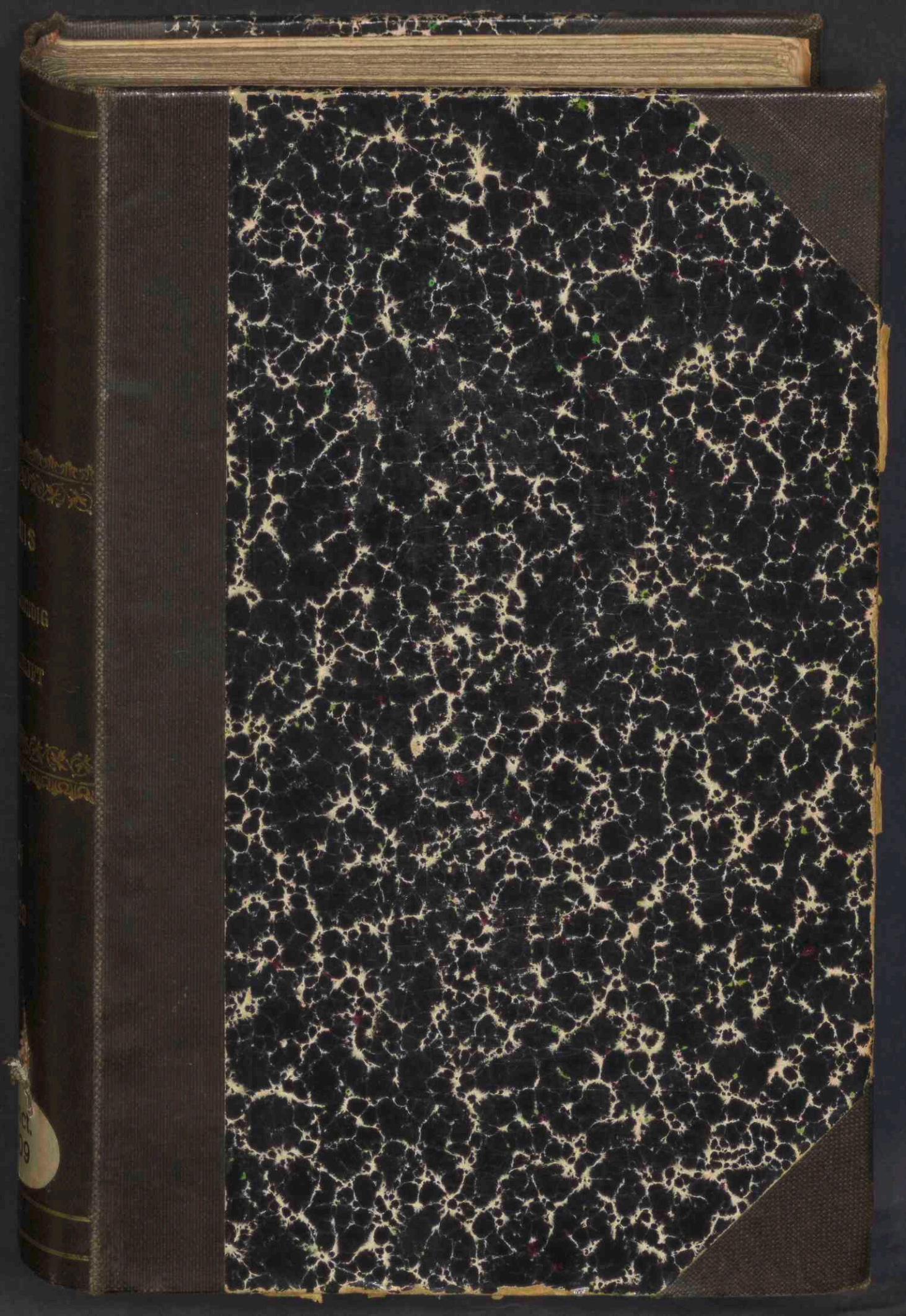
Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.



THEMIS

Verzameling van bijdragen tot de kennis
van het Publiek- en Privaat recht

onder redactie van

Drs H. Zillesen, D. Simons, S. J. M. van Geuns
C. O. Segers, J. Ph. Suijling, C. W. de Vries

NEGENTIGSTE DEEL

1929

's-Gravenhage
BOEKH. VH. GBER. BELINFANTE (N.V.)
1929

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

MEDE-ARBEIDERS

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

Dr. J. Baron d'Aulnis de Bourouill, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht.

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

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

Dr. A. J. E. A. Bik, advocaat en procureur, 's-Gravenhage.

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

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

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

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

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

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

Dr. Jos. H. P. M. van der Grinten, hoogleeraar aan de R. K. Universiteit te Nijmegen.

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

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, inspecteur der Registratie en Domeinen, 's-Gravenhage.

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

Dr. J. de Louter, oud-hoogleeraar aan de Rijks-Universiteit te Utrecht, Hilversum.

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

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

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

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

Dr. G. van Slooten Az., lid van het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

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. M. W. F. Treub, oud-Minister, 's-Gravenhage.

Dr. H. Vos, advocaat, Leiden.

INHOUD

Bladz.

THEMIS

XCste DEEL — EERSTE STUK

Over het begin en het einde van het Kabinet v. Tienhoven—Tak v. Poortvliet.

Er is den laatsten tijd opnieuw in verschillende publicaties belangstelling aan den dag gelegd voor de lotgevallen van het Kabinet-VAN TIENHOVEN, dat in 1891 aan het bewind gekomen, drie jaar later, na de bekende crisis in verband met TAK's kieswetvoorstel, het veld moest ruimen, toen de Takkianen bij de ontbindingsverkiezing het onderspit hadden gedolven. Voor het zoover was, had reeds de formateur en Premier VAN TIENHOVEN, oneens als hij het met al zijn overige collega's was omtrent de na de aanneming van DE MEYIER's bijkand befaamd geworden amendement te volgen gedragslijn, het bijltje er bij neergelegd.

Een bijdrage, door Mr. J. LIMBURG in het ter eere van H. M. de Koningin-Moeder uitgegeven Jubileumboek, handelende over het kiesrechtvraagstuk gedurende het Regentschap, roert eenige zeer belangrijke punten betreffende de formatie van het Kabinet-VAN TIENHOVEN en de crisis van Maart 1894 aan. Op zijn beurt heeft vervolgens het *Handelsblad* hierin aanleiding gevonden in een hoofdartikel deze zoo bijster interessante periode uit onze jongere parlementaire geschiedenis kortelijks te bespreken. In het bij-

zonder zijn het een tweetal kwesties, die door beide stukken — weer — aan de orde worden gesteld. De eerste betreft de vraag of in 1891 de formateur VAN TIENHOVEN het staatshoofd wel volledig had ingelicht omtrent hetgeen aan de formatie ten grondslag lag, of het zgn. Amice-briefje van 13 Juli 1891, waarin TAK VAN POORTVLIET aan VAN TIENHOVEN deed weten onder welke voorwaarden hij met dezen in zee wilde gaan, nooit aan de Koningin-Regentes is overgelegd, al mocht dat briefje feitelijk de basis van de Kabinetsformatie hebben ingehouden. En de tweede kwestie, die eveneens een nadere bespreking waard is, betreft de vraag of de Kamer, althans een belangrijk deel van haar leden, vóór de stemming over het amendement DE MEYIER geweten heeft, welke gevolgen aanneming van dat wijzigingsvoorstel met zich mee zou brengen.

De voorbereiding van een boek over onze parlementaire geschiedenis sedert 1891, dat ik binnen niet al te langen tijd hoop te kunnen laten verschijnen, stelt mij in staat wat nader licht omtrent deze punten te verschaffen. Op grond van raadpleging van officieele, gepubliceerde stukken, van tot dusverre niet bekende particuliere briefwisseling en van inlichtingen, die ik van insiders mocht verkrijgen, zij het volgende vastgesteld.

Het „Amice-briefje" van TAK VAN POORTVLIET — die, na aanvankelijk de door VAN TIENHOVEN gevraagde medewerking geweigerd te hebben, zich op diens voortdurenden aandrang bereid verklaard had, als vaststond dat zijn beginselen en Regeeringsprogramma die van het te formeeren Kabinet zouden wezen (1) — was aan Koningin EMMA *niet* bekend. Toen zulks aan TAK gebleken was gedurende de conferentie, welke hij met H. M. op 13 Maart 1894 mocht hebben, overhandigde hij Haar alsnog afschrift van

(1) Zie TAK's schrijven dd. 14 Maart 1894 aan de Koningin-Regentes.

dat epistel, dat men dientengevolge onder TAK's brief van 14 Maart 1894, waarin hij schriftelijk verslag aan het staatshoofd doet omtrent de conferentie van den vorigen namiddag, afgedrukt vindt bij de stukken betrekkelijk de ontbinding, op 21 Juni 1894 door het Ministerie RÖELL aan de Eerste Kamer toegezonden (2).

Mr. VAN TIENHOVEN bevestigt op 5 Juli 1894 in de Eerste Kamer dat het Amice-briefje niet aan de Koningin-Regentes was meegedeeld. Uitdrukkelijk erkende hij „dat dit stuk, dat, onder berusting gebleven bij den heer TAK, in den Ministerraad van 11 Maart jl. door hem tegenover mij te berde . . . . . gebracht, bij de aanbieding van het Regeeringsprogramma niet overgelegd is en daarom aan Hare Majesteit niet bekend was" (3).

Wat had hij, na TAK op 21 Juli 1891 schriftelijk te hebben meegedeeld dat diens in 't schrijven van 17 Juli d.a.v. neergelegde voorwaarden aanvaard waren (4), dan wel gedaan?

Het is wellicht het veiligst dit door den heer VAN TIENHOVEN zelf te laten zeggen, waartoe ik het volgende aan zijn in de Eerste Kamer gedane mededeeling van 5 Juli 1894 ontleen.

„In een onderhoud, waartoe ik de eer had den 23sten Juli te worden toegelaten, mocht ik de als vrucht van ons overleg en besprekingen in een nota kortelijk samengevatte beschouwingen omtrent de grondslagen, waarop ik bereid zou zijn de formatie van een nieuw Kabinet op of mede op mij te nemen, aan de Koningin-Regentes mondeling toelichten.

„Ik mocht daarbij inzonderheid de redenen ontvouwen, waarom, ook naar mijne meening, de taak van een Kabinet,

---

(2) Handel. Eerste Kamer 1894, blzz. 25 en vlgg.

(3) Handel. Eerste Kamer 1894, blz. 32.

(4) Aldus TAK VAN POORTVLIET op 6 December 1894 in de Tweede Kamer (Handel. 1894—'95, blz. 357).

dat geroepen zou worden tot de leiding van 's lands zaken, in de *eerste* en *voorname* plaats zou behooren te zijn, eene wet tot stand te brengen tot uitbreiding van het kiesrecht *„binnen de grenzen maar ook zoover de Grondwet dit toeliet"*, en waarom een daartoe strekkend voorstel behoorde te zijn eene zaak van het geheele Kabinet.

„Het tijdsverloop" — zoo luidde het nu in mijne Nota — „dat noodzakelijk is tot voorbereiding en eventueele totstandkoming eener wet in bovengenoemden zin tot regeling van het kiesrecht, mag voorzeker niet van korten duur gesteld worden. Stellig zal zelfs de voorbereiding het eerste en voor elk Ministerie meest kostbare jaar vorderen.

„In dat tijdsverloop kan, met den steun der meerderheid in de beide takken van Volksvertegenwoordiging, veel ten goede van het land worden voorbereid en ook tot stand gebracht. Als zoodanig komen dan bovenal in aanmerking de regeling van het Rijksbelastingstelsel en van den financieelen toestand der gemeenten en de regeling der levende strijdkrachten, gegrond op algemeenen of althans persoonlijken dienstplicht.

„Maar ook andere zaken van wetgeving en bestuur behooren terstond ter hand te worden genomen, als zoodanig worden onder meer en inzonderheid genoemd: maatregelen tot verbetering van het financiewezen en ontwikkeling van onze overzeesche bezittingen; regeling der administratieve rechtspraak; regeling van den leerplicht; regeling tot verzekering der gezondheid en veiligheid van arbeiders in fabrieken en werkplaatsen; regeling tot verbetering van het lot van oude en gebrekkige werklieden.

„Al verbiedt de moeilijkheid van regeling der genoemde onderwerpen — waarvan de noodzakelijkheid of wenschelijkheid, althans voor een groot deel, ook door andere partijen wordt erkend en dus slechts de wijze van regeling tot verschil van inzichten aanleiding kan geven —, om van

daartoe strekkende voorstellen Kabinetsquaestiën te maken, iets anders geldt, gelijk reeds boven werd aangeduid, voor de regeling van het kiesrecht in den besproken zin.

„Het Ministerie, dat zoodanig voorstel doet, behoort zelfs zekerheid te hebben, dat verwerping daarvan door ontbinding der Tweede Kamer zal worden gevolgd, opdat de natie gelegenheid hebbe van haar gevoelens over dit voor ons staatsleven zoo gewichtig vraagstuk te doen blijken.

„Kan Hare Majesteit de Koningin-Regentes" — zoo eindigde de Nota — „zich met de vorenstaande beschouwingen in hoofdzaak vereenigen, dan is mij tot de vorming van een Ministerie, dat in dien geest wil werkzaam zijn, reeds de medewerking en de steun toegezegd van een der meest invloedrijke leden der meerderheid in de nieuwe Kamer, den heer TAK VAN POORTVLIET, en ben ik bereid de even vereerende als moeilijke taak dier vorming op of mede op mij te nemen".

„Bij Kabinetsschrijven van 26 Juli mocht ik daarop de opdracht tot de samenstelling van een nieuw Ministerie ontvangen, welke opdracht ik, na opnieuw met den heer TAK uitvoerig van gedachten te hebben gewisseld, zoowel ook over den inhoud der overgelegde Nota en de daarbij gehouden bespreking als over de daarop gevolgde beslissing, aanvaardde, onder herhaling der mededeeling zijner toegezegde medewerking en bereidverklaring om op de overgelegde grondslagen in het te vormen Kabinet als Minister van Binnenlandsche Zaken op te treden."

Over de hier boven geciteerde Nota, en niet in de laatste plaats over 't feit, dat VAN TIENHOVEN, het „Amice"-briefje van TAK *niet* ter kennis van de Regentes gebracht had, is in 1894, toen de bom barstte, heel wat te doen geweest. Meer dan een reden was er, die stof tot kritiek in verband met dezen gang van zaken bood.

In de eerste plaats betoogde men, dat het staatsrechtelijk

niet door den beugel kon, dat men — en het was de man van de Kieswet, van de intrekking van het ontwerp met de daarop gevolgde ontbinding, die hierover vooral is aangevallen — in 1891 Koningin EMMA als het ware bij voorbaat aan Kamerontbinding had willen vastleggen. Het kwam dan ook, aldus deze critici, niet te pas, dat TAK VAN POORTVLIET in 1894 het ontbindingsbesluit van het staatshoofd had afgeperst, door te herinneren aan de in 1891 feitelijk door de Koningin aanvaarde verplichting.

TAK's verweer hiertegen luidde: Wij, de leden van het Kabinet, hebben de Koningin-Regentes in 1891 geenszins gebonden. Ge moet u niet blind staren op VAN TIENHOVEN's Nota, want dat was een persoonlijk stuk van dezen, niet in overleg met mij opgesteld. Geen der latere ambtgenooten is dus voor dat document verantwoordelijk. Neen, waar ge naar kijken moet, dat is naar mijn brief van 17 Juli, die naderhand aller mede-onderteekening kreeg en dan zal men moeten erkennen dat met zorgvuldigheid elke aandrang bij de Koningin, elke poging om vooraf eene toezegging tot Kamerontbinding uit te lokken, is vermeden. De Koningin is in dit opzicht door de Regeering volkomen vrijgehouden (5). Inderdaad, hierin had TAK VAN POORTVLIET in zekeren zin gelijk, want de afspraak, waartoe de leden van het Kabinet zich, toen ze hun handteekening zetten onder 't schrijven van 17 Juli 1891, onderling verbonden, luidde alleen: „Wanneer eene meerderheid in de Tweede Kamer hare medewerking tot deze regeling weigerde, of de behandeling van het daartoe strekkend ontwerp, door zijdelingsche tegenwerking, wist te ondervangen, zoude dit tengevolge moeten hebben, dat aan de Koningin-Regentes een voorstel tot ontbinding der Kamer werd gedaan, zoodat aan het volk de gelegenheid werd geschonken, om zijn gevoelen over dit vraagstuk uit te spreken".

(5) Handel. Tweede Kamer 1894—'95, blz. 316.

Waarin TAK echter gèèn gelijk had, was in zijn bewering, dat hij en de andere leden van het Kabinet zich van VAN TIENHOVEN's Nota niets behoefden aan te trekken. Immers op den avond van 29 Juli 1891 deed de formateur voorlezing van dit stuk aan zijn a.s. Minister van Binnenlandsche Zaken (6). Deze had dus toen op rectificatie en aanvulling kunnen aandringen, zoo hem de in dat stuk gebezigde formuleering en de omstandigheid, dat zijn epistel van 13 Juli *niet* aan de Regentes was overgelegd, niet verantwoord had voorgekomen.

Zie hier de feiten, die het begrijpelijk maken, dat VAN TIENHOVEN het in 1894 er op wierp, dat de Kieswet door de aanneming van het amendement-DE MEYIER niet verworpen was, TAK daarentegen herinnerde aan de afspraak om een ontbindingsvoorstel te doen, ook reeds in geval van „zijdelingsche tegenwerking".

Inderdaad kan men dus zeggen, dat VAN TIENHOVEN de Koningin-Regentes niet volledig genoeg op de hoogte gesteld had. Het ware wel beter geweest, zoo hij Haar wel inzage van het „Amice-briefje" geschonken had, al zij hier onmiddellijk aan toegevoegd, dat van zijn kant TAK VAN POORTVLIET in 1891 blijkbaar met de onvolledige en niet geheel juiste Nota genoegen had genomen. Een van de wel meer in onze parlementaire geschiedenis voorgekomen gevallen van niet voldoende preciseeren bij Kabinetsformatie!

* * *

En thans de tweede vraag, die kort geleden hernieuwde belangstelling heeft gevonden, sinds Mr. LIMBURG in zijn boven vermeld opstel betoogd heeft, dat ieder, die de kieswetdebatten meeleefde, bij het einde van de vergadering op 8 Maart 1894, waarin de debatten over het amendement-DE MEYIER hadden plaatsgevonden, in het besef van een crisis-atmosfeer verkeerde. De schrijver van het Hoofd-

(6) Handel. Tweede Kamer 1894—'95, blz. 357.

artikel in he t*Handelsblad* van 25 Augutus jl. loochent dit. Goed beschouwd, meen ik dat beiden gelijk, beiden ook in zeker opzicht ongelijk hebben. Volledigheidshalve is het m. i. gewenscht, de vraag iets ruimer te stellen en wel in den vorm, waarin zij onmiddellijk nadat de crisis op 9 Maart 1894 was uitgebroken, tot veelvuldig en zeer verschillend commentaar aanleiding heeft gegeven: Wist de Kamer, althans het meerendeel der Kamerleden welke de gevolgen van aanneming van DE MEYIER's amendement zouden zijn?

De Minister had het amendement bestreden, dat was buiten kijf en aan 't slot der gemotiveerde bestrijding verklaarde hij, dat hij de Kamer niet kon raden haar goedkeuring aan dit wijzigingsvoorstel te hechten. Niets minder, doch ook niets meer heeft hij gezegd. Een onaannemelijkverklaring bleef achterwege en zoo behoefde DE MEYIER z'n amendement niet in te trekken, wat hij blijkens zijn eigen verklaring anders onmiddellijk gedaan zou hebben; hij wenschte het amendement op geen enkelen grond te gebruiken als machine de guerre.

TAK's houding is tot vandaag aan den dag een raadsel gebleven. Hij heeft later beweerd, dat het z. i. voor elkeen, die zijn bestrijding gehoord had, zonneklaar moest wezen, dat de Minister van Binnenlandsche Zaken zich bij aanneming van DE MEYIER's amendement niet zou neerleggen. Wat den voorsteller betrof, deze had hem te voren (op 5 Maart 1894) z'n plannen kenbaar gemaakt, maar onmiddellijk kreeg hij een koude douche van TAK, welke DE MEYIER de indiening afried, omdat er toch niets goeds van te verwachten was. Na er nog tijdens en op grond der discussies veranderingen in te hebben aangebracht, kwam DE MEYIER in den namiddag van 8 Maart alhoewel hij — volgens TAK — kon weten, dat ook de laatste wijziging den Minister nog niet voldoende scheen, bij den bewindsman aandringen er nu accoord mee te willen gaan. „Toen

heb ik mij", aldus het relaas van TAK VAN POORTVLIET, „ofschoon ik niet licht onbeleefd ben jegens iemand, die met mij wil spreken, over dat aanhouden van den heer DE MEYIER verbaasd, afgewend, zeggende: Ga heen, uw amendement is niets waard".

Zoo vertelde TAK VAN POORTVLIET op 6 December 1894 (7), toen hij in de Tweede Kamer van meer dan een kant was aangevallen over de door hem op 8 en 9 Maart gevolgde gedragslijn en hij zijn houding trachtte te verdedigen.

Terloops mag ik wel even de aandacht vestigen op het feit, dat met TAK's bewering dat hij den heer DE MEYIER, toen deze z'n plannen aan den Minister te voren kwam mededeelen, onmiddellijk een geduchte douche had toegediend, niet bepaald klopt, wat Mr. Dr. J. A. A. H. DE BEAUFORT hierover in *De Gids* van Maart 1926 (blz. 365) geopenbaard heeft (8). Daar toch lezen we in een noot, die blijkbaar berust op wetenschap door den schrijver verworven uit aanteekeningen van RÖELL, dat Minister TAK bij 't bezoek van den heer DE MEYIER, dezen „herhaaldelijk hartelijk dank gezegd [had] voor zijn poging om hem te steunen en het amendement in beginsel niet onaannemelijk [had] verklaard, maar zich nadere overweging voorbehouden".

Voorshands is met dezen controvers het raadsel van 1894 in stee van opgelost er nog wat ingewikkelder door geworden. Overigens zal men toch ten zeerste voor twijfel vatbaar moeten achten of TAK's beroep op den snauw, dien hij, in 'n geprikkelde stemming verkeerende, den armen heer DE MEYIER zou hebben toegediend, voldoende is ter rechtvaardiging van zijn stelling dat genoemde afgevaardigde heel goed kon weten, dat de man achter de groene tafel onverbiddellijk afwijzend tegenover 't amendement

(7) Handel. Tweede Kamer 1894—'95, blz. 361.

(8) Thans als boek verschenen „Vijftig jaren uit onze geschiedenis 1868—1918", I, blz. 157.

stond. Mr. TAK VAN POORTVLIET heeft trouwens zelf wel begrepen, dat hij nog andere argumenten moet aanvoeren om zijn houding te rechtvaardigen. In zijn uiteenzettingen op 5 en 6 December 1894 sloofde hij zich uit om aan te toonen, dat h ij de Kamer wel degelijk had voorbereid op de consequenties van eventueele aanneming van het amendement DE MEYIER. 's Ministers kritiek op het bewuste wijzigingsvoorstel — zoo gaf TAK op 6 December 1894 te verstaan — had het duidelijk moeten maken, dat hij er in de verste verte geen vrede mee kon hebben. Het was dan ook voor hem naderhand een geweldige verrassing te moeten vernemen, dat men in de Kamer niet algemeen begrepen had, wat er, in geval van een meerderheid voor 't amendement, zou gebeuren (9). Op deze uiteenzetting van TAK afgaande, zou men inderdaad met Mr. LIMBURG moeten aannemen, dat er den 8sten Maart bij een ieder besef van een crisis-atmosfeer leefde.

Doch nu wil het geval, dat er hoogst betrouwbare en in dezen wel zeer waardevolle getuigen zijn, die een totaal ander beeld onthullen van den indruk, welken men na afloop der beraadslagingen op Donderdag 8 Maart gekregen had. Twee warme medestanders van TAK en zijn wetsontwerp, Mr. A. K. F. HARTOGH en Mr. KERDIJK, hebben beiden op 19 April 1894 aan Mr. M. W. F. TREUB medegedeeld, dat zij juist des Donderdags den indruk hadden gekregen, dat aanneming van het amendement-DE MEYIER *niet* de intrekking van de wet tengevolge zou hebben. De zaak was nl. dat volgens een verslag in de *N. R. C.* de heer TREUB op 'n kiezersvergadering te Dordt o. m. van genoemde Kamerleden verteld zou hebben, dat zij Donderdagmiddag wisten wat er zou geschieden, zoo DE MEYIER's amendement er doorging. De verslaggever

(9) Handel. Tweede Kamer 1894—'95, blz. 357.

had den spreker iets in den mond gelegd, wat deze niet gezegd had, want de mededeeling omtrent de volksvertegenwoordigers, die op de hoogte waren van 't voornemen van TAK, sloeg niet op hetgeen ze Donderdags, maar pas Vrijdags, vóór de stemming wisten. Ten einde met bekwamen spoed een onjuiste geschiedschrijving tegen te gaan, wendden HARTOGH en KERDIJK zich onmiddellijk tot den heer TREUB om de zaak recht te zetten (10).

Mr. HARTOGH schreef: . . . . . „Eerst Vrijdagmorgen zéér kort voor de stemming hal ik de *zekerheid,* dat na aanneming van het amendement-DE MEYIER de wet zou worden ingetrokken. Mijn *indruk* vóór dien tijd was juist tegenovergesteld. Het is niet mogelijk, dat ik een verklaring in een anderen zin heb afgelegd".

En KERDIJK's telegram luidde: „Hebt gij zooals Rotterdam beweert te Dordrecht verklaart, dat ik u verzekerd heb Donderdags indruk te hebben gehad van intrekking wet? Dat kan ik u niet hebben verzekerd want tegendeel waar. KERDIJK."

Over de wetenschap, die hij Vrijdagmorgen bezat, zwijgt de heer KERDIJK. Immers, daar ging 't hem niet om. Hij wilde alleen recht zetten, dat hij juist Donderdag precies den tegenovergestelden indruk had gekregen. Vrijdags wist hij drommels goed, hoe de zaken toen stonden. Zelfs de naaste geestverwanten van TAK, dit mag men nu toch wel als vaststaand beschouwen, leefden des Donderdagnamiddags, bij het verlaten der Kamer, in de veronderstelling, dat de Minister zich bij aanneming van DE MEYIER's amendement rustig zou neerleggen. Van 'n crisis-atmosfeer was op dat oogenblik geen sprake, al is 't mogelijk, dat TAK

---

(10) Prof. Mr. M. W. F. TREUB was zoo welwillend toestemming te verleenen om deze beide documenten, die ik in de mij door hem ter beschikking gestelde verzameling brieven enz. aantrof, te publiceeren.

zich gehaast heeft om zijn visie op de zaak aan dezen en genen kenbaar te maken.

Iets anders is echter, of er in de Kamer den 9en Maart, toen men ging stemmen, bekend was, wat er aan den uitslag van de zoo dadelijk te nemen beslissing vastzat. Vooral daarover is gedurende den electoralen strijd, die op de Kamerontbinding volgde, heel wat geredetwist. TAK's aanhangers beweerden, dat de meerderheid der Kamerleden allerminst in onwetendheid hun stem hadden uitgebracht, maar de anti-Takkianen verkondigden de stelling, dat de Minister wellicht enkele vertrouwden en naaste medewerkers had ingelicht, doch dat met opzet tegenover de rest der volksvertegenwoordiging tot 't laatst toe verzwegen was, wat TAK's voornemens waren.

Formeel mocht dit laatste volgehouden kunnen worden, aangezien er van te voren geen officieele mededeeling van de Regeeringstafel was gedaan, in werkelijkheid echter heeft, geloof ik, het gros der Kamer heel wel geweten — al was 't dan ook ter elfder ure — dat men ging stemmen over 'n voorstel, welks aanneming 'n crisis in het leven zou roepen.

TREUB had destijds als voor de stemming ingewijden genoemd: BORGESIUS, KERDIJK, HARTOGH, LIEFTINCK, GERRITSEN. Juist, zeiden de anti-Takkianen, dat waren allen getrouwen van den Minister (evenals Mr. H. PH. DE KANTER, van wien 't bekend was, dat hij ook au fait was), doch voor de anderen had men de naaste toekomstplannen muisstil gehouden en van 'n meerderheid, die ingelicht was, kon hier zeker niet gesproken worden.

Op 6 December 1894 is ook dit punt door TAK VAN POORTVLIET behandeld, die toen verklaarde, dat hij de gevolgen van aanneming van 't amendement had medegedeeld „aan elk der Kamerleden, die hem daaromtrent in-

lichtingen vroeg — en er waren er zeer velen" (11). Bij geen hunner, wien hij den bewusten morgen de eventueele intrekking mededeelde, had hij verbazing bespeurd. Kortom, hij meende te kunnen beweren, dat op het oogenblik van de stemming de gevolgen daarvan vrijwel algemeen in de Kamer bekend waren. Niet alleen voorstanders van het Regeeringsontwerp, maar mannen van elke richting had hij, als ze hem kwamen vragen wat zijn plan was, klaren wijn geschonken.

Ook de heer DE KANTER, die tegelijk met den in 't andere kamp thuis hoorenden afgevaardigde GEERTSEMA van den Minister vernomen had, welke voornemens hij koesterde, had terstond zijn best gedaan om onder de leden te verbreiden, wat hij te weten was gekomen (12). Twee minuten vóór de stemming wist de heer FERF wat er zich eventueel zou gaan afspelen, ook DE MEYIER vernam — tot zijn schrik — toen de zitting geopend werd, de stemming op handen was, welke gevolgen zijn amendement wellicht met zich mee zou brengen en eveneens had men, om nog een der voorstemmers voor 't amendement te noemen, Mr. W. H. DE BEAUFORT ingefluisterd, dat TAK bij aanneming z'n ontwerp zou intrekken (13).

Als men zich al deze namen voor oogen houdt, als men dan verder bedenkt, dat de Ministers achter de groene tafel gingen zitten, wetende wat er zoo aanstonds misschien zou geschieden, mag, meen ik, gerust worden aangenomen, dat de meerderheid der Kamer vlak voor de stemming wel degelijk geweten heeft, wat het vóór of tegen in zich sloot.

Met dat al blijft het onverklaarbaar wat precies de gedragslijn van TAK is geweest. Had hij de Kamer werkelijk

(11) Handel. Tweede Kamer 1894—'95, blz. 357.

(12) Zie een ingezonden stuk van den heer DE KANTER in *Het Vaderland* van 20 April 1894.

(13) Handel. Tweede Kamer 1894—'95, blzz. 360 en 361.

in volle vrijheid willen laten beslissen, hetgeen hij als reden opgaf van het niet uitspreken eener onaannemelijkheidsverklaring vooraf, dan had hij Vrijdagochtend ook niet officieus de heeren op de hoogte moeten brengen. Maar bovendien, indien reeds Donderdagmiddag bij hem vaststond, dat intrekking — waartoe hij zich reeds lang te voren, op 27 Juli 1893, door de Koningin-Regentes 'n machtiging had laten geven (14) — zou moeten volgen, dan is 't niet duidelijk, waarom hij pas Vrijdagmorgen zijn collega's bij elkaar riep om hun zulks mee te deelen en aller instemming, op die van VAN TIENHOVEN na, hiervoor te verwerven. Eenige afdoende verklaring voor het niet op Donderdagavond bijeen laten komen van den Ministerraad heeft hij nooit gegeven. En zoo blijft, gezien ook wat er bekend is omtrent den in de Kamer op Donderdagmiddag gevestigden indruk, het ernstig vermoeden bestaan, dat Donderdagavond van uit den geavanceerden hoek TAK tot zijn onverzoenlijk standpunt zou zijn overgehaald. Meermalen is in dit verband de naam van KERDIJK genoemd, doch jammer genoeg heb ik tot nu toe vergeefs naar een absoluut bewijs voor de juistheid dier bewering gezocht, al zijn er redenen om haar verre van onwaarschijnlijk te achten.

Moge ik met het bovenstaande omtrent de geschiedenis van het Kabinet-VAN TIENHOVEN—TAK VAN POORTVLIET t. a. v. sommige punten en puntjes, welke tot dusverre niet of niet voldoende belicht waren, eenige opheldering verschaft hebben. En mogen degenen, die in staat zijn nog met verdere gegevens voor den dag te komen, zulks vooral niet nalaten.

Dr. E. VAN RAALTE

---

(14) Zie TAK's schrijven van 14 Maart 1894 aan de Koningin-Regentes.

Een bewijsrechtelijk wanbegrip en een gewrongen redeneering (*)

DOOR

Mr. C. C. TIELEMAN,

Kantonrechter te Rotterdam

Wij meenen niet ver van de waarheid te zijn, indien wij hetgeen tegenwoordig onder een authentieke akte wordt verstaan omschrijven als een geschrift opgemaakt door een persoon of college daartoe door het publiek gezag met bevoegdheid bekleed in den door de wet voorgeschreven vorm tot bewijs van hetgeen door dien persoon of dat college is beslist of geconstateerd. Volgens die omschrijving laten de authentieke akten zich dus onderverdeelen in twee soorten, nl. die waarin een beslissing wordt gegeven zooals bv. een arrest, een vonnis, een beschikking of een administratieve beslissing, en die, waarbij een zeker feit wordt geconstateerd, zooals bv. een proces-verbaal of een notarieele akte. Beperken wij ons thans tot laatstgenoemde soort; van deze soort alleen wordt, al zij het dan onvolledig en niet zeer duidelijk, de bewijskracht in ons burgerlijk wetboek bepaald. Bij de authentieke akte constateert hij, die haar opmaakt — hier verder den instrumenteerenden ambtenaar te noemen — hetgeen hij zelf verricht of een ander ziet verrichten of hoort verklaren. Een authentieke akte bevat dus een schriftelijke getuigenver-

---

(*) Nadat wij dit opstel reeds aan de redactie hadden opgezonden werden wij opmerkzaam gemaakt op de voor ons onderwerp zoo belangrijke aanteekening van MEIJERS op het arrest van den Hoogen Raad van 5 Januari 1928, *N. J.* 1928, blz. 638—641. Wij moeten ons bepalen daarnaar te verwijzen.

klaring van den instrumenteerenden ambtenaar; bezigt men haar als bewijsmiddel, dan bewijst men rechtstreeks de getuigenverklaring van den instrumenteerenden ambtenaar; zijn getuigenverklaring is dan het onmiddellijk voorwerp van het bewijs. Door de bewezen getuigenverklaring komen dan tevens vast te staan de feiten, die haar inhoud vormen en deze heeten eveneens door middel van de authentieke akte bewezen. Houdt men hierbij rekening met de omstandigheid, dat naar het systeem van ons bewijsrecht een schriftelijk bekend of erkend feit als bewezen wordt beschouwd, dan zal het niet moeilijk vallen voor ieder voorkomend geval vast te stellen wat door een authentieke akte bewezen kan worden.

Men kan zich voorstellen dat iemand een stuk opmaakt in den vorm van een authentieke akte zonder daartoe de bevoegdheid te bezitten. Een zoodanig stuk zal de uiterlijke kenteekenen hebben van een authentieke akte zonder het in werkelijkheid te zijn. Een dergelijk stuk heet een valsche authentieke akte. Eveneens zal men zich kunnen voorstellen dat in een echte authentieke iets veranderd is, de authentieke heet dan vervalscht. Ten slotte bestaat de mogelijkheid dat een daartoe bevoegd ambtenaar bij het opmaken eener authentieke akte den door de wet voorgeschreven vorm in acht neemt, doch iets verklaart, dat met de werkelijkheid niet overeenstemt, omdat hij zich vergist of opzettelijk anders verklaart dan hij heeft geconstateerd. Een zoodanig stuk voldoet in alle opzichten aan de vereischten, die de wet aan een authentieke akte stelt en is dus een echte authentieke akte. Want noch door de wet noch door de wetenschap is als vereischte voor een authentieke akte gesteld, dat de daarin vervatte getuigenverklaring van den instrumenteerenden ambtenaar met de werkelijkheid overeenstemt. Men neemt weliswaar aan, dat de in de authentieke akte voorkomende getuigenverklaring

van den instrumenteerenden ambtenaar tot het bewijs van het tegendeel met de werkelijkheid overeenstemt, doch daarmede is geenszins die overeenstemming als vereischte voor een authentieke akte gesteld, ja zelfs het niet-bestaan dier overeenstemming als mogelijk verondersteld. Een authentieke akte, waarvan de daarin vervatte getuigenverklaring van den instrumenteerenden ambtenaar niet met de werkelijkheid overeenstemt noemt men niettemin valsch en wel intellectueel valsch ter onderscheiding van de twee reeds genoemde vormen van valschheid, die men materieele valschheid noemt. Voor het bewijs dat een authentieke akte intellectueel valsch is acht men bijna algemeen (1) toepasselijk de voorschriften, die het wetboek van burgerlijke rechtsvordering geeft voor de geschillen over de echtheid en de onechtheid van geschriften (artt. 176—196). Wie bewijst dat een authentieke akte intellectueel valsch is gaat er dus van uit dat zij alle vereischten bezit, die de wet aan een authentieke akte stelt, dat de authentieke akte echt is. Aangezien nu een authentieke akte evenmin als iedere andere akte tegelijkertijd valsch en echt kan zijn is het begrip intellectueele valschheid in het burgerlijk recht een wanbegrip. Wie bewijst dat een authentieke akte intellectueel valsch is, bewijst dat de daarin vervatte getuigenverklaring van den instrumenteerenden ambtenaar niet met de werkelijkheid overeenstemt, dat m. a. w. de feiten die het voorwerp van zijn getuigenverklaring vormen niet bestaan, hij bewijst dus dat niet bestaat hetgeen door middel van de authentieke aanvankelijk bewezen was, hij levert dus tegenbewijs tegen den inhoud der authentieke akte.

Het wanbegrip der intellectueele valschheid heeft zich

(1) Niet aldus De Pinto II blz. 325, Suyling I blz. 336 v. Star Busmann acht toelaatbaar dat het bewijs dat een onderhandsche akte intellectueel valsch is volgens de gewone regelen van tegenbewijs geleverd wordt.

niet bepaald tot de authentieke akte, ook bij de onderhandsche akte is het een rol gaan spelen. De consequentie bracht mee dat waar een authentieke akte intellectueel valsch kon zijn hetzelfde ook voor een onderhandsche akte aan te nemen. „Immers bij onderhandsche akten is het volstrekt niet uitgesloten, dat partijen door dwaling of bedrog misleid, iets anders relateeren dat met hunne (lees: haar) bedoeling strookt, zoodat hun (lees: haar) geschrift is uiterlijk waar, maar van binnen intellectueel valsch is". Aldus de procureur-generaal in zijn conclusie voorafgaande aan het arrest van den Hoogen Raad van 5 Januari 1928, *W.* 11783. Ja, inderdaad; even goed als het mogelijk is dat een instrumenteerend ambtenaar in een authentieke akte voor hem verschenen personen anders laat verklaren dan hetgeen zij inderdaad verklaard hebben, kan het voorkomen dat een particulier een geschreven of gedrukt stuk onderteekent, waarvan de inhoud anders is dan hij zich voorstelt; of dat hij een stuk onderteekent, dat geheel of gedeeltelijk blanco is en later door een ander anders wordt ingevuld dan hij afgesproken had. Nadat men eenmaal aangenomen had dat een authentieke akte intellectueel valsch kan zijn heeft men terecht hetzelfde voor de onderhandsche akte mogelijk geacht. Zoo besliste de Hooge Raad bij zijn arrest van 26 Mei 1926, *W.* 10002, dat het Hof te Amsterdam onder meer de artt. 176, 177, 178 B. R. niet had geschonden „toen het besliste, dat, indien het bezwaar tegen de overgelegde schuldbekentenis hierin bestond, dat zij zou zijn ontstaan door misbruik van een in blanco van goed schrift en handteekening voorzien stuk, dit verweer slechts kon worden onderzocht, als het werd ingebracht op de wijze voor de geschillen over echtheid of onechtheid van geschriften in het Wetboek van Burg. Rechtsv. voorgeschreven" (in denzelfden zin het arrest van het Hof te Amsterdam van 31 December 1926,

W. 11687). Nog openlijker erkende de Hooge Raad de mogelijkheid dat een onderhandsche akte intellectueel valsch kan zijn bij zijn arrest van 5 Januari 1928, *W.* 11783. De zaak was deze. Twee personen hadden ieder een onderhandsche akte onderteekend, waarbij zij zich als borgen verbonden hadden jegens een Bank, onder afstand van alle voorrechten door de wet aan borgen toegekend, tot zekerheid van al hetgeen de Bank van zekeren T. uit hoofde van rekening-courant of uit welke hoofde te eeniger tijd te vorderen zou hebben, edoch niet verder dan tot een maximum van *f* 10.000. Genoemde T. was op zeker tijdstip *f* 29.493.40 uit rekening-courant aan de Bank schuldig geworden, bleef, nadat hem de rekening-courant was opgezegd, in gebreke dit bedrag te voldoen en werd daarna in staat van faillissement verklaard. De Bank daagde daarop de beide borgen voor de Rechtbank te Assen, ieder tot betaling van *f* 10.000. De beide gedaagden erkenden de door de Bank in het geding gebrachte akten van borgtocht onderteekend te hebben, doch stelden een aantal feiten en omstandigheden, welke alle te zamen genomen, indien bewezen, de gevolgtrekking zouden rechtvaardigen, dat zij toen zij de akten onderteekenden omtrent den inhoud daarvan in dwaling verkeerden, zij betichtten de door de Bank geproduceerde akten van valschheid en vorderden om tot bewijs daarvan door middel van getuigen te worden toegelaten. Zij verwezen daarbij naar de door hen persoonlijk geteekende verklaring ter Griffie overgelegd. Bij haar vonnis van 14 April 1925 besliste de Rechtbank dat er geen termen bestonden om de gedaagden (incidenteel eischers) toe te laten om de valschheid der door hen geteekende akten te bewijzen en gelastte partijen voort te procedeeren; bij vonnis van 3 November 1925 veroordeelde zij ieder der gedaagden tot betaling van *f* 10.000. De gedaagden gingen in hooger beroep. In de eerste plaats

kwamen zij op tegen de overweging in het vonnis der Rechtbank, dat er in een geval als het onderhavige slechts van valschheid sprake zou kunnen zijn, in geval men door dwaling of door bedrog er toegebracht was bedoelde stukken te onderteekenen. Het Hof te Leeuwarden overwoog dienaangaande bij zijn arrest van 19 Januari 1927, *W.* 11718: „dat, waar het in casu betreft een geval van z.g.n. intellectueele valschheid van de geproduceerde stukken, waarvan de daarop gestelde handteekeningen als echt zijn erkend, ingevolge de bepaling van art. 1934 B. W. een enkel beroep op de omstandigheid, dat de inhoud van het stuk niet luidt overeenkomstig hetgeen tusschen partijen is overeengekomen een betichting van valschheid niet rechtvaardigt" en verder „dat dit anders wordt, wanneer men een beroep doet op feiten en omstandigheden, waaruit met reden kan worden afgeleid, dat degeen, die het bedoelde stuk onderteekende, heeft kunnen en moeten veronderstellen, dat het stuk, dat hij onderteekende, iets anders inhield dan zooals het inderdaad blijkt te luiden".

„dat in een dergelijk geval gezegd kan worden, dat de onderteekenaar door dwaling of bedrog tot het onderteekenen van de akte is gebracht."

Het Hof was verder van meening dat de door de appellanten in hunne ter Griffie van de Rechtbank afgelegde verklaring opgenomen feiten en omstandigheden van dien aard waren dat zij aan de hierboven gestelde vereischten voldeden en zij alsnog tot bewijs van de door hen gestelde feiten en omstandigheden behoorden te worden toegelaten. Het Hof achtte derhalve de grief van de appellanten gegrond, vernietigde het vonnis der Rechtbank, verwees de zaak naar de Rechtbank terug ten einde haar met inachtneming van dit arrest verder te berechten en af te doen. De Bank achtte door deze beslissing onder meer art. 176 B. R. en art. 1934 B. W. geschonden en teekende tegen

's Hofs arrest cassatie aan. Bij bovengenoemd arrest verwierp de Hooge Raad het beroep in cassatie op grond van de volgende overwegingen:

„dat in art. 176 B. R. geheel in het algemeen de mogelijkheid wordt geopend van een rechterlijk onderzoek naar de echtheid of onechtheid van de geschriften, waarvan beweerd wordt dat zij „valsch of vervalscht" zijn, en er geen reden bestaat zulk een onderzoek alleen toe te laten bij materieele en niet bij intellectueele valschheid;

„dat toch beide soorten van valschheid onder het juridisch begrip valschheid zijn begrepen en niet alleen strafbaar zijn gesteld in het thans van kracht zijnde Wetboek van Strafrecht, doch dat dit ook reeds het geval was in den Code Pénal, hier te lande van kracht, toen het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd ingevoerd;

„dat, al mogen niet alle artikelen van de vijfde afdeeling van titel III van Boek I van laatstgenoemd Wetboek bij betichting eener akte van intellectueele valschheid toepassing kunnen erlangen, dit met andere, bepaaldelijk met art. 191 zeer wél het geval is;

„dat nu wel bij pleidooi is betoogd, dat, zoo intellectueele valschheid wellicht mogelijk mocht zijn bij eene authentieke akte, dit toch zeker niet het geval kan zijn bij een onderhandsch geschrift, doch dat ook dit betoog niet opgaat;

„dat toch zeer wel mogelijk is *dat iemand er toegebracht wordt een onderhandsche akte te onderteekenen, die een geheel anderen inhoud heeft dan hij meent,* (2) en zulk een geval zich bepaaldelijk ten deze voordoet, wanneer inderdaad de feiten geschied zijn, tot het bewijs waarvan de verweerders in cassatie bij het bestreden arrest zijn toegelaten;".

Wij zien dus 's Hoogen Raads eenig argument voor de

---

(2) Wij cursiveeren.

ruime opvatting van het begrip valschheid hierin bestaat, dat ons Wetboek van Strafrecht en ook de Code Pénal, die hier te lande van kracht was, toen het Wetboek van Rechtsvordering werd ingevoerd, het begrip valschheid in de ruime beteekenis kent. Ons Wetboek van Strafrecht onderscheidt inderdaad twee soorten van valschheid, de eerste waarbij de bedoeling is het te doen voorkomen alsof het geschrift afkomstig is van een ander dan den werkelijken onderteekenaar, de tweede, waarbij niet de herkomst van het geschrift in twijfel kan worden getrokken, maar de inhoud in strijd is met de werkelijkheid; de eerste soort vormt met de vervalsching de zoogenaamde materieele valschheid, de tweede soort staat bekend onder den naam intellectueele valschheid (Noyon III, 2e druk, blz. 410). Dat echter in ons Wetboek van Strafrecht de zoogenaamde intellectueele valschheid ook onder valschheid in het algemeen begrepen wordt is geen reden om aan te nemen, dat zulks ook in ons burgerlijk recht het geval is. Te recht zegt Star Busmann (Hoofdstukken van Rechtsvordering Dl. III, blz. 405) „ook de intellectueele valschheid is onder de artt. 225 v. W. v. S. begrepen. Begrippen van strafrecht mogen echter in het burgerlijk geding den doorslag niet geven". In stede van ons te overtuigen dat ons burgerlijk recht het ruime valschheidsbegrip kent, heeft het argument door den Hoogen Raad aangevoerd ons gesterkt in de overtuiging dat de intellectueele valschheid een strafrechterlijk begrip is, dat te kwader ure in het burgerlijk recht is verdwaald geraakt en daar een verwarring stichtende rol speelt.

Wij zien verder dat de Hooge Raad evenals zijn procureur-generaal en het Hof te Leeuwarden van meening is dat voor intellectueele valschheid van een onderhandsche akte een vereischte is dat de onderteekenaar in dwaling verkeert omtrent den inhoud der akte. Is dit consequent?

Wij meenen van niet. Voor de intellectueele valschheid van een authentieke akte wordt, zoover wij weten, door niemand de eisch gesteld dat de instrumenteerende ambtenaar of de partijen omtrent den inhoud der akte in dwaling verkeeren. Het bloote feit, dat de instrumenteerende ambtenaar in de door hem opgemaakte akte iets anders heeft geconstateerd, dan in werkelijkheid is voorgevallen maakt, zoo neemt men algemeen aan, de akte intellectueel valsch, zonder dat het er iets toe doet of zulks opzettelijk dan wel bij vergissing is geschied. Neemt men dus aan dat een onderhandsche akte even goed als een onderhandsche akte intellectueel valsch kan zijn dan eischt de consequentie dat men een onderhandsche akte waarin de onderteekenaar willens en wetens in strijd met de werkelijkheid een uitwendig feit, bv. dat hij een som gelds ter leen heeft ontvangen, erkent intellectueel valsch noemt. Immers in dat geval is in de onderhandsche akte evenals in de zoogenaamd intellectueel valsche authentieke akte een feit in strijd met de werkelijkheid gerelateerd. Indien men deze noodzakelijke consequentie aanvaardt dan zal men moeten toegeven dat het begrip intellectueele valschheid zoo ruim is, dat er voor tegenbewijs tegen den inhoud eener onderhandsche akte geen plaats meer is. Maar daarmede is dan ook de intellectueele valschheid als burgerrechtelijk begrip afdoende veroordeeld. Het arrest van den Hoogen Raad is voor ons een sprekend voorbeeld van een geval, waarbij tegenbewijs door middel van getuigen gehuld in het kleed van bewijs van intellectueele valschheid in strijd met het aan art. 1934 B. W. ten grondslag liggend beginsel tegen den inhoud eener akte wordt toegelaten. Dat de beide personen die de akten van borgtocht onderteekenden daartoe door dwaling of bedrog gebracht werden kan het feit niet wegnemen, dat zij toegelaten om door middel van getuigen te bewijzen de feiten en omstandigheden, waaruit die dwaling

en dat bedrog zouden bestaan, werden toegelaten om door middel van getuigen te bewijzen dat hun verklaringen door die akten bewezen door hen niet werden afgelegd, terwijl zij de akten als zoodanig onaangetast lieten. Indien in dit geval geen bewijs door middel van getuigen tegen den inhoud eener akte werd toegelaten, dan kunnen wij ons geen geval voorstellen waarbij dit wel het geval is, dan is tegenbewijs tegen den inhoud eener onderhandsche akte iets onbestaanbaars (3).

STAR BUSMANN, die ook de meening is toegedaan, dat zoowel onderhandsche als authentieke akten intellectueel valsch kunnen zijn, acht bij intellectueele valschheid in een onderhandsche akte de valschheidsprocedure niet noodzakelijk, doch ook het gewone tegenbewijs toelaatbaar (zie Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering Dl. III, no. 304, blz. 407 en zijn aanteekening onder het hier besproken arrest van den Hoogen Raad *W.* 11783). Waarom? Omdat er volgens STAR BUSMANN bij een onderhandsche akte „geen sprake kan zijn van een *bijzondere geloofswaardigheid* toekomende aan den derde die het stuk

---

(3) In ons proefschrift „de Bewijskracht van Akten" (Leiden 1910 blz. 184) hebben wij de meening verdedigd, dat tegenbewijs tegen den inhoud eener onderhandsche akte in den zin van bewijs, dat de onderteekenaar een andere verklaring heeft afgelegd, dan in de akte geschreven staat uitgesloten is, omdat juist met de afgifte eener geschreven en onderteekende verklaring, die verklaring wordt afgelegd en het niet mogelijk is dat men bewijst een andere verklaring te hebben afgelegd dan men heeft afgelegd. Volgens die meening zouden de overeenkomsten van borgtocht in het hier besproken geval wel tot stand zijn gekomen en zouden de onderteekenaars om zich van de daaruit voor hen voortvloeiende verbintenissen te bevrijden haar vernietiging op grond van dwaling of bedrog moeten vorderen. Hoewel het praktisch niet veel verschil maakt achten wij het bij nader inzien juister aan te nemen dat het mogelijk is dat anders is verklaard dan in de akte geschreven staat en dat het bewijs daarvan is toegelaten.

heeft gesteld of ingevuld". De kracht van dit argument ontgaat ons te eenenmale. Van beiden één toch zouden wij meenen, intellectueele valschheid is valschheid in den zin van ons burgerlijk recht of zij is het niet. Neemt men met STAR BUSMANN aan van wel, dan moeten om haar te bewijzen de voorschriften van de valschheidsprocedure in acht genomen worden; dat de intellectueele valschheid een onderhandsche akte betreft kan dan geen reden zijn om ook de gewone regelen voor het tegenbewijs toepasselijk te achten. De wet (art. 176, no. 3 B. R.) spreekt immers van valsche en vervalschte geschriften, zonder hierbij onderscheid te maken tusschen authentieke en onderhandsche geschriften. Is het soms dat de schrijver hier terugdeinst voor een ongerijmd gevolg, dat uit het door hem gehuldigde ruime valschheidsbegrip kan voortvloeien? Welk ongerijmd gevolg wij hier op het oog hebben zullen wij door een voorbeeld ons uit de praktijk bekend duidelijk maken.

Iemand daagde een ander voor den Kantonrechter tot betaling van de koopsom van een stofzuiger, die de gedaagde, naar hij stelde, van hem gekocht had en dien hij den gedaagde had aangeboden. De gedaagde ontkende de gestelde koopovereenkomst. De eischer bracht daarop in het geding een als door den gedaagde onderteekend gedrukt bestelbriefje, waarin de onderteekenaar den eischer verzocht hem voor een daarin genoemd bedrag een stofzuiger te leveren. De gedaagde erkende dat de onder het bestelbriefje voorkomende handteekening de zijne was, doch voegde er het volgende aan toe: toen ik op den dag der dagteekening van het bestelbriefje vermoeid van mijn werk thuis kwam trof ik daar een persoon aan, die zich mij bekend maakte als den reiziger van den eischer. Hij was toen juist bezig in tegenwoordigheid van mijn vrouw een demonstratie met een stofzuiger te geven. Nadat de demonstratie met den stofzuiger was afgeloopen verzocht hij mij

een dergelijk instrument te koopen. Ik weigerde zulks met beslistheid op grond dat de prijs daarvan voor mij, een eenvoudig werkman, veel te hoog was. Toen de reiziger na nog eenige vergeefsche pogingen te hebben aangewend om mij te bewegen een stofzuiger te koopen en hij blijkbaar inzag dat ik mij niet liet overhalen, verzocht hij mij een gedrukt briefje te onderteekenen om een bewijs te hebben, naar hij zeide, dat hij bij mij een demonstratie had gegeven. Daar ik, zooals gezegd, vermoeid was en bovendien verlangde om te gaan eten onderteekende ik het briefje om van hem af te zijn zonder vooraf gelezen te hebben hetgeen erop gedrukt stond; het door mij toen onderteekende briefje is hetzelfde als dat de eischer thans in het geding brengt. Ik blijf ontkennen een stofzuiger van den eischer gekocht te hebben en biedt aan de door mij gestelde feiten door middel van getuigen te bewijzen. De eischer ontkende de door den gedaagde gestelde feiten en hield vol dat de gedaagde een stofzuiger van hem had gekocht. Volgens het door ons besproken arrest van den Hoogen Raad hebben wij hier te doen met een typisch voorbeeld van een betichting van intellectueele valschheid eener onderhandsche akte. De gedaagde erkent immers het overgelegde stuk onderteekend te hebben, doch voegt er aan toe dat hij door bedrog en dwaling daartoe is gebracht. De Kantonrechter zal den gedaagde niet mogen toelaten tot het door hem aangeboden getuigenbewijs, doch krachtens art. 100 B. R. het door den eischer overgelegde bestelbriefje moeten waarmerken en de zaak naar de Rechtbank moeten verwijzen. Er is echter geen redelijk motief aan te voeren waarom de Kantonrechter in dit geval niet bevoegd zou zijn de getuigen te hooren, die de gedaagde zou willen voorbrengen om de door hem gestelde feiten te bewijzen. Het door den eischer overgelegde bestelbriefje, dat de gedaagde zelf erkend heeft onderteekend te hebben, kan bij de bewijs-

voering geheel buiten beschouwing blijven en speelt daarin geen rol, het getuigenbewijs zal slechts loopen over de omstandigheden waaronder de onderteekening heeft plaats gehad en zich in geen enkel opzicht onderscheiden van ieder ander gewoon getuigenverhoor. Doch ondanks dit alles dwingt de ruime opvatting van het burgerrechtelijk valschheids-begrip de partijen in het onderhavige geval, waarin het gaat om een zoo klein bedrag dat de Kantonrechter bevoegd is, voor de Rechtbank verder te procedeeren. Een opvatting die tot een dergelijk ongerijmd gevolg kan leiden kan slechts als juist aanvaard worden, wanneer de ondubbelzinnige woorden der wet daartoe dwingen, doch noch de woorden noch de algemeene strekking van de voorschriften der valschheidsprocedure dwingen daartoe.

Theoretisch komt ons het arrest van den Hoogen Raad, waarbij het burgerrechtelijk valschheidsbegrip zoo ruim werd opgevat, dat daaronder ook de zoogenaamde intellectueele valschheid begrepen wordt, onhoudbaar voor. Het is in onverzoenlijken strijd niet alleen met de artt. 100 en 176 B. R. doch ook met het aan art. 1934 B. W. ten grondslag liggend beginsel, dat tegenbewijs door middel van getuigen tegen den inhoud eener akte uitsluit. Want hoe men het wende of keere, voor ieder die zin voor de realiteit heeft en zich niet door woorden van de wijs laat brengen, zal het duidelijk zijn dat intellectueele valschheid in het burgerlijk recht een wanbegrip is en de onderscheiding tusschen tegenbewijs tegen den inhoud eener akte en het bewijs harer intellectueele valschheid een sophisme is, met behulp waarvan men tegenbewijs door middel van getuigen in strijd met het aan art. 1934 B. W. ten grondslag liggend beginsel toelaat. Dit alles neemt niet weg, dat er weinigen zullen zijn, die het uit een praktisch oogpunt zullen betreuren, dat de Hooge Raad door het burgerrechtelijk valschheidsbegrip buiten zijn natuurlijke grenzen uit te breiden

tegenbewijs tegen inhoud eener akte ook door middel van getuigen toelaat. Maar is daarmede het aan art. 1934 B. W. ten grondslag liggend beginsel niet veroordeeld? Deze vraag kan moeilijk anders dan bevestigend beantwoord worden. Wij beschouwen dan ook het door den Hoogen Raad gewezen arrest, waarbij het burgerrechtelijk valschheidsbegrip zoo ruim wordt genomen, dat daaronder ook de zoogenaamde intellectueele valschheid is begrepen, als een uiting van het rechtsbewustzijn dat een vernietigend oordeel uitspreekt over een door en door verouderd rechtsbeginsel, dat door onze wet nog gehuldigd wordt. Maar, wanneer dit zoo is, wordt het dan niet hoog tijd, dat art. 1934 B. W. uit ons burgerlijk wetboek wordt verwijderd, opdat dit rechtsbewustzijn zich vrijelijk kan uiten zonder dat het noodig is dat het zijn toevlucht neemt tot wanbegrip en sophisme.

Niet alleen met behulp van het wanbegrip „intellectueele valschheid", ook door de begrippen „koopman" en „daad van koophandel" ver buiten hun wettelijke grenzen uit te breiden heeft ons hoogste rechtscollege de toepassing van de verbodsbepaling van art. 1934 B. W. weten te vermijden. Volgens art. 2 W. v. K. is een koopman hij, die daden van koophandel uitoefent en daarvan zijn gewoon beroep maakt; volgens art. 3 W. v. K. is een daad van koophandel het koopen van waren om deze weder te verkoopen in het groot of in het klein, hetzij ruw hetzij bewerkt of om alleen het gebruik daarvan te verhuren. In overeenstemming daarmede besliste de Hooge Raad bij zijn arrest van 15 Juni 1906, *W.* 8392, conform de daaraan voorafgaande conclusie van den procureur-generaal dat een schilder (verver) als zoodanig niet is een koopman. Het tegendeel was aangenomen in een vonnis van den Kantonrechter te Nijmegen, in hooger beroep bij vonnis van de Rechtbank te Arnhem bevestigd. Tegen laatstgenoemd von-

nis werd beroep in cassatie aangeteekend wegens schending en verkeerde toepassing o. a. van de artt. 2 en 3 W. v. K. De Hooge Raad motiveerde zijn beslissing dat een schilder niet is een koopman op de volgende wijze:

„dat, wanneer de klanten van zoodanigen schilder hem opdragen hunne zaken te verven tegen loon, het dien klanten wel, zooals de Rechtbank opmerkte, te doen is om het dekken van die voorwerpen door eene verflaag, doch hieruit niet volgt dat, zooals de Rechtbank ook aanneemt, *verf* door den schilder aan die klanten wordt verkocht en daarom, wanneer hij ten behoeve van die opgedragen en verrichte „verving" zich verfstof bij een handelaar hierin heeft aangeschaft, hij van laatstgenoemde naar de bepaling van art. 3 W. v. K. waren heeft gekocht „om dezelve weder te verkoopen in het groot of in het klein, hetzij ruw hetzij bewerkt";

„dat toch de hoofdzaak van zulk eene opdracht bestaat in eene verrichting, naar de uitdrukking der Rechtbank een „verving": een *werk* aan des klants goed hetwelk de verver aanneemt voor laatstgenoemde te doen, hoedanig werk moet strekken om, tot behoud, herstel of versiering van die voorwerpen, het goed te brengen in zekeren toestand door middel of behulp van verfstoffen; dat alzoo wanneer voor dergelijke verrichting gelijk hier feitelijk is uitgemaakt, een loon is bedongen, de verrichting is een *aanneming van werk* als bedoeld bij art. 1640 B. W. en de opdracht naar de uitdrukkelijke voorziening van gezegd artikel voorschreven karakter blijft behouden ook al gaat de overeenkomst tot zoodanigen betaalden arbeid of nijverheid gepaard met levering van daartoe benoodigde stof (verf) door den aannemer;

„dat hieruit volgt dat, al heeft de eischer-verver voor de uitoefening van dit zijn bedrijf verfstoffen gekocht van den koopman-verweerder, en al heeft de verrichting van door

den eischer aangenomen vervingsarbeid ten gevolge dat de voor het volvoeren benoodigde verf overgaat aan des eischers klanten, deze uitkomst geenszins naar rechte uitmaakt een verkoop der gebezigde verf aan den klant, doch slechts een bijkomstig gevolg der overeenkomst van „aanneming van werk" en geenszins den verver tot koopman naar art. 3 W. v. K. maakt."

De redeneering is logisch; er ligt duidelijk in opgesloten dat hij die materialen koopt om ze te gebruiken bij een werk dat hij met bijlevering der materialen van een ander heeft aangenomen, ze niet koopt om ze weder te verkoopen en dus niet verricht een daad van koophandel en dat een aannemer dus niet is een koopman. En toch gaf de Hooge Raad bij arrest van 23 Februari 1923, *W.* 11043, een beslissing in tegengestelden zin en wel op grond van de volgende overwegingen:

„dat ingevolge art. 3 W. v. K., de wet door daden van koophandel in het algemeen onder andere verstaat het koopen van waren om ze weder te verkoopen, in het groot of in het klein, hetzij ruw hetzij bewerkt;

„dat, wat er zij van de stelling of koopen van waren alleen dan een daad van koophandel is als dit geschiedt met het doel om ze als roerende zaken te verkoopen, in elk geval iemand, die materialen koopt om ze te gebruiken bij een bouwwerk, dat hij met bijlevering der materialen van een ander heeft aangenomen, zulk een daad van koophandel verricht;

„dat immers deze de waren koopt om ze niet eerst bij de oplevering van het bouwwerk, maar telkens wanneer zij bewerkt of onbewerkt voor den bouw worden aangewend, in het vermogen van den aanbesteder te doen overgaan, en zoodanige handeling mede valt onder het begrip „koopen om weder te verkoopen."

De redeneering is uiterst gewrongen; consequent door-

gedacht leidt zij tot de conclusie, dat hij die een beroep, zooals dat van huisschilder, schoenmaker, schoenpoetser, bij de uitoefening waarvan de gebruikte grondstoffen (verf, leer en schoensmeer) overgaan van zijn vermogen in dat van hem, voor wien hij werkt, een koopman is (4). Men zal dan ook MOLENGRAAFF (5) moeten toegeven, dat de redeneering van het arrest van 20 Februari 1923 een breedvoerige weerlegging vindt in dat van 15 Juni 1906. Een nader commentaar achten wij dan ook overbodig. Stellen wij ons daarom de vraag hoe kwam de Hooge Raad er toe om, na eerst een arrest gewezen te hebben, waarbij een beslissing werd gegeven, die op een onweerlegbaar juiste en door niemand aangevochte redeneering berust, een ander arrest te wijzen, waarbij een beslissing in tegengestelden zin wordt gegeven, die berust op een redeneering, die reeds bij voorbaat door die van het eerste arrest onwedersprekelijk weerlegd is? De beantwoording der vraag is niet moeilijk, indien men de moeite neemt om na te gaan, waarom het in beide gevallen eigenlijk ging; waarom in het eerste geval moest uitgemaakt worden of een verver, die voor de uitoefening van zijn beroep verf koopt en in het tweede geval of een aannemer van bouwwerken, die materialen koopt om ze te gebruiken bij een bouwwerk, dat hij met bijlevering der materialen van een ander heeft aangenomen, een daad van koophandel verricht. In het eerste geval ging het om de beantwoording der vraag of een verver, die veroordeeld was om den koopprijs van een door hem tot de uitoefening van zijn bedrijf gekochte hoeveelheid verf te betalen, tot betaling van 5 dan wel 6 procent van den koopprijs aan

(4) Vergelijk de buitengewoon heldere conclusie van den procureur-generaal POLIS voorafgaande aan 's Hoogen Raads arrest van 15 Juni 1906.

(5) Zie zijn aanteekening op 's Hoogen Raads arrest van 23 Februari 1923 in het *W. v. h. R.* no. 11043.

processueele interessen veroordeeld moest worden en of het vonnis bij lijfsdwang uitvoerbaar mocht worden verklaard, in het tweede geval of getuigenbewijs tegen den inhoud eener akte al of niet toelaatbaar was. Het laat onzes inziens geen twijfel dat het verschil in beslissing slechts daaraan is toe te schrijven ,dat de Hooge Raad bij het wijzen van het eerste arrest geheel vrijstond tegenover de vraag of een verver koopman is, terwijl hij bij het wijzen van het tweede arrest zich, hetzij dan bewust of onbewust, heeft laten beinvloeden door de gedachte, dat, indien hij de vraag of een aannemer, die materialen koopt om ze te gebruiken bij een bouwwerk, dat hij met bijlevering der materialen van een ander heeft aangenomen, in ontkennenden zin beantwoordde, dit zou leiden tot het door hem niet gewilde gevolg, dat getuigenbewijs verboden zou zijn, waar het volgens zijn rechtsbewustzijn moet worden toegelaten. Door de begrippen „koopman" en „daad van koophandel" ver buiten hunne wettelijke grenzen uit te breiden wist de Hooge Raad de toepassing van de verouderde en met zijn rechtsbewustzijn strijdige verbodsbepaling te vermijden.

Men ziet, rechtsbewustzijn *kruipt* waar het niet gaan kan. Maar wanneer het nu zoo is, dat de verbodsbepaling van art. 1934 B. W. in strijd is met het rechtsbewustzijn van ons hoogste rechtscollege, — de vraag zij hier nog eens gesteld — zou het dan niet beter zijn dat zij wordt afgeschaft? Het rechtsbewustzijn kan dan zijn loop hebben zonder dat het van wanbegrip en gewrongen redeneering gebruik behoeft te maken.

Rotterdam, Augustus 1928

Ein Neues System des Verwaltungsrechtes.

1. *Die Wiener staatsrechtliche Schule.*

Man ist gewohnt, von einer Wiener medizinischen Schule zu sprechen, wegen ihrer bahnbrechenden Leistungen seit dem vorigen Jahrhundert; man spricht auch von einer besonderen nationalökonomischen und historischen Wiener Schule. Man musz sich daran gewöhnen, von einer Wiener staatsrechtlichen Schule zu sprechen.

Mit beispielloser Kühnheit hat der Wiener Universitätsprofessor Hans Kelsen alle traditionellen Anschuungen vom Staate als eines Komplexes von Macht und Gewalt angegriffen und dafür einen Staatsbegriff aufgestellt, der nichts anderes ist als reine Rechtsverkörperung und dessen Aufgabe darin besteht, Recht zu verwirklichen. Kelsen's System hat Schule gemacht, und eine ganze Schar von Jüngern verbreiten als Schriftsteller, Rechtslehrer und Professoren die Ideen ihres Meisters. Aber eine ebenso gewaltige Opposition erhebt sich gegen den kühnen Neuerer, dem man vorwirft, dass er sich von allen Realitäten des wirklichen Lebens entfernt, weil ganz im Gegensatz zu seinen Ideologien seit jeher Gewalt und Macht die Kennzeichen des Staates waren und es stets bleiben werden. Nur auf *einem* Gebiete der staatlichen Tätigkeit, auf jenem der Justiz, kann man sich schon jetzt mit dem Gedanken befreunden, dass die Rechtsverwirklichung, also die Anwendung von gesetzlich anerkannten Normen, die Aufgabe des Staates sei. Hingegen in der Verwaltung sei es doch unleugbar, dass Wille und Tat das Wesentliche seien, und

nicht die blosse Aufstellung wird Ausführung von Rechtssätzen; hier — so behaupten die Gegner der neuen Staatstheorie — bewege sich der Staat, um überhaupt handeln zu können, zum grossen Teil im rechtsfreien Raume, in einer von Rechtssätzen nicht vorgezeichneten Sphäre. Inmitten dieses Kampffeldes steht die neue Wiener Staatsrechtliche Schule.

2. *Das neue Verwaltungsrecht.*

In diesem Augenblicke tritt ein Schüler und Jünger Kelsens, der Wiener Universitätsprofessor Adolf Merkl, mit der Theorie auf, dass die „reine Rechtslehre" sich speziell auf dem Gebiete der Verwaltung mit besonderem Erfolge verwerten lasse. In seinem gross angelegten Werke: „Allgemeines Verwaltungsrecht" weist er nach, weshalb das Verwaltungsrecht bisher den anderen Rechtswissenschaften nicht ebenbürtig war. Während Zivilrecht und Zivilprozess sich in tausendjähriger Entwicklung aus römischem und noch älterem Rechte logisch und strengrechtlich entwickelt haben, während Strafrecht und Strafprozess gleichfalls eine alte Schulung durchmachten, entstand das ganze heutige Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahren aus einem erst in dem letzten Jahrhundert zurückgedrängten Polizei- und Wohlfahrtsstaate, und noch immer steckt so manches von den nur teilweise überwundenen Traditionen tief in den Köpfen der Staatslenker und Staatsbürge rund — was noch verwunderlicher ist — in den Schulheften der Lehrer dieses Rechtszweiges. Verwaltungsrecht ist ihnen noch immer eine etwas minderwertige Stiefschwester des Zivilrechtes.

Merkl unternimmt es nun, alle Hindernisse der Gleichstellung des Verwaltungsrechtes mit den älteren Rechtsdisziplinen wegzuräumen und scheut nicht davor zurück, das ganze bisherige Lehrgebäude des Verwaltungsrechtes

umzustossen. Deshalb verbannt er die bisher geduldeten „rechtsfreien" Räume, die „Metaphysik des Recht" als Irrlichter und mittelalterlichen Spuk auch aus diesem Teilbereich der Jurisprudenz und baut mit einem gewaltigen Schöpferakte ein reines Rechtssystem der Verwaltung auf.

Um gleich hier einer falschen Einstellung vorzubeugen, sei bemerkt, dass dieses neue allgemeine Verwaltungsrecht vor allem nicht ein sogenanntes *Naturrecht* der Verwaltung bedeutet, also etwa ein auf philosophischen Systemen aufgebautes Programm, wie die Verwaltung nach sittlichen oder politischen Forderungen aussehen sollte; ein derartiges Naturrecht verwirft er als ein blosses Luftgebilde. Ebensowenig aber wird ein bestimmtes Verwaltungsrecht eines einzelnen Staates, z. B. Oesterreichs dargestellt, vielmehr unterzieht er sich der allerdings schwierigen aber gewaltigen und bisher ungelösten Aufgabe, die für unsere heutigen Kulturstaaten (Europas und Amerikas) typischen Verwaltungsrechtsordnungen durch Abstraktionen der wirklich geltenden Rechte der Einzelstaaten unter gemeinsamen Gesichtspunkten zu behandeln, und rechtfertigt damit seine Bezeichnung *„allgemeines"* Verwaltungsrecht. Man mag sich zu diesem kühnen Unternehmen stellen wie man will — prinzipiell ablehnend oder zustimmend; jedesfalls muss man es kennen lernen, um von nun an auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes mitsprechen zu dürfen.

3. *Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung.*

Die bisher herrschenden Lehren nehmen ziemlich übereinstimmend eine Dreiteilung der staatlichen Funktionen vor, indem sie Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung neben einander stellen. Aber eine genaue Grenzziehung ist ihnen bisher nicht gelungen, insbesondere laufen die Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung vielfach durcheinander;

sie gleichen zwei sich schneidenden Kreisen mit einem zweifelhaften Zwischengebiete, das zugleich eine Verlegenheit bildet. Ebensowenig ist die Grenzziehung zwischen Verwaltung und Gesetzgebung bisher einwandfrei geglückt.

Für diese strittige Vorfrage hat Merkl einen ganz annehmbaren Ausweg gefunden, indem er an die Lehre Kelsens anknüpft, dass die gesamte Tätigkeit des Staates stets eine reine Rechtsfunktion sei. Der Staat erzeugt durch verschiedene Organe stufenweise das Recht, zuerst die abstrakte Norm, die sich schrittweise zur konkreten Einzelanwendung verdichtet. Die Grundlage bildet die Verfassung des Staates; sie regelt unmittelbar die Tätigkeit der auf ihr aufgebauten zweiten Stufe, nämlich die Gesetzgebung; die Verfassung ist daher die abstrakte, das einfache Gesetz die relativ konkretere Rechtssetzung. Erst durch Vermittlung dieses Zwischengliedes, also indirekt wird alle weitere Staatstätigkeit geregelt; letztere ist also ihrem Wesen nach nichts anderes als Vollziehung des Gesetzes und sie begreift sowohl Verwaltung wie Gerichtsbarkeit in sich. So wird also der bisher üblichen Dreiteilung, für die sich ein logischer Einteilungsgrund nicht einwandfrei gefunden hat, zunächst eine Zweiteilung gegenübergestellt und es zerfällt alle staatliche Tätigkeit in zwei Hauptgruppen: Gesetzgebung und Vollziehung, die sich scheiden, je nach ihrer unmittelbaren oder mittelbaren Abhängigkeit von der grundlegenden Staatsordnung, der Verfassung. Erst auf der Stufe des Vollzuges konkretisiert sich das Gesetz vollständig; Gesetzgebung und Vollzug unterscheiden sich somit als Mutter- und Tochterfunktion und zugleich ist die Vollziehung der Gesetzgebung subordiniert.

In die Vollziehung teilen sich Verwaltung und Justiz; aber wo ist hier die Grenzlinie? Merkl geht alle bisherigen Theorien durch, um ihre Unzuverlässigkeit und Unbrauch-

barkeit zu erweisen. Insbesondere wendet er sich gegen alle Versuche, welche einer alten polizeistaatlichen Ueberlieferung folgend, der Verwaltung eine gewisse Freiheit von der Rechtsordnung, ein jenseits des Rechtes liegendes Gebiet freien Handelns zugestehen und sie dadurch von der angeblich allein rechtlich gebundenen Gerichtsbarkeit unterscheiden möchten. Folgt man seiner vernichtenden Kritik der bisherigen Scheidungsversuche, so bleibt wirklich nur ein einziges wahrhaft unverwischbares Unterscheidungs-Merkmal übrig; die grundverschiedene Rechtsstellung der Organe. In der Justiz herrscht durchgängige Gleichstellung der Organe, in der Verwaltung Ueber- und Unterordnung derselben. „Die Justizorganisation ist ein durch Koordination gekennzeichneter Organkomplex, die Verwaltungsorganisation eine durch Subordination gekennzeichnete Organisationshierarchie". Oder, etwas gemeinverständlicher ausgedrückt: Weisungen gibt dem Richter nur das Gesetz; dem Verwaltungsbeamten auch der Vorgesetzte.

Eine derartige Vorarbeit, die den Begriff der Verwaltung feststellen und ihr zugleich die richtige Stellung innerhalb der Staatstätigkeit anweisen will, würde den Theoretiker und den Praktiker der Verwaltung vielleicht nicht allzusehr interessieren, wenn nicht aus dieser Feststellung sich weitreichende Konsequenzen ergäben, die für wahrhaft grundlegende Aenderungen in der Behandlung des Verwaltungsrechtes das Tor öffnen würden. Die erste Konsequenz ist die völlige Gleichberechtigung von Verwaltung und Gerichtsbarkeit, die beide nur als Vollzugsorgane der Gesetzgebung in Betracht kommen, indem beide berufen sind, das Recht zu verwirklichen; die zweite Konsequenz ist die völlige Unterordnung der Verwaltung unter ihre Oberstufe, das Gesetz. Wie diese beiden Konzequenzen wirken, sollen die folgenden Abschnitten beleuchten.

4. *Gesetzgebung und Verwaltung.*

Ebenbürtigkeit der Verwaltung mit der Justiz war ausgeschlossen, so lange in der Verwaltung stellenweise Rechtslosigkeit, also jener rechtsfreie Raum zu finden war. Ebenso wenig kann es eine Ebenbürtigkeit des Verwaltungsrechtes mit des Privatrechte und ihr verwandten Rechtswissenschaften geben, solange es die Eierschalen seinse geschichtlichen Ursprunges nicht abgestreift hat. Dieser neueste Zweig der Rechtsdisziplin entstand, wie gesagt, aus der sogenannten Polizeiwissenschaft, und diese wieder war ein Sammelbecken der verschiedenartigsten Wohlverhaltungsvorschriften, gemischt aus Rechtssätzen und guten Ratschlägen. So glich — und gleicht noch heute vielfach — das sogenannte Verwaltungsrecht einem überfüllten Warenhause, in welchem Befehle und Verbote gegen die Untertanen gemischt sind mit Verhaltungsmassregeln für die Behörden und einem oft undurchdringlichen Gestrüpp zweifelhafter Provenienz.

Hier Ordnung zu schaffen, in alle dunklen Winkel hineinzuleuchten und allen Moder und Staub auszuräumen, ist Merkl's hervorragendes Verdienst. Die Theorie der Wiener staatsrechtlichen Schule, wonach auf der Verfassung die Gesetzgebung beruht, und diese wieder die Grundlage der Vollziehung bildet, unterstellt die Verwaltung genau so dem Gesetze, wie dies für die Justiz allgemein anerkannt ist. Eigentlich haben ja bereits die meisten Verfassungen moderner Staaten sich bemüht, diesem Ideal nahe zu kommen. Aber nur selten haben sie eine, alle Fälle der Verwaltung umfassende Formel für ihre Absicht gefunden, und durch die offen gelassenen Maschen hat der alte Polizeigeist immer wieder Eingang in die Verwaltung gefunden. Dabei hat ihm freilich die bisherige Verwaltungsrechtswissenschaft Helferdienste geleistet, indem sie min-

destens für die oberste Staatsleitung, aber auch häufig für Notakte der Unterorgane einen, wenn auch eingeengten rechtsfreien Kreis für unentbehrlich hielt, und somit auch eine Verwaltung neben dem Gesetze zuliess. Unter dem Einflusse der neuen Wiener Schule hat die österreichische Bundesverfassung für das reine, von Willkür- und Gewaltakten ungetrübte Verwaltungsrecht einen klassischen Ausdruck in den kurzen Worten des Artikel 18 gefunden: „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden".

Den bisher für die Verwaltung tief eingewurzelten Machtgedanken bekämpft Merkl so weitgehend, dass er sagt: „Selbst die vielberufene Untertanenpflicht besteht nicht a priori, sondern nur a posteriori zufolge der rechtsordnungsgemässen Anordnung", mit anderen Worten: diese Gehorsamspflicht besteht nicht von Natur aus, gleichsam vermöge himmlischer Einsetzung, sondern nur insoweit sie durch bestimmte Rechtssätze festgesetzt wurde. Damit stimmt auch Merkl's Auffassung: „Der Mensch darf von rechtswegen alles, was ihm nicht ausdrücklich verboten ist. Der Staat kann nur das, was ihm rechtlich ausdrücklich ermöglicht ist".

Diesem Gedanken entspricht es vollkommen, wenn manche der bisher heilig gehaltenen Grund- und Freiheitsrechte sich lediglich als rechtlich irrelevante Abwehrmassregeln gegen einen früher bestandenen Missbrauch entpuppen; sie könnten in dem System des reinen Verwaltungsrechtes auch ungeschrieben bleiben, ohne an der bestehenden Freiheit das Geringste zu ändern. Wenn z. B. ein solches Grundrecht den Satz enthält, dass der Staatsbürger das Recht des ungestörten Aufenthaltes im Staatsgebiete habe, so könnte dieser Satz ruhig wegbleiben; denn es „bedürfte im Gegenteil einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, wenn eine Ausweisung zulässig sein soll".

Eine andere radikale Schlussfolgerung aus dieser unbeugsamen Rechtsauffassung aller staatlichen und also auch der Verwaltungstätigkeit ist der Satz, dass es eine Gehorsamspflicht des Staatsbürgers nur gegenüber dem rechtlichen Verwaltungsakte gebe. Der fehlerhafte, mit Mängeln behaftete Verwaltungsakt ist ein Scheinakt, der verbindliches Recht nicht erzeugt; seine, seien es formelle oder materielle Mängel sind Nichtigkeitsgründe, so dass aus dem Scheinakte weder Rechte noch Pflichten entstehen. Wen dieser Radikalismus einschüchtert, den tröstet MERKL damit, dass das positive Recht auch solche Scheinakte sanieren kann, und dass es von diesser Möglichkeit reichlich Gebrauch macht.

5. *Justiz und Verwaltung.*

Sind Justiz und Verwaltung ausschiesslich Teile einer dem Gesetze untergeordeneten Vollziehung, so verschwinden damit alle Unterscheidungen, welche nur der ersteren Funktion den Stempel der Rechtsmässigkeit aufdrücken, der anderen hingegen diese Auszeichnung gelegentlich versagen möchten. Diese hat natürlich gewaltige praktische Konzequenzen, von denen hier nur einige angeführt werden können.

Es entsprach traditioneller Auffassung, wenn das behördliche Ermessen als eine Art rechtlicher Ungebundenheit für die Verwaltungsorgane beansprucht wurde. Ja man war, und ist heute noch vielfach geneigt, „freies Ermessen" geradezu mit Verwaltung zu identifizieren, so zwar, dass die Einengung des Ermessens für die Verwaltung die Ausnahme bilde; im Gegensatze dazu sei das richterliche Ermessen nur ausnahmsweise vom Gesetze gestattet.. Diese zwiespältige Ermessenslehre hat unendliche Schwierigkeiten in Theorie und Praxis bereitet. Im Systeme MERKL's verschwindet dieser Zwiespalt vollständig; es gibt keinen

Wesensunterschied zwischen Gerichts- und Verwaltungsermessen. Im Gegenteile versteht sich Jede Art des Ermessens ganz von selbst durch die vorerwähnte stufenweise Erzeugung des Rechtes, welches sich schrittweise von der abstrakten Norm zum Einzelakte verwirklicht. Die Verfassung ist abstrakter als das einfache Gesetz; dieses ist abstrakter als die von ihm ermächtigte Verordnung; diese wieder abstrakter als der konkrete staatliche Einzelakt, sei er nun richterliches Urteil oder Verwaltungsbescheid. Dabei lässt jede dieser Stufen innerhalb der von ihr vorgeschriebenen Bindung einen gewissen Spielraum für das in der Stufenfolge nachstehende Organ, und gerade dieser Spielraum ist das Ermessen. Es ist im Wesen die gleiche Funktion in der Gesetzgebung, der Gerichtsbarkeit und in der Verwaltung. So erklärt es sich auch ohne Schwierigkeiten, wenn die moderne Entwicklung dahin geht, das Ermessen der Gerichts zu erweitern (Freirechtsbewegung), hingegen, im Gegensatze zur polizeilichen Vergangenheit, das Ermessen der Verwaltungsorgane einzuengen.

Auch für das vielumstrittene Gebiet der Rechtskraft behördlicher Entscheidungen bietet die reine Rechtslehre eine annehmbare Lösung. Die herrschende Lehre war zwar in dem Punkte einer Meinung, dass das endgiltige richterliche Urteil Unanfechtbarkeit für die Prozessparteien erzeuge, in deren Streite es erflossen ist (jus facit inter partes). Hingegen schwankte die Meinung hinsichtlich der Rechtskraft der Entscheidungen von Verwaltungsbehörden; es schien zweifelhaft, ob diese überhaupt Unanfechtbarkeit erlangen können, oder immer wieder der Abänderlichkeit und Widerrufbarkeit unterliegen, und überdies, ob sie Rechtskraft auch gegenüber Aussenstehenden (jus inter omnes z. B. bei Betriebsanlagen, Strassenfluchtbestimmungen, Baukonzession u. dergl.) erlangen können. Merkl's Lehre vom grundlegenden Aufbau des Rechtes für alle Staatsfunk-

tionen erschliesst in sich eine unbegrenzte Fortdauer jedes staatlichen Rechtsaktes, sei es Gesetz, Urteil oder Bescheid; sie alle sind ebenso für die Dauer bestimmt, wie die Rechtsordnung selbst. Eine Verneinung der Rechtskraft wäre Verneinung der Rechtsnatur des Staates im allgemeinen und der Verwaltung im besonderen. Also ist Rechtskraft das Primäre und Selbstverständliche, und ihre Aufhebung kann nur infolge positiv-rechtlicher Bestimmungen erfolgen. Unter dem Einflusse der Wiener Schule hat das österreichische Gesetz betreffend das Verwaltungsverfahren vom 21. Juli 1925 diese Frage in vorbildlicher Weise gelösst, indem es Widerruflichkeit nicht kraft begrifflicher Notwendigkeit, sondern kraft positiv-rechtlicher Anordnung unter den im Gesetze vorgesehenen Voraussetzungen zulässt.

Dies wären einige Einzelbeispiele, wie komplizierte Streitfragen, welche infolge ihrer gestrennten Behandlung, einmal als Teile des Justizrechtes das andere mal als Teile des Verwaltungsrechtes eine widerspruchsvolle, also genau besehen, gar keine Lösung erfuhren, von jenem höheren Gesichtspunkte der inneren Rechtsgleichheit beider Gebiete betrachtet, sich einheitlich lösen lassen. Von dieser höheren Warte aus erkennt man auch eine weitgehende Wesensgleichheit des Kriminal- und des Polizeistrafrechtes, des Gerichts- und des Verwaltungszwanges, ja sogar des so verschieden eingeschätzten und bearbeiteten Zivil-, Straf- und Administrativ-Verfahrens. Merkl stellt daher mit Recht die Forderung auf, dass man für eine ganze Reihe bisher für Justiz und Verwaltung verschieden bearbeiteter Teilgebiete (Verfahren, Beweisführung, Exekution, Ermessen, Rechtskraft, Wiederaufnahme usw.) zuerst die gemeinsamen Merkmale durchforschen müsse, um auf Grund der so gewonnenen, weil gründlicheren Erkenntnisse dann erst ihre Besonderheit für jeden dieser beiden Hauptzweige zu

bearbeiten. Eine Vertiefung verbunden mit weitgehender Oekonomie der Forschungs- und Gesetzgebungs-Arbeit liesse sich dadurch erreichen.

6. *Rückblick.*

Fasst man die Gesamtheit dessen zusammen, was die revolutionierende Auffassung eines neuen Verwaltungsrechtes bieten will, so kann man sie als den Versuch bezeichnen, ein vielfach von rechtsfremden Stoffen durchsetztes Rechtsgebiet von diesen Fremdkörpern zu reinigen. Politische Wünsche und technische Kenntnisse auf den verschiedensten Wirtschaftsgebieten haben sich zusammen mit Rechtssätzen zu einem Konglomerate vermischt, das den Namen Verwaltungs*recht* nur mit Unrecht führte. Allerdings korrespondierte dieses sonderbare Gemisch von Rechtssätzen und Gebrauchsrezepten mit der unleugbaren Tatsache, dass auch die Praxis der Verwaltung sich ganz analog aus Rechtshandlungen und anderen Betätigungen zusammensetzt, denen ein Rechtcharakter nicht zuerkannt werden kann, ja die gradezu als Verleugnung des Rechtes anzusehen sind. In einem helldunkeln Uebergangszustande von althergebrachter Gewaltsanbetung und dem Ringen nach reinen Rechtsformen befindet sich in der Gegenwart sowohl die Praxis der Verwaltung wie die Theorie des Verwaltungsrechtes. Die Kühnheit des Unterfangens, welches Merkl's allgemeine Verwaltungslehre unternimmt, liegt nun gerade darin, dass er „die Verwaltung in ein System von Rechtsfunktionen auflösen will. Er will „die ganze Verwaltung, die im Lichte so mancher Juristen gradezu als das Tummelfeld von Gewalthandlungen erscheint, restlos von Gewalttiraden säubern".

Ob diese gewaltige Absicht mit einem Wurfe vollendet sei, mag dahin gestellt sein. Noch ist die reine Rechtslehre, der Ausgangspunkt dieses Strebens umstritten, noch sind

zahlreiche Einzelgebiete des Verwaltungsrechtes nicht durchgearbeitet, ja von MERKL selbst vernachlässigt worden. Auch bieten einzelne dieser Gebiete, so vor allem seine Organlehre dem Angriffe viele Zielpunkte dar — was hier zu besprechen zu weit führen würde. Aber eines ist zweifellos: dieses Streben, auch der Verwaltung einen von Willkür befreiten Rechtsboden zu schaffen, verdient restlose Anerkennung und hat bereits zahlreiche neue Erkentnisse zutage gefördert. Eines derselben sei hier noch besonders angeführt, weil es wie ein befreiendes Tor uns aus einem Wirrniss von Gestrüpp in ein zu weiterer Pflege geeignetes Gartenland hinüberführt. Es ist die Durchbrechung jener Mauer, die eine falsche Theorie zwischen Justiz und Verwaltung aufgerichtet hatte. In der Gerichtsbarkeit erblickte man die Verwirklichung der Rechtsordnung, in der Verwaltung die Verwirklichung öffentlicher Interessen. Mit beissender Ironie verwirft MERKL diese eingewurzelte Unterscheidung und sagt: „Indem die Justiz die Rechtsordnung verwirklicht, dient sie doch offenbar dem öffentlichen Interesse, und die Verwirklichung des öffentlichen Interesses von Seiten der Verwaltung schliesst doch offenbar nicht aus, dass dies durch das Medium der Rechtsordnung geschieht".

Dr. CARL BROCKHAUSEN,
Wien

J. H. F. KOHLBRUGGE, *Practische Sociologie*, Deel V: *Sociale Nooden I, De Vrouw, Hoogere Standen, Degeneratie, Alcohol.* — Groningen, Den Haag, J. B. WOLTERS' U. M. 1928.

Prof. KOHLBRUGGE zet zijn werk over Practische Sociologie met prijzenswaardigen spoed voort. Het vijfde deel ligt thans voor ons en achterin wordt vermeld, dat het zesde ter perse is. Het komt mij voor, dat er niet slechts een snelle opeenvolging is, maar dat ook van opklimming mag worden gesproken. Dit vijfde deel acht ik, ik denk daarbij in de eerste plaats aan het formeele, beter dan de vorige. Hier worden op rustige wijze een viertal onderwerpen besproken. En dat niet alleen uitvoeriger en grondiger dan andere onderwerpen in vorige deelen, maar ook duidelijker, meer overzichtelijk, zonder een verwarrende en toch nooit volledig te maken veelheid van instellingen, vereenigingen enz. te beschrijven, gelijk we dat vroeger wel ontvingen. Nu voeg ik daar dadelijk een wensch aan toe, n.l. dat Prof. KOHLBRUGGE nog wat meer zorg zal gaan besteden aan taal, stijl, wijze van uitdrukking. Het viertal woorden in den Titel, *De Vrouw, Hoogere Standen, Degeneratie, Alcohol,* doet al dadelijk, door de nevenstelling van ongelijksoortige dingen niet aangenaam aan. En ook, wanneer ik een enkele taalfout tot drukfout herleid, blijft er in het boek zelf nog wel iets over, dat tot de bepaalde zonden tegen onze moedertaal moet worden gebracht. Ik noem *minder als* op bl. 53. Het is geen schoolmeesterachtige vitzucht, die mij deze dingen schrijven doet. KOHLBRUGGE gaf ons een leesboek; hij houdt ons vast, ik spreek daar nog van, te meer is het jammer, dat we in onzen gang door het

boek telkens gestoord worden door oneffenheden, die gemakkelijk glad hadden kunnen worden gemaakt.

Kom ik tot den inhoud, dan kan ik ook daarvan veel goeds zeggen. KOHLBRUGGES uitgangspunt is het mijne niet. Maar dat neemt niet weg, dat ik in wat hij practisch begeert, en daarom gaat het toch reeds blijkens den titel in de eerste plaats, doorgaans aan zijn zijde sta. Op kalme, rustige wijze, zakelijk, met beroep op tal van statistieken, welker betrekkelijke waarde toch ook weer wordt gezien, ontvouwt de schrijver verschillende maatschappelijke nooden en wijst hij den weg ter verbetering. Het best geslaagd acht ik het stuk over de *vrouw,* dat is het meest overtuigend, omdat het gebaseerd is op den goeden grondslag: laat de vrouw toch vrouw blijven, in de ontwikkeling naar eigen aard. De hoofdstukken over Hoogere Standen en Degeneratie zijn uit den aard der zaak meer beschrijvend. Hier komt wel uit, dat KOHLBRUGGE ook medicus is. De niet-medicus vraagt, is dit niet wat al te pessimistisch niet alleen, maar ook wat te uitsluitend uit medische overwegingen beredeneerd. Ik moet daar tegenover stellen, dat ik KOHLBRUGGES goed gedocumenteerd betoog niet zou weten te weerleggen. Ik zou het zoo kunnen uitdrukken, indien al deze dingen zóó zijn, onafwijsbaar moeten geschieden, wat zal dan de practische sociologie doen? Maatregelen kunnen niet worden genomen, het is hier alles constateeren. Natuurlijk wordt dat weer anders bij de behandeling van het alcoholisme. Ook hier lijkt me het standpunt van den schrijver juist. Hij wil strijd tegen den alcohol, maar verwacht niet het meeste van geheelonthouding, plaatselijke keuze, drooglegging. Ik sta daarin aan zijn zijde.

KOHLBRUGGE zou KOHLBRUGGE niet moeten zijn, indien ook dit boek niet een zeer persoonlijk boek was. Dat is niet erg. Integendeel, dat is het, wat naast het groote belang van den inhoud, het boek maakt tot één, dat men niet

neerlegt, maar in éénen doorleest tot het einde. Maar natuurlijk prikkelt juist dat persoonlijke ook telkens tot tegenspraak. Ik noem enkele dingen. Bl. 67 betoogt KOHLBRUGGE dat het Christendom sedert eeuwen het mannelijke in den man verzwakt. Dat is een redeneering, die ik in een fascist begrijp, maar niet bij KOHLBRUGGE, die immers *dienen,* in de maatschappij anderen ten nutte zijn, als hoogste ideaal stelt. Of de raadgeving een vrouw in Romaansche en Oostersche landen te zoeken, een goede is, lijkt me aan twijfel onderhevig (bl. 69). Wie MAYOS *Mother India* gelezen heeft, zal het bl. 53 bovenaan geschrevene niet zóó gebruiken, als door KOHLBRUGGE is gedaan. Zeer persoonlijk getint is, wat KOHLBRUGGE bl. 40 vlg. over de politiek schrijft. Een betoog over de politiek behoort in de Practische Sociologie niet thuis en ik zal me niet aan wat ik in KOHLBRUGGE laak, schuldig maken door in deze beoordeeling zijn redeneering te gaan bestrijden. Ik zeg nu alleen, ondanks KOHLBRUGGES niet-stemmen, moet toch het land geregeerd worden en door zijn niet-stemmen blijft hij verantwoordelijk. En in de tweede plaats, een uiteenzetting: heel de politiek is voos, dus verlaagt het de vrouw er aan te doen, is evenmin overtuigend als deze: niemand moest rooken, dus onteert rooken een vrouw. En nu heb ik over het hoofdstuk De Vrouw, nog een opmerking van meer algemeenen aard. KOHLBRUGGE redeneert aldus: 85 pCt. der vrouwen huwt, dus is het vanzelfsprekend de vrouw op te voeden met het oog op het huwelijk. M. i. lijkt dat vanzelfsprekend, maar is het dat niet, ligt hier juist de groote moeilijkheid. De vrouw m. n., die uit de betere standen, die opgeleid is voor het huwelijk en niet huwt, is na den dood van haar ouders honderdmaal slechter af, dan de dochter uit het eenvoudige gezin, die leerde voor onderwijzeres. De vraag voor ieder, die voor de opvoeding van dochters staat, is: Kan, mag ik het er op wagen, of heb

ik te zorgen, dat mijn dochter straks in haar onderhoud kan voorzien, dat ze het niet al te veel minder heeft, dan ik het haar thans kan geven? Juist, dat doet zoovelen besluiten hun dochter, al is het met tegenzin, toch maar te laten studeeren.

Uit de andere hoofdstukken heb ik minder op te merken. Ik wil alleen nog eens bijzonder onderstreepen, wat KOHLBRUGGE op bl. 124 en 134 in het licht stelt, niet alleen „goed kunnen leeren", zooals dat uit rapporten enz. blijken kan, brengt verder, daar moet bijkomen volharding, initiatief, zelfstandigheid. Ook ik ken er heel wat, van wie ik veel, zeer veel had verwacht en die toch straks, alhoewel nuttige leden der maatschappij, niet uitstaken boven het gewone. En dat kwam daaruit voort, dat ze niet wisten te woekeren met den tijd, geen drang gevoelden om verder te studeeren, en bovenal, omdat ze geen vragen zagen, aan welker oplossing ze begeerden mee te werken. Ook gebrek aan gepast zelfvertrouwen speelt een groote rol. En ik geloof, ook op grond van ervaring, dat wie werkelijk, d. w. z. in elk opzicht, geschikt is voor studie, er ook wel komt, uit welk milieu hij afkomstig moge zijn.

Nu nog enkele kleine opmerkingen. Waarom wordt op bl. 17 alleen over de meisjesstudenten aan de openbare universiteiten gesproken en niet ook over die aan de bijzondere en de hoogescholen? Is het nu werkelijk in Nederland zoo erg, dat men, als op bl. 180 wordt beweerd, in hôtels en restaurants aan tafel alcoholhoudende dranken *moet* gebruiken, dat wettige (lees wettelijke) bepalingen daartegen noodig zijn? Ik geloof er niets van, wie Victoriawater bestelt, krijgt het, hoogstens betaalt men bij niets drinken een toeslag op den dinerprijs. Mag men zeggen, gelijk op bl. 170 geschiedt, dat een kleine maar roerige minderheid de zoo zegenrijk gebleken vaccinatie wil af-

schaffen? Ik ben altijd voor de vaccinatie geweest, maar kan dat in 1928 niet meer zijn.

Eindelijk, ik mag door te veel kritiek niet den indruk wekken, dat ik KOHLBRUGGES boek niet met genoegen zou hebben gelezen. Daarom aan het einde nog eens de uitdrukkelijke verklaring, dat ik dit vijfde deel der Practische Sociologie, een belangrijk, een goed werk acht, dat ik met veel genoegen las en met welks inhoud ik — afgedacht van het uitgangspunt — in het algemeen instem. Ik raad allen studeerenden in de eerste plaats, maar verder ook allen beschaafden Nederlanders aan het te koopen en ernstig te bestudeeren. Men zal er onzen tijd beter door leeren verstaan, oog krijgen voor allerlei sociale nooden en ook enkele wegen ter verbetering zien gewezen.

F. W. GROSHEIDE

Inleiding tot het Nederlandsch Internationaal privaatrecht, door Dr. A. C. J. MULDER. Algemeen en Bijzonder Deel.

In het voorbericht tot de hier besproken inleiding wordt betoogd, dat het bestaan van een derde boek over het Nederlandsche internationaal privaatrecht naast de werken van JITTA en KOSTERS gerechtvaardigd schijnt. Inderdaad zocht hij, die zich de hoofdbeginselen van het internationaal privaatrecht wilde eigen maken, tot voor kort vergeefs naar een leerboek, dat in kort bestek een overzicht gaf van wat tegenwoordig doctrine en jurisprudentie omtrent dit recht leert. Ook in het buitenland bleek behoefte te bestaan aan een beknopt leerboek. Tenminste verscheen nog onlangs ten dienste van het onderwijs van de hand van NIBOYET, die met PILLET het bekende Manuel de droit international privé schreef, een précis élémentaire de droit international privé (éd. Recueil Sirey) dat wordt aangeduid als een „réduction" van het handboek. Het is dan ook aannemelijk dat er behoefte bestaat aan een Inleiding als Dr. MULDER beoogt te geven, welk werk hij een leerboek noemt in de eerste plaats voor studenten geschreven.

Het spreekt vanzelf bij de veelheid van de behandelde onderwerpen — in het bijzondere deel zijn afzonderlijke hoofdstukken of afdeelingen gewijd aan auteursrecht, octrooirecht, merkenrecht, handelsnaam en oneerlijke mededinging, wisselrecht, procesrecht, arbitrage, faillissementsrecht — dat niet mogelijk is met alle beschouwingen van den schrijver instemming te betuigen. Aan enkele bezwa-

ren die bij mij opkwamen moge hier een plaats worden ingeruimd.

Het leek mij dat soms meer van de gangbare opvattingen wordt afgeweken dan voor een leerboek dienstig is. Op blz. 5 vindt men de verdeeling van de regelen van internationaal privaatrecht in die, welke een eigen rechtsinhoud hebben en welke naar een bepaalde wet verwijzen. Dan volgt: „verschillende regels voldoen aan beiderlei voor-„waarden. Wanneer b.v. de wet een bijzonder voorschrift „voor vreemdelingen geeft, heeft deze regel zeker een eigen „rechtsinhoud, doch tevens vloeit uit den aard van den „regel voort, dat hij immer toepassing moet vinden, „m. a. w. de regel verwijst naar zich zelve". Het valt te betwijfelen of deze uiteenzetting aldus voldoenden zin heeft om te kunnen worden gevat.

Verder wijs ik op de meening van Dr. MULDER dat voor den rechter geen conflicten bestaan. De slotsom waartoe zijne redeneering hem op blz. 7 voert luidt: „Voor den „rechter is er dus van wetsconflicten geen sprake". Nu moge het te verdedigen zijn dat de rechter slechts heeft te gehoorzamen aan de wettelijke voorschriften, door den wetgever van zijn Staat vastgesteld, en dat het buitenlandsche recht hem slechts aangaat voorzoover zijn eigen wet daarnaar verwijst, zulks neemt toch niet weg dat men zonder aan de duidelijkheid te kort te doen van wetsconflicten mag spreken, zoodra de door partijen gestelde feiten bij den rechter de vraag doen rijzen of die feiten door nationaal of vreemd recht en door welk vreemd recht worden beheerscht.

Meermalen trof mij dat de beoordeeling van rechterlijke uitspraken niet geheel juist is. Naar aanleiding van art. 1 van het Haagsche huwelijksverdrag van 1902 bespreekt de schrijver de vereischten noodig voor het aangaan van een huwelijk. In dit verband acht hij het arrest van den H. R.

van 26 September 1918, *W.* 11315, minder juist. Nu vindt men in *W.* 11315 twee arresten van den H. R. beiden van 26 September 1918 en betrekking hebbende op voormeld verdrag. Het middel van cassatie, waaromtrent het eerste arrest beslist, noemt niet art. 1 van het verdrag. Ook het middel, waarover de H. R. in het tweede arrest zijn oordeel gaf, vermeldt dit artikel niet. In dit arrest wordt trouwens slechts instemming uitgesproken met de conclusie van den Procureur-generaal, welke conclusie luidde dat geen der aangehaalde wetsartikelen door de beslissing kan zijn geschonden, maar dat, zoo er schending of verkeerde toepassing van de wet mocht zijn, deze zou betreffen bepalingen der wetgeving van het Duitsche Rijk en alzoo in cassatie niet onderzocht zou kunnen worden. De voormelde opmerking van Dr. MULDER is mij dan ook niet duidelijk geworden. Als voorbeeld van een arrest, in welks beoordeeling de schrijver mij minder gelukkig toeschijnt zou ik nog willen noemen dat van den H. R. van 31 Mei 1927, *W.* 11675, *Ned. Jur.* 1927 blz. 991. Naar aanleiding van art. 8 van de Conventie van Parijs stelt Dr. MULDER tegenover elkaar het standpunt van den Procureur-Generaal, dat het Verdrag alleen bescherming eischt van den handelsnaam, welke binnen het staatsgebied gevoerd wordt, terwijl de H. R. in het zooeven genoemde arrest van meening was dat art. 8 van het Verdrag een extraterritoriale werking wilde. Het ging hier om den uitleg van art. 5 der Handelsnaamwet te geven, in welk verband melding wordt gemaakt van de Memorie van Toelichting op deze wet, welke vermeldt dat de wettelijke regeling van den handelsnaam ook internationale beteekenis heeft, waarna de H. R. laat volgen een omschrijving der artt. 2 en 8 van genoemd tractaat. Zulks dus om de internationale beteekenis, in de Memorie van Toelichting bedoeld, nader aan

te duiden. Een bepaalde uitlegging van genoemd art. 8 mag, meen ik, in het arrest echter niet worden gelezen.

Dat Dr. MULDER herhaaldelijk de Nederlandsche rechtspraak citeert verhoogt de waarde van de Inleiding ook in zooverre, dat niet alleen als studieboek, maar ook als practische handleiding zijn werk met vrucht kan worden geraadpleegd. De vermelding van enkele belangrijke beslissingen zocht ik tevergeefs. Zoo had ten aanzien van de vraag, welke wet den onderhoudsplicht van den vader jegens zijn natuurlijk niet door hem erkend kind beheerscht, welke onderhoudsplicht op blz. 121 wordt besproken, het arrest van den H. R. van 7 Februari 1919, *W.* 10393, niet onvermeld mogen blijven. Hier is de schrijver ook in zoover ietwat onnauwkeurig dat hij zijne gedachten meer doet raden dan dat hij ze juist formuleert. Ik bedoel de zinsnede: „Naast dezen plicht kennen vele „wetgevingen een verplichting van den vader voor zijn „minderjarig kind te zorgen, art. 344 *a* B. W.". Waar op blz. 135 het vonnis van de rechtbank te Utrecht van 31 Mei 1922, *N. J.* 1922 blz. 1110 wordt aangehaald, had het aanbeveling verdiend tevens te vermelden het arrest van het Hof te Amsterdam van 3 November 1925, *W.* 11440, waarbij het vonnis na uitvoerige motiveering werd bevestigd.

Dat ik voormelde opmerkingen maakte had geen ander doel dan te doen uitkomen, dat vóór het uitgeven van een tweeden druk, welke druk ik den schrijver toewensch dat spoedig noodig zal zijn, een hernieuwde en nauwkeurige overweging van het vele dat geboden wordt, de waarde dezer verdienstelijke en nuttige Inleiding nog zal kunnen verhoogen.

Mr. J. E. VAN DER MEULEN

Mr. J. ZAAYER: *„de Rechtsdwaling.* Acad. Proefschrift. — Leiden, 1928. 157 blz.

In dit boek, dat een dissertatie schijnt te zijn, — het blijkt noch uit den titel noch uit den inhoud — behandelt de schr. de rechtsdwaling in het burgerlijke recht.

In een „Inleiding" geeft de schr., na een algemeene omschrijving van het onderwerp zijner studie als „niet- of niet-voldoende bekendheid met een rechtsregel", daarvan als nadere definitie „een onjuiste voorstelling omtrent een rechtsvoorschrift, of een onjuiste voorstelling, welke het gevolg is van een onvoldoende kennis van een rechtsvoorschrift". Met definities moet men — en zeker de jurist — voorzichtig zijn. Tegen die van den schr. hebben wij tweeërlei bezwaar: vooreerst staat dat deel der definitie, dat na het disjunctief „of" volgt, niet naast of tegenover het aan dit „of" voorafgaande deel. Een onjuiste voorstelling omtrent een rechtsvoorschrift zal veelal het gevolg zijn van een onvoldoende kennis daarvan. Het tweede deel der definitie geeft dus een groep van rechtsdwalingen, die reeds onder het eerste deel daarvan vallen, doch die uit een nader bepaalde oorzaak voortvloeien. Is bovendien de definitie wel volledig? Blijkens haar heeft de schrijver alleen gedacht aan een onjuiste voorstelling of aan onvoldoende kennis omtrent een bepaald wetsvoorschrift, dus aan positieve rechtsdwaling. Is volgens den schr. een negatieve rechtsdwaling, t. w. een voorstelling van een rechtsvoorschrift, dat inderdaad niet bestaat, niet mogelijk?

Op deze definitie volgt in Hoofdstuk I een uiteenzetting van de beteekenis der rechtsdwaling. Schr. wijst hierbij op de noodzakelijkheid van een zoo algemeen mogelijke be-

kendmaking der wettelijke voorschriften, welke echter feitelijk toch nooit een volstrekt algemeene bekendheid tengevolge heeft, zoodat de vraag rijst: heeft een wettelijk voorschrift op grond dier algemeene bekendmaking ook zijn werking ten aanzien van hem, die het desniettegenstaande nu eenmaal niet kende? Moeten m. a. w. de gevolgen van het voorschrift voor rekening ook van den onwetende komen? Theoretisch zijn op deze vraag drie antwoorden mogelijk, nl. een onbeperkt toelaten van het beroep op onbekendheid, het volstrekt uitsluiten van een zoodanig beroep en, als middenweg, de uitsluiting als regel met min of meer talrijke, bepaalde uitzonderingen. De vraag, of terwille van de rechtszekerheid de rechtsdwaling niet beschermd behoort te worden, beantwoordt schr. ontkennend. Dit argument der rechtszekerheid, zoo meent schr., zou evenzeer gelden ten aanzien van de feitelijke dwaling, waarvan de noodzakelijkheid van bescherming in sommige gevallen toch algemeen erkend wordt. Schr. ziet geen reden om voor de wetstoepassing een onderscheid te maken tusschen rechts- of feitelijke dwaling, bij beide wordt een beroep gedaan op psychologische factoren, die van aard niet verschillen. Schr. stelt nu als plan voor zijn studie een onderzoek naar tweeërlei vraag, vooreerst of de voorschriften betreffende feitelijke dwaling ook voor rechtsdwaling gelden en daarnaast nagaan, welken invloed de onbekendheid der wetten op haar verbindendheid heeft.

Dit onderzoek vangt schr. aan met het (in de hoofdstukken II tot V) geven van een belangrijk historisch overzicht van de rechtsdwaling in het Romeinsche recht, in Frankrijk vóór de codificatie, van de codificatie in Frankrijk en van die in Nederland.

De Romeinen maakten een scherpe tegenstelling tusschen den error juris en den error facti. Was deze laatste, naar gelang der omstandigheden, vergefelijk, de eerste werd als

onvergefelijk beschouwd: error juris nocet. Op dezen regel golden twee uitzonderingen: vooreerst een algemeene, blijkens de door schr. geciteerde D. XXII 6. 7. 8., voor het geval dat bekendheid met een voorschrift onmogelijk ware te vergen — een uitzondering, die, door de schrijvers zeer verschillend is beoordeeld en in elk geval zoo goed als elke practische beteekenis heeft gemist — en voorts een bijzondere ten aanzien van minderjarigen, vrouwen, soldaten en rustici, bij wie, op grond van hun geringere ontwikkeling, niet dezelfde maatstaf als bij anderen mocht worden aangelegd. Resumeerende komt schr. voor het Romeinsche recht tot de volgende samenvatting: „als dwaling werd in dat recht alleen vergefelijke dwaling beschouwd en beschermd. Gold een dwaling voor onvergefelijk, dan werd er geen acht op geslagen: zij werd met wetenschap gelijkgesteld. Dit gold dus ook voor de rechtsdwaling, die in het algemeen als een onvergefelijke fout werd aangemerkt. „Error juris nocet" luidt het adagium, dat deze gedachte tot uitdrukking brengt. Slechts bij uitzondering, tengevolge van bijzondere omstandigheden, kon een rechtsdwaling vergefelijk zijn. Behalve in zeer lastige gevallen — een theoretische uitzondering, waarvan wij verder niets gewaar worden" (schr. bedoelt de bovengenoemde uitzondering van D. XXII) „vinden wij deze vergefelijke rechtsdwaling bij vier groepen van personen, wier verstandelijke ontwikkeling het noodzakelijk maakte, aan hen minder zware eischen te stellen" en even verder „Een onvergefelijke fout, waarvan men zelf de schadelijke gevolgen maar dragen moet, dat zagen de Romeinsche juristen in een rechtsdwaling". Wij hebben deze samenvatting woordelijk geciteerd, omdat het eenigszins vreemd aandoet dan op de volgende bladzijde te lezen: „Is het Romeinsche stelsel dus te beschouwen als een samenhangend geheel, wij dienen ook hier de onderscheiding te maken, welke in het vorig

hoofdstuk voorop is gesteld. Doen wij dat, dan blijkt dat de teksten te onderscheiden zijn in eenerzijds die, welke voor dwaling bijzondere regels geven, die alleen voor vergefelijke dwaling gelden en dus als regel niet voor rechtsdwaling, en anderzijds die, welke op grond van vergefelijke onkunde omtrent een wetsbepaling een voorschrift t. a. v. den dwalende buiten werking stellen. Tot de eerste groep behooren o. a. D. XLI 3. 31., pr. j°. XLI 10. 5., D. XIV 6. 3. pr.; tot de tweede D. XLVIII 10. 15. 5., D. XXXIX 4. 16. 5. jo. IV 4. 9. 5. Zoo blijkt dus dat in ieder geval niet de regel gold, dat een voorschrift per se verbindend is, onafhankelijk van zijn al- of niet-bekendheid". Teksten, die op grond van vergefelijke onkunde omtrent een wetsbepaling een voorschrift t. a. v. den dwalende buiten werking stellen, dus toch bescherming van rechtsdwaling? En even te voren vernemen we, dat rechtsdwaling in het algemeen, behoudens dan de genoemde uitzonderingen, werd beschouwd als een onvergefelijke fout, die niet beschermd werd? We gelooven, dat de lezer hier in verwarring wordt gebracht tengevolge van het in het vorige hoofdstuk door den schr. aangekondigd plan van zijn onderzoek, t. w. het als twee afzonderlijke en scherp te onderscheiden vragen naast elkaar stellen van den invloed van de onbekendheid der wetten op haar verbindendheid en de toepasselijkheid ook op rechtsdwaling van de voorschriften ten aanzien der dwaling in het algemeen. De schr. merkt bij deze onderscheiding zelve op, dat hij, wegens de nauwe verwantschap der beide vragen, wel eens in herhalingen zal moeten vervallen. We zouden nog iets verder willen gaan en meenen, dat de beide vragen niet alleen nauw verwant zijn, maar dat ze elkaar gedeeltelijk dekken, immers bij de rechtsdwaling, die voortvloeit uit onbekendheid met de wet, zullen, althans kunnen, de voor dat geval gegeven voorschriften omtrent haar verbindendheid van invloed zijn op de be-

antwoording van de vraag, of de bepalingen omtrent dwaling in het algemeen mede van toepassing moeten worden geacht op de rechtsdwaling. In elk geval is het stelsel, dat de schr. voor zijn onderzoek gekozen heeft, voor de duidelijkheid en overzichtelijkheid van zijn betoog niet bevorderlijk geweest, zooals ook verder hier en daar blijkt.

Uit het Frankrijk van vóór de codificatie behandelt schr. vervolgens DOMAT en D'AGESSAU. De eerste gaat weliswaar uit van de stelling, dat rechtsdwaling en feitelijke dwaling niet op een lijn mogen worden gesteld, doch voortbouwende op D. XXII 6. 7 en dientengevolge — ten onrechte — meenende het Romeinschrechtelijk stelsel voort te zetten, komt hij bij zijne omschrijving van de gevolgen van rechts- en van feitelijke dwaling in concreto toch vrijwel tot gelijke conclusies. Ook D'AGESSAU gaat van de meening uit, dat de Romeinschrechtelijke opvatting van de rechtsdwaling in de genoemde tekst van PAPINIANUS is te vinden en komt aldus eveneens, mede op grond van natuurrechtelijke overwegingen, tot een mildere houding tegenover de error juris dan het Romeinsche recht inderdaad had aangenomen.

Uit de beraadslagingen over art. 1 der Code Civil betreffende de afkondiging der wetten en haar verbindendheid leidt schr. vervolgens af, dat aan dit voorschrift geen argument kan worden ontleend, als zou onbekendheid met een wet een onvergefelijke fout zijn; het kan niet worden beschouwd als een wettelijke appreciatie der rechtsdwaling als onvergefelijke dwaling. Schr.'s conclusie is dat aan de rechtsdwaling als zoodanig bij het ontwerpen der C. C. geen bijzondere aandacht is gewijd en naar Fransch recht tusschen rechtsdwaling en feitelijke dwaling geen onderscheid mag worden gemaakt, gelijk in het algemeen dit ook de opvatting der Fransche jurisprudentie is.

Tot een gelijke conclusie ten aanzien van de artt. 1 en 2

van onze Wet houdende Alg. Bepalingen komt schr. tenslotte in zijn beschouwingen over de codificatie in Nederland. Ook hier meent schr. uit de beraadslagingen over deze artikelen en over de daaraan voorafgaande ontwerpen de gevolgtrekking te mogen maken, dat er geen argument in de wet is te vinden, waarom rechtsdwaling anders dan feitelijke dwaling zou moeten worden behandeld; zij staan volkomen gelijk. Het is merkwaardig en veelzeggend voor de beteekenis der rechtsdwaling voor de rechtspractijk, dat schr., wat betreft de jurisprudentie ten onzent, slechts een achttal rechterlijke beslissingen sedert 1889 heeft kunnen vinden (1), w. o. maar één arrest van den Hoogen Raad nl. dat van 3 April 1890, *W.* 5859, waarin werd overwogen „dat toch, al neemt men aan, dat er reeds in het Romeinsche recht, maar vooral in ons hedendaagsche recht, gevallen denkbaar zijn, waarin een error juris als error probabilis aan te merken zou zijn, dit nog niet zou wegnemen, dat onder de omstandigheden, waaronder de eischer hier verkeerde, het bestaan van goede trouw onaannemelijk geacht is". Voor de gevolgen der rechtsdwaling schijnt deze overweging ons zonder veel waarde en de schr. gaat o. i. te ver, als hij daaruit concludeert, dat volgens den H. R. „beslissend is of de dwaling was een error probabilis, en indien een rechtsdwaling als zoodanig is te beschouwen, zullen de gunstige bepalingen voor dwaling ook voor deze gelden". Uit de woorden „al neemt men aan" in de overweging blijkt dat de H. R. de vraag, of bedoelde gevallen denkbaar zijn, in het midden laat. De daarop volgende, niet door den schr. geciteerde overweging luidt bovendien: „dat voorts niet alleen het bestaan van eenigen error juris bij den eischer en zijn auteurs door het Hof niet

(1) Schrijver had ook nog kunnen noemen: vonnis Rb. Leeuwarden 20 Juni 1913, *W.* 9579.

is aangenomen, maar zelfs uit het arrest niet blijkt, dat door pp. eenig beroep op zulk een dwaling gedaan zou zijn" enz.

Na dit historisch onderzoek komt schr. tot de volgende slotsom: „Na de behandeling dezer oude opvattingen (de Romeinschrechtelijke) hebben wij nagegaan, of in de geldende Fransche en Nederlandsche wetgevingen een spoor is te vinden van een verschillende waardeering der beide soorten van dwaling. Wij bevonden toen, dat dit niet het geval is. En bij gebreke aan een wettelijke verplichting om de rechtsdwaling op een bepaalde wijze te waardeeren, bestaat dan ook volkomen vrijheid, om de beteekenis ervan in elk geval naar de omstandigheden te beoordeelen op gelijke wijze als bij feitelijke dwaling deze vrijheid bestaat". Wanneer nu een beroep op dwaling — hetzij rechts- hetzij feitelijke dwaling — mogelijk is? Terecht antwoordt schr. op deze vraag, dat daarvoor geen algemeene regel te geven is, al zal eenerzijds als richtsnoer kunnen dienen het beginsel dat een, aan eigen fout te wijten dwaling geen bescherming verdient, en anderzijds, naar schr.'s meening, een beroep op rechtsdwaling nooit toelaatbaar zijn, als de dwaling betreft een regel, die geldt als voorschrift van goede zeden, welke stelling schr. de gelegenheid biedt, om een interessante beschouwing te wijden aan het bekende bontmantel-arrest van den H. R. van 6 Januari 1928.

In het 6de Hoofdstuk onderzoekt schr. de beide artikelen in ons B. W., waarin van „rechtsdwaling" uitdrukkelijk gesproken wordt, nl. art. 1895 betreffende de dading en art. 1963 omtrent de gerechtelijke bekentenis. Schr. meent dat deze voorschriften voor de beteekenis der rechtsdwaling waardeloos zijn. Ten aanzien van art. 1895 toont schr. aan, dat het van rechtsdwaling spreekt alleen tengevolge van een ondoordachte wijziging in het ontwerp van het overeenkomstige artikel der C. C., welke slechts als een

redactie-wijziging bedoeld was. Minder sterk is het betoog, dat ook art. 1963 voor de beteekenis der rechtsdwaling zonder eenig belang zoude zijn. Dat deze bepaling, langs vele omwegen ontleend aan het Romeinschrechtelijke adagium „non fatetur qui errat nisi jus ignoravit", alleen voor de bekentenis zoude gelden en zelfs als argumentum a contrario zoude mogen worden gebruikt ten aanzien van de rechtsdwaling in het algemeen, is eene stelling, waarvan schr. de juistheid niet zoo overtuigend aantoont.

Onder den titel „Schuldfictie en verbindendheid" behandelt schr. vervolgens in het 7de hoofdstuk de tweede vraag, die hij zich bij het plan voor zijn studie ter beantwoording heeft gesteld, nl. die naar den invloed van onbekendheid met de wetten op haar verbindendheid. Schr. moet hierbij — zooals hij trouwens den lezer reeds vooraf gewaarschuwd heeft — nogal eens in herhalingen van een reeds gevoerd betoog vervallen. Schr. toont in een historisch overzicht (Bartolus, Faber, Baldus, Domat en d'Agessau) aan, dat de rechtsgrond, om ook onwetenden aan de wetten gebonden te achten, gezocht is in een schuldconstructie: „ignorare leges est lata culpa" (Bartolus). Schr. betwist de juistheid dezer constructie, die z. i. niet anders is dan een fictie, maar erkent dat zij practisch, vooral op het gebied van het regelende recht, waar niet de wet, maar de wil der handelende personen van beslissende beteekenis is, mede dank zij de voorwaarden voor inwerkingtreding der wet, t. w. de afkondiging en de daarna noodzakelijke termijn, niet veel kwaad kan stichten. Schr. wijst er nog op, dat, tegenover deze schuldconstructie bij onkunde omtrent een wetsbepaling, er aan schuld niet wordt gedacht bij onbekendheid met het feit, dat de omstandigheden aanwezig zijn, waarin naleving der wet geboden is. Schr. geeft als voorbeeld het geval, dat een vrouw den wettelijken termijn voor het sluiten van een tweede huwelijk niet in acht heeft genomen,

omdat zij onbekend is met den datum der ontbinding van het vorige, b.v. doordat de eerste echtgenoot is overleden op een plaats, vanwaar alleen onjuiste berichten zijn gezonden. Haar tweede huwelijk zal gestuit kunnen worden, en uit het ontbreken van schuld aan de zijde der vrouw, wordt niet afgeleid, dat hier een beroep op dwaling tegen de werking der wet wel zou zijn toegelaten. Dat hier geen schuldfictie wordt aangenomen is van beteekenis voor die gevallen, waarin geen onbekendheid is met wetsbepalingen, dus van eigenlijke rechtsdwaling geen sprake is, doch waarbij men niet anders dwaalt dan ten aanzien van het objectieve recht en voor het intreden van een bepaald gevolg het bestaan van schuld een wettelijk vereischte is. Zijn meening, dat dan de rechter vrij is, om naar de omstandigheden te beoordeelen, of er schuld aanwezig is of niet, illustreert schr. met een aantal rechterlijke beslissingen betreffende art. 1401 B. W., waarin bijv. eenerzijds plicht tot schadevergoeding werd aangenomen, op den enkelen grond dat een wet of verordening was overtreden, dus zonder onderzoek naar den schuld van den overtreder, anderzijds niet schadeplichtig werd geacht degene, die beslag heeft gelegd op goederen, die niet aan den schuldenaar toebehoorden, doch ten aanzien waarvan hij goede redenen had om aan te nemen, dat dit wel het geval was. Bij de talrijke, door schr. genoemde beslissingen wordt echter de, door schr. behandelde vraag gekruist door de vraag, of er causaliteit moet zijn tusschen de schade en de onrechtmatigheid van de daad.

Schr. besluit zijn studie met een uitvoerig overzicht van de literatuur in Frankrijk omtrent de rechtsdwaling en van het weinige, dat ten onzent daarover is geschreven, waaruit blijkt, dat vrij algemeen wordt aangenomen, dat er geen redenen zijn — ook niet te ontleenen aan artt. 1 en 2 der Wet houdende A. B., resp. art. 1 der C. C. — om in de

behandeling van de rechtsdwaling en van de feitelijke dwaling een onderscheid te maken.

Min of meer als toegift, immers slechts in verwijderd verband met het onderwerp, volgt tenslotte nog een beschouwing over het adagium „error communis facit jus". Practisch is deze regel in Frankrijk nog van geringe, doch in ons land van in het geheel geen beteekenis. De eenige bij ons bekende rechtsbeslissing, waarin hij werd toegepast, is het arrest van het Hooggerechtshof van Ned.-Indië van 24 Juni 1926 (*N. J.* 1927, *P.* 383), waarbij, ofschoon „de thans geldende opvatting omtrent het subject van het stichtingsvermogen zoude meebrengen een overdracht van het afgezonderde kapitaal aan de als gevolg dezer afzondering vaststaande rechtspersoon", niettemin de rechtsgeldige totstandkoming van een stichting zonder deze overdracht werd aangenomen, omdat deze „in 1837 is gevestigd, mitsdien op een tijdstip waarop nog een hoogst gebrekkige voorstelling omtrent het subject van het stichtingsvermogen bestond". Schr. wijdt dan nog eenige beschouwingen aan de al- dan niet-wenschelijkheid van dit adagium in jure constituendo. Hoe lezenswaardig ook, dringen deze toch niet door tot de kern van dit vraagstuk, dat, naar onze meening, slechts kan worden beantwoord door een rechtswijsgeerig onderzoek naar de bronnen van het recht en haar onderlinge verhouding.

De rechtsdwaling in het civiele recht is een juridische figuur, die — het blijkt uit de schaarsche desbetreffende jurisprudentie — in ons land voor de rechtspractijk van geringe beteekenis is, en waaraan theoretisch door onze schrijvers in het geheel geen of slechts een vluchtige aandacht is gewijd. Aan Dr. Zaayer komt de, voor een schrijver van een proefschrift, zeldzame lof toe, dat hij deze leemte in onze rechtslitteratuur op verdienstelijke wijze heeft aangevuld.

Gerbert Scholten

Mr. A. Büchenbacher, *Rechtsverwerking of Het tenietgaan van rechten door eigen toedoen van den gerechtigde.* — Dissertatie, Amsterdam, 1928.

Het onderwerp van dit proefschrift, in den in de tweede plaats vermelden, kennelijk ter verduidelijking gevormden titel helder aangegeven, heeft alleen reeds wegens het telkens voorkomen van het besproken rechtsverschijnsel aanspraak op onze belangstelling, en des S.'s streven om de verschillende vormen van bedoeld verschijnsel stelselmatig te behandelen, verdient natuurlijk allen lof. Een gemakkelijke taak heeft S. zich hiermede niet gesteld en zoo behoeft het geen verwondering te wekken, zoo hij haar niet in alle opzichten in dier voege heeft vervuld, dat de lectuur des lezers denkbeelden steeds verheldert. Met name zijn sommige der meer theoretische uiteenzettingen — ik wijs b.v. op § 3 van het eerste hoofdstuk — vaak moeilijk te volgen. Door hier en daar in veel ruimer mate dan geschied is, de meeningen van anderen, waarbij S. zich aansluit, kortelijk samen te vatten inplaats van er eenvoudig naar te verwijzen, zou het betoog— zij het ook eenigszins ten koste der beknoptheid — aan duidelijkheid gewonnen hebben. Principieeler uitgedrukt: wanneer men redeneeringen van anderen tot opbouw zijner eigen uiteenzettingen bezigt, moet men ze m. i. ter wille van den lezer zoo vermelden, dat hij niet gedwongen is het door die anderen geschrevene na te slaan. Misschien kan S. bij eventueelen herdruk van zijn werk met deze opmerking zijn voordeel doen. Meteen zou hij dan op menige plaats de stijlongerechtigheden en drukfouten kunnen doen verdwijnen, die soms heel storend zijn.

Leerzaam en helder weergegeven tevens zijn de sporen van rechtsverwerking of althans daarop gelijkende verschijnselen in de oude rechtsstelsels en in het Engelsche recht (de z.g. estoppel), die S. aan onze aandacht onderwerpt. Daarna treedt hij in eene breedvoerige uiteenzetting en systematiseering van den toestand ten onzent, waarbij we hem hier en daar nog zien teruggrijpen op het Romeinsche recht, waaruit ook voor ons modernen — men zie b.v. de lex diffamari — nog nuttige lessen kunnen worden getrokken.

S. leert ons onderscheiden tusschen eigenlijke en oneigenlijke rechtsverwerking. Eerstgemelde bestaat, wanneer de gerechtigde iets doet of nalaat, dat bij de wederpartij de overtuiging vestigt van prijsgeving van recht. Zulks kan de gerechtigde volgens S. doen, òf door het vertrouwen op te wekken, dat hij van zijn recht wenscht afstand te doen, òf door eene gedraging, welke onvereenigbaar is met zijn recht. Van oneigenlijke rechtsverwerking daarentegen is er sprake, wanneer niet de houding van den gerechtigde zelve, laat staan dus diens wil, tot verval van recht leidt, maar dit gevolg eerst intreedt door toepassing van wetsbepalingen, wier strekking buiten het geval in concreto ligt.

De practische waarde dezer onderscheiding — en daarop komt het toch bij onze geheel in de werkelijkheid haren bestaansgrond hebbende wetenschap aan — ontgaat mij eenigszins, tenzij ze dit mocht zijn, dat de wetgever bij de voorschriften, inhoudende oneigenlijke rechtsverhouding, steeds behoort te bedenken, of hij ze niet kan afschaffen. Dien wensch des S.'s zullen de meesten wel gaarne onderschrijven. Maar hoe hem in het meerendeel der gevallen te verwerkelijken?

Ook de differentieeringen, door S. gemaakt bij de eigenlijke rechtsverwerking, zijn misschien niet van al te veel practische beteekenis en het zal, dunkt me, vaak moeilijk

wezen, de een of andere in een procedure voorkomende feitelijke gedraging volgens S.'s stelsel te rubriceeren. Nochtans heeft S. hier nuttig werk verricht door bij zijne bespreking telkens voelbaar te maken, dat toch vooral niet te vlug aan een wil tot prijsgeving van recht of aan eene met een recht onvereenigbare handeling behoort te worden gedacht.

Toe te juichen is ook des S.'s denkbeeld, om na voltooiing zijner meer theoretische beschouwingen, in twee afzonderlijke hoofdstukken de beide groepen van gevallen te bespreken, waarin van rechtsverwerking bovenal sprake is: koopcontract en procesrecht.

Bij S.'s beschouwingen over het koopcontract zien we hem *naast* elkaar als rechtsverwerkende omstandigheden noemen: goedkeuring van het geleverde, beschikking daarover en tardieve reclame. Ik vraag me hierbij af, of het niet juister is, de beide laatstvermelde omstandigheden als aanwijzingen van de bedoelde goedkeuring te beschouwen. Zijn ze zulke aanwijzingen in eenig geval niet, dan zie ik inderdaad niet in, waarom men er niettemin rechtsverwerkende kracht aan zou moeten toekennen. Er zou enkel reden kunnen wezen, om bij de vaststelling der schade, door den kooper geleden, zoo mogelijk bij wijze van tegenvordering, rekening te houden met diens minder zorgzame handelingen tegenover den verkooper. Waarom toch steeds: alles of niets?

Niet zonder warmte keert de geachte S. zich in het hier bedoelde hoofdstuk tegen de aanvaardingsjurisprudentie, die zich vooral gedurende de laatst verloopen decenniën ontwikkeld heeft. S. schijnt het er voor te houden, dat we bij de aanvaarding — door hem in navolging van Mr. Verstegen gequalificeerd als een „buiten de wet om geconstrueerd hulpbegrip" — te doen hebben met een uitvloeisel van rechterlijke willekeur, dat desverlangd eenvou-

dig ter zijde kan worden gesteld. Ten onrechte m. i., daar de houding van pp., met name die des verkoopers, welke zich op aanvaarding, d. i. goedkeuring van het geleverde door de wederpartij beroept, een beslissing omtrent de vraag, of er aanvaard is, meestal eenvoudig onvermijdelijk maakt. Immers — en dit zal S. toch wel met me eens wezen — zoo de rechter eenmaal heeft geoordeeld, dat er aanvaard (en dus goedgekeurd) is, en dat de kooper dit op zoodanige wijze aan den dag heeft gelegd, dat de verkooper zich daarvan bewust moest worden, dan zal hij op des koopers daarna geuite bezwaren — althans voor wat betreft gebreken, die deze tijdens de goedkeuring behoorde te hebben opgemerkt — redelijkerwijs niet meer kunnen ingaan.

Maar deze onvermijdelijkheid nog eens daargelaten, is dit hulpbegrip werkelijk zoo uit den booze? S. vindt 't vooral omdat het voert tot onware vonnissen. Inderdaad voert het daartoe: het zal wel eens voorkomen, dat de rechter aanvaarding aanneemt niet zoo zeer uit hoofde, dat ze werkelijk plaats had als wel, om een slechts in geringe mate wangepraesteerd hebbenden verkooper te beveiligen tegen een kooper, die met de behartiging van de belangen der tegenpartij zeer tot schade van deze sterk in gebreke is gebleven; het zal zelfs zeer vaak geschieden, dat aanvaarding, ondanks sterke aanwijzingen voor haar bestaan, ter beveiliging van den kooper, die ernstige redenen heeft tot beklag over het geleverde, wordt uitgesloten geacht. In beide gevallen wordt dan m. i. een hooger belang gediend, n.l., dat er zooveel doenlijk naar billijkheid wordt geoordeeld. Eerst dan zou S. goeden grond hebben, zich over de heerschende methode te beklagen, wanneer pp. ophielden, de aanvaarding tot een der brandpunten van hunnen strijd te maken en bovendien eenige andere methode even billijke resultaten zou opleveren. S.'s methode schiet in dit laatste opzicht, naar mij wil voorkomen, stellig te

kort: beschikking en vertraging in de reclame zijn *feitelijkheden* en als zoodanig veel minder vatbaar voor verschillende waardeering dan de zuiver psychische goedkeuring. Ergo zal de rechter door S.'s leer veel meer dan door de aanvaardingstheorie kunnen gedrongen worden tot onbillijke beslissingen. Juist in de betrekkelijke onberekenbaarheid der aanvaardingsjurisprudentie ligt hare kracht: zij kan, waar kooper en verkooper beiden faalden, bij gebreke van een tusschenweg hèm steeds helpen, die het 't meest verdient. Bovendien evenwel is die onberekenbaarheid eene onschatbare basis voor schikkingspogingen: beide partijen toch hebben reden, zich bezorgd te maken over het vonnis, dat eventueel gewezen zal worden en daarom zullen ze ook beiden geneigd wezen, zich uit hoofde van eigen tekortkomingen concessies jegens den tegenstander te getroosten, met gevolg, dat er buiten vonnis oplossingen gevonden worden, die het juist hier zoo hatelijke „alles of niets" vermijden.

Zoo geloof ik dan ook niet, dat S. reden had, naar aanleiding van de staalkaart van beslissingen, door hem op pag. 78 vermeld, met GOETHE uit te roepen: „Dort, wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein". Eén begrip toch zal wel heel sterk bij hen, die bedoelde vonnissen wezen, hebben voorgezeten: dat ze „Recht" hadden te doen! Theorieën, hoe fraai ook, mogen nooit iets meer voor ons zijn dan hulpmiddelen, gevormd en vervormd, gebruikt en misbruikt en ook ter zijde geslingerd om des Rechts wille. Zij mogen ons nooit beheerschen! Was het diezelfde GOETHE ook niet, die alle theorie zoo „grau" vond en betrekkelijk onbruikbaar voor den rijkdom van vormen, waarin zich de werkelijkheid openbaart?

Nog een tweede grief heeft S. tegen de aanvaardingstheorie, n.l., dat niet zou kunnen worden onderscheiden tusschen wèl- en niet dadelijk na ontvangst ontdekbare ge-

breken; zulks, omdat bij aanvaarding zou worden gefingeerd, dat de kooper bewust genoegen genomen heeft met de waar, gelijk ze bij levering was. Hieromtrent zij opgemerkt, dat in de praktijk de vraag of er al dan niet aanvaard is, toch steeds zal worden beantwoord in verband met een of meer *bepaalde* gebreken, die in de procedure ter sprake worden gebracht. Bovendien echter acht ik het beslist onjuist, dat eene uiting des koopers, waarbij hij het geleverde goedkeurt, hem ooit zijn verweer zou kunnen ontnemen betreffende gebreken, die hij tijdens die uiting redelijkerwijs niet kon geacht worden te kennen.

Vruchtbaarder voor de rechtsbedeeling dan des S.'s uiteenzettingen over den koop lijken me die over het procesrecht, waarin menige practische vraag principieel is behandeld en suggestieve wenken gegeven zijn, die overweging verdienen.

Summa summarum eene dissertatie, welker leerstellig deel — eenige onduidelijkheden daargelaten — den wetenschappelijken zin des S.'s eer aandoet en welker practische doch aan de theorie getoetste uiteenzettingen de gebreken toonen, die we vaak vinden bij hen, die nog aan den drempel des werkelijken levens staan, maar daarnaast toch ook veel behartigenswaardigs bevatten. Stellig is zij waard gelezen en zelfs bestudeerd te worden en geeft zij aanleiding tot goede verwachtingen omtrent den schrijver.

A. J. Marx

Formulierboek der onderscheidene akten behoorende tot de Burgerlijke Rechtsvordering, door JOAN VAN DEN HONERT THZ. — Zevende druk, bijgewerkt door Mrs. J. W. FOEST en P. LANGEVELD, onder medewerking van Mr. D. E. LIONI.

Naar de bewerkers ons mededeelen is deze nieuwe druk een herziening en een aanvulling van den vorigen. Dat zij zich daartoe veel moeite en arbeid moeten hebben getroost spreekt wel het duidelijkst uit de opsomming der instituten die sinds het verschijnen van den vorigen druk zijn gewijzigd of nieuw ingevoerd en bijwerking der bestaande en invoeging van nieuwe formulieren hebben noodig gemaakt. Zoo moesten gewijzigd worden de formulieren betrekking hebbende op het instituut van den Kinderrechter, de echtscheiding, het getuigenbewijs, het wisselrecht, het zeerecht, de surséance van betaling en die benoodigd bij de toepassing der Onteigeningswet en der Octrooiwet, terwijl nieuwe formulieren zijn gegeven in verband met de sinds den vorigen druk ingevoerde Handelsregisterwet, Handelsnaamwet en de Wet van 1 Mei 1925 *S.* 174 tot herziening in het algemeen belang van bij erfstelling of legaat gemaakte bedingen. Ook in deze nieuwe formulieren is dezelfde soberheid en duidelijkheid betracht.

In het voorbericht worden eenige woorden van erkentelijkheid gewijd aan Mr. J. A. FOEST, die in het jaar 1920 overleed. Het trof ons, dat sinds dat voorbericht werd geschreven ook Mr. D. E. LIONI is overleden. Hiermede is ons ontvallen de laatst overgeblevene van hen, die sinds 1900 te zamen met Mr. L. S. BOAS, de toen verouderde

„Van den Honert" hebben bijgewerkt en bijgehouden. Ongetwijfeld hebben zij zich daarmede de erkentelijkheid en waardeering van vrijwel de geheele huidige generatie van practizeerende juristen verworven.

De verdere bijwerking kan gelukkig in goede handen blijven. Indien de overblijvenden der bewerkers zich daarmede zouden blijven belasten zou het formulier eener waardeerende recensie een volgenden druk niet ontsieren.

F. A. Jas Jr

De Wetgeving op het Notarisambt, toegelicht door Mr. J. P. Sprenger van Eijk. Zesde, herziene druk, door Mr. Ph. B. Libourel. — Haarlem. De Erven F. Bohn. 1928.

De vijfde druk van dit werk verscheen in 1924. Dat reeds in 1928 eene nieuwe editie noodig was, bewijst voorzooveel noodig, dat dit boek nog steeds een onmisbare vraagbaak is voor notarissen, candidaten en aspiranten. Zooals de bewerker in zijne voorrede mededeelt, hadden veranderingen van ingrijpenden aard in dezen druk niet plaats. Enkele wetswijzigingen, sedert 1924 tot stand gekomen, zijn verwerkt; de nieuwste literatuur en jurisprudentie is vermeld en aan critiek onderworpen.

Eene uitvoerige bespreking van dit bekende werk is overbodig. De vele vragen, waartoe de Notariswet aanleiding geeft, worden uitvoerig en gedocumenteerd beantwoord. De beginselen der wet, zooals Mr. Libourel die ziet, zijn met de uiterste consequentie toegepast, hoe zonderling dikwijls de resultaten schijnen. Enkele voorbeelden mogen deze laatste opmerking toelichten.

Mr. Libourel is van oordeel, dat de notaris akten kan verlijden wegens alle handelingen (feitelijke en rechtshandelingen), niet wegens toestanden. Derhalve: de notaris kan met bewijsrechtelijk gevolg constateeren, dat zeker persoon een brandkast opent, niet, dat in die geopende brandkast een ongeschonden bankbillet van f 25 ligt. Of eene dergelijke tegenstelling bestaat tusschen (feitelijke) handelingen en toestanden mag betwijfeld worden. Door te vermelden, dat iemand een brandkast opent, constateert de notaris tevens, dat wat geopend wordt, een brandkast is

(een toestand). Wil men het aanwezig zijn van het bankbillet onder de handelingen brengen, niets eenvoudiger dan dat: men constateert, dat iemand een dergelijk billet uit de kast neemt.

Tweede voorbeeld. Wie is in den zin van art. 21 partij bij eene akte? Mr. LIBOUREL meent, dat hieronder (behalve de vertegenwoordigden) ieder valt, van wien de notaris eene handeling of verklaring constateert. Conclusie: de kantonrechter bij eene scheiding is partij, als in de akte eene verklaring van hem wordt opgenomen, dat hij de scheiding goedkeurt. Neemt men eene dergelijke verklaring niet op, bepaalt zich de kantonrechter tot het onderteekenen der akte, hij is geen partij. Dit resultaat wekt twijfel aan de juistheid van het uitgangspunt.

De bewerker verdedigt echter zijne stellingen met groote scherpzinnigheid. Bovendien wordt steeds de gangbare opvatting omtrent dergelijke vragen, voorzoover die bestaat, vermeld, ook wanneer die van schrijvers' meening afwijkt, wat niet zelden voorkomt. Zoowel voor de practijk, als voor de theorie blijft daarom het boek van S. v. E.—LIBOUREL een betrouwbare gids.

J. G. KLAASSEN

Amersfoort, 14 November 1928

Het goed recht en de zegenrijke werking van het Nederlandsch Bestuur in Indië, door Mr. J. A. STEENHUIS. — Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage 1928. — Overdruk eener rede, gehouden in de vergadering van het Indisch genootschap van 16 Maart 1928.

De titel door Mr. STEENHUIS aan zijn Haagsche rede gegeven, zal bij sommigen slechts hoon verwekken ,bij anderen daarentegen volle instemming vinden.

Wanneer men kennis neemt van wat er in de Indische nationalistische pers zooal wordt ten beste gegeven omtrent de verhouding van Indië tot Nederland, dan vindt men over recht en over zegen van ons Bestuur daarginds geen woord, maar vele en hartstochtelijke woorden over onrecht en uitbuiting, waaraan de Nederlandsche „overheerscher" zou schuldig staan.

Men kan zich in dit sentiment van den jongen inlandschen intellectueel indenken, zonder het nochtans te billijken. Men kan het begrijpen, te meer, wijl jong Indië zich daarbij gedragen voelt door de alom aan den dag tredende opleving van het Oosten en het groeiend besef van een recht der volken in het algemeen om zelf over het eigen lot te beschikken. En wanneer dan zulke stemmen vernomen worden in politieke kringen van ons vaderland, waar eveneens strijdvoeren het parool is, dan is het licht te begrijpen, dat men daar spoedig tot bijval geneigd is en meepraat van schandelijk onrecht onzen bruinen broeder aangedaan. Tenminste . . . . indien men van den werkelijken toestand in ons Indië zoo weinig afweet als in die kringen in den regel het geval is.

Tegenover al die denigratie schijnt een betoog als dat van Mr. STEENHUIS zeer van pas, al mag men van de uitwerking ervan op hen, die vatbaarder zijn voor leuzen dan voor argumenten, niet veel verwachten. Maar voor de breede schare van Nederlanders, die ook weinig van Indië weten, maar die voor eene rustige, objectieve beschouwing der dingen wel openstaan, zal het onderhavig geschrift stellig verhelderend kunnen werken.

De schrijver knoopt zijne beschouwingen vast aan het aanhangig wetsontwerp tot wijziging van de Indische staatsregeling, strekkend o. m. tot toekenning aan de inlandsche bevolking van meerderen invloed in het centraal vertegenwoordigend lichaam ,in den Volksraad. Niet dat hij de aanneming van dit ontwerp ontraadt nu het eenmaal door de Regeering is aanhangig gemaakt en door den Volksraad als een welkome gave is aanvaard. Mr. S. is onder deze omstandigheden zelfs geneigd verwerping af te raden als in strijd met royale houding van het Nederlandsch gezag. Maar wel vindt hij hierin aanleiding om te waarschuwen tegen een afglijden naar steeds verder gaande eischen der inheemsche „beroepspolitici" en acht hij een principieel koloniaal beleid geboden.

Dit beleid moet z. i. gericht zijn, niet op een meer en meer loslaten van Nederland's staatkundige macht in Indië ten gunste van de inheemsche bevolking, maar integendeel op handhaving van die macht, onverzwakt en met open vizier, teneinde een gezonde welvaartspolitiek te kunnen voeren.

Ten bewijze van de redelijkheid van zulk een beleid richt Schr. allereerst den blik naar hetgeen Nederland tot op heden verricht heeft in Indië, in tegenstelling met wat de Indische volken zelve, van den aanvang van onze komst in Indië af, hebben nagelaten er te doen. Een lange lijst van gewichtige belangen, door den inboorling verwaar-

loosd, door Nederland — Overheid zoowel als particulier — met den besten uitslag behartigd, zij het natuurlijk met behulp van de inheemsche *manus manistra,* en strekkend niet alleen ten bate van het moederland, maar stellig ook ten nutte van Land en Volk in Indië; heel die lijst dwingt tot de overtuiging, dat te spreken van de „zegenrijke werking van het Nederlandsch Bestuur in Indië" geen ijdele grootspraak is, maar reëele taal. Grepen hier en daar uit machtige cijfers, dringen die overtuiging aan. Voor de hand ligt Schr.'s eerste conclusie „dat de macht van Nederland in Indië een proces van historische wording is en berust op den deugdelijken grondslag van meerder kunnen, grooter verantwoordelijkheidsgevoel, meerdere intelligentie via Nederland" (blz. 12/13). Het Indië-één-met-Holland berust op sprekende feiten en cijfers! Feiten en cijfers, welke men niet wegredeneert met theorieën als b.v. deze, dat een westersche regeering in een oostersch land een anomalie zou zijn.

Wanneer nu daarbij vaststaat — en ook dit wordt aangetoond — dat de Nederlandsche werkzaamheid ook aan de inheemsche bevolking aanmerkelijken voorspoed heeft gebracht, dan schijnt voor het minst de vraag gewettigd of het wel geraden is het zwaartepunt van regeeren te gaan verleggen naar de inlandsche bevolking.

Een ontkennende beantwoording van deze vraag volgt voor Schr. uit de omstandigheid, dat de bevolking van Ned.-Indië verdeeld is over verschillende gebiedsdeelen, dat zij uit tallooze zeer onderscheiden nationaliteiten en landaarden bestaat, wier eenig bindmiddel juist is het Nederlandsch gezag, en dat in de derde plaats de intellectueele toestand der groote meerderheid nog niet boven het analphabetisme is uitgekomen. De kansen, welke een dergelijk conglomeraat van bevolkingsgroepen biedt op een eenigszins bevredigende eigen regeering, kunnen niet anders

dan uiterst gering genoemd worden. Ze mogen, naar Schr.'s oordeel, zeker niet gewaagd worden tegenover de zichtbare resultaten, welke de staatkundige macht van Nederland in Indië voor Indië heeft opgeleverd en bezig is in toenemende mate op te leveren.

Ten slotte wijdt Schr. nog enkele, evenzeer door cijfers gestaafde beschouwingen aan de belangrijke internationale beteekenis van onze bemoeienis met het uitgestrekte Indisch gebied, waar immers aanzienlijke buitenlandsche kapitalen, vooral in landbouwondernemingen, zijn vastgelegd en op welks enorme nog niet ontgonnen bodemrijkdommen ook het buitenlandsch oog gevestigd blijft. Het is dus mede een internationale plicht, welken Nederland in en door Indië te vervullen heeft en dien het alleen vervullen kan, zoo het niet roekeloos de staatkundige macht prijsgeeft.

Zoo schijnt Mr. STEENHUIS er in geslaagd, om in een klaar en onopgesmukt betoog aan te toonen, dat het onverzwakt behoud van Nederland's staatkundige macht in Indië geboden is in het belang van de inlandsche bevolking zelve, in het belang van Nederland en ter vervulling van een internationalen plicht. Tegenover de onevenredig luide stem van een kleine groep van nationalistische inlandsche intellectueelen, vormt deze uiteenzetting een opmerkelijke bijdrage tot de kennis van den werkelijken toestand in onze Oost. Ze zal voor het minst den onbevooroordeelden lezer de overtuiging bijbregen, dat het opschrift der rede geen hoon verdient, maar volledige instemming.

G. J. NOLST TRENITÉ

Amersfoort, 17 October 1928

De Beteekenis voor Indië van Bedrijfsconcentratie

DOOR

Mr. M. J. A. STEENHUIS

(Brochure op aanvraag gratis verkrijgbaar bij den uitgever MARTINUS NIJHOFF, den Haag)

Wie de brochure van Mr. STEENHUIS ter hand neemt en zich verlaat op den titel, verwacht misschien, dat de schrijver hem zal uiteenzetten welke voordeelen, wellicht nadeelen, Indië reeds heeft gehad of nog zal kunnen hebben van een concentratie der daar te lande functioneerende bedrijven. Hij verwacht misschien een antwoord op de vraag, of de Indische producenten van suiker, rubber, thee, tabak, tin, olie, de scheepvaart-, de spoor- en tramwegmaatschappijen, de banken en de veemen al dan niet verstandig zouden doen met zich aaneen te sluiten of nauwer aaneen te sluiten om sterker te staan in den economischen strijd, die allerwege wordt gestreden.

Zoodra hij echter het eerste deel der brochure in zich heeft opgenomen, komt hij tot het besluit, dat de schrijver hem daarover niet wil onderhouden. Allereerst toch wordt behandeld het thema: dat meer nog dan in Volkenbond of in opheffing van de Europeesche tolmuren in de *internationale* concentratie van het bedrijfsleven het middel kan worden gevonden om een duurzamen vrede te verzekeren.

De gedachtengang van den schrijver kan het best worden weergegeven door hetgeen hijzelf neerschrijft op blz. 6: „Wanneer de wereld een groote Naamlooze Vennootschap was, waarin alle volken aandeelen hadden, zouden zij uit eigenbelang wel zorgen, dat hun Naamlooze Vennootschap bloeide. Wanneer de volken hun vitale oeconomische be-

langen samenvlechten, zullen zij uit eigenbelang elkaar respecteeren en helpen".

Vervolgens wordt de aandacht van den lezer gevraagd voor het feit, dat alle landen een rol spelen in het oeconomisch verkeer der volken.

„Naarmate die rol grooter is, zal het aanzien van een land als geheel genomen stijgen. Het zal bij de toenemende concentratie in het bedrijfsleven een stem hebben, die zal afhangen van de functie, die het oeconomisch in de wereld vervult." (blz. 9)

Hierop laat de schrijver onmiddellijk volgen (en later in de bladzijden 11 tot 25 wordt dit nader toegelicht ook met cijfermateriaal), dat Indië heel wat te beteekenen heeft in de wereld-olie-industrie, dat de suikerindustrie van Java een voorname rol in de wereld vervult, dat Indië een voorname positie heeft als producent van rubber, tabak, thee en tin.

Wanneer de lezer aldus halverwege de brochure is aangeland, komt bij hem de gedachte op, dat wellicht het volgende zal worden aangetoond:

Bij de internationale concentratie van het bedrijfsleven, die naar de schrijver op blz. 4 heeft meegedeeld, steeds verdere vorderingen maken moet, omdat zij niet is een vrijwillige daad van samenwerking zonder meer, doch de resultante van oeconomische noodzakelijkheid, zal Indië aardig wat te vertellen hebben, of, om bij de beeldspraak van de Naamlooze Vennootschap te blijven, aan Indië zullen heel wat aandeelen, misschien wel preferente of prioriteitsaandeelen moeten worden uitgereikt.

En even flitst het hem door het hoofd, dat dan als titel der brochure juister ware geweest: De beteekenis *van* Indië *bij internationale* bedrijfsconcentratie.

Maar al spoedig bemerkt de lezer zijn vergissing, want hij raakt verzeild in een betoog, waaraan het laatste deel

der brochure is gewijd, dat het ongemotiveerd zou zijn aan de staatkundige macht van Nederland in Indië te tornen, omdat de omstandigheden dringen koloniale vraagstukken te zien in het licht van de wereldoeconomie (blz. 27), omdat Nederland door zijn band met Indië een rol van groeiende beteekenis zal gaan innemen (blz. 28), omdat een onverzwakte handhaving van de Nederlandsche staatkundige macht en invloed in Indië een door de historie bewezen noodzakelijkheid is voor het welzijn van Indië en in het bijzonder van de inlandsche bevolking (blz. 29), omdat die staatkundige macht nationaal en internationaal als een hulp, niet als een machtsoverheersching wordt gevoeld (blz. 30), omdat zij aan Indië zooveel goeds heeft gebracht (blz. 33) enz.

Wijzend op het feit, dat over korten tijd het Nederlandsche parlement over het ontwerp eener nieuwe staatsregeling voor Indië te beslissen zal hebben, zegt de schrijver, dat men de inlandsche beweging niet moet overschatten, omdat zij niet meer is dan een beweging van ontevredenen en niet mag worden aangezien voor een MUSSOLINI met zijn troepen oprukkend naar Rome (blz. 37 en vlg.), dat men niet een beproefd regeeringsbeleid in een soort racetempo moet wijzigen (blz. 40), doch allereerst een tot oordeelen bevoegde studiecommissie moet benoemen met opdracht gedurende jaren een onderzoek in loco in te stellen (blz. 40), dat die commissie moet benoemd worden uit personen, die langeren tijd in Indië hebben gewoond (blz. 41) enz.

Maar ook hier wordt de lezer van de wijs gebracht, wanneer hij, nog geheel onder den indruk van de hierboven vermelde uitspraken, op blz. 43 moet lezen:

„Men moet langen tijd in Indië zijn geweest om te begrijpen, dat bedoeld besef (= dat alleen onder Nederlandsche leiding riskant, maar des te aantrekkelijker op-

bouwend oeconomisch werk kan worden gedaan) geoorloofd is, dat het niet chauvinistisch is, dat het een niet te omschrijven besef is, maar iets vaags, dat echter een bestaansreden heeft en wortelt in kennis en aanvoelen van feiten en omstandigheden.

Men kan het mystieke van een Indische nacht voelen, maar niet omschrijven. Men kan slechts aanvoelen, maar niet precies omschrijven, waarom een oeconomisch krachtig Indië slechts kan bestaan bij een onverzwakte staatkundige macht van Nederland in Indië, waarom de Inlandsche bevolking Nederland beschouwt als een onmisbare steun, waarom krachtige Nederlanders moeten zorgen, dat een prijsgave van de Nederlandsche staatkundige macht wordt voorkomen, opdat Inlandsche politici niet de gelegenheid krijgen hun landgenooten bloot te stellen aan de gevolgen van gebrek aan staatkundig sociaal oeconomisch inzicht".

Als dat zoo is, als die studiecommissie alleen kan aanvoelen en niet vermag te omschrijven, zouden we ze dan niet liever thuis laten?

En zou de schrijver dan niet beter gedaan hebben de voorafgaande uitspraken achterwege te laten, want wat moet de lezer nu van die uitspraken aannemen?

Het wordt den lezer maar niet duidelijk, wat de schrijver precies wil. Waar hij het heeft over de internationale aaneensluiting van bedrijven, maakt hij een vluchtige opmerking over het samengaan van de Javasuikerindustrie met Cuba en van de Indische rubberproducenten met Engeland. „Men kan hierover sceptisch en sloopend denken, maar men behoeft zich maar eens voor oogen te stellen, hoezeer de positie van Nederlandsch-Indië in het verre Oosten nog meer in het teeken van vrede en macht zou komen staan, indien een modus kon worden gevonden voor concentratie tusschen de suikerproducenten van Java en van Cuba, indien de politici van Nederland en Indië de Neder-

landsche olie-industrie meer wilden zien als een bolwerk van Hollands aanzien in de wereld en in overeenstemming daarmee wilden handelen, indien Engeland en Nederland hun rubberbelangen samenvlochten." (blz. 8).

In plaats van zijn stelling te bewijzen doet de schrijver een beroep op het voorstellingsvermogen van den lezer om even later (blz. 11) te spreken van den strijd om de suprematie in de olie-industrie als van het grootste bloedlooze conflict, dat de volken direct en indirect beheerscht. Aan de hand van de jongste geschiedenis wordt aangetoond, dat Engeland „Oil Supremacy" wenscht o. a. omdat de overwinning in een oorlog van olie afhangt.

Blijkbaar ontgaat het den schrijver, dat hij door deze en dergelijke opmerkingen den lezer, die wellicht tot nog toe het buitenlandsche gevaar voor Indië niet zoo heel hoog heeft aangeslagen, juist drijft naar een zich voor oogen stellen, dat die olierijkdom van Indië wel eens de voornaamste oorzaak kon worden van het betrokken worden in de ook door den schrijver zelf op blz. 13 voorziene conflicten.

En wat de samenvlechting van Nederlandsche en Engelsche rubberbelangen betreft, ook hier kan de lezer niet zonder nader bewijs zich onmiddellijk voor oogen stellen, dat de consumenten, waaronder Amerika, het eensgezinde optreden der producenten het prettigste zouden vinden wat hun overkomen kan. Hij denkt eerder aan tegenmaatregelen.

Evenzoo is het met des schrijvers stelling, dat bestudeering van de diepere beteekenis van internationale concentratie in het bedrijfsleven voert tot het begrip, dat zij ten gevolge zal hebben, dat onze Koloniën de aard van door derden begeerde rijkdommen gaan verliezen . . . . en dat meer en meer het bestuur van Indië als een groote internationale plicht van Nederland zal worden beschouwd (blz. 10).

Het eerste deel is zonder nader bewijs niet duidelijk, het tweede deel lokt tot de vraag, of juist bij internationale belangengemeenschap aan het goed recht van Nederland op bestuur van Indië wellicht niet meer geknabbeld zou worden dan thans het geval is, of wellicht niet twijfel aan de genoegzaamheid van Nederlands machtsmiddelen tot handhaving van het gezag voorwendsel zou kunnen worden het bestuur aan een ander op te dragen, kortom of het buitenlandsche toezicht op de wijze, waarop Nederland zijn plicht vervult, niet veeleer onrust dan rust zal brengen.

Het is inmiddels niet onmogelijk, dat de schrijver het opschrift van zijn brochure doet aansluiten bij deze vluchtig geponeerde stellingen en dat hij ongeveer als volgt wil betoogen: Als de bedrijven in Indië zich concentreeren eerst nationaal, dan internationaal, zal Indië om zijn rijkdom door niemand meer begeerd worden. Om het mogelijke verlies van Indië zal Nederland zich dan niet meer behoeven te bekommeren, want de gansche wereld zal zich verzetten uit eigenbelang tegen elke poging om van Indië iets anders te maken dan een Nederlandsche kolonie. Ja zelfs de gansche wereld zal eischen, en er voor zorgen, dat het Nederlandsche gezag in Indië onverzwakt gehandhaafd blijft en niet wordt verdrongen door verderfelijke leuzen.

Indien de schrijver daarin voor Indië — of misschien juister voor Nederland — de beteekenis ziet van (internationale) bedrijfsconcentratie, dan had hij voor het bewijs van zijn stellingen niet mogen volstaan met een telkens herhaald beroep op het besef, het inzicht, het begrip of het voorstellingsvermogen van den lezer, al ware het alleen maar omdat de lezer erdoor geprikkeld wordt.

Moet echter als hoofdschotel der brochure worden beschouwd wat den lezer wordt voorgezet in zake het ontwerp eener nieuwe staatsregeling voor Indië, dan is zijn pleidooi beter bedoeld dan geslaagd.

G.

Academische Literatuur.

Mr. Chr. Zevenbergen, *Aard en werking der goede trouw in het Romeinsche Verbintenissenrecht.* — Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het Hoogleeraarsambt aan de Rijks-Universiteit te Utrecht op den 15en October 1928.

Met eene boeiende en doorwrochte rede, waarin een gewichtig vraagstuk van het privaatrecht op zeer bevattelijke wijze wordt uiteengezet, heeft de nieuwe hoogleeraar in het Romeinsche recht zijn ambt aanvaard. Hij gaat uit van de jurisprudentie van den H. R. die art. 1374, l. 3 B. W. beschouwt als een voorschrift, uitsluitend betreffende de *uitvoering* der overeenkomsten, terwijl hij door art. 1375 aan de bona fides invloed toegekend acht op de bepaling van den *omvang* der verbintenis. Evenals in het tegenwoordige recht ontmoet men ook in het Romeinsche recht de goede trouw niet alleen op het gebied van het verbintenissenrecht, maar ook op dat van het zakenrecht, met name bij de verkrijgende verjaring. Doch bij dit laatste leerstuk doelt zij op de al of niet aanwezigheid van eene zekere mate van kennis bij den betrokken persoon. Zij geeft aan, dat de verkrijger onkundig was van het niet-gerechtigd zijn van zijn rechtsvoorganger tot eigendomsoverdracht. Tegenover de bona fides in het zakenrecht staat de bona fides in het verbintenissenrecht, die niet eene gesteldheid van den geest, doch eene uiting van den wil betreft.

Aan de behandeling van de werking der bona fides gaat vooraf eene bespreking der kwestie, wat te verstaan is onder „uitlegging van overeenkomsten". Moet „uitlegging" stricto sensu worden opgevat, n.l. als vaststelling van de beteekenis van een rechtsteeken: de door de partijen ge-

uite woorden, of valt daaronder ook het bepalen van de rechtsgevolgen der aldus vastgestelde overeenkomst door den rechter? In het klassieke Romeinsche recht streefde men naar de vaststelling, niet van id quod *dictum* est, maar van id quod *actum* est. En dat dat waarlijk niet alleen bij de bonae fidei-contracten, doch evenzeer bij de contractus stricti iuris. De onderscheiding tusschen iudicia bonae fidei en stricti iuris wil niet zeggen, dat practisch de bona fides bij de iudicia bonae fidei in aanmerking kwam als maatstaf voor de beoordeeling der daaruit ontstane rechtsgevolgen, terwijl dat richtsnoer bij de iudicia stricti iuris buiten werking bleef. Zij beteekent dit — en niets meer — dat *ipso iure* d. i. naar de voorschriften van het ius civile *zelf* die norm bij een bepaalden groep van contracten moest worden aangelegd, daarentegen bij een andere groep buiten beschouwing moest worden gelaten.

Schr. stelt de vraag „Hoe staat het nu met de iudicia stricta? Komt de bona fides daarbij nimmer in aanmerking? Het antwoord moet luiden: ipso iure niet; naar civielrecht heeft de rechter hierbij de rechtsverhouding zonder eenige waardeeringsvrijheid te beoordeelen. Maar de praetor heeft het in de hand, door de machtspositie die de formula hem verschaft, om den rechter ook hierbij naar den soepelen maatstaf van het aequum met bonum te verwijzen.

Duidelijkheidshalve moge ik hier opmerken dat in het civiele proces sedert het einde van de Republiek de tegenstelling tusschen het ius civile en de formula niet meer bestaat, daar de formula ingevolge de wet, dus ingevolge het ius civile wordt uitgevaardigd en aan het ius civile hare geldigheid ontleent. Dat de Praetor, door eene formula uit te vaardigen, waarin de clausule ex fide bona voorkwam, in strijd met eene wetsbepaling zou handelen kan ik niet inzien.

Voor het geval dat de gedaagde, zich b.v. verschuilend achter de formeele natuur van het contract, aan zijne verplichtingen tracht te ontkomen, werd gebruik gemaakt van de z.g. clausula doli. De promittens bij eene dergelijke stipulatie verklaart dat niet slechts thans bij hem arglist, bedrog, afwezig is, doch ook, dat hij zich in de toekomst, straks, wanneer hij het contract zal hebben uit te voeren, van alle doleus handelen, van alle handelen in strijd met de bona fides zal onthouden: dolum melum abesse, afiturumque esse.

Nog in eene andere richting vindt de bona fides toepassing in het verbintenissenrecht en wel in de actio doli, terecht in de nieuwere Duitsche literatuur eene „allgemeine Billigkeitsklage" genoemd. Zij had een subsidiair karakter en diende dus met den praetor, om naast de door het ius civile gegeven rechtsbescherming een eigen rechtsmiddel te plaatsen.

De bona fides betreft niet slechts de bepaling van de wijze, waarop de overeenkomst door partijen moet worden uitgevoerd, doch de vaststelling van haar geheelen inhoud. Zij werkt niet alleen aanvullend en uitbreidend, doch ook beperkend en vernietigend ten opzichte van de rechten en verplichtingen van partijen. Hetgeen de Romeinen op het gebied der toepassing van de bona fides tot stand hebben gebracht wordt om strijd geroemd als een der schoonste stukken hunner nalatenschap.

Tenslotte de gebruikelijke toespraken.

Aldus de verkorte inhoud eener redevoering welke, naar ik hoop en verwacht voor het Romeinsche recht bij vele studenten belangstelling zal wekken. De rijke literatuur, in de aanteekeningen vermeld, noodigt uit tot verdere bestudeering van het belangrijke en aantrekkelijke onderwerp.

J. M. Nap

Prof. Dr. W. P. J. Pompe, *De persoon des daders in het strafrecht.* — Rede, uitgesproken te Utrecht den 8 October 1928.

„Niet zelden is de tegenstelling tusschen de klassieke en de positieve richting aldus aangeduid, dat de eerste de *misdaad,* de andere den *misdadiger* zou stellen tot voorwerp van onderzoek. Dit is voor het minst onnauwkeurig." Aldus van Hamel in znij standaardwerk (1). En niet anders oordeelt Taverne in die merkwaardige inaugureele rede, waaraan voor mij het vraagstuk van de „onware vonnissen" onafscheidelijk is verbonden, als hij er op wijst, dat de tegenstelling: bestraffing van de daad òf van den dader, als criterium voor het onderscheid tusschen oude en nieuwe richting in het strafrecht, den toets der historische critiek niet kan doorstaan, en voorbeelden uit het verleden aanhaalt, waaruit blijkt, dat ook toèn wel degelijk aan de persoonlijkheid van den dader aandacht geschonken werd (2).

Het spreekt vanzelf, dat *dit* het uitgangspunt moest zijn van de beschouwingen over „de persoon des daders in het strafrecht" van den nieuwen hoogleeraar, die te Utrecht de plaats gaat innemen, zoo waardig door Simons jarenlang bezet. Beschouwingen, welke hij ons geeft in eene heldere en rustige rede, zonder pretentie of opdringerig geleerdheidsvertoon, en sterk de belangstelling wekkende, èn om het onderwerp der rede met hare oude en altijd weer

(1) Van Hamel-Van Dijck, Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht, § 3, Criminologie, aanhef van 6; blz. 14.

(2) Prof. Mr. B. M. Taverne, De taak van den strafrechter (rede, uitgesproken te Amsterdam den 25 Februari 1918), blz. 7 en aanteekening 13 op blz. 37.

aantrekkelijke problemen, en om de ernstige en objectieve wijze, waarop de redenaar zijn onderwerp behandelt.

Prof. Pompe stelt op den voorgrond, dat daad èn dader niet van elkander zijn te scheiden. „Wie van de daad spreekt, roept daarbij vanzelf den dader op". Aan de oudere criminalisten was dan ook het verband tusschen daad en dader volkomen duidelijk.

Maar — en hierin moet het karakteristieke van de oude richting in vergelijking tot de nieuwe richting gezocht worden — de klassieke school was abstract: zij richt zich naar den mensch in 't algemeen, den normalen burger. Door deze beschouwing raakt de afzonderlijke mensch, de concrete misdadiger, op den achtergrond. De gedachte van de gelijkheid der menschen was ook op dit terrein de overheerschende. De persoonlijkheid van den dader, zoo vol geheimen, liet men rusten; met te minder bezwaar, waar de Staat voldoende houvast had aan de gepleegde daad.

In deze beschouwingen komt nu langzamerhand eenige kentering. Verschillende omstandigheden leidden er toe om *meer* rekening te gaan houden met algemeen menschelijke eigenschappen dan de klassieke richting in den aanvang deed. Vooreerst treedt in de strafrechtspraak het begrip van de vergelding op den voorgrond, de leer der vergelding, steunende op de gedachte, dat de dader verantwoordelijk is voor de gepleegde daad, als zijn eigen werk, en dienovereenkomstig moet worden gestraft, dwong de criminalisten dieper in de persoonlijkheid van den dader door te dringen dan de *oude* klassieke opvattingen toelieten. Men zou in dit opzicht kunnen spreken van eene neo-klassieke school. En nog een andere factor werkte in dezelfde richting. Het denkbeeld n.l. dat eenzelfde in de wet omschreven strafbaar feit met verschillende graden van schuld kan gepaard gaan, en — in verband hier-

mede — eene nauwkeuriger regeling der schuld. Werd vóór 1832 volgens den Franschen Code de mishandeling met doodelijken afloop gestraf als opzettelijke doodslag, nâ dat jaar gold deze fictie niet meer, en werd, waar bij den dader slechts de wil om te mishandelen aanwezig was, de wil om te dooden niet meer aangenomen.

En thans de z.g. moderne richting. Deze stelt zich niet langer tevreden met den algemeenen mensch, maar wijdt zich aan de studie van den concreten, individueelen dader, *dezen* specialen persoon, die tot misdrijf is gekomen. Het verst in dit opzicht ging LOMBROSO, die den misdadiger zelfs buiten het algemeene menschengeslacht trachtte te plaatsen. En zij, die niet zóóver gaan, huldigen toch in ieder geval in den regel eene opvatting, waarbij de misdadiger als een op eenigerlei wijze minderwaardig individu wordt voorgesteld, *niet* als een zelfstandig, op eigen krachten steunende, maar als een minderwaardige, die hulp en steun van anderen behoeft, die eene „behandeling" noodig heeft, ter opberging, en zoo mogelijk ter genezing of opvoeding.

Verklaarbaar is, naar POMPE's oordeel, deze beschouwing alleszins. De meer optimistische klassieke leer moest 't wel afleggen tegen de concrete feiten, tegen de werkelijkheid, welke o. m. wees op een toenemend aantal recidivisten. Het kon niet anders, of die werkelijkheid moest er toe leiden om het algemeen-menschelijke in de schaduw te stellen en op het individueel-onderscheidene het volle licht te doen vallen.

Toch — en hierop legt de redenaar den bijzonderen nadruk — is er sinds LOMBROSO meer gelijkenis gekomen tusschen den dader naar *klassieke* èn naar *moderne* opvatting. Verschillende omstandigheden hebben hiertoe samengewerkt. Vooreerst het minder scherp accentueeren van het onderscheid tusschen den misdadiger en den doorsnee-

mensch. Daarnaast het meer bijzonder de aandacht richten op de maatschappelijke omgeving des daders, en tevens het in den persoon van den misdadiger minder letten op de physieke en meer op de psychische factoren. En dan nog: de penitentiaire beweging, gericht op de verbetering van gevangenissen en gevangenen. Tegenover LOMBROSO's pessimistische opvatting omtrent het gepraedestineerd zijn tot misdaad krachtens aangeboren aanleg, is *hier* een meer en meer veldwinnend optimisme.

De conclusie, waartoe de hoogleeraar komt, is dat er geen sprake kan zijn van een *keuze* tusschen de beide opvattingen omtrent den dader, de abstracte en de concrete. Noodig is de kennis zoowel van het abstracte als van het concrete, zoowel van de beginselen als van de feiten. „De persoon des daders moet gekend worden zoowel in de eigenschappen, die hij met zijn medemenschen gemeen heeft, als in zijn bijzondere individualiteit". En 't mag voorzeker als een merkwaardig feit geconstateerd worden, dat — naast die bijzondere individualiteit — 't juist het algemeen-menschelijke in den misdadiger is, waaraan de moderne school meer hare aandacht gaat wijden. Zooals in de eerste helft der vorige eeuw eene „neo-klassieke" school ontstond, zou er in genoemd opzicht misschien van een neo-moderne" school kunnen worden gesproken.

Ik heb getracht in het voorafgaande op de hoofddenkbeelden van de inhoudrijke rede van den nieuwen Utrechtschen hoogleeraar de aandacht te vestigen, het strak gehouden en niet op zijwegen zich begevend betoog te condenseeren. Met drie opmerkingen moge ik deze korte aankondiging besluiten.

Vooreerst treft wederom in deze historische beschouwingen, dat ook op strafrechtelijk gebied de denkbeelden krachtig voortschrijden, maar tevens, dat uit het verleden,

waarmede door sommigen misschien te radicaal gebroken werd, telkens weer gedachten oprijzen, welke oude beginselen in gewijzigden vorm doen herleven. Het is goed voor dit verschijnsel de oogen geopend te houden, te letten op de zijden en de keerzijden, den vooruitgang niet alleen, maar ook de wendingen in dien vooruitgang. Dit streven naar eenheid en naar verzoening, dit — weldadig aandoend — vertrouwen op de evolutie in de denkbeelden op strafrechtelijk gebied, deze kijk, als ik 't zoo noemen mag, vanaf een hooger gezichtspunt, in één woord de geest, welke nog laatstelijk tot ons sprak uit de inaugureele rede van den jongen *Groningschen* hoogleeraar in het strafrecht (3), heeft mijn volle sympathie. Mits natuurlijk die geest niet lijdt tot eene verflauwing van grenzen, tot een wegdoezelen van beginselen. Trouwens dit principieele heeft Prof. Pompe allerminst uit het oog verloren: de grensafbakening, het karakteriseeren en tegenover elkander stellen in zijne historische schets, is bij hem in de beste handen. Alleen de „neo-moderne school", door den redenaar zelven een zonderlinge term genoemd, lijkt mij minder gelukkig. Men ga vooral in het classificeeren van richtingen en scholen, in het etiketteeren niet te ver. *Buiten* het strafrecht bestaat een dergelijk streven. *In* het strafrecht wake men daartegen!

Mijne tweede opmerking betreft het groote gevaar, verbonden aan eene te ver doorgevoerde neiging om in den misdadiger den minderwaardige te zien, den ziekelijken, in 't algemeen abnormalen, medemensch, die eene bepaalde „behandeling" noodig heeft. Al demonstreert Prof. Pompe dit gevaar niet met zoovele woorden, toch zien wij het tusschen de regels door, en gevoelen ons daartegen gewaar-

---

(3) Prof. Vrij, den 10 Maart 1928.

schuwd. Tegenover die neiging voor pathologische problemen, dien hang naar het „abnormale", houde men vast aan het gezond en krachtig verantwoordelijkheidsgevoel, waaraan ook onze tijd zoo dringend behoefte heeft, en hetwelk ook in de geloofsbelijdenis van de „moderne" richting zulk eene voorname plaats inneemt.

En tenslotte nog dit. Van groote beteekenis acht ik 't, dat onze hoogleeraren in het strafrecht in hunne algemeenwetenschappelijke beschouwingen telkens den nadruk leggen op den *mensch* als de centrale figuur in het strafrecht. TAVERNE spreekt van „eine eminent menschliche Wissenschaft", spreekt van den mensch, onzen medemensch, als begin, einde en middelpunt van de strafrechtswetenschap (4). VAN HEIJNSBERGEN, in dat hooggestemde slot zijner inaugureele rede, gewaagt van het strafrecht als *meer* dan eenig ander deel van het recht doordringende tot het wezen van den mensch (5). En de hoogleeraar, wiens rede wij hiervóór in vogelvlucht beschouwden, roept vóór onzen geest een strafrecht op, waarin heerscht een geest van liefde „niet slechts tot de menschheid in het algemeen, maar bijzonder tot den in ellende gevallen medemensch, een geest dus van wat in bewonderenswaardige samenvatting van het abstracte en concrete genoemd wordt naastenliefde".

Zóó wordt het strafrecht geplaatst midden *in* de maatschappij en zijne groote waarde en hooge roeping erkend. Zóó worden de begrippen menschelijkheid en menschenliefde *meer* dan de toepassing van eene vrij banale „clementie", maar worden zij een integreerend deel van de

---

(4) TAVERNE, t. a. p. blz. 33, in zijne toespraak tot de studenten in de rechtswetenschap.

(5) Het inquisitoire proces (rede, uitgesproken te Groningen den 12 Februari 1927), blz. 25.

strafrechtspraak. Het is te verwachten, dat de nieuwe Utrechtsche hoogleeraar, hiervan diep doordrongen, zijne, juist in deze dagen niet gemakkelijke, taak met voldoening zal vervullen, en zijn onderwijs aan de strafrechtswetenschap zal ten goede komen.

Amsterdam, December 1928 S. J. M. VAN GEUNS

Dr. ADOLF STOLL: *Der junge Savigny*" (Berlin, Carl Heyermans Verlag).

Eigen studie over SAVIGNY (1) bracht ondergeteekende in 1914 te Kassel in kennis met den zeer sympathieken Dr. A. STOLL. Hij acht het een voorrecht thans de aandacht te mogen vestigen op de nieuwe publicatie van den nu bijna tachtigjarigen historicus (sedert overleden). Een schat van nieuwe gegevens wordt ter onzer beschikking gesteld, uit welke weder ten volle blijkt de groote beteekenis van SAVIGNY ook voor onzen tijd.

Terecht schreef voor eenige jaren wijlen Mr. J. A. LEVY (*Weekblad van het Recht* no. 10.000): „Wij moeten terug voor de verhouding van volk, rechtspraak en recht naar SAVIGNY".

Het thans verschenen boek is het eerste van een reeks van drie deelen, welke het geheele leven van SAVIGNY zullen omvatten. De inhoud bestaat uit een rijke verzameling brieven, in dit deel beginnende met een schrijven uit de kinderjaren en loopende tot de aanvaarding van het professoraat te Berlijn (1810). Dr. STOLL heeft zich met groote kennis en toewijding van zijn taak gekweten en veel licht verspreid door zijn inleiding en de toelichting bij de verschillende brieven. Het boek is verrijkt met talrijke illustraties, die aan het geheel veel leven bijzetten.

SAVIGNY, gesproten uit een oud adellijk geslacht, had een droeve jeugd. Op dertienjarigen leeftijd bleef hij als wees achter, uit een gezin van twaalf kinderen de eenig overlevende. Te Marburg kwam hij onder den invloed van den man, wiens nagedachtenis bij hem tot zijn hoogen

---

(1) Mr. R. A. FOCKEMA: De beteekenis van FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY voor den tegenwoordigen tijd (Erven Bohn 1915). Savigny (*Themis* 1917).

ouderdom in dankbare herinnering bleef, den professor in het Romeinsche recht WEIS. Dezen beschouwde hij als zijn eenigen leidsman, als zijn „dominus sive magister" op den voet van de gebruiken der middeleeuwen. Onder zijn invloed openbaarde zich bij den twintigjarigen, volgens een schrijven van zijn vriend, den lateren diplomaat VON LEONHARDI de drang om te worden „Ein Reformator der Jurisprudenz, ein KANT der Rechtswissenschaft". Deze hoogdravende omschrijving is van de zijde van LEONHARDI waarschijnlijk eenigermate ironisch. Hij had — naar we mogen aannemen — voor den begaafden zeer welgestelden delman een naar de wereld schitterender loopbaan op het oog en trachtte althans helpers te winnen om SAVIGNY van zijn plan terug te brengen.

SAVIGNY zelf motiveert zijn voornemen — zonder eenige zelfverheffing — tegenover zijn vriend VON NEURATH (bl. 70).

Hij zegt dat hij in de kringen, waarmee hij kennis heeft gemaakt, zooveel onwetendheid, zooveel onverschilligheid tegenover de zaken, zooveel oppervlakkige alledaagschheid heeft gevonden, dat hij overtuigd is, dat men slechts heeft te willen om meer dan een ander te zijn.

De tijd der revolutie toont volgens hem aan de behoefte aan opbouwende krachten. De tot die taak geroepenen moeten zich aan dit belangrijk werk wijden. Dit is geheel in den geest van wat zijn volgend leven zal beheerschen. Woordelijk schrijft hij aan zijn vriend: „Thans, nu voor alle vormen algemeene verwoesting dreigt, is het noodiger dan ooit, een steunpunt te zoeken dat — onafhankelijk van het positieve en conventioneele — in ons zelf is gegrondvest. Zie op Parijs . . . . . „de „Reform" moet uit het innerlijke heiligdom van den geest uitgaan; de menschen te Parijs staan *onder* de omstandigheden, wij moeten allen trachten ons *daarboven* te verheffen".

In zijn vroege jeugd zoeker en twijfelaar vindt SAVIGNY spoedig volledige bezieling in het Christendom. Richtsnoer bij alles wordt hem de bestemming van den mensch naar Christelijke beginselen.

Hij heeft in de triomf van het Christendom een volledig vertrouwen, doch stelt zich beslist afwerend tegen alles wat gelijkt op het tegenwoordig politiek Christendom, vooral tegen de splitsing van universiteiten op grond van godsdienstig geloof.

SAVIGNY was een volgeling en bewonderaar van zijn stadgenoot GÖTHE. In 1799 komt hij voor het eerst, reizende in eigen rijtuig met postpaarden ,te Weimar en dan schrijft hij aan de Marburger vrienden: „Es war Nacht, als ich in die heilige Stadt einzog". De jonge student vond het blijkbaar onbescheiden zich reeds bij die gelegenheid bij GÖTHE aan te dienen. Eerst later bezoekt hij hem en GÖTHE is vol vereering voor „den treflichen SAVIGNY".

SAVIGNY was ook in hooge mate geestverwant van zijn grooten stadgenoot.

Eén van GÖTHE's meest op den voorgrond tredende stellingen is: „Der Mensch ist ein werdender". Hij ziet overal groei en ontwikkeling, nergens stilstand. Zoo ook SAVIGNY ten aanzien van het rechtsleven. GÖTHE is de man van de nauwkeurige waarneming, de vijand van algemeenheden zonder grondig onderzoek omtrent feiten. Zoo ook weder SAVIGNY. Hij verzet zich steeds tegen wat hij noemt „flaches Räsonnement. Intusschen is hij geenszins een vijand van hervormingen. Integendeel deze zijn noodig wegens zich in het volksleven openbarende nieuwe toestanden, met het oog op nieuwe behoeften en juister inzichten.

Daarom moet volgens SAVIGNY *het volksleven* in zijn groei en ontwikkeling nauwkeurig worden nagegaan om aan de leiders van het rechtsleven den zienersblik te geven,

waardoor zich aan hen de behoeften aan hervorming zullen openbaren.

Hte boek van Prof. STOLL heeft geenszins uitsluitend beteekenis voor juristen. SAVIGNY bewoog zich op allerlei gebied en correspondeerde met op den voorgrond tredende mannen, ook buiten het engere terrein van het recht. Daardoor is zijne correspondentie van beteekenis voor allen, die zich nader willen op de hoogte stellen van het geestesleven van de eerste helft der vorige eeuw. Onder de mannen, met wie druk werd gecorrespondeerd, zijn vooral ook de Gebrs. GRIMM te noemen.

Ten aanzien van SAVIGNY heerschten reeds spoedig verkeerde voorstellingen. Eén van zijn vrienden schreef reeds dadelijk na zijn overlijden over de gewone veel verspreide vervalsching van de denkbeelden van SAVIGNY. Ook in ons vaderland heeft vroeger — zelfs aan sommige universiteiten — elk inzicht omtrent den grooten jurist ten eenenmale ontbroken. De latere tijd heeft zich daarboven verheven. We kunnen daarvoor o. a. wijzen op de geschriften van Prof. DE SAVORNIN LOHMAN.

Het kan voor velen — ook in ons vaderland — een waar genot zijn om in dezen onrustigen tijd in bijzonderheden het leven en de ontwikkeling te volgen van een man, die zich ver boven ons gewone stervelingen verheft en steeds door een hoog streven was bezield. Juist in dezen tijd van phrases en onrust past kennismaking met een rustigen hoogen geest, wiens geheele leven was beheerscht door het nastreven van een edel doel en het doordringen tot den kern der problemen.

Mr. R. FOCKEMA

Mr. C. ASSER's. *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Eerste deel, Personenrecht, Zesde druk, bewerkt door Mr.* PAUL SCHOLTEN, *hoogleeraar aan de Universiteit van Amsterdam.* W. E. J. TJEENK WILLINK, *Zwolle.*

Van het bekende werk van ASSER en VAN HEUSDE over het Personenrecht, het boek dat een veertig jaar geleden *het* handboek was, dat zij die met de studie van het Nederlandsche recht een aanvang maakten, ter hand namen, is thans de 633 bladzijden tellende zesde druk verschenen.

Behalve de noodige aanvullingen, want het is een verdienste van het werk, dat het bij iederen nieuwen druk weder up to date wordt gebracht, is er tusschen dezen en den voorafgaanden vijfden druk geen groot verschil. Slechts is de inleiding van het werk verdwenen. Naar de schrijver ons mededeelt is het zijn voornemen om gevolg te geven aan den hem in de beoordeeling van den vijfden druk door Prof. ANEMA gegeven raad om deze materie in een afzonderlijk eerlang te verschijnen deel te behandelen. Waar nu de in de inleiding te behandelen stof — men denke slechts aan het internationaal privaatrecht — steeds meer aan practische beteekenis wint, zal het werk daardoor stellig aan waarde winnen. Voorloopig zullen wij het nog wel doen met wat de vijfde druk ons op dat gebied geeft en eene uiteenzetting van deze stof door een bewerker als de schrijver zal, wanneer hem de plaatsruimte niet meer zoo knelt, stellig verdienstelijk zijn.

Hoe verschilt wat ons de thans verschenen zesde druk geeft van het oorspronkelijk werk der Haagsche rechters

ASSER en VAN HEUSDE. Ofschoon niet speciaal voor studenten geschreven was het toch voor hen *het* handboek. En terecht, het gaf juist wat men noodig had.

De omstandigheid dat Mr. ASSER betrekkelijk kort daarop tot den Leidschen katheder werd geroepen zal hierop ook wel niet zonder invloed zijn gebleven en het is den uitgever gegeven om na den dood van dezen jurist tot voortzetters en hernieuwers van zijn arbeid de hand te kunnen leggen op juristen zóó voor hun taak berekend als Mr. SCHOLTEN en zijn medewerkers. Waren de heeren LIMBURG, MEIJERS en ANEMA geheel vrij, Prof. SCHOLTEN vond voor zich een reeds verschenen werk en heeft in den eersten tijd met piëteit gehandhaafd wat oorspronkelijk was gegeven. Maar in den loop der tijden is toch ook door de verandering in de wetgeving het werk zeer veranderd, het is thans geheel de vrucht van den arbeid van Mr. SCHOLTEN.

Van een handboek voor studenten is het weder meer geworden, wat oorspronkelijk ook bedoeld was, een handboek voor practici maar niet om zich bij voorkeur van de jurisprudentie of litteratuur op de hoogte te stellen, doch om in het kort zich weder in de materie, die men kennen moet, in te werken.

Voor studiosi is het werk thans, geloof ik, te omvangrijk geworden, maar ook voor hen kan hetgeen geleerd wordt nog van waarde zijn, steeds krijgt men in enkele bladzijden een vluchtig maar scherp beeld van het oud-Nederlandsche en oud-Fransche recht over ieder onderwerp.

Of de auteur niet soms in de materie dieper had kunnen doordringen zonder meer ruimte te eischen? Het is mogelijk, doch laat ons tevreden zijn met wat hij geeft.

Een enkel maal maakt de auteur zich van een quaestie wel wat gemakkelijk af. Zoo twijfel ik of de leer der fictie bij de rechtspersonen verslagen is in de enkele zin-

sneden die de schrijver aan de bestrijding wijdt. En onjuist lijkt mij de opmerking, dat het geen twijfel lijdt of ook VON SAVIGNY en zijn aanhangers de onmogelijkheid van een onrechtmatige daad van een rechtspersoon erkennen. Van een strafbaar feit ja, maar daarom nog niet van een onrechtmatige daad. Ik kan het mij dan ook zeer goed begrijpen, dat, toen in de tweede helft der XIXde eeuw ten onzent de fictieleer de heerschende was, toch de rechtspraak zonder aarzeling de aansprakelijkheid van rechtspersonen voor onrechtmatige daden door hare organen, als zoodanig verricht, heeft erkend. Ik zal niet betwisten, dat overwegingen van doelmatigheid en billijkheid hier van invloed zijn geweest — gelukkig, welk verstandig rechter zal niet zonder aarzelen daarmede rekening houden — doch dogmatisch liet zich die aansprakelijkheid toch ook zeer wel verdedigen ook door hem, die schuld een onmisbaar element voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad acht.

De plaatsruimte ontbreekt dit hier nader uiteen te zetten, dit alles doet niet te kort aan het gevoel van waardeering waaraan ik gaarne uiting geef.

SCHOLTEN heeft ook in deze uitgave weder een werk gegeven dat niet alleen thans terecht in eere is, maar dat ook op den duur niet zal worden vergeten.

C. S.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 127, aflev. 6 en deel 128, aflev. 1 en 2. — SOEPOMO, Het grondenrecht ter hoofdplaats Jogja na de reorganisatie. — VAN ARKEL, Adatrecht en Accept.

Deel 128, aflev. 3 en 4. — NOLST TRENITÉ, Ned.-Indisch of indonesisch agrarisch recht? — TER HAAR, De ontwerpregeling op de inheemsche rechtspraak in rechtstreeks bestuurd gebied. — LEKKERKERKER, Artikel 372 jo. 52 of artikel 373 W. v. S.?

Deel 128, aflev. 5. — SCHEPPER, In memoriam Prof. W. van der Vlugt. — STAR NAUTA CARSTEN, Eigendom in geval van herhaalden verkoop van hetzelfde goed door eenzelfden verkooper. — LEM, Eisch en antwoord in Landraadzaken. — POSER, De verjaring bij cumulatieve telasteleggingen.

Militair-Rechtelijk Tijdschrift, deel 24, aflev. 3. — VAN HEUVEN, Een en ander over „Dienstweigering". — GOFFRIE, De Criminaliteit der Militairen in 1926. — VAN DEN BERG VAN SAPAROEA, Bevoegdheden van den Garnizoenscommandant tijdens de informatiën.

Rechtsgeleerd Magazijn, jrg. 47, aflev. 4. — KRUSEMAN, Partieele herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (slot). — VAN PRAAG, Welke kracht hebben in Nederland de door vreemde rechters in burgerlijke zaken gewezen vonnissen.

Tijdschrift voor Strafrecht, deel 38, aflev. 3. — VAN DEVENTER, Schuld als positief rechtelijk beginsel in onze strafwet. — HALLEMA, Wie er in de 17e eeuw in het tuchthuis kwamen? (Opname, ontslag, reclasseering). — EVERS, Strafrechtelijke bibliographie (Buitenlandsch overzicht 1927).

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 68e année, no. 7/8. — *Examen Doctrinal.* — BECQUÉ, Les suretés réelles. — LEBRET, Du sort des droits consentis sur des biens indivis.

68e année, No. 9/10. — NIBOYET, Chronique de droit international privé. — LEBRET, Du sort des droits consentis sur des biens indivis.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 55e année (1928), no. 4—5. — ROLIN JAQUEMYNS, L'entretien de l'Escaut suivant les traités. — TRAVERS. L'affaire du „Lotus". — DE VISSCHER, La session de Stockholm de l'Institut de Droit International (21—28 août 1928). — JENNINGS, La personnalité internationale dans l Empire britannique. — STREIT, La nationalité des sociétés commerciales. — DÉAK, Classification, immunités et privilèges des agents diplomatiques (suite et fin). — HOSTIE, Différends justiciables et non-justiciables. — HAJNAL, La commission Européenne du Danube et le dernier avis consultatif de la Cour.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 8e année, no. 8, 9, 10, 1928. — *Mémoires.* — I. — DE GREEFF. Normaux et débiles mentaux. — II. — VAN DONINCK, Stigmates de dégénérescence chez les anormaux débiles.

No. 11, 1928. — *Mémoire.* — NEYMARK, La peine d'amende (à suivre).

Revue historique de Droit français et étranger, 4e série, 7e année (1928), no. 3. — DE VISSCHER, Les origines de l'obligation „en delicto". — SOLOVIEFF, Le droit byzantin dans la codification d'Etienne Douchan. — OLIVIER-MARTIN, Les „Poines de la duchée d'Orliens". — *Variétés.* — I. — OLIVIER-MARTIN, Le Congrès historique d Oslo. — II. — BUCKLAND, Les limites de l'obligation du „fideiussor".

Revue juridique internationale de la Locomotion Aérienne (Juillet—Septembre) 1928. — HOMBURG, La limitation de responsabilité du transporteur aérien et la stabilisation du franc français.

The American Journal of International Law, vol. 22, no. 4 (October) 1928. — JESSUP, The Palmas island arbitration. — KOROVIN, The Sovjet treaties and international law. — MANGER, The pan American Union of the sixth international conference of American States. — HUDSON, The American reservations and the permanent court of international justice. — WILLIAMS, The tribunal for the interpretation of the Dawes plan. — LADAS, Pan American conventions on industrial property.

The Law Quarterly Review, vol. XLIV, no. 176. — BUCKLAND, The Conception of Servitudes in Roman Law. — GOODHART, Blackmail and Consideration in Contracts. — NORMAN BENTWICK, The jurisdiction of the International Court of Justice over concessions in a mandated territory. —

AMOS, A note on contractual restraint of Liberty. — HANBURY, A periodical menace to equitable principles. — SYBIL CAMPBELL, Usury and annuities of the 18th century. — CARLTON KEMP ALLEN, The young Bentham.

The South African Law Journal, Part. II, vol. XLV, (May) 1928. — H. G. H., Mr. Justice Feetham. — ELLIOTT, Antenuptial contracts. — KITCHIN, Non-judicial tribunals. — HERBSTEIN, The summons (to be continued).

Part. III, vol. XLV (August) 1928. — S. A. R., Mr. Justice Solomon. — MACINTOSH, Concurrent negligence. — ELLIOTT, Antenuptial contracts (continued). — HERBSTEIN, The summons (continued).

Archiv für die civilistische Praxis, Band 129, Heft 2. — ISOLE, Geldschuld und Bargeldloser Zahlungsverkehr. — HECK, Wie bestimmt sich die Erbfolgeordnung der weiblichen Nachkommen, die nach Aussterben des Männerstamms unter Aufheben des Fideikommisverbandes in das Fideikommisvermögen berufen sind (Allodialvergabung)?

Band 129, Heft 3. — LÖBL, Geltendmachung fremder. Forderungsrechte im eigenen Namen. — HÖRNER, Familien- und erbrechtliche Tatsachen in Würtemberg. — JOSEF. Die Wirkung des Hervortreten neuer Vermögensbestandteile und Verbindlichkeiten nach beendigten Liquidation.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 33, Heft 19. — KLOSZ, 10 Jahre Reichsfinanzhof. — SCHWARZ, Wiederaufname und Vertrauenskrise. — SCHWALB, Das neue französische Nationalitätsgesetz im Rahmen der Gesamtpolitik Frankreichs. — COESTER, Das Küstenmeer im Völkerrecht. — LOENING, Neues Eisenbahnverkehrsrecht.

Jhrg. 33, Heft 20. — VON STAFF, Der 35. Deutsche Juristentag in Salzburg. — HOCHE, Vereinfachungen in der Rechtsauffindung. — FINGER, Das Volksbegehren „Panzerkreuzer-Verbot". — HACHENBURG, Zur Reform des Aktienrechts. — STIER-SOMLO, Die Rechtsprechung des preusz.-Oberverwaltungsgerichts (81. Band der amtlichen Sammlung). — SCHLEICHER, Luftfahrt, Staat und Recht. Zur Internationalen Luftfahrtausstellung in Berlin 1928.

Jhrg. 33, Heft 21. — MARX, Die portugiesischen Neutralitäts-ansprüche. — DREWS, Staatsgerichtshof und preuszisches Notverordnungsrecht. — DÜRR, Zur Reform des Strafprozesses. — MANIGK, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Der 118. Band der amtlichen Sammlung). — GLEISPACH, Das neue österreichische Jugendgerichtsgesetz. — KÜHN, Schulgewalt und Elternrecht in Preuszen.

Jhrg. 33, Heft 22. — MÜGEL, Die Schifferschen Vorschläge

zur Justizreform. — BOHNE, Individualpsychologische Betrachtungen zu den Kapitalverbrechen der letzten Zeit. — SCHWARZ, Zum Falle Huszmann. — KRÜGER, Wahrung der Rechtseinheit, Entlastung und Kontingentierung am Reichsgericht. — VON HIPPEL Sind sittenwidrige Gesetze ungültig? — DENZ, Das deutsch-schweizerische Goldhypothekenproblem und das Reichsgericht.

Jhrg. 33, Heft 23. — HÄNTZSCHEL, Die Reform des deutschen Preszrechts. — HELBER, Zweck der Haft. — STOLL, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Der 119. Band der amtlichen Sammlung). — REISZ, Ein Konflikt zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung in Danzig. — BINDEWALD, Das Aufwertungsrecht des Saargebiets. — GARDÉ, Die Armenrechtsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft.

Jhrg. 33, Heft 24. — ZARDEN, Der Entwurf eines Steuervereinheitlichungsgesetzes. — SCHMID, Der neue württembergische Beamtengesetzentwurf. — MITTEIS, Graphologie und Recht. — SASZ, Zur Gerichtshilfenfrage. — NELKEN, Zum Entwurf einer Handwerksnovelle.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 93, Heft 1/2. — SIEBERT, Die besitzrechtliche Grundlage der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere. — INHULSEN, Insätzliche Mitteilungen aus dem englischen Gerichtsjahr (1926/27). — SCHOLZ, Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaft. — JESSEN, Der Handelskauf nach nordischem Recht. — CRISOLLI, Die Rechtsnatur der Sacheinlageverpflichtung eines Aktionärs. Gibt es bei ihr einen Schadenersatzanspruch, eine Wandlung oder Minderung?

Zeitschrift für Öffentliches Recht, Band VIII, Heft 1, — TASSITSCH, Ein jugoslawisches Werk über den Staat (zugleich Gedanken zu einigen grundsätzlichen Problemen der modernen Rechtstheorie). — WALZ, Eine neue publizistische Rechtstheorie. — GYSIN, Naturrecht und Positivität des Rechts. — VOEGELIN, Der Sinn der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. — STIEGER, Das Vertragsrecht eines Völkerbundsstaates gemäsz Artikel 18 bis 21 der Völkerbundssatzung.

Band VIII, Heft 2. — MIRKIN-GETZEWISCH, Die Rationalisierung der Macht im neuen Verfassungsrecht. — PFISTER, Die Wahl der Parlamentsmehrheit. — AKZIN, Der Rechtsbegriff der Minderheit. — KÖRNER, Zur Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit. — SANTER, Juris naturae larva detracta (Eine Naturrechtskritik aus dem 18. Jahrhundert).

THEMIS

XCste DEEL — TWEEDE STUK

Iets over den invloed van kerk en godsdienst op de ontwikkeling van het privaatrecht in de Germaansche landen

De Amsterdamsche advocaat Mr. Jonas Daniel Meyer, die in zijn tijd groote vermaardheid verwierf door zijn werk *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe* (1), gaf in de inleiding van dat boek als zijne meening te kennen, dat de invoering van den Christelijken godsdienst in de Germaansche landen geen rechtstreekschen invloed heeft gehad op het recht. „Ce n'est pas" — schreef hij — „que nous prétendions révoquer en doute l'influence que le Christianisme a exercée sur les mœurs, et les usages des nations, quoique cette influence ait été beaucoup exagérée; ce n'est pas que nous admettions que ce changement de mœurs ait été indifférent à toutes les parties de la législation: mais nous n'avons guères reconnu d'effets directs de l'introduction du Christianisme sur les institutions dont nous nous occupons" (2).

(1) La Haye, 1818. Zie bl. LXV.

(2) Hoewel de schrijver in 't bijzonder handelt over de rechterlijke organisatie en de rechtspraak, erkent hij toch blijkbaar ook

Tegenwoordig zal echter wel ieder, die eenigszins tot oordeelen bevoegd is, den invloed van kerk en godsdienst op de ontwikkeling van het recht in de Germaansche landen erkennen.

Ook de aanhanger van de Marxistische of historisch-materialistische rechtsbeschouwing?

Wie deze vraag wil beantwoorden, mag niet nalaten kennis te nemen van het in November 1928 verschenen proefschrift *De Marxistische opvattingen over recht en staat* van de hand van Mr. J. VALKHOFF. Dit boek bedoelt eene systematische uiteenzetting te geven van de Marxistische rechts- en staatsbeschouwing.

Inderdaad behoeft de Marxistische rechtsleer wel eene nadere uitwerking. Want, hoewel MARX eene juridische opleiding genoten had, vindt men bij hem — evenmin als in de werken van ENGELS — geene systematische uiteenzetting van de historisch-materialistische rechtsleer; wèl verspreide opmerkingen daarover. En deze kunnen, zooals Mr. VALKHOFF terecht opmerkt, door hare beknoptheid aanleiding geven tot misverstand.

De quintessens der Marxistische rechtsbeschouwing ligt in de bekende woorden van MARX: „Die Produktionsweise des materiellen Lebens bedingt den sozialen, politischen und geistigen Lebensprozess überhaupt".

Wat beteekent dit?

Het beteekent op zijn minst, dat op de ontwikkeling van het recht (en andere geestelijke levensverschijnselen) de productiewijze of — zooals 't ook, eenigszins ruimer, is

---

geen directen invloed van den Christelijken godsdienst op andere deelen van het recht. Zoo zegt hij verder: „les dispositions des lois, qui régissaient les Germains adonnés au Paganisme, non seulement ne diffèrent pas de celles qui sont postérieures à leur baptême, mais souvent elles se trouvent entremêlées".

geformuleerd — de economische structuur van de maatschappij grooten invloed heeft.

Wanneer echter enkel dit de bedoeling was van MARX' leer, dan zou niet alleen de rechtshistoricus, maar vrijwel ieder jurist van onzen tijd daarmede instemmen. Wij zijn toch tegenwoordig wel allen ervan doordrongen, dat het recht een maatschappelijk verschijnsel is, ééne van de zijden der samenleving zelve. Vooral de zoogenaamde sociologische richting in de rechtswetenschap legt hierop sterk den nadruk. Maar zij had niet de primeur van deze zienswijze en heeft er ook niet het monopolie van, al zouden sommige harer aanhangers ons dat wel gaarne doen gelooven. Er is continuïteit ook in de geschiedenis der rechtswetenschap, en niet zelden blijken opvattingen, welke als gloednieuw werden aangediend, bij nader onderzoek in hoofdzaak oud te zijn. Het feit, dat aanhangers van de sociologische rechtsbeschouwing zich nog al kleineerend plachten uit te laten over de historische school, kan ons niet doen vergeten, dat de hoofdgedachte van hunne richting in de geschriften van v. SAVIGNY telkens terug te vinden is en nooit beter geformuleerd werd dan in zijn beroemde woord: „Das Recht ist das Leben der Menschen selbst, von einer besondern Seite angesehen" (3).

Is nu het recht de samenleving zelve, gezien van een bepaalden kant, dan volgt daaruit, dat de productie of ruimer de voorziening in de stoffelijke behoeften der menschen, welke in de maatschappij eene zoo belangrijke rol speelt, op de ontwikkeling van het recht grooten invloed moet hebben.

---

(3) Enkele, en niet de minst beteekenende, aanhangers van de sociologische richting hebben trouwens volmondig erkend, dat zij hunne opvattingen aanknoopten aan de grondgedachten der historische school. Zoo doet bijv. doorloopend EUGEN EHRLICH in zijne *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913).

Zonder twijfel heeft dan ook MARX, die een leerling van v. SAVIGNY is geweest, wel wat van hem geleerd. Volgens Mr. VALKHOFF is de invloed van laatstgenoemde op MARX niet groot geweest, en hij wijst erop, dat deze later, in 1843, de historische rechtsschool scherp heeft aangevallen op grond van haar conservatisme. Maar het behoort nu eenmaal tot de zwakheden van den mensch, dat hij in den regel meer geneigd is de fouten — of wat hij als zoodanig beschouwt (4) — dan de verdiensten van zijne groote voorgangers uit te meten (5). Het blijft de verdienste van de

---

(4) Ik wil natuurlijk niet ontkennen, dat vele aanhangers der historische rechtsschool zeer conservatief geweest zijn. Maar met de grondgedachte van de historische school heeft dat niets te maken, zooals v. SAVIGNY zelf in de Vorrede van zijn *System* (bl. XIV) nadrukkelijk verklaard heeft: „Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft wird völlig verkannt und entstellt, wenn sie häufig so aufgefaszt wird, als werde in ihr die aus der Vergangenheit hervorgegangene Rechtsbildung als ein Höchstes aufgestellt, welchem die unveränderte Herrschaft über Gegenwart und Zukunft erhalten werden müsse. Vielmehr besteht das Wesen derselben in der gleichmäszigen Anerkennung des Werthes und der Selbständigkeit jedes Zeitalters, und sie legt nur darauf des höchste Gewicht, dasz der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft und ohne dessen Kenntnisz wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äuszere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen". Beter kon niet gezegd worden, dat conservatisme in den zin van een vasthouden aan het historisch gewordene *als zoodanig* berust op eene verwarring van constateerende en waardeerende oordeelen, en dat het doel van de rechtsgeschiedenis enkel is, door opsporing van het causaal verband tusschen heden en verleden, den rechtstoestand van het heden voor ons *begrijpelijk* te maken.

Overigens heeft MARX ook aan HEGEL, die voor zijn „geestelijken vader" doorgaat, critiek niet onthouden. Zoo zegt hij bijv. van HEGEL's dialectiek: „Sie steht bei ihm auf dem Kopf. Man musz sie umstülpen um den rationellen Kern in der mystischen Hülle zu entdecken" (*Das Kapital*, 2e Aufl., Nachwort).

(5) Bij het aanwijzen van de „fouten" van v. SAVIGNY plegen

historische school, dat zij, in tegenstelling tot de natuurrechtsleer, het inzicht bracht, dat het recht, evenals alle andere levensverschijnselen, aan voortdurende ontwikkeling onderhevig is: „es giebt auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes".

Het ligt dus geheel in de lijn van de historische rechtsschool, wanneer men aan het economisch moment groote beteekenis toekent voor de rechtsontwikkeling (6). En het beste bewijs voor deze stelling is het volgende. Terwijl MARX en zijne volgelingen aan het verband tusschen *recht* en economische structuur der samenleving maar zeer weinig aandacht hebben besteed en daaraan slechts enkele „verspreide opmerkingen" gewijd, is dat verband uitvoerig en systematisch aangewezen door een aanhanger van de historische rechtsschool. Ik heb hier het oog op de vrijwel vergeten en blijkbaar ook aan Mr. VALKHOFF onbekende geschriften van WILHELM ARNOLD, hoogleeraar te Bazel en later te Marburg. Hoewel ARNOLD niet stond op historisch-materialistisch maar integendeel op positief-Christelijk standpunt en dan ook geenszins *alle* geestelijke levensverschijnselen herleidde tot het materieele leven, herinneren zijne opvattingen over de verhouding van *recht, staat* en

---

tegenwoordig de juristen elkander vlot na te schrijven. Ook Mr. VALKHOFF praat anderen weer na, dat v. SAVIGNY's opvattingen „romantisch" waren. STAMMLER vooral heeft, tot vervelens toe, in bijna al zijne philosophische geschriften verteld, dat v. S. geloofde in 't reëel bestaan van een volksgeest, en verwijt hem daarom „Geisterglauben". Maar wanneer v. S. spreekt van den volksgeest, dan is dat enkel beeldspraak. Mijn leermeester HAMAKER placht ook te zeggen, dat het privaatrecht „gegrift is in de volksziel". Was deze grondlegger der sociologische rechtsbeschouwing in ons vaderland soms ook romanticus?

(6) Dit erkent trouwens ook Mr. VALKHOFF (bl. 57).

„*Wirtschaft*" in sterke mate aan de Marxistische leer. Hij heeft dit onderwerp summier behandeld in zijn *Recht und Wirtschaft nach geschichtlicher Ansicht* (1863) en zeer uitvoerig in zijn *Cultur und Rechtsleben* (1865), waarin Mr. VALKHOFF wel wat had kunnen vinden, dat van zijne gading zou zijn geweest.

Eene uiteenzetting van ARNOLD's rechts- en staatsleer zal ik hier niet geven. Maar ik wil, door enkele aanhalingen uit zijne geschriften, bewijzen, hoe dicht zijne beschouwingen over het *recht* naderen tot de Marxistische.

Hij verdeelt de factoren van het geestelijke leven des volks in twee groepen. De eerste groep vormen de „vorwiegend geistige Lebensäuszerungen" van het volk: taal, kunst en wetenschap. Den godsdienst laat hij er buiten, omdat de Christelijke godsdienst geen nationaal verschijnsel is, maar alle volken verbindt, waardoor hij, volgens ARNOLD, zijn „übergeschichtlichen und geoffenbarten Ursprung" bewijst, „denn ein Volk kann nie von sich aus die Schranken der Nationalität überspringen und eine Religion für alle Völker erzeugen" (7). De tweede groep bestaat uit factoren „nicht rein geistiger Art: Wirtschaft, Recht und Staat". Behalve deze twee groepen is er nog een belangrijk element van het volksleven: de „Sitte", waaronder ARNOLD zoowel de zeden als de moraal begrijpt. Zij staat in het midden tusschen de beide groepen, vormt den overgang van het eene naar het andere gebied. Omtrent de verhouding van Wirtschaft, recht en staat vinden wij nu bij hem o. m. de volgende uitspraken, die hij uitvoerig heeft toegelicht (8):

Wirtschaft, Recht und Staat sind nicht so rein geisti-

(7) *Recht und Wirtschaft*, bl. 18, 19; *Cultur und Rechtsleben*, bl. 18.

(8) Aanhaling van deze uitspraken beteekent niet, dat ik het met de opvattingen van ARNOLD eens ben.

ger Art. Sie hängen mit der Gebundenheit des Menschen an den Staub dieser Erde zusammen, haben ihren Grund in unserm dermaligen Zustand und in unsern zeitlichen Bedürfnissen. Sie werden aufhören, sobald das Reich Gottes anfängt. Aber so lange wir im Schweisz unseres Angesichts unser Brod essen, so lange haben sie bestanden und so lange werden sie bestehen: eine Ordnung für den Erwerb und Gebrauch dieser Bedürfnisse, Schutz und Sicherheit dafür, und eine Macht, die Schutz und Sicherheit gewärt (9).

Das dürfen wir unbedenklich als Ergebnis geschichtlicher Untersuchung aussprechen, dasz der eigentliche Stoff oder Inhalt des Rechts, d. h. die ihm zu Grund liegenden Institute stets durch die materielle Cultur des Volks bedingt werden: das Recht schaft sie nicht, sondern erkent sie nur an (10).

Die Ausprägung wirtschaftlicher zu rechtlichen Instituten ist dann das eigentlich Juristische oder wie wir auch sagen können das Geistige und Sittliche, ein Ausflusz der dem Volk eigentümlichen Kraft, die wie wir vorhin sahen mit dem Volk selbst gegeben ist. Das äuszere Leben liefert den Stoff und die Grundlagen des Rechts, die geistige Richtung und der sittliche Charakter giebt ihnen Form und Gepräge: aus den Lebensverhältnissen werden Rechtsverhältnisse, indem die erstern in feste Normen eingekleidet werden (11).

Die Art und Weise der wirtschaftlichen Cultur be-

(9) *Recht u. Wirtschaft*, bl. 19. Verg. *Cultur u. Rechtsleben*, bl. 52 volg.

(10) *Recht u. Wirtschaft*, bl. 30.

(11) T. z. p.

dingt zugleich die Institute des Privatrechts und ihre Ausbildung (12).

Auch das staatliche Leben ist bedingt durch das wirtschaftliche (13).

Intusschen mag men uit deze uitspraken van ARNOLD niet afleiden, dat volgens hem de rechtsontwikkeling enkel bepaald wordt door economische factoren. Hij leert integendeel, dat alle factoren van het geestelijk leven des volks elkaar wederkeerig beïnvloeden, dus in wisselwerking staan. En tenslotte komt hij — wat men na zijne voorafgaande beschouwingen niet verwachten zou — tot de bewering, dat in laatste instantie voor het recht „die sittlichen Anschauungen" van het volk den doorslag geven (14).

En hierdoor komt aan het eind zijne opvatting toch weer te staan *tegenover* die van MARX, hoewel zij beiden leeren, dat „de economische structuur de rechtsontwikkeling bepaalt". Want in de historisch-materialistische rechtsbeschouwing beteekent dit, dat de rechtsontwikkeling in laatste instantie bepaald wordt door het economisch element. Dit is althans de interpretatie, die ENGELS, in zijne laatste levensjaren, van de Marxistische leer gegeven heeft, toen hij in 1894 schreef: „Nach materialistischer Geschichtsauffassung ist das in letzter Instanz bestimmende Moment in der Geschichte die Produktion und Reproduktion des wirklichen Lebens".

Bij deze interpretatie sluit Mr. VALKHOFF zich aan (15). Evenals ENGELS verwerpt hij de opvatting, dat de rechtsontwikkeling *enkel* beheerscht zou worden door econo-

(12) *Cultur u. Rechtsleben*, bl. 106.
(13) T. z. p., bl. 123.
(14) *Cultur u. Rechtsleben*, bl. 118.
(15) Zie bl. 110, 111, 159, 164 van zijn boek.

mische factoren. Hij erkent, dat ook andere, nl. godsdienstige, zedelijke, staatkundige, wetenschappelijke factoren in het spel zijn, maar neemt blijkbaar aan, dat achter deze toch altijd weer als „diepere oorzaak" ligt het economisch moment. Zoo schrijft hij bijv., dat men bij de bestudeering van staatkundige conflicten niet moet blijven staan bij de geestelijke stroomingen, waardoor zij schijnen veroorzaakt te zijn, maar „teruggaan tot de diepere oorzaken ervan" (16).

Tegen dit zoeken naar diepere oorzaken heb ik niet het minste bezwaar. Maar wel moet ik in verzet komen, als men a priori aanneemt, dat zij altijd te vinden zijn in de economische structuur. En ook ben ik overtuigd, dat de diepste oorzaak van het menschelijk gebeuren ligt buiten het bereik van onze bevatting. Daarom heb ik tegen de stelling, dat de economische structuur *in laatste instantie* de ontwikkeling der geestelijke levensverschijnselen bepaalt, dit bezwaar, dat hare juistheid even onbewijsbaar is als hare onjuistheid. Zij ligt buiten het gebied der wetenschap.

Indien intusschen iemand de historisch-materialistische rechtsbeschouwing enkel mocht willen gebruiken als *hypothese* bij zijn historisch onderzoek, dan zou ik daarmede vrede kunnen hebben, zooals ik vrede kan hebben met elke hypothese, welke een prikkel wordt tot ernstig wetenschappelijk onderzoek.

Bij Mr. Valkhoff is zij nu nog een *dogma* (17), en tot

---

(16) Bl. 108.

(17) Zie bijv. bl. 109, 110 van zijn boek, waar hij schrijft: Wat betreft den opstand tegen Spanje, zou men „om meer afdoende verklaring te verkrijgen moeten nagaan, in hoeverre dit conflict een economischen ondergrond heeft". Hij erkent dus, dit niet te hebben nagegaan, maar neemt niettemin het resultaat van een eventueel onderzoek als a priori vaststaand aan. Zoo telkens. Bijv. ook bl. 110: „Men zal ook hier (wat betreft den strijd tusschen unitarissen en federalisten in 1795) historisch-materialistisch de werkelijke oorzaken van den staatkundigen strijd moeten

eigen rechtshistorisch onderzoek is het tot dusver bij hem niet gekomen. Ik hoop wel, dat hij zich eens daarvoor zal zetten. Niets is meer geschikt om ons van vooroordeelen te bevrijden en voor generaliseeren te bewaren dan juist de beoefening der geschiedenis. En overigens vindt men in zijn boek ook voldoende blijken van wetenschappelijken aanleg om te mogen aannemen, dat voortgezette studie niet alleen hem van het dogma zou bevrijden, maar ook voor de wetenschap vruchten afwerpen.

De vraag, door welke factoren de rechtsontwikkeling bepaald wordt, kan tenslotte alleen langs den weg van historisch onderzoek op bevredigende wijze worden beantwoord. *Bespiegelingen* over die factoren hebben wij nu al genoeg gehad; maar aan *historisch onderzoek* ernaar zijn maar weinige juristen toegekomen.

De lectuur van Mr. VALKHOFF's boek bracht mij op de gedachte, hier eens de aandacht te vragen voor den invloed van kerk en godsdienst op sommige deelen van het privaatrecht in de Germaansche landen. Natuurlijk meen ik niet, hierdoor de onjuistheid van de Marxistische rechtsleer te kunnen bewijzen. Ik zeide al, dat deze m. i. niet bewijsbaar is. Maar wel is het mijne bedoeling te laten zien, hoe men, bij het zoeken naar de factoren der rechtsontwikkeling, door een onderzoek van de bronnen meer tastbare resultaten kan verkrijgen, dan vooropgezette generaliseerende

---

opsporen. Lag ook aan dit conflict niet in laatste instantie een belangentegenstelling ten grondslag? Zal als resultaat van een dergelijk historisch-materialistisch onderzoek niet blijken, dat de oorzaak in laatste instantie gezocht moet worden in de belangentegenstelling tusschen de industrie aan den eenen kant . . . . en den handel (Holland vooral) en den landbouw (Zeeland vooral) aan den anderen kant?" Ook hier is a priori aangenomen, dat de „werkelijke oorzaak" is die, waarin de historisch-materialistische beschouwing *gelooft*.

stellingen ons kunnen bieden. Tevens wordt hiermede den aanhangers der historisch- materialistische rechtsbeschouwing de gelegenheid geschonken om aan te toonen, dat achter de door mij aangewezen factoren der rechtsontwikkeling als diepere oorzaak ligt het economisch moment. De mogelijkheid hiervan wil ik niet a priori betwisten. Zeker kunnen ook kerkelijke en godsdienstige opvattingen beïnvloed zijn door economische factoren: want ook de kerk maakt deel uit van de samenleving en ook de godsdienst is een maatschappelijk verschijnsel. Dat zij geheel zouden blijven buiten aanraking met en beïnvloeding door andere sociale verschijnselen, is onwaarschijnlijk.

Wanneer ik hier spreek van den invloed der kerk op het recht, denk ik aan het wereldlijke recht. Ieder weet, dat de kerk sinds CONSTANTIJN DEN GROOTE haar eigen recht had, het geestelijke of Kanonieke recht, dat door conciliebesluiten en pauselijke decretalen steeds meer is uitgebouwd en later ten deele gecodificeerd in het Corpus iuris canonici. De invloed van de kerk op dit recht, hetwelk vele onderwerpen beheerschte die nu geregeld zijn in het wereldlijke recht, behoeft niet te worden aangewezen. Hier zal ik dan ook alleen handelen over den invloed van kerk en godsdienst op rechtsinstituten, welke beheerscht werden niet door de kerkelijke maar door de wereldlijke wetgeving. Zoo zwijg ik ook over de huwelijkssluiting en de huwelijksontbinding, welke sinds de 12de eeuw beheerscht werden door het Kanonieke recht. Elders heb ik overigens reeds aangetoond, in hoe sterke mate de invloed van de kerk ten aanzien van het huwelijksrecht heeft doorgewerkt tot den huidigen dag.

I. *De rechtspositie van de vrouw*

De vrouw was oorspronkelijk bij de Germaansche volken,

zooals nu nog bij vele natuurvolken (18), rechtens eene zaak, geen persoon.

Zij was in den mund van vader, bloedverwant of echtgenoot. Die mund, later een gezagsrecht, is oudtijds een eigendomsrecht geweest.

Duidelijk openbaart zich dit o. m. in het zoogenaamde koophuwelijk (19). Wie een meisje wilde huwen, kocht haar van haren vader of voogd (20).

Hier eerder, daar later vinden wij echter den regel, dat het meisje zelf haren man moet kiezen. En merkwaardig is de motiveering van dit beginsel in de oude Friesche wetten: „omdat zij macht heeft over haar eigen lichaam".

Schoutenrecht (w. s. uit de 12de eeuw) § 7 (v. RICHTHOFEN, *Fries. Rechtsquellen,* bl. 388): de vader mag zijne dochter geen man geven tegen haren wil, omdat zij geene macht heeft, behalve over haar eigen lichaam. Zoo ook *Acht Doemen,* II (bl. 420); *Rudolfsboek* § 3 (bl. 426).

Deze motiveering nu is van kerkelijken oorsprong, want ik vond haar terug in het *Poenitentiale Theodori,* eene kerkelijke boete-ordening van bisschop THEODORUS VAN CANTERBURY (± 700), waarvan vaststaat, dat zij ook in de Frankische kerk werd gebruikt. Het *Rudolfsboek* stelt de vrijheid van de vrouw om zelf haren man te kiezen voor als een recht, door KAREL DEN GROOTE aan de vrouwen verleend. Deze voorstelling heeft dan waarschijnlijk in zooverre een historischen ondergrond, als de Friesche vrouwen in den tijd van KAREL DEN GROOTE, na de invoering van het Christendom, dit recht verworven hebben.

---

(18) A. H. POST, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz,* II, bl. 37.

(19) Verg. verder mijn *Geschiedenis van het Nederl. huwelijksrecht,* bl. 15.

(20) *Lex Saxonum* (± 800)), c. 49: CCC solidis emat eam (sc. puellam); c. 65: uxorem emere.

Poenit. Theod., lib. II, XII § 35 (F. W. H. Wasserschleben, *Die Bussordnungen der abendländischen Kirche,* 1851, bl. 217): Puella autem XIV annorum sui corporis potestatem habet . . . . . Post hanc aetatem patri filiam suam contra ejus voluntatem non licet in matrimonium dare.

Op de erkenning van de vrouw als persoon in juridischen zin heeft dus zeker de kerk invloed uitgeoefend. En haar eerste recht is wel geweest het recht op haar eigen lichaam.

Daarna heeft de vrouw ook andere rechten gekregen, maar zij bleef, wat hare rechtsbevoegdheid betrof, belangrijk achterstaan bij den man.

Duidelijk komt dit bijv. uit in het *erfrecht.* Bij alle Germaansche stammen waren in den Frankischen tijd de vrouwen, wat het erfrecht betreft, achtergesteld bij de mannen, behalve alleen bij de Westgothen.

Lex Wisigothorum (± 650) IV, II, 9: Femina ad hereditatem patris aut matris, avorum vel aviarum . . . equaliter cum fratribus veniant. Nam iustum omnino est, ut quos propinquitas naturae consociat, hereditarie successionis ordo non dividat.

Uit het laatste gedeelte van deze bepaling blijkt, dat ook bij de Westgothen de gelijkstelling van man en vrouw in het erfrecht niet altijd gegolden had. Waarschijnlijk was zij te danken aan den invloed van den Christelijken godsdienst en van het Romeinsche recht.

Duidelijk blijkt in ieder geval, wat dit punt betreft, de invloed van den Christelijken godsdienst bij de Salische Franken. Volgens de lex Salica waren de vrouwen geheel uitgesloten van de erfenis van onroerend goed.

Lex Salica (± 500) 59, 5: De terra vero nulla in muliere hereditas non pertinebit, sed ad virilem sexum qui patris fuerint tota terra perteneat.

Onder den invloed van den Christelijken godsdienst en misschien ook van de naburige Westgothen ging men deze achterstelling als onbillijk gevoelen. Door beschikkingen, ten behoeve van hunne dochters, stelden de vaders het strenge volksrecht ter zijde.

Formulae Marculfi (± 700) II, 12 (Mon. Germ. Leg. V, ZEUMER, bl. 83): Diuturna sed *impia* (21) inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant; sed ego perpendens hanc impietate, *sicut mihi a Deo aequales donati estis filii,* ita et a me setis aequaliter diligendi et de res meas post meum discessum aequaliter gratuletis.

Zoo ook *form. Senonenses,* 45 (bl. 205).

Grooten invloed heeft de kerk alle eeuwen door gehad op de rechtspositie van de *gehuwde vrouw,* maar hier in behoudenden geest.

De gehuwde vrouw stond vanouds bij de Germaansche volken onder de voogdij van haren man. Deze voogdij heeft zich, hoewel niet ongewijzigd, gehandhaafd tot in onzen tijd, al gebruikt het Burgerlijk Wetboek het *woord* voogdij in dit verband niet meer. Het voortbestaan van de onmondigheid der gehuwde vrouw is toe te schrijven aan den invloed der kerk, die, op grond van uitspraken in de Heilige Schrift, zoowel vóór als na de Reformatie sterk den nadruk legde op de onderworpenheid der vrouw aan den man.

Decretum Gratiani (± 1150), c. 12 C. 33 qu. 5 (AUGUSTINUS): Est ordo naturalis in hominibus, ut serviant foeminae viris, filii parentibus: quia nulla justitia est, ut major serviat minori.

c. 13 (AUGUSTINUS): Haec imago Dei est in homine, ut unus factus sit quasi Dominus . . . . . habens im-

(21) Cursiveeringen hier en in het vervolg zijn van mij.

perium Dei, quasi vicarius ejus . . . . . ideoque mulier non est facta ad imaginem Dei.

c. 18 (Ambrosius): Adam per Evam deceptus est, non Eva per Adam. Quem vocavit ad culpam mulier, justum est, ut eum gubernatorem assumat, ne iterum foeminea facilitate labatur.

Eene vermaning, welke in onzen tijd hare kracht schijnt verloren te hebben, vindt men in c. 2 Dist. 30 van het *Decretum Gratiani*: Quaecunque mulier, religioni judicans convenire, comam sibi amputaverit, quam Deus ad velamen ejus et ad memoriam subjectionis illi dedit, tanquam resolvens jus subjectionis, anathema sit.

Het Huwelijksformulier der Gereformeerde Kerken zegt: „Gij vrouw zult uwen wettigen man liefhebben, eeren en vreezen, ook hem gehoorzaam zijn in alle dingen, die recht en billijk zijn, als uwen heer, gelijkerwijs het lichaam den hoofde en de gemeente Christo onderdanig is. Gij zult geen heerschappij gebruiken over uw man, maar stille zijn, want Adam is eerst gemaakt, daarna Eva, Adam ter hulpe. En na den val heeft God tot Eva en in haar persoon tot het gansche vrouwelijke geslacht gesproken: uw wil zal den man onderworpen zijn. Deze ordonnantie Gods zult gij niet wederstaan".

Toch is er tusschen de Middeleeuwsche beschouwing der Katholieke kerk en die van de Gereformeerde kerk wel eenig verschil. Tegenover het „arbitrium viri mulierem sequi oportet in omnibus" van het *Decretum Gratiani* stelt het Huwelijksformulier: „Gij zult uw man gehoorzaam zijn in alle dingen, *die recht en billijk zijn*" (22).

---

(22) Verg. *Ontwerp-Kemper* 1820, a. 220: De vrouw is in alle redelijke zaken aan haren man gehoorzaamheid schuldig.

De voogdij van den man over zijne vrouw betrof zoowel hare persoon als hare goederen. De macht over hare persoon is in den loop des tijds verzwakt, maar was in de Middeleeuwen nog vrij groot, wat niet te verwonderen is, daar de Katholieke kerk zoo sterk den nadruk legde op de onderdanigheid van de vrouw aan den man. Zoo erkennen de Middeleeuwsche rechtsbronnen bijna zonder uitzondering nog een recht van den man om zijne vrouw lichamelijk te tuchtigen. De beschouwing van AUGUSTINUS, dat de vrouw haren man onderdanig moet zijn zooals de kinderen hunnen ouders, komt zelfs nog tot uiting in het keurboek van Steenwijk van 1579 (23), bepalende dat „een man zijn wijff, een schoolmeister zijn discipulen ende een ambachtsmeister zijn leerjongen moderatelick moegen corrigieren". Rechtstreeks ontleend hadden de Steenwijkers deze bepaling waarschijnlijk aan DAMHOUDER, die ook, waar hij handelt „van castimente", de gehuwde vrouw in één adem noemt met school- en leerjongens en opmerkt, dat de man zijne vrouw „mach soetelijck castijen ende corrigieren, sonder daer door eenighe boete te verbeuren ofte peyne t' incureren, alsoo verre als sulcke correctie niet onmenschelijck is ende de behoorlijcke maniere niet te buyten en gaet" (24). Dit „soetelijck castijen" mocht, volgens DAMHOUDER, ook geschieden „met roeden, al waert oock totten bloede".

Uit het Gereformeerde Huwelijksformulier blijkt, dat de Gereformeerde kerk het huwelijk en de verhouding tus-

---

(23) Cap. 14, a. 25.

(24) *Practijcke in criminele saecken*, cap. 141. Zooals gewoonlijk had DAMHOUDER hier WIELANT weer nageschreven, die in zijn *Practycke crim.*, c. 142, leert: „Het is geoorlooft den man te castyene zyn wyff, zonder peyne, boete, behoudens dat hy 't doet gracilyck ende met goeden manieren; want waren exces men soudet grootelyckx punieren".

schen de echtgenooten anders waardeerde dan de Katholieke. Het Huwelijksformulier stelt als doel van het huwelijk voorop de levensgemeenschap der echtgenooten en niet, zooals de Katholieke kerk, de voortbrenging van kinderen; en het wijst met nadruk den man op den plicht om zijne vrouw „lief te hebben als zichzelven", haar met zachtheid te behandelen en als het „zwakkere vat" te eeren. Na de Reformatie verdwijnt dan ook het tuchtigingsrecht, al maakt een enkele jurist er nog melding van.

De macht van den man over de goederen zijner vrouw is niet alleen in den loop der tijden niet verzwakt, maar integendeel in verschillende opzichten sterker geworden. Door alle eeuwen heen handhaafde zich de onmondigheid der gehuwde vrouw, ook nadat de ongehuwde vrouwen handelingsbevoegdheid verworven hadden. De verklaring van dit verschijnsel ligt in de beschouwing van Bijbel en kerk, die zoo sterk den nadruk legden op de onderworpenheid der gehuwde vrouw aan haren man. Bewijzen hiervan zijn al te vinden in het Westgothische recht.

> *Lex Wisigothorum* IV, II, 15: Vir, qui uxorem suam *secundum sanctam scripturam* habet in potestate, similiter et in servis ejus potestatem habebit.

Ook Middeleeuwsche rechtsbronnen verraden duidelijk den invloed van de kerkelijke opvatting.

> *Keur van Huissen* (25): Vortan so is een man sins wiifs momber ind twyer guedt ein vormunder, toe doen ind tlaeten darmit oen gadett, buiten bekroen siins wiifs ind kynder, het en weer saicke, dat sy daraf sunderlingh getuchtiget waer ind geërvet. Nochtans en sall dat wiiff geen schuldt off guet, woewoll sie daraen sunderlingh getuchtiget ind geërft weer, niet inforderen noch

(25) Verslagen en Meded. der Vereen. tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderl. recht, VI, bl. 528.

inmahnen noch vergeven buyten oirs mans wille, dat thoe recht doegenn sullen; *mer die man sal die macht hebben, want der man is hoefft siins wiifs ind sie sal nae synen willen leven ind een wiiff is oirs selfs niet mechtigh, dan oer man sal oer heer weezen.*

De juristen uit den tijd van de Republiek betoogen, dat de gehuwde vrouw handelingsonbekwaam is, niet op grond van eene veronderstelde verstandelijke minderwaardigheid — want dan zouden ook de ongehuwde vrouwen onder voogdij moeten staan —, maar omdat de man haar hoofd is volgens goddelijk recht.

JOANNES à SANDE, *Decisiones Frisicae* II, IV, 3: Frisii hic non spectarunt infirmitatem judicii muliebris: alioquin et innuptas, quae nuptis non sunt sagaciores, sub cura esse voluissent: sed voluerunt uxorem viro esse obnoxiam et subjectam, juxta legem illam divinam Genes. 3, quae mulieri dicit: *sub viri potestate eris et ipse dominabitur tibi,* et illud Petri cap. 3: *mulier est in potestate viri* et Paulus I Corinth. XI vers. 3 inquit *caput mulieris est vir.*

Daarom mogen, volgens hen, de echtgenooten bij huwelijksvoorwaarden ook geene bedingen maken, waardoor de macht van den man over zijne vrouw zou worden opgeheven.

VOET, *Ad Pandectas* 23, 4, 20: quippe quo et jus naturae et constitutus jure divino imperandi ac parendi ordo in totum evertitur, ac debita marito reverentia pessum it.

II. *Huwelijksgoederenrecht*

De vermogensrechtelijke zijde van het huwelijk werd in de Middeleeuwen niet beheerscht door het geestelijke maar door het wereldlijke recht.

Niettemin heeft ook hierop de kerk invloed uitgeoefend.

Naar hedendaagsch Nederlandsch recht bestaat na de voltrekking van het huwelijk tusschen de echtgenooten van rechtswege *algeheele gemeenschap van goederen*. Dit stelsel was zoowel in het Romeinsche als in het oud-Germaansche recht onbekend. Geen enkel van de Germaansche volksrechten (leges barbarorum) kent de algeheele gemeenschap van goederen (26). En dit kan ons niet verwonderen. Want in de eerste plaats bracht de vrouw destijds in den regel veel minder goederen ten huwelijk dan de man. Immers stond zij, zooals ons reeds bleek, in erfrecht belangrijk bij hem achter: onroerend goed, toen het voornaamste bezit, erfde zij gewoonlijk niet. Hierbij komt, dat het recht van dien tijd beheerscht werd door de gedachte — die ook in latere eeuwen nog eene belangrijke rol speelt — dat de goederen, vooral de onroerende, zooveel mogelijk moeten behouden blijven voor de familie. Dit hing weer samen met het feit, dat de grond oorspronkelijk bij de Germanen familie-eigendom geweest is en door de leden van de familie gemeenschappelijk geëxploiteerd werd. Toen uitbreiding van de bevolking en daarmee gepaard gaande behoefte aan eene meer intensieve bebouwing van den grond leidden tot individueele exploitatie en tot een uitslijten van het eigendomsrecht der familie, verloor deze daarmede toch niet aanstonds alle recht op den grond. Zij behield wat men met een door DE GROOT, in ander verband, gebruikt woord zou kunnen noemen een recht van „eigendomsverwacht": wanneer de eigenaar zonder kinderen overleed, verviel het

---

(26) Anders FOCKEMA ANDREÆ, *Oud-Ned. Burg. Recht*, II, bl. 169, die meent, dat volgens de *lex Saxonum* bij de Westfalen, ingeval van beërfd huwelijk, algeheele gemeenschap van goederen bestond. De onjuistheid hiervan blijkt m. i. uit lex Saxonum c. 48: De eo quod vir et mulier simul conquesierint mulier mediam porcionem accipiat; hoc apud Westfalaos; apud Ostfalos et Angarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua.

goed weer aan de familie, herleefde dus als het ware haar vroegere eigendomsrecht. En dit recht van „eigendomsverwacht" is niet eenvoudig gelijk te stellen met het hedendaagsche erfrecht, want het deed zich reeds gelden tijdens het leven van den eigenaar: hij was niet bevoegd over zijn onroerend goed te beschikken zonder toestemming van de familie. Eindelijk zij nog gewezen op de omstandigheid, dat de leden der familie, ook als zij gehuwd waren en nieuwe gezinnen gesticht hadden, in den regel bleven wonen in elkanders nabijheid, hetgeen aan de hechtheid van den familieband ten goede kwam.

Houden wij met dit alles rekening, dan bevreemdt het ons niet, dat in dien tijd de goederen, door man en vrouw ten huwelijk aangebracht, niet gemeen werden. De man had wel het beheer van alles, maar de vrouw bleef eigenares van de goederen, welke zij ten huwelijk had meegebracht of als bruidschat van haren man gekregen (27).

Wel vinden wij reeds in den tijd der volksrechten eene gemeenschap van vruchten en inkomsten. Bij de Franken had de vrouw recht op één derde deel van hetgeen zij en

---

(27) Anders ten onrechte FOCKEMA ANDREÆ, *Oud-Ned. Burg. Recht*, II, bl. 165, volgens wien „in de Frankische periode" de bruidschat eigendom was „van man en vrouw gezamenderhand". Hij beroept zich op *Formulae Andecavenses*, no. 54 (ZEUMER, bl. 23). Deze formula is, voorzoover mij bekend, de eenige, volgens welke man en vrouw gezamenlijk den eigendom van de „dos" verkrijgen. Maar zij bewijst niets, omdat zij niet de bruidschat betreft, maar eene *Romeinsche* anti nuptias donatio. De formula doet in den aanhef een beroep op de *lex Romana*. Naar alle Frankische formulae, welke niet van Rom. oorsprong zijn, gaf de man aan zijne vrouw den *eigendom* van de dos. Zie *form. Andec.*, no. 34; *Marc.* II, no. 15 en 16; *Turon.* 16; *Bituric.* 15 *a*; *Senon.* 25; *Bignon.* 6; *Merkel.* 17 en 19; *Lindenbrog.* 7 en 16; *Turon.* app. 3; *Merkel.* 15 (ZEUMER, bl. 16, 85, 143, 175, 196, 230, 247, 248, 271, 277, 164, 247). Bij de Alamannen kreeg de vrouw alleen het *vruchtgebruik* van de bruidschat.

haar man tijdens huwelijk door arbeid verwierven of van de inkomsten hunner goederen overspaarden (28). Dit paste zeer wel bij het destijds geldende stelsel van huwelijksgoederenrecht: waar de vermogens van man en vrouw gescheiden blijven, is er geene reden om de vruchten, verkregen door beider samenwerking en met behulp van beider goederen, alleen toe te kennen aan den man. Dat hij een grooter aandeel in de overwinst kreeg dan de vrouw, is te verklaren uit het feit, dat zijn aandeel in den arbeid gewoonlijk grooter was dan het hare en hij in den regel ook meer goederen aanbracht dan zij. Bij de Westfalen had de vrouw echter recht op de helft van de staande huwelijk verworven overwinst.

In den landsheerlijken tijd deed de algeheele gemeenschap van goederen hare intrede in ons vaderland en in verschillende streken van het tegenwoordige Duitschland. Wij vinden haar in ieder geval al in de 13de eeuw in Vlaanderen, Holland, Zeeland en later ook in Utrecht, Overijsel, het grootste deel van Gelderland, de stad Groningen, Drente en Selwerd (in de beide laatste districten echter alleen in geval van beërfd huwelijk).

Hoe is het ontstaan van dit stelsel te verklaren?

Met deze vraag hebben reeds onze oud-Nederlandsche juristen zich bezig gehouden en haar op zeer verschillende wijze beantwoord.

Hugo de Groot (29) zoekt den oorsprong van de algeheele gemeenschap in het oud-Germaansche recht. Hij beroept zich daarvoor op Tacitus. In zijn *Germania* bericht deze, dat bij het aangaan van een huwelijk de Ger-

---

(28) *Lex Ribuaria* (± 600), 37, 2: terciam de omne [re], quod simul conlaboraverit, sibi studiat evindicare [mulier]. Zie voorts *formulae Marc.* II, no. 7 (Zeumer, bl. 79), *form. Lindenbrog.*, no. 13 (ald., bl. 275).

(29) *De antiquitate reipublicae Batavicae* (1630), c. 2, bl. 30.

maan zijne bruid geschenken vereerde, bestaande in runderen, een getoomd paard, een schild, speer en zwaard. Deze ietwat zonderlinge bruidsgave moest, volgens TACITUS, de vrouw eraan herinneren, „dat zij de deelgenoote van haren man is in arbeid en gevaren, en in vrede en oorlog hetzelfde moet verduren en verrichten als hij". Hinc — zegt DE GROOT — Batavis in hunc diem pro lege servata bonorum inter coniuges communio. Deze verklaring is niet juist, want uit de volksrechten weten wij, dat de algeheele gemeenschap van goederen bij de oude Germanen onbekend was.

De Utrechtsche jurist ABRAHAM VAN WESEL (30) meent, dat dit stelsel afkomstig is uit het oud-Romeinsche recht. Het zou bij de Romeinen zijn ingevoerd door een *lex Romuli,* dus door het oude koningsrecht, maar later zijn afgeschaft, al vindt men, volgens hem, nog reminiscenties eraan in het *Corpus iuris.* Onze voorouders echter zouden zich altijd gehouden hebben aan het oude recht der Romeinsche koningen. Deze voorstelling behoeft geene weerlegging.

Weer eene andere opvatting verdedigt CORNELIS VAN NIEUSTAD (31). Volgens hem had oudtijds in Holland het Romeinsche stelsel van huwelijksgoederenrecht gegolden. Meer en meer echter was men daarvan door huwelijksvoorwaarden gaan afwijken. Daar toch in Holland, dank zij zijne gunstige ligging, de handel tot bloei kwam, maakte de koopman dikwijls groote verdiensten, waartoe ook het door hem gebruikte vermogen zijner vrouw medewerkte. De vrouwen verlangden daarom deel te hebben in de winst en waren bereid daarvoor tevens het risico van verlies te

(30) *Commentarius ad Nov. Constit. Ultraject.*, art. 6 no. 41 en art. 10 no. 22; en: *De connub. societate,* tract. I no. 21.

(31) *De pactis antenuptialibus rerum iudicatarum observationes,* IX.

loopen. Zoo werd het gewoonte, bij huwelijksvoorwaarden gemeenschap van goederen overeen te komen. En deze bedingen kwamen zoo veelvuldig voor, dat zelfs, als zij niet gemaakt waren, zij toch als stilzwijgend bedoeld werden aangenomen. Zoo groeide dus uit de bedongen gemeenschap van goederen eene wettelijke gemeenschap.

Henr. Arntzenius (32) eindelijk verwerpt al deze opvattingen en zoekt zelf de verklaring van het stelsel der gemeenschap in den nauwen band tusschen man en vrouw. Het recht, zegt hij, gaat uit van de gedachte, dat man en vrouw één zijn. Daar zij één zijn naar lichaam en ziel, moet ook hun goed gemeen zijn. En hij wijst op de bepaling van het oude Utrechtsche recht: „comen si [man en vrouw] tot eenre tafel ent tot enen bedde, so ist [nl. het goed] ghemene, *want si allene lijf sellen wesen*".

Hoewel deze opvatting van Arntzenius zeker geene volledige verklaring van het ontstaan der algeheele gemeenschap geeft, biedt zij toch wel een juist gezichtspunt. Maar voordat ik dit nader ga betoogen, wil ik eerst uitdrukkelijk constateeren, dat hier zonder twijfel ook aan economische factoren belangrijke invloed moet worden toegeschreven. Minder de begeerte der vrouw om winst te maken dan die van den man om zijn crediet te verruimen, zal het stelsel der algeheele gemeenschap hebben bevorderd. Daarbij kwam, dat in den loop der Middeleeuwen het roerend vermogen, in vergelijking met het onroerende, meer en meer in beteekenis won, waardoor het streven om de onroerende goederen in de familie te houden aan kracht moest verliezen. De opkomst der steden, de toeneming van het verkeer werkten verslapping van den vroeger zoo hechten familieband in de hand. Maar hier greep dan verder ook de invloed van Bijbel en kerk in, die zeer den nadruk

(32) *Institutiones iuris belgici civilis*, p. II, tit. IV § 4 (bl. 107).

legden op de persoonseenheid van man en vrouw en den huwelijksband sterker wilden dan de nauwste banden van bloedverwantschap.

Genesis 2 : 24: Daarom zal de man zijnen vader en zijne moeder verlaten en zijne vrouw aankleven; en zij zullen tot één vleesch zijn.

Marcus 10 : 7—9: Daarom zal een mensch zijnen vader en zijne moeder verlaten, en zal zijne vrouw aanhangen, en die twee zullen tot één vleesch zijn, alzoo dat zij niet meer twee zijn, maar één vleesch. Hetgeen dan God samengevoegd heeft, scheide de mensch niet.

De invloed van deze beschouwing openbaart zich al in oorkonden uit de 10de eeuw, waarin de bruidegom aan zijne bruid een belangrijk aandeel in zijn vermogen als huwelijksgave schonk.

Oork. van 904 (33): Dum Dominus . . . . . promisit . . . . . masculum et feminam in conjugium copulare, sociare conso[r]tium, in Genesis ait: Reliquit homo patrem et matrem et aderebit sibi uxorem suam. Ita jam erunt duo in carne uno; et in alio loco dictum est: Sed ergo quod Deus jungit, homo non separat.

Daarna volgt de schenking aan de bruid van eene hoeve en van de helft van bezittingen van den bruidegom in twee villae, en eindelijk van eenige lijfeigenen.

Oork. van 944 (34): Derelinquid omo patrem et matrem et aderebit sibi uxorem et erunt duo in carne una, et quod Deus junxit, omo non separet. Dilecta atque multum amabilis sponsa mea, nomine Ermengardis, ego igitur, in Dei nomine, Aimulfus, sponsus tuus . . . . dono tibi in esponsalicio aliquid de ereditate mea: est ipsa ereditas in pago Vienense . . . . quarta

(33) *Recueil des chartes de l'abbaye de Cluny* par AUGUSTE BERNARD, complété . . . . par A. BRUEL, I, no. 86 (bl. 96).

(34) T. z. p. no. 659. Zoo ook oork. van 946, ald. no. 686.

parte tibi dono . . . .; et dono tibi in dotalicio terciam partem de quicquid nos visi sumus abere vel acquirere potuerimus ambo, et facias de ipsas res quid volueris, sicut lex commendet . . . . abendi, vendendi, donandi, seud licead commutandi.

Bij de Franken schonk veelal de man aan zijne vrouw als huwelijksgave één *derde* gedeelte van al zijne tegenwoordige en toekomstige goederen. Later vinden wij ook schenkingen van het *halve* vermogen.

Oork. van 946 (35): Dulcissima adque admatissima conjux mea . . . . ego . . . . vir tuus . . . . dono tibi in dotalicio de quicquit ego visus sum abere, aut inantea conquirere vel laborare potuerimus . . . . in dotalicio tercia parte tibi dono ad abendi, vendendi, donandi seu liciet comutandi.

Vlaamsche oorkonde van 1215 (36): dedi et concessi in dotalicium Eustachiae, uxori meae, ... medietatem terrae meae, quam habeo in praesenti et quaecunque modo de caetero sum habiturus et medietatem rerum omnium, quas acquiram.

Om van beschikkingen als deze — vooral de Vlaamsche van 1215 — te komen tot de algeheele gemeenschap van goederen was geen al te groote stap noodig. En deze is dan ook in Vlaanderen al spoedig gedaan. Daarbij openbaart zich in de rechtsbronnen de kerkelijke invloed, doordat zij veelal, evenals het Utrechtsche recht, de gemeenschap van goederen uitdrukkelijk in verband brengen met de lichamelijke gemeenschap tusschen de echtgenooten. Vandaar dat de gemeenschap van goederen ook eerst intrad na de consummatie van het huwelijk door den bijslaap, omdat naar

(35) T. z. p. no. 687. Zie ook ald. no. 7 (a°. 833?); no. 88 (a°. 905); no. 496 (a°. 939); no. 668 (a°. 945).

(36) L. A. Warnkönig, *Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte bis zum Jahr* 1305, dl. III *b*, no. 76 *a*, bl. 142.

kerkelijke beschouwing eerst daardoor „ex duobus unum corpus unaque caro efficitur" (37).

Keur van Sleidinghe en Desseldone (1268) (38): Ele man ofte wyf, die ghehuwet es, ghevallet dat die man steerft eer dan twyf, *om den bant von den huwelyke* sal twyf hebben ende houden gheheellike van der eerven lande, mobele ende onmobele, deen helft. Ende dee ghelyc ghevallet dat wyf steerft, eer dan die man, so sal die man, *om den bant van den huwelyke* houden ende hebben gheheelike van eerven van lande, mobel ende onmobel, deene heelft; ende de man of twyf sullent besitten ende houden erfelike.

Cost. van Kortrijk (1558), rubr. 12, a. 4 (39): *Naer de consommatie* van huwelijck, soo is tusschen man ende wyf waerachtig gemeenschap, *soo wel van goede als van lichaem.*

Cost. van Belle (1632), rubr. 5, a. 2 (40): Alsoo de lichamen tusschen man ende wijf gemeene zijn, soo sijn insgelijcx ter stede ende poorterye gemeene alle haerlieder goedingen, waer die gelegen zijn binnen Vlaenderen.

Cost. van Brugge (1619), tit. 3, a. 1 (41): Alzoo de lichaemen van man ende wyf tusschen henlieden zyn gemeyne, soo zyn insgelycx ghemeene (ten waere daerinne andersins wierde voorsien by contracte van huwelycke) haerlieder beede goedinghen.

Ontwerp-keur voor het Vrije van Brugge (13e eeuw),

---

(37) Verg. mijn *Huwelijksrecht*, bl. 55.

(38) WARNKÖNIG, a. w., dl. II a, Urkundenbuch no. 34 § 40, bl. 62.

(39) LE GRAND, *Les coustumes et loix des villes et des chastellénies du comté de Flandre*, dl. I, Coust. de Courtray, bl. 22.

(40) T. z. p. dl. III, Coust. de Bailleul, bl. 17.

(41) *Recueil des anciennes coutumes de la Belgique*, Cout. des pays et comté de Flandre, Quartier de Bruges, Tome Iier, bl. 24.

§ 11 (42): Statim cum sponsus cum sponsa dormierit, debent omnia bona sua mobilia, quam hereditates singulae, dum alter eorum decedat, partiri in duas partes, ita quod persona vivens sibi contineat unam medietatem tam mobilium quam hereditatum et heredes defuncti debent succedere in aliam medietatem tam mobilium quam hereditatum.

III. *De voogdij over minderjarigen*

Ten aanzien van de voogdij over minderjarigen kent ons recht tegenwoordig eene zeer ver gaande bemoeiïng van de overheid. Naar oud-Germaansch recht was daarentegen de voogdij enkel eene zaak van de familie. Weezen stonden oorspronkelijk onder de voogdij van de geheele familie, die één harer leden belastte met de uitoefening ervan onder haar toezicht. Het is gebruik geworden de uitoefening der voogdij op te dragen aan den naasten mannelijken bloedverwant van vaders zijde (zwaardmaag). Uit dit gebruik ontwikkelde zich de rechtsregel: de naaste zwaardmaag is voogd door geboorte.

Maar in den Frankischen tijd begon meer en meer de overheid, de koning, zich te bemoeien met de voogdij. De overheidszorg deed zich het eerst gelden ten aanzien van die onmondigen, die geene verwanten hadden of geene verwanten, die zich om hen bekommerden, zoodat zij de bescherming van een geboren voogd misten. De overheid trad dus op *bij ontstentenis van de familie*: de onmondige, die geen geboren voogd had, stond onder de voogdij des konings

Edictus Rothari (a°. 643), c. 182: Et si parentes non fuerint legitimi tunc mundius ille ad curtem regis per-

(42) WARNKÖNIG, a. w., II *a*, Urkundenb., bl. 144. Volgens de keur voor het Vrije van 1190 § 45 (ald., bl. 89) gold nog niet de gemeenschap van goederen.

tineat . . . . Et si parentes non habuerit, tunc ad curtem regis habeat refugium, et mundium eius sit in potestatem regis.

De koning oefende uit den aard der zaak die voogdij niet zelf uit, maar zijne ambtenaren (de rechters) waren verplicht in de voogdij te voorzien.

Capitulare Italicum, 782—'85 (BORETIUS, I, bl. 192), c. 5: Ut viduas et orfanos tutorem habeant iusta illorum legem qui illos defensent et adjuvent et per malorum hominum oppressiones suam iustitiam non perdent. Et si tutor aliquis illorum esse non voluerit, *iudex prevideat* Deum timentem hominem iuxta ut lex ipsorum est, qui per nostra praeceptione illorum peragere debeant causa.

Maar al vroeg zien wij de overheid, bij de zorg voor de minderjarigen, optreden *naast de familie*. Nog in den tijd der volksrechten werd de overheidszorg uitgebreid tot alle minderjarigen. Er ontwikkelde zich eene oppervoogdij van den koning.

Hiertoe heeft vooral de invloed van den Christelijken godsdienst en van de kerk medegewerkt (43).

Deuteronomium 27 : 19: Vervloekt zij, die het recht van den vreemdeling, van den wees en van de weduwe buigt.

Psalm 82 : 3: Doet recht den arme en den wees, rechtvaardigt den verdrukte en den arme.

Psalm 68 : 6: Hij is een Vader der weezen en een

(43) Hiermede is natuurlijk niet gezegd, dat de gedachte van bescherming van weezen, weduwen en andere hulpbehoevenden door de overheid, alleen den Christelijken godsdienst eigen was. Wel valt daarop in den Bijbel, vooral in het O. T., sterke nadruk, maar dezelfde gedachte is ook al te vinden in de wetgeving van HAMMURABI (Epiloog): „Opdat de sterke den zwakke geen leed doe, om weezen en weduwen te beschermen . . . . heb ik mijne kostelijke woorden op mijn gedenksteen geschreven".

Rechter der weduwen, God, in de woonstede zijner heiligheid.

Zie ook *Exodus* 22 : 22—24; *Jesaja* 1 : 17; *Jeremia* 22 : 3; *Job* 29 : 12; *Zacharias* 7 : 10.

Die invloed openbaart zich, al spoedig na de vestiging van de Christelijke kerk in de Germaansche landen, in de besluiten van de concilies.

Concilie van Mâcon (585), c. 12 (Mon. Germ. Conc. I, 169): Quid autem scriptura divina de viduis et pupillis praecipiat, nobis clam non est. Ideoque quoniam provisioni nostre Deo auctore causae principaliter viduarum et pupillorum sunt commissae, pervenit ad nos, quod a iudicibus crudelius pro levissimis causis, velut defensore carentes, inremediabiliter adfligantur. Ob quam causam decernimus, ut iudicis non prius viduas et pupillos conveniant, nisi episcopo nunciarent.

Concilie van Parijs (829), l. II, c. 2 (t. z. p. II, II, 651): Regale ministerium specialiter est populum Dei gubernare et regere cum equitate et iustitia . . . . Ipse enim debet primo defensor esse ecclesiarum et servorum Dei, viduarum, orfanorum ceterorumque pauperum necnon et omnium indigentium. Het concilie verwijst o. m. naar *Job* 29 : 11—17.

Maar hij openbaart zich ook in de capitulariën der Frankische koningen. De koning beschouwde zich als den door God gestelden beschermer der weezen. Dezen stonden onder zijne oppervoogdij (mundiburdium) en genoten eene buitengewone rechtsbescherming. Iedere tegen hen gepleegde rechtskrenking werd gestraft met de koninklijke banboete (60 solidi).

Capit. Baiwaricum (c.a 810?), c. 3 (Boretius, I, 158): Ut viduae, orfani et minuspotentes sub Dei defensione et nostro mundeburdo pacem habeant et eorum iustitia.

Cap. missorum (802), c. 5 (Boretius, I, 93): Ut sanctis ecclesiis Dei neque viduis neque orphanis . . . . fraude vel rapinam vel aliquit iniuriae quis facere presumat, quia ipse dominus imperator, post Domini et sanctis eius, eorum et protector et defensor esse constitutus est.

De koning droeg zijnen ambtenaren uitdrukkelijk de bescherming der weezen op.

Missi admonitio (801—812, Boretius, I, 239): defendite viduas et orphanos.

Formulae Marculfi, I, no. 8 (Carta de ducato et patriciatu et comitatu, Zeumer, 47): viduis et pupillis maximus defensor appareas.

In het bijzonder werd hun bevolen, de rechtszaken der weezen te behandelen. Deze verplichting rustte op hen ook wel ten aanzien van andere onderdanen des konings, maar weezen en weduwen werden in dit verband altijd afzonderlijk genoemd.

Capit. a missis dominicis ad comites directa (801—813), c. 2 (Boretius, I, 184): Deinde ut iustitias ecclesiarum, viduarum, orfanorum et reliquorum omnium sine ullo malo ingenio et sine ullo iniusto pretio vel sine ulla dilatione aut non necessaria mora pleniter et inreprehensibiliter et iuste ac recte per omnia faciatis . . . . ut exinde et *apud Deum mercedem* et apud dominum nostrum bonam recipiatis retributionem.

Zoo ook: *Capit. miss. gen.,* c. 2 (Boretius, I, 122); *Cap. miss.* (802), c. 1 (ald., 92).

Verg. *Jesaja* 1 : 17: Doet den wees recht, behandelt de twistzaak der weduwe.

Vele capitulariën gelastten den rechters, de rechtszaken van weezen (en andere weerlooze personen) vóór alle andere te behandelen.

Cap. Pippini (conc. Vernense, 755), c. 23 (Boretius,

I, 37): Ut comites vel iudices ad eorum placita primitus orfanorum vel viduarum seu ecclesiarum causas audiant.

Zoo ook: *Duplex leg. edict.* (789), c. 17 (BORETIUS, I, 63); *cap. Italicum* (801—810), c. 4 (ald., 209).

De onwaardige voogd kon door den koning of diens vertegenwoordiger, den rechter, worden afgezet en vervangen door een ander.

Synode van Pavia (850), c. 20 (BORETIUS, II, 122): Comperimus, quod ab his, qui secundum mundanas leges viduarum et orfanorum tutelam sibi vindicant, non solum neglegantur, verum etiam aliquotiens opprimantur; quibus ecclesiastica sollicitudine succurendum censemus. Et si huiusmodi oppressores ad episcopalem admonitionem corrigi voluerint, gratulandum his est; si autem in opstinationis impietate duraverint, suggerendum clementissimo imperatori, quatinus ipse efficacem tutorem eis tribuat, ut et illi remuneratio reddatur a Deo et de inutili silentio sacerdotalis ordo non dampnetur.

Zoo is onder invloed van de kerk de voogdij, oorspronkelijk eene zaak van de familie alleen, meer en meer geworden een voorwerp van overheidszorg. Wel is de familie altijd eene rol blijven vervullen bij de voogdij, maar zij is door de overheid steeds meer naar den achtergrond gedrongen.

IV. *Eigendom*

De Germanen kenden oorspronkelijk niet den individueelen eigendom. Het vermogen behoorde aan de familie, het geslacht, later aan het gezin. De leden van de familie of van het gezin waren al bij het leven van den huisvader zijne medegerechtigden tot het vermogen. Vandaar, dat hij zonder hunne medewerking er niet over mocht beschikken.

Vandaar ook, dat de Germanen oudtijds het testament niet kenden. Viel één van de leden van de familie door den dood weg, dan bleef het vermogen eigendom van de overblijvenden.

Een individueel eigendomsrecht heeft het eerst bestaan ten aanzien van die goederen, welke alleen bestemd waren voor persoonlijk gebruik, zooals vooral kleeding en wapenrusting. Stierf iemand, dan werden deze met hem begraven of verbrand, opdat zij hem ook aan de overzijde van het graf van nut zouden zijn; want de Germanen geloofden in een lichamelijk voortbestaan na den dood. Deze goederen waren het deel van den doode („doodendeel"), zijn aandeel in het nagelaten vermogen, dat ook na zijn dood voor zijn welzijn dienen moest.

Met het Christendom, dat niet gelooft in eene eenvoudige voortzetting van het aardsch bestaan in het hiernamaals, was het doodendeel in dien vorm niet vereenigbaar. Toch is het na de bekeering der Germanen niet verdwenen; maar het is gechristianiseerd. De doode kreeg ook nu nog zijn aandeel in de nalatenschap, maar dit werd hem niet meer medegegeven voor zijn persoonlijk gebruik, doch aangewend voor zijn zieleheil, en wel door het te bestemmen voor de kerk of voor de armen. Zoo werd het doodendeel tot een „zielschat" of „zielgerade" (44).

Maar het „doodendeel" bestond slechts uit enkele roerende zaken en bood dus maar een zeer bescheiden zielschat. De kerk was hiermede niet tevreden. Zij propageerde krachtig de leer, dat men door goede werken moest zorgen voor het heil zijner ziel en gaf aan die leer zelfs eene juri-

---

(44) Zie H. Brunner, *Der Todtentheil in germanischen Rechten*, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt., Bd. XIX, bl. 107 volg.; Alfred Schultze, *Der Einflusz der Kirche auf die Entwicklung des germanischen Erbrechts*, Zeitschr. Sav.-St., G. A., Bd. XXXV, bl. 75 volg., i. h. b. bl. 80 volg.

dische formuleering: door zijne zonden staat de mensch bij God in de schuld en die schuld moet door goede werken worden gedelgd (45).

Zeer ver dreef de kerkvader SALVIANUS van Marseille (± 400) deze leer (46). Hij eischte van de geloovigen, dat zij, zelfs als ze kinderen hadden, hun vermogen zouden nalaten aan de kerk. Minder ver ging AUGUSTINUS, wiens invloed zonder twijfel veel grooter geweest is. Hij keurde uitdrukkelijk af, dat iemand zijne kinderen geheel onterfde om de kerk tot erfgenaam te maken, maar herhaalde in zijne *Sermones* gedurig de vermaning, dat men bij de regeling zijner nalatenschap aan CHRISTUS een kindsdeel moest geven. Deze vermaning, die ook overging in de besluiten van het concilie van Aken en later in het *Decretum Gratiani,* heeft grooten invloed uitgeoefend op het recht.

> *Sermo de vita et moribus clericorum* in de conciliebesluiten van Aken (816), c. 112 (Mon. Germ. Conc. II, I, 387): Quicumque vult exheredato filio heredem facere ecclesiam, quaerat alterum, qui suscipiat, non Augustinum . . . . . Maar: si faciat, quod saepe hortatus sum, unum filium habet, putet Christum alterum; duos habet, putet Christum tertium; decem habet, undecimum faciat Christum, et suscipio.
>
> *Decret. Gratiani,* c. 8 C. 13 qu. 2.

De biechtvaders deden hun best om, wat de kerkvaders leerden in hunne verhandelingen, ingang te doen vinden in de practijk. Een concilie van Mainz (847) prentte hun trouwens in, dat het niet voldoende was, als de stervenden hunne zonden biechtten, want deze moesten ook worden

---

(45) Zie voorbeelden daarvan bij SCHULTZE, t. a. p. bl. 77 volg. en bij F. PIJPER, *Beknopt handboek tot de geschiedenis des Christendoms*, bl. 179 en 244.

(46) Zie daarover E. LOENING, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, bl. 224 volg.

geboet. Intusschen wilde het concilie niet, dat de biechtelingen zouden worden bezwaard met al te veel penitenties: deze konden immers worden verlicht door gebeden van vrienden en door pieuze schenkingen (47). Zoo werd den stervenden een gemakkelijk middel geboden om hun zondenlast te verlichten en zware boetedoeningen, waartoe zij toch niet meer in staat waren, te vervangen.

Maar het streven van de kerk om de geloovigen te bewegen, een deel van hun vermogen *pro salute animae* te bestemmen voor armen of kerk, stuitte in de Germaansche landen op een hinderpaal: het collectieve recht van het gezin op het vermogen. De geloovige, die bezorgd voor zijn zieleheil, begeerde zijne zondenschuld te delgen door schenkingen of makingen aan de kerk, was afhankelijk van de medewerking zijner kinderen: alleen „met gezamende hand" konden zij rechtsgeldig beschikken over het vermogen of een deel ervan. Zoo moest dus het streven van de kerk erop gericht zijn het Germaansche beginsel van de gebondenheid van het gezinsvermogen te verdringen door het beginsel van de individueele beschikkingsvrijheid. Vandaar dat Frankische schenkingsoorkonden ten behoeve van kerken of kloosters, gewoonlijk door geestelijken geschreven, veelal aanvingen met de uitdrukkelijke verzekering, dat ieder vrij was om over zijn vermogen te beschikken.

> *Oorkondenb. van het Sticht Utrecht,* I, no. 18 (a°. 709): Dum leges et jura sinunt et convenientia Francorum est, ut de facultatibus suis quisque quod facere voluerit liberam habeat potestatem et *necesse* est, ut quisque pro incerto huius vitae exitu de rebus suis

(47) *Conc. Moguntinum,* c. 26 (Boretius, II, 182): non tamen est illis imponenda quantitas poenitentiae, sed innotescenda et cum amicorum orationibus et elimosinarum studiis pondus penitentiae sublevandum.

aliquid ad Dei partem committat, ut per hoc indulgentiam facinorum percipiat, idcirco ego . . . . (48).

Had deze vrijheid rechtens inderdaad bestaan, dan zou men er wel over gezwegen hebben. Ook zouden de geestelijken het dan niet noodig geacht hebben, in de schenkingsoorkonden de verschrikkelijkste verwenschingen in te lasschen aan het adres van die familieleden van den schenker, die zouden durven bestaan de geldigheid der schenking te betwisten: zij werden bedreigd met den toorn van God en alle heilige engelen, met uitbanning uit de kerk, met het lot van Judas Iskarioth, met de straf van Ananias en Saphira, met de melaatschheid van Gehazi.

Oorkb. Sticht Utrecht, I, no. 11 (703 of 704): Si quis vero, quod futurum esse non credo, heredum vel proheredum meorum vel quelibet opposita persona contra hanc donationis cartulam venire temptaverit et eam infringere conaverit, primitus iram Dei omnipotentis incurrat et sanctorum angelorum et a liminibus aecclesiae alienetur, partemque habeat cum Juda et ultione Ananiae et Saphirae, vel lepra Giezi (49) percutiatur, insuper inferat fisci iuribus auri libram unam, argenti pondo X, nec sic quod repetit evindicare valeat, sed firma et immobilis haec donatio perhennis temporibus permaneat (50).

De strijd tusschen het Germaansche beginsel van de gebondenheid van het gezinsvermogen en het door de kerk gepropageerde beginsel der individueele beschikkingsvrij-

(48) Zoo ook ald. no. 22 (713), no. 26 (717 of 718) enz.; *form. Andecavenses*, no. 58 (ZEUMER, bl. 24): Lex Romana etdocet, consuetudo pacem [lees: pagi nostri] consentit et regalis potestas non proibit, ut unusquis de rem suam, quem in presente diae possedit, faciat quod voluerit.

(49) Verg. II Koningen, 5.

(50) Deze bedreigingen keeren, met meer of minder verschil in formuleering, telkens in de schenkingsoorkonden terug.

heid heeft al de Middeleeuwen door geduurd (51). Maar reeds in den Frankischen tijd is de kerk er toch in geslaagd eene bres te schieten in den gezinseigendom door eene individueele beschikking over een deel van het vermogen mogelijk te maken. En de bronnen laten ons zien, op welke wijze zij dit kunststuk heeft volbracht. „Wanneer een vrije", zegt de *lex Baiuvariorum* (± 740) in haar eerste artikel, „zijn vermogen tot lossing van zijne ziel wil schenken aan de kerk, moet hij de vrijheid hebben te beschikken over zijn deel, nadat hij met zijne kinderen gedeeld heeft" (52). De redeneering van de kerk was dus deze: het vermogen is gezinsvermogen, behoort aan vader en kinderen; de vader mag er dus niet over beschikken, maar hij kan wel deelen met zijne kinderen en daarna over zijn eigen deel beschikken. Hier is het Romeinsche condominium-begrip geschoven in de plaats van den Germaanschen gezamendehandschen eigendom en daardoor de baan vrijgemaakt voor individueele beschikkingen. Dezelfde oplossing was vroeger al gevonden bij de Bourgondiërs.

> *Lex Burgundionum* (± 500), tit. 24, 5: Si quis Burgundio filios habet, *tradita filiis portione,* de eo quod sibi reservavit, donare aut vendere cui voluerit habeat liberam potestatem.

Toen eenmaal de mogelijkheid van individueele beschikking erkend was, is men later een stap verder gegaan. Volgens eene latere Bourgondische wet mocht de vader, ook

(51) Verg. SCHULTZE, t. a. p., bl. 88.

(52) Ut si quis liber persona voluerit et dederit res suas *ad ecclesiam pro redemptione anime suae*, licentiam habeat de portione sua, postquam cum filiis suis partivit. Nullus eum prohibeat, non rex nec ulla persona habeat potestatem prohibendi ei . . . . Et post haec nullam habeat potestatem [nl. over de weggeschonken goederen] nec ipse nec posteri eius, nisi defensor aecclesiae ipsius beneficium prestare voluerit ei.

KONRAD BEYERLE toonde in de Inleiding van zijne mooie uitgave der *Lex Baiuv.* (1926), bl. LIII volg. aan, dat de wet doorloopend kerkelijken invloed verraadt.

zonder voorafgaande deeling met zijne kinderen, beschikken over het huisvermogen, mits hij zijn aandeel daarin niet overschreed (53).

Lex Burgundionum, tit. 1, 1: decrevimus, ut patri *etiam antequam dividat* de communi facultate et de labore suo cuilibet donare liceat.

Het recht om te beschikken over een vrij deel werd voor alle volksrechten van het Frankische rijk onafhankelijk gemaakt van voorafgaande scheiding en deeling met de kinderen door een capitulare legibus additum van LODEWIJK DEN VROME.

Capitulare (819/9), c. 6 (BORETIUS, I, 282): Ut omnis homo liber postestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare *pro salute animae suae* . . . . Et si nondum res suas cum coheredibus suis divisas habuit, non ei hoc sit impedimento; sed coheres eius, si sponte noluerit, aut per comitem aut per missum eius distringatur, ut divisionem cum illo faciat, ad quem defunctus hereditatem suam voluerit pervenire.

De grootte van het vrije deel was overigens bij de verschillende Germaansche stammen niet op dezelfde wijze bepaald. Bij de Langobarden (54), de Zweden (55) en waarschijnlijk ook de Beieren en Alamannen (56) was het afhankelijk van het aantal kinderen, dat de beschikker had, in dier voege, dat hij over een kindsdeel vrij mocht beschikken.

Volgens andere volksrechten bedroeg het een vast quotum van het vermogen. Bij de Friezen bijv. was het één derde van het vermogen. Nog in de 15de eeuw kwam het in Friesland niet zelden voor, dat men bij uiterste wilsbeschik-

(53) Zie H. BRUNNER, *Beiträge zur Geschichte des germanischen Wartrechts*, in: Festgabe für Dernburg, 1900.

(54) *Leges Luitprandi*, c. 113 (a°. 729).

(55) Zie SCHULTZE, t. a. p., bl. 94.

(56) BRUNNER, t. a. p., bl. 43; E. SCHWIND, *Deutsches Privatrecht* (1921), bl. 441.

king één derde van zijne goederen vermaakte aan de kerk. En de *Jurisprudentia Frisica* (± 1500) (57) stelt dit dan ook voor als normaal: „Aldus zegt het recht, zoowel het pauselijke als het keizerlijke: dat elk Christen, man of vrouw, zijne goederen bij testament mag nalaten aan drie, en dat bij rade van den biechtvader en van wijze lieden, nl. het eerste deel aan de ziel, want die is het naast, het tweede aan de naaste verwanten, het derde aan dengene van de verwanten, die het 't meest verdient" (58).

Zoo heeft de kerk den Germaanschen gezinseigendom gebroken en het individueele beschikkingsrecht doen zegevieren. En het heeft haar geen windeieren gelegd. Men behoeft de schenkingsacten en testamenten, welke uit de Middeleeuwen zijn overgebleven, maar door te zien om zich ervan te overtuigen, dat zij, bijna alle, beschikkingen inhouden ten behoeve van de kerk. De auteur van de *Jurisprudentia Frisica* (59) vindt dit heel natuurlijk, want „ellick menscha wil op dat lest syn seel bysorgia ende foldwaen: hwant ney da riucht dy lesta willa ende dat testament dat maka ma om sillicheed der selen, ende dat testament is in Freescha alzo fula als een tyuch des synnes off der herta".

Het is bekend genoeg, dat de kerk het testament in de Germaansche landen heeft geïntroduceerd. Ik zal dus

(57) Tit. 45, no. 13.

(58) Zoo ook stadr. Bolsward 1455, a. 108 (A. Telting, *De Friesche stadrechten*, bl. 40), stadr. Bolsward 1479, a. 127 (bl. 175); stadr. Sneek 1456, a. 87 (bl. 90). Verg. een testament van 2 Mei 1499 (*Oork. van het St. Anthony-gasthuis te Leeuwarden*, no. 83 *a*), waarin de erflater zijn goed verdeelt in drieën, en „in den eersten daerndeel seth hee thoe erwe God, syn heylighen kerken, gasthusen, gheestliken mannen ende aermen foer syn ziel". Testam. van 12 Jan. 1459 (ald. no. 25): „ende dat ander derdendeel van mijn gued voirn. sal Hillo [myn wyf] voer mijn ziele om Godis willen gheven, bi her personers [= pastoors] raet, der sy onder gheseten is ofte by ander gestelike luidene raet".

(59) Tit. 46, no. 71.

daarbij hier niet stilstaan. Alleen wil ik tenslotte, teneinde te toonen wat de invloed van de kerk heeft vermocht, nog even tegenover elkaar stellen eene uitspraak van TACITUS en eene van den compilator der *Jurisprudentia Frisica*. De eerste schrijft (60): Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et *nullum testamentum*. De laatste beweert (61): Een menscha, deer stoern is sonder testament, is lyketh een stum minscha, deer naet sprecka mey, ner domen dela, ner testamentum makya mey. Dat is een stum menscha, deer neen testament maket, eer hy sterfft. Natuurlijk, want hoe zou hij anders hebben kunnen verzuimen zich behoorlijk voor te bereiden voor de groote reis? Even noodzakelijk als biecht en H. oliesel, zijn voor den stervende pieuze beschikkingen, waardoor hij zijn schuldenlast verlicht en Gods oordeel verzacht. Maar aan den anderen kant begrijpen wij ook, dat wereldlijke rechtsbronnen het noodig vonden te bepalen, dat zoodanige testamenten moesten worden gemaakt in het bijzijn der erfgenamen en hen niet op onredelijke wijze mochten benadeelen (62).

L. J. VAN APELDOORN

(60) *Germania*, c. 20.

(61) Tit. 46, no. 50, 51.

(62) *Ordelboek v. d. etstoel v. Drenthe* (Verhandelingen van *Pro Exc. jure patrio*, VII, 2, bl. 54): dat testament, dat Iden bichtuader bescreuen hadde, in oere krancheit, dat sol van geenre weerden wesen, want het onredelich is, ende niet gegeuen bij weten der arffgenamen als recht is. Zoo ook ald. bl. 61. *Landrecht van Obersimmental* (1457), a. 30 (*Rechtsq. des Kantons Bern*, 2er Teil, 1ster Bd., 1ster Halbband, herausgeg. von Dr. L. S. v. TSCHARNER, bl. 42): Wenne ein priester dheinen krancken menschen bicht verhört und verwartet und dieselb person utzit [= etwas] vor im beschickt oder ordnet, beide an gotzhuser oder sust [= sonst], sol allwegen der priester erber lut darzü beruffen und somlichs vor inen eroffnen, in gegenwurtigkeit des siechen, das der siech sin ouch vor inen gehorsam und gewertig sye, und das in dem allen nit anders denne billich sy beschehe. Hier vindt men wel niet de aanwezigheid der erfgenamen vereischt, maar toch waarborgen tegen onredelijke benadeeling van hen.

Frederik de Groote en de processen van den molenaar Arnold

DOOR

Mr. H. HESSE

oud-raadsheer in den Hoogen Raad

Tusschen de jaren 1773 en 1780 werden in Pruisen eenige juridisch weinig belangrijke processen gevoerd, die desniettemin wegens de rol die de Koning daarbij speelde en de minder aangename gevolgen voor de rechters, die de zaak hadden behandeld, destijds en ook nog vele jaren later zelfs in het buitenland zeer de aandacht trokken en tot vele geschriften aanleiding gaven. Terwijl zij aanvankelijk door velen in een zeer onjuist licht werden gezien, kwam eerst na lange jaren de waarheid in deze voor den dag. Nog in 1910 werden door de uitgave van een merkwaardig dagboek, dat tot dien tijd slechts in manuscript had bestaan, nieuwe gegevens bekend gemaakt.

Het is ons voornemen over deze processen een en ander mede te deelen. Zij zijn uit een historisch-juridisch oogpunt nog steeds niet zonder belang.

§ 1. *De processen zelf*

Voorbij Pommerzig bij Züllichau, een landstadje in het Zuidoosten van Brandenburg, niet ver van de plaats, waar deze provincie met Posen en Silezië samenkomt, loopt de Krebsbach, die zich al spoedig in de Oder stort. Aan deze beek lag destijds en ligt waarschijnlijk nog een korenmolen, die door waterkracht wordt gedreven. Iets hooger op had de landraad, graaf von Gersdorff, een landgoed, Kay genaamd, waarin een karpervijver. Deze vijver was langen

tijd verwaarloosd doch werd in 1770 uitgegraven en, daar hij nu gebrek aan water bleek te hebben, verbond de landraad den vijver met de Krebsbach door een sloot, die van de beek door een sluis kon worden afgesloten. Deze sluis werd af en toe geopend om uit de beek ten behoeve van den vijver water af te kunnen tappen.

De molenaar CHRISTIAN ARNOLD had den molen in erfpacht van den graaf VON SCHMETTAU, eigenaar van het landgoed Pommerzig. Arnold begon in 1771, waarschijnlijk uit armoede, te weigeren de erfpacht te betalen, bewerende echter, dat hetgeen ten aanzien van den vijver was geschied, waardoor water aan de beek was onttrokken, hem dikwijls belemmerde om te malen en de graaf von Schmettau nu maar eerst moest zorgen, dat hierin verbetering kwam. Na vergeefsche pogingen om de pacht, bestaande in koren en geld, langs minnelijken weg, zij het bij gedeelten, binnen te krijgen, daagde deze hem voor zijn „Patrimonialgericht" (1), waarin sedert 1774 de advocaat JOHANN FREDERICH SLECKER te Züllichau namens den graaf als Justitiarius of Gerichtshalter recht sprak. Vóór Slecker was zekere MAY, burgemeester van Züllichau, Justitiarius. In 1773 en in 1774 werd Arnold tot betaling van de pachten veroordeeld en toen hij aan de veroordeeling niet voldeed, werd hij gegijzeld en werden zes koeien van hem in beslag genomen (2).

Op 7 Maart 1774 vorderde Arnold voor de „Neumärkische Regierung" te Küstrin, een administratief en tevens rechtsprekend college, tegen von Schmettau vrijstelling van betaling der pacht, totdat de vijver weer in den ouden toestand was teruggebracht. Op 22 Januari 1776 werd deze vordering ontzegd en dit vonnis werd op 18 September 1776

(1) Eerst in 1849 zijn in Pruisen de Patrimonialgerichte verdwenen.

(2) Deze executie is niet voortgezet.

door het „Kammergericht" te Berlijn bekrachtigd, telkens op grond dat Arnold geen huurder maar eigenaar van den molen was en von Schmettau aan hetgeen von Gersdorff met den vijver had gedaan geen schuld had. Tevens gaf de „Regierung", wel wat onvoorzichtig, Arnold den raad von Gersdorff tot schadevergoeding aan te spreken.

Nu begon von Schmettau tegen Arnold weer een proces en eischte van hem wegens achterstallige erfpachten 320 Thaler. Arnold had weer hetzelfde verweer en werd nu door Hoffiskal Schlecker, die inmiddels Justitiarius was geworden van Pommerzig, tot betaling veroordeeld. In 1778 nam daarop von Schmettau den molen in beslag, die daarna onder het ministerie van Schlecker in het openbaar werd verkocht op 7 September 1778. Bij dezen gerechtelijken verkoop wond de vrouw van den molenaar, Rosina Schulze, zich zoo op en gedroeg zich zoo onhebbelijk, dat zij op last van den Justitiarius voor eenige uren in het Pommerziger huis van bewaring werd opgesloten. Kooper werd de ontvanger Kuppisch voor 600 Thaler, die den molen al spoedig voor denzelfden prijs overdroeg aan von Gersdorff. Kennelijk was Kuppisch slechts tusschenpersoon. Von Gersdorff verkocht hem weinige maanden later aan de weduwe Pölch, eene zuster van Arnold, voor 800 Thaler.

Daar Arnold hardnekkig weigerde den molen te ontruimen werd hij na het opwerpen van allerlei bezwaren, die ongegrond werden bevonden, op 18 Februari 1779 gerechtelijk uit den molen gezet.

Spoedig daarop werd de Koning, Frederik de Groote, in de zaak gemoeid.

§ 2. *Het optreden van den Koning*

Terwijl de Koning zich in Krossen, een stadje in Brandenburg gelegen, waar de Bober in de Oder valt, niet ver

van Pommerzig, bevond, kwam de vrouw van Arnold, die nogal bazig was, zich bij Hem beklagen over het aan haar man en haar in hare oogen gepleegde onrecht. Haar verzoekschrift werd in handen gesteld van den Minister van Justitie, die van Küstrin op zijn beurt inlichtingen vroeg. Na het ontvangen van deze inlichtingen werden de bezwaren als ongegrond afgewezen. Een tweede verzoek bij den Koning ingediend trof een zelfde lot. Arnold ging nu met zijne vrouw naar Potsdam waar van hunne klachten een proces-verbaal werd opgemaakt. Zij droegen hunne zaak aan den Koning niet juist voor, spraken alleen over het door von Gersdorff gepleegde onrecht en verzwegen hunne verhouding tot von Schmettau.

Nu trad de Koning krachtiger op. Op 22 Augustus 1779 zond hij aan de Küstrinsche Regierung het volgende „Kabinetsbefehl":

„Da S. K. M. v. Pr. U. A. H. (3) auf das hierbei „kommende Gesuch des Erbmüllers Arnold zu Pommerzig, „umb eine unpartheiïsche Commission, zu resolviren ge„ruhet, Dero Obersten v. Heucking, welchem einer aus der „Regierung zugegeben werden soll, die Untersuchung der „von dem Arnold führenden Beschwerden zu übertragen;

„So befehlen Höchstdieselben Dero Neumärkischen Re„gierung hierdurch in Gnaden Jemanden aus ihrem Mittel „zu ernennen und darüber mit dem Obersten v. Heucking „Sich weiter zu concertiren (4).

„Potsdam dem 22 August 1779."

(3) U(nser) A(llergenädigster) H(err).

(4) „Stabsofficiere und Generäle zu juristischen, ökonomischen, „finanziellen und ähnlichen Untersuchungen zu gebrauchen ist „unter König Friedrich Wilhelm I sehr üblich und unter Friedrich „dem IIten noch nicht ganz ungewöhnlich gewesen, weil die „preuszischen Monarchen dem praktischen und unbefangenen „Blicke und dem ehrenhaften Sinne ihrer Kriegsbefehlshaber auch „in rein bürgerlichen Dingen ungemein vertraueten", zegt J. D. E. Preusz, Friedrich der Grosze, III, blz. 382.

De Neumärkische Regierung wees nu uit haar midden den raadsheer NEUMANN aan om met von Heucking de zaak te onderzoeken, hetgeen op 27 September 1779 geschiedde. Beide personen werden het samen omtrent het *resultaat* van het onderzoek niet eens. Neumann oordeelde dat gebleken was, dat de molen kon draaien en water genoeg had, von Heucking daarentegen, dat Arnold onrecht geschiedde.

De „Regierung" diende den Koning een rapport in in den geest van Neumann en maakte van het oordeel van von Heucking daarin geen gewag; von Heucking zond den Koning daarentegen zelfstandig een verslag. Deze kon zich met dit verslag geheel vereenigen, maar werd op de „Regierung" vreeselijk boos. Hij gaf haar dit reeds op 29 September d.a.v. niet ongezouten te kennen. In het Kabinetsbefehl leest men:

„Se. K. M. v. Pr. cet. lassen Dero Neum. Regierung auf „deren Bericht vom 27 d. über die Beschwerden des Müllers „Arnold, die von dem Obristen von Heucking jetzo unter„suchet und sehr gegründet befunden worden, hierdurch „Dero äuszerstes Missfallen und zugleich zu erkennen geben „da Sie nicht einen Schuss Pulver da nutze sind. Hätten „Sie die Sache selbst besser und gründlicher untersucht „und nach Recht und Billigkeit abgemacht, so hätten „Höchstdieselben nicht nöthig gehabt andre Leute dahin „zu schicken. Es ist ja wider alle gesunde Vernunft in der „Sache zu Werke gegangen; denn nimmt man dem Müller „das Wasser weg zum Karpfenteich und er kann nicht „mahlen, so kann er ja auch nicht seine Abgaben entrich„ten, sondern er musz vielmehr Vergütigung haben. Statt „dessen ist mit dem Arnold auf eine so harte und höchst „ungerechte Weise verfahren und er und seine Frau nicht „nur geprügelt und in harte Gefängnisse geworfen, son„dern überdem den Leuten alles ihrige weggenommen

„worden. Das ist ja nicht zu verantworten. Se K. M. werden „Sie alle zum Teufel jagen und andre dahin setzen, denn „Sie sind nicht das Brod werth. Vorjetzt aber wird der „Regierung hierduch auf das nachdrücklichste anbefohlen „die Sache mit dem Arnold sogleich in Ordnung zu bringen, „ihn sofort gänzlich klaglos zu stellen und allen seinen „Beschwerden ohne den mindesten Anstand abzuhelfen. „Wornach sie sich also stricte zu achten hat." Potsdam den 29 Sept. 1779.

Ofschoon de Koning de zaak dus voor uitgemaakt hield, gelastte de „Regierung" andermaal, dat een commissie uit haar midden een plaatselijk onderzoek onder voorlichting van een deskundige zou instellen, waarbij dan tevens de wederzijdsche getuigen konden worden gehoord. Op 28 October d.a.v. rapporteerde zij daarop aan het Departement van Justitie onder meer, dat von Heucking de zaak niet grondig genoeg had laten onderzoeken en besliste tevens, dat de vordering van de echtelieden Arnold tegen den graaf von Gersdorff tot teruggave van den molen en tot schadevergoeding moest worden afgewezen, dit met aanvoering van gronden, waarover later meer. Het schijnt dus dat de Arnold's den gegeven raad hadden opgevolgd en von Gersdorff hadden aangesproken. Deze beslissing is den Koning blijkbaar niet dadelijk medegedeeld, want op 21 November 1779 kwam op voor de zooveelste maal door Arnold herhaalde „Immediat-beschwerde" een Kabinetsbefehl af van dezen inhoud:

„Da Sr. K. M. v. Pr. etc. von dem Müller Arnold aus „der Pommerziger Krebsmühle abermals mit der hierbei„folgenden Vorstellung behelligt worden und daraus her„vorgehet, dasz diese Sache noch nicht beendigt worden, „vielmehr der Arnold sich von Neuem in einen weit„läufigen Process einlassen soll, den er nicht auszuhalten „im Stande ist, so befehlen Höchstdieselben Dero Neumär-

„kischen Regierung und Krieges- und Domänenkammer „hierdurch in Gnaden diese Sache nunmehr gemeinschaft- „lich nach Recht und Billigkeit abzumachen und das „Nöthige darunter ohne Anstand vorzunehmen; damit „solche einmal zum Ende komt." Potdam den 21 Nov. 1779.

Opmerkelijk is, dat de toon nu heel wat gematigder is; misschien omdat ook een andere autoriteit in de zaak werd betrokken.

Deze beide colleges berichtten gemeenschappelijk daarop, dat Arnold opzettelijk verzwegen had dat op 28 October te voren zijne vordering betreffende den molen in hoofdzaak was afgewezen, dat deze uitspraak „nach Sr. Maj. Landesgesetzen" slechts in hooger beroep veranderd kon worden, dat dit proces niet lang behoefde te duren en geen kosten zou medebrengen, wijl aan Arnold het armenrecht was toegestaan. De Koning gaf nu den rechter in hooger beroep, het „Kammergericht" te Berlijn, op 28 November 1779 last de zaak „ganz kurz und ohne so viele Weitläufigkeiten" af te doen en in de eerste plaats Hem de beslissing mede te deelen. Wijl de Koning de grootste „activité" eischte, liet het Kammergericht de stukken door een bode uit Küstrin halen, waarna de president von Rebeur den raadsheer Ransleben tot rapporteur benoemde en dezen op 7 December 1779 de stukken toezond. Zij betroffen de zaken van het echtpaar tegen von Gersdorff en tegen von Schmettau. De president droeg hem op „die Sache derge- „stalt zu beschleunigen dasz die Relationes den folgenden „Tag in pleno collegii abgelesen und die Sententien an- „gefertigt werden könnten".

Ransleben, die van hetgeen hieromtrent voorviel een verslag heeft gemaakt, zegt: „Ich fing sofort an zu arbei- „ten, continuirte die ganze Nacht und brachte beide Rela- „tiones, die eine von 6, die andere aber von 2 Bogen, den „andern Tag auf das Kammergericht. Sie wurden auch

„beide verlesen, wobei auszer mir folgende Mitglieder des „Collegii gegenwartig waren: 1) der Präsident von Rebeur, „2) der Kammergerichtsrath Uhl, 3) der Kammergerichts-„rath Friedel, 4) der Geheime Rath Kircheisen, 5) der „Kammergerichtsrath Graun, 6) der Kammergerichtsrath „Goszler" (5).

Op 9 December 1779 was het arrest reeds gereed. Het luidt aldus:

„In Appellationssachen des Müllers-Meister Arnold und „dessen Ehefrau Klägern und Appellanten an einem — „wider den ritterschaftlichen Directorem und Landrath „v. Gersdorff, Beklagten und Appellaten an anderm „Theile, erkennen *Wir, Friedrich* von Gottes Gnaden, „König von Preuszen etc. den verhandelten Akten gemäsz, „hiermit für Recht:

„Dasz die Formalien der eingewandten Appellation rich-„tig, die Sache selbst betreffend, auf die Sentenz der Neu-„märkischen Regierung vom 28 October dieses Jahres, bei „dem 1. Punkt der zwoten Beschwerde dahin zu ändern, „dasz die Arnoldschen Eheleute mit den eingeklagten „15 Scheffeln Roggen nicht abzuweisen, vielmehr der be-„klagte Landrath v. Gersdorff gehalten, denselben auch „diese 15 Scheffel Roggen mit 22 Groschen den Scheffel „zu bezahlen; im übrigen aber die erhobene Beschwerde zu „verwerfen und die gedachte Sentenz lediglich zu bestäti-„gen. V. R. W.

Gründe.

„Der Müller Arnold und dessen Ehefrau beschweren sich „zu allererst darüber, dasz der v. Gersdorff an dem soge-„nannten Mühlenfluss im J. 1770 einen Karpfenteich an-„gelegt, wodurch ihrer Mühle das Wasser entzogen und sie „auszer Stand gesetzt worden die schuldigen Abgaben an

(5) Preusz. III, blz. 495.

„ihre Grundherrschaft zu entrichten. Es ist daher zu unter-
„suchen, ob diese Beschwerde einen Grund habe. Zuförderst
„ist zu bemerken, dasz der v. Gersdorff den Karpfenteich
„keinesweges erst neu angelegt habe, sondern es ist derselbe
„von jeher da gewesen; er hat aber wüste gelegen und der
„Beklagte hat ihn blosz im Jahre 1770 retablirt.

„Da der Müller sich aber über eine seiner Mühle schäd-
„liche Grabenziehung und darüber beschweret, dasz durch die
„Wiederaufräumung dieses Teichs seiner Mühle das Wasser
„entzogen worden, so hätte dieser gleich Anfangs an die
„Neumärkische Kammer, nach der Verordnung des Edikts
„vom 6 Juli 1773, verwiesen werden sollen, damit selbige
„durch einen Ingenieur oder Oekonomie-verständigen un-
„tersuchen lassen können ob auch der gezogene Graben
„und die Retablirung des Teiches den Nachbarn unschäd-
„lich sein oder vielleicht auf eine bessere Art eingerichtet
„werden könne? Wegen dieses Umstandes, dasz eigentlich
„des Forum der Kriegs und Domänen-Kammer, nicht eines
„Justiz-Collegii eingetreten, kann jedoch jetzt die Entschei-
„dung nicht aufgehalten werden, da Se. M. selbst in einer
„hohen Kabinetsordre eine Commission zur Untersuchung
„anzuordnen geruhet, dabei ein Wasserbauverständiger zu-
„gezogen, der sein Gutachten abgegeben, auch von der
„Kammer und der Regierung in dieser Instanz gemein-
„schaftlich verfahren worden.

„Dasz aber die Beschwerden der Arnoldischen Eheleute
„wegen des ihnen entzogenen Wassers ungegründet seien
„erhellet insonderheit aus Folgendem:

„Zunächst an dem retablirten Teiche liegt die Scheide-
„mühle und hinter derselben liegt die den Arnoldischen
„Eheleuten zugehörig gewesene Krebsmühle. Wenn der
„Teich den Zuflusz des Wassers wirklich verhinderte, so
„muszte dieses auch die Schneidemühle empfinden. Nun
„aber sagt nicht nur der Eigenthümer dieser Mühle son-

„dern auch andere abgehörte Zeugen eidlich aus: die „Schneidemühle sei nach Anlegung des Teichs in vollem „Gange geblieben, 1. 2. 3 Zeuge, Fol. 96 der Commiss. „Acten; und wenn diese im Gange so musste auch die „Krebsmühle hinlänglich Wasser haben, denn es könne „nirgends anders bleiben; es müsse von der Schneidemühle „auf die Krebsmühle laufen, daher, wenn erstere mahle, „so müsse die andre auch mahlen können, 1. 2. 3 Zeuge „Fol. 97 der Commiss. Acten.

„Die Aussagen dieser Zeugen werden auch durch die zu „den Acten gebrachten Zeichnungen von der Lage dieser „beiden Mühlen bestätiget. Gesetzt aber auch, wie es denn „wohl aus der Zeugen-Aussage hervorgehet, dasz durch die „Retablirung dieses Teiches das Wasser in dem Mühlen-„fluss weniger geworden ist, so ist denn doch immer so viel „darinnen geblieben, dasz die Krebsmühle mahlen könne, „denn die Zeugen sagen aus: Der Müller Arnold habe „nach der Anlegung des Karpfenteiches so gut gemahlen „als vorhero, 2. 3. und 5. Zeuge Fol. 96 der Commiss. „Acten. Endlich aber auch die jetzige Besitzerinn der „Krebsmühle ausgesagt hat, sie habe Wasser genug, wenn „es nur was zu mahlen gäbe, Fol. 33 der Comm. Acten.

„Hierdurch nun werden die Zeugen der Arnoldischen „Eheleute völlig widerlegt als welche überhaupt keinen „Glauben verdienen, da sie aussagen, dasz sie verschiedent-„lich auf anderen Mühlen gemahlen ohne bei der Krebs-„mühle deshalb vorher anzufragen und sie also nicht ohne „Grund befürchten müssen, dasz, wenn es erhellet, dasz die „Krebsmühle Wasser genug gehabt, sie wegen ihres straf-„baren Wegmahlens würden in Anspruch genommen „werden (6).

(6) Het blijkt derhalve, dat de molen een z.g.n. Zwangsmühle was, waar de bewoners van een bepaalden kring verplicht waren hun graan te laten malen. Dit recht, dat ook voor den molenaar

„Man kan ferner auf das Gutachten des Deichinspectors „SCHADE keine Rücksicht nehmen, als welcher behauptet die „Retablirung des Teichs schade der Mühle, indem dieses „Gutachten theils verschiedene auffallende Widersprüche „enthält, theils auch die Neumärkische Kammer in ihrem „Anschreiben vom 3. d. M. richtig bemerkt, dasz dieser „Mann sich geirret habe, indem in seinem Gutachten bei „Bestimmung des Wassers auf 2 Fusz, so die Mühle bei „trockenen Zeiten erhalten, ein Irrthum in der Berechnung „vorgefallen und die in den Teich laufenden 4 Kubikfusz „$4^1/_2$ Zoll zu zweimal abgerechnet worden; sodasz statt „2 Fusz 30 Zoll etwa 4 Fusz 50 Zoll Wasser für die Mühle „bei trocknen Zeiten verbleiben.

„Es macht ferner einen sehr nachtheiligen Eindruck „gegen die Beschwerde der Arnoldischen Eheleute, wenn „man siehet, dasz sie von 1770 bis 1774 die Retablirung „dieses Teichs ruhig mit angesehen und nur erst 4 Jahre „nachher angefangen, die Abgabe des ihrer Grundherr-„schaft schuldigen Zinses unter dem Vorwande, dasz ihnen „das Wasser entzogen, zu verweigern.

„Endlich konnte aber auch dem v. Gerdorff die Reta-„blirung des Teiches nicht verwehret werden; er konnte „sich auch zu Bewässerung desselben des Wassers aus dem „Flusse bedienen. Denn in soferne es durch seinen Grund „und Boden läuft, gehört es ihm eigenthümlich zu und der-„jenige thut dem andern kein Unrecht, welcher sich des „ihm zustehenden Rechts bedient.

„Aus allem diesen geht daher die Unerheblichkeit des „ersten Klagepunkts zur Genüge hervor.

„Bei dem zweiten Klagepunkte forderen die klagenden „Eheleute ihre Mühle wieder. Diese Forderung ist ebenfalls

---

verplichtingen medebracht, bestaat sedert het begin der vorige eeuw, naar het schijnt, nergens meer.

„höchst widerrechtlich. Denn da sie ihrer Grundherr-
„schaft (7) den schuldigen Zins nicht ablieferten, so war
„diese berechtiget auf den Verkauf ihrer Mühle zu dringen;
„und hierbei ist alles dasjenige beobachtet worden was der
„Codex Fridericianus und die deszhalb gegebenen aller-
„höchsten Landesgesetze vorschreiben. Die Mühle ist auch
„nach der Taxe zulänglich bezahlt worden.

„Die zweite Beschwerde ist gegründet. Denn da aus dem
„Protokoll, das bei dem Verkauf der Mühle abgehalten
„worden, hervorgeht, dasz das damals auf der Mühle vor-
„räthig gewesene Korn nicht mit verkauft worden, so musz
„der Beklagte dem Kläger den Werth desselben erstatten.
„Die Forderung wegen eines Schober Heues ist ungegrün-
„det. Denn da die Arnoldischen Eheleute selbigen erst ge-
„macht haben, nachdem die Mühle schon verkauft war, so
„gehört derselbe dem neuen Käufer.

„Die dritte Beschwerde ist ebenfalls unerheblich. Denn
„da die dem Beklagten schuld gegebenen Drohungen mit
„nichts bewiesen, selbige auch gar nicht zur Ausführung
„gekommen sind, so kann auch dieserhalb nichts gegen
„den Beklagten verfügt werden, und ist dahero wie ge-
„schehen zu erkennen gewesen."

Het college besloot dat de Koning een kort bericht zou worden gezonden, waarin werd medegedeeld wat de beslissing inhield, het z.g.n. dictum, en dat de tweede „Senat" van het Kammergericht de uitspraak aan de „Neumärksche Regirung" ter publicatie had gezonden. Het ging niet vergezeld van een afschrift van de gronden. Ransleben, van wien de redactie van het arrest afkomstig was, stelde dit bericht op, dat op 10 December 1779 den Koning bereikte.

De Koning schreef daarop aan den president van deze Kamer, v. Rebeur: „Warum habt Ihr so erkannt?", waarop

(7) Graaf von Schmettau.

deze antwoordde: „Wir *haben* so erkannt und dies musz genügen, denn im codice Fridericiano steht dasz der Richter Sich an Cabinetsordres nicht kehren soll" (8).

Dit ongepaste, bovendien onjuiste, antwoord wekte terecht 's Konings verontwaardiging. Hij zond nu een scherpe kabinetsorder aan den eersten president van 't Kammergericht von Dörnberg, waarin Hij beval dat hem een afschrift van het geheele arrest werd gegeven, waaraan op staanden voet werd voldaan. Reeds op Zaterdag 11 December 1779 's morgens 11 uur kreeg de „Groszkanzler" v. Fürst een kabinetsorder waarin hem bevolen werd met de drie raadsheeren die het arrest „minutieret" hadden 's namiddags te 2 uur op het slot te Berlijn (9) voor hem te verschijnen. De Koning bleek van oordeel te zijn dat in eene zaak drie raadsheeren een beslissing konden geven, terwijl daarvoor ten minste zeven noodig waren. Kwartier voor één kwam de president von Rebeur bij Ransleben, aan wiens aanteekeningen dit alles is ontleend, wien hij het bevel des Konings mededeelde. De president en Ransleben overlegden nu samen, dat laatstgenoemde met de ambtgenooten Friedel en Graun naar den Koning zouden gaan. Tevens droeg de president aan Ransleben op, dat deze als rapporteur den Koning in 't kort de gronden zou uiteenzetten die het Kammergericht tot de beslissing had bewogen. „Meiner lieben Frau", zoo gaat Ransleben voort, „sagte „ich hiervon nichts sondern allein meinem Schwiegervater, „welcher mir guten Muth zusprach, so wie ich den auch „keine Furcht bei mir verspürte, weil ich in meinem Ge„wissen überzeugt war, dasz ich in Entscheidung der Ar„noldschen Sache nach meinem besten Wissen und Ueber-

(8) Preusz, III, blz. 496; Stölzel, II, blz. 274.

(9) De Koning was tijdelijk te Berlijn om een buitengewonen Keizerlijken afgezant te ontvangen. Op 26 Januari 1780 keerde hij eerst naar Potsdam terug.

„zeugung zu Werke gegangen war". Om één uur reed Ransleben naar den groot-kanselier, waar hij reeds FRIEDEL en GRAUN aantrof. Om twee uur reden ze met hun vieren in den wagen van den groot-kanselier naar het slot. Een „Heyduck" meldde hen bij den Koning aan en leidde hen daarna naar een kleine kamer met één venster, waar de Koning zich bevond. Zij plaatsten zich tegen een scherm dat voor de kamerdeur stond. De Koning zat midden in de kamer, zoodat Hij hen recht in het gezicht kon zien, met den rug naar den haard gekeerd, waarin een vuur brandde. „Er hatte", aldus Ransleben, „einen slechten „Hut auf, welcher nach Form der Predigerhüte geformt „war, einen Ueberrock von mordoré Moll oder Sammet, „welches ich nicht recht unterscheiden konnte, schwarze „Beinkleider und Stiefel, so ganz in die Höhe gezogen „waren. Er was nicht frisirt. Drei kleine Banken mit „grünen Tuch beschlagen standen vor ihm, worauf er die „Füsze zu liegen hatte. Er hatte eine Art von Muffe oder „Rouleau vor sich, worin er die eine Hand hatte, an welcher „er grosze Schmerzen zu haben schien. In der andern hatte „er die Arnoldsche Sentenz. Er lag auf einem Lehnstuhl, „zur Linken stand ein Tisch, worauf verschiedene Papiere „lagen und zwei goldene Dosen, reich mit Brillanten gar- „niret, aus welchen er von Zeit zu Zeit Taback nahm. „Auszer uns war noch im Zimmer der Geh.-Kabinetsrath „STELLTER, der an einem Pulte stand und sich zum schreiben „fertig machte. Der König sah uns an und sagte: „Tretet „näher, worauf wir noch einen Schritt vorwärts thaten, „sodasz wir nicht 2 Schritt von ihm entfert waren.

„Er frug uns 3:

„Seyd Ihr diejenigen welche die Arnoldsche Sentenz ge- „macht haben?

„Wir beantworteten dies mit einer Verbeugung indem „wir ja sagten. Der König wandte sich hierauf an den

„Kammergerichtsrath Friedel und frug ihn diejenigen „Fragen, welche in der Zeitung vom 14. Dec. 1779 auf-„geführt sind und sagte uns alles dasjenige was das der ge-„dachten Zeitung einverleibte Protocoll enthält und welches „der gedachte Geh. Kab. Rath Stellter nachschrieb. Jedoch „ist nicht das ganze Protocoll in unserer Gegenwart abge-„halten worden, sondern das Ende desselben muss der „König, nachdem wir abgetreten, dem Geh. Kab. Rath „Stellter dictirt haben" (10).

Toen de Koning bij het dicteeren sprak van „das hiesige Tribunal" en von Fürst, hem in de rede vallende, verbeterde: „das Kammergericht" dicteerde de Koning: „das hiesige Kammergerichts-Tribunal", maar werd tegelijk zoo boos, dat hij den groot-kanselier toevoegde: „Marsch Seine Stelle ist schon vergeben" (11), waarna deze, volgens Ransleben, „mit der grószten Geschwindigkeit", de plaat poetste. Daarna liet de Koning de raadsheeren onder toevoeging van zeer harde woorden heengaan. Nauwlijks waren zij het vertrek uit of Hij kwam achter hen aan en beval hun te wachten. Kort daarop kwam een adjudant die hen in een wagen naar de gewone gevangenis, den „Kalandshof", bracht.

De Koning beval dat het proces-verbaal van het verhoor gedrukt zou worden en in de couranten zou worden opgenomen. Het merkwaardige stuk verscheen o. a. in de „Berlinische Nachrichten von Staats- und gelehrten Sachen", thans Vossische Zeitung, van 14 December 1779. Het luidt aldus:

„Von Sr. K. M. Höchstselbst abgehaltenes Protokoll den „11. Dec. 1779 über die drei Kammergerichtsräthe Friedel, „Graun und Ransleben.

(10) Preusz, III, blz. 495 vlg.

(11) Dr. Adolf Stölzel, Brandenburg-Preuszens Rechtsverwaltung, Berlin 1888, II, blz. 276.

„Auf die allerhöchste Frage: Wenn man eine Sentenz „gegen einen Bauer sprechen will den man seinen Wagen „und Pflug und alles genommen hat, wovon er sich nähren „und seine Abgaben bezahlen soll, kann man das thun?

„Ist von selbigen mit Nein geantwortet.

„Ferner: Kann man einem Müller, der kein Wasser hat „und also nicht mahlen und also auch nichts verdienen „kann, die Mühle deshalben nehmen, weil er keine Pacht „bezahlet hat? Ist das gerecht?

„Wird auch mit Nein beantwortet.

„Hier ist aber nun ein Edelmann, der will einen Teich „machen und um mehr Wasser in dem Teich zu haben, so „lässt er einen Graben machen um das Wasser aus einem „kleinen Fluss, der eine Wassermühle treibt, in seinen „Teich zu leiten. Der Müller verlieret dadurch das Wasser „und kann nicht mahlen. Und wenn was noch möglich „wäre, so ist es, dasz er im Frühjahre 14 Tage und im „späten Herbst noch etwa 14 Tage mahlen kann. Dennoch „wird praetendirt, der Müller soll seine Zinsen nach wie „vor geben die er sonst entrichtet hat, da er noch das volle „Wasser vor seine Mühle gehabt. Er kann aber die Zinsen „nicht bezahlen, weil er die Einnahme nicht mehr hat. „Was thut die Cüstrinsche Justiz? Sie befiehlt dasz die „Mühle verkauft werden soll, damit der Edelmann seine „Pacht kriegt. Und das hiesige Kammergerichts-Tribunal „approbirt solches. Das ist höchst ungerecht und dieser „Ausspruch Sr. Königl. Maj. Landesväterlichen Intention „ganz und gar entgegen. Höchstdieselben wollen vielmehr, „dasz jedermann, er sei vornehm oder geringe, reich oder „arm, eine prompte Justiz administriret und einem jeg-„lichen Dero Unterthanen, ohne Ansehen der Person und „des Standes, durchgehends ein unparteiisches Recht wider-„fahren soll.

„Se. K. M. werden dahero in Ansehung der wider den

„Müller Arnold aus der Pommerziger Krebsmühle in der „Neumark abgesprochenen und hier approbirten höchst un- „gerechten Sentenz ein nachdrückliches Exempel statuiren, „damit sämmtliche Justiz-Collegia in allen Dero Provinzen „sich daran spiegeln, und keine dergleichen grobe Unge- „rechtigkeiten begehen mögen. Denn sie müssen nur wissen „dasz der geringste Bauer, ja was noch mehr ist, der „Bettler ebensowohl ein Mensch ist, wie seine Majestät sind „und dem alle Justiz musz widerfahren werden. Indem vor „der Justiz alle Leute gleich sind, es mag sein ein Prinz „der wider einen Bauer klagt, oder auch umgekehrt, so ist „der Prinz vor der Justiz dem Bauer gleich; und bei „solchen Gelegenheiten musz nur nach der Gerechtigkeit „verfahren werden ohne Ansehn der Person. Darnach „mögen sich die Justiz-Collegia in allen Provinzen nur zu „richten haben, und wo sie nicht mit der Justiz, ohne alles „Ansehen der Person und des Standes, gerade durch gehen „sondern die natürliche Billigkeit bei Seite setzen, so sollen „sie es mit Sr. Kön. Maj. zu thun kriegen. Denn ein Justiz- „collegium, das Ungerechtigkeiten ausübt, is gefährlicher „und schlimmer wie eine Diebesbande; vor die kann „man sich schützen, aber vor Schelmen, die den Mantel der „Justiz gebrauchen um ihre üble Passiones auszuführen, „vor denen kann sich kein Mensch hüten. Die sind ärger „wie die grószten Spitzbuben, die in der Welt sind und „meritiren eine doppelte Bestrafung.

„Uebrigens wird den Justiz-Collegiis zugleich bekannt ge- „macht, dasz Se. Maj. einen neuen Grosz-Canzler ernannt „haben. Höchstdieselben werden aber demohnerachtet in „allen Provinzen sehr scharf dahinter her sein und be- „fehlen auch hiermit auf das nachdrücklichste: erstlich, „dasz alle Prozesse schleunigst geendigt werden; zweitens: „dasz der Name der Justiz durch Ungerechtigkeiten nicht „profanirt werde; drittens: dasz mit völliger Egalité gegen

„höchst widerrechtlich. Denn da sie ihrer Grundherr-
„schaft (7) den schuldigen Zins nicht ablieferten, so war
„diese berechtiget auf den Verkauf ihrer Mühle zu dringen;
„und hierbei ist alles dasjenige beobachtet worden was der
„Codex Fridericianus und die deszhalb gegebenen aller-
„höchsten Landesgesetze vorschreiben. Die Mühle ist auch
„nach der Taxe zulänglich bezahlt worden.

„Die zweite Beschwerde ist gegründet. Denn da aus dem
„Protokoll, das bei dem Verkauf der Mühle abgehalten
„worden, hervorgeht, dasz das damals auf der Mühle vor-
„räthig gewesene Korn nicht mit verkauft worden, so musz
„der Beklagte dem Kläger den Werth desselben erstatten.
„Die Forderung wegen eines Schober Heues ist ungegrün-
„det. Denn da die Arnoldischen Eheleute selbigen erst ge-
„macht haben, nachdem die Mühle schon verkauft war, so
„gehört derselbe dem neuen Käufer.

„Die dritte Beschwerde ist ebenfalls unerheblich. Denn
„da die dem Beklagten schuld gegebenen Drohungen mit
„nichts bewiesen, selbige auch gar nicht zur Ausführung
„gekommen sind, so kann auch dieserhalb nichts gegen
„den Beklagten verfügt werden, und ist dahero wie ge-
„schehen zu erkennen gewesen."

Het college besloot dat de Koning een kort bericht zou worden gezonden, waarin werd medegedeeld wat de beslissing inhield, het z.g.n. dictum, en dat de tweede „Senat" van het Kammergericht de uitspraak aan de „Neumärksche Regirung" ter publicatie had gezonden. Het ging niet vergezeld van een afschrift van de gronden. Ransleben, van wien de redactie van het arrest afkomstig was, stelde dit bericht op, dat op 10 December 1779 den Koning bereikte.

De Koning schreef daarop aan den president van deze Kamer, v. Rebeur: „Warum habt Ihr so erkannt?", waarop

(7) Graaf von Schmettau.

door een bezoeker met luider stem bekend gemaakt. De Geheimrath von Raumer schreef vele jaren later aan den reeds genoemden geschiedschrijver Preusz, dat hij toen „traurig" den schouwburg verliet, maar hij voegt er niet bij, dat hem velen volgden. Von Raumer was den volgenden morgen van 12 December 1779 naar von Fürst gegaan, die destijds schuin tegenover het Koninklijke slot woonde. Hij zag toen verscheidene rijtuigen voorrijden van aanzienlijke personen, die den gewezen minister een condoleantiebezoek brachten. v. Fürst was tegenover von Raumer zeer vriendelijk en zeide tot hem: „Condoliren Sie nicht mir, condoliren Sie sich selbst, ich meinte es gut mit Ihnen". Hij had nl. kans gehad als Cammergerichtsrath voorgedragen te worden. Eenige dagen later zag hij op het slotplein „unter Friedrichs Fenstern" voortdurend boeren staan, soms tot honderd toe, die allen verzoekschriften in de hoogte hielden, die de Koning toch mocht laten halen, terwijl zij uitriepen, dat ze nog veel slechter waren behandeld dan de molenaar. „Es war damals", zoo eindigde von Raumer zijn brief (13), „so sehr um alle Autorität geschehen, dasz die „Gerichte längere Zeit hindurch nicht das geringste Urtheil „ohne grosze Widersetzlichkeit und ohne die strengste „Execution aufrecht erhalten konnten, indem jeder, der „verurtheilt worden war, an den Köning ging und sich auf „das Müller-Arnoldsche Beispiel berief".

Op denzelfden 11den December nog richtte zich de Koning tot zijn „Etatsministre" von Zedlitz met een schrijven, waarin voorkomt, dat hij de raadsheeren Friedel, Graun en Ransleben, „wegen einer höchst ungerechten „Sentenz, die die Küstrinsche Regierung in Sachen des „Müller Arnold aus der Pommerziger Krebsmühle abge-„sprochen und die von dem hiesigen Cammergerichte ap-

(13) Zie dezen brief bij Preusz, III, blz. 499; voorts blz. 503, en Dr. Rosenfeld, blz. 215.

„probirt worden, wovon obgedachte 3 Räthe die Cammer-„gerichts-Sentenz minutirt haben", naar het Calandshof in arrest heeft moeten laten brengen. „So gebe Euch hierdurch „auf", leest men verder, „sogleich die Verfügung zu treffen, „dasz von Seiten des Criminalcollegii über diese drei Leute „nach der Schärfe der Gesetze gesprochen und zum min-„desten auf Cassation und Vestungsarrest erkannt wird. „Wobey Euch zugleich zu erkennen gebe, dasz wenn das „nicht mit aller Strenge geschiehet, Ihr sowohl wie das „Criminal-Collegium es mit Mir zu thun kriegen werdet".

Na een minder juiste opgave van hetgeen met Arnold is geschied vervolgt de Koning aldus: „Das ist höchst un-„gerecht und deszhalb nothwendig, dasz einmal ein nach-„drücklich Exempel statuirt wird, und darum ertheile Euch „gegenwärtige Ordre, dasz das Criminal-Collegium über „schongedachte Leute mit *Rigueur* erkennen soll, denn Ich „will, dasz in Meinen Landen einem jeden, er sey vornehm „oder gering prompte Gerechtigkeit widerfahren und nicht „zum *Faveur* eines Gröszeren gedrückt, sondern einem „jeden ohne Unterschied des Standes und ohne alles An-„sehen der Person eine unparteyische Justiz administriret „werden soll. Ich habe auch die Ordre gestellet, dasz die „vier ersten Räthe von der Cüstrinschen Regierung, dieser „ungerechten Sentenz wegen, ebenfalls in Arrest gesetzt „werden sollen, desgleichen auch der dortige Fiscus, der an „dieser Ungerechtigkeit mit Theil gneommen, der soll „ebenfalls arretirt und hieher nach dem Calandshof ge-„bracht werden, damit das Criminal-Collegium über den-„selben zugleich mit erkennen kann, welches dann die ge-„dachten vier Räthe von Cüstrin nach Erfordern der „Umstände auch hieher bringen zu lassen hat.

„Zugleich gehet meine Intention auch dahin, dasz das „Criminal-Gericht, diesen Vorgang sämmtlichen Justiz-Col-„legiis in allen Provinzen bekannt machen und sie ernstlich

„warnen soll, dergleichen Ungerechtigkeiten nicht zu be-
„gehen, widrigenfalls Ich solche ebenso nachdrücklich, so
„bald Ich sie erfahre, bestrafen werde und werden sie mir
„auch nicht gleich bekannt so erfahre Ich sie doch wenn
„Ich in die Provinzen komme; wornach sich also jeder-
„mann richten kann.

„Hiernächst ist auch meine ernstliche Willensmeinung,
„dasz die mehrerwähnten Räthe des Cammergerichts, so wie
„auch die von der Cüstrinschen Regierung, sollen zusammen
„das Kaufgeld vor die Arnoldsche Mühle, sowie auch allen
„Schaden den derselbe wegen des ihm entzogenen Wassers
„erlitten hat, bezahlen. Welches dann die Neumärkische
„Cammer (14) zu taxiren und den Arnold in seine Mühle
„wieder einzusetzen, beordert ist. Uebrigens soll auch der
„bisherige Präsident der Cüstrinschen Regierung Graf
„v. Finckenstein seines Postens entsetzet werden, weil er
„der ungerechten Sentenz wider den Arnold beigetreten ist,
„und nicht vielmehr darauf gesehen hat, dasz demselben
„eine unparteiische Justiz administriret worden. Wornach
„Ihr Euch also mit zu richten habt..

Ten slotte verlangt de Koning dat v. Gersdorff „soll angehalten werden" òf Arnold „eine tüchtige und gute Windmühle auf seine eigene Kosten zu erbauen" van gelijke capaciteit als de Krebsmühle òf „seine Teiche wieder eingehen (zu) lassen" en Arnold het volle water voor den molen, zooals dit vroeger geweest is „wieder zukommen (zu) lassen".

„Hiernach habt Ihr nun alles Weitere durchgehendes ge-
„hörig zu verfüger und zu besorgen.

„Ich bin Euer wohl affectionirter König.

„Friedrich."

Ransleben noemt 's Konings bevel terecht „freilich eine üble Perspective".

(14) Bedoeld is de Kriegs-und Domänenkammer.

v. Zedlitz schreef na ontvangst van deze order aan den president van de strafkamer (Kriminalsenat) van het Kammergericht, KESZLER, dat de Koning aan deze Kamer een zeer onaangenaam onderzoek had opgedragen, waarover hij hem „ohne Zeitverlust" wilde spreken (15). Na dit onderhoud benoemde de Kamer tot „Untersuchungscommissaren" de raadsheeren STRASBURG en KÜHZE, die dadelijk met het onderzoek begonnen. Van 13 tot 19 December 1779 werden de vier Küstriner „Regierungsräthe" NEUMANN, BUSCH, SCHEIBLER en BANDEL (16), die bereids op bevel van den Koning aan den Kommandant van Küstrin, BERENT VON KÖTHEN, waren gevangen genomen, en de drie genoemde Kammergerichtsräthe Friedel, Ransleben en Graun gehoord. Vooraf was reeds gehoord als deskundige de Oberkonsistorialrath en Oberbaurath JOHANN ESAIAS SILBERSCHLAG. Deze was in zijn eerste hoedanigheid Pastor bij de Dreifaltigkeitskirche te Berlijn. Wel een zonderlinge combinatie.

De commissie vond het ook nog noodig den anderen leden van het Kammergericht, die tot het arrest hadden medegewerkt, een verhoor af te nemen. Schriftelijke inlichtingen werden verder ingewonnen bij den president van deze kamer — „2ten Senat" — VON REBEUR.

Eerst op 24 December werd de Justitiarius SLECKER gehoord, want deze, weinig lust gevoelende om door de politie te worden opgebracht, zooals geschied was met de heeren uit Küstrin, had zich uit zijne woonplaats Züllichau verwijderd met het plan zich in Berlijn aan te melden. Hij werd toen echter „steckbrieflich" vervolgd en te Frankfort a/d Oder opgepakt.

(15) Dr. ROSENFELD, Die Geschichte des Müller Arnold-Prozesses, in het Dagboek van Neumann, blz. 218. PREUSZ III, blz. 388 vlg.

(16) BANDEL, in 1813 in den adelstand verheven, was de vader van ERNST VON BANDEL, den maker van het „Hermann-Denkmal" op den Grotenburg in het Teutoburgerwoud.

Bij deze verhooren beschuldigde de „Regierungsrath" Neumann, die, als gezegd, met den „Oberst" von Heucking een plaatselijk onderzoek had ingesteld, dezen, dat hij met de vooropgezette meening, dat de molenaar gelijk had te werk was gegaan en bij de bezichtiging gezegd had: „man könne an Se. Maj. nicht anders berichten".

Neumann had natuurlijk ten deze niet met den Oberst mede willen gaan en veel moeite gehad dat het door hem geconstateerde feit, dat de beek beneden den karpervijver evenveel water had als daar boven in de van het onderzoek opgemaakte akten werd opgenomen. Von Heucking had hem willen overhalen „dasz er zum Besten der Arnoldschen Eheleute berichte, weil Se. Majestät diesen Leuten geholfen wissen wolle". Menschenvrees en de listen van den als „Aktuar" gebruikten regiments-kwartiermeester en auditeur Bech hadden den Oberst op een dwaalspoor gebracht. Bech was waarschijnlijk de heimelijke raadsman van Arnold en een vijand van de „Neumärkische Regierung", die hem vroeger meermalen voor vergrijpen, begaan toen hij nog Justitiarius was, had bestraft (17).

Bij het tweede onderzoek dat op last van den Regierungspräsident te Küstrin, graaf von Finckenstein, wederom door Neumann had plaats gehad, was hij bijgestaan door den Deichinspector Schade, uit Krossen, die een afzonderlijk rapport uitbracht. Aan Neumann werd gevraagd waarom hij in zijn verslag van 13 October 1779 van Schade was afgeweken. Hij antwoordde daarop dat zij omtrent hetgeen

(17) Wij laten dit oordeel over v. Heucking voor rekening van Neumann, te meer omdat het destijds door dezen afzonderlijk aan den Koning uitgebracht verslag „leider noch nicht aufgefunden worden ist", zooals ons van wege het „Geheime Staatsarchiv" te Berlijn-Dahlem, waar nogmaals een onderzoek onder de daar aanwezige stukken was ingesteld, zeer welwillend door den heer Klinkenborg, ambtenaar aan dit Archief, op 16 April 1928 werd medegedeeld.

zij persoonlijk hadden waargenomen het geheel eens waren geweest. Er was echter ook beproefd te bepalen hoe de waterstand zou zijn in tijden van droogte, maar hier had men slechts een „Vernunftschlusz aus unerwiesenen Vordersätzen" gekregen, waarbij beiden niet tot een gelijke opvatting waren gekomen, waarvan de kleinste bijzonderheden door Neumann werden medegedeeld. Schade had „in Königlichen Geschäften" moeten vertrekken, voordat zij het over een gemeenschappelijk verslag eens waren geworden.

Neumann deelde ook nog mede hoe de definitieve beslissing was tot stand gekomen, zoodat wij een kijk krijgen in de raadkamer van het college te Küstrin. De stukken waren niet vooraf bij de rechters rondgezonden, vermoedelijk omdat er haast bij de zaak was. Hij had het rapport van Schade moeten voorlezen, dat daarna langen tijd werd besproken. Den volgenden morgen werd het hoofdpunt afgedaan en des namiddags overleg gepleegd over de bijzaken.

Telkens als een punt was afgedaan, dicteerde de president de slotsom, waartoe men was gekomen, met aanvoering der gronden en daarna gaf de president aan een „Referendarius" de beslissing in de pen.

De Regierungsrath Busch verklaarde, dat ieder van hen het „von Heuckingsche Bericht" had gelezen, dat dit geen gronden bevatte, die een bijzondere wederlegging verdienden.

De Regierungsrath Scheibler stelde voorop, dat hier drie vragen waren te beantwoorden geweest:

a. of v. Schmettau het recht had gehad den molen bij executie te verkoopen;

b. of v. Gersdorff het recht had gehad „an dem Mühlenfliesz einen Teich anzulegen und dem Müller das Wasser zu entziehen";

c. of den molenaar het water werkelijk was onttrokken en de geleden schade in dier voege was vastgesteld, dat „nach Lage der Akten" een definitieve uitspraak had kunnen volgen.

Wat *a* betreft was hij van oordeel, dat v. Schmettau het recht had den molenaar aan te spreken en dat het vonnis wettig was ten uitvoer gelegd en dat naar het edict van 10 Juli 1771 bij zoodanigen verkoop „das Kaufgeld an die Stelle der verkauften Sache trat".

Vraag *b* had hij moeten ontkennen met een beroep op Grotius. Als „Privatflüsse" (18) door gebieden van verscheidene eigenaren loopen is het gebruik van het water aan allen gemeen en kan niemand daarover eigenmachtig beschikken ten nadeele van een ander.

Wat *c* aangaat achtte hij de schade bewezen maar het bedrag onmogelijk al dadelijk vast te stellen. Daaromtrent had hij nog gedacht aan een aan „die Arnoldschen Eheleute" op te leggen schattingseed, hen „über eine nahmhafte Summe zum Eide (zu) verstatten".

Ransleben, de Kammergerichtsrath, meende dat het oordeel van v. Heucking „keinen Glauben" verdiende, voorzoover het niet steunde op hetgeen bij de bezichtiging door dezen en Neumann was waargenomen en van de getuigen gehoord. Ransleben had de processen-verbaal nauwkeurig „extrahiret". Het „Bericht" van v. Heucking was door den president voorgelezen.

De commissie deed schriftelijk eenige vragen aan den president van het Kammergericht v. Rebeur, die 19 December schriftelijk werden beantwoord.

Hieruit bleek, dat de beslissing van het Kammergericht, te weten de 2de Kamer, met *eenparige* stemmen was genomen door het geheele college. Daar de Koning slechts drie raadsheeren had willen hooren, was hij met den

(18) De wateren bedoeld in artt. 676 en 677 van ons B. W.

eersten president von Dörnberg overeengekomen den rapporteur Ransleben en de raadsheeren Friedel en Graun te laten gaan. Allen hadden de hun in den Codex Fridericianus 1, 1, § 15 opgelegde en bezworen „Amtspflicht durch Kabinets-resolutionen den Lauf Rechtens nicht unterbrechen zu lassen" heilig en nauwgezet in acht genomen. „Ob aus dieser gemeinschaftlichen Pflichtsbeobachtung eine Vertretungs-schuldigkeit folge", zoo gaat v. Rebeur voort, „darüber enthalte ich mich des Urtheils" (19).

De Oberbaurath Silberschlag had een schriftelijk rapport bij de commissie ingezonden. Deze gaf daarin de vergissingen aan die von Heucking en Beck hadden begaan. In hun rapport toch las men: „Der Fall des Mühlenfliesz-„wassers durch die Einlass-schleuse betrug vollkommen „6 Fusz, woraus die Menge des Wassers abzunehmen ist, „welche dem Mühlenfliesze und par conséquence auch der „Arnoldschen Krebsmühle entzogen wird". Het deed echter niet af hoe diep het water viel.

Hier had noodzakelijk de „Abflusz" uit den vijver bepaald moeten zijn. Uit de bijgevoegde teekening bleek dat de sloot naar de „Scheidemühle" terugliep en beneden dien molen de afvloeiïng in de beek door een sluis (Stauarche) werd tegengehouden. De Oberbaurath achtte wegens „diese Widersprüche" nog een nieuw onderzoek gewenscht.

Johann Friedrich Schlecker, eerst Hofmeister bij von Schmettau op Pommerzig, advocaat en „Hoffiskal" te Züllichau en sedert 1774 Justitiarius, zoowel van het adellijke goed Pommerzig als van het adellijke goed Kay van von Gersdorff, werd op 24 December 1779 door de com-

(19) Deze woorden slaan op het ongepaste antwoord dat v. Rebeur eenige dagen te voren den Koning had gegeven op zijn schriftelijke vraag, doelende op het arrest van 9 December: „Warum habt ihr so erkannt"?

missie gehoord. Hij verklaarde dat hij wel door Arnold gevraagd was zijn advocaat te zijn in de zaak tegen von Schmettau maar zich had verontschuldigd, omdat hij vroeger diens Hofmeister (20) was geweest. Reeds in 1777 had hij op verlangen van v. Schmettau aan Arnold moeten aanzeggen, dat de molen zou worden verkocht. Arnold had daartegen bezwaren ingebracht bij de Neumärkische Regierung als „Vollstreckungsgericht", die bepaald had, dat eerst de roerende goederen zouden worden geëxecuteerd. Von Schmettau had met Arnold geduld gehad met het oog op zijn proces tegen hem over de beweerde wateronttrekking aan den molen. Toen Arnold te dezer zake ongelijk had gekregen en naar v. Gersdorff was verwezen drong weer von Schmettau op betaling aan. „Ich fasste" — verklaarde Schlecker — „als Justitiarius das Erkenntnisz erster In„stanz bei Vermeidung der Taxation und Subhastation der „Mühle ab. Arnold appellirte zwar, setzte aber das Rechts„mittel nicht fort sodasz es für desert und das Erkenntnisz „erster Instanz von der Regierung für rechtskräftig erklärt „und auf Antrag des Grafen v. Schmettau unter Beobach„tung aller rechtlichen Formalitäten von mir vollstreckt „wurde" (20 *a*).

In den tusschentijd van het verhoor van de „Regierungs- und Kammergerichtsräthe" en dat van Schlecker had het commissielid Kühtze reeds een ontwerp gemaakt van het aan den Koning uit te brengen advies. De raadsheer Friese vereenigde zich met dit ontwerp en legde nog den nadruk op de dwalingen van v. Heucking en Schade in hunne berichten „wonach Se. Maj. nach Dero weltgepriesenen Ge„rechtigkeit nicht anders hatte urtheilen können, als dass „die Neumärkischen Regierungs- und Kammergerichts„räthe ungerechte Richter seien".

(20) Blijkbaar rentmeester.

(20 *a*) Preusz III, blz. 402.

Ook de Voorzitter KESZLER van de strafkamer, den „Kriminal-senat", gaf 23 December in een uitvoerig schriftelijk betoog zijn instemming met het ontwerp te kennen. Op denzelfden dag werden in een zitting van den „Kriminal-senat" de schriftelijke „Vota" van de raadsheeren gelezen en door het college overwogen. Keszler gaf nog in overweging, waarbij de raadsheer MAYER zich aansloot, naar een door von Gersdorff overgelegd „Dokument" van 1566 te verwijzen, volgens hetwelk door de toenmalige bezitters van Pommerzig aan zijn rechtsvoorganger het houden en gebruiken van den bewusten vijver uitdrukkelijk was toegestaan welk recht „landesherrlich" was bevestigd, terwijl de Krebsmühle toen reeds aanwezig was. Mayer meende zelfs, dat dit stuk de „Praejudicial-Frage" reeds in die mate besliste, dat de beschouwingen over een nader plaatselijk onderzoek overbodig waren. Was de molen na 1566 gebouwd dan zou nog kunnen worden betoogd, dat, wijl geen molen mag worden gebouwd zonder toestemming van de aan de beek aanliggende eigenaren, dit ook de bewilliging van v. Gersdorff of zijn rechtsvoorganger veronderstelde en zulk een bewilliging medebracht, dat voor den molen ook het noodige water werd gelaten.

Op den tweeden Kerstdag van 1779 kwam de „Kriminal-Senat" nogmaals bijeen en werd het door den president geheel omgewerkte ontwerp van het advies, waarbij ook van het door Slecker medegedeelde gebruik was gemaakt, definitief vastgesteld en door alle raadsheeren geteekend.

De slotsom van het uitvoerig advies was, dat aan de drie raadsheeren van het Kammergericht, Friedel, Ransleben en Graun en aan de vier leden van de „Regierung" te Cüstrin, Busch, Neumann, Scheibler en Bandel en evenmin aan den Justitiarius Schlecker iets strafbaars, zeker niet aan Scheibler, die in elk geval geheel buiten schuld was, kon worden ten laste gelegd en dat, indien een door geen wet

strafbaar verklaarde „irrige Einsicht oder Beurtheilung" der zaak, welke de strafkamer echter geen reden had om aan te nemen, in de derde instantie, die nog openstond, mocht worden gevonden, Hare Koninklijke Majesteit deze algemeen menschelijke zwakheid door de vingers mocht zien. De strafkamer gaf aan het eind den Koning in overweging om, in geval van twijfel aan de juistheid van haar in hoofdzaak een civiel proces rakend advies, de zaak naar het „Geheime Tribunal" te verwijzen en althans dit college op te dragen in het geding Arnold—von Gersdorff in derde instantie te beslissen, daar de zaak nog niet in kracht van gewijsde was gegaan, kortom aan de zaak „der rechtliche Lauf" te laten (21).

Het advies (22) ging naar den Minister von Zedlitz, die in een uitvoerig verslag als zijn meening te kennen gaf, dat de arme arrestanten van de ongenade, waarin zij waren gevallen, mochten worden bevrijd. „Ich habe hierbey meine „Pflicht vor Augen gehabt", zoo eindigde hij, „und nun „übergebe ich das Schicksal dieser Unglücklichen und „mein eigenes in Ew. Majestät Landesherrliche Gewalt und „in Ihre Gnade und erwarte in tiefster Submission Höchst-„deroselben Befehle: ob noch ein Kriminalurteil abgefaszt „werden soll" (23).

Het is te begrijpen dat het advies van den „Strafsenat" en het bericht van von Zedlitz niet in den geest waren van den Koning. Hij had al Zijn vaste meening over de zaak en verwachtte dat het „Criminalcollegium über schongedachte Leute mit Rigueur erkennen" zou „zum mindesten auf Cassation und Vestungsarrest", zooals hij in zijn brief van 11 December 1779 aan von Zedlitz had geschreven.

---

(21) Preusz, III, blz. 388 vlg.

(22) Het belangrijke „Gutachten" is in zijn geheel opgenomen in de Bijlagen van dit opstel.

(23) Dr. Rosenfeld, blz. 219.

Op adviezen was hij niet meer gesteld. Zijne Majesteit schreef in kenbare woede aan von Zedlitz reeds den volgenden dag, 27 December 1779:

„Mein lieber Etats-Minister von Zedlitz. Es ist Mir Euer „Bericht vom 26. d. wegen des über die arretirte Räthe „abzufassenden Urtheils zwar zugekommen aber meint Ihr „dasz ich Eure Advokaten-Streiche nicht kenne? und dasz „Ich nicht weisz wie man eine üble Sache verbessern und „durch Hyperbolen vergröszern und verkleinern kann, wie man es à propos findet? *Das Federzeug verstehet nichts.* „Wenn Soldaten was untersuchen und dazu Ordre kriegen, „so gehen sie den geraden Weg und auf den Grund der „Sache und da wissen sie denn immer ein Haufen daran „ausgesetzen. Allein Ihr könnet das nur gewisz sein, *dasz „Ich einem ehrlichen Officier, der Ehre im Leibe hat, „mehr glaube, als alle Eure Advocaten und Rechte.* Also „wollet Ihr hierin nicht nach meiner Ordre gehen, so „nehme Ich einen Andern in Eure Stelle, denn davon gehe „Ich nicht ab. Also dürft Ihr das nur sagen. Ich sehe wohl, „dasz Sie sich fürchten und nicht gerne wollen, dasz welche „bestraft werden. Und müsset Ihr nur wissen, dasz Euer „*miserabler Styl,* so Ihr da anbringet, nicht den mindesten „Eindruck auf Mich macht. Hiernach könnet Ihr Euch „richten und nur sagen ob Ihr nach Meiner Ordre gehen „wollet denn davon gehe Ich keinesweges ab. Ich bin sonst „Euer wohlaffectionnirter König, etc."

Eigenhandig voegde de Koning aan den kant er nog bij: „Der Herr wird mir nichts weisz machen. Ich kenne alle „Advokaten-Streiche und lasse mich nicht verblenden. *„Hier ist ein Exempel nötig, weiln die Canaillen enorm von „meinem Nahmen Miszbrauch gemacht haben um gewaltige „und unerhörte Ungerechtigkeiten auszuüben. Ein Justiti-„arius der chicaniren thut, musz härter als ein Straszen-„räuber bestraft werden. Denn man vertraut sich am erstern*

„und vor letztern kann man sich hüten" (24). (Wij cursiveeren.)

De Koning gelastte nu von Zedlitz een veroordeelend vonnis tegen de gevangen genomen rechters op te stellen. Deze had daartegen bezwaar. In het archief van zijn ministerie vond men later een afschrift van den volgenden brief van hem aan den Koning: „Ich habe Ew. Königlichen „Majestät Gnade jederzeit als das gröszte Glück meines „Lebens vor Augen gehabt und mich eifrigst bemühet „solche zu verdienen; ich würde mich aber derselben für „unwürdig erkennen wenn ich eine Handlung gegen meine „Ueberzeugung vornehmen könnte. Aus den von mir und „auch vom Criminal-Senat angezeigten Gründen werden „Ew. K. M. zu erwägen geruhen, dasz ich auszer Stande „bin ein condemnatorisches Urtheil wider die in der Ar„noldschen Sache arretirten Justiz-bedienten abzufassen. „Berlin den 31 Dec. 1779."

De Koning liet zich echter niet overtuigen en bleef koppig op zijn stuk staan.

Op 1 Januari 1780 zond hij aan v. Zedlitz deze kabinetsorder:

„Mein lieber Etats-Minister Freiherr v. Zedlitz. Es be„fremdet Mich sehr aus Eurem Schreiben vom gestrigen „Dato zu ersehen, dasz Ihr Euch weigert wider die in der „Arnoldschen Sache arretirte Justiz-Bediente, Meiner Ordre „gemäsz, ein Urtheil abzufassen. Wenn Sie also nicht „sprechen wollen so thu Ich es und spreche das Urtheil „nachstehendermaszen. Erstlich soll der Küstrinsche Re„gierungsrath Scheibler welcher nach den Gutachten des „Criminal-Collegii einer entgegengesetzten Meinung ge„wesen und dahin votirt hat, dasz der Vorliegende dem „Unterliegenden das Wasser zu entziehen nicht berech-

(24) Preusz, III, blz. 405 en 519. Beilage 17 *r*. Dr. Rosenfeld, blz. 219.

„tigt sei und dasz daher der Punkt wegen des Was-
„sermangels näher und zuverlässiger recherchirt werden
„müsse, des Arrests entlassen sein und auf seinen Posten
„nach Cüstrin zurückgehen; desgleichen soll auch der
„Cammergerichtsrath Ransleben, welcher, nach dem Inhalt
„des Gutachtens, bei der Sache sich alle Mühle gegeben
„um alle vorkommende Bedenklichkeiten, besonders wegen
„des etwa näher auszumittelnden Wasserverhältnisses und
„der vorgegebenen Schädlichkeit des Teichs mit einer ganz
„sichtbaren Unpartheilichkeit vorgetragen hat, ebenfalls des
„Arrests entlassen werden. *Was hingegen zweitens die andern*
„arretirten Justizbedienten sind, so werden solche hiermit
„cassirt und zum einjährigen Vestungsarrest condemniret.
„Ueberdem sollen sie den Werth der Arnoldschen Mühle
„sowohl als auch ihm selbst allen seinen gehabten Verlust
„und Schaden, der ihm bei dieser Sache verursachet wor-
„den, nach der von der Neumärkischen Cammer davon
„anzufertigenden Taxe, aus ihren eigenen Mitteln bezahlen
„und solchergestalt soll drittens der Müller Arnold völlig
„in integrum restituirt werden. (Wij cursiveeren.) Hier-
„nach nun muss alles weiter erforderliche sofort ausge-
„fertigt und zu Meiner Vollziehung eingereicht werden.
„Welches also ohne Anstand Ihr besorgen werdet. Uebri-
„gens will Ich Euch noch sagen wie es Mir lieb ist dasz Ich
„Euch bei dieser Gelegenheit so kennen lernen und werde
„nun schon sehen was Ich weiter mit Euch mache; Wor-
„nach Ihr Euch also richten könnet und bin Ich sonsten
„Euer wohlaff. König. Berlin den 1 Januari 1870. Fdch."

Het stuk zal op Zijn dictaat door een Cabinets-rath geschreven zijn. De Koning maakte in hetgeen Hij zelf schreef vaak nogal wat taalfouten (25). Aan den rand vindt men echter kennelijk van 's Konings hand: „Ficfaquereien bei den Herren, weiter nichts".

(25) Hij schreef beter Fransch.

Von Zedlitz, voldoende aan 's Konings last, ontwierp nu een Kabinets-order, gericht aan „den Ersten und Criminalsenat", luidende: „Von Gottes Gnaden Friderich König „v. Pr. etc. Unsern etc. Das von Euch wegen der in der „Müller Arnoldschen Sache arretirten Justizbedienten ab„gefasste und integraliter Uns vorgelegte Gutachten ist von „Unserer höchsten Person selbst abgeändert worden und „verordnen Wir höchst selbst dasz: 1, 2 enz. (volgt hetgeen 's Konings schrijven aan v. Zedlitz behelst omtrent Scheibler en Ransleben) „3. die Neumärkischen Reg. Räthe „Busch, Bandel und Neumann, ferner die Kammer G. R. „Friedel und Graun und der Pommerziger Justitiarius „Schlecker sämmlich cassiret und jeder von ihnen über„dem mit einjährigem Festungs-arrest belegt werden sollen. „Ueberdem cet. (volgt de beslissing omtrent de aan Arnold te vergoeden schade en dat deze „völlig in integrum restituirt werde"). „Gleichwie Ihr nun hiernach ganz unge„säumt das weiter nöthige zu verfügen habt, so lassen Wir „Euch auch zugleich die zu gedachter Justizbedienten An„nahme erforderliche Ordre an das Gouvernement zu „Spandau hierneben zufertigen. Sind etc." Berlin 1 Januari 1780.

Eerst op 4 Januari d.a.v. kwam dit stuk in het kabinet des Konings ter onderteekening. Vermoedelijk was dit hieraan te wijten, dat er in Berlijn geruchten liepen, dat de Koning in een mildere stemming was gekomen. Op 2 Januari toch had Hij aan von Zedlitz geschreven „dasz Sr. Maj. „nicht intentioniret Unschuldige unglücklich zu machen", voorts „dasz die Nachricht von der Freude des Publicums „darüber (nl. over Zijn beslissing) Seine Gedanken geän„dert habe". Von Zedlitz had niet geaarzeld aan den inhoud van dit schrijven ruchtbaarheid te geven. Zou men hieruit mogen opmaken, dat de Koning, toen hij wat afgekoeld was, over de juistheid van zijn vonnis niet meer zoo

gerust was? Hoe dit zij, op denzelfden 4den Januari ging de order, alleen door den Koning onderteekend en niet door een minister gecontrasigneerd (26), naar den eersten president van het Kammergericht von Dörnberg, die het den volgenden dag doorzond naar den Criminal-Senat. Nog denzelfden dag werden de veroordeelden met 's Konings vonnis in kennis gesteld. Scheibler en Ransleben werden nu in vrijheid gesteld en de andere zes gevangen rechters op 7 Januari 's morgens te 5 uur van het Kalandshof, onder begeleiding van een officier naar Spandau gebracht om daar de vestingstraf te ondergaan. De leden van het Kammergericht en de Justitiarius onderwierpen zich aan het Koninklijk bevel, terwijl de raadsheeren Friedel en Graun nog verklaarden, dat nu de beslissing „von Sr. K. M. Höchst Selbst erfolgt" was, zij geen hoogeren rechter „in dieser Zeitlichkeit" wisten, maar dat zij omtrent het civiele punt, de schadevergoeding, „sich das Nöthige gegen dasselbe vorbehalten müssten". De leden van de „Neumärkische Regierung" deden nog een beroep op het „remedium ulterioris defensionis" en zonden aan den Koning een kort verweerschrift.

Op 10 Januari 1780 berichtte von Zedlitz aan den Kriminal-Senat, dat de ulterior defensio niet ontvankelijk was, omdat het hier niet gold een „richterliches Erkenntniss" maar een „eigne Entscheidung Unserer Allerhöchsten Person". Hij ried de heeren uit Cüstrin aan in het vonnis te berusten, hetgeen blijkbaar is geschied. Tegen het voorbehoud van Friedel en Graun betreffende de schadevergoeding was echter volgens von Zedlitz niets in te brengen.

(26) Johann Erich Biester (1749—1816), secretaris van den minister, schreef in 1793 in de door hem geredigeerde *Berlinische Monatschrift*, deel 21, blz. 54, dat, tegen den raad van oudere vrienden, v. Zedlitz het hem voorgeschreven bevel niet uitvoerde, „der König sprach allein. Und der Minister blieb bei seinem Könige in Achtung".

Intusschen waren nog andere kabinetsorders te dezer zake afgekomen.

Reeds op 11 December 1779 schreef de Koning aan de Kriegs- en Domänen-Kammer te Cüstrin:

„Da Se. K. M. v. Pr. U. A. H. miszfällig wahrgenommen, „wie höchst ungerecht die Cüstrinsche Regierung in Sachen „des Müllers Arnold aus der Pommerziger Krebsmühle ver- „fahren und erkannt hat; Indem selbige ohne im min- „desten Rücksicht zu nehmen auf die obwaltenden Um- „stände, da doch dem Müller das Wasser genommen und „er also auszer Stand gesetzt worden, dem Edelmann seine „Pacht abzuführen, dennoch verfügt hat, dasz die Mühle „verkauft werden solte. So haben Höchstdieselben resolviret „etc. (volgt de bekende beslissing)

„Der Arnold selbst aber soll ohne weitere Umstände seine „Mühle wiederkriegen. Seine K. M. befehlen demnach „Dero Cüstrinschen Kr. und Domänen-Kammer hierdurch, „das dieserwegen Erforderliche sogleich zu verfügen und „den erlittenen Schaden des Arnold, wegen des seiner „Mühle entzogenen Wassers und dasz er nicht darin hat „mahlen können, gehörig zu taxiren und die Berechnung „davon an das hiesige Criminal-Collegium ohne Anstand „einzusenden."

Naar aanleiding van dit bevel kreeg Arnold reeds op 20 December 1779 den molen terug.

Op 14 December te voren was de Landrath von Gersdorff door den Koning uit zijn ambt ontzet en in zijn plaats Ludolf von Luck uit Kleef tot Landrath van den Kreis Züllichau benoemd.

De ridderschap van dezen Kreis, die tot dien tijd de vrije keus had van een Landrath, kwam daartegen bij den Koning op met een, om zijn kruipenden toon al, merkwaardige schrijven van den 26sten December 1779, luidende:

„Allerdurchlauchtigster etc. Vermöge Ew. K. M. Aller-
„höchsten Spezial-Befehl vom 14 Dec. c. is der Landrath
„von Gersdorff unsers Kreises abgesetzt und an dessen
„Stelle der gewesene Präsident in Cleve v. Luck wieder
„ernannt worden. Ew. K. M. werfen sich Allerhöchst Dero-
„selben getreue Vasallen, die Ritterschaft des Züllichow-
„schen Kreises, hierdurch in tiefster Dévotion zu Füszen
„und bitten allerunterthänigst, uns die freie Wahl eines
„Kreiseingesessenen zum Landrath, welche bisher allen
„Höchstderoselben Märkischen Vasallen verliehen gewesen,
„fernerhin allerhuldreichst zu erlauben. Nicht der Verlust
„unserer Gerechtsame würde uns hierbei so kränken als
„der Gedanke in Ew. K. M. allerhöchste Ungnade gefallen
„zu sein, da doch die innersten Gesinnungen unsers Her-
„zens jederzeit voll der ächtesten Treue und Gehorsam
„gegen Ew. K. M. und Dero höchsten Hause gewesen.
„Wir hoffen die gnädige Erhörung unsrer allerunterthä-
„nigsten Bitte um so eher da der v. Luck nicht im Lande
„angesessen und seiner Gesundheit halber den öffentlichen
„Geschäften schwerlich wird vorstehen können (27).

„Dem bisherigen Landrath v. Gersdorff müssen wir nach
„unsrer Pflicht gegen Ew. K. M. das Zeugniss geben, dasz
„er sich in Kreisgeschäften jederzeit untadelhaft betragen,
„und als Augenzeugen der in dem Prozesse mit der dem
„Grafen von Schmettau gehörigen Pommerziger Krebs-
„mühle vorgefallenen Sachen können wir Ew. K. M. nach
„unserm Gewissen allerunterthänigst anzeigen, dasz der
„Auditeur Natalisschen Regiments Namens Bech, welcher
„dem Obristen v. Heucking in der Untersuchung gegen den
„v. Gersdorff gedienet, als ehemaliger Advocat von der
„Regierung seiner Vergehungen halber bereits suspendirt
„worden. Wir flehen daher etc. etc. dem v. Gersdorff seine

(27) Von Luck had in 1777 als „Klevisch-Märk. Regieruns-Präsident" wegens zwaarmoedigheid op verzoek ontslag gekregen.

„Vertheidigung gegen des Obristen v. Heucking Bericht „zu erlauben, wodurch an das Licht kommen wird, *wer „sich unterfangen Ew. K. M. geheiligte Person hintergehen „zu wollen.* (Wij cursiveeren.) Wir getrösten uns aller-„gnädigste Erhörung und ersterben etc. etc.

„Die Ritterschaft des Züllichowschen Kreises,
„von Angern, v. Unruh etc." (28)

Züllichau den 26 Dec. 1779.

De Koning ging op deze grief niet in en verklaarde dat de benoeming in stand bleef „da sie keinen Landrath zu wählen verständen" (29).

Toen de Kriegs- und Domänen-Kammer had te kennen gegeven het onderzoek naar het bedrag der schade te willen uitstellen, totdat de stand van het water lager was, schreef de Koning aan den president Graf von Logau dezen boozen brief:

„Hochwohlgeborner Rath, lieber Getreuer. Auf den Be-„richt der dortigen Cammer den anzufertigenden An-„schlag von der Arnoldschen Krebsmühle und den ihm „verursachten Schaden betreffend gebe Ich Euch hierdurch „zu erkennen, wie Ich daraus mit Missfallen ersehe, dasz „Sie so viele Weitläufigkeiten und ein Haufen unnütze „Umstände deshalben machen. Ich muss Euch aber sagen, „dasz Ich den Anschlag gleich haben will und müsst Ihr „Mir also solchen des fordersamsten schicken, oder wo Ihr „das nicht thut, werde Ich einen andern dahinsetzen. Wor-„nach Ihr Euch richten könnet, (etc.). Aber mit Euch ist „nichts zu machen und müsst Ihr künftig Euren Dienst

---

(28) Preusz, III, blz. 518.

(29) Zie die Geschichte des Müller Arnold-Prozesses von Staatsanwalt Dr. Rosenfeld, blz. 224, in *Aus der Festungszeit Preuszischer Kammergerichts- und Regierungsräte* auf Spandau 1780, Berlin 1910, bei Albert Kühne.

„mit besseren Exactitude wahrnehmen wenn Ihr wollet „dasz Ich ferner sein soll Euer gnädiger König. Berlin „den 25 Januari 1780." (29 *a*)

De Kamer haastte zich nu de schadevergoeding vast te stellen. Immers reeds op 31 Januari schreef de Koning aan von Logau:

„Hochwohlgeborner etc. Da nunmehro Euer Bericht „nebst der Ausrechnung etc. Mir zugekommen ist, so gehet „Meine ausdrückliche Willensmeinung dahin, dasz der „Arnold völlig in integrum restituirt werden soll und dasz „die condemnirten Leute vom Cammergericht und von der „Regierung ihm alle die Kosten etc. Euer Ausrechnung „gemäsz aus ihrem Vermögen bezahlen sollen. Ich habe „auch dem Justiz-Dep. das darunter nöthige zu verfügen „bereits aufgegeben und Euch solches um auch Eures Orts „Euch darnach zu achten, hierdurch bekannt machen „wollen. Ich bin Euer gnädiger König. Berlin den 31 Janu- „ari 1780.

An den Cammer-Präsident Gr. v. Logau zu Cüstrin." (29 *a*)

Op denzelfden dag liet de Koning de berekening van de schade aan het departement van Justitie toekomen met tekennengeving „wie Höchst Dero ausdrückliche Willens- „meinung dahin gehet, dasz der Arnold völlig in integrum „restituirt werden soll und dasz die dieser Sache wegen „condemnirten Justiz-Bedienten alle die Kosten und ver- „ursachten Schaden so in dieser Ausrechnung auf 1358 „Thlr. 11 Gr. 1 Pf. angegeben wird demselben aus ihrem „eigenen Vermögen bezahlen sollen. Höchstdieselben be- „fehlen demnach Dero Justiz-Departement hierdurch in „Gnaden das hierunter Erforderliche ohne Anstand zu „verfügen und alles in der Sache weiter Nöthige zu be-

(29 *a*) Preusz, III, blz. 524.

„sorgen. Potsdam den 31 Januarii 1780. An das Justiz-„Departement" (29 *a*) (30)

's Konings optreden in de zaak-Arnold trok, ook in het buitenland, zeer de aandacht. Katharina II, czarin van Rusland (1762—1796) zond het „Protokoll" van 11 December 1779 aan den Senaat als een merkwaardige oorkonde van Koninklijke rechtspleging. In Frankrijk maakte de graveur Vangelisti een kopergravure ter verheerlijking van het geval met het onderschrift „Balance de Frédéric" waarvan de Mercure de France van 2 December 1780 een uitvoerige omschrijving gaf. d'Alembert en zijn kring, de Encyclopedisten, namen 's Konings partij en toen eenige vooraanstaande Fransche juristen de bestraffing der rechters te streng oordeelden, sprak d'Alembert van hen als van rechterlijke kannibalen, die onschuldigen op de pijnbank laten sterven. Ook Voltaire schold op gemelde Fransche juristen en noemde hen kannibalen en apen in de zwarte toga (31). De chargé d'affaires van Pruisen te Konstantinopel, von Gaffron, schreef begin 1780, dat de Turken over 's Konings optreden op 11 December 1779 zeer verheugd waren geweest, hetgeen den Regierungsrath Neumann in zijn Dagboek op 18 Mei 1780 de opmerking ontlokte: „vermuthlich „weiln das Königl. Verfahren dem Türckschen sehr ähn-„lich gesehen".

Opmerkelijk is, dat ongeveer in denzelfden tijd de

(29 *a*) Preusz, III, blz. 524.

(30) Misschien zal de opmerking worden gemaakt dat de bijzonderheden van de zaak-Arnold wel wat korter hadden kunnen worden medegedeeld. Wij hebben gemeend ietwat uitvoerig te moeten zijn, zooveel mogelijk met aanhaling van de oorspronkelijke stukken, omdat de schrijvers, die deze zaak hebben behandeld, ook van den lateren tijd, voorzoover wij ze hebben kunnen nagaan, de feiten onvolledig en soms minder juist teruggeven.

(31) Reinhold Koser, König Friedrich der Grosze, II, 3de dr. 1905, blz. 594.

Koning in Frankrijk uitbundig geprezen werd om zijn houding tegenover den molenaar van Sanssouci die met zijn woorden: „Ja, wenn das Berliner Kammergericht nicht wäre" zijn groot vertrouwen in de rechtspraak van dit college ook tegenover den Koning zou hebben getoond.

Bekend is het gedicht op 15 Germinal, an V, voorgelezen in de zitting van het Institut National (32):

Le Meunier de Sans-Souci.

Les Rois mal aisément souffrent qu'on leur résiste.
Frédéric, un moment par l'humeur emporté,
Pardieu! de ton moulin c'est être entêté!
Je suis bon de vouloir t'engager à le vendre!
Sais-tu que, sans payer, je pourrais bien le prendre?
Je suis le maître. — Vous? de prendre mon moulin?
Oui! si nous n'avions pas des juges à Berlin.
Le Monarque à ce mot revint de son caprice,
Charmé que sous son règne on crût à la justice.
Il rit, et se tournant vers quelques courtisans,
Ma foi, messieurs, je crois qu'il faut changer nos plans.
Voisin, garde ton bien, j'aime fort ta réplique. (33) (34)

(*Wordt vervolgd.*)

---

(32) Aanvankelijk de Académie Française, opgericht door Richelieu in 1635, sedert het besluit van het Directoire van 25 October 1795 genaamd Institut National en van 1806 af Institut de France, thans verdeeld in 5 klassen, waarvan de eerste heet Académie Française, algemeen bekend als „les quarante immortels".

(33) De dichter was de advocaat François Andrieux, destijds lid van het Institut National.

(34) Het gedicht is nog langer. De volledige titel is: „Le Meunier de Sans-Souci", Anecdote, lue à la séance publique de l'Institut National le 15 Germinal an 5. — Zie Preusz, III, blz. 413.

Het Instituut: Openbare Weg

DOOR

Dr. C. F. J. GOMBAULT

Het was op 3 Februari 1928, dat door de *Burgerlijke* Kamer van den Hoogen Raad der Nederlanden een belangrijk Arrest gewezen werd over de „openbaarheid" van weg.

Deze Burgerlijke Kamer, waarin o. a. zitting hadden de Raadsheeren GELEIN VITRINGA en SCHEPEL, die het op het punt van de „bestemming" tot openbaren weg niet geheel eens zijn, gaf als zijne meening te kennen, dat de *openbaarheid* van een weg slechts kan ontstaan *door* of *met* den *wil* der *Overheid,* kenbaar hetzij uit een wettelijk voorschrift, hetzij uit de *gedraging* van het *openbaar gezag.*

De bestemming tot openbaren weg door den *eigenaar* van dien weg *alléén,* werd als niet voldoende beschouwd, waarom dan ook bijzondere personen niet eigenmachtig aan de Overheid een weg *als openbaren weg* zouden kunnen opdringen, wanneer de Overheid zelve er haar zegel niet aan wenschte te hechten en alzoo de wil dier bijzondere personen officiëel zoude erkennen en bevestigen.

Op 29 October 1928 was ons hoogste rechtscollege, thans echter de *Strafkamer,* met geheel andere bezetting en zonder de heeren VAN GELEIN VITRINGA en SCHEPEL, wederom voor hetzelfde probleem gesteld en ook deze Strafkamer maakte uit, dat voor de *bestemming* van een weg *tot openbaren weg* de wil en opdracht van den *particulieren* eigenaar of rechthebbende *niet voldoende* was, doch dat ook hier de *Overheid* moest *consolideeren.*

Eenstemmigheid en volkomen overeenstemming heeft er

ten opzichte van het geven van het *bestemmingsrecht* tot openbaren weg van een weg nooit en te nimmer bestaan en zal er ook wel niet komen te bestaan, zoolang niet de wetgever in deze materie heeft ingegrepen, al of niet in overeenstemming met het gevoelen van de Staatscommissie tot herziening van onze Waterstaatswetgeving, neergelegd in haar voortreffelijk voorontwerp van 1917, een stuk werk, dat nog steeds bewondering mag afdwingen, al is het jammer, dat men nog niet verder is gekomen en het Staatsblad nog niet is verrijkt met een dergelijk *goed* product van wetgeving.

Laten we hier nog eens nagaan, hoe zich de verschillende meeningen en theorieën op dit punt verhouden en daarna vergelijken of de Hooge Raad zich thans reeds beweegt of bewogen heeft in de lijn en in den geest van de voortreffelijke Staatscommissie, waarover ik reeds sprak.

Volgens de jongste jurisprudentie van den Hoogen Raad is voor eene *„bestemming"* tot *openbaren weg* dus noodig en noodzakelijk: primo, de wil van den particulieren eigenaar of rechthebbende en secundo, de *uitdrukkelijke bezegeling* en *bekrachtiging* van dien wil door de *Overheid.* Zoolang de Overheid zelve nog niet daadwerkelijk naar buiten is opgetreden, is de wil van den eigenaar slechts van secundair belang en *schept* deze op zich zelf alléén *geen rechtsgevolgen.*

De slechts *„ter bede"* of *„met gedoogen* van *den rechthebbende"* voor het openbaar verkeer opengestelde wegen zijn dus volgens deze jurisprudentie geene *werkelijke openbare* wegen meer, met al de gevolgen daarvan voor de naleving der wettelijke bepalingen in civiel- en strafrecht.

Dit alleen moge hier reeds direct worden geconstateerd, dat *tegen den wil* van den eigenaar of rechthebbende, door de Overheid alléén dàn zoude kunnen worden geageerd langs den weg van onteigening ten algemeenen nutte of

door onteigening in het belang van de volkshuisvesting. Indien de Overheid het wenschelijk mocht achten om ook een weg, die slechts „ter bede" voor het openbaar verkeer openstaat en waarvan de eigendom aan een particulier toebehoort, in verband met de belangen van het openbaar verkeer tot *openbaren* weg te stempelen, dan geeft reeds de Staatscommissie in haar Ontwerp-Wegenwet het middel aan de hand om daartoe te kunnen overgaan, door het door haar ontworpen nieuwe instituut „Onteigening van wegen, bermen van wegen en voor wegsverbetering benoodigde gronden", waarmede zij de Onteigeningswet met een zesden titel zou willen verrijken (artt. 87 en 88 van het Ontwerp-Wegenwet Staatscommissie 1917).

Naar thans nog geldend recht steunt de *openbaarheid* van een weg met de daaruit voortvloeiende bevoegdheid van het publiek om daarop te verkeeren, en het *recht* van de *Overheid* om den weg voor dat verkeer in stand te houden ten slotte voornamelijk op het recht van eigendom op den grond, waarover de weg loopt.

Gebruik door het publiek, wanneer dit geschiedt alleen *„bij gedoogen"* van den eigenaar, maakt, hoe lang ook voortgezet, thans een weg niet openbaar. Aldus de vaste leer van den Hoogen Raad. Immers een *wetsbepaling,* die den eigenaar verplicht om ook voortaan het publiek verkeer op zijn weg toe te laten, indien hij *gedurende zekeren tijd* dat verkeer niet heeft geweerd, bestaat tot heden niet. Wellicht zou de geldigheid van een bepaling in eene regeling van lagere orde (prov. reglement, politieverordening of keur) blijken de grens te overschrijden, die de rechtspraak in art. 625 B. W. (al is uit die rechtspraak geen vast omlijnd criterium vast te stellen en zij slechts een *appreciatie*quaestie mag worden geacht) ziet gesteld aan de macht van de verordening tot besnoeiïng van het eigendomsrecht.

Of nu eene verordening den eigenaar beveelt een hem

toebehoorend terrein voor het publiek *open te stellen,* dan wel of zij tracht hem te nopen het terrein, waarop hij gedurende zekeren tijd het publiek verkeer heeft gedoogd, ook voortaan voor dat verkeer toegankelijk te *laten,* maakt in wezen geen verschil.

In beide gevallen maakt de verordening *particulieren* grond *buiten den wil des eigenaars* tot openbaren weg, al zou men in het laatste geval van eene praesumptio juris voor de *gewilde* bestemming tot openbaren weg *door den eigenaar* kunnen spreken.

Om hier volledige rechtszekerheid te scheppen, zou alleen de *wet* in staat zijn deze controverse en dit dubium uit de wereld te helpen voor goed. Tot nog toe heeft de praktijk met het bewijs, dat de *eigenaar* zijn weg voor het openbaar verkeer heeft bestemd, nolens volens de hand gelicht. Waar het oude toestanden geldt, is in ieder geval het *werkelijk afdoend bewijs* van de verleende bestemming door den *eigenaar* nagenoeg nimmer te leveren. De praktijk is dan ook wel gedwongen om het hier met dat bewijs niet al te nauw te nemen. Uit allerlei feiten als den toestand van den weg, aanwezigheid van hekken, heggen of vlonders, langdurig onderhoud of veeljarig gebruik door het publiek, het schouw voeren door het openbaar gezag e. a. wordt maar feitelijk afgeleid of gefingeerd, dat eenmaal een rechthebbende, een particulier zijn privaten grond ten dienste van het algemeen en ten bate van het publiek verkeer heeft *bestemd!*

De Staatscommissie, die het voorontwerp eener toekomstige Wegenwet had samen te stellen, had in hoofdzaak tot taak den weg aan te wijzen, waarlangs de latere wetgever haars inziens had te gaan. Voor de wegen *thans nog niet voorkomende* op de *bestaande provinciale wegenleggers,* kon dus in het ontwerp der Staatscommissie niet worden afgegaan op de bestaande liggers. Voor deze en dergelijke

wegen moest dus *zelfstandig* een *criterum* worden gezocht, waarnaar de eventueele *„openbaarheid"* derzelve kon worden beoordeeld. Hier moest dus door de Staatscommissie (en door den lateren Waterstaatswetgever) stelling worden genomen en partij worden gekozen. Hier zou zij zich dus hebben af te vragen: wannéér is nu een weg openbaar en hoe ontstaat die openbaarheid; waaruit moet die openbaarheid worden afgeleid en hoe bewijs ik dan die openbaarheid?

Thans bestaat op dit punt maar al te groote rechtsonzekerheid, terwijl van eenvormigheid van inzicht in het geheel geen sprake is. En toch is hier vooral eenheid van zin en opvatting van het allergrootste belang voor al die strafbare feiten, die *op* of *aan* den *openbaren weg* kunnen worden gepleegd. In art. 1 der Motor- en Rijwielwet wordt eene speciale definitie van „wegen" gegeven; de verschillende provinciale wegenreglementen — om nu maar niet te spreken van de nog grooter verscheidenheid der gemeentelijke politieverordeningen — vertoonen alle een nog grootere staalkaart in de begripsomschrijving.

Doch, waar we *hier* tenminste nog eene *„feitelijke"* omschrijving vinden van wat onder openbare wegen moet worden verstaan, wordt de onduidelijkheid in het Strafwetboek nog sterker. Dààr wordt tout court slechts gesproken van: „openbare wegen" zonder feitelijke omschrijving, zoodat dààr ook nog eerst de *bedoeling* van den *wetgever* moet worden opgespoord!

In zijn Arrest van 11 Maart 1907, *W.* 8509, waarin de beteekenis van het begrip „openbare weg" in het 3e Boek Strafwetboek wordt neergelegd, wordt door den Hoogen Raad overwogen, dat daaronder aldaar moet worden verstaan: „alle wegen *tot openbaar gebruik bestemd,* terwijl die *bestemming* zal volgen niet noodzakelijk alléén uit den

feitelijken toestand, dat de weg voor ieder toegankelijk *is* en dat ieder daarover *pleegt* te gaan".

Moet dus de „*bestemming*" opgevat worden in *objectieven zin* (het geregeld door het openbaar verkeer gebruikt worden van een weg) of in den *subjectieven zin* van een bestemming door den *eigenaar* of *rechthebbende*?

Laten we zien! De Toelichting der Staatscommissie op art. 513 (thans art. 427 Swb.) luidde: „Het woord openbare weg, dat in de 7 eerste nommers van dit artikel en in de beide nommers van het volgende artikel voorkomt, omvat alle wegen *tot algemeen gebruik bestemd*".

Bij zijne conclusie, voorafgaande aan het Arrest van ons hoogste rechtscollege van 30 Juni 1890 (*W.* 5905), meende de advocaat-generaal Mr. Patijn, dat men bij de uitdrukking „*op den openbaren weg*" moest denken aan een *feitelijken toestand* en aan hetgeen men daaronder naar het gewone spraakgebruik verstaat, nl. den weg, voor zooverre die *feitelijk* door het publiek *als openbare weg* wordt gebruikt. Hij beriep zich daartoe op de, door de Regeering overgenomen, zinsneden van de Memorie van Toelichting van de Staatscommissie. Uit de Toelichting op de wijziging door de Regeering in art. 427, 4°. aangebracht, waar de woorden: „openbaren weg of eene voor het publiek toegankelijke plaats" werden vervangen door: „openbaren weg" met deze eenvoudige mededeeling: „N°. 4 is iets eenvoudiger geredigeerd", meende hij te mogen afleiden, dat men daarbij werkelijk gedacht heeft aan hetgeen *feitelijk* door het publiek als weg wordt gebruikt!

Met welke van beide meeningen moet men het nu houden?

Moet men letten op het *a. bestemd zijn ten publieken dienste,* of *b.* op het *feitelijk gebruikt worden* door het publiek?

Me dunkt, we moeten hier streng vasthouden aan het-

geen de M. v. T. op art. 427 zegt, dat het woord „openbare weg" in dit artikel, omvat: alle wegen tot algemeen gebruik *bestemd*".

Die *bestemming* dient er aan gegeven te zijn *door* het *publiek gezag*. Want, dat de wet zich geen andere openbare wegen denkt dan die, welke door een *publiekrechtelijke* corporatie bestemd zijn om openbare verkeersbelangen te dienen, blijkt uit art. 427, 6°., waar deze alinea straf bedreigt tegen hem, die, zonder verlof van het *bevoegd gezag*, eenigen openbaren landweg of waterweg verspert of het verkeer daarop belemmert. De samenvoeging van het woord „bevoegd" met „gezag" duidt daarop. Zou hier eventueel aan het kunnen verleenen van eene bestemming door een *particulier* (eigenaar of rechthebbende) gedacht zijn, dan hadden nooit de woorden „bevoegd gezag" kunnen zijn gebezigd. Want „*gezag*" wijst op eene autoriteit, die met macht is bekleed, voortvloeiende uit publiekrechtelijke verhoudingen in het staatsverband, terwijl het vereischte van „*bevoegd*" duidt op eene opdracht, ontleend aan een macht, in staat om bevoegdheden te kunnen verleenen, i. c. aan de wet.

Het is wel opmerkelijk, dat de Hooge Raad in zijn Arrest van 11 Maart 1907 (*W.* 8509) het begrip „openbaarheid" vastlegt in de bestemming in *objectieven zin*, waar het de beteekenis van dat begrip in het 3e boek Strafwetboek betreft, terwijl hij volgens nagenoeg vaste jurisprudentie, voor de openbaarheid volgens Rijks- en lagere wetgeving, aan genoemde wetgevers de bedoeling opdringt, als zouden zij met de uitdrukking „openbare weg" juist en bij uitsluiting hebben bedoeld: wegen *door den rechthebbende* voor algemeen verkeer opengesteld of *bestemd* (in subjectieven zin dus!).

Zooals we uit de bedoeling van den strafwetgever in het 3e boek Strafwetboek dus gezien hebben, wordt daaruit wel

opgehelderd wàt een openbare weg aldaar is, doch wordt in het onzekere gelaten hoè die *bestemming* tot algemeen *gebruik ontstaat* en wìe aan dien weg de *bestemming* tot algemeen gebruik vermag te verleenen!

Dit mag toch wel worden vooropgesteld, dat het *Strafwetboek* niet de plaats is, waar uitputtend en uitsluitend behoort te worden geregeld en vastgesteld: welke wegen *rechtens* openbaar zijn.

Zoo zal het dan altijd den wetgever vrijstaan, om openbare wegen over particuliere gronden te scheppen, ook zonder dat het vereischte van eene voorafgaande bestemmingshandeling van den *rechthebbende* wordt gesteld en alléén wordt oirbaar geacht.

De Staatscommissie had dus bij het ontwerpen van eene Wegenwet zelfstandig uit te maken, *hoe* en *waaruit* zij die bestemming tot algemeen gebruik ten dienste van het verkeer zoude bepalen, vastleggen en opmaken, om alzoo dien weg te kunnen en te mogen stempelen tot „openbaren weg".

Zij kon daartoe gebruik maken van *vier* bestaande en door verschillende groepen van rechtsgeleerden gehuldigde en verdedigde theorieën.

1°. De *eerste* theorie dan is die, gehuldigd door Mr. van Gelein Vitringa in eene verhandeling getiteld: „Publiek karakter van den openbaren weg" in Rechtsgeleerd Magazijn 1907, die men zoude kunnen noemen: de theorie van het *eenzijdige gedoogen door den eigenaar*. Deze rechtsgeleerde acht den eigenaar van den openbaren weg in het geheel niet gebonden; heden den weg ten openbaren dienste bestemmend, kan hij hem morgen weer afsluiten. *Openbaar* is z. i. de weg, dien de eigenaar ten openbaren dienste bestemde en *zoolang* hij hem daartoe wenscht te bestemmen. Volgens hem is dus ook een weg, die slechts „*door gedoogen*" van den eigenaar voor het publiek openstaat, een openbare weg, zoolang de eigenaar het verkeer toelaat, zoo-

lang hij dus „gedoogt". De fout dezer theorie is gelegen in de definitie van het „*begrip*" openbare weg! Van een *openbaren* weg *kan* in een dergelijk geval nog in het geheel geen sprake zijn, omdat hier van het geven van eene *bestemming* tot openbaren weg in dit stadium nog geen sprake is. Natuurlijk wordt dit standpunt door den vader dezer theorie ten sterkste betwist en zal hij beweren, dat het de eigenaar en *slechts* de eigenaar is, die de bestemming tot openbaren weg aan een weg vermag te verleenen.

2°. De *tweede* theorie, die van *de éénzijdige bestemmingsdaad* door den *eigenaar* of *rechthebbende* werd tot kort geleden door den Hoogen Raad gehuldigd. De eens door den eigenaar aan den weg gegeven bestemming, maakt den weg onherroepelijk openbaar. Maar die *onherroepelijkheid* van des eigenaars wil zou dan moeten volgen uit een *positieve wetsbepaling* en daarop wordt geen beroep gedaan. Sedert 7 Februari 1928 echter heeft ons hoogste rechtscollege deze vroeger vaste leer verlaten, misschien voor goed, doch dit weten we thans nog niet en zich bekeerd tot de zoo straks te vermelden derde theorie.

Prof. Mr. J. Ph. Suyling had in aflevering 2 van Themis 1916 in eene beschouwing naar aanleiding van het proefschrift van Mr. Kamerlingh Onnes, getracht een nieuw licht te werpen op de vroeger vaste jurisprudentie van ons hoogste rechtscollege. Nergens wordt in deze jurisprudentie volgens hem gezegd, welke wegen openbaar *zijn*. Aan den uitlegger der verschillende bepalingen in Strafwetboek, provinciale-, gemeentelijke- en waterschapsverordeningen stond het dus de vereischten te bepalen, waaraan een weg moet voldoen, om onder de voor *openbare* wegen gegeven voorschriften te vallen De Hooge Raad had hier dus in zijn stelsel van vroeger eene beslissing te geven en hij deed dat indertijd tot 1928, door een weg, door den *eigenaar zonder voorbehoud* tot algemeen gebruik *bestemd, in den*

zin van het Strafwetboek en van de voorschriften der lagere wetgevers, als onherroepelijk openbaar te beschouwen. „De juridieke openbaarheid" zoo zegt Prof. SUYLING, „is een product van den wil van den wetgever. De Hooge Raad denkt er trouwens niet aan dat te ontkennen, als mag hij ook nog zoo beslist het „onus publicum" van openbaren weg uit de bestemmingshandeling van den eigenaar geboren verklaren. Het is immers een allemansgeheim, dat geen enkel rechtsgevolg anders dan door de wet in het leven treedt. Daarom acht ons hoogste rechtscollege — en niet zonder grond — het volkomen overbodig er aan te herinneren, dat de wilsverklaring van den eigenaar de openbaarheid *alléén* uit kracht der *wet* schept".

Wil men werkelijk die heusche bedoeling — als daarin geïncorporeerd — halen uit 's Hoogen Raads (vroegere) vaste jurisprudentie, al is dan daarvoor veel verbeeldingskracht en zeggingskracht noodig, waar expressis verbis hierover nog zoo weinig wordt gezegd, dan zou de theorie van den Hoogen Raad inderdaad *vroeger* reeds veel overeenkomst vertoond hebben met de *derde* theorie: die

3°. van de *éénzijdige bestemmingsdaad door de Overheid* (gehuldigd door SCHEPEL, SCHELTEMA en mij en nà 7 Februari 1928 eveneens door den Hoogen Raad).

Deze derde theorie berust op de volgende grondbeginselen: De administratieve overheid is grondwettelijk en wettelijk bevoegd om eigendomsbevoegdheden aan zich te trekken. De gebondenheid daaraan van den rechthebbende is niets anders dan een feitelijk uitvloeisel van de verordenende maatregelen, de verzorging der huishoudelijke en verkeersbelangen beoogende en die, waar het particuliere wegen betreft, wel uit den aard der zaak steeds tot gevolg zullen hebben, dat uitoefening van bepaalde eigendomsbevoegdheden achterwege blijft. De *beperking,* die aan den eigenaar van den openbaren weg wordt opgelegd, is in be-

ginsel geen andere dan die, welke een ieder moet dulden, die zich krachtens verordening van feitelijke handelingen, welke den publieken dienst zouden kunnen schaden, heeft te onthouden, terwijl de overheidszorg ten aanzien van den *particulieren* openbaren weg in beginsel geen andere is dan die ten opzichte van den openbaren weg, waarvan de *pupublieke corporatie* zelve eigenares is.

De openbaarheid van den weg, al of niet in particulieren eigendom, is een uitvloeisel van autonome overheidszorg en de *beperking* van den eigenaar en ieder ander privaat persoon een gevolg van de door die *Overheid éénzijdig* gestelde voorschriften van verordenenden aard, waaraan een ieder heeft te voldoen en die een ieder heeft op te volgen en te dulden, zoolang het slechts eigendoms*beperking* blijft.

4°. De *vierde* theorie, gehuldigd door Mr. KAMERLINGH ONNES en te betitelen als: de *theorie der wilsovereenstemming* tusschen *eigenaar èn Overheid,* zoekt het aanknoopingspunt aan de bestemmingsdaad van den eigenaar, in de *aanvaarding* van dat *aanbod* door de *Overheid.* Haar basis vindt deze theorie in het aannemen als rechtskarakter van het begrip „openbaarheid van weg" van een innominaat zakelijk recht, niet genoemd in art. 584 B. W. De fout dezer theorie is, dat zij de Overheid, optredende krachtens hare wettelijke bevoegdheden en in het algemeen belang tevens, afhankelijk zou maken in de uitoefening van hare publiekrechtelijke functies van eene *toestemming* van particulieren, hetgeen niet in overeenstemming zou zijn met het verschil in verhouding tusschen Overheid en particulier, volgens ons Staatsrecht bestaande. Als het de bedoeling van den schrijver van het aangehaalde proefschrift echter is, dat ten slotte de wil van de Overheid den doorslag geeft en maatgevend is om tot een wilsovereenstemming te geraken, dan zou deze 4e theorie *in wezen* niet zoo heel veel verschillen van de opvatting door de voorstanders

der derde theorie gehuldigd, waar óók de daad van de *Overheid* beslist en bezegelt.

Tot zoover over de hier door mij slechts in het kort vermelde en uiteengezette en door de verschillende genoemde schrijvers gehuldigde en uitvoerig ter betrokken plaatse verdedigde vier theorieën. Uitvoeriger heb ik hierbij stilgestaan in mijne vroegere verhandelingen in Jaargangen 1916 en 1918 van het Tijdschrift voor Strafrecht over: „De bewijskracht van den Ligger der Wegen" en „Een Zwerftocht door het ontwerp-Wegenwet van de Staatscommissie 1893—1917", waarin men ook een vergelijkende beschouwing aantreft van 's Hoogen Raads zienswijzen over art. 625 B. W. en de Arresten waarin de grens der geoorloofde eigendomsbeperking zou zijn overschreden (eigendomsontzetting), waarbij ik tot de slotsom kwam, dat het eigenlijk een *quaestie* van *appreciatie* en niets meer was, doch *géén juist criterium* bestond.

Onder de banieren van welken kampvechter voor de opsporing van het antwoord op de vraag: „*hoe* en *door wien* verkrijgt een weg het *karakter* van *openbaren* weg, wordt daaraan de *bestemming* tot openbaren weg gegeven", heeft de ontwerper van een nieuwe Wegenwet zich nu willen scharen? Heeft hij zich willen tooien met de blauwe kleuren — als zinbeeld van trouw aan den privaten eigendom — van Mr. J. van Gelein Vitringa of (vroeger) van Hoogen Raad, òf heeft hij aangenomen de meer revolutionnaire roode tinten — als de erkenning van de steeds zich meer uitbreidende macht der Overheid — van de voorvechters vóór de éénzijdige bestemmingsdaad dier Overheid, òf was de groene kleur der hope van Mr. Kamerlingh Onnes zijn blazoen, zijn voornemen vertolkend om tot overeenstemming te komen met eigenaar èn Overheid, om een vergelijk, eene minnelijke schikking in den kampstrijd tot stand te brengen?

Laten we, ter oriënteering, de redactie der Staatscommissie 1917, *in Juni* 1920 *vrijwel woordelijk* door den *Minister van Waterstaat* bij indiening van zijn *Wetsontwerp Nieuwe Wegenwet* aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal overgenomen en aldus een eeresaluut brengend aan het uitstekende werk dier Staatscommissie volgen en laten we trachten daaruit haar standpunt af te leiden en ten slotte te bepalen!

De redactie dan van art. 4, voorkomende in het tweede Hoofdstuk van het wetsontwerp over „de openbaarheid", luidt als volgt:

A. Een weg is *openbaar*:

1°. wanneer hij gedurende 30 achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest;

2°. wanneer hij gedurende 10 achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest en *tevens gedurende dien tijd is onderhouden* door het Rijk, eene provincie, eene gemeente of een waterschap;

3°. wanneer de *eigenaar* daaraan de *bestemming* van openbaren weg heeft gegeven.

B. Het onder 1°. en 2°. bepaalde lijdt uitzondering, wanneer *loopende* den termijn van 30 of van 10 jaren, *gedurende een tijdvak van ten minste een jaar duidelijk ter plaatse is kenbaar gemaakt, dat de weg* slechts ter bede *voor een ieder toegankelijk is.*

C. Dit kenbaar maken *kan onder meer* geschieden door opschriften als: eigen weg, particuliere weg, private weg en soortgelijke.

Art. 5. *Na* de inwerkingtreding dezer wet kan de onder 3°. van het eerste lid van het voorgaande artikel bedoelde *bestemming slechts* worden gegeven *met medewerking* van den *raad* der *gemeente*, waarin de weg is gelegen. Deze medewerking wordt *niet vereischt*, wanneer die bestemming gegeven wordt door het Rijk of eene provincie.

Bij *weigering* van deze medewerking van eene gemeente of een waterschap, staat beroep bij Ons open.

Me dunkt, de klank die ons uit het ontwerp der Staatscommissie en uit het ingediende wetsontwerp eener Wegenwet door den Minister van Waterstaat tegemoet komt is duidelijk kenbaar, is helder en sonoor! In het algemeen toch heeft èn Staatscommissie èn Minister zich verklaard vóór de theorie van de *éénzijdige* bestemmingsdaad *door de Overheid* (art. 4, *A*. 1°. en 2°.), *gebaseerd* op de *veronderstelde* bestemmingsdaad van den eigenaar en hebben zij wat het „*gedoogen*" door den rechthebbende betreft, dat „gedoogen" aan een zekeren fatalen termijn gebonden, waarnà van geen „gedoogen" meer sprake zoude kunnen zijn. Men heeft hier het *ontstaan* van de *bestemming tot openbaren weg* gebonden aan een acquisitieven verjaringstermijn van respectievelijk 30 en 10 jaren; 30 jaar, wanneer de weg achtereenvolgens voor een ieder is toegankelijk geweest — waarbij als een stille hulde? aan den Hoogen Raad het rechtskarakter der openbaarheid als te zijn *een soort zakelijk recht,* hetzij dan een publiekrechtelijk- of een privaatrechtelijk zakelijk recht, niet opgesomd in art. 584 B. W. om den hoek komt gluren —; een verjaringstermijn van 10 jaar, wanneer *naast* de voortdurende toegankelijkheid van een weg voor ieder gedurende dat tijdvak, *tevens* nog daarbij komt een *vermoeden,* dat de eigendom van den weg toebehoort aan de *Overheid,* welk vermoeden wordt afgeleid uit het gedurende 10 jaren *onderhouden* van dien weg door *die Overheid.* „Heeft de *eigenaar*", zoo zegt de Staatscommissie in hare Memorie van Toelichting en de Minister zegt het haar na, „gedurende 30 jaren zonder voorbehoud openbaar verkeer op zijn weg toegelaten, *dan kan zonder bezwaar hem de verplichting worden opgelegd om ook voortaan dat verkeer te dulden.* En heeft hij *bovendien* nog *geduld,* dat de Overheid ten behoeve van het ver-

keer den weg onderhield, dan mag zonder eenige vrees voor „overrompeling" van den rechthebbende de termijn worden ingekort tot 10 jaar".

Men ziet hier de zuivere theorie van de *éénzijdige* bestemmingsdaad door de *Overheid* gehuldigd; de nagalm van den klank, uit de *redactie* der bepaling weerklinkende, trilt na in de nadere omschrijving van de *bedoeling* der Staatscommissie en van den Minister van Waterstaat.

Doch de Overheid wil geen misbruik van gezag: zij wil niet den rechthebbende „overrompelen" zooals zij dit noemt. Ook de rechthebbende zal recht wedervaren! Ook zijn privaat gezag zal worden erkend en in het oog worden gehouden! Zoo hij zich in die 30 of 10 jaren over zijn vrijgevigheid en goedertierenheid of inschikkelijkheid bezwaard mocht zijn gaan gevoelen, zal hem de eerlijke gelegenheid zijn geboden om voor zijne privé-belangen op te komen! Doch dan moet hij klaren wijn schenken en duidelijk en onomwonden voor zijn recht uitkomen en van die bedoeling in het openbaar duidelijk doen blijken!

Hem komt dan het recht tot stuiting der acquisitieve verjaring toe. De beperking van de herroepelijkheid van zijn „gedoogen", hem in art. 4 *A*. 1°. en 2°. door de *Overheid* opgelegd, kan door hem, den *privaten eigenaar,* worden opgeheven en wel door een éénzijdige handeling van zijn kant: „wanneer hij *loopende* de verjaring van 30 en 10 jaar, gedurende een tijdvak van ten minste één jaar, *duidelijk* ter plaatse heeft kenbaar gemaakt, dat de weg slechts „ter bede" voor een ieder toegankelijk was".

Heeft de privaat-eigenaar van dat recht tot *stuiting* der verjaring gebruik gemaakt en dus aan de Overheid duidelijk gemaakt, dat het hem ernst is met het handhaven zijner privaatrechten, dan, maar ook eerst dan, ziet de Overheid van hare veroveringsplannen af. Volkomen billijkt zij dan de rechten van den particulier tegenover het

Gezag, dat zij *als Overheid dwingend zou kunnen uitoefenen.*

Gaarne wil zij ter wille zijn, doch dan mag zij ook *vorderen,* dat er *rechtszekerheid* kome, dat van het „slechts gedoogen" door den rechthebbende *naar buiten* zal blijken en wel in die mate, dat het algemeen belang tegen eventueele willekeur en chicanes, voor het vervolg afdoende worde gewaarborgd en is verzekerd!

Heeft de rechthebbende echter het tijdvak van 30 en 10 jaren laten verloopen, hetzij door nalatigheid, hetzij door onwetendheid, zorgeloosheid of uit willekeur, zijn recht zal zijn ingeboet voor goed. De Overheid zal haren sterken arm te baat nemen en den weg verklaren tot *openbaren weg*! Bona aequitas, melior omnium securitas!

Doch ook een ander, een *nieuw geluid,* klinkt ons uit datzelfde art. 4 tegen. Naast de stem van de éénzijdige overheidsdaad, laat ook die van de *éénzijdige bestemmingsdaad* door den *eigenaar* zich hooren!

Immers, volgens art. 4 *A*. 3°. is óók een weg openbaar, wanneer de *eigenaar* daaraan die *bestemming* heeft gegeven!

Vreugde alom in het kamp der blauwe kleuren, der kampvechters voor het heilige huis van den privaat-eigendom? Doch die vermeende vreugde zal maar kort duren! Met één slag hebben èn Staatscommissie èn Minister wederom de zege — en nu de eindoverwinning — verplaatst en voor goed gehandhaafd en bevestigd onder de banieren der „roode" strijders, kampende voor het heilig ideaal van de éénzijdige bestemmingsdaad door de *Overheid*!

De Staatscommissie, en met haar wederom de Minister, heeft de zegemare in het kamp der rooden afgekondigd door het houden der volgende *proclamatie*: „In de toekomst zal echter een particuliere eigenaar *zoodanige* bestemming *niet meer kunnen geven zonder medewerking van de*

betrokken Overheid zelve i. c. van den Raad der gemeente, waarin de weg ligt. De rechtvaardiging van deze beperking ligt voor de hand. Immers de *Overheid* heeft te zorgen voor instandhouding en bruikbaarheid der openbare wegen. Maar dan moet ook de particulier aan die zorg geen wegen kunnen *„opdringen"* (men zie hiernaast de betreffende overweging in het Arrest van ons hoogste rechtscollege van 7 Juni 1928!), die de Overheid wellicht noodig acht. En indien eene andere onderhoudsplichtige komt te ontbreken, zal de *Overheid* — naar het ontwerp: de *gemeente* — het onderhoud te haren laste moeten nemen. Redenen te meer, om bij het *tot stand komen* van *openbare* wegen de *Overheid* en met name de Gemeenteraad, te laten meespreken". Als men hiernaast legt het betrokken Arrest van den Hoogen Raad, dan is het eenigszins duidelijk, waarààn ons hoogste rechtscollege zijne jongste zienswijze van 1928 heeft ontleend en waaruit hij deze heeft geput!

Men ziet het uit de gememoreerde proclamatie, het is ten slotte de *Overheid* en de *Overheid alléén,* die het heft hier in handen wenscht te hebben en te houden bovendien.

Doch eene andere quaestie is het, of de Staatscommissie en de Minister van Waterstaat in zijn wetsontwerp Wegenwet, waar ze zoo duidelijk hare bedoeling heeft uitgedrukt en in hare redactie van artt. 4 en 5 heeft neergélegd, de *juiste redactie* en tevens de *eenvoudigste* heeft gebezigd en of hare bedoeling nog niet meer simpel kon zijn geredigeerd, zonder aan het gevolgde systeem van het wetsontwerp beduidend afbreuk te doen en mèt behoud van den rooden draad, die door het geheel als leiddraad heenloopt?

Was het niet eenvoudiger en voor het bewijs gemakkelijker geweest om de volgende redactie te bezigen: *Openbaar is een weg die gedurende een zekeren tijd* (bij voorkeur géén 30 jaar, daar die termijn ten zeerste doet denken aan het nog steeds benauwende zakelijke recht van open-

baren weg, het vroegere troetelkind van den Hoogen Raad, waarover dit College zooveel critiek en niet bepaald opbouwende, heeft te verduren gehad) *feitelijk door het algemeen verkeer* (of: *het publiek*) *is gebruikt. Als feitelijk door het algemeen verkeer* (of: door het publiek) *gebruikt, wordt niet aangemerkt de weg, waarvan de rechthebbende door een aan beide uiteinden van den weg geplaatst kenteeken* (volgens een door den Minister van Waterstaat vast te stellen model) *binnen een jaar na het in werking treden dezer wet, aanduidt dàt — en aanduiden blijft zóólang — de weg slechts „ter bede" of „bij gedoogen" voor het algemeen verkeer* (of: het publiek) *openstaat.* (art. 4 nieuw.) Art. 5 van het ontwerp kan dan vervallen.

In deze redactie wordt *zuiver* de theorie van de *éénzijdige Overheidsdaad* gehuldigd. Als punt van uitgang en als *criterium* tevens wordt bij deze redactie genomen: *het verkeersbelang*. Gaat het algemeen verkeer ongestoord gedurende geruimen tijd over dien weg, dan is die weg te rekenen als onderworpen aan dat verkeer; dan wordt aan de Overheid zeggingschap over dien weg gegeven, kan zij dien weg op den Ligger plaatsen, strekt hare verordeningsbevoegdheid zich over dien weg uit, kan zij uit de volheid van haar Overheidsgezag en krachtens hare wettelijke publiekrechtelijke bevoegdheden den eigenaar in zijne private eigendomsrechten *beperken* en heeft de Overheid tevens een gemakkelijk *criterium* om een weg *tot openbaren weg* te stempelen.

Het *algemeen verkeersbelang* zal het eenige punt van overweging en onderzoek uitmaken, het bewijs (daar het hier een *feitelijke toestand* betreft) vergemakkelijken en de *noodzakelijkheid* van definitief ingrijpen door de *Overheid* illustreeren!

Aan den anderen kant wordt ook *voldoende* rekening gehouden met de *privé-belangen* van den *privaten eigenaar*

door het door mij voorgesteled tweede lid van art. 4 nieuw. Want, daarin toch kan een tusschenvorm worden gevonden tusschen de theorie van de éénzijdige bestemmingsdaad van de Overheid en den geopenbaarden wil van den rechthebbende, waarmede toch ook de Staatscommissie èn de Minister van Waterstaat rekening houden.

Doch de Staatscommissie en de Minister zitten bij *hunne* redactie met de *moeilijkheid* van het *bewijs, wannéér* dan de *rechthebbende* zijn weg voor het verkeer heeft *bestemd,* terwijl het bij *mijne redactie* slechts noodig is rekening te houden met een *feitelijken toestand* nl. of het *publiek* den weg gedurende zekeren te stellen termijn *gebruikt heeft* of, dat het *verkeer* gedurende dienzelfden termijn over dien weg *is gegaan,* hetgeen veel en veel gemakkelijker is aan te toonen dan eene „*bestemming*", waarbij rekening moet worden gehouden met een geopenbaarden *wil* om te bestemmen, welke *wil,* is hij *niet uitdrukkelijk* verklaard, wederom uit andere feitelijke gegevens en omstandigheden zou moeten worden afgeleid. Dan zouden we weer dezelfde moeilijkheden van bewijs ondervinden, als waarmede we nu bij het vaststellen eener „bestemming", ook steeds sukkelen!

Inderdaad, heeft de eigenaar het publiek gedurende zekeren termijn ongestoord (zonder een duidelijk teeken op den weg te hebben geplaatst) op den weg toegelaten, zonder n*aar buiten* te laten blijken van zijn voorbehoud van eigen rechten, dan mag hij *geacht worden* (praesumptio juris et de jure) den weg voor het openbaar verkeer te hebben *willen bestemmen,* zoodat *dan de Overheid,* door het dan plaatsen van dien weg op den wegenligger, de zoozeer noodige rechtszekerheid uit kracht van hare publiekrechtelijke bevoegdheden en handelende aldus in het algemeen belang, voor een onbeperkt algemeen verkeer vermag te scheppen door alsdan de *bestemming* tot *openbaren*

weg ten slotte eigenmachtig door plaatsing op den ligger te bezegelen en te consolideeren!

Immers, juist waar met de rechten van de belanghebbenden bij het opmaken vóór de vaststelling der wegenliggers, in alle opzichten zoozeer wordt rekening gehouden, daar moet ook, is eindelijk de termijn van reclame verstreken en is over de eventueel ingebrachte bezwaren beslist, geene gelegenheid *meer* openstaan om nog verder te kunnen opkomen tegen wat de publiekrechtelijke lichamen krachtens hunne wettelijke bevoegdheden, ten slotte hebben vastgesteld. Overal, waar in het publiek recht een recht van reclame aan belang- en rechthebbenden wordt toegekend, is het met „klagen" gedaan, wanneer de termijn daarvoor is verstreken. Dàn helpt geen tegenspartelen en zuchten meer. Met eventueele belangen van derden is dan rekening gehouden; welnu, er moet een grens zijn en is die grens bereikt en eenmaal de slagboom gevallen, dan zij er een einde en de zaak definitief afgedaan!

In *mijne* redactie van art. 4 heeft de wetgever den rechthebbende een zekeren termijn gelaten om zijne rechten duidelijk kenbaar te maken met de uitgesproken meening zijnerzijds, dat dan met die rechten naar recht en billijkheid in alle opzichten zal worden rekening gehouden. Welnu, zoo de rechthebbende van die geboden gelegenheid, om welke reden dan ook, geen gebruik heeft willen maken, dan komt de schade op zijn eigen hoofd neer en is de *Overheid* gerechtigd volgens hare opvatting naar het algemeen belang op te treden en te handelen!

De Staatscommissie èn met haar de Minister in zijn wetsontwerp van 13 Juni 1928, geeft den rechthebbende van een weg wel een zeer langen termijn om alsnog van zijn *„slechts gedoogen"* of *„ter bede"* te doen blijken. Hij kan dat nl. nog doen *„loopende* den termijn van 30 of 10 jaar" en op eene *wijze* ook, die slechts zeer weinig rechtszekerheid

biedt, nl. „*wanneer* slechts *gedurende een tijdvak van ten minste een jaar duidelijk van zijn voorbehoud ter plaatse is kenbaar gemaakt*".

Wààr blijft hier de rechtszekerheid? Wààr het effect van de eenmaal eventueel in werking zijnde nieuwe Wegenwet? Twintig jaar en meer b.v. zou met het „gedoogen" of het „ter bede" openstaan van een weg genoegen moeten worden genomen, wanneer het *onderhoud* bij den particulier alleen was, zonder dat de weg zou kunnen worden een *openbare* weg, als de eigenaar maar zorg draagt en zoo listig is, dat hij, vóórdat 29 jaar van het „gedoogen" om zijn *gedurende* een jaar *duidelijk* dat brevet van „gedoogen slechts" kenbaar gaat maken! Aan dien onhoudbaren toestand zou alleen een einde kunnen worden gemaakt, als de particulier van *zijn* kant den weg wilde bestemmen tot openbaren weg of, kalm of nalatig, de 30 jaar laat verloopen zonder van *zijn* kant van zijn recht gebruik te maken! *In dien tusschentijd* zou dus de *Overheid zelve zich hebben te onthouden* van ingrijpen! Daarmede zou toch werkelijk de rechtszekerheid van het verkeer al heel weinig gebaat zijn! Het compromis is te groot!

De Staatscommissie is in haar streven om tot een compromis te komen wel wat al te lankmoedig tegen den privaat-eigenaar opgetreden en heeft hem wel wat al te zacht behandeld. En het valt te meer te verwonderen, dat de Minister haar wederom op den voet is gevolgd. Ik vraag me af, *waartoe* is toch die *lange* termijn, den eigenaar in het wetsontwerp gelaten, om zich uitdrukkelijk te verklaren, noodig? Om hem niet te „overrompelen"? Men zoude het haast gaan gelooven! Doch dan behoeft toch niet de rechtszekerheid en het algemeen verkeersbelang te worden opgeofferd aan het privé-belang van den enkeling alleen, alleen om hem te gerieven, vooral ook, omdat men langs anderen weg hetzelfde resultaat ook kan bereiken, ook met

waardeering der belangen van den privé-rechthebbende! Daarvoor is de *tijd* in *mijne* redactie gelaten, ruim genoeg en de *wijze* om zijn wil kenbaar te maken voor een iegelijk, beter omschreven.

Ik heb daarom in mijne redactie een korten termijn overgelaten, voldoende om hem zijn eventueel voorbehoud van „slechts gedoogen" te waarborgen, doch ook niet grooter dan volstrekt noodzakelijk is, in verband met het tijdvak, benoodigd voor het opmaken en vaststellen van de *nieuwe* wegenliggers volgens het ontwerp-Wegenwet.

Ik vraag me af, of de Staatscommissie en de Minister van Waterstaat niet wat minder aan den privaat-eigendom zouden geofferd hebben, wanneer zij geweten hadden, dat ons hoogste rechtscollege in Februari 1928 zou omzwaaien en daardoor aan den privaat-eigendom weder de plaats zou geven, welke hem in ons tegenwoordig staatsbestel al meer en meer slechts toekomt? Doch *ook* de *Minister wijzigt,* ook nadat hèm de omzwaai van den Hoogen Raad reeds bekend kon zijn (het wetsontwerp toch werd 13 Juni 1928 bij de Tweede Kamer ingediend), *niets* in zijn *wetsontwerp* en *bleef vrijwel letterlijk* het voorstel der Staatscommissie . . . *copiëeren!*

Omtrent de wijze, waarop de rechthebbende zijn voorbehoud tot het slechts „gedoogen" of „ter bede" gebruik maken van een particulieren weg, heeft kenbaar te maken aan de Overheid, opdat het vooral *duidelijk* zij en niet tot nieuwe moeilijkheden en nieuwe onzekerheid kan aanleiding geven, meende ik hier een aanknoopingspunt te kunnen en te mogen zoeken bij de *manier,* waarop krachtens de Motor- en Rijwielwet in art. 1, 3°. de rijwielpaden *als rijwielpaden* worden aangeduid (cf. Beschikking Minister van Waterstaat dd. 29 Aug. 1927 tot vaststelling van een model kenteeken).

Naar *mijne* redactie verkrijgen wij naar mijne bescheiden

meening een duidelijke, éénvormige wijze, waaraan de eigenaar zal gebonden zijn en blijven en wordt *imperatief* voor ons geheele land vastgesteld, wat de Staatscommissie en de Minister van Waterstaat, blijkens *hunne* redactie van art. 4, *slechts facultatief* hebben meenen te moeten stellen door te bepalen: „dit kenbaar maken *kan* o. m. geschieden door opschriften als: eigen weg, particuliere weg, private weg en soortgelijke".

Onzekerheid, gebrek aan éénvormigheid en rechtszekerheid zouden aldus *naast moeilijkheden van bewijslevering,* worden overgelaten, terwijl het juist de eerste taak eens wetgevers, maar vooral eens Rijkswetgevers, is, om vóór alles aan te sturen op duidelijke, éénvormige redactie, imperatieve voorschrfiten over het geheele gebied van het Rijk, waarover dan toch ten slotte eens de algemeene Rijkswegenwet zal tot stand komen!

De Hooge Raad heeft thans in de Burgerlijke Kamer èn in zijne Strafkamer voor het begrip *„bestemming* tot *openbaren weg"* gesproken en ik heb getracht hier te ontwikkelen, hoe wellicht ons hoogste Rechtscollege sinds Februari 1928 tot hare *nieuwe* zienswijze is gekomen, een *nieuw* inzicht niet „jure constituendo" doch reeds „jure constituto". Een heugelijk verschijnsel inderdaad. Dat deze nieuwe zienswijze de *volle* instemming van het Lid der Burg. Kamer, Mr. SCHPEEL, zal hebben, meen ik met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid wel te mogen aannemen. Of ditzelfde kan gezegd worden van het medelid der Burg. Kamer Mr. J. VAN GELEIN VITRINGA zou ik niet even stellig durven beweren. Integendeel, hoewel toch ook hij zitting had in de Burg. Kamer, welke het *nieuwe* geluid op 7 Juni 1928 deed hooren! Doch dit daargelaten, de uitspraak van ons hoogste Rechtscollege ligt nu eenmaal voor ons en zij is *bevestigd* door het Arrest der Strafkamer van 29 October 1928, al mag dan Prof. PAUL SCHOLTEN be-

weren, dat de uitspraak onjuist is en dat men zich niet te snel voor een gevestigde, maar betwiste jurisprudentie moet buigen. M. i. geloof ik, dat de Hooge Raad wel degelijk èn uitdrukkelijk in zijne Arresten heeft willen neerleggen: dat de *bestemming,* eenmaal aan een weg door den *eigenaar* als *openbaren weg* gegeven, hem eerst dan *blijft* binden, indien de *Overheid* daaraan haar zegel heeft gehecht en publiekrechtelijk de *openbaarheid* heeft geconsolideerd!

Maar mèt Prof. SCHOLTEN ben ik het eens hierover, dat het wenschelijk is, dat de *wetgever* deze materie regele met spoed in het belang der rechtszekerheid en van het openbaar verkeer bovendien.

Het is bijna al weer twaalf jaar geleden, dat de bekende Staatscommissie haar oorspronkelijk voorontwerp aan de Regeering voorlegde en nu is het al weder 1929! We zullen nu maar hopen, dat men thans eindelijk den tijd gekomen acht, om uitvoering, zij het dan nog ten deele gewijzigd op ondergeschikte punten, te geven aan dit resultaat van deskundigen, wetenschappelijken arbeid en dat als belooning van dien arbeid dit wetsontwerp spoedig zijn weg naar het Staatsblad zal weten te vinden.

Rotterdam, Januari 1929 H. GOMBAULT

Eenige opmerkingen over het burenrecht

Op geen enkel gebied der rechtswetenschap heeft de subjectivistische opvatting tot zooveel moeilijkheden aanleiding gegeven als wel op dat der eigendomsverhoudingen, in het bijzonder het burenrecht. Nergens komt de tweeslachtigheid van de aanname van subjectieve rechten naast het objectieve recht, anterieur aan dit laatste of als derivaat hiervan, het hinken op twee gedachten, duidelijker naar voren als bij de eigendomsdefinities van de artt. 625 B. W. en 544 C. c.

Balanceerende op den onvasten bodem van het begrip: eigendom—subjectief recht kon men gemakkelijk komen tot twee uitersten; eenerzijds, als uitgangspunt nemende den tekst Dig. VIII, 5, 8, § 5 (1), tot de leer, dat den eigenaar alles geoorloofd is, mits hij zich slechts onthoude van lichamelijke indringing op des buurmans erf (2); anderzijds, uitgaande van de „rechten" van den gelaedeerden buurman, de leer, waarbij de verplichting tot vergoeding der veroorzaakte schade losgemaakt wordt van het schuldvereischte en genoegen genomen wordt met een betrekking van causaliteit tusschen schade en daad.

De samenleving is een complex van feitelijkheden en een oneindig aantal mogelijkheden tot handelingen. De geschreven of ongeschreven gedragsregels, daargesteld om de samenleving mogelijk te maken, vormen hiervan slechts de grenslijnen, zijn als het ware de mazen van het netwerk, de ramen, waarbinnen deze feitelijkheden gelegen zijn en die handelingen zich voltrekken. Men mag zich bewegen in elke richting, totdat men stuit op een bordje „verboden toegang. Men mag alles doen, wat niet verboden is bij geschreven of ongeschreven regels. Doch dit mogen vraagt geenszins een bijzondere betiteling.

Zoo is het ook met de verhouding van den eigenaar tot het voorwerp van den eigendom. Van een „recht" van eigendom

---

(1) In suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat.

(2) Zie SPANGENBERG, „Archiv für Civ. Praxis", IX, pag. 265; S. J. FOCKEMA ANDREÆ, „Beschouwingen over Burenrecht, acad. proefschrift 1868; GEORGE RIPERT, „De l'exercice du droit de propriété", thèse 1902.

behoeft evenmin gesproken te worden als van een „recht" om zich op de openbare straat te begeven, op de hei te loopen, in de duinen te liggen. Er is evenmin reden om het complex van mogelijkheden tot handelingen met betrekking tot het voorwerp van den eigendom als „subjectief recht" aan te merken, als de mogelijkheid om in een rookcoupé te rooken. In beide gevallen kan men slechts zeggen, dat men niet handelt in strijd met een rechtsregel.

Doch het is geenszins noodzakelijk, enkele uit de tallooze mogelijkheden tot handelingen, welke verricht kunnen worden zonder met eenige maatschappelijke gedragsregel in strijd te geraken, de bijzondere qualificatie van subjectief recht te geven.

De feitelijke toestand, waarbij eenerzijds het gebruik van een goed aan een ieder, met uitzondering van één individu (of meer individuen) verboden is, en anderzijds ook dit individu bepaalde normen in acht te nemen heeft, heet eigendom. Deze twee groepen van normen sluiten voor het individu een complex van mogelijkheden in ten aanzien van het goed, hetgeen voor hem een economische waarde vertegenwoordigt (3).

Aan het geprivilegeerde individu is tevens de bevoegdheid gegeven aan de Overheid het verzoek te richten een einde te maken aan de storing, die hij van de zijde van derden ondervindt. Doch ook deze bijzondere bevoegdheid is geen uitvloeisel van een subjectief recht, dat hij zou bezitten. De normen der samenleving behooren gehandhaafd te worden. In sommige gevallen geschiedt dit van Overheidswege, zonder dat daartoe door belanghebbenden het verzoek gedaan is. Zoo behoort het tot de taak der arbeidsinspectie zorg te dragen, dat de Veiligheidswet gehandhaafd wordt en is het aan Burg. en Weth. er voor te waken, dat de bepalingen der bouw- en woningverordening worden nageleefd. Heeft de norm ten doel de bescherming van den enkeling, dan is het dikwijls doelmatig, de contrôle op de naleving hiervan aan dezen over te laten, en eerst in te grijpen, wanneer deze zich over de schending van den norm beklaagt. Dit is het normale geval bij de privaatrechtelijke verhoudingen.

Toch wordt van dezen utiliteitsregel wel afgeweken. Sommige voorschriften, verbonden aan een vergunning krachtens de Hinderwet, hebben slechts ten doel de bescherming van een of meer omwonenden. Toch bezitten deze omwonenden geen rechtsmiddel om deze voorschriften te doen handhaven,

---

(3) L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 1e deel, 3de druk, pag. 446. „ Il y a une possibilité de fait, il n'y pas l'exercice d'un droit". „La propriété est protégée par le droit; mais elle n'est par un droit; elle est une chose, une utilité, une richesse".

en is de contrôle hierover geheel in handen van het Overheidsgezag, buiten de door deze voorschriften beschermde individuen om. Het al dan niet toekennen van een vorderingsrecht is geenszins een questie van principieelen aard, doch louter van opportuniteit, van doelmatigheid; waaraan geen bijzondere beteekenis te hechten is (4).

Het individu, aan hetwelk de beschikking over een goed overgelaten is, is ook zelf ten opzichte van het gebruik van dit goed gehouden zekere gedragsregels na te leven, o. m. ten behoeve van den buurman. Laatstbedoelde groep van normen vormt het burenrecht.

Uit de definitie van art. 625 blijkt niet aan welke regels men dienaangaande onderworpen is, behoudens dan misschien uit de zinsnede: mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrenge. Maar aangezien ook deze in den C. c. niet voorkomende tirade uitgaat van de „rechten" van anderen en het juist steeds de groote moeilijkheid geweest is uit te maken, hoever dat „recht" van die anderen gaat, is ook deze in subjectivistischen vorm gegoten bepaling vrijwel onbruikbaar om uit te maken, waartoe een eigenaar met betrekking tot zijn buurman gehouden is.

Noch in het Burgerlijk Wetboek, noch in den Code civil is deze verplichting, die op elk eigenaar rust, in algemeenen vorm, te vinden. Dat die verplichting niet is: gij zult uw buurman geen schade toebrengen, zonder meer, bewijzen de algemeene formules van art. 1401 B. W. en art. 1382 C. c. Niet het veroorzaken van schade is per se onrechtmatig.

De C. c. en het B. W. bevatten eenige bijzondere voorschriften, welke ten doel hebben te voorkomen, dat den buurman schade of hinder veroorzaakt wordt door het werken op eigen erf. Bij Pothier (5) vindt men echter als inleiding tot deze speciale voorschriften een algemeene bepaling:

„Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage de manière à ce qu'il ne nuise pas à son voisin . . . . . Cette règle doit s'entendre en ce sens que, quelque liberté qu'un chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héritage, il n'y peut faire rien d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin que lui soit nuisible".

Pothier omschrijft hiermede het quasi-contrat de voisinage, doch in deze bepaling, opgevat als wettelijke gedragsregel is m. i. de grondslag van het burenrecht gelegen. Als basis voor de rechtsregels gesteld ten behoeve van de naburen en voor de verbodsactie is zij heel wat bruikbaarder dan de aan in-

---

(4) Zie Duguit, Droit constitutionnel, 1e deel, §§ 22—24 en § 30.

(5) Traité du Contrat de Société, Appendice II, Du voisinage no. 235. Uitgave 1821, pag. 328.

nerlijke tegenspraak lijdende omschrijvingen van de artt. 625 B. W. en 544 C. c. (6), uitvloeisel van het op de spits gedreven individualisme der Fransche revolutie.

Het algemeen voorschrift om van de eigendom een zoodanig gebruik te maken, daarbij dusdanige voorzorgsmaatregelen te treffen, dat een ander daarvan schade noch hinder ondervindt, lost zich op in een groot aantal speciale voorschriften van preventieven aard. Van deze voorschriften behooren enkele tot het geschreven recht, het meerendeel echter niet, wijl dit onderwerp zich minder goed leent voor algemeene formuleering. Deze regels houden te zeer verband met de plaatselijke gesteldheid en kunnen daarom beter voor het speciale geval gesteld worden.

De verplichting bestaat in het nemen van zoodanige maatregelen, dat door werken op eigen erf geen hinder of schade

---

(6) De leer der „obligations du voisinage" wordt bestreden door PLANIOL et RIPERT in hun Traité pratique van 1926 (IIIde deel, no. 469). Art. 651 C. c. (La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention) slaat h. i. niet op een algemeen voorschrift, zooals dit door POTHIER wordt geformuleerd, doch slechts op de speciale bepalingen, vervat in den 4en titel, 2e boek van den C. c. „Niemand, zoo zeggen schrijvers, zou van deze verplichtingen den inhoud of draagwijdte kunnen bepalen. Nimmer heeft men kunnen vaststellen, welke schade wel en welke niet veroorzaakt mag worden, want er zijn in de jurisprudentie gevallen, waarbij ernstige schade veroorzaakt wordt, zonder dat hiervoor aansprakelijkheid werd aangenomen, b.v. het geval, waarbij door bouwen aan het naastgelegen pand het uitzicht ontnomen werd".

Dit argument bewijst m. i. niets. Die limiet is inderdaad in het algemeen niet te stellen, doch in elk concreet geval staat wel degelijk vast, welke schade of hinder wel, en welke niet geduld behoeft te worden. Een en ander wordt bepaald door het milieu. Bovendien is het dikwijls een questie van persoonlijk aanvoelen, welke hinder zwaar is en welke niet. Doch al staat het ook objectief vast, al is het communis opinio dat een zekere schade of hinder zeer zwaar is, dan nog kan de plaatselijke gesteldheid meebrengen, dat een qualitatief zware schade of hinder geduld moet worden en minder ernstige schade of hinder gekeerd kan worden.

In een stad, waar de aaneengesloten bebouwing regel is, zal men zich er niet tegen kunnen verzetten, dat aan de overzijde van de straat gebouwd wordt, al gaat daardoor een fraai uitzicht, dat men noode wil missen, verloren.

Maar in dit geval is er ook sprake van schade of hinder, die, naar verkeersopvattingen, ter plaatse geduld moet worden.

ZACHARIÆ (Le droit civil français, bewerking van MASSÉ en VERGÉ, 1855) schrijft echter naar aanleiding van art. 674 C. c. (= art. 703 B. W.):

„Les dispositions de cet article découlent du *principe général*, qu'il ne doit être permis à personne d'établir sur son fonds rien qui puisse être dangereux ou nuisible au fonds limitrophe."

veroorzaakt wordt; te weten die hinder en schade, die, naar verkeersopvattingen, *ter plaatse* niet geduld behoeft te worden (7), waarbij anderzijds de eisch gesteld moet worden, dat des buurmans erf *in normale conditie* verkeert.

Tusschen twee buren bestaat volkomen wederkeerigheid. Beide hebben te zorgen, dat voor elkaar de gevolgen van het werken op eigen erf dezelfde zijn: de hierdoor voor den buurman veroorzaakte schade en hinder, en ook de kans op schade mag een bepaalde graad niet te boven gaan, welke graad afhankelijk is van het milieu. Doch wil datgene, waartoe men verplicht is, objectief vastgelegd zijn, dan moet ook voor de naastgelegen erven een norm van vatbaarheid voor schade en hinder aangehouden worden, opdat de wederkeerigheid niet verbroken worde; een bepaalde graad van vatbaarheid, welke evenzeer afhankelijk is van het milieu.

Door een en ander zijn de verplichtingen ten opzichte van de buren, d. z. de te nemen voorzorgsmaatregelen in abstracto volkomen en objectief vastgelegd, en voor het *concrete* geval naar deze formule te bepalen.

Recht van preoccupatie.

Maakt het in het burenrecht verschil, wie van de eigenaren van twee aangrenzende erven, zijn erf het eerst in een bepaalde toestand gebracht heeft. Kan deze zich op een „recht van preoccupatie" beroepen?

In de practijk kan deze vraag zich voordoen in twee vormen:

In de eerste plaats is denkbaar het geval, dat een eigenaar zijn erf in abnormaal kwetsbaren toestand heeft gebracht, toen de aanliggende terreinen nog niet in exploitatie waren, of wel van dezen een zoodanig gebruik gemaakt werd, dat dit de eigenaar van het eerste erf geen hinder of schade veroorzaakte, zelfs niet die hinder of schade, die naar verkeersopvattingen ter plaatse geduld moet worden.

Ripert (8) stelt tot voorbeeld het geval, dat naast een bleek, waarop linnengoed te drogen gelegd wordt, een fabriek gebouwd wordt, die door het verspreiden van rook het gebruik van het naastgelegen erf als bleek onmogelijk maakt (9).

---

(7) Zie onderschrift van Prof. Mr. E. M. Meijers bij arrest H. R. van 30 Jan. 1914 in *W.* no. 9648.

(8) De l'exercice du Droit de propriété dans ses rapport avec les propriétés voisines, thèse 1902.

(9) Schrijver stelt echter het geval niet zuiver, door als voorbeeld te stellen de vestiging van een fabriek, die buitengewoon veel rook en roet verspreidt, naast een bestaande bijzonder kwetsbare inrichting. Tenzij hij een fabriekswijk op het oog heeft, had hij moeten stellen, dat naast de bleek een woonhuis verrezen was, door welks schoorsteen eveneens rook verspreid wordt, doch niet

In de tweede plaats heeft men het geval, dat eene inrichting, b.v. een fabriek, bij de oprichting voor de omgeving geen hinder opleverde, wijl de naastgelegen terreinen nog niet in exploitatie waren. Doch naderhand de hoeveelheden rook en roet, die de schoorsteen uitstoot, de onaangename geuren, die verspreid worden, voor de bewoners der inmiddels gebouwde huizen ondragelijk zijn.

Het recht van preoccupatie, de bevoegdheid dus om het erf in de toestand te laten, waarin het verkeert, omdat daarvan bij de oprichting geenerlei hinder werd ondervonden, in actieven zoowel als in passieven zin, wordt aanvaard door DEMOLOMBE (10):

„Il est donc certain que la préoccupation sous le rapport de l'exercice des droit de la propriété, peut donner à l'un des propriétaires un avantage sur l'autre, en ce sens, que tout propriétaire doit employer, à ses frais, les moyens nécessaires pour que *dans l'état où elle se trouve alors.*"

Volgens schrijver zouden de door den eigenaar te nemen voorzorgsmaatregelen, de „obligations du voisinage", niet objectief bepaald zijn door het gebruik, dat hij van zijn erf maakt, in verband met het milieu, doch door de toestand, waarin zijn buurman het goedgevonden heeft zijn erf te brengen. Hij vindt eenige steun voor zijn stelling in de bepaling van art. 9 van het Decreet van 15 Oct. 1810 relatif aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes. Voor bepaalde inrichtingen kon de vergunning slechts verleend worden, wanneer deze geheel geïsoleerd gelegen was, doch hij, die zich in de nabijheid ging vestigen, nadat de vergunning verleend was, kon de sluiting of opheffing der inrichting niet meer vorderen. Volgens DEMOLOMBE was dit een speciale toepassing van het algemeene beginsel, erkenning van een recht van préoccupatie (11).

In het oudere recht vindt men inderdaad verschillende toepassingen van deze gedachte. O.m. vindt men deze belichaamd in de bepalingen van art. 191 der Coutume de Paris. Hij, die privaten of putten wilde aanleggen tegen een gemeenen muur was verplicht tusschen deze werken en den muur een muurverzwaring aan te brengen ter dikte van één

---

meer dan men in het algemeen moet dulden; in de tuin waarvan kleeden geklopt worden, waardoor stof veroorzaakt wordt, hetgeen men zich echter in een stad moet laten welgevallen en toch voor de exploitatie van de bleek ernstige belemmeringen opleveren.

(10) Cours de Code Napoléon (deel XII, no. 659 en 659 *bis*).

(11) Hij is echter van meening, dat onverlet blijft de bevoegdheid van den gelaedeerden om vergoeding te vorderen voor de hem veroorzaakte schade, ofschoon de eigenaar van de inrichting volkomen gerechtigd is zijn bedrijf uit te oefenen. Hier komt bij den schrijver de risico-idee naar voren.

voet; dit ter bescherming van den muur tegen inwerking van schadelijke stoffen. Bevond zich echter aan de eene zijde van den muur een waterput en aan de andere zijde van den muur een privaat, dan was het aan te brengen muurmassief tusschen beide inrichtingen vier voet dik. Bevond zich aan beide zijden van den muur een waterput, dan was het aan te brengen muurmassief dat beide inrichtingen scheidde, drie voet dik. Naar Bourjon vermeldt (12) hadden deze maatregelen ten doel te voorkomen, dat de eene put een ongunstigen invloed zou uitoefenen op de andere, en dat de afvalstoffen van het privaat het water van de put aan de andere zijde van den muur zou bederven. Doch de verplichting tot aanleg van het muurmassief ter dikte van vier voet tusschen privaat en put, rustte op hem, die het laatst bouwde: „En effet, celui qui en faisant construire le premier n'a pas fait faire ce massif, n'a fait que user de son droit, et l'autre ne peut faire construire de tels édifices qu'en satisfaisant à la coutume; . . . . . Je l'ai entendu ainsi juger au Châtelet."

Nog verder ging art. 246 der Coutume d'Orléans, bepalende dat de afstand tusschen een waterput aan de eene zijde van den muur en de privaten, putten en riolen aan de andere zijde op negen voet stelde *„pouvu que ledit puits à eau soit premier édifié* (13).

Pothier teekent aan bij artt. 191 Paris en 246 Orléans, dat de eigenaar van de waterput had aan te toonen, dat hij het eerst gebouwd had, ofschoon zijn buurman hem hinder en schade veroorzaakte, wilde hij het aanbrengen van het muurmassief, of het bewaren van den afstand van dezen kunnen eischen.

De gedachte, welke aan al deze bepalingen ten grondslag lag, was dezen, dat hij, die het laatst bouwde, schuld had, omdat hij wist aan welk gevaar hij zich bloot ging stellen, en het daarom aan hem was de noodige maatregelen te treffen ten einde schade en hinder te voorkomen: „Ce qui est dit du puits et des latrines", schrijft Guy Coquille (14), „doit être entendue quand le puits est fait le premier. Car s'il est fait depuis l'édification des latrines, *doit être imputé la faute à celui qui a bâti le puits*".

Dezelfde gedachte vindt men terug bij Baudry-Lacantinerie et Chauveau (6de deel, 3e editie, no. 221, pag. 168/169), of-

---

(12) Le droit commun de la France et la Coutume de Paris, 1770.

(13) Art. 246 C. d'Orl.: On ne peut faire et tenir puits à retraits, latrines ou égoûts, près du puits à eau de son voisin; sinon qu'il y ait entre deux neuf pieds de distance, pourvu que ledit puits à eau soit premier édifié.

(14) Les coutumes du pays et duché de Nivernais. 3e éditie, Parijs, 1625.

schoon schrijvers eindigen met te zeggen: „il n'existe pas un droit de préoccupation, capable de faire échec à toute action en dommages-intérêts", blijkt toch dat zij de questie der anterioriteit niet van alle belang ontbloot achten.

„Sans doute l'antériorité de l'établissement industriel doit être pris en considération; le plus souvent on y verra la preuve de l'insufficance du préjudice; le voisin, en effet, à même d'apprécier l'étendue des inconvenients de l'usine, n'aurait pas risqué une instruction, s'il les avait jugés considérables; autrement, il y aurait eu quelque imprudence de sa part à construire sans avoir fait statuer auparavant sur la difficulté" (15).

Ook in ons plaatselijk burenrecht van omstreeks 1800 vindt men sporen van een recht van preoccupatie. Een voorbeeld daarvan vindt men in de bepalingen van de artt. 74, 75 en 76 van het Rotterdamsch Reglement van 1826 op het stuk van erfscheiding (16) en in art. 59 van de Keure en ordonnantie van 1803 op de gebouwen en servituten binnen de stad Schiedam (17).

O. i. is een „recht van preoccupatie" niet te accepteeren.

---

(15) In denzelfden geest AUBRY et RAU, IIde deel, pag. 305, § 194 (5e editie).

(16) *Art.* 74. Tegen eenen gemeenen muur mag men geen privaten maken, tenzij tusschen beide zij gemaakt een goede muur, ter dikte van een hollandschen klinkersteen, gemetseld in tras, en zoodanig bezet, dat daarvan geene vochtigheid op des buurmans erf kome, hetgeen ook door hem in dier voege zal moeten worden onderhouden.

Art. 75. Als de buurman daaromtrent te voren eene kelder of waterput zal hebben gehad, zal het privaat zoodanig moeten zijn gemaakt en voorzien en ook in dier voege worden onderhouden, dat des buurmans kelder of waterput noch het water daardoor worden bedorven.

Art. 76. Doch die naderhand een kelder of waterput wil maken, kan zijnen buurman niet verplichten zijn privaat, te voren gemaakt, weg te nemen, maar wel om het te ruimen, ten einde de buurman, zijn kelder of waterput gemaakt hebbende, dezelve te zijnen koste zoodanig bekwamelijk zoude kunnen voorzien, als hij zoude bevinden te behooren.

(17) *Art.* LIX. Wanneer aan de zijden van de gebuuren niet gebouwd is, zal men de snydingen van het fundament van zyn te maken gebouw, in zyn gebuurs grond mogen leggen, mits de hoogte snyding tenminsten één voet beneden de oppervlakte daar van gelegd worde; zoo als insgelijks zal gepermitteerd zyn, wanneer aan de zyde van de gebuuren een gebouw staat, om op de snydingen daarvan, welken in den grond desgeenen die bouwen wil, liggen, te mogen werken; doch zoo in dat geval, het gebouw van zyn gebuur, naderhand kwam te zakken, zal hij de defecten voor zyn rekening in orde moeten doen herstellen, zullende, wanneer dienaangaande verschil mogt ontstaan, zulks door de Kamer van Fabricage gedecideerd worden.

Gaat men eens nader in op het boven geciteerde voorschrift van art. 191 der Coutume de Paris:

Twee putten moesten gescheiden worden door een muurmassief van drie steen dikte, aan te brengen door dengenen, die het laatst bouwde, terwijl hij, wanneer op het naastgelegen erf geen put aanwezig geweest was, had kunnen volstaan met een muurverzwaring ter zwaarte van één voet.

Of men beschouwt de aanwezigheid van een waterput, gebouwd volgens het algemeene voorschrift, als een bijzonder kwetsbare toestand van het erf, waarmede de buurman geen rekening heeft te houden, *of* wel men acht het erf daarmede in normalen toestand te verkeeren, en dan behoort ook de eerstgekomene er van meet af aan rekening mede te houden, dat zijn buurman later een put zou kunnen aanleggen. Dan is er aanleiding tot een gelijke verdeeling der lasten, om te voorkomen, dat de waterputten elkaar wederkeerig ongunstig kunnen beïnvloeden. Het voorschrift zou dan moeten zijn, dat elk een muurmassief bouwt ter dikte van 1½ voet gemeten uit het hart van den muur.

Het geval van de privaatkuil aan de eene zijde en de waterput aan de andere zijde van den muur is meer gecompliceerd.

Men zou de hinder en schade, die de buurman ondervindt van een privaatkuil, welke volgens het algemeene voorschrift gebouwd is, kunnen beschouwen als een zoodanige, welke naar verkeersopvattingen, door hen niet geduld behoeft te worden, terwijl de aanwezigheid van een waterput aan de andere zijde van den muur, gebouwd naar het algemeene voorschrift, aangemerkt kan worden als de normale toestand van dat erf, hetgeen men dus te respecteeren heeft. Dan heeft de bouwer van de privaatkuil, ook wanneer dit werk anterieur is aan de waterput van den buurman, er voor zorg te dragen, dat een eventueel te bouwen waterput op het andere erf hierdoor niet vergiftigd kan worden. Beschouwt men echter de aanwezigheid van een waterput daarbij als een bijzonder kwetsbare toestand van des buurmans erf, dan is er misschien aanleiding om de te nemen voorzorgsmaatregelen ten laste van beide te brengen, ieder voor de helft, enz.

Bij de toepassing van artt. 11 en 12 der Hinderwet mag met toekomstige, eventueele belangen geen rekening worden gehouden. Doch krachtens art. 17 dier wet mogen alsnog suppletoire voorschriften worden gegeven ten behoeve van belangen, ontstaan nadat de vergunning verleend is; b.v. wanneer een woonhuis, gelegen naast de inrichting, welke vergunning heeft, naderhand gebouwd is.

Een recht van preoccupatie wordt hierbij dus niet erkend.

Ripert (18) kent in de Fransche jurisprudentie slechts één

(18) T. a. p. pag. 229.

geval, waarbij in verweer met succes beroep gedaan werd op zulk een recht: iemand die een huis gekocht had naast een bordeel, werd zijne vordering tot schadevergoeding ontzegd, wijl hij van te voren zeer wel geweten had, waaraan hij zich blootstelde.

Ook RIPERT ontkent het bestaan van een recht van preoccupatie.

DEMOLOMBE wil aan het overigens door hem erkende recht van preoccupatie niet een te groote uitbreiding geven en illustreert dit met het geval van den eigenaar, die niet gebouwd heeft overeenkomstig de technische regelen, en zich er nu niet tegen verzetten kan, dat zijn buurman het naastgelegen erf bebouwt, al kan hieruit gevaar voor zijn pand ontstaan.

„Il importe aussi de se souvenir que l'exercice du droit de l'un ne doit que le moins possible empêcher l'exercice du droit de l'autre" (19). Of de buurman, die slecht gebouwd heeft, vergoeding voor de hem veroorzaakte schade kan vorderen, hierover laat schrijver zich niet uit.

M. i. moet dit worden ontkend. Niet juist lijkt mij de meening van Prof. SCHOLTEN, dat zaakbeschadiging, afgezien van bijzondere rechtvaardigingsgronden, altijd onrechtmatig is en dat bij opzettelijke aantasting van den eigendom steeds recht op schadevergoeding bestaat (20).

Onrechtmatig is slechts de nalatigheid in het treffen van de voorzorgsmaatregelen welke ten doel hebben te voorkomen, dat aan de naastgelegen erven die schade of hinder veroorzaakt wordt, welke naar verkeersopvattingen in dit milieu niet geduld behoeven te worden; in de veronderstelling altijd, dat die naastgelegen erven in normale conditie verkeeren. Volkomen te onderschrijven is m. i. de meening van Prof. DRUCKER (21), waar deze opmerkt, dat bij de materieele zaakbeschadiging ter dege rekening te houden is met het feit, dat soms het beschadigde goed op abnormale wijze voor beschadiging vatbaar was.

In de practijk komen dergelijke gevallen veelvuldig voor. Wanneer men om geld te sparen een huis bouwt zonder paalfundeering op een plaats, waar het naar objectieve gegevens wenschelijk, en daarom ook gebruikelijk is te heien, behoort de schade aan dit niet onderheide huis, veroorzaakt door het heien van den buurman, niet door dezen buurman gedragen te worden, al wist deze ook, dat de door het heien veroorzaakte trillingen het niet onderheide pand zouden doen scheuren en verzakken.

---

(19) T. a. p., deel XII, no. 559 *a*.
(20) Burgerlijk Recht, ASSER-SCHOLTEN II, 6de druk, pag. 106/107.
(21) *R. M.* 1916, pag. 245.

De buurman, wiens pand in abnormale (naar objectieve maatstaf gemeten, in technischen zin) toestand verkeert zal zelf de noodige maatregelen moeten nemen, ten einde schade te voorkomen, en zoo een en ander niet meer mogelijk is, zal hij moeten dulden, dat de schade wordt toegebracht. Want bij het nemen van maatregelen ter voorkoming van schade of hinder mag ieder eigenaar ervan uitgaan dat de omgeving in normale conditie verkeert. Verder behoeft hij niet te gaan, zelfs al is hem het tegendeel bekend.

Onjuist lijkt mij dan ook de zienswijze, welke spreekt uit een rechterlijk vonnis van recenten datum, luidende: „waar gedaagde stelde, dat de verzakking van zijn buurmans perceel toe te schrijven was aan de onsolide bouwwijze van eischers perceel, hij hiermede zelf zijn schuld aantoont, aangezien, wanneer men weet, dat het belendend perceel onsolide gebouwd is, dubbele voorzichtigheid eisch is van goed beleid en van zorgvuldigheid jegens goederen van derden".

Bij deze opvatting zou datgene, waartoe een eigenaar verplicht is, de regels, die hij in acht te nemen heeft, niet objectief bepaald zijn door hetgeen hij op eigen erf verricht, in verband met het milieu, doch door datgene, wat de buurman goed gevonden heeft op en van zijn erf te maken. Bij deze zienswijze wordt inderdaad den eerstgekomene een voorrecht toegekend boven en ten laste van zijn buurman: een recht van preoccupatie. Een voorrecht, waarvan de omvang door den bevoordeelden bepaald wordt.

Stelt iemand in zijn pand gevoelige instrumenten op of laat hij muurschilderingen aanbrengen (voorbeeld aangehaald door Prof. Drucker, *R. M.* 1916, pag. 343), dan behoort hij, en niet zijn buurman het risico van de bijzonder kwetsbare toestand, waarin zijn goed verkeert, te dragen.

Het m. i. juiste standpunt wordt ingenomen door het Hof van Arnhem in diens arrest van 11 Dec. 1917 (*W.* no. 8729), waarbij het Hof weigerde aan te nemen, „dat appellant, door de slechte fundeering van zijn huis een recht zou verkregen hebben en dus een last op het naburige erf gelegd zou kunnen hebben, om te eischen, dat daarop slechts op bijzondere, buitengewone, kosten veroorzakende wijze zou mogen worden gebouwd" en appellant werd voorgehouden, dat het hem niet vrijstond door slecht te bouwen het terrein van zijn buurman als bouwterrein ongeschikt of minderwaardig te maken.

Deze opvatting vindt men ook gehuldigd in art. 689 B. W. Hier is inderdaad eenige analogie met de verhouding van twee eigenaren van twee aan elkaar grenzende erven. De eigenaren van een mandeeligen muur hebben als het ware beide de beschikking over een halven muur: twee objecten, die lichamelijk nauw met elkaar verbonden zijn. Evenals dit

het geval is bij twee aangrende erven zullen de beschikkingsdaden over één der objecten van invloed zijn op het andere object. Bij die beschikkingshandelingen hebben beide zelve voorzorgsmaatregelen te treffen, ten einde schade voor den anderen, boven een zekere limiet uitgaande, te voorkomen. Doch die aansprakelijkheid is gelimiteerd: zullende echter de schade, toegebracht aan hetgeen tot verfraaiing van den scheidsmuur heeft gestrekt bij het opmaken der schadeloosstelling niet in aanmerking komen.

De ratio van deze bepaling kan niet anders zijn dan, dat, wanneer de buurman het goedgevonden heeft zijn goed in een buitengewoon kwetsbaren toestand te brengen, de schade, die terug te brengen is tot deze abnormalen toestand, voor zijn eigen rekening behoort te komen. In het correspondeerend art. 662 C. c. komt de laatste zinsnede niet voor (22). Naar Voorduin vermeldt (23), achtte de Regeering het onbillijk, „dat door de verfraaiing een mede-eigenaar verhinderd zou worden om zoodanige werken aan te leggen, als de wet hem toestaat; hetgeen het geval zou zijn, indien die mede-eigenaar gehouden was voor alle kostbare verfraaiingen, welke het zijn buurman mocht hebben goedgedacht, in of tegen den scheidsmuur te maken, of voor spiegels, schilderijen, welke hij tegen den muur mocht hebben geplaatst (24).

Rust op ieder eigenaar allereerst de verplichting tot nakoming der geschreven en ongeschreven voorschriften ten behoeve der omwonenden, een secundaire plicht bestaat in het vergoeden der schade, ontstaan ten gevolge van schending dier regels.

Wanneer men tot de regels, welke nageleefd moeten worden niet alleen het geschreven, doch ook het ongeschreven recht (25) rekent, afgeleid uit bovengenoemden algemeenen

---

(22) Delvincourt spreekt zich desniettegenstaande ook uit voor beperking der aansprakelijkheid.

(23) Voorduin III, pag. 477.

(24) Waarschijnlijk heeft men met deze toevoeging de bepaling in overeenstemming willen brengen met het hier inheemsche recht van omstreeks 1800. Zoo luidde art. 51 van de Keuze en Ordonnantie op de gebouwen, erfscheidingen en servituten binnen de stad Schiedam, van 1803:

De timmerend gebuur (aan een gemeenen muur) zal insgelijks doen repareeren de schade, die door het afbreken en weder opbouwen aan zijn gebuurs huis of ander gebouw zal zijn toegebracht, welverstaande, dat onder de schade, ten dezen opzichte, niet zal worden gebracht . . . . . het wegnemen van behangsels of andere sieraden, daartegen aangemaakt.

(25) Tot het geschreven recht behooren de bepalingen, waarnaar in art. 703 B. W. verwezen wordt, alsmede de verschillende voor-

rechtsregel, valt het vereischte der onrechtmatigheid samen met dat der schuld (26).

Derhalve is hij, die verzuimt de in verband met het milieu vereischte voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van schade of hinder aan de omgeving, te treffen, verplicht de schade te vergoeden, die verband houdt met dit verzuim.

Men heeft beweerd, dat het beginsel der delictueele aansprakelijkheid, neergelegd in art. 1382 C. c. (en in art. 1401 B. W.), hoewel rationneel in het jaar 1804, toen de buurverhoudingen nog weinig varieerden en schade en hinder voor de omwonenden gewoonlijk slechts een gevolg kon zijn van bijzondere onvoorzichtigheid, niet meer in overeenstemming is met de zoo sterk gewijzigde toestand (27). Het huidige industrieele gebruik van den grond zou noodzakelijkerwijze een verruiming van de gronden der aansprakelijkheid voor schade ten gevolge moeten hebben, wijl hierdoor het gevaar voor de omgeving sterk zou zijn toegenomen.

Ik voor mij geloof, dat in het algemeen het beginsel der delictueele aansprakelijkheid nog steeds het juiste en voor de hedendaagsche verhoudingen nog even bruikbaar is, als in den tijd van de totstandkoming van den Code. In bijzondere gevallen zal men misschien een aansprakelijkheid op andere gronden moeten vestigen, doch in het burenrecht schijnt mij dit voorhands niet noodzakelijk. De verplichting ten behoeve der omwonenden is nog steeds dezelfde: bestaat in het nemen van alle maatregelen om de schade en hinder voor hen tot de toe te laten graad en soort terug te brengen en, zoo dergelijke maatregelen niet te nemen zijn, zich van de bedoelde handeling op eigen erf te onthouden. Met het gewijzigde gebruik van den grond zullen ook de te nemen voorzorgsmaatregelen wijziging hebben ondergaan. Doch hoezeer die voorzorgsmaatregelen bij het hedendaagsche industrieele gebruik van den grond mogen verschillen van die, welke het gebruik van den grond van voor een eeuw meebracht, nu zoowel als destijds waren zij gericht op een en hetzelfde resultaat.

De te nemen voorzorgsmaatregelen zullen zwaarder en kostbaarder geworden zijn, in beginsel is er niets veranderd. Men is aansprakelijk voor de schade, ontstaan door het verzuim in het nemen dier maatregelen.

Men heeft het doen voorkomen of de moderne industrie on-

---

waarden in het belang der buren verbonden aan de vergunningen ingevolge de Hinderwet. Terecht staan alle Fransche schrijvers op het standpunt, dat de nakoming der bepalingen ex art. 703 B. W. niet vrijwaart tegen een vordering tot schadevergoeding ex art. 1401 B. W. Anders ten onzent echter DIEPHUIS (deel VI, pag. 283).

(26) Zie Mr. M. L. KAN, „Bewijslast en bewijswaardeering", acad. proefschrift 1921, pag. 70.

(27) Zie RIPERT t. a. p. pag. 224.

vermijdelijk onduldbare schade en hinder voor de omgeving moest meebrengen, en dat de kans op incidenteele schade voor de omwonenden onafwendbaar belangrijk vermeerderd zou worden. Liet een en ander zich in de kinderjaren der moderne industrie ook zoo aanzien, de tijd heeft dit weer achterhaald. De hedendaagsche wetenschap en techniek maakt het mogelijk het bijzondere gevaar, dat de moderne industrie voor de omgeving kan meebrengen, tot normale proporties terug te brengen, zoodat het niet te bout gesproken is, wanneer men zegt, dat de naburen van de moderne industrie niet meer inconveniënten behoeven te ondervinden dan van een niet-industrieel gebruik van de naastgelegen erven. De practijk der Hinderwet bevestigt dit. Naar luide van art. 12 zal de vergunning voorwaardelijk verleend moeten worden, wanneer door het stellen van voorwaarden aan het bezwaar van gevaar, schade of hinder kan worden tegemoetgekomen. En nu blijkt het, dat in de practijk zelden een vergunning geweigerd moet worden, omdat bijna steeds door het stellen van voorwaarden kan worden tegemoetgekomen aan die bezwaren. Het zou interessant zijn in dit verband eens na te gaan in welke gevallen de Kroon het noodig heeft gevonden weigeringsbesluiten van gemeentebesturen te vernietigen, omdat er h. i. voor weigering der vergunning geen aanleiding was. Dit bestek laat niet toe hiervan een uitvoerig overzicht te geven. Als voorbeeld zij vermeld, dat toelaatbaar werd geacht de vestiging van een benzinebergplaats midden in de bebouwde kom, in de onmiddellijke nabijheid van een schuur, een hooipers en een bergplaats van hout (K. B. van 6 Febr. 1915, no. 12, Per. Verz. 1915). Hoe onwaarschijnlijk het ook mag klinken, een benzolreservoir aan de eene zijde behoeft voor de buren geen grooter kans op schade op te leveren dan het woonhuis aan de andere zijde.

De hedendaagsche industrie, mits uitgerust met de moderne middelen, behoeft dus niet noodzakelijkerwijze zwaardere inconveniënten, dan die welke naar verkeersopvattingen geduld moeten worden, met zich te brengen; noch zwaardere continue of periodieke hinder of schade, noch grooter kans op incidenteele schade (gevaar).

Het industrieele gebruik van den eigendom maakt verruiming der gronden der aansprakelijkheid allerminst noodzakelijk.

Ripert (28) en laatstelijk ook Planiol en Ripert in hun traité pratique achtten die verruiming der aansprakelijkheids-

---

(28) T. a. p. pag. 391 en 426: „Quiconque n'use pas de sa propriété dans les conditions normales de son époque et de la situation de son immeuble, doit réparer le dommage qu'il cause ou n'a droit à aucune indemnité pour celui qu'il subit".

gronden wel geboden en leggen den nadruk op het *abnormale* gebruik, dat die uitbreiding der aansprakelijkheid zou rechtvaardigen: „. . . . . quiconque n'use pas de sa propriété dans les conditions habituelles de son époque et de la situation de son immeuble doit réparer le dommage qu'il cause, car en faisant de sa propriété un usage exceptionnel, il a détruit le rapport d'équilibre, qu'existent entre les fonds voisins" (29).

Waarom is het industrieele gebruik van den grond abnormaal? Het is een ander gebruik dan men zich in 1804 heeft kunnen denken. Maar het wordt eerst abnormaal, of liever de gevolgen zijn abnormaal, wanneer men nalaat de noodige voorzorgsmaatregelen ter bescherming van de buren te treffen. Bij nalatigheid in dezen is de gebruiker van het erf aansprakelijk voor de dientengevolge veroorzaakte schade, maar deze aansprakelijkheid is van zuiver delictueelen aard. Hij heeft onrechtmatig gehandeld (of zoo men wil, hij heeft schuld), door niet de maatregelen te nemen, die voor ieder bijzonder geval door wetenschap en techniek objectief bepaald zijn.

Men heeft de stelling geponeerd, dat de industrieel, wiens handelingen of inrichting de omwonenden schade of hinder veroorzaakt, niet onrechtmatig of afkeurenswaardig handelt, doch integendeel een sociaal nuttige handeling vericht. De op hem rustende verplichting zou dan slechts bestaan in het vergoeden der schade.

„Wat is er afkeurenswaardig", vraagt Prof. SCHOLTEN (30), „in de handeling van een (spoorweg)maatschappij, die een dijk aanlegt en daarbij alle gebruikelijke en wenschelijke voorzorgsmaatregelen treft? Het afkeurenswaardige komt eerst als de maatschappij de schade niet betaalt, die billijkheidshalve tot haar risico behoort."

Bedoelt de hooggeleerde schrijver hiermede, dat een verbodsactie ter voorkoming van verdere schade niet zou kunnen slagen? Een rechtmatige handeling toch kan niet verboden worden (31).

In zijn algemeenheid lijkt het mij gevaarlijk op den voorgrond te stellen de verplichting tot vergoeding der toegebrachte schade, in plaats van die tot voorkoming dier schade.

---

(29) Traité pratique, IIIde deel, no. 471.

(30) ASSER-SCHOLTEN, IIde deel, 6de druk, pag. 109.

(31) De risicogedachte vindt men belichaamd in art. 689 B. W. Naar men mag aannemen, mogen de in de artt. 684 en 685 B. W. genoemde verrichtingen zelfs dan plaats vinden, als het zeker is, dat schade daarvan het onvermijdelijke gevolg is. Doch de bouwer is aansprakelijk voor de daaruit ontstane schade.

Zie ook het boven geciteerde art. 59 van de Keur van 1803 op de afscheidingen binnen de stad Schiedam.

Geeft men hiermede den eigenaar geen vrijbrief om door werken op eigen erf, dat van zijn buurman te beschadigen, mits hij die schade maar vergoedt?

De inrichting moge van soiciaal belang zijn (bijna elke inrichting is dit in meerdere of mindere mate), van grooter belang is het bewaren van de sociale vrede, hetgeen het burenrecht (de obligations de voisinage) ten doel heeft. Voorkomen is steeds beter dan genezen. De hoofdverplichting ligt in het nemen van maatregelen ter voorkoming van schade door werken op eigen erf. De verplichting tot vergoeding, wanneer die maatregelen verzuimd zijn, is van secundairen aard. Is de schade door geen enkele maatregel te voorkomen, dan heeft men zich van die verrichtingen te onthouden.

Blijve dus het beginsel der delictueele aansprakelijkheid, neergelegd in art. 1401 B. W. behouden, in bijzondere gevallen kan afwijking van dit beginsel gerechtvaardigd zijn wegens het bijzondere sociale belang, dat aan de schadeveroorzakende handeling verbonden is. Afwijking in dien zin, dat niet behoeft te worden overgegaan tot het nemen van kostbare voorzorgsmaatregelen, en zelfs dat het werk mag worden verricht als men weet, dat schade niet te voorkomen is.

Dit kan het geval zijn bij den aanleg van een spoorweg, waardoor de omliggende terreinen opgeperst worden. Het tracé wordt volkomen bepaald door de plaatselijke toestand en andere factoren. Hiervan kan niet worden afgeweken.

Niet dat bedoelde gevolgen onvermijdelijk zijn; door het bouwen van een viaductbaan in plaats van een dijklichaam, ware alle schade te voorkomen.

Dit brengt echter onvermijdelijk groote kosten mede.

In dit geval zou de vergoedingsplicht op den voorgrond kunnen treden, met terzijdestelling van eventueele verbodsacties, op grond van het groote algemeene belang, dat bij den spoorweg betrokken is, en de aanzienlijke kosten, die het nemen van doeltreffende voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van schade met zich brengt.

Hier heeft inderdaad afweging van belangen plaats.

Doch dit blijve uitzondering.

Regel blijft het voorschrift om schade of hinder voor de omgeving te voorkomen, en in verband hiermede is aansprakelijkheid voor schade van delictueelen aard.

Het belangrijkste der speciale voorschriften betreffende het voorkomen van schade of hinder voor de omwonenden is wel dat van art. 703 B. W., welke bepaling deze materie ter nadere uitwerking overdraagt aan de plaatselijke besturen.

Op verschillende plaatsen in het B. W. wordt verwezen naar plaatselijke verordeningen. Sommige daarvan, als be-

doeld in de artt. 677, 686, 700 en 720, zijn van publiekrechtelijken aard, en dus dezelfde als die, waarvan gesproken wordt in art. 625.

Andere, zooals die van art. 703, hebben ten doel de bescherming van bijzondere belangen.

Naar de meening van Mr. G. DE VRIES (32) behoort de materie die in het B. W. aan de plaatselijke besturen wordt overgedragen tot het publiek recht; het zijn alle politierechttelijke verordeningen, zoodat er geen sprake van is, dat een regeling van een of ander punt van burgerlijk recht aan de plaatselijke wetgevende macht zou zijn overgelaten. Op ditzelfde standpunt staat Mr. H. C. C. A. THIEME (33), die ook meent, dat bedoelde verordeningen politieverordeningen zijn; bepalingen, vastgesteld door het bevoegd bestuur, in belang van allen, en grootendeels in dat der openbare orde, genomen ten algemeenen nutte. Wel zal het, volgens schrijver, kunnen gebeuren, dat deze of gene maatregel slechts in het belang van enkele ingezetenen schijnen genomen te zijn, doch ook het belang van *enkele* leden der gemeente is niet onttrokken aan het politierecht, en de maatregelen, die daarop zijn gegrond, zijn rechtens genomen, zoo zij maar niet met het oog op dat bijzondere belang zijn voorgeschreven, maar als algemeene maatregelen van openbare orde (34) (35).

Terecht merkt Mr. A. TEIXEIRA DE MATHOS (36) op, dat bij de verordeningen, bedoeld in art. 690 en 703 het belang van bijzondere personen betrokken is (pag. 9). Doch de omstandigheid, dat de algemeene wetgever bij de opdracht van de regeling van eenig onderwerp aan den plaatselijken wetgever, bescherming van het belang van den bijzonderen persoon beoogt, sluit de mogelijkheid niet uit, dat bij dat onderwerp tevens een algemeen belang, als bedoeld bij art. 135 Gem.wet betrokken is. Volgens schrijver zou dit, althans ten deele het geval zijn met art. 703 B. W. De in dit artikel bedoelde maatregelen zouden eveneens vereischt worden in het belang van de algemeene gezondheid, of in het belang der veiligheid ter voorkoming van brand (37).

---

(32) De wetgevende macht der plaatselijke besturen, pag. 84, vv.

(33) „Iets over de bevoegdheid der plaatselijke besturen met betrekking tot de verordeningen en reglementen, waarnaar het B. W. verwijst". Bijdragen tot de kennis van het Staats-, provinciaal- en gemeentebestuur in Nederland, 5de deel, 1861.

(34) Bestreden in *Gemeentestem* nos. 500, 502 en 503.

(35) Het wetboek N. v. H. sprak inderdaad in de artt. 558 en 557 (correspondeerende met de artt. 690 en 703 B. W. en de artt. 663 en 674 C. c.) van *reglementen van politie.*

(36) *Themis* 1875.

(37) In denzelfden zin Mr. S. J. HINGST: Het plaatselijk Burgerlijk recht in Nederland, Rechtsgeleerde bijdragen en bijblad 1888,

Ook Dr. L. van Praag (38) wijst er op, dat een privaatrechtelijke naast een publiekrechtelijke regeling ten aanzien van hetzelfde voorwerp zeer wel mogelijk is en Mr. van Reeken (39) is van meening, dat het naast de privaatrechtelijke regeling van art. 703 B. W. bestaanbaar is, „dat in het belang *der openbare gezondheid*, in een plaatselijke *politieverordening* wordt bepaald een afstand van den gemeenen muur, welke ieder eigenaar verplicht zal zijn in acht te nemen bij het plaatsen van een put, een riool, etc.".

De bevoegdheid tot het uitvaardigen van verordeningen van privaatrechtelijken aard, naar welke het B. W. verwijst, door de plaatselijke Overheid, staat naast de algemeene bevoegdheid van art. 135 Gem.wet tot uitvaardigingen van verordeningen in het belang van de openbare orde, enz.

Komt men hiermede niet in strijd met art. 151 Gr.wet (40)? Dit wordt ontkend door den adv.-gen. bij den H. R. naar aanleiding van een questie over de verbindbaarheid van een verordening van het Waterschap Mark en Dintel (arrest H. R. 22 Febr. 1918, *N. J.* 1918, 377). Wanneer dit bevestigd moest worden, zoo werd overwogen, zou dit eveneens het geval moeten zijn met de bevoegdheid tot het uitvaardigen van strafverordeningen door de plaatselijke besturen (41).

---

pag. VIII en pag. LXXV. Schrijver is van meening, dat de scheidingslijn niet gemakkelijk te trekken is.

(38) Op de grenzen van publiek en privaatrecht, pag. 126 vv.

(39) *Themis* 1893, pag. 61—62.

(40) „Er zal worden ingevoerd een algemeen wetboek van burgerlijk recht . . . . .", luidde art. 100 der Grondwet van 1814, doch eenige maanden later werd, in strijd met het codificatievoorschrift, in de Wet van 25 Juni 1814 omtrent de slooping der gebouwen binnen steden en plaatsen (*S.* no. 73) (ingetrokken bij de Wet van 18 Dec. 1824), de volgende bepaling van burenrecht opgenomen:

„*Gelijke cautie* (als ten behoeve van den fiscus, in verband met de aan de sloopvergunning verbonden voorwaarde, dat verschuldigd was 10 × het bedrag der jaarlijksche van het pand ten behoeve van het rijk of gemeente geheven reëele belasting), *en mede ter beoordeeling van het plaatselijk bestuur, zal door hem, die de afbraak of amotie verlangt te doen, moeten worden gesteld, ten behoeve van de eigenaren der naast aan het te amoveeren gebouw belendende perceelen, en ter regeling der voldoening van zoodanige kosten, als er mochten worden vereischt tot reparatie der schade, die ingevolge tauxatie van de plaatselijke rooimeesteren aan die perceelen of dezelve gedaan, door de afbraak of de amotie mocht veroorzaakt zijn; zullende* 10 *jaar na de volbrachte amotie, op een declaratie van derzelve rooimeesteren; behelzende, dat er geen schade daaraan veroorzaakt, de gestelde cautie dadelijk kosteloos worden opgeheven en gerosseerd.*"

(41) Zie praeadvies van Prof. Mr. E. M. Meijers, uitgebracht aan de Vereeniging van Nederl. Gemeenten, met betrekking tot het

Prof. Oppenheim (42) zoekt de onbevoegdheid der gemeentebesturen tot het uitvaardigen van burgerrechtelijke verordeningen in art. 150 Gemeentewet. Het grondwetsartikel zou z. i. alleen codificatie voorschrijven. Dit zou blijken uit het feit, dat J. M. Kemper het noodig gevonden had onder vigueur van art. 163 Gr.wet 1815 in zijn ontwerp B. W. een voorschrift op te nemen, verbiedende in een plaatselijke verordening bepalingen op te nemen, waarbij het burgerlijk recht zou worden besnoeid, uitgebreid of gewijzigd.

Worden de bepalingen der verordeningen ex art. 703 B. W. van Overheidswege gehandhaafd door strafbedreiging of door middel van de parate executie van art. 180 Gem.wet?

Mr. Thieme (t. a. p. pag. 231) acht op deze verordeningen art. 161 Gem.wet van toepassing, in sommige gevallen zelfs art. 180 Gem.wet (welke gevallen dit zijn, wordt niet vermeld). Hij is van meening dat deze bepalingen van openbare orde zijn, onttrokken aan de willekeur van partijen. „Hier wordt geen bijzonder recht gevestigd, van hetwelk de burgers naar welgevallen gebruik kunnen maken of afstand doen, maar een algemeene regel verplichtend voor allen voor wie hij geschreven is, en geplaatst boven alle overeenkomsten" (43).

Met Mr. Teixeira de Mattos en Mr. van Hingst zou ik echter willen aannemen:

a. dat in bedoelde verordeningen geen strafbepaling mag voorkomen, omdat deze niet vallen onder die bedoeld in art. 135 Gem.wet en dus de gemeentebesturen hiertoe de bevoegdheid niet hebben;

b. dat mededeeling aan Gedeputeerde Staten niet voorgeschreven is;

c. dat B. en W. niet bevoegd zijn tot wegneming van hetgeen in strijd met deze bepalingen is tot stand gebracht;

d. dat tot onderzoek geen last tot binnentreding van een woning mag worden gegeven.

Art. 703 B. W. en art. 674 C. c. beoogen o. m. de op de bescherming van den gemeenen muur betrekking hebbende bestaande verordeningen te behouden; art. 674 C. c. voornamelijk handhaving van het bepaalde in de artt. 188, 189, 190, 191 en 217 der Coutume de Paris.

---

uitvaardigen van huurverordeningen, gepubliceerd in *Gemeentebestuur*, extranummer Maart 1927.

(42) Bijvoegsel *W. P. N. R.* no. 2396, pag. 2. Bestrijding van Dr. L. v. Praag, t. a. p. pag. 130, noot.

(43) Zie ook Land, Verklaring, IIde deel, pag. 268, die meent, dat tegen de overtreding dier vorderingen straf bedreigd kan worden, en bovendien, dat de buurman zich op die verordening kan beroepen. „Art. 1277 kan dan weer gelden en de schade zal geacht worden uit onrechtmatige daad te zijn ontstaan".

Genoemde bepalingen der Coutume de Paris hadden deels slechts ten doel de bescherming van den gemeenen muur, doch waren deels van ruimer strekking, beoogende de bescherming van de op het naburig erf aangelegde werken (zie art. 191 C. d. P.) of wel het tegengaan van hinderlijken stank (art. 217 C. d. P.) (44).

Onze bepaling en art. 674 C. c. spreken van den gemeenen of niet-gemeenen muur, zoodat er aanleiding is om daaronder niet alleen te brengen het geval, dat de muur gemeen is of aan den buurman toebehoort, doch ook het geval, dat de muur eigendom is van dengenen, die de werken aanlegt (45), en zelfs deze bepaling toe te passen, wanneer er in het geheel geen muur is (46).

De Fransche schrijvers en ten onzent DIEPHUIS staan op het standpunt, dat uit krachte van art. 674 C. c. (en art. 703 B. W.) voorschriften kunnen worden gegeven zoowel in het openbaar belang als ter bescherming van bijzondere belangen. Van de bepalingen behoorende tot de eerste groep zou niet bij overeenkomst kunnen worden afgeweken, in tegenstelling met de voorschriften ten behoeve van bijzondere belangen (47). Ik zou meenen, dat het slot van art. 703 B. W. „ten einde

---

(44) Naar aanleiding van art. 217 der Coutume de Paris (Nul ne peut faire fosses à eaux ou cloaques s'il n'y a six pieds de distance en tous sens, des murs appartenans au voisin ou mitoyens) schrijft POTHIER:

„La Coutume de Paris, en prescrivant cette grande distance de six pieds, n'a pas eu seulement en vue d'obvier au dommage què pourrait causer au mur la filtration des eaux, puisqu'elle ne l'exige pas pour les puits et pour les privés, quoique la même raison de la filtration s'y rencontre . . . . . La principale raison pour laquelle la coutume prescrit cette distance de six pieds n'est donc que pour éloigner de chez le voisin la mauvaise odeur que ces lieux exhalent."

(45) In dien zin M. DELVINCOURT, Cours de Code Civil, 1e deel, 2e boek, pag. 402/403 en PARDESSUS I, no. 200.

Anders DEMOLOMBE (deel XI, no. 520); DEMANTE-COLMET DE SANTERRE, Cours analitique de Code civil, 2e deel, pag. 585; AUBRY et RAU, IIde deel, § 198; het exposé des motifs door BÈRLIER in de zitting van het Corps législatief van 29 pluviose, an XII (19 Febr. 1804), bij LOCRÉ, leg. VIII, pag. 373, no. 13; PLANIOL et RIPERT, IIIde deel, nos. 907 en 908. De bepalingen van publiekrechtelijken aard, voortvloeiende uit art. 674 C. c. zouden echter volgens deze schrijvers mede gelden voor het geval, dat de muur uitsluitend toebehoort aan dengene, die de inrichting bouwt.

(46) ZACHARIÆ, naar aanleiding van art. 674 C. c.

(47) Zie M. DELVINCOURT, Cours de Code Civil, 1e deel, 2e boek, pag. 402/403 en PLANIOL et RIPERT, Traité pratique, IIIde deel, no. 908.

DEMOLOMBE meent, dat de voorschriften ex art. 674 C. c. uitgevaardigd in het algemeen belang, steeds van kracht zijn, ook wan-

alle schade voor de naburige erven te voorkomen", en meer nog de Fransche tekst, „pour éviter de nuire au voisin", deze onderscheiding niet wettigt en uitsluitend verordeningen van privaatrechtelijk karakter bedoeld worden.

Ofschoon de bepaling van art. 674 C. c. ook in Frankrijk niet limitatief opgevat wordt (48) en, zooals door doctrine en rechtspraak aangenomen wordt, ook andere dan de in dit artikel speciaal genoemde inrichtingen hieronder vallen, is ons art. 703 B. W. nog wat ruimer geredigeerd, doordat aan de bepaling van art. 674 C. c. de zinsnede — of daartegen andere schadelijke of gevaarlijke werken wil maken — toegevoegd werd.

Het is dus niet geheel juist, dat de door POTHIER geformuleerde algemeene regel van burenrecht geheel zou ontbreken in den Code en in ons B. W.

Deze regel wordt verondersteld in art. 703 B. W., maar het tot stand brengen van speciale voorschriften voortvloeiende uit dien algemeenen regel wordt opgedragen aan den plaatselijken wetgever. Dit, omdat de Regeering het, naar zij in 1838 verklaarde, onmogelijk achtte, dienaangaande in het B. W. in bijzonderheden te treden (49).

De verordeningen, waarnaar art. 703 B. W. verwijst, bevatten dus bepalingen van burgerlijk recht. Met PLANIOL en RIPERT (50) zou ik willen aannemen:

dat het voorschriften zijn van aanvullend recht, waarvan bij overeenkomst, titel of door bestemming kan worden afgeken, door hen te wier behoeve het voorschrift is tot stand gebracht;

dat hij, die de in de verordening genoemde inlichtingen gedurende meer dan dertig jaar gehad heeft zonder de daarvoor gestelde voorschriften in acht te nemen, hiertoe niet meer gedwongen kan worden.

Gevraagd mag worden of de gemeentebesturen zich van hun

---

neer de muur het uitsluitend eigendom is van hem, die de werken aangelegd heeft. Dit in tegenstelling met de bepalingen ten behoeve van particuliere belangen (deel XI, no. 515). Zie ook T. HUC, Commentaire, 4e deel, pag. 460/461:

„Enfin le voisin ne pourrait pas valablement renoncer au droit d'exiger l'observation des prescriptions édictées en vue de la securité ou de la salubrité publique. Il pourrait au contraire renoncer à se prévaloir de celles qui ont uniquement pour objet la sauvegarde de son intérêt particulier."

(48) Zie PLANIOL et RIPERT, t. a. p. no. 907: „L'énumeration donnée par l'article 674 n'est pas limitative: il faut y faire rentrer toutes les autres travaux de nature à nuire aux propriétés voisines, comme les fouilles, ..."

(49) VOORDUIN III, pag. 485 vv., NOORDZIEK, Gesch. 1823—'24, IIde deel, pag. 415 vv.

(50) T. a. p. nos. 907 en 908.

taak, het uitvaardigen van voorschriften van burenrecht, voldoende gekweten hebben? Ongetwijfeld is dit niet het geval. Vóór 1838 bevatten de hier te lande van kracht geweest zijnde plaatselijke verordeningen tal van voorschriften, ten doel hebbende het voorkomen van hinder of schade door de destijds als voor de omwonenden meest hinderlijk en schadelijk bekendstaande inrichtingen te voorkomen (51) (zie b.v. art. 71 der bovengenoemde Rotterdamsche verordening van 1826). Na 1838 is men echter op dezen weg niet voortgegaan. Het groote arbeidsveld gelegen in de bevoegdheid van art. 135 Gem.wet, heeft de aandacht van de privaatrechtelijke verordeningen ex art. 703 B. W. te zeer afgeleid. Door Mr. VAN HINGST werd in het jaar 1888 (52) een onderzoek ingesteld naar het destijds van kracht zijnde plaatselijk burgerlijk recht. Uit dit onderzoek bleek, dat de plaatselijke besturen zich bepaald hebben tot het vaststellen der afstanden van de in art. 703 B. W. genoemde inrichtingen tot den scheidingsmuur; in het gunstigste geval waren er voorschriften tot het aanleggen van een steenmassief tusschen muur en inrichting. Doch hierbij is het dan ook gebleven; noch van bepalingen met betrekking tot andere voorzorgsmaatregelen betreffende de in art. 703 met name genoemde inrichtingen, noch van voorschriften aangaande andere schadelijke werken of inrichtingen is eenig spoor te vinden. Toch was daartoe bij het voortdurend opkomen van nieuwe bedrijven en werkwijzen, die voor de omwonenden schade of hinder kunnen opleveren, alle aanleiding geweest.

Art. 703 B. W. had de grondslag kunnen zijn van een uitgebreide plaatselijke wetgeving op het gebied van het burenrecht, terwijl daarentegen de vóór 1838 bestaande stedelijke verordeningen tot enkele spaarzame bepalingen in de bouwverordening „ter uitvoering van art. 703 B. W.", zooals deze paragraaf gewoonlijk aanvangt, verschrompeld zijn.

De werkzaamheid der gemeentebesturen heeft zich op dit stuk bepaald tot het meest elementaire.

Behalve de bepalingen ter uitvoering van de artt. 703 en 690 B. W. vindt men in vele bouw- en andere stedelijke verordeningen bepalingen, die oogenschijnlijk slechts ten doel hebben de naaste omwonenden tegen hinder van rook en ander ongerief te vrijwaren. De grens tusschen voorschriften ten behoeve van bijzondere belangen en die, gesteld in het openbaar belang is niet steeds scherp te trekken. Men rekent bedoelde voorschriften dan ook gewoonlijk tot de verorde-

---

(51) Terecht meende de Regeering in 1838, dat deze stof binnen het heele koninkrijk wel door wetten, reglementen en gewoonten geregeld zou zijn.

(52) Nieuwe bijdragen 1888.

ningen, voortvloeiende uit art. 135 Gem.wet, op welke bovendien de voorschriften van art. 161 v.v. Gem.wet van toepassing zijn.

De bepaling van art. 703 B. W. is een doode letter gebleven. De oorzaak hiervan is hierin te zoeken, dat, zoowel in Frankrijk als ten onzent, een concurreerende regeling ontstaan is, gedeeltelijk ter verzorging van dezelfde belangen, welke regeling in Frankrijk misschien gemotiveerd, doch hier te lande overbodig was; waardoor evenwel de regeling, bedoeld in art. 703 B. W. in de kiem gesmoord werd.

Deze regeling, evenzeer van Franschen oorsprong, is de uit het Keizerlijk decreet van 15 October ontstane Wet van 2 Juni 1875 (*Stbl.* no. 91). Krachtens deze wet mag de oprichting van bepaalde inrichtingen, die, naar de ervaring geleerd heeft, gevaar, schade of hinder kunnen opleveren, niet geschieden, dan nadat hiervoor door de Overheid vooraf vergunning verleend is.

De Hinderwet bedoelt, evenals de aan haar voorafgaande regelingen, het reeds genoemde Décret-loi van 1810 en het Besluit van 31 Januari 1824, zoowel bescherming van de openbare gezondheid en veiligheid, als de verzorging van de meer bijzondere belangen der omwonenden. Twee uiteenloopende regelingen, dus, vereenigd in één wet.

De ontstaansgeschiedenis van deze regeling in Frankrijk is de volgende:

Een wet van 24 April 1790 had de rechtbanken competent verklaard te beslissen in alle zaken betreffende de aan eigendommen toegebrachte schade. Het volgend jaar (13 Nov. 1791) bepaalde de Constituante, dat de oude plaatselijke reglementen van politie betreffende de oprichting van gevaarlijke bedrijven voorloopig gehandhaafd zouden worden. Doch deze plaatselijke regeling gaf aanleiding tot schromelijke willekeur. In het jaar XIII verzocht de Minister van Binnenlandsche Zaken daarom de klasse der wis- en natuurkundige wetenschappen van het Institut een regeling te ontwerpen betreffende de voor de gezondheid schadelijke inrichtingen. In de daarop volgende jaren werd bij het verleenen van autorisaties tot oprichting van de in het rapport van het Institut neergelegde beginselen uitgegaan.

Intusschen voelde de Minister zich in het jaar 1809 wederom genoodzaakt de hulp van het Institut in te roepen, waarna het door de afdeeling der scheikunde uitgebrachte, door de geheele klasse der natuur- en wiskundige wetenschappen goedgekeurde rapport de grondslag werd van het ook ten onzent tot 1824 van kracht geweest zijnde Decreet van 1810.

Ditmaal waren het speciaal de klachten der omwonenden, wegens aan hun eigendommen toegebrachte schade en hinder, die den Minister aanielding gegeven hadden zich opnieuw tot

het Institut te wenden. „S'il est juste", zoo luidde de ministrieele missive, „que chacun puisse librement exploiter son industrie, le gouvernement ne saurait, d'un autre côté, voir avec indifférence, que pour l'avantage d'un individu tout un quartier respire un air infect, ou qu'un particulier éprouve des dommages dans sa propriété. En admettant que la plupart des manufacturiers dont on se plaint n'occasionnait pas des exhalaisons contraires à la salubrité publique, on ne niera pas non plus que ces exhalaisons peuvent être quelquefois désagréables et que, par cela même, elles ne portent un préjudice réel aux propriétaires des maisons voisines, en empêchant qu'ils ne louent ces maisons ou en les forcant, s'ils les louent, à baisser le prix de leurs baux. Comme la sollicitude du gouvernement embrasse toutes les classes de la société, il est de sa justice que les intérêts des ces propriétaires ne soient pas perdus de vue plus que ceux des manufacturiers . . . . ."

Omstandigheden die de wetgever van 1804 onmogelijk had kunnen voorzien, de opkomst der groote industrie met de vele inconveniënten, die deze voor de omgeving kan meebrengen, zou, zoo wordt vaak beweerd, de regeling van de buurverhoudingen in den Code civil onvoldoende gemaakt en reeds in het jaar 1810 tot het treffen van een speciale regeling geleid hebben. Nu waren in Frankrijk met zijn sterk gecentraliseerd bestuurssysteem de omstandigheden inderdaad verre van gunstig voor een rijke ontplooiing der plaatselijke wetgeving ex art. 674 C. c. en aanpassing aan de zich steeds wijzigende omstandigheden. Eenvormige regeling was niet mogelijk, het bestuurssysteem was een beletsel voor de ontwikkeling van een plaatselijke wetgeving, dus verviel men in een ander uiterste: het stelsel der voorafgaande vergunning, waarbij ieder geval afzonderlijk wordt onderzocht en zoo noodig daarbij de in acht te nemen regels gegeven worden.

Wat in Frankrijk met het oog op de geringe autonome bevoegdheid der onderdeelen gebiedende noodzakelijkheid was, was hier te lande echter niet anders dan gedachtenlooze navolging. Van meet af aan hebben de onderdeelen hier autonome wetgevende bevoegdheid gehad en niets zou dan ook de ontplooing van een plaatselijke wetgeving op het gebied van het burenrecht in den weg gestaan hebben. Het was dan ook in het geheel niet noodig geweest het in 1810 hier te lande ingevoerde Fransche stelsel te behouden. Niettegenstaande heeft men deze regeling in het Besluit van 1824 met het hier te lande gevolgde bestuursstelsel in overeenstemming gebracht, door met de leiding van het onderzoek en het verleenen der vergunning, hetwelk in Frankrijk aan staats-

ambtenaren opgedragen is, de préfet, sous-préfet en maire, het dagelijksch bestuur der gemeente te belasten.

Het heeft echter bij de totstandkoming der Hinderwet, waarin het stelsel van het decreet van 1810 weder gecontinueerd werd, niet aan tegenstand ontbroken, in het bijzonder door de twee afgevaardigden Mr. S. van Houten en Mr. Cappeyne van de Coppello.

Mr. van Houten wilde het stelsel der overheidsvergunning handhaven voorzoover het betreft de algemeene gezondheidstoestand en openbare veiligheid, en ten behoeve van de particuliere belangen der omwonenden de bepalingen van de artt. 1401 en 703 B. W. verder uitwerken. Dienovereenkomstig deed hij het voorstel om in art. 1 voor de zinsnede „gevaar, schade of hinder", te lezen: „gevaar voor brand of ontploffing, of voor den algemeenen gezondheidstoestand". „Zeker is het", aldus Mr. van Houten, „dat wanneer men de Regeering volgt, men het burgerlijk recht onder de administratieve macht brengt".

Ook de pogingen van Mr. Kappeyne om art. 11 gewijzigd te krijgen, in dier voege, dat tot weigering der vergunning alleen zou kunnen leiden gevaar voor de *algemeene veiligheid* en schade aan de *openbare gezondheid*, leden schipbreuk.

Wel is het opmerkelijk, dat de verschillende ontwerpen tot wijziging der Hinderwet de reeds bestaande analogie met het burgerlijk proces verder willen doorvoeren. Op nuttigheidsgronden natuurlijk. Blijkbaar is men van meening dat het de voorkeur verdient de particulieren, wier belangen men met de Hinderwet beoogt te beschermen, de gelegenheid te geven zelf contrôle op de naleving van de te hunnen behoeve gestelde voorschriften uit te oefenen. Men wil hen een soort van vordering tot het doen naleven dier voorschriften geven. Zoo zullen belanghebbenden, en wie zijn hier anders onder te verstaan dan hen, te wier behoeve de voorschriften gesteld zijn, de bevoegdheid verkrijgen de Overheid te verzoeken suppletoire voorwaarden op te leggen, welk verzoek in behandeling *moet* worden genomen. Bij de huidige regeling gaat het initiatief hiertoe uitsluitend uit van de administratie. Evenzoo wordt voorgesteld aan een ieder, die bij de naleving der aan een vergunning verbonden voorwaarden belang heeft, de bevoegdheid te geven bij het niet naleven dier voorwaarden, de intrekking der vergunning te verzoeken. Een vordering bij de administratie, die parallel loopt met de verbodsactie (ex art. 625 B. W.), waardoor belanghebbenden de nakoming van de in hun belang gestelde voorschriften (van burenrecht) zelfstandig zullen kunnen afdwingen. Daarnaast blijft, te recht of ten onrechte, de administratie bevoegd ambtshalve de vergunning in te trekken bij schending der voorschriften, terwijl

bovendien de strafbedreiging van art. 22 Hw. behouden zal blijven.

De speciale toepassingen van den door POTHIER geformuleerden algemeenen regel van het burenrecht vindt men dus grootendeels in de voorwaarden verbonden aan de vergunningen krachtens de Hinderwet.

De toepassing van de Hinderwet, een regeling van grootendeels civielrechtelijken aard, is opgedragen aan het administratief gezag. Het karakter van deze wet miskennende, heeft men uit dien hoofde elk verband met het burgerlijk recht willen ontkennen.

Het is daarom van belang een onderzoek in te stellen naar het karakter der z.g. administratieve vergunning in het algemeen en de vergunning bedoeld bij art. 1 der Hinderwet in het bijzonder.

Het voorschrift om zich van zekere handeling te onthouden, alvorens daarvoor vergunning verleend is, is een verbodsregel van tijdelijk, voorloopig karakter, ten doel hebbende, of om de Overheid in de gelegenheid te stellen die handeling te toetsen aan bestaande rechtsregels, of om zoo noodig voor dit geval de in concreto geldende regels op te stellen aan de hand van een algemeen in abstracto vastgelegd beginsel.

Tot de eerste categorie behoort o. m. het voorschrift van art. 5, sub 1 *a*, der Woningwet.

De bij dit artikel bedoelde vergunning mag alleen dan geweigerd worden, zoo de voorgenomen handeling (het doen bouwen van het in de stukken omschreven bouwwerk) niet in overeenstemming is met de regels der plaatselijke verordening of met het plan van uitbreiding. Het woordje „alleen" in art. 5, sub 3 Woningwet is (te kwader ure) uitgevallen bij de wijzigingswet van 19 Febr. 1921 (*Stbl.* no. 73), naar de M. v. A. vermeldde, opzettelijk. In tegenstelling met den H. R., die uit deze omissie de consequentie meent te moeten trekken, dat de bouwvergunning *moet* worden geweigerd bij strijd met verordening of uitbreidingsplan, doch ook uit anderen hoofde *kan* worden geweigerd (H. R. 30 Juni 1926, W. no. 11564), is de Regeering van meening, blijkens het K. B. van 23 Febr. 1925, dat in een rechtsstaat voor een freies ermessen van het administratief gezag geen plaats is en derhalve de opsomming der gronden van weigering in art. 5, sub 2 Woningwet limitatief op te vatten is.

Bedoelde vergunning is dus een verklaring, dat de voorgenomen handeling niet in strijd is met het objectieve recht.

Voorwaarden kunnen aan deze vergunning niet verbonden worden. De ontstaansgeschiedenis der Woningwet bewijst, dat de bepaling van art. 5 sub 3 W.w., 1e volzin, per abuis

is blijven staan (53). Krachtens art. 6, sub 1 der W.w. kunnen B. en W. echter nadere eischen stellen ten opzichte van in de verordening bepaaldelijk aangewezen punten. Vergunningen, waaraan dergelijke nadere eischen verbonden worden, vallen in de tweede categorie.

Hiertoe behooren de vergunningen, bedoeld in art. 1 der Hinderwet. Het voorschrift van art. 1 H.w., verbiedende om zonder vergunning van B. en W. de in art. 2 dier wet genoemde inrichtingen op te richten, heeft ten doel de Overheid in de gelegenheid te stellen de op te richten inrichting en de daarin te verrichten handelingen te toetsen, o. m. aan dezen algemeenen rechtsregel: bij het werken op eigen erf heeft men de noodige maatregelen te treffen om durende schade of hinder, alsmede de kans op incidenteele schade tot het naar verkeersopvattingen veroorloofde terug te brengen, zoo een en ander het naar verkeersopvattingen veroorloofde overschrijdt, en zich van die werkzaamheden te onthouden, wanneer het niet mogelijk is aan dezen eisch te voldoen.

Dezelfde regel dus, zooals die door Pothier geformuleerd werd; de regel, waarvan b.v. de bepaling van art. 713 B. W. een uitvloeisel is, en die tevens de grondslag vormt van het plaatselijk burenrecht, waarnaar art. 703 B. W. verwijst.

Wanneer het administratief gezag het nemen van bijzondere voorzorgsmaatregelen niet noodig acht, wordt de vergunning zonder meer verleend. Deze vergunning is een verklaring, dat de handeling, waarvoor men vergunning gevraagd heeft veroorloofd is in verband met bovengeciteerden algemeenen rechtsregel. Een vergunning onder voorwaarden is een verklaring, dat tegen dit beginsel niet gezondigd wordt, wanneer deze speciale voorschriften zullen worden nageleefd. De weigering der vergunning is een verklaring, dat het onmogelijk is schade of hinder te voorkomen; dat de handeling dus in strijd zal zijn met den algemeenen regel.

---

(53) Art. 5, sub 3, doelde op één bepaalde voorwaarde; in het oorspronkelijk ontwerp kwam nl. de volgende bepaling voor: „Aan het verleenen der vergunning kan als voorwaarde worden verbonden het betalen van een bijdrage in de kosten van bestrating, rioleering, verlichting en aanleg van waterleiding, ingeval bij plaatselijke verordening dienaangaande bepalingen zijn vastgesteld en daarbij het bedrag dier bijdrage is geregeld." Deze bepaling, die naar de Regeering mededeelde, niet doelde op heffingen van privaatrechtelijken aard, doch op een belastingverordening, berustende op de artt. 238 en 240 *j* Gem.wet (gewijzigd bij de wet van 30 Dec. 1920) werd op advies van de Commissie van Voorbereiding ingetrokken.

Gehandhaafd werd echter art. 5, sub 3, in de tegenwoordige redactie, aan welke bepaling men later dikwijls een meer algemeene strekking heeft trachten te geven.

De z.g. „politierechtelijke" vergunning is dus een verklaring, dat een bepaalde handeling of toestand niet in strijd is met het objectieve recht, waarbij soms nog speciale voorschriften gegeven worden om die handeling of toestand in overeenstemming te doen zijn met dat recht. Het staat de Overheid niet vrij om naar goedvinden de vergunning te verleenen of te weigeren. Zij heeft niet anders te doen dan datgene, waarvoor vergunning gevraagd wordt, te toetsen aan de rechtsregels, tot handhaving waarvan het voorschrift betreffende het vragen van vergunning gegeven is. Deze rechtsregels kunnen behooren tot het administratieve recht, hetgeen gewoonlijk het geval is, zoowel als tot het burgerlijk recht, zooals het geval is bij de Hinderwetsvergunning.

Onjuist acht ik de meening van Mr. SYBENGA, ontwikkeld in zijn praeadvies voor de Nederl. Juristenvereeniging (Hand. N. J. 1927), als zou aan de vergunning de contractsgedachte ten grondslag liggen. Dat de Overheid zich verbinden zou „op den grondslag der voorwaarden in zoover dit van haar afhangt het gebruik der vergunning mogelijk te doen zijn", lijkt mij een vrij gewrongen constructie. M. i. is hier precies evenveel wilsovereenstemming als tusschen de Overheid, die het verbod uitvaardigt om na zonsondergang zonder lantaarn te rijden, en de wielrijder, die overeenkomstig dit voorschrift handelt. Zou men nu ook willen spreken van een overeenkomst tusschen de Overheid en de fietser, tot object hebbende het fietsen van den wielrijder des avonds, op den grondslag van de voorwaarde, dat de fietser een licht meedraagt? Van elke rechtsnorm kan gezegd worden, dat zij als règle inpersonnelle niemand bindt, voordat de handeling, waarop de norm betrekking heeft, plaats vindt (54). Doch heeft die handeling plaats met inachtneming van de norm, dan is er toch geen sprake van een (stilzwijgende) overeenstemmende wilsverklaring van de zijde van de Overheid en den geregeerden, waaruit een overeenkomst geboren zou worden.

Evenmin kan mij de door Prof. Mr. F. G. SCHELTEMA in zijn artikel in het *W. B. A.* van 31 Mei 1918, no. 3598 (55) gegeven definitie voldoen. De hooggeleerde schrijver schijnt het verbod om een zekere handeling te verrichten zonder vergunning te beschouwen als een absolute verbodsregel, waarvan echter dispensatie gegeven kan worden, verleend. Een en ander lijkt mij niet geheel juist. Van het verleenen van dispensatie kan eerst gesproken worden, wanneer handhaving van den eisch tot nakoming van een overigens in een bepaald belang gesteld voorschrift, in bepaalde gevallen onbillijk, ondoelmatig

(54) Het woord *voorwaarde* is hier niet op zijn plaats, daar dit te zeer doet denken aan een overeenkomst.

(55) „Rechtskracht van vergunningen".

of doelloos zou zijn. Doch hiervan is bij het vergunningsvoorschrift geen sprake. Het komt mij niet juist voor het zwaartepunt te leggen op den eisch tot het vragen van vergunning en niet op het doel daarvan, nl. de Overheid in staat te stellen de handeling, waarvoor vergunning gevraagd wordt, te toetsen aan het objectieve geschreven of ongeschreven recht, ten doel hebbende de bescherming van een bepaald belang. Niet in het bezit van die overheidsverklaring ligt in wezen het geoorloofde, de niet-strafbaarheid der handeling, doch de diepere oorzaak ligt in het feit, dat deze handeling niet in strijd is met het geschreven of ongeschreven objectieve recht, ter verwezenlijking waarvan deze handeling verboden is alvorens de Overheid deze aan die rechtsregels heeft kunnen toetsen. In casu, waar Prof. SCHELTEMA een waterschapskeur bespreekt, verbiedende de demping van een sloot zonder vergunning, bestaat die rechtsregel in het voorschrift om niets te doen waardoor de algemeene waterloozing in het waterschap geschaad zou kunnen worden (56).

Voor de Overheid, die het objectieve recht te handhaven heeft, is het vergunningsvoorschrift een middel om de voorgenomen handeling vooraf hieraan te toetsen, ten einde toekomstige rechtschennis te voorkomen.

Voor den aanvrager is de verkregen vergunning een declaratief van Overheidswege, dat zijn handelingen binnen de draagwijdte van de vergunning per se rechtmatig zijn, *of* zonder meer, *of* wanneer hij de daarbij gegeven voorschriften opvolgt. De Overheid verklaart dat de handeling in overeenstemming is met het recht, of leidt uit den algemeenen abstracten rechtsregel voor het concrete geval de na te komen voorschriften af.

De taak van het administratief gezag in dezen is analoog met die des rechters. Ook de rechter beslist in het concrete geval of een in abstracto gegeven rechtsnorm van toepassing is, of dat een handeling al of niet in strijd is met het recht; gewoonlijk vergezeld van een bevel tot nakoming.

De vergunning vertoont zeer veel overeenstemming met een ander rechtsinstituut: het declaratoir vonnis. De rechter doet een voor partijen bindende verklaring, dat een handeling rechtmatig of onrechtmatig is (57), of welke normen op een

---

(56) Soortgelijke bezwaren heb ik tegen de wijze, waarop de H. R. in zijn arrest van 14 Januari 1853 (*W.* no. 1402) het karakter van de vergunning ingevolge het Besluit van 1824 (de aan de Hinderwet voorafgaande regeling) gedefinieerd heeft, ten einde het onderscheid tusschen vergunning en concessie te doen uitkomen.

(57) Zie PARSER, Het Declaratoir vonnis, acad. proefschr. 1903, pag. 205.

bepaalde situatie van toepassing zijn. Deze verklaring wordt gegeven in judicieelen vorm, ter beslechting van een tusschen partijen gegeven geschil. Doch hierop behoeft de nadruk niet gelegd te worden. Mr. G. Parser (58) acht het gewenscht bij het declaratoir vonnis niet te spreken van een rechtsbetrekking als object der verklaring, doch van den rechtstoestand van een bepaald persoon. Hij definieert het declaratoir vonnis, als een uitspraak, dat tot object heeft het al of niet werken van rechtsregels ten opzichte van een bepaald persoon. In deze omschrijving wordt het geschil, hetwelk het declaratoir vonnis ten gevolge had, geheel geëlimineerd; is hierbij niet meer een onmisbaar element, doch slechts de aanleiding tot de beslissing omtrent de rechtsregels, die gelden voor een bepaalde situatie ten opzichte van één individu.

Onder deze ruime definitie zou evenzeer de vergunning vallen, hetgeen wijst op de nauwe verwantschap tusschen deze twee instituten.

De Hinderwetsvergunning is (ten deele) een verklaring, dat een bepaalde handeling of een bepaalde situatie van een erf niet in strijd is met een rechtsregel, gesteld ten behoeve van bijzondere belangen, m. a. w. met een regel van burgerlijk recht. Vandaar misschien, dat men er toe gekomen is het onderzoek hiernaar te doen geschieden in judicieelen vorm. Er heeft een contradictoir verhoor plaats ten overstaan van het administratief gezag (59). Deze procedure op tegenspraak loopt als het ware parallel met het burgerlijk proces. De beslissing is ook hier een verklaring omtrent het werken van rechtsregels.

De Hinderwetsprocedure vertoont verder opmerkelijk veel gelijkenis met een rechtsinstituut uit het Germaansche en het Oud-Hollandsch recht (60) (het willig decreet), waarbij een ieder opgeroepen werd om iemands eigendomsrecht te betwisten; een en ander met het doel om hierop den vredeban te verkrijgen. Ook de openbare oproep en de bijzondere kennisgeving aan de omwonenden krachtens art. 6 H.w. is niet anders dan een provocatie tot tegenspraak.

Kan schending van art. 1 der Hinderwet, het in werking hebben van een inrichting zonder de vereischte vergunning, de grondslag zijn voor een vordering ex art. 1401 B. W.?

---

(58) T. a. p. pag. 218.

(59) Deze procedure heeft, ingevolge art. 10 H.w., niet plaats, wanneer er geen omwonenden zijn. Dan wordt de handeling, waarvoor vergunning gevraagd wordt, alleen getoetst aan rechtsregels in het belang van de openbare gezondheid en veiligheid.

(60) Zie Prof. Mr. A. S. de Blécourt, Oud Vaderl. Recht, pag. 116/117 en v. d. Linden, Verhandeling over de Judicieele practijk, 2de druk, II, pag. 188 vv.

Dit wordt inderdaad beweerd door DIEPHUIS (deel XI, pag. 116/117). „Overtreding van dit verbod (het oprichten zonder vergunning) wordt in art. 22 met straf bedreigd, maar is ook zonder twijfel een onrechtmatige daad, en men kan gereedelijk aannemen, dat schade ten gevolge van een zonder verleende vergunning of in strijd daarmede in werking gebrachte inrichting door anderen geleden, op grond van art. 1401 vergoed moet worden".

Soortgelijk standpunt wordt ingenomen door den adv.-gen. Mr. BESIER in zijn conclusie bij het arrest van den H. R. van 23 Maart 1917 *N. J.* 1917, pag. 449):

„Terecht", aldus de conclusie, „is namens eischer bij pleidooi aangevoerd, dat wanneer juist mocht worden bevonden, dat verweerder gehandeld heeft zonder de vergunning bij de Hinderwet vereischt, deze verplicht zal zijn om hem *elke* schade, hoe gering ook, die hem door die handelingen is toegebracht, te vergoeden, terwijl voor het slagen der vordering, voorzoover deze op den anderen grondslag (schending van het eigendomsrecht) is gebaseerd, het bewijs noodig is van een *aanmerkelijken* hinder."

Dit standpunt, dat ook m. i. niet juist is, wordt bestreden door Mr. Dr. J. VAN GELEIN VITRINGA (61), die terecht opmerkt, dat, waar naar luide van art. 11 der Hinderwet slechts vrees voor hinder van *ernstigen* aard mag leiden tot weigering der vergunning, de overtreding der Hinderwet een buitenkansje zou worden voor den gelaedeerden. „Schade en onrecht staan hier los van elkaar. De Hinderwet beschermt de omwonenden, maar zij doet dit, zou men kunnen zeggen, niet rechtstreeks; zij geeft slechts aan de Overheid de gelegenheid om voor hun belangen te waken. Overtreding van het verbod, zonder haar verlof de inrichting in werking te brengen, raakt alleen de Overheid en niet het publiek".

Zonder met de slotsom geheel te kunnen meegaan, kan ik mij met de conclusie, „schade en onrecht staan los van elkaar", vereenigen. Het verbod van art. 1 H.w. is slechts een voorschrift van secundaire orde, ten doel hebbende de Overheid gelegenheid te geven de voorgenomen handeling of toestand o. m. aan de regels van het burenrecht te toetsen, doch is geen zelfstandige maatschappelijke gedragsregel. De schending van een dergelijk voorschrift kan dus nimmer de grondslag zijn van een actie ex art. 1401 B. W.

Men zou zeer gevoegelijk de Hinderwetsvergunning kunnen vervangen door een declaratoir vonnis. Zoo geeft Mr. S. J. FOCKEMA ANDREÆ (62) als voorbeeld, hoe hij zich bij voorkeur

(61) „Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht", *R. M.* 1917.
(62) „De sententia declaratoria", Nieuwe Bijdragen voor rechtsgeleerdheid, 1872.

het vragen van een sententia declaratoria voorstelt, het volgende:

„A wenscht op zijn erf een fabriek of een andere voor de buren hinderlijke inrichting te stichten. B, een der buren, geeft hem te kennen, dat hij de inrichting beschouwt als in strijd met zijn eigendomsrecht en dat hij niet zal nalaten hem tot sluiting der fabriek of tot schadevergoeding aan te spreken, zoo hij aan zijn voornemen gevolg geeft. Om geen gevaar te loopen, na oprichting der fabriek in het drijven daarvan te worden belemmerd door B, dagvaardt A nu dezen voor hij tot die oprichting overgaat, om de voorgenomen inrichting te hooren verklaren rechtmatig als steunende op het eigendomsrecht van A en niet in strijd met dat van B."

Wat is in wezen het object van dit declaratoir vonnis anders dan dat der Hinderwetsvergunning, voorzoover deze betreft de omliggende erven? En wat belet inderdaad een fabrikant zulk een declaratoir vonnis uit te lokken, alvorens of nadat de Hinderwetsvergunning aangevraagd is?

De rechter, zoowel als de administratieve Overheid toetsen de hen voorgelegde handeling of toestand aan den grondregel van het burenrecht: Gij zult bij het gebruik maken van Uw erf alle door wetenschap en ervaring objectief bekende voorzorgsmaatregelen treffen om de uit dit gebruik voor de buren voortspruitende schade of hinder terug te brengen tot het naar verkeersopvattingen geoorloofde en zoo die hinder of schade onvermijdelijk zijn, van het voorgenomen gebruik afzien.

Doch slechts de beslissing van den rechter is onaantastbaar; heeft kracht van gewijsde, ingevolge art. 1954 B. W.

Wanneer de rechter verklaard heeft, dat de handeling betreffende welke een beslissing gevraagd werd, niet in strijd is met het burenrecht, zonder meer, of met inachtneming van bepaalde voorschriften, kan noch de verbodsactie, noch een vordering tot vergoeding der desniettegenstaande toegebrachte schade, meer slagen. Beide acties moeten stranden op de exceptio rei judicatæ.

De verbodsactie, omdat, wanneer de rechter eenmaal verklaard heeft, dat de handeling op eigen erf niet in strijd is met het objectieve recht, al of niet met inachtneming van voorschriften, dit ook vast staat, al zou in de practijk van het tegendeel blijken. De vordering tot schadevergoeding, omdat deze in het algemeen alleen mag slagen, wanneer de schade veroorzaakt hebbende handeling onrechtmatig was, terwijl de rechter een ook voor den gelaedeerden buurman bindende verklaring afgegeven heeft, dat deze handeling rechtmatig was.

De Hinderwetsvergunning nu heeft hetzelfde ten doel als bedoeld declaratoir vonnis: ook de administratie verklaart

wat in het bijzondere geval rechtens is. Deze verklaring is echter onverbindend voor hen te wier behoeve de rechtsregels gesteld zijn, wijl alleen de rechter vermag bindende verklaringen te geven inzake burgerlijk recht (63). Een onvoorwaardelijke vergunning heeft daarom voor den houder geen waarde, wijl het hem niet vrijwaart tegen stopzetting van zijn bedrijf uit krachte van een rechterlijk vonnis, of tegen een vordering tot schadevergoeding. Een voorwaardelijke vergunning schrijft hem iets voor; overtreding van die voorwaarden is rechtschennis. Maar de nakoming van die voorschriften beteekent nog niet, dat de houder der vergunnning rechtmatig handelt. Zijn bedrijf kan steeds worden stopgezet, en de rechter zou hem zelfs nieuwe voorwaarden kunnen opleggen (64).

Omgekeerd zou het niet ondenkbaar zijn, dat de rechter de uitoefening van een bedrijf, dit aan de regels van het burenrecht getoetst hebbende, toestaat (65) (met of zonder speciale voorschriften), waar de administratie de vergunning weigerde. Waar de rechter mag verbieden, wat de administratieve Overheid toestond, zal hij ook mogen toestaan (65), wat de administratie verbood.

De rechtspraak ontkent in het algemeen de invloed der Hinderwetsvergunning op de civiele acties der buren (66).

Een uitzondering vormt het vonnis van de Rechtbank te Assen, d.d. 14 Maart 1870 (*W.* no. 3251), waarbij ter afwering

---

(63) Ook andere uitvoeringshandelingen, b.v. de parate executie ex art. 180 Gem.wet, art. 52 Woningwet en art. 44 Waterstaatswet, bevat implicite een oordeel, dat een bepaalde, door een geadministreerde verrichte handeling, in strijd is met het objectieve recht. In dit geval kan deze daad van de Overheid, die op dit oordeel gebaseerd is voor deze onaangename gevolgen van financieelen aard met zich brengen, aangezien een en ander aan de contrôle van den rechter onderworpen kan worden, die bedoelde handeling opnieuw toetst aan het objectieve recht.

Het meerendeel der uitvoeringshandelingen zal een beoordeeling van de handelingen der geadministreerden impliceeren, maar waar, zooals in het bovengenoemde geval, aan die beoordeeling een daad vastknoopt wordt van zoo verre strekking, zou het misschien aanbeveling verdienen een regeling te treffen, dat de Overheid van te voren op korten termijn een bindende verklaring kon verkrijgen over den aard der handeling, zoo men van het oordeel der administratie de verbindendheid ontkent ten minste. Zie Oppenheim-van der Pot, deel II, pag. 106/107 en het opstel van Mr. Arntzenius in *Themis* 1902.

(64) Zoo b.v. M. Hauriou, Droit administratif, 11e druk, pag. 524.

(65) In den vorm van een declaratoir vonnis.

(66) Rb. Maastricht 26 Febr. 1852 (vordering tot sluiting afgewezen, vordering tot schadevergoeding toegewezen; Rb. Den Haag 25 Mei 1858, *W.* no. 1982; H. R. 30 Jan. 1914, *W.* no. 9648; Hof Amsterdam 7 Jan. 1921, *W.* no. 10698 en Rb. Dordrecht 28 Juni 1922, *N. J.* 1922, 1187.

van de vordering tot schadevergoeding, het voldoende geacht werd, dat de fabrikant voor de oprichting zijner fabriek voldaan had aan de voorschriften van het Besluit van 31 Jan. 1824.

Eenigszins twijfelachtig is het, op welk standpunt het Hof te Amsterdam stond bij zijn arrest van 1 Mei 1916 (*W.* no. 10029, 13e overweging). Het Hof overwoog, „dat de omstandigheid, dat gedaagde aan de voorschriften, gegeven bij art. 331 der Amst. bouwverordening voldaan heeft, aan de daad niet, zooals gedaagde, zijn grief ontwikkelend betoogt, haar onrechtmatig karakter ontneemt; dat toch dit artikel niet anders is dan een politievoorschrift in het leven geroepen ter bescherming van het publiek, niet ter bescherming van de rechten van naburige eigenaren".

Mag men hieruit afleiden, dat het Hof anders zou geoordeeld hebben, wanneer gedaagde zou hebben voldaan aan de tot bescherming van naburige eigenaren vastgestelde voorschriften, zooals sommige voorwaarden verbonden aan een Hinderwetsvergunning?

Wat betreft de litteratuur ten onzent en in Frankrijk hebben enkele schrijvers den invloed der vergunning op de civiele acties der buren aangenomen, de meesten die echter ontkend.

Onder de eerste groep acht Mr. W. C. D. Olivier (67) de vordering tot schadvergoeding uitgesloten. Z. i. doet de vergunninghouder *geen* onrecht, doch slechts, wat hij bevoegd was te doen. „Neemt men dit niet aan, dan geraakt men in een zonderlinge tegenspraak. Men dwingt den eigenaar, den fabrikant de voorschriften der wet in de openbare verordening op te volgen en men veroordeelt hem tot vergoeding der schade, veroorzaakt door een gebruik overeenkomstig met die openbare verordeningen. De rechter verklaart dus dat onrecht is, hetgeen volgens de openbare verordening der grondwettig bevoegde macht recht is, en verbiedt te doen, wat de verordening veroorlooft".

Toch heeft een en ander slechts een schijn van juistheid. De wet of openbare verordening zegt nooit, dat iets recht is, zij belooft of waarborgt niets, doch geeft slechts bevelen aan allen die het aangaat. Het rechtelijk vonnis daarentegen geeft aan wat in het concrete geval rechtens is, welke rechtsregels men na te komen heeft, doch zegt tevens dat men in casu daarmede volstaan kan.

In dezen zin ook Mr. S. M. S. de Ranitz (68), omdat z. i. vooraf uitgemaakt is wat rechtmatig of onrechtmatig is en de

(67) „*Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politieregt*", Leiden 1847.

(68) „*Iets over concessiën*", in Bijdragen tot de kennis van het Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur in Nederland, 4de deel, 1860, pag. 374/375.

vergunning niet alleen waarborgen voor derden moet opleveren, doch ook den houder de zekerheid moet verschaffen, dat hij, binnen zijn bevoegdheid handelende, niet geacht zal kunnen worden onrechtmatig te handelen, noch derhalve tot vergoeding der schade verwezen moet worden (69).

Zooals gezegd is, alleen de rechter kan, inzake regels van burgerlijk recht (waar het hier toch om gaat), vooraf uitmaken wat rechtmatig of onrechtmatig is en hij alleen kan aan den eigenaar-fabrikant de bedoelde waarborgen verschaffen.

Vele van de oudere Nederlandsche schrijvers en de meeste Fransche auteurs (70) achten de verbodsactie uitgesloten in tegenstelling met de vordering tot schadeloosstelling.

Dit is inderdaad niet consequent. *Of* de vergunninghouder moet geacht worden rechtmatig te hebben gehandeld wijl de administratie dit verklaard heeft en dan moeten *beide* acties stranden, wanneer den houder in het toegelatene geen bijzondere onvoorzichtigheid te wijten is, of de administratie is in wezen onbevoegd zulks te verklaren en dan heeft de rechter de zaak geheel van meet af te onderzoeken.

De verbodsactie weigeren en de vordering tot schadevergoeding toestaan, past niet bij het beginsel der delictueele aansprakelijkheid, doch slechts in de risicoleer. Op dit standpunt staat inderdaad RIPERT (71). Schrijver acht de schadeveroorzakende handeling van den vergunninghouder inderdaad volkomen rechtmatig, maar, n'est-il pas juste que ceux-ci en déduisent des indemnités pour les inconvénients qu'ils créent, supportent en un mot les risques de leur industrie?"

Andere schrijvers (o. m. Mr. SASSEN en Mr. LAMAN TRIP) zijn van meening, dat het bij het verleenen der vergunning slechts gaat om de behartiging van algemeene belangen en niet om die van bijzondere, aanwijsbare personen (72). Hier ontmoet

---

(69) In dien zin ook DIEPHUIS, Burgerlijk Recht, deel XI, pag. 116 vv.

(70) Mr. W. SASSEN, Opmerkingen en toelichtende verklaringen op het Besluit van den 31 Januari 1824, *Themis* 1854.

Mr. S. LAMAN TRIP, Beschouwingen over het Toezicht op Inrichtingen van Nijverheid, Groningen 1868.

Mr. A. A. WEVE, Iets naar aanleiding van het onderzoek de Commodot et Incommodo. Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving, 1862.

Van de Fransche schrijvers o. m. A. COLIN et H. CAPITANT, Droit civil français, 1e deel, pag. 754/755.

(71) De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Thèse 1902, pag. 348—358.

(72) Zie ook Mr. S. J. FOCKEMA ANDREÆ, „Wat is de invloed eener vergunning . . . . . op de civiele acties der buren", *Themis* 1869, pag. 337—365.

men dus weer dezelfde argumentatie als bij Mr. DE VRIES in verband met art. 703 B. W. Als men vermeent, dat er bezwaren zijn van staatsrechtelijken aard tegen de bevoegdheid tot het stellen van privaatrechtelijke regels door het gezag, dat daarmede belast is, dan verklaart men die regels eenvoudig te zijn in het publiek belang. Terecht wijst PLANIOL (73) deze argumenten af: „On dit que l'autorisation administrative n'a pour but que de sauvegarder les intérêts généraux et que c'est aux tribunaux ordinaires à veiller sur les intérêts particuliers. Je demanderai quelle sorte d'intérêts protège ici l'administration par son enquête et son intervention, si ce n'est celui des voisins".

Een zeer bijzonder standpunt neemt HAURIOU in (74). Om de aansprakelijkheid van den vergunninghouder voor de door hem of door zijn inrichting veroorzaakte schade te rechtvaardigen stelt schrijver, dat deze, vanaf het oogenblik dat de uit de nabuurschap voortvloeiende inconveniënten, die welke uit het gewone recht van eigendom voortvloeien, overschrijden, buiten zijn „recht" treedt, wel te verstaan niet buiten zijn „recht als industrieel", maar buiten zijn „recht als eigenaar of huurder" van het perceel, waarop hij zijn bedrijf uitoefent.

Schrijver maakt hier de onjuiste onderscheiding tusschen normaal gebruik van den eigendom (bedoelt hij daarmede, datgene wat gebruikelijk was ten tijde van het totstandkomen van den Code civil in 1804?) en het industrieele gebruik. Deze opvatting ad absurdum doorvoerende, zou men kunnen spreken van iemands „(subjectief) recht" als bakker, slager, herbergier, enz., naast zijn „recht" als eigenaar.

Het verbinden van voorwaarden aan een Hinderwetsvergunning is formeel een daad van gedelegeerde wetgeving of uitvoering ingevolge art. 126 Gem.wet. Prof. VAN DER POT heeft het „gesetzgebung für den einzelfall" genoemd (75). Doch rechtsregels voor het speciale geval missen juist de karakteristika van de wet: te zijn règles impersonnelles et générales. Al is het ook mogelijk, dat de rechtsregel geen enkele toepassing vindt of wel slechts op één individu toepasselijk is, de rechtsregel wendt zich nooit tot dit individu in het bijzonder.

In sommige gevallen zal de wetgeving voor het speciale geval formeel te brengen zijn onder het begrip uitvoering, in andere gevallen is dit de taak van den rechter, met name,

---

(73 Traité élémentaire de Droit civil, 9de druk, IIde deel, 872, 4°.

(74) T. a. p. pag. 524 voetnoot.

(75) *Nederl. Juristenblad* 25 Juni 1927, pag. 415.

wanneer het geldt het geven van speciale voorschriften in concreto, voortvloeiende uit een in abstracto gegeven algemeenen regel van privaatrechtelijken aard; en dan heeft de uitspraak, waarbij deze regels gegeven worden, kracht van gewijsde: degene, die deze voorschriften na te komen heeft, kan daar ook mee volstaan.

De Hinderwetsvergunning, zijnde een uitspraak aangaande een privaatrechtelijk onderwerp door het administratief gezag, is een misleidend rechtsinstituut.

Men is tot het stelsel der Overheidsvergunning gekomen, omdat het inderdaad een middel van veel efficienter preventieve werking is, dan het enkel uitvaardigen van voorschriften zonder meer. Men voorkomt b.v. meer onheil door het inrichten van een garage afhankelijk te stellen van een vergunning, die niet verleend wordt alvorens het plan aan de daarvoor geldende regels getoetst is, dan door het enkel stellen der rechtsregels met strafbedreiging tegen de schending daarvan.

Houdt de vergunning een verklaring in, dat de voorgenomen handeling of geprojecteerde toestand voldoet aan rechtsregels, welke niet ten doel hebben de bescherming van bijzondere personen, dan zullen geen moeilijkheden ontstaan. Het geldt hier een questie tusschen de Overheid en een aan die rechtsregels onderworpen individu, een questie dus welke derden niet raakt. Al zou ook de verklaring ten onrechte zijn afgegeven, en de, inmiddels plaats gehad hebbende handeling inderdaad onrechtmatig geweest zijn, dan zal toch een eventueele vordering ex art. 1401 B. W. niet kunnen slagen, omdat, naar men mag aannemen, hierbij steeds de eisch gesteld moet worden, dat de geschonden rechtsregel ook ten doel heeft de bescherming van den gelaedeerden. De burgerlijke rechter zal in deze zaak niet gemoeid kunnen worden.

De moeilijkheden komen eerst, wanneer de verklaring inhoudt, dat de voorgenomen handeling of geprojecteerde toestand in overeenstemming is met regels van burgerlijk recht, zooals, althans ten deele, het geval is met de Hinderwetsvergunning, al of niet onder voorwaarden. Hier is er een derde, te wiens behoeve die regels gesteld zijn en die zich met succes tot den rechter zal kunnen wenden om de zaak, met terzijdelegging van de desbetreffende Overheidsverklaring, zelfstandig te onderzoeken.

De fout is, zooals Mr. VAN HOUTEN bij de behandeling der wet in 1875 opgemerkt heeft, dat men hierbij het burgerlijk recht onder de administratie gebracht heeft.

Jure constituendo ware ten aanzien van de bijzondere belangen der buren als volgt te handelen, eenigszins de aan-

wijzigingen door Mr. VAN HOUTEN gegeven, volgende. Tusschen tweeërlei regeling ware te kiezen:

1°. Uitwerking van de bepalingen van art. 703 B. W. Niet in de wet zelf, maar door den plaatselijken wetgever. Ofschoon het niet wenschelijk is voor de voorschriften van burenrecht een uniforme regeling te treffen, is aan de moeilijkheid, dat verschil in plaatselijke gesteldheid verschil in voorschriften vraagt, voldoende tegemoet gekomen, door een en ander imperatief (76) op te dragen aan den plaatselijken wetgever. Zoo verscheiden zullen die omstandigheden niet zijn, dat de voorschriften van burenrecht per se slechts voor het speciale geval te geven zouden zijn.

In Frankrijk is men op het stelsel der vergunning grootendeels teruggekomen, ook wat betreft het industrieele gebruik van den eigendom.

Voor diverse groepen van inrichtingen maakt men weder een algemeene regeling (77).

Sinds de Wet van 19 Dec. 1917, welke het Decreet van 1810 vervangen heeft, behoeven de inrichtingen, die noch voor de openbare gezondheidstoestand, noch voor de omwonenden groote inconveniënten kunnen meebrengen, geen autorisatie meer, maar kan volstaan worden met een verklaring van oprichting, gericht aan den préfet. Deze stelt voor zijn departement de algemeene voorschriften vast, waaraan de inrichtingen te beantwoorden hebben, met betrekking tot de veiligheid en de algemeene gezondheidstoestand, alsmede ten behoeve van de omwonenden. Deze reglementen behoeven de goedkeuring van den Minister van Handel en Nijverheid, die deze toetst aan een modelreglement, naar hetwelk de reglementen ontworpen zijn, behoudens de door de plaatselijke toestand gemotiveerde afwijkingen.

2°. Als alternatief stelde Mr. VAN HOUTEN voor de jurisprudentie haar loop te laten. Waarschijnlijk doelde deze afgevaardigde hier op de verbodsactie, gewoonlijk gebaseerd op art. 625 B. W. en de vordering tot schadevergoeding ex art. 1401 B. W., j°. art. 625 B. W.

Voorkomen is echter beter dan genezen, waarom het aanbeveling verdient het preventieve stelsel, de methode van het voorafgaand onderzoek, te behouden. Onder anderen vorm echter; de vergunning zou, zooals gezegd is, zeer goed te vervangen zijn door een declaratoir vonnis gewezen door den burgerlijken rechter. De voordeelen van de aan de oprichting voorafgaande vergunning blijven behouden, terwijl ook den fabrikant rechtszekerheid gewaarborgd wordt.

---

(76) Zooals het geval is in art. 1 der Woningwet.

(77) Zie M. FRAISSAINGEA, Les établissements dangereux, insalubres ou incommodes, thèse, Toulouse 1922.

Van juridisch-dogmatisch standpunt zou hier alles voor te zeggen zijn. De toepassing van regels van burgerlijk recht, de uitspraak wat in dezen rechtens is, wordt gebracht bij den burgerlijken rechter. Een mogelijke samenloop van verklaringen betreffende hetzelfde onderwerp door twee machten, door het administratief gezag en door den rechter zal vermeden worden.

Het zou aanbeveling verdienen het uitlokken van een rechterlijk declaratief door hem, die als eigenaar of gebruiker van een erf een bepaald bedrijf wil beginnen, verplichtend te stellen; een en ander op diens kosten. De in art. 2 der Hinderwet gevolgde methode kan ook hierbij gevolgd worden; de verplichting geldt voor de oprichting van bepaalde, limitatief genoemde inrichtingen.

De rechter zou bij het vonnis min of meer uitgewerkte, speciale voorschriften kunnen geven, toepassingen van den bovengeciteerden algemeenen regel van het burerecht.

Een en ander eischt verfijning van de rechtspraak. De rechter zal zich bij zijn declaratief niet kunnen bepalen tot het verbod om hinder of schade toe te brengen zonder meer, doch hij zal moeten aangeven welke speciale voorzorgsmaatregelen genomen dienen te worden.

De openbare en bijzondere kennisgevingen zullen vervangen kunnen worden door een openbare dagvaarding, gericht aan allen, die zich tegen de oprichting van het bedrijf zouden willen verzetten, terwijl ook de omwonenden, of hen die binnen een kring van bepaalden straal gevestigd zijn of eigendommen hebben, in het bijzonder gedagvaard zullen worden. Misschien waren deze laatsten eenvoudig op te roepen bij aangeteekend schrijven.

Deze procedure voor den rechter zal, waar de Hinderwetsprocedure reeds naar het burgerlijk proces gemodelleerd is, hiermede veel overeenkomst hebben. De burgerlijke rechter heeft dus slechts de taak van het administratief gezag over te nemen. Bij laatstgenoemde regeling zullen de voordeelen der huidige Hinderwet behouden blijven, terwijl de gebreken, die deze aankleven, zullen verdwijnen.

Een en ander maakt deze regeling tot handhaving van het burenrecht verkieslijker dan de eerstgenoemde.

Schiedam Mr. Ir. M. M. van Praag

Iets over het Rechtskarakter van Spaarbankboekjes

DOOR

MR. J. H. GROEN

De Spaarbankboekjes worden onderscheiden in drie soorten t.w. de boekjes zuiver op naam, de boekjes aan toonder en de boekjes op naam doch betaalbaar aan toonder.

Meer dan de helft van de particuliere spaarbanken, waaronder die te 's Gravenhage, geven boekjes zuiver op naam uit en aangezien ook de Rijkspostspaarbank uitsluitend dergelijke boekjes kent, behoeft men er niet aan te twijfelen, dat deze categorie ver in de meerderheid is. Deze boekjes geven aan de inleggers de grootst mogelijke waarborg. Indien terugbetaling aan een niet rechthebbende geschiedt, is de bank verplicht nogmaals te betalen Dit maakt dat de banken nauwkeurig de identiteit van degenen, die zich met het boekje om terugbetaling aandienen, moeten onderzoeken. Verlangt een ander dan degene te wiens name de vordering staat, terugbetaling, dan moet hij zijn recht bewijzen.

In het bijzonder met betrekking tot boekjes op naam van vereenigingen en andere privaatrechtelijke lichamen geeft het onderzoek naar de personen, die gerechtigd zijn terugbetaling te ontvangen, vrij veel moeite in verband met raadpleging van statuten en wisseling van bestuurders enz. En aangezien het recht op terugbetaling hier in nauw verband staat met de tenaamstelling van het boekje moet er in het bijzonder op gelet worden, dat juiste hoofden van rekening worden toegelaten. Dit laatste kost bij een instelling als de Rijkspostspaarbank bij welke allerlei comité's en vereenigingen zonder rechtspersoonlijkheid en zelfs zonder statuten, aankloppen voor belegging van bijeengebrachte gelden heel wat hoofdbreken.

Voor een niet rechthebbende heeft een boekje op naam in het algemeen geen waarde. Voor den rechthebbende is het een beperkt bewijsmiddel. Het boekje is te beschouwen als een onderhandsche akte en derhalve zijn de bepalingen, die het B W. omtrent de bewijskracht van die akten bevat, daarop van toepassing. Daaruit vloeit voort, dat de aanteekeningen in het boekje, willen zij bewijskracht hebben, moeten zijn geschreven door een daartoe bevoegden employé der bank

(art. 1912 B.W.) (1). Dit pleegt te geschieden en daarom bewijst het boekje, dat op de aangegeven data de aangegeven bedragen ten name van den inlegger zijn ingelegd. Het feit, dat een boekje een bepaald tegoed aanwijst, is voor den rechthebbende bewijs van zijn vorderingsrecht tot dat bedrag, behoudens tegenbewijs der bank, dat het bedrag reeds geheel of ten deele is terugbetaald. Het bewijs van terugbetalingen kan de bank niet met de aanteekeningen in het boekje leveren, omdat daaruit niet blijkt, dat de terugbetaling aan den rechthebbende heeft plaats gevonden. Voor elke terugbetaling moet uit dien hoofde een kwijting worden opgemaakt, waarvan de handteekening gewoonlijk moet dienen om de identiteit van den inlegger te controleeren

Het spaarbankboekje op naam is dus niet een waardepapier, het vormt niet het *uitsluitend* bewijsmiddel voor den rechthebbende Het vorderingsrecht van den inlegger bestaat onafhankelijk van het boekje. Wel kan een inlegger zonder het boekje geen terugbetaling bekomen, doch dat is slechts om het boekje als doorloopend bewijsmiddel van den stand der vordering bij te houden. Is het verloren geraakt dan wordt met inachtneming van de noodige voorzorgsmaatregelen steeds een duplicaat uitgereikt. Omdat het vorderingsrecht onafhankelijk van het boekje bestaat, is het mogelijk hier, in tegenstelling tot order en toonderpapier, een recht op het boekje aan te nemen onafhankelijk van het recht op de vordering. Het eigendomsrecht op het boekje zal dan door de gewone regelen, voor lichamelijke roerende zaken geldende, worden geregeld. Dit geldt tijdens het bestaan van het vorderingsrecht en natuurlijk ook indien het vorderingsrecht b.v. door betaling is vervallen. De bezitter te goeder trouw kan dan als de eigenaar worden aangemerkt.

Bij deze categorie van boekjes kan het vorderingsrecht slechts worden overgedragen overeenkomstig art. 668 lid 1 en 2 B.W. Noodig is derhalve een akte van cessie en beteekening daarvan aan de bank of aanneming of erkenning van de overdracht door haar Voor vestiging van een pandrecht op de vordering is overeenkomstig art. 1199 B.W. minstens een kennisgeving van den pandgever aan de bank vereischt. In den regel zal wel een akte van inpandgeving door de bank worden gevorderd. Voor één enkele inpandgeving is deze moeite niet zoo bezwaarlijk. Enkele malen komt het in de praktijk echter voor, dat een comité of een instelling en masse waarborgsommetjes ten name van belanghebbenden

---

(1) Die aanteekeningen zijn niet te beschouwen als kwijtingen en vallen dus niet onder de voor deze geschreven bepalingen nopens medeonderteekening door de directie eener bank. Hof Amsterdam, 27 Februari 1924 N. Jur. 1926, 148.

op spaarbankboekjes wil beleggen. Dan brengt het opmaken van akten voor de veelal kleine bedragen zooveel last en ook zegelkosten mede, dat het gebruik van spaarbankboekjes op naam hiervoor allerminst aanbeveling verdient.

Van praktisch belang is voorts, dat schenking van het vorderingsrecht alleen geldig kan geschieden bij notarieele akte (1719 B.W.) Het gebeurt wel eens, dat een inlegger op zijn sterfbed zijn spaarbankboekje weggeeft. Uit piëteit wacht de begiftigde dan met het opvragen van het saldo tot na het overlijden van den inlegger; maar als het een boekje op naam was, vischt hij achter het net, daar er geen geldige schenking tot stand is gekomen en het gebrek in den vorm ook niet meer is te verhelpen.

Een veel belangrijker gevolg voor de praktijk, voortvloeiend uit het rechtskarakter van boekjes op naam, is de omstandigheid, dat indien het vorderingsrecht door overlijden van den inlegger of van zijn echtgenoot in een gemeenschap van goederen valt, alle rechthebbenden op die gemeenschap voor terugbetaling hun medewerking moeten verleenen. Indien het tegoed van eenige beteekenis is, zal een bank dan in den regel overlegging van een verklaring van erfrecht van een notaris of kantonrechter vorderen, om zooveel mogelijk zekerheid te hebben, dat van alle rechthebbenden kwijting wordt ontvangen.

Ten slotte moet men er rekening mede houden, dat conservatoir of executoriaal beslag op het saldo tegoed bij boekjes op naam steeds onder de spaarbank moet worden gelegd (wat postspaarbankboekjes betreft onder den Staat). Met inbeslagneming van het boekje zelf bereikt men hier niets, omdat het boekje geen waardepapier is.

De aandacht dient er op te worden gevestigd, dat de vorderingen op de Rijkspostspaarbank, wat betreft uitbetaling aan andere personen dan te wier name zij staan, niet met vorderingen op naam bij de gewone spaarbanken kunnen worden gelijkgesteld. In de Postspaarbankwet is n.l. bij de wijziging dier wet van 1895 de bepaling opgenomen, dat behoudens de bevoegdheid van dengene, die de ouderlijke macht of de voogdij over een minderjarige inlegger uitoefent, terugbetaling op een spaarbankboekje uitsluitend mag plaats vinden aan den inlegger (dat is degene op wiens naam het boekje staat) en aan dengene, die door den inlegger daartoe is gemachtigd. In 1909 werd aan deze opsomming nog toegevoegd: degene die bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak tot terugbetaling bevoegd is verklaard. Waarom deze limitatieve opsomming in de wet is opgenomen, blijkt uit de desbetreffende Kamerstukken niet. Men vindt iets dergelijks in art. 33 lid 1 van de Grootboekwet 1913,

waar is bepaald, dat behoudens de in deze wet gemaakte uitzonderingen, geen overschrijving geschiedt dan op aanvraag van den eigenaar der inschrijving. Deze bepaling houdt daar blijkens de Memorie van Toelichting op het desbetreffende ontwerp, verband met art. 22 dier wet, waar de directie wordt ontheven van de plicht om een onderzoek in te stellen naar de geldigheid van rechtshandelingen, welke aan een verzoek tot overschrijving ten grondslag liggen. De bedoeling is dus daar beperking van de aansprakelijkheid van den Staat en dat is bij het Grootboek rationeel, omdat daar steeds sprake is van *overdracht* van vorderingen. Bij de Rijkspostspaarbank evenwel gaat het altijd om terugbetaling. Overdrachten van spaarbankvorderingen komen zelden voor, zoodat het geen zin heeft het risico van den Staat voor de rechtsgeldigheid daarvan te beperken. Ik neem dan ook aan, dat het motief dat bij de Grootboekwetgeving heeft gegolden, aan art. 10 lid 8 der Postspaarbankwet niet ten grondslag ligt.

Zooals de bepaling thans luidt, gelijkt zij eenigszins op art. 1421 lid 1 B. W.: „De betaling moet gedaan worden aan den schuldeischer of aan iemand, die volmacht van hem heeft of die door den rechter of door de wet gemachtigd is om voor denzelven te ontvangen." In lid 8 wordt echter niet gerept van dengene die *door de wet* gemachtigd is. Verder wordt er niet gesproken van machtiging *door den rechter* doch van een vonnis in kracht van gewijsde gegaan. Dit vormt een belangrijke afwijking van het burgerlijk recht. Indien b.v. het spaarbanksaldo van een gehuwde inlegger of inlegster door overlijden van de echtgenoot(e) in een gemeenschap van goederen valt, blijft krachtens dat lid 8 alleen de persoon, te wiens name de vordering staat, tot terugvordering bevoegd. Ook is cessie van een spaarbankvordering op grond van dezelfde bepaling niet mogelijk. Terugbetaling kan een derde slechts verkrijgen op een volmacht van den inlegger of krachtens een rechterlijk vonnis. Natuurlijk mag in sommige gevallen als bv. bij een akte van schenking wel worden aangenomen, dat de vereischte machtiging in de rechtshandeling ligt opgesloten. Met een al te consequente toepassing van de bepaling zou men spoedig vastloopen. Men zou dan immers moeten betwijfelen of een wettelijk vertegenwoordiger (curator of provisioneel bewindvoerder), iemand, die het vruchtgebruik van een spaarbankvordering bezit, ja zelfs of de erfgenamen van een inlegger wel terugbetaling op een postspaarbankboekje kunnen verkrijgen.

Voor de Postspaarbanken in Ned. Oost-Indië, Suriname en Curaçao is hetzelfde stelsel aanvaard en het verdient opmerking, dat men bepalingen in den geest van art. 10 lid 8 der Postspaarbankwet ook kan vinden in enkele statuten

van particuliere spaarbanken. Zoo komt b.v. de bepaling voor, dat overdracht van een spaarbankvordering door de bank niet wordt erkend, of wel, dat het boekje in geen geval mag worden verpand of op naam van anderen mag worden overgedragen.

In de tweede plaats moeten ter sprake worden gebracht de boekjes aan toonder. Deze komen van de drie soorten het minst voor. Er zijn echter verschillende belangrijke particuliere spaarbanken, waaronder de spaarbank voor de stad Amsterdam, die boekjes van dit rechtskarakter uitgeven. Het feit dat ook deze boekjes ten name van een bepaald persoon zijn gesteld, vormt voor het karakter van toonderpapier geen bezwaar. Door de rechterlijke macht is dit uitdrukkelijk erkend (2). Volgens de thans heerschende leer (3) moet bij deze boekjes als schuldeischer der bank worden beschouwd de *eigenaar* der vordering. Aangezien nu bij toonderpapier het recht op het boekje en het recht op de vordering niet zijn te scheiden, moet men krachtens art. 2014 B. W. als eigenaar der vordering aannemen de bezitter te goeder trouw van het boekje. Krachtens hetzelfde artikel mag voorts van den houder nooit bewijs van zijn recht gevorderd worden. De bank kan daarom aan den onrechtmatigen houder alleen uitbetaling weigeren, indien zij kan aantoonen, dat hij de rechtmatige houder (de eigenaar) niet is.

Opgemerkt zij, dat de diepere bedoeling, welke bij toonderpapier in den regel voorzit, n.l. een vordering gemakkelijk verhandelbaar te maken, hier niet aanwezig is. Het gaat er bij deze boekjes alleen om, de gunstige positie, waarin de schuldeischer en de schuldenaar bij toonderpapier verkeeren, toepasselijk te maken. Zoowel voor de administratie der bank als voor de inleggers leveren deze boekjes inderdaad veel gemak op. Omdat de bank gevrijwaard is tegen risico van terugbetaling aan niet rechthebbenden, behoeft nimmer bewijs van identiteit of van recht te worden geleverd. Vooral voor groote banken is dit van veel belang. De moeite toch verbonden aan het controleeren van handteekeningen en zoo noodig van het opmaken van volmachten valt hier geheel weg. Boekjes ten name van vereenigingen vereischen hier geen extra werk voor de administratie. Aan juiste tenaamstellingen behoeft men geen zorg te besteden, omdat deze hier niet van belang zijn voor de vraag, wie recht op terugbetaling heeft. Onderzoek naar de rechthebbenden na over-

(2) Zie Rechtb. Amsterdam 29 Dec. 1905, W. 8456.

(3) Zie MOLENGRAAFF 1923 I, blz. 399; POLAK, SCHELTEMA III 1927 blz. 53 e. v.

lijden van inleggers of hun echtgenooten behoeft niet plaats te vinden. Deze vereenvoudigingen brengen voor belanghebbenden tevens een besparing aan zegelkosten mede.

Nog enkele andere voor de praktijk belangrijke verschilpunten met de boekjes op naam zijn te vermelden. Zoo is hier voor schenking ingevolge art. 1724 B. W. en voor overdracht van de vordering ingevolge art. 668 lid 3 B. W. bloote overgave van het boekje voldoende. Ook pandrecht kan bij deze boekjes ingevolge art. 1198 B. W. worden gevestigd door overgave van het boekje. Instellingen, die waarborgsommen en masse op spaarbankboekjes wenschen te beleggen, dienen zich dus bij voorkeur te wenden tot een spaarbank, die boekjes aan toonder uitgeeft.

Voorts is nog van belang, dat derden beslag op het tegoed onder de spaarbank niet mogelijk is. Beslag dient hier op het boekje zelf te worden gelegd.

Een schaduwzijde van de boekjes aan toonder is, dat bij verlies van het boekje de inlegger niet gemakkelijk een duplicaat kan verkrijgen, omdat de bank tegenover derde houders aansprakelijk blijft. Voor de afgifte van een duplicaat eischen de desbetreffende banken dan ook gewoonlijk, dat de inlegger persoonlijke of zakelijke zekerheid stelt en indien hij dat niet kan, moeten vaak drie en meer jaren verloopen alvorens een duplicaat wordt afgegeven.

Thans nog een enkel woord over de derde categorie, de boekjes op naam doch betaalbaar aan toonder.

Deze boekjes komen bij de particuliere spaarbanken niet in zoo grooten getale voor als de boekjes op naam maar toch veel meer dan de boekjes aan toonder. Als de grootste spaarbank, welke deze boekjes uitgeeft, kan genoemd worden de Spaarbank te Rotterdam. Niet alleen de spaarbanken echter, ook de boerenleenbanken kennen spaarboekjes van deze categorie.

Het rechtskarakter van deze boekjes is niet zoo eenvoudig als dat van de beide vorige categorieën. Men heeft bij deze boekjes te doen met vorderingen op naam, waarbij is overeengekomen, dat het boekje bijzonder legitimatiemiddel zal zijn, op vertoon waarvan de bank mag uitbetalen (4). Ter aanduiding van het karakter der boekjes vindt men in de statuten der desbetreffende instellingen gewoonlijk vermeld, dat de bank niet verplicht, maar wel *bevoegd* is om in geval van twijfel van den houder bewijs van zijn identiteit en zijn recht te vorderen. Men moet daarom aannemen, dat alleen

(4) Zie MOLENGRAAFF 1923, I blz. 282. Hof Arnhem 11 Nov. 1914 N. J. 1914, 1335.

de houder te wiens name het boekje staat of die kan bewijzen, dat het vorderingsrecht op hem is overgegaan, de bank in rechte kan aanspreken. In de jurisprudentie wordt dit ook aldus aangenomen (5). Door terugbetaling aan elken willekeurigen houder van het boekje is de bank evenwel steeds rechtsgeldig gekweten. Ook door uitbetaling aan een minderjarige of een gehuwde vrouw. Hoewel deze personen niet handelingsbekwaam zijn, kunnen zij immers rechtsgeldig als gemachtigden worden aangewezen, zoodat uitbetaling aan hen rechtsgeldig *kan* zijn. En dit is voldoende. In verband met het voorschrift van art. 1374 B.W., dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gelegd, zal de bank aan den houder natuurlijk niet mogen uitbetalen, indien zij weet of vermoedt, dat hij de rechtmatige houder niet is. Aangezien het hier in wezen vorderingen op naam betreft, dient overdracht der vordering te geschieden door een akte van cessie overeenkomstig art. 668 lid 1 en 2 B. W. Deze moeilijker overdraagbaarheid pleit niet ten nadeele van deze boekjes, omdat, zooals reeds hierboven werd opgemerkt, aan verhandelbaarheid van spaarbankboekjes geen behoefte bestaat. De rechtsfiguur van boekjes op naam doch betaalbaar aan toonder past juist beter bij het wezen van het spaarbankboekje dan die van toonderpapier.

Beslag op het vorderingsrecht dient bij deze derde categorie van boekjes onder de bank te worden gelegd. Voor het vestigen van pandrecht is overeenkomstig art. 1199 B.W. minstens een kennisgeving aan de bank noodig.

Ten slotte dient er de aandacht op te worden gevestigd, dat de bank bij verlies van het boekje de afgifte van een duplicaat niet zoo moeilijk behoeft te maken als bij de boekjes aan toonder. Verlangt later iemand op het oorspronkelijk boekje nog eens terugbetaling dan behoeft zij daaraan niet te voldoen. Zij kan van den houder bewijs van zijn recht vorderen. Het risico voor den inlegger bij verlies of diefstal van zijn boekje is in verband hiermede betrekkelijk gering, indien maar terstond aan de bank van de vermissing kennis wordt gegeven, opdat terugbetaling aan een niet rechthebbende kan worden voorkomen. Het feit dat voor de afgifte van duplicaten niet bijzonder bezwaarlijke bepalingen behoeven te worden vastgesteld, hebben de boekjes van deze derde categorie vóór op die van de tweede. Voor de administratie en voor de inleggers zijn overigens toch de voornaamste voordeelen van de boekjes aan toonder aanwezig. Omdat is overeengekomen, dat het boekje legitimatiemiddel

(5) Zie Rechtbank Rotterdam, 16 Dec. 1907, W. 8783. Anders ten onrechte Rechtbank Rotterdam, 18 Oct. 1897, W. 7071.

is, behoeft de identiteit en het recht van den houder in het algemeen niet te worden vastgesteld. Bij terugbetaling behoeft geen handteekeningscontrôle plaats te vinden. Na overlijden van den inlegger of diens echtgenoote kan een onderzoek naar de rechthebbenden op het tegoed in den regel uitblijven.

Ik aarzel dan ook niet om voor de groote particuliere spaarbanken aan de laatst besproken categorie de voorkeur te geven, zoowel in theoretisch als in praktisch opzicht.

Dat het publiek de faciliteiten, die bij terugbetaling aan toonder mogelijk zijn, op prijs stelt en de daarmede verband houdende risico geen moeilijkheden oplevert, blijkt wel uit de ervaring, welke bij de particuliere spaarbanken te Rotterdam en te Amsterdam is opgedaan. Beide banken geven aan inleggers, die zulks verlangen, boekjes zuiver op naam uit. Niet alleen te Rotterdam, doch ook te Amsterdam, waar de spaarbank naast de boekjes op naam boekjes aan toonder kent, is de uitgifte van boekjes op naam van geen beteekenis vergeleken bij de aantallen van de andere categorie.

Dat de samenstellers van statuten van particuliere spaarbanken altijd een heldere voorstelling hebben gehad van het rechtskarakter van het door hen in het leven geroepen spaarbankboekje kan niet worden beweerd. Meermalen geven de statuten omtrent het rechtskarakter van het boekje geen afdoende regeling. Men zal natuurlijk boekjes zuiver op naam moeten aannemen, indien niet het tegendeel blijkt. De vaak voorkomende bepaling, dat terugbetaling op vertoon van het boekje geschiedt, zegt omtrent het rechtskarakter van het boekje niets. Immers bij alle drie categorieën van boekjes geschiedt terugbetaling slechts na overlegging van het boekje. Men mag uit genoemde bepaling dus niet afleiden, dat er sprake is van een spaarbankboekje van de tweede of derde categorie.

Voor de uitlegging van statuten is het voorts van belang te bedenken, dat een bank, welke boekjes uitgeeft die in wezen vorderingen op naam zijn, bij terugbetaling op vertoon van het boekje aan een niet rechthebbende alleen dan van aansprakelijkheid is ontslagen, indien dit duidelijk uit de statuten blijkt. Vaak treft men onderling tegenstrijdige bepalingen aan. Het heeft b.v. bij boekjes op naam geen zin te bepalen, dat de bank bevoegd is het recht van den houder te onderzoeken. De bank is daartoe verplicht. Bij boekjes aan toonder echter is een dergelijke bepaling geheel in strijd met het toonderkarakter.

Als voorbeeld van een onvoldoende regeling van het rechtskarakter kan de volgende bepaling worden genoemd, welke

in verschillende statuten van spaarbanken voorkomt, zij het dan ook in telkens eenigszins andere bewoordingen. „Terugbetaling geschiedt aan den houder van het boekje; ingeval van twijfel of de houder gerechtigd is, mag de uitbetaling worden uitgesteld, totdat daaromtrent voldoende opheldering is verstrekt".

Het is duidelijk, dat men hier geen boekjes zuiver op naam heeft willen creëeren, maar toch is het bezwaarlijk om hier boekjes van eene andere categorie aan te nemen; boekjes aan toonder niet, omdat bewijs van recht kan worden gevraagd, boekjes op naam doch betaalbaar aan toonder niet, omdat de aansprakelijkheid van de bank voor onrechtmatige terugbetalingen nergens is uitgesloten. Dit laatste is natuurlijk wel de bedoeling geweest.

Meermalen wordt in de statuten onderzoek naar de identiteit en het recht van den houder bij uitbetaling voorgeschreven en toch daarnaast de aansprakelijkheid van de bank voor terugbetaling aan een niet rechthebbende uitgesloten. Dit maakt een vreemden indruk. Het publiek heeft dan de lasten van het onderzoek doch niet te lusten.

Verduidelijking van de statuten van verschillende spaarbanken met betrekking tot het rechtskarakter van het boekje is zeer gewenscht. Het feit dat er drie verschillende soorten spaarbankboekjes bestaan is voor het publiek al bezwaarlijk genoeg en geeft reeds tot veel verwarring aanleiding. Welk boekje een bepaalde spaarbank uitgeeft mag dus wel zeer duidelijk uit de statuten blijken.

En om misverstand te voorkomen is het tevens gewenscht in het boekje op duidelijke wijze de noodige waarschuwingen tot het publiek te richten. In de praktijk laat dat ook nog al wat te wenschen over. Wellicht komt dit omdat de waarschuwing, die bij een categorie van boekjes noodig is, tevens min of meer de bezwaren, aan die categorie verbonden, in het licht stelt. Bij de boekjes op naam moet er immers voor worden gewaarschuwd, dat voor het vestigen van een pandrecht en voor het schenken van de vordering het bloote overgeven van het boekje niet voldoende is. Deze waarschuwing dient hier niet zoo zeer voor den inlegger als wel voor den persoon met wien de inlegger in contact treedt. Meermalen zijn derden door hun goedgeloovigheid de dupe geworden, doordat zij zich tot het doen van leveranties of het aangaan van een contract lieten bewegen door een spaarbankboekje op naam als waarborg aan te nemen. De derde heeft daaraan niets, omdat hij toch geen terugbetaling daarop kan krijgen. De afgifte van een duplicaat aan den inlegger wordt er ook niet mede verhinderd. De inlegger kan aan de bank berichten, dat hij zijn boekje verloren heeft en ontvangt dan een duplicaat, waarop hij zijn saldo-

tegoed kan terugontvangen. Eerst wanneer het te laat is, wendt de derde zich gewoonlijk tot de bank om inlichtingen. Bij boekjes van de tweede en derde categorie is een ernstige waarschuwing op haar plaats, te zorgen, dat het boekje niet in verkeerde handen komt, omdat men bij uitbetaling aan een niet-rechthebbende geen verhaal heeft. Laatstbedoelde waarschuwing treft men, voor zoover mij bekend is, op boekjes van de tweede en derde categorie zelden aan.

Ook op verduidelijking van de aanwijzingen in het boekje moet dus worden aangedrongen.

C. A. KLUYVER. *Arbitrage- en conciliatie-verdragen.* — Boekhandel vh. Gebroeders Belinfante, 's-Gravenhage, 1928. — 98 blz.

Op overeenkomstige wijze als STRUPP reeds in 1917 voor de toentertijd bestaande arbitrage- en Bryanverdragen heeft gedaan (Dr. KARL STRUPP, *Die wichtigsten Arten der völkerrechtlichen Schiedsgerichtsverträge),* behandelt Mevrouw KLUYVER in haar bovengenoemd werkje systematisch de tegenwoordig tusschen de Staten geldende arbitrage- en conciliatie-verplichtingen, waarbij in het bijzonder ook aandacht aan de Nederlandsche praktijk wordt gewijd (Bijlage I: Door Nederland aanvaarde arbitrage- en conciliatie-verplichtingen). In een twaalftal korte hoofdstukken bespreekt de S. den huidigen stand van de tractaten op het punt van scheidsrechtspraak en verzoening onder de voornaamste gezichtspunten, vanwaaruit deze materie van internationaal recht bezien kan worden, zooals: de vraag of bindende beslissing voor alle, of alleen voor rechts-, in tegenstelling tot belangen- of politieke geschillen, moet aanvaard worden, en dan met of zonder uitzonderingen voor bepaalde categorieën, de keuze tusschen arbitrage, conciliatie en Volkenbondsprocedure, en tusschen arbitrage en rechtspraak van het Permanent Gerechtshof, de competentievraag, de grondslagen der uitspraken, de procedure en de sancties, zoomede de bijzondere non-agressie-verdragen of -bepalingen, die strikt genomen buiten het onderwerp vallen, doch in zeer nauw verband ermede staan. In de Bijlagen II en III wordt de stof nog eens in tabellarischen vorm weergegeven en een chronologische lijst gegeven van sinds de eerste Vredesconferentie gesloten arbitrage- en conciliatieverdragen.

Wie door de zeer ingewikkeld geworden stof der internationale geschillenbeslechting een gids wenscht, zal het werkje van Mevrouw KLUYVER met veel nut kunnen raadplegen. Het geeft een bevattelijk overzicht over wat er op dit gebied gaande is en biedt den lezer een beeld van de verscheidenheid der oplossingen en de voornaamste strijdvragen, welke de internationale praktijk te zien geeft. Meer dan aanduiden doet de S. niet; het is niet haar bedoeling, in een kritische beschouwing van de in omloop zijnde oplossingen te treden, zoodat naast haar arbeid een wetenschappelijke verwerking van het materiaal en een kritische behandeling nog alleszins op haar plaats zijn. Inderdaad is

er in de theorie nog zooveel op te helderen, bijv. over den inhoud van het telkens gebezigde begrip „juridiek geschil", over de verhouding tusschen de „politieke geschillen" en die vermeld in art. 15, 8ste lid van het Volkenbondsverdrag, enz., dat elke nieuwe wetenschappelijke uiteenzetting van deze kwesties toe te juichen is. Op internationale conferenties en bij onderhandelingen over nieuwe verdragen opereert men met de aangehaalde en allerlei andere geijkte termen, alsof deze vaststaande grootheden vertegenwoordigen, terwijl zij in werkelijkheid zeer uiteenloopende beteekenissen hebben in den geest der onderhandelaars of hunner adviseurs. Soms krijgt de objectieve beschouwer zelfs den indruk van min of meer tegenover een Babylonische spraakverwarring te staan, welke het internationaal misverstand slechts bevorderen kan. Ik verwijs op dit punt alleen maar naar artikel 38 van het Statuut van het Internationale Gerechtshof, dat met zijn bewoordingen de meest uiteenloopende theoretische beschouwingswijzen dekt, en naar de opmerkingen, welke de Italiaansche vertegenwoordiger in den Volkenbondsraad Scialoja in December 1925 aan het verdragencomplex van Locarno heeft gewijd (verg. Résumé Mensuel des travaux de la Société des Nations, Supplément van December 1925, blz. 26). Over deze kwesties zou nog heel wat te zeggen zijn, maar ik onthoud mij er hier van, daar ook de S. van het bovenaangehaalde overzicht zich daarin niet begeven heeft. Als oriënteerende inleiding in het hedendaagsche arbitragerecht beveel ik het werkje gaarne aan.

J. H. W. Verzijl

De Staat en het Volksonderwijs in Engeland, door Dr. PHILIPS J. IDENBURG. Uitgave J. B. Wolters U.-M. Groningen. — Gebonden f 5.90.

Deze, nu als vrije studie aangeboden, dissertatie van Dr. PHILIPS J. IDENBURG, is in meer dan een opzicht een verdienstelijk stuk werk.

Wij zouden zoo geneigd zijn te denken, dat de velerlei en langdurige moeilijkheden, waarmede wij te worstelen gehad hebben om tot een goede oplossing van het lager-onderwijsvraagstuk, beter gezegd van de l.-o. vraagstukken te komen, inherent zijn aan onzen land- en volksaard, aan onze geschiedenis en aan onze religieuse volksconstellatie en dan doet het buitengewoon goed eens te lezen hoe andere volken, in casu het Engelsche, met dezelfde problemen zitten, wat gemoduleerd, wat anders geaccentueerd, maar in wezen dezelfde vraagstukken, met soms verrassende overeenkomsten in de argumentatie van het pro- en contra. Ik noem als voorbeelden de problemen van: het openbaar en/of het bijzonder onderwijs, en in verband daarmede: de subsidieering, de vrijheid in en/of de gebondenheid aan leerplan en rooster; de Rijks- en/of de bijzondere inspectie; uitgebreid L. O. en/of M. O.; leerplicht tot het 13 en/of 14de en verdere levensjaar; de gehuwde onderwijzeres al of niet in de school; het godsdienstonderwijs al of niet op de openbare scholen; de onderwijzersopleiding door kweekscholen of door M. O. met een supplementaire-vakopleiding; de salariëering der leerkrachten; de rechtspositie der onderwijzers; de plaats en den invloed der onderwijzers-vakvereenigingen; de pensioenregeling al of niet met premiebetaling, met pensioengerechtigheid op 60- of 65-jarigen leeftijd.

Tout comme chez nous.

Er ontbreken zelfs niet aaneenschakelingscommissies, bevredigingscommissies, bezuinigingscommissies, zelfs is er een analogon met art. 40 uit ons salarisbesluit.

En er overvalt ons daarbij ook nog wel een gevoel van bevrediging, als wij bij die vergelijking nagaan, dat we met de oplossing der kwesties inderdaad eenige stappen verder zijn en op legislatief gebied Engeland ontwijfelbaar voorbij gestreefd hebben.

Als van zelf dringt die paralleleering zich aan ons op en de schrijver, doorkneed ook in de geschiedenis van onzen schoolstrijd, blijkens zijne artikelen in onderwijsbladen en perio-

dieken als „Stemmen des Tijds" en „Volksontwikkeling", heeft zich geen oogenblik los kunnen maken van die analogie. De inleiding getuigt er reeds in de eerste zinnen van en hoewel schrijver confessie doet van zijn overtuiging in dezen, heeft die toch in geen enkel opzicht zijn objectiviteit beneveld. Gelukkig behoort hij tot de jongeren, die de oplossing van een verbitterden 30-jarigen strijd op hun weg hebben gevonden als chose faite — en staat hij zelf chronologisch ver genoeg van den oorsprong en den aanvang van het geschil af om in een poging tot objectiveering te slagen.

Reeds in de inleiding kan hij al een der fundamenteele vraagstukken aanvatten, die de materie beheerschen. Voor hem hebben leuzen, als tijdelijke cristalisaties van inwendige processen, weinig waarde, zoo ze niet wetenschappelijk doordacht zijn. Eén van die fundamenteele problemen is wel het ouderrecht. Kan en mag de Staat schoolmeesteren, behoort de school aan de ouders of aan de gemeenschap; ziehier vragen, die alleen een bevredigend antwoord krijgen, wanneer de grondslagen van het ouderrecht en het Staatsrecht eenmaal vastgelegd zijn.

Wij hebben die periode reeds achter den rug; het bijzonder onderwijs stoelt op dat ouderrecht; het openbaar onderwijs vertoont in het streven om uitbreiding van de rechten en plichten der oudercommissies reeds een duidelijke ombuiging naar de grondslagen van het bijzonder onderwijs. In Duitschland staat men nu pas aan het begin hiervan. En ook daar een profusie van brochures, strijdschriften, verhandelingen en pamfletten. Rechtsgeleerden en politici, paedagogen en theologen trachten elk door de gaven hun geschonken, in woord en geschrift hun standpunt zoo bevattelijk mogelijk te formuleeren en te fundeeren.

Zoo is ook de functie van den Staat in dezen nog niet overal vaststaand „begründet". Het schrijven van een samenvattend werk over deze vraag en het complex van vragen, hiermede verwant, vereischt een zeldzame veelzijdigheid. Philosoof en historicus, staatsman, paedagoog en jurist zouden daartoe in één man vereenigd moeten zijn.

En dan de veelzijdigheid van het vraagstuk — hoe anders georiënteerd naar gelang van de verhoudingen, historisch vastgelegd in de verschillende landen. Terecht wijst de schrijver op SPRANGER's rede voor de Pruisische Academie van Wetenschappen, over: „die wissenschaftlichen Grundlagen der Schulverfassung und Schulpolitik". Wie gelooft thans nog in ernst, zoo vraagt deze, dat alle landen en tijden dezelfde schoolorganisatie zouden kunnen en moeten hebben. Ook de meest overtuigde rationalist heeft ten slotte ingezien dat schoolinrichting en onderwijswetgeving op een

zekere, historisch bepaalde, cultureele constellatie gestoeld zijn en dat zij haar juistheid niet ontleenen aan het feit, dat zij overal juist zijn, maar in haar juiste verhouding tot de gegeven cultuur en den bestaanden staatsvorm, zooals deze zich voortdurend ontwikkelen.

Hoe principiëel ten onzent de schoolstrijd ook moge gevoerd zijn, dat hebben toch de opposanten ook wel ingezien; tenzij men, negeerende alles wat er tot stand gekomen is, als hervormd of staatkundig gereformeerd Staatspartijman de oogen sluit voor die werkelijkheid en terug grijpt naar een verleden, dat zelf nooit consequent toegepast. geen oplossing geeft voor de problemen van onzen tijd.

't Is een groote verdienste van dit boek, langs de historische paden, from the earliest times, de ontwikkeling van de Staatsbemoeiing rustig en zuiver te hebben nagegaan en, waar het volk nog niet heeft gesproken, de besten uit het volk te hebben te laten spreken.

We hadden van de praktische organisatie van het Engelsche onderwijs als systeem geen hooge gedachten en weinig verwachtingen. Inderdaad heeft het Engelsche volk tot voor kort niet naar beter gevraagd.

Eigenlijk heeft de oorlog het volk pas wakker geschud. De opvoeding van den enkeling tot Gentleman heeft nu wel plaats gemaakt voor de opvoeding tot citizenship van de massa. De schrijver spreekt niet van plaats maken, maar van verdiepen. De „Gentleman" veracht de gemeenschap niet. Integendeel de oorlog heeft aan deze gemeenschapsgedachte een breeder en dieper aspect gegeven. Hij heeft een nationaalsaamhoorigheidsgevoel in het leven geroepen en men gevoelt dat dit een vrucht is, die behouden moet blijven.

Zoo kan er voor het Engelsche volk uit het verlies van zoovele menschenlevens winst voor het nageslacht komen.

De indeeling van het boek is voortreffelijk. Voor wien het corpus van het boek wat te zwaarlijvig is, die kan zich tevreden stellen met de inleiding en het laatste hoofdstuk. De litteratuurlijst, blijkende uit de opgave en de noten is zeldzaam bij.

Moge deze studie meerderen opwekken hetzelfde eens te doen voor de andere cultuurlanden om ons heen.

Haarlem BRANTS

Römisches Recht von C. SCHAEFFER U. DR. J. WIEFELS 21 Band: *Grundriss des privaten und öffentlichen Rechts sowie der Volkswirthschaftslehre herausgegeben v.* C. SCHAEFFER, Leipzig 1929.

Römisches Recht von PAUL JÖRS. II-III Band: *Encyklopädie des Rechts und Staatswissenschaft, Herausgeber* E. KOHLRAUSCH und W. KASKEL, Berlin 1927.

Duitschland is sedert enkele jaren gelukkig gemaakt met SCHAEFFER'S GRUNDRISS des privaten und öffentlichen Rechts sowie der Volkswirthschafslehre.

Ik herhaal „gelukkig gemaakt", want „Schaeffer im Kopf heiszt Examen in der Tasche" staat op het reclamebiljet; van daar een debiet van 600.000 exemplaren van de tot nu toe verschenen 26 Hefte van de 32, waarmede de serie voltallig zal zijn. Ieder Heft bevat niet meer dan 160 à 200 bladzijden.

„Römisches Recht" vormt het 21ste Heft.

De hoofdschotel bevat het privaatrecht, zooals het gold ten tijde van Diocletianus, maar, wordt er bijgevoegd, met inachtneming der latere veranderingen in verband met de beteekenis, welke het Romeinsche recht nog heeft voor het tegenwoordige in Duitschland geldende recht. (Bürg. Ges. B.).

Hiermede wordt erkend, dat deze handleiding is geschreven voor Duitsche studenten en moet worden beschouwd in tegenstelling met de compendia van de vorige eeuw, als een inleidende studie van de in het B.G.B. behandelde stof, voor zooverre deze nog berust op Rom. rechtelijken bodem.

De indeeling is nagenoeg dezelfde als die van het B. G. B.

Steeds staat den schrijver voor oogen het B. G. B. Van daar, dat meer wordt verwezen naar de over dit wetboek handelende Hefte dan naar plaatsen uit Digesta of Codex; en alleen die Latijnsche rechtspreuken worden vermeld, welke ook voorkomen in de aan het B. G. B. gewijde Hefte.

Men krijgt den indruk dat „Römisches Recht" is geschreven om aan te geven de *groote* verschilpunten met B. G. B. zooals bij bezit, mede-eigendom (gezamenderhandsche), eigendomsverkrijging, schuldoverneming (buiten novatie), ongerechtvaardigde verrijking enz. terwijl in de 6 Hefte handelende over het B. G. B. die verschilpunten meer in bijzonderheden worden uitgewerkt.

Tegelijkertijd is bij SPRINGER te Berlijn een aanvang gemaakt met de uitgave: Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, ook een serie welke 52 deelen zal bevatten. FR. VON LISZT, die dat werk op touw heeft gezet, heeft de geleerdste mannen van Duitschland en Oostenrijk tot zijne medewerkers kunnen vinden.

In deze serie wordt het Romeinsche Recht behandeld door den in 1925 overleden Weenschen hoogleeraar DR. PAUL JÖRS; een kort overzicht over het burgerlijk procesrecht is van de hand van zijn jongeren ambtgenoot LEOPOLD WENGER, dezelfde die heeft verzorgd de laatste uitgave van het bekende handboek van SOHM-MITTEIS.

Wie zich herinnert hoe JÖRS zich van zijn taak heeft gekweten in BERKMEYER'S Encyklopädie (1901), begrijpt dat VON LISZT de geschiedenis en het systeem van het Romeinsche recht aan geene betere handen had kunnen toevertrouwen. De literatuur, waar naar wordt verwezen zou nu nog vollediger en meer up to date zijn. Wetenschappelijk staat het boek op een hoog peil; b.v. een beter begrip van het bezit zal uit een ander leerboek niet te verkrijgen zijn.

En de stijl? Laten wij niet vergeten dat alleen Fransche en Italianen, doordrongen van den Latijnsche geest, vermogen het Rom. recht als een *objet d'art* te beschrijven. Van een Germaan mag dit niet worden verwacht; v. SAVIGNY had Latijnsch bloed in zijn aderen.

Het boek van JÖRS brengt den jurist tot „weiter denken als Andere gedacht haben" en beantwoordt dus aan het doel dat v. LISZT zich met zijne Encyklopädie voor oogen had gesteld.

Het is ondenkbaar dat de GRUNDRISS van SCHAEFFER aan onze universiteiten als leerboek zal worden aanbevolen, maar wel het boek van JÖRS, ondanks de dorheid van stijl. Het *a. b. c.* van iedere wetenschap is nu eenmaal droog; de viva vox van den docent moet de belangstelling wekken en de opgewekte belangstelling zal den student doen grijpen naar CUQ of GIRARD.

De vraag of het noodig zal blijven voor onze aanstaande juristen om de grondbeginselen van het private recht te leeren aan de hand van het Rom. recht is meermalen gesteld. Deze vraag hangt samen met de andere: Verdient de kennis van het Rom. recht die belangstelling, welke zij nog had in de 19de eeuw?

Het behoeft geen betoog dat het verschil tusschen een zakelijk recht en een verbintenis kan geleerd worden zonder Instituten en Pandekten.

Toch is hoe langer hoe meer noodig de kennis van den *geest* van het Rom. recht en deze kan alleen geleerd worden uit de Romeinsche jurisprudentie in de verschillende phasen

van zijne ontwikkeling. Dit wordt begrepen zelfs in die landen, waar, zooals in Engeland, Scandinavië, Rusland (althans vóór 1917), Amerika en Japan het Rom. Recht nooit kracht van wet heeft gehad. Vooral door den invloed van SIR HENRY SUMMER MAINE in zijn bekende „Essay on Roman law and legal education (Cambridge Essays 1856)" heeft men leeren begrijpen dat de geest van het Romeinsche Recht zijne universeele beteekenis had behouden en als een soort van super-recht zijn rol in de wereld zal blijven vervullen.

In de geschiedenis der beschaving is de cultureel-historische beteekenis van het oude Rome geincarneerd met die van het Recht.

Het wonder om van een vlek te worden een wereldrijk kan niet eenvoudiger verklaard worden dan met de woorden, welke Sallustius in den mond van Caesar heeft gelegd: *Majores nostri quod ubique apud socios aut hostes idoneum videbatur, cum summo studio domi exsequebantur.*

Die dispositie van den Romein om van vriend en vijand het bruikbare over te nemen verklaart tevens den groei van het Rom. Recht tot een universeel recht.

De groote lijnen van het Rom. Recht hebben dan ook den ondergang van het Rijk overleefd, en zijn overgenomen door het Pauselijk Rome. En is niet ondanks den val van Napoleon, triomphator gebleven de Romanist, POTHIER, zelfs in het land van METTERNICH, die de ziel was van de *Sainte-Alliance?*

Indien weleer zich zal doen gevoelen de behoefte aan de regeling van een internationaal contracten-recht zullen de *esprits d'élite* ook van onze juristen geroepen worden om aan den opbouw daarvan mede te werken.

Daarbij zullen de *fides* en de *aequitas* een groote rol vervullen.

Een goede notie van deze beide begrippen wordt alleen verkregen door een ernstige studie van de geschiedenis van het Rom. Recht.

Reeds op het gymnasium is ons geleerd: *fundamentum justitiae est fides,* het bekende woord van CICERO uit „*de Officiis*" waarin tevens duidelijk wordt uiteengezet de verwantschap tusschen *fides* en *aequitas.*

Doch de beteekenis van de *fides* in het Recht, haar oorsprong, de *fides* als grondslag van het *jus gentium* (het wereldrecht), hare noodzakelijkheid als factor in het sociale en economische leven, kan alleen worden gekend uit de geschiedenis van het Rom. Recht.

Meer dan ooit geldt thans de waarheid van Celsus' regel *jus est ars boni et aequi.*

Deze tooverspreuk bindt de juristen der vijf werelddeelen

en heeft mogelijk gemaakt het sluiten van internationale verdragen en het geven van bevredigende uitspraken door internationale hoven.

Den aanstaanden juristen te overtuigen van de waarheid van de spreuk van Celsus zij de taak opgedragen aan de hoogleeraren in het Romeinsche Recht aan alle universiteiten, in alle landen.

Dit is een wereldbelang.

's-Gravenhage, Februari 1929

MR. M. RIJKE

Kort begrip van het nieuwe Nederlandsche Zeerecht,
door Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF. 2e stuk.

Op blz. 365 van den vorigen jaargang kondigde ik het eerste stuk van MOLENGRAAFF'S „Kort begrip van het nieuwe Nederlandsche Zeerecht" aan. Met een enkel woord zij vermeld, dat het tweede stuk is verschenen, waarin op duidelijke wijze een overzicht wordt gegeven van de wetsbepalingen over vervrachting en bevrachting en over het vervoer van goederen en personen, gevolgd door eene bespreking van de bepalingen over sleepvaart, aanvaring, hulpverleening en berging, terwijl ten slotte worden behandeld de wijzigingen door het nieuwe zeerecht aangebracht in de titels van het Wetboek van Koophandel van zeeverzekering, van avarijen, van te nietgaan der verbintenissen in den zeehandel en in den titel van het wetboek van Burg. Rechtsv. van executoriaal beslag op- en verkoop van schepen; ook de overgangsbepalingen zijn niet vergeten.

Vooral schrijver's heldere uiteenzetting van de voorschriften over het vervoer, waarin men niet zoo gemakkelijk thuis raakt en spoedig den weg weer vergeet, zal worden gewaardeerd, zooals trouwens het geheele, thans compleete, werk. Wat MOLENGRAAFF'S Faillissementswet voor de wet op het faillissement en de surséance van betaling beteekent, is het thans verschenen werk voor het nieuwe zeerecht en men mag den schrijver, die de bepalingen van deze beide deelen onzer wetgeving voorbereidde, dank weten, dat hij, meer dan wie ook daartoe bevoegd, tevens bereid was haar commentator te zijn.

G. KIRBERGER

De leer der straf van den H. Thomas van Aquino; redevoering, uitgesproken door Prof. Mr. W. J. A. J. Duynstee C. SS. R.

Wie in deze dagen aandacht vraagt voor de leer der straf in 't algemeen, heeft daarbij één hoofddoel vast in het oog te houden: klaarheid van begrip, scherpte van formuleering. Zich bewust, dat op dit terrein van menschelijk inzicht *eenheid van voorstelling* niet te bereiken is, ja! misschien nimmer te bereiken zal zijn, heeft hij in ieder geval *zijne* voorstelling te cristalliseeren, deze weer te geven in volkomen duidelijke taal, positie te nemen met vermijding van vaagheid en dubbelzinnigheid, zich te onthouden van alle misverstand wekkende uitdrukkingen. Eerst dan zal hij eene gedachtenwisseling met hen, die eene *andere* voorstelling omtrent het aan de orde zijnde onderwerp huldigen, mogelijk maken.

Voor den hooggeleerde, die aan de Roomsch Katholieke Universiteit te Nijmegen den 3 December l.l. zijne inaugureele rede uitsprak, geldt het hier opgemerkte slechts tot zekere hoogte. Immers, hem was 't niet te doen om de leer der straf in 't algemeen maar om die van den H. Thomas van Aquino (1), patroon van de Nijmeegsche Universiteit, dus om eene bepaalde, concrete theorie over het vraagstuk, hetwelk de eeuwen door den denkenden mensch bezig hield. Toch was ook hier, bij het weergeven van de leer van een *ander*, klare uiteenzetting en scherpe formuleering, een onafwijsbare eisch, een eisch waaraan de redenaar m.i. heeft voldaan. Streng onderscheidt hij de drie vragen, welke ter beantwoording vòòr hem lagen. Wat is voor Thomas het wezen der straf? Hoe vereenigt hij, de man van de absolute leer der vergelding, die leer met de, geenszins door hem verworpen, *relatieve* theorieën, theoriën, welke nadruk leggen op andere doeleinden der straf dan de vergelding. En tenslotte de uitermate belangrijke vraag, rakende immers de practische toepassing van het Strafrecht, de werking van het dogma in de volle, levende maatschappij, de vraag nl. of in bepaalde gevallen (om bepaalde redenen) *minder* mag gestraft worden dan de „aequalitas justitiae" eischt, jazelfs van straffen geheel kan worden afgezien.

Dus primo: de door Thomas gehuldigde leer omtrent het wezen van de door den Staat opgelegde straf. Secundo: de

(1) Ik zal de vrijheid nemen in deze bladzijden slechts den naam Thomas te bezigen.

verhouding van *zijne* leer tot de andere strafrechtstheorieën. Tertio: de toepassing van die leer in de strafrechtspraak, in wat wij zouden kunnen noemen: het strafrecht „en action".

Ad primum. Thomas huldigt de leer van de vergelding. Hij neemt als uitgangspunt het begrip van de *zonde*, de misdraging, en analyseert dat begrip om te zien, of daarin de noodzakelijkheid van de straf is besloten. Het antwoord op deze vraag is bevestigend. De zedelijke waarde van 's menschen handelingen wordt bepaald door zijne verhouding tegenover de door God geschapen orde. En waar nu ieder, die misdoet, *tegen die orde handelt,* vloeit uit dit begrip van de misdaad uitderaard hare strafwaardigheid voort. Wie zich boven die orde heeft verheven, moet wêer in die orde worden gebracht. De door hem veroorzaakte wanorde moet worden opgeheven door hem een van de orde uitgaand leed toe te voegen en daardoor de door de gerechtigheid geëischte gelijkheid te doen herleven. Dit leed nu, tot herstel der orde den dader gedaan, is de straf „De zonde maakt den mensch strafschuldig, in zoover deze de orde der goddelijke gerechtigheid overtreedt, in welke orde hij niet terugkeert dan door een vergelding van straf, die tot de door de gerechtigheid gevorderde gelijkheid terugvoert" (blz. 6).

Deze resumtie moet nu nog ten aanzien van een belangrijk punt worden aangevuld. Dit punt betreft de plaats, welke de menschelijke straf (door den Staat opgelegd) bekleedt *naast* de Goddelijke straf, m.a.w. de vergelding, welke de rechter, de uitvoerder der Goddelijke Voorzienigheid hier op aarde, toekent *naast* de door God gegeven vergelding. Deze laatste vergelding vindt hare oorzaak in het verstoren (door de gepleegde misdaad) van de algemeene orde van het Goddelijk Bestuur. — En tenslotte is er nog een *derde* orde, welke door de misdaad wordt verstoord: de rede. In dien zin volgt dus op de misdaad eene drievoudige straf: ééne, welke de dader in zichzelven vindt, nl. de wroeging van het geweten; ééne, welke de wereldlijke overheid oplegt, ééne, welke de Godheid geeft.

Ad secundum. Het tweede punt omschreef ik als de verhouding — in het stelsel van Thomas — tusschen de absolute theorie der vergelding èn de, geenszins door hem verworpen, relatieve theorieën, de opvattingen dus omtrent wat men tegenwoordig de relatieve werking der straf noemt De redenaar behandelt deze belangrijke vraag in den vorm van eene door hem onderstelde tegenwerping. Hoe rijmt zich — zoo hoort hij zich tegemoet voeren — het aanhangen van de vergeldingstheorie met het nadruk leggen op verbetering of op afschrikking, op de speciale preventie, ja! — op de onschadelijkmaking, dit alles als doel van de straf? Is in dit opzicht niet teekenend, dat Thomas de straffen

herhaaldelijk noemt geneesmiddelen (medicinae), strekkende om de menschen van het kwaad af te houden? Hoe verklaart gij — spreker — deze beschouwingen en uitingen in het licht van de vergeldingstheorie, welke Thomas in absoluten zin zou hebben gehuldigd?

Het antwoord op deze vragen geeft DUYNSTEE door te accentueeren het onderscheid tusschen het *wezen* der straf (wezensdoel) en de *gevolgen* der straf, welke wel uit den aard der straf als een bedreigd wordend leed voortvloeien maar niettemin gevolgen blijven en het wezen der straf niet raken. Dat Thomas inderdaad dit onderscheid tusschen wezen en gevolg scherp in het oog houdt, wordt met verscheidene aanhalingen bewezen. Interessant is met name, wat uit Thomas' beschouwingen geciteerd wordt betreffende de medicinale werking der straf. Deze werking ligt nooit in het wezen der straf (immers dit wezen, het primaire, is retributie en daardoor ordeherstel); zij is alleen gevolg, secundair. Duidelijk wordt dit geformuleerd in de uitspraak „Die Eigenschaft der Strafe, Medicina zu sein, ist nach Thomas kein konstitutiv-wesentliches Merkmal der Strafe, sondern nur ein konsekutiv-wesentliches Merkmal derselben" (Aanteekening 26, achter de rede).

Ad tertium. Als derde punt noemde ik de toepassing van de leer van Thomas in de practijk, in de strafrechtspraak. Van eminent belang is 't, dat in dit opzicht Thomas de „vergelding" niet met volstrekte noodwendigheid, met ijzeren hardheid doorvoert. De Staat moet vergelden „omdat het welzijn der gemeenschap het eischt, wijl zonder vergelding het kwaad zou blijven voortbestaan en niet in de orde van het goed zou besloten worden; maar zoo uit die vergelding, uit de doorvoering van deze taak, een ander, grooter gemeenschappelijk nadeel zou ontstaan, dan heeft de Staat om wille van diezelfde zorg voor het algemeen welzijn, de vergelding na te laten of te verzachten". (bl. 12)

Twee gedachten zijn 't, welke, deze redeneering nog nader belichtende, ons alle aarzeling om haar te aanvaarden, moeten doen overwinnen.

Vooreerst de overweging, dat de mensch moet genomen worden zooals hij is, nl. een onvolmaakt wezen, en — in verband hiermede — dat de menschelijke wet niet *al* het kwaad, dat gedaan wordt, moet gaan straffen.

En daarnaast die andere overweging, dat de vergelding hier op aarde toch onvolmaakt moet zijn, omdat niemand volkomen juist de maat der schuld kan bepalen, en vooral omdat de vergelding eenmaal toch geschieden zal.

Begrijperlijkerwijze heeft de nieuwe hoogleeraar 't niet bij de *uiteenzetting* der leer van Thomas gelaten, maar die leer ook *gewaardeerd,* d.w.z. hare waarde bepaald. Zij is — naar

zijne samenvatting — eene absolute theorie, welke echter in de practijk ruimte laat voor de verwezenlijking van iederen zedelijken eisch. Zij is eene leer, die alle doeleinden der straf vereenigt doch deze niet eenvoudig naast elkander plaatst maar scherp onderscheidt tusschen wezen èn bijkomstigheid. Kortom: een leer „die 's menschen geest bevredigt en tevens een grondslag biedt, waarop het gebouw van het wetenschappelijk strafrecht veilig kan worden opgetrokken, zonder gevaar, dat het naar een of andere zijde te veel zal overhellen."

Wanneer wij nu onzerzijds eenige opmerkingen mogen maken naar aanleiding van deze rede, dan worde vooreerst de nadruk gelegd op het *derde* bovengenoemde punt: de toepassing van Thomas' leer in de practijk. Wij *mogen* dien nadruk leggen, omdat de straf — en wij bedoelen dan natuurlijk de door de overheid opgelegde straf — het hoofdmoment vormt in de strafrechtspraak en dus bestemd is te werken, wij zouden kunnen zeggen: te leven — in de volle, steeds wisselende maatschappij. Ook zij, die 't betreuren, dat op penitentiair gebied, alwaar het samengaan van aanhangers van onderling afwijkende beginselen in den laatsten tijd zulke belangrijke resultaten heeft opgeleverd, de theorie te veel wordt verwaarloosd, de dogmatische verschilpunten te weinig worden geaccentueerd, erkennen toch, dat *hier*, op *dit* gebied, het beginsel niet alles is, en de practijk eene voorname plaats inneemt.

In dit licht gezien, is van bijzonder belang de verklaring van Thomas, dat 't de plicht van den Staat kan zijn om in een bepaald geval de vergelding na te laten of te verzachten. En van zeker even groot belang is zijne uitspraak, dat de vergelding hier op aarde onvolmaakt moet zijn, omdat niemand volkomen juist de maat der schuld kan bepalen. Wat beteekent dit anders, dan dat de rechter zich zijner onvolmaaktheid bewust heeft te zijn en zich hiervan heeft te doordringen bij het bepalen van de straf? Wat bedoelt dit anders te zijn dan eene aansporing van den rechter tot voorzichtigheid in zijn oordeelen en matiging in zijn straffen, tot het rekening houden met al die individueele belangen van den verdachte, welke heden ten dage meer en meer in de rechtzaal naar voren worden gebracht, en die belangen niet op te offeren aan een star en stijf vergeldingsdogma?

Na deze opmerking nu een enkel woord over de theorie zelve van de vergelding.

Voorzooverre deze leer in de straf ziet de van overheidswege uitgesproken afkeuring van de gepleegde strafbare daad, eene afkeuring welke zich uit in het voorschrijven, dat de dader eenig leed zal ondergaan, en die leer in *dit*

reageeren van den Staat op de gepleegde strafbare daad ziet het wezen, den rechtsgrond van de straf, heeft zij (die leer) m. i. ook voor den tegenwoordigen tijd hare volle beteekenis. Naar deze beschouwing vindt reeds *hierin* de straf hare rechtvaardiging. Getwijfeld wordt daarbij aan de juistheid der theorie, dat door de straf de door de strafbare daad verstoorde rechtsorde wordt hersteld, de geschonden gelijkheid (aequalitas justitiae) herleeft, de verbroken harmonie wordt herboren; omdat deze theorie in de werkelijkheid geen voldoenden steun heeft, ons telkens in het concreet geval in den steek laat, en daarom meer als fictie is te beschouwen. Hoogstens zou men kunnen spreken van eene „genoegdoening" tegenover het rechtsbewustzijn, zoo de dader van een zeer zwaar misdrijf, waardoor de publieke opinie ernstig is geschokt, zijne straf ondergaat.

Betreft nu die van overheidswege uitgesproken afkeuring uitsluitend de *slechte, zondige* daad? Door deze vraag toestemmend te beantwoorden, zou men het terrein, waarop de straf zich beweegt, te veel beperken. Om te zwijgen van de *overtredingen* (naar ons Nederlandsch stellig recht), welke bijna nimmer als moreel-afkeurenswaardige daden zijn te brandmerken en ten opzichte waarvan de straf meer het karakter heeft van eene vermaning voor de toekomst, denke men aan de — in de practijk veelvuldige — schuldmisdrijven. Ook hier mist men het karakter van slechtheid, verdorvenheid. Toch *straft* hier de overheid, daarmede hare afkeuring uitsprekende over de onvoorzichtige, roekelooze daad.

Wil men nu deze beschouwing omtrent het wezen der straf betitelen met den naam van „vergelding", op haar hechten een dergelijk etiket? Ik zou de beantwoording van deze vraag aan meer bevoegden willen overlaten. Slechts ééne bescheiden opmerking dezerzijds, nl. dat deze „leer" zich losmaakt van die oudere vergeldingsgedachte, aan welke wij moeilijk onze sympathie kunnen schenken, en welke — naar de woorden van VAN HAMEL — „niet anders schijnt te ademen dan de zinnelijkheid der oude wraak, hare wettige moeder". (2) Van eene vergelding in dien zin zou althans ondergeteekende zich met beslisheid afwenden. (3)

Ten slotte moge ik nog even terugkomen op de opmerking, waarmede ik deze bespreking inleidde. Klaarheid van begrip, scherpte van formuleering, vooral *hier*, op *dit* gebied, een dringende eisch! Daarom nimmer met het woord „straf" betiteld datgene, wat naar onze tegenwoordige nomenclatuur

---

(2) Verspreide opstellen, I, blz. 550, aan het slot van „De tegenwoordige beweging op het gebied van het Strafrecht".

(3) Over de *vergelding* tegenover de *wraak* o.a. van HEYNSBERGEN de Vergeldingsleer (T. v. S. XXXV), op blz. 60.

een „maatregel" is. *Geene* straf, los van de misdaad, dáàr, waar geene schuld is. Niet gesproken van de straf als zoodanig tegenover de straf, die eigenlijk géene straf is (rede blz. 11). Hierdoor immers zou spraakverwarring kunnen ontstaan, eene spraakverwarring, door TAVERNE zoo juist gesignaleerd (4), eene spraakverwarring, welke vooral op dit gebied zoo funest is.

Hiermede nemen wij van de inaugureele rede afscheid. Ook na het vele, wat over de strafleer van den H. Thomas van Aquino ook hier te lande geschreven werd (5), heeft deze rede hare volle beteekenis. Zij prikkelt tot nadenken over een oud maar allerminst verouderd vraagstuk, een vraagstuk. hetwelk de eeuwen door den zoekenden geest, den denkenden mensch heeft beziggehouden en hem in afzienbaren tijd bezig houden zal.

Amsterdam, Januari 1929 S. J. M. VAN GEUNS

---

(4) Praeadvies over de „Grondslagen van het strafrecht" (1924) blz. 9.

(5) Zie o.a. de opstellen van MR. BARON VAN WIJNBERGEN, „Iets over straf en strafrecht naar de beginselen van den H. Thomas van Aquino", in het T. v. S., deel XVI. Mij troffen daarin de beschouwingen over het „min of meer vergeldend karakter" van de straf (blz. 181 vlg.), en de beschouwing over de noodzakelijkheidstheorie, welke men ook zou kunnen noemen „algemeenwelzijntheorie" (blz. 202, noot).

Kinderrecht, 2de stuk (strafrechtelijk deel), door Mr. H. de Bie.

Wie het eerste stuk van des schrijvers werk kennen, zullen stellig met voldoening hebben vernomen, dat nu ook het tweede verkrijgbaar is gesteld en aldus ons Kinderrecht volledig gecommenteerd is. Ook dit deel is bestemd een ruimen lezerskring te dienen. Het zal niet slechts den juristen en hun, die bezig zijn, dit te worden, een veilige gids zijn door den doolhof van bepalingen, die het materieele en formeele kinderstrafrecht beheerschen, maar ook nuttige lectuur vormen voor allen, die in de practijk der kinderbescherming werkzaam zijn. Voor deze groote groep van personen is het o.m. een leiddraad door de mogelijkheden, die de wet en de op haar gegronde Alg. Maatregelen ter verbetering der misdadige jeugd bieden, waardoor de kans op adviezen, waaraan practisch geen uitvoering gegeven kan worden, geringer wordt, Ook zij, die zich de niet gemakkelijke taak stellen, ten behoeve van de op het onderhavige terrein werkzame vereenigingen, rijkssubsidies te vragen, zullen met vrucht dit boek raadplegen.

De inhoud van dit deel toont ons, misschien nog in meerdere mate dan die van het voorafgaande, dat S. zijn stof niet slechts heeft doordacht, maar ook doorvoeld. Bij alle streven naar stelsel, dat nu eenmaal in een vakboek niet kan worden gemist, is het toch duidelijk, dat voor den S. niet het stelsel hoofdzaak is, maar de behoeften, die zich in ieder bijzonder geval voordoen, zooveel mogelijk beslissend moeten zijn. Men moet, gelijk S., leven in zijn werk, om die behoeften in hare veelheid en nuanceeringen te kennen en ze tot geestelijk eigendom van den lezer te maken. Zoo krijgt die lezer eenig deel aan de bezielende warmte, die er van den kinderrechter de Bie uitstraalt en zal hare zegenrijke werking nog een ruimer kring bereiken dan de velen, die het voorrecht hebben, onder zijn persoonlijken invloed te staan.

A. J. M.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 128, aflev. 6. — B. T. H. en J. H. A. L., Het beschikkingsrecht der Indonesische rechtsgemeenschappen. Antwoord van Mr G. J. Nolst Trenité op zijn repliek in deel 128 van dit tijdschrift, bladz. 107 en volg. — WIRJONO PRODJODIKORO, Kan een pandhouder van een stuk grond zich verzetten tegen een daarop gelegd beslag?

Deel 129, aflev. 1. — ZEYLEMAKER, Accoord buiten faillissement. — KOLLEWIJN, De ontwerp-verdragen van den Volkenbond betreffende het domicilie.

Militair-Rechtelijk Tijdschrift, deel 24, aflev. 4 en 5. — VAN HEUVEN, Blanketbepalingen (Artikel 135 W. v. M. S.). — FRANKEN, Jury-rechtspraak en militaire rechtspraak.

Rechtsgeleerd Magazijn, jaargang 47, aflev. 5/6. — VAN HETTINGA TROMP, Tractaat en nationale wet (industrieele Eigendom). — VON SCHMID, John Milton als staatsleeraar (1608—1674). — BREUKELMAN †, Internationale regeling van slavenhandel en slavernij naar aanleiding van het slavernijverdrag van 1926. — WOLFSBERGEN, Handelingen in strijd met het doel der naamlooze vennootschap.

Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, deel 9, no. 1/2. — RICCOBONO, Formulae ficticiae a normal means of creating new law. — NAP, Die lex silia bei Gajus IV, 19. — ENGELSMAN, Het ontstaan der gemeente-organisatie in de Groninger veenkoloniën (wordt vervolgd). — FRUIN, Du titre de roi porté par quelques participants à l'imperium romanum. — DE BLÉCOURT, Brunner, les Germains et Fustel de Coulanges. — TELDERS, Niet in het Burgerlijk Wetboek geregelde zakelijke rechten. — DE BLÉCOURT, Beneficiaire aanvaarding.

Tijdschrift voor Strafrecht, deel 38, aflev. 4. — SIMONS, Strafrechtshervorming in Italië. — KLEENE, Nog eens Artikel 74 Wetboek van Strafrecht. — HALLEMA, Een merkwaardig geval van cumulatie van straffen in 1617. — VOS, Het straf-

recht tegenover de onverschilligheid, en de grensscheiding tusschen opzet en schuld.

Deel 39, aflev. 1. — SIMONS, Ons nieuw strafprocesrecht. — TAVERNE, Art. 29 W. v. Sv. in de praktijk. — POMPE, Over den invloed der Duitsche strafrechtswetenschap op de Nederlandsche. — BERGER, Eenige opmerkingen over de consultatiebureaux voor moeilijke kinderen. — VAN LIMBURG STIRUM, Verdient Artikel 74 Wetboek van Strafrecht zooveel lof? — VAN WAGENINGEN, Het verhoor van art. 310 Strafvordering.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 68e année, no. 11/12. — DESSERTIAUX, Examen Doctrinal, Théorie générale des obligations et contracts spéciaux. — DEMONTES, La propriété commerciale. — PETIT, Le Code civil et la Romanie.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 55e année (1928), no. 6. — HAMMARSKJÖLD, La Cour permanente de Justice Internationale à la neuvième session de l'Assemblée de la Société des Nations. — VAN EYSINGA, L'Entretien de l'Escaut suivant les traités. — NIBOYET, Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé? — KOSTERS, La sixième Conférence de droit international privé. — ERICH, Quelques observations sur le caractère juridique des avis consultatifs et les conditions requises pour une demande d'avis. — BOUFFALL, L'article 19 du Pacte de la Société des Nations et le traité entre la Pologne et les principales Puissances alliées et associées du 28 Juin 1919, sur la protection des minorités de race, de religion et de langue. — *Actualités.* — DE VISSCHER, La violation de la neutralité belge et le plan Schlieffer. A propos d'un ouvrage récent.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 8e année, no. 12, 1928. — *Mémoire.* — NEYMARK, La peine d'amende (suite et fin).

9e année, no. 1, 1929. — *Mémoires.* — I. — TAYART DE BORMS, De la réglementation de la prostitution suivant les idées de feu Jules le Jeune. — II. — VAN RANST, Organisation du dépôt de mendicité à Merxplas. Son évolution. — III. — DE RECHTER, Identification de la hache (couperet), qui a servi à sectionner de jeunes arbres (acte de vandalisme).

9e année, no. 2, 1929. — *Mémoire.* — PICARD, Essai de conciliation du libre-arbitre et de la théorie positive.

9e année, no. 3, 1929. — *Mémoires.* — I. — DE MAURO, La peine à temps indéterminé. — II. — ALEXANDER et NYSSEN, La médecine légale de la paralysie générale sous son aspect actuel.

Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger, 52e année, 2e livraison (Avril-Juin) 1928. — BONNECASE, Le problème du Droit, dans la science belge du Droit civil. Observations d'ordre général sur la conception et l'évolution actuelles du Droit civil (suite). — VIZIOZ, Observations sur l'étude de la procédure civile (suite). — DEMEY, Le Droit international privé maritime dans sa conception générale et dans ses principales applications (suite). — POPLAWSKI, Le Code du travail de la Russie soviétique (suite). — BRÈTHE DE LA GRESSAYE, La théorie de la responsabilité en Droit pénal et en Droit civil. — *Variétés.* — FAUREY, Les idées politiques en France au XVIIe et au XVIIIe siècles. (A propos de trois ouvrages de M. Henri Sée) (suite). — APPLETON, Quelques étourderies des Compilateurs du Digeste et le fr. 25, D. Quemad. serv. am. 8, 6.

52e année, 3e livraison (Juillet-Septembre) 1928. — BONNECASE, Le problème du Droit dans la science belge du droit civil. Observations d'ordre général sur la conception et l'évolution actuelles du Droit civil (suite). — VIZIOZ, Observations sur l'étude de la procédure civile (suite). — POPLAWSKI, Le Code du travail de la Russie soviétique (fin). — BRÈTHE DE LA GRESSAYE, La théorie de la responsabilité en Droit pénal et en Droit civil (fin). — *Variétés.* — FAUREY, Les idées politiques en France au XVIIe et au XVIIIe siècles (A propos de trois ouvrages de M. Henri Sée) (fin).

52e année, 4e livraison (Octobre-Décembre) 1928. — BONNECASE, Le problème du Droit dans la science belge du Droit civil. Observations d'ordre général sur la conception et l'évolution actuelles du Droit civil (suite). — PÉRITCH, Principaux traits caractéristiques de la Constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (ou Yougoslavie) du 28 Juin 1921. — HÉRON DE VILLEFOSSE, Loi du 23 juillet 1927 complétant la loi du 31 décembre 1913 sur les Monuments Historiques. — *Variétés.* — DUMAS, Deux types d'organisation sociale: le patronat et la corporation. — X, A l'occasion du centenaire du romantisme. L'oeuvre juridique d'un poète: Victor Hugo et le Droit.

Revue historique de Droit français et étranger, 4e série, 7e année (1928), no. 4. — COLLINET, Le rôle de la Doctrine et de la Pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-Empire; essai de mise au point de la controverse (à suivre). — LEMAIRE, Les origines de la communauté de biens entre époux dans le droit coutumier français. — GAUSHOF, Contribution à l'étude des origines des cours féodales en France. — *Variété.* — Compte rendu de la Semaine d'histoire du droit normand tenue à Rouen du 18 au 23 juin 1928.

4e série, 8e année (1929), no. 1. — COLLINET, Le rôle de la Doctrine et de la Pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-Empire; essai de mise au point de la controverse (suite et fin). — GARAUD, Les formes du testament et la renaissance des principes testamentaires dans l'ancien droit poitevin. — JUSSELIN, Statuts synodaux et constitutions synodales du diocèse de Chartres au XIVe siècle (1355). — *Variétés.* — I. — DUQUESNE, Les nouvelles recherches sur l'Edit perpétuel à propos d'un ouvrage récent. — II. — ESPINAS, Un ouvrage récent sur l'origine des villes médiévales.

Revue juridique internationale de la Locomotion Aérienne (Octobre-Décembre) 1928. — DÖRING, La convention de Paris et les Etats. — MORPURGO, Quelques considérations sur les conflits internationaux de juridiction en matière pénale aéronautique à propos de la mort du banquier Loewenstein.

Revue trimestrielle de Droit civil, 27e année (1928), no. 4. — PERREAU, La loi du 16 Décembre 1927 et ses répercussions sur le contrat de mandat. — MALIMONT, La notion de parent dans le code civil. — *Variété.* — XAVIER MARIN, La loi monétaire et les contrats en francs-or ou en monnaies étrangères.

28e année (1929), no. 1. — PÉRITCH, La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés. — MAZEAUD, De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits. — *Variété.* — CUCHE, A la recherche du fondement du droit. Y a-t-il un romantisme juridique?

The American Journal of International Law, vol. 23, no. 1 (January) 1929. — HUDSON, The seventh year of the permanent Court of international Justice. — STEVENS, The doctrine of positive acts. — HAZARD, The doctrine of res judicata in naturalization cases of the United States. — HILL, The origin of the Law of unneutral service. — WILSON, Reservation clauses in agreements for obligatory arbitration. — WRIGHT, The interpretation of multilateral treaties.

The Law Quarterly Review, vol. XLV, no. 177. — FRANKFURTER and GREENE, The use of the injunction in American labor controversies III. — EHRLICH, Petitions of right. — RICHARDSON, The Calendar of Charter Rolls. — WRIGHT, French criminal procedure II. — STALLYBRASS, The St. Anne's Well Brewery Company's case. — RIDDELL, The first legal execution for crime in Upper Canada.

Vol. XLV, no. 178. — HOLDSWORTH, A case book on constitutional law. — CARR, Revised statutes. — CORBETT, The Augustan divorce. — GORDON, The Crown as litigant. —

HANBURY, The field of modern equity. — CHORLEY, Del Credere.

The South African Law Journal, Part. IV, vol. XLV (November), 1928. — A. V. L., Mr Justice Barry. — HERBSTEIN, Service of summons. — THOMPSON, The recovery of costs incurred by a wife in unsuccessful divorce actions. — STAPLETON, Cession of action. Conflicting rights of several cessionaries.

Archiv für die civilistische Praxis, Band 130, Heft 1. — LÖBL, Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Name II. — FROMHERZ, Die Zusammenfassende Neuregelung der Haftpflichtgrundsätze für Eisenbahnen, Kraft- und Luftfahrzeuge und der 35. Deutsche Juristentag.

Band 130, Heft 2. — HAYMANN, Früchte und Zinsen bei Kauf. — REICHEL, Die nicht-specifizierte Gesamtrechnung. — BROSE, Grundsätzliches zur Willenserklärung. — GUNZENHÄUSER, Der Arbeitsvertrag insbesondere der Arbeitslohn nach deutscher und nord-amerikanischer Auffassung. — PLUM, Ein praktischer Fall zur Lehre von der Geschäftsgrundlage.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 34, Heft 1. — KAHL, Neue Aufgaben. — SCHIFFER, Auf dem Wege zur deutsch-österreichischen Rechtsangleichung. — POPITZ, Verfassungsrecht und Steuervereinheitlichungsgesetz. — POETSZSCH-HEFFTER, Entwicklung der Reichsreform. — LEVIN, Zur Neuordnung des deutschen Rechtswesens. — SAEMISCH, Staatswissenschaftliche Fortbildung für Juristen und Verwaltungsbeamte. — Vergangenheit und Zukunft der Deutschen Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung. — VON STAFF, Zur Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit (Ein Rückblick und Ausblick). — WUNDERLICH, Der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchentwurfs nach den Beschlüssen des Strafrechtsausschusses erster Lesung. — APELT, Gegenwart und Zukunft der Verwaltungsakademien. — MEYER, Die Reform des Dienststrafrechts. — LINDENAU, Gericht auf der Bühne. — ENGEL, Die Rechtsentwicklung Oesterreichs im Jahre 1928. — BAUMBACH, Zum Reform des Zivilprozesses. — GRIMM, Zehn Jahre Rheinlandbesetzung. — FREUDENTHAL, Deutscher Strafvollzug. — MAMROTH, Vier Jahrzehnte Verteidigertätigkeit. — LION, Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes in Steuersachen.

Jhrg 34, Heft 2. — GIESE, Zum Konflict zwischen Staatsgerichtshof und Reichsregierung. — LEONHARD, Die Bedeutung der Blutgruppenuntersuchung im Straf- und Zivilprozesz. — SCHULTZ, Ueble Nachrede und Wahrheitsbeweis. — COHN, Zur Reform des Richterdisziplinargesetzes. — ABEL,

Internationale Entwicklungstendenzen im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.

Jhrg 34, Heft 3. — Linz, Reichsregierung und Staatsgerichtshof. — Oertmann, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. — Zarden, Die Grunderwerbsteuer der toten Hand. — Krüger, Einzelrichter oder Kollegium? — Oberneck, Ueberfüllung des preuszischen Notariats.

Jhrg 34, Heft 4. — Drews, Verwaltungsstandrecht. — Koppers, Beschränkung der Revision in Zivilsachen. — Markull, Zum Begriff des steuerpflichtigen Wertzuwachses. — Baum, Eine Jahr Reichsarbeitsgericht. — Bunge, Psychologische Wertungen im internationalen Rechtsverkehr. — Kastner, Die Laiengerichtsbarkeit in der österreichischen Strafrechtspflege.

Jhrg 34, Heft 5. — Schücking, Das Recht auf die Rheinlandräumung. — Schwalb, Der deutsche Minderheitenantrag und Elsasz-Lothringen. — Schwarz, Der neue Kirchenstaat. — Wunderlich, Der Fortgang der Beratungen im Strafrechtsausschusse des Reichstags. — Linz, Der Streit im rheinisch-westfälischen Industriegebiet.

Jhrg 34, Heft 6. — Schwister, Prüfungsbericht und Vorbereitungsdienst. — Mügel, Die durch das Aufwertungsgesetz hervorgerufenen Rangfragen. — Sontag, Zur Entlastung des Reichsgerichts. — Lieber, Reformaufgaben der Justizverwaltung. — Richter, Der Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes. — Wolf, Die Aufwertung der Entschädigungen auf Grund der Einführung des Branntweinmonopols.

Jhrg 34, Heft 7. — Kipp, Der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes Statt. — Schmidt, Die Auslieferungsstatistik. — Scholz, Preuszische Gewerbesteuer und Gesellschaftsrecht. — Heinrich, Einheitliche Bestimmungen über die Wirtschaftsführung der Reichsbehörden.

Jhrg. 34, Heft 8. — Zarden, Die neuen Steuervorlagen. — von Hippel, Die Idee des Reichspräsidenten und das Staatsrecht. — Höpler, Die Geschworenengerichte. — Sachs, Die gerichtliche Verwertbarkeit der Blutgruppenbestimmung. — Figge, Wie steht es mit der amtsgerichtlichen Zivilprozeszpflege?

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 93, Heft 3/4. — Haemmerle, Der Einflusz von Geldwertstörungen auf innergesellschaftliche Rechtsverhältnisse. (Nach österreichischem und deutschem Recht.) — Oertmann, Leistungshandlung und Leistungserfolg. — Strausz, Das internationale Uebereinkommen über den Eisenbahnpersonen- und Gepäckverkehr. — Meister, Das österreichische Kuratorengesetz in der Rechtsprechung. — Herzog, Gibt es

eine Ersitzung der Firma? Ein Beitrag zum Recht der Immaterialgüter.

Band 94, Heft 1. — ECKHARDT, Betrieb und Unternehmer. Ein Beitrag zur juristischen Terminologie. — BRODMANN, Ueber den Bericht der Aktienrechtskommission des Juristentages.

Zeitschrift für Öffentliches Recht, Band VIII, Heft 3, — HERRMANN, Der Kampf um das öffentliche Recht. — ROENAU, Die Wertung als Grundbegriff des Rechts. Eine rechtsphilosophische Untersuchung. — HEYKING, Die Minderheitsfrage in Lugano. — HUGELMANN, Benefizialrecht. (Bruchstücke aus dem Nachlasz R. v. Scherer.) — VOEGELIN, Die Souveränitätstheorie Dickinsons und die Reine Rechtslehre. — VITTORELLI, Zehn Jahre Verfassungsgerichtshof.

THEMIS

XCste DEEL — DERDE STUK

Frederik de Groote en de processen van den molenaar Arnold

DOOR

Mr. H. HESSE

oud-raadsheer in den Hoogen Raad

II

Helaas is dit op blz. 183 der vorige aflevering opgenomen berijmde verhaal niets dan een legende, die in sommige schoolboekjes nog altijd haar taai leven voortzet. Reeds in 1858 verscheen in de Märkische Forschungen VI, blz. 165 vlg., een aan de origineele stukken ontleend opstel van Louis Schneider, getiteld: „Die historische Windmühle bei Sanssouci". Daaruit blijkt dat deze molen is gebouwd krachtens verlof van Friedrich Wilhelm I, op 6 Februari 1737 gegeven aan zekeren Grävenitz. Toen Frederik de Groote in 1745 Sanssouci begon te bouwen kwamen al spoedig klachten van den molenaar, dat de tuinmuur en de hooge boomen hem den wind ontnamen. Hij verzocht den Koning op 's Konings kosten op een andere plaats den molen te mogen bouwen, wat de Koning aanvankelijk toestond. Hij wilde echter liever dat de molen bleef, wijl

deze het paleis tot sieraad was en zoo bleef het bij het maken van een begrooting van de kosten van verplaatsing. In 1764 werd de molen bij executie verkocht en kwam voor 770 Thaler in handen van den molenaar Vogel. Deze uitte na eenige jaren ook weer klachten over wind-ontneming, waarna de Koning hem in 1778 de verschuldigde erfpacht kwijtschold. Vogel verhuurde daarop in 1781 den molen aan zekeren Hering voor 45 Thaler per jaar. Toen de Koning dit vernam wilde Hij van deze huur de helft hebben, waarover Vogel zeer verontwaardigd was. Op 10 Augustus 1784 wees de Koning, die Hering gelast had dit bedrag van de huur in te houden, een verzoek van Vogel om hierop terug te komen van de hand en verwees hem te dezer zake naar den rechter. Vogel antwoordde 17 November 1784: „Ich bin viel zu wenig und zu entkräftet um einen Prozess gegen den Fiskus anstrengen zu können". Deze zijn de juiste woorden van den molenaar van Sanssouci. Op 29 November 1841 kwam de molen door koop in het bezit van het Kroondomein (35) (36).

Nog zij vermeld dat ook de Regierungspräsident te Cüstrin FRIEDRICH L. K. Graf FINK VON FINCKENSTEIN het slachtoffer werd van 's Konings toorn. Hij werd tegelijk met v. Fürst van zijn ambt ontzet en dit bevel werd op last van den Koning aan de drie ministers VON MÜNCHHAUSEN, VON ZEDLITZ en VON FINCKENSTEIN medegedeeld.

---

(35) Zie „Der Treppenwitz der Weltgeschichte" von W. L. HERSLET, 9de druk, door HANS HELMOLT, blz. 287 vlg., Berlijn 1918, Haude- und Spenersche Buchhandlung.

(36) PREUSZ, III, blz. 413 nam in 1833 nog de waarheid van het verhaal aan. „Hieher müssen wir auch ziehen, was Friedrich mit „wahrem Vergnügen hörte", schrijft hij, „wie der *Müller von „Sans-Souci* ihn mit dem eigenen Kammergerichte bedrohete; „eine weltgeschichtliche Thatsache, welche besonders von den „Franzosen überschwänglich verherrlicht worden".

Laastgenoemde was de vader van den afgezetten president en van zijn jeugd af vriend van den Koning.

De vraag zal oprijzen of de Koning tot dit oogenschijnlijk onverklaarbare optreden tegen de rechters in de Arnoldsche zaak gerechtigd was. De vraag kan met ja en neen beantword worden. Men vergete niet dat de Koning onbeperkt alleenheerscher was en als zoodanig doen mocht wat Hij in het belang Zijner onderdanen geraden oordeelde.

In Maart 1780 schreef Hij aan d'Alembert, dat de vorsten oorspronkelijk de rechters waren van den Staat en dat alleen de menigte der zaken hen gedwongen had dit ambt aan andere personen op te dragen, wien zij de rechtspraak toevertrouwden. Toch mogen zij dit onderdeel van het Staatsbestuur niet verwaarloozen en nog minder dulden dat men hun naam en aanzien misbruikt om ongerechtigheden te begaan. Op dezen grond ben Ik genoodzaakt op hen toe te zien, wien de handhaving van het recht is opgedragen, daar een onrechtvaardige rechter erger is dan een straatroover (37).

Sedert vele jaren waren in Pruisen de klachten over de rechtspraak en de balie niet van de lucht. Toen de Koning in 1776 in Pommern een revue over de daar aanwezige troepen hield, hoorde hij „vieles gegen die Justiz das ihm nicht gefiel". Tegen den grootkanselier von Fürst liet Hij zich aldus uit: „die Advocaten machen überhaupt viel „Streiche und müszt Ihr sie kurz halten . . . . . es ge„reicht mir solches zum äuszersten Miszfallen . . . . ., „Ihr müszt unter den Advocaten und bei der Justiz eine „bessere Ordnung zu stiften Euch pflichtmäszig angelegen „sein lassen, damit ich von solchen Streichen weiter nichts „höre". Von Fürst bleef echter werkeloos. Nu greep de Koning zelf in. Op 27 Augustus 1776 kwam een kabinets-

(37) Preusz, Friedrich der Grosze, III, blz. 379.

order af, gericht tot de rechtscolleges, waarin Hij dezen gelastte „da Er bereits verschiedentlich zu grösztem Misz-„vergnügen wahrgenommen dass die Räthe sich nicht wie „es ihre Pflicht erfordere aufgeführt und betragen hätten", hem onmiddellijk zulke rechters aan te wijzen. Toen v. Fürst weinige weken later de „Cassation" van een advocaat te Schneidemühl (38) voorstelde, ging de Koning verder en gaf een reeks strafbepalingen „wider das ein-„reiszende pflichtwidrige Betragen nicht allein der Advo-„caten sondern auch der Räthe in den sämmtlichen Justiz-„collegiis"; „alle und jede derselben, welche sich der-„gleicher Vergehen schuldig machen", zouden niet alleen met ontzetting uit hun ambt maar ook met vestingstraf van verscheiden maanden gestraft worden. Door deze straf hoopte de Koning „mehr Impression" te maken en te verhoeden „dasz diese Nichtswürdigen im Lande herum-„laufen". Op de gebruikelijke wijze gepubliceerd moest dit voorschrift voortaan door de „Criminal-gerichte" toegepast worden. Eenige maanden later ging de Koning nog een stap verder en bepaalde, dat de rechters, die zich aan plichtverzuim schuldig maakten, onmiddellijk door Hem zouden worden gestraft met voorbijgang van den rechter. Aanleiding tot deze order gaf het verslag van den „Generalfiscal", dat de processen weer begonnen „gar sehr zu „trainiren", waarover Hij andermaal den Groot-Kanselier zijn ongenoegen te kennen gaf. „Es ist ja höchst unver-„antwortlich", zoo liet de Koning zich in de order uit, „dasz die Sachen theils an zehn und mehrere Jahre . . . . „zum Spruch vorliegen. Ihr habt dieserhalb die ernstlich-„sten Maszregeln zu ergreifen und die Richter . . . . . mit „aller Schärfe anzuhalten; widrigenfalls und wenn . . . . „die Richter dennoch fortfahren zu verschleppen, so werde

(38) Stad in West-Pruisen, westelijk van de thans Poolsche stad Bromberg.

„einen dergleichen Richter, ohne erst eine weitläufige Un-
„tersuchung anzustellen, sofort cassiren und nach der Fes-
„tung schicken um *ein Exempel zu statuiren*" (cursiveering van ons). Ook op andere ambtenaren zou dit worden toegepast en het eerste slachtoffer was wel de Groot-Kanselier zelf, al werd hij niet tevens naar een vesting gestuurd. Begin November 1779 bezwaarde zich een majoor bij den Koning over een reeds *zeventig jaren* in Kleef hangend proces. De Koning was daarover niet ten onrechte zeer ontstemd en betuigde aan v. Fürst Zijne hoogste ontevredenheid, dat hij zulke „Verschleppungen" niettegenstaande alle kostbare visitaties toestond. Hij beval den majoor prompt recht te doen en eindigde Zijn order van 27 November 1779 met deze woorden: „wo das nicht geschiehet, „werdet Ihr mit mir Händel kriegen". De „Händel" bleef niet lang uit, want al veertien dagen later werd v. Fürst wegens de zaak-Arnold smadelijk weggejaagd.

Kan men dus met grond volhouden, dat de bestraffing der rechters een wettelijken grondslag had, anders staat het met hetgeen Hij in de zaak-Arnold ten civiele besliste.

In een „Verordnung" van 28 September 1772 had de Koning als eersten grondregel bepaald, dat in geen zaak meer dan drie instantiën mochten plaats vinden en dat hetgeen in laatste instantie beslist was „keiner weiteren „neuen Erörterung und Beurtheilung unterworfen werden „könne. Wir selbst oder Unser Etats-ministerium geben „keine Entscheidungen so die Kraft einer richterlichen „Sentenz haben". Alleen in groote strafzaken behield de Koning zich voor zelf het laatste woord te spreken. „Nie-
„mand", zoo las men, „soll mit wichtigen Leibes-, Gefäng-
„nisz-, Zuchthaus- und Festungstrafen, am allerwenigsten
„Lebensstrafe belegt werden ohne dasz nach den verschie-
„denen Graden dieser Strafen entweder Unser Etats-
„ministerium allhier in Berlin oder Wir Selbst das Er-

„kenntnisz auf den Uns darüber gethanen Vortrag be-
„stätigt haben".

Toen de Koning derhalve op 1 Januari 1780 de beslissingen der rechters in zake Arnold vernietigde, dezen zelfs schadevergoeding toekende, te betalen door hen, die hierin rechtgesproken hadden, trad Hij zijn eigen verordening van eenige jaren te voren met voeten en maakte misbruik van Zijn onbeperkte macht als alleenheerscher, die door Hem zelf bij de wet was ingekort.

Het is de vraag of de Koning zich ten deze hiervan wel bewust is geweest, want 4 Juli 1780 toen Hem in een geschil over een erfenis een beslissing werd gevraagd, schreef Hij aan den Minister Freiherr von Münchhausen: „Ich bin „weit entfernt Mich einer unmittelbaren Entscheidung „anzumaaszen; diesz würde ein Machtspruch sein und Ihr „wiszt dasz ich solche verabscheue" (39).

Of deze afschuw wel zoo groot was, mag worden betwijfeld. Slechts enkele maanden later bepaalde Hij bij „Cabinets-rescript" dat de tenuitvoerlegging van een vonnis, tegen een graaf in een proces over een wissel gewezen, zou worden opgeschort. Het vonnis was uitvoerbaar bij lijfsdwang. Toen de graaf het hem gunstige rescript persoonlijk had overhandigd aan den Minister von Münchhausen, liet deze hem toch op staanden voet gevangen nemen. De Koning betaalde nu zelf de wisselschuld. Toen deze den Minister daaromtrent tot verantwoording riep antwoordde von Münchhausen, dat hij verplicht was de wet te handhaven „sein „Kopf nicht sein Gewissen stehe Sr. Majestät jeder Zeit zu „Befehl". Kort daarop, toen een adellijken gefailleerde een eisch tot levensonderhoud was ontzegd, beval Hij dat het Kammergericht dezen desniettemin een jaarlijksch bedrag van 1200 Thaler zou toeleggen. Toen von Münchhausen op-

(39) Stölzel, II, blz. 281.

dracht kreeg in dezen geest een rescript te geven, maakte de Minister bezwaar, omdat van een Minister van Justitie zulk een tegen alle wettelijke voorschriften indruischende handeling niet kon uitgaan. Hij legde daarom den Koning een ontwerp voor van een rescript, dat Deze zelf zou kunnen uitvaardigen. De Koning schreef hem daarop: „Mein „lieber Justizminister von Münchhausen! Er ist ein sehr „rechtschaffener Mann aber ein recht grober Esel". Von Münchhausen liet dit niet op zich zitten en schreef den Koning dat hij zich verstoutte Z. M. er opmerkzaam op te maken, dat de „Concipient des Königlichen Erlasses" zich tegen den eersten dienaar der Kroon van zeer onbetamelijke uitdrukkingen had bediend en dat hij overtuigd was, dat Z. M. dezen ernstig wegens het ongepaste daarvan zou berispen. Langen tijd bleef de Koning — want Deze was de „Concipient" — Zijn koenen Minister uit den weg, maar toen er eindelijk te Charlottenburg een ministerraad werd gehouden voegde Hij hem met doorborende blikken toe: „Na, lieber Münchhausen ich habe es meinem Secretär „gesagt".

Het pleit voor het vertrouwen in den rechtvaardigheidszin van dezen oppermachtigen vorst, dat Zijn eerste dienaren — men denke ook aan v. Rebeur en v. Zedlitz — Hem zoo vrijmoedig hunne meening durfden zeggen. Tevens echter doet het vreemd aan dat Z. M. het zoo voor den adel opnam, kort nadat hij in het befaamde Protokoll den rechters hiervan een verwijt had gemaakt. Terecht zegt Stölzel (40): „Nach beiden Richtungen hin stellte sich „der Spruch vom 1 Januar 1780 dem allgemeinen Rechts-„bewusztsein als ein Gewaltthat schlimmster Art entgegen". Of het wel juist is, dat het algemeene rechtsbewustzijn toen van dien aard was mag worden betwijfeld. Beter kun-

(40) Stölzel, II, blz. 283.

nen wij ons vereenigen met Stölzel's oordeel, dat „gerade „weil der König im besten Glauben handelte, seine Be„fugnisz so zu handeln, dem kritischen Blicke der Staats„rechtslehrer jener Zeit als eine vorzugsweise bedenkliche „darstellen muszte".

Voor 's Konings optreden zijn zeker verzachtende omstandigheden aan te voeren. Hij was 68 jaren oud en kennelijk overwerkt en daardoor uit den aard der zaak zeer prikkelbaar, was bovendien niet gezond en leed erg aan jicht. In Zijne Instructie (41) voor v. Fürst's opvolger als groot-kanselier, Carmer, van 25 December 1779 leest men onder 4°. dat „Seine Königliche Majestät Selbsten „wenn Sie ein bischen besser sind" alle hoogere rechters te Berlijn wil zien en degene ontslaan die te jong zijn enz. In koortsachtige haast gaf Hij op 11 December 1779 de eene kabinets-order na de andere uit, zoodat de afschriften daarvan in het „Copial-Buch" meer dan een vinger dik zijn. Den geheelen dag bleef Hij razen en tieren (42). Hij zou er spijt van gehad hebben dat hij dien dag geen gezonde handen had „weiln er Lust gehabt, den Groszkanzler „und die 3 Cammer-Gerichts-Räthe durch zu klopfen" (42). Zoo althans vertelde prof. Joh. C. A. Mayer, destijds te Frankfort a/d Oder, op 2 Mei 1780 aan de te Spandau opgesloten rechters. Maar het meeste hinderden Hem de treurige toestanden op het gebied van recht en rechtspraak in Pruisen, waarover de klachten jaar in jaar uit maar niet verstomden. Vooral de rechtsbedeeling en rechtsbij-

(41) Over deze belangrijke Instructie, welke vele jaren onbekend is gebleven en in origineel op het Ministerie van Justitie te Berlijn aanwezig moet zijn, zie Stölzel II, blz. 284 vlg. Wij hopen daarop nog terug te komen.

(42) Dagboek van Neumann, blz. 51 en 92. De Kabinettsrath Joh. Stellter, die als secretaris bij het verhoor van 11 December aanwezig was, vertelde later dat hij het niet overleefd zou hebben „wenn er nicht die Nacht drauf eine Diarrhäe bekommen", blz. 51.

stand lieten alles te wenschen over. Het vertrouwen in de rechterlijke macht was bij den Koning zeer gering geworden. Zoo is het te verklaren, ofschoon niet te verontschuldigen, dat Hij, afgaande op het oordeel van een hoofdofficier v. HEUCKING, die blijkbaar er meer op uit was geweest Z. M. een genoegen te doen dan de zaak nauwkeurig te onderzoeken en bij dit onderzoek was bijgestaan door een onbetrouwbaar persoon als de oud-advocaat later regimentskwartiermeester en auditeur BECH, zich niet ontzien heeft verschillende bij de zaak-Arnold betrokken hooggeplaatste ambtenaren zeer onrechtvaardig te behandelen.

Alvorens met de geschiedenis dezer zaak verder te gaan moge in een volgende paragraaf een kort woord gezegd worden over den rechtstoestand in Pruisen in de geheele achttiende eeuw.

§ 3. *Recht en Rechtsbedeeling*

Bijna de geheele achttiende eeuw ging voorbij met verschillende pogingen om in het materieele recht en in de rechtspraak in Pruisen de zoo hoogst noodige verbeteringen aan te brengen, en die dan nog ten deele eerst plaats grepen, toen deze eeuw haar einde naderde.

Te meer baart dit verwondering, omdat aan het hoofd van den Staat stonden twee absolute vorsten, Friedrich Wilhelm I en zijn groote zoon Frederik II, die doordrongen waren van de gebreken en ernstig bezield waren met den wensch deze op te heffen en een beteren toestand in het leven te roepen. Daarbij waren beide omringd door bekwame rechtsgeleerden, waarvan wij hier slechts twee willen noemen, COCCEJI en CARMER (43). Het ligt dus niet

(43) Beiden werden in den adelstand verheven. Cocceji werd in 1749 Freiherr, Carmer in 1791 Freiherr en in 1798 graaf.

enkel aan de Parlementen als de wetgevende molen langzaam maalt.

Reeds kort nadat Friedrich Wilhelm I den troon had beklommen, schreef hij aan zijn raadslieden dat zijn doel voornamelijk daarop gericht was „wie die Justiz in allen „Seinen Landen unparteiisch, schleunig, mit reinen „Händen ohne alle ungebührlichen Passionen und Neben„ansichten, Jedermann, Armen und Reichen, Hohen und „Niedrigen gleich administrirt werden möge".

Zijn Minister (44) BARTHOLDI moest onmiddellijk met behulp van eenige eerlijke en geschikte leden van rechtscolleges een Reglement ontwerpen waardoor aan de misbruiken een eind werd gemaakt en de processen zoo mogelijk „*binnen Jahresfrist*" afgedaan konden worden. Reeds 1 April 1713 was BARTHOLDI met dit Reglement gereed. De Koning schreef hem daarop: „Ich habe nichts dabei zu „erinnern aber KAHTS (45) soll sein Bedenken vorsagen, „ich versteh nicht Civil-Jura aber wohl Landrecht, ein „Monat ist schon verflossen, nun Seindt noch elf Monat, „so musz das Landrecht fertig sein vors „ganze Land, oder Herr BARTOLLIUS und Herr „STURM (46) und ich werden uns sehr plump und grob „verzürnen da denn kein Bitten mehr helfen wird; ich „wähne est ist noch Zeit, alle Proffitien der Processe ist „besser itzunder fahren zu lassen als Hirn Possen; ich musz „leider so ferch sprechen, weil *die schlimme Justiz gen „Himmel schreit* (wij cursiveeren), wenn ich nicht reme-

---

(44) De titel „minister" is niet geheel juist. B. was lid van den „Geheimen Staatsrath" en tevens president van het „Oberappellationsgericht".

(45) Eigenlijk VON KATSCH geheeten. Hij was Kammergerichtsrath, Kriegsrath und General-Auditeur.

(46) J. S. VON STURM was President van het Kammergericht en Geheimer-Justiz- en Oberappellations-Rath.

„dire, selber die Verantwortlichkeit auf mir lade, darnach „hat sich der Herr Bartholdio und Herr Sturm noch zu „achten" etc.

Den 26sten Mei 1713 liet ILGEN (47), ook een van 's Konings raadslieden, het ontwerp aan den Minister van Justitie terugzenden met den raad „die Landschaft" te hooren en met deze overleg te plegen aangaande mogelijke wijzigingen en bijvoegingen. Het was toch van oudsher de gewoonte de landdagen of stenden te dien aanzien te hooren en zonder hunne toestemming aan recht en rechtspraak niets te veranderen. De Koning, die liefst met deze traditie wilde breken en gaarne de stenden altijd te huis had willen laten, als Hij ze niet af en toe noodig had om aan geld te komen, vond dit „communiciren" thans overbodig.

In dezen geest viel ook op 25 April 1716 het bekende besluit waarin men leest: „Ich komme zu meinem Zwecke „und stabilire die Souveränität und setze die Krone fest „wie einen rocher de bronce". In hetzelfde stuk vraagt hij de „geheime Räthe" of het niet mogelijk is „dasz Ich, „sonder mein Präjudiz, den Landtag ausschreiben lasse „. . . . .und lasse den Herrn Junkers den Wind vom „Landtag; man lasse den Leuten den Wind wenn man „zum Zweck kommt; ich erwarte ihr Sentiment" (48).

Op 21 Juni 1713 werd het besluit zonder dat de stenden erin waren gekend gepubliceerd. Wij kunnen dit Reglement verder laten rusten, omdat bij de toepassing ervan het nog al haperde, de Koning zich er zelfs niet aan hield

---

(47) De Koning noemde hem „der brave und getreue Ilgen" en kort na Zijn troonsbestijging zei hij tot den Minister van Oorlog GRUMBKOW: „Je rejets tout à fait les affaires dans les mains d'Ilgen „et ma couronne et mon armée dans vos mains". STÖLZEL II, blz. 46.

(48) STÖLZEL, II, blz. 44.

en eerlang het door een nieuwe regeling werd gevolgd (49).

In dezen tijd trad SAMUEL COCCEJI op den voorgrond, een rechtsgeleerde van erkende bekwaamheid (50), die jarenlang grooten invloed op de rechtsvorming in Pruisen zou hebben. In 1679 te Heidelberg geboren, waar zijn vader HEINRICH COCCEJI destijds professor in de rechtsgeleerdheid was, werd hij in 1703 te Frankfort a/d Oder ook professor in deze wetenschap en in 1714 „geheime Rath bei dem Justizwesen". Nauwlijks was hij als zoodanig in Berlijn werkzaam of het ontwerpen van een Landrecht werd ter hand genomen. De rechtsgeleerde Faculteit te Halle kreeg van den Koning op 14 Juni 1714 bevel naar een nauwkeurig omschreven plan de daarvoor noodig geachte „Constitutionen" samen te stellen. Helaas kwam deze arbeid in de 40 jaren, dat COCCEJI in zijn hooge positie zijn krachten daaraan wijdde niet tot een bevredigend resultaat. In zijn „Jus civile controversum", waarvan het eerste deel in 1710, na tienjarigen arbeid, was voltooid, had hij er met nadruk op gewezen hoe gewenscht het was dit „jus controversum" in een „jus certum" te veranderen. Op de vraag of de Koning aan de door zijn voorganger gegeven privilegiën gebonden was, luidde zijn antwoord ontkennend „sofern die Privilegiën gegenwärtig schädlich wirken". Alle handelingen bevatten immers de stilzwijgende voorwaarde: „rebus sic stantibus". Het is begrijpelijk, dat de Koning dit antwoord zeer aangenaam vond. COCCEJUS had ook al den strijd aangebonden tegen de toelaatbaarheid van „Machtsprüche" (51) van de Kroon in aan-

(49) STÖLZEL, II, blz. 116.

(50) Zijn vader was van 1688 tot 1690 professor te Utrecht, zijn grootvader Johannes Coccejus, zoon van Timan Koch, stadsschrijver te Bremen, was professor in de theologie, eerst te Franeker en sedert 1650 te Leiden, waar hij tot zijn dood in 1669 verbleef.

(51) Volgens een verordening van 18 September 1708 moest een „Machtspruch" door den landsheer zelf worden onderteekend. STÖLZEL, II, blz. 16.

hangige of reeds uitgemaakte burgerlijke gedingen. Deze strijd gaf hij niet op, maar eerst Frederik de Groote gaf een voorschrift in zijnen geest. Wij zagen bereids dat ook deze vorst in de zaak-Arnold zich daaraan niet hield.

30 Juli 1718 onderteekende de Koning de Instructie voor Cocceji. Hij droeg hem op met de „Justiz im Lande" te overleggen hoe alle processen in één jaar konden worden afgedaan. De termijnen moesten door den rechter worden bepaald en er moest meer op de „natürliche Billigkeit" als op de „Processordnung" worden gelet. Wijl de Advocaten aan de „Verzögerung" van de processen de meeste schuld hadden, moest hij alle middelen aanwenden om de chicanes te verhinderen en ter bereiking van dit doel er voor zorgen, dat voortaan aan geen advocaat vóór het einde van een proces iets „sub poena duplici" betaald werd en na afdoening eener zaak moest door den rapporteur van 't college het salaris van den advocaat worden vastgesteld enz. (52).

Hoezeer de toestand der rechtspraak destijds te wenschen overliet, blijkt uit een mededeeling door het lid van het Kammergericht Borck namens den president von Chwalskowski reeds in 1704 aan Ilgen gedaan, dat deze zijn ambtelijk werk niet behoorlijk kon volbrengen. De raadsheeren verschenen niet geregeld in de zittingen en zoowel de partijen als hare „Anwälte" bezochten hen in hunne woningen en bespraken aldaar hunne zaken met hen „wo „Sie ohne Gerichtsbeschlusz einseitig erledigt wurden, sodasz „Decrete entstanden, welche das was vorher im Colleg be„schlossen oder durch Judicat festgestellt war, wieder auf„hoben" (53). In November 1705 was dan ook het nemen van zulke „conträre Decrete" en het beslissen eener zaak

(52) Stölzel, II, blz. 84.
(53) Stölzel, II, blz. 17 en 18.

zonder voorafgegaan „Collegialbeschlusz" den raadsheeren „bei Geldstrafe" verboden.

De nieuwe „Kammergerichtsordnung" van 1 Maart 1709 bracht in dezen „fast unglaublichen wunderlichen Zustand bei der Justiz" verbetering.

Onder meer werd bij deze „Ordnung" het beneficium revisionis van de beslissingen van het Ober-Appellationsgericht „an Unser Hoflager" geopend. Wel kende men al te voren dit beroep op den Koning maar toen stond het naast het hooger beroep bij den rechter en had een partij de keus. Nu werd het een hoogere instantie en kende de Koning zich de bevoegdheid toe in den gewonen procesgang „nicht wohl gesprochene Sentenzen des Oberappella-„tionsgerichts aus habender Souveräner Macht zu declari-„ren und zu ändern".

De bedoeling hierbij was vooral de misstanden van het „Supplikenwesen" te verminderen.

Een oude traditie bracht mede, dat de onderdanen zich onmiddellijk tot den Koning konden wenden met een verzoek om in geschillen over burgerlijke zaken recht te doen. Dit „suppliciren" had soms plaats bij aanhangige en zelfs bij door den gewonen rechter afgedane processen, waarbij de verzoeker dan meestal deze omstandigheid verzweeg. Met aandrang zelfs op de openbare straat werd de Koning ermede lastig gevallen, zooals voor de hand ligt, veelal door de in het ongelijk gestelde partij. De Koning, die van oordeel was, dat Hij als oppermachtig heerscher ook recht moest spreken en de gewone rechter dit enkel deed voor Hem en in Zijn naam, nam gewoonlijk de verzoekschriften aan en gaf daarop Zijne beslissing, hetgeen medebracht, dat de zaak hiermede uit was en alle uitspraken van den gewonen rechter, die was uitgeschakeld, waren vervallen.

In het archief van het Berlijnsche Kammergericht be-

vinden zich nog talrijke op dit „Suppliciren" betrekkelijke stukken uit den tijd van 1717 tot 1735.

In meestal door den Koning persoonlijk onderteekende „Cabinets-rescripte" wordt soms het gerecht gelast „die „gütliche Handlung durch zu bestellenden Commissarien „nochmals zu versuchen und von den Vorschlägen zu refe- „riren; darauf Wir dann entweder einen Machtspruch „thun oder wegen der gesuchten remediorum Uns erklären „wollen" (54).

Verder werd in de Kammergerichtsordnung bepaald, dat buiten den president dit gerecht zou bestaan uit tien raadsheeren, voor de helft gekozen uit den adel (Herren- und Ritterstand). De Koning gaf voorts de verzekering dat bij een klacht tegen den president of de raadsheeren Hij deze eerst wilde hooren alvorens „sich zu Ungnade oder Misztrauen bewegen zu lassen".

De van ouds bestaande Patrimonial-gerichte der prelaten, van den adel en van de steden, waarvan de oorsprong bezwaarlijk was op te diepen, werden nu uitdrukkelijk erkend als „besonderes Privileg der Grundherrschaft" en het Kammergericht kreeg in last dat, als bij hem zaken werden aangebracht, „so zur ersten Instanz (der Patrimonialge- „richte) gehören", deze dadelijk daarheen te verwijzen. Deze heeren moesten de rechtspraak reeds spoedig overlaten aan een bevoegd persoon, meestal een advocaat, dien zij in den regel zelf benoemden. Hij droeg den naam van Gerichtshalter of Justitiarius.

Vele Patrimonialgerichte hadden samen slechts één Justitiarius. Zoo had de in de zaak-Arnold opgetreden advocaat en „Hoffiskal" Johann Frederich Schlecker te Züllichau achttien Justitiariate. Zij konden door den „Gerichtsherr" niet naar willekeur worden ontslagen en alleen bij

(54) Stölzel, II, blz. 18 vlg.

rechterlijk vonnis als regel uit hun ambt worden ontzet. Dat deze rechtspraak veelal niet aan hooge eischen beantwoordde, behoeft geen nader betoog.

De klachten over de rechtspraak verstomden ook na de nieuwe regeling echter niet. BARTHOLDI en STURM sloegen ter tegemoetkoming aan deze klachten voor, de raadsheeren van bijbetrekkingen van allerlei aard te ontlasten en hunne salarissen te verhoogen „da die pretia rerum in Ansehen „der alten Zeiten unvergleichlich gestiegen" en wel dat van den president met 1000 en dat van leden met 500 Thaler. Tot dusver hadden de adelijke leden een salaris van 600 Thaler, de burgerlijke van 200 Thaler. COCCEJI gaf tevens in overweging den graad van doctor in de rechten bij de benoeming te verlangen, al kon hij niet ontkennen, dat bij het verleenen der graden aan de universiteiten dikwijls misbruiken plaats hadden. Tevens werd voorgesteld het aantal advocaten belangrijk te verminderen.

Ook tegen het „Supplikenmiszbrauch", waarvan men aan het Hof gemeenlijk geen begrip had ,zou krachtiger moeten worden opgetreden. „Um den durstigen Blutigeln, welche „die Unterthanen aussaugen ihr abscheuliches Handwerk „zu legen" wist BARTHOLDI echter niets anders voor te stellen dan in bij den rechter aanhangige zaken alleen dan op verzoeken acht te slaan als daarbij tegen een rechter gegronde grieven werden aangevoerd en dat „erschlichene Decrete" krachteloos zouden zijn. Hij achtte het voorts noodig dat in alle rechtscolleges voortaan slechts zij werden benoemd die „in praxi und in der Landesobservanz" ervaren waren, omdat anders een niet te dragen last op enkele schouders zou worden gelegd. De „gelehrte" rechters moesten nu immers het werk doen, terwijl „die Ungelahrten", daartoe niet in staat, de rol van figuranten speelden.

Bovendien zouden personen, die wel in de theorie der rechtswetenschap zich hadden bekwaamd, maar „applica-

„tionem juris ad factum, praxin et obeservantiam" bezwaarlijk anders dan in de gerechten konden leeren, als „auditores absque voto", met uitzicht op een benoeming bij een vacature, aangesteld worden. Aan hunne benoeming tot rechter zou het maken van een rechtskundig opstel, dat door den „Geheimen Rath" of een commissie daaruit werd beoordeeld, moeten voorafgaan. Aan Bartholdi moet dus de eerste stoot tot de latere invoering van het staats-examen en het auditoriaat, weldra referendariaat, worden toegeschreven. Wel opmerkelijk is het, dat hij het ook geboden achtte de rechters tegen partijdigheid en omkoopbaarheid te waarschuwen, met bedreiging van afzetting en lijf- en levensstraf voor „solche greuliche Bosheit" (55). Helaas bleven al deze goede voorstellen eerst liggen.

In 1748 en 1749 kwam eene belangrijke reorganisatie van het te voren reeds gedeeltelijk gewijzigde Kammergericht tot stand. De Geheime Justizrath werd met het Kammergericht vereenigd en vormde daarvan de vierde „Senat" of het „Obertribunal" (56). De eerste Senat behandelde de strafzaken, de tweede de burgerlijke zaken in eersten aanleg, van dezen Senat kan men in hooger beroep gaan bij den derden, terwijl de „Revision" gebracht werd bij het Obertribunal. Het aantal „Räthe" werd van 47 op 28 gebracht. Ook de salarissen, die tot 1748 voor 26 leden van het Kammergericht te zamen 3500 Thaler bedroegen, werden verbeterd. De Geheime Justizrath was tot dien tijd onbezoldigd geweest.

Geen wonder dat kort te voren was ontdekt, dat twee raadsheeren aan een procureur brieven hadden geschreven waarin zij dezen naast hunne „Commissionsgebühren" om een afzonderlijke belooning verzochten en dat op voorstel

(55) Stölzel, II, blz. 34.

(56) In 1879 vervangen door het Reichsgericht.

van Cocceji omstreeks dien tijd vijf andere raadsheeren wegens ongeschiktheid en oneerlijkheid werden afgezet (57).

De klachten over de Untergerichte of Justitiariate namen weer steeds toe. In een verslag over een dienstreis in 1751 in Oost- en Westpruisen schrijft Cocceji: „der mehrste „Theil der Amtsverweser bestand in unvermögenden und „bedürftigen Subjecten, welche nicht die geringste Idee „von Wissenschaften hatten und selten, auszer wenn es „Diäten setzte, in die Aemter kamen".

Het werk werd geheel overgelaten aan de griffiers „slech- „ten, hungrigen und halbgelehrten Leuten", wien het er voornamelijk om te doen was „durch enorme Sporteln und „Diäten die Unterthanen zu ruïniren". Hier greep dan ook een grondige opruiming plaats naast een algeheele reorganisatie.

Den grootsten slentergang vond men echter bij het „Reichskammergericht" te Wetzlar en de, daar gevolgde procesgang diende helaas! dikwijls aan de lagere rechtscolleges tot voorbeeld. Misschien was dit mede het gevolg van de gewoonte dat vele jonge juristen tijdelijk te Wetzlar werkzaam waren geweest, alvorens een soms hooge plaats bij de rechterlijke macht te bekleeden. Bekend is dat Goethe van Mei tot September 1772 als „Praktikant" aan het Reichskammergericht was verbonden, waar hij toen Charlotte Buff leerde kennen (58).

Niemand vond er iets vreemds in, dat de processtukken allengs tot boekdeelen aangroeiden, dat de processen tientallen, zelfs honderdtallen van jaren duurden, dat de rech-

---

(57) Stölzel, II, blz. 193. Men vergete echter niet dat de leden ook „Sporteln" of „Gebühren" trokken die wel eens hoog opliepen en zij vaak nog andere bezoldigde betrekkingen bekleedden.

(58) In het twaalfde boek van „Aus meinem Leben" wijdt Goethe aan het Reichskammergericht eenige belangrijke bladzijden.

ters zelden wegens hunne bijbetrekkingen voltallig aanwezig waren en als zij eenmaal een zaak onder handen hadden ten minste twee- of driemaal zooveel maanden of jaren daaraan besteedden als de advocaat noodig had gehad om zijne „conclusiën" samen te stellen, want de schriftlijke behandeling was regel. Tientallen van jaren lagen de processtukken soms ter griffie zonder dat de zakken geopend waren. Prof. dr. ADOLF STÖLZEL vond nog in 1870 dergelijke zakken met stukken, die van 1720 af bij het Reichskammergericht waren ingekomen (59).

COCCEJI vooral maakte zich zeer verdienstelijk bij de bevordering van de afdoening van oude processen. Op 20 Mei 1747 was in Pommeren de achterstand ingehaald. COCCEJI had daarvoor in persoon het voorzitterschap in verschillende colleges op zich genomen. Naar de wijze waarop de afdoening van de 8000 zaken geschiedde moet men echter niet vragen. De latere Groot-kanselier PHILIP JOSEPH PANDIN DE JARIGES, die COCCEJI had bijgestaan, zei er van: „Marsch, Marsch was fällt das fällt". Als een „distinguirte Marque gnädigster Zufriedenheit" verleende de Koning aan COCCEJI op 8 Maart 1747 den rang van „Grosskanzler des Königsreichs und aller übrigen Lande" en gaf hem tevens de orde van den Zwarten Adelaar. COCCEJI was de eerste Groot-kanselier en bleef dit tot aan zijn dood in 1755, toen hij door VON JARIGES werd opgevolgd. Tot groote tevredenheid van den Koning was het hem ook gelukt met behulp van VON JARIGES en FÜRST aan een reeds 200 jaren te Stettin hangend proces over een grensgeschil tusschen het dorp Kantereck en den Staat, in Mei 1746, door schik-

(59) STÖLZEL, II, blz. 182, noot 1. — Excellenz STÖLZEL geb. in 1831 was dr. juris en dr. phil. Honorarprofessor, lid van 't Pruisische Heerenhuis, Kronsyndicus, Wirk. Geh. Rath te Berlijn. Van hem zijn vele geschriften verschenen o. a. „Brandenburg-Preuszens Rechtsverwaltung und Rechtverfassung", Berlijn 1888, twee deelen.

king een eind te maken. De processtukken in deze zaak waren toen tot zeventig deelen aangegroeid.

In dien tijd ontstond de uit het Arnoldsche proces bekende „Regierung zu Küstrin" uit de vereeniging van de Regierung, het Hofgericht en het Consistorium aldaar. Zij kreeg van den Koning de bevoegdheid „an Unserer Statt „und in Unserm Allerhöchsten Namen alle Public- und „Privatsachen . . . . . zu entscheiden und zur Execution „zu bringen".

Niettegenstaande reeds in den aanvang der achttiende eeuw bij Koninklijk edict was bepaald dat men den Koning niet met „Suppliken" lastig moest vallen, tenzij men gegronde klachten had over de rechters en de rechtspraak, waarbij men moest opgeven of de zaak nog aanhangig was dan wel bij eindvonnis afgedaan, bleef het verzoeken om recht regenen, dikwijls met verzwijging dat men reeds bij den gewonen rechter was geweest. Op 10 Februari 1738 verscheen al een edict, dat indien een klacht over een rechtscollege door den „Geheimen Etats-Ministre" Cocceji na grondig onderzoek valsch of ongegrond mocht worden geacht niet alleen de „querulant" met een geldboete van 500 tot 1000 Thaler „nach Proportion seines Vermögens" of bij onvermogen met „Stein-, Zuchthaus- oder Vestungsarbeit" zou worden gestraft, maar dat de advocaat, procureur of „Schriftsteller", die „solches Memorial" gemaakt hadden en die de verzoeker in elk geval onder eede moest noemen zonder genade „in die Karre gespannt" (kruiwagenstraf) zouden worden.

Op 15 November 1739 werd dit door een van den Koning alleen uitgegaan bevel gevolgd, dat van zijn toorn onmiskenbare blijken gaf. Om den eigenaardigen inhoud moge dit hier, woordelijk, gedeeltelijk volgen: „Von morgen über „acht Tage ab wenn ein Advocat oder Procurator oder „andrer dergleichen Mensch Sr. K. Maj. durch Soldaten

„Memorialien in Prozess- oder Gnadensachen einreichen zu „lassen sich unterstehen oder wenn ein oder der andre Leute „aufwiegeln um in abgethanen und abgedroschenen Sachen Sr. K. M. Memorialien zu übergeben S. K. M. einen solchen „ohne Gnade aufhängen und neben ihm einen Hund „hängen lassen wollen" (60).

Zeker geen halve maatregel, die wel nooit zal zijn toegepast. Een half jaar later, 31 Mei 1740, was de Koning gestorven. Hij ging heen zonder, hoewel omringd door bekwame rechtsgeleerde raadgevers, iets van beteekenis voor de rechtsbedeeling te hebben tot stand gebracht. Dit baart zeker verwondering daar Hij het alleen te zeggen had. Het wil ons voorkomen, dat alle plannen tot verbetering die om advies naar verschillende colleges waren gezonden, als daar zijn lands-stenden, rechtscolleges, juridische faculteiten enz., waarnaast nog verschil van meening in den boezem van de raadslieden der Kroon, eenvoudig onder adviezen en critieken waren dood gedrukt, welk verschijnsel zich ook nu nog wel voordoet. Zijn vruchtelooze arbeid zal den ziekelijken Koning op Zijn ouden dag zeer hebben ontstemd.

Een der cardinale gebreken in de rechtsbedeeling was zeker de macht des Konings om naar aanleiding van „Suppliken" in de rechtspraak in te grijpen. Reeds Bartholdi had in een voorloopig ontwerp van 7 Januari 1712 betreffende „das zum Abfall sich neigende Justizwesen" aan de gedachte uiting gegeven, dat de gewone gerechten alleen een objectieve rechtspraak waarborgden maar hiervan wilde men destijds en ook later, lettende op de droevige rechtspraak dezer gerechten, in 't geheel niet weten. Eerst de Pruisische grondwet van 1848 sprak in art. 7 onbewimpeld uit: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen

---

(60) Stölzel, II, blz. 137.

„werden . . . . . auszerordentliche Commissionen sind „unstatthaft".

Hier moge in 't kort iets worden medegedeeld over het ambt van „Grosz-kanzler". Men zou dezen ambtsdrager kunnen noemen den Eersten Minister van Justitie, voor het geheele Koninkrijk Pruisen, echter in ruimeren zin dan tegenwoordig, want er stonden nog meer personen onder hem die de zaken van de Justitie in de onderdeelen van den Staat behartigden als een von Zedlitz, von Münchhausen, Suarez en anderen, die gewoonlijk ook als Justizminister werden aangeduid. Men leert zijn werkkring uit de reeds genoemde Instructie voor Carmer, die de Koning op den eersten Kerstdag van 1779 aan een „Kabinetsrath" dicteerde. Dit merkwaardige stuk, hetwelk langen tijd onbekend bleef en een juisten blik geeft in Frederik de Groote's gemoedstoestand van die dagen, heeft tien artikelen en is vrij lang. Het begint aldus:

„Seine Königliche Majestät von Preuszen, Unser aller-„gnädigster Herr, haben Allerhöchst zu resolviren geruhet „Dero Etats-Minister v. Carmer, welchen Höchst-Dieselben „bishero wie einen ehrlichen und rechtschaffenen Mann „und vor einen Mann, der Ordnung liebt, gehalten, den „Posten als Groszkanzler, so wie solchen der v. Fürst ge-„habt, wieder anzuvertrauen. Dieser Posten ist um so „*importanter,* weil ihm so zu zagen das Wohl aller *Parti-„culiers* anvertraut wird. Daher dann Seine Königliche „Majestät um so nöthiger finden ihm nachfolgende In-„struction zu seinem Verhalten zu ertheilen. Nach der Ver-„änderung die hier in Ansehung der Justiz geschehen, ist „die erste Sache die ihm anfliegt:

„1lich, 2tens enz. (over voorziening in de vacatures).

„3tens. Weil Seine Königliche Majestät absonderlich ge-„funden (beim Verhöre der Kammergerichtsräthe am „11 Dez. 1779) dasz die Leute die Sie bey der *Justiz* hier

„haben zum Theil sehr jung (61) sind, die sich keineswegs „vor Obergerichte schicken, so wird als ein *principium re-„gulativum* angenommen, dasz keiner der nicht 35 Jahr „alt ist bey denen Obergerichten wie Rath placirt werden „soll."

„4tens. Wollen Seine Königliche Majestät Selbsten, *wenn „Sie ein bischen besser sind* (wij cursiveeren), alle Leute „vom hiesigen *Tribunal* und Ober-Gericht sehen und alle „die wegthun, die zu jung sind und in deren Platz solche „Leute nehmen, die gewisze Jahre und mehr gesetztes „Wesen haben und die *solide* und zuverlässig sind."

„5tens. Musz der nunmehrige Grosz-Canzler v. Carmer „auf seinen Eyd und Gewiszen Höchst deroselben alles das „anzeigen, wo Ungerechtigkeiten von den *Justiz-collegiis* in „den *Provintzien* ausgeübt, damit die Leute dafür bestraft „werden können."

„6tens. Werden Seine Königliche Majestät auch gewahr „dasz ein Haufen Sachen bey der Art die *Processe* zu „führen fehlen. Denn wenn Bauren und Unterthanen „*Processe* haben mit Edelleuten so werden erstere immer „verliehren und öfters von zehn dergleichen *Processe* wird „nicht einer gewonnen. Daher denn Höchstdieselben dar-„unter folgende Vorschrift geben:

„1lich. Wenn es Waszer-Sachen sind, so müssen die „Gerichte das Zeugnisz von Waszerbau-verständigen „vorzüglich und vor allen andern gelten laszen und „darauf bey Abfaszung des Urthels Rücksicht nehmen.

„2tens. Betrift es Landes-*oeconomie*-Sachen so musz

---

(61) Van de „Kammergerichtsräthe" was, ten tijde van het verhoor, Ransleben 31 jaar en reeds 6 jaren raadsheer, Friedel 35 jaar en al 10 jaren raadsheer, Graun 34 jaar en 3 jaren als zoodanig in functie. Zie Preusz, Friedrich der Grosze, III, blz. 395 vlg.

„das Zeugnisz von *Cameral*-Leuten vor allen andern „zum Grunde genommen werden.

„3tens. Sind es *Processe* von Häusern und Gebäuden „so musz das Zeugnisz der Bau-verständigen vor allen „andern gelten."

„7tens. Ist es wohl möglich dasz die Bauren in ihren „Klagen oft Unrecht haben und dasz sie auch often durch „*Advocaten* und andere Leute des Eigennutzes wegen zum „*Process* aufgewiegelt werden. Aber wenn zehn Bauren „gegen zehn Edelleute *Processe* führen und erstere ver-„liehren alle zehne, denn trauen Seine Majestät der Sache „nicht und ist warscheinlich dasz die Richter von den Edel-„leuten *corrumpirt* sind. Denn der Bauer ist arm, und kan „nicht viel geben. Dagegen der Edelmann kan das eher „thun und dadurch suchet er die Advocaten und Richter „zu gewinnen und auf seiner Seite zu bringen, und solcher-„gestalt geschieht es, dasz die Bauren, wenn ihre Sachen „noch so *juste* sind, dennoch mehrentheils Unrecht „kriegen."

„8tens. Können die mehresten Sachen balde abgethan „werden wann vorhero immer die Güte *tentiret* würde." cet.

„9tens. Wenn von Seiner Königlichen Majestät denen „*Justiz-Collegiis Suppliquen* zugeschickt werden, so ver-„langen Höchst-dieselben ausdrücklich wenn sie in der „Sache gesprochen haben, dasz Ihnen der *modus proce-„dendi,* warum so und nicht anders gesprochen worden, „angezeiget wird. Gründet sich das auf eine vorher einge-„gangene Verbindung und ist est contractmäszig, so ist es „denn was anders. Aber Seine Königliche Majestät wollen „jedesmahl die Ursachen wiszen warum so gesprochen wor-„den und warum die *Sentenz* vor den Edelmann oder vor „den Bauer ausgefallen."

„10tens. Die *Revision* der *Justiz* ist zum öfftern und un-

„umgänglich nöthig und wenn die geschiehet so musz „solche mit aller *Exactitude* vorgenommen und in den „*Provintzien* immer fleiszig darnach sich erkundiget wer- „den, ob Klagen über die Verwaltung der *Justiz* vorhanden „sind; und sodann musz genau *examinirt* werden ob einer „mit der *Justiz* mit Recht unzufrieden ist oder nicht. Keine „dergleichen Klagen müszen zurückgewiesen sondern mit „aller Schärfe untersuchet werden und wenn sich findet „dasz einer von der *Justiz culpable* ist, so musz ein solcher „mit Ernst und Nachdruck gestrafet werden. Alsdenn wird „das schon ein bischen helfen und die Leute in Attention „bringen. Indessen wird der Endzweck mit der bloszen „Cassation nicht allein erreichet; darnach fragen sie nicht „viel und suchen immer wo anders wieder anzukommen. „Deszhalben musz man dergleichen Leute auf die Vestung „schicken. Das erwecket mehr Furcht und das wird sie „eher in Ordnung bringen.

„Die Leute, die zu der Revision und zu dem Unter- „suchen gebraucht werden, müszen ehrlich und zuverlässig „seyn und mit Rigeur zu Werke gehen. Denn wenn man „nicht ein bischen hart ist, so kann das alles nicht helfen. „Besonders wird alle Attention erfordert auf die *Justiz-* „*collegia* die entfernt von Hier sind . . . . . Wenn man „da die Leute packt die Ungerechtigkeiten ausgeübt haben, „die müszen recht mit *Rigeur* bestrafet werden; denn kann „das auf einige Jahre helfen. *Die Bestrafung dergleichen* „*Leute musz alsdenn Seiner Königlichen Majestät nur* „*überlassen werden.* Höchstdieselben werden sie alsdann „schon so strafen, wie sie es verdienen. Uebrigens und da „Seine Königliche Majestät auch vernehmen, dasz der Ber- „linische *Magistrat* und das Stadtgericht das Volk hier „sehr aussauget durch die abscheuliche *Sportuln* und durch „die vielen Gerichtsunkosten; so ist Höchst-deroselben ernst- „licher Wille dasz dem Magistrat und dem Stadtgericht

„hierunter mit Nachdruck Einhalt geschehen und die „*Sportul-Taxen* herunter gesetzet . . . . . Besonders gehet „das Sportuliren bei deń Pupillen-Collegiis sehr weit" cet.

„Seiner Königlichen Majestät geben demnach Dero nun„mehrigen Gross-Canzler v. Carmer mittelst dieser *In„struction* Dero eigentliche Höchste Willens-Meynung hie„mit zu erkennen und haben das Vertrauen zu ihm er wird „sich gewiszenhaft angelegen seyn laszen solcher in allen „Puncten aufs genaueste nachzukommen." cet.

Drie dagen later kreeg deze Instructie nog de volgende aanvulling:

„Es gehen bei den *Pupillen Collegiis* ein Hauffen „Defraudations vor in Ansehung des *Sportulirens* und wird „davon ein groszer Miszbrauch gemacht, der gäntzlich „*inhibiret* werden musz. Umb euch davon nur eine idée „ohngefehr zu geben und ein Exempel anzuführen, so ist „ein Vormund der findet nöthig seinen *Pupillen* ein Paar „Schuhe machen zu lassen die ohngefehr 12 g(roschen) „kosten, der schreibet deshalben an das *Pupillen-Collegium*; „vor den Brief und die Antwort musz er auch 12 g. be„zahlen, also so viel als die Sache selbst werth ist . . . . . „Dieses Sportuliren bey den *Pupillen Collegiis* musz also „gleich abgeschaffet werden und die Leute die dabey „dienen müszen sich mit ihren *Tractamentern begnügen.*" etc.

„Im übrigen und damit ihr Euch von allen den Sachen „die Ich Euch auftrage und die Euch einen persönlichen „Hasz zuziehn könnten umb so nachdrücklicher befaszen „könnet, so habt Ihr nur Meine Ordre an die *Justiz-Col„legia* vorzuzeigen, dasz sie sich nicht einbilden alswenn „Ihr nur wäret umb Neuigkeiten für Euch zu machen „sondern sie Euch hier nicht anfeinden: wornach Ihr also „Eure Sache zu machen".

„Ich bin im übrigen Euer Wohlaffectionirter
„König" (62).

Kennelijk is deze instructie onder den verschen indruk van de zaak-Arnold ontworpen.

Er blijkt uit dat Hij over de edellieden ook al niet best te spreken was. In Augustus 1753 had Hij ze reeds gekapitteld over hun geringen studielust. De gewoonte bracht mede, dat aan den adel het voorzitterschap in de hoogere rechtscolleges werd opgedragen en dat hem ook een deel der raadsheersplaatsen werd gegeven. De Koning verklaarde, dat indien Hij bij den adel geene personen van voldoende bekwaamheid voor deze betrekkingen kon vinden, Hij „nich sowohl auf den Adel als die Meriten" zou zien en aan burgerlijken de voorkeur zou geven. De order eindigde met deze woorden: „Es wird also denen adelichen „Kindern welche sich zu der Justiz widmen wollen, wohl „eingepräget werden müssen, dasz wann sie sich nicht „gehörig appliciren und eine solide Theoriam Juris von „Universitäten mitbringen sie keine Hofnung zur Beförde-„rung haben können".

Aan Carmer waren als Groot-kanseliers na den dood van Cocceji voorafgegaan von Jariges (1755—1770) en von Fürst (1770—1779). Eerstgenoemde bracht tot verbetering van recht en rechtspraak evenals Cocceji weinig tot stand. Hij riep voor de magistraten de Examinations-commission in het leven die, naar wij meenen, nog bestaat. Onder hem werd Freiherr von Fürst und Kupferberg tot „wirklichen Geheimen Etats- und Justizminister" en tot „ersten Präsidenten des Kammergerichts" op 20 April 1763 benoemd met een bezoldiging van 4450 Thaler per jaar. Er waren destijds onder den Groot-kanselier vier „Justizminister" voor bepaalde landsgedeelten — von Münch-

(62) Stölzel, II, blz. 284 vlg.

hausen was dit b.v. in Silezië — en afzonderlijke deelen van het staatsbestuur werkzaam.

„Immediate Supplicationen" waren wederom aan de orde van den dag. Ieder die met den gang van zijn proces niet tevreden was beklaagde zich daarover „an Allerhöchsten Stelle" en smeekte om een beslissing in zijne zaak. Na den zevenjarigen oorlog was na een korte periode van geldovervloed reeds in 1765 groote geldschaarschte ontstaan, hetgeen faillissementen en processen ten gevolge had. Vele gedingen ontstonden ook door de verwoestingen, welke deze oorlog had teweeggebracht. Dientengevolge bedroeg het aantal zaken, dat het Kammergericht in één jaar behandelde, in 1767 reeds 4450 tegen slechts 1083 in 1748. Hiervan werden vóór het sluiten van den vrede van Hubertusburg in 1763 jaarlijks 1073 tot 1274 afgedaan en in 1767 2562, zoodat de achterstand, hoewel er hard gewerkt was, toen aanzienlijk was. Op de klachten daarover verdedigde zich het Kammergericht door te wijzen op de houding der advocaten, op de steeds toenemende Suppliken, waarover het college meestal advies moest uitbrengen, en de slechte instructie der processen bij de gebrekkig bezette lagere gerechten, terwijl het in overweging gaf de „boshafte Concipienten ungegründeter Memoriale" met tuchthuis te bestraffen. Dus niet meer met de galg en den hond er naast zooals in 1739.

Toen v. Fürst in 1770 na den dood van von Jariges Groot-kanselier werd, werd von Zedlitz zijn opvolger in de door hem bekleede ambten behalve in dat van „ersten und obersten Präsidenten der Cammergerichts und aller drei dessen Senate", dat 28 Februari 1771 op een salaris van 4000 Thaler aan Wolfgang Ferdinand Freiherr von Dörnberg werd opgedragen, die tevens „wirklicher Geheimer Etats- und Justizminister" werd. Von Fürst gaf hem als president van het Kammergericht een uitvoerige Instructie.

Hem werd samen met von Rebeur, president van den 2den Senat, het toezicht over het personeel van den 2den en den 3den Senat en over de lagere gerechten toevertrouwd, het toestaan van de verloven en de voordrachten tot belooning en bevordering van de raadsheeren enz. Hij zou voorzitter zijn van den 3den Senat, moest als zoodanig elken dag om elf uur 's voormiddags in het gerechtsgebouw aanwezig zijn en nadat de andere Senate hunne werkzaamheden hadden verricht, die hij gedeeltelijk moest bijwonen, met de leden van den 3den Senat het voorlezen van de rapporten aanhooren en voor het ontwerpen van de arresten na de gevallen beslissingen de stukken onder de leden verdeelen, voorts jaarlijks aan den Groot-kanselier een tabel van de uitgebrachte rapporten inzenden, de bij het Kammergericht ingekomen „Cabinets-orders enz." openen en ter kennisneming aan de leden rondzenden enz.

Bij diezelfde Instructie werd ook v. Rebeur's taak nader omschreven. Hij had te zorgen voor de opleiding der referendarissen, kreeg het toezicht op de „Sportelkasse" en over de Advocaten, moest in elke zaak, die op de rol kwam, den rapporteur aanwijzen, benoemde de commissies voor het examen voor referendaris en andere examens, wees de commissies ter visitatie van de Untergerichte aan enz.

Wij bespreken opzettelijk deze Instructie wat uitvoerig, omdat men daardoor eenig inzicht kan krijgen in den werkkring van het Berlijnsche Kammergericht.

Von Fürst ontwierp een Inrichting van de Rechterlijke Macht voor het gansche land. Hij liet deze voorafgaan door de opsomming van eenige grondbeginselen, waarbij hij den Koning doet zeggen, dat in geen zaak meer dan drie instantiën zullen zijn en dat Hij zelf of zijn Etatsministerium geen beslissingen zullen geven, die de kracht hebben van een rechterlijk vonnis. Alleen in strafzaken zou een ander beginsel gelden en de Koning daarin soms het laatste

woord spreken. Niemand zou „mit wichtigen Leibes-, Ge-„fängnisz-, Zuchthaus- und Festungstrafen, am allerwenig-„sten Lebensstrafe belegt werden" zonder dat Zijne Berlijnsche ministers of Hijzelf „nach den verschiedenen Graden" het vonnis hadden bekrachtigd. Op 28 September 1772 kwam een „Verordnung" in dezen geest tot stand.

Niettegenstaande dit alles bleef de Koning ontevreden over den gang der rechtspraak. Bij volgens Hem onrechtvaardige rechterlijke vonnissen kon Hij zich ternauwernood neerleggen. De hofmaarschalk van 's Konings jongsten broeder, prins FERDINAND, was wegens „Betrügereien" in 1773 door den rechter alleen gestraft met ontzetting uit zijn ambt. Dit vond de Koning onvoldoende „da ja die „Befugnisz ihre Bediente weg zu jagen selbst Particuliers „unbenommen und auszer aller Contestation sei" (63). Hij noemde dit een voorbeeld van de groote toegevendheid van de gerechten tegen voorname bedriegers. Een de straf verzwarende „Machtspruch" bleef echter uit.

Bij een revue in Silezië in Augustus 1774 overhandigde CARMER, destijds Wirkl. Geh. Etats- und Schlesischer Justizminister, een door hem uitgewerkt plan tot bekorting der processen, waarop Hij VON FÜRST opmerkzaam maakte, met opdracht daarover Hem advies uit te brengen.

CARMER was een voorstander van het stelsel, dat de rechter mede de feiten van het geding vaststelt, het zgn. „Untersuchungsprinzip" of „Offizialmaxime", VON FÜRST daarentegen hield het met de „Verhandelingsmaxime", waarbij het vaststellen der feiten aan partijen wordt overgelaten naar den regel: judex judicare debet secundum allegata et probata a partibus, zooals toen gebruikelijk was (64). Bovendien was niet ten onrechte v. Fürst iet-

(63) STÖLZEL, II, blz. 265.

(64) Zie omtrent deze tegenstelling, dr. RUDOLF POLLAK, System des Oesterreichischen Zivilprozeszrechtes § 83, II, blz. 406 en ASSER-ANEMA, V, blz. 67 vlg., 2de druk.

wat geprikkeld omdat Carmer zich achter zijn rug tot Z. M. had gewend. Van het plan kwam dus niets te recht, wat den Koning zeker niet beviel. Toen bij Hem een klacht inkwam over een zware straf die een „Accisegericht" voor een onbeteekenende belasting-overtreding had opgelegd, schreef de Koning daarover aan v. Fürst. „Die Justiz", zoo schreef hij 27 Maart 1775, „fängt wiederum an einzu-„schlafen besonders werde Ich das bei den Accisegerichten „gewahr . . . . .; est ist meiner Intention ganz entgegen, „dasz wegen solcher Bagatelle so weitläufige Processe ange-„stellt werden" cet. „Ihr habt darauf Bedacht zu nehmen „wie Meine landesväterliche Intention zum Besten zu „erreichen worüber Ich Euren nähern Bericht gewärtig „sein will".

Reeds 7 April d.a.v. werd „auf gnädigstem Specialbefehl" een door v. Fürst ontworpen en alleen geteekend „Erlass" afgekondigd tot verbetering der rechtspraak, die zich aansloot aan de „Gerichtsordnung" van 1747, den Codex Fridericianus. De resolutie had ten doel een eind te maken aan de vertraging in de afdoening der processen, ontstaan door de „Collusionen" der advocaten en het onbehoorlijk uitstellen van de behandeling. Het was, zoo las men, „der „unverrückte Endzweck der landesväterlichen Absicht die „beste Gründlichkeit mit der möglichsten Geschwindigkeit „zu verbinden". Er is waarlijk ook ten deze niets nieuws onder de zon. De Koning was hiermede echter niet tevreden.

Naar aanleiding van een voordracht tot vervulling van eenige raadsheersplaatsen schreef Hij in September 1775 aan den Groot-kanselier „dem Unwesen dasz aller Verord-„nungen ungeachtet der Procesz sich verschleppe und den „Advocaten in viel Willen bleibe müsse abgeholfen werden". Ironisch voegde de Koning er bij, dat hij Carmer te Berlijn had opontboden om „das darüber zu treffende Konzert in

„Meinem Justizdepartement vollkommener zu machen".

Alsof er eenig „Konzert" tusschen v. Fürst en Carmer bestond!

Eenige weken later kwam uit Breslau een uitvoerige uitwerking van het plan-Carmer van de hand van Suarez, destijds „Oberamtsregierungsrath" aldaar. Toen de Koning von Fürst verzocht dit werk in overweging te nemen ten behoeve van het aanstaande onderhoud verklaarde zich deze daartoe wel bereid maar voegde er een mededeeling bij, dat sedert de resolutie van 7 April 1775 de 10800 processen van dat jaar op 500 na waren afgedaan. Hij verzocht om „allergnädigste Approbation" hiervan en tevens om afzetting van verscheidene onverbeterlijke advocaten, waaraan de Koning op staanden voet voldeed. De samenkomst met Carmer stelde Hij vast op 4 Februari 1776. Op dien dag diende von Fürst een plan bij den Koning in met de strekking hoe processen te voorkomen. Het middel was een spoedige invoering van een algemeen volledig wetboek, omdat de processen meestal „aus Unwissenheit des Rechts" ontstonden. Von Fürst wist nog ditmaal het van Carmer te winnen. Op 15 Januari 1776 werd een aanvulling van den Codex Fridericianus tot wet verheven nu de „Langwierigkeit des Verfahrens sich wieder eingeschlichen". Het invoeren van een Algemeen Landrecht bleef echter voorloopig rusten. In 1776 kwamen evenwel weer klachten vooral tegen de advocaten. „Das müszt Ihr sofort abstellen", schreef de Koning aan von Fürst, „und darunter Verfü„gung treffen *oder wir werden Unfreunde,* und ich werde „müssen andre Mesures treffen; die Advocaten machen „überhaupt viel Streiche und müszt Ihr sie kurz halten". Von Fürst bleef desniettemin werkeloos en toen trad Z. M. persoonlijk op en gelastte 27 Augustus 1776 aan de rechtscolleges hem de rechters, die hun plicht verzuimden, aan te wijzen. Kort daarna kwam de verordening, dat niet

alleen plichtvergeten advocaten, maar ook de leden van de rechtscolleges, die zich te buiten hadden gegaan, niet alleen met „Kassation", maar ook met „mehrmonatlichen Festungarrest" moesten worden gestraft. Een aanvulling dus van de strafwetten. Maar hier bleef het niet bij, want eenige maanden later bepaalde de Koning dat de „pflichwidrigen" rechters *door hem zelf* zouden worden gestraft. De eerste toepassing van dit rescript bleef niet lang uit. Slachtoffers toch werden de rechters in de zaak-Arnold, terwijl tevens aan VON FÜRST smadelijk de deur werd gewezen.

Wij hebben ons bij het bovenstaande misschien wat lang opgehouden, maar achtten het noodig om de verklaring te geven van deze zoo veel opzien verwekte daden van Frederik de Groote.

Het is te begrijpen, dat CARMER nu de man was om Groot-kanselier te worden. Op den dag zelf van de verwijdering van VON FÜRST, 11 December 1779, had de Koning hem al uit Breslau laten komen met de mededeeling dat hij VON FÜRST zou opvolgen en op Nieuwjaarsdag 1780 was CARMER al in Berlijn.

De Koning scheen aanvankelijk zich er niet van bewust in de zaak Arnold eenig onrecht te hebben gepleegd, want nog 4 Juli 1780 schreef hij aan minister VON MÜNCHHAUSEN, sedert 1771 tevens president van het „Obertribunal", toen Hem in een erfenisgeschil om een uitspraak was verzocht: „Ich bin weit entferzt, Mich einer unmittelbaren Entschei-„dung *anzumaaszen*; dies würde ein *Machtspruch* sein „und Ihr wiszt dasz ich solche *verabscheue*". Z. M. scheen geheel uit het oog te hebben verloren, dat hij in de zaak Arnold kort te voren zeer gewichtige burgerrechtelijke beslissingen had gegeven.

De verzoeking is groot over JOHANN HEINRICH CASIMIR CARMER, Freiherr sedert 1791 en in 1798 bij zijn aftreden

als Groot-kanselier in den gravenstand verheven, een en ander mede te deelen van hetgeen deze groote jurist in het belang van recht en rechtsbedeeling gedurende zijn ambtsvervulling heeft tot stand gebracht. Wij moeten ons echter daarvan onthouden, omdat het ligt buiten de grenzen van het door ons behandelde onderwerp, die toch al zeer ruim zijn getrokken.

Alleen zij nog aangestipt, dat het hem mocht gelukken een nieuw procesrecht, waarin zijne denkbeelden omtrent het „Untersuchungsprincip" waren neergelegd, op 26 April 1781, in het leven te roepen, en dat hij nog mocht beleven, dat in 1794, echter niet zonder tegenstand en met niet onbelangrijke wijzigingen van het oorspronkelijke ontwerp, het „Preuszische Allgemeine Landrecht", volgens Otto von Gierke „die älteste und zugleich groszartigste moderne Codification" werd ingevoerd. Gelijk algemeen bekend mogen von Carmer en Suarez met Cocceji de geestelijke vaders van dezen reuzenarbeid, waaraan gedurende een groot deel van de 18de eeuw in Pruisen is gewerkt, worden genoemd.

Over dezen tegenstand van den laatsten tijd vóór de invoering nog een enkel woord. Hij ging vooral uit van von Rebeur, die al om zijn tegenwerking ten aanzien van het procesrecht als Regierungspräsident naar Stettin was verplaatst, welke benoeming hij echter afsloeg, waarna hij den staatsdienst verliet; voorts van den Justizminister Johann Christoph Wöllner met zijn volgelingen Dankelmann en Goldbeck, de eerste ook Justizminister, de laatste sedert Februari 1795 — toen von Carmer wegens lichaamszwakte eervol ontslag had gekregen met behoud van den titel van Groot-kanselier en van zitting en stem in het „Justizdepartement" — „Groszkanzler und Chef de Justice" (65).

(65) J. C. Wöllner, een gewezen predikant, was de almachtige gunsteling van den opvolger van Frederik de Groote, den goed-

De tegenstand, ook van den Koning, was vooral gegrond in de in het ontwerp opgenomen bepaling „durch Macht-„sprüche darf Niemand an seinem Recht gekränkt wer-„den", maar ook in het daarin voorkomende voorschrift, dat als regel ambtenaren niet eenzijdig door den landsheer mochten worden ontslagen, dus niet krachtens „Cabinets-rescript" maar „durch Urtheil und Gericht". VON CARMER boog voor dien tegenstand, misschien om het werk te redden, en de bepalingen werden geschrapt.

---

hartigen en mystieken dweper tevens grooten wellusteling FREDRICH WILHELM II. Men denke aan zijne bekende maitresse, de „preuszische Pompadour", Wilhelmina Enke, sedert 1796 gravin van Lichtenau. WÖLLNER, wien in 1768 door Koning FREDERIK DE GROOTE, die hem een „betrügerischen und intriguanten Pfaffe" noemde, een verzoek om in den adelstand te worden verheven was afgeslagen, had FRIEDRICH WILHELM in 1781 onder den naam *Ormesus Magnus* in de geheime „löbliche Order der Rosenkreuzer" opgenomen. WÖLLNER gaf aan zijne „Rosenkreuzer-Brüder" eens een „ernstlichen Verweis", omdat zij het waagden te betwijfelen, dat hunne „Magistri des achten Grades aus gekochten Eiern „Hühner brüten könnten", want door Gods genade was dit mogelijk (*). Onmiddellijk na de troonsbestijging van FRIEDRICH WILHELM II, 16 Augustus 1786, werd WÖLLNER in den adelstand verheven en tot Finanzrath benoemd. In 1788 werd hij Justizminister en Chef des geistlichen Departements. Van hem is afkomstig het beruchte *Religions-edict* van 9 Juli 1788, waarbij aan geestelijken en onderwijzers op straffe van afzetting verboden werd van het in de Symbolische boeken vastgestelde leerbegrip af te wijken. Het stond aan een iegelijk alleen gewetensvrijheid toe, zoolang hij als staatsburger zijn plicht deed doch zijn bijzondere meening voor zich hield „und sich sorgfältig hütete Sie auszubreiten". Na 's Konings dood op 15 November 1797 werd de „geistlose Heuchler", zooals de geschiedschrijver VON TREITSCHKE hem noemt, „aus bewegenden Ursachen" door FRIEDRICH WILHELM III op 11 Maart 1798 uit al zijn bedieningen ontslagen zonder aanspraak op pensioen. Reeds in 1797 was het gehate Edict ingetrokken.

(*) STÖLZEL II, blz. 312; *Weber—Baldamus, Weltgeschichte*, 23ste dr., IIIde deel' blz. 728.

§ 3. *De rechtsbijstand*

In de 18de eeuw werden in Pruisen de partijen in den regel voor het gerecht vertegenwoordigd door advocaten en procurators of Anwälte. Deze stonden in dien tijd, zooals ook al is gebleken, niet in hooge achting en van een *nobile officium* was geen sprake. De gedingvoering was schriftelijk en niet openbaar. Na de receptie van het Romeinsche recht en de bezetting van de gerechten door naar dit recht gevormde juristen werd het noodzakelijk, dat men in een proces door rechtsgeleerden werd vertegenwoordigd. De kennis van het materieele recht, een verbinding van het inheemsche en het Romeinsche recht, was zelfs bij de beste juristen in haar vollen omvang bijna niet te beheerschen. De rechtsstudie liet te wenschen over en het formalisme vierde hoogtijd. Schending van de tallooze vormen bracht dikwijls het verlies van de meest rechtvaardige vordering mede. De eene „controverse" volgde bij de rechtstoepassing op de andere. Was het wonder dat bij den advocaten-stand het bewustzijn, de verwezenlijking van het *recht* te dienen, allengs te loor ging en de advocaten zelfs als het om een rechtvaardige zaak ging „auf die Anwendung juristischer „Kunstgriffe und Kniffe gedrängt wurden und das um so „mehr, als das geheime und formalistische Verfahren, wie „es unehrenhafte Praktiken vor dem Publikum zu ver-„decken geeignet war, auch jedes Streben nach Wahr-„haftigkeit und die Scham über unlautere Mittel unter-„drücken muszte".

„Der Advocaten-stand", aldus laat PAUL HINSCHIUS (66) (1835—1898), professor eerst te Kiel en sedert 1872 te Berlijn in het Kerkelijke Recht, tevens mederedacteur van de „Preuszische Anwaltszeitung" later „Zeitschrift für

(66) VON HOLTZENDORF, Rechtslexicon, op het woord *Advocatur* und *Anwaltschaft.*

Gesetzgebung und Rechtspflege" zich uit, „sank in „Deutschland zu einem concessionirten und monopolirten „der Disciplinargewalt der Gerichte unterworfenen Gewerbe „herab, dessen Mitglieder wesentlich auf den Gelderwerb „angewiesen waren".

Daar het publiek destijds uit den aard der zaak van recht en rechtspraak slechts zeer vage, meestal nog averechtsche, denkbeelden had en bij rechtszaken gewoonlijk alleen met advocaten in aanraking kwam, weet het den hoogst gebrekkigen rechtstoestand in hoofdzaak aan deze en had daardoor voor hen meestal niets dan smaad over.

Interessant is hetgeen men omtrent de positie van den advocaat leest in de *Meditationes ad Pandectas* van den Wittenbergschen hoogleeraar AUGUSTINUS LEYSER, waar hij in Specimen 547 een verdediging opneemt, gehouden 20 December 1732, door zekeren GODOFREDUS WIRSICH uit SCHWEINA in Sachsen-Meiningen, van de zoo belasterde advocaten, die hij in XXII stellingen uiteenzet. De eerste stelling is, dat „Advocati honorificentius et indulgentius, „quam vulgo fit, tractandi sunt".

„Vulgata est", zoo begint WIRSICH, „et quotidiana que„rela de improbitate et imperitia advocatorum. Nolo ego „eam depellere penitus sed dicam saltem eos ipsos, qui „maxime queruntur, huic quaerelae suae caussam et occa„sionem dare. Est nempe advocatorum professio honestis„sima, dignaque iis, quibus Justinianus eam in L 14 C. de „Advocatis (II, 7) (67) ornat, elogiis. At has meritissimas „laudes eis non solum non tribuunt sed detrahunt etiam ac „tollunt et vulgus hominum et hi, quos altius sapere oporte„bat. Nullum fere nunc scriptum editur in quo, si advoca„torum forte mentio sit, convitiis illi non onerentur. Deinde

(67) De constitutie is van de Keizers Leo en Anthemius van 5 April 469.

„dignitas eis nulla relinquitur. In conviviis ad infimum „subsellium rejiciuntur, in solemnibus infra scribas, argen- „tarios, publicanos amandantur. Denique magistratus, in „aliorum criminibus indulgentissimi, advocatorum levissi- „ma errata severe puniunt, ac frequentibus mulctis eos fere „ad incitas redigunt. Quae dum vident cordati doctique viri, non possunt non abhorrere ab ejusmodi vitae genere, „in quo omnem sibi ad honores viam interclusam credunt. „Vel itaque designantur advocati officium, vel si id olim „susceperunt, elaborant modis omnibus, ut honorariori „muneri admoti ex dedecore emergant. Ita fit ut si paucos exipias probos doctosque viros, qui contentis magno „animo vulgi voculis forensem operam continuant, non nisi „viles et ad alia negotia unepti homunculi advocationem „ambiant. Honestemus vero, ut par est, nobilissimam ar- „tem, ornemus eos, qui illam profitentur, atque digniore „loco ponamus, conniveamus in levioribus eorum pecca- „tis" (68) etc.

Het slechte oordeel over de advocaten was wel algemeen. De destijds bekende schrijver JOHANN MICHAËL VON LOEN, gesproten uit een vroeger Nederlandsche familie, die in 't begin van de achttiende eeuw in Wetzlar praktisch gewerkt had om, zooals hij het uitdrukte, „den Kammer- „schlender" te leeren kennen en over wien Göthe in het Tweede Boek van „Aus meinem Leben" een en ander mededeelt, spreekt in zijn „Gesammelte Schriften" I, 3,

(68) Als merkwaardige bijzonderheid vermeldt LEYSER te dezer plaatse, Deel VIII, blz. 262, 3de uitgave, een besluit van de landsstenden van Sachsen (Osterland en Francken) onder leiding van den hertog WILHELM genomen in 1446, waarbij onder meer werd bepaald: „Einem Vorsprechern soll man von jedem Gericht einen „Groschen zu Lohn geben". Dit salaris acht LEYSER voor zijn tijd, de eerste helft van de achttiende eeuw, gering, maar „in illa „argenti penuria satis ampla et docto viro digna". „'t Kan verkeeren", zou Bredero hebben gezegd.

blz. 22 (69) van den „Greuel der advocatischen Zungendreschereien". Hij vertelt daar van een verordening van Koning FRIEDRICH WILHELM I, krachtens welke de advocaten in het openbaar een zwart manteltje van dunne zijde moesten dragen om het publiek voor zijne „Blutsaugern" te waarschuwen, ofschoon slechts de „Rabulisten" niet de eerlijke „Sachwalter" dezen smaad verdienden. Een advocaat van goeden naam werd dan ook meestal van het dragen van dat manteltje vrijgesteld. COCCEJI stelde al voor de advocaten, die terecht dien mantel als „ein schimpliches Abzeichen" opvatten, daarvan te ontheffen, echter zonder resultaat. Later kwam het in onbruik. In 1737 bepaalde een Koninklijke „Resolution" dat ieder „Aspirant", voordat hij tot de balie werd toegelaten, als proef twee zaken moest bewerken en dat een advocaat, die zich in de praktijk had onderscheiden, het smadelijke kleedingstuk niet meer behoefde te dragen. De advocaat was een „staatlich „concessionirter Beambter, welcher einen als nothwendiges „Uebel betrachteten Beruf ausübte", aldus Hinschius, die, zoo noodig, door den landheer kon worden afgezet.

De Prokurator was in den regel een gewoon gemachtigde te vergelijken met den zaakwaarnemer van thans. Zijn rechtskennis liet veelal alles te wenschen over. COCCEJI noemde in 1746 de Prokuratoren „eine wahre Pest in der „Justiz und merentheils gewesene Laquaien, welche gleich„wohl den ganzen Prozesz dirigiren". Hij stelde toen voor, dat zij „bei Leibesstrafe" de leiding van het proces aan de advocaten zouden overlaten (70).

Verplichte vertegenwoordiging in het proces was in Pruisen destijds niet voorgeschreven. Als men persoonlijk optrad, wat zelden voorkwam, kon men gemaakte vormfouten

---

(69) Aangehaald bij STÖLZEL, II, blz. 66.

(70) STÖLZEL, II, blz. 170.

zelfs verbeteren. Alleen in den Sachsenspiegel was dit anders geregeld. Art. 60, Boek I toch zegt: „Ohne Vor-„sprechen mag ein Mann wol klagen und antworten, ob er „sich des Schadens erwegen will, der ihm davon kommen „mag, als ob er sich verspreche, dasz er sich desz nicht „erholen darf" (71).

Carmer wilde in 1780 de advocaten afschaffen en daarvoor staatsambtenaren onder den naam „Assistenzräthe" op een salaris van 200 tot 250 Thaler per jaar aanstellen. Aan 't eind van een proces mochten ze een geschenk bovendien aannemen. Van dit plan, waarover toen veel geschreven en gesproken werd, is weinig terecht gekomen (72).

Men zal inzien, dat hiermede zelfs niet een overzicht is gegeven van de ingewikkelde en verwarde rechtstoestanden in Pruisen in de achttiende eeuw. Wij hebben alleen daarvan een en ander medegedeeld tot beter begrip van hetgeen voorviel in de gedingen-Arnold en van de houding die de Koning daarbij tegenover de partijen en de rechters heeft aangenomen. Aan het eind dier eeuw was na groote moeite veel in recht en rechtspraak verbeterd, maar eerst na 1848 kreeg deze verbetering na langen strijd haar beslag. Wij mogen te dien aanzien wijzen op de opruiming der Patrimonialgerichte, de invoering van de onafzetbaarheid des rechters tenzij bij rechterlijk vonnis, en de beëindiging van het ingrijpen in de rechtspraak door den landsheer, het „Supplikenwesen". Den landsheer bleef voortaan alleen het recht van gratie over, niet van strafverzwaring.

(*Wordt vervolgd*)

---

(71) Leyser, VIII, blz. 262, Specimen 547.

(72) Dagboek van Neumann, blz. 163, 170, 173.

Losse aanteekeningen op de artikelen 1153—1157 van het Burgerlijk Wetboek

---

I

In een land waar het credietwezen tot ontwikkeling is gekomen is de omstandigheid, dat het leven van den schuldenaar onvermijdelijk een einde moet nemen een zaak van gewicht. Wel is waar de gedachte, die aan de spreuk „Le roi est mort, vive le roi" ten grondslag ligt, vindt ook hier toepassing, een erfgenaam komt en treedt, ook wat de verplichtingen van den erflater betreft, in diens plaats, maar de menschen zijn niet gelijk en hoe meer het credietwezen ontwikkeld is, des te grooter is de invloed van dit verschil. In eene maatschappij als de middeneeuwsche met in den regel kleine nalatenschappen met weinig schulden volstaat men met eene regeling, die thans zeker niet zou voldoen. Ja, de toestanden thans en een eeuw geleden zijn op dit punt niet meer dezelfde.

Meestal zijn echter de moeilijkheden wel te overkomen. Het is een gelukkige omstandigheid, dat in den regel de erfgenaam niet minder soliede is dan de erflater — ware het anders een erfrecht als het onze, dat tot grondslag heeft aangenomen, dat de erfgenaam opvolgt èn in de rechten èn in de verplichtingen van den overledene niet cum viribus hereditatis, ook zelfs niet pro viribus maar ultra vires, zou practisch onmogelijk gebleken zijn.

Edoch er is geen regel zonder uitzondering.

Soms is het voor de schuldeischers van den overledene van geen gering belang dat zij voor den erflater tot debiteur krijgen iemand, die in financieele kracht, bepaaldelijk in eerlijkheid, verre beneden den oorspronkelijken schuldenaar staat en het is duidelijk, dat men getracht heeft alsdan de bezwaren van het nu eenmaal aangenomen stelsel te ondervangen.

Nu zijn er meerdere wegen om het doel te bereiken; die welke onze wetgever heeft ingeslagen is ontleend aan het Romeinsche recht dat, ofschoon hier te lande gerecipieerd, ook op dit punt toch via den Code Napoleon in ons wetboek een plaats heeft gevonden.

Of de oplossing gelukkig is, of men nog kan volstaan met wat in het begin der XIXde eeuw voldoende werd geacht, of men niet beter gedaan zou hebben om meer consequent de

richting te volgen waarin zich het Fransche recht na de receptie had ontwikkeld, ja of men wellicht niet verstandiger gedaan zou hebben met de oplossing in eene geheel andere richting te zoeken zijn vragen, die de schrijver dezer opmerkingen niet onbesproken hoopt te laten.

Intusschen kan reeds dadelijk worden opgemerkt, dat van oppositie tegen hetgeen thans recht is ten tijde van het tot stand komen onzer wetgeving maar zeer weinig is gebleken en dat men ook thans over het zoogenaamde beneficium separationis maar weinig klachten verneemt.

Een rechtsinstituut waarvan slechts betrekkelijk zeldzaam gebruik wordt gemaakt geeft echter uit den ard der zaak niet tot vele klachten aanleiding en het zou kunnen zijn, dat juist het weinige gebruik een gevolg was van de onbruikbaarheid van de regeling.

Zooals werd opgemerkt zijn de artt. 1153—1157 B. W. ontleend aan het Romeinsche recht. Ontleend aan, doch geenszins overgenomen uit het jus scriptum.

In *Rome*, al moge dit ook oorspronkelijk anders geweest zijn, was toch reeds in den tijd der republiek aangenomen, dat de schuldeischers van een overledene hunne obligatoire rechten, tenzij deze van hoogst persoonlijken aard waren, na den dood van den schuldenaar tegen diens erfgenaam konden doen gelden. Deze verplichtingen werden beschouwd als eigen verplichtingen van den erfgenaam waarvoor hij in zijn eigen vermogen en niet bloot als erfgenaam in hetgeen hij van den erflater ontvangen had kon worden aangesproken. Er waren uitzonderingen, speciaal voor soldaten had men de regeling niet consequent doorgevoerd maar uit de motiveering van de keizerlijke constitutie blijkt reeds, dat men de soldaten wilde helpen om een zelfde reden als men een minderjarige beschermt tegen het „contractus legem facit intra contrahentes", een hulp, die den regel onaangetast laat (1).

De verplichting voor den erfgenaam om de schulden van den overledene als waren zij door hem zelf aangegaan te voldoen, had echter ten gevolge, dat men niet, althans niet dan bij uitzondering, verplicht was om erfgenaam te worden of juister het zijn van erfgenaam te erkennen. Was men tot eene nalatenschap geroepen, men kon verwerpen en het was

---

(1) L. 22, C. VI, 30. Sed etiam veterem constitutionem non ignoramus quam Divus Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt quatenus pro his tantum modo rebus conveniantur quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus non inquiententur. Arma enim magis quam jura scire milites sacratissimus legislator existimavit.

eerst door een duidelijk waarneembaar optreden, de aditio hereditatis, een handeling dus, dat men tot de op den erfgenaam rustende verplichtingen gehouden werd. Het was dus een eigen handeling van den erfgenaam waardoor diens verplichtingen ontstonden. Deed hij niets, zat hij stil, dan konden wel èn de schuldeischers van den overledene èn de legatarissen vorderen, dat de tot de nalatenschap geroepene mededeelde of hij al dan niet aanvaardde, dat is of hij erfgenaam wilde zijn en stelde op verzoek de praetor — scil. de rector provinciae — den aangesprokene een termijn waarbinnen hij zich kon beraden, doch, wanneer hij na afloop zich nog niet wilde uitlaten, verviel zijn recht op aanvaarding (2).

Zeker, er waren uitzonderingen, de heredes sui en necessarii toch werden geacht ipso jure in de plaats van den overledene te zijn getreden en waren dus omdat zij erfgenamen waren tot voldoening van diens verbintenissen verplicht (3). Edoch deze uitzondering, die vermoedelijk, althans wat de sui heredes betreft, verband hield met de sacra privata en zich in den ouden stadsstaat, toen de gedachte aan een familie-eigendom nog niet geheel te loor was gegaan liet handhaven, kon niet meer in stand blijven toen Rome een wereldrijk was geworden en de Kapitalwirtschaft daar haar intrede had gedaan. Bepaaldelijk niet meer, toen het in een op gezonde economische omstandigheden rustende feit, dat in den regel nalatenschappen meer actief dan passief opleveren, niet meer regel was.

Nu werd de den erfgenamen opgelegde last te zwaar en de praetor kwam dan ook te hulp. Het eerst aan de heredes sui, later aan den heres necessarius, den tot erfgenaam ingestelden slaaf (4).

Het is echter duidelijk, dat dezelfde billijkheid, die den praetor den erfgenaam te hulp deed komen, wanneer de nalatenschap met schulden bezwaard was hem ten slotte er toe moest inbrengen ook hulp te verleenen, wanneer de nalatenschap wèl voldoende actief opleverde om een volledig verhaal hunner vorderingen voor de schuldeischers van den overledene mogelijk te doen zijn, doch de financieele positie of wel het moreel karakter van den erfgenaam van dien aard was, dat de schuldeischers desniettemin konden verwachten, dat van eene betaling hunner pretenties naar alle waarschijnlijkheid niets zou komen. Nu kon noch wilde men den erfgenaam

---

(2) Windscheid, Pand. III, § 598.

(3) Zie Esmein, Nouvelle Revue historique de droit français et étranger 1887, blz. 48 en vlgg.

(4) Inst. II, 19. Sed hic praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentum quam ipsorum bona similiter a creditoribus possidentur.

deze zijne qualiteit ontnemen, voldoende was het, wanneer voor de rechten van de schuldeischers van den overledene werd gewaakt.

Vandaar een ingrijpen op tweeërlei wijze. In de eerste plaats kon de praetor causa cognita bevelen, dat de erfgenaam zekerheid zou stellen, dat hij den eischenden crediteur van den overledene diens vordering zou voldoen. Bij weigering kon dan eene missio in bona volgen (5).

Intusschen, iemand, die niets heeft, kan kwalijk zekerheid verschaffen en dat is stellig niet het geval met hem dien men bezig is te executeeren. In zulk een geval kon de praetor bevelen — mede causa cognita — dat de vermenging van den boedel van den overledene met het vermogen van den erfgenaam in zooverre achterwege zou blijven, dat de schuldeischers van den overledene hunne pretenties bepaaldelijk zouden verhalen op den boedel van den erflater. De schuldeischers van den erfgenaam moesten voor hen wijken. Wel werd hun recht niet betwist om zich ook te verhalen op dat deel van het vermogen van hunnen debiteur, dat deze had verkregen doordat hij was opgevolgd in de rechten van den overleden erflater, maar ten opzichte van de schuldeischers van dezen erflater bleef dit gevolg achterwege. Hun verhaal was beperkt tot het batig slot (6).

Wilde men zich echter met succes tot den praetor wenden dan moest men waar maken, dat men inderdaad bij het verzoek belang had, bepaaldelijk, dat men schuldeischer — later was het zijn van legataris ook reeds voldoende — van den overledene was. Stond dit voldoende vast, dan was de praetor niet moeilijk. Chirographaire schuldeischers stelde hij op één lijn met hypothecaire, of eene schuldvordering opvorderbaar was of niet deed niet ter zake.

Die gemakkelijkheid was te begrijpen. Want wanneer werd toch oorspronkelijk de separatio verlangd?

Wanneer de erfgenaam geexecuteerd werd en men herinnert zich, dat in deze periode van het Romeinsche recht de executie eene algemeene, een soort van faillissement, was. Het gold dus slechts de vraag, hoe bij deze liquidatie het vermogen van den debiteur — en daaronder hoorde zeer zeker hetgeen hem door aanvaarding eener nalatenschap was toegekomen — tusschen de verschillende schuldeischers verdeeld zou worden. Door nu de nalatenschap van den overledene van het overige vermogen van den erfgenaam af te scheiden en

---

(5) Voigt, Röm. Rechtsgeschichte II, blz. 710, Vergl. ook l. 31, D. 42, 5.

(6) Zie D. 42. 7 en Brinz, Pand. 2e druk, II, p. 398, Köppen, Lehrbuch I, § 35. Windscheid III, § 607. Dernburg, Pand. II, § 175.

den crediteuren van den eerste te vergunnen zich daarop vóór de schuldeischers van den erfgenaam te verhalen, kreeg men eene verdeeling van het actief waardoor die crediteuren feitelijk, niet juridisch, een voorrecht verkregen. Het was een regel in acht te nemen bij de afwikkeling der executie.

Nu is later zeer vermoedelijk de eisch, dat reeds een executoriaal beslag op het vermogen van den erfgenaam gelegd moest zijn, vervallen, doch men is nooit zoover gegaan dat men een hypotheca tacita ten bate van de schuldeischers van den overledene op de nalatenschap, dus op dat deel van het vermogen van den erfgenaam, dat deze uit den boedel van den overledene had gekregen, heeft geschapen.

Het is steeds gebleven een scheiding van de nalatenschap en van het vermogen van den erfgenaam en vandaar dan ook dat wanneer deze beide vermogens reeds zoo waren dooreengemengd dat ontwarring niet meer mogelijk was de scheiding niet kan worden verkregen. Maar al evenmin, wanneer de schuldeischer van den erflater den erfgenaam als schuldenaar had aangenomen „quum secutus est nomen heredis" (7).

Men ziet het, men wil den schuldeischer van den erflater wel helpen tegen een daad van een derde, de aditio hereditatis door den erfgenaam, maar tegen eigen daden, het berusten in den door die aditio geschapen toestand helpt men hem niet. En vandaar dan ook dat, wanneer geruimen tijd — vijf jaar — was verloopen, de scheiding niet meer met succes gevraagd kon worden.

Maar het bleef steeds een hulpmiddel van den praetor, in het wezen van het erfrecht kwam geen wijziging. De afscheiding had volstrekt niet ten gevolge, dat de erfgenaam deze zijne qualiteit verloor. Zijn recht op de nalatenschap nadat de schuldeischers en legatarissen zich daarop hadden verhaald is nimmer in twijfel getrokken.

En evenmin twijfelde men of zijne schuldeischers konden zich op dat overschot, dat immers vermogen van hunnen debiteur was, verhalen.

Intusschen, en dit is wel opmerkelijk, werd geenszins algemeen aangenomen, dat een schuldeischer, die zich tot den praetor gewend had en van dezen de separatio had gevraagd en verkregen, wanneer hij zijn pretentie niet ten volle op den boedel van den erflater had kunnen verhalen nu nog voor het overschot een verder verhaal had op den erfgenaam.

Van zuiver dogmatisch standpunt beschouwd had hij dit recht zeer zeker, immers de erfgenaam was door de aditio hereditatis zijn schuldenaar geworden en de omstandigheid, dat hij eerst maar zonder volkomen succes getracht had zich op de nalatenschap te verhalen kon toch in het recht van den

(7) L. 1 p. 13, D. 42. 6.

schuldeischer, dat iemand die zijn debiteur was geworden, hem ook betaalde, geen verandering brengen. Maar de Romeinen waren niet dogmatisch. ULPIANUS en PAULUS ontzegden aan hen, die de separatio bonorum hadden verkregen alle verdere verhaal op den erfgenaam.

„Recesserunt a persona heredis" (8). Het was een argument, maar voor den grooten meester PAPINIANUS toch niet afdoende; deze gaf den schuldeischers van den overledene wel verhaal op den erfgenaam, edoch eerst, wanneer diens oorspronkelijke schuldeischers ten volle waren voldaan.

Deze restrictie, blijkbaar ontleend aan de billijkheid, laat zich wel verklaren, wanneer men denkt aan het feit, dat de separatio bonorum in den beginne alleen verleend placht te worden, wanneer er reeds eene executie op het vermogen van den erfgenaam begonnen was. Men werkte dan als het ware met twee vermogens waarop de verschillende groepen van crediteuren zich verhaalden.

Hoe dit zij, beide opvattingen zijn in de Digesten vermeld, naar ik veronderstel niet, zooals men wel eens beweerd heeft uit slordigheid der medewerkers van JUSTINIANUS, doch omdat men de opvatting van ULPIANUS en PAULUS niet zóó boven allen twijfel verheven achtte dat men heeft willen verzwijgen dat andere juristen anders dachten (9).

Het is nu dit rechtsinstituut, dat zoowel hier te lande als in Frankrijk bij de receptie van het Romeinsche recht is overgenomen.

Voor ons is practisch datgene wat in Frankrijk geschied is van het meeste belang omdat de thans hier te lande geldende regeling niet aan het Roomsch-Hollandsch recht, doch aan den Code Napoleon is ontleend (10).

---

(8) l. 5, D. 42. 6, l. 3 § 2, D. 42, 6.

(9) WINDSCHEID p. 607, noot 10 sluit zich bij de opvatting van PAPINIANUS aan.

(10) Opzettelijk onthoud ik mij van een bespreking van de aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de verplichtingen van den erflater in het Germaansche en Middeneeuwsche recht. Slechts zij gememoreerd, dat het oud-Germaansche recht de schulden van den erflater niet op de erfgenamen doet overgaan, de schuldeischers van den overledene hadden slechts een recht van verhaal op de nalatenschap dat de erfgenamen hadden te respecteeren.

Zoo spreekt men terecht — al is de uitdrukking modern en niet in de oude leges barbarorum te vinden — van eene aansprakelijkheid „cum viribus". Men vergelijke bijv. de lex Visigothorum VII 5—8 en het Edictum Luitprand 16 en 18 voor het Longobardische recht. Intusschen kent reeds het Westgothische recht een aansprakelijkheid van de kinderen van den overledene voor diens schulden ook ultra vires hereditatis, lex Visigothorum V. 6. 6, maar dit is geen gevolg van overgang van de schulden van den erflater op

Trouwens, ofschoon gerecipieerd, is het instituut der separatio bonorum hier te lande nooit van veel beteekenis geweest. Immers bestonden er in tal van stads- en landrechten middelen, die den schuldeischers op veel gemakkelijker wijze tot hun recht deden komen (11).

Intusschen, het bestaan van het recht valt niet te loochenen en opmerkelijk is het, dat men niet alleen in de litteratuur maar ook in de wetgeving het door schuldeischers door de separatie verkregen recht als een voorrecht qualificeerde. Zoo spreekt dan ook een Ordonnantie Decisoir der Staten van Utrecht van 14 April 1659 van „het legaal verband voor boedelsplitsinge ofte jus separationis bonorum", dat niet langer zal duren dan één jaar (12).

In Frankrijk was de ontwikkeling van het recht niet veel

---

den erfgenaam maar veeleer een gevolg van de eenheid van het gezinsvermogen. Een latente verplichting wordt actief. De grondgedachte van het Westgothische erfrecht, de aansprakelijkheid van de nalatenschap niet van de erfgenamen, blijft echter ook in dit geval bestaan, al wordt die aansprakelijkheid ook uitgebreid. Niet te min is het Middeneeuwsche Fransche recht met die uitbreiding der aansprakelijkheid soms zeer ver gegaan, zoodat men practisch voor sommige erfgenamen, bepaaldelijk de kinderen, een rechtstoestand verkreeg, die niet veel verschilde van die der sui heredes in het Romeinsche recht, maar de grond waarop men bouwde was niet die van het jus scriptum. — Zie over dit onderwerp SALEILLES, De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession. PERCEROU, La liquidation du passif héréditaire — Revue Trimistrielle de droit civil 1905 blz. 535 en vgl. STOBBE, Ueber das Eintreten des Erben in die obligatorische Rechtsverhältnisse des Erblassers, Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechtes V, blz. 295 en vlgg. HEUSLER, Institutionen des Deutschen Rechts II, blz. 545. SCHRÖDER, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 3e druk, blz. 322. FOCKEMA ANDREÆ, Het oud-Nederl. Burgerlijk Recht II, blz. 348 en vlgg.

(11) Zoo bijv. de verborging bij de Inleiding in het sterfhuis — cf. bijv. de Gereformeerde Landrechten van de vier Boven-ampten der Nijmeegschen quartiers V no. 9 of wel een voorschrift in den geest van het Brielsche recht — MATHIJSEN, Rechtsboek van den Briel Ed. Fruin en Pols blz. 153 — waar het sterfhuis gedurende jaar en dag na het overlijden van den erflater gehandhaafd werd in welken tijd de schuldeischers van den erflater maar niet die van den erfgenaam hun recht van verhaal op den boedel van den overledene konden uitoefenen.

(12) SIMON VAN LEEUWEN, Roomsch Hollandsch Recht IV, Deel XIII, no. 23 en Censura Forensis IV c. 9 no. 10. Datur tacitum sive legale pignus creditoribus in bonis ejus ab herede possessio necdum alienatis contra heredes creditoris jure separationis morte instituto. Zie echter ook ULRICUS HUBER, Nederd. Rechtsgeleerd regt II, c. 50, nos. 79 en 88 en VOET, Commentarius ad Pand. D. 42, tit. 6.

anders. Men had te doen met een eerst betrekkelijk laat gerecipieerd rechtsinstituut dat echter van het Romeinsche recht uit den tijd der praetoren in vele opzichten verschilt. Dit ziet men reeds dadelijk uitkomen in de wijze waarop men van het instituut gebruik maakte.

In Rome wendde men zich tot den praetor, die na onderzoek — men denkt onwillekeurig aan den president eener rechtbank, die een conservatoire maatregel goedkeurt — de separatio gelastte en met welke beschikking dan bij de afwerking van de algemeene executie waaraan het vermogen van den erfgenaam-debiteur in den beginne althans steeds was onderworpen, wanneer scheiding werd gelast, rekening werd gehouden.

In Frankrijk daarentegen stelde men een rechtsvordering in tegen de schuldeischers van den erfgenaam — oorspronkelijk schijnt degene, die de separatio bonorum verlangde de toestemming daarvoor aan de Kanselarij te hebben moeten vragen — „mais celà c'est aboli par usage contraire — volgens Le Brun op cit. (13) no. 25 — waarop dan de scheiding werd uitgesproken om eventueel daarmede later — want een algeheele of zelfs gedeeltelijke executie van den erfgenaam was geenszins vereischt — bij beslagneming van eenig goed, dat tot den boedel van den overledene had behoord, rekening te houden.

Dikwerf kreeg deze instelling het karakter van een veiligheidsmaatregel, die hier een schuldeischer, gelijk bij het voorrecht van boedelbeschrijving elders een erfgenaam neemt, ook al is zij niet altijd dadelijk reeds bepaald noodig. In dien gedachtengang kon men dan ook van het recht gebruik kunnen maken, zoolang de boedel van den erflater met het vermogen van den erfgenaam niet in dier voege vermengd was, dat men niet meer wist of de zaak die de schuldeischer van den erflater in beslag wilde nemen om zich daarop te verhalen wel tot het vermogen van den erflater heeft behoord, iets wat men — de bekende president Faber had er al op gewezen — niet te spoedig moet aannemen en dat in elk geval *niet* reeds volgde uit het ontbreken van een inventaris.

Van een verjaring van vijf jaar was geen sprake. Par notre droit, il n'y a aucun temps limité; on est toujours à temps

---

(13) Le Brun, Traité des successions, de dettes, Ch. II, Sect. I. Zie verder Baquet, Traité du droits de Justice, Ch. XXI. Basnage, Traité des hypothèques, I, Ch. 13. Argou, Institutions de droit Français, IV, Ch. 4. Domat, Le Droit commun de la France, des Successions, Ch. XII. Pothier, Introduction ou titre XVIII de la coutume d'Orleans, nos. 127—130 en Traité des successions, Ch. V, art. 4. Zie ook nog de Laborie, Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1891, blzz. 691 en vlgg.

tant que les biens de la succession peuvent facilement se démêler d'avec ceux de l'héritier (14). Maar ook in het wezen der zaak was er verschil van opvatting.

Bij de Romeinen was, althans in de opvatting van PAPINIANUS, er een scheiding der vermogens, die echter voor hen die zich met uitsluiting van anderen op het afgescheiden vermogen van den erflater mochten verhalen als een voorrecht *werkte*. In Frankrijk daarentegen — en hier heeft men vermoedelijk nog te doen met den invloed van het middeneeuwsche recht — treedt daarentegen de gedachte van een voorrecht geheel op den voorgrond. In dier voege, dat men voor onroerende goederen het aanvragen der separatio zelfs niet noodig oordeelde. Suivant nos usages, schrijft BASNAGE (15), il n'est point besoin de demander la séparation des biens immeubles du defunt et de son héritier; mais les créanciers du défunt sont payés sur ses biens par preférence à ceux de l'héritier.

POTHIER en LE BRUN waren te goede Romanisten om niet in te zien, dat dit toch geen Romeinsch recht is, doch dat de scheiding eenmaal verkregen den schuldeischers van den overledene een voorrecht schenkt betwist de Orleansche hoogleeraar niet en ik vraag mij af of wanneer het instituut niet eerst in de zestiende eeuw, doch reeds vroeger bij de zoogenaamde eerste receptie van het Romeinsche recht was ingevoerd het niet eenvoudig het karakter zou hebben verkregen van een algemeene hypotheek ten voordeele van de schuldeischers van den erflater op de goederen der nalatenschap (16).

Opmerkelijk is het dan ook, dat in de bekende strijdvraag of schuldeischers van den erflater, die van het recht om scheiding te verzoeken gebruik hadden gemaakt, ook nog van

(14) Aldus POTHIER, Traité des successions, Ch. V, art. 4. MERLIN, Séparation des Patrimoines p. 111 no. 4 wijst er op, dat men in de provinces Belges — in overeenstemming met hetgeen in Noord-Nederland veelal gold — in anderen zin had gejugeerd, doch dat sedert 1679 le conseil d'Artois zich bij de Fransche opvatting had moeten nederleggen. In Zuid-Frankrijk dacht men volgens ARGOU op cit. IV ch. 4 hierover anders. Dans les parlements de droit écrit cette séparation n'est par accordée de plein droit, il faut qu'elle soit demandée par les créanciers du défunt et s'ils laissent passer cinq ans ils n'y sont plus recevables. Ook BOURJON komt voor roerende goederen tot verjaring. Quant aux meubles par rapport auxquels seulement la confusion est à craindre, ce privilège doit être excercé dans un certain temps, son expiration serait fin de non recevoir, sa durée est de cinq ans.

(15) BASNAGE op cit. I, Ch. 13.

(16) Zie POTHIER, Traité des successions, Ch. V, art. 4, waaruit duidelijk blijkt, dat hij den schuldeischer van den overledene een hypothèque legale toekent.

den erfgenaam betaling konden vorderen, algemeen niet voor ULPIANUS en PAULUS maar voor PAPINIANUS partij werd gekozen. POTHIER, het geval besprekende, kan uit den aard der zaak niet verzwijgen dat PAPINIANUS inderdaad den schuldeischers van den erflater dit recht toekent, maar toch eerst den crediteuren van den erfgenaam de bevoegdheid geeft om zich voor hen op het niet geërfd vermogen van hunnen debiteur te verhalen. Als grond voor dit voorrecht weet hij alleen de billijkheid aan te voeren maar rationeel vindt hij het niet, immers ils — namelijk de schuldeischers van den erflater — puissent dire qu'étant aussi créanciers de l'héritier ils doivent venir en concurrence sur les biens de l'héritier avec les autres créances. Inderdaad zoo is het, wanneer de gedachte van scheiding der vermogens voor die van eene hypotheca legalis heeft plaats gemaakt (17).

Het is dan ook niet vreemd, dat in den tijd der revolutie CAMBACÉRÈS de lijn wilde doortrekken. In het in Messidor an IV ingediende ontwerp van een Code Civil is de separatio verdwenen. Wel bepaalt art. 1104: Le créancier d'un défunt est préféré sur le prix des biens de la succession aux créanciers de l'héritier.

Intusschen reeds de wet 11 Brumaire an VII sur le régime hypothécaire staat weder min of meer op het oude standpunt (18).

En zeer zeker neemt het ontwerp van den Code Civil, zooals het door TRONCHET, PORTALIS, BIGOT-PRÉAMENEU en MALEVILLE werd ontworpen, dit standpunt in. Nageschreven hebben zij POTHIER niet, maar aan zijn invloed hebben zij zich niet weten te onttrekken (19).

---

(17) Merwkaardig is de houding der Fransche schrijvers ten opzichte der vraag of ook de schuldeischers van den erfgenaam eene separatio bonorum konden verkrijgen. Jure Romano was dit niet het geval. ULPIANUS — l. 1, § 2, D. 42. 6 had een ontkennend antwoord gegeven, nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem, een leer door LE BRUN en POTHIER verdedigd. DOMAT had echter tegen een ontkennend antwoord geen bezwaar. Livre III, tit. 1, sect. 1 quoique cette règle paroisse bornée aux créanciers du défunt, ceux de l'héritier ont le même droit suivant nostre usage.

(18) Zie art. 14 van Ch. V. Les créanciers ayant privilège ou hypothèque sur un immeuble peuvent le suivre en quelques mains qu'il se trouve sans être payés et colloqués sur le pied dans l'ordre suivant.

1°. . . . . .

Le tout sans préjudice du droit qu'ont les créanciers des personnes décédées et les légataires de demander la distinction et la séparation des patrimones conformément aux lois.

(19) De artikelen Livre III, tit. 1, Ch. VII artt. 198—202 luiden:

Het is dit ontwerp, dat behoudens enkele wijzigingen van redactioneelen aard wet is geworden (20) — zie de artt. 878—881 en speciaal 2111 Code Civil.

Zonder veel tegenstand, van discussie in den Staatsraad bemerkt men weinig, en in het tribunaat en corps législatief was het niet anders. Blijkbaar was men het eens met den Staatsraad TREILHARD, die als „orateur du gouvernement" zich van het geven eener toelichting meende te mogen onthouden, immers, les règles proposées, n'ayant d'ailleurs rien que de conforme à ce qui s'est pratiqué jusqu'à ce jour. En wanneer men dan de blz. 344—347 van MALEVILLE's Analyse Raisonnée naslaat en ziet, dat deze telkens naar de Pandecten en LE BRUN verwijst, dan is het duidelijk, dat althans deze ontwerper van den Code niet anders heeft gedacht.

Het is begrijpelijk, dat de Nederlandsche rechtsgeleerden, die belast waren met het pasklaar maken van den Code Napoleon voor het Koninkrijk Holland tegen overneming van eene regeling die hier te lande, immers in het Roomsch-

---

Art. 198. Les créanciers du défunt peuvent demander la séparation de son patremoine d'avec celui de l'héritier.

Ils peuvent former cette demande contre tous les créanciers de l'héritier quels qu'ils soient; même contre la république.

Art. 199. Ce droit cesse lorsque le créancier a fait novation de la créance qu'il avait contre le défunt en acceptant l'héritier pour débiteur.

Art. 200. Cette action relativement aux meubles se préscrit par le laps de temps de trois années. Elle ne peut s'exercer, même dans ce délai, si les créanciers ont laissé confondre les meubles du défunt avec ceux de l'héritier.

A l'égard des immeubles cette action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier.

Art. 201. Les créanciers chirographaires ont à cet égard le même droit que les créanciers hypothécaires contre les créanciers de l'héritier sauf l'exercice du droit que les créanciers du défunt peuvent avoir les uns à l'égard des autres.

Art. 202. Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession.

(20) Art. 878 C. C. luidt thans: Ils peuvent demander dans tous les cas et contre tout créancier la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier — en art. 2111: Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt conformément à l'article 878 au titre des successions conservent à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt leur privilège sur les immeubles de la succession par les inscriptions faites sur chacun ou ces biens dans les six mois a compter de l'ouverture de la succession.

Avant l'expiration de ce delai aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur les biens par les héritiers ou représentants au préjudice de ces créanciers ou légataires.

Hollandsch recht, ook reeds bekend was, geen bezwaar hadden.

De artt. 1002—1005 van het Wetboek Napoleon voor Holland sluiten zich dan ook nauw aan den Code aan.

Art. 1002 is iets eenvoudiger geredigeerd dan art. 878 C. N., de overige zijn bijkans woordelijke vertalingen van het voorbeeld. Alleen wordt in art. 1004 geheel in het algemeen zonder tusschen roerende en onroerende goederen te onderscheiden, bepaald: „Het regt om afscheiding des boedels te vorderen „wordt door verloop van drie jaren geprescribeerd" (21).

Vermoedelijk is het dezelfde oorzaak geweest die KEMPER na herstel onzer onafhankelijkheid er toe gebracht heeft den Code te volgen. Het Nederlandsche recht toch waarvoor hij gevoelde was veel meer het Roomsch-Hollandsch dan het locale recht. En dit Roomsch-Hollandsch recht week niet veel van het Fransche wetboek af.

Ook de redactie verschilde niet sterk van die van den Code. Alleen werden nu op voorbeeld van het wetboek Napoleon voor Holland de legatarissen — althans in art. 2007, in art. 2009 had men hen vergeten — uitdrukkelijk met de schuldeischers op één lijn gesteld. Inderdaad had voor hen het beneficium separationis wel beteekenis daar hun in de artt. 1537, 6°. en 1912 wel een legaal verband werd gegeven op de onroerende goederen van den erflater maar niet op diens geheele nalatenschap (22).

Toen echter in het zittingsjaar 1823/1824 een wetsontwerp betreffende de boedelscheiding werd ingediend, waarin ook de separatie werd opgenomen, had men deze gelijkstelling al weder vergeten. Art. 43 — De schuldeischers van den overledene mogen tegen de schuldeischers vorderen, dat de boedel

---

(21) Art. 2111 C. N. werd niet overgenomen, maar daarvoor gaf art. 1002 het recht om afscheiding van den boedel des overledenen van dien van den erfgenaam te vorderen uitdrukkelijk behalve aan de „schuldeischers van den boedel" ook aan de legatarissen. Trouwens kende art. 1830, 1°. dezen nog een „regt van legaal verband" toe op de goederen tot des testateurs nalatenschap behoorende, doch niet op de goederen der erfgenamen.

(22) Art. 2007. De schuldeischers van eenen overledene mitsgaders de legatarissen hebben het recht om te vorderen, dat de boedel des overledenen afgescheiden worde van dien van den erfgenaam.

Art. 2008. Dit regt, om afscheiding des boedels te vorderen, wordt verjaard door een tijdsverloop van drie jaren.

Art. 2009. Ook gaat dit regt verloren ten aanzien van de schuldeischers van den boedel, wanneer er novatie van de schuldvordering van den overledene plaats heeft, door het aannemen van den erfgenaam tot schuldenaar.

Art. 2010. De bijzondere schuldeischers van den erfgenaam kunnen zoodanige afscheiding niet vorderen.

van den overledene worde afgescheiden van dien des erfgenaams — wijkt op weinig gelukkige wijze van den tekst van art. 878 van den Code af, daarentegen verschillen de artt. 44, 45 en 46 niet van die van den Code behoudens dan dat het recht om afscheiding te vorderen in drie jaar verjaart.

Daarentegen is art. 2111 niet ongewijzigd uit den Code overgenomen (23).

Intusschen bracht de herziening na de Belgische resolutie ingrijpende wijzigingen.

In de eerste plaats werd bij het wetsontwerp dat 26 October 1922 werd ingediend ter vervanging van art. 1187 van het Wetboek 1830 het thans van kracht zijnde art. 1153 B. W. vorgesteld waarin, zooals ook reeds KEMPER had gewild, schuldeischers van den overledene en legatarissen op één lijn werden gesteld.

Voorts kwam ter vervanging van art. 1259 van het Wetboek 1830 een artikel dat nagenoeg gelijkluidend was aan het thans in ons wetboek opgenomen art. 1154.

In de toelichting leest men „dat de wet duidelijke verordeningen opzigtelijk het rechtsgevolg van den eisch tot afscheiding mist".

Zouden zij thans in de wet te vinden zijn? Men behoeft de vraag nog niet toestemmend te beantwoorden om te erkennen, dat art. 1154 B. W. een geheel ander systeem huldigt dan de Code. Nu toch is duidelijk in de wet te lezen, dat aan de schuldeischers en legatarissen slechts dan het recht is toegekend om eene aanteekening in het hypotheekregister te doen inschrijven, wanneer door hen een eisch tot afscheiding *is* ingesteld. Voor de inschrijving is geen termijn meer gesteld, doch alleen zij, „die binnen zes maanden nadat de nalatenschap is opengevallen hunne regtsvordering tot afscheiding hebben aangevangen", kunnen daarvan ten kantore van bewaring der hypotheken aanteekening laten doen en van eene terugwerkende kracht dier aanteekening is geen sprake meer. Juist anders als in art. 2111 van den Code waar wel de inschrijving binnen zes maanden na het openvallen der nalatenschap gevraagd moest worden, doch de voorwaarde dat

---

(23) Art. 1259 van het Wetboek van 1830 — art. 21 der wet van 5 Maart 1825 (Staatsblad no. 41) luidde:

De inschrijvingen welke door de schuldeischers van den erfgenaam of diens regtverkrijgenden genomen zijn op een onroerend goed van de nalatenschap kunnen niet worden tegengeworpen aan de schuldeischers of legatarissen van den overledene welke hunnen eisch tot afzondering van de boedels zullen hebben doen inschrijven binnen den tijd van zes maanden nadat de nalatenschap is opengevallen.

op dat oogenblik reeds eene vordering tot afscheiding ingesteld is niet geëischt was (24).

Bezien wij nu na dit korte historische overzicht — voor een meer volledig ontbrak de plaatsruimte — enkele vragen waarteo de hierbedoelde artikelen onzer wet aanleiding geven.

De belangrijkste is wel deze. Welk is het karakter van het in art. 1153 B. W. gegeven recht?

Naar het mij voorkomt kan het antwoord luiden: *Een aan de individueele schuldeischers van den overledene en aan de individueele legatarissen verleend recht om door den rechter te zien vastgesteld, dat ten hunnen aanzien en ten aanzien van bepaalde schuldeischers van den erfgenaam de samensmelting van het vermogen van den overledene met dat van den erfgenaam niet zal plaats grijpen.*

Men lette er op, er heeft ten opzichte van de hier bedoelde schuldeischers van den erflater en de legatarissen *geen* in integrum restitutio plaats waardoor de gevolgen van de erfopvolging, of wil men van de aanvaarding door den erfgenaam, worden te niet gedaan, maar het is evenmin juist — ik hoop dit hieronder te kunnen aantoonen — om te denken aan een voorrecht, een privilege, gegeven aan de schuldeischers en legatarissen, die met succes de in art. 1153 B. W. bedoelde vordering hebben ingesteld en dat zou drukken op de activa der nalatenschap.

Noch het een noch het ander is het geval.

Slechts wordt ten aanzien van sommige crediteuren van den overleden erflater een scheiding van den boedel van den overledene en het vermogen van den erfgenaam tot stand gebracht, die doet denken aan hetgeen, maar dan ten voordeele van den erfgenaam, plaats heeft bij aanvaarding van eene nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving (25).

Men herinnert zich, dat in het oud-Fransche recht algemeen van privilège werd gesproken (26), een meening die ook thans menigmaal gehuldigd wordt en die trouwens in art. 2111 C. N., waar sprake is van eene privilège sur les immeubles, steun vindt. Maar in ons Burgerlijk Wetboek zal men het recht niet als een „voorregt" zien gequalificeerd en

---

(24) Ook in andere opzichten is er tusschen ons art. 1154 B. W. en art. 2111 C. N. verschil. Of men dit in 1832 heeft ingezien? Cf. ASSER, Het Nederl. Burgerl. Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon § 591.

(25) Over de verhouding van beide instituten zal hieronder meer uitvoerig worden gesproken.

(26) Ook SIMON VAN LEEUWEN, Roomsch-Holl. Recht IV, Deel XIII, no. 23 spreekt van „voorregt" en „legaal verband".

geen wetstekst noopt ons een leer aan te nemen op zich zelf niet juist, al zouden vermoedelijk de lieden, die ons Burgerlijk Wetboek hebben tot stand gebracht daartegen geen bezwaar hebben gehad.

Toch zijn, wanneer men de zaak op de keper beschouwt, jure nostro de schuldeischers van den erflater en de legatarissen niet *boven* de schuldeischers van den erfgenaam op diens vermogen, voorzooverre het door hem van den erflater is geërfd, *bevoorrecht* maar zij hebben het recht die schuldeischers te *verhinderen* hun recht van verhaal op dit gedeelte van het vermogen van beider debiteur uit te oefenen. Natuurlijk alleen zoolang zij schuldeischer of legataris zijn. Zijn zij dit niet meer, dan is hun recht uit den aard der zaak ook verdwenen.

Practisch is het verschil tusschen beide opvattingen niet groot. Het maakt toch voor u maar luttel verschil of ik mijne vordering groot f 1000 op het vermogen van onzen gemeenschappelijken debiteur boven u mag verhalen dan dat gij alle recht van verhaal mist zoolang ik niet ten volle voldaan ben. Wanneer er niet genoeg is om mijne vordering integraal te voldoen zult gij niets ontvangen.

Intusschen niet alleen theoretisch is er verschil, ook practisch is dit het geval, wanneer namelijk de schuldeischers van den erflater en legatarissen, die zich op den boedel van den erflater hebben getracht te verhalen doch hunne vorderingen slechts gedeeltelijk hebben kunnen innen zich nu wenden tot den erfgenaam om van hem het overschot hunner pretenties te verkrijgen?

Die erfgenaam is toch hun schuldenaar hetzij omdat hij, doordat hij erfgenaam is, is getreden in alle rechten maar ook alle verplichtingen van den overledene, voorzooverre deze niet van hoogst persoonlijken aard waren, hetzij omdat hij — en dit is het bekende standpunt van prof. Meijers — de nalatenschap van den overledene heeft aanvaard.

Neemt men nu met de meeste Fransche juristen aan, dat het beneficium separationis slechts een voorrecht schept, dan zal het antwoord op de zooeven gestelde vraag stellig bevestigend moeten luiden.

De schuldeischers van den overledene mogen in het hier bedoelde geval bevoorrechte schuldeischers zijn, een bevoorrechte schuldeischer is toch ook tevens concurrent crediteur, heeft althans geen mindere rechten dan deze.

Vandaar dat, wat ook Ulpianus en Paulus, ja zelfs Papinianus geleerd mochten hebben, Chabot de l'Allier reeds spoedig na het verschijnen van den Code de leer verkondigd heeft, dat al is ook de scheiding der boedels uitgesproken, de schuldeischers van den overledene en de met hen op één lijn gestelde legatarissen die zulk een vonnis hebben uitgelokt in

niets achterstaan bij de schuldeischers van den erfgenaam (27).

Edoch de zaak staat anders, wanneer men het bestaan van een voorrecht ontkent en enkel het herleven der beide vermogens, dat van den erflater en dat van den erfgenaam aanneemt.

Waarom toch missen de schuldeischers van den erfgenaam het recht om wanneer de in art. 1153 B. W. bedoelde vordering is toegewezen — ik neem nu gemakshalve eens aan, dat zij door alle schuldeischers van den erflater en alle legatarissen tegen alle schuldeischers van den erfgenaam is ingesteld — het recht zich op de goederen behoorende tot de nalatenschap van den overledene te verhalen?

Omdat hun schuldenaar, de erfgenaam, daarvoor geen eigenaar zou zijn? Dit is zeker, de rechten die de erflater had zijn op hem overgegaan „le mort saisit le vif" en de omstandigheid, dat de in art. 1153 B. W. bedoelde vordering is ingesteld zou daarin alleen dan verandering kunnen brengen, wanneer de wet dit ergens bepaalde, wat niet het geval is.

Neen, de erfgenaam is eigenaar ook van die goederen, maar het instellen der vordering heeft ten gevolge gehad, dat de vermenging der vermogens van erfgenaam en erflater anders een noodzakelijk gevolg der erfopvolging — althans der aanvaarding der nalatenschap — ten opzichte van de schuldeischers van den overledene en de legatarissen voorloopig niet is ingetreden.

Niet in dien zin, dat de erfgenaam ten hunnen opzichte geacht wordt de nalatenschap te hebben verworpen, maar in dezen zin, dat ten opzichte van hen de normale gevolgen der erfopvolging niet in hun vollen omvang hun invloed doen gelden.

Vandaar hun recht de crediteuren van den erfgenaam van den boedel van den overledene te weren, maar vandaar ook voor deze een soortgelijk recht. Met recht kunnen deze den schuldeischers van den overleden toevoegen: „Waar het geldt „onze onderlinge rechtsverhouding, dàar is het alsof de erf„genaam niet getreden is in de rechten en verplichtingen van „den overledene. Gij kunt u op diens nalatenschap verhalen, „niet echter op het vermogen van den erfgenaam, althans niet „ten onzen nadeele, want gij hebt zelf gewild, dat ten onzen „opzichte onze debiteur niet beschouwd zou worden als erf-

---

(27) Chabot de l'Allier ad art. 878. 13. Toullier, IV, 548. Aubry et Rau, X, ed. 1918, § 619, noot 64. Demolombe, XVII, no. 220. Baudry-Lacantinerie et Wahl, Successions, III, 319. Huc, V, 420. Planiol, III, no. 2187. Colin et Capitant, III, 621. Zie ook Diephuis, IX, blz. 231. Opzoomer, IV, blz. 447, noot 1. Veegens, II, blz. 380. Land, II, 2e deel, blz. 249. Van der Muelen, Iets over boedelscheiding, Leiden 1882, blz. 31.

„genaam. Dit neemt niet weg, dat dit alles slechts geldt zoo-
„lang uwe rechten in concurrentie komen met de onze. Zijn
„wij bevredigd en dus geen schuldeischers van den erfgenaam
„meer, dan is er geen reden waarom het normale recht niet
„zou gelden. Qui semel est heres numquam desinit esse heres.
„Evenals wij ons mogen verhalen op hetgeen onze schulde-
„naar als erfgenaam heeft verworven, wanneer gij uwe vor-
„deringen op den boedel van den overledene hebt verhaald,
„evenzoo moogt gij u verhalen op het oorspronkelijk vermogen
„van den erfgenaam, maar alleen, wanneer wij voldaan zijn".

De solutie waartoe men komt is in beginsel dezelfde als die waartoe in het Romeinsche recht PAPINIANUS kwam. Slechts op één punt is er verschil. Waar men jure Romano mocht aannemen, dat de separatio aan den prator gevraagd en door dezen verleend nu ook een splitsing der vermogens van erflater en erfgenaam bracht, is dit ten onzent slechts in beperkte mate het geval.

De scheiding werkt ten onzent alleen ten opzichte van *die* schuldeischers van den overledene en de legatarissen, die de vordering van art. 1153 B. W. met succes hebben ingesteld tegenover de crediteuren van den erfgenaam, die gedaagden waren. Tegenover andere schuldeischers van den erfgenaam bestaat de scheiding niet en bij verhaal evenmin ten opzichte van den erfgenaam. Men meene *niet*, dat deze laatste, doordat deze vordering tot afscheiding met succes is ingesteld, nu slechts tot de verplichtingen is gehouden, die op een erfgenaam die onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard heeft, rusten. Voor hem is de separatio een res inter alios acta (28). Maar in beginsel is er, althans op dit punt, naar het mij voorkomt, tusschen het Romeinsche en het Nederlandsche recht van het B. W. geen verschil, er is wel een afscheiding van den boedel van den overledene van die van den erflater maar geen voorrecht van de schuldeischers van den erflater.

Ik qualificeerde op blz. 334 het recht als een aan de individueele schuldeischers van den overledene en den individueelen legatarissen toekomend recht om ten aanzien van bepaalde schuldeischers van den erfgenaam de samenvoeging van de

(28) Zie voor het Fransche recht MARCADÉ ad art. 881. DEMANTE, III, no. 223 *bis* en VAN BIERVLIET, Cours de Droit Civil II des successions blz. 209 en vlg. In het oud-Fransche recht hadden zich POTHIER, Introduction à la coutume d'Orléans, tit. XVII, no. 129 en LE BRUN, Lit. IV, Ch. II, Sect. I bij PAPINIANUS aangesloten. De meeste Romanisten als bijv. CUJACIUS, quest de sep. en DONELLUS, Comm. de jur. civ. XXII C. XVI waren het eens met PAULUS en ULPIANUS. Zie voorts DE PINTO, II, p. 668 en MEYERS, Erfrecht, 2e druk, blz. 280. WOLFF, Het recht van boedelafscheiding, Diss. Leiden, 1879, blz. 124 en vlgg.

vermogens van den erflater en erfgenaam als niet geschied te beschouwen.

Op dit individueele karakter van het recht zij het geoorloofd een oogenblik de aandacht te vestigen.

De letter van het artikel waarin sprake is van *de* schuldeischers en *de* legatarissen zou ook een andere oplossing toelaten, maar men mag toch aannemen, dat wanneer de wetgever het collectief optreden van alle belangstellenden had gewild hij dit duidelijk had moeten zeggen. Niet alleen omdat noch in het Romeinsche recht noch in het oud-Fransche recht deze eisch ooit gesteld was en men niet van het bestaande wilde afwijken, maar ook omdat bij deze opvatting het rechtsinstituut practisch alle beteekenis zou verliezen. Eén schuldeischer of één legataris zou slechts hebben te weigeren tot het instellen van den eisch mede te werken en dit „nie pozwalam" zou dezelfde magische werking hebben als deze beruchte woorden vroeger in den Poolschen landdag hadden. Hieromtrent bestaat dan ook geen verschil van meening.

Wel mag men echter van hem, die den eisch instelt, vorderen, dat hij niet uitdrukkelijk noch stilzwijgend van zijn recht afstand heeft gedaan. Deze eisch stelt de wet in art. 1155 B. W., een bekende crux interpretum, doch met prof. Meijers zou ik onder het „als schuldenaars aannemen van den erfgenaam" verstaan iedere daad van den schuldeischer of legataris waardoor deze zich eenig onmiddellijk of toekomstig recht van verhaal op de overige goederen, het privé vermogen van den erfgenaam om het zoo te noemen, verzekert, bijv. een beslaglegging op een hem toebehoorend niet van den erflater geërfd goed of het door den erfgenaam laten teekenen van een schuldbekentenis waarin deze zich zonder eenige beperking schuldenaar noemt. Niet valt daaronder, wanneer men slechts een daad verricht, die noodzakelijk is om het recht van verhaal op de goederen van den overledene te kunnen uitoefenen. Daaronder behoort niet de dagvaarding van den erfgenaam zonder meer, die immers noodzakelijk is, wanneer de erfgenaam het bestaan van het vorderingsrecht van den schuldeischer ontkent. Neen noodig is, dat men een handeling verricht waaruit met grond kan worden afgeleid, dat men van het recht, zich eerst op den boedel van den overledene en pas daarna op het eigen vermogen van den erfgenaam te zullen verhalen, heeft afgezien (29).

---

(29) Art. 1155 B. W. spreekt van „schuldoverneming van de „schuldvordering . . . . . door den erfgenaam als schuldenaar aan „te nemen". Volgens Diephuis, IX, blz. 223 zou hiermede bedoeld zijn het geval van novatie van art. 1449, 1°. B. W. Zie ook l. 1, § 10, D. 42. 6. Illud sciendum est demum creditores posse impe-

Wie in de gevolgen, die een erfopvolging normaliter heeft, heeft berust, kan daarop niet meer terugkomen en afscheiding der boedels vorderen.

Maar die berusting moet, en dit is m. i. de beteekenis van het artikel, zich geuit hebben in handelingen waaruit duidelijk blijkt, dat men inderdaad berust heeft. Uit een bloot stilzitten of uit eene erkenning van den erfgenaam als zoodanig volgt dit nog niet en mag het niet volgen omdat, tenzij dan dat de wetgever dit uitdrukkelijk bepaalt, het erkennen der waarheid niemand tot schade mag zijn.

---

trare separationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt. Met recht kan men hiertegen aanvoeren dat dit ook reeds zoo zijn zou, wanneer art. 1155 B. W. niet bestond. Prof. MEIJERS, Erfrecht, 2e druk, blz. 283 acht den tekst van art. 1155 zoo onjuist niet. „Voor hen, die in de afscheiding inderdaad een scheiding van boedels zien, is deze benaming niet zoo geheel bevreemdend, men denkt aan eene verandering in den persoon van den „schuldenaar". Het is mogelijk, doch fraai lijkt mij het woord schuldvernieuwing, waar reeds een eenzijdige handeling van den schuldeischer diens recht om de afscheiding des boedels te vorderen doet te loor gaan, zeker niet.

(*Slot volgt*).

Zonderlinge Wetstechniek

DOOR

Dr. C. F. J. GOMBAULT,
Sub.-Officier van Justitie, Rotterdam

Midden in het afgeloopen jaar is als een nieuwe ster aan het juridisch firmament verschenen als „Tuchtwet", de wet van 2 Juli 1928, *S.* 222, helaas geen ster van eerste grootte! Reeds direct na de geboorte van het oorspronkelijk wetsontwerp op 31 Januari 1925 wilde het al niet goed vlotten, zóó zelfs, dat het noodig werd geacht door den Minister van Arbeid, Nijverheid en Handel, den geestelijken vader van deze medische Tuchtwet, om er in het begin van 1927 een peet bij te roepen, daar de Rechterlijke Macht op de baby moest toezien, opdat de jonge spruit later niet al te zeer buiten de perken zou gaan, ja de rechter zelfs tot taak had om het kind eventueel te tuchtigen en tevens omdat de geestelijke vader het ten doop houden niet alleen meende af te kunnen. De ruggegraat toch van het kind was een weinig vergroeid en een peet had de taak om te trachten dit euvel nog zooveel mogelijk te verhelpen, indien zulks tenminste nog mogelijk zou blijken te zijn. En het werd inderdaad mogelijk geacht, want de peet was bereid zijn taak te aanvaarden!

Was het oorspronkelijk wetsontwerp bij zijn geboorte slechts gecontrasigneerd door den bewindsman van Arbeid, Nijverheid en Handel, thans, na wijziging, werd het nadere ontwerp mede onderteekend door den *Minister van Justitie.* En wil men weten, waarom dit het geval was, dan is het antwoord daarop, getrokken uit de Toelichting tot dat gewijzigd wetsontwerp, dat thans de *Rechterlijke Macht* bij dit nader ontwerp betrokken werd en wel in art. 7, waarin vermeld wordt, dat het *Gerechtshof* het college is geoordeeld, dat het beste „als hooger *beroep*-college" in staat werd geacht om in hooger instantie te beslissen, of een bijzonder lager college, het *geneeskundige* college, bestaande uit *vakbroeders* van de te beoordeelen geneeskundigen, tegen wie klachten door derden werden ingebracht, het bij hunne beslissing inter fratres et contra fratres al of niet bij het rechte einde hadden gehad. Want, zoo luiden de bewoordingen van art. 7: „van de beslissing van een *bijzonder* college staat beroep open op een

Centraal College. Indien zij evenwel oplegging van een *geldboete, schorsing in de uitoefening van de geneeskunst* of *ontzegging* van de *bevoegdheid* de *geneeskunst uit te oefenen* inhoudt, *staat beroep open op het Gerechtshof*, binnen welks ressort het College, dat de beslissing nam, gevestigd is. Indien het Gerechtshof van oordeel is, dat er geen termen zijn voor handhaving, al of niet gewijzigd, van de beslissing, vernietigt het die en verwijst het de zaak naar het Centraal College ter beslissing of er termen zijn voor *waarschuwing* of *berisping*".

Hooger beroep dus van de uitspraken van een *intern vakkundig orgaan* op een onpartijdig Rechterlijk College! Een soort administratieve rechtspraak derhalve met als hoogste arbiter een rechterlijk college. De vakbroeders oordeelen dus steeds in eerste instantie, beoordeelen, of voor het door den medicus begane vergrijp al of niet een *disciplinaire* straf (waarschuwing, berisping) voldoende is, dan wel, of het vergrijp van dusdanigen aard is, dat niet met een *disciplinaire* straf mag worden volstaan, doch dat een *andere* (ik zou bijna zeggen een strafrechtelijke straf, als dat woord niet zoo leelijk klonk) *straf* (oplegging van eene *geldboete, schorsing in de uitoefening* of *ontzegging* van de bevoegdheid de geneeskunde uit te oefenen) noodzakelijk is. Alleen in de drie laatste gevallen is er sprake van het arbiterschap van het Gerechtshof, het onpartijdige rechterlijke college dus.

De thans aangenomen Tuchtwet maakt door hare gestelde consequenties een onderscheid tusschen disciplinaire straffen en andere straffen, welke dieper in het levensbestaan van den te straffen medicus ingrijpen en haalt de technische begrippen van hoofdstraffen en bijkomende straffen, als iets van zelf sprekends, flink door elkaar! Doch dit tot daar en toe. We hebben hier immers niet een ontwerp-strafwetboek, waarbij het op de juiste keus der terminologie zooveel aankomt, maar, we hebben hier een wetsproduct van lagere orde en daarbij is *wetstechniek* immers uit den booze!

Doch het eigenaardige is hier toch wel dit: het onpartijdige rechterlijke college kan de uitspraken der bijzondere vakcolleges *vernietigen* niet alleen, in het geval van oplegging van de zgn. niet-disciplinaire-straffen, hetgeen volkomen rationeel is voor een onpartijdig *beroep*-college, doch *bovendien* kan dat beroep-college de lagere beslissingen der vakbroeders *terugverwijzen* naar een centraal *vak*-college,, vrijwel gelijk aan de lagere vakcolleges die reeds hunne opinie hadden gegeven. Doch dit is nog niet alles! Bovendien kan dat *beroep-college* der rechterlijke macht aan dat Centraal vak-college ook een goeden raad in den mond geven en dat wel *in de richting van te treffen maatregelen* (de zgn. disciplinaire straffen) *waarover het beroep-college géén beroep-college* is, om de eenvoudige reden, omdat art. 7 dat beroep-

college alléén kent en in het geweer brengt bij *niet-disciplinaire straffen* (geldboete, schorsing en ontzegging uitoefening geneeskunde) en van geen rechterlijk beroep-college gewag maakt, wanneer het alléén om *disciplinaire* straffen (waarschuwing of berisping) gaat!

Dit is toch wel een heel zonderling staaltje van wetstechniek, al betreft het dan ook niet een regeling voor een Wetboek van Strafrecht! Doch de Minister van Justitie heeft het nader-ontwerp *mede*-gecontrasigneerd en niet alleen de Minister van Arbeid!

Ik noemde in den aanhef van deze bijdrage deze wet een „zonderlinge" wet, omdat bij deze regeling des wetgevers wordt ingegrepen in de belangen van een groep wetenschappelijk gevormde staatsburgers, terwijl tot nog toe voor een andere groep van eveneens wetenschappelijk-universitair-geschoolde mede-staatsburgers door den Rijkswetgever niet is ingegrepen, omdat het hier niet noodig is geacht om *wettelijk* van noodzakelijkheid van *Regeerings*inmenging te doen blijken! Ik heb hier het oog op den Advocatenstand, het zgn. „nobile officium par excellence", want bij andere beroepen, welke toch ook notoir „nobile" zijn en steeds geweest zijn, spreekt men immers nimmer van nobiliteit, zeker, omdat goede wijn geen krans behoeft, anders begrijp ik deze *speciale* krans niet!

Het behouden van het „nobile" in de Balie toch wordt gesanctionneerd in het Reglement III, berustend op art. 19 der Wet op de Rechterlijke Organisatie en wel speciaal in de procedure, geregeld in artt. 11 en 12 van dat Reglement III.

Waarom nu de procedure bij vergrijpen van leden der balie geregeld bij algemeenen maatregel van bestuur en niet bij Wet en waarom *hier*, bij vergrijpen van een andere wetenschappelijke catagorie eene procedure, geregeld bij een speciale wet? Waartoe dit onderscheid? Omdat de belangen, welke de medici in de maatschappij behartigen en behartigen moeten, grooter en dieper ingrijpend zijn in het sociale leven dan de *rechts*belangen van medeburgers, welke de Balie voorstaat, welke rechtsbelangen toch heusch niet alleen tot de „beurzen" dier cliënten beperkt en begrensd worden, doch evenzeer het speciale *individu* kunnen raken (strafrechtspraktijk)?

Zoowel de Balie als de Medici hebben beide organisaties, die voor hunne belangen opkomen, doch welke tevens, zoo daartoe termen aanwezig zijn, ook kunnen ingrijpen *tegen* den enkeling-broeder, die zich tegen den specialen stand en tegen de rechten van derden vergrijpt: de Balie heeft hare Orde van Discipline, de Medici hebben hunne Ned. Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunde. Maar waarom

dan hier bij de medici eene *wettelijke* regeling, een ingrijpen van den *Rijkswetgever*?

Men zoude het kunnen lezen uit de Memorie van Antwoord, gevoegd bij het gewijzigd ontwerp, waar deze zegt: „Toenemende strijd om het bestaan heeft doorgaans niet de strekking het ethisch peil te verhoogen" en: „ zij (de betrokken Ministers van Arbeid en Justitie) achten de grootere kracht van eene wettelijke regeling ter gedeeltelijke vervanging van de bestaande zwakkere (Maatschappij Bevordering van Geneeskunde), die uit particulier initiatief geboren werd, noodzakelijk".

Ook hier dus, als bij de Balie, vrees voor verwording van den geneeskundigen stand door veranderde tijdsomstandigheden! Doch dit wettigt toch alleen het verschil tusschen regeling bij algemeenen maatregel van bestuur en regeling bij speciale *wet* ten opzichte van respectievelijk Balie en Medici nog in geenen deele. Ook bij de uitoefening van de rechtspractijk in vollen omvang, zooals dit bij en door de Balie-vertegenwoordigers geschiedt, komt, evenzeer als bij de uitoefening der geneeskunde, het algemeen belang terdege in het geding. Beide beroepen vorderen den vollen mensch van karakter, tact en kennis en of dat algemeen belang nu gediend wordt „aan den lijve" van een cliënt of in „den beurze" of in het individu van een anderen cliënt, doet weinig ter zake en is slechts gradueel, niet differentieel verschil, dus van geen overwegend doorslaand belang. Wat goed is voor advocaten, is evenzoo goed en voldoende voor medici, ook wanneer zij vergrijpen zullen begaan.

Op dezen grond alléén al is deze regeling *principieel* te veroordeelen, doch daar komt nog iets anders bij!

Volgens art. 1 van deze wet nu worden de medici in speciale gevallen onderworpen aan *disciplinaire* en *niet-disciplinaire* straffen of „*maatregelen*" (zie art. 1) al naar men wil, want de „wetstechniek", en zeker niet de strafrechtstechniek, is hier immers toch niet aan de orde! (een „geldboete" is volgens art. 1 ook een „maatregel" en geen straf en een „bijkomende straf" is hier ook een „hoofdstraf")!

De speciale gevallen, welke ingrijpen noodig kunnen maken zijn:

1°. wegens handelingen het vertrouwen in den geneeskundigen stand ondermijnende;

2°. wegens nalatigheid in de uitoefening van zijn beroep, waardoor ernstige schade voor of ten behoeve van een behandelde persoon ontstond;

3°. wegens „blijkgeven" van grove onkunde in de uitoefening van het beroep.

Daarnaast *blijft*, volgens ditzelfde art. 1 van deze Tuchtwet, de volle aansprakelijkheid, zoowel civielrechtelijk als

strafrechtelijk, van den medicus voor zijn handelingen, daden of verzuimen onverkort.

Hier dus een tweeërlei soort aansprakelijkheid: 1°. èène voor een *bijzonder vak-college* met eventueel hooger beroep op een rechterlijk college en 2°. een tweede (voor nagenoeg dezelfde soort onrechtmatige en strafwaardige handelingen of verzuimen) voor den burgerlijken- of strafrechter!

Ik zeg met opzet: „voor *nagenoeg dezelfde soort* onrechtmatige en strafbare handelingen of verzuimen". Want, de speciale gevallen, in art. 1 opgesomd en meer in het bijzonder de gevallen onder 2°. en 3°. genoemd, bestrijken vrijwel dezelfde handelingen of verzuimen, welke zijn strafbaar gesteld bij artt. 307 en 308 Strafwetboek, de zgn. schuldmisdrijven. Misschien zou men kunnen zeggen, dat het speciale geval van art. 1 no. 2 *reeds* aanwezig is en reeds grond oplevert voor ingrijpen van het *bijzonder* vak-college, als er nog, strafrechtelijk gesproken, slechts sprake is van lichte schuld, van enkele nalatigheid, doch nog niet van grove schuld, grove nalatigheid, hoewel het in art. 1 sub 2 vermelde gevolg: „de ernstige schade" wel degelijk op een ernstig verzuim of nalatigheid, op grove schuld wijst.

Het geval van art. 1 sub 3 echter is een *zuiver* geval van grove schuld, hetwelk toch al door artt. 307 of 308 Strafwetboek wordt bestreken, want „grove onkunde" zal toch wel steeds een gevolg hebben, dat voor toepasselijkheid van die strafartikelen eveneens een absoluut element van dat strafbare misdrijf vormt.

Hier is dus, bij gelijktijdige regeling van *twee verschillende* procedures bij geheel gelijke gevallen, alle grond voor eventueele conflicten geboren en aanwezig, met al de funeste gevolgen daarvan, waar bij volkomen dezelfde vergrijpen het *bijzondere college* alléén de beschikking heeft over de speciale disciplinaire en niet-disciplinaire maatregelen van art. 5 van deze Tuchtwet, terwijl echter de strafrechter er weder een ander „straffen"arsenaal op na houdt en ook bij geldboeten veel en veel hooger kan gaan (art. 23 *bis* Strafwetboek) dan het *bijzondere vak*-college, hetzij gewoon-bijzonder of Centraal! En hoe nu, als reeds het *bijzondere* vakcollege, of in beroep het Gerechtshof, een niet-disciplinaire „maatregel" van art. 5 sub 3, 4 of 5 had opgelegd en het eveneens strafrechtelijke geval komt ter kennis van de Justitie, wier vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie het recht en de plicht (soms) heeft om óók hier een *strafvervolging op grond van artt.* 307 *of* 308 *Strafwetboek* in te stellen, omdat hij van zijn kant vindt, dat „het algemeen belang" ingrijpen ook van deze zijde noodzakelijk met zich mede moet brengen? Waar blijft dan het: „ne bis in idem"? Want, al mag juridisch en rechtens deze regel hier niet van toepassing zijn, in zijne

gevolgen komt het hier toch maar op een „bis in idem" daadwerkelijk neer! De medicus zou hier, in tegenstelling met iederen anderen willekeurigen staatsburger, kans loopen *twéémaal* gestraft te worden of liever éénmaal „gemaatregeld" (art. 1) en èènmaal „gestraft"? Wie lost hier, aan de hand van de wet deze puzzle, welke zoo diepingrijpend zou kunnen zijn voor den medicus, op als een moderne alwijze Salomo?

Of, zou hier daarom de procedure der *bijzondere colleges* naast den procesgang voor den strafrechter „wettelijk" in deze wet geregeld moeten worden, omdat de ernstige vergrijpen door den medicus begaan (b.v. de zgn. „Kunstfehler") *strafrechtelijk* zoo moeilijk te bewijzen zijn, en de achterhaling van *medische grove* nalatigheden en verzuimen zoo'n kleinen kans hebben van slagen, dat de procedure voor „vakbroeders" meer kans op uiteindelijk slagen waarborgt en ook waarborgen kan, juist omdat dàn de procedure gevoerd wordt door en ten overstaan van deskundigen, arbiters, die „als deskundigen" het beste op de hoogte zijn van de medische wetenschappen in volle uitgestrektheid, zóó, dat men hun geen knollen voor citroenen vermag voor te zetten of te verkoopen?

Het spijt me, maar als men in de praktijk van dicht bij in de gelegenheid is geweest om eene strafrechtsprocedure tegen een chirurg wegens overtreding van art. 307 Strafwetboek mede te maken (Kunstfehler" bij eene operatie), dan is men ook in dit opzicht en m. i. terecht, zeer sceptisch gestemd. Het medische beroep is nu eenmaal een beroep, dat meestal wordt uitgeoefend in een *gesloten gebouw*, in besloten kring, onder ons en niet in een *glazen* huisje als het beroep van een lid der Balie, dat steeds in zijn handelingen door cliënt èn rechter kan gecontroleerd worden, ook al hebben operatiekamers meestal vele glazen ruiten!

Het volgende geval moge mijn sceptisisme eenigszins nader verduidelijken en meer verklaarbaar maken:

Een meisje was door een man in de onderbuik gestoken met een mes, en was, hevig bloedend, op straat neergevallen. Zij werd in een nabijzijnd huis binnengedragen en aldaar te bed gelegd, onderwijl men een geneesheer ontbood. Deze kwam, onderzocht het slachtoffer en achtte direct transport naar het op ongeveer 7 minuten afstands gelegen ziekenhuis voor dringende operatie noodzakelijk. Hij wilde echter eerst een chirurg consulteeren. Deze was spoedig ter plaatse, achtte eveneens onmiddellijke operatie noodig, doch was bevreesd voor doodelijk bloedverlies tijdens het transport. Derhalve was de eindconclusie: operatief ingrijpen ter plaatse, na zooveel mogelijk aseptisch maken van de kamer. Dit geschiedde en daarna werd ter plaatse, waar de darmen uit-

puilden, eene buiksnede gemaakt, doch, in afwijking van wat bij buikoperaties gewoonte was, werd de buik niet ruim opengelegd, doch werd slechts een kleine snede gemaakt en werden de darmen ten deele op perforaties onderzocht. Eenige perforaties werden gehecht, doch in plaats van de geheele darm op *mogelijkheid* van nog *andere,* niet direct voor de hand liggende, perforaties te onderzoeken, werd de buikholte, na uitspoeling met sublimaat, weder gesloten. Eenige dagen ging alles goed. Er was geen koorts. Doch daarna traden hevige koortsen op en na eenige dagen succombeerde het slachtoffer. Door geruchte werd de Justitie er in gemoeid. Gerechtelijke sectie werd bevolen en gehouden. Opnieuw werd de buik geopend en thans *radicaal* volledig met groote buiksnede; in de buikholte waren eenige spoelwormen aanwezig, welke er reeds direct op wezen, dat er nog andere perforaties, welke over het hoofd gezien waren door den chirurg, moesten bestaan. Inderdaad werden dan ook nog verschillende niet gehechte perforaties gevonden, welke, ten gevolge van infectie, den dood ten slotte tot gevolg hadden gehad.

Het resultaat was eene strafvervolging wegens overtreding van art. 307 Strafwetboek (dood door schuld) en wel wegens „medische kunstfouten" van den betrokken chirurg. Het kwam tot eene openbare terechtzitting. De chirurg beweerde, dat, wat hij gedaan had, in het geheel geen kunstfouten waren, dat er dus hier van schuld, laat staan van grove schuld of grove nalatigheid, in het geheel niet de rede was. Deskundigen van de zijde van het O. M. gedagvaard, beweerden het tegendeel, doch andere deskundigen, van den kant der verdediging opgeroepen, vielen den verdachte bij. Men beweerde: gebruikelijker was wel het radicaal en geheel ruim openleggen van den buik, doch, het *kòn ook wel anders, al was dit dan ook minder gebruikelijk!* Wat moest hier de Rechtbank doen bij deze tegenovergestelde opinies der medicideskundigen? „In dubiis pro reo" werd het oordeel en het resultaat was: vrijspraak wegens gebrek aan bewijs en dat, terwijl in medische vakkringen de reputatie van den betrokken chirurg, wat zijne operatieve kennis betrof, nu niet bepaald prima en de overtuiging zeer sterk tegen hem gekant was!

Is het hieruit te verklaren, dat men in ons land zoo weinig hoort van zgn. strafprocessen tegen medici wegens door hen begane kunstfouten, in tegenstelling met het buitenland? En toch worden er tallooze malen kunstfouten, ernstige en minder ernstige, begaan, die echter wegens gebrek aan gelegenheid en middelen tot critiek, meestal alle den bekenden doofpot ingaan, en ingaan moesten, omdat het huis van den medicus gesloten is en de ramen der operatiekamers ondoorzichtig of voor het gewone oog onzichtbaar. Men moet maar in medische

kringen gezien hebben hoeveel latere Röntgenfoto's wijzen op eerst verkeerd gezette ledematen, hoe onoordeelkundig vaak *met half onbekende bestralings-apparaten* belicht en maar doorbelicht wordt, hoe soms plotseling „luchtinfecties" in operatiekamers optreden wegens onnaspeurbare oorzaak! Kunstfouten van medici zijn zoo oneindig moeielijk aan te toonen of achteraf later nog te bewijzen!

Ik vraag me aan de hand van deze uiteenzetting af, of, in tegenstelling met de Rechtbank, voorgelicht door zeer deskundige vak-medici, bij gelijk vergrijp van een medicusbroeder, de bijzondere vak-colleges van art. 7 van deze medische Tuchtwet, het met hunne vakkennis er beter afgebracht zouden hebben, indien een medicus voor ernstige kunstfouten op grond van art. 1 sub 2 en 3 voor die colleges zoude terechtstaan?

Ik wijs er nog ten overvloede uitdrukkelijk op, dat, volgens art. 1 sub 3 van het betrokken wetsontwerp een medicus, wil hij voor het *bijzondere* college kunnen terechtstaan, uitdrukkelijk „*blijk* moet *geven*" van zijne *grove* onkunde in de uitoefening van de geneeskunst! Die grove onkunde moet derhalve *naar buiten*, i. c. aan de leden van dat bijzonder college, *duidelijk blijken* en zal deze gemakkelijk te bewijzen zijn ook voor en door deze *bijzondere* vak-colleges? Het door mij aangehaalde, zeer markante geval, speaks volumes en ook spreekt eene zeer duidelijke taal eene zinsnede in een Dagblad-artikel van den psychiater Dr. J. Rombouts (zie *Telegraaf* van 22 December 1928): „de geneesheer heeft zich te houden *buiten* alles wat met ver*oordeeling* en straf*oplegging* samenhangt. De strijd tusschen rechterlijke macht en psychiaters omtrent de vraag van toerekenbaarheid of ontoerekenbaarheid uit te maken door den psychiater alleen, kan men wel als beslecht beschouwen, *omdat wel geen enkele medicus van zins is, de verantwoordelijkheid voor het uitdeelen van straf op zijne schouders over te nemen; het kan nooit zijn taak zijn iemand straf op te leggen direct of indirect*". Daarom heeft hij eenvoudig als deskundige zijn licht te laten schijnen, het aan andere en bevoegde instanties overlatende te oordeelen volgens wet en jurisprudentie!

Dit is de slotsom van een medicus-deskundige wat betreft psychopathenquaesties! Hoe zal het oordeel zijn van de bijzondere vak-colleges tegenover hunne broeder-collega's, hoe hunne dan wèl te aanvaarden verantwoordelijkheid, wanneer zij in andere qualiteit, als bijzondere rechters staan tegenover, en dan hebben te oordeelen over, straffen of „maatregelen" eventueel op te leggen aan vakbroeders-medici, wien verweten wordt, dat zij zich aan grove nalatigheid of verzuim met ernstige gevolgen, aan grove onkunde in de uitoefening der geneeskunst volgens art. 1 van deze wet hebben schuldig

gemaakt? Zullen zij dàn in die andere hoedanigheid van rechters en *niet* van *opgeroepen deskundigen*, hunne verantwoordelijkheid om te *moeten straffen* of „*maatregelen*", wèl beseffen en dan, bij bevestigende beantwoording der vraag, eene dergelijke verantwoordelijkheid wèl durven aanvaarden?

Ik sta zeer sceptisch hiertegenover, gezien wat de praktijk reeds heeft geleerd en opgeleverd. In elk geval is deze wet nu niet bepaald een mooi staaltje van logica en goede wetstechniek en bovendien overbodig, onnoodig en onbillijk, omdat deze kan leiden tot consequenties, welke bij meer doordachtheid en minder lust tot keuromanie, niet zouden kunnen worden *aanvaard* en in rechte geduld!

Rotterdam, 28 Februari 1929

Prof. Mr. R. Kranenburg: *Het Nederlandsch Staatsrecht*, deel I, derde herziene en bijgewerkte druk. — H. D. Tjeenk Willink & Zoon, 1929.

De omstandigheid, dat reeds vier jaren na het verschijnen van dit boek een derde druk daarvan noodig is, bewijst voldoende, dat dit werk — om een bekende gemeenplaats te gebruiken — in een behoefte voorziet.

Wat den vorm betreft, neemt Kranenburg's Staatsrecht onder de juridische leerboeken een eenigszins uitzonderlijke plaats in. De strakke lijn en den strengen betoogtrant van het leerboek zien we hier vervangen door den lossen, vlotten essay-stijl.

Het behoeft niet te verbazen, dat deze zeer moderne vorm een mate van belangstelling vermag te wekken, die aan een meer schoolsch opgezet leerboek zeker niet zou ten deel vallen.

Intusschen, de ervaring heeft reeds bewezen, dat in dezen vorm ook een niet gering gevaar schuilt. De student vindt het boek interessant, doch geeft zich veelal niet voldoende rekenschap van de moeilijkheden der behandelde onderwerpen, zoodat herhaaldelijk blijkt, dat hij de quintessens van het betoog niet voldoende in zich heeft opgenomen.

Ik zal na de uitvoerige bespreking van de eerste uitgaaf van dit werk door Prof. de Savornin Lohman in den jaargang 1925 van dit tijdschrift mij zooveel mogelijk beperken tot de aanvullingen, die in den thans verschenen derden druk zijn aangebracht, waardoor deze als „bijgewerkte" uitgaaf kon worden aangeduid.

Inderdaad is het een *bijwerking* gebleven. Wat opzet en indeeling aangaat, is het boek nagenoeg ongewijzigd gelaten. Alleen is een paragraaf ingevoegd over het begrip „wetgevende macht", waardoor de behandeling van de quaestie „wet en algemeene maatregel van bestuur" eenige omwerking heeft ondergaan. De opmerkingen, van verschillende zijden over den eersten druk gemaakt, hebben Schrijver overigens geen aanleiding gegeven tot wijziging of uitbreiding. Zoo verdedigt hij in het Voorbericht zijn standpunt om de uitwendige geschiedenis der Grondwet niet afzonderlijk te behandelen, terwijl daar ook de motieven worden genoemd, waarom aan den wensch om aan sommige onderwerpen een meer uitvoerige bespreking te wijden, niet is tegemoet gekomen.

Men zal zich bij deze opvatting hebben neer te leggen, doch

ik houd mij nochtans verzekerd, dat de waarde van dit werk als *leerboek* zoude zijn gestegen, indien met deze opmerkingen rekening ware gehouden. De vrees, dat een grootere uitvoerigheid op sommige punten den omvang van het boek te zeer zou hebben doen toenemen, schijnt mij niet geheel juist, daar er verschillende onderwerpen zijn, waarvan de behandeling zonder bezwaar eenigszins zou kunnen worden ingekort; als voorbeeld wil ik noemen de quaestie van de ambtenaarsverhouding, waaraan Schrijver bijna dertig bladzijden wijdt (bl. 342 e. v.). Zoo wordt b.v. ook aan de bespreking van art. 180 Wetb. van Strafrecht (bl. 409 e. v.) meer aandacht besteed dan m. i. in een boek over Staatsrecht noodig ware.

Laat ik mij echter tot de *bijwerking* beperken. „In welke mate het Staatsrecht, ondanks schijnbare rust, zich in wetgeving, practijk en jurisprudentie ontwikkelt, bemerkt men . . . . . eerst goed, wanneer men zich tot de bewerking van den herdruk van een boek als dit heeft te zetten", merkt Kranenburg in het Voorbericht op. Deze opmerking is stellig juist, doch het is jammer, dat op een zeer belangrijk punt de bijwerking achterwege is gebleven, n.l. wat betreft de Comptabiliteitswet, *Stbl.* 1927, no. 259. Wel wordt deze wet bij de behandeling van art. 97, lid 2, der Grondwet terloops (bl. 274, noot) genoemd, doch overigens wordt zij geheel genegeerd, niettegenstaande in het eerste deel verschillende onderwerpen worden behandeld, waarop de Comptabiliteitswet betrekking heeft, zooals de positie van den Minister van Financiën, de inrichting der begrooting, de Wet op de Ministerieele verantwoordelijkheid, het bestuur der financiën. Schrijver kon bij de bewerking van den derden druk stellig weten, dat deze wet 1 Januari 1929 in werking zou treden. Immers deze inwerkingtreding is reeds geregeld bij K. B. van 16 Juni 1928, *Stbl.* 213, terwijl verschillende nog nadien in het Staatsblad verschenen wettelijke voorschriften in den tekst zijn verwerkt, zooals de wet van 21 Juli 1928, *Stbl.* 288, tot wijziging der Kieswet, en de wet tot wijziging der Dienstplichtwet (21 Juli 1928, *Stbl.* 255). Het is inderdaad te betreuren, dat deze nieuwe uitgaaf daardoor op enkele belangrijke punten niet meer het geldende recht beschrijft.

Wellicht biedt het Hoofdstuk over de contrôle op het geldelijk beheer in deel II aan Schrijver de gelegenheid tot het aanbrengen van de noodige correcties en aanvullingen.

In dit verband merk ik terloops op, dat op bl. 225 verzuimd is melding te maken van de wijziging der wet op het Nederlandsch onderdaanschap bij de wet van 10 Juni 1927, *Stbl.* 175. De aanhaling op bl. 413 van art. 39 van het Wetboek van Strafvordering slaat kennelijk nog op het oude Wetboek.

Schrijver's inzichten blijken na 1925 niet te zijn veranderd.

Het arrest van den Hoogen Raad van 25 Maart 1927, *W.* 11639, inzake de bekende quaestie van art. 40 van het Bezoldigingsbesluit 1920 heeft hem niet overtuigd van de onjuistheid van het in de beide vorige drukken verdedigde standpunt (bl. 368). Dispensatie blijft hij als wetgeving in materieelen zin beschouwen (bl. 110 e. v.); evenzoo de voorschriften of eischen van de Districtshoofden der Arbeidsinspectie (bl. 100 e. v.) (1) en de begrooting (bl. 310). In het licht van de omschrijving, die KRANENBURG geeft van het begrip „wetgevende functie", — het min of meer duurzaam regelen van het groepsleven (bl. 23) — is deze opvatting wel verdedigbaar, doch de formuleering is toch wel bijzonder vaag. In het kader van een historische beschouwing over de splitsing der functies moge zij tot verheldering van inzicht bijdragen, voor de systematiek van het moderne Staatsrecht schijnt zij mij te weinig klaar en scherp. Ik heb mij ook afgevraagd, waarom in de nieuw ingevoegde paragraaf over het begrip „wetgevende macht" (Hoofdstuk II, paragraaf 1) na een critische behandeling van LABAND's wetbegrip en een korte vermelding van de meening van DUGUIT de opvatting van Schrijver zelf en die van den Hoogen Raad in het geheel niet worden besproken.

Het wetsbegrip van ons hoogste rechtscollege wordt, evenals in de beide vorige drukken, behandeld in de paragraaf, gewijd aan de verhouding van wet en algemeenen maatregel van bestuur in de moderne wetgevingspraktijk (2). Over dit punt veroorloof ik mij nog enkele opmerkingen te maken.

Vooreerst wordt in dit verband op bl. 109 (vorige druk bl. 100) ten onrechte melding gemaakt van het arrest van 15 (moet zijn 5) Februari 1917, *W.* 10077. Dit arrest handelt enkel over de vraag of de woorden „door Ons" in art. 2 der wet van 31 December 1915, *Stbl.* 533, uitwerking in een gewoon Koninklijk besluit toelaten. Deze vraag beantwoordde de Hooge Raad bevestigend. Doch dit wettigt geenszins KRANENBURG's conclusie (al moge deze ook juist zijn), dat *dus* alleen een algemeene maatregel van bestuur voorwerp van uitlegging is. De vraag, of het (gewone) K. B. van 17 Februari 1916 een wet is in den zin van art. 99, 2°. R. O. was hier in het geheel niet aan de orde. De wijziging van 's Hoogen Raads jurisprudentie ten aanzien van R. O. 99, 2°.

---

(1) De noot op bl. 93 van den tweeden druk, waarin VAN DER POT's denkbeeld van deze figuur als een „tusschenvorm" werd besproken, ontbreekt in de nieuwe uitgaaf.

(2) Dat Schrijver in deze paragraaf, in hoofdzaak gewijd aan het *delegatie*-vraagstuk, ook behandelt de *dispensatie* van art. 28, sub 7 der Arbeidswet kan slechts tot verwarring leiden; deze dispensatie behoort in de volgende paragraaf te worden besproken.

betreft trouwens enkel de Ministerieele beschikkingen, niet ook de Koninklijke Besluiten. Als voorbeeld van het *oude* standpunt van den Hoogen Raad had dus op bl. 108 niet mogen worden vermeld het arrest van 23 Februari 1906, *W.* 8341, *wel* het op bl. 109 aangehaalde arrest van 1 Maart (moet zijn 4 Maart) 1918, *W.* 10256 (3). Ik meen voorts, dat de eisch van afkondiging door den Hoogen Raad mede als essentiale wordt beschouwd voor het begrip wet. Dit blijkt niet uitdrukkelijk uit de beide arresten van 10 Juni 1919, *W.* 10429, doch wel uit die van 13 Mei 1918, *W.* 10290 en 15 November 1926, *W.* 11604, beide handelend over Ministerieele beschikkingen. Deze afkondiging behoeft niet altijd in het Staatsblad te geschieden; de aanhaling in de noot op bl. 110 van het arrest H. R. van 11 November 1927, *W.* 11753, is dan ook niet geheel juist: Prof. KRANENBURG laat den Hoogen Raad hier spreken van „insertie in het Staatsblad"; in het arrest lezen we echter „insertie in eenig voor publiekmaking van regelingen van het Staatsbestuur aangewezen orgaan".

KRANENBURG's beschouwingen over de Eerste Kamer hebben in dezen nieuwen druk geen wijziging ondergaan. Ik meen nochtans, dat er sinds 1925 wel eenige verandering valt te constateeren in het oordeel der rechtsgenooten omtrent de Eerste Kamer, niet het minst dank zij haar afwijzend votum omtrent het Belgisch Verdrag. Het is zeer wel mogelijk, dat dit votum van onzen Senaat in Schrijver's meening omtrent de staatkundige beteekenis van dit lichaam geen verandering heeft gebracht, doch het feit zelf had in dit verband niet onvermeld mogen blijven. Voor den in het politieke leven niet ondeskundigen lezer schijnt nu Schrijver's meening niet voldoende gemotiveerd.

Ik merkte reeds op, dat de vorm van KRANENBURG's uiteenzettingen, hoe aantrekkelijk ook, vooral voor den beginneling niet geringe bezwaren medebrengt. Soms wordt ook al te zeer naar kortheid gestreefd, die wel eens tot onvolledigheid leidt. Waarom wordt b.v. het Regeeringsvoorstel tot Grondwetsherziening van 1907 op bl. 219 niet vermeld? Op bl. 217 wordt van het amendement-DE MEYIER een zeer onvolkomen beeld gegeven. Op bl. 235 wordt plotseling van het begrip lijstkiesdeeler gesproken, zonder dat dit wordt verklaard.

De reeds in de vorige drukken uitgesproken meening (zie thans bl. 95), dat bij de redactie van de Staatscommissie van

---

(3) Ook het arrest van 1 Maart 1918, *W.* 10256, is voor de quaestie van het wetsbegrip van belang, doch in dit verband (zijn ministerieele voorschriften wetten?) kan slechts bedoeld zijn het arrest van 4 Maart 1918.

1883 van het tegenwoordige art. 55 der Grondwet een bepaling zooals in art. 3 der wet op de Rijkswaterstaatswerken werd opgenomen inderdaad noodig was, schijnt mij niet juist. De redactie der Staatscommissie eischte enkel een wettelijke machtiging voor de voorschriften van den Koning, niet ook voor de toepassing van politiedwang. Deze onderscheiding wordt trouwens in de beschouwingen op bl. 95 ten onrechte geheel verwaarloosd. De bewering, dat zich onder de practijk der Grondwet na 1887 geen geval heeft voorgedaan van voorschriften des Konings door politiedwang te handhaven, die niet rusten op een wet, is alleen te verdedigen, indien men het K. B. van 31 Juli 1914, *Stbl.* 333, als een uiting van Staatsnoodrecht aanmerkt, waarvoor inderdaad veel te zeggen is. De vermelding van dit geval ware intusschen wel nuttig. Ik bemerk echter, dat ik mij hier begeef buiten het „bijgewerkte" en dus mijn taak ga overschrijden.

Voor een aankondiging van een nieuwen druk is deze bespreking reeds al te lang geworden. De critiek kwam wellicht wat al te veel op den voorgrond. Doch, al meen ik ook, dat de bijwerking enkele leemten vertoont en op enkele punten een omwerking der stof niet misplaatst ware geweest, ik onderschat geenszins de vele voortreffelijke eigenschappen van dit werk en ik heb groote waardeering voor het talent en den arbeid, die in dit moderne handboek van Nederlandsch Staatsrecht zijn gecristalliseerd.

Nijmegen, Maart 1929 VAN DER GRINTEN

Mr. G. A. van Poelje: *Beginselen van Nederlandsch Administratief Recht.* — N. Samsom, Alphen aan den Rijn. 1927.

Als eerste deel van een serie-uitgaaf van hand- en leerboeken der bestuurswetenschappen heeft Prof. van Poelje een werk het licht doen zien, dat den veelbelovenden titel draagt: Beginselen van Nederlandsch Administratief Recht.

Een wetenschappelijk doel wordt met deze uitgaaf niet beoogd. Zij is in de eerste plaats bestemd, zooals we in het voorbericht kunnen lezen, om een stel leerboeken te verschaffen voor aanstaande burgemeesters, secretarissen, administratieve en technische ambtenaren der Gemeenten. Voor den jurist of aanstaanden jurist is van Poelje's leerboek dan ook niet geschreven. Dit blijkt bovendien duidelijk uit opzet en vorm.

Ik vraag mij echter af, of de tijd reeds rijp is voor pogingen om den niet-jurist in te wijden in de algemeene beginselen van administratief recht, waar omtrent den omtrek van dit deel der rechtsstof en a fortiori omtrent de dogmatiek daarvan, althans in ons land, nog zoo groote onzekerheid en zoo weinig klaarheid heerscht.

In een leerboek als het onderhavige moet de schrijver zijn meening omtrent de beteekenis van rechtsbegrippen, die hij gebruikt, wel gieten in een apodictischen vorm; de didaktische waarde van het boek zou, gegeven de kring waarvoor het bestemd is, ongetwijfeld door een meer wetenschappelijke behandeling worden geschaad. Doch een intelligent lezer zal zich in menig opzicht weinig bevredigd gevoelen. Ik zou reeds daarom niet met stelligheid durven beweren, dat dit boek aan zijn doel zal beantwoorden.

Hier komt nog bij, dat schrijver's terminologie soms wel eenige onvastheid vertoont. Ik wil hiervan enkele voorbeelden geven uit het eerste hoofdstuk, getiteld: „Aard en tot stand komen der administratiefrechtelijke normen". Onder administratiefrechtelijke normen verstaat van Poelje blijkbaar de administratiefrechtelijke voorschriften, die te beschouwen zijn als „wet" in materieelen zin, welk begrip omschreven wordt als te omvatten „alle door het bevoegd gezag vastgestelde regelen, welke de waarde hebben van voor de leden der rechtsgemeenschap algemeen bindende normen" (bl. 1).

Als schrijver nu bespreekt de voorschriften van de districtshoofden der Arbeidsinspectie krachtens de Veiligheidswet (waarom worden geen andere wetten in dit verband genoemd?) merkt hij op (bl. 9), dat uit de omstandigheid, dat de wet overtreding daarvan op één lijn stelt met overtreding van den algemeenen maatregel van bestuur, niet volgt, „dat

deze voorschriften van de districtshoofden der Arbeidsinspectie ook *zelfstandig* als wettelijke maatregelen beschouwd kunnen worden. Daarvoor missen zij *algemeene* geldigheid, m. a. w. „normatieve waarde". Met „wettelijke maatregelen" bedoelt schrijver dus kennelijk: Maatregelen die het karakter dragen van wetgeving, doch dit is zeker niet hetzelfde als „wettelijke maatregel". Hij vervolgt dan: „Indien men het begrip wet ruim opvat, moeten zij echter wel beschouwd worden als van de wet, die de stof, waarop zij betrekking hebben, regelt, *deel uit te maken*". Wat schrijver hier bedoelt is ver van duidelijk. Hij laat dan ook onmiddellijk volgen: „Het komt ons intusschen voor, dat voor het administratief recht in het algemeen de vraag, aan welke voorschriften wèl en aan welke niet een wettelijk karakter (hieronder moet blijkbaar weer worden verstaan het karakter van „wet") moet worden toegekend, nog niet voldoende tot klaarheid is gebracht." Inderdaad, doch op bl. 1 stond dit begrip voor schrijver *wel* vast.

Van een op het Papierbesluit 1922, *Stbl.* no. 109, steunende Ministerieele beschikking zegt de schrijver (bl. 12), dat het toch inderdaad vrij moeilijk valt „aan een dergelijk voorschrift het rechtskarakter te eenen male te ontzeggen". Met rechtskarakter is hier blijkbaar ook weer bedoeld het karakter van „wet"; doch „rechtskarakter" beduidt toch iets geheel anders.

Een ander voorbeeld van de eenigszins eigenaardige terminologie vinden we op bl. 25, waar uit een overzicht van den inhoud van het Algemeen reglement voor de waterschappen in de provincie Utrecht de conclusie wordt getrokken, „dat tegenover de bepalingen welke tot het Staatsrecht in ruimen zin gerekend kunnen worden, de administratiefrechtelijke voorschriften verre in de meerderheid zijn". Het is mij in het geheel niet duidelijk wat hier moet worden verstaan onder „administratiefrechtelijke voorschriften" tegenover „Staatsrecht in ruimen zin".

Ik volsta met deze opmerkingen. Ik moet verklaren, dat het boek mij niet bijzonder heeft kunnen bevredigen. Voor een deel schijnt mij een al te vluchtige bewerking daarvan de oorzaak.

Hoofdzaak is echter, dat de stof niet rijp is voor een dergelijke behandeling.

De wetenschap van het administratief recht is voor zulk een leerboek inderdaad ten onzent nog niet ver genoeg gevorderd. De tijd schijnt mij nog niet gekomen om het „algemeene deel" daarvan den niet-juristen als een (gemakkelijk) verteerbare schotel voor te zetten. Voorloopig blijve deze spijze nog in de juridische keuken.

VAN DER GRINTEN

Mr. L. J. van Apeldoorn, *Geschiedenis van het Nederlandsche Huwelijksrecht vóór de invoering van de Fransche wetgeving.*

De Amsterdamsche hoogleeraar behandelt in bovenstaand werk vier hoofdstukken van het huwelijksrecht. En wel: 1°. de huwelijkssluiting; 2°. de huwelijks-vereischten en -beletselen; 3°. de ontbinding en 4°. de scheiding van tafel en bed. In een volgend „werkje", zegt de auteur bescheidenlijk, zal hij ons de historie geven van de rechtsgevolgen van het huwelijk voor de personen en goederen der echtgenooten. De schrijver ziet onze rechtsgeschiedenis, althans voorzoover het door hem behandelde onderwerp betreft, verdeeld in vier groote perioden, die van het germaansche, het kanonieke, het gereformeerde en het neutrale recht. Dienovereenkomstig is ook ieder hoofdstuk in vier onderdeelen verdeeld. De namen dezer tijdperken zijn duidelijk en spreken voor zich zelf. Slechts kan men opmerken, dat het tijdperk van het „neutrale" recht vóór de invoering der Fransche wetgeving, zoowel in omvang als in belang zeer ver achterstaat bij de voorgaande. Het omvat slechts de korte spanne tijds, dat het Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland hier kracht van wet had en over den inhoud van dit neutrale recht wordt dan ook niet veel meer gezegd, dan in het wetboek zelf te lezen staat. Dat het toch door den schrijver is opgenomen en behandeld, verklaart hij zelf door te zeggen, dat hij wilde aantoonen, dat de invoering van deze nieuwe wetgeving daarom nog niet een geheel nieuw recht bracht, doch grootendeels het oude recht handhaafde. De continuiteit in het rechtsleven is trouwens een der trekken der rechtshistorie, welke den schrijver het meest hebben getroffen. Telkens weer wijst hij daarop. De vier perioden, die hij onderscheidt, vormen geen tegenstellingen. Het germaansche recht onderging den invloed van de kerk, ook in het tijdperk, waarin nog geenszins erkend was de bevoegdheid der kerk om als wetgever op dit gebied op te treden. Omgekeerd bleef het kanonieke recht vele germaansche elementen bewaren. En, zoo zegt v. A. ten slotte, „het gereformeerde recht was gereformeerd kanoniek recht, evenals het huidige recht geneutraliseerd gereformeerd recht is".

De schrijver wijst er zelf op, dat de door hem behandelde onderwerpen ook zijn behandeld door wijlen Fockema Andreæ. Terecht heeft hij zich daardoor echter niet laten weerhouden

de vrucht van zijn eigen studiën te publiceeren. Niemand zal het hem euvel duiden dat hij de stof ook eens op *zijn* manier behandelt.

Doch zelfs deze verontschuldiging heeft v. A. niet noodig als men bedenkt, welk een groote massa bronnenmateriaal is gepubliceerd sedert FOCKEMA ANDREÆ ongeveer veertig jaar geleden zijn Bijdragen uitgaf. Een arm vol uitgaven van „Rechtsbronnen", waaronder de voor dit onderwerp zoo belangrijke „Bronnen voor de geschiedenis der Kerkelijke rechtspraak in het bisdom Utrecht" gaven hem over een massa stof de beschikking, welke F. A. nog niet had kunnen gebruiken. Des ondanks bleef des schrijvers oog gericht op de groote lijnen. De bijzonderheden, die hij mededeelt, zijn niet aangeplakte versierselen, doch dragende onderdeelen van het gebouw.

Naast deze verwerking van nieuw materiaal trekt de aandacht de groote plaats, die wordt ingeruimd aan de geschiedenis en inhoud van het kanonieke recht. Ook vroeger is die invloed niet over het hoofd gezien, en men vindt in oudere werken dan ook wel verwijzingen naar kerkelijke voorschriften en ook de vermelding van den inhoud dier rechtsregels, doch het kanonieke recht wordt daar toch vaak beschouwd als een zwerfblok uit een andere juridische formatie, een stuk recht, dat er nu eenmaal was en met welks bestaan men ook wel rekening hield, maar dat toch altijd een van buiten ingedrongen vreemd element was, dat de ontplooiing en ontwikkeling van ons eigen recht bemoeilijkte. VAN APELDOORN geeft ons daarentegen de beschrijving en ontwikkeling van het kerkelijke recht als een geheel. Daardoor wordt vaak beter duidelijk, waarom dit recht bepaalde germaansch-rechtelijke elementen kon erkennen en andere moest verdrukken. Na de hervorming werd het anders, want terwijl de Roomsche kerk zich gaandeweg als rechtstreeksche wetgever op dit gebied had doen erkennen, behoorde naar protestantsche opvatting de wetgeving, ook op dit gebied, tot de taak der wereldlijke overheid. Deze achtte zich daarbij wel verplicht deze materie te regelen overeenkomstig de bijbelsche voorschriften, maar tot interpretatie van den bijbel was de wereldlijke overheid zelf gerechtigd. Al kon zij zich daarbij natuurlijk laten leiden door uitspraken van synodes, van een theologische faculteit of van andere gezaghebbende kerkelijke organen, aan geen dezer organen kwam een rechtstreeksche bevoegdheid toe. Maar de wereldlijke overheid trad zelden als wetgever op. Waar zij niet ingreep bleef het oude kanonieke recht heerschen, voorzoover het niet met protestantsche beginselen in strijd werd geacht. En ook konden de nieuwe opvattingen, zooals die in synodale besluiten e. d. waren uitgesproken, zich verdichten tot een algemeene rechts-

overtuiging en het langs dien weg tot den rang van bindend recht brengen.

Het bovenstaande is, naar ik meen, voldoende om een indruk te geven van hetgeen men in het werk behandeld vindt. Een meer uitvoerig overzicht van den inhoud ware hier misplaatst. Evenmin is dit de plaats voor een gedachtenwisseling over enkele punten, waar ik bij de lectuur eenigen twijfel aan de juistheid van des schrijvers betoog voelde opkomen of waar ik een nadere uiteenzetting van zijn bedoeling niet overbodig zou achten. Eéne opmerking zij mij echter geoorloofd.

Mr. VAN APELDOORN is blijkbaar een man van temperament, ook wanneer hij over wetenschappelijke onderwerpen schrijft. Dit heeft zijn voordeelen. Des schrijvers betoog is dientengevolge levendig en geanimeerd, zoodat het boek zich aangenaam laat lezen. Doch een enkele maal is, als ik het wel heb, Mr. VAN APELDOORN door zijn eigen temperament medegesleept. Wanneer hij, na zijn materiaal te hebben verzameld en geordend, ten slotte de synthese voor zich ziet, waarin schijnbare tegenstrijdigheden tot harmonie schijnen te zijn gebracht, dan uit hij zijn vreugde soms in bewoordingen, die doen denken, dat nog nooit te voren dezelfde of een daaraan nauw verwante opvatting was verdedigd en ziet hij zich in zijn eigen verbeelding in strijd met een schare tegenstanders, welke inderdaad toch niet zoo formidabel is, als de geharnaste bestrijding door Mr. v. A. zou doen gelooven.

Sterk komt dit uit bij de behandeling — in het eerste hoofdstuk — van de huwelijkssluiting bij de Germanen in de eerste eeuwen onzer jaartelling. Met kracht komt v. A. daar op tegen wat hij de „gewone" of „heerschende" voorstelling noemt, dat het huwelijk tot stand kwam oorspronkelijk door koop en later door een „overeenkomst" tusschen den aspirant-bruidegom en den vader of voogd van het meisje. Daartegenover verdedigt VAN APELDOORN met vuur de stelling, dat niet de overeenkomst met den bezitter van den „mund" beslissend is doch dat het beslissende element gelegen was in den bijslaap met de bedoeling een blijvende levensgemeenschap aan te gaan. VAN APELDOORN erkent daarnaast echter, dat bij een normaal gesloten huwelijk een overeenkomst met den bezitter van de „mund" vooraf behoorde te gaan en ook placht te gaan.

Als men nu de passages leest, waarin de schrijver deze opvatting uiteenzet, dan krijgt men allicht den indruk, dat hier een nieuwe, door Mr. v. A. voor het eerst geformuleerde, theorie wordt verkondigd, die vrijwel in lijnrechten strijd is met wat tot dusverre daarover werd geleerd. Vooral de „studenten en andere belangstellenden, die geen rechtshistorici van professie zijn", te wier behoeve, blijkens het voorbericht, het boek óók is geschreven, moeten dunkt mij dezen

indruk krijgen. En ook menig lezer, die met rechtshistorische litteratuur meer vertrouwd is, zal bij de lectuur van deze passages wellicht wel eenige herinnering aan wat hij vroeger elders las voelen opkomen, maar moet toch tamelijk kritisch gestemd zijn, wil hij voorkomen, dat ook bij hem de indruk post vat, dat VAN APELDOORN iets fundamenteel nieuws heeft gebracht. Mij althans is het aanvankelijk ook zoo gegaan. Doch als men zich zet tot het schrijven van een aankondiging, wenscht men dergelijke indrukken toch eens te verifieeren. En toen ik dat deed, bleek mij weldra, dat VAN APELDOORN's opvatting, zoo zij al niet samenvalt met wat ook vroeger door gezaghebbende geleerden is verkondigd, dan toch zich zeer nauw daarbij aansluit. Allereerst HEUSLER's Institutionen (1) opslaande, vond ik daar een opvatting verkondigd, welke vrijwel dezelfde is als die van VAN APELDOORN. Na de uitspraak, dat oorspronkelijk — in den tijd van de „Raubehe" — „der Beischlaf als der eheschliessende Akt gegolten hat" gaat HEUSLER na, of dit ten tijde der volksrechten ook nog gold. H. komt dan tot de conclusie (2): „Demgemäss dürfte vielleicht überhaupt die copula carnalis als der Moment gelten, mit welchem nach den Volksrechten die Ehe als geschlossen erscheint". Het is wat voorzichtiger geformuleerd dan door v. A. geschiedt, een wezenlijk onderscheid kan ik tusschen beide opvattingen echter niet ontdekken. En HEUSLER is in zijn opvatting niet alleen blijven staan. In het bijzonder niet hier te lande, waar FOCKEMA ANDREÆ dezelfde meening verkondigde, onder uitdrukkelijke verwijzing naar HEUSLER. In den eersten bundel zijner „Bijdragen" (3) zegt deze, na te hebben vermeld, dat men het veelal voor hield, dat met de „Heimführung" der bruid het huwelijk voltrokken was: „HEUSLER komt echter hiertegen op met het betoog dat eerst de bijslaap de slothandeling der huwelijksvoltrekking was. Ik deel deze meening. Vanwaar anders het gewicht door de Westersche kerk aan den concubitus gehecht; vanwaar de invloed hiervan op het vermogen, wanneer naar Germaansch-rechtelijke inzichten reeds de terhandstelling (s. v. v.) van de bruid huwelijksvoltrekking was?" Elders (b.v. bl. 81) zegt F. A. dan ook, dat het huwelijk gesloten werd door „bijslaap met huwelijksbedoeling". En als men het „Oud Ned. Burg. Recht" van denzelfden schrijver opslaat, dan ziet men dat deze in dit, achttien jaar later uitgekomen, werk nog geheel op hetzelfde standpunt staat. Niet alleen wordt zonder voorbehoud naar zijn vroegere uiteenzetting verwezen, doch het betoog wordt wederom besloten door de volgende zinnen: „Des avonds gaat

(1) II, blz. 282 e. v.
(2) Blz. 285.
(3) Blz. 68.

zij met hem te bedde en op de een of andere wijze wordt zorg gedragen dat ook dit feit bewijsbaar is. Immers het is van groot gewicht; eerst door den bijslaap wordt het huwelijk voltooid" (4).

Zeer zeker is het dus onjuist den indruk te wekken, dat een aanmerkelijk afwijkende voorstelling van zaken hier te lande de heerschende is. Een dergelijke voorstelling acht ik zelfs niet geheel billijk tegenover v. A.'s voorgangers.

Wellicht staat de, trouwens zeer beknopte, beschrijving en verklaring der germaansche huwelijkssluiting, welke DE BLÉCOURT geeft, iets verder van VAN APELDOORN af. DE BLÉCOURT spreekt van een „huwelijkscontract" en vergelijkt, met een, trouwens aan oude rechtsbronnen ontleend, beeld het inoptocht-brengen van de bruid naar het huis van den man met de levering, waardoor het koopcontract wordt uitgevoerd. Toch is het de vraag of hier eenig wezenlijk verschil bestaat. Immers in één adem met het voorgaande schrijft DE BLÉCOURT: „de samenwoning en de bijslaap, die er op (d. w. z. op het contract) volgen *maken 't huwelijk uit*". (Ik cursiveer.)

Is er dan eigenlijk tusschen beide voorstellingen wel meer dan een verschil in accent? De een legt meer den nadruk op het contract, de ander op de copula carnalis (5).

Ook in zijn opvatting van de overeenkomst, welke tusschen den aspirant-bruigom en den mundheer placht te worden gesloten, wijkt VAN APELDOORN niet af van wat FOCKEMA ANDREÆ vóór hem heeft geleerd. Wel is waar heeft het aanvankelijk den schijn of volgens VAN APELDOORN het verlovingscontract uitsluitend en alleen betreft de overdracht van den mund (bl. 22), doch zoo eng begrensd vat hij het blijkens een andere passage toch niet op. Want op blz. 27 leest men, dat „de voogd het meisje verloofde, d. i. beloofde haar ten huwelijk te zullen geven". Ook dit behoorde dus volgens v. A. tot den inhoud van de overeenkomst. Maar ook dat schijnt mij precies hetzelfde als F. A. leerde (Oud-Nederl. Burg. Recht II,

---

(4) II, blz. 134.

(5) Uit enkele plaatsen uit VAN APELDOORN's boek krijgt men den indruk, dat deze zelf als het nieuwe van zijn eigen theorie beschouwt de stelling, dat in den tijd der volksrechten de toestemming der vrouw tot het huwelijk noodig was, al beweert v. A. toch niet (v. z. v. ik kan zien), dat deze toestemming op de een of andere wijze uitdrukkelijk moest blijken. Dit is evenwel ook door FOCKEMA ANDREÆ reeds geleerd; zie F. A. Bijdragen I, blz. 66, waar deze, sprekende van den tijd der volksrechten, zegt: „Toen was regel, en *alleen rechtmatig*, dat de mundoaldus van het meisje haar *met hare toestemming* verloofde en haar in voldoening aan het verlovingscontract in de macht stelde van den bruidegom, door wiens vleeschelijken omgang met haar het huwelijk zijn beslag kreeg". (Cursiveering van mij.)

bl. 132). Evenmin is een verschil, dat, vooals v. A. zegt, in den tijd der volksrechten, het huwelijk „desnoods" tot stand kon komen buiten den voogd van het meisje om. Immers F. A. zegt reeds op de eerste bladzijde van zijn aan den huwelijksvorm gewijde bijdrage, dat ook de samenleving van man en vrouw na schaking als een huwelijk gold, en erkent, dat de toestemming van den mundheer „niet volstrekt noodig" was.

Zoo er dus tusschen de opvattingen van v. A. en die, welke hier te lande (6) als de heerschende mogen worden beschouwd, al verschil is en v. z. v. dit verschil iets meer mocht zijn dan een verschil in woorden, dan zijn die verschillende opvattingen toch zeker ten nauwste verwant en is het verschil niet grooter dan tusschen weinig onderscheiden varianten van dezelfde grondstelling. De vijanden, die Mr. VAN APELDOORN bestrijdt, blijken dus bij nader toezien, niet zelden imaginaire grootheden te zijn, producten van des schrijvers eigen verbeelding.

Dit doet aan de juistheid der door den schrijver verdedigde stellingen niet af. Daarop ging ik niet in en behoefde ik ook niet in te gaan, daar ik juist meen te hebben aangetoond, dat men het — althans hier te lande — over de besproken punten vrijwel eens is. Doch juist op deze eenstemmigheid wilde ik wijzen ten einde te waarschuwen tegen onjuiste indrukken en om misverstand te voorkomen, dat door den hier en daar polemischen vorm van het boek zou kunnen ontstaan.

S. VAN BRAKEL

---

(6) Voor het buitenland durf ik dit niet zoo stellig te zeggen. Daartoe zou men de in de laatste jaren verschenen litteratuur eens moeten naslaan. Ik bepaal mij daarom tot de vermelding, dat het bekende leerboek van SCHRÖDER (5e druk, blz. 71) eveneens zegt, dat het huwelijk „erst zum rechtlichen Abschluss gelangte" door de „Vollziehung des ehelichen Beilagers".

Reorganisatie van Naamlooze Vennootschappen in Nederland 1920—1926, door Dr. H. A. E. KRAMER.

De jaren 1920—1926 vormen geen roemrijk tijdperk in de geschiedenis van de Nederlandsche Naamlooze Vennootschap. Menige onderneming, die op een respectabel aantal dienstjaren kon wijzen — om van de oorlogsproducten te zwijgen — heeft de schokken van de crisis niet kunnen doorstaan, of is daardoor zoodanig gehavend, dat zij haar heil in een reorganisatie moest zoeken. Sedert dien echter is het velen wederom goed gegaan. Vele wonden zijn reeds geheeld. Wij leven snel en wij vergeten snel. Al herinnert zich menigeen, dat in de crisisjaren verschillende naamlooze vennootschappen gereorganiseerd werden, de bijzonderheden van die reconstructies zijn zeker den meesten onzer ontgaan.

Het was daarom een goede gedachte van den heer KRAMER, om een onderzoek naar die reorganisaties in te stellen en het resultaat daarvan in zijn proefschrift neer te leggen. De jonge dokter heeft 70 gevallen van reorganisatie bestudeerd, de reorganisatie van 70 vennootschappen, groote en kleine, banken, industrieele en handelsondernemingen. Zijn proefschrift levert een kostbaar materiaal op, niet alleen voor hem, die later de economische geschiedenis van Nederland zal beschrijven, doch ook voor den tijdgenoot.

Het werk van den heer KRAMER is voornamelijk beschrijvend van karakter. Aan de theorie wordt weinig plaats ingeruimd. De schrijver rangschikt de door hem onderzochte gevallen naar uiterlijke kenteekenen in vier groepen. Hij onthoudt zich daarbij van critiek. Terecht. Het is moeilijk voor een outsider een reorganisatie op zich zelve te beoordeelen.

De vier wijzen van reorganisatie, waarnaar de heer KRAMER de door hem onderzochte gevallen groepeert, zijn de volgende:

1. Enkele reductie van aandeelenkapitaal, hetzij alleen van het gewone, hetzij mede van het preferente kapitaal.
2. Emissie van nieuwe waarden (met gelijktijdige reductie van het aandeelenkapitaal).
3. Reductie van de aanspraken met gelijktijdige reductie van het aandeelenkapitaal en mogelijk met emissie van nieuwe aandeelen.
4. Consolidatie van vlottende schuld (vaak gepaard gaande met toepassing van de te voren genoemde middelen).

In alle gevallen dus kapitaal-reductie. Vermindering van kapitaal is voorwaarde van reorganisatie.

De schrijver stelt deze voorwaarde, omdat hij slechts van reorganisatie wil spreken, wanneer een onderneming in financieele moeilijkheden verkeert. Niet iedere reductie van kapitaal, doch slechts de vermindering van het kapitaal eener vennootschap, die verliezen heeft geleden, levert een reorganisatie op. Terecht. Wanneer een vennootschap, het voor hare zaken te groote kapitaal aan aandeelhouders ten deele terugbetaalt, ondergaat zij geen reorganisatie. Reorganisatie wordt steeds in malam partem gebezigd. Zij veronderstelt verlies.

Doch er is meer. Wil men van reorganisatie spreken, dan moet het verlies worden afgeschreven op het kapitaal. De kapitaalreductie is een uiterlijk vereischte der reorganisatie. Indien een vennootschap, met een reserve van f 2 millioen een even groot verlies lijdt en dit op haar reserves afboekt, zal men deze vennootschap niet gereorganiseerd noemen. Maar, indien een vennootschap haar verlies in plaats van op de reserve, die daartoe toereikt, gedeeltelijk op het kapitaal afschrijft? Men weet, dat een bank gaarne met hare reserve coquetteert. De geschiedenis van het bankwezen kent dientengevolge vele gevallen, waarin op het kapitaal verlies werd afgeschreven, dat ten laste van de reserve had kunnen worden gebracht. Desniettegenstaande sprak men in deze gevallen van reorganisatie. Hieruit blijkt, dat niet zoozeer verlies op kapitaal, als wel afboeking van verlies ten laste van het kapitaal een voorwaarde van reorganisatie is.

Men noeme echter niet alle afboeking van verlies ten laste van kapitaal eene reorganisatie. Op dit punt ben ik het met den schrijver niet eens. Gesteld, een vennootschap sluit haar balans met een verlies. Zij voorziet, dat hare bedrijfsresultaten in de eerste jaren niet voldoende zullen zijn om dit verlies in te halen. Dus, voorloopig geen dividend, voorloopig geen tantièmes. Met de wetenschap, of in de veronderstelling, dat zij haar zaken met kleiner kapitaal kan drijven, schrijft de vennootschap het verlies af op het kapitaal. Dit verlies is dan uit de balans en de vennootschap kan bedrijfsoverschotten verdeelen in plaats van ze tot aanvulling van het verlies aan te wenden.

Op papier is nu de vennootschap gereorganiseerd, zonder meer in werkelijkheid echter niet. Men heeft slechts den feitelijken toestand in cijfers uitgedrukt. Het kapitaal had reeds verlies geleden. Thans heeft men alleen het nominale kapitaal tot zijn werkelijke waarde teruggebracht. Het behoeft echter geen lang betoog, dat deze operatie niet aanbevelenswaardig is. Zij leidt tot verzwakking. Had de afschrijving niet plaats gevonden, de vennootschap zou de nieuwe bedrijfsoverschotten ter aanvulling van het verlies in het

bedrijf gelaten hebben, die zij nu zal uitkeeren. Zij zou dus versterkt zijn. Indien bij die afschrijving niet tevens maatregelen genomen worden om een goeden gang van zaken der vennootschap te bevorderen, dan kan de zgn. reorganisatie een desorganisatie worden.

De heer KRAMER had daarom de reorganisatie, die de heropening van de mogelijkheid tot winstuitkeering beoogt, niet zonder voorbehoud als een reorganisatie mogen erkennen. En te meer niet, omdat hij het doel der reorganisatie noemt: „het voortbestaan der onderneming onder gunstiger omstandigheden te verzekeren". Terecht erkent de schrijver dus, dat het vraagstuk der reorganisatie een economische zijde heeft. Terecht stelt schrijver, dat een reorganisatie ten doel heeft de vennootschap uit te rusten tot den strijd om het bestaan. Dat doel is essentiale van de reorganisatie. Daarom had de heer KRAMER een reconstructie, die uitsluitend beoogt de mogelijkheid tot winstuitkeering te heropenen, niet een reorganisatie mogen noemen.

Evenwel, deze opmerking is geen aanmerking. Zij is slechts een blijk van belangstelling. Ik kan echter niet zeggen, dat ik het proefschrift van den heer KRAMER met groot genoegen heb gelezen. Het brengt immers sombere tijden in herinnering. Maar ik kan den schrijver verzekeren, dat zijn arbeid mij in hooge mate heeft geboeid en ik twijfel er niet aan, of anderen zullen dien niet minder dan ik waardeeren.

H. A. VAN NIEROP

Das ethische Recht und der Staat von Dr. A. Affolter, Bundesrichter in Lausanne. Stuttgart. Verlag von Ferdinand Enke. 1928. S. 43. Preis geheftet R.m. 3.

De Engelsche zedelijkheids-philosophen, Shaftesbury, Hutcheston — later ook Adam Smith — hebben reeds aangetoond, dat de leer van den ingeboren rechtszin een aanduiding geeft voor de algemeene leer van een natuurlijke, drijvende kracht in den mensch, als wier overbrenger een bijzonder zintuig, het zoogenaamde zedelijkheidsgevoel aangenomen wordt, welke als de bron van de wetten der moraal moet worden aangezien.

Van dit grondbeginsel gaat Affolter in zijn kleine brochure, die zich als een sympathische poging van een juridischen practicus voordoet, uit, om het aan te wenden op de problemen van recht en staat.

„De beginselen, die uit het zedelijkheidsgevoel worden af-„geleid, vormen het ethische recht, welks geldigheid berust „op den innerlijken drang, den ethischen drang. Zij zijn niet „zonder hiaten en niet zonder fouten, maar in het algemeen „kan men zeggen, dat de ethische rechtsvoorschriften opge-„volgd worden, en dat dit hun in werkelijkheid toekomt."

Dit is niets anders als een terugkeer tot het natuurrecht. Zoo zegt de schrijver dan ook op pagina 35 noot 23 uitdrukkelijk: „De loi de nature is niet anders als het ethische „recht, speciaal het Volkenrecht".

Deze gedachte wordt door den schrijver op p. 14 nader uitgesponnen. „Het volkenrecht als zuiver ethisch recht ontbeert „den bepaalden vorm voor bijzondere gevallen. Deze wordt „aangebracht door ervaring en gebruik".

„De leidende rechtsbeginselen komen echter zeer duidelijk „op den voorgrond. Deze spreken tot het zedelijkheidsgevoel „der staatslieden."

Er valt natuurlijk in het algemeen niet aan te twijfelen, dat ethische factoren een groote rol spelen in de betrekkingen tusschen de staten, omdat alle staten tegenover het buitenland zich overal en altijd als staten der gerechtigheid voordoen, zelfs dan als het tegendeel het geval is. Het zoo veel besproken vraagstuk van de schuld aan den wereldoorlog vindt vooral in deze overwegingen zijn grond. Daarom willen de staten ook nooit als aanvallers, maar steeds als aange-

vallenen gelden. Dit beteekent echter geenszins, dat het Volkenrecht slechts een soort natuurrecht is. Reeds thans bezit het een groot aantal positieve rechtsbronnen. De opvatting van HEGEL, dat staten wildemannen zijn, wordt ieder oogenblik minder waar, naarmate de Volkenbond en de Internationale rechtspraak zich ontwikkelen.

Nog een andere opmerking van AFFOLTER geeft aanleiding tot kritiek. Ik meen daarmede zijn uitspraak: privaatrecht is wereldrecht. Ofschoon het juist is, dat het privaatrecht meer uniform is dan het staatsrecht, zoo zou ik toch beslist de bewering willen bestrijden, dat iedereen zijne persoonlijkheid, zijn privaatrecht en privaatplichten behoudt, wanneer hij van het eene land naar het andere trekt. Wat AFFOLTER voorspelt, is meer wensch dan werkelijkheid. Waartoe zou het anders noodig zijn de talrijke congressen voor internationaal privaatrecht te houden? Overigens verwijs ik hier naar hetgeen ik gezegd heb in mijn geschrift: „Die Staatenlosen" (Bibliotheca Visseriania, VII) betreffende de privaatrechtelijke positie van den staatlooze.

Ook wat de grens tusschen privaat en publiek recht betreft, is de zaak volstrekt niet zoo eenvoudig, als de schrijver het wil doen voorkomen. Hier zou ik slechts willen wijzen op de bepalingen van het moderne arbeidsrecht, waar de grenzen tusschen privaat- en publiekrecht mij geheel uitgewischt schijnen. Ook op het eigenaardige privaatrecht in Sovjet-Rusland, dat geheel in het publiek recht der Sovjets is opgelost. Daaromtrent kan men meerdere bijzonderheden vinden in mijn opstel: „Van den aard van het burgerlijk „recht in Sovjet-Rusland" (*Weekblad voor Privaatrecht enz.* 1926).

Dr. S. GARGAS

De Wet op de Personeele Belasting. Léon's Rechtspraak Deel III, afl. 2, vierde druk tot April 1929 bijgewerkt, door J. VAN DER POEL, Inspecteur der Directe Belastingen, Invoerrechten en Accijnzen te Middelburg. — Boekh. v/h Gebr. Belinfante (N. V.) 's-Gravenhage, A. W. Sijthoff's Uitg. Mij. (N. V.) Leiden 1929.

Léon's rechtspraak was, wat de Wet op de Personeele belasting betreft, reeds lang niet meer bij. In 1905 toch had de laatste druk het licht gezien en, al was in 1914 een supplement verschenen, de tallooze wetswijzigingen en de sedert de wet van 19 December 1914 (*Staatsblad* no. 564) nu niet meer tot belastingstrafzaken beperkte cassatie-rechtspraak hadden ten gevolge, dat men met verlangen uitzag naar een up to date bijgewekte verzameling der administratief-rechterlijke beslissingen. Vermoedelijk was de heer VAN DER POEL op uitnoodiging der uitgevers bezig met de bewerking van een nieuwen druk, die aan dien wensch zou bevredigen, toen niet lang geleden het wetsontwerp tot herziening van de finantieele verhouding tusschen het Rijk en de gemeenten het licht zag, waarin werd voorgesteld de Personeele belasting af te schaffen. Geplaatst voor de vraag of hij al dan niet door zou gaan met het maken van een commentaar op een belastingwet aan welke het Damocleszwaard boven het hoofd was gehangen, heeft de schrijver het er op gewaagd.

Zooals thans gebleken is terecht, want de voorgestelde vervanging van de Personeele belasting door meer dan duizend gemeentelijke verteringsbelastingen die, dit leert de ervaring, vermoedelijk niet met ruimen blik zouden zijn toegepast, is gelukkig van de baan. Zeker de bestaande belasting zal voortaan aan de gemeenten ten goede komen en op ettelijke punten wel door gemeente-verordeningen worden gewijzigd, maar de bestaande wet blijft toch de basis en hetgeen een jarenlange praktijk heeft geleerd blijft waarde behouden.

Reeds bij een vluchtig doorbladeren van het meer dan 400 bladzijden tellende boek trekt het de aandacht, dat het in tegenstelling van den verdienstelijken commentaar van Jhr. Mr. VAN PANHUYS op de Wet op de Inkomstenbelasting niet alleen een overzicht geeft van de verschillende rechterlijke uitspraken, maar dat wij er ook tal van administratieve be-

slissingen in vermeld vinden en bepaaldelijk de eigen zienswijze van den bewerker ons niet wordt onthouden.

Voor wat de beslissingen der administratie betreft was dit onvermijdelijk. Immers was vroeger de taak der Raden van Beroep veel beperkter — men denke aan art. 4 § 1 en de vraag wat onder inrichting tot algemeen nut was te verstaan — maar de eigen zienswijze van den schrijver had den lezer kunnen worden onthouden.

Intusschen treedt deze zeer sterk op den voorgrond en zoo vormt het boek een concurrent van de verdienstelijke studie van Mr. Offerhaus over de Personeele belasting in 1925 verschenen in het onder hoofdleiding van Prof. Suyling uitgegeven Nederlandsch Belastingrecht. Was deze concurrent noodig? Ik betwijfel het en mede tengevolge van de hooge prijzen — het werk van den heer van der Poel kost niet minder dan f 12 — vrees ik, dat het gevolg zal zijn dat noch van het werk van Offerhaus noch van het thans besprokene spoedig een tweede druk zal verschijnen, wat vooral voor dit laatste werk bedenkelijk is. Immers een overzicht der jurisprudentie moet up to date zijn en verliest betrekkelijk spoedig zijn waarde. Daarenboven dreigt het gevaar, dat wanneer een bewerker van zulk een overzicht zijn eigen gronden mededeelt dit toch als iets van minder belang wordt beschouwd. En onwillekeurig daalt daardoor het gehalte van het werk.

Gelukkig is daarvoor, zoolang de bewerking in handen is van een auteur als de heer van der Poel, geen vrees. Hij geeft, dit is zeker, alleen prima-werk, maar zal dit ook het geval zijn met de andere commentaren onzer belastingwetten in Léon's uitgave? Intusschen wat hiervan zij, het thans verschenen werk is van dien aard, dat het voor hen, die de Personeele belasting hebben toe te passen, juist omdat het zoo nauwkeurig en volledig is, een vraagbaak vormt die men noode zou willen missen.

Het werk is geschreven in den vorm van een commentaar op de artikelen der wet, doch vooraf gaat een twintig bladzijden tellende inleiding waarin kort maar duidelijk de geschiedenis en de plaats der Personeele belasting in ons belastingstelsel wordt uiteengezet. Daaruit blijkt hoe in den loop der jaren de belasting meer en meer een aanvullende verteringsbelasting is geworden. Volkomen gerechtvaardigd, omdat althans waar het luxe-uitgaven betreft de belastingplichtige het in zijn hand heeft bij zijn verteringen in sterke mate rekening te houden met zijn draagkracht. Nu is het waar — de schrijver wijst er op —, dat bij de laagste inkomens dit niet opgaat, daar deze inkomsten grootendeels, zoo niet geheel, besteed moeten worden aan onvermijdelijke verteringen, maar reeds bij de beter gesitueerde arbeiders en bij

den middenstand gaat de regel weder op, althans voor de andere grondslagen dan de huurwaarde.

Zoo is het dan ook een terugtreden op den ontwikkelingsweg der heffing, wanneer de nieuwe regeling der financieele verhouding tusschen Rijk en gemeenten den grondslag huurwaarde meer op den voorgrond zal schuiven en straks vele gemeenten zich genoodzaakt zullen zien om door de lagere huurwaarden scherper te gaan belasten op dit punt aan de Personeele belasting het karakter van een aanvullingsbelasting te ontnemen.

Nu wordt dit wel door sommigen een voordeel geacht, omdat het aangeslagen zijn in eene directe belasting den kiezer er belang in zou doen stellen dat zuinig door de gemeenten wordt beheerd, doch men doet, geloof ik, wèl hieraan niet te veel waarde te hechten. Ik vrees veeleer, dat men hier te doen heeft met een der donkere vlekken in het plan van den Minister DE GEER.

Het kan mijn taak niet zijn — reeds het gebrek aan plaatsruimte verbiedt het — om de tallooze quaestiën aan te stippen, die meestal zorgvuldig en met een gelukkige oplossing als men met den schrijver medegaat, in het werk worden behandeld. Vermeld zij slechts, dat met de bestaande litteratuur steeds voeling is gehouden, speciaal met het verdienstelijke werk van OFFERHAUS en met de Handleiding voor de ambtenaren van den actieven dienst van SMEETS. Zelfs mag de vraag gesteld of soms niet te veel de aandacht wordt gewijd aan de beschouwingen van Dr. GERARD WAGENAAR in zijn Nederl. Belastingrecht in zake Godsdienst, Onderwijs, Weldadigheid enz. die, hoe lezenswaardig ook, toch dikwerf te zeer een antifiscale tendenz laten doorschemeren en op wie acutius quam verius wel eens toepasselijk is.

Niet bizonder gelukkig lijkt mij de opmerking van den auteur aan het slot zijner inleiding, dat *deze* belastingwet minder werkt met juridische en economische begrippen dan andere, zoodat het voornamelijk feitelijke begrippen zijn waarmede rekening is te houden en dat de bepalingen der wet dan ook in hoofdzaak taalkundig, grammaticaal en uit het spraakgebruik moeten worden verklaard.

Wil men daarmede zeggen, dat waar belastingwetten als die op de inkomsten-, vermogens- en dividendbelasting evenals onze successie- en registratiewetten alleen behoorlijk kunnen worden toegepast door hen, die het civielrecht behoorlijk meester zijn en dat dit vereischte voor de toepassing dezer wet — behoudens dan uitzonderingen bijv. waar het geldt wat onder mobilair is te verstaan — minder noodig is, dan heb ik hiertegen geen bezwaar, maar wil men zeggen, dat hier zou gelden het scire legem est tenere verba sed non vim ac potestatem, een systeem dat vele belastingconsulenten en

helaas ook meerdere inspecteurs volgen, dan lijkt mij de opmerking niet juist.

Het doel eener wet zal men nimmer uit het oog mogen verliezen en van iedere wetsbepaling zal steeds moeten worden nagegaan, ook uit de historie, wat men er mede bedoelt. Zoo zal, om een voorbeeld te noemen, niettegenstaande het voorschrift van art. 31 in § 5*a* bepalende, dat voor de toepassing van de vermindering van belasting motorrijtuigen uitsluitend of nagenoeg uitsluitend gebezigd voor het beroep of bedrijf van belastingplichtigen niet worden beschouwd als gebruikt in het beroep, wanneer het gebruik bestaat in het door den belastingplichtige rijden van zijn woning naar de vaste plaats zijner beroeps- of bedrijfsbezigheden of omgekeerd moeten aangenomen worden, dat hij, die te A woont, waar hij een bedrijf uitoefent, doch die een ander bedrijf heeft te B waarheen hij zich veelvuldig per auto van uit zijn woonplaats heen begeeft, op vermindering van belasting aanspraak kan maken.

De letter der wet leidt tot eene andere oplossing maar niet de strekking.

Immers wat is de reden dat men deze bepaling in de wet heeft opgenomen? Omdat men — niet altijd maar toch in den regel terecht — het als een luxe beschouwde, wanneer iemand van zijn huis naar zijn kantoor of fabriek gaat per motorrijtuig in stede van te wandelen of van een publiek vervoermiddel gebruik te maken. Wil iemand buiten Amsterdam, waar hij zijn werkzaamheden heeft, wonen, zoo getuigt dit reeds van luxe. Heeft hij dan een auto voor de inderdaad noodzakelijke dagelijksche verplaatsing van huis naar kantoor ook dit is luxe, want door in Amsterdam te wonen was dit gebruik te vermijden. Maar de zaak wordt anders, wanneer men te A, waar men woont, een bedrijf of beroep uitoefent. Nu wijst het rijden per auto naar B volstrekt niet op eenige luxe. Men moet toch ergens wonen. In dezen zin is dan ook de jurisprudentie van den Hoogen Raad waarmede de schrijver zich blijkbaar vereenigt.

Intusschen mag men vragen of de wetgever, toen hij bij de wet van 27 December 1926, *Stbl.* no. 416 de woorden „uitsluitend of nagenoeg uitsluitend" in de plaats stelde voor hoofdzakelijk wel in deze richting werkzaam is geweest en men in den ijver om in een enkel geval een vermindering van belasting te verhinderen niet het kind met het badwater heeft weggeworpen. M. i. heeft men hier stellig te doen met eene reformatio in pejus. Trouwens de wetswijzigingen der Wet op de Personeele belasting dragen, waar het de wetstechniek betreft in het laatste tiental jaren maar al te zeer dit karakter. Ik wijs bijv. op art. 51 *bis* in de tegenwoordige redactie dateerende van 1923, maar in beginsel reeds vastge-

steld bij de wet van 19 September 1919 (*Stbl.* no. 580). De administratieve boeten die dit artikel instelt waren aan de oorspronkelijke wet op de Personeele belasting vreemd en komen in wezen òf overeen met de boeten der wetgeving op het zegelrecht, de registratie en successiebelasting — boeten, die aan de meest elementaire eischen die men aan een straf mag stellen niet voldoen — òf zijn te beschouwen zooals in het tweede lid als eene poena temere litigantium en dan gerechtvaardigd, wanneer zonder goede gronden is geprocedeerd doch kwalijk verdedigbaar, wanneer van lichtvaardig procedeeren geen sprake is.

Men moet de onrechtvaardigheden waartoe het artikel aanleiding geeft in de praktijk gezien hebben om niet te betreuren wat hier is tot stand gebracht.

De omstandigheid, dat men zich slechts in de lijn bewoog die het fiscaal strafrecht in de laatste jaren bijkans steeds volgde brengt hierin geen verandering. Onrecht blijft onrecht, ook al doet men het aan lieden van wie men reeds in een samenleving zóó geheel anders samengesteld dan de onze zeide, dat zij waren taillables et corvéables à la merci du Seigneur.

C. S.

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 129, aflev. 2 en 3. — WIRJONO PRODJODIKORO, Het een en ander over het adatvermogensrecht der Indonesiërs in het gewest Soerakarta.

Militair-Rechtelijk Tijdschrift, deel 24, aflev. 6 en deel 25, aflev. 1. — FRANKEN, Bewijsmiddel of bewijsgrond?

Rechtsgeleerd Magazijn, jaargang 48, aflev. 1/2. — VAN APELDOORN, Het voortbestaan der parochies na de Reformatie. — SALOMONSON, Eenige losse beschouwingen naar aanleiding van de praktijk der Octrooiwet. — SYBENGA, De burgemeester en het zelfbestuur.

Tijdschrift voor Strafrecht, deel 39, aflev. 2. — STOKVIS, Behoort het ambt van Rijksadvocaat te worden gehandhaafd? — SIMONS, Een oude vraag in de nieuwere ontwerpen van Strafrecht. — POLAK, De zwijgende verdachten. — WEVE, Over Begrip en Bestemming der Straf. — DROSSAART BENTFORT, Over de Bloedwraak. — EVERS, Strafrechtelijke Bibliographie.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 69e année, no. 1/2. — CHÉRON, Examen doctrinal. Jurisprudence-commerciale. — RIPERT, Abus ou rélativité des droits. — CAPITANT, De l'indivision, qui suit la dissolution de la communauté entre époux.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 56e année (1929), no. 1. — JACQUEMYNS, La question dite du „Désarmement" devant la Société des Nations. — ERICH, Quelques aspects généraux de la codification du droit international. — BATY, Domestic Jurisdiction (Traité de Versailles, article XV, paragraphe 8). — JAUNE, L'Unification internationale des lois sur les effets de commerce. Le rapport des experts-juristes de la Société des Nations, du 16 Avril 1928. — RUEGGER, Le fonctionnement pratique des commissions de conciliation.

56e année (1929), no. 2. — YVES DE LA BRIÈRE, Le Traité du Latran et le nouvel Etat pontifical. — DESCAMPS, Le droit international nouveau. L'ère juridique sans violence et l'avènement du pacigérat positif. — UNDEN, Un projet de réglement relatif à la mer territoriale. — DE LA GROTTE, Les Affaires traitées par la Cour permanente de Justice internationale pendant la période 1926—1928 (à suivre). — DUMAS, Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats en matière criminelle. — KOSTERS, La Sixième Conférence de droit international privé (suite). — RUZÉ, A propos des nouveaux accords du Saint-Siège. Concordat avec la Lithuanie; Modus vivendi avec la Tchécoslovaquie.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 9e année, no. 4, 1929. — *Mémoire.* — MAKOWSKI, Les transformations du droit pénal.

9e année, no. 5, 1929. — *Mémoire.* — GLASER, Les délits à distance.

9e année, no. 6, 1929. — *Mémoire.* — HAGER-GILBERT, LAÏGNEL-LAVASTINE et DE LAET, La mort subite. Etude médico-légale.

Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger, 53e année, 1e livraison, (Janvier—Mars) 1929. — VIZIOZ, Observations sur l'étude de la procédure civile (suite). — PÉRITCH, Principaux traits caractéristiques de la Constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (ou Yougoslavie) du 28 Juin 1921 (fin). — *Variétés.* — DUMAS, Deux types d'organisation sociale: le patronat et la corporation (suite). — X, A l'occasion du centenaire du romantisme. L'oeuvre juridique d'un poète: Victor Hugo et le droit (fin). — STÉFANOVITCH, Les règles fondamentales de la justice administrative yougoslave.

Revue historique de Droit français et étranger, 4e série, 8e année (1929), no. 2. — APPLETON, Les interpolations dans Gaius. La vraie date de ses Institutes. Critiques qu'elles ont soulevées. — LESNE, Les origines de la prébende. — *Variétés.* — I. — DESSERTEAUX, Quelques mots sur le fidéjusseur donné par un débiteur qui, plus tard, est déporté ou meurt sans héritier. — II. — MARTROYE, Une sentence arbitrale de Saïnt Ambroise. — III. — ESPINAS, Rapport présenté à la Société d'histoire du Droit au nom de la Commission des Chartes de franchises.

Droit Aérien, (Janvier—Mars) 1929. — LE GALL, Quelques expériences récentes en matière d'assurance obligatoire. — LORTSCH, Du statut juridique du passager d'aéronof.

Revue trimestrielle de Droit civil, 28e année (1929), no. 2. — Voirin, Etude juridique du pourboire. — De La Massue, De la substitution de la prescription trentenaire à la prescription annale en matière de contrat de transport. — *Variété.* — Bonnecase, „A la recherche du fondement du droit". (Y a-t-il un romantisme juridique?)

The American Journal of International Law, vol. 23, no. 2, (April) 1929. — Murdock, Arbitration and conciliation in Pan America. — Stewart, The international telegraph conference of Brussels and the problem of code language. — Dealey, The Chicago drainage canal and St. Lawrence development. — Hudson, The „injunction of secrecy" with respect to American treaties. — Graham, The Soviet security treaties. — Dennis, The sinking of the „I'm Alone".

The Law Quarterly Review, vol. XLV, no. 179. — Pollock, Judicial caution and valour. — Holdsworth, The House of Lords, 1689—1783. — Bohlen, Liability of manufacturers to persons other than their immediate vendees. — Burchell, Canadian admiralty jurisdiction and stripping Laws. — Wiren, Testators family maintenance in New Zealand.

The South African Law Journal, Part. II, vol. XLVI, (May), 1929. — Mr. G. T. Morice. — Howes, „Protection" Under act 8 of 1912. — Elliott, Notarial deeds of separation between husband and wife. — Herbstein, Perpetual silence.

Archiv für die civilistische Praxis, Band 130, Heft 3. — Herholz, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interesse-ansprüche trotz Rücktritt und Wandelung). — Josef, Gemeinschaftliche Mietverträge der Eheleute. — Nussbaum, Ueber die Anwendung gewisser Familien- und erbrechtlicher Vorschriften des B. G. B.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 34, Heft 9. — von Staff, Zum vierten Deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei. — Lorenz, Inwiefern verlangt das politische Delikt eine besondere Stellung in der Strafgesetzgebung? — Titze, Inwiefern bedarf es einer gesetzlichen Regelung der Schadenshaftung des Staates und seiner Unternehmungen? — Neumann, Empfiehlt sich eine Reform der Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege? — Steinhauser, Inwiefern empfiehlt sich die Kodification eines Elektrizitätsrechts? — Schiffer, Um die Reform des Eidesrechts. — Geuzmer, Pater semper incertus est? — Zarden, Das Etatkompromisz.

Jhrg. 34, Heft 10. — NORDEN, Das deutsch-französische gemischte Schiedsgericht und die Reparationen. — GERBER, Die Führung der auswärtigen Angelegenheiten Danzigs durch Polen. — LUTTER, Die Gesetzentwürfe betreffend das Patent-, Muster- und Zeichenrecht. — ENGEL, Der Streit um das Rechtspflegertum in Oesterreich. — ERDSIECK, Die Auflösung des Rechtsprinzips durch den Individualismus. — KAUFMANN, Das Recht zum Gewerbebetriebe unter eigenem Namen.

Jhrg. 34, Heft 11. — WILDHAGEN, Das Schlagwort: „Vertrauenskrise der Justiz". — MÜGEL, Aeltere wertbeständige Hypotheken. — RICHTER, Zur Neuregelung der Arbeitslosenversicherung. — LEIBIG, Der Begriff der Schundschrift. — BERTERMANN, Einäugige Gerechtigkeit.

Jhrg. 34, Heft 12. — STRESEMANN, Kahl, der Politiker und Parlamentarier. — VON FRANK, Kahl, der Kriminalist. — SCHÄFER, Der Entwurf eines Einführungs-gesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz. — WUNDERLICH, Der Fortgang der Beratungen im Strafrechtsausschusse des Reichstages. — VON CAMPE, Zur Auslegung des Art. 62 der Preuszischen Verfassung.

Jhrg. 34, Heft 13. — TATARIN-TARNHEYDEN, Krise des Länderparlamentarismus und das Reich (Fall Mecklenburg-Strelitz). — ROGGE, Die Kriegsschuldfrage als Rechtsproblem. — OETKER, Meineid und falsche Aussage im künftigen Recht. — VON SPECHT, Dezentralisierung der Patentanmeldungen? — NITZSCHE, Der Entwurf eines Deutschen Auslieferungsgesetzes. — DACHSELT, Deutsches Minderheitenrecht in der Praxis.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 94, Heft 2/3. — GARGAS, Die Reform des niederländischen Aktienrechtes. — INHULSEN, Englische Entscheidungen (1927/28). — BONDI, Ort und Zeit der Generalversammlung.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 44, Heft 3. — DAVID und EBELING, Assyrische Rechtsurkunden. — KAUSCHANSKY, Die rechtliche Stellung des Kindes aus Putativehe. Nach russischem Recht verglichen mit dem rumänischen, österreichischen und ungarischen Recht. — KAUSCHANSKY, Die Unterhaltspflicht der Ehegatten nach biblischem, talmudischem und rabbinischem Recht. — BRAUN, Die Eheauflösung nach österreichischem Recht. — SIEGEL, Das Arbeitsgerichtswesen in Polen. — BARBAR, Bruchstücke altpolnischer Gewohnheitsrechte. Bericht über neue Forschungsvergebnisse.

THEMIS

XCste DEEL — VIERDE STUK

Frederik de Groote en de processen van den molenaar Arnold

DOOR

Mr. H. HESSE

oud-raadsheer in den Hoogen Raad

III (*Slot*)

§ 5. *De vestingstraf*

Wij hebben de veroordeelde rechters verlaten, toen zij in den vroegen morgen van 7 Januari 1780 onder begeleiding van een officier in twee wagens naar Spandau werden gebracht, waar zij 's voormiddags om negen uur aankwamen. Na aan den commandant-majoor JOACHIM CHRISTIAN VON ZADOW te zijn voorgesteld, werden zij voor den Wachtmeister-Leutnant geleid, die hen op hunne kosten op een warm kop koffie en daarna op een „guten Mittagbrod" onthaalde. Gedurende den maaltijd werden volgens den Regierungsrath NEUMANN op aanstichting van de gastvrouw vele vuile moppen verteld (Zoten gerissen). Het blijkt niet, dat dit den heeren niet aanstond. Op aanbeveling van den gouverneur van Spandau, graaf VON HORDT, werd hun een woning op den wal met twee woonvertrekken, twee slaap-

kamers, een keuken en een alcoof aangewezen, die ze zelf moesten meubileeren. Zelfs ontbrak er een nachtstoel die eerst den volgenden dag aankwam. Gedurende het verblijf te Spandau, dat tot 7 September 1780 duurde, heeft NEUMANN een dagboek gehouden, dat een merkwaardige geschiedenis heeft. Het bevond zich in handschrift in het bezit van den Oberstleutnant VON SIEFART, een nakomeling in rechte lijn van de zuster van den raadsheer FRIEDEL en verscheen eerst in 1910 in druk. De heer VON SIEFART gaf het welwillend ter beschikking aan den „Verein für die Geschichte Berlins". De niet-genoemde uitgever had bezwaar zijn naam op het titelblad aan te geven en het boek in den gewonen boekhandel te laten verschijnen „wegen des zum Teil recht derben Inhalts". Zou het mede ook kunnen zijn, dat de uitgever den keizer, die, gelijk bekend, Frederik den Groote zeer vereerde, niet heeft willen ontstemmen door de gewone publicatie? Destijds was het te verkrijgen bij den heer Albert Kühne, Berlin W. 9, Vosstrasse 13 (73). Het boek bevat tot toelichting van het dagboek een korte geschiedenis van de processen van de hand van den Staatsanwalt Dr. ROSENFELD te Berlijn en een uitvoerig „Personen- und Sachenverzeichniss" van den Berlijnschen Rechtsanwalt ADOLF FISCHER bij wien het eerst ook te verkrijgen was.

NEUMANN heeft het dagboek geregeld bijgehouden en vertelt daarin allerlei niet steeds even belangrijke bijzonderheden van hetgeen met de heeren voorviel, hier en daar onderbroken door wat hij noemt „Anecdoten". De inhoud is soms zeer ruw en plat en zeker neemt NEUMANN geen blad

---

(73) Schr. dezes liet zich in 't begin van 1911 het boek door den heer Kühne toezenden en vernam later, dat het daar niet meer was te krijgen. De volledige titel is: *Aus der Festungszeit Preuszischer Kammergerichts- und Regierungsräte auf Spandau* 1780, Berlin 1910.

voor den mond, waarbij hij ook den Koning niet spaart. Aan publicatie zal hij wel niet gedacht hebben, waardoor zijn geschrift zeker aan betrouwbaarheid heeft gewonnen. De Kammergerichtsrat Dr. HOLTZE te Berlijn kenschetste het in de *Deutsche Juristenzeitung* van 1910 nr. 10 als „eine ganz eigenartige Erscheinung, eine Art Leckerbissen „für Juristen und Historiker, das als eine interessante „Quelle der preuszischen Rechtsgeschichte sich darstelt".

Men krijgt door het dagboek een goeden blik op de behandeling van personen, die destijds vestingstraf ondergingen. Het valt nogal mede. Vooral de gestrafte rechters werden goed behandeld. Zij kregen veel bezoek, meestal uit Berlijn, aten en dronken zeer goed, ofschoon op eigen kosten, en hadden een beperkte vrijheid om te wandelen buiten het gebouw, waar ze waren gehuisvest. Met hun zessen betaalden ze voor het middageten 25 Thlr per maand. NEUMANN vindt dit duur. De inwoners van Spandau noemt hij „der Prellerey äuszerst ergeben".

Zondag 9 Januari 1780 werden de „Neumärker" bij den commandant te eten gevraagd. Zij moesten nu naar een „Peruquier" omzien, dien ze vonden in een Zweed, genaamd Malme. Deze was tot 10 jaren vestingstraf veroordeeld, omdat hij als kamerdienaar bij een gezant in Petersburg een cassette had gestolen. Waar hij woonde was altijd later wat weg. Eenigen tijd te voren was hij „vom Zuchthause auf die Vestung avancirt". 's Namiddags werkte hij voor de heeren als kleermaker. Bij uitzondering was hij eens niet duur, nam „für seine Arbeit ein Weniges".

In hunne nabijheid woonde een Italiaan RENAZZI die, wijl hij in den 7-jarigen oorlog na den slag bij Frankfort in 1759 aan den Oostenrijkschen Generaal Daun inlichtingen had verstrekt, waarvoor hij een Oostenrijksch pensioen genoot van 85 Thlr per kwartaal, vestingstraf had gekregen. NEUMANN schrijft van hem: „Vor 20 Jahren hat er

„eine Frau und Tochter zur Aufwartung gehabt, mit „beyden hat er gehuret und aus diesem Beyschlaff ist eine „Tochter gebohren, mit dieser, da sie bereits 18 Jahr alt, „hurt er wieder und vermuthlich wird es so fort gehen bis „ins 3te, 4te Glied".

Voor hunne bediening hadden ze een werkvrouw, die maandelijks van ieder 16 groschen ontving, BANDEL had afzonderlijk nog een schoenpoetser, loon 8 groschen per maand, dan was er een „Einhitzer" die tevens tuinman was bij den commandant, verder een „Ehrenmann welcher unsere Excremente wegträgt", terwijl de „Stockmeister" hun het middageten haalde. De tweede, derde en vierde ondergingen vestingstraf. De „Ehrenmann" was b.v. tot 10 jaren veroordeeld wegens „Wilddieberey".

Een „christlicher Jurist" zond hun ten gebruike vier stoelen en een scherm. Op den 13den zond een goedgezinde geestelijke eenige noodzakelijke „Utensilien". „Der Himmel", zegt NEUMANN, „stärke dafür sein Gedächtnisz, damit „er künftig nicht mehr nöthig hat seine Predigten vom „Concept abzulesen, als worüber seine Gemeinde sehr unzu„frieden ist. Letztere, welche besonders in Züchtlingen „besteht, pflegt sich in der Kirche mit Kartenspielen die „Langeweile zu vertreiben, wofor denn aber auch die „Peitsche regiert".

Om vijf uur s'avonds werd de poort van de vesting gesloten.

Den 16den Januari had de commandant den Hoffiskal SLECKER bij zich te eten. Deze, hoewel al 60 jaar en getrouwd, „charmirte" met de huishoudster, tevens bijzit, onder het eten en toen hij wat „molum" was geworden, zette hij het buiten het huis nog voort. Op denzelfden dag kreeg „obgedachter Sünder" van een onbekenden weldoener 20 Thlr.

In Februari kreeg SLECKER in de nabijheid een nieuwe

woning om met zijne vrouw, die tegen midden Maart verwacht werd, in te wonen. Intusschen haalde hij op Aschwoensdag, 9 Februari, met de vriendin van den commandant weer veel „Unfug" uit. SLECKER, meestal schertsenderwijs Fiscus genoemd, was om zijn minder goede eigenschappen niet erg gezien bij de andere heeren. Hij maakte zich wel eens schuldig aan kleine dieverijen ten nadeele van zijn lotgenooten, was nogal eens dronken en op sexueel gebied ook alles behalve onberispelijk. NEUMANN scheen vooral op hem gebeten en noemt hem in het dagboek dikwijls Quadrupet, Ocean von Albernheiten, bos africanus enz.

Op 25 Februari 1780 werd de „Cabinets-ordre" door den commandant medegedeeld betreffende de door de heeren aan Arnold te betalen schadevergoeding tot een bedrag van 1358 Thlr 11 Groschen en 10 Pfennig. Men hoorde dit kalm aan en alleen SLECKER ontstak daarover in groote woede, maar 's avonds danste hij na persico gedronken te hebben een menuet.

Met een zeker genoegen wordt gemeld dat het publiceeren van het „Protokoll" van 11 December 1779 in de Vossische en de Hauder & Spenersche couranten den Koning 11 Thlr en 8 Gr. heeft gekost. Vosz (74) zou den Koning gesmeekt hebben de publicatie achterwege te laten „damit Se. Majestät nicht prostituirt würden". Men leest, dat de Koning eenige duizenden exemplaren van de couranten heeft teruggenomen.

Op 1 Maart bracht een vriend uit Berlijn, FALLON, een brief waarin den gestraften geraden werd omtrent de schade-

---

(74) Chr. Fr. Vosz te Berlijn werd krachtens Koninklijk privilege, reeds aan zijn schoonvader Rüdiger verleend, in 1751 uitgever der courant, die toen eerst alleen den naam „Staats- und Gelehrte Zeitung" droeg en in 1785 den naam „Vossische Zeitung" aannam, dien zij nog heeft. Lessing was van 1751—1755 een der redacteuren.

vergoeding een verzoek, „immediate Vorstellung", tot den Koning te richten. Dit plan werd algemeen verworpen. In betere aarde viel het denkbeeld, dat het Kammergericht en de Neumärkische Regierung te zamen de schade zouden dragen.

Des namiddags kwam bezoek van den burgemeester van Spandau, LEMCKE, en 's avonds ging men een kaartje leggen bij den commandant.

Uitvoerig vermeldt NEUMANN onder den derden Maart, dat er een anonyme brief kwam, vermoedelijk uit het Cabinet des Konings, waarin stond, dat de heeren „immediate um die Loslaszung suppliren muszten". Zelfs was er een concept bijgevoegd. Het voorstel werd eenparig verworpen en de brief ter zijde gelegd. De bankier EPHRAIM, die in den zevenjarigen oorlog den Koning nogal eens aan geld had geholpen, dat niet geheel volwaardig was, zoodat al spoedig 20 Thaler voor een louis-d'or of Friedrichs-d'or werden gegeven (75), vertelde aan DE RON, „Post-akzisecontrolleur" te Berlijn, zwager van den raadsheer FRIEDEL, dat hij uit het Cabinet bericht had gekregen, dat zulk een brief was verzonden en vroeg wat men toen gedaan had. DE RON deelde hem mede wat besloten was, waarover de bankier zich zeer had verheugd. Aan SLECKER werd van een en ander niets medegedeeld. De anderen bedankten hunne vrienden voor de goedkeuring van het besluit en verzekerden hun dat zij „niemals um Gnade bitten würden".

In de vesting moesten de gestraften allerlei werkzaamheden verrichten. Zij die salva fama veroordeeld waren behoefden niet met de „Infamen" samen te werken. Dat de gestrafte rechters tot werken verplicht waren, blijkt niet.

Op 10 Maart werd besloten den naamdag van mejuffrouw

---

(75) De Ephraimiten, zoo werden deze munten spottend genoemd, werden na den vrede van 1763 omgesmolten.

Arnold plechtig te vieren. Om eenigermate van deze afwezige „Gönnerin" een „Sinnbild" te hebben werd de kop van een wild zwijn sierlijk met bladgoud opgesmukt.

Zeer dikwijls kregen de heeren aanzienlijk bezoek uit Berlijn, ook van dames. Gewoonlijk werden dan geschenken medegebracht bestaande in levensmiddelen. Op 11 Maart had men b.v. bezoek van de dames FRIEDEL en GRAUN en van mej. KÖPCKEN, dochter van den Geh. Ober-Finanz-, Kriegs- und Domänenrath ARND KÖPCKEN. Des middags vergastte het gezelschap zich aan den zwijnskop. Volgens NEUMANN zei toen een der dames tot den Regierungsrath BANDEL: „Ihr Kopf hat mir sehr gut geschmeckt".

NEUMANN neemt een lijstje op van de geschenken die in Januari en Februari ontvangen werden. 't Is niet oneigenaardig eenige te noemen, als een gebraden haas, een lendestuk van een ree, karpers, pasteien, vruchten op brandewijn, ale, gemarioneerde haringen, metworsten, eenden, fazanten, rijnwijn, malaga, enz. enz. Zij hadden dus in dit opzicht niets te klagen. Op 11 Maart kregen zij een bezoek van den geneesheer SIEFART, die met Friedels zuster was getrouwd; deze beloofde snuiftabak te zenden. NEUMANN zegt, dat hij „auf Abschlag" tot nu toe niet meer gekregen heeft dan één snuifje.

Op 12 Maart vindt men aangeteekend dat de ministerraad niet meer bijeenkomt, omdat CARMER zeer zwak is en niemand spreekt. Als hij het nog doet, houdt hij steeds een sponsdoosje met reukwater aan de neus. Alleen gewichtige zaken circuleeren bij de ministers „zum votiren".

SCHMUCKER, 's Konings eerste „chirurgus" is naar Potsdam geroepen, „welches ein gutes Zeichen" schrijft NEUMANN venijnig.

In de vesting was een gevangenis, Stockhaus. Begin Maart hadden twee gevangenen bij het kaartspel ruzie gekregen en

het was tot vechten gekomen. Nu moest er recht gesproken worden. „Das Verhör", alzoo het dagboek, „fing um „XI Uhr an, es wurden beyde Theile gehört, ein Zeuge „abgehört, und um XI Uhr 10 Minuten bekam der Jude 36 „und der andere Zänker 6 Hiebe durch den Stockmeister, „womit der Prozess völlig beendiget". Wel snel recht!

Den 17den Maart kwam een aangenaam bezoek van dames en heeren uit Berlijn. Men had daarvoor een pastei uit Berlijn laten komen. Men dronk punch en NEUMANN „hatte die Ehre sich etwas zu benippen".

Uit Halle, Magdeburg en Frankfort kwamen in dien tijd belangrijke bedragen voor de te betalen schadevergoeding.

Prins FERDINAND, de jongste broeder van den Koning, had zich over de „Arnoldische Geschichte" in dien zin uitgelaten, dat hij zich ergerde, dat zijn broeder het einde van zijn Regeering door een „so groszen Excesz verunstaltete".

Op den 18den kwam mevrouw SLECKER; het echtpaar betrok dadelijk de nieuwe woning. Mevrouw gaf den volgenden dag „vermuthlich als ein praemium celebrati concubitus" een paar geborduurde pantoffels aan haren man.

In de vesting was een Italiaan SIERRA, die bewaakt werd „weiln er doll ist". De „Schildwache" had steeds een „Spieszgärthe um ihn in Ordnung zu halten". De krankzinnigen werden toen blijkbaar wreed behandeld.

Dadelijk na het eten plegen . . . . . (vermoedelijk stond er FRIEDEL) en BUSCH, de Cüstriner Regierungsrath, naar de „schändliche Cousine" te gaan om „Terne" (76) te spelen. Zij zuipt 's namiddags tusschen 3 en 4 uur „Pontack (77) wie ein Ygel". Met de „Cousine" wordt mevrouw SLECKER bedoeld.

---

(76) Het z.g.n. lottospel.

(77) Een soort Bordeaux-wijn.

De Regierungspräsident JOHANN VON WIJCKERSLOOT te Stettin had aan den Kammergerichts-Protonotarius (griffier) geschreven wien per kwartaal de subsidies moesten worden betaald. Men verzocht den heer VAN WIJKERSLOOT de gelden aan den griffier te zenden. Bij een bezoek van dezen aan den minister VON ZEDLITZ had deze gezegd, dat de heeren zich maar niet ongerust moesten maken over hun toekomst. Hij zou al het mogelijke doen, dat de onaangename zaak nog terecht kwam.

BUSCH schijnt een vies heer geweest te zijn. NEUMANN schrijft van hem, dat hij 's morgens met de pink de tanden poetst en zich nooit het gezicht wascht. Dit was het werk van den barbier.

Op 26 Maart was Demoiselle HANNCHEN, de vriendin van den commandant, 's namiddags dronken, „sie konnte nicht Flanel sagen".

VON ZEDLITZ moet op den Regierungsrath SCHEIBLER, die van straf was vrij gebleven, geweldig gescholden hebben bij gelegenheid van een diner, dat hij gaf en hem een „dummen, stupiden Menschen" genoemd. RANSLEBEN en hij zouden door kuiperij en omkooping los gekomen zijn. DE RON heeft dan ook als zeker verteld dat de meergenoemde Cabinets-rath STELLTER van ieder 100 Friedrichsd'or heeft gekregen.

Op 29 Maart leest men voor het naar bed gaan eenige hoofdstukken uit „Der physikalische und moralische Wahrsager" (78); „der Autor ist ein pudelnarrscher Kerl".

Op 3 Maart werd het den heeren op den wal voor een tuin aangewezen stuk grond in orde gemaakt. Zij kweekten daar bloemen en groenten.

---

(78) Het boek kwam in 1758 uit en behandelt volgens een noot op blz. 61 van het Dagboek de deelen van het menschelijk lichaam. Neumann noemt het „beiszend geschrieben".

Een bezoek uit Berlijn kost aan rijtuig, vertering, fooien ongeveer vijf Thaler. Het onthaal te Spandau, waar de gasten blijven eten, schat NEUMANN op twee Thaler. Men krijgt iedere week zulk een bezoek.

Op 2 April besloot men zich te laten „silhouhettiren", opdat ieder een portret van de anderen zou hebben tot aandenken als zij na afloop van het strafjaar „zerstreut würden". 't Was misschien niet kwaad hunne beeltenissen op te nemen in een in druk uit te geven geschiedenis van het Arnoldsche proces. „Es wird sich finden", zoo leest men, „ob Hr. Lavater (79) aus unsern Physiognomien „werde lesen können, dasz wir ungerechte Sentenzen „machen und Bestechung fähig".

Onder 5 April schijft NEUMANN het volgende, dat ons ongelooflijk voorkomt. „Im Zuchthause werden die „mehreste Kinder in der Kirche gemacht, weiln sich „dorten beyderley Geschlechter zu sehen Gelegenheit „haben. Sie werden hiernechst ordentlich an einem Pfahl „vermählt und empfangen einen Seegen von 30—40 Hieben". Wel een zonderlinge kerkgang!

Als er damesbezoek komt wordt Eau de Lavande gebrand en de vloer daarmede besprenkeld. Af en toe wordt een flesch van dit reukwater gekocht voor 1 Thlr. 16 Gr. NEUMANN is blij, dat hij daaraan niet mede doet.

VON ZEDLITZ scheen nogal eens heftig uit te vallen als de Koning hem ondoordachte vragen deed. In dezen tijd zond Deze hem zulk een antwoord terug met de kantteekening: „Nun, nun, nicht so hitzig Ihro Excellenz, ich „fragte ja man".

De Fransche schrijver SIMON LINGUET, in 1794 geguillotineerd, had in zijn „Annales politiques" de zaak-Arnold

---

(79) Lavater had kort te voren (1775—1778) zijne „Physiognomische Fragmente" in 't licht gegeven.

onjuist beoordeeld „so wie der erlauchte Urthelsfaszer".

CARMER is onlangs bij den Koning in Potsdam geweest en is daar tweemaal in onmacht gevallen.

Mevrouw SLECKER eet in gezelschap weinig, maar gelet op haar „dicken Arsz und Wanst" is het „blosze Affectation". „Zum Wein", zegt NEUMANN, „laszt sie sich nicht so „stark nöthigen".

KARL FRIEDRICH MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, Erbherr auf Ranft, had den heer VON ALEFELDT in een duel doodgestoken en was door de Strafkamer van het Kammergericht deswege ter dood veroordeeld. De Koning veranderde op advies van den ministerraad deze straf in vier jaren vestingstraf.

NEUMANN geeft 20 April 1780 een scherpe critiek van de „Cabinets-ordre" van 14 April te voren over „Die Verbesserung des Justiz-wesens". Het is te verwonderen, zegt hij, dat twee menschen „die schon mit einem Fusz in die „Grube stehen und mehr Cadaver als wirklich lebendige „Creaturen sind, noch dergleichen weitaussehnde Projecte „die *schon so oft verunglückt* (wij cursiveeren) in Publico „verbreiten und sich noch so aufblasen können . . . . . „Der König ist wie ein Rohr welches von jedem Winde „bewegt wird, er versteht von der Gesetzgebung nichts, in „so weit ist er auszer Schuld". Eerst verwierp Hij het ontwerp, nadat VON FÜRST en CARMER daarover een onderhoud op Zijn bevel hadden gehad, en VON REBEUR, de president van den 2den „Senat" van het Kammergericht, die met VON FÜRST het eens was, had geadviseerd, dat het ontwerp niet moest worden ingevoerd (80), maar „nun hat er „es sich doch wieder anschwatzen lassen".

---

(80) Het geschil liep, zooals eerder reeds is aangestipt, over de vraag: Parteibetrieb of Richterbetrieb, het door Carmer verdedigde beginsel.

Wel opmerkelijk dat VON FÜRST al weer werd geraadpleegd. Of zou NEUMANN zich hier vergissen?

GRAUN componeert aria's waarvan BANDEL den ganschen dag „uns die Ohren voll singt". Men heeft daarom GRAUN „requirirt" niets dan Sonaten en dergelijke te componeeren. GRAUN's vader was destijds een bekend componist.

Sommigen aten op 26 April reeds kievitseieren, 9 stuks voor 4 groschen. NEUMANN noemt ze „Bonvivants".

In den namiddag van 29 April ging hij met den commandant uit rijden in den omtrek van Spandau. Den volgenden dag gaven de heeren, met uitzondering van het echtpaar SLECKER, dat te gast was genoodigd, een diner, waarvan het uitgebreide menu wordt opgegeven, onder meer 40 kievitseieren. Na tafel kwamen de „Chor-schüler" buiten zingen terwijl de dischgenooten daarbij rondwandelden. Er waren zes voorname gasten, later kwamen nog drie officieren er bij. Daarna werd bij de SLECKER's nog stark „gebischoft". Mevrouw viel toen op den wal „auf den Arsch". Ook de commandant kwam nog; „wir waren Nachmittag recht lustig". Geen wonder.

Met den 1sten Mei 1780 werd bij de Berlijnsche „Stadt-„gerichten das neue Manoeuvre vom Inquisitions-Procesz", aldus het dagboek, ingevoerd, echter aanvankelijk met behoud der advocaten.

De Regierungsrath VON JORDAN te Stettin zond in die dagen aan den Cammergerichtsrath BALLHORN een assignatie van 250 Thlr. ter bestrijding van het onderhoud van de gezamenlijke gevangenen. De Regierungs-präsident aldaar, VON WIJCKERSLOOT, schreef er bij, dat jaarlijks deze som zou worden gezonden.

Als een bijzonderheid wordt gemeld dat de Koning een of twee dagen na den beruchten 11den December allerlei ongepaste aardigheden had uitgehaald en „über die Religion „in Beysein eines Catholischen Geistlichen und einiger

„Generals sehr gespottet, auch einen Hund die Commu-
„nion gegeben, warüber die Generals beynahe weggegangen
„wären woraus dann noch mehr hervorgeht, dasz der König
„wirklich um die Zeit in delirio gewesen".

Voor kort had de Koning aan CARMER gevraagd hoe hij met de 2000 (81) „Beschwerden", die Hem waren toegezonden, had gehandeld, waarin hij zeker veel „pflichtwidriges" van de gerechten had gevonden. Toen CARMER had geantwoord, dat geen enkel bezwaar gegrond was bevonden, had de Koning geantwoord, dat Hij niet zou dulden, dat de advocaten met zulke onzinnige verzoeken aankwamen. CARMER had daarop gezegd, dat niet de Advocaten maar „Umläufer, Procuratoren" en zelfs soldaten van de garde „dergleichen fabricirten". Hij zou niet rusten, voordat zulke lieden gestraft werden, waarin de Koning had bewilligd. Toen echter acht dagen later zulk een „Concipient" tot acht dagen gevangenisstraf was veroordeeld had de Koning op beklag van diens vrouw hem weer laten loopen.

Men vermoedde, dat de Koning, weer afgekoeld, niet ongenegen zou zijn „uns loszulaszen" en zich ergerde, dat er bij hem dienaangaande geen „Supplik" inkwam. BALLHORN stelde daarom voor, dat zulk een stuk van de bloedverwanten zou uitgaan b.v. van FRIEDEL's moeder, waar FRIEDEL tegen was. NEUMANN vond het plan niet verwerpelijk vooral als men langs een omweg vooraf polste of het succes kon hebben.

De commandant gaf zijn wensch te kennen, dat de gezamenlijke arrestanten den volgenden dag, zijnde de 1ste Pinksterdag, 14 Mei, ter kerke zouden gaan. „Einige

(81) Men zal zich herinneren dat na de publicatie van het „Protokoll" in de couranten van 14 Dec. 1779 een reeks van verzoeken bij den Koning werden ingediend van personen, die over de behandeling van hun proces bij den rechter ontevreden waren.

„haben sonst über der Predigt dumm zeug gemacht", aldus het dagboek.

Op 24 Mei kwam graaf VON GERSDORFF met twee neven op bezoek. Hij had den Koning gemeld, dat de vijver weer in den ouden toestand was gebracht en dat het landgoed Kay dezen niet missen kon. De Koning zou nu misschien de machtspreuk intrekken. De schadevergoeding was geheel geregeld. De graaf VON SCHMETTAU wilde 600 Thl. geven en hij zou er 200 Thl. bij doen. De Arnold's waren daardoor bevredigd, zoodat de heeren 461 Thlr. terug konden krijgen.

Mejuffrouw ARNOLD ging voort voor VON HEUCKING ganzen te mesten. VON GERSDORFF kende zelfs den stal waar ze „genudelt" werden. De karpers uit den vijver noemt men thans Arnoldinen.

Op 30 Mei stuurde Commercienrath MÄCKER uit Spandau kreeften ten geschenke en gaf ze aan de dienstmeid der Slecker's mede. „Diese gab sie ihrer Herrschaft und das „Diebespack frasz sie auf ohne uns was davon zu sagen".

Marschall VON BIEBERSTEIN kwam 3 Juni aan. Hij logeerde in het gouvernementshuis en was 's middags en 's avonds de gast van den commandant. De *Erbherr auf Ranft* werd dus wel met onderscheiding ontvangen.

Den 4den Juni liet de commandant „den Calefactor des Schloszes tüchtig ausklopfen". Waarom, blijkt niet.

Den volgenden dag was er een vroolijk bezoek van vijf aanzienlijke dames uit Berlijn, ten deele familie van GRAUN. De Küstrinsche Regierungsrath maakte „Bischoff" en gaf er tweeërlei soort bonbons bij. Men wandelde, zong, gaf bloemen aan de dames. „Bei Tische wurde trefflich „getrunken und geküszet".

Referendarius GÜLLE, Sequester van Butterfelde (82) en

(82) In de Neumark, Kreis Königsberg.

BACH, oudste zoon van JOH. SEBASTIAN BACH, kwamen 7 Juni de heeren begroeten. „Sie sangen", zoo leest men, „ein Duetto und fluchten dazwischen". Als vader Bach dit eens gehoord had!

MARSCHALL kreeg uit Graudenz (83) een „Cabinetsordre", waarin de Koning hem zei dat hij zeer goed had gedaan zich in Spandau aan te melden; tegelijk kreeg de commandant bevel hem na twee maanden uit het arrest te ontslaan.

Hij had den Koning gemeld dat hij van het appèl afzag en zich in arrest zou begeven.

't Was een schuin heer. Hij leerde den heeren op 16 Juni het gebruik der „Chinesischen Kugeln", een anti-conceptioneel middel, en had een „Serail von 18, die ad nutum paratae".

VON FÜRST had den titel Wirkl. Geh. Etats-Minister behouden, „weiln angeblich der Character indelebilis".

Den 19den Juni 1780 kwam het mandatum de solvendo ter zake van de schadevergoeding, „worüber wir ein documentum insinuationis ausgestellt". De griffier FRIEDEL meldde, dat hij het geld met de post naar de „Neumärkische Regierung" had afgezonden.

GEOFFIN, een moordenaar, die tot levenslange gevangenisstraf was veroordeeld, werd 26 Juni binnengebracht. Daar hij een groote twistzoeker is heeft de commandant hem „an die Wand schlieszen lassen damit er Niemand „Schaden thun kann, ohnerachtet er zur leiblichen Arbeit „verurtheilt".

Generaal TAUENTZIEN, gouverneur van Breslau, heeft, hoewel hij geen kapitaal had, zich in den Koninklijken dienst een vermogen verworven van 150.000 Thlr. „Das ist „sehr leicht angegangen", aldus NEUMANN, „denn während

---

(83) Aan de Weichsel bij Marienwerder. De Koning was daar voor een wapenschouwing.

„der Kriege haben die Schutzjuden in Breslau ihm als „Gouverneur ansehnliche Praesente gemacht, überhaupt „steht ein dortiger Gouverneur sehr gut".

Den 2den Juli gingen de commandant en VON MARSCHALL op de eendenjacht. „Die Jagd ist gut abgelauffen, denn es „ist von beyden Seiten niemand geblieben oder verwundet „worden", zegt het dagboek spottend.

„Hr. VON MARSCHALL glaubt auch", leest men onder 3 Juli, „dasz die SCHLECKER (mevr. S.) lediglich um der „Hurerey willen hierher gekommen ist".

Den 9den Juli speelden de heeren bij den heer VON BIEBERSTEIN Tarock en aten daarbij polenta. „Gott bewahre „einen jeden Christen Menschen vor die Polenta! es „paszirte viel crepitus polentarii".

Van den boekhandelaar PETRI te Berlijn kregen ze een menigte oningebonden boeken ter lezing.

„Eine neuerliche Cabinets-ordre besagt", zegt het dagboek, „dasz der König keine Machtsprüche thun wolle, sie „ist ad acta Manualia" (84).

„*Den* 15. erfreuliche Abreisze der SCHLECKERN nach Züllichau".

De gemalin van den prins van Pruisen FRIEDRICH WILHELM, genaamd FRIEDERIKE LOUISE prinses van HESSEN-DARMSTADT, had een belastingambtenaar een klap in het gezicht gegeven, omdat hij een japon, die de prinses had binnengesmokkeld, in beslag had willen nemen. De ambtenaar, zegt NEUMANN, beklaagde zich hierover bij den Koning. Deze zond hem het volgende „Cabinets-Schreiben":

„Den Verlust der Accise-Gefälle trage ich, das Kleid „bleibt der Prinzeszin, die Maulschelle dem Empfänger. „Was die vermeinte Beschimpfung betrifft: so restituire

---

(84) De private papieren der heeren, die later niet meer konden worden gevonden.

„ich Kläger in integrum, denn nie hat die Berührung „einer schönen Hand das Antlitz eines Accise-verwalters „beschimpfen können".

In Joachimsthal waren in Februari 1780 verscheidene rooverbenden gevangen genomen. De roovers werden veroordeeld en wel 4 tot vestingstraf en 10 tot tuchthuisstraf, in Spandau te ondergaan, waar ze 19 Juli aankwamen. Eenige kregen „den Willkomm", geeselstraf, bij hunne opneming. Er worden nog verscheidene personen verwacht „die resp. Spitz-Ruthen Lauffen und den Staubbesen (85) „bekommen".

„*Den* 20. Hr. von Marschall hat sich nunmehro auch „die Zeug-Leutnantin zugelegt; eine Stunde vorher war das „häszliche Schätzgen bey ihm, welche ihm Johann (86) zu„geführt".

De vesting- en gevangenispredikant Johann G. A. Lehmann valt niet in den smaak van de arrestanten, die dikwijls evenwel door hem worden bezocht. „Dieser hat die „Uutugend, dasz er in eins weg plaudert; er redet ohne „es vorher durchgedacht zu haben". Zij gingen hem gaarne uit den weg. Hij wilde ook wel eens geld leenen.

Den 30sten Juli kwamen weer 9 Joachimthalers, 7 gingen naar de vesting, 2 naar het tuchthuis. De commandant heeft de „Springer" (voetboeien) afgeschaft, omdat zij bij den arbeid hinderlijk zijn en te veel rammelen, en daarvoor de „Halseisen" ingevoerd.

De vader van den Kammergerichtsrath Goslar is na den laatsten oorlog failliet gegaan. Hij had voor zeven ton gouds uit eigen vermogen koren opgekocht en nog twee millioen Thlr. daarvoor geleend, maar „der Krieg ist so

---

(85) Staubbesen of Staubenschlag, euphemistisch voor geeselroede (cat-of-nine-tails), die op een stoffer gelijkt.

(86) Bediende van den Regierungsrath Bandel.

kurtz gewesen". 't Zal de Beiersche erfopvolgingsoorlog van 1778/79 geweest zijn.

Marschall von Bieberstein is 2 Augustus vertrokken; „er hat nicht actu corporali geschworen sondern nur eine „schriftliche Eydes-Formul unterschrieben". Over dezen eed later meer.

Mevrouw Graun heeft Neumann „allerhand spitzige Reden und Grobheiten gesagt". Deze heeft haar ook niets geschonken. Misschien heeft dit de gewenschte uitwerking „dasz diese Schaftrine ihre Abreise beschleuniget". Hij meent, dat aan het logeeren der „Frauens" een eind moet komen. Het kost veel geld en brengt ook andere „Inconvenienzen" mede.

„Der Hr. v. Carmer reitet fleiszig spaziren und hat ein „Parasoll aufs Pferd".

8 Augustus kwam er weer damesbezoek, alle familieleden van Graun, die zeker niet tot spijt van Neumann, mevr. Graun weder naar Berlijn medenamen.

Neumann vertelt nog, dat de prins van Pruisen, die op 6 Augustus 1780 aan 't hoofd van een gezantschap naar Petersburg was vertrokken, tot dekking der kosten slechts 30.000 Thlr. had los gekregen, maar bovendien „Sr. Mutter Silberzeug" had verzet.

Voor eenigen tijd had de Regierung te Cüstrin aan von Gersdorff bevel gedaan den vijver dicht te werpen. Deze had daartegen ingebracht dat de Cabinetsorder van 11 December 1779 hem nooit was „communicirt" en de Koning vermoedelijk op andere gedachten was gekomen. De Regierung had den Minister daarop gevraagd, wat nu te doen, waarop deze op 8 Augustus had gemeld „die Antwort auf „ihren Bericht fünde sich in Codice". Om zich tot den Koning te wenden had de Regierung niet het verlof van den Minister noodig, waarna zij zich rechtstreeks tot den Koning richtte. Arnold had kort te voren ook een Supplicat

deswege aan Z. M. gezonden en Deze had het doorgegeven aan Minister VON ZEDLITZ.

Volgens een schrijven uit Berlijn was bij het stedelijk gerecht „das Assistenz-Wesen bereits eingerichtet". Acht advocaten waren „dimittirt". Zij moesten hunne oude processen nog afdoen. Negen waren gebleven zonder te weten of en hoeveel „Tractament" zij zouden krijgen.

Een van de leden van het gezantschap naar Petersburg, de Kamerheer Graf VON NOSTIZ, kreeg „da er in delabrirten Umständen ist" van den Koning 60 Louis-d'or ten geschenke.

De adjudant van den Prins, majoor VON VITTINGSHOF, moest zich op last van den Koning voor de reis drieërlei pakken kleeren laten maken, „hübsch bundt, grün, roth und weisz".

De Prins had voor 335.000 Thaler juweelen medegenomen en 60 verschillende pakken.

Een ander lid, de generaal-majoor van de cavallerie, graaf VON GÖRZ, werd met zijne bedienden op kosten van den Prins gekleed.

Kennelijk moest het gezantschap in Rusland door pracht en praal indruk maken.

De jongste zoon van MARIA THERESIA, aartshertog MAXIMILIAAN, zou Coadjutor worden van den keurvorst MAXIMILIAAN FRIEDRICH te Keulen. De Koning verzette zich daartegen uitdrukkelijk. Toch werd hij met eenparige stemmen gekozen, te Keulen 7 Augustus 1780, te Munster 16 Augustus. „Bey der Coadjutor-Wahl in Coeln", zegt het dagboek, „sind wir zu spät gekommen, die Stimmen sind „schon alle erkauft gewesen". De aartshertog kwam na den dood van den Keurvorst in 1784 aan de regeering. Hij stierf als laatste Keurvorst van Keulen en Munster op 26 Juli 1801.

22 Augustus schrijft NEUMANN, dat CARMER er nog niet

aan gedacht heeft de tractementen voor de Berlijnsche advocaten als „Assistenz-Räthe" vast te stellen en dat OTTO BAUMGARTEN, Geh. Ober-Justiz- und Obertribunalsrath heeft gezegd, dat er bij het „Justizwesen" zooveel te doen was dat men tot nu toe aan de Assistenz-Räthe niet kon denken.

In Frankfort hebben de studenten na de bekendmaking van de nieuwe Prozeszordnung niet meer de colleges willen bezoeken.

Den 26sten Augustus bracht de griffier FRIEDEL het „Vor-„läufige Unterricht für sämmtliche Justizbedienten über „den Unterschied der alten und der neuen einzuführenden „Proceszordnung", dat op last van CARMER door SUAREZ was geschreven, en 15 Augustus 1780 aan de gerechten was toegezonden, met verzoek hunne opmerkingen over het wetboek mede te deelen.

De Spandausche Kommerzienrath MÄKER, die nogal eens genoemd wordt, schonk 28 Juli een gerecht murenen.

„*Den* 31. habe ich müszen ein Brechpulver einnehmen, „welln ich gestern etliche 20 mahl auf den Nachtstuhl „gehen müszen", schijft NEUMANN. „Den 1. 7br. wieder „Brechpulver".

De vermindering der salarissen bij het „Stadtgericht" is voltooid; een rechter krijgt 600, een griffier, Actuarius, 400 Thaler. De Koning meende, dat een Justizbedienter met 400 Thlr. zeer goed rond komen kon, maar CARMER had er op gewezen dat „Holtz und Quartier" duur waren en ook de levensmiddelen hoog in prijs.

Op 6 September 1780 kwamen onverwacht de Geh. Oberrivisionsrath KIRCHEISEN en de Kammergerichtsrath RANSLEBEN. Toen alle arrestanten bijeengeroepen waren, deelde KIRCHEISEN mede: „Sie sind alle los". „Einige äuszerten darüber Bedenken, andere waren vor Freude ganz betäubt". De heeren bevestigden door twee brieven dat men aan de

juistheid der mededeeling niet behoefde te twijfelen. Zoo snel mogelijk waren ze uit Berlijn naar Spandau gereden. Ze hadden het te paard in 50 minuten gedaan.

Den 7den 's voormiddags te elf uur kwam een ordonnans met de „Cabinets-ordre", die den heeren door den commandant werd bekend gemaakt. „Wir praestirten noch vor-„mittag die Urphede (87) durch Nahmens Unterschrift des „schriftlichen vom Auditeur aufgesetzten Eydes; wir zahlten „dafor an diesen und Wachtmeister-Leutnant jeder „3 Thaler". Des namiddags legden zij te Spandau de noodige afscheidsbezoeken af en kwamn 's avonds al in Berlijn.

Misschien zal men de opmerking maken, dat wij aan het dagboek te veel de aandacht hebben geschonken en de bespreking korter had kunnen zijn. De reden is, dat het boek zeer moeilijk is te raadplegen en het in zeer weinige handen is, terwijl het niet alleen een goeden blik geeft op de vestingstraf van dien tijd doch ook op het beschavingspeil van ontwikkelde staatsambtenaren. Men staat verbaasd over hetgeen NEUMANN, die waarschijnlijk nooit gedacht zal hebben, dat zijne dagelijksche aanteekeningen ruim 130 jaren later zouden worden gedrukt en openbaar gemaakt, al niet heeft durven schrijven. Den Koning, CARMER en anderen spaart hij niet, maar wat zeker opvalt is de vuile taal, die hij nu en dan uitslaat. 't Zijn geen dubbelzinnige aardigheden maar platte woorden op sexueel gebied, die men van een gehuwd raadsheer niet zou verwachten. Wij verwonderen ons, dat VON SIEFART het dagboek onverkort heeft uitgegeven, al zijn wij er hem dankbaar voor, en achten het zeer verklaarbaar, dat het niet in den gewonen

(87) Ieder gevangene moest bij zijn loslating zweeren, dat hij wegens zijn ondergane straf en hetgeen daartoe had geleid op niemand, overheid of aanklager of wien ook, op eenige wijze zich zou wreken. Door Cabinets-order van 29 Mei 1826 is de Urphede in Pruisen afgeschaft.

boekhandel is verschenen. Uit een historisch oogpunt is de volledige uitgave echter toe te juichen. Wij weten allen, dat ook onze voorvaderen vaak in sexueele dingen geen blad voor den mond namen — men denke slechts aan BREDERO, CATS en HUYGENS met zijn *Trijntje Cornelis* — maar wat NEUMANN soms ten beste geeft is nog platter, terwijl wij aan 't eind zijn van de achttiende eeuw, dus meer dan een eeuw later, en hier een ontwikkeld magistraat aan 't woord is. Wij hebben het dan ook niet oorbaar geacht van deze groote platheid eenige staaltjes te geven.

Wij zagen dat in de vesting niet alle gestraften op gelijken voet werden behandeld en de rechters het daar nogal goed hadden en veel vrijheid genoten. Ook valt het op, dat de commandant VON ZADOW geen scherp omschreven Instructie had en soms als een despoot kon optreden als het personen gold van lageren maatschappelijken rang en stand. Over de huwelijkstrouw van de gestraften viel in dien tijd ook al niet te roemen, waarbij het echtpaar SLECKER zeker in de eerste plaats dient genoemd naast den lichtmis MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, die hoewel gehuwd en vader al een zeer liederlijk leven leidde, waarvan het dagboek verschillende staaltjes bevat, die beter werden voorbijgegaan. Het dagboek is zeker een merkwaardig document voor de kennis der beschavingsgeschiedenis van die dagen.

§ 6. *Het verdere verloop*

Nadat de gestrafte rechters waren vrijgelaten gebeurde er verder vooreerst niets. Kennelijk verwachtte de Koning van hen een „Supplik" om van de gevolgen van den „Machtspruch" te worden ontheven met intrekking daarvan.

Het is te begrijpen, dat deze stap niet werd gedaan, zooals de gestraften ook al eerder hadden te kennen gegeven.

Op 17 Augustus 1786 stierf FREDERIK DE GROOTE en al spoedig daarna werd de behandeling der zaak weer opgevat.

ARNOLD was na de bevestiging van de tegen hem uitgesproken vonnissen in de zaken tegen VON SCHMETTAU en VON GERSDORFF bij het Obertribunal in revisie gegaan, maar deze had na den bekenden „Machtspruch" en de uitvoering daarvan de zaak niet voortgezet.

Op 6 November 1786 richtte VON GERSDORFF tot den Koning FREDERIK WILLEM II het verzoek, dat de voortzetting van de zaak bij het Obertribunal mocht worden gelast. Op 29 November d.a.v. zond de Koning dit verzoek aan het „Justizdepartement" en gaf daarbij te kennen te „erwarten von demselben nähere Erläuterung und Be„stimmung des Gesuchs sowohl als gutachtlichen Bericht „über dessen Zulässigkeit".

Inmiddels had de afgezette Regierungspräsident graaf VON FINCKENSTEIN reeds in October 1786 aan den Koning verzocht hem en de andere „Justizbediensteten" in hunne eer te herstellen en daarom den Machtspruch van 11 December 1779 in te trekken en het advies van het Kammergericht van den 26sten December 1779, dat de betrokken raadsheeren onschuldig had bevonden, te bekrachtigen. Reeds op 14 November 1786 voldeed de Koning aan dit verzoek ten volle bij de volgende Order:

„Friedrich Wilhelm König etc. etc. Unsern gnädigen „Grusz zuvor. Würdige, Wohlgeborene, Beste und Hoch„gelahrte Räthe, Liebe, Getreue. Wir haben auf das Gesuch „des vormaligen Neumärkischen Regierungspräsidenten „Grafen v. Finckenstein für gut befunden eine nochmalige „Revision der im Jahre 1779 wegen der bekannten Müller „Arnoldschen Sache gegen die Kammergerichtsräthe Frie„del und Graun, imgleichen gegen die Neumärkischen Re„girungs-Räthe Neumann, Busch und Bandel, auch gegen

(88) PREUSZ III, blz. 539.

„den Hoffiskal Slecker verhandelten Untersuchungsakten „zu verfügen und das darüber von dem Kriminalsenate des „Kammergerichts erstattete Gutachten Uns vorlegen zu „lassen. Da Wir Uns nun daraus überzeugt haben, *dasz den „benannten Justizbeamten nicht der geringste Verdacht „einer in der Arnoldschen Sache begangenen Ungerechtig- „keit, Parteilichkeit oder irgend eines andern pflichtwidri- „gen Verhaltens zur Last falle und also die zur damaligen „gegen sie ergangenen Verfügungen nur als die Folgen „eines Irrthums, wozu der ruhmwürdige Justizeifer Unsers „in Gott ruhender Onkels Majestät durch unvollständige „der wahren Lage der Sache nicht angemessene Berichte „übel unterrichteter und praeoccupirter Personen verleitet „worden, anzusehen sind*"; (wij cursiveeren) „So bestätigen „Wir hierdurch den Inhalt besagten rechtlichen Gutachtens, „in dessen Gefolge vorbenannte Justizbedienten für unschul- „dig zu erklären, auch ihnen wegen Schäden und Kosten „ihre Rechte vorzubehalten sind, und autorisiren euch „zugleich, diese Unsere Gesinnung nicht nur besagten „Justizbedienten sondern auch dem damals dieser „Sache wegen dimittirten Regierungspräsidenten Grafen „v. Finckenstein zu ihrer Consolation und Rechtfertigung „bekannt zu machen, auch denselben in Unsern Allerhöch- „sten Namen anzudeuten, dasz Wir diejenigen unter ihnen, „welche wiederum in Unsere Dienste treten wollen, darin „auf eine convenable Weise bei vorkommender Gelegenheit „anderweit zu placiren Uns geneigt finden lassen werden. „Das ist Unser Wille.

„Sind euch mit Gnaden gewogen.

„Gegeben Berlin den 14ten November 1786.

„Friedrich Wilhelm.

„An das Cammergericht.

„Confirmation „des von dem Criminalsenat des „Cammergerichts in der Arnol- „dischen Sache erstatteten Gut- „achtens."

von Carmer.

Het behoeft zeker geen betoog dat VON CARMER deze ridderlijke beslissing heeft uitgelokt.

Het rescript werd midden November 1786 aan de veroordeelden uitgereikt.

FRIEDEL, BUSCH en BANDEL kregen weldra hunne vroegere ambten terug. GRAUN en NEUMANN waren inmiddels overleden, NEUMANN al in 1782. Aan hunne weduwen werd het rescript toegezonden.

Kort na zijn vrijlating had NEUMANN aan een vriend geschreven: „Hart ist allerdings das Schicksal was nach den „unergründlichen Wegen der Vorsehung mich betroffen „hat. Aber ich weisz nun auch aus eigner mir freilich teuer „zu stehen gekommener Erfahrung, welchen kräftigen „Trost ein reines Gewissen und der Gedanke, du bist un„schuldig, bei den schwersten Leiden gewährt" (89).

Na eenige gedachtenwisseling tusschen den Koning en het departement van Justitie over de teruggaaf van de schadevergoeding, die hier kan worden voorbijgegaan, stond de Koning bij Kabinetsorder van 15 December 1786 toe, dat de zaak Arnold-von Gersdorff overeenkomstig het verzoek van VON GERSDORFF „vor das Tribunal gelange und „von selbigem darüber geurtheilt werde". Z. M. voegde daaraan toe: „jedoch soll kein Erkenntnisz darin eher pu„blicirt werden, bis Mir solches eingeschickt und Meine „Willensmeinung darüber erfolgt ist".

Op 17 December d.a.v. schreef daarop het departement van Justitie aan de Neumärkische Regierung, dat de Koning niet alleen de „Verfügungen" tegen de raadsheeren van 1 Januari 1780 ongedaan had gemaakt maar ook had te kennen gegeven „dasz der durch eben diese Verfügung

---

(89) Dr. SIETZE (1799—1847), professor in de rechten te Koningsbergen, „Ausübung Oberstrichterlicher Gewalt", 1835, blz. 115—119, aangehaald door Staatsanwalt Dr. Rosenfeld, Dagboek blz. 228.

„und durch die Kabinetsordre vom 8 Aug. 1780 sistirte „Lauf Rechtens in dem Prozess des Arnold gegen den von „Gersdorff wieder hergestellt werden solle". Het departement verzocht daarom Arnold te vragen „ob er die damals „angemeldete Revision fortsetzen oder das Appelazions-Urthel pro judicato annehmen wolle" en, als hij „das Remedium prosequiren" wilde, de „Deductionen" van hem te vorderen, daarna deze aan von Gersdorff „ad rededucendum" mede te deelen, waarna de stukken „zum Spruch in Revisorio" aan het Tribunal konden worden toegezonden. „Uebrigens habt Ihr die Sühne nochmals alles Ernstes zu „versuchen, in jedem Falle aber von der Erklärung das „Arnold über die Fortsetzung des Remedii, dem Ausfalle „des Sühneversuchs oder Absendung der Akten an das „Tribunal anhero zu berichten".

Von Gersdorff kreeg denzelfden dag van dit schrijven bericht.

Den 22sten Januari 1787 berichtte de Regierung aan het departement, dat het Arnoldsche echtpaar het niet noodig vond over een „von der Höchstseligen Königs Majestät „höchstselbst entschiedene Sache, sich in einen weiteren „Prozess oder Vergleich einzulassen".

Hierop besloot het departement op 12 Februari 1787, dat na deze verklaring de zaak „in dem Rechtsgange worin sie „sich zur Zeit des Machtspruchs befunden" zou worden voortgezet, „folglich Akten an das Tribunal zum Spruch „im Revisorio eingesendet werden müszten".

Op 3 Juli 1787 besliste daarna het Obertribunal:

„In Revisionssachen des Müllers Christian Arnold und „dessen Ehegenossinn Rosine Schulzin, Kläger und Revi-„denten gegen den Ritterschafts-Director und Landrath von „Gersdorff auf Kay, Beklagten und Revisen.

„Erkennen Wir Friedrich Wilhelm etc. etc. für Recht, „dasz zwar Formalia für richtig anzunehmen: qua mate-

„rialia aber Sententia a qua von 11 Dez. 1779 . . . . (90) „und Kläger dem Beklagten die Kosten dieser Instanz zu „erstatten gehalten".

Het departement vroeg de toezending van een „species facti" en een uittreksel uit de gronden. Het kreeg van het Obertribunal op 17 Juli 1787 het gevraagde. Op 23 Juli d.a.v. werd een en ander aan Z. M. overhandigd. Het Justizdepartement deed de stukken vergezeld gaan van de toelichting dat uit de „nunmehro rechtskräftigen Entscheidung" van de zaak volgde: 1°. dat VON GERSDORFF nu bevoegd was zijn karpervijver weer te herstellen, wijl bewezen was, dat door dien vijver aan den molen het benoodigde water niet was onttrokken; 2°. dat ARNOLD verplicht was òf den molen weer te ontruimen òf de 800 Thlr. te vergoeden welke door de gravin VON SCHMETTAU en VON GERSDORFF aan de weduwe POELICH, eene zuster van ARNOLD, destijds koopster van den molen, waren betaald; en 3°. dat ARNOLD aan de „damals verunglückten Räthe" de 984 Thlr. 12 Gr. en 10 Pf. moest teruggeven, welke som uit kracht van den Machtspruch als „vermeinte Schadloshaltung" hem was uitbetaald.

Daarop ontving CARMER op 27 Juli 1787 van Z. M. een „Kabinetsordre", waarin hem gemeld werd dat de „Sentenz" was „approbirt" en dus nu aan de partijen kon worden bekend gemaakt. Waar de molenaar, ook al werd de molen verkocht, toch niet in staat zou zijn de 1784 Thlr. „zu erstatten", zoo had de Koning het besluit genomen „den „aus dem Vorgange erwachsenen Schaden" zelf, nl. uit de Staatskas, te vergoeden.

„Ihr könnet du ganze Summe der 1784 Thlr. von dem „Kriegsrath Hofstatsrentmeister Buchholtz einziehen und

---

(90) Hier is de „Bestätigung" uitgevallen.

„wegen Vertheilung derselben das weiter Nöthige ver-
„fügen."

Over de species facti en den „Auszug der Entscheidungsgründe" worde hier nog een en ander medegedeeld. Eerst komt een uiteenzetting van de bekende feiten, waarin voorkomt, dat ARNOLD zich bij den Koning bezwaard had over het onttrekken van water uit de beek ten behoeve van den karpervijver, waardoor hij sedert 1770 een jaarlijksche schade van 100 Thaler had geleden, dat ARNOLD na „den bekannten Machtspruch" volledig „in integrum restituirt" is en de schade is vergoed benevens de koopsom van den molen teruggegeven en aan ARNOLD de molen weer is „ein-"geräumt und die Einlaszschleusen der Teiche des VON GERSDORFF destruirt worden". In andere stukken wordt van dichtwerpen van den vijver gesproken maar het vernielen van de inlaatsluis komt ons waarschijnlijker voor. „Nachdem aber", leest men verder, „des jetzt regierenden „Königs Majestät den durch den Machtspruch gehemmten „Lauf der Gerechtigkeit wiederhergestellt, ist die Sache „in der letzten Instanz zum Spruch des Ober-Tribunals „gekommen, obgleich der Arnold sich blos auf den Macht-„spruch hat berufen und sich auf nichts einlassen wollen".

Gekomen tot de gronden der beslissing zegt het Ober-Tribunal:

„Das Ober-Tribunal hat in der eingeschickten Sentenz „auf die Bestätigung der vorigen beiden Urteile ange-„tragen.

„Der Entscheidungsgrund der beiden vorigen Urteile, „das einem jeden, durch dessen Grund und Boden ein „Mühlenfliesz läuft, freistehe, dem unten liegenden Müller „durch Anlegung eines Karpfenteichs das nöthige Wasser „zu entziehen, ist zwar vom Ober-Tribunal nicht ange-„nommen worden, weil in der Mark keine Mühle ohne „landesherrliche Concession errichtet werden kann, und

„diese nie ohne vorherige Vernehmung der Nachbaren „ertheilt wird, folglich diese, wenn sie sich berechtigt „halten das Mühlenfliesz zu ihrem eigenen Vortheile ab-„zuleiten, solches vor Ertheilung der landesherrlichen „Concession anzeigen müssen, damit nicht durch Anlegung „einer Mühle, welcher das Wasser so leicht entzogen „werden kann, vergebliche Kosten verursacht werden; „allein es stehen dem Müller Arnold andre Gründe ent-„gegen.

„Es hat nämlich 1°. der etc. von Gersdorff keinen neuen „Teich angelegt, sondern die Gutsherrschaft zu Pommerzig „hat schon im Jahre 1566 durch landesherrlich bestätigte „Verträge seinen Vorfahren das Recht zugestanden, den „Teich an den Ufern des Mühlenflieszes zu nutzen, unge-„achtet die Gutsherrschaft zu Pommerzig schon damals „eine Mühlstädte gehabt, folglich der Teich dieser nicht „nachtheilig gewesen sein kann.

„2°. Besitzet der von Gersdorff auch unterhalb des Teiches „und nach der Krebsmühle zu eine Schneidemühle, welcher „der Teich gar nicht nachtheilig gewesen ist."

Dan volgen nog drie andere gronden van minder gewicht, waaronder de verklaring van de molenaarster Pölich van 11 September 1779, die den molen van Februari 1779 tot aan den tijd van den Machtspruch had bewoond, dat zij nooit van watergebrek had gemerkt, veeleer overvloedig water om te malen had gehad „wenn nur was zu mahlen gewesen" (91).

De laatste Kabinetsordre in dit merkwaardig geding was van dezen inhoud:

„Mein lieber Groszkanzler Carmer. In beiliegender Vor-„stellung beschweret sich der Müller Arnold, dasz die Neu-„märkische Regirung wegen seines mit dem von Gersdorff

(91) Preusz III, blz. 547 vlg.

„geführten Prozesses noch 51 Thlr. 23 Gr. 6 pf. Kosten „von ihm fordere. Ich wünschte, dasz die Sache einmal in „Vergessenheit käme und habe Euch daher hierdurch „aufgeben wollen, die Prozesskosten, welche dem Arnold „erlassen werden sollen, nieder zu schlagen. Im Uebrigen „bin Ich Euer etc. Berlin den 18 Januar 1788."

„Landrath" VON GERSDORFF kon nu de inlaatsluis weer in orde laten maken, maar het schijnt dat noch hij noch zijn rechtsopvolgers van dit recht hebben gebruik gemaakt.

ARNOLD, die door graaf VON SCHMETTAU waarschijnlijk niet meer lastig gevallen werd, want deze had reeds 14 Augustus 1780 aan de arrestanten geschreven „dasz er „gern seinen Mühlenpächter sacrifiren wollte" als hij hen daardoor vrij kon krijgen (92), behield den molen (93).

Het ergst kwam SLECKER weg. Deze had zijne betrekking van Hoffiskal bij het „Hofgericht" te Züllichau verloren en eveneens ongeveer 18 „Justitiarate". Ook was zijn advocatuur bij dit gerecht, die hem jaarlijks ± 350 Thaler opbracht, verloopen.

Als Hoffiskal had hij geen salaris gehad en de Justitiariats-Emolumente schatte hij op 400 Thaler per jaar. Na zijn gevangenzetting had hij om met zijn echtgenoote te kunnen leven zijn klein vermogen moeten opteren en eindelijk ondersteuning van anderen moeten vragen. Aan het medelijden van den minster voor Silezië, graaf KARL VON HOYM, had hij sedert 't begin van 1787 de betrekking

(92) Dagboek blz. 170.

(93) Volgens een mededeeling van Dr. Rosenfeld was de molen reeds meer dan 100 jaren in het bezit van de familie Arnold geweest en was hij nu volgens een bericht van den Amtsrichter te Züllichau van Maart 1909 het eigendom van Robert Arnhold, den achter-achter-kleinzoon van Christiaan Arnold, wien de molen van 1762 tot 1795 had toebehoord. Wel een merkwaardige omstandigheid. Dagboek blz. 231.

van senator te *Grünberg* (94) te danken waaraan slechts een salaris van 200 Thaler was verbonden, waarmede hij niet eens het noodzakelijke levensonderhoud voor hem en zijne echtgenoote kon bestrijden. Onder dankbetuiging voor zijne rehabilitatie en de terugontvangst van zijn deel in de betaalde schadevergoeding verzocht hij aan Z. M. om eenigen geldelijken steun. Ofschoon de Regierung te Cüstrin desgevraagd berichtte dat SLECKER eenige ondersteuning verdiende, werd hem bij resolutie van 17 December 1787 medegedeeld, dat wijl hij slechts „des Pommerziger Justitiariats entsetzet worden", het overige door hem aangegeven verlies niet „als eine Wirkung jenes Vorfalls angesehen werden" kon en moest hij „bei seiner in der Zwischenzeit „erfolgten anderweiten Versorgung sich beruhigen". Wel een schriele genoegdoening voor den zoo grievend verongelijkten Hoffiskal!

Nog zij aangestipt dat VON HEUCKING op 31 October 1780 voor de tweede maal betaling verzocht aan het Departement van Justitie van zijne „Commissions-gebühren, Diäten und Auslagen", ten bedrage van 53 Thlr. 6 Gr., maar dat hem werd medegedeeld, „dasz bei dem Justiz-„departement kein Fonds dazu vorhanden sei". Wel teekenend!

Boven schreven wij, dat de zaak Arnold nog altijd verschillend wordt beoordeeld. De bekende Duitsche geschiedschrijver REINHOLD KOSER, hoogleeraar te Bonn, hoewel zelf overtuigd, dat de rechters in deze „untadelhaft, überzeugungstreu, gerecht" hebben gehandeld, schrijft in zijn werk „König Friedrich der Grosze", Deel II, 3de druk, uitgekomen in 1905, op blz. 544: „Wer hatte richtig ge-„sehen und erkannt? Die Frage ist zum heutigen Tage

(94) In 't N.W. van Silezië.

„umstritten worden. Und doch wird ein Zweifel nicht be-
„stehen können".

Men kan dus thans ook gerust zeggen, dat het wel vaststaat, dat het onrecht hier aan de zijde was van den Koning.

KOSER zegt nog op dezelfde bladzijde: „Friedrich selbst „scheint in der Ueberzeugung van der Gerechtigkeit seines „Machtspruchs nicht irre geworden zu sein". Had hij, toen hij dit schreef het Dagboek van NEUMANN gekend, dat eerst eenige jaren later uitkwam, dan zou zijn oordeel zeer waarschijnlijk anders hebben geluid.

In 1900 kwam ook in ons land de zaak ter sprake. Toen verscheen van de hand van den destijds te Amsterdam nogal bekenden advocaat Mr. W. A. PAAP in het Nederlandsch en in het Duitsch een drama „Koningsrecht", uitgegeven bij de Maatschappij „Vivat" te Amsterdam, dat zelfs een tweeden druk beleefde.

In dit tooneelstuk, dat door de Nederlandsche Tooneelvereeniging met TERNOOY APÈL, SCHWAB en VAN DER HORST als hoofdpersonen, hier te lande herhaaldelijk werd opgevoerd, heeft de Koning de mooie rol en worden de rechters voorgesteld als domme en onbetrouwbare letterknechten.

Mr. PAAP zegt in het voorwoord, dat de inhoud zuiver historisch is en het rechtsgeval is bewerkt naar het boek van Dr. KARL DICKEL (94 *a*), Friedrich der Grosze und die Prozesse des Müllers Arnold, en naar de in dit boek genoemde bronnen. Het wil ons voorkomen, dat de studie van deze

---

(94 *a*) DICKEL was toen hij zijn geschrift deed verschijnen in 1891 Amtsrichter te Berlijn. Hij geeft de feiten niet altijd juist weer en is geenszins onpartijdig. Voor de rechters heeft hij ten deze veel blaam, voor den Koning niets dan lof. „Meiner Ueber-„zeugung nach bestrafte der König die *Ignoranz* der Richter" leest men op blz. 97. En op blz. 112 vindt men deze uitspraak: „Friedrichs hoher Standpunkt ist meinem Gefühle nach so leuch-„tend und einzig, dasz man versucht sein könnte, ihn als eine „übermenschliche Erscheinung anzusehen".

bronnen weinig grondig is geweest. In de pers, zoowel in Duitschland als hier te lande, werd het stuk zeer geprezen, waarbij van de historische juistheid werd uitgegaan, zooals in het *Nieuws van den Dag, de Nieuwe Courant, de Nieuwe Rott. Crt.* 1 Jan. 1901, *het Leidsche Dagblad* 16 Jan. 1901. Alleen de *Nieuwe Courant* vermoedde het tendentieuse van het drama en deed de vraag: „Heeft Mr. PAAP, toen hij op „de gedachte kwam de geschiedenis van den molenaar „Arnold te dramatiseeren, dit gedaan met het doel onze „rechtspraak te geeselen? Zeer waarschijnlijk. En het moet „gezegd: de taak was in bekwame handen". Wel zoo!

§ 7. *Slotbeschouwing*

Bij samenvatting van hetgeen hiervoren over de zaak Arnold is ter sprake gekomen kan men met recht de toepassing zien van het spreekwoord: „Kleine oorzaken groote gevolgen".

Een molenaar blijft op zekeren tijd in gebreke aan zijn pachtheffer de jaarlijksche erfpacht te betalen. Deze, de graaf VON SCHMETTAU, daagt hem ten slotte voor den rechter en de molenaar voert als verweer aan, dat hij niet kan betalen omdat zijn molen geen water meer heeft, dat hem drijft, daar een „Landrath" VON GERSDORFF door een inlaatsluis het water aftapt van deze beek, de *Krebsbach,* ten behoeve van een karpervijver, die na jaren achtereen te zijn verwaarloosd weer in orde is gebracht. In twee instanties wordt de schuldenaar met zijn verweer naar huis gezonden. In een onbewaakt oogenblik geeft de rechter in hooger beroep, de Neumärkische Regierung te Cüstrin, hem in overweging VON GERSDORFF wegens het aftappen van de beek, welker water benedenwaarts den molen drijft, aan te spreken tot opruiming van de inlaatsluis. De molenaar, die blijkbaar niet te goeder trouw is

en zeer goed weet dat de sluis hem in zijn bedrijf niet deert, wordt eerst te Cüstrin en daarna in hooger beroep door het Kammergericht te Berlijn in het ongelijk gesteld.

Intusschen heeft hij zich, zooals meer voorkwam, tot den Koning gewend om recht te krijgen, eerst zonder baat maar later, vooral door toedoen van de molenares, die niet op haar mondje is gevallen, met goed gevolg. De Koning reeds lang — niet zonder recht — over de rechtstoestanden in zijn land ontevreden, begint lont te ruiken. Twee adellijke heeren tegen een armen molenaar die telkens zijn proces verliest; hier schijnt weer eens de kleine man, die met twee aanzienlijke personen een rechtstrijd voert, door partijdige rechters onrechtvaardig te zijn behandeld. Hij vermoedt de reinste klasse-justitie, maar alvorens recht te doen, laat hij het geschilpunt over het aftappen nog eens onderzoeken door een raadsheer, NEUMANN, te Cüstrin, en een hoofdofficier VON HEUCKING, te Züllichau. Deze brengen ieder een rapport uit, de eerste aan het gerecht te Cüstrin, dat hem als commissaris had aangewezen, de laatste dadelijk aan den Koning.

VON HEUCKING, een echte hoveling, wien het er vooral om te doen is zijn Vorst aangenaam te zijn, in zijn ondeskundigheid bijgestaan door een onbetrouwbaar persoon als de regiments-kwartiermeester en auditeur BECH, vroeger advocaat te *Crossen* en Justitiarius te *Sternberg,* die met schulden overladen Berlijn had moeten verlaten en wegens allerlei tekortkomingen verscheiden maal door het gerecht te Cüstrin was gestraft (95) ,geeft in zijn rapport, door BECH, die op het Cüstrinsche gerecht zeer gebeten was, opgesteld, ARNOLD gelijk in stede van alleen een objectief verslag te geven van hetgeen hij had waargenomen. De Koning, die een even groot vertrouwen stelt in officieren

(95) PREUSZ, Friedrich der Grosze III, blz. 515.

als Hij rechters wantrouwt, geeft daarop zijn bekenden „Machtspruch".

Deze beslissing wordt vrij algemeen toegejuicht en de Koning is aanvankelijk te goeder trouw in zijn overtuiging dat hij er goed aan heeft gedaan een „exemplum zu statuiren".

Daarop komt het bekende protocol van 11 December 1779, een zeker een Koning onwaardig staaltje van echte demagogie, dat in strijd met elke gewoonte in de couranten op 's Konings last wordt openbaar gemaakt en op die wijze in geheel Europa verspreid. Allengs gaan den Koning echter de oogen open en komt bij Hem de vraag op of Hij in Zijn machtspreuk aan de edellieden en de rechters in zijn woede soms ook onrecht heeft gedaan. Den rechters wordt in hun gevangenschap langs een omweg medegedeeld, dat de Koning naar een smeekschrift van hunnentwege uitziet. Nadat de straf nog niet geheel was ten uitvoer gelegd laat de Koning hen vrij, maar verder doet Hij niets. Het doet pijnlijk aan dat de Groote Man uit valsche schaamte niet het schoone gebaar doet Zijn onrecht, waarvan Hij met Zijn scherp verstand langzamerhand overtuigd zal zijn geworden, te erkennen en zooveel mogelijk de schade te herstellen zooals Zijn opvolger, kennelijk onder den invloed van von Carmer, zoo ridderlijk al spoedig heeft gedaan. Het blijkt al weer dat ook een groot man soms klein kan zijn.

Weldadig doet het aan te lezen, dat de Minister von Zedlitz zich niet wilde leenen tot het opmaken van de beslissing die hij onrechtmatig achtte en ook de Minister Münchhausen zijn afkeurend oordeel niet voor zich hield, en dat de gestrafte rechters hardnekkig weigerden, overtuigd dat zij in deze naar hun geweten hadden gehandeld en hun plicht gedaan, voor den Koning een voetval te doen en,

zeer tot hun stoffelijk nadeel, liever onrecht leden dan lafaards te zijn.

Maar niet het minst voor het Koninkrijk Pruisen zelf had deze zoo geruchtmakende zaak, die heel wat pennen in beweging heeft gebracht, heilzame gevolgen. Terwijl bijna de geheele achttiende eeuw vruchteloos was voorbijgegaan bij de herhaalde pogingen recht en rechtspraak, die alles te wenschen overlieten, te verbeteren, kreeg door het geval Arnold deze verbetering een flinken stoot in goede richting. Immers al in 1781 kwam als eerste deel van het *Corpus juris Fridericianum* een nieuwe Prozessordnung tot stand, gevolgd in 1794 door het *Allgemeine Landrecht,* het levenswerk van VON CARMER en SUAREZ, dat in 1788 al in hoofdzaak gereed lag.

Eindelijk leert deze zaak nog deze weinig meer betwiste waarheid, dat het niet geraden is de staatsmacht aan een enkel persoon, hoe verlicht en goedgezind ook, toe te vertrouwen, daar zulk een persoon toch mensch blijft en hoe werkzaam ook veel door de oogen van anderen moet zien, die niet steeds even betrouwbaar en bekwaam zijn.

Den Haag, December 1928 H. HESSE

BIJLAGE (1)

—

Allerdurchlauchstigster,

Ew. Königl. Maj. haben durch das gnädigste Rescript vom 12ten dieses, in Gefolge einer an Höchstdero Etats-Ministre den Freiherrn von Zedlitz erlassenen allergnädigsten Cabinets-Ordre uns aufzutragen geruht: wider die wegen der Process-Sache des Müllers Arnold contra den Landrath von Gersdorff arretirte 3 Cammer-Gerichtsräthe Friedel, Ransleben und Graun und die 4 Cüstrinsche Regierungs-Räthe Busch, Neumann, Scheibler und Bandel, omgleichen den bei der Sache mit vorkommenden fiscalischen Bedienten, den Hoffiscal und Advocat Schlecker, die Untersuchung schleunigst zu instruiren und sodann unseren gutachtlichen Bericht darüber allerunterthänigst zu erstatten.

Die zur Untersuchung ernannten Commissarii, die Cammergerichts-Räthe Strasburg und Künze haben die Untersuchung den 19. dieses geendigt und acta den 20. eingereicht. Und hierauf haben wir insgesammt uns gemeinschaftlich aus den Akten informiret; die Sache nach Pflicht und Gewissen von allen Seiten gemeinschaftlich erwogen und sogar diesen allerunterthänigsten gutachtlichen Bericht gemeinschaftlich abgefaszt.

Was von der Sache zu urtheilen sey wird sich von selbst ergeben wenn wir Ew. Königl. Maj. nach Pflicht und Wahrheit und mit der, in gedachter allerhöchsten Cabinets-Ordre vorgeschriebenen gesetzmäszigen Unpartheylichkeit, die Lage und den Zusammenhang der Sache aus den Acten dargelegt haben werden in dem allerunterthänigsten Vertrauen, dasz Ew. Königl. Maj. bey etwa habendem Zweifel über die Richtigkeit unserer Anzeige und Beurtheilung für uns die allerhöchste Gnade haben werden in dieser einen, bereits durch 2 Instanzen getriebenen Civil-Process betreffenden Sache, allenfalls das Sentiment und allerunterthänigste Gutachten höchst dero Geheimen Tribunals oder jedes andere Landes-Justiz-Collegii zu erfordern.

Es kommt bey der Sache auf die Erörterung 3er Hauptpunkte oder Fragen an:

1. In wie weit Ew. Königl. Majestät diese Sache den Akten gemäsz oder aktenwidrig angebracht sey?

2. Ob in denen darin ergangenen Sentenzien eine würkliche innere Ungerechtigkeit liege? und

---

(1) Zie bladz. 172 (30) en 399.

3. Ob wider die Inculpaten äuszere Anzeige von Partheylichkeit, oder ungerechtem und illegalem Verfahren, vorhanden sey?

Ad 1. Scheint nach denjenigen so Ew. Königl. Majestät davon bekannt werden zu lassen geruht haben, Allerhöchsten denenselben die Sache in der Art und in dem Lichte vorgestellt zu seyn als wenn der Arnold ein Unterthan und Mühlenpächter des p. von Gersdorff gewesen sey, und dieser einen ganz neuen Teich angelegt; Ihm dadurch das zur Mühle nöthige Wasser würklich entzogen und sodann die Ungerechtigkeit gehabt hätte dennoch den völligen Pacht von ihm zu erlangen und ihn endlich durch ungerechte Erkenntnisse aus der Mühle zu werfen. Diese Einkleidung und Vorstellung der Sache hat wie wir bekennen müssen, Ew. Königl. Maj. sehr auffallend seyn müssen. Allein die Akten stellen dieses alles in einer ganz andern Lage und Verbindung dar.

Der p. Arnold ist nie ein Unterthan oder Pächter des von p. Gersdorff gewesen, sondern er besasz die Krebsmühle, welche auf Pomerzig unter dem Grafen von Schmettau liegt, eigenthümlich und muszte an diesen einen jährlichen Erbzins entrichten. Mit diesem Erbzins war er schon anno 1773 im Rückstand. Der Graf von Schmettau welcher ihn damals ausklagte und desselben Condemnation zur Zahlung rechtskräftig erhielt, hatte indessen bis anno 1777 noch immer Geduld und Nachsicht mit Ihm. In diesem Jahre aber klagte er auf die Execution wegen der Rückstände und die Mühle, welche der Arnold anno 1762 für 300 rtl. von seinem Vater erkauft hatte, wurde anno 1778 635 rtl. taxiret und für 600 rtl. öffentlich, gerichtlich und in ganz gesetzmäsziger Form verkauft.

Der Process wegen der Mühle und das angebliche Herauswerfen aus derselben ist eine ganz Separate, blos dem Grafen von Schmettau und gar nicht den p. von Gersdorff angehenden, Sache. Bis dahin war folglich der Arnold auszer aller Verbindung mit dem p. von Gersdorff und hierdurch fällt zugleich ein Theil des gehässigen Anstrichs weg, den die Sache sonst haben würde wenn der p. von Gersdorff sein Guths-Herr und Verpächter der Krebs-mühle gewesen wäre.

Es ist aber ferner auch actenwidrig dasz der qu. Teich des p. von Gersdorff ganz neu angelegt sei. Besage eines von diesem producirten alten landesherrlich bestätigten Documents de anno 1566 hat der quaestionirte Teich schon damals existiret, der p. von Gersdorff hat ihn anno 1770 blos gereinigt und etablirt und bey solcher Gelegenheit zugleich aus seinen Brüchern durch gezogene Grabens viel wildes Wasser in das Fliesz geleitet.

Am aller auffallendsten aber ist das, wenn es Ew. Königl. Majestät als eine erwiesene gewisse und ausgemachte Sache vorgebracht worden ist: dasz durch den besagten Teich der

Mühle das ehedem gehabte Wasser entzogen worden sey und dasz es bey Entscheidung des Processes blos und allein auf diesen Punct ankomme. Als der ARNOLD über diesen Punct mit seiner deshalb wider den Grafen VON SCHMETTAU angestellten Klage abgewiesen und allenfalls wider den Landrath VON GERSDORF bei der Neumärkl. Cammer zu klagen angewiesen worden war; so kam der ARNOLD unmittelbar bei Ew. Königl. Maj. ein und erhielt eine Cabinetsordre vom 22. Aug. c. an die Regierung, dasz diese zusammen mit dem Obristen VON HEUCKING die Beschwerden des ARNOLD mittels eines Commissarii aus ihrem Mittel recherchiren und abmachen sollte. Bey denen hierauf angestellten commissarischen Verhandlungen wurde eine Besichtigung von gedachtem Obristen und dem Regierungsrath NEUMANN, jedoch ohne alle Zuziehung von geschworenen Sachverständigen angestellt und die beiden Partheyen vernommen. Bey der 2ten nachher von dem p. NEUMANN allein mit dem Deich-Inspector SCHADOW (2) vorgenommenen Besichtigung aber auch die von beiden Theilen vorgeschlagenen Zeugen abgehört. Allein die Zeugen bekundeten lauter einzelne Umstände und von einzelnen Zeitpuncten. Sie konnten weder bestimmen noch zuverlässig beurtheilen, in wiefern der Teich oder andere Ursachen an einem etwaigen Wassermangel schuld wären und sie konnten also besonders in einer Sache dieser Art nicht sonderlich releviren, wo es allemal und lediglich auf Beobachtungen, Ausmessungen und Beurtheilung recht erfahrener und verpflichteter Wasserbauverständigen ankommt. Aus dieser Ursache und auf Ew. Königl. Maj. fernere Cabinets-Ordre veranlaszte eben die Regierung die 2te Besichtigung unter Zuziehung des Deich-Inspectors SCHADOW und dieser concludirte in seinem Gutachten dahin: dasz er zwar hinlängliches Wasser bei der Mühle damals vorgefunden, dennoch aber nach den von ihm angenommenen principiis zur trocknen Zeit die Mühle kein Wasser haben könnte.

Dieses Gutachten, welches ohne einmal den Umfang und die Tiefe des qu. Teichs zu messen, der p. SCHADOW abgegeben hatte, wurde, als die Regierung mit der Cammer darüber communicirte von der letztern in einem Anschreiben von 3 Xbr. c. schon dadurch sehr geschwächt, dasz die Cammer sich dahin ausliesz, wie es ihr schien, dasz der p. SCHADOW in seiner Berechnung einen Ihrthum begangen und eine gewisse Maasz Zahl doppelt in Abrechtung gebracht hätte.

Das sonderbarste aber war: dasz in einem von dem Regierungsrath NEUMANN bei damaliger Besichtigung abgehaltenen und von dem p. SCHADOW mit unterschriebenen Protocoll der p. SCHADOW Bemerkungen gemacht und principia angenommen

(2) Eigenlijk heette hij SCHADE.

hatte, welche seinem nachherigen Gutachten faszt grade zu wiedersprachen.

Was aber den von den Obristen von Heucking inzwischen an Ew. Königl. Maj. von seiner Commission und Besichtigung erstatteten Bericht anlanget, so müssen wir zuvörderst allerunthänigst pflichtmäszig widerholen: dasz seine Besichtigung ohne Zuziehung eines geschworenen Wasserbauverständigen geschehen ist, mithin wenn die Sache unpartheiisch angesehn wird, von derselben mit gar keiner Zuverlässigkeit geurtheilet und berichtet werden könnte und dieses ist auch der rechtliche Grund gewesen, warum der Regierungsrath Neumann sich nicht hat entschlieszen können, noch dürfen auf Verlangen des Obristen von Heucking, von einer so gänzlich unzuverlässigen Besichtigung zusammen mit dem p. Heucking an Ew. Königl. Maj. zu berichten. Wenigstens gehet dahin ausdrücklich das über die Sache erfordete Gutachten des bekannten Wasserbauverständigen des Ober-Consistorial- und Ober-Bauraths Silberschlag. Dieser specificiret eine Menge von Fehlern und Mängeln sowohl bey dem von Heuckingschen Besichtigungs-bericht als dem Schadowschen Gutachten. Er hat bey dem erstern nämlich dem p. von Heuckingschen Bericht einige Widersprüche bemerkt und in actis kommen auszerdem noch manche erhebliche Umstände vor, die in dem von Heuckingschen Bericht nicht angeführet werden, z. E. der Umstand: dasz der p. von Gersdorff bey Retablirung des Teichs aus seinen Brüchern Grabens gezogen und dadurch das wilde Wasser hinwiederum in das Fliesz geleitet hat; dasz nach eidlicher Aussage des oberhalb dem Teiche wohnenden Müllers blos wegen der einige Jahre hintereinander gewesenen trockenen Sommer es überhaupt an hinlänglichem Wasser im Fliesz gefehlet habe; dasz die Arnoldsche Mühle ganz verfallen gewesen und sich vieles Wasser durch das durchlöcherte Mühlenbett ohne das Rad zu berühren vergeblich verlaufen habe und dasz der sogenannte Schneidemüller eydlich bekennet dasz er in gewöhnlichen Jahren wenig gefeiert und seine Pacht gemächlich entrichtet habe. Wie denn auch aus den Zeugen-aussagen sich ergiebt, dasz in den nassen Jahren 1770/72 wegen des hohen Unterwassers aus der Oder, welches das Mühlenrad gehemmt, der Arnold nicht habe mahlen können und ferner, dasz der qu. Teich seit seiner Retablirung 3 Jahre abgelassen und nicht mit Fischen besetzt gewesen sey; folglich hiernach auf alle Fälle 4 bis 5 Jahre von der Entschädigungs-Forderung des p. Arnold billig abgehen müszten und was dergleichen Umstände mehr sind.

Ueberhaupt aber erklärt sich der p. Silberschlag in Absicht beider Berichte sowohl des p. Heukingschen als des Schadowschen, dasz die Frage:

„Ob der Arnold bei seiner Krebs-mühle Mangel an Wasser „gehabt und ob dieser Mangel von dem quaest. Teich herge-

„rührt habe?" noch mit gar keiner Zuverlässigkeit entschieden und ausgemittelt sey sondern zu solchem Ende, mit wiederholten zu verschiedenen Jahreszeiten angestellten Beobachtungen, Ausmessungen und Berechnungen, ganz andres zu Werke gegangen werden müsse. Eben dieses jetzt angeführte erhält durch die damit einstimmige Behauptung des Wasserbauverständigen Kriegsraths Senff in seinem erst den 25 hujus aus Züllichow uns zugekommenen Bericht von der auf Befehl der Neumärkischen Cammer gehaltenen Besichtigung der Krebsmühle noch mehr Gewicht, denn er concludirt gleichfalls ausdrüchlich dahin: dasz er von der Schädlichkeit des qu. Teichs noch gar nichts zuverlässiges bestimmen und solches nicht eher geschehen könne als bis im Sommer wiederholte Versuche angestellt werden. Nur soviel ist unter andern von ihm bestimmt angemerkt worden dasz, sowie auch die Zeugen bereits ausgesagt, durch den schlechten baulichen Zustand der Mühle sehr vieles Wasser unnütz verloren gegangen; dasz sehr oft, so wie jetzt, das Grundwasser aus der Oder das Mahlen unmöglich mache und endlich, dasz der Teich allenfalls nur blos bei trockenen Zeiten der Mühle etwas Wasser entziehen könne dessen Beträchtligkeit sich jetzo nicht bestimmen liesze. Es ist also hiernach offenbar: dasz der Hauptgrund der Klage und Beschwerde des p. Arnold noch bis diesen Augenblick weder erwiesen noch ausgemittelt ist.

Die letzte und endliche Beschwerde des Arnold geht dahin dasz er durch ungerechte Erkenntnisse um seine Mühle gebracht worden sey und dieses gehört zum 2ten Gegenstande unserer Erörterung. Wir haben oben schon allerunterthänigst bemerkt: dasz der Graf von Schmettau den Arnold zwar schon anno 1773 ausgeklagt, bis anno 1777 aber mit ihm, besage der Acten, Geduld und Nachsicht gehabt habe, ehe er seine Mühle anno 1778 zum Verkauf brachte.

Der p. Arnold brachte zwar schon hierbey den vorgeblichen Wassermangel zu einem Einwande, allein 2 Erkenntnisse, die rechtskräftig wurden, condemnirten Ihn aus den rechtlichen Gründen zur Zahlung, weil er nicht Pächter sondern Eigenthümer der Mühle und der Graf Schmettau an dem retablirten Teich nicht schuld wäre.

Aus eben diesen Gründen wurde auch seine wider den Graf Schmettau, weil dieser die Anlegung des Karpfenteichs zugegeben hätte, angestellte Klage durch 2 Sentenzen abgewiesen, jedoch ihm nachgelassen den p. von Gersdorff bei der Nemärk-Cammer deshalb in Anspruch zu nehmen; und da er statt dessen sich unmittelbar an Ew. Königl. Maj. wandte, so wurde auf Allerhöchst dero Befehl die Sache schon gedachtermaszen commissarisch verhandelt, worauf die besonders jetzt zu erörternde 2 Sentenzien der Regierung und das Cammer-gerichts erfolgten, welche wiederum den p. Arnold mit seiner Klage

wider den p. von Gersdorff abwiesen. Dieses war nun freilich auffallend und erwuchs eben daher der Anschein als wenn dem Commissario sowohl als den beiden Collegiis zu Last zu legen wäre, dasz sie bei der vorstehend deducirten Unvollständigkeit des Beweises oder der fehlenden Ausmittelung des Wassermangels und der Schädlichkeit des Teiches, als worin der Arnold seine Klage hauptsächlich fundirte, nicht eine völlig genugthuende Recherche und Ausmittelung deshalb veranlaszten, ehe sie definitive erkannten. Allein beide Collegia, wie Relation und Sentenzien ergeben, sahen die Sache aus einem Gesichtspunkte an, welche die ganze Frage wegen des Wasser-Mangels unnöthig und unerheblich macht.

In Ermangelung eines Landrechts oder eines ausdrücklich darüber sprechende Landesgesetzes nahmen beide Collegia mit Beistimmung des allgemein erkannten Natur-rechts und einiger Gesetze aus dem gemeinen Römischen Recht (3), worauf, wenn Landesgesetze fehlen, nach Landesherrlichen Verordnungen zurückgegangen werden musz, imgleichen mit Beifall der berühmtesten Rechtslehrer, als einen richtigen Rechtssatz an, dasz ein jeder Eigenthümer oder Gutsherr auf seinem Grund und Boden nach Gefallen bauen und Anlagen machen, folglich auch das Wasser eines durch sein Gut strömenden Flieszes nach Gefallen nutzen und anwenden könne ohne sich an die Convenienz seiner Nachbarn zu kehren, insofern nicht Landes-Policey-Gesetze oder Verträge und Conventions mit Nachbaren ihm Grentzen setzen.

Hier tratt besonders der merkwürdige Umstand hinzu: dasz der p. von Gersdorff ein, von dem hoch. Markgrafen Johann, landesherrlich bestätigtes Document und Vertrag de anno 1566 producirte, welches auch von dem Gegentheil recognoscirt wurde und dadurch nachwiesz dasz schon die damaligen Besitzer von Pomerzig, die p. von Kalckreuth, seinem Vorfahren dem von Gersdorff auf Kay die Haltung eben des jetzt quaestionirten Teiches und die frei Nutzung und Disposition über denselben zugestanden hätten und darüber völlig übereingekommen wären. Hiernach hielten also beide Collegia nach reifer Ueberlegung der Sache dafür, dasz in gegenwärtigem Fall die Anwendung des vorstehend angeführten Rechtssatzes um so mehr stattfinden müsse.

Wir haben schon gleich anfangs allerunterthänigst bemerkt, und müssen es hier noch näher wiederholen, dasz wir als Erster Senat des Cammergerichts in Civil-processen nie anders als in Erster Instanz zu erkennen haben, mithin die Rechtmäszigkeit dieser Erkenntnisse zu beurtheilen nicht so sehr unsere Sache sey, dasz sie nicht vielmehr für die oberste

---

(3) Vermoedelijk L. 24 § 12 en L. 26 D. 39. 2, misschien ook L. 3 §§ 1 en 5 D. 43. 20. en L. 1 § 12 D. 43. 12.

Instanz in Civil-Processen und etwa das geheime Tribunal gehören sollte, welches dazu, weil es sein eigenes Geschäft ist, Erkenntnisse der untern Instanzien zu beurtheilen, ohnstreitig am schicklichsten seyn würde.

Indessen vermögen wir doch immer soviel mit Ueberzeugung einzusehen, dasz in den beiden jetzt quaestionirten Sentenzien und deren Gründen nichts liege was auch nur auf die entfernteste Art eine innere Ungerechtigkeit derselben oder einen Anschien von Partheilichkeit zu erkennen geben könnte. Denn wenn man nach den natürlichsten Begriffen von der Sache diejenige nur eine ungerechte Sentenz nennen kann, welche wider klare und deutliche Gesetze anläuft und aus Bewegungsgründen von Bestechung oder Menschenfurcht, Gunst und andern passionirten Absichten gegeben wird, so wird man gewisz keines dieser wesentlichen Requisiten im gegenwärtigen Fall antreffen. Von den letzten nämlich unlautern Beweg-Ursachen findet sich, wie wir noch mit mehreren zeigen werden, nicht die geringste Spur. Und ersteres anlangend so läszt sich eine vorsätzlich ungerechte Beurtheilung bey Gründen, wie sie hier vorkommen, niemals gedenken. Der obgedachte zum Grunde gelegte Rechtssatz des Natur- und Römischen Rechts und das von dem p. von Gersdorff producirte Document macht solches unmöglich.

War es richtig, dasz kein Landesgesetz und kein widriger Vertrag mit Nachbarn der natürlichen Freiheit und Befugnis des p. von Gersdorff seinen Grund und Boden nebst dem durchströmenden Fliesz zu nutzen Gräntzen setzte, hatte er vielmehr das Document de anno 1566 als einen alten nachbarlichen Vertrag vor sich, nach welchem ihm von den damaligen Besitzern von Pomerzig die Haltung, freie Nutzung und Disposition eben des jetzt quaestionirten Teichs ausdrücklich zugestanden war, und befand er sich seit mehr als 200 Jahren in dem Besitz dieses landesherrlich bestätigten Rechts, so konnte ihm solches so wenig jetzt als jemals rechtlich gestritten oder entzogen werden. Er gebrauchte sich nur seines Rechts und nach den Naturrechten und Gesetzen gilt der Rechtssatz: wer sich seines Rechts bedient, thut Niemanden Unrecht.

Zwar hat der p. von Heucking in seinem Bericht behaupten wollen: dasz jenes alte Document dem p. von Gersdorff eher entgegen stehe als ihm vortheilhaft sey; allein man darf nur sothanes Document in seinem ganzen Zusammenhange mit Einsicht und aufmerksamer Unpartheiligkeit lesen um zu finden dasz darin würklich von dem zugestandenen freien Gebrauch des Teichs als Teich die Rede sey und dasz nur auf den Fall, wenn der p. von Gersdorff nach seiner Convenienz ihn wüszte od unbewässert liegen liesze, wegen der Nutzung der Gräsung in demselben etwas verabredet sey; den Inhalt

dieses Documents musz sich auch der p. Arnold und somehr gefallen lassen, da zugleich aus demselben sich abnehmen läszt, dasz seine jetzige Mühle schon anno 1566 existirt und der Pommerziger Herrschaft zugehöret habe, indem er hiernach demjenigen, was die damalige Herrschaft und Eigenthümer seiner Mühle wegen der qu. Teiche verabredet haben, sich ebenfalls unterwerfen musz.

Wir wollen hiermit indessen nicht sagen dasz schlechterdings keine andere Entscheidung der Sache als diese möglich gewesen oder noch sey. Das wäre zuviel gesagt und die faszt täglich vorfallende Mannigfaltigkeit der Urtheile in verschiedenen Instanzien, die gleich wohl alle mit Rechtsgründen sich unterstützen, würde solches widerlegen. Nur soviel glauben wir aus dem vor deducirten gewissenhaft und mit Zuverlässigkeit folgern zu können, dasz die Gründe der quaestionirten Sentenzien so beschaffen sind: dasz sie nicht nur keine vorsätzliche Ungerechtigkeit enthalten oder beweisen sondern auch allen Verdacht einer vorsätzlichen Ungerechtigkeit ausschlieszen. Wir können es nicht für ganz unmöglich erklären, dasz die dem p. Arnold annoch offen gebliebene dritte Instanz die Sache aus einem ganz andern und neuen Gesichtspunkte ansehe und beurtheile; allein bei der so bekannten Verschiedenheit menschlicher Einsichten und Meinungen wird es auch alsdann immer noch dahin stehen, wer die Sache am besten getroffen habe, ob der letzte oder der vorige Richter, und anderntheils würde aus einem etwaigen reformatorischen Urtheil höchstenfalls nur soviel geschlossen werden können, dasz der vorige Richter, bei aller gehabten guten und redlichen Absicht, dennoch die Sache nicht so richtig als der letztere penetriret und beurtheilet habe.

Hieraus aber kann wegen der allgemeinen menschlichen Schwachheit kein Verbrechen gemacht werden und noch kein Gesetz, weder in denen Ew. Königl. Maj. gerechtesten Scepter unterworfenen Staaten noch in gemeinen Rechten, hat jemals auf unvorsätzlichen Irrthum oder einen Fehler der Einsicht eines sonst tüchtigen Richters Strafen bestimmt, sondern es sind, blos wegen Möglichkeit einer unrichtigen Einsicht und um die Entscheidung wichtiger Sachen nicht auf die Meinung eines einzigen Richters oder Collegii ankommen zu lassen, mehrere Instanzien angeordnet, damit die folgenden die etwaigen Fehler oder irrigen Beurtheilungen der erstern redressiren könnten. Es fehlt ohnehin bei gegenwärtiger Sache an der 2ten wesentlichen Eigenschaft eines ungerechten Urtheils nämlich, wie wir bei dem 3ten Punct zu erörtern haben, an allen unlautern Absichten und Beweg-Ursachen.

Es ist ein in der Natur des Menschen gegründeter Rechtssatz: dasz niemand ganz umsonst und vergebens böse sey oder

eine böse strafbare Handlung unternehme. Die Vorstellung von der Gefahr, die mit einer bösen Handlung gemeiniglich verknüpft ist oder von den möglichen üblen Folgen derselben, musz durch starke Gründe des Vortheils und Nutzens überwogen werden. Dies ist aber hier der Fall gar nicht gewesen; die sämmtliche Inculpaten sind, wie es notorisch ist, bisher in ihrem Amte unbescholtene Leute gewesen, auf die noch nie ein Verdacht oder Anschuldigung der Ungerechtigkeit und Partheilichkeit gekommen ist und wenn Unwissenheit oder Mangel an Rechts-Kenntnisse ihr Fehler wäre, so würden sie zu den Aemtern gewisz nicht gelanget seyn, die sie bekleidet haben. Es findet sich in den ganzen Acten wider sie nicht die geringste Spur von Bestechung, Collusion, Menschenfurcht oder andern passionirten Absichten und es hat sogar deshalb nicht das geringste wider sie angegeben werden mögen.

Die eingeklagte Summe von etwa 700 bis 900 rtl. war nicht so beträchtlich, dasz zur Bestechung 2er Landes-Collegiorum etwas ansehnliches hätte angewendet werden können; und der Landrath von Gersdorff wär der wichtige und furchtbare Mann nicht, dasz 2 Landes-Collegia, en faveur seiner, zu Begehung einer vorsätzlichen Ungerechtigkeit hätten übereinkommen Pflicht und Gewissen vergessen, und mit Gefahr ihrer Ehre und ganzen Glücks sich dem Zorn und der höchsten Ungnade Ew. Königl. Maj., welche sie, nach Höchstdero weltgepriesenen Gerechtigkeitsliebe, alsdann unausbleiblich zu gewarten hatten, aussetzen sollen.

Dieses wird durch das gantze Betragen der Inculpaten bey dieser Sache und so wie die Acten solches darstellen noch mehr unterstützt. Denn soviel zuvörderst die 3 arretirte Cammer-gerichts-Räthe betrifft, so müssen wir zuvörderst allerunterthänigst bemerken, dasz nicht diese 3 Räthe allein die 2te Sentenz in der Arnold-Gersdorff'schen Sache abgefaszt haben, sodasz sie solche vorzügleich und allein zu verantworten hätten; sondern es haben der Kammer-Gerichts-Präsident von Rebeur und die Cammer-Gerichtsräthe Uhl, Kircheisen und Gossler gleichen Antheil daran. Nach der bei den Landes-Justiz-Collegiis angeordneten Art des Verfahrens werden dergleichen in der Appellations-Instanz einkommende Sachen gemeiniglich, wie es die Reihe trifft, einem der Räthe zugeschrieben.

In gegenwärtiger Sache traf es den Cammer-Gerichtsrath Ransleben und hätte ebenso gut auch einen andern treffen können, dasz diese Sache ihm zugeschrieben wurde. Wegen des von Ew. Königl. Maj. eingegangenen Beschleunigungs-Befehls muszte er in einer Zeit vom 24 Stunden sich aus denen sehr weitläufigen und volumineussen Acten informiren und in dieser kurzen Zeit eine Relation von 6 Bogen ausarbeiten, die gleichwohl nicht nur das actenmäszige richtige Factum und Vorgang der Sache sondern auch alles übrige wesentlich ent-

hält, was zur Beurtheilung der Sache nöthig und dienlich seyn konnte.

Er hat darum die beiderseitigen Zeugenaussagen so wenig sie auch in einer Sache dieser Art relevirten, als bey welcher auf alle Fälle nur die Ausmittelung wahrer Sachverständigen entscheiden kann, sogar extrahiret und vorgetragen, der p. von Heuckingsche Bericht aber ist in pleno verlesen worden. Er trug ferner alle bey der Sache vorkommende Bedenklichkeiten, besonders wegen des etwa aus zu mittelnden Wasserverhältnisses, und der vorgegebenen Schädlichkeit des Teichs vor, und that mit einer ganz sichtbaren Unpartheilichkeit alles was zu richtiger Beurtheilung der Sache für die eine oder die andere Seite möglich und nöthig war. Er reichte hierauf des andern Tages seine Relation mit den Acten ein; diese wurden wie gewöhnlich vor dem Präsidenten hingelegt um bey den wichtigsten Puncten, Zeugen-Aussagen, Documente oder dergleichen nachsehen und den Referenten controliren zu können und nach reiflicher Ueberlegung und Besprechung wurde nicht blos von den 3 arretirten Cammer-Gerichts-Räthen sondern auch von denen mit anwesenden, dem Präsidenten von Rebeur und den Cammer-Gerichts-Räthen Uhl, Kircheisen und Gosler einmüthig so concludirt wie die Sentenz es besaget, nämlich: dasz bei dieser Sache blos die durch die gemeine Rechte in Verbindung mit dem oft erwähnten Document de anno 1566 begründete Befugnis des p. von Gersdorff entscheide und es folglich auf die Frage wegen des Wassermangels und vorgeblichen aber unerwiesenen und unausgemittelten Schädlichkeit des quaest. Teichs nicht weiter ankomme, worauf ebenfalls nach der Usance der Cammer-Gerichtsrath Ransleben die Sentenz abfaszte und diese nicht nur von den 3 arretirten Räthen sondern auch von dem Praesidenten und denen 3 andern vorbenannten Räthen unterschrieben wurde.

Nachdem wir vorhin schon ausgeführet haben dasz vorgedachtes Erkenntnis keinen Verdacht einer vorsätzlichen Ungerechtigkeit oder Partheilichkeit an die Hand gebe, auch dasz keine äuszeren Anzeigen der Ungerechtigkeit als Bestechung, Collusion vorhanden sind, so wird nun mehro sich von selbst ergeben, dasz denen 3 arretirten Kammer-Gerichts-Räthen Friedel, Graun und Ransleben so wenig als den übrigen vorbenannten Praesident und Glieder des 2ten Senats bey Einleitung und Beurtheilung der Sache etwas zur Last zu legen sey.

Eben dieses gilt auch, wie wir annoch allerunterthänigst zeigen müssen von den 4 arretirten Neumärk. Regierungs-Räthen Busch, Neumann, Scheibler und Bandel. Nach den Arnold'schen Beschwerden zu urtheilen würde zwar vorzüglich dem Regierungsrath Neumann zur Last zu kommen scheinen, dasz er als Commissarius die Sache nicht hinlänglich einge-

leitet und instruiret und dasz er nicht bey den Mängeln des Schadow'schen Gutachtens durch eine weitere und bessere Recherche durch bewährte Kunst- und Wasserbauverständige die Sache in mehreres Licht zu setzen gesuchet, folglich durch diese Unterlassung beide Collegia irre geführt habe.

Allein so wie die gedachten sämmtliche 4 Räthe insgesammt auf das Höchste betheuern: dasz sie in dieser Sache nicht anders als nach Pflicht, Gewissen und Ueberzeugung gehandelt hätten, also hat auch besonders der Regierungsrath Neumann sein ganzes Verfahren in Einleitung und Instruirung der Sache als rechtlich und den damaligen Umständen angemessen nachgewiesen und unter andern unter Berufung auf den Regierungs-Referendarium v. Mühlheim, welcher der Commission mit beigewohnt hat, zu seiner Vertheidigung angeführet, dasz der Obrist von Heucking nicht nur gleich von Anfang an die Prevention und die Meinung geäuszert habe: dasz der Krebsmühle das Wasser entzogen werden sey und die Arnold'sche Eheleute Recht hätten sondern auch in dem Fortgange der Commission und besonders zuletzt zu ihm selbst gesagt hätte: Man müszte doch an Ew. Königl. Maj. zum Besten der Arnold'schen Eheleute berichten, denn S^r. Königl. Maj. wollten diesen Leuten geholfen wissen und im Gegentheil hätte man die gröszte Ungnade zu befürchten. Er hat ferner wegen des von dem p. von Heucking bey der Commission adhibirten Regiments-Quartiersmeisters und Auditeurs Bech angeführt: dasz derselbe nach der Versicherung des Secretarii des p. von Stosch auf *Balzig*, Namens Krummteich, ein Consulent der Arnold'schen Eheleute sey und dasz derselbe auch bei der Commission diesen Leuten fast sichtbarlich assistiret habe, vielleicht aus Feindschaft wider die Regierung und besonders wider Ihn den p. Neumann. Denn der p. Bech wäre, ehe er Auditeur geworden, Advokat zu Crossen und Justitiarius in dem Städtchen Sternberg gewesen, woselbst er theils wegen verschiedener Excesse und Pflichtwidrigkeiten verschiedentlich und einmal mit 20 rtl. von der Regierung gestraft, theils Ihm in einigen Sachen z. E. wegen der von dem p. Bech intendirten Aufhebung des Bettführer'schen Fidei-commisses nicht gewillfahret worden. Der Regierungsrath Neumann hat sich dabey auf Acta bezogen und diese von uns eingesehene Acta rechtfertigen auch dasjenige, so er zu Bescheinigung der Animosität des p. Bechs gegen ihn und die Regierung angeführet hat. Auszerdem gehet auch noch aus den beiliegenden Acten der hiesigen Stadtgerichte hervor, dasz der p. Bech hieselbst ehedem Untergerichts-Advocat gewesen und mit Hinterlassung einer groszen Schuldenlast ausgetreten sey. Dieses müssen wir indessen dahin gestellet seyn lassen und wir haben es blos kürzlich berührt, weil wir nach unserer Pflicht nichts, so ein Inculpat zu seiner Vertheidigung beibringt, übergehen dürfen. Seine übrige Vertheidigung gründet

der p. Neumann in den Acten. Diese zeigen, dasz er sowohl bey der Commission und Besichtigung mit dem p. von Heucking alles was damals ohne Sachverständige möglich gewesen seinerseits gethan als auch bey der zweiten unter Zuziehung des Deich-Inspector Schadow vorgenommene Besichtigung gehörig zu Werke gegangen sey. Eine fernerweite Recherche aber wegen des vorgegebenen Wassermangels ist nach seinem Anführen theils wegen fehlender Wasserbauverständigen, theils wegen der befohlenen Beschleunigung der Sache nicht möglich gewesen, theils auch durch die Entscheidung der Regierung und die Art wie selbige die Sache einsah und beurtheilte onnöthig geworden.

Denn sobald von derselben durch die Mehrheit der Stimmen angenommen worden wäre, dasz dem p. von Gersdorff die vorhin deducirte uneingeschränkte Befugnis zu Haltung des Teichs zu käme, so hätte es auf die Frage wegen des von dem p. Arnold vorgegehen Wassermangels und der Schädlichkeit des quaest. Teichs, wie von selbst einleuchte, nicht mehr ankommen können. Die Regierung selbst verfuhr übrigens bey dem Vortrage, Beurtheilung und Entscheidung der Sache völlig so, wie es gesetzlich erforderlich ist und wie wir vorhin in Absicht des Cammergerichts angemerket haben und nur der einzige Regierungsrath Scheibler, welcher daher auch wohl auf alle Fälle gänzlich auszer Verantwortung seyn würde, war einer entgegengesetzten Meinung dahin, dasz der Vorliegende den Unterliegenden das Wasser zu entziehen nicht berechtigt sey und daher der Punct wegen des Wassermangels näher und zuverlässiger recherchiret werden müszte. Er konnte indessen die Mehrheit der Stimmen nicht verhindern sondern muszte nachgeben.

Es läszt sich also auch in Absicht dieser 4 Inculpaten nichts tadelhaftes oder sträfliches vorfinden. Soviel endlich den Hof-fiscal und Advokat Schlecker anlanget, so ist solcher ein Mann von 60 Jahren und anno 1774 Justitiarius des Grafen v. Schmettau zu Pomerzig geworden. Er leugnet denen Arnoldischen Eheleuten jemals in ihren processualischen Angelegenheiten bedient gewesen zu sein. Sie hätten es zwar von ihm verlangt, er hätte es aber declinirt aus Achtung für den Grafen, den er als Hofmeister geführt gehabt. Und ebenso wenig will er auch jemals mit dem p. von Gersdorff als Consulent in Verbindung gewesen seyn. In dem Process des Grafen von Schmettau wider den p. Arnold wegen des schuldigen Erbzinses hat er jedoch das ganz rechtliche Erkenntnis gemacht, wodurch der p. Arnold zur Zahlung condemnirt worden und nachdem dieses rechtskräftig geworden war, hat er auf Ansuchen des Grafen von Schmettau die Mühle gerichtlich verkaufen müssen. Hiebei sowohl als bei der nachherigen Exmission der Arnold'schen Eheleute ist er, wie Acta zeigen, überall gesetzmäszig zu Werke gegangen und der ihm von

der p. Arnoldtin gemachte Vorwurf, dasz er sie auf einige Stunden ins Gefängnis geschickt, ist deswegen unerheblich, weil Acta zeigen, dasz er solches wegen ihres unruhigen und unanständigen Betragens in dem Licitations-Termin zu thun genöthigt gewesen. Ueberhaupt kann man dem p. Schlecker einer Partheilichkeit bei dieser Sache um so weniger beschuldigen, da Acta beweisen: dasz er selbst den Grafen von Scmettau zu disponiren gesucht, dasz derselbe von dem p. Arnold statt etlicher 100 rtl. Rückstand 40 rtl. annehmen und damit zufrieden seyn möchte. Uebrigens ist er so wenig verdächtig und noch weniger überführt, dasz er sich dieser Untersuchung durch die Flucht habe entziehen wollen, dasz vielmehr ein von ihm eingebrachtes Billet beweiset, dasz er von selbst sich hier in Berlin hat sistiren wollen und ganz allein und von selbst sich zu dem Ende nach Frankfurth begeben hat, wo er, nach Anzeige seines Namens und vorhabender Reise nach Berlin, arretiret worden ist.

Unter diesen Umständen läszt sich also auch für diesen Inculpaten nichts gravirliches absehen.

Und hiermit haben wir nach Pflicht und Wahrheit Ew. K. Maj. diese Sache aus denen Acten allerunterthänigst vorgelegt. Wir haben gewissenschaft gezeigt, dasz die Sache Ew. K. Maj. in einem falschen oder wenigsten unrechten und nicht in dem aktenmäszigen Lichte angebracht und vorgestellet worden sey; dasz die Arnold'schen Beschwerden und deren Hauptgrund, nämlich der Wassermangel und die Schädlichkeit des Teiches unerwiesen und unausgemittelt ist; dasz die qu. 2 Sentenzien des Cammergerichts und der Regierung weder an und vor sich ungerecht und partheiisch, noch die mindesten äuszeren Anzeigen von Ungerechtigkeit, nämlich Bestechung, Collusion, vorhanden sind und dasz endlich sowohl die Einleitung als die Beurtheilung der Sache soviel nach den Umständen und nach Lage der Acten geschehen können überall gesetz- und vorschriftsmässig geschehen sey.

Unsere eifrigste Nachforschung in den Acten ob nicht etwas gravirliches oder sträfliches wider die Inculpaten zu entdecken seyn möchte um wider sie nach eben der Strenge der Gesetze antragen zu können mit welcher ohnlängst unsere Anträge bey dem Vergehen anderer Justiz-Bedienten z. E. wider den Justiz-Director v. Goddenthau, den Landvoigtey-Director von Gotze, den Landvoigtey-Gerichtsrath Reheus und andere geschehen sind, ist vergeblich gewesen und wir haben die Acten so nehmen müssen wie sie sind.

Nach dieser Lage der Sache werden Ew. K. Maj. schon allerhöchstselbst und allergerechtest zu ersehen geruhen: dasz sowenig den 3 Cammergerichts-Räthen Friedel, Ransleben und Graun als denen 4 Regierungs-Räthen Busch, Neumann, Scheibler und Bandel wie auch dem Hof-Fiskal Schlecker ein Verbrechen oder etwas sträfliches, am wenigsten aber dem p.

Scheibler, der auf alle Fälle vollends auszer Schuld ist, zur Last zu legen sey und dasz, wenn ja eine durch keine Gesetze für strafbar erklärte irrige Einsicht oder Beurtheilung der Sache, welche wir jedoch anzunehmen noch keinen Grund haben, in der dritten Procesz-Instanz, als die dieser Sache rechtlich noch offen ist, erfindlich seyn sollte, Ew. Königl. Maj. der gemeinen menschlichen Schwachheit solches in Gnaden zu übersehen geruhen werden.

Schlieszlich müssen wir unsere allerunterthänigste Bitte wiederholen:

dasz Ew. K. Maj. im Fall habenden Zweifels über die Richtigkeit unserer Anzeigen und Beurtheilung diese mehrentheils einen Civil-Process betreffende Sache dem Geheimen Tribunal zufertigen zu lassen geruhen wollen — wobey wir zugleich allerunterthänigst anheim stellen ob auch dem Geheimen Tribunal aufgetragen seyn möchte in dem Arnold-v. Gersdorff'schen Civil-Process selbst in dritter Instanz zu erkennen und dadurch allenfalls in dem Civil-foro das nöthige einzuleiten und fernerweit zu verfügen; zumal auf alle Fälle die Sache noch gar nicht rechtskräftig entschieden ist, wenn nur der Sache der rechtliche Lauf gelassen wird zu dessen Behuf auch der p. von Gersdorff in appellatorio schon eventuellement noch auf Abhörung vieler Zeugen und auf Besichtigung durch geschworne Wasserbauverständige provocirt hat.

Wir überlassen jedoch p. und ersterben pp.

Ew. K. Maj.

pp.

Erster und Criminal Senat des Cammergerichts.

Dieses gemeinschaftl. in pleno Collegii abgefaszte Gutachten wird hiermit überall approbirt.

Den 26 Xbr. 1779.

(*Gez.*) Kessler, Haag, Krüger, Friesse, Strasburg, Kühze, Mayer, Rimpler, Rudolphi, v. Benicke.

Dasz vorstehendes abschriftliche von dem damahligen Criminal Senat des Cammer-Gerichts in der Arnold'schen Sache im Jahre 1779 abgestattete Gutachten mit dem in den Criminal Actis befindlichen Original nach genauer Zusammenhaltung überall gleichlautend befunden, solches wird hierdurch von mir in fidem attestiret.

Berlin, den 9ten Novemer 1786.

(*L. S.*) (*Gez.*) Carl Ludwig Sproegel (4)

Cam. Reg. Secret. & Registr.

---

(4) Dit afschrift kreeg schrijver uit Berlijn door de welwillende tusschenkomst van Dr. F. Niederstein te Bielefeld en Dr. Jur. Friedrich Kamps te Berlijn, waarvoor hij hier gaarne zijn dank betuigt.

Het begrip van mededaderschap

Het vonnis van de Amsterdamsche Rechtbank van 16 Juni 1928; W. 11845 en het arrest van het Amsterdamsche gerechtshof van 29 November d.a.v. W. 11903, beide in de bekende zaak van de Veendammer Hypotheekbank, hebben mijn juridisch geweten niet met rust gelaten. Ik heb er ernstig over geaarzeld, of ik beproeven zou, de gronden van die ongerustheid in scriptis uiteen te zetten. De redenen van die aarzeling liggen eigenlijk voor het grijpen. Er is, naar het rechtsbewustzijn leert, een strafbaar feit gepleegd; de dader daarvan moet worden gestraft. Wat doet het er nu toe, hoe zijne daad wordt gequalificeerd? Is het niet eigenlijk vieux jeu er nog over te strijden, of die daad is medeplichtigheid aan een door een ander gepleegd misdrijf dan wel mededaderschap met een ander aan dat misdrijf? Onze rechters zijn behoudens het slechts zelden bereikte en dus voor de practijk niet heel belangrijke maximum, in de straftoemeting volkomen vrij en het is met onze wet volkomen in overeenstemming en ongetwijfeld volkomen verdedigbaar, wanneer aan den medeplichtige eene zwaardere straf wordt opgelegd dan aan den dader of mededader. De algemeene richting gaat naar vereenvoudiging van de beginselen der deelneming, ik verwijs daaromtrent naar de mededeelingen van VAN HAMEL, Inleiding, blz. 377/378, naar BIRKMEYER, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgem. Teil dl. II, blz. 82—92, naar PERLEN, Die Beihilfe zum Verbrechen, blz. 57 vlgg. Het Noorsche Strafwetboek heeft in § 58 in beginsel de gelijkwaardigheid van alle medewerkenden aan een strafbaar feit erkend en in art. 18 van het Italiaansche ontwerp-Ferri werden autori en compartecipi — de Duitsche vertaling sprak van Urheber en Teilnehmer — op gelijke lijn gesteld. Doch het is hier de plaats niet de voor- en nadeelen van deze opvatting te bespreken; daartoe zal eerst de tijd zijn aangebroken, en die ligt nog wel verre, als over den inhoud van een nieuw Wetboek moet worden gehandeld. Voorloopig zijn wij nog aan de voorschriften van ons geldend Wetboek, aan de bepalingen van de artt. 47 vlgg. daarvan gehouden. Nu kan men zoo criminologisch denken als men wil, aan de persoonlijkheid van den dader de meest mogelijke beteekenis willen toekennen en ik

geloof niet, dat men mij zal verdenken, dat ik eene strafrechtspleging voorsta, waarbij de persoonlijkheid van den schuldige niet tot haar volle recht komt, doch men blijft toch ook altijd jurist en dus gesteld op eene juiste toepassing van de in de wet gestelde bepalingen en neergelegde beginselen. Bovendien is in verband met art. 52 de onderscheiding tusschen mededaderschap en medeplichtigheid nog steeds van beteekenis en verwaarloozing van die onderscheiding niet geoorloofd.

Doch er is nog een tweede grond voor mijne aarzeling. Reeds bij het arrest van den Hoogen Raad van 21 April 1913, opgenomen in W. 9501, teekende ik aan, dat door dit arrest de begrippen „middellijke dader" en „mededader" alle vastheid hebben verloren. Ik kom daar nog nader op terug, doch ik geloof niet, dat zij die in de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege en ook niet in die van de andere rechtscolleges hebben teruggekregen. Reeds in mijn opstel in het 26ste deel van het Tijdschrift voor Strafrecht, dagteekenend van 1915, heb ik getracht de naar mijne meening juiste beginselen over mededaderschap uiteen te zetten. Ik koester geen oogenblik de illusie, dat het mij nu gelukken zal die beginselen in de rechtspraak te doen zegevieren en dit zou dus eigenlijk een reden zijn om er maar het zwijgen toe te doen en in eene rechtspraak te berusten, ook al is die naar mijne oprechte overtuiging, verkeerd en onjuist. Doch ik wil alleen nog eenmaal beproeven de quaestie zoo scherp mogelijk te stellen, wat, zooals ik zal trachten aan te toonen, de H. R. juist niet gedaan heeft. Misschien gelukt het mij den Raad althans daartoe te brengen, zij het dan in precies tegenovergestelde richting als door mij voor de juiste wordt gehouden. Ook daarmee zou reeds veel gewonnen zijn.

De rechtbank heeft bij haar vonnis twee verdachten schuldig verklaard aan het medeplegen van het als bestuurder of commissaris eener naamlooze vennootschap, welke in staat van faillissement is verklaard, ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers eenig goed om niet vervreemden, strafbaar volgens art. 343, 2° Swb. De medeverdachte, directeur der naamlooze vennootschap, werd vrijgesproken. De schuldigverklaarden hadden dus medegepleegd een niet gepleegd misdrijf, iets wat juridisch alleen mogelijk is, wanneer medeplegen niet is deelneming in den eigenlijken zin van het woord, maar een vorm van zelfstandige daderschap. Doch het misdrijf van art. 343 kan alleen worden gepleegd door den bestuurder of commissaris der vennootschap. Wie die qualiteit niet heeft, kan het genoemde misdrijf niet plegen en dus in den aangegeven zin niet medeplegen. Onjuist, leert de rechtbank, steunende op den H. R. Voor de strafbaarheid als medepleger van het strafbare feit is niet noodig,

dat alle elementen van dat feit in zijn persoon aanwezig zijn, doch is voldoende, indien hij de volvoering van het geheele feit heeft gewild — hoe kan iemand, al leert de rechtbank het tegendeel, die noch commissaris noch bestuurder is, het geheele feit, dat slechts een commissaris of bestuurder kan plegen, willen — en deel heeft gehad aan een of meer der elementen van dat feit. In het arrest van het Hof komt eene dergelijke overweging niet voor; het Hof verklaarde ook den medeverdachte, den bestuurder van de vennootschap aan het hem te laste gelegde misdrijf van art. 343, 2° schuldig en veroordeelde de beide andere verdachten, zonder nadere rechtskundige overweging, eenvoudig met aanhaling van art. 47, als schuldig aan het medeplegen van het aldus gequalificeerde misdrijf. Het Hof gaf zich de moeite niet, te zeggen wat het onder medeplegen verstond.

Men weet, dat NOYON eene bijzondere meening omtrent dat begrip verdedigd heeft. In zijne aanteekening 18 op art. 47, blz. 212—217 verdedigt hij de meening op grond van de geschiedenis van het eerste nummer van art. 47, op grond van verschillende ministerieele uitspraken bij de totstandkoming der wet gegeven, op grond niet het minst van de beteekenis, waarin het woord medeplegen in art. 241 bij het misdrijf van overspel is gebezigd, dat medeplegen niet aanduidt mededaderschap in den strengen juridischen zin van het woord, doch eene medewerking aan het misdrijf van een derde verder gaande dan „het behulpzaam zijn", dat volgens art. 48, 1° medeplichtigheid oplevert. Naar mijne meening wordt de leer van NOYON niet voldoende gerechtvaardigd; ook van HAMEL, t. a. p. blz. 408 is van dezelfde opinie, mede gedeeld door VAN ZEVENBERGEN, Leerboek blz. 245 en door GEWIN, Beginselen van Strafrecht, blz. 193.

Ik heb erkend en ook VAN HAMEL heeft zich in dien zin uitgesproken, dat ook al acht men de leer van NOYON niet voldoende gefundeerd, er toch voor die leer verschillende argumenten gelden. Hetgeen verhandeld is bij de vaststelling van de bepaling van art. 47 vormt allerminst een lichtpunt in de geschiedenis van ons strafwetboek; men kan de meening niet van zich afzetten, dat de opvatting van MODDERMAN omtrent het begrip „mededaderschap" niet door helderheid uitmuntte en op twee gedachten hinkte. Daarom kan in hetgeen door hem werd opgemerkt steun worden gevonden voor de meening van NOYON en ook voor de tegengestelde meening, naar ik geloof, meer in overeenstemming met hetgeen in de wetenschap gold. CHAUVEAU et HÉLIE noemden, zooals meermalen werd herinnerd, de leer van de deelneming „l'une des matières les plus épineuses du droit pénal"; VAN HEYNSBERGEN ving zijn opstel over medeplegen in het 36ste deel van het Tijdschrift voor Strafrecht, blz. 32 vlgg. aan met de woorden: „Het leer-

stuk der deelneming is een labyrinth, waarin al menig geleerde verdoold is". Het klinkt wel wat oneerbiedig tegenover een criminalist als MODDERMAN, doch men zou bijna geneigd zijn te zeggen, dat ook hij aan die verdoling niet geheel is ontsnapt. Zijn opmerking tegenover het voorstel der commissie, dat door de weglating van de voorgestelde omschrijving van het mededaderschap de „coautores" zouden worden afgeschaft, was zeer zonderling.

De Code Pénal kende in de artt. 59 en 60 alleen de complices en sprak met geen enkel woord van de coauteurs; toch waren de coauteurs in de Fransche doctrine allerminst onbekend; ik herinner slechts aan de beschouwingen van de reeds genoemde CHAUVEAU et HÉLIE, Theorie du Code Pénal, dl. I, blz. 655 en aan de uitvoerige besprekingen van VAN DEINSE, De algemeene beginselen van Strafrecht, blz. 359 vlg.

Ook bij de nieuwere Fransche schrijvers vindt men de onderscheiding tusschen coauteurs en complices; men zie o. a. GARRAUD, Traité, dl. III, blz. 58, VIDAL-MAGNOL, Cours de droit criminel blz. 579 vlgg., die op blz. 580 een viertal verschilpunten tusschen beiden opsomt en CUCHE, Précis de droit criminel, blz. 135. Nu wil ik volstrekt niet beweren, dat bij de Fransche schrijvers het door mij uiteengezette begrip van mededaderschap zuiver en consequent is ontwikkeld; zeker is dit niet geschied in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat op den grondslag van de wet leerde, dat de mededader tevens was medeplichtige en dus de mededaderschap als een vorm van medeplichtigheid behandelde, vgl. GARRAUD t. a. p. blz. 59 en 60, in het bijzonder noot 6 op blz. 59. Het zou mij veel te ver voeren en ik acht het ook voor mijn doel volkomen onnoodig in eene nadere ontleding te treden van de Fransche doctrine; ik deed dit trouwens in mijn vroeger opstel, t. a. p. blz. 108 vlgg. Ik heb hier slechts willen memoreeren, dat onder eene wetgeving, die over mededaderschap zweeg, dit begrip, onderscheiden van medeplichtigheid, niettemin werd aangenomen en de gememoreerde uitlating van Minister MODDERMAN ten minste vreemd mag worden genoemd.

Doch ik keer na deze uitweiding weder tot de opvatting van NOYON terug, omdat, onverschillig of men die opvatting huldigt of niet, het van groot belang is, dat men haar in haar juiste beteekenis stelt. De medepleger is naar NOYON, niet mededader maar medewerker; voor mededaderschap in den strengen zin van het woord was eene bepaling in de wet onnoodig, want zoo heet het op blz. 313: „Twee personen die in vereeniging een misdrijf plegen, zijn elkanders mededaders, maar de eene is niet de dader en de andere mededader; ten aanzien van het gepleegde feit zijn beide daders, met betrekking tot elkander mededaders". Men zie ook de opmerking bij art. 50, waar gezegd wordt, dat hetgeen bij dit artikel ver-

handeld is omtrent de aansprakelijkheid van den medepleger niet-ambtenaar aan een zuiver ambtsmisdrijf daarop berustte, dat men zich geene rekenschap gaf van de eigenlijke beteekenis van medeplegen. Eenigszins met dit alles in strijd is de eerste aanteekening op art. 47, waar gezegd wordt, dat de woorden der wet: Als daders worden gestraft, beteekenen „daders zijn". Jammer is, dat NOYON niet de onderscheiding heeft gemaakt tusschen zelfstandige deelneming en accessoire en niet uitdrukkelijk heeft geleerd, dat medeplegen, naar zijn opvatting, niet anders is dan deelneming aan het strafbare feit, gepleegd door een ander, dus accessoire deelneming. Dan ware alle misverstand voorkomen en misschien ook een vonnis als het in den aanhef vermelde onmogelijk, waarbij het aangenomen mededaderschap geheel in de lucht hangt, als mededaders zijn veroordeeld personen, die daders niet kunnen zijn en terwijl een dader ontbrak. Het bedoelde vonnis is m. i. een juridisch monstrum, op geenerlei wijze verdedigbaar. Het arrest van het Hof kan beter zijn en althans in overeenstemming met de m. i. onjuiste doch wel verdedigbare leer van NOYON. Of het Hof echter die leer aan zijn arrest heeft ten grondslag gelegd, wordt, zooals ik reeds opmerkte, niet gezegd.

Heeft de H. R. die leer aanvaard? Het is twijfelachtig. NOYON zelf t. a. p. blz. 316, noot 1 beroept zich eenigszins aarzelend — men zou geneigd zijn aan te nemen — op het arrest van 9 Februari 1914; W. 9620 doch, naar ik meen, ten onrechte. Wel werd in dit arrest beslist, dat medeplegen aan het misdrijf van art. 149 der Kieswet slechts mocht worden aangenomen, wanneer beslist is dat hij, met wien het misdrijf zou zijn medegepleegd, met de valschheid der in de door hem onderteekende aangifte bekend was. De H. R. vordert voor mededaderschap opzettelijke rechtstreeksche samenwerking; voor medeplegen aan het genoemde misdrijf is bij alle plegers noodig zoowel de wetenschap van de valschheid der gedane opgaaf als de wil om die opgave niettemin in de aangifte te doen aanwezig zijn. Die opvatting is vereenigbaar met de leer „medeplegen is mededaderschap" als met de Noyonsche leer „medeplegen is medewerken aan het misdrijf, door een ander gepleegd". Ik zelf heb indertijd bij mijne aanteekeningen onder het arrest van 21 Juni 1926, W. 11541, de meenig uitgesproken, dat bij dit arrest de leer van NOYON uitdrukkelijk is erkend. Iemand is schuldig verklaard aan medeplegen van het misdrijf van art. 322, hoewel hijzelf het goed niet uit hoofde van zijne persoonlijke dienstbetrekking onder zich had, doch dit met den pleger van het misdrijf wel het geval was. De advocaat-generaal LEDEBOER had met een, naar mijne meening, onjuist beroep op art. 50,

doch niettemin volkomen terecht, voor dien verdachte de schuldigverklaring willen doen berusten op art. 321. Aan het slot van mijne aanteekening heb ik gevraagd om eene aanwijzing, indien ik mij in mijne opvatting van het arrest mocht hebben vergist. Voorzoover ik weet, is die aanwijzing niet geschied. Ik zou dus gerechtigd zijn de leer van den H. R. met die van NOYON te vereenzelvigen. Doch het is zeker wel gewenscht, dat alle twijfel daaromtrent opgeheven wordt en de H. R. de eerstkomende gelegenheid aangrijpe zijne meening omtrent het begrip „mededaderschap", omtrent het accessoire van dat begrip, zoo duidelijk mogelijk uiteen te zetten. Beter eene onjuiste leer, doch eene zekere dan eene twijfelachtige. Wanneer ik dit verzoek met alle bescheidenheid tot onzen hoogsten rechter richt, vergeet ik niet, dat zijne arresten geen dogmatische verhandelingen zijn en niet anders dan beslissingen over een concreet geval. Doch het is mogelijk voor die beslissingen een zoodanigen vorm te kiezen, dat alle twijfel over den grondslag uitgesloten is.

Hoedanig staat de wetenschap tegenover de leer van NOYON? Reeds eenige malen maakte ik melding van het artikel van VAN HEYNSBERGEN in het Tijdschrift voor Strafrecht. Zijne meening was niet die van NOYON, want hij leerde, blz. 37 vlgg., dat mededaderschap volledig daderschap niet uitsloot doch aan den anderen kant meende hij met den H. R., dat dit daderschap niet volledig behoeft te zijn, de mededader behoeft niet alle bestanddeelen van het misdrijf in zich te vereenigen, hij behoeft ook niet de bijzondere voor het delict vereischte hoedanigheid te bezitten. VAN HEYNSBERGEN verwees naar zijn praeadvies voor de Juristen-Vereeniging van het jaar 1924, waar hij op blz. 2 vlgg. betoogde, dat de medepleger dader is, doch een onderscheid maakte tusschen daderschap in engeren en in ruimen zin. Naar mijne meening is die heele onderscheiding valsch en op niets berustende; men is dader of men is het niet. VAN HEYNSBERGEN besprak op blz. 17 vlgg. de leer van NOYON en van mijzelf omtrent mededaderschap en verwierp de laatste met het beroep op zijn daderschap in ruimeren zin. Naar mijne uiteenzetting in het 26ste deel van het Tijdschrift voor Strafrecht werd mededaderschap niet een tusschenvorm, al volgt uit het met een of meer anderen tezamen plegen natuurlijk, dat de medepleger niet het geheele misdrijf moet hebben gepleegd en dus in zooverre de eischen voor den mededader niet zoo streng zijn als voor den enkelen dader het geval is. De mededader handelt met een ander samen en verricht de handeling gemeenschappelijk of brengt het gevolg gemeenschappelijk teweeg; de enkele dader verricht de geheele handeling alleen en brengt ook het gevolg alleen tot stand. VAN

Dijck, in den door hem bewerkten vierden druk van de Inleiding van van Hamel op blz. 142 zijn eigen opvatting uiteenzettend, omschrijft medeplegen als het in bewuste samenwerking mede-uitvoeren van een strafbaar feit. Medeplegen behoeft volledig daderschap niet uit te sluiten doch bij medeplegen mag de eisch van daderschap niet worden gesteld. Heel duidelijk is mij die min of meer apodictische uitspraak niet, doch van Dijck verwijst ter nadere toelichting naar hetgeen door hem is opgemerkt bij het debat in de Juristenvergadering. Op blz. 27 van het tweede deel leest men, dat de mededader als zoodanig nooit dader is in eigenlijken zin; medeplegen is altijd iets anders dan plegen. Is dat de leer van Noyon, is mededaderschap een zelfstandige of een accessoire vorm van deelneming? Daarop komt het aan en daaromtrent geeft van Dijck, wiens antwoord als afkomstig van een lid van ons hoogste rechtscollege bijzondere beteekenis zou hebben, ons geen licht.

De slotsom van dit alles is weinig bevredigend; trouwens het meermalen vermelde debat in de Juristen-vergadering heeft wel bewezen, dat nog altijd de leer der deelneming tot veel verschil van gevoelen bij de viri docti et indocti aanleiding geeft. In zijn aangehaald artikel heeft van Heynsbergen aan mijne medestanders en aan mij verweten, dat wij teveel stonden onder den invloed der Duitsche wetenschap; van Dijck heeft in de Juristen-vergadering gezegd, dat men de Duitsche bril moet afzetten. Gedachtig aan die uitspraken en aan het waarschuwend woord van mijn opvolger Pompe in de eerste aflevering van den loopenden jaargang van het Tijdschrift voor Strafrecht, die op blz. 59 ook mijne opvattingen in de leer der deelneming als een voorbeeld van te sterken Duitschen invloed noemt, heb ik tot dusver mij van alle aanhalingen uit de Duitsche literatuur onthouden. Ik wil overigens opmerken, dat ik de leeringen der Duitsche wetenschap alleen heb overgenomen, wanneer ik die ook voor onze wet als de juiste beschouw. Het mag echter wel worden gezegd, dat al zijn de Duitsche juristen dikwerf te dogmatisch, zij toch ook veelal scherper, logischer en consequenter zijn dan bijv. de Fransche. Bij de leer der deelneming komt dat dunkt mij sterk uit. Doch ik wil daarover niet verder twisten, ik wil alleen iets vermelden uit de aanhangige ontwerpen voor een nieuw Strafwetboek in Duitschland. In het Amtlicher Entwurf van 1925 kwam eene bepaling omtrent mededaderschap niet voor; de §§ 25 en 26 handelen alleen over Anstiftung en Beihilfe. In de Begründung, blz. 25 wordt gezegd, dat de Mittäter Täter is en niet Teilnehmer. Zijne strafbaarheid „ist so selbstverständlich, dasz es nicht gesagt zu werden braucht". Dit werd allerminst algemeen toege-

geven; men zie de beschouwingen van WEGNER in „Reform des Strafrechts" van ASCHROTT und KOHLRAUSCH, blz. 102 vlgg. In het ontwerp 1927 vindt men dan ook weer in § 28 eene bepaling over Mittäterschaft: „Wenn mehrere eine Tat gemeinschaftlich ausführen, wird jeder von ihnen als Täter bestraft". In de Begründung, blz. 27 wordt gezegd, dat die bepaling is opgenomen, omdat bedenkingen werden gemaakt voor die gevallen, waarin niet alle bestanddeelen van het misdrijf door de handeling van iedereen werden verwezenlijkt en het dus twijfelachtig kon zijn, of zonder een wettelijk voorschrift de handeling van den een ook aan den ander mocht worden toegerekend. Uitdrukkelijk werd echter op den voorgrond gesteld, dat de mededader dader is en niet deelnemer in den technischen zin van het woord. Het ligt niet op mijn weg tusschen de beide ontwerpen te kiezen en na te gaan de meerdere of mindere juistheid van het eene of andere standpunt. Mijne bedoeling was meer de aandacht te vestigen op eene in beide ontwerpen voorkomende bepaling, in het ontwerp 1925 § 28, in het ontwerp 1927 § 32. Het tweede lid van die beide paragrafen komt overeen met ons art. 50; in het eerste lid wordt bepaald, dat wegens eene daad, welker strafbaarheid door bijzondere eigenschappen of betrekkingen bepaald wordt, de uitlokker en medeplichtige strafbaar zijn, wanneer deze eigenschappen of betrekkingen bij hen of bij den dader aanwezig zijn. Is dit bij den uitlokker niet het geval, dan kan voor dezen, die overigens gelijkelijk strafbaar is als de dader, de straf „gemildert" worden, vgl. § 73. Opmerking verdient, dat in het eerste lid van den uitlokker en van den medeplichtige gesproken wordt, niet van den mededader. Naar de Begründung, blz. 30 geldt het beginsel van het eerste lid reeds thans naar de heerschende meening, doch men stelde er prijs op het in de wet vast te leggen.

Eene kritische bespreking van hetgeen verder in die toelichting gezegd wordt met betrekking tot uitlokking en middelijke daderschap, waarover in beide ontwerpen gezwegen wordt, zou mij veel te ver voeren en eene afzonderlijke studie vorderen; ik veroorloof mij hier te verwijzen naar het reeds genoemd artikel van WEGNER, blz. 110 vlgg. Wie zich de moeite neemt dit opstel te bestudeeren, zal zien, dat er bij de leer der deelneming buiten het door mij behandelde punt nog belangwekkende vragen genoeg overblijven.

Ik eindig hiermee mijne beschouwingen. Volkomen ben ik er mij van bewust, dat ik nieuwe gezichtspunten niet heb geopend. Ik heb het reeds vroeger gezegde nog eenmaal herhaald in de flauwe hoop, dat het mij gelukt mogen zijn door het scherp maken van de tegenstelling eenig licht te brengen. Daarom was het mij meer te doen dan om het doen zegevieren

van eigen meening. Wordt die van NOYON gekozen boven de mijne, ik zal er mij rustig bij neer leggen, want ook daarmêe zal vastheid zijn verkregen en het ontbreken van deze lijkt mij het grootste bezwaar van de geldende practijk.

Utrecht, 23 Juli 1929 D. SIMONS

Ik heb dit opstel geplaatst in dit Tijdschrift en niet in het Tijdschrift voor Strafrecht, waarin het misschien het meest op zijn plaats was, omdat het in mijn voornemen ligt met het einde van dit jaar het lidmaatschap van de redactie van Themis neer te leggen en ik er prijs op stelde nog voor dien door een, zij het dan ook slechts klein opstel een bewijs van belangstelling te geven. D. S.

De wet in R. O. 99, 2°. en hare afkondiging

„Leges instituuntur, cum promulgantur."
Decretum Gratiani

In zijn arrest van 11 November 1927 (*W.* 11753) liet de Hooge Raad weer eens sterk den nadruk vallen op de afkondiging, die in de rechtspraak op het woord wet in art. 99, 2° R. O., reeds herhaaldelijk als eisch was gesteld. We lezen n.l. in het betreffende arrest de overweging „dat bedoeld K. B. niet kan worden aangemerkt als eene wet in den zin van art. 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie reeds op dezen enkelen grond, dat aan dit K. B. niet, door insertie in eenig voor publiekmaking van regelingen van het Staatsbestuur aangewezen orgaan, behoorlijke publicatie is gegeven". Het vereischte van afkondiging wordt hier, althans voor Koninklijke Besluiten, wel zoo volstrekt mogelijk gesteld.

Deze recente beslissing van den H. R. doet de vraag rijzen hoe het nu in het algemeen met dat afkondigingsvereischte is gesteld. Kort kunnen we deze onzekerheid als volgt formuleeren: Is de afkondiging voor den H. R. een element van het begrip wet in den zin van art. 99, 2°. van de wet op de R. O.?

Ik zeg uitdrukkelijk „wet in den zin van art. 99, 2°., van de Wet op de R. O." om alle onzekerheid te vermijden, want wat men ook over het wetsbegrip moge denken, vast staat voor iedereen, dat het woord wet in ons stellig recht niet steeds in denzelfden zin wordt gebezigd. Ik wijs in verband daarmee op een voorname onderscheiding, die sinds geruimen tijd in onze staatsrechtelijke literatuur opgeld doet, n.l. de onderscheiding tusschen de wet in formeelen- en de wet in materieelen zin. Niet alleen wetenschappelijke diensten heeft die distinctie ons bewezen, want zij was naar veler meening ook de basis, waarop ons hoogste rechtscollege in 1879 een Grondwetsherziening wist tot stand te brengen, die al sinds geruimen tijd in de wetenschap was voorbereid. De benamingen wet in formeelen- en wet in materieelen zin kent onze rechtspraak echter niet. Men geeft de voorkeur aan omschrijvingen, waarvan de lezer intusschen niet met zekerheid kan achterhalen of zij wel juist hetzelfde willen uitdrukken als de geijkte termen der wetenschap. Eenerzijds spreekt de H. R. van „de wet in den zin van een regeling door de wetgevende macht" (hier als orgaan genomen) en bedoelt dan klaarblijkelijk: de wet in formeelen zin: vgl. de twee Arresten

H. R. 10 Juni 1919 (*W.* 10429). Daarnaast spreekt de H. R. van de „wet, waarvan volgens art. 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie de schending in cassatie kan worden ingeroepen" (vgl. dezelfde twee arresten), van een „wet in den zin van art. 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie" vgl. het Arrest H. R. 11 November 1927 (*W.* 11753) of van „wet in den zin van art. 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie in verband met art. 165 der Grondwet" (van 1917: thans art. 166): vgl. het Arrest H. R. 1 Maart 1918 (*W.* 10256) en wat daarmee precies wordt bedoeld is zeer moeilijk te zeggen. Het is in ieder geval een begrip van wet, dat het zoogenaamde materieele wetsbegrip het meest nabij komt. Of het daarmee identiek is kan eerst worden uitgemaakt, nadat men het wetsbegrip van den H. R. nauwgezet heeft bestudeerd en heeft onderzocht wat men onder wet in materieelen zin dient te verstaan. De beantwoording van die vraag valt echter buiten het bestek van dit artikel. In navolging van onzen Grondwetgever (vgl. b.v. de verschillende beteekenissen van het woord wet in art. 166) schijnt de H. R. van tijd tot tijd ook nog beide begrippen door elkaar te gebruiken. Zoo staat in het arrest van 4 Maart 1918 (*W.* 10256): „de Ministerieele Beschikking van 14 Mei 1917 is niet een wet of een zoodanige wettelijke verordening als waarvan de schending of verkeerde toepassing in cassatie kan worden beweerd". De meest aannemelijke uitleg ziet hier de twee begrippen in dezelfde overweging naast elkaar, of het moest zijn dat „wettelijke verordening" aanduidde die wetten in materieelen zin, die niet tevens wetten in formeelen zin zijn. In het laatste geval zou er een tusschenbegrip zijn gevormd, waarschijnlijk echter niet om de duidelijkheid te bevorderen. Men zegt dus niet te veel, wanneer men aangaande het woord wet van een Babylonische spraakverwarring spreekt zoowel in de rechtspraak van den H. R. als in de staatsrechtelijke literatuur. Wat deze laatste betreft, wijs ik b.v. op het meeningsverschil dat bestaat omtrent het wezen van de wet in materieelen zin. Het leek mij dus volstrekt noodzakelijk reeds in den aanvang duidelijk te omschrijven welk wetsbegrip ik bedoelde, toen de vraag van de verhouding tusschen de wet en hare afkondiging voor het eerst werd opgeworpen.

De vraag of de afkondiging een element is in het wetsbegrip van den H. R. in verband met art. 99, 2°., ware zeer gemakkelijk op te lossen, wanneer de H. R. in zijn jurisprudentie steeds duidelijke en volledige begripsbepalingen bezigde. Men zou dan uit het al of niet opnemen van de afkondiging in zulk een omschrijving dadelijk de gestelde vraag kunnen beantwoorden. De praktijk van onze rechtspraak is echter heel anders. Men vergenoegt zich met het aangeven van slechts een of twee wezenselementen, met het wijzen op het ontbreken

van één omstandigheid, die voor het bestaan van een wet onontbeerlijk is of nog erger met een louter negatieve formule, die slechts een bewering en geen motiveering inhoudt. In zijn conclusie voorafgaande aan het arrest van 7 Juni 1918 (opgenomen in *W.* 10289) heeft wijlen Adv.-Gen. LEDEBOER reeds de aandacht op deze gewoonten gevestigd. Zoodoende wordt hij, die het begrip, dat ons hoogste rechtscollege bij zijn rechtspraak voor den geest zweegt, wil leeren kennen genoodzaakt zoo volledig mogelijk kennis te nemen van alle arresten, die over dat bepaalde begrip vooral in den lateren tijd zijn gewezen.

Het ligt niet in mijn bedoeling een overzicht te geven van de rechtspraak op art. 99, 2°. Alleen de arresten, die op de afkondiging betrekking hebben, komen hier voor behandeling in aanmerking.

Om deze rechtspraak zoo beknopt en zoo overzichtelijk mogelijk te kunnen behandelen lijkt het de beste wijze van voortgang eerst — zonder een begripsbepaling van wet te willen geven — na te gaan welke groepen van rechtsregels volgens den H. R. onder het begrip wet in art. 99 vallen om daarna elk dezer groepen afzonderlijk in het licht van het afkondigingsvraagstuk te behandelen.

Art. 99, 2°., luidt als volgt: De H. R. vernietigt de handelingen, arresten en vonnissen wegens verkeerde toepassing of schending der wet.

Daarmee houden verband art. 166, lid 2, der Grondwet, waar gesproken wordt van „de wetten" en art. 406 van het Wetboek van B. Rv., dat spreekt van „de wettelijke voorschriften", terwijl art. 427, lid 1, van het nieuwe Wetboek van Sv. eenvoudig naar de Wet op de R. O. verwijst.

Om als „wetten of wettelijke voorschriften" in den zin van art. 99, 2°., j°. art. 406 B. Rv. te kunnen worden beschouwd, komen, blijkens de jurisprudentie van den H. R., vooral in aanmerking de volgende vormen van wetgeving: *a.* de wetten in formeelen zin; *b.* de Koninklijke besluiten; *c.* de ministerieele beschikkingen of resoluties; *d.* de verordeningen en reglementen der lagere wetgevers.

We zullen thans nagaan in hoeverre deze categoriën wetten zijn in den zin van art. 99, 2°., en welke de rol is die het afkondigingsvereischte bij het toekennen van die wetskwaliteit vervult.

De stelling, dat alle wetten in formeelen zin wetten zijn in den zin van art. 99, 2°., is zeker voor betwisting vatbaar. Elke ordening door Koning en Staten-Generaal gezamenlijk gesteld is een wet in formeelen zin (vgl. Grondwet Hoofdstuk III, Afd. V), de inhoud van de regeling doet daarbij niet ter zake. Ook een besluit met zeer beperkte strekking zooals een naturalisatiewet (Grondwet art. 6, lid 2), een wet, die een wijzi-

ging brengt in het inkomen van den Koning (Grondwet art. 22, lid 2) of een wet die voorziet in het noodige toezicht over den persoon des Konings, ingeval deze buiten staat geraakt de regeering waar te nemen (Grondwet art. 33, lid 1) is een wet in formeelen zin. Zulke regelingen noemt niemand wetten in materieelen zin, maar zijn het wetten waarvan de schending of verkeerde toepassing met vrucht in cassatie kan worden beweerd? De oplossing van deze vraag is daarom zoo moeilijk omdat de H. R. zich daarover nog nooit heeft uitgelaten. Telkens wanneer tot nu toe schending of verkeerde toepassing van een wet in formeelen zin had plaats gehad ging ons hoogste rechtscollege tot vernietiging over en van een onderscheiding tusschen verschillende soorten van wetten in formeelen zin, b.v. naar het criterium van het al dan niet algemeen en tot een ieder gericht zijn, bemerken we niets. Van den anderen kant kreeg ik geen arrest onder oogen, waarbij door requirant in cassatie als middel was aangevoerd de schending of verkeerde toepassing van een wet in formeelen zin, die niet tegelijkertijd een wet in materieelen zin was. Dit vindt intusschen wel zijn verklaring in het feit, dat dergelijke wetten weinig talrijk zijn en bovendien meestal onderwerpen regelen, waarmee de doorsnee requirant in cassatie niet dagelijks te maken heeft. Men maakt zich te gemakkelijk van deze moeilijkheid af en vervalt in een petitio principii door te zeggen, dat de H. R. in art. 99, 2°., het materieele wetsbegrip huldigt en dus schending en verkeerde toepassing van louter formeele wetten niet in cassatie ter toetse kunnen worden gebracht. Of de H. R. het materieele wetsbegrip huldigt hangt, althans ten deele, juist van de beantwoording der gestelde vraag af. Alleen wanneer de H. R. naar aanleiding van andere kwesties de algemeene stelling, dat alleen schending en verkeerde toepassing van materieele wetten grond voor cassatie kunnen opleveren uitdrukkelijk had uitgesproken zou daarmee impliciet een antwoord zijn gegeven op de onderhavige moeilijkheid. Dit laatste is echter niet het geval, want de in dezen meest verregaande beslissing n.l. het Arrest H. R. 1 Maart 1918 (*W.* 10256) zegt, dat onder wet in den zin van art. 99 in verband met art. 165 Grondwet alleen worden begrepen naar buiten werkende, algemeene regelingen van het openbaar gezag, derhalve regelingen gericht tot een ieder, doch niet regelingen of beschikkingen ten aanzien van bepaald aangewezen personen, ook niet al zijn het plaatselijke verordeningen in den zin van art. 150 der Gemeentewet. Bij gemeentelijke verordeningen durft de H. R. de onderscheiding dus nog wel aan, maar dat nu ook bij wetten in formeelen zin zoo een splitsing moet worden gemaakt volgt daaruit nog niet. Nu de H. R. nog nooit voor de kwestie is geplaatst moet men uit terloopsche opmerkingen in andere arresten en uit de leidende ge-

dachten, die aan de rechtspraak ten grondslag liggen trachten op te maken welke opinie ons hoogste rechtscollege in dezen waarschijnlijk zou huldigen. Daarbij kunnen dan ook de geschiedenis en het doel van het cassatie-instituut in het geding worden gebracht. Bij Decreet van 27 November 1790 droeg de Assemblée Nationale aan het Tribunal de Cassation op: „Annuler toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement, qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi", en de bedoeling die daarbij voorzat was de voordeelen die de eenheid van wetgeving voor Frankrijk had meegebracht niet verloren te laten gaan. Op dit Decreet steunt onze Wet op de R. O. van 1827 en zooals men ziet is het art. 99, 2°., in het overeenkomstige Fransche artikel duidelijk te herkennen. Men kan echter uit de geschiedenis m. i. voor beide oplossingen argumenten putten. Wèl kan men zeggen, dat wanneer in art. 99, 2°., een speciaal begrip moet worden gelezen, hetwelk — omdat er zoowel alle materieele- als alle formeele wetten onder vallen — noch door het formeele- noch door het materieele wetbegrip wordt gedekt, de systematiek er met drie door elkaar heen loopende wetsbegrippen niet bepaald fraaier op wordt.

Welke echter ook de oplossing van deze belangrijke vraag moge zijn, het antwoord op de kwestie der afkondiging zal er niet door worden beïnvloed, want zoowel de algemeene en naar buiten werkende- als alle andere wetten in formeelen zin moeten op behoorlijke wijze zijn afgekondigd. Dit blijkt duidelijk uit: Grondwet art. 72, lid 1, j°. 122, lid 1, en A. B.-wet artt. 1 en 2 in verband met het Souv. Besluit van 18 December 1813, no. 5 (*Stbl.* 1814, no. 1): artt. 2 en 3.

Hieruit blijkt tevens, dat kwesties verband houdende met het afkondigingsvereischte zich t. o. v. wetten in formeelen zin voor den H. R. nooit zullen voordoen. Zijn wetten in formeelen zin niet op behoorlijke wijze afgekondigd, dan verbinden zij niet ingevolge A. B.wet art. 1. In deze groep van regelen zit het afkondigingsvereischte dus als het ware vervlochten.

De Koninklijke besluiten in ruimen zin omvatten de algemeene maatregelen van bestuur (vóór 1887 algemeene maatregelen van inwendig bestuur genoemd) en de gewone Koninklijke besluiten of Koninklijke besluiten in engen zin. Het onderscheidende is iets zuiver vormelijks n.l. het hooren van den Raad van State. Ongetwijfeld is tegen deze afbakening van beider gebied — even goed als tegen de andere, hierna te bespreken en m.i. nog minder geslaagde pogingen daartoe — in te brengen, dat zij niet onberispelijk is. Er zijn n.l. Koninklijke besluiten in engen zin, waarop de Raad van State is gehoord. Waar we hier echter van meerdere kwaden het minste moeten kiezen, lijkt mij het hooren van den Raad van State nog het praktisch meest bruikbare criterium. De afkondiging in het

Staatsblad kan niet als tweede onderscheidend kenmerk worden aangegeven, omdat gewone Koninklijke besluiten daar soms ook in worden opgenomen. In zijn conclusie voorafgaande aan het Arrest H. R. 18 December 1916 (*W.* 10041) brengt Adv.-Gen. LEDEBOER nog een derde formeel criterium in het geding. Het ging toen over een Koninklijk besluit van 17 Februari 1916 (*Stbl.* 76), steunende op de wet van 31 December 1915 (*Stbl.* 533) art. 1 en houdende de voor de inwerkingtreding dier wet onmisbare aanwijzing van bepaalde gedeelten des Rijks. Dit Koninklijk besluit was geen Algemeene Maatregel van Bestuur, want de Raad van State was er niet op gehoord. Art. 1 der wet sprak van „door Ons" aan te wijzen gedeelten des Rijks en de vraag was nu of daardoor regeling bij Algemeene Maatregel van Bestuur werd geëischt. Mr. LEDEBOER meende die vraag ontkennend te moeten beantwoorden en stelde zich op het standpunt, dat de wet in formeelen zin met de woorden „door Ons" doelt op een regeling bij gewoon Koninklijk besluit, terwijl zij aan haren wil tot regeling bij Algemeene Maatregel van Bestuur uitdrukking pleegt te geven door de termen: „bij Algemeene Maatregel van Bestuur", „door Ons bij Algemeene Maatregel van Bestuur" of „door Ons den Raad van State gehoord". Op die wijze doet hij ons een nieuw criterium aan de hand, dat in vele gevallen kan worden toegepast (vgl. de arresten van 15 Januari 1917, *W.* 10071; 5 Februari 1917, *W.* 10077; 12 Februari 1917, *W.* 10082, waaruit men het vermoeden kan putten, dat de H. R. het standpunt van LEDEBOER als juist beschouwde). Aangaande een materieel criterium zegt hij: „Zooals den H. R. bekend is, is het tot nu toe nog aan niemand gelukt eene bevredigende onderscheiding te geven van wat ter regeling behoort te worden overgegeven aan een Algemeene Maatregel van Bestuur en wat regeling eischt in een gewoon Koninklijk besluit. Ik zal niet beproeven dat onvindbare op te sporen". Zijn formeel kenmerk van onderscheiding is echter ook onbevredigend, want er zijn wetsbepalingen aan te wijzen, waarin de term „door Ons" voorkomt en die toch zijn uitgewerkt in een Algemeene Maatregel van Bestuur. Zoo is b.v. art. 177 van de Algemeene Wet van 26 Augustus 1822 (*Stbl.* 38) waarin de passage voorkomt „door Ons is of verder zal worden aangewezen" uitgevoerd in een Koninklijk besluit van 27 November 1822 (*Stbl.* 48), waarop de Raad van State is gehoord en dat mitsdien een Algemeene Maatregel van Inwendig Bestuur is. Een scherp materieel criterium is niet aan te geven, al zal de Algemeene Maatregel van Bestuur — zooals de naam ook al aangeeft — tegenover het gewone Koninklijk besluit doorgaans een meer algemeene strekking hebben. Dit is ook de meening van den H. R. zooals blijkt uit het arrest van 27 Maart 1922 (*W.* 10856) voorzoover dit in zijn overwegingen behandelt het

middel van requirant zich richtende tegen het Koninklijk besluit van 1 December 1919 (*Stbl.* 33), gewijzigd bij Koninklijk besluit van 3 December 1919 (*Stbl.* 799) en houdende regeling van de heffingen voor de inschrijving ter Schippersbeurs. Ons hoogste rechtscollege overwoog „dat inderdaad de Koninklijke besluiten van 1 Februari en 3 December 1919, voornoemd, verbindende kracht missen; dat toch besluiten, krachtens welke worden geheven rechten voor het gebruik van „Rijkswerken en inrigtingen", waartoe de Rijksschippersbeurzen behooren, krachtens art. 9 der Regeling (bedoeld is: de Binnenscheepvaartregeling vastgesteld bij beschikking van den Minister van Landbouw enz. van 24 December 1919, *Staatscourant* van 24 December 1919,no. 270, en steunende op art. 1 van de Binnenscheepvaartwet van 7 December 1918, *Stbl.* 774), — en welke allen, die daarvan gebruik willen maken, binden — zijn te rangschikken onder de Algemeene Maatregelen van Bestuur, waarop krachtens art. 75 der Grondwet de Raad van State moet worden gehoord, hetgeen met de bovenbedoelde besluiten niet geschied is;". De algemeenheid t. a. v. de personen wordt hier dus als iets kenmerkends voor den Algemeenen Maatregel van Bestuur aangegeven.

Vast staat, dat volgens den H. R. niet alle Algemeene Maatregelen van Bestuur wetten zijn in den zin van art. 99, 2°. Dit bleek nog niet lang geleden in het Arrest H. R. 4 Maart 1921 (*W.* 10804). Het Koninklijk besluit van 9 Februari 1866 (*Stbl.* 10) gewijzigd bij Koninklijk besluit van 3 Februari 1869 (*Stbl.* 20) en waarop de Raad van State telkens was gehoord, werd niet beschouwd als een wet in den zin van art. 99, 2°., omdat het niet was uitgegaan „van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van een regeling door de wetgevende macht, ontleent". Op grond van die overweging is het vaste rechtspraak van den H. R., dat kerkelijke reglementen en daarmee verband houdende Koninklijke besluiten geen wetten zijn, waarvan schending of verkeerde toepassing in cassatie kan worden beweerd. De Algemeene Maatregelen van Bestuur moeten dus, willen zij wetten zijn in den zin van art. 99, 2°., steunen op een wet in formeelen zin. Voor die stelling kan men ook nog een aanwijzing vinden in het Arrest H. R. 3 December 1917 (*W.* 10212) voorzoover betreft de behandeling van requirants derde middel houdende schending of verkeerde toepassing van art. 247 j°. art. 216 Sv. in verband met de Koninklijke besluiten (Algemeene Maatregelen van Bestuur) van 16 October 1915 (*Stbl.* 430) en van 6 October 1915 (*Stbl.* 422). De H. R. overwoog naar aanleiding van dit middel „dat dit verbod uitgevaardigd bij Koninklijk besluit van 6 October 1915 (*Stbl.* 422), dus bij een behoorlijk afgekondigden en op de wet steunenden Algemeene Maatregel van Bestuur, is een wettelijk voorschrift, waarvan de dagvaarding niet als

grond van 's rechters onderzoek en beslissing behoeft melding te maken". Met deze beslissingen handhaaft ons hoogste rechtscollege zijn reeds op 13 Januari 1879 (*W.* 4330) ingenomen standpunt. Deze rechtspraak gaat verder dan art. 55, lid 2, der Grondwet, waar alleen wordt gesproken van „bepalingen door straffen te handhaven". Het is de vraag of zij na de Grondwetswijziging van 1887 nog wel constitutioneel mag heeten. De wet, in den zin van een regeling door de wetgevende macht, waaraan in casu de Koning zijn bevoegdheid tot het stellen van regelingen (hier: Algemeene Maatregelen van Bestuur niet door straffen te handhaven) ontleent, is art. 55, lid 1, der Grondwet en daaruit volgt de onjuistheid van de betreffende overweging in het arrest van 1921. Wanneer men de eerste twee leden van het huidige art. 55 der Grondwet in onderling verband leest, dan kan men niet aan den indruk ontkomen, dat hier een tegenstelling wordt gemaakt tusschen Algemeene Maatregelen in zooverre ze niet door straffen te handhaven bepalingen inhouden en Algemeene Maatregelen in zooverre ze dergelijke bepalingen wel inhouden. De laatste moeten behalve op de Grondwet ook nog steunen op de wet, maar daaruit valt af te leiden, dat de eerste in de Grondwet zelve voldoenden steun vinden en geen verdere formeelwettelijke basis behoeven. Want ware dit laatste wèl het geval, dan zou het dwaasheid zijn een dergelijke onderscheiding te maken, die immers op niets zou steunen. In dat geval had men in art. 55 geschreven: door den Koning worden Algemeene Maatregelen van Bestuur vastgesteld krachtens de wet of nog waarschijnlijker had men heelemaal niets neergeschreven, want de stelling, dat de wet in formeelen zin nieuwe wetgevers kan scheppen, werd door de praktijk reeds lang voor het opnemen van art. 194 in de Grondwet van 1922 gehuldigd. Ten bewijze diene b.v. de Wet van 12 Juli 1855 (*Stbl.* 102), waarbij verordenende bevoegdheid werd toegekend aan waterschapsorganen, zonder dat die in de Grondwet van 1848 als wetgevers waren vermeld. Na de Grondwetswijziging van 1887 stond het m. i. den H. R. niet meer vrij zijn jurisprudentie van 1879 ongewijzigd te handhaven. Om een beeld van Struycken uit te werken (vgl. Administratie of rechter, blz. 14, Verzamelde Werken, Deel I): in art. 56 van de Grondwet van 1887 werd een heele kniebuiging gedaan voor het beginsel, dat 's Konings reglementeerende bevoegdheid hare „algemeene" basis behoort te vinden in de wet. Daarnaast ging de Grondwetgever slechts tot een halve kniebuiging over voor het verderstrekkende beginsel, dat die bevoegdheid van den Koning bovendien in elk speciaal geval nog een „bijzondere" basis moet kunnen aanwijzen. Welnu voor dit laatste beginsel was de H. R. in 1879 ten volle neergeknield, hetgeen bij de toen bestaande verhoudingen te verklaren was, maar na 1887 m. i.

niet kon worden volgehouden zonder in botsing te komen met de duidelijke bewoordingen der Grondwet. Het arrest van 13 Januari 1879 steunde in zijn overwegingen geheel op de catalogus-theorie omtrent de macht des Konings, die vooral in de Bijdrage van THORBECKE een warme verdediging had gevonden. De reglementeerende bevoegdheid des Konings moet steunen op de wet in formeelen zin: dat was de eigenlijke slotsom van 's Hoogen Raads betoog. Nu wordt de jurisprudentiewijziging van 1879 meestal geformuleerd met betrekking tot art. 104 van de Grondwet van 1848 (thans art. 110): „wetgevende macht" is daar sinds 1879 in materieelen- en niet meer in formeelen zin te verstaan zegt men. Op die manier vertaalt men de in het Thorbeckiaansch gestelde beslissing van den H. R. in de staatsrechtelijke terminologie van LABAND en BUYS, die THORBECKE onbekend moest zijn en door ons hoogste rechtscollege zooals boven reeds bleek ook na 1879 niet is aanvaard. De Koning kan dus zonder verdere uitdrukkelijke machtiging door de wet in formeelen zin bij Algemeene Maatregel van Bestuur z.g. politiedwang opleggen. Dit volgt uit het eerste lid van art. 55. Dat de Kroon in de praktijk van die bevoegdheid geen gebruik maakt (vgl. de voorbeelden bij KRANENBURG, I, 95) doet aan dat beginsel natuurlijk niets af. Men make zich intusschen niet ongerust over de practische gevolgtrekkingen, die aan het toekennen van deze macht aan de Kroon verbonden zouden kunnen zijn. Na het aanvaarden van het parlementaire stelsel in de jaren 1866—68 moet men immers geen tegenstelling meer zien tusschen Koning en volksvertegenwoordiging als concurreerende machten, maar dient men beiden te beschouwen als verschillende vormen van volksvertegenwoordiging, die onder elkaar den wetgevenden arbeid moeten verdeelen naar gelang zij door hun samenstelling voor de regeling van de verschillende onderwerpen meer geschiktheid vertoonen. Om dezelfde reden hadden de arresten van 1879 alleen dan die buitengewone staatsrechtelijke beteekenis gehad, die er nu meestal aan wordt toegekend, wanneer zij vóór de periode 1866—68 waren gewezen.

Zonder een volledig overzicht te willen geven van de Algemeene Maatregelen van Bestuur, die niet als wetten in den zin van art. 99, 2°., werden beschouwd, wil ik alleen nog wijzen op het Arrest H. R. 24 December 1917 (*W.* 10219) betreffende het reeds boven aangehaalde Koninklijk besluit van 27 November 1822 (*Stbl.* 48), waarop de Raad van State was gehoord en dat steunde op art. 177 van de Algemeene Wet van 26 Augustus 1822 (*Stbl.* 38). De H. R. beschouwde dit Koninklijk besluit echter niet als een bepaling, waarvan de schending in cassatie kan worden voorgesteld „overwegende, dat, daar het meergenoemd Koninklijk besluit, bevattende eene voor de werking der wet onmisbare aanwijzing, waarbij slechts

wordt aangegeven, waar ter plaatse de in de wet vervatte regelen zullen gelden, niet is te beschouwen als eene wet of wettelijke verordening en mitsdien inhoud en strekking daarvan in cassatie niet kunnen worden onderzocht".

Of alle of slechts sommige Algemeene Maatregelen van Bestuur wetten zijn in den zin van art. 99, 2°., is voor het afkondigingsvraagstuk onverschillig. Ingevolge art. 72, lid 1, der Grondwet en de Wet van 26 April 1852 (*Stbl.* 92) (vgl. ook het Koninklijk besluit van 22 December 1863, *Stbl.* 149) moeten alle Algemeene Maatregelen van Bestuur in het *Staatsblad* worden afgekondigd. Ook hier zien we de afkondiging vastgeklonken aan den uiterlijken vorm van de normensoort.

Gewone Koninklijke besluiten of Koninklijke besluiten in engen zin zijn geen wetten in den zin van art. 99, 2°. Deze algemeene stelling kan men, gezien de jurisprudentie van den H. R., gerust opstellen. Toch moet men daarom niet meenen, dat de behandeling van de arresten over de Koninklijke besluiten in verband met art. 99, 2°., voor de kennis van de opvatting van den H. R. omtrent het afkondigingsvereischte van geen beteekenis is. Juist hier treffen we de meest belangrijke uitspraken aan, waaruit de meening van onze jurisprudentie aangaande de afkondiging het duidelijkst blijkt. Doordat het ontbreken van een behoorlijke afkondiging als een argument en soms zelfs als het eenige argument wordt aangehaald, waarom een bepaald Koninklijk besluit niet als een wet in den zin van art. 99, 2°., kan worden beschouwd, wordt ons omtrent de waarde van het afkondigingselement — althans bij Koninklijke besluiten — niet den minsten twijfel gelaten. Men kan in de gewone Koninklijke besluiten, die in de jurisprudentie behandeld werden, onderscheiden: de Koninklijke besluiten, die behoorlijk waren afgekondigd en die omtrent wier afkondiging niets was gebleken. Ter toelichting van wat onder „behoorlijke afkondiging" dient te worden verstaan, wijs ik even op het Arrest H. R. 14 November 1881 (*W.* 4708) betreffende art. 2 van het Souv. Besluit van 18 December 1813, no. 5 (*Stbl.* 1814, no. 1) welk artikel als volgt luidt: In het *Staatsblad* zullen alleenlijk geplaatst worden alle wetten, proclamatiën, publicatiën en voorts zoodanige besluiten van den Souverein, als waarvan de publiekmaking noodig of nuttig wordt geoordeeld. De H. R. overwoog nu, dat met de woorden zoodanige besluiten enz. wordt gedoeld op de besluiten, welke een algemeene strekking hebben en bestemd zijn om de ingezetenen te verbinden, en die, om te kunnen verbinden ter algemeene kennis moeten zijn gebracht, in tegenstelling met de bloot reglementaire, administratieve en huishoudelijke verordeningen, die hetzij enkel en alleen het inwendig bestuur raken, hetzij bijzondere belangen van bijzondere personen ten aanzien waarvan een algmeene bekendheid onnoodig is. Be-

sluiten welke een algemeene strekking hebben en bestemd zijn om de ingezetenen te verbinden — en andere Koninklijke besluiten zullen wel niet gauw voor wetten in den zin van art. 99, 2°. in aanmerking komen — moeten dus om te kunnen verbinden in het *Staatsblad* (den opvolger van het *Bulletin des lois*) worden afgekondigd.

Dat Koninklijke besluiten, die behoorlijk waren afgekondigd, in weerwil van dat feit toch nog geen wetten waren in den zin van art. 99, 2°., bewijst niets tegen het afkondigingsvereischte, maar alleen dat de afkondiging blijkbaar niet het eenige element is in het begrip, dat de H. R. zich van wet in art. 99, 2°., heeft gevormd. Voorbeelden van deze groep Koninklijke besluiten zal men in de rechtspraak niet veel aantreffen en wel in de eerste plaats omdat het aantal der gewone Koninklijke besluiten, die in het *Staatsblad* worden geplaatst, niet zoo groot is en verder omdat ze dan nog vaak van inwendigen en zuiver administratieven aard zijn, zoodat de rechtsgenooten er niet gemakkelijk mee te maken krijgen en dus niet licht zich in cassatie op schending of verkeerde toepassing er van zullen beroepen. Nochtans kan men een duidelijk voorbeeld construeeren door twee arresten van betrekkelijk jongen datum met elkaar in verband te brengen. Ik bedoel de arresten van 18 December 1916 (*W.* 10041) (vgl. ook het Arrest H. R. 15 Januari 1917, *W.* 10071) en van 24 December 1917 (*W.* 10219). Het eerste betrof het Koninklijk besluit van 17 Februari 1916 (*Stbl.* 76), waarop de Raad van State niet was gehoord, dat steunde op art. 1 van de wet van 31 December 1915 (*Stbl.* 533) en inhield de voor de inwerkingtreding dier wet onmisbare aanwijzing van bepaalde gedeelten des Rijks. Het reeds vermelde tweede arrest betrof het Koninklijk besluit van 27 November 1822 (*Stbl.* 48), waarop de Raad van State wèl was gehoord en dat steunde op art. 177 van de Algemeene Wet van 26 Augustus 1822 (*Stbl.* 38). Dit Koninklijk besluit — aldus de H. R. — „bevattende eene voor de werking der wet onmisbare aanwijzing, waarbij slechts wordt aangegeven, waar ter plaatse de in de wet vervatte regelen zullen gelden, is niet te beschouwen als eene wet of wettelijke verordening en mitsdien kunnen inhoud en strekking daarvan in cassatie niet worden onderzocht". Over het wetskarakter van het eerste Koninklijk besluit liet de H R. zich niet uit en bepaalde zich slechts tot de verklaring (n.l. in het Arrest 15 Januari 1917), dat het gewone Koninklijk besluit voldeed aan art. 1 van de wet van 1915 en deze dus in werking was getreden. Het tweede arrest betrof een Koninklijk besluit van juist denzelfden aard als het eerste, alleen met dit verschil, dat het een Algemeene Maatregel van Bestuur was en als zoodanig dus eerder dan een gewoon Koninklijk besluit voor wet in den zin van art. 99, 2°., in aanmerking kwam. Welnu deze Alge-

meene Maatregel van Bestuur werd niet als een wet of wettelijke verordening beschouwd. A fortiori is dus het gewoon Koninklijk besluit van 17 Februari 1916 (*Stbl.* 76) niet als een wet in den zin van art. 99, 2°., op te vatten. Dit is dus een behoorlijk afgekondigd Koninklijk besluit, dat vanwege een ander gebrek dan dat der afkondiging geen wet mag heeten. In aansluiting aan het voorgaande moet ik hier even wijzen op een onjuistheid in het „Nederlandsch Staatsrecht" van Prof. KRANENBURG (I, blz. 109, alinea 2). In het door hem aangehaalde arrest van 5 (niet 15) Februari 1917 (*W.* 10077) ging het niet over de toelaatbaarheid van het beweren in cassatie van schending of verkeerde toepassing van het Koninklijk besluit van 17 Februari 1916 (*Stbl.* 76), maar over de vraag of art. 1 van de wet van 31 December 1915 (*Stbl.* 533) ten onrechte was uitgewerkt in een gewoon Koninklijk besluit. Deze vraag beantwoordde de H. R. ontkennend zonder zich over de eerste kwestie op eenigerlei wijze uit te laten. Dit arrest levert dus niet den minsten grond voor de op zichzelf juiste conclusie op het einde der alinea: „Alleen een algemeene maatregel is dus voorwerp van uitlegging". Het woord „dus" legt m. i. ten onrechte verband tusschen het arrest en de stelling. Trouwens, gesteld zelfs dat het arrest van 5 Februari 1917 de vraag of de schending of verkeerde toepassing van het Koninklijk besluit van 17 Februari 1916 (*Stbl.* 76) in cassatie kan worden beweerd uitdrukkelijk behandelde en ontkennend beantwoordde, dan zou een dergelijke beslissing nog allerminst geschikt zijn om een bewijs te leveren voor het verschil in de houding van den H. R. t. o. v. de Algemeene Maatregelen van Bestuur eenerzijds en de gewone Koninklijke besluiten anderzijds en wel omdat een dergelijk Koninklijk besluit, ook wanneer het een Algemeene Maatregel van Bestuur zou zijn niet tot cassatie wegens schending of verkeerde toepassing aanleiding zou kunnen geven zooals uit het Arrest H. R. 24 December 1917 (*W.* 10219) ten duidelijkste blijkt. In geen enkel geval kan dus het arrest van 5 Februari 1917 Prof. KRANENBURG van nut zijn, wanneer hij het onderscheid tusschen Algemeene Maatregelen van Bestuur en gewone Koninklijke besluiten in verband met art. 99, 2°., wil aantoonen.

Bij de Koninklijke besluiten, die niet behoorlijk waren afgekondigd, kunnen we een nader onderscheid maken tusschen de Koninklijke besluiten, welke om die reden niet als wetten in den zin van art. 99, 2°., werden beschouwd en de Koninklijke besluiten wier schending of verkeerde toepassing om een andere reden niet geschikt werd geacht om grond voor cassatie op te leveren.

De eerste soort levert het meest dadelijke bewijs voor het bestaan van het afkondigingsvereischte althans voor gewone Koninklijke besluiten, terwijl daarbij ook nog blijkt met welke

wijze van afkondiging de H. R. in dezen genoegen wil nemen. Er zijn arresten, die het gemis aan behoorlijke afkondiging als eenige grond voor buiten cassatiestelling inhouden, alhoewel zij soms weer door de formuleering van dien grond duidelijk laten merken, dat er aan het betreffende Koninklijk besluit nog wel andere smetten kleven. Daarnaast zijn er arresten, waar het gemis aan behoorlijke afkondiging als één der gronden wordt aangegeven, het niet hooren van den Raad van State er mee wordt verbonden en uit beide feiten wordt geconcludeerd: het is geen Algemeene Maatregel van Bestuur, „dus" geen wet of wettelijke verordening in den zin van art. 99, 2°., R. O., j°. art. 406 van het W. v. B. Rv.. Zooals we boven reeds zagen, mag men uit deze laatste formule niet de voorbarige gevolgtrekking maken, dat nu de schending of verkeerde toepassing van alle Algemeene Maatregelen van Bestuur grond voor cassatie zou kunnen opleveren.

Het Arrest H. R. 26 October 1914 (*W.* 9716) betrof een overtreding van de algemeene politieverordening der gemeente Rijswijk, zooals deze op 22 December 1913 was gewijzigd. Als cassatiemiddel werd aangevoerd, dat het omstreden art. 1 van deze verordening inbreuk zou maken op de Koninklijke besluiten over het onderhoud der groote wegen, tot welke wegen de weg, waarop de overtreding had plaats gehad, behoorde. Daartegen overwoog de H. R. evenwel: de aangehaalde Koninklijke besluiten kunnen den rechter nooit nopen een wettig tot stand gekomen gemeentelijke verordening ter zijde te stellen en wel omdat, zoo zij geacht moeten worden een regeling in te houden, bestemd om in het algemeen en dus naar buiten te werken, zij alsdan, waar deze besluiten niet zijn geplaatst in het *Staatsblad* en van bekendmaking op andere wijze in dit geding niet is gebleken, verbindbaarheid missen en zoo moet worden aangenomen, dat zij alleen een interne regeling van louter administratieven aard inhouden, zij in dat geval den gemeentelijken wetgever niet beperken in zijn bevoegdheid om ten aanzien van de huishouding der gemeente zelfstandig bepalingen vast te stellen en de rechter deze dus moet toepassen, ook al waren de gemeentelijke bepalingen in strijd met het Koninklijk besluit. De H. R. stelt hier dus een dilemma en het eerste lid daarvan wordt opgelost enkel en alleen met behulp van het afkondigingselement. Overigens toont zich ons hoogste rechtscollege hier mild t. o. v. de wijze van afkondiging, misschien omdat de niet-afkondiging toch vast stond.

Het Arrest H. R. 26 Januari 1923 (*W.* 11079, *N. J.*, blz. 423) betrof een procedure tusschen een cavalerie-luitenant en den Staat der Nederlanden. Als middel van cassatie was o. a. aangevoerd: „Schending of verkeerde toepassing van I, II der Algemeene Bepalingen, en art. 103 van het Reglement van administratie bij de Landmacht, vastgesteld bij Koninklijk be-

sluit van 7 Februari 1886, no. 14, I, II der Algemeene Bepalingen, art. 73 van dat Reglement, vastgesteld bij Koninklijk besluit van 6 Juni 1916, no. 25, artt. 1 en 2, 5, 6, 8, 9, 11 en 30 van het Koninklijk besluit van 20 September 1905, no. 75, en art. 48 B. R.". De H. R. overwoog, „dat de in het middel genoemde Koninklijke besluiten niet behoorlijk zijn afgekondigd, immers alleen in het *Bijvoegsel tot het Staatsblad* zijn opgenomen, hetwelk echter niet voor publiekmaking van regelingen in het Staatsbestuur is aangewezen, en derhalve niet zijn zoodanige wettelijke verordeningen, waarvan schending of verkeerde toepassing in cassatie met vrucht kan worden beweerd". Ook hier wordt alleen op de afkondiging gewezen en het *Bijvoegsel tot het Staatsblad* is voor een behoorlijke afkondiging blijkbaar niet voldoende; de afkondiging moet in het *Staatsblad* zelf plaats vinden (vgl. het boven vermelde arrest van 14 November 1881).

Het Arrest van 11 November 1927 (*W.* 11753) handelde over het Koninklijk besluit van 11 Januari 1915, no. 69, bepalende, dat de gegageerde en gepensioneerde militairen van het leger van Ned.-Indië en van de landmacht in West-Indië gedurende het volbrengen van de vrijwillige verbintenis voor onbepaalden tijd, bedoeld bij het Koninklijk besluit van 3 Augustus 1914, no. 22, in het genot blijven van het hun toekomend gagement of pensioen. De H. R. overwoog, dat een Koninklijk besluit niet kan worden aangemerkt als een wet in den zin van art. 99 van de Wet op de R. O. reeds op dezen enkelen grond, dat aan dit Koninklijk besluit niet, door insertie in eenig voor publiekmaking van regelingen van het Staatsbestuur aangewezen orgaan, behoorlijke publicatie is gegeven. Hier kan men tusschen de regels door lezen, dat de niet-afkondiging niet de eenige grond is om een Koninklijk besluit niet als een wet in den zin van art. 99, 2°., te beschouwen. Het blijkt ook, dat de afkondiging moet plaats hebben in een officieel orgaan en opneming in particuliere verzamelingen geen behoorlijke afkondiging kan opleveren. In verband met het Souverein besluit van 18 December 1813, no. 5, zal dat officieele orgaan het *Staatsblad* moeten zijn. Uit de formuleering van de juist aangehaalde overweging zou men met recht kunnen opmaken, dat de H. R. ook de afkondiging van Koninklijke besluiten in de *Staatscourant* „behoorlijk" acht. Men zal daarom tot één van tweeën moeten besluiten: òf de H. R. heeft zich in dit arrest niet juist uitgedrukt en een te ruime formule gebezigd, òfwel ons hoogste rechtscollege heeft zijn standpunt van 14 November 1881 verlaten en slaat voortaan geen acht meer op de duidelijke bewoordingen van het Souv. besluit van 18 December 1813, no. 5. De eerste oplossing lijkt mij voorralsnog de meest waarschijnlijke.

Er zijn verschillende arresten, waarin schending of verkeerde

toepassing van een Koninklijk besluit geen grond voor cassatie kan bieden, omdat het betreffende Koninklijk besluit geen Algemeene Maatregel van Bestuur is. Ik wijs op het Arrest H. R. 23 Februari 1906 (*W.* 8341) betreffende het Koninklijk besluit van 2 Augustus 1870, no. 10; het Arrest van 31 October 1913 (*W.* 9589, *N. J.* blz. 1217) aangaande het Koninklijk besluit van 27 Maart 1907, no. 38, en het Arrest van 26 Juni 1916 (*W.* 9990) handelende over het Koninklijk besluit van 30 Maart 1904, no. 24.

In het Arrest H. R. 31 October 1913 b.v. overwoog de H. R., dat een Koninklijk besluit waarop de Raad van State niet is gehoord en hetwelk niet is afgekondigd, als zijnde geen Algemeene Maatregel van Bestuur niet is een zoodanige wet of wettelijke verordening, waarvan schending of verkeerde toepassing met vrucht in cassatie kan worden beweerd.

De redactie van het *Weekblad* zette in den kop van het arrest van 26 Januari 1923 „vaste rechtspraak" en doelde daarmee klaarblijkelijk op de laatstgenoemde arresten. Daardoor geeft de redactie blijk een onderscheiding die in het voorgaande is gemaakt te verwaarloozen.

Er zijn ook Koninklijke besluiten, die niet behoorlijk waren afgekondigd en wier schending of verkeerde toepassing niet geschikt werden geacht grond voor cassatie op te leveren zonder dat er van dat gemis aan behoorlijke afkondiging in de overwegingen van den H. R. melding werd gemaakt. Een voorbeeld daarvan is het Arrest H. R. 5 Januari 1923 (*W.* 11034) betreffende het Bezoldigingsbesluit 1920 in verband met het Koninklijk besluit van 20 November 1919, no. 71. Dit laatste besluit — aldus de H. R. — houdt niet in een zoodanige naar buiten werkende, algemeene regeling als waarop art. 99 van de Wet op de R. O. het oog heeft, doch bevat slechts een inwendige regeling van administratieven aard. Op dien grond kan de inhoud van dit besluit niet in cassatie ter toetse worden gebracht, doch heeft de H. R. te dien aanzien te eerbiedigen, wat de rechter, die geroepen is over de feiten te oordeelen, daaromtrent heeft vastgesteld. Evenmin als men op grond van de boven behandelde arresten, waarin de H. R. enkel en alleen steunende op het gemis aan behoorlijke afkondiging de betreffende Koninklijke besluiten het wetskarakter ontzegt, kan besluiten, dat de afkondiging het eenige element is in het begrip, dat de H. R. zich van wet in art. 99, 2°., vormt, kan men uit het arrest van 5 Januari 1923 concludeeren, dat de afkondiging blijkbaar niet een plaats heeft in het wetsbegrip van den H. R.. De H. R. kon in dit geval met dat eene argument zijn meening voldoende motiveeren en hield daarom — zooals zoo vaak — zijne verdere argumenten in petto. Wanneer men er van moest uitgaan, dat de H R. in zijn motiveeringen steeds een limitatieve opsomming pleegt te

geven van zijn argumenten, dan zou men in zijn rechtspraak heelemaal geen systeem meer kunnen ontdekken. Alleen dan zou een arrest als dat van 1923 moeilijkheid kunnen opleveren, wanneer de H. R. zijn argument als „het eenige" aangaf, maar dat was toen niet het geval en is voor zoover mij bekend nooit het geval geweest.

Uit het bovenstaande is nu wel duidelijk, dat — wil men een Koninklijk besluit tot wet in den zin van art. 99, 2°, stempelen — in ieder geval voor behoorlijke afkondiging in het *Staatsblad* behoort te worden zorg gedragen, terwijl ook nog aan andere vereischten moet worden voldaan.

Aangaande de ministerieele beschikkingen of resoluties is de rechtspraak van den H. R. niet steeds dezelfde gebleven. Vóór den wereldoorlog werd de schending of verkeerde toepassing er van steeds als grond voor cassatie afgewezen, maar de groote vermeerdering van hun aantal en belangrijkheid vooral tengevolge van de Distributiewet 1916 heeft den H. R. er ten slotte toe bewogen althans sommige Ministerieele besluiten als wetten in den zin van art. 99, 2°., te gaan beschouwen. Die jurisprudentiewijziging bracht den H. R. voor een moeilijkheid, die wellicht als de oorzaak moet worden aangegeven van het feit, dat het zoo lang heeft geduurd eer de Ministerieele beschikkingen als wetten werden erkend. De Minister was n.l. niet een in de Grondwet genoemd wetgevend orgaan en bij velen deed de meening opgeld, dat de Grondwet een limitatieve opsomming der wetgevers bedoelde te geven en dat daarom ook de wet in formeelen zin geen nieuwe wetgevende organen mocht scheppen. Deze meening kwam b.v. tot uiting bij de behandeling door de Tweede Kamer van art. 6 van de Steenhouwerswet van 7 October 1911 (*Stbl.* 315), bij de beraadslagingen over art. 41 van de Radenwet van 5 Juni 1913 (*Stbl.* 203) en bij de besprekingen over de Bakkersraden van Minister TALMA. In de vergadering van de Nederlandsche Juristenvereeniging in 1917 werd o. a. de kwestie besproken, of de Grondwet zich tegen het instellen van andere dan in de Grondwet genoemde wetgevende lichamen verzet. Ook hier werd de ongrondwettigheid van dergelijke lichamen bepleit met name door Mr. J. A. LEVY, maar de beide praeadviseurs en de overgroote meerderheid van de vergadering gaven blijk van een andere meening. Twee jaar later is de H. R. definitief overgegaan tot een andere opvatting omtrent de Ministerieele beschikkingen, nadat Adv.-Gen. BESIER al vroeger (n.l. bij het Arrest van 22 April 1918, *W.* 10280) een conclusie in dien geest had genomen. Ik geloof, dat men in de staatsrechtelijke literatuur tot nu toe ten onrechte heeft nagelaten op het verband tusschen deze wetenschappelijke kwestie en de jurisprudentiewijziging van den H. R. te wijzen. Sinds 1922 is art. 194 in de Grondwet opgenomen en door die opneming heeft de

Grondwetgever eigenlijk de meening van Mr. Levy en de oude jurisprudentie van den H. R. overgenomen. Het is wel merkwaardig, dat onze Grondwetgever zich door overdreven securiteit heeft laten verleiden tot het innemen van een standpunt, dat strijdt met de praktijk onzer wetgeving zooals zich die b.v. openbaart in de wetten van 12 Juli 1855 (*Stbl.* 102) en van 7 October 1911 (*Stbl.* 315). Wat de rechtspraak van den H. R. aangaat, in het feit van het opnemen van art. 194 zou men met behulp van een redeneering a contrario een afkeuring kunnen lezen van de jurisprudentie van 1919, maar het artikel zelf sanctionneert in ieder geval die jurisprudentie, voor zoover ze na 1922 op denzelfden voet wordt gehandhaafd. Het opnemen van art. 194 in de Grondwet houdt impliciet een erkenning in van de juistheid van de leer, dat alle wetgevende organen in laatste instantie den wortel van hunne bevoegdheid in de Grondwet moeten kunnen aanwijzen.

De opvatting van Prof. Kranenburg (I, 108—110) omtrent de jurisprudentiewijziging van 1919 is niet geheel juist. Ten onrechte meent hij een tegenstelling te moeten zien tusschen het arrest van 23 Februari 1906 (*W.* 8341) en de twee arresten van 10 Juni 1919 (*W.* 10429)) zooals blijkt uit den aanhef van de laatste alinea van blz. 109 („De oorlog heeft ook hier verandering gebracht"). In werkelijkheid is de jurisprudentie van 1906 tot op heden onveranderd gebleven en nog steeds kunnen onder de Koninklijke besluiten alleen de Algemeene Maatregelen van Bestuur voorwerp van uitlegging vormen. Wil men de arresten van 1919 met iets in tegenstelling brengen, dan moeten dat zijn de arresten, die de H. R. vóór 1919 over de Ministerieele beschikkingen heeft gewezen (dus b.v. het arrest van 4 Maart 1918 niet van 1 Maart 1918, opgenomen in *W.* 10256 en tal van andere arresten uit de oorlogsjaren) en geen andere. De beslissingen over de Koninklijke besluiten staan naast en niet tegenover de arresten van 1919.

Een bezwaar tegen alle verhandelingen over 's Hoogen Raads houding t. o. v. de Ministerieele beschikkingen is, dat men de jurisprudentie slechts gedeeltelijk weergeeft en daardoor de omwenteling in de rechtspraak veel te simplistisch ziet. De vraag of Ministerieele beschikkingen wettelijke voorschriften zijn kan n.l. op twee wijzen ter beoordeeling van den H. R. komen: ten eerste, wanneer als cassatiemiddel is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van eene Ministerieele beschikking; ten tweede, wanneer men in cassatie beweert: schending of verkeerde toepassing van de betreffende bepalingen van het Wetboek van Sv., omdat in de dagvaarding niet is melding gemaakt van het bestaan van een Ministerieele beschikking, die als feitelijk bestanddeel van het ten laste gelegde grond van 's rechters onderzoek en beslissing uitmaakte en mitsdien in de dagvaarding diende te worden ver-

meld. Men heeft tot nu toe in de literatuur alleen acht geslagen op de eerste categorie en de andere groep van beslissingen steeds verwaarloosd. In de dagvaarding moeten de feiten en omstandigheden worden opgesomd, maar een vermelding van de daarmee verband houdende wettelijke voorschriften is niet vereischt. Men vindt deze onderscheiding b.v. zeer duidelijk uitgedrukt in het Arrest H. R. 28 October 1889 (*W.* 5792), waar het ging over een bevelschrift van den Burgemeester van Sloten krachtens art. 6, alinea 1, in verband met art. 3, alinea's 2 en 3, van de Hondsdolheidswet van 5 Juni 1875 (*Stbl.* 110). De H. R. overwoog, „dat weliswaar het feit der afkondiging van dit bevelschrift, evenals het feit der afkondiging van de wet zelve, waardoor de verordening in verband met de wet verbindend wordt, ter kennis van den rechter moet zijn gekomen; maar dat het onderzoek naar en de kennis van deze bepalingen van de wet en de wettelijke verordening, die in verband met elkander de verbods- en strafbepaling bevatten, al moge de rechter in geval van bij hem bestaanden twijfel ook overlegging van bewijs der afkondiging kunnen bevelen, van geheel anderen aard is dan het onderzoek naar de feiten en omstandigheden, die te zamen het geheel der overtreding (corpus contraventionis) uitmaken;". Ook het Arrest 3 December 1917 (*W.* 10212) is in dezen van belang voor zoover daarbij de H. R. in verband met requirants derde middel overwoog, „dat dit verbod uitgevaardigd bij een Algemeene Maatregel van Bestuur, is een wettelijk voorschrift, waarvan de dagvaarding niet als grond van 's rechters onderzoek en beslissing behoeft melding te maken". Zoo mogelijk nog scherper wordt de scheidingslijn tusschen de wettelijke voorschriften en de feitelijke bestanddeelen getrokken in het hierna te behandelen arrest van 13 Mei 1918 (*W.* 10290): de wettelijke voorschriften moeten niet in de dagvaarding worden vermeld.

Vóór den oorlog werden Ministerieele beschikkingen nooit als wet in den zin van art. 99, 2°., opgevat. Ik wijs b.v. op het Arrest H. R. 23 April 1897 (*W.* 6957), waarbij de beschikking van den Minister van Financiën van 22 Maart 1889 (no. 34) niet als een wettelijk voorschrift werd aangemerkt.

Op 13 November 1916 wees de H. R. een arrest (opgenomen in *W.* 10042), waarin werd verklaard, dat de Beschikking van den Minister van Landbouw van 23 Februari 1916 bevat „een wettelijk voorschrift" houdende aanwijzing van een verboden kring, welk voorschrift steunt op art. 40 van het op art. 34 der wet van 20 Juli 1870 (*Stbl.* 131) gegrond Koninklijk besluit van 10 Juli 1896 (*Stbl.* 104, Raad van State gehoord) en overeenkomstig art. 44 van dat besluit in de *Ned. Staatscourant* van 24 Februari 1916, no. 46, ter algemeene kennis is gebracht. Of de H. R. deze Beschikking nu ook beschouwde

als na schending of verkeerde toepassing grond opleverende voor cassatie blijkt in het arrest niet. Dat die twee zaken — te weten het kwalificeeren als wettelijk voorschrift en het na schending of verkeerde toepassing grond opleveren voor cassatie — hoe vreemd het ook moge schijnen, voor den H. R. niet steeds behoeven samen te vallen meen ik o. a. te mogen afleiden uit de bewoordingen van het arrest van 4 Maart 1918 (*W.* 10256), waar de H. R. door het gebruiken van het woord „zoodanige" (sc. wettelijke verordening, als waarvan de schending of verkeerde toepassing in cassatie kan worden onderzocht) in de wettelijke verordeningen een onderscheiding schijnt te maken. In ieder geval nam de H. R. niet over wat Adv.-Gen. TAK in zijn conclusie aan het arrest voorafgaande had gesteld, n.l. dat de betreffende Ministerieele beschikking „niet is een zoodanig voorschrift, waarvan schending of verkeerde toepassing in cassatie kan worden beweerd".

Het Arrest H. R. 3 Januari 1917 (*W.* 10064) betrof de Ministerieele resolutie van 28 Februari 1916 (*Stsc.* 78), uitvloeisel van de aan den Minister bij art. 2 van de wet van 31 December 1915 (*Stbl.* 533) verleende bevoegdheid om uitzonderingen toe te laten op het verbod van uitvoer, gesteld in lid 1 van dit artikel. Uit de merkwaardige conclusie van Adv.-Gen. LEDEBOER citeer ik: „Bij art. 2 der wet van 31 December 1915 (*Stbl.* 533) is bepaald, dat het vervoer van alle goederen onder de daar genoemde omstandigheden moet gedekt zijn door binnenlandsche paspoorten .Het tweede lid vervolgt dan: Onze Minister van Financiën is bevoegd hierop uitzondering toe te laten, zoo noodig, onder daarbij te stellen bijzondere voorwaarden. Ik zou meenen, dat wat aan den Minister bij art. 2, laatste lid, der wet is opgedragen, niet is het verrichten van een daad van wetgeving, doch het treffen van uitvoeringsmaatregelen voor bijzondere gevallen, die niet door algemeene wetgeving kunnen worden voorzien en geregeld". De Adv.-Gen. beschouwt dus het door den Minister stellen van uitzonderingen niet als een daad van wetgeving. De oplossing, die men aan het dispensatievraagstuk geeft, is bij de beoordeeling van deze meening natuurlijk beslissend. De H. R. liet intusschen deze kwestie in het midden door zeer sober te overwegen „dat de Ministerieele resolutie als de bedoelde niet is een wet of wettelijke verordening, waarvan de schending door verkeerde toepassing, gevolg van onjuiste opvatting der bepalingen, in het cassatiegeding kan worden beweerd, immers de uitlegging daarvan staat ter beoordeeling van den rechter, die over de feiten oordeelt".

In het voorgaande is reeds enkele malen vermeld het Arrest H. R. 4 Maart 1918 (*W.* 10256). Het ging hier over de beschikking van den Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel van 14 Mei 1917, steunende op de Distributiewet 1916 en

houdende de vaststelling van de maximumprijzen voor handelsmaterialen in ijzer en staal. We treffen in dit arrest de overweging aan: „de Ministerieele beschikking van 14 Mei 1917 is niet een wet of een zoodanige wettelijke verordening als waarvan de schending of verkeerde toepassing in cassatie kan worden onderzocht".

Denzelfden geest ademt het Arrest H. R. 22 April 1918 (*W.* 10280) betreffende de beschikking van den Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel van 16 Februari 1917 onder I *a* (Directie van den Landbouw no. 4045, 6°., Afd. D; *Ned. Staatscourant* van 16 Februari 1917, no. 40), houdende verbod kool te verbouwen, zonder dat daarvoor door den Burgemeester van de gemeente, waar het bedrijf is gevestigd vergunning is verleend overeenkomstig art. 7 van de Distributiewet 1916, zooals die beschikking is gewijzigd door een beschikking van denzelfden Minister van 23 Maart 1917 (*Stsc.* no. 70). In zijn conclusie wees Adv.-Gen. Besier op het feit dat de H. R. tot dan toe cassatiemiddelen gegrond op schending van Ministerieele beschikkingen had afgewezen, maar voor die afwijzing nooit redenen had aangevoerd. „Hieruit put ik" aldus de Adv.-Gen. — „de vrijheid met uwen Raad van gevoelen te verschillen. Mij komt het toch voor, dat ook een zoodanige beschikking een rechtsvoorschrift kan zijn, wanneer zij maar bestemd is algemeen te binden, d. w. z. niet alleen tegenover bepaald aangewezen personen te werken, doch tegenover iedereen die met haar in aanraking komt". Tegenover dit betoog handhaafde ons hoogst rechtscollege echter zijn niet gemotiveerde overweging, „dat die beschikking niet is een zoodanige wettelijke verordening, waarvan de schending met vrucht in cassatie kan worden beweerd".

Hierna kwam het merkwaardige Arrest van 13 Mei 1918 (*W.* 10290). Als eenig middel tot cassatieberoep was ingesteld: „Schending door niet of verkeerde toepassing van de artt. 1, 2, 8 en 12 van de Distributiewet 1916 en de beschikking van den Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel van 27 October 1917 en Sv. 216". De H. R. overwoog, „dat de Ministerieele beschikking van 27 October 1917, die als prijs, waartegen geraffineerd zout in het klein ten hoogste mag worden verkocht, heeft vastgesteld 7 cent per half K.G., is een op de wet steunende beschikking, welke door afkondiging in den *Ned. Staatscourant* van 27 October 1917, no. 252, is bekend gemaakt en *een wettelijk voorschrift* van hetwelk wel de strafbaarheid van het ten laste gelegde en bewezen verklaarde afhankelijk is, doch dat — naar den voor wettelijke voorschriften algemeen geldenden regel — niet een bestanddeel van het strafbaar feit vormt, zoodat het niet in de dagvaarding als grond van 's rechters onderzoek en beslissing behoefde te worden vermeld". Ik wijs op het uitdrukkelijk

omschrijven der afkondiging en op het kwalificeeren als een wettelijk voorschrift. Men kan zeggen: de H. R. heeft hier zijn draai al half genomen; de voornaamste stap op het pad der nieuwe jurisprudentie is reeds vóór 1919 gezet. Het kwam er — om in de terminologie van het arrest van 4 Maart 1918 te blijven — sindsdien nog maar op aan, dat de Ministeriecle beschikking ook werd gekwalificeerd als een „zoodanige" wettelijke verordening als waarvan de schending of verkeerde toepassing in cassatie kan worden onderzocht. De H. R. heeft dus in twee tempo's een ontwikkeling doorgemaakt, die — wilde men een dogmatisch monstrum voorkomen — noodzakelijk in één tempo had moeten zijn volbracht. Want een dogmatisch monstrum mag men de constructie wel noemen, die iets als „wettelijk voorschrift" kwalificeert en tegelijkertijd — in strijd met de algemeene formule van art. 99 R. O. j°. art. 406 B. Rv. — de schending of verkeerde toepassing daarvan geen grond voor cassatie laat opleveren.

Op 10 Juni 1919 (*W.* 10429) wees de H. R. twee arresten, waarin we de omwenteling voltooid zien. Arrest I betrof de beschikking van den Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel van 16 November 1917, no. 1956 *b* (*Stsc.* 269) steunende op art. 7 van de Distributiewet 1916 en bepalende, dat voor het oogstjaar 1918 de teelt van sommige gewassen slechts geoorloofd is, indien voldaan wordt aan enkele voorwaarden, waartoe o. a. behoort de betaling der kosten gevallen op een eventueel door den betrokken Burgemeester aan den verbouwer uit te reiken bewijs van vergunning. Adv.-Gen. Tak stelde zich op het oude standpunt, maar de H. R. overwoog, dat „onder wet waarvan volgens art. 99 van de Wet op de R. O. de schending in cassatie kan worden ingeroepen mede zijn te begrijpen naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van een regeling door de wetgevende macht, ontleent.

Vergelijkt men dit arrest met dat van 22 April 1918 (*W.* 10280), waar in een analoog geval anders werd beslist, dan is de ommekeer wel zeer duidelijk.

Arrest II handelde over de beschikking van denzelfden Minister van 13 Juli 1918 (*Stsc.* 162) steunende op de Distributiewet 1916 en houdende den last tot inbezitneming van bepaalde oogstproducten (waaronder rogge) door door den Minister aan te wijzen autoriteiten. Evenals op 22 April 1918 stelde Adv.-Gen. Besier zich ook thans weer op het nieuwe standpunt en door dezelfde overweging te bezigen als bij het voorgaande arrest nam ons hoogste rechtscollege zijn meening over.

Ruim een jaar later volgde een bevestiging van deze jurisprudentie in het Arrest H. R. 23 December 1920 (*W.* 10753). Het cassatiemiddel hield in de schending van de beschik-

king van den Minister van Landbouw, Nijverheid en Handel van 24 December 1917(*Stsc.* no. 301) houdende vaststelling van de maximumprijzen van leder in verband met de artt. 1, 2, 6 en 8 der Distributiewet 1916. Door hier op in te gaan beschouwde de H. R. deze Ministerieele beschikking implicite als een wet in den zin van art. 99, 2°.

Een belangrijke beslissing van den laatsten tijd, verband houdende met de tweede wijze waarop de H. R. in aanraking kan komen met Ministerieele beschikkingen, is het Arrest H. R. 15 November 1926 (*W.* 11604). Daaruit blijkt, dat de niet inachtneming der voorschriften van den Minister van Financiën, indien de uitslag geschiedt met de bestemming sub *b*, *c* of *d* van art. 29 van de Tabakswet van 6 Mei 1921 (*S.* 712), een feitelijk bestanddeel is van het in die bepalingen omschreven strafbaar feit dat, wil er van een veroordeeling ter zake van dit feit sprake zijn, moet zijn te laste gelegd en bewezen. En dit wel omdat zooals de H. R. zegt „bedoelde voorschriften niet zijn te vinden in eenig wettelijk openbaar gemaakt stuk". Hier wordt dus op de beteekenis van het afkondigingselement gewezen, want zonder die afkondiging kunnen die voorschriften van den Minister geen wettelijke voorschriften zijn.

Het zal den lezer reeds opgevallen zijn hoe zelden in de rechtspraak over de Ministerieele beschikkingen uitdrukkelijk over de afkondiging wordt gesproken. Wel is het een feit, dat alle Ministerieele beschikkingen wier schending of verkeerde toepassing tot nu toe waardig werd gekeurd grond voor cassatie op te leveren, behoorlijk in de *Staatscourant* waren afgekondigd, zooals bij de bespreking van de betreffende arresten telkens is vermeld. Ik wijs in verband hiermee op art. 2, 1°., van het Souv. besluit van 18 December 1813 (LUTTENBERG, 1813—14, blz. 22) houdende instelling van de *Nederlandsche Staatscourant*. Het betreffende artikel luidt: Worden in de *Staatscourant* geplaatst: alle besluiten, benoemingen en aanschrijvingen van de Ministers. Men kan, steunende op zijn rechtspraak, zeggen, dat de H. R. het afkondigingsvereischte impliciet steeds heeft gesteld. Ook de overweging in het arrest van 13 Mei 1918 (*W.* 10290) wijst in die richting. Maar het arrest van 15 November 1926 heeft in dezen allen twijfel doen verdwijnen en de afkondiging nadrukkelijk geeischt. Uit het zoo juist aangehaalde Souv. besluit van 1813 kan worden afgeleid, dat voor Ministerieele beschikkingen de afkondiging in de *Staatscourant* is een behoorlijke afkondiging.

Na deze beschouwingen over de uitingen der centrale wetgevers nog een enkel woord over de houding van den H. R. t. o. v. de verordeningen en reglementen van lagere wetgevers. Men vindt in de rechtspraak over deze vormen van wetgeving weer het onderscheid tusschen verordeningen, die algemeen en

naar buiten werken en verordeningen van zuiver administratieven en inwendigen aard. Alleen de eerste soort heeft in het algemeen gesproken kans in cassatie ter toetse te kunnen worden gebracht, bijzondere regelingen kwamen daarvoor nooit in aanmerking.

Zoo werd bij Arrest H. R. van 10 December 1909 (*W.* 8945) uitgemaakt, dat eene gemeentelijke verordening, die een tramconcessie geeft, geen wet is in den zin van art. 99, 2°. De Arresten van 10 Maart 1911 (*W.* 9157) en van 24 Juni 1921 (*W.* 10822) spraken hetzelfde oordeel uit over reglementen voor instellingen van liefdadigheid, vastgesteld door een gemeentebestuur, terwijl het belangrijke arrest van 1 Maart 1918 (*W.* 10256) in dezen wel de meest duidelijke en algemeene overweging geeft door te zeggen, dat „onder wet in den zin van art. 99, 2°., van de Wet op de R. O. in verband met art. 165 der Grondwet (van 1917) alleen worden begrepen naar buiten werkende, algemeene regelingen van het openbaar gezag, derhalve regelingen gericht tot een ieder, doch niet regelingen of beschikkingen ten aanzien van bepaald aangewezen personen". Het laatste arrest betrof een geschil tusschen de gemeente 's-Gravenhage en pastoor Schravemade over de kosten van rioleering en aanleg van straten in verband met het stratenplan-Scheveningen. De betreffende gemeentelijke verordening werd niet beschouwd als wet in den zin van art. 99, 2°. Ook in het bekende Arrest H. R. van 7 Juni 1918 (*W.* 10289) aangaande de Hofvijverkwestie in verband met het Arrêté van den Intendant-Generaal van Financiën van 1812, gaf de H. R. — evenals Adv.-Gen. Ledeboer in de conclusie aan het arrest voorafgaande — blijk van dezelfde meening. Het is wel opmerkelijk, dat de H. R. — in navolging overigens van den Adv.-Gen. in diens conclusie — aan de vraag betreffende de algemeenheid die naar de afkondiging verbond. In het arrest vinden we n.l. de volgende overweging: „dat deze opvatting (dat het Arrêté is een zuiver administratieve maatregel) verder gesteund wordt door de omstandigheid dat het Arrêté op geen enkele wijze ter algemeene kennis is gebracht, doch alleen is medegedeeld aan den Prefect ter uitvoering en aan een tweetal ambtenaren om zich ieder, voor zooveel hem betreft, daarnaar te gedragen".

Om nu ook eenige beslissingen te vermelden, waarin een verordening van een lager wetgevend orgaan wèl als een wet of wettelijk voorschrift werd beschouwd, haal ik in de eerste plaats aan het Arrest H. R. van 9 Januari 1880 (*W.* 4465). Het betrof hier schending of verkeerde toepassing van het Grondreglement voor de waterschappen in de provincie Groningen, vastgesteld door de Staten dier provincie op 23 November 1852, goedgekeurd bij Koninklijk besluit van 6 December 1852, no. 15, artt. 29, 38 en 40. De H. R. overwoog, „dat dit

Grondreglement niet is eene bloot huishoudelijke regeling van de daaronder vallende waterschappen, maar een voor die waterschappen, door de Provinciale Staten krachtens hun wetgevende bevoegdheid vastgesteld en mitsdien wettelijk reglement, waarvan de zin en de strekking ook in cassatie kan worden onderzocht". Dit Grondreglement zal waarschijnlijk in verband met de artt. 100—102 van de Provinciale wet in het *Provinciaal Blad* zijn afgekondigd. Omtrent een resolutie van Ged. Staten van Friesland van 28 Juni 1838 overwoog de H. R. echter bij Arrest van 23 Maart 1906 (*W.* 8355) : schending of verkeerde toepassing is en kan ook „wegens den aard van dat stuk" in cassatie niet worden beweerd.

In het Arrest van 26 October 1914 (*W.* 9716) betreffende art. 1 van de Algemeene Politieverordening der gemeente Rijswijk is de H. R. niet voor de kwestie geplaatst of schending of verkeerde toepassing van die verordening al dan niet tot cassatie kan leiden. Waarschijnlijk zou die vraag door ons hoogste rechtscollege bevestigend zijn beantwoord.

Belangrijk in meer dan één opzicht is het Arrest H. R. van 28 October 1889 (*W.* 5792). De Burgemeester der gemeente Sloten had krachtens art. 6, alinea 1, van de Hondsdolheidswet van 5 Juni 1875 (*Stbl.* 110) bij het bevelschrift bedoeld in art. 3, alinea 2 en 3, van die wet bepaald, dat alle honden in de gemeente Sloten gedurende een zekere periode gemuilkorfd moesten zijn. Dit bevelschrift was afgekondigd op 14 Mei 1888 op een behoorlijke wijze. Requirant in cassatie had nu als middel opgeworpen: schending van eenige bepalingen van het Wetboek van Sv. omdat het bevelschrift niet als een feitelijk bestanddeel van het strafbaar feit in de dagvaarding was vermeld. De H. R. antwoordde daarop met een scherpe distinctie tusschen „de feiten en omstandigheden, die te zamen het geheel der overtreding (corpus contraventionis) uitmaken" en „de rechtsbepalingen, die door de wet of de wettelijke verordening worden gevestigd". De H. R. zag dit bevelschrift als zoo een wettelijke verordening, zoodat het bestaan daarvan niet in de dagvaarding behoefde te worden vermeld. De H. R. beschouwde dus dit bevelschrift als een wettelijk voorschrift, maar daaruit volgt — zooals we boven aan de hand van enkele voorbeelden zagen — nog niet noodzakelijk, dat het ook een zoodanig wettelijk voorschrift was, als waarvan de schending of verkeerde toepassing met vrucht in cassatie kan worden beweerd. Men wachte zich dus wel uit dit arrest te verregaande conclusies te trekken.

Ook bij de niet zeer talrijke lagere ordeningen, die in de bovenstaande arresten als wetten in den zin van art. 99, 2°., werden beschouwd, blijkt telkens dat zij op behoorlijke wijze waren afgekondigd, d. w. z. op de wijze, die voor elk van hen was voorgeschreven. Om te groote uitvoerigheid te vermijden,

wil ik mij tot dit beknopt overzicht omtrent dezen vorm van wetgeving bepalen en daaruit alleen de negatieve conclusie trekken, dat op grond van geen enkele van die beslissingen bezwaar is te maken tegen de stelling, dat door den H. R. de afkondiging als vereischte voor de wet in den zin van art. 99, 2°., wordt gesteld.

Thans komen we tot de gevolgtrekkingen uit het overzicht van de jurisprudentie van den H. R.:

Als eerste stelling zou ik willen opzetten: „De behoorlijke afkondiging is volgens den H. R. een bestanddeel van het begrip wet in den zin van art. 99, 2°., R. O.".

Voor de argumentatie verwijs ik in hoofdzaak naar het voorgaande.

In de wet houdende Algemeene Bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk artt. 1 en 2 is wel de voornaamste positiefrechtelijke basis te vinden voor deze rechtspraak. Uit den zoo algemeen mogelijk gestelden titel dezer wet van 15 Mei 1829 (*Stbl.* 28) en uit het feit, dat zij in onze wetgeving — in tegenstelling tot den Franschen Titre Préliminaire — niet in, maar buiten het B. W. is geplaatst, blijkt voldoende de algemeene strekking van deze bepalingen. Dat haar invloedssfeer niet beperkt is tot de codificatie van 1838 blijkt ook nog uit het feit, dat art. 2 letterlijk is overgeschreven uit de artt. 1 en 2 van de wet van 2 Augustus 1822 (*Stbl.* 33) (art. 1 komt overeen met de alinea's 1 en 2 en art. 2 met alinea 3 van art. 2 van de wet van 15 Mei 1829), die onafhankelijk van de codificatie is tot stand gekomen.

Het Arrest H. R. van 28 October 1889 (*W.* 5792) bewijst, dat de H. R. deze beginselen op een zeer uitgebreid terrein laat werken. In een der overwegingen komt de passage voor: „dat het feit der afkondiging van dit bevelschrift (sc. van den Burgemeester der gemeente Sloten), waardoor de verordening in verband met de wet verbindend wordt . . . .". Zelfs over een bevelschrift van den Burgemeester krachtens de Hondsdolheidswet strekt zich dus volgens den H. R. de werking van de beginselen, die aan de artt. 1 en 2 van de wet houdende A. B. ten grondslag liggen, uit.

Volledigheidshalve wil ik hier nog even wijzen op de afwijkende meening waarvan in dezen Adv.-Gen. Tak blijk geeft in zijn conclusie bij het Arrest H. R. 25 Maart 1927 (*W.* 11645). In dit arrest kwam in behandeling het Reglement — Dienstvoorwaarden — 1921, vastgesteld door de Maatschappij tot Expl. van Staatsspoorwegen en de H. IJ. S. M., goedgekeurd door den Minister van Waterstaat, niet afgekondigd in *Staatsblad* of *Staatscourant*, steunende op art. 96 van het Algemeen Reglement Dienst (vastgesteld bij Koninklijk besluit van 26 Juni 1913 (*Stbl.* 315) en sedert dien herhaaldelijk gewijzigd) op zijn beurt wortelend in art. 27 der wet van 9 April

1875 (*Stbl.* 67) en art. 1, sub II, der wet van 13 Juli 1907 (*Stbl.* 193). Er waren drie cassatiemiddelen aangevoerd en Adv.-Gen. TAK behandelde in zijn conclusie alleen het eerste en meende de twee andere middelen te kunnen voorbijgaan. De H. R. echter beschouwde het eerste middel als niet ter zake en behandelde enkel de laatste twee middelen. Zoodoende gingen conclusie en arrest langs elkaar heen en werd de afkondigingskwestie alleen in de conclusie besproken. De Adv.-Gen. verklaarde: „Ik stel hoogen prijs op de afkondiging van naar buiten werkende Ministerieele beschikkingen. Noodzakelijk voor de verbindbaarheid acht ik haar echter niet, omdat zij nergens geboden wordt Uit Alg. Bep. art. 2 en de wet van 1852 blijkt enkel, dat afkondiging geen karaktereigenschap van wet of bestuursmaatregel is, doch een toegevoegde eigenschap voor de verbindbaarheid, uit kracht der wet geboren". Daarom vindt hij voor een Ministerieele beschikking, die tevens wet is in den zin van art. 99, 2°., afkondiging in het *Staatsblad* of de *Staatscourant* — hoezeer ook wenschelijk — niet volstrekt noodzakelijk. Hij beroept zich op het feit, dat die afkondiging nergens wordt geboden. Daartegen is echter m. i. behalve de wet van 1822 Alg. Bep. art. 2 aan te voeren, aan welk artikel hij blijkbaar een veel te enge interpretatie geeft. Wat de tegenstelling karaktereigenschap — toegevoegde eigenschap — aangaat, vraag ik mij af, hoe het mogelijk is daarvoor in de betreffende wetsbepalingen eenigen grond aan te wijzen.

Mijn tweede stelling omtrent de opvattingen van den H. R. betreft de wijze van afkondiging. Zij luidt: „Onder behoorlijke afkondiging moet volgens den H. R. worden verstaan: bij die wetten of wettelijke voorschriften, omtrent wier afkondiging wettelijke voorschriften bestaan, de in die voorschriften vervatte wijze van afkondiging; bij alle andere wetten of wettelijke verordeningen elke redelijke vorm van afkondiging overeenkomstig de keuze van het betreffende wetgevende orgaan".

De eerste groep is mettertijd steeds omvangrijker geworden doordat allerhande regelingen van de wijze van afkondiging zijn tot stand gekomen. Ik wijs b.v. op art. 199 van de Grondwet van 1922; art. 122, lid 1, van de Grondwet in verband met het Souv. besluit van 18 December 1813, no. 5 (*Stbl.* 1814, 1); art. 72, lid 1, van de Grondwet in verband met de wet van 26 April 1852 (*Stbl.* 92); de artt. 100—102 van de Provinciale wet; de artt. 168—176 van de Gemeentewet en de artt. 9—13 van de Keurenwet van 20 Juli 1895 (*Stbl.* 139).

Doordat hierbij telkens is bepaald, dat de betreffende rechtsregels niet in werking treden en niet verbindend zijn (ook hier is de terminologie onzer wetgeving niet zuiver en vast) zonder behoorlijke afkondiging, wordt hun schending of verkeerde toepassing in geen enkel cassatiemiddel meer beweerd, wanneer

er geen afkondiging heeft plaats gehad. Het gevolg daarvan is, dat de afkondigingskwestie op zichzelf tegenwoordig in de rechtspraak veel minder vaak voorkomt dan in den tijd toen de meeste van die regelingen nog niet tot stand waren gekomen. Het beantwoorden van de in het begin van dit artikel gestelde vraag werd daardoor niet gemakkelijker gemaakt.

Toen al die regelingen van de wijze van afkondiging tot stand waren gekomen, is de H. R. zelfs eenmaal verder gegaan en heeft in zijn arrest van 25 Mei 1915 (*W.* 9829) voor een wettelijk voorschrift den eisch gesteld, dat zijn afkondiging niet alleen moest hebben plaats gehad, maar ook bij de wet zou moeten zijn geregeld. Het betrof het strafbaar feit omschreven in art. 49 in verband met art. 29 van de wet van 23 Mei 1899 (*Stbl.* 128). De H. R. overwoog, „dat het uitgevaardigd zijn van een zoodanig bevel (tot inlevering; i. c. uitgaande van den Generaal-Majoor, Commandant der cavalerie-brigade), omtrent welks afkondiging niets bij de wet is bepaald en hetwelk *dus* niet als een wettelijk voorschrift kan worden beschouwd, door het nader aan te duiden bevoegd militair gezag derhalve een feitelijk bestanddeel der overtreding vormt, hetwelk bij dagvaarding moet worden ten laste gelegd en waarvan het bewijs in rechte moet worden geleverd".

Men kan deze beslissing beschouwen als alleen betrekking hebbende op de bevelen in de wet van 23 Mei 1899 vermeld. In dat geval is het arrest niet van zoo groote beteekenis. Men zou er echter ook een algemeene stelling uit kunnen distilleeren, n.l. dat die eisch bij alle wettelijke voorschriften moet worden gesteld en in dat geval zou Adv.-Gen. Besier terecht op dit arrest kritiek hebben uitgeoefend (vgl. zijn artikel in het *Tijdschrift voor Strafrecht*, XXVIIe deel, blz. 197—216). Deze laatste veronderstelling lijkt mij echter het minst waarschijnlijk. Brengt men b.v. de nieuwe jurisprudentie over de Ministerieele beschikkingen met het arrest van 1915 in verband, dan is het toch wel duidelijk, dat de H. R. daar zeker niet de algemeene stelling heeft gehuldigd, die Besier in het arrest van 25 Mei 1915 meende te moeten lezen. Omtrent de afkondiging van de Ministerieele beschikkingen in het bijzonder is niets bij de wet bepaald en toch zijn sommige Ministerieele beschikkingen, als wetten in den zin van art. 99. 2°., beschouwd. Daarom meen ik, dat men aan de aangehaalde overweging uit het arrest van 25 Mei 1915 niet meer dan locale, tot het gebied van de wet van 23 Mei 1899 beperkte beteekenis moet toekennen.

In het bovenstaande is een poging gedaan om de meening van den H. R. omtrent de afkondiging in verband met het wetsbegrip te achterhalen. Tot slot wil ik nu even nagaan of deze opinie van ons hoogste rechtscollege juist is niet met het oog op ons Nederlandsch stellig recht, want ook dat is in het voorgaande reeds behandeld, maar vanuit het standpunt

van de wijsbegeerte des rechts. Daarom stel ik nogmaals de vraag: Behoort de afkondiging tot het wezen der wet? (wet wordt hier natuurlijk weer genomen in de z.g. materieele beteekenis).

Elke wet is iets van de overheid voor de onderdanen. De eerste is tot op zekere hoogte met de zorg voor de laatsten belast en die zorg oefent zij voornamelijk uit door regels te stellen, die het bereiken van het algemeen welzijn, de doeloorzaak van den staat, zullen bevorderen, ten minste wanneer zij worden nageleefd. Die regels zijn dus middelen tot het staatsdoel en worden daarom door de overheid en niet door het individu zelf vastgesteld, omdat de overheid, gezien haar aard en haar onafhankelijkheid t. o. v. de bijzondere doeleinden, in den regel zoowel het algemeene staatsdoel als de middelen daartoe juister en eenvormiger zal kunnen bepalen. Daarnaast is aan de vaststelling door de overheid nog het bijkomstige, maar niet te onderschatten voordeel verbonden, dat deze — als beschikkende over dwangmiddelen — de feitelijke naleving van haar regelen door allen — van welke naleving voor een belangrijk deel het bereiken van het staatsdoel afhankelijk is, omdat die regelen vaak de eenige en dus noodzakelijke middelen tot dat doel inhouden — kan doorzetten en afdwingen. Die regelen van de overheid nu gaan uit van het verstand of kenvermogen. Met zijn verstand kent de wetgever het einddoel van zijn onderdanen en ziet hij de middelen, die ter bereiking daarvan noodzakelijk of nuttig zijn. Weer met behulp van zijn kenvermogen doet hij uit die middelen zijn keuze, waarna hij door de werking van zijn streefvermogen wil, dat zijn onderdanen langs die wegen naar het einddoel trekken. Hij wil, dat de onderdanen vrijwillig die wegen bewandelen en slechts bij wijze van noodmaatregel en uitzondering wil hij somtijds van zijn onderdanen het naleven van de regelen afdwingen. Hij eischt dus van de onderdanen vrije wilsdaden en wenscht, dat zij zelf de door hem aangeduide paden betreden. Nu kan men zich echter niet opmaken een weg te bewandelen, dien men niet kent; men kan ter bereiking van een doel geen middel aanwenden, waarvan men het bestaan zelfs niet vermoedt; men kan — in het algemeen gesproken — niets willen tenzij men het van te voren heeft leeren kennen. Daarom kan men de vrijwillige naleving van overheidsregelen alleen van die onderdanen eischen, die deze regelen als zoodanig kennen of althans redelijkerwijze zouden kunnen kennen en alleen door hun schuld niet kennen. Er is dus — wil er van een bindende regeling sprake zijn — eerst noodig een kennisovergang: de kennis van den wetgever moet worden overgebracht naar de onderdanen. Deze overdracht is slechts mogelijk door beider medewerking. De overheid moet iets doen n.l. kenbaar maken en

de onderdaan moet zich de moeite getroosten van het kennis nemen. Blijft één van die twee handelingen achterwege, dan zal de kennisovergang niet plaats vinden. Dat kenbaar maken door de overheid noemen we nu: de afkondiging. Uit het bovenstaande volgt dat men die handeling van de overheid slechts ten onrechte als „bekendmaking" kan kwalificeeren. Bekend maken kan de overheid alleen niet; daarvoor is de medewerking van de onderdanen volstrekt vereischt.

Terloops wil ik ook nog even opmerken ter voorkoming van misverstand, dat de term „afkondiging" in twee beteekenissen kan worden gebruikt: vooreerst kan men er mee aanduiden het enkele plaatsen in eenig voor publiekmaking van regelingen aangewezen orgaan (b.v. in het *Staatsblad*) en in de tweede plaats kan men er mee bedoelen het publiek maken van een regeling verbonden met het laten verstrijken van een behoorlijken termijn, gedurende welken de onderdanen in de gelegenheid worden gesteld van de nieuwe regeling kennis te nemen. Alleen de tweede beteekenis wordt in dit verband gebezigd.

Eerst na deze afkondiging en behoorlijke kennisneming verkrijgen de regelingen der overheid bindende kracht en omdat alleen regels met bindende kracht wetten kunnen heeten hebben we eerst dan te maken met wetten in eigenlijken zin. Leges instituuntur, cum promulgantur (Decretum Gratiani). Feitelijke kennisneming is niet vereischt. Ware dat wèl het geval, dan zou de gemeenschap overgeleverd zijn aan hen, die te kwader trouw zouden weigeren van de overheidsregelen kennis te nemen, terwijl ook zonder dat de rechtszekerheid in groot gevaar zou komen, wanneer dezelfde wet niet voor allen op hetzelfde tijdstip in werking zou treden. Op grond daarvan mag de wetgever ,nadat hij een behoorlijken termijn heeft laten verstrijken, die feitelijke kennisneming zelfs in dien zin veronderstellen, dat hij het bewijs van het tegendeel niet toelaat (z.g. praesumptio juris et de jure). De onderdanen hebben redelijkerwijze kunnen kennis nemen en als ze van die gelegenheid geen gebruik hebben gemaakt, moeten zij de risico's aan die houding verbonden zelf dragen. Dit neemt echter niet weg, dat in ons Nederlandsch positiefrechtelijk stelsel tegenwoordig met grond kan worden betwijfeld, of alle Nederlanders, die hun wetten niet blijken te kennen, wel redelijkerwijze in staat zijn geweest daarvan kennis te nemen. Daarom mag onze wetgever wel degelijk gaan overwegen, of de omstandigheden thans niet van dien aard zijn, dat de praesumptio juris et de jure billijkheidshalve tot een praesumptio juris tantum (dus met de mogelijkheid van tegenbewijs) behoort te worden teruggebracht.

Het blijkt dus, dat de afkondiging voor elke wet een volstrekt noodzakelijke bestaansvoorwaarde vormt en op grond

van dat feit mag men besluiten tot de stelling: „De afkondiging behoort tot het wezen der wet".

Om het betoog nog even overzichtelijk weer te geven zet ik het in forma:

Vrije wilsdaden kunnen van niemand worden geëischt zonder dat hij redelijkerwijze kennis kan dragen van wat gewild moet worden.

Elke wet eischt vrije wilsdaden van de onderdanen.

Elke wet vooronderstelt het redelijkerwijze kunnen kennis dragen van hare regels bij de onderdanen m. a. w. de behoorlijke afkondiging.

Wat voor iets een volstrekt noodzakelijke bestaansvoorwaarde vormt, behoort tot zijn wezen.

De afkondiging vormt een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan der wet.

De afkondiging behoort dus tot het wezen der wet. —

Wat de wijze van afkondiging betreft, in de regeling daarvan zijn de wetgevende organen van den staat vrijwel onafhankelijk van de hoogere ordeningen van het natuurrecht. Zij moeten er echter voor zorg dragen, dat de afkondiging uiterlijk waarneembaar is, uitgaat van de overheid als zoodanig en een redelijken termijn voor kennisneming insluit. Elke overdracht van op zichzelf onstoffelijke kennis geschiedt onder ons menschen met behulp van uiterlijk waarneembare teekenen. Ook de voorschriften van den wetgever zullen dus op uiterlijk waarneembare wijze moeten worden kenbaar gemaakt. Hoe dat verder in zijn werk moet gaan — of dat b.v. mondeling of schriftelijk moet gebeuren — is niet in het algemeen te zeggen en zal telkens in aansluiting aan de levensomstandigheden en het beschavingspeil der betreffende gemeenschap door den wetgever moeten worden uitgemaakt.

Nijmegen, November 1928 HENRI MASTBOOM

De beteekenis van de uitdrukking „ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeischers" in titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht

Een „mystische formule" noemde Mr. Mom Visch in 1892 (1) de uitdrukking „ter bedriegelijke verkorting" (van de rechten der schuldeischers) en nog steeds is de beteekenis daarvan nog niet volkomen vaststaande, hetgeen bij de toepassing der wet wel eens tot moeilijkheden leidt. Het kan daarom wellicht eenig nut hebben over die uitdrukking nog eens de gedachten te laten gaan.

Aanvankelijk, toen ons Strafwetboek nog nieuw was, liep de discussie voornamelijk over het subjectieve vereischte, in de formule besloten, anders gezegd het vereischte opzet.

Hieromtrent heerscht thans wel min of meer eenstemmigheid. Bestond er destijds verschil over de vraag, of opzet als oogmerk in den zin van de bepaalde bedoeling tot verkorting van de rechten der schuldeischers al dan niet vereischt werd, men is het er thans wel over eens, dat dit niet het geval is en het voldoende is, dat die verkorting in het opzet (den „wil" of de „voorstelling", al naar de theorie, welker terminologie men hier zou willen volgen) is opgenomen. Het woord „bedriegelijk" wordt dan in het algemeen aldus geïnterpreteerd, dat moet zijn gehandeld te kwader trouw (2), al dient hier vermeld de meening van Simons, dat onder „bedriegelijk" moet worden verstaan: met het oogmerk om zich zelf ten koste van zijne schuldeischers te bevoordeelen (3). Voor art. 343 W. v. S., dat betreft bestuurders of commissarissen van een naamlooze vennootschap of coöperatieve vereeniging, zal dit dan ook wel moeten omvatten het oogmerk om hunne vennootschap of vereeniging te bevoordeelen.

Een vraag, die in den lateren tijd wel eens op den voorgrond is getreden, is die, of de uitdrukking ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers behalve een sub-

(1) Tijdschrift voor Strafrecht VI, bl. 433.

(2) H. R. 2 Juni 1890, W. 5883, P. v. J. 1890, 79; 4 December 1905, W. 8308, P. v. J. 1906, 523; Noyon, Het Wetboek van Strafrecht, aant. 2 ad art. 341.

(3) Leerboek II, 4e dr., bl. 117; Themis, dl. 53, bl. 77, 78. Hier werd nog gesproken van de bedoeling om zich zelf *of anderen* te bevoordeelen, zulks met het oog op art. 343, 3°.

jectief (opzets-)element ook een objectief element van het strafbare feit omvat en, zoo ja, wat dit is.

Welken eisch sluit de uitdrukking ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers in ten aanzien van die verkorting?

Wat is te verstaan onder verkorting van de rechten der schuldeischers?

Dit zijn de vragen, waarom het hier gaat. Deze vragen zijn o. a. gemoveerd in een arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 6 December 1923 (4) en een vonnis van de Rechtbank te Assen van 20 Juni 1924 (5).

Het eerste betreft een geval, waarin de beklaagde door de Rechtbank was veroordeeld wegens het ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers onttrekken van goederen aan eens anders boedel, in het vooruitzicht van diens faillissement, hetwelk ook is gevolgd (art. 344, 1°. W. v. S.).

Het Hof overwoog nu, dat „ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers onder meer in zich sluit, dat door de omschreven handelingen de rechten der schuldeischers werden verkort, hetgeen niet het geval is, indien er in den boedel meer activa dan passiva zijn". Dit punt nu was door de Rechtbank niet onderzocht en haar vonnis werd deswege vernietigd. Het Hof verklaarde den beklaagde schuldig, na vastgesteld te hebben, dat de activa in het faillissement f 1500 bedroegen en de passiva belangrijk meer.

Van hetzelfde standpunt ging de Rechtbank te Assen uit, waar zij — een tenlastelegging ex art. 341, 1°. berechtende — overwoog, dat „ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers in zich sluit, dat die handeling verkorting van gemelde rechten ten gevolge heeft gehad".

Het geval lag hier echter juist omgekeerd. Immers de Rechtbank overweegt verder, dat niet alleen de verkorting niet is bewezen, doch dat veeleer is komen vast te staan, althans de waarschijnlijkheid is gebleken, dat die niet heeft plaats gehad, omdat, volgens verklaring van den curator, deze bij de inventarisatie bijna geen actief aantrof; dat dit actief, zelfs met inbegrip van de drie rijksdaalders, die beklaagde eraan had onttrokken, slechts luttele guldens bedroeg en het faillissement dan ook door de Rechtbank is opgeheven, zoodat, voorzooverre is gebleken, het onttrekken van die drie rijksdaalders aan den boedel door die elders in bewaring te geven en niet aan den curator bij de inventarisatie op te geven op gemelden afloop van het faillissement en alzoo tevens op de rechten der schuldeischers zonder eenigen invloed is geweest.

(4) W. 11131; N. J. 1924, bl. 197.
(5) W. 11247.

Moeten de hier vermelde beslissingen met instemming worden begroet?

Zeer duidelijk gaan beide ervan uit, dat de uitdrukking ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers den eisch inhoudt, dat die verkorting ook is gevolgd.

Voorts schijnen beide onder verkorting van die rechten te verstaan het veroorzaken van geldelijke schade aan de crediteuren, althans van een zoodanigen toestand van den boedel, dat de handeling, op zich zelf beschouwd, indien niet achterhaald, geldelijke schade voor de crediteuren tengevolge zou hebben gehad.

Vastgesteld kan aanstonds worden, dat deze opvatting, wat het eerste punt betreft, overeenstemt met de leer van Noyon, wat het tweede betreft, daarvan eenigszins afwijkt. Immers Noyon, na den eisch gesteld te hebben, dat de verkorting werkelijk plaats heeft, omschrijft deze als volgt: „Verkorting van rechten bestaat overigens daarin, dat de boedel, zóó als die feitelijk aan het beheer van den curator wordt overgegeven, minder goederen of baten of meer lasten bevat dan er toe behooren" (6). Meer niet. Het veroorzaken van werkelijke schade wordt hier niet geëischt, ook niet een zoodanige toestand van den boedel, dat die schade door de gepleegde handeling kan ontstaan.

Men kan onder de formule van Noyon brengen zoowel het geval, dat de boedel zeer weinig actief bevat en het faillissement dientengevolge wordt opgeheven, als het geval, dat het actief het passief overtreft, ook na de gepleegde bankbreukige handeling.

Bij de andere schrijvers over bedriegelijke bankbreuk wordt deze vraag — de vraag naar het objectief vereischte in de uitdrukking „ter verkorting" besloten — niet zoo uitdrukkelijk onder de oogen gezien.

Bloemarts beziet in zijn proefschrift (7) de zaak meer uit het oogpunt van den dolus, maar eenige zijner uitspraken wekken den indruk, dat hij den eisch van het werkelijk plaats hebben der verkorting daarin niet leest, evenmin van financieel nadeel voor de crediteuren.

Zoo waar hij schrijft: „De wetgever moet tot bedrieglijke bankbreuk stempelen die handelingen, welke *ten doel hebben* het verhaal der gezamenlijke schuldeischers op den boedel te bemoeilijken of te verijdelen" (8).

Elders (9) betoogt hij, onderscheid makend tusschen niet

(6) Aant. 2 ad art. 341.

(7) Bedrieglijke Bankbreuk. Opmerkingen naar aanleiding van art. 341 van het Nieuwe Wetboek van Strafrecht. Leiden 1881.

(8) Bl. 13.

(9) Bl. 107.

boekhouden en andere bankbreukige handelingen, dat bij sommige het bewustzijn van het gevolg noodzakelijk het willen van dat gevolg in zich sluit. „Bij het niet boekhouden is dit daarentegen niet het geval". „Terwijl toch de andere handelingen op zich zelf alleen reeds eene vermindering van den boedel in zich sluiten, is dit bij het boekhouden niet het geval".

Hierin ware te lezen, dat steeds als gevolg wordt geëischt een vermindering van den boedel, zonder meer, onverschillig, hoe groot of klein deze is; doch men behoeft het er niet in te lezen, daar het hier slechts gaat om den aard van het vereischte opzet.

Andere plaatsen geven weer een tegenovergestelden indruk. Zoo de zinsnede: „Immers, gelijk we reeds herhaaldelijk zeiden, kunnen alleen die handelingen, waardoor de gezamenlijke krediteuren des boedels *benadeeld worden*, als bankbreuk gequalificeerd worden" (10).

Een bewust partij kiezen in de hier behandelde vragen kan men in deze uitingen echter niet zien.

Hetzelfde kan men zeggen van de dissertaties van Erens (11) en Jacobson (12), die beiden weer de uitdrukking „ter verkorting" behandelen als de omschrijving van het gevorderde opzet. Laatstgenoemde vermeldt zelfs uitdrukkelijk de vier vereischten voor eene veroordeeling wegens bedriegelijke bankbreuk en daaronder, dat de beklaagde het oogmerk had om de rechten zijner schuldeischers bedriegelijk te verkorten (13), niet dat die rechten *zijn* verkort.

In het reeds geciteerde Themis-artikel van Simons (14) vinden we evenmin uitsluitsel op onze vragen.

Wel kan in dit verband belangstelling wekken de volgende passage:

„Vestigen wij nu nog eens de aandacht op de handelingen, die in art. 341 zijn strafbaar gesteld, dan zien wij, dat wellicht met uitzondering van die, welke sub no. 4 zijn genoemd, het opzettelijk verrichten van die handelingen de wetenschap in zich sluit, dat benadeeling der crediteuren daarvan het gevolg zal zijn. Hij die eenig goed aan zijn boedel onttrekt weet dat daardoor zijn baten voor de crediteuren minder worden en deze dus worden benadeeld; hij, die terwijl zijn

---

(10) Bl. 110.

(11) Strafbare Bevoordeeling van Schuldeischers bij Faillissement. Amsterdam 1888, bl. 41 v.v.

(12) De Vereischten voor eene Veroordeeling wegens Bedriegelijke Bankbreuk. Leiden 1891, bl. 30 v.v., 53 v.v.

(13) Bl. 10.

(14) Art. 341, 3°. Wetb. v. Strafrecht en de artt. 42 en 47 van het Ontwerp eener wet op het faillissement en de surséance van betaling. Themis, dl. 53, bl. 47—81.

faillissement dreigt, een crediteur betaalt, weet dat, als het faillissement volgt, de andere crediteuren minder zullen kunnen ontvangen en dus nadeel zullen lijden. Beteekenen dus de woorden „ter bedriegelijke verkorting" niets anders dan „wetende dat de crediteuren zullen worden benadeeld" dan ligt dit oogmerk in het opzettelijk verrichten der strafbaar gestelde handeling opgesloten. Reeds deze overweging zou de vraag wettigen of de wetgever door een speciaal oogmerk als vereischte te stellen niet iets meer dan dit zooeven bedoelde oogmerk heeft willen vorderen."

Hier wordt verkorting gelijkgesteld met benadeeling en benadeeling met het minder worden der baten van den boedel, maar deze gevolgen worden reeds als inhaerent aan de strafbaar gestelde handelingen, behalve die van art. 341, 4°. gezien. Of de uitdrukking „ter verkorting" het werkelijk intreden van deze gevolgen, m. a. w. van de verkorting, eischt, met name in het geval van art. 341, 4°., wordt niet beslist; ook niet, of in de bijzondere gevallen, dat een faillissement wordt opgeheven wegens gebrek aan actief dan wel 100 pCt. kan worden uitgekeerd, toch door de onttrekking aan den boedel etc. de verkorting een feit is.

Het Leerboek (15) van denzelfden gezaghebbenden schrijver zegt eenvoudig: „Gelijk reeds werd opgemerkt, onderscheidt het misdrijf van bedriegelijke bankbreuk zich van de enkelvoudige bankbreuk door het gevorderde oogmerk; de handelingen moeten zijn verricht ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers".

Een verhandeling van Mr. Mom Visch in het Tijdschrift voor Strafrecht (16) over : Artikel 344, 1°. Wetboek van Strafrecht, ofschoon zich ter dege bezig houdend met de uitdrukking „ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeischers", gaat eveneens langs de door mij gestelde vragen heen.

Dichter worden deze benaderd in een artikel van Mr. Hollander in hetzelfde Tijdschrift (17), getiteld: Eenige opmerkingen over art. 341 Swb.

Hierin treffen wij aan een vergelijking van twee gevallen uit de praktijk. In het eerste had een gefailleerde vóór het faillissement goederen verkocht en de daarvoor ontvangen gelden besteed tot betaling van opeischbare schulden. Hem was (subsidiair) ten laste gelegd, dat hij die (reeds uitgegeven) gelden niet aan den curator had verantwoord. Dit kon bewezen worden. Daarnaast moest echter blijken, dat dit was

---

(15) Dl. II, 4e dr., bl. 112.
(16) VI, bl. 425—444.
(17) VIII, bl. 456—463.

geschied ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers.

De schrijver zegt hieromtrent: „men zal moeten toegeven, dat het genoemde oogmerk in het hier besproken geval niet bestond". Waarom bestond dit *oogmerk* niet? Omdat de failliet dan zou hebben moeten weten, dat door zijne omissie de schuldeischers moesten worden benadeeld en het van te voren vaststond, dat er door het niet-verantwoorden geen benadeeling kon plaats hebben. Al had de gefailleerde den curator alles medegedeeld, het geld had niet in den boedel teruggebracht kunnen worden. „De overige schuldeischers" (enkele waren vóór het faillissement voldaan) „hebben wel schade geleden, maar *niet* tengevolge van het niet verantwoorden" (18).

Men ziet: intreden van de verkorting als gevolg geëischt, doch alleen om het oogmerk te bewijzen.

In het andere geval had de gefailleerde opzettelijk nagelaten aan den curator opgave te doen van eene den boedel toekomende schuldvordering en gepoogd deze ten eigen bate te innen. „Terecht", aldus schr., „volgde hier een veroordeeling. Wel is waar werden de schuldeischers niet benadeeld (het bestaan der schuldvordering kwam nl. tijdig aan het licht), maar zij hadden benadeeld *kunnen* worden; het niet verantwoorden der bate had schade tengevolge *kunnen* hebben. Toen de gefailleerde het feit pleegde, kon en moest hij voorzien, dat zijne crediteuren door zijne omissie benadeeld zouden worden" (19).

Hier verkorting gelijk gesteld met benadeeling, maar het werkelijk intreden van dit gevolg niet geëischt. De mogelijkheid hiervan wordt voldoende geacht, doch weder om het bestaan van het opzet te bewijzen. Dit opzet alleen ziet de schr. dus blijkbaar in de uitdrukking „ter verkorting" als eisch gesteld.

De indruk, dien kennisneming van de litteratuur achterlaat, is derhalve deze: alleen Noyon ziet de hier behandelde vragen uitdrukkelijk onder het oog en hij eischt werkelijk intreden der verkorting, die hij echter anders omschrijft dan de beide geciteerde rechterlijke uitspraken aangeven; de overige schrijvers wekken meer den indruk, dat zij in de uitdrukking „ter verkorting" alleen een omschrijving van het vereischte opzet zien. Over de nauwkeurige beteekenis van „verkorting van de rechten der schuldeischers" verspreiden zij weinig of geen licht.

Ook in de bestaande jurisprudentie vinden wij die vragen

(18) Bl. 461.
(19) Bl. 462.

nergens — behalve wellicht in een vonnis der Rechtbank te Amsterdam van 17 November 1908, hierna te vermelden — met gelijke scherpte gesteld, als door het Hof te Arnhem en de Rechtbank te Assen.

Intusschen wil ik trachten aan de hand van die jurisprudentie na te gaan in de eerste plaats, of daarbij het intreden van de verkorting als gevolg wordt geëischt.

Verschillende vonnissen en arresten wekken den indruk, dat alleen aan het oogmerk, het opzet, is gedacht.

In de vonnissen der Rechtbank te Amsterdam van 15 Juni (20) en 30 December 1887 (21) treffen wij aan de uitspraak, dat ter bedriegelijke verkorting der rechten zijner schuldeischers *niets anders* beteekent dan: „bewust van het door de geïncrimineerde daden verkorten van de rechten zijner schuldeischers".

Het vonnis van 30 December werd door het Gerechtshof bevestigd. Het Hof zegt, dat de gefailleerde kon en moest voorzien, dat de door hem opzettelijk en te kwader trouw gepleegde handelingen noodzakelijk ten gevolge moesten hebben, dat daardoor de rechten zijner schuldeischers worden verkort, terwijl het daarbij niets afdoet, dat het hoofdmotief zijner handelingen was om zich zelven te bevoordeelen.

Reeds spoedig echter vinden wij een beslissing van den Hoogen Raad (22), waarin wel iets anders is te lezen. Daar toch zien wij overwogen, dat voor het bestaan van het misdrijf in art. 341 Strafrecht omschreven, gevorderd wordt: 1°. dat een koopman, die in staat van faillissement is verklaard of tot gerechtelijken boedelafstand is toegelaten, eene of meer der onder no. 1 tot en met 4 van dat artikel genoemde handelingen opzettelijk pleegt of heeft gepleegd; 2°. dat hij die handelingen bedriegelijk, dat is te kwader trouw pleegt, en 3°. dat door het bedriegelijk plegen dier handelingen de rechten zijner schuldeischers *verkort worden*.

In dezelfde lijn beweegt zich het arrest van den Hoogen Raad van 1 Juni 1891 (23) — hetwelk voornamelijk betreft de vraag, of de handelingen van den failliet moeten strekken ter verkorting van de rechten van *alle* schuldeischers — als daarbij wordt overwogen, dat „gezegde opvatting ook wederlegd wordt door art. 341, 3°., daar toch „de bevoordeeling op eenige wijze van een der schuldeischers" niet als bankbreukige handeling zou *kunnen* strafbaar zijn, indien de benadeeling van *alle* schuldeischers een algemeen vereischte ware voor het misdrijf van bedriegelijke bankbreuk". — Hier wordt dus niet

(20) W. 5457, P. v. J. 32.
(21) W. 5537.
(22) H. R. 2 Juni 1890, W. 5883.
(23) W. 6044.

gesproken van opzet tot benadeeling, maar van *benadeeling*.

Eigenaardig is, dat in deze zaak de raadsman van requirant, Mr. D. SIMONS, als cassatiemiddel aanvoerde, dat beklaagde was veroordeeld, als ware hem inderdaad het bij art. 341pro. gevorderde *oogmerk* geïmputeerd (van gevolg dus niet spreekt), terwijl de Advocaat-generaal PATIJN zegt: „Was het voor de strafbaarheid ex art. 341, al. 3 Strafrecht noodig, dat de rechten van *al* de schuldeischers verkort *werden*, dan zou dit wel nimmer van toepassing kunnen zijn, want de bevoordeelde schuldeischer *wordt* door de handeling stellig niet geschaad" (dus alleen van verkorting als gevolg spreekt).

Sommige uitspraken uit denzelfden of lateren tijd vermelden wel het intreden van het gevolg — de verkorting —, doch niet als eisch, en de nadruk valt geheel op het opzet (24).

Uit een arrest van 1894 (25), waarbij een ander vraagpunt wordt beslist, leeren wij, dat de Rechtbank (te Tiel) heeft bewezen verklaard, dat de requirant zekere bedragen, behoorende tot de baten van zijnen boedel, heeft ontvangen en niet aan den curator verantwoord, doch te zijnen bate aangewend en aan den boedel onttrokken, „zoodat de rechten zijner schuldeischers door deze handelwijze *werden verkort* en dat de requirant die handelingen te kwader trouw heeft gepleegd". Hier is duidelijk de verkorting als gevolg gezien.

In een later geval, betreffende verzwijging van inschulden, besliste de Hooge Raad alleen (26), dat daardoor de rechten der schuldeischers *kunnen* worden verkort, zulks in verband met het voorgestelde cassatiemiddel, volgens hetwelk door het niet vermelden van een inschuld de rechten der schuldeischers daarop niet *kunnen* worden verkort. Opmerking verdient intusschen, dat door den raadsman niet als middel is aangevoerd, dat die rechten niet *waren* verkort, waaruit wellicht is af te leiden, dat deze de noodzakelijkheid hiervan voor de strafbaarheid van het feit niet inzag.

Opmerkenswaardig is eveneens een passage uit de conclusie voorafgaande aan een arrest van den Hoogen Raad van 4 December 1905 (27). De Advocaat-generaal ORT, na erop gewezen te hebben, dat volgens de jurisprudentie van den Raad in de woorden „ter bedriegelijke verkorting" alleen ligt opgesloten het vereischte, dat de gefailleerde de wetenschap hebbe, dat door de verrichte handelingen de rechten der schuldeischers worden verkort en dat de bestreden beslissing daarmede in overeenstemming is, noemt die beslissing ook

---

(24) Hof 's Bosch 3 Februari 1891, P. v. J. 53; H. R. 26 October 1891, W. 6099; Rb. Haarlem 14 Juli 1903, P. v. J. 358.

(25) H. R. 12 November 1894, W. 6577, P. v. J. 96.

(26) H. R. 1 December 1902, W. 7847, P. v. J. 216.

(27) W. 8308, P. v. J. 523.

„geenszins, gelijk de geëerde pleiter meent, in strijd met de letter van het artikel, terwijl zij juist zijne bedoeling weergeeft. Immers taalkundig laat de uitdrukking „ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers" volkomen toe de beteekenis van „met het gevolg, dat op bedriegelijke wijze die rechten verkort worden"."

Scherp geformuleerd is een vonnis van de Rechtbank te Amsterdam van 17 November 1908 (28). Het betrof hier o. a. het niet boeken van een ontvangen bedrag, waarbij de Rechtbank vaststelde, dat dit ook niet was verantwoord. Voorts oordeelt de Rechtbank, dat de handelingen van beklaagde zijn verricht opzettelijk en te kwader trouw, dus bedriegelijk, terwijl de crediteuren daardoor *zijn benadeeld*, zoodat die handelingen strekken ter verkorting van hunne rechten.

Een anderen indruk geeft weer een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, in 1909 gewezen (29), waarin betoogd wordt, dat de beklaagde een schenking (door middel van huwelijksche voorwaarden) heeft gedaan ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers, welk betoog eindigt met de woorden: „uit al hetwelk alléén reeds blijkt, dat beklaagde die goederen heeft weggeschonken *om* op bedriegelijke wijze de rechten zijner schuldeischers *te verkorten*. — „Om te verkorten" aldus synoniem met „ter verkorting".

Hierna vinden wij geruimen tijd geen jurisprudentie opgeteekend, die van belang is met betrekking tot de vragen, welke ons bezighouden.

In 1923 treffen wij weder een arrest (30) aan betreffende een geval, dat overeenkomst vertoont met het reeds vermelde van 1902 (31). Requirant van cassatie was een failliet, die een schuldvordering had geïnd en het bedrag ten eigen bate besteed, zonder het aan den curator te verantwoorden. Bij het voorgedragen cassatiemiddel werd gesteld, dat door betaling aan den gefailleerde het aan den boedel verschuldigde niet wordt gekweten en de schuldeischers dus door het door beklaagde verrichte nimmer konden worden benadeeld.

De Advocaat-generaal Ledeboer sprak als zijn meening uit, dat baten niet waren verantwoord, waardoor de rechten der schuldeischers ongetwijfeld *werden benadeeld*, ook al zou dat nadeel ten slotte hun kunnen worden vergoed door den niet-gekweten debiteur.

De Hooge Raad overweegt, dat het Hof het bewezen verklaarde feit terecht als bedriegelijke bankbreuk heeft gequalificeerd en de omstandigheid, dat de boedel tegenover den be-

---

(28) P. v. J. 817.
(29) P. v. J. 856.
(30) H. R. 25 Juni 1923, W. 11106, N. J. 1923, 1278.
(31) W. 7847, P. v. J. 216.

taald hebbenden debiteur wellicht nog rechten zou kunnen doen gelden, daaraan niet kan afdoen;

„dat in het bijzonder uit de in het arrest opgenomen bewijsmiddelen, waaruit blijkt, dat requirant de door hem geïnde vordering niet aan den curator heeft opgegeven en dat hij de desbetreffende quitantie heeft geantidateerd, het Hof heeft kunnen afleiden, dat requirant ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers heeft gehandeld".

Hier was nu een geval, waarin het kon gaan om het gevolg en niet om het opzet. Maar het cassatiemiddel spreekt niet eenvoudig van het uitblijven van het gevolg, zooals toch voor de hand zou liggen, als dit als een vereischte moet worden beschouwd, doch spreekt van niet *kunnen* intreden van het gevolg (tenzij hier met benadeelen nog iets anders en verder strekkends wordt bedoeld dan verkorting der rechten). En de overwegingen van den Hoogen Raad maken den indruk, dat uitsluitend is gedacht aan het opzet tot bedriegelijke verkorting (al zou men wellicht kunnen zeggen, dat uit het niet opgeven aan den curator het intreden van het gevolg — de verkorting — moet worden afgeleid).

Een analogen indruk maakt het optreden van den raadsman in het geval, waarop betrekking heeft het arrest van 16 Juni 1924 (32). Een gefailleerde te Hattem had kort vóór de uitspraak van zijn faillissement een deel van zijn goederen naar Kampen doen vervoeren; daar zijn ze ten slotte ten behoeve van den boedel door den curator verkocht. De raadsman betoogde nu op grond hiervan, naar uit het arrest blijkt, dat de goederen niet aan den boedel waren onttrokken. Het niet intreden van het gevolg: de verkorting van de rechten der schuldeischers, werd ook hier niet gepleit.

In een arrest van 2 Juni 1925 (33) wordt, nadat in het opgeworpen cassatiemiddel is aangevoerd, dat uit geen der gebezigde bewijsmiddelen kan blijken, dat beklaagde heeft gehandeld ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers, overwogen, dat de politierechter uit de bewijsmiddelen kon afleiden, dat de beklaagde wist, dat hij door zijne handeling op ongeoorloofde wijze zijn schuldeischers benadeelde en zoo hunne rechten bedriegelijk verkortte, terwijl art. 346 van het Wetboek van Strafrecht niet eischt, dat dit verkorten des daders doel is geweest.

Hier alzoo weer het intreden van het gevolg genoemd, doch de nadruk valt op het opzet.

Aan het slot van deze reeks verdient zeker vermelding een geval, mij van meer nabij bekend.

De Rechtbank te Middelburg veroordeelde bij vonnis van

---

(32) W. 11231, N. J. 1924, 914.
(33) N. J. 1925, 780.

15 Juni 1928 een gefailleerde, die goederen aan den curator niet had verantwoord, daarbij overwegende:

„dat verdachte's raadsman . . . . . heeft betoogd, dat van een handeling of nalaten ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers geen sprake kan zijn, omdat niet gebleken zou zijn, dat hunne rechten daadwerkelijk zijn verkort;

dat, naar het oordeel der Rechtbank ten dezen onder een handeling ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers moet worden verstaan een handeling, die de — door den dader gewilde — strekking heeft om de rechten der gezamenlijke crediteuren te verkorten;

dat de strekking zal moeten worden beoordeeld naar het oogenblik, waarop de handeling (c. q. het nalaten) plaats heeft, en op het oogenblik van het niet verantwoorden door verdachte daarin zeer zeker die strekking lag."

Dit vonnis werd bij arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage dd. 7 November 1928, behoudens een verandering in de motiveering van de straf, in zijn geheel bevestigd, terwijl het cassatieberoep hiertegen door den Hoogen Raad werd verworpen bij arrest van 21 Januari 1929. Cassatiemiddelen waren niet aangevoerd.

De Hooge Raad besliste hiermee dus, dat de verkorting niet behoeft gevolgd te zijn; van het objectief element in de uitdrukking „ter bedriegelijke verkorting" blijft aldus slechts een minimum over; de strekking tot verkorting wordt voldoende geacht.

Alles bijeengenomen, kunnen wij constateeren, dat in de praktijk over de vraag, of „ter bedriegelijke verkorting" insluit, dat de verkorting inderdaad is ingetreden, nog geen eenstemmigheid is gebleken, doch dat de jurisprudentie, waar zij zich voor de vraag geplaatst ziet, in het algemeen die wel bevestigend beantwoordt.

Dat zoo dikwijls de nadruk geheel op het opzet valt, mag wel hieraan worden toegeschreven, dat veelal het gevolg: de verkorting, als vanzelfsprekend, als uit de bedreven handelingen onmiddellijk voortvloeiend wordt beschouwd en dat gevolg alzoo menigmaal niet wordt vermeld of slechts wordt aangehaald ter staving van het bedriegelijke opzet.

Beschouwen wij nu de jurisprudentie in verband met de vraag: wat is te verstaan onder verkorting van de rechten der schuldeischers?

In het arrest van den Hoogen Raad van 1 Juni 1891 (34), hiervoor reeds vermeld, wordt afgewezen de meening, dat

---

(34) W. 6044.

vereischt zoude zijn verkorting der rechten van *alle* schuldeischers. De hierbij gebezigde bewoordingen, t. w. „dat gezegde opvatting ook wederlegd wordt door art. 341, 3°., daar toch „de bevoordeeling op eenige wijze van een der schuldeischers" niet als bankbreukige handeling zou *kunnen* strafbaar zijn, indien de *benadeeling* van *alle* schuldeischers een algemeen vereischte ware voor het misdrijf van bedriegelijke bankbreuk", laten geen andere uitlegging toe dan dat verkorting der rechten wordt beschouwd als synoniem met benadeeling.

Uit het arrest van 12 November 1894 (35) leerden wij reeds de bewezenverklaring door de Rechtbank kennen, waarin de verkorting van de rechten der schuldeischers wordt afgeleid uit de feiten, dat de beklaagde de daar genoemde bedragen, behoorende tot de baten van zijn boedel, heeft ontvangen en niet aan den curator verantwoord, doch te zijnen bate aangewend en aan den boedel onttrokken.

Een eenigszins andere toon dan uit dat van 1891 klinkt er uit het arrest van 1 December 1902 (36), waarin we aantreffen de overweging: „dat de verzwijging van nog bestaande, tot het faillissement behoorende inschulden tot gevolg kan hebben, dat de curator in het faillissement onbekend blijft met het bestaan dezer vorderingen, dat deze derhalve niet worden opgenomen onder de baten op den daarvan op te maken staat, feitelijk blijven buiten het faillissementsbeslag, aan het beheer des curators worden onttrokken en mitsdien de rechten der schuldeischers worden verkort".

Nog duidelijker heet het in de conclusie van den Advocaat-generaal Ort: „Al mogen dus, gelijk de geëerde pleiter deed opmerken, zoo de gefailleerde het bestaan van een aan den boedel toekomend recht verzwijgt, *het recht zelf* voor de schuldeischers niet verloren zijn en door de in het middel aangehaalde artikelen der Faillissementswet (37) de *belangen* van de schuldeischers zooveel mogelijk gewaarborgd zijn tegen handelingen van den gefailleerde, dan blijft toch als gevolg der verzwijging bestaan, dat aan den curator *een wapen onthouden* werd, noodig voor de uitoefening van dat recht en *juist in die onthouding* is gelegen de verkorting van de rechten der schuldeischers".

Een arrest van 6 April 1903 (38) gaat blijkbaar van dezelfde gedachte uit, waar het vaststelt, dat goederen aan den boedel waren onttrokken, waardoor kon worden verkort het recht der schuldeischers om op het geheele actief des boedels, derhalve ook op deze goederen, hunne vorderingen te verhalen.

---

(35) P. v. J. 96.
(36) W. 7847, P. v. J. 216.
(37) Artt. 20, 23, 24 en 52.
(38) W. 7916.

Uit een arrest van 10 October 1904 (39) blijkt, dat de Rechtbank (te Roermond) oordeelde, „dat beklaagde heeft gehandeld ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers, zijnde deze toch . . . . . het onafscheidelijk gevolg van het betalen van enkele schuldeischers". Waarin de verkorting bestaat, wordt hier niet met zooveel woorden gezegd. Overwogen was wel, dat requirant op verre na niet in staat was om zijn schulden te voldoen, doch dit ten betooge, dat hij wist, dat zijn faillissement niet kon worden voorkomen.

Een dergelijke beslissing bevat een vonnis van de Rechtbank te Haarlem dd. 14 Juli 1903 (40), waarin te lezen is, dat door het verkoopen van goederen beneden de waarde op een tijdstip vóór het faillissement, waarop het passief het actief verre overtrof, beklaagde moet hebben geweten, dat hij daardoor de rechten zijner schuldeischers noodzakelijk verkortte.

In het geval, waarop betrekking heeft het arrest van den Hoogen Raad van 4 December 1905 (41) was door het Hof (te Leeuwarden) eveneens de stand des boedels onderzocht, maar om aan te toonen, dat de ééne schuldeischer boven de andere was bevoordeeld, waaruit dan onmiddellijk wordt afgeleid, dat is gehandeld ter verkorting hunner rechten. — Evenzoo hetzelfde Hof op 22 Juni van hetzelfde jaar (42).

In het reeds als scherp geformuleerd vermelde vonnis der Rechtbank te Amsterdam van 17 November 1908 (43) zegt de Rechtbank, dat door de handelingen van beklaagde, gepleegd, terwijl zijne activa bij lange na niet genoegzaam waren om zijne crediteuren te voldoen, waar door die handelingen de baten des boedels aanzienlijk verminderden, de crediteuren zijn *benadeeld*, zoodat die handelingen strekten ter verkorting van de rechten der schuldeischers. Dus: indien de schuldeischers benadeeld zijn, bestaat verkorting hunner rechten; hiermee is echter nog niet gezegd, dat beide uitdrukkingen synoniem zijn.

Ten slotte enkele arresten uit den nieuweren tijd. In het reeds behandelde van 25 Juni 1923 (44), hetwelk betrekking heeft op een geval, waarin de gefailleerde een aan den boedel toekomende vordering had geïnd en niet verantwoord, zegt de Hooge Raad, dat aan de juistheid van de qualificatie als bedriegelijke bankbreuk niets kan afdoen de omstandigheid,

---

(39) W. 8124, P. v. J. 382.
(40) P. v. J. 358.
(41) W. 8308, P. v. J. 523.
(42) Hof Leeuwarden 22 Juni 1905, W. 8533.
(43) P. v. J. 817.
(44) W. 11106, N. J. 1923, 1278.

dat de boedel tegenover den betaald hebbenden debiteur wellicht nog rechten zou kunnen doen gelden.

De Advocaat-generaal LEDEBOER had het aldus geformuleerd, dat baten niet waren verantwoord, waardoor de rechten der schuldeischers ongetwijfeld werden benadeeld, ook al zou dat nadeel ten slotte hun kunnen worden vergoed door den niet-gekweten debiteur.

Ik merk op, dat hier gesproken wordt van benadeeling van de *rechten* der schuldeischers, niet van benadeeling der schuldeischers. Moet daaronder wellicht worden verstaan bemoeilijking in de uitoefening dier rechten?

In 1925 hebben wij twee arresten van den Hoogen Raad (45). Het eerste constateert, dat de politierechter uit de bewijsmiddelen kon afleiden, dat de beklaagde wist, dat hij door zijn handeling op ongeoorloofde wijze zijn schuldeischers *benadeelde* en zoo hunne *rechten* bedriegelijk *verkortte*.

Het tweede zegt, dat het Hof uit eene geciteerde verklaring kon afleiden requirants wetenschap, dat de crediteuren *benadeeld konden worden*. — Dit schijnt dus ook reeds als verkorting hunner rechten te worden aangemerkt.

Wij zien alzoo in verschillende beslissingen meermalen gesproken van benadeeling der crediteuren. Hieruit af te leiden, dat het toebrengen van geldelijke schade aan de crediteuren in de jurisprudentie bepaald wordt geëischt, zou echter m. i. te ver gaan. Geldelijke schade is het meest voorkomend en sterkst sprekend geval van verkorting der rechten en daarom ligt het spreken van benadeeling voor de hand. Er zijn echter voorbeelden, dat naar een ruimere omschrijving wordt gezocht, als: „het onthouden van een wapen aan den curator" of „verkorting van het recht der schuldeischers om op het geheele actief, derhalve ook op de eraan onttrokken goederen hunne vorderingen te verhalen". Hier wordt de omschrijving dus meer gezocht in de richting van bemoeilijken of in gevaar brengen van de uitoefening der rechten.

Een beslissing van ons hoogste rechtscollege in den zin als die van het Hof te Arnhem, dat niet mag worden gesproken van verkorting van de rechten der schuldeischers, zoolang niet de stand van den boedel is onderzocht, zal men tevergeefs zoeken. Ook in het reeds genoemde geval, in eerste instantie berecht door de Rechtbank te Middelburg, waarin de Hooge Raad arrest wees op 21 Januari 1929, was hiernaar geen onderzoek ingesteld en noch het Gerechtshof noch de Hooge Raad hebben daartegen bezwaar gemaakt.

---

(45) H. R. 2 Juni 1925, N. J. 1925, 780; 19 October 1925, N. J. 1925, 1226.

Wat moet nu onze conclusie zijn ten aanzien van de hier gestelde vragen?

Gaan wij de taalkundige beteekenis van de uitdrukking „ter verkorting" na, dan zullen wij zien, dat uitdrukkingen als deze een bedoeling, een opzet omschrijven en dat het bereiken van het gestelde doel daarin nog niet behoeft te zijn opgesloten. Denken wij ons b.v. den zin: Xerxes trok op ter verovering van Griekenland.

Steeds kan men de van werkwoorden afgeleide uitdrukkingen met „ter" omschrijven door een zin met „opdat", niet met „zoodat".

Wanneer men nochtans het tot stand komen van het gevolg kan lezen b.v. in een zin als: ter verzachting van den nood werden uitdeelingen gehouden, dan ligt dit aan het redeverband, niet aan de uitdrukking „ter verzachting".

Als men zegt, dat iets strekt of dient ter verzachting, vermeerdering, versterking, dan kan men daar eveneens een intreden van het gevolg uit lezen, maar dit ligt dan aan de beteekenis der woorden „strekt" of „dient".

Taalkundig kan men derhalve onder b.v. onttrekken aan den boedel of niet boekhouden ter verkorting van de rechten der schuldeischers m. i. niets anders verstaan dan het verrichten van genoemde handelingen „om de rechten der schuldeischers te verkorten".

Echter willen wij niet al te strikt aan de letter blijven hangen. Waar eenig verschil van uitlegging bestaat, is nog altijd de beste methode om te onderzoeken, wat de bedoeling van den wetgever is geweest.

Ongelukkigerwijs laat de geschiedenis van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht ons vrij wel in den steek ten opzichte van de finesses, waarom het hier gaat.

In de gewisselde stukken wordt eenige malen gesproken van de bedriegelijke bedoeling of het bedriegelijk oogmerk (46), maar de vraag of de verkorting een feit moet zijn en waaruit zij eigenlijk bestaat, wordt niet aangeroerd.

Toch meen ik wel te mogen aannemen, dat men bij de totstandkoming dezer bepalingen de bedoeling had in de uitdrukking „ter bedriegelijke verkorting" tevens te begrijpen het intreden der verkorting, en wel:

ten eerste, omdat in bijna alle gevallen door de wet genoemd de verkorting in den regel reeds het onafscheidelijk gevolg is van het verrichten der materiëele handeling (het niet voldoen aan de verplichting tot boekhouden maakt hierop een uitzondering);

ten tweede, omdat destijds de uitdrukking ter bedriegelijke verkorting reeds voorkwam in de artt. 777 W. v. K. en

---

(46) Smidt, 1e dr., dl. III, bl. 14 en 15.

1377 B. W., welke betrekking hadden op de actio Pauliana, en het wel als de toen ook algemeen heerschende opvatting mag worden beschouwd, dat vereischte voor deze actie was werkelijke verkorting van de rechten der schuldeischers (47), hetgeen trouwens, waar het een civiele actie betreft, die anders bij gebrek aan belang geen reden van bestaan zou hebben, moeilijk anders te denken is.

Waar voorts onmiskenbaar de jurisprudentie in het algemeen de neiging vertoont om het intreden der verkorting als vereischte voor het tot stand komen van het strafbaar feit te zien, mag dit mede als een reden gelden om hieraan vast te houden. Eenheid van opvatting omtrent dit punt van de altijd dubbelzinnig blijvende uitdrukking wordt aldus in en door de praktijk bevorderd.

Treedt het gevolg, de verkorting, niet in, doch is wel het opzet tot verkorting aan te toonen, dan zal het feit, als overigens de voorwaarden daarvoor aanwezig zijn, als poging strafbaar wezen.

Moeilijker is het antwoord te geven op de vraag, wat onder de verkorting van de rechten der schuldeischers moet worden verstaan.

De kwestie, die zich hierbij ook voordoet, of onder „de schuldeischers" moet worden verstaan „alle schuldeischers" zonder uitzondering, kunnen wij practisch als opgelost beschouwen, waar Mr. Simons, de krachtigste verdediger van deze uitlegging, waardoor art. 341, 3°. (bevoordeeling van een der schuldeischers) alle beteekenis zou verliezen, reeds bij die verdediging schreef: „Doch ik erken, dat eene interpretatie, die, hoe juist zij ook zijn moge, aan eene strafbepaling alle mogelijkheid van toepassing beneemt, weinig kans heeft van te worden gevolgd" (48). In zijn Leerboek (49) zegt deze schr.: „Het oogmerk „ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers" is streng genomen bij deze handeling" (de gratificatie) „nooit aanwezig; hier had, evenals in de Duitsche wet, moeten zijn gevorderd het oogmerk om den eenen schuldeischer boven de anderen te bevoordeelen".

De M. v. T. tot het Ontwerp-Strafwetboek stelde op den voorgrond, dat gehandeld moet zijn tot verkorting van de rechten der gezamenlijke schuldeischers (50), d. w. z. van de schuldeischers als één complex beschouwd.

Wanneer nu zijn hunne rechten verkort?

---

(47) Verg. Hof Leeuwarden 7 Januari 1878, W. 4197; Rb. Amsterdam 2 Mei 1878, W. 4265; Hof 's Bosch 7 Januari 1879, W. 4396; Hof Amsterdam 22 April 1881, W. 4659.

(48) Themis, dl. 53, bl. 73, 74.

(49) Dl. II, 4e dr., bl. 119.

(50) Smidt, 1e dr., dl. III, bl. 14.

Zeker als de schuldeischers benadeeld zijn, b.v. door het definitief wegmaken van goed. Dit kan vernietigd zijn. Het kan ook in handen zijn gespeeld aan anderen, die zelf te goeder trouw waren, zoodat de Pauliana geen redres kan brengen. Dan is er zelfs een recht verloren gegaan.

Maar onder verkorting der rechten moet toch mede, en zelfs in de eerste plaats, worden verstaan verkorting in de uitoefening der rechten. Die rechten worden voor de schuldeischers uitgeoefend door den curator. Alles, waardoor de arm van den curator ten aanzien van den boedel als het ware verkort wordt, kan men daarom onder de verkorting van de rechten der schuldeischers begrijpen. De arm van den curator is verkort, als er iets aan den boedel ontbreekt, doch mede, wanneer bij hem een verkeerde voorstelling is gewekt omtrent de tot den boedel behoorende activa of passiva, ook als die betreft het al of niet bestaan van preferenties.

Zoodra de verkorting in dezen zin bestaan heeft, is er voltooid misdrijf; of zij daarna achterhaald wordt, zoodat ten slotte niet de minste schade wordt geleden, maakt geen verschil.

Eenigszins anders waren de feiten gelegen in het, in verschillende opzichten eigenaardige, geval, hiervoor reeds gemeld, dat werd behandeld voor de Rechtbank te Middelburg. Hier had de verdachte in strijd met de waarheid tegenover den curator beweerd, dat het meubilair in zijn woning eigendom was van zijn zwager. Hij werd nu veroordeeld wegens het ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers niet verantwoorden van baten. De curator was echter geen oogenblik de dupe geweest van verdachte's onware opgave (die ook door den zwager niet werd bevestigd) en was eenvoudig zijn gang gegaan ten aanzien van het meubilair, dat immers binnen zijn bereik was. Alleen was van de bewering van den failliet op de boedelbeschrijving aanteekening geschied. Een verkeerde voorstelling was er dus bij den curator niet gewekt en verkorting van de rechten der schuldeischers bestond er zoodoende eigenlijk niet. Wil men die als vereischte handhaven, dan was hier slechts poging aanwezig. Deze was echter niet ten laste gelegd en de dubbelzinnigheid van de uitdrukking „ter bedriegelijke verkorting" gaf aanleiding tot een veroordeeling wegens voltooid misdrijf, welke werd gesanctioneerd door den Hoogen Raad.

Wat nu betreft de beslissingen van het Gerechtshof te Arnhem en de Rechtbank te Assen, die min of meer het uitgangspunt van deze beschouwingen vormden, deze gaan m. i. ten onrechte uit van een opvatting van de rechten der schuldeischers als „vorderingsrechten" alleen. Verder wordt dan geredeneerd naar analogie van de leer der poging met ondeugdelijk object of ondeugdelijk middel: de vorderingsrech-

ten kunnen in het geheel niet worden uitgeoefend, of wel: de uitoefening is, ook na de detractie, ten volle gewaarborgd; dus die rechten zijn voor verkorting resp. verkorting door dit middel niet vatbaar.

Rechten mag hier echter in ruimeren zin worden genomen. Verkort zijn ook de rechten der schuldeischers, wanneer de curator in een faillissement, dat ten slotte voor opheffing in aanmerking komt, niet alle baten aanwezig vindt en alzoo daarmee niet kan doen wat des curators is en ook niet met volkomen kennis van zaken de vraag van opheffing onder de oogen kan zien. Dat in het geval van de onttrekking van drie rijksdaalders aan het uiterst geringe actief, door de Rechtbank te Assen berecht, weinig neiging bestond om te straffen, is begrijpelijk, doch oplegging van een zeer lichte, of voorwaardelijke straf ware, naar de door mij verdedigde opvatting, juister geweest dan vrijspraak.

Aan den anderen kant zal, ook waar de boedel zelfs na de onttrekking of andere bedriegelijke handeling niet insolvent blijkt, de verkorting reeds aanwezig zijn, als den curator een wapen is onthouden, zooals de Advocaat-generaal Ort het uitdrukte, of het recht van de schuldeischers om op het geheele actief des boedels, derhalve ook op de (b.v.) onttrokken goederen hunne vorderingen te verhalen, gelijk het arrest van den Hoogen Raad van 6 April 1906 het omschrijft, is verkort.

De conclusies, waartoe ik kom, zijn alzoo:

1°. het intreden van de verkorting van de rechten der schuldeischers is eisch voor het bestaan van de misdrijven, omschreven in de artt. 341, 343, 344 en 346 W. v. S.;

2°. die verkorting bestaat, zoodra de curator in de uitoefening of de richtige uitoefening van de rechten (waaronder mede te verstaan bevoegdheden) der gezamenlijke schuldeischers is belemmerd.

Deze omschrijving komt vrijwel overeen met die van Noyon, wiens leer, als gewoonlijk, de voor de praktijk meest bruikbare oplossing bevat.

Den aard der verkorting toch bepaalt hij aldus: „Verkorting van rechten bestaat overigens daarin, dat de boedel, zooals die feitelijk aan het beheer van den curator wordt overgegeven, minder goederen of baten of meer lasten bevat dan er toe behooren" (51), voorts: „En nu zijn de rechten der schuldeischers verkort, wanneer de rechtsverhouding der schuldeischers onderling verbroken is, wanneer zij gezamenlijk tegenover de activa van den boedel niet meer staan, zooals zij behooren te staan, wanneer zij, als geheel genomen,

---

(51) Aant. 2 ad art. 341.

hunne rechten òf niet òf niet volledig òf niet in de door de wet gewilde verhouding kunnen uitoefenen". (52)

De strengere opvatting van de in genoemde artikelen vervatte strafbepalingen, hier door mij verdedigd, is ook daarom van zooveel belang voor de praktijk, omdat in deze bepalingen het instituut van het faillissement zijne strafrechtelijke bescherming vindt. Wel staat daarnaast art. 194 W. v. S., dat onder meer strafbaar stelt den gefailleerde, die, wettelijk opgeroepen tot het geven van inlichtingen, opzettelijk verkeerde inlichtingen geeft. Het bestrijkt echter geenszins alle gevallen, door de artt. 341 v.v. voorzien, en schijnt bovendien (wellicht in verband met den eisch van het wettelijk opgeroepen zijn?) zelden of nooit te worden toegepast.

De bescherming moet dus hoofdzakelijk worden gezocht in de artt. 341 v.v. en nu is het allerminst gewenscht, dat de strafbaarheid van wie een loopje met den curator neemt van een nog onzekere omstandigheid als het bedrag van het actief afhangt. Ieder, die den faillissementstoestand niet eerbiedigt, moet weten, dat hij zich bij ontdekking in elk geval aan straf blootstelt.

Buiten het bestek van dit opstel valt de in verschillenden zin (53) beantwoorde vraag, of ook onttrekking of niet-verantwoording van de goederen en baten, die ingevolge art. 21 der Faillissementswet buiten het faillisement blijven, strafbaar kan zijn volgens de artt. 341 v.v. Ik wil er slechts op wijzen, dat hier licht de kwade trouw kan ontbreken, zoodat niet is gehandeld ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers.

Als ik de hiervoor omschreven uitlegging van de door mij behandelde wetsformule aanbeveel, zij niettemin vastgesteld, dat, waar de woorden der wet dubbelzinnig zijn en de geschiedenis geen besliste uitspraak geeft, iedere uitlegging min of meer willekeurig is, zoodat wij het recht behouden van den wetgever verduidelijking van zijn woorden te vragen. Wanneer echter de jurisprudentie zich verder met beslistheid in de aangegeven richting ontwikkelt, zal ook ten aanzien van de hier besproken punten buiten den wetgever om eenheid van toepassing bereikt kunnen worden op een wijze, die aan de eischen der praktijk voldoet.

Mr. C. J. Heemskerk

---

(52) Aant. 3 ad art. 341.

(53) Noyon, aant. 7 ad art. 341; Simons, dl. II, 4e dr. bl. 118.

L. J. 't Hooft: *Autonomie en zelfbestuur in West-Europa.* — Proefschrift Leiden 1928.

Na een zeer kort inleidend hoofdstuk, dat het eenigszins misleidend opschrift draagt: „Het standpunt van Buys", behandelt Schrijver achtereenvolgens de samenstelling en bevoegdheden der lagere rechtsgemeenschappen in Frankrijk, Spanje, de Skandinavische landen, Pruisen, België en Engeland, waarna in een slothoofdstuk een samenvatting wordt gegeven en een vergelijking met Nederland.

Het proefschrift biedt niet wat de titel belooft. Men zou verwachten een vergelijkende rechtsstudie over de begrippen autonomie en zelfbestuur; het grootste deel van deze dissertatie wordt echter ingenomen door korte overzichten van de bestuursorganisatie der verschillende landen van West-Europa, in het bijzonder wat betreft de lagere rechtsgemeenschappen. Ongetwijfeld zijn zulke summiere overzichten niet van nut ontbloot, maar de titel doet toch wel wat anders verwachten.

Een vergelijkende studie over de begrippen autonomie en zelfbestuur geeft dit proefschrift dus niet. De opzet had dan een geheel andere moeten zijn. Gewezen had dan b.v. moeten worden op het Fransche decreet van 14 December 1789, waarin deze deux espèces de fonctions worden omschreven als „les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'état et déléguées par elle aux municipalités"; dit decreet wordt echter in het geheel niet vermeld. Een uiteenzetting had voorts niet mogen ontbreken van de Belgische pouvoirs provincial en communal (zie art. 31 der Belgische constitutie) en aangetoond had moeten worden de beteekenis hiervan voor de verdere rechtsontwikkeling. Hoe weinig aandacht wordt geschonken aan een scherpe formuleering blijkt al heel duidelijk uit het aan Pruisen gewijde overzicht, waar men tevergeefs zal zoeken naar een definitie van het Duitsche begrip „Selbstverwaltung" met zijn speciale beteekenis.

Dat het Engelsche begrip „selfgovernment" hetzelfde beteekent als ons Nederlandsche zelfbestuur, zooals uit hetgeen Schrijver op bl. 92 aanvoert schijnt te moeten worden afgeleid, komt mij niet juist voor. Het begrip „selfgovernment" beteekent: bestuur door eigen zelfstandige vertegenwoordigers en duidt dus niet een bepaalde functie aan (zie hieromtrent mijn praeadvies in Gemeentebestuur 1928, bl. 247 e. v.).

Voor de Nederlandsche begrippen autonomie en zelfbestuur

gebruikt Schrijver als synoniem respectievelijk de woorden „eigenmeesterschap" en „medebewind", uitdrukkingen kennelijk ontleend aan de terminologie van Prof. VAN VOLLENHOVEN (zie Koloniaal Tijdschrift 18e jaargang, bl. 5 e. v. en bl. 117). Deze terminologie is inderdaad verhelderend. Indien „autonomie" wordt vervangen door zelf*regeering* of zelf*bewind*, blijkt reeds dadelijk, dat deze functie niet enkel tot wetgeving is beperkt, zooals een letterlijke vertaling van autonomie zou doen denken. Hetzelfde geld voor mede*bewind* inplaats van zelfbestuur.

Het samenvattende hoofdstuk van dit proefschrift heeft mij nog het best kunnen bevredigen, doch het is al te summier en blijft aan de oppervlakte.

„Terminologica sunt odiosa", zegt Prof. VAN VOLLENHOVEN in een zijner meesterlijke artikelen in het Koloniaal Tijdschrift (18e jaargang bl. 7). Inderdaad en het valt daarom te betreuren, dat het proefschrift van den heer 'T HOOFT niet, zooals de titel in uitzicht stelt, een dogmatische verhandeling over de begrippen autonomie en zelfbestuur heeft gegeven.

Schrijver heeft het zich, naar het mij voorkomt, al te gemakkelijk gemaakt. Hij heeft heel wat litteratuur doorgewerkt, doch heeft zich te weinig rekenschap gegeven van hetgeen hij zich tot taak stelde. Als Schrijver zich nog wat meer in dit onderwerp, dat kennelijk zijn belangstelling heeft, inwerkt, zal hij ongetwijfeld in staat zijn om iets te leveren, dat voor de dogmatiek van ons Staatsrecht meer waarde heeft, dan hetgeen hij thans heeft geproduceerd.

Nijmegen, Maart 1929 VAN DER GRINTEN

J. H. F. Kohlbrugge, *Practische Sociologie*, Deel I, *Sociale Opvoeding* (*de mensch in dienst der maatschappij*). Tweede Druk. — J. B. Wolters' U. M. — Groningen, Den Haag, 1928.

Het is zeker iets bijzonders, dat van een groot, op zeven deelen aangelegd, werk als Kohlbrugge's Sociologie, reeds een tweede druk van het eerste deel noodzakelijk werd, nog eer het werk compleet is verschenen. Een succes, waarmede we Prof. Kohlbrugge van harte gelukwenschen, te meer omdat we het volkomen begrijpelijk achten. Immers niet alleen, dat de Practische Sociologie baanbrekend werk doet, ze doet het ook op veelszins uitnemende wijze. Ik denk hier met name aan het zeer uitgebreide materiaal, dat in dit boek is verwerkt. Binnenland en buitenland zullen op het terrein der sociologie weinig geheimen hebben voor Kohlbrugge en van zijn rijke kennis en ervaring doet de schrijver anderen genieten.

Wat nu meer in het bijzonder dit eerste deel betreft, brengt de beoordeeling mij wel in eenige moeilijkheid. Kohlbrugge bespreekt hier allereerst het principieele uitgangspunt. Zijn opvatting is de mijne niet, daarover valt verder niet te spreken. Maar wel, dunkt me, over de waarde, die hij aan het uitgangspunt toekent. In de voorrede lezen we omtrent vele sociologen: „Daarbij gaan zij in den regel uit van een of ander leerstellig beginsel, zoodat de sociologie in hun handen werd eene deductieve bespiegelende wetenschap". Dat *zoodat* is niet geheel op zijn plaats. Immers als Kohlbrugge van zijn eigen methode zegt: „Als oud-natuuronderzoeker past mij alleen de inductieve denkwijze", dan neemt hij daardoor ook een uitgangspunt aan, nl. dat de sociologie naar deze methode en b.v. niet naar de historische dient te worden behandeld en de auteur vergeet, dat men de door inductie verkregen feiten niet zonder normen ordenen en waardeeren kan. Hier verraadt zich een tekort aan nadenken over het karakter van een beginsel en een methode.

Trouwens datzelfde komt ook uit in den opzet van het boek. Kohlbrugge schrijft: „De sociale ontwikkeling kan saamgevat worden in deze twee woorden *dienen* en *opvoeden*". Heel duidelijk is die zin niet, ik hoop hem goed te verstaan, als ik hem aldus omschrijf: alleen door dienen en opvoeden gaan de maatschappelijke toestanden vooruit. Dan vraagt men dadelijk, *hoe* dienen, *welk* opvoeden. Kohlbrugge geeft daarop ook een antwoord. Dienen en opvoeden zijn op zich

zelf vrij formeel. En het verwondert ons niet op blz. 14 te lezen: „Slechts hij zal de wereld of het eigen volk werkelijk dienen, wiens handelingen en woorden worden bestuurd door een hooger beginsel". We stemmen dat toe, maar weer vragen we, welk beginsel. Voorzoover ik me herinner, zegt de schrijver dat nergens met zoovele woorden (soms het algemeen belang?, blz. 113), wel blijkt b.v. (zie blz. 113 vlg.) dat het niet het socialisme is, althans niet de klassenstrijd, in ons land ook niet de godsdienst (blz. 317). Ik merk deze dingen op eenerzijds, omdat men gevoelt, dat de schrijver het wijsgeerig terrein wil vermijden en het niet kan, doch veeleer een tekort laat zien, anderzijds, omdat van hem zelf geldt, wat hij anderen voorhoudt, dat men bij sociologische en economische voordrachten direct hoort, tot welke partij de spreker behoort (blz. 44). Het ware beter geweest, indien Kohlbrugge ronduit verklaard had, welk beginsel (en niet slechts formeel, maar materieel) hem het juiste toeschijnt èn bij de beoefening der sociologie èn bij het sociale handelen.

Rijk is de inhoud van dit eerste deel, rijk vooral aan materiaal. In het voorbijgaan merk ik op, dat een register aan het einde van het geheele werk meer dan noodzakelijk zal zijn. Kohlbrugge behandelt achtereenvolgens: de ambten en beroepen en hun sociale plichten, voorziening in geestelijke behoeften door sociaal werk, de gebrekkige sociale zorg op het platteland, plattelandszorg in Engeland en Duitschland, de vrouw als gemeenschapswezen, de opleiding voor sociaal werk, de sociale betrekkingen voor vrouwen, het beroep der sociale werkster en zijn eischen, de welvaartszorg in Duitschland, vrouwenvereenigingen voor sociaal werk, vereenigingen voor algemeenen socialen arbeid, de sociale opvoeding van het kind, de ontwikkeling tot staatsburger.

Ik heb in dit boek veel gevonden, dat mij aantrekt. Ik noem het pleiten voor het gezin, de huiselijkheid, het vragen om onbetaalden arbeid ten behoeve van anderen, het wijzen op de fouten, die menigeen aankleven bij de vervulling van zijn beroep. Ik heb ook dingen gevonden, waar ik het niet mee eens kan zijn. Over de opleiding van predikanten spreek ik nu maar niet, omdat ik daar zelf te nauw bij betrokken ben. Ik noem vooral dit, Kohlbrugge verwacht mij te veel van opleiding. Bij dienen, opvoeden komt het allereerst op de gezindheid, pas daarna op de kennis aan (vgl. trouwens blz. 126). Ook heb ik me afgevraagd, of de schrijver voor sommige beroepen niet te veel vraagt. Zeer zeker is het sociale handelen van het allergrootste gewicht, maar er zijn ook andere noodzakelijke dingen. En men kan de opleiding niet al te lang maken. Het practisch werken van studenten b.v. zou ik zeer willen beperken, iets, niet te veel, de schade is anders grooter dan de winst (blz. 45, 47). Niet verstandig

vind ik het, dat KOHLBRUGGE in een boek, dat langer de aandacht verdient dan een courantenartikel, zoo over de kwestie van Artikel 40 (blz. 81, 84) en de Louisegroeve (blz. 82) schrijft. KOHLBRUGGE stelt onze rechterlijke macht zeer hoog. Welnu dan had hij moeten bedenken, dat na een uitspraak van den Hoogen Raad en de Tweede Kamer het door hem onjuist geacht standpunt, niet zóó mocht worden geteekend, als nu is geschied.

Alles bijeen genomen een rijk boek, waarin zeer veel materiaal is verwerkt en waaruit zeer veel valt te leeren. Een boek, dat ik in de eerste plaats waardeer om de inlichtingen, die het geeft, de mogelijkheden, waarvan het spreekt. Daarna ook om de vele practische wenken, die het biedt voor de opleiding tot en de vervulling van menig ambt en beroep.

F. W. GROSHEIDE

L. J. Hijmans van den Bergh, *Opeenvolgen van rechtsregels.* — Prft. Utrecht 1928.

Het behoort tot de beminnelijke eigenaardigheden van jeugdigen studie-ijver, dat deze zich bij voorkeur richt op de moeilijkste theoretische problemen. Een academisch leider heeft in het algemeen geen reden, deze neiging bij zijn leerlingen te onderdrukken. De werkers aan de theorie verdringen zich in ons land nog niet. De geestdrift van de eerste jaren slaagt er menigmaal in, zoo al niet om het oude vraagstuk op te lossen dan toch om de belangstelling voor zijn behandeling te verlevendigen. Het is goed, dat tegenover de twijfelzucht der ouderen telkens weer het aanstekelijke geloof gesteld wordt van een, die meent de fouten van zijn voorgangers te kunnen aanwijzen en nieuwe fouten te kunnen vermijden. De therapeutische taak van den promotor is niet, dit geloof in de kiem te smoren, doch om zijn leerling tijdens diens arbeid terug te brengen van overschatting van het resultaat daarvan. Een proefschrift is er niet minder om, wanneer zijn schrijver blijk geeft, aan het eind daarvan tot het besef te zijn gekomen, dat het behandelde vraagstuk niet zoo eenvoudig op te lossen is als waarvoor hij het in het midden van zijn arbeid hield.

In het eerste hoofdstuk van zijn boek deelt de heer Hijmans van den Bergh mede, dat het recht omtrent den overgang van oude op nieuwe rechtsbepalingen het voorwerp van zijn studie zal uitmaken. Hij doet dit in abstracties, ontleend aan algemeene rechtsopvattingen, welke al te duidelijk herinneren aan de gesprekken in de studeerkamer van zijn promotor, waarvoor hij dezen op sympathieke wijze dankt. „De rechtsorde is „niet in mooten van heden en verleden te scheiden, doch groeit „continu door". Gedachten als deze mogen wijsgeerige waarde hebben, zij behoeven een andere uitwerking dan deze schrijver daaraan geeft. Weinigen, die niet reeds te voren zijn inzicht deelen, zal hij door dergelijke primitieve begripsbenaderingen overtuigen, dat aan de beantwoording van de vraag, wat *behoort* te gebeuren, noodzakelijk vooraf moet gaan een beschrijving van hetgeen in het verleden *is* geschied. Wel zal een ieder er vrede mede hebben, dat de moeilijkheden, welke moeten worden opgelost, in het licht der feiten worden verduidelijkt. Maar iets anders is het, of het *behooren* uit het *zijn* kan worden afgeleid. Deze historisch-naturalistische stelling vormt de grondslag van schrijvers methode. Natuurlijk kan hem het recht niet worden ontzegd, zijn uitgangspunt te kiezen naar eigen overtuiging. Doch door daaraan een ge-

heel hoofdstuk te wijden van de drie, waaruit zijn boek bestaat, nam hij den plicht op zich, zijn algemeene rechtsbeschouwing dieper te fundeeren dan hij deed. Het is trouwens teekenend, dat dit hoofdstuk slechts 13 van de 388 bladzijden druks omvat. Als proeve van eigen werk is dit deel dan ook niet geslaagd.

Hoe aanvechtbaar de wijsgeerige opzet van het werk moge zijn, de lezer dankt daaraan het beste deel van dezen arbeid, dat te vinden is in het tweede hoofdstuk. Daarin wordt „het „vraagstuk in de practijk van het rechtsleven" onderzocht. Zóó overtuigd is de heer HIJMANS van de noodzakelijkheid van zijn methode, dat hij de meening uitspreekt, dat, wanneer men het vraagstuk in zijn ruimsten omvang zou willen onderzoeken, het noodig zou zijn alle rechtsstelsels na te gaan, die er ooit geweest zijn en tevens alle, die thans op aarde bestaan. Gelukkig begeeft hij zich niet op dien weg. Doch hij verontschuldigt zich als het ware, dat hij zich heeft beperkt tot de beschrijving van de opeenvolging van Nederlandsche rechtsregels sedert het einde der achttiende eeuw. Deze beschrijving geeft hij dan met ijver en talent.

Om hetgeen door hem is waargenomen weer te geven versmaadt de schrijver in letterlijken zin de gebruikelijke terminologie, die bij overgang van rechtsstelsels onderscheidt of de nieuwe wet terugwerkende kracht heeft dan wel voor de toekomst werkt. De heer HIJMANS vindt, dat deze tegenstelling „niet de minste beteekenis" heeft. „OPZOOMER, zoomin als de „jurisprudentie, zag in, dat werking voor de toekomst in dit „verband een zinledige uitdrukking is" (blz. 152). „Een korte „beschouwing van de twee begrippen toont dit reeds aan" (blz. 15). Die korte beschouwing komt dan hierop neer, dat eenerzijds elke wet voor de toekomst werkt en anderzijds elke wet, ook die met werking voor de toekomst, op het verleden een zekeren invloed uitoefent.

Het is voor gerechten twijfel vatbaar, of OPZOOMER en de anderen, die zich vóór den heer HIJMANS met het probleem hebben bezig gehouden, deze korte beschouwing zouden hebben nagelaten. Uit het gangbare spraakgebruik kan dit slechts worden afgeleid door hem die vergeet, dat woorden tot taak hebben te karakteriseeren, niet om de volheid van het verschijnsel weer te geven. Inderdaad is het waar, dat een wet op twee wijzen terugwerkende kracht kan hebben. Zij kan het vroegere feit beschouwen als onder hare heerschappij geschied en daaraan van het oogenblik van zijn ontstaan af nieuwe rechtsgevolgen hechten. Zij kan ook haar werking ten aanzien van vroegere feiten beperken tot die gevolgen, welke na de invoering der nieuwe wet zullen ontstaan. In het eerste geval heeft men volstrekte terugwerking *ex tunc*; in het tweede beperkte *ex nunc*. In zijn opmerking van dit feit vindt

de heer HIJMANS aanleiding alleen de eerste werking aan te duiden als „terugwerkende kracht". De tweede meent hij duidelijker weer te geven als „exclusieve werking", omdat in zoodanig geval de toepassing der oude rechtsregels voor het vervolg wordt uitgesloten. Eerbiedigende werking noemt hij eindelijk die functie van een nieuwe wet, welke de feiten, onder de oude wet voorgevallen, naar de oude wet doet beoordeelen.

Men kan den schrijver dit nieuwe spraakgebruik gunnen zonder behoefte te gevoelen hem daarin na te volgen. Indien het begrip „terugwerkende kracht" zóó groote verwarring sticht, als de schrijver ons voorhoudt, moet het verwonderen hem ditzelfde woord in beperkten zin toch weer te zien gebruiken. Doch bovendien. Zijn methode van terminologische kritiek richt zich tegen zijn eigen woordgebruik. Is alleen de wet, welke uitsluitend nieuwe feiten beheerscht, eerbiedigend? Kan ditzelfde in zekeren zin niet worden gezegd ook van de wet met beperkte terugwerking, die immers de rechtsgevolgen, in het verleden ontstaan, onaangetast laat? Is alleen de beperkte terugwerking exclusief? Kan deze eigenschap niet met meer reden worden toegekend aan de wet, welke alle oude rechtsgevolgen van het oude feit opheft?

Waarlijk de voorgestelde verandering brengt geen verbetering. Zij mist de suggestieve karakteriseerende kracht van het oude spraakgebruik. Met opmerking van het onderscheid tusschen volstrekte en beperkte terugwerking had gevoegelijk kunnen worden volstaan. De heer HIJMANS overschat waarschijnlijk de beteekenis van zijn vondst. Het is uitsluitend een nieuw woord-apparaat, dat hij aanwendt, geenzins een nieuwe gedachte. Deze enkele maal willen wij hem echter in zijn woordgebruik volgen.

Terugwerkende kracht (in volstrekten zin) heeft de schrijver gevonden o. a. in art. 44 van de wet op den overgang 1829. In de wet van 14 September 1866, *Stbl.* 123, houdende uitbreiding van art. 14 der wet van 22 April 1855, *Stbl.* 32, tot wederkeerige verzekerings- of waarborgmaatschappijen. In art. 2 van de wet van 1 Juni 1875, *Stbl.* 81, dat art. 302 K. wijzigde. In de wet op de arbeidsovereenkomst (13 Juli 1907, *Stbl.* 193) ten aanzien van minderjarigen, die vóór het in werking treden dezer wet reeds in dienst waren. In art. 38 van de Motor- en Rijwielwet, zooals gewijzigd bij de wet van 1 November 1924, *Stbl.* 492. In art. 41, lid 2, van de wet op de coöperatieve vereenigingen 1925. Voorts bespreekt de schrijver de bekende controverse omtrent het al dan niet retro-actief karakter der zgn. interpretatieve wetten. Eindelijk wijst hij op de voorwaardelijke terugwerking krachtens art. 1, lid 2, van het Wetboek van Strafrecht, dat beveelt bij verandering in de wetgeving na het tijdstip, waarop eenig feit begaan is, de voor

den verdachte gunstigste bepalingen toe te passen. In al die gevallen werd het feit, vóór de inwerkingtreding der nieuwe wet voorgevallen, behandeld als onder hare heerschappij geschied.

Veel ruimer verbreiding vond de exclusieve werking bij den overgang. Een bonte rij van regelingen van dit type laat de schrijver voorbij de oogen trekken. In het personenrecht werkte in 1905 de verlaging van de meerderjarigheidsgrens exclusief: alle 21- en 22-jarigen werden onmiddellijk meerderjarig. De wet op de arbeidsovereenkomst beheerschte voor het vervolg ook de vroeger gesloten contracten. De Huurwetten golden eveneens voor de vroeger gesloten overeenkomsten. Coöperatieve vereenigingen, opgericht vóór de wet van 1925 vielen voor het vervolg onder hare bepalingen. Nieuwe erfrechtelijke regelingen hadden vrij algemeen exclusieve werking. Hetzelfde valt op te merken betreffende de wijziging in 1923 van het recht aangaande het getuigenbewijs. Bij wijziging van den omvang van zakelijk rechten vindt men eveneens exclusieve werking. Op publiekrechtelijk terrein heeft bij overgang van de oude tot de nieuwe orde vrijwel steeds exclusie plaats. De Staatsregeling van 1798 bevatte geen enkele bepaling met volledig terugwerkende kracht. De intrekking van art. 40 van het Bezoldigingsbesluit was exclusief enz.

Eerbiedigende werking, zoo kritiseert de schrijver op blz. 145 zijn eigen spraakgebruik, beduidt slechts de strekking der wet om *zooveel mogelijk* de vroeger voorgevallen feiten volkomen naar de oude wet te doen waardeeren. De wet met zoodanige werking laat òf de oude rechtsbetrekkingen intact, òf heft die op onder toekenning van schadevergoeding. In dien gedachtengang is het moeilijk b.v. de onteigening onder toekenning van schadeloosstelling te determineeren. Zoowel eerbiedigend als exclusief karakter zal daaraan moeten worden toegekend. Het eerbiedigend beginsel lag ten grondslag aan art. 1 van de wet op den overgang 1829, dat aan de veranderingen in de burgerlijke wetgeving teweeggebracht invloed ontzegde op de „regten, welke onder vroegere wetgevin„gen waren verkregen". Over deze formule van „verkregen „rechten" is de heer Hijmans bijzonder slecht te spreken. Hij acht haar waardeloos, omdat zij doctrine en jurisprudentie toelaat, verkregen rechten al dan niet aan te nemen naar mate zij exclusieve werking al dan niet wenschelijk acht. „De in„houd van art. 1 dier wet en van art. 4 A. B. wordt door de „leer der verkregen rechten vertroebeld", zoo luidt des schrijvers oordeel (blz. 152). Die vertroebeling zou dan hierin hebben bestaan, dat „de theorie der verkregen rechten op overwegingen „van rechtvaardigheid (berust)" (blz. 215). Men zou geneigd zijn, hierop te zeggen dat men „doctrine en jurisprudentie" iets ergers kon verwijten!

Op het gebied van het verbintenissenrecht vond de schrijver vrijwel alleenheerschappij van de eerbiedigende functie.

Met dit al gaat van de analyse der feiten, in dit deel van het boek gegeven, onmiskenbare bekoring uit. Zij vormt het beste deel van dit boek. Het werk daartoe vereischt ligt volkomen binnen schrijvers vermogen.

In het derde hoofdstuk maakt de heer HIJMANS VAN DEN BERGH den aangekondigden doodensprong van het *zijn* naar het *behooren*. Dat die niet gelukt, mag hem nauwelijks worden nagehouden. Zijn hartgrondige afkeer van alles wat naar „natuurrecht" zweemt ontneemt hem daarbij elk houvast. Het is dan ook veeleer een proeve van abstraheerende veralgemeening van de gevonden feiten dan een vaststelling van een buiten-feitelijk behoorlijkheidscriterium, die hij geeft. De schrijver zal de laatste zijn om dit te ontkennen. Hij wil niet anders. De behoorlijkheid, die hij zoekt, is niet van andere orde dan van die der feiten. Zijn streven is juist, het vraagstuk te ontdoen van de „webben, die billijkheidsredeneering er „omheen hadden geweven" (blz. 215).

Men kent de gangbare opvatting, volgens welke de wetgever bij overgang van stelsel zich moet laten leiden door het beginsel, dat bereids verkregen rechten behooren te worden beschermd, tenzij hoogere belangen zich daartegen verzetten. Deze formule ontleent aan het begrip „recht" de norm voor toekenning zoowel van eerbiedigende als van exclusieve werking aan een nieuwe wet. De enkele omstandigheid, dat eenig feit onder de werking van een vroegere wet heeft plaats gevonden, geeft geen aanspraak dat feit bij voortduring aan de werking der nieuwe wet te onttrekken. De nieuwe wet werkt in beginsel ook ten aanzien van oude feiten. Doch de nieuwe wet heeft in het algemeen te eerbiedigen het recht, dat uit het oude feit mocht zijn verkregen. Daarin ligt de verhouding tusschen de eerbiedigende en de exclusieve werking van de nieuwe wet. Voor zoover haar niet terugwerkende kracht is toegekend heeft elke nieuwe wet zoowel eerbiedigende als exclusieve werking. Eerbiedigend ten aanzien van het verkregen recht, exclusief ten aanzien der verdere gevolgen van het vroegere feit. Wat nog slechts mogelijkheid en verwachting is, door de oude wet ontstaan, neemt met de geldigheid der oude wet een einde. Niet het tijdstip van het feit, doch het karakter van zijn vroeger rechtsgevolg bepaalt of dit laatste door de nieuwe wet moet worden geëerbiedigd of uitgesloten.

De heer HIJMANS VAN DEN BERGH, die zich tot taak stelde het behoorlijkheidscriterium uit feiten te destilleeren, voelt zich, zooals te begrijpen valt, onbehagelijk tegenover een criterium, dat onmiddellijk uit het rechtsbegrip is afgeleid. Dit laatste ziet de schrijver o. i. over het hoofd. Het is niet juist, dat de

Oude School verkregen rechten aannam, zoo dikwijls zij eerbiedigende werking van de nieuwe wet billijk achtte. Doch integendeel, uit de overtuiging dat een recht verkregen was trok zij het gevolg, dat dan ook de nieuwe wet dit recht had te eerbiedigen. Wanneer de heer HIJMANS tracht vast te stellen, onder welke feitelijke omstandigheden in het verleden eerbiedigende werking aan een nieuwe wet is toegekend, dan onderzoekt hij in wezen niet anders dan den feitelijken inhoud van het begrip: verkregen rechten.

Schrijver gaat daarbij als volgt te werk. Hij onderscheidt de rechtsbetrekkingen, die door het wetsvoorschrift ontstaan, in bepaalde en onbepaalde rechtsposities. Een onbepaalde rechtspositie is er alleen, wanneer de bevoegdheden en verplichtingen onbepaald zijn, zoowel ten aanzien van een correspondeerend subject als ten aanzien van een object en ten aanzien van hun inhoud. Onbepaalde rechtsposities zijn dus: handelingsbevoegdheid, bevoegdheid om overeenkomsten aan te gaan, om eigenaar te kunnen zijn en dergelijke. Daartegenover staan de bepaalde rechtsposities. Bij deze zijn òf een correspondeerend subject, òf een object òf de inhoud of meerdere daarvan tegelijk bepaald. Ouderlijke macht over een bepaald kind, eigendom van een bepaalde zaak, bevoegdheid om bij een bepaalde stemming van zijn kiesrecht gebruik te maken zijn bepaald, onderscheidenlijk naar subject, object en inhoud. Formeel bepaald noemt hij verder de rechtspositie, welke ten aanzien van correspondeerend subject of object bepaald is. Materieel bepaald die, welke naar haar inhoud bepaald zou zijn. Hij meent nu, dat in het verleden meestal exclusieve werking is aangenomen ten aanzien van onbepaalde en van formeel bepaalde, eerbiedigende tegenover materieel bepaalde rechtsposities.

Beziet men dit resultaat iets nader, dan komt het hierop neer, dat de nieuwe wet eerst daar pleegt te eerbiedigen, waar zij komt te staan tegenover naar haren inhoud bepaalde rechtsbetrekkingen. Zegt men daarmede iets anders dan dat de wet eerbiedigt . . . . verkregen rechten?

Het begrip rechtsbetrekking is tegenwoordig aan de beurt voor theoretische bewerking. De meest dringende aanleiding daartoe is het inzicht, dat er tal van rechtsbetrekkingen zijn, aan welke het karakter van „recht" pleegt ontzegd te worden. Welnu, de formule der verkregen rechten heeft nimmer bedoeld alle bestaande rechtsbetrekkingen, doch slechts die, welke voldoende bepaaldheid bezitten, onder bescherming van de nieuwe wet te brengen.

De schrijver heeft op zijn terrein getracht, de grens tusschen „rechten" en andere rechtsbetrekkingen aan te geven. Dat die grenslijn loopt tusschen het meer of min bepaald zijn der betrekkingen is ook onder de heerschappij der oude formule

niet onbekend geweest. De vraag was steeds, in hoever een betrekking bepaald moet zijn om als verkregen recht te kunnen gelden.

Concludeert de schrijver, dat ook zijn formule niet voor elk bijzonder geval met zekerheid een oplossing brengen kan, dan mag dit allerminst verwonderen. In de eerste plaats sluit zijn methode het vinden van een absolute norm uit. Wat behoort, kan uit feiten alleen nimmer worden vastgesteld. Het langs dien weg te vinden behoorlijkheidsbegrip zal alleen historische, toevallige, beteekenis bezitten. Doch bovendien. De vraag van het materieel-bepaald-zijn van een rechtsbetrekking is geen andere dan die van haar verkregen-recht-zijn. De moeilijkheden, welke de schrijver bij den aanvang van zijn boek overwonnen waande, zijn dezelfde als die, welke hij aan het eind daarvan erkent dat zijn gebleven. Nur mit ein biszchen andern Worten!

Met dit al is het een ernstig en belangrijk werk, dat de heer Hijmans van den Bergh heeft afgeleverd. Het vraagstuk der verkregen rechten heeft hij, zoo al niet opgelost, dan toch omgezet in moderne terminologie. Voor de leer der rechtsbetrekkingen is zijn boek een onmiskenbare aanwinst.

Van der Heijden

Partiële herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door Mr. J. KRUSEMAN, President van het Gerechtshof te Amsterdam.

Onder bovenstaanden titel deed de President van het Amsterdamsche Hof bij de erven F. BOHN te Haarlem eene reeds vroeger in het Rechtsgeleerd Magazijn opgenomen studie verschijnen, die de Redactie van Themis mij verzocht in dit tijdschrift te bespreken. Door omstandigheden bleef het geschrift veel te lang op mijn lessenaar liggen; laat ik alleen zeggen, niet omdat ik het niet interessant vind, want het is intressant en der lezing alleszins waard.

In eene inleiding bespreekt Mr. K. de verschillende wijzigingen in later tijd in ons burgerlijk procesrecht aangebracht en komt dan tot de groote vraag of onze wetgever door moet gaan met het aanbrengen van partiële wijzigingen, dan wel een geheel nieuw stelsel van procesrecht behoort vast te stellen?

Alvorens die vraag te beantwoorden bespreekt S. de laatste poging om tot eene geheele nieuwe regeling te geraken: het ontwerp der staatscommissie GRATAMA. S. voelt weinig voor het stelsel dier staatscommissie om de instantie te splitsen in een voorbereidend onderzoek voor een rechter-commissaris en het onderzoek voor de Kamer van drie, een stelsel, dat hij voor de behandeling in hooger beroep beslist verwerpelijk acht. Hij schorst echter zijn eindoordeel op tot dat gebleken zal zijn van de werking van eene in 1924 in het Duitsche procesrecht aangebrachte wijziging, die veel overeenkomst vertoont met het stelsel der staatscommissie. In afwachting meent S. dat in ieder geval thans geen kans bestaat op de totstandkoming van een geheel nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en geeft hij dan ook in overweging voort te gaan met het aanbrengen van verbeteringen in het bestaande Wetboek, waarmede reeds goede uitkomsten werden bereikt.

Ik kan mij met de beschouwingen van Mr. KRUSEMAN zeer goed vereenigen, maar wil, ook met het oog op zijne onder te bespreken voorstellen, toch de vraag stellen, of, waar niet alleen de immer voortschrijdende ontwikkeling van het maatschappelijk verkeer, maar ook vele nieuwe wetten steeds hooger eischen stellen aan het rechterambt, — niet ernstig aandacht moet worden geschonken aan de samenstelling onzer rechterlijke macht en of niet moet worden overwogen, of de

gemiddelde geschiktheid harer leden voor hun ambt wel in overeenstemming is met het gewicht hunner taak en met de hooge eischen, die aan hare vervulling moeten worden gesteld? en, zoo neen, wat dan gedaan moet worden om in dien ongewenschten toestand verbetering te brengen?

Op blz. 60/61 van zijn geschrift zegt S.: „Bij alle maatregelen, die de wetgever nemen kan ter verbetering der burgerlijke procedure, moet men niet vergeten, dat voor de vlugge afdoening van processen in de eerste plaats vereischt wordt eene *behoorlijke* bezetting der rechterlijke colleges". Volkomen juist als dat „behoorlijke" maar niet alleen ziet op de talrijkheid der bezetting.

Ik heb thans niet op deze quaestie in te gaan, doch veroorloof mij te verwijzen naar wat Prof. Dr. D. Simons in zijn onlangs verschenen geschrift „Problemen van het Strafrecht" blz. 227 ten aanzien van den strafrechter zegt. Ik acht dit in het algemeen en met voorbehoud van ondergeschikte punten ook toepasselijk voor den rechter in burgerlijke zaken en meen dan ook, dat de wetgever verplicht is de vragen, die ik stelde, onder de oogen te zien.

Na zijne inleiding bespreekt S. eenige punten, die voor partieele herziening in aanmerking komen en staat dan in de eerste plaats stil bij „het hooger beroep van interlocutoire vonnissen".

Hij meent, zeker terecht, dat door afzonderlijk appèl van deze vonnissen het geding dikwijls noodeloos wordt opgehouden en wijst ook op het nadeel, dat, ten gevolge van zoodanig afzonderlijk beroep, het getuigenverhoor dikwijls belangrijk later wordt gehouden, zoodat de getuigen moeilijker zijn te vinden en daarenboven het gevaar bestaat, dat hunne herinnering van de feiten, waarover zij worden gehoord, aanmerkelijk zal zijn verflauwd.

S. toont aan, dat de wijziging bij de lex Hartogh in art. 337 lid 2 Rv. aangebracht, — t. w. de bevoegdheid van den rechter om hooger beroep van het interlocutoir anders dan te gelijk met het eindvonnis uit te sluiten, een onvoldoend middel tegen het door hem aangewezen euvel is gebleken, immers door den rechter wordt te weinig en te ongelijkmatig van de hem verleende bevoegdheid gebruik gemaakt. S. stelt daarom voor in art. 337 lid 2 Rv. de vermelding van interlocutoire vonnissen te schrappen en in een nieuw derde lid te bepalen, dat van een interlocutoir vonnis, ook indien daarin eindbeslissingen voorkomen, niet afzonderlijk zal mogen worden geappelleerd, tenzij de rechter het tegendeel uitdrukkelijk heeft verklaard, waartoe hij ambtshalve bevoegd en op eenparig verzoek van partijen verplicht zal zijn.

Ik acht de voorgestelde oplossing eene gelukkige. De twijfel

ten aanzien van den termijn van hooger beroep van een interlocutoir vonnis, voor zoover daarin eindbeslissingen voorkomen, een twijfel, die veel kwaad heeft gesticht, zal er door worden opgeheven en de partij, die meent, dat haar redelijk belang de bevoegdheid om afzonderlijk van een interlocutoir te appelleeren, vordert, zal wel gedwongen zijn de gronden voor die meening op te geven, zoodat de rechter en connaissance de cause zal kunnen oordeelen; zonder voorlichting van partijen zal de rechter afzonderlijk beroep alleen dan toestaan, wanneer hij de gronden, waarop hij een getuigenverhoor beval, van zoo twijfelachtige juistheid acht, dat zij, ter voorkoming van een wellicht nutteloos getuigenverhoor, in hoogere instantie behooren te worden getoetst.

Vervolgens staat S. stil bij wat hij noemt „het onverwijld getuigenverhoor in het geding". Hij verstaat hieronder een getuigenverhoor, dat zoowel door eischer als gedaagde in den aanvang van het geding, zoodra vaststaat welke feitelijke verschilpunten tusschen partijen bestaan, bij incidenteele conclusie kan worden uitgelokt en dat, zoo toegestaan, zonder overigens het proces op te houden, verplicht ten overstaan van een rechter-commissaris, zal worden gehouden.

S. heeft bij het doen van dit voorstel voornamelijk het oog op aanvaringsprocessen en andere handelsgedingen vooral voor de colleges te Amsterdam en te Rotterdam gevoerd. Zeker in de eerst genoemde gedingen zal eene regeling als de door S. ontworpene groot nut kunnen stichten. Ik betwijfel of zij voor het overige veel toepassing zal vinden, o. a. omdat dikwijls niet bij den aanvang van het geding, maar eerst in den loop daarvan zal blijken welke feiten ten slotte bewijs behoeven, zoodat het onverwijld verhoor soms overtollig, soms onvolledig zal blijken.

In de derde plaats bespreekt S. „het openen van de gelegenheid, de rol te doen houden voor een rechter-commissaris".

Bij dit punt zal ik maar zeer kort stilstaan. S. beoogt eene meer praktische regeling voor het houden van de rol bij de in meerdere burgerlijke kamers verdeelde drukke colleges. De door S. beschreven methode gevolgd bij de Rechtbank te 's-Gravenhage — vergis ik me niet, in aanmerking genomen het aantal der er aan verbonden werkkrachten, de drukste Rechtbank — schijnt mij goed en ik ben genegen er de voorkeur aan te geven boven het houden der rol door wisselende rechter-commissarissen. Waar ik ondertusschen nimmer bij een dier drukke colleges gewerkt heb, acht ik mij tot oordeelen maar weinig bevoegd.

In de vierde plaats bepleit S. eene „herziening van de bepa-

lingen omtrent het kort geding voor den President der Rechtbank".

Vooral dit onderdeel van des schrijvers voorstellen verdient ernstige overweging. De steeds belangrijker plaats, die het kort geding in onze rechtspraktijk inneemt, de vlugheid waarmede het werkt, zonder dat daardoor het gehalte der rechtspraak wordt geschaad, doen de vraag rijzen of niet de gelegenheid voor een ruimer gebruik van deze instelling moet worden opengesteld?

S. beantwoordt die vraag bevestigend. Terecht wil hij aan de weinige bepalingen, die het kort geding regelen, geen uitbreiding geven; ten opzichte van dit punt bepalen zijne wenschen zich tot eene wijziging van de omschrijving der bevoegdheid van den President, die het wezen der zaak niet raakt en het openen der mogelijkheid voor den President om ter nakoming of eerbiediging van een door hem uitgevaardigd gebod of verbod eene dwangsom vast te stellen. Daarnaast wil S. eene zeer belangrijke uitbreiding der bevoegdheid van den President in kort geding; hij wil door het aanbrengen van weinig omvangrijke wijzigingen van materieel en formeel recht in die bevoegdheden betrekken het treffen van voorloopige voorzieningen in de zeer talrijke geschillen tusschen kooper en verkooper over aard, hoedanigheid en hoeveelheid van geleverde of ter levering aangeboden goederen.

Dit voorstel heeft mijne volle instemming; eene wetswijziging van deze strekking zou eene even gegronde als ernstige grief van den handel tegen onze rechtspraktijk wegnemen. Geschillen als de bovenbedoelde eischen dringend dergelijke voorzieningen en wanneer zekerheid kan worden verkregen, dat een bekwaam magistraat, voor zooveel noodig voorgelicht door met zorg gekozen deskundigen, op eenvoudige wijze en vooral in korten tijd is te bereiken tot regeling van die voorzieningen, dan zal buiten twijfel de handel een ruim gebruik maken van de geboden gelegenheid.

Er is wel eenige hoop, dat althans ten aanzien van dit punt het geschrift van Mr. Kruseman effect zal hebben; de Rotterdamsche Kamer van Koophandel vestigde de aandacht der regeering op dit voorstel; van de Tweede Kamer der Staten-Generaal ging ook eenigen aandrang uit en de Minister van Justitie beloofde de aandacht van de permanente staatscommissie tot wegneming van leemten in de Nederlandsche Burgerlijke wetgeving op deze voorstellen van den S. te vestigen.

In de vijfde plaats staat S. stil bij het „geding tot rekening en verantwoording"; hij wijst op de onvoldoende regeling van art. 778 Rv., die maakt, dat de daar bedoelde comparitie voor den rechter-commissaris tengevolge van diens volkomen lijdelijkheid in den regel niets anders is dan eene zinledige

formaliteit, waaraan als middel van instructie van het geding alle waarde moet worden ontzegd. S. wijst de middelen aan die den rechter in staat zouden stellen en verplichten om het geding behoorlijk te instrueeren en wil hem daarenboven de macht geven eene schikking tusschen partijen tot stand te brengen. Ook hier vestigt S. de aandacht op eene zeer ongelukkig uitgevallen regeling in ons procesrecht en toont hij aan, hoe zij op eenvoudige wijze ware te verbeteren.

Aan het einde van zijn slotwoord spreekt S. de hoop uit, dat wat hij voorstelt in rechtsgeleerde kringen voldoende instemming zal vinden om de verwachting te mogen koesteren, dat bij partiëele herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ook zijne denkbeelden aan een nader onderzoek zullen worden onderworpen. Ik hoop en ik verwacht stellig dat hem deze voldoening zal worden geschonken.

A. Bosch

H. VAN DER VOO. *Cel of gemeenschap?* — Den Haag, N. V. Electr. Drukkerij „Luctor et Emergo", 1929.

Met toestemming van den Minister van Justitie heeft de schrijver van dit omvangrijk werk (opgedragen aan Dr. C. O. SEGERS) in de strafgevangenissen te Amsterdam, Rotterdam, 's-Gravenhage, Haarlem en Utrecht 1025 mannelijke gedetineerden bezocht en aan ieder hunner afzonderlijk de vraag gesteld, aan welk verblijf (cel òf gemeenschap) zij tijdens hunne detentie de voorkeur zouden geven, en waarom. Van deze 1025 gaven 1000 de gevraagde inlichtingen (van de 25 overigen spraken vier alleen de Chineesche taal, welke schrijver niet machtig is); en het zijn de zuiver-persoonlijke, geheel-subjectieve getuigenissen van deze duizend, welke de kern vormen van het vóór mij liggend geschrift.

Duizend getuigenissen. Eerst de voor de *eerste maal* gedetineerden (achtereenvolgens zij, die de cel prefereerden, 1—112, en zij, die aan de gemeenschap de voorkeur gaven, 113—281) ,en daarna de *recidivisten,* in dezelfde volgorde 282—523, 524—1000, van wie de laatste (no. 1000) reeds 66 maal met den strafrechter in aanraking kwam!

Van het *totaal aantal* verkozen ruim 35 percent de cel en ruim 64 percent de gemeenschap; van de voor de eerste maal gedetineerden 40 percent de cel en 60 percent de gemeenschap; van de recidivisten 34 percent de cel en 66 percent de gemeenschap.

De wedergave van de duizend getuigenissen neemt een groot gedeelte van het lijvig boekdeel in, nl. blz. 35 tot 222. Dit gedeelte wordt *voorafgegaan* door eene inleiding, waarin de resultaten van het gehouden onderzoek worden toegelicht en de schrijver zijne eigene beschouwingen over het gevangenisvraagstuk geeft, en *gevolgd* door uitvoerige tabellen, waarvan de laatste is een zeer uitvoerige staat van eenige medegedeelde voor- en nadeelen van het verblijf in de cel en in de gemeenschap, met rangschikking naar leeftijd, beroep, godsdienst, burgerlijken stand, aard van het misdrijf, straftijd, onderwijs.

Bij de verdere bespreking van het werk van den heer VAN DER VOO willen wij eerst stilstaan bij de voordeelen en de nadeelen van de cel en de gemeenschap; daarna een woord wijden aan de, wat zou kunnen worden genoemd: algemeene beschouwingen van den schrijver, om tenslotte nog een enkel punt te releveeren uit de lange rij van getuigenissen der gedetineerden.

Schijver maakt 't ons zeer gemakkelijk door in zijne inleiding de voor- en de nadeelen van de cel en de gemeenschap zelf te rubriceeren.

Als *voordeelen* van de *cel* worden opgegeven: de rust; meer gelegenheid tot lezen, studie en arbeid; betere gelegenheid tot zelfinkeer en zedelijke verbetering; gezonder verblijf; betere gelegenheid tot „waarneming" (uiting) van zijn geloof; mindere afhankelijkheid van de tegenwoordigheid van anderen. Hierbij worde aangeteekend, dat naarmate de gedetineerden *meer* dan lager onderwijs hebben genoten, de behoefte tot zelfinkeer zich sterker schijnt te doen gevoelen.

Als *nadeelen* van de *cel* worden opgegeven: eenzaamheid en eentonigheid; geestelijke afstomping; lichamelijke verzwakking; het plegen van onanie; het te lang duren van den tijd, voornamelijk op Zon- en feestdagen. Hierbij worde aangeteekend, dat geen der voor de eerste maal gedetineerden, die de cel verkiezen, het bedoelde onzedelijkheids-nadeel noemt.

Als *voordeelen* van de *gemeenschap* worden met name genoemd: de meer natuurlijke levenswijze (door meerdere aanspraak en afleiding), en het sneller gaan van den tijd. Opmerking verdient, dat sommigen vinden, dat men in de gemeenschap beter kan arbeiden en studeeren, en dat het personeel niet zoo „tegen je durft optreden" als in de cel.

Als *nadeelen* van de *gemeenschap* worden genoemd: zedelijke infectie; ruwheid der medegevangenen; minder makkelijk aanpassen aan de omgeving; geen selectie; homo-sexualiteit; twist over geloofsquaesties; het onaangename, als de straftijd van de medegevangenen is verstreken en men zelf achter blijft.

De „zedelijke infectie" en „geen selectie" schijnen mij toe van bijzonder belang. Tusschen beide punten bestaat een nauw verband. Met groote kracht wordt op die zedelijke infectie door verscheidene gedetineerden de nadruk gelegd (er wordt gesproken van een kweeken van recidivisme door de gemeenschap, van de gemeenschap als eene leerschool in de misdaad, ja! van de Bijzondere Strafgevangenis te 's-Gravenhage als eene Hoogeschool van de misdaad) en tevens wordt aangedrongen op eene behoorlijke selectie, teneinde het genoemde kwaad tegen te gaan. De groote vraag is natuurlijk, hoè die selectie zal plaats hebben, naar welken maatstaf de groepeering van de bij elkander passende elementen zal geschieden. Eene vraag, waaraan onze schrijver zijne volle aandacht wijdt, aangevende al de verschillende maatstaven, welke door de gedetineerden zelven werden aan de hand gedaan (selectie naar leeftijd; naar beroep; naar het geloof; naar het gepleegd misdrijf; enz.) en tot de slotsom komende, dat eene behoorlijke selectie niet te bereiken is en dus *dit* middel tegen het geschetste euvel der gemeenschap practisch onuit-

voerbaar is. Voor dit punt, een der belangrijkste van het door den heer VAN DER Voo aan de orde gestelde onderwerp, moge ook mijnerzijds de bijzondere aandacht gevraagd worden.

Schrijver's eindoordeel is, dat de cel moet worden behouden en aan de gemeenschap geene uitbreiding moet worden gegeven. Hij onderschrijft de meening van hen, die de gemeenschappelijke opsluiting in den regel noch in het belang van het individu noch in dat der maatschappij achten. „Het mitigeeren der celstraf en de individualiseering van den gedetineerde, voorzooverre de veiligheid zulks toelaat, in den ruimsten zin des woords toegepast, zullen zeer zeker een humane en een krachtige tenuitvoerlegging van de straf bevorderen en voorkomen, dat een misplaatste philantropie in de gevangenis postvat" (blz. 33).

Ik moge mij, alvorens van dit belangrijk vraagstuk af te stappen, nog ééne opmerking veroorloven. Men verlieze nl. niet uit het oog, dat het ongunstig oordeel over de gemeenschap berust op het karakter, hetwelk de gemeenschappelijke opsluiting bij ons (hier te lande) vertoont, m. a. w. betreft de gemeenschap, zooals deze daadwerkelijk bij ons is. Echter is op dit gebied het laatste woord nog niet gesproken. Betere vormen van de gemeenschap zijn denkbaar; bedriegen de teekenen niet, dan is ook hier eene evolutie in eene betere richting geenszins uitgesloten. Het vraagstuk blijft dus actueel. Een definitief oordeel laat zich thans nog moeilijk uitspreken.

Denkt men bovendien aan de mogelijkheid van *combinatie* van cel en gemeenschap, en aan de vraagstelling, „wanneer cel, wanneer gemeenschap?" (1), dan komt men tot de conclusie, dat inderdaad het onderwerp, waarvoor de heer VAN DER Voo onze aandacht vraagt, aan de orde blijft.

Thans een woord naar aanleiding van de „algemeene beschouwingen" van den schrijver over het gevangenisvraagstuk. Het geldt hier eene persoonlijke waardeering, een „kijk" op het karakter hetwelk het ondergaan der straf moet hebben, iets, waaromtrent eigenlijk moeilijk kan worden gedebatteerd. Wanneer mijne waardeering en mijn kijk afwijken van die van den heer VAN DER Voo, dan kan ik zulks het best toelichten door te wijzen op een paar uitspraken van den schrijver, welke ik niet gaarne zou onderschrijven.

Schetsende de eigenaardigheden, verbonden aan een uitgebreid gevangenisbezoek als door hem gebracht, en den gunstigen indruk, bij die bezoeken door sommige gedetineerden

---

(1) Zie het slot van het artikel „Het penitentiaire recht in Spanje", door Mr. AUG. BAAR, in het Tijdschrift voor Strafrecht, XXXVII, blz. 321.

gemaakt, zegt schrijver: „Zonder onder hunne bekoring te komen, zou men onwillekeurig sympathie kunnen krijgen; die menschen uiten zich soms op een wijze, zooals men niet verwacht had". En dan: „Om deze reden is het verstandig om bij dergelijke bezoeken angstvallig vast te houden aan de uitspraak van den rechter, die hen dan toch misdadigers vond" (blz. 11). Naar mijne meening moet men met eene dergelijke redeneering uitermate voorzichtig zijn. Met name zou ik willen protesteeren tegen het woord „misdadigers" in dit verband. Allerminst kan m. i. in het algemeen worden gezegd, dat de rechter in den door hem gestrafte een misdadiger ziet. Ten aanzien van hoevelen heeft de strafrechter, trachtende door te dringen tot het wezen van den vóór hem verschijnenden verdachte, trachtende rekening te houden met al de factoren, welke werkzaam waren bij het plegen van het misdrijf door den verdachte, de overtuiging, dat de qualificatie van misdadiger *niet* op hen van toepassing is! Het komt mij dan ook voor, dat men het gevoel van sympathie, hetwelk men bij het gevangenisbezoek voor een bepaalden gedetineerde krijgt, niet behoeft terug te dringen, en de uitspraak van den rechter daartoe allerminst behoeft te noodzaken.

Nog eenige andere voorbeelden.

Schrijver haalt (in verband met het feit, dat vele fatsoenlijke lieden, die nimmer met den strafrechter in aanraking zijn geweest, met hun gezin in menig opzicht onder moeilijker bestaansvoorwaarden verkeeren dan de gedetineerden) de woorden aan van LABROQUÈRE: „Het is goed met misdadigers medelijden te hebben, maar nog beter met fatsoenlijke menschen" (blz. 18). Ziehier eene uitspraak, pakkend en suggestief, bevattende eene kern van waarheid, maar waarmede men wederom voorzichtig moet zijn, inzooverre die uitspraak de strekking heeft het medelijden met den misdadiger als van minder orde te doen beschouwen, en daartegen min of meer te reageeren. Met die strekking zou ik mij moeilijk kunnen vereenigen. Bedoeld medelijden is m. i. *niet* overgevoeligheid, *niet* eene — als zoodanig te verwerpen — sentimentaliteit, maar een gevoel, hetwelk nauw verband houdt met dien geest van humaniteit, welke in de strafrechtspraak meer en meer doordringt en welken ik zeker niet zou willen prijsgeven.

Wanneer schrijver op blz. 28 zegt: „Voorkomen moet worden, dat het gemis aan kracht (een zekere slapheid van handelen) en een misplaatste sentimentaliteit ook hunne intrede doen in de gevangenis", dan ben ik 't natuurlijk volkomen met hem eens. Aanleiding intusschen tot deze waarschuwing bestaat er in Nederland op dit oogenblik — en daarop komt 't aan — mijns inziens niet. Er is geen enkel ernstig en belangrijk teeken, hetwelk wijst op het gevaar, dat

de „sentimenteele gevangenisphilantroop" (blz. 32 supra) in de gevangenis de lakens zou gaan uitdeelen.

En — eindelijk — wanneer op blz. 29 ten tooneele verschijnen de gedetineerden, die hun Hollandsch karakter hebben behouden en niet als „memmen" wenschen te worden behandeld, die erkennen zich misdragen te hebben, begrijpen dat zij veroordeeld zijn doch „terugdeinzen voor een sentimenteele, in hunne oogen kinderachtige behandeling", en „lachen om ziekelijke philantropie", dan vraag ik mij af, of deze schets feitelijk juist is, en — zoo ja — of aan de mentaliteit van deze gedetineerden (dan toch in ieder geval een zeer gering percentage) eenig argument kan worden ontleend in het debat over het gewichtig en veelzijdig vraagstuk, hetwelk ons op dit oogenblik bezig houdt.

Ik zou nog kunnen voortgaan en het een en ander kunnen opmerken over de m. i. minder gelukkige zinsnede op blz. 27 (infra): „De zg. democratie acht zich ook geroepen zich voor het lot van den misdadiger te interesseeren"; of mijne aandacht kunnen wijden aan de tirade (blz. 31) over de beschouwingen van Prof. Pompe omtrent de afzonderlijke gevangenissen voor leden van ééne godsdienstige gezindte.

Genoeg echter om te doen uitkomen, dat ik mij minder goed kan vereenigen met den geest, waarvan de beschouwingen van den heer van der Voo zijn doortrokken; dat ik mij niet ongerust maak over de nieuwe stroomingen op penitentiair gebied en deze als volkomen gezond en weldadig beschouw; en dat m. i. op dat gebied veel kan worden veranderd, vóórdat er van eene, ook naar mijne meening bedenkelijke, overgevoeligheid en zwakheid zou kunnen worden gesproken.

Ten slotte nog een enkel woord over de door de gedetineerden zelven afgelegde verklaringen. *Niet* over de hoofdvraag (cel of gemeenschap), welke in het voorafgaande, binnen het bestek van deze korte aankondiging, voldoende werd besproken. Maar over eene andere quaestie, psychologisch interessant, nl. de beteekenis voor den gedetineerde van arbeid en lectuur, en de verhouding tusschen beiden ten aanzien van de bevrediging, welke zij aan den gevangene schenken. Aan de ééne zijde de voorkeur voor het *lezen*: „het werken geeft afleiding, maar het mooiste zijn voor mij mijne boeken; zonder deze zou de celstraf zeer zwaar voor mij zijn"; „lezen geeft afleiding; de arbeid niet"; „lezen is voor mij een van de grootste troosten; arbeid verschaft minder afleiding". Aan de andere zijde zij, wien de *arbeid* de meeste voldoening geeft, wier geest door het actief bezig zijn en door het iets voortbrengen geheel wordt ingenomen. „De arbeid geeft, meer dan lezen, een reusachtige afleiding". „Ik ben geen liefhebber van lezen; werken geeft afleiding". „Lezen geeft niets; het

oplossen van schaakproblemen en de arbeid geven afleiding".

Over de lectuur zelve, nl. het oordeel omtrent de verschillende schrijvers, vinden wij aardige opmerkingen. „Justus van Maurik schrijft schitterend", klinkt 't enthousiast uit den mond van een hotelknecht. Een ander, chauffeur, houdt van Marie Corelli, Hall Caine en Tolstoi, „doch het beste is de Aarde en hare Volken". Een derde, kantoorbediende, keert zich tegen de „romannetjes", welke hij vervelend vindt. Hij vindt een geestverwant in den boekbinder, die meetkunde studeert en geschiedkundige werken leest maar geen „flauwe romannetjes".

Aardig is tenslotte de verklaring van den eenvoudigen timmerman, die veel tijdschriften leest alsmede de Haagsche Post, maar zich niet inlaat met „hooge geleerdheid" over philosophie.

Amsterdam, Juli 1929 S. J. M. VAN GEUNS

Dr. J. Valkhoff, *De Staatstheorie van het nieuwe Rusland.* — Groningen. P. Noordhoff, 1929.

De schrijver van deze, 44 bladzijden tellende, brochure, heeft daarin een uiteenzetting willen geven van wat hij noemt de Staatstheorie van het nieuwe Rusland, hij wenscht daarmede een lacune in onze staatsrechtelijke litteratuur aan te vullen. Hij schetst eerst de Marxistische staatstheorie en teekent daarna de theorie van Lenin en de zijnen. Hij beschouwt deze laatste als in wezen één met de Marxistische theorie. Erkennend, dat er onderscheid is, verklaart hij dat uit de feitelijke omstandigheden, waarin Rusland verkeerde, toen aldaar de revolutie van 1917 plaatsgreep. Daardoor en daardoor alleen komt het, dat de leer van Marx, die onder „de dictatuur van het proletriaat" verstond „de heerschappij van de loonarbeiders als georganiseerde klasse in haar geheel", bij de Russen een „interpretatie" ontving, een „specifiek Russiese interpretatie", waardoor „de diktatuur van het proletariaat, van de klasse, wordt geïdentificeerd met de diktatuur van de kommunistische partij als meestbewuste élite van het proletariaat" (blz. 21, 23). Dit onderscheid is een „zekere modifikatie" (blz. 19), een „speciale nadere uitwerking" (blz. 24) van de opvatting van Marx en Engels. In een slothoofdstuk worden dan nog eenige nevengeschikte, maar eveneens belangrijke „kenmerken van de Sovjet-staat" behandeld.

Het boekje is zeer helder en zeer objectief geschreven, en Schr. is er werkelijk in geslaagd op overzichtelijke wijze in ruim veertig bladzijden de hoofdzaken van de Russische staats- en rechtsopvatting uiteen te zetten. Diep gaat het betoog niet; van den zoo belangwekkenden algemeenen geestes-wetenschappelijken ondergrond van de 19de eeuw, waaruit deze staatstheorie is opgesproten, en zonder welke zij in hoogeren zin onverstaanbaar is, vindt men in dit boekje geen spoor. Het is zuiver beschrijvend in zijn opzet en uitvoering, alleen bij het beschrijven van het verschil tusschen Marxisme en Leninisme voegt Schr. daaraan een eigen verklaring toe. Dit is te begrijpen, want practisch wringt daar de schoen. Hebben de revisionistische socialisten gelijk als zij beweren, dat het Leninisme het Marxisme in zijn wezen aantast, of hebben de Leninisten gelijk, als zij zeggen, dat juist de revisionisten het echte Marxisme in zijn wezen vervalscht en verburgerlijkt hebben? Daarover gaat de strijd. Schr. neemt

een gematigd standpunt in, erkent dat Russen zooals BUCHARIN te ver gaan door Marxisme en Leninisme feitelijk te vereenzelvigen (blz. 24), maar is toch van meening, dat het verschil niet dieper gaat dan een kwestie van aanpassing van dezelfde algemeene beginselen aan practische speciale omstandigheden.

Het is natuurlijk een onmogelijkheid om hier op dit punt nader in te gaan, daar dit veel te veel ruimte zou vergen. Ik volsta met op te merken, dat het mij voorkomt, dat Schr. het verschil onderschat. Ik ben het met hem eens, dat in de groote trekken LENIN's theorie Marxistisch is, en dat LENIN met name op het stuk der revolutie dichter bij MARX staat dan de revisionistische socialisten. Maar het verschil met MARX is veel meer fundamenteel dan enkel een aanbrenging van enkele wijzigingen, noodig geworden door de practische toepassing van MARX' leer in een bepaald land. Zoowel MARX als LENIN waren adepten van de radicale geesteswetenschappelijke stroomingen, elk van hun eigen tijd, MARX van die van het midden der 19de eeuw, LENIN van die van het einde dier eeuw en het begin der volgende. En deze verschillen op belangrijke punten diametraal van elkander. Van die ingrijpende punten van verschil is de leer van de elite, de avant-garde, de voorhoede of hoe men het maar noemen wil één der meest beteekenende. De vervanging van MARX' leer over de dictatuur van het proletariaat door de elite-leer is niet toevallig, maar van principieel karakter. Zij bevat een gedeeltelijk breken met grondlijnen, waarop MARX bij zijn theoretische beschouwingen steunde en vervanging door elementen van gansch anderen geestelijken oorsprong. De nieuwere lijn loopt hier van BERGSON over SOREL naar LENIN. Daarmee hangt ook samen LENIN's opvatting van een vervroegd ingrijpen in het revolutieproces, zijn hoogschatting van de „daad" tegenover MARX' dwepen met de „wetenschap" hoort bij hetzelfde verschil van grondopvatting. Had Schr. zich meer verdiept — om met CARL SCHMITT te spreken — in de „geisteswissenschaftlichen Grundlagen" der beide stelsels, dan geloof ik, dat het principieel karakter van de verschillen door hem zou moeten zijn erkend. Een staatsleer staat zonder twijfel steeds in nauw verband tot de feitelijke toestanden, waaronder zij ontstaat en wordt toegepast, maar zij heeft tevens haar grondslag in de algemeene leidende ideeën van een bepaalden tijd. Evenals in haar tijd de leer der volkssouvereiniteit beurtelings diende om het meest revolutionaire radicalisme en het uiterste absolutisme te schragen, dient de élite-souvereiniteit en het syndicalisme evenzeer de monarchalen van de „Action Française" en MUSSOLINI als het communisme van LENIN. Maar het leerstuk zelf is van principieel-staatsrechtelijken aard, geen toevallige aanpassing aan concrete feitelijke omstandigheden. Het is oligarchische reactie op democratische overspanning,

reactie van de „Einmaligkeit" tegen de „Gesetzmässigkeit", van de „daad" tegen de „wetenschap", van de „persoon" tegenover de „massa", van de „intuïtie" tegen het „rationalisme", kortom, de concrete belichaming op een bepaald punt van een algemeenen geestestrek van onzen tijd, die aan MARX en zijn tijd volslagen vreemd was. Vandaar ook de bijval, die zoowel communisme als fascisme bij velen van de jongere generatie vinden.

Het gemis aan geestelijke diepte vormt een ernstige schaduwzijde van dit boekje. Maar misschien is dit opzettelijk zóó gewild door Schr. als consequentie van zijn „sociologische methode", en dan is het geen gebrek van zijn boekje, maar omgekeerd een deugd, doordat het alle onwezenlijke ideologieën als enkel vertroebelend voor positivistische wetenschap terzijde stelt.

Hield men de socialistische staats- en rechtsleer stipt aan haar woord, dan zou het eigenlijk weinig de moeite loonen om van geschriften als dit kennis te nemen. Immers, uitdrukkelijk leert zij, dat het recht enkel is de beschrijving van de machtsverhouding tusschen de heerschende en de onderdrukte klasse, en de Staat alleen het machtsmiddel, om die onderdrukking uit te oefenen. Beide zijn dan ook onherroepelijk bestemd om te verdwijnen tegelijk met de kapitalistische economische orde; de Staat wordt door het socialisme alleen tijdelijk aangehouden om in den overgangstijd naar de socialistisch geordende maatschappij, waarin er geen machtsconflicten meer zullen zijn, te dienen als machtsmiddel om de vroeger heerschende klasse volkomen te vernietigen. Een socialistische staatstheorie is dus alleen van eenig belang voor den overgangstijd, het is een soort van theorie van transitoir recht, geen theorie van rechtsinstituten, die wezenlijk zijn voor *elke* sociale ordening. Komt de leer van revisionistische zijde, dan is het belang iets grooter, omdat deze door de vervanging van de revolutie door de evolutie, den overgangstijd wat langer schatten. Voor het revolutionair socialisme, dat den overgangstijd hoogstens op een menschenleven schijnt te schatten, verliest de staatstheorie veel van haar belang.

Maar aangezien niettemin velen de komst van den socialistischen heilstaat in afzienbaren tijd aan ernstigen twijfel onderhevig achten, en de transitoire toestand, waarin ook in de socialistische leer de Staat nog een taak heeft, wel van eenigen duur zal zijn, doet men verstandig met deugdelijk kennis te nemen van de socialistische staatsleer als een factor van beteekenis en gewicht althans voor de naaste toekomst. Daarbij kan dit boekje goede diensten bewijzen.

ANEMA

INHOUD VAN BINNEN- EN BUITENLANDSCHE RECHTSGELEERDE TIJDSCHRIFTEN

Indisch Tijdschrift van het Recht, deel 129, aflev. 4. — *Praeadviezen* voor het Nederlandsch-Indisch Juristencongres te Weltevreden van 8—12 Juli 1929. — I. — KOLLEWIJN, De onderwerping voor een bepaalde rechtshandeling. — II. — SCHEPPER, Voorwaardelijke veroordeeling. — III. — WESTRA, Het vraagstuk der administratieve rechtspraak in Nederlandsch-Indië.

Deel 129, aflev. 5 en 6. — GRAAFLAND, In memoriam. Prof. Mr. J. H. Carpentier Alting. — VAN KAN, Uit de rechtsgeschiedenis der Compagnie. Het recht van vrije pen. — VONK, Is de z.g. bedekte vrijspraak al dan niet vatbaar voor hooger beroep of revisie? — KOLLEWIJN, Scheiding en deling van onroerend goed en dagvaarding van onbekenden. — BORGMAN BROUWER, Lastgeving en onrechtmatige daad. — WESTRA, Indië en het Koninkrijk. Een politiek-staatsrechtelijke studie, door Prof. Mr. J. A. Eigeman.

Militair-Rechtelijk Tijdschrift, deel 25, aflev. 2. — B. C., Kantteekeningen over art. 124 van het wetsontwerp betreffende den rechtstoestand van ambtenaren.

Rechtsgeleerd Magazijn, jaargang 48, supplement aflevering. — HARTHOORN, Het recht en zijn handhaving.

Tijdschrift voor Strafrecht, deel 39, aflev. 3. — BARNHOORN, Psychopathie, criminaliteit en verantwoordelijkheid. — SCHORLESHEIM, Een wetsbepaling zonder beteekenis. — MAAS GEESTERANUS, Frankrijk en het Juryvraagstuk. — EVERS, Strafrechtelijke bibliographie. (Buitenlandsch overzicht 1928.)

Droit Aérien, (Avril—Juin) 1929. — JULLIOT, Immunisation des aéronefs sanitaires en temps de guerre. — WEGERAT, L'Allemagne et la Convention de navigation aérienne de Paris du 30 Octobre 1919 (Cina).

(Juillet—Septembre) 1929. — DÖRING, De la circulation aérienne au-dessus des mers. — NIEMEYER, Crimes et délits commis à bord des Aéronefs. — PHOLIEN, Des crimes et

délits commis à bord d'aéronefs en vol. — SCHEICHER, L'hydravion.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 69e année, no. 3/4. — DESSERTEAUX, Théorie Générale des obligations. Examen doctrinal. — JAUFFRET, Les garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce. — PERITCH, Economie et droit.

Revue de Droit international et de Législation comparée, 56e année (1929), no. 3. — DE LA GROTTE, Les affaires traitées par la Cour permanente de Justice internationale pendant la période 1926—1928 (suite). — RUNDSTEIN, La Justice internationale et la protection des intérêts privés (à suivre). — HIS, De la compétence des Cantons suisses de conclure des traités internationaux spécialement concernant la double imposition. — JENNINGS, Les Etats indigènes de l'Inde. — PHILIPSE, Quelques réflexions sur les récentes discussions relativement à la protection des minorités. — DUPRIEZ, La répression internationale du faux-monnayage. — VAN HILLE, Etude sur la responsabilité internationale de l'Etat. — BULL, La question de la souveraineté sur le Groenland oriental.

Revue de Droit pénal et de Criminologie, 9e année (1929), no. 7. — *Mémoires.* — I. — VERVAECK, Les conditions de l'expertise psychiatrique criminelle. — II. — PICARD, A propos du projet de loi de défense sociale.

The American Journal of International Law, vol. 23, no. 3, (July) 1929. — BAXTER, Some British opinions as to neutral rights, 1861 to 1865. — ROUCEK, Procedure in minorities complaints. — LADAS, The efforts for international protection of scientific property. — WILLIAMS, Legitimate targets in aerial bombardment. — DÉAK, Immunity of a foreign mission's premises from local jurisdiction.

The Law Quarterly Review, vol. XLV, no. 180. — HOLDSWORTH, The House of Lords, 1689—1783. — GORDON, The relation of facts to jurisdiction. — COURTNEY KENNY, Wife-selling in England. — GOADBY, Personal law of British subjects in Egypt and Palestine. — JONES, Expropriation in Roman Law.

The South African Law Journal, Part. III, vol. XLVI, (August) 1929. — R. C. S., Mr. Justice Botha. — POLLAK, The civil jurisdiction of the supreme Court of South Africa. — ELLIOTT, Legal exceptions.

Deutsche Juristen-Zeitung, Jhrg. 34, Heft 14. — RATHENAU, Lugano-Genf-Madrid. Werdendes Minderheitenrecht. — SCHWISTER, Zur Aenderung der ersten Staatsprüfung in Preuszen. — ZARDEN, Die neuen steuerlichen Vorschriften. — OERTMANN, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Der 121. Band der amtlichen Sammlung). — WUNDERLICH, Der Fortgang der Beratungen im Reichstag.

Jhrg. 34, Heft 15. — KAHL, Ein Wort des Dankes. — MÜGEL, Der Gesetzentwurf zur Bereinigung der Grundbücher. — SCHWISTER, Zur Aenderung des Vorbereitungsdienstes. — *Die Aktienreform.* Zu den Fragebogen des Reichsjustizministers. — I. — HACHENBURG, Vorbemerkungen. — II. — BING, 1. Gründung der Aktiengesellschaft. 2. Kapitalbasis der Aktiengesellschaft. — ERMEL, Umgestaltung des preuszischen Auflösungsrechts der Familiengüter (Fideikommisse).

Jhrg. 34, Heft 16/17. — SCHIFFER, Die Herbsttagungen der deutschen Juristen. — RUDOLPH, Zur Reform des Strafprozesses. Die Stellung des Staatsanwalts. — SCHMIDT, Wie sind bei einer Beseitigung der gerichtlichen Voruntersuchung die Rechte des Beschuldigten und der Verteidigung zu gestalten? — SONTAG, Eine neue Gerichts- und Anwaltsgebühr. Ein Gesetzesvorschlag. — *Die Aktienreform.* Zu den Fragebogen des Reichsjustizministers. — BONDI. — III. — Organisation der Verwaltung der Aktiengesellschaft — IV. — Generalversammlung und Stimmrecht. — ZSCHUCKE, Der Vertrag zwischen dem Freistaate Preuszen und dem Heiligen Stuhle. — WEGERDT, Die Weltfarht des „Graf Zeppelin" im juristischen Lichte. — HÖLLERER, Der Beruf des Richters in der Gegenwart.

Jhrg. 34, Heft 18. — MÜGEL, Der 1. Januar 1932. — VON BELING, Der amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz. — HAGEN, Assekuranz-Krisen. — HAASE, Das deutsch-polnische Aufwertungsabkommen. — *Die Aktienreform.* Zu den Fragebogen des Reichsjustizministers. — SAENGER. — V. — Rechtsstellung des Aktionärs zu der Gesellschaft. — VI. — Bilanz und Gewinnverteilung.

Jhrg. 34, Heft 19. — SIMONS, Sieben Jahre Reichsgerichtspräsident. — JUNCK, Das Reichsgericht und die Grundrechte der Reichsverfassung. — KLAUSING, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, zugleich Besprechung des 122. und 123. Bandes der Reichsgerichtsentscheidungen. Eine Betrachtung zur 50. Jahrfeier des Deutschen Reichsgerichts. — GERLAND, Die Strafrechtspraxis des deutschen Reichsge-

richtes. — FEISENBERGER, Zur Stellung der Reichsanwaltschaft. — MÜGEL, Das Reichsgericht und die Aufwertung. — CITRON, Zur Rechtsprechung im Gesamtarbeitsrecht. — LINZ, Das Mietrecht und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. — ROSENBERG, Fünfzig Jahre „Zivilprozeszordnung für das Deutsche Reich". — SCHWARZ, Fünfzig Jahre Strafprozeszordnung. — FISCHER, Fünfzig Jahre deutsche Rechtsanwaltschaft.

Zeitschrift für Öffentliches Recht, Band VIII, Heft 4. — BAUCHBERG, Die Kodifikation des internationalen Staatsbürgerschaftsrechtes. — GIORGIO DEL VECCHIO, Ueber die Staatlichkeit des Rechtes. — MENZEL, Spinozas Lehre von der Geistesfreiheit. — LASERSON, Revolution und Recht. — STOCKHAMMER, Begriff und Bedeutung der Rechtspositivität. — ROHATYN, Das Naturrecht des Stärkeren. — HEINRICH, Die Novellierung der Angestelltenversicherungsgesetzes.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band 45, Heft 1. — KRAFT, Vorfragen der Rechtssoziologie. — MUELLER, Die Ersitzung von Grundeigentum im amerikanischen Recht. Unter vergleichsweiser Heranziehung des englischen und des deutschen Rechts. — JUNCKERSTORFF, Die Durchbildung der eigentlichen Dogmatik im Sinne des Postulats der Individualisierung des Strafrechts. Eine rechtsvergleichende Studie. — MÉTALL, Die soziale Verfassungsgesetzgebung Mexikos. — LADYŽENSKY, Das Familiengewohnheitsrecht der Tscherkessen. — KAGAROW, Reste primitiver Rechtsgewohnheiten in den ostslawischen Volksgebräuchen. — WAHRMANN, Die Bedingung im biblisch-talmudischen Recht.