zijn opgetreden (75).

s. Niet-aansprakelijkheid van den reeder bij nalatigheid van den kapitein tot hulpverleening bij gevaar (no. 223). Nu ook in den nieuwsten druk van de Leidraad (76) de door de

---

(72) T. a. p., bl. 170.

(73) Vg. MEIJERS, Arbeidsovereenkomst, Haarlem, 1924 (3e dr.), op art. 1638 *x* B. W.

(74) D. 50, 16, 213, 2.

(75) OFFERHAUS trekt in W. P. N. R. 3032 een parallel met het strafrechtelijk begrip dolus eventualis. Z. i. is de grove schuld uit ons artikel ruimer. Ik ben van dezelfde meening. Als een kapitein zóó manoeuvreert, dat iedereen bij behoorlijk nadenken had moeten zien, dat een aanvaring het gevolg zal worden, heeft hij aan dat ongeval grove schuld. Dolus eventualis is eerst dan aanwezig, als hij bovendien denkt: en als het niet gaat, dan kan het mij nog niet schelen.

(76) II (St. B. & Z.), bl. 639.

memorie van toelichting (blz. 34) en het Kort begrip (I, blz. 108) gestelde overbodigheid van art. 358*a*, 3, weder naar voren is gebracht, wil ik niet nalaten mijn instemming te betuigen met het standpunt van LOEFF en CLEVERINGA (blz. 110), dat dit voorschrift allerminst overbodig is. Ik zie daarin wel degelijk een uitzondering op art. 321: onthouding van hulpverleening kan immers het karakter dragen van een onrechtmatige daad jegens de betrokkenen.

Behoeft het boek van LOEFF na het voorafgaande nog een krans? Een werk, waaruit enkele grepen reeds zooveel belangwekkende vraagstukken naar boven brengen, vraagstukken, welke de schrijver heeft behandeld met een ernst en scherpzinnigheid, die hem sieren, is kennisneming ten volle waard. Uiteraard bevat het werk nog veel en veel meer dan hier is besproken. Het zij den referent, die door den aard van zijn taak in de voorafgaande bladzijden den nadruk moest leggen op wat hem van den auteur scheidt, ten slotte veroorloofd te getuigen, dat hij van de bestudeering van dit boek heeft genoten en gaarne uiting geeft aan de hoop, dat de volgende stukken op hetzelfde hooge peil zullen staan.

Mr. W. F. LICHTENAUER

Mr. Dr. B. J. F. STEINMETZ, *De Indische Vennootschapsbelasting* (*Ordonnantie op de Vennootschapsbelasting* 1925), — Haarlem, H. D. Tjeenk Willink en Zoon N. V., 1933.

Dit eerste systematisch werk over Ned.-Indisch Belastingrecht, dat een groot deel der algemeene theorie bestrijkt, vereischt afzonderlijke vermelding. Tot nog toe was men daarvoor grootendeels op de Nederlandsche werken aangewezen en had men voor de eigenlijke Ned.-Indische belastingwetten — voor zoover zij anders zijn geredigeerd dan de onze, wat slechts ten deele het geval is — zelf zijn weg te zoeken. Dit behoeft bij een goed onderlegd corps niet zoo bezwaarlijk te zijn; het kan zich in den Ned.-Indischen wetstekst zelf wel oriënteeren en de jonge generatie van het corps hoogere belastingambtenaren in Nederlandsch Indië verkeert in die gunstige positie. De surnumerairs hebben alle een volledige juridische opleiding genoten en volgen daarna, gelijk met de eerste praktijk, een cursus in belastingrecht.

Op den duur moet echter het ontbreken van meer plaatselijk (landelijk) georiënteerde standaardwerken den duur der studie verlengen en het onderricht bemoeilijken.

Het is daarom zeer toe te juichen, dat een werk als dit, leidraad meteen voor theorie en praktijk, verschijnt.

STEINMETZ is immers van alle markten thuis; een jurist en notaris die privaat-docent in belastingrecht was aan de Amsterdamsche Universiteit en docent aan den Cursus voor Nederlandsch-Indische surnumerairs, en ook eenigen tijd in den Nederlandschen belastingdienst practisch is werkzaam geweest, is het zeker wel toevertrouwd, al heeft hij dan den *Nederlandsch-Indischen* dienst *niet* in de praktijk meegemaakt, om hier baanbrekend werk te verrichten.

Doch ook om andere redenen kan van Mr. STEINMETZ niet dan belangwekkend werk worden verwacht.

Wie hem in debat en gesprek heeft gehoord, weet, dat hij belangrijke punten niet alleen belangwekkend kan voordragen, doch tevens dat hij zijn helder en scherp betoog kruidt met geest, vernuft en sarcasme. Die eigenschappen komen ook hier naar voren, al heeft de auteur zich nu eenige beperking opgelegd, beperking die noodzakelijk is, omdat het hier niet gaat om een uitstalling van oratorische vaardigheid, doch om het weergeven van de daadzaken en conclusies waarover het gaat. Dat ook in dit boek de maat soms hier en daar nog even schijnt te zijn overschreden, zij hem gaarne vergeven, omdat het boek als geheel aldus een zeldzaam levendig karakter verkrijgt en de aandacht van den student — want het is als hand- èn leerboek bedoeld — vasthoudt. Menig „interessant" kopje zal hem hetgeen in het lichaam daarvan is betoogd, beter in de herinnering doen blijven. En een enkele uitzondering daargelaten heeft de schrijver (met uiterste zelfbeheersching veronderstel ik!) vermeden „les défauts de ses qualités" (1).

Een algemeen geschiedkundige en critische inleiding opent de reeks hoofdstukken over: belastingplicht, de nationale en internationale zijde van de Indische vennootschapsbelasting, het begrip winst; boekhouding, aangifte, geheimhouding; aanslag, voorloopige aanslag en navordering; bezwaren tegen den aanslag en beroep; invordering; Strafrecht der Vennootschapbelasting. Een aantal uitvoerige registers sluiten het werk af.

Deze wijze van bewerking heeft reeds aanstonds ten ge-

---

(1) Uitdrukkingen als: een meer ingaande bespreking" (p. 199) had een taal-artist als de auteur m. i. kunnen vermijden.

volge, dat op principieele punten het volle licht schijnt, dat in casuïstiek niet te zeer wordt afgedaald en dat ook algemeene leerstukken van belastingrecht, alvorens te worden toegepast op de Indische Vennootschapsbelasting, principieel worden behandeld. Het boek biedt daardoor meteen *meer* dan de titel aangeeft; het zal voor velen tegelijkertijd wezen — bij het ontbreken van een zoodanig werk speciaal aangepast aan het *Nederlandsch Indisch* belastingrecht — een *inleiding* tot dat recht.

Naar voren wordt gebracht wat beter inzicht geeft in de Nederlandsch-Indische belastingwetgeving zelve, terwijl kritiek en commentaar op de algemeene theoretische uiteenzetting volgen.

Doch niet alleen meer algemeene literatuur heeft de aandacht van den schrijver gehad, ook andere Nederlandsche, meer specialistische werken, en ook *buitenlandsche*; de Nederlandsche jurisprudentie wordt niet alleen van commentaar voorzien, doch de lezer vindt in noten aangegeven, waar hij over een onderwerp méér vinden kan. Hij die het uitgesproken oordeel wil toetsen, vindt hier een schatkamer en een arsenaal. De schrijver moge dan in het *Voorbericht* vermelden, dat bij de vermelding van literatuur niet naar volledigheid is gestreefd, een *juiste* keuze, zoo ter oriënteering als voor polemische doeleinden, is door hem in het algemeen zeer zeker gegeven (2). Een mij (en vrijwel allen lezers, veronderstel ik) geheel onbekende bron, het „Ontwerp Segers", vóórontwerp van de Ordonnantie Inkomstenbelasting 1908, door den schrijver te Batavia bestudeerd, is aangeboord — het schijnt hier te lande, zegt de auteur (p. 91), spoorloos verdwenen!

Het is jammer, dat STEINMETZ aan het recente debat over de couponbelasting (in de Ver. v. BelwetZ: de praeadviezen EMMEN RIEDEL en TEKENBROEK) niet heeft deelgenomen, omdat hij, nu het stelsel van Treub-Sinninghe Damsté wel niet geheel, maar dan toch ten deele is en staat-te-worden aangevuld door coupon- en doode handbelasting, gelegenheid zou hebben gehad zijn eigen systeem daartegenover te stellen, te meer nu een nog hangend crisis-inkomstenbelasting-ontwerp, hem mede gelegenheid bood, BORDEWIJK, die conjunctuurbelastingen onsociaal acht, nader te bestrijden.

Ik heb de betrekkelijke bladzijden met genoegen gelezen;

---

(2) Op p. 95/96 had de studie van den heer AS. VOLKMAARS over artt. 10 en 99 Wet Ink.Bel. in W. D. I. A. 2830 vlg. zeker melding verdiend; op p. 133/34 de blijkens een vorig werk des auteurs in dit weekblad opgenomen rede van TREUB over uitdeelings- of winstbelasting.

en — al zijn zij daarvoor niet neergeschreven — ik vind er meerdere argumenten voor mijn meening, dat een belastingstelsel op haar juistheid alleen op een bepaalden tijd en op een bepaalde plaats, naar de mérites van het oogenblik, kan worden getoetst, niets meer en niets minder.

Op p. 277 wordt vermeld, dat volgens den Hoofdinspecteur „in een beschikking, die *niet* klassiek zal worden wegens haar logica", uitgaven voor belastingadviezen niet in aftrek mogen worden gebracht. Ik ken de betrekkelijke beslissing (1 Nov. 1930, V. v. B. 572) niet, doch acht een desbetreffende *Nederlandsche* beslissing (H. R. 8 Juni 1927, B. 4070) zonder bedenking.

Bij de bespreking der billijkheidsordonnantie is schrijvers — ook elders telkens vermeld — uitgangspunt, dat fiscale bepalingen (die in 't nadeel van den belastingplichtige zijn) zijn strictissimae interpretationis. Hij heeft mij hier niet kunnen overtuigen. Er is evenmin aanleiding voor een in dubio pro fisco als voor een in dubio contra fiscum. Ik vereenig mij zeer met hetgeen SINNINGHE DAMSTÉ daarover in zijn „Inleiding" schreef en zou verder nog willen verwijzen naar een opstel van Obermagistratsrat SCHWANDT (Das fiskalische Prinzip bei Anwendung der Steuergesetze) in de Deutsche Juristenzeitung van Juni 1932 (3).

Anderzijds zal het niemand bevreemden, dat de zelfstandige wijze van beoordeeling van een materie, den auteur eigen, ook hierin tot uiting zal komen, dat eigen zienswijze op verschillende punten afwijkt van de algemeen gangbare en dat wellicht de Ned.-Ind. belasting*praktijk* met voorbeelden kan duidelijk maken, dat zijn beschouwingswijze hier en daar faalt.

Belangwekkend is nog steeds de vraag, in hoever de vennootschapsbelasting als onderdeel van het huidig belastingstelsel te rechtvaardigen is. Met die vraag heeft STEINMETZ zich — met anderen — reeds jaren beziggehouden. Het behoeft derhalve niet te verwonderen, dat aan deze vraag ook hier interessante beschouwingen zijn gewijd; de „historie" daarvan eindigt (p. 162) met SINNINGHE DAMSTÉ's conclusie: „de onbillijkheid der dividendbelasting schuilt niet daarin, „dat de aandeelhouder dubbel wordt getroffen" (*elke* belastingplichtige wordt toch, om diverse redenen, in verschillende belastingen dubbel, ja vele malen, getroffen. v. D. P.), „maar wèl in de omstandigheid, dat zij op zich zelve staat,

---

(3) Nader nog, en zeer gemotiveerd, Prof. TELDERS in W. P. N. R. 3361, p. 227.

„en niet door een belasting op verder effectenbezit wordt „aangevuld," . . . . „men moet zich niet beklagen over de onderdeelen" (van het door TREUB gedroomde stelsel van zakelijke belastingen) „die er thans reeds zijn, maar wel over hetgeen er ontbreekt". De aanval komt daarna! Het bewijs, dat door zulk een „sluitend" stelsel, ter aanvulling van de (persoonlijke) inkomstenbelasting de draagkrachtgedachte het zuiverst zou kunnen worden weergegeven is, zegt hij, niet geleverd. Achtereenvolgens onderwerpt hij daartoe het wezen der belastingen, de leer der juridische constructie en der rechtsbescherming, het bereikbare met bestemmingsheffingen en de „gemoderniseerde vergoedingstheorie van Prof. VAN GIJN" aan kritiek en de conclusie luidt, dat de Staat een factor is in het productieproces; het verschil tusschen dezen en *andere* productiefactoren is alleen, dat de Staat (dwang-)-belastingen heft en *niet* door vrijwillige ruilhandelingen aan de productie deelneemt; niet *ruil* maar *rechts*gedachte beheerscht de belastingwetgeving. De verdediging der „dubbele" belastingheffing op vennootschappen is slechts *daarin* te vinden, dat alleen door veelheid van belastingen met *andere* overwegingen dan de draagkrachtleer kan worden rekening gehouden; draagkrachtleer is niet het eenige richtsnoer voor billijke en juiste belastingheffing; het ontzien van de belangen der kapitaalvorming en de wensch om de z.g. conjunctuurwinsten zwaarder te treffen tellen mee; het ideaal is — den laatsten tijd meer gehoord geluid — een algemeene verteringsbelasting en een sluitend systeem van deels progressieve, deels proportioneele opbrengst-belastingen.

De vraag *proportioneele* of *progressieve winstbelasting* van vennootschappen is voor STEINMETZ geen vraag; zijn voorliefde voor de progressieve heffing is bekend.

Voor een leerboek heeft het boek (afgescheiden van het feit, dat een student steeds verstandig zal doen er een tekstwetje naast te leggen en dit na elk hoofdstuk nog eens weer geheel door te lezen) dit bezwaar, dat men hen die nog midden in de worsteling zitten niet noodeloos moet laten opereeren met begrippen die afwijken van de gangbare. Zoo zou ik zijn beschouwing over „belastingplicht" (waarbij o. a. ook te pas komt, dat hij de onderscheiding subjectieve en objectieve belastingplicht, welke na SINNINGHE DAMSTÉ's Inkomstenbelasting burgerrecht heeft verkregen, verwerpt) liever in een tijdschriftartikel dan in dit leerboek genieten en ietwat gekunstelde beschouwingen over quasi-winst als in Hoofdstuk IV komen, met liefde willen missen.

Doch daartegenover staan tal van systematisceh en prin-

cipieele paragrafen, welke in elk goed boek over belastingrecht een eereplaats zouden kunnen innemen.

Het befaamde *„winstsplitsingsvraagstuk"* zal, niettegenstaande volkenbondsrapporten, die het vraagstuk algemeen, en Nederlandsche commissies en boeken, die het voor Ned.-Indië en het moederland bezien, wel nimmer tot een allen bevredigende oplossing worden gebracht, omdat men niet tweemaal hetzelfde ei kan uithalen en beide partijen dit in zoo'n geval eigenlijk wel zouden willen. Dat STEINMETZ het probleem met den noodigen humor en sarcasme, maar grondig, bekijkt zal niemand die zijn vorige geschriften las verwonderen. De uitvoerigheid waarmee dergelijke vragen worden bezien — en wellicht is het mede een gevolg van de systematische behandeling, die niet tot het volgen der wetsletter noopt — veroorzaakt echter, dat meer op „leer" dan op „uitvoering" de nadruk wordt gelegd. Indien de schrijver elk hoofdstuk had laten aanvangen met een kort overzicht van den gang van zaken wat betreft dat onderdeel, aan de hand der wet, hij zou het den lezer gemakkelijker hebben gemaakt niet alleen, doch mogelijk zèlf winst daarvan hebben gehad, doordat een andere rangschikking hem dan wellicht wenschelijker ware voorgekomen. Een systematische behandeling behoeft er niet per sé op te zijn gericht, de wetsstructuur uit elkaar te halen en de onderwerpen anders te groepeeren!

Die uitvoerigheid op sommige punten leidt er ook toe, dat andere punten slechts oppervlakkig worden bezien.

Aan het z.g.n. Bankgeheim (een onderwerp toch, dat geenszins van belang is ontbloot) worden slechts enkele regels gewijd, zonder dat echter mijns inziens de kern van het probleem wordt geraakt. Het is twijfelachtig, zegt hij (p. 333), of onder art. 322 Ind. Sr. ([art. 272 Ned. Sr.] valt de bankier, „of m. a. w. het z.g. bankgeheim door de wet „wordt beschermd. De rechtbank te 's-Gravenhage heeft uit„gemaakt van niet. BLOK-BESIER denken er anders over, m. i. „terecht ,omdat met de in de praktijk heerschende opvatting „rekening moet worden gehouden". Doch daar gaat het niet om. Het is eigenaardig, dat, ook in de Kamers, dit vraagstuk jaar in jaar uit uit dezen gezichtshoek wordt bezien.

In de N. V., 11de jg., p. 101, heb ik getracht te analiseeren, wat men eigenlijk heeft te verstaan onder het „bankgeheim", als men daarover spreekt ten aanzien van den *fiscus*.

Bankgeheim t. a. v. *eigen* aangifte is nergens geregeld en nergens erkend en wat het verstrekken van gegevens *over derden* betreft, dit kan men niet afwijzen met een beroep op artt. 1946 B. W., 218 Sv. of 272 Sr., doch alleen met een beroep op de *fiscale* wet. Alleen omdat, ook blijkens de juris-

prudentie en de opvatting van den Minister, het inzagerecht van art. 70 Ink.Bel. e. t. q. slechts inhoudt contrôle der *eigen* aangifte, is het z.g.n. bankgeheim — *dat is in deze beteekenis het verbod aan den fiscus om bij contrôle der bankboeken voor haar eigen aangifte, de daarin voorkomende gegevens te gebruiken voor de contrôle der aangiften van derden* — veilig! Het al of niet doen voortbestaan daarvan is er zuiver een van *utiliteit.*

Redenen van fiscalen aard pleiten ongetwijfeld voor opheffing; redenen van anderen aard doen het twijfelachtig schijnen alsof de eerste den doorslag wel mogen geven.

Het slothoofdstuk behandelt het strafrecht der vennootschapsbelasting.

Wat het algemeen begrip „fiscaal strafrecht" en de toepassing der algemeene leerstukken van het strafrecht betreft is schrijver niet alleen onvolledig, doch evenmin op de hoogte van zijn tijd. Als SEGERS' meening wordt een artikel uit het T. v. Sr. van 1894 geciteerd, dat de toepasselijkheid van de „algemeene leerstukken" op het destijds (dus nu nog) geldende fiscale strafrecht betwist. SEGERS' latere meening (zie b.v. Themis 1925, 2 en 1928, 2) was een geheel andere en zelfs — merkwaardig genoeg — als ik wèl zie, gaat het commuun strafrecht een draai nemen naar een deel der veroordeelde fiscale afwijkingen toe! Het belang van den Staat, van de gemeenschap, komt meer op den voorgrond; de belangstelling in den dader wijkt voor die in de daad.

Wat betreft het op p. 418 aangevoerde, zou ik willen verwijzen naar mijn artikelen in de N. V., IVde jg., p. 332 en VIde jg., p. 73 vlg. Doch ook daarmee is dit onderwerp niet volledig bezien. Reeds in een vorige bespreking wees ik op het kantelen der tijden; een strafbaarheid der vennootschap zelf zal zonder twijfel te eeniger tijd hier of elders opnieuw onder oogen worden gezien.

Intusschen — uit al het vorenstaande blijkt, dat dit werk is belangwekkende lectuur. STEINMETZ heeft, door het schrijven ervan, de belastingwetenschap en het Nederl.-Indische belastingrecht in het bijzonder, opnieuw aan zich verplicht.

VAN DER POEL

Mr. J. P. A. François, *Handboek van het Volkenrecht*, 2 dln. — Zwolle, N. V. Uitgevers-Maatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, 1931/1933.

Het omvangrijke boek, dat Prof. François voor de bekende serie Publiek- en Privaatrecht geschreven heeft, is een buitengewoon belangrijke aanwinst voor onze rechtsgeleerde litteratuur. Niet alleen bestond er in onze taal, sinds de Louter's Stellig Volkenrecht als geheel verouderd moest worden beschouwd, geen bruikbaar boek meer over een tak van het recht, die in de laatste twee decenniën zooveel sterker dan vroeger de aandacht heeft gevraagd en was dus de samenstelling van een handboek over volkenrecht op zichzelf reeds de voorziening in een pijnlijk gevoelde leemte, maar de schrijver heeft bovendien zijn taak verricht op een wijze, die groote bewondering afdwingt, daartoe in staat gesteld door zijn uitgebreide kennis ook van de allernieuwste binnen- en buitenlandsche litteratuur en door zijn praktische ervaring als hoofdambtenaar aan ons departement van buitenlandsche zaken en gedelegeerde naar de Volkenbondsstad. Zijn boek is zoodoende veel meer geworden dan een systematische bewerking van volkenrechtsteksten; het toont ons bovendien wat de praktijk in de verschillende landen daarvan maakt, het doet ons in het bijzonder de Nederlandsche praktijk kennen en het behoeft nauwelijks betoog, van hoe groote waarde het is daaromtrent gedurig de voorlichting van een zoo betrouwbaren gids te ontvangen.

Nu ik het werk van Prof. François sedert eenigen tijd geregeld gebruik, is mijn waardeering daarvoor voortdurend toegenomen. Ik moet ronduit bekennen, dat het eerste deel mij bij eerste oppervlakkige kennisneming minder aantrok. De beschouwingen over het karakter van het internationale recht, waarmede het opent, acht ik ook nu nog het minst sterke deel van het geheele boek. Want waarom, zoo zou ik willen vragen, als men de staatsorde als een onderdeel van de volkenrechtsorde wil zien — een beschouwingswijze, waarvoor ongetwijfeld te zeggen valt — moet daarop onmiddellijk volgen (blz. 19) dat de grondwetgever geen eigen, originaire, maar een afgeleide, gedelegeerde bevoegdheid heeft, dat hij zijn gezag aan de volkenrechtsorde ontleent (1)? Dit is m. i. volstrekt geen logische gevolgtrekking, evenmin als het feit,

(1) Zie ook I, blz. 82: «Wil een staat aanwezig zijn, dan moet er zijn een rechtsgemeenschap, die een drieledige competentie, van persoonlijken, zakelijken en territorialen aard, rechtstreeks aan de volkenrechtsorde ontleent».

dat de gemeentelijke ordening onderdeel is van de staatsorde, zou behoeven uit te sluiten, dat de gemeenten originaire, in de grondwet van den staat erkende, niet toegekende, bevoegdheid bezitten, en daarom ware op dit belangrijke punt een nadere adstructie noodig geweest. Ook het gevolgde systeem was mij niet dadelijk gemeenzaam en de inlassching van Hoofdstuk V over het regelend recht der verdragen met zijn zeer in details afdalende beschrijving van den inhoud van het tractatenrecht scheen mij in een handboek, dat nog tal van fundamenteele onderwerpen onbesproken liet, minder verantwoord. Na de verschijning van het tweede deel is het veel duidelijker geworden, hoe vrijwel alles toch zijn redelijke plaats ontvangt en al is de totale omvang van het boek — ruim 1300 bladzijden — voor een handboek, dat toch in de eerste plaats als studieboek bestemd zal zijn, wellicht wat groot geworden, terwijl herhalingen niet altijd vermeden zijn kunnen worden, ik kan niet anders dan verklaren, dat men na kort gebruik in het werk gemakkelijk thuis is en dat het dan door zijn grooten rijkdom van gegevens en zijn nauwkeurigheid onschatbare diensten bewijst.

Over het gevolgde systeem moge in deze aankondiging, die zich voor een bespreking van speciale punten minder leent, nog iets worden gezegd. Na het reeds genoemde inleidende hoofdstuk komen capita over rechtsgebied (land, water, lucht) en rechtssubjecten. In dit laatste wordt eerst de souvereine staat beschouwd, waarbij uiteraard ook onderwerpen als de permanente onzijdigheid, de erkenning van een staat en de statenopvolging ter sprake komen. Dan komt een titel over de statenverbindingen, die schr. in verbindingen op voet van ongelijkheid (protectoraten, koloniën, mandaten) en verbindingen op voet van gelijkheid verdeelt, en vervolgens een afzonderlijke titel over den Volkenbond, waarvan hier alleen de organisatie beschreven wordt. Na een paar korte titels over regionale statengroepeeringen en den Heiligen Stoel volgt dan een uitvoerige beschouwing over „het individu", waarin, naast de kwestie van de rechtssubjectiviteit van het individu, aan de nationaliteit en aan het rechtsgezag van den staat over vreemdelingen een plaats is gegeven. Titels over rechtspersonen, schepen en luchtvaartuigen voltooien dit uitvoerige hoofdstuk. Hetgeen verder volgt (2) is gebaseerd op het schema eener verbeterde triasleer: in het eerste deel nog een hoofdstuk over de rechtsvorming en, min of meer als interludium, het boven reeds vermelde hoofdstuk over het

(2) Behoudens, geheel aan het eind, een hoofdstuk van enkele bladzijden over de staatsaansprakelijkheid, die misschien ook wel bij de behandeling van den staat een plaats hadden kunnen vinden.

regelend recht der verdragen; daarna in het tweede deel hoofdstukken over bestuur, rechtspraak en rechtshandhaving (waaronder het geheele oorlogs- en neutraliteitsrecht is gerangschikt).

Dit systeem lijkt mij zeer plausibel, al verwondert de keuze eenigszins bij een auteur, die tusschen wetgeving en bestuur en tusschen bestuur en rechtspraak geen scherpe scheiding ziet (I, blz. 25; II, blz. 1). Bestuur, zegt hij, omvat veelal ook het geven van algemeene voorschriften voor lagere gemeenschappen of individuen, en is dan niet anders dan wetgeving van lagere orde. Blijkbaar gebruikt hij in dezen gedachtengang een formeel criterium en dan is inderdaad van een scherpe materieele scheiding geen sprake, maar waarom onder wetgeving of rechtsvorming niet *elk* geven van *algemeene* voorschriften, in tegenstelling tot individueele beschikkingen, gebracht, zooals de wetenschap, op het voetspoor van Duguit, toch meer en meer is gaan doen? Ten slotte komt het er op aan, op welke wijze men de voor de wetenschap best bruikbare begrippen krijgt en dan zijn omschrijvingen, die voldoend scherpe afscheidingen toelaten, m. i. te verkiezen boven degene, waarvan men vooruit verklaren moet, dat zij in elkaar overgaan, vooral — ik herhaal het nog eens — als men op de onderscheiding zijn wetenschappelijk indeelingsschema bouwt. Laat mij er echter bijvoegen, dat ik in de toepassing geen ernstig bezwaar, voortvloeiend uit schrijvers standpunt, heb ontdekt.

Wel heeft het systeem soms geleid tot moeilijkheden bij het onderbrengen van bepaalde materies, die mij niet geheel bevredigend schijnen opgelost. Zoo is alles wat te zeggen viel over de Internationale Arbeidsorganisatie gebracht in het hoofdstuk rechtsvorming, terwijl van den Volkenbond de organisatie zelf onder de rechtssubjecten en de functies onder de volgende hoofdstukken zijn behandeld. Nu is weliswaar de Internationale Arbeidsorganisatie geen rechtssubject maar had zij toch niet in dit hoofdstuk als een soort appendix van den Volkenbond een plaats kunnen krijgen? Verder is het hoofdstuk over het bestuur wel zeer overwegend geworden een beschrijving van organen, nationale en internationale, die voor een groot deel reeds als inhoud van tractatenrecht waren behandeld, zoodat hier dan met verwijzingen moest worden volstaan. Hier hadden m. i. de financiën van den Volkenbond het best besproken kunnen worden, terwijl ik het evenwicht het liefst had aangebracht gezien door er ook de geheele rechtshandhaving onderdak te geven, aangezien toch tusschen bestuur en rechtshandhaving een scherpe scheiding moeilijk te maken schijnt.

Gedeelten van het boek, die mij bijzonder geslaagd voor-

komen, zijn die over de exterritorialiteit (I, blz. 239—282), over verdragen (I, blz. 319—350) en over de arbitrage (II, blz. 186—250), terwijl over de niet- of semi-officieele organisaties (II, blz. 71—78) ook een aantal nuttige gegevens zijn bijeengebracht. Wat te kort in het kader van het geheel schijnt mij de behandeling van de uit algemeene rechtsbeginselen voortvloeiende rechtsregels, het ongeschreven volkenrecht dus, dat niet door gewoonte wordt aan den dag gebracht. Hier zou men verwacht hebben den gedachtengang, waarin schr. indertijd het rechtsregime van den duikboot *ook voor het heden* op zoo overtuigende wijze ontwikkelde, in breeder verband weer opgenomen te zien, maar juist hier heeft hij groote soberheid betracht. Bij zooveel reden tot erkentelijkheid kan dit echter nauwelijks een aanmerking heeten en ik eindig dan ook met den schrijver geluk te wenschen met de voltooiïng van een werk, dat voortaan onder onze vaklitteratuur een allereerste plaats innemen zal.

v. d. P.

Mr. Dr. H. Westra, *De Nederlandsch-Indische staatsregeling*, tweede geheel omgewerkte en vermeerderde druk. — 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1934.

Naast het bekende werk van Kleintjes, in zijn laatste uitgave meer dan duizend bladzijden groot, bestaat ongetwijfeld behoefte aan een beknopter boek over Ned-Indisch staatsrecht, dat degenen, die dit staatsrecht grondig willen bestudeeren, aan een voorloopige oriëntatie helpt en allen overigen juristen de gelegenheid biedt zich althans van de grondslagen daarvan op de hoogte te stellen.

Nederburgh's doorgetrokken hoofdlijnen, van 1927, kunnen, wegens het polemisch karakter van dit werk en de door den auteur trouwens uitdrukkelijk erkende systematische onvolledigheid, aan deze behoefte niet geheel voldoen. Evenmin het werk van Slingenberg, dat vooral met het oog op bepaalde deelen van het administratief recht geschreven werd en waarvan trouwens, als ik mij niet bedrieg, na 1923 geen nieuwe druk is verschenen. Het verlangen gaat uit naar een samenvatting van het in hoofdzaak in de Indische staatsregeling neergelegde recht met zooveel mogelijk onpartijdige blootlegging van de controversen en met verwijzingen naar de talrijke, meest als proefschrift verschenen monografieën.

Het bovenvermelde werk voldoet hieraan in verschillende opzichten. Het heeft den gewenschten omvang van ± 250 bladzijden. Het bezit een indeeling in acht, elk weer onderverdeelde hoofdstukken, die heel wat overzichtelijker is dan de drieledige van de eerste uitgave. Toen was een hoofdstuk gewijd aan het grondgebied, een tweede aan de inwoners en de geheele rest onder den titel „de gezagsorganisatie" samengebracht; thans volgen afzonderlijke hoofdstukken over de grondrechten, de centrale regeering (hier: bestuur en wetgeving), bijzondere onderwerpen van centrale regeeringszorg, de lagere rechtsgemeenschappen en de justitie. En eindelijk valt hoegenaamd geen aanmerking te maken op de objectiviteit van den schrijver, hetzij bij het weergeven van meeningsverschillen, hetzij bij het citeeren, ook al wordt, wat dit laatste betreft, voor een kleine Utrechtsche dissertatie uit den allerlaatsten tijd wel wat meer aandacht gevraagd dan gemotiveerd schijnt.

Verbazend jammer is echter, dat de taal van het boek zoo uiterst weinig verzorgd is. Niet alleen schijnt de auteur voor de buigings-n zich van geen enkel systeem iets aan te trekken, maar bovendien stuit men telkens op slordige en wonderlijke (3) zinsconstructies, die overal en in het bijzonder ook in een studieboek misstaan.

En tot mijn leedwezen moet ik hieraan toevoegen, dat de slordigheid zich niet overal tot het taalgebruik beperkt. Ik verwijs bijv. naar de omschrijving van de overgangsbepaling der wet van 1892 op blz. 26. Op blz. 63 wordt ingestemd met VLAK, als deze zegt, dat bij verschil van meening tusschen gouverneur-generaal en minister van koloniën de eerste de uitspraak van den Koning niet zal kunnen inroepen, en verklaart Prof. WESTRA zich op dien grond tegen VAN VOLLENHOVEN's oordeel, dat zulks den minister niet afsplitsen zou van de persoon des Konings, maar een scheiding zou maken tusschen den minister alleen aan den eenen kant, den constitutioneelen Koning aan den anderen kant. Hij laat daarop volgen: „Ik acht de constructie constitutioneel Koning zonder minister in strijd met het staatsrecht. Een beroep hierop, dat er naast ministerieele ook koninklijke besluiten bestaan, acht ik niet opgaan, waar deze wijze van handelen is ingegeven om de Koningin niet met allerlei minder belangrijke administratieve beslissingen lastig te vallen, vooral nu de Kamer(s) meer en meer zaken aan de Kroon ter regeling laten. Het is m. i. geen nieuwe figuur, die trouwens in ons staatsrechtstelsel niet in te passen zou zijn". Hoe moet dit citaat nu

(3) Blz. 82, noot 2 wekt bijv. herinnering aan het bekende «hier zet men koffie en over».

begrepen worden? Wat in den eersten zin staat, onkent niemand, maar slaat niet terug op VAN VOLLENHOVEN's uitspraak. De tweede zin noemt een verklaring voor het naast elkaar bestaan van ministerieele en koninklijke besluiten, die aan het feit dier tweevoudigheid niets toe- of afdoet. De derde noemt iets geen nieuwe figuur en dat iets kan in verband met het voorafgaande slechts zijn het beroep van een ministerieele beslissing bij den (constitutioneelen) Koning. Inderdaad komt deze figuur reeds op verschillende plaatsen in onze wetgeving voor, maar wat het dan beteekent te zeggen, dat zij in ons staatsrecht-stelsel niet te passen zou zijn, is een raadsel. Bedoelt Prof. WESTRA te zeggen, dat het precies hetzelfde is, of de minister dan wel de Kroon iets beslist? Men zou dit gaan meenen, als men op blz. 94 leest, dat „naar ons staatsrecht de verhouding tusschen Koning en minister meebrengt, dat een ministerieele daad als van de Kroon uitgaande dient te worden beschouwd". Tot dusver dacht ik dat een student, die dit op zijn examen verkondigde, behoorde te zakken, maar nu een hoogleeraar het zegt en nog wel een hoogleeraar van de Utrechtsche school . . . .

V. D. P.

Verspreide opstellen van Prof. Mr. Dr. J. H. P. M. VAN DER GRINTEN, bijeengebracht door Prof. Mr. P. W. KAMPHUISEN en Mrs C. CH. A. VAN HAREN en F. G. J. M. PETERS. — Nijmegen-Utrecht, N. V. Dekker & van de Vegt en J. W. van Leeuwen, 1934.

Het is een gelukkige gedachte geweest, vooral nu VAN DER GRINTEN geen enkel boek heeft nagelaten, om eenige van zijn belangrijkste opstellen te bundelen en deze zoodoende in blijvender vorm aan het nageslacht over te leveren dan wanneer zij enkel in tijdschriften-jaargangen stonden verspreid. De velen, die in hem den vereerden leermeester, den betrouwbaren gids op de paden van het publieke recht, den goeden vriend met weemoed herdenken, zullen erkentelijk zijn voor dit initiatief.

Het in kloek formaat uitgegeven werk is in vier deelen verdeeld. Het eerste bevat drie opstellen van historischen aard, over het Plakkaat van Verlatinge, over den rechtstoestand der Nederlandsche Katholieken 1813—1913 en over

Schaepman als staatkundig leider. Het middelste van deze drie ware, naar mijn gevoelen, beter weggelaten. Het is, blijkens de vroeger in dit tijdschrift geplaatste en hier herdrukte bibliografie, VAN DER GRINTEN's oudste pennevrucht, maar het toont dan ook duidelijk, hoe deze pas later zijn volle geestelijke rijpheid bereikte. Het stuk is degelijk genoeg en was in een gelegenheidsuitgave van het jaar 1913 dan ook geenszins misplaatst, maar dezelfde historische gegevens zou hij later op aantrekkelijker wijze hebben gerangschikt en toegelicht.

In het tweede deel vindt men drie artikelen onder het hoofd „staatsleer". Het zijn de in den jaargang 1930 van dit tijdschrift verschenen studie over de Katholieke staatsleer en de vrijheidsrechten van den mensch benevens, uit de Studia Catholica, het mooie stuk over de staatsleer van Augustinus en de uit een lezing voortgekomen bijdrage over Parlementarisme.

Na een derde deel, volkenrecht, van slechts één artikel, getiteld Grotius en het volkenrecht, komt dan in het vierde, onder het opschrift „bestuursrecht", een en ander, dat tot de kern van VAN DER GRINTEN's wetenschappelijk werk behoort: zestien artikelen, waaronder de in 1924 afzonderlijk uitgekomen bekende rede over Administratieve rechtspraak en het belangrijke praeadvies over de zelfstandigheid der plaatselijke gemeenschappen, uitgebracht aan de Vereeniging van Nederlandsche gemeenten in 1928. Herleest men een enkel van deze opstellen, dan gevoelt men, hoe hier de kracht lag van den overleden hoogleeraar, hoe uitgebreid zijn kennis was en hoe rustig en bezadigd zijn oordeel. Wat dit laatste betreft verwijs ik bijv. naar het artikeltje over het gezantschap bij den Paus, geschreven in November 1925 onder den verschen indruk van het bekende Kamer-votum.

Het boek bevat een uitstekend portret van VAN DER GRINTEN, een photografische reproductie van het geschilderd portret, dat zich thans in het Nijmeegsche universiteitsgebouw bevindt, en een van groote vereering getuigend in-memoriam door Prof. KAMPHUISEN.

V. D. P.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Nederlandsch Juristenblad, 9e jaargang, no. 24. — v. OVEN, Het voogdijbeheer. — NAUTA, Woningwet-varia (I); no. 25. — LANGEMEYER, Individu en gemeenschap voor de Nederlandsche Juristenvereeniging. — NAUTA, Woningwet-varia (slot); no. 26. — CLAVAREAU, Nieuwe regeling van de Surséance van Betaling. — HOOGENBERGH, Houvast of Huurkoop?; no. 27. — v. OVEN, De Nederlandsche Juristen in Leeuwarden?; no. 28. — VALKHOFF, Een moderne echtscheidingswet; no. 29. — TAVERNE, Het eerste cassatieberoep in een medische tuchtzaak. Toetsing van het Reglement Medische Tuchtrecht aan Wet en Grondwet; no. 30. — SALOMON, Het vreemde recht in de Nederlandsche procedure (I). — MARIUS GERLINGS, Geslachtsnaams-leemte; no. 31. — v. OVEN, Ondernemers-overeenkomsten. — SALOMON, Het vreemde recht in de Nederlandsche procedure (slot); no. 32. — ENTHOVEN, Het wetsontwerp inzake wettelijke regeling van de overeenkomst van koop en verkoop op afbetaling.

Weekblad van het Recht, jaargang 1934, no. 12767. — STAR BUSMANN, De Nederlandsche Juristenvereeniging (I). — v. BEMMELEN, De Nederlandsche Juristenvereeniging (II); no. 12770. — STAR BUSMANN, In memoriam Prof. Mr. Dr. H. R. Ribbius; no. 12771. — v. BEMMELEN, De vergadering der Nederlandsche Juristenvereeniging; no. 12776. — VRIJ, Verbindende kracht van ondernemers-overeenkomsten; no. 12789. — CALJÉ, Het verslag der Staatscommissie inzake het lidmaatschap van vertegenwoordigende lichamen (I); no. 12798. — v. BEMMELEN, Oorzaak en gevolg; no. 12803. — MARX, Nabeschouwing.

Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, jaargang 65, no. 3364. — EGGENS, De rechten van tweede en verdere hypotheekhouders. — BEST, De particuliere meting; no. 3365. — v. OVEN, Het ambtsgeheim van den notaris. — CATZ, De voogd als procespartij. — VEENSTRA, Crematiekosten-begrafeniskosten; no. 3366. — EGGENS, De retentor en art. 2014 B. W. I). — KLEYN, Het nieuwe chèquerecht (I); no. 3367. — EGGENS, De retentor en art. 2014 B. W. (II). — KLEYN, Het nieuwe chèquerecht (II); no. 3368. — EGGENS, De retentor en art. 2014 B. W. (slot). — GOEMANS,

Eenige opmerkingen naar aanleiding van de jongste wijziging der Registratiewet 1917; no. 3369. — HELMSTRIJD, Terugdringen van het privaatrecht? — BOLWIJN, Het wilselement in de overeenkomst; no. 3370. — HELMSTRIJD, Terugdringen van het privaatrecht? (slot); no. 3371. — MEIJERS, Vernietiging van rechtshandelingen op grond van benadeeling van een der handelende personen (I). — BROMBERG, Crematiekosten geen begrafeniskosten?; no. 3372. — MEIJERS, Vernietiging van rechtshandelingen op grond van benadeeling van een der handelende personen (II); no. 3373. — SCHUTTEVAÊR, Makingen onder bezwarenden titel en de Successiewet (I); no. 3374. — SCHUTTEVAÊR, Makingen onder bezwarenden titel en de Successiewet (II). — IDEMA, De toepassing van de Successiewet ten aanzien van weduwenrenten; no. 3375. — SCHUTTEVAÊR, Makingen onder bezwarenden titel en de Successiewet (slot). — GEERLING, Recht of . . . . . formalisme? — VEENSTRA, Crematiekosten . . . . . begrafeniskosten?; no. 3376. — v. HELLENBERG HUBAR, Het afbetalingscontract en het ontwerp tot regeling daarvan (I); no. 3377. — v. HELLENBERG HUBAR, Het afbetalingscontract en het ontwerp tot regeling daarvan (II).

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 140, afl. 1. — HOETINK, De richtbaak van ons recht veertienhonderd jaar. — TER HAAR, Welke eischen stelt toepassing van ongeschreven materieel privaatrecht aan organisatie en procesrecht der inlandsche rechtbanken?

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 39, Heft 12. — SAEMISCH, Der Bereich der staatlichen Rechnungskontrolle. — GROSCHUFF, Zur Bereinigung und Vereinheitlichung des Handelsregisters. — SCHMIDT, Der Grundbuchberichtigungsanspruch beim Kauf. — MERIGGI, Gerichtsverfassung und Rechtsberufe in Italien. — SCHMITT, Konfliktserhebung bei Schadenersatzansprüchen gegen Staat und Körperschaften des öffentlichen Rechts? — DIX, Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nach dänischem und deutschem Recht durch richterliche Fristen. — OSWALD, Der Gerichtsstand der Schadenszufügung. — SCHLOTTMANN, Die Rechtsbehelfe eines Miteigentümers gegenüber einer Teilungsversteigerung. — WERNER, Zum Tatbestand der Einkommen- u. Umsatzsteuerzuwiderhandlung. — VON KRITTER, Endgültige Entscheidungsbefugnis der Landgerichte über Kostenbeschwerden im Anerbenverfahren. — KEMPERMANN, Die Behandlung von Täterschaft und Teilnahme in den Vorschlägen der Denkschrift des preusz. Just. Min. — LEINEN, Wie legt ein Geisteskranker ein Strafurteil ein Rechtsmittel ein?

Jhrg. 39, Heft 13. — FUISTING, Fünfzig Jahre Reichsversicherungsamt. — DAHM, Die Erneuerung der Ehrenstrafe. — KISCH, Anderwertige Versicherung als Gefahrerhöhung? — ROTH, Der Umfang des Schadensersatzes für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten. — NOETZOLD, Die Akademie für Deutsches Rechts, ihre Aufgabe und ihre Bedeutung. — WICHER, Sind Bedarfsdeckungsscheine der Ehestandsdarlehen pfändbar? — SCHRAMM, Dürfen für die Bauernfähigkeit über § 15 R. Erbh. G. hinausgehende Erfordernisse aufgestellt werden? — ERMEL, Zur Auslegung des § 1603 B. G. B. — MOSTERT, Lex Höfle. — WEIMAR, Die Auflockerung des Konkurrenzverbotes des Handlungsgehilfen bei Kündigung des Dienstverhaltnisses. — LUFFT, Zur Modernisierung des englischen Privatrechts.

Jhrg. 39, Heft 14. — BILFINGER, Vertrag und Diktat. — v. SCHWERIN, Eike von Repgow. — HOFACKER, Die Konstruktion von subjectiven Rechten und Entschädigungsansprüchen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. — STOCKMEYER, Die Bedeutung des Ausgleichs im Bausparwesen. — ARMSTROFF, Die Schadensersatzpflicht bei Gläubigerbenachteiligung. — SCHROEDER, Zur Schulung der Schöffen und Geschworenen. — SCHUBART, Fiskushaftung bei Kraftdroschkenbetrieb ohne Versicherungsschutz. — MOBIUS, Sanierung der Gemeindefinanzen durch nachträgliche Steuerüberweisungen. — WOERLE, Golddollar—Papierdollar? — BOSCH, Anfechtung früherer Verfügung von Todeswegen mit Rücksicht auf das Reichserbhofrecht? — SENSTIUS, Der „Quengler" in England? — LENGEMANN, Wie legt ein Geisteskranker gegen ein Strafurteil ein Rechtsmittel ein?

Jhrg. 39, Heft 15. — SCHMITT, Der Führer schützt das Recht. — HUBER, Die Einheit der Staatsgewalt. — v. FREYTAG-LORINGHOVEN, Sowjetruszland und der Völkerbund. — GRAUERT, Die Entwicklung des Polizeirechts im nationalsozialistischen Staat. — THIEME, Aus der Vorgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches. — FLOEGEL, Die Neuregelung des Straszenverkehrs. — LEDIG, Zur Frage des Kausalzusammenhangs beim Verkehrsunfall. — WEIMAR, Kan der Ehemann das Amt seiner Frau als Testamentsvollstreckerin kündigen? — STÖLZEL, Bedarf ein der Kleinkunst dienender Schauspielunternehmer behörlicher Erlaubnis (§ 32 Gew. O.)?

Jhrg. 39, Heft 16/17. — KRUG, Das neue Straffreiheitsgesetz. — DÖLLE, Vom alten zum neuen Schulrecht. — SCHWISTER, Anwartschaft und Kredit. — CRISOLLI, Das Firmenrecht im Lichte der neuen Rechtsentwicklung. — SCHLEGELBERGER, Reichswasserrecht. — HEINTZELER, Das neue deutsche Jagdrecht. — MAUNZ, Zum Neubau des deutschen Verwaltungsrechts. — SCHIECK, Die Reichsnotarkammer. — RUTZNER,

Vollmachten im Grundbuchrecht. — SCHUMACHER, Umfaszt die Niederschlagung i. S. des § 19. der zweiten Durchfg. v. 19. Dez. 1933 zum R. Erbh. Ges. auch die Rückerstattung bereits bezahlter Gebühren? — CREMER, Bedürfen Polizeiverordnungen des staatlichen Polizeiverwalters und der Ortspolizeibehörde der Zustimmung des Leiters der Gemeinde? — JANS, Unternehmer und Führer des Betriebes. — BERTERMANN, Die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung i. S. des § 822 B. G. B.

Jhrg. 39, Heft 18. — BECKER, Steuerrecht und Privatrecht. — GROTEN, Die Abstimmungsvorschriften für das Saargebiet. — KNAUTH, Die heutige Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit. — v. KARGER, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung. — BERGMANN, Das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften. — LUPPRIAN, Die Bedeutung der Kündigung des Haager Abkommens über die Ehescheidung und Trennung von Tisch und Bett, für das deutsche Eheauflösungsrecht. — WEIMAR, Haftet der Verkäufer einer Sache für die Freiheit von sittlichen Herausgabepflichten? — BOECKER, In welchem Umfange äuszert ein Schiedsspruch gegenüber Dritten Rechtskraftwirkungen? — KÖSTER, Gesetzliches Belastungsverbot im Reichsversorgungsgesetz und Gläubigerschutz. — BULL, Interessenausgleich im Offenbarungseidverfahren. — DACKWEILER, Ist eine uneidliche falsche Zeugenaussage ein Restitutionsgrund?

Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 14, Heft 3. — LEGAZ Y LACAMBRA, Die Rechtsphilosophie des Franciscus Suárez. — KUNZ, Die nordamerikanische Völkerrechtswissenschaft seit dem Weltkrieg. — PFISTER, Parteienstaat und Einparteienstaat. — VEROSTA, Jean Dumont und seine Bedeutung für das Völkerrecht.

Revue trimestrielle de Droit civil, 33e année, no. 2. — ESMEIN, Trois problèmes de responsabilité civile: Causalité; concours de responsabilités; conventions d'irresponsabilité.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 1934, no. 1. — KELSEN, La technique du droit international et l'organisation de la paix. — SEGAL, Le domaine réservé. — PAPASIAN, Le mariage religieux des différents cultes et le mariage civil en Turquie. — HOSTIE, Questions de principe relatives au statut international de Dantzig. — AUBAIN, Un nouveau Protocole de Vienne?; no. 2. — DIENA, La protection diplomatique en cas de décès de la personne lésée. — VALERY, Examen critique des remarques sur l'ordre public de M. Pierre Louis-Lucas. — CAVAGLIERI, Effets juridiques des change-

ments de souveraineté territoriale. — ENGELSDOERFER, La Cour de la Haye en 1932-1933. — GENET, Notes sur l'acquisition par occupation et le droit des gens traditionnel. — SILZ, Le droit pénal international d'après les nouveaux codes polonais.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 14e année, no. 6. — ALEXANDER, Pronostic social et pronostic psychiatrique de la récidive des délinquants anormaux. — VERMEYLEN, La mise en observation psychiatrique suspend-elle les effets au mandat d'arrêt?; no. 7. — LATTES, Dégénération, hérédité, atavisme. — GORPHE, Le procès autrichien Halsmann et les leçons à en tirer.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 74e année, no. 5-6. PERREAU, Les manifestations récentes de l'activité législative en France dans le domaine de la procédure et de l'instruction criminelle. — AULAGNON, La pérennité de la propriété. — DURAND, De l'acquisition d'un immeuble en commun avec clause d'accroissement au profit du survivant. — BOUZAT, De la clause par la quelle une partie dans une convention s'engage a ne pas en demander la nullité.

Yale Law Journal, May 1934, no. 7. — STURGES, A proposed State collection act. — HEILMANN, Judicial Method and Economic objectives in conflict of laws. — MC CORMICK, The Standard of Certainty in the measurement of damages; no. 8. — WALSH, Indestructible Trusts and Perpetuities. — KANTOROWICZ, Some rationalism about realism. — FOWLER, A psychological approach to procedural reform.

Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XIV, fascicolo IV-V. — ECKSTEIN, Contributo alla teoria del contratto sociale. — SICHES, Assunto e prospettiva della Filosofia del diritto. — VECCHIO, Individuo, Stato e Corporazione. — ROBBIO, Aspetti odierni delle Filosofia giuridica in Germania.
