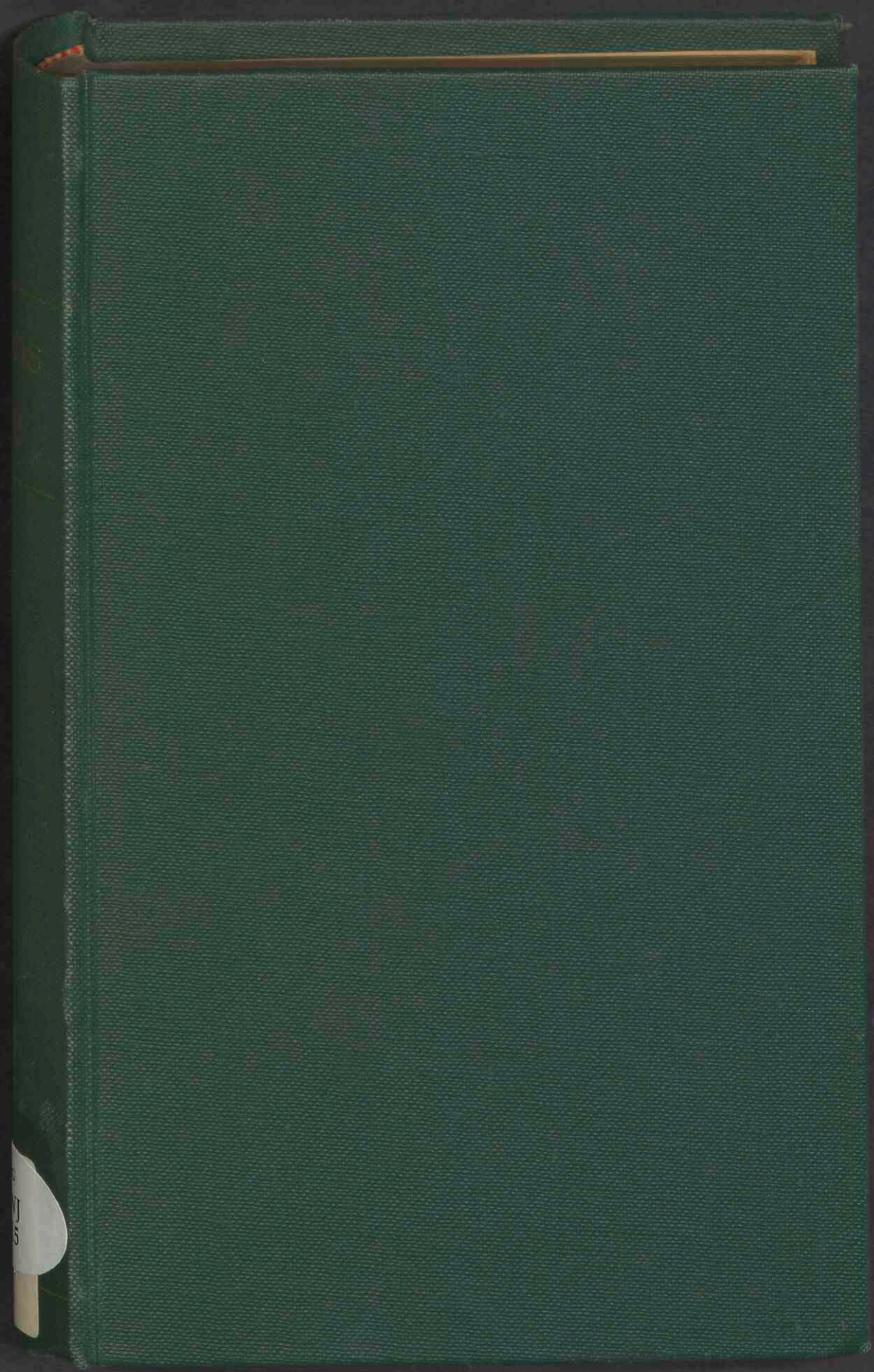
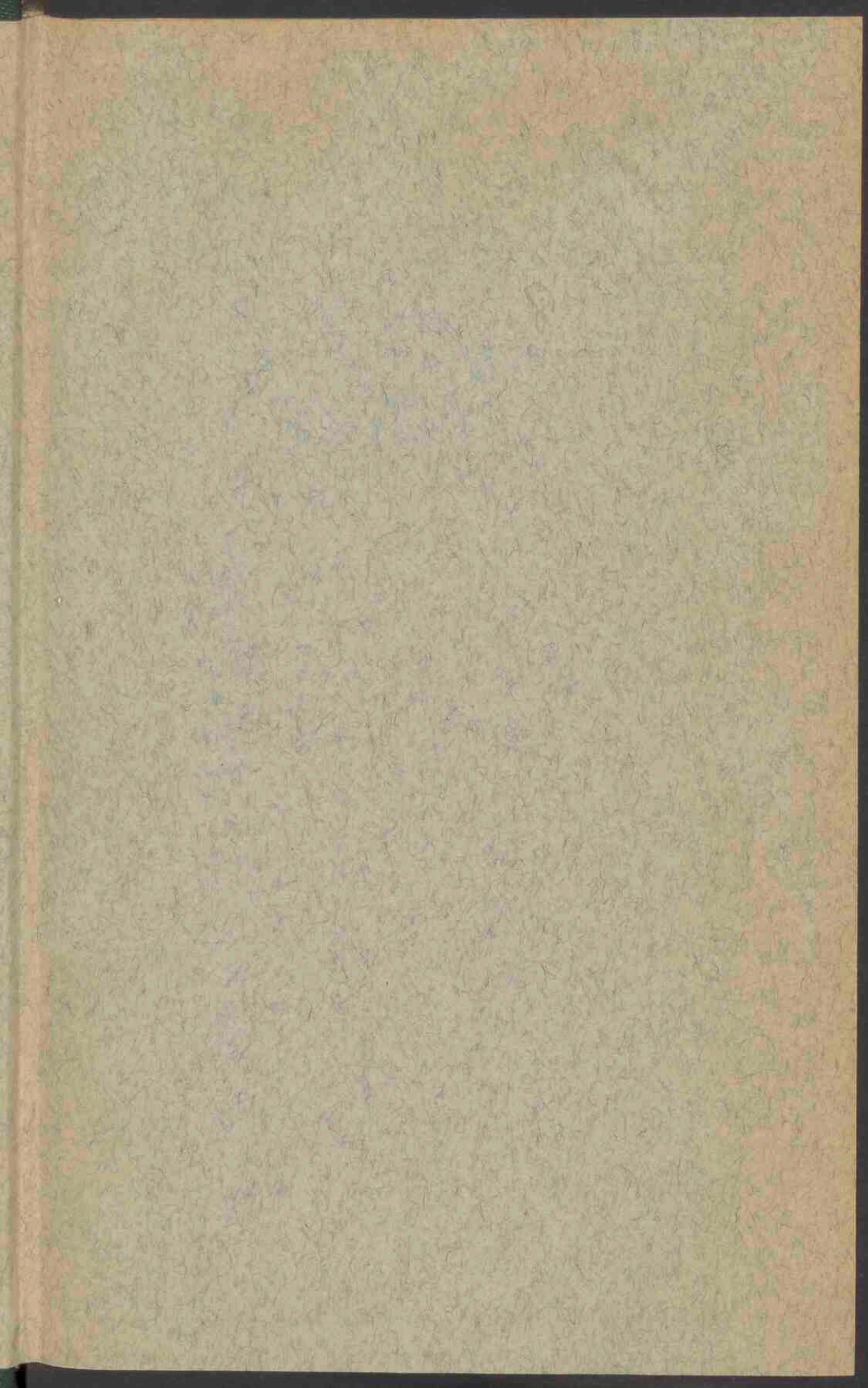


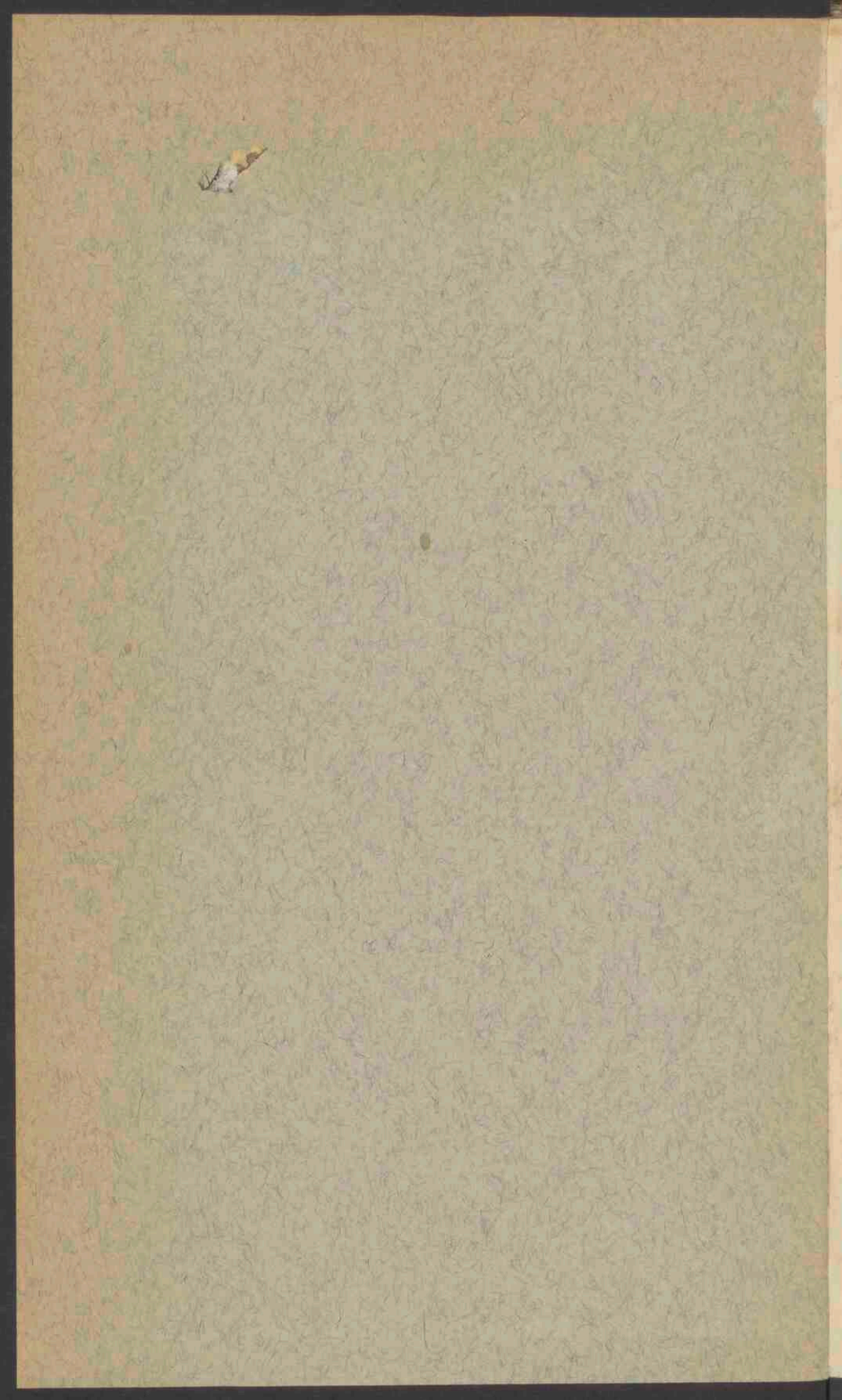


Themis : regtskundig tijdschrift : verzameling van bijdragen tot de kennis van het publiek- en privaatrecht.

<https://hdl.handle.net/1874/436866>







T. 27.

THEMIS,

Regtskundig Tijdschrift.

ONDER REDACTIE VAN

MR. DAV. H. LEVYSSOHN NORMAN, MR. A. DE PINTO,
MR. GIJSB. M. VAN DER LINDEN, JHR. MR. J. DE
WITTE VAN CITTERS EN MR. J. KAPPEYNE VAN
DE COPPELLO.

EEN-EN-DERTIGSTE DEEL.

Derde Verzameling. — 1ste Jaargang.

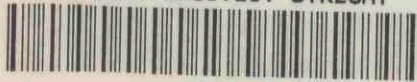
1870.



TE 'S GRAVENHAGE, BIJ
GEBROEDERS BELINFANTE.

—
1870.

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT

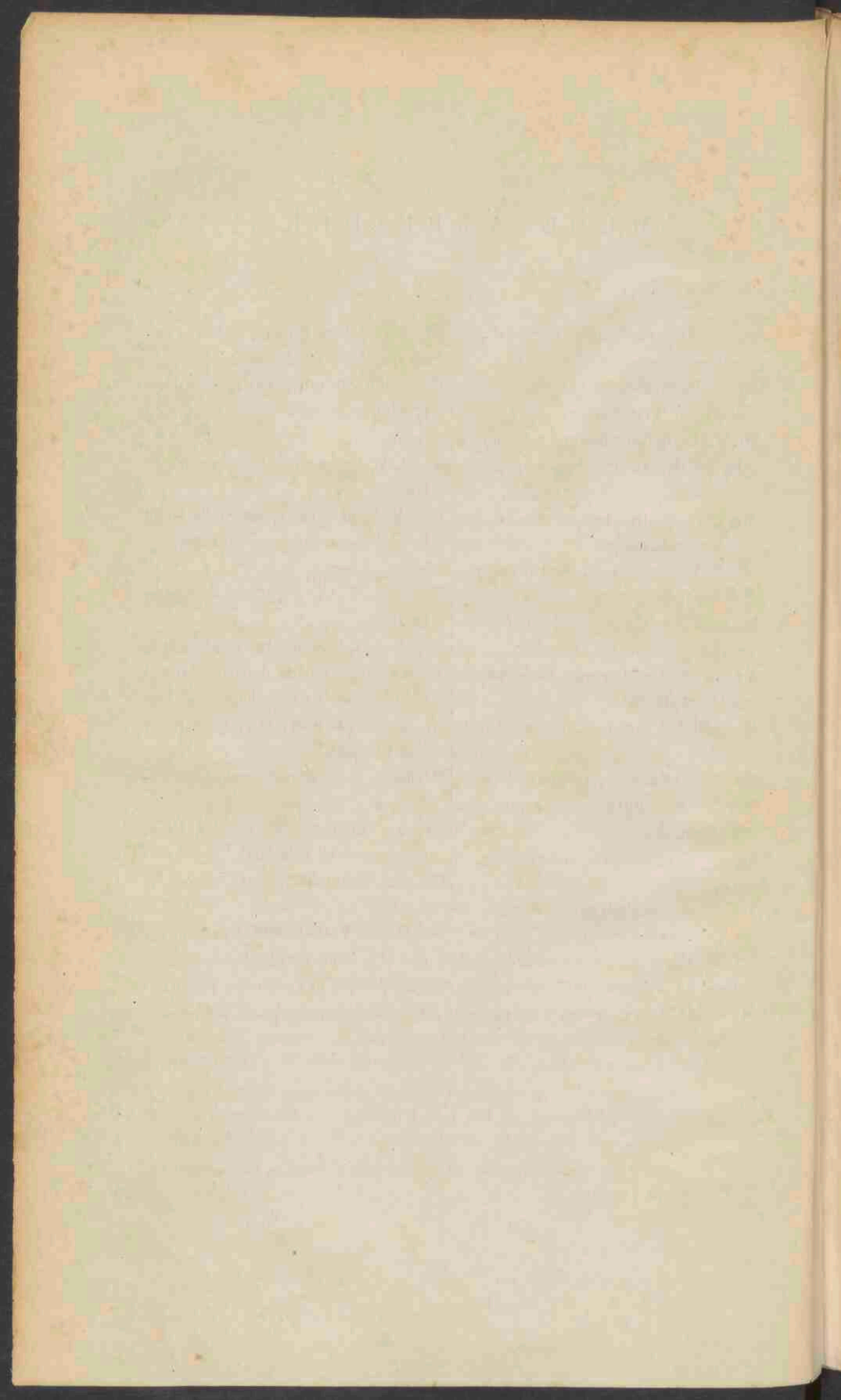


0986 4046

~~~~~  
SNELPERSDRUK VAN GEER. BELINFANTE.  
~~~~~

M E D E - A R B E I D E R S .

- | | |
|--|--|
| <p>Mr. H. M. VAN ANDEL, advocaat, te 's Gravenhage.</p> <p>PH. J. BACHLENE, lid van den raad van state, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. M. M. VON BAUMHAUER, referendaris bij het departement van binnenland-sche zaken, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. G. BELINFANTE, advocaat, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, lid van de arrondissements-regtb. te Leiden.</p> <p>Mr. G. B. EMANTS, lid van de arrondissements-regtbank te Gravenhage.</p> <p>Mr. A. P. TH. EYSELLE, advocaat, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. G. J. A. FABER, procureur, te Rotterdam.</p> <p>Mr. G. A. FOKKER, te Middelburg.</p> <p>Mr. J. A. FRUIN, hoogleeraar, te Utrecht.</p> <p>Mr. J. E. GOUDSMIT, hoogleeraar, te Leiden.</p> <p>Mr. E. H. KARSTEN, advocaat, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. J. G. KIST, lid van den Hoogen Raad der Nederl., te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. G. MATTHES, lid van het provinciaal gerechtshof in Zuidholl., te 's Gravenh.</p> | <p>Mr. D. J. MOM VISCH, lid van de arr.-regtb. te Gorinchem.</p> <p>Mr. L. OLDENHUIS GRATAMA, lid van het provinciaal gerechtshof in Drenthe, te Assen.</p> <p>Mr. C. W. OPZOOMER, hoogleeraar, te Utrecht.</p> <p>Mr. A. A. DE PINTO, referendaris bij het departement van justitie, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. M. S. POLS, advocaat, te 's Gravenhage.</p> <p>Jhr. Mr. J. K. W. QUARLES VAN UFFORD, referendaris bij het departement van koloniën, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. A. M. DE ROUVILLE, gouverneur van Curaçao.</p> <p>Mr. J. P. R. TAK, advocaat, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. I. TELTING, lid van het Prov. Gerechtshof in Friesland.</p> <p>Mr. S. VISSERING, hoogleeraar, te Leiden.</p> <p>Mr. B. M. VLIELANDER HEIN, advocaat, te 's Gravenhage.</p> <p>Mr. F. A. T. WEVE, lid van de arrondissements-regtbank te 's Gravenh.</p> |
|--|--|
-



I N H O U D.



STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

	Blz.
STAATSREGT. — <i>De Meente of Burgerweide te Genemuiden</i> , door R. JONKERS, candidaat-notaris te Genemuiden	1
<i>De Meente-vraag te Genemuiden</i> , door Dr. J. VAN VLOTEN	333
BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — <i>Eene Haagsche Gemeente-Verordening. — Zijn de gemeenten bevoegd zich bij plaatselijke verordening privilegie toe te kennen voor de haar verschuldigde belastingen?</i> door Mr. E. H. KARSTEN, advocaat te 's Gravenhage	19
<i>Een legislative misgreep in het pandrecht en de gevolgen daarvan voor den geldhandel</i> , door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, lid van de Arr.-Regtbank te Leiden	181
<i>Eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1303 van het Burgerlijk Wetboek</i> , door Mr. D. J. MOM VISCH, lid van de Arr.-Regtbank te Gorinchem	205
<i>Over het onderling verband der artt. 236, 237 en 949 van het Burgerlijk Wetboek en hunne betrekking tot de l. 6 Cod. de sec. nupt.</i> , door Mr. W. F. FRIJLINCK, advocaat te Lith	336
<i>Over den titel van bezit in het B. W.</i> , door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, advocaat te 's Gravenhage	352
STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — <i>Over de onteerende militaire straffen en de jurisprudentie van den Hoogen Raad dien-aangaande</i> , door Mr. M. S. POLS, advocaat te 's Gravenhage.	31
<i>Iets over de afscheiding van feitelijke punten en regtspunten in de strafvonnissen, en den invloed daarvan op het cassatieproces</i> , door Jhr. Mr. D. H. VAN TEYLINGEN, advocaat te Middelburg.	58
<i>Art. 2 der Jachtwet</i> , door Mr. FOCKEMA ANDREÆ, kantonregter te Lemmer	529

DUITSCH REGT.

<i>Het ontwerp van Burgerlijke Regtsvordering voor den Noord-Duitschen Bond</i> , in het Nederlandsch bewerkt door Mr. D. BINGER, advocaat te Amsterdam. (<i>Eerste gedeelte.</i>)	231
Idem	Idem
	(<i>Tweede gedeelte.</i>) 425

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

<i>Opmerkingen over alleenrechtspraak</i> , door Mr. C. H. B. BOOT, griffier bij het Kantongeregte te Oud-Beijerland	271
<i>Gevangeniszen in den vreemde</i> , door Mr. J. W. STAATS EVERS, advocaat te Arnhem	472
<i>Causa civilis obligandi. Condictio. Wisselverbintenis</i> , — door Mr. N. K. F. LAND, advocaat te Leiden	538
<i>Nog iets over burenenrecht.</i> (Mr. W. MODDERMAN, <i>het Burenenrecht.</i> — Tijdschrift voor het Nederl. Recht, Dl. III, le st., p. 1—55), door Mr. FOCKEMA ANDREÆ, kantonregter te Lemmer	594

REGTSGESCHIEDENIS.

<i>Brief van CH. LUCAS over de voorgestelde afschaffing der doodstraf in Nederland</i>	97
<i>De inrichting van de rechterlijke macht. Kritisch overzicht van de pogingen tot hervorming sedert 1848 aangewend</i> , — door Mr. G. A. FOKKER, te Middelburg	622

BOEKBEOORDEELING EN VERSLAGEN.

NEDERLANDSCHE LITERAATUUR.

<i>Advies over het regt van verdediging in cassatie</i> , 's Gravenhage, 1869. — Mr. J. DE WAL, <i>Het regt van 't laatste woord in cassatie</i> , Leiden 1869. — <i>Pleidooi van Mr. A. DE PINTO, Conclusie van Advocaat-Generaal RÖMEE en Arrest van den Hoogen Raad dd. 23 November 1869, Weekbl. n^o. 3163; — Boekbeschouwing in Weekbl. n^o. 3170; — door Mr. E. A. MODDERMAN, hoogleraar te Amsterdam</i>	143
---	-----

- De algemeene beginselen van het bezitrecht en de Nederlandsche bezit-actiën*, door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING; Leiden, J. K. STEENHOF, 1869, — door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, advocaat te 's Gravenhage 495
- De schriftelijke of de mondelinge rechtspleging? Eene bijdrage tot de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, door Mr. D. BINGER, advocaat te Amsterdam; Amsterdam, J. H. GEBHARD EN Co., — door Mr. A. A. DE PINTO, referendaris bij het Dep. van Justitie, te 's Gravenhage 509
- Hervorming van ons Zakelijk Regt aan Grond en Bodem*, door Mr. B. J. GRATAMA, hoogleeraar te Groningen, 1870; — door PH. J. BACHIENE, lid van den Raad van State 665

BUITENLANDSCHE LITERAATUUR.

- Encyclopädie der Rechtssoissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung*. Herausgegeben unter Mitwirkung vieler namhafter Rechtsgelehrter von Dr. FRANZ VON HOLTZENDORFF, Professor d. Rechte in Berlin, Erster Theil, Systematische Darstellung. Leipzig, DUNCKER und HUMBLOT, 1870; — door Mr. A. A. DE PINTO, referendaris bij het Dep. van Justitie, te 's Gravenhage 308
- Die Verhandlungen des nord-deutschen Reichstages über die Aufhebung der Schuldhast*. Mit Bemerkungen herausgegeben von TH. LESSE, Kr.-ger.-R., Mitgl. d. Reichsr. u. d. Abgehauses. Berlin, F. KORTKAMPF; — door denzelfden 313
- Die Prinzipien der Politik*, von Dr. FRANZ VON HOLTZENDORFF, Prof. d. Rechte a. d. Univ. zu Berlin. Berlin, 1869, C. G. LUDERITZ; — door Jhr. Mr. J. C. DE WITTE VAN CITTERS, advocaat te 's Gravenhage 315
- L'action civile devant la haute cour de justice*, par ED. DUPONT, av. à la cour impér., Paris, 1870; — door Mr. A. DE PINTO, advocaat te 's Gravenhage 318
- Réforme de l'instruction préparatoire en Belgique*, par ADOLPHE PRINS et HERMANN PERGAMENI, avocats à la cour d'appel de Bruxelles. — Paris, DURAND; Bruxelles, CLAASSEN; — 1870, 240 p. in 8°.; — door Mr. A. DE PINTO, advocaat te 's Gravenhage 680

ACADEMISCHE LITERATUUR.

- G. H. BUSKEN, *Eenige aantekeningen over notariële akten*, 241 pag., 8°; Utrecht, A. J. VAN HUFFEL, 1869; — door Mr. A. TEIXEIRA DE MATTOS, advocaat te 's Gravenhage . . . 167
- JACOB VAN BEECK VOLLENHOVEN, *De bepalingen op de Beurzen van Koophandel en de Makelaardij van den Codice del Commercio Italiano*, vergeleken met die van het Nederlandsche Wetboek van Koophandel. Amsterdam, 1870; — door Mr. G. J. A. FABER, procureur te Rotterdam 320
- D. VAN RIESSEN, *Over Crediet-Hypotheek*, Leiden, 1870, bl. 99; — door PH. J. BACHIENE, lid van den Raad van State 686

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

- De Nederlandsche Juristen-Vereeniging 328
- Prijsvragen van het Prov. Utrechtsch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen 526
- Revue de Droit International et de Législation comparée* . . . 178
- E. ROBIN, *les prisons en France et le patronage des prisonniers libérés* 179
- Uebersicht der gesammter staats- und rechtswissenschaftlicher Literatur* 332
- Prof. J. J. THÖNISSSEN, over: 1°. *die Todesstrafe in ihrer kulturgeschichtlichen Entwicklung; eine Studie von H. HENTZEL*; 2°. *La Peine et la peine de Mort*, par P. VAN BEMMELN, juge au tribunal de Nimègue 527
- Statistiek van het Gevangeniswezen in Nederland over 1868 . 695

REGTSGELEERDE BIBLIOGRAPHIE. — VIER N^o.

THEMIS,

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

DERDE VERZAMELING,

Eerste Jaargang.

XXXIIe Deel, — EERSTE STUK.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *De Meente of Burgerweide te Genemuiden*,
door R. JONKERS, Candidaat-Notaris te Genemuiden.

In de gemeente Genemuiden (provincie Overijssel), gelegen tusschen de uitmondingen van den IJssel, het Zwarte Water en het Zwolsche Diep, bevindt zich ten minste sedert 5 of 6 eeuwen de zoogenaamde Meente of Burgerweide, bestaande thans uit ruim 150 bunders uitmuntend weiland, waarvan ruim 86 bunders buitendijks, onmiddelijk achter de kom der gemeente, en de overige 64 bunders binnendijks, in den polder Mastenbroek, nabij die kom, zijn gelegen.

Deze landerijen hebben minstens eene kapitaalswaarde van gemiddeld f 2000 de bunder, of 3 tonnen gouds het geheel.

Daarbij genieten de gerechtigden tot die Meente, sedert ongeveer 166 jaren, de naweide van de Toplanden der genoemde gemeente, onmiddelijk achter hunne buitendijksche Meente gelegen en groot *pl. min.* 150 bunders, tegen betaling aan die gemeente eener geringe retributie voor elk stuk vee, aldaar gedurende elk nagewas opgeschaard. Deze naweide, als

regtens genoten wordende aangemerkt, tot kapitaal gebragt, zal minstens een ton gouds bedragen, daar de 1ste snede dier Toplanden over 1869 opbragt f 12,788.

Tot deze kapitaalswaarde van ruim 4 tonnen gouds zijn daadwerkelijk geregtigd 325 Meenteburgers, in de kom der gemeente gevestigd. Buiten die bestaan nog verschillende geregtigden, afwezig of in de toekomst, die voorwaardelijk in het genot kunnen deelen, zoo als nader zal blijken.

Dewijl deze vereeniging of gemeenschap, door de eigenaardige bepalingen van haar reglement, speciaal door de niet-handhaving van sommige artikelen daarvan, wat het genot der deelgeregtigden betreft, in de laatste jaren belangrijk is verminderd, en dien ten gevolge onder henzelve meer en meer sprake komt van de wenschelijkheid eener ontbinding, heeft de ondergeteekende, sedert 22 jaren te Genemuiden woonachtig, hoewel geen Meenteburger, het niet ongepast geacht, op het voorbeeld van niet-ingezetenen, ook eenige beschouwingen te leveren, die tot de regte beoordeeling dezer zaak mede zouden kunnen strekken. Hij zal daarbij eenige regtsvragen stellen, om daarover zijne gedachten mede te deelen, met uitnoodiging aan ieder belangstellende ook zijn gevoelen in dit tijdschrift, of in eenig ander orgaan der drukpers, te willen openbaren; opdat een en ander leide tot eene gewenschte oplossing, die wel grootendeels van lokaal belang is, doch waarin o. a. ook het Rijksbelang — dus ook het algemeene — in niet geringe mate is betrokken.

Ik zal de zaak, voor zooveel ik haar ken en zoover mijne bronnen reiken, geschiedkundig behandelen in de volgende hoofdpunten:

- 1o. Oorsprong der Meente of Burgerweide;
- 2o. Doel en gebruik daarvan;
- 3o. Eigenaardige bepalingen van het Reglement;
- 4o. Wenschelijkheid eener ontbinding in plaatselijk en algemeen belang;
- 5o. Moeijelikheden, die zich bij eventueele ontbinding zouden voordoen, getoetst aan regt en wet, en
- 6o. Regtsvragen, op deze zaak betrekkelijk.

INLEIDING.

Genemuiden, gelegen aan de uitmonding van het Zwarte Water en Zwolsche Diep, behoort tot de oudste bekende plaatsen van ons land. Althans in de oude archieven dier gemeente, door den brand van Maart 1868 ongelukkig vernield, werd gewag gemaakt dat de plaats reeds in de 2de eeuw onzer jaartelling met name bekend was. Zij werd in 1275 door JAN VAN NASSAU, Bisschop van Utrecht, met eene stadsvrijheid of stadsregt begiftigd (1)

Het is niet onwaarschijnlijk, dat zelfs de oudste bewoners dezer landen, aan den oever der rivieren gaarne woonplaats kiezende, ook al spoedig hunne terpen hebben opgericht, als voor de visscherij, eene hoofdbron van hun bestaan, zeer geschikt. Want, ofschoon het bekend is, dat de Zuiderzee eerst in 1275 door den St. Elizabeths-vloed hare tegenwoordige uitgestrektheid heeft erlangd en die zee thans de gemeente Genemuiden bespoelt, het Zwarte Water, eene verlenging van de rivier de Vecht, en de IJssel hebben gewis hare uitwateringen reeds veel vroeger, vóór de heerschappij der Romeinen in deze streken, gehad naar de Noordzee, die zich later allengs landwaarts heeft ingedrongen, met opnemng van het oude meer Flevo.

En, hoewel de visscherij in vorige eeuwen veel belangrijker te Genemuiden is geweest dan tegenwoordig, zal toch ook de landbouw, bepaaldelijk de veeteelt, reeds vroeg een hoofdmiddel van bestaan der inwoners zijn geweest, daar de vruchtbare oevers der genoemde rivieren en later ook der zee daartoe uitnoodigden. Ook de polder Mastenbroek, ten zuiden aan de kom der gemeente grenzende en vroeger een moerassig, volgens sommigen ook boschrijk oord, gaf, door zijne weiden, daartoe aanleiding, vooral, nadat dezelve in of omstreeks het jaar 1365 door den ijverigen en krijgshaftigen Bisschop van Utrecht, JOHAN VAN ARKEL, was bedijkt geworden.

(1) RACER, *Overijss. Gedenkst.*, VI stuk, pag. 3.

1°. OORSPRONG DER MEENTE OF BURGERWEIDE.

Ik onderscheid oorsprong der gronden, die het bezit der gemeenschap uitmaken, en oorsprong der gemeenschap zelve. Wat den bodem van Mastenbroek betreft, hij is vooral in de nabijheid van Genemuiden veenachtig, met een meer of minder belangrijke klei- en zandlaag bekorst. En ofschoon vóór de eigenlijke bedijking van dien polder, de zee zich meermalen over denzelven zal hebben uitgestrekt, even als het IJsselwater bij overstrooming, en daardoor de grondslag bij meerdere vruchtbaarheid, werd verhoogd — het ontstaan, zijner landen is waarschijnlijk noch aan de Zee, noch aan den IJssel toe te schrijven, maar aan de algemeene vorming van den bodem. — Anders schijnt het te zijn met de Buitendijksche meente, onmiddelijk ten westen van de kom der gemeente gelegen. Deze heeft althans meer het voorkomen, voor een groot gedeelte zijn ontstaan door aanslibbing, veroorzaakt door de alluvie of kleiachtige stoffen die de IJssel en het Zwarte Water afvoeren in zee en deze terugwerpt op het strand; ook kunnen de oudste ingezetenen van Genemuiden zich herinneren dat zelfs vischschuiten aankwamen, waar thans reeds lang vast land bestaat. — Daar nu vermoedelijk de binnenmeente in Mastenbroek eerst in het bezit der voormelde gemeenschap is geweest, welk bezit aldaar van tijd tot tijd door aankoop van aangrenzend land kan zijn vergroot, doch welk bezit door vermeerdering van het getal deelgeregtigden toch langzamerhand onvoldoende bleek tot winstgevend genot, zoo werd bij toenemende aanslibbing der gronden buitendijks, het genot daarvan, op welke wijze dan ook, door de meenteburgers verkregen, — en zoo ontstond de Buitenmeente. Of dit genot aanvankelijk zij geweest een vruchtgebruik of wel weidereg, door het Stadsbestuur aan de burgers verleend tegen zekere uitkeering, gelijk elders het geval was, dan wel uit kracht van eigendom verkregen, dit is onzeker bij gebreke van volledige bescheiden daaromtrent. Het is echter niet geheel onwaarschijnlijk, dat de Buitenmeente, die voor het grootste deel aan particuliere

eigendommen van vele meenteburgers grenst, door regt van aanwas, in bezit en eigendom van de geregtigde burgers is gekomen; terwijl later, omstreeks 1702, eene overeenkomst is getroffen tusschen het bestuur der Meente en dat van de gemeente Genemuiden nopens de onmiddelijk achter gemelde meente gelegen Toplanden, ook door aanslibbing ontstaan, waarop de meente-burgers regt van naweide bezitten, tegen eene vastgestelde, thans geringe, doch vroeger zeker betrekkelijk aanzienlijke retributie, bij de meerdere waarde van het geld en de mindere waarde van het nagewas toen dan nu. Die retributie, bedragende voor eene koe 30 en voor eene pink 15 cent, heeft sedert 1702 waarschijnlijk onveranderd bestaan, is althans in de laatste 20 jaren gelijk gebleven.

Doch de ware oorsprong van een en ander is m. i. dusverre, gedeeltelijk onzeker en duister, bij gebreke van bescheiden deswege, ook vóór den brand van 1868.

Wat het ontstaan der gemeenschap zelve betreft, kan men de niet algemeen bekende overlevering gelooven, dan zouden enkele burgers van Genemuiden gemeenschappelijk eenige gronden in den tegenwoordigen polder Mastenbroek hebben aangekocht of verkregen, bepalingen omtrent gemeen gebruik daarvan hebben vastgesteld met zeker regt van overgang op hunne kinderen, en zoude hieruit die gemeenschap haren oorsprong hebben.

Dr. J. VAN VLOTEN, in zijne brochure: *„ De weidevraag te Kampen en Genemuiden kortelijk besproken.* Deventer, JAC. VAN DER MEER 1868,„ en vóór dezen geachten geleerde, de Heer Commissaris des Konings in Overijssel, wijlen Jhr. Mr. C. BACKER, in diens boekje *„ Over Burgerschappen, „* Zwolle, Erven J. J. TIJL, 1865, zijn echter bepaaldelijk van meening, dat de meente of Burgerweide, wat het eigendomsregt der gronden betreft, uitsluitend aan de stad of gemeente Genemuiden toebehoort. Ofschoon de stellingen dezer heeren mij voorkomen in het algemeen op waarheid te zijn gegrond, geloof ik toch, dat ze naar billijkheid en regt niet onvoorwaardelijk op de Meente of Burgerweide alhier behooren te worden toegepast. Ik zal mijne redenen daarvoor te goeder

trouw opgeven, mij overigens aan meerdere oudheidkunde of speciale kennis in dezen gaarne willende onderwerpen, ook aan hen die een tegengesteld gevoelen aankleven, wier meeningen mij echter (o. a. die van den heer Mr. B. W. A. E. Baron SLOET TOT OLDHUIS, Voorzitter der Regtbank te Zwolle enz., en van den heer F. A. EBBINGE WUBBEN, te Staphorst), niet voldoende bekend zijn.

Volgens het hiervoren reeds aangehaalde werk van Mr. J. W. RACER, gedrukt te Campen, bij J. A. DE CHALMOT in 1787, waarin o. a. ook de oude regten en vrijheden van Genemuiden worden bepleit en woordelijke kopijen der voornaamste en belangrijkste stukken uit het oud archief der gemeente Genemuiden voorkomen (welke stukken schrijver dezer meermalen in originali heeft gezien en in handen gehad tijdens zijne ruim 20jarige dienst als klerk en commies ter secretarie te Genemuiden, en welke stukken als voormeld helaas! alle zijn verloren gegaan), is het ontegensprekelijk, dat het beheer der Meente of Greente, in vorige eeuwen, bij het gemeente of stadsbestuur berustte. Immers op bladz. 88 van zoo even vermeld werk leest men: „ Fol. XXX. Anno XXXII“ (ik gis dit jaar zal zijn 1332, omdat er bijna onmiddelijk op volgt: „Item Anno CXIIIC op Sonnetagh post Mathie, ofschoon er direct vooraf gaat: Anno MIIIIJCXCI St. Matys dage“ en zoude het dus ook 1532 kunnen zijn) „ Op sanct Mathias dach hebben *Schepenen ende Raedt* mijt der gezworen meenthe eendrachtlicken gewilkoert, dat nijemant en zal op die meenthe of te greent schaeren, enijghe biesten, die hem nijet to en behoeren, bij verluës des biesten ende sijn burgherschap,“ en bladz. 89: „ Item op dach vorss.“ (hier Anno XIIIe op sonnedach post mathie) „ ghewilkoert bij schepenen ende Raedt mijther zwoeren meenthe, dat nijemants zal meer dan vijer varcken heben op ter meenthe ende die gekrammet, so mannijch varcken als dair meer op geslaegen wordt, so mannych vijff pont (geld, vlaamsch pond?) enz.; terwijl op denzelfden dag alvorens werd besloten als volgt: „ heben schepenen ende raet mijt der zwoeren meente eendrachtlichen

ghewijlcoirt, dat men nyemant en zal nemen borgher t' worden ten syn, dat hije van stonden an mijt reden gelde betaalt vijf olden schijlt, half den karcken ende half ter stadt behooff, ende sal na wtwisijnghe der stadt boek een ider langh gewont heben bijnnen onss. stadt, sonder argelist; "wordende nog op bladz. 84 aldaar gevonden: "Item Ghewilkort op St. Mathias dach, an^o. LXXXI (waarschijnlijk 1481) "mijtter zwoeren meente, dat dieghene den hoer schult wert overgeschreven (aangeschreven) te betalen, dat zij van renthen of van koer, of van wat zaken dat moghe vorende wesen, die sullen dat betalen mit ghelde als sie dat ghelovet hebben te betalen, als sie daer voer ghemaent werden, of sie en sullen ghien ghenot hebben van der stad van water, noch van *weijde* of van yenighen anderen vordele."

Op grond hiervan kan men m. i. vrij zeker aannemen, dat de primitieve meentegronden stadseigendom zijn geweest, want dat schepenen, raedt en gezworenen het geheele gemeente of stadsbestuur destijds uitmaakten is niet twijfelachtig. Nu kan het wel zijn, dat onder dit bestuur tevens dat van de Meente was begrepen *even als thans nog alle Raadsleden alhier ook Meenteburgers zijn*, doch een afzonderlijk bestuur als nu bestaat en vele jaren bestaan heeft, bestond m. i. destijds niet, — althans het wordt niet vermeld.

Volgens de heeren BACKER en VAN VLOTEN heeft ook op 1 Mei 1703 zekere splitsing plaats gevonden, zijnde toen bij besluit van Burgemeester, Schepenen en Raad en die van de gezworen gemeente bepaald, dat: "voortaan de revenuen en gelden jaarlijks van de burgerbeesten niet meer, als voorheen, in het boek van de stads gemeene ontvangsten, maar in singulier, en dat de penningen van aankoop van het heele en halve burgerschap niet in het gemeene boek van de stadsontvangsten zullen gebracht worden." En dit bewijst mijne meening nog duidelijker. Van af dien tijd heeft de zaak dus een ander aanzien en karakter gekregen. Immers toen werd eene afzonderlijke gemeenschap daargesteld, die door verschillende van tijd tot tijd gedane aankopen van landerijen, o.a. omstreeks 1718 van de stad Genemuiden en later van particu-

lieren, volgens aanteekeningen in boeken der Meente (die bij voormelde ramp ook zijn verbrand) haar bezit heeft uitgebreid, bestendig en zich tot op heden daarin heeft gehandhaafd. En ofschoon niet blijkt, dat reeds toen een geheel afzonderlijk bestuur der Meente 'is ingesteld, maar meer waarschijnlijk is, dat het beheer òf bij het geheele stadsbestuur, òf bij eene commissie uit hetzelfde is verbleven; dat van toen af de gerechtigde burgerij meer invloed en gezag over de Meente-weiden heeft verkregen is vrij zeker; zoodat dan ook vervolgens in 1819 en 1820 toen het beheer op nieuw een kleinen tijd geheel in handen was van het stedelijk bestuur, dat beheer, op klagte van de vorige opzieners, krachtens een besluit van Z. M. Koning WILLEM I, onvoorwaardelijk aan de opzieners der Meente, werd teruggegeven, bij wie het sedert dien tijd ongestoord berust (1). Bij dit Kon. besluit

(1) Twee Koninklijke besluiten, het eene van 28 Febr. 1819, n^o. 28, en het andere van 11 April 1820, n^o. 30, zijn ter zake toepasselijk. Bij het eerste is: „ontheffing verleend aan de leden van den Raad van Genemuiden van het verbod van art. 9 van het Reglement op het plattelandsbestuur van Overijssel voor zooveel de *publieke* verpachtingen der gemeentelijke landerijen aangaat, onder voorwaarde, dat bij de verpachtingen waar de Raadsleden dier stad het voornemen mogten hebben, om zich onder de gegadigden te stellen, de conditiën aan de Ged. Staten zullen worden onderworpen en voorts dat die verpachtingen vervolgens, in zoo verre één of meer leden werkelijk pachters mogten zijn geworden, in hun opzigt, de approbatie van Ged. Staten zullen moeten ondergaan, zullende bij gebreke daarvan het voormeld verbod steeds ook ten hunnen aanzien in volle kracht blijven.“

Het blijkt hieruit niet regtstreeks dat deze dispensatie is uitgelokt door de deelhebbing der gemeenteraadsliden aan de Meente of Burgerweide, maar het blijkt uit beschikkingen van Ged. Staten van Overijssel van 22 Junij en 23 Augustus 1819, dat dit Collegie aan eenen requestrant VAN DER KOLK buiten Genemuiden woonachtig, het regt van beweiding op de burgerweide heeft toegekend, nadat de opzieners dier weide zulks geweigerd hadden, terwijl Ged. Staten tevens het Plaatselijk Bestuur van Genemuiden hebben gelast, om het beheer dier weide weder op zich te nemen *even als vóór* 1795, met opvordering van rekening en verantwoording van de tegenwoordige opzieners.

Op een bezwaarschrift van de toenmalige opzieners der gemeene of burgerweide te Genemuiden en op het rapport van den Minister van Binnenlandsche Zaken is het tweede, hierboven aangehaalde besluit genomen. Daarbij is overwogen, dat de door de opzieners tot staving van hunne

werd dus de zoogenaamde Grootte Burgerij alhier als afzonderlijk bestaand ligchaam erkend en bij de oprigting van het kadaster in 1832 werden de eigendommen bij de Meenteburgerij in gebruik, ten name gesteld van de „Grote Burgerij te Genemuiden“, welke door tusschenkomst van hare vier opzieners, allerlei burgerlijke handelingen uitoefent. Buiten vroegere en latere misschien niet meer te bewijzen aankopen, heeft zij bepaaldelijk in 1866 met de gemeente Genemuiden eene ruiling van een deel der Meente tegen een stuk land dier gemeente aangegaan, bij welke schriftelijke doch onderhands opgemaakte overeenkomst, behoorlijk geregistreerd en overgeschreven, genoemde gemeente de Grootte Burgerij alhier èn als ligchaam èn haar eigendomsrecht op den geruilden grond daadwerkelijk heeft erkend; zoodat het m. a. thans vrij onverschillig kan geacht worden of de stad vroeger de ware eigenares van een deel der Meente zij geweest of niet, dat trouwens, buiten vollediger bewijs, hoewel waarschijnlijk, altijd twijfelachtig blijft; want voor zoover ik de zaken van Deventer en Kampen kan beoordeelen en die met de mij bekende omstandigheden van Gene-

bezwaren en van het verkregen regt van eigendom hunner committenten op de Burgerweide aangevoerde gronden, geenszins door het Plaatselijke Bestuur worden tegengesproken, en wordt gelast aan Ged. Staten te kennen te geven, dat de onderhavige zaak behoort te worden beschouwd als eene eigendomsquaestie, die niet dan door den regter kan worden beslist, en dat alzoo zal behooren te worden afgewacht de uitslag van zoodanige actie als het Plaatselijke Bestuur *of de verdere ingezetenen van Genemuiden* zouden mogen instellen, om hun regt deswege te doen gelden.

Er werd tevens bepaald dat, indien onverhoopt reeds uitvoering was gegeven aan den last van Ged. Staten tot overneming van het beheer der burgerweide door het Plaatselijk Bestuur, Ged. Staten alsdan moesten zorgen, dat de administratie ten spoedigste bij de opzieners der weide werd teruggebracht.

Het is waar dat, strikt genomen, dit Besluit geene uitdrukkelijke erkenning inhoudt van het regt der zoogenaamde Grootte Burgerij, doch veeleer dat regt overlaat aan het oordeel des regters, inmiddels ten opzichte van het beheer der goederen den feitelijken toestand eenvoudig handhavende of herstellende — maar in de gevolgen had het toch de uitwerking, dat het bedoelde regt niet meer werd betwist. De hoedanigheid van grootburger is natuurlijk verenigbaar met die van gemeenteraadslid.

muiden's meente vergelijk , is er nog al veel verschil en bestaat buitendien de mogelijkheid, dat de Meenteburgerij inderdaad van den beginne der gemeenschap eigenares is geweest , zoo als hiervoor is besproken.

2^o. DOEL EN GEBRUIK.

Het doel en gebruik van gemeenschappelijke weiden laat zich gemakkelijk verklaren uit eenen tijd, toen de mindere algemeene veiligheid het daarstellen of behouden van gemeenschappen als de onderwerpelijke, half noodzakelijk maakte, om zich bij aanranding van have of goed ook gemeenschappelijk te verdedigen, en anderdeels dewijl de kosten van onderhoud en bedijking en de lasten gezamenlijk werden gedragen, welk een en ander voor een individu veel bezwaarlijker zoude zijn. Ook hebben dergelijke gemeenschappen voornamelijk haar ontstaan te danken aan het onbeheerd liggen van sommige gronden, die door gemeenten of vereenigingen zijn in bezit genomen, ofschoon dit laatste meer in heidestrecken en woeste oorden het geval is geweest dan in gemeenten als deze, sinds de vroegste tijden grootendeels uit hooi-, wei-, riet- en biesenland bestaande.

Voor zoover bekend werden de Meenten te Genemuiden steeds gebruikt ter beweiding door een zeker getal scharen, of jaarlijks voor ieder weider bepaald wordend getal stuks vee, dat bij afwisseling en naar gelang der behoefte binnen- en buitendijks werd opgeslagen of geweid. Het getal stuks vee, thans uit rundvee en eenige paarden, vroeger ook uit varkens, bestaande, beloopt nu ongeveer 600, doch bedroeg voor eenige jaren veel minder; het is allengs geklommen, zoowel door verbetering der landerijen, die goed worden onderhouden, als wegens het meerdere getal burgers, die van hun regt tot weiden gebruik maken, ook door verhuring hunner scharen, dat echter volgens het reglement ongeoorloofd is, doch sinds eenige jaren stilzwijgend wordt toegelaten.

Sedert eenwen toch bestaat de bepaling, dat geen der geregtigden ander vee mag opscharen dan hetgeen zijn eigendom is; hij moet dit, des gevorderd, onder eede bevestigen.

De 4 afzonderlijke Meentestukken, waarvan 2 binnen- en 2 buitendijks gelegen, dragen de volgende benamingen, die ook eenigzins herkomst en gebruik verklaren:

Binnendijks	het grootste stuk,	<i>de Stadskamp,</i>
"	" kleinste "	<i>de Varkenshoek,</i>
Buitendijks	" grootste "	<i>de Greente,</i> en
"	" kleinste "	<i>het Tag of Hag.</i>

30. EIGENAARDIGE BEPALINGEN VAN HET REGLEMENT.

Het bestaande reglement bepaalt in art. 1: "De Meente of Burgerweide zijn eigendommelijke en maatschappelijke goederen, waaraan deel verkregen wordt door erfregt en door aan- of inkoop."

De verdere voornaamste bepalingen zijn hoofdzakelijk:

Erfburgers zijn dezulke, die geboren zijn uit een wettig huwelijk van ouders, die het volle regt bezitten en woonachtig zijn in de kom der gemeente Genemuiden, zullende echter de zonen geen gebruik van hun regt mogen maken vóór en alleer zij wettig zijn gehuwd en woonachtig als voormeld, terwijl de dochters, die met iemand huwen, welke geen burgerregt bezit, daarvan geen genot kunnen hebben, tenzij haar man het halve burgerregt aankoope, dat bepaald is op f154 en een zilveren dukaton voor wijnkoop.

Het geheele burgerregt door man en vrouw, of wel één hunner, aangekocht wordende, bedraagt f900 en 2 zilveren dukatonnen voor wijnkoop. (Deze aankoop is zeker zelden althans in de laatste 20 jaren niet voorgekomen, doch de halve aankoop vindt gedurig plaats.) Het zoogenaamde erfregt wordt door vertrek uit de kom der gemeente wel geschorst, maar vervalt niet, en kan dus op nieuw uitgeoefend worden bij terugkeer in de kom der gemeente. Het geheele aangekochte regt vervalt door een verblijf van een jaar en zes weken buiten de kom der gemeente, ten zij de man in 's lands dienst ware geroepen. De vrouw, geen erfburgeresse zijnde, verliest ook in zeker geval haar regt.

Voor kinderen van ouders, die nà hunne geboorte het regt hebben aangekocht, kan hetzelfde tot 10 jaren ouderdom

worden aangekocht tegen f 10 per jaar ouderdom, doch boven de 10 jaren kan voor hen het regt alzoo niet worden verkregen. (Men bemerkt hieruit, dat het zoogenaamde erfregt geen erfregt is in de eigenlijke beteekenis des woords, daar het door geboorte en niet door den dood wordt verkregen. Ouders en kinderen genieten het diensvolgens gelijktijdig.) Het genot bepaalt zich overigens alleen tot het beweiden met vee, onder de bepalingen deswege bij het reglement omschreven.

Het bestuur wordt uitgeoefend door 4 Meenteburgers, Opzieners genaamd, bijgestaan door 2 dito burgers, weidegreven geheeten. Deze personen worden voor 2 jaren gekozen door de stemgeregtigden, dat is, door alle manspersonen, die in het vol genot van hun regt zijn; terwijl de 18jarige zoon eener weduwe, bij zijne moeder inwonende en haar in het bedrijf helpende, als stemgeregtigd voor zijne moeder wordt toegelaten.

Voor wanbeheer is een artikel bepallende, dat minstens een 25tal Meenteburgers het regt hebben, in het oog loopende handelingen in der minne met de opzieners te bespreken, en ze zoo tot gewenschter orde te bewegen; het schijnt mij overigens toe, weinig dadelijke kracht te bezitten, — dan dat zulke opzieners, na 2 jaren — welke na hunne aftreding moeten verloopen — niet zouden worden herkozen.

De opzieners doen jaarlijks rekening en verantwoording van ontvangst en uitgaaf aan de stemgeregtigde Meenteburgers

4o. WENSCHELIJKHEID EENER ONTBINDING IN HET PLAATSELIJK EN ALGEMEEN BELANG.

Ofschoon om reeds genoemde redenen het niet te ontkennen valt, dat vereenigingen als de onderwerpelijke in vorige tijden haar betrekkelijk nut hebben gehad, — onder de tegenwoordige wetten en staats-huishouding zijn de nadeelen daarvan onmiskenbaar overwegend. Ik zal trachten eenige der laatste aan te toonen.

Eerstelijk de plaatselijke nadeelen. — Daar ongeveer de helft der geregtigden tot de behoefte of arbeidersklasse behoort, die zelve geen vee bezit, maar hare scharen aan

andere geregtigden of niet geregtigden verhuurt, die hun vee dan weiden op naam van eerstgemelden, (wat bepaaldelijk strijdt tegen het Reglement en zelfs op strenge straf daarbij verboden wordt) is het noodzakelijk gevolg, dat de arbeidersklasse zich hier meer en meer ophoopt. Vroege, veelal ontijdige huwelijken, noodig om deel aan het genot der Meente te verkrijgen, werken hiertoe zeer mede. Vroeger toen de bepaling, dat ieder zijn eigen vee moest weiden (hoe onbillijk die bepaling overigens ook zij) stipt werd gehandhaafd en de niet-weidende deelhebbers der Meente eene niet aan het genot geëvenredigde kleine toelage werd verstrekt, vestigden zich nog al eens enkele arbeidende Meenteburgers elders; doch in de laatste jaren, nu de toelage voor niet weiden wel is verhoogd, doch nagenoeg niet wordt uitbetaald, omdat bijna ieder Meenteburger vee om te weiden aangeeft, blijft elke arbeider, die meenteburger is, hier wonen, omdat hij voor de huursom zijner $1\frac{1}{2}$ schaar vee, bedragende na aftrek der kosten van opscharen *pl. min. f 30* 's jaars, toch nagenoeg eene vrije woonkamer kan bekomen. Doch ten opzichte van den gegoeden burgerstand springt het nadeel, aan het Meenteburgerschap verbonden, nog meer in het oog. Immers het is eene zeldzaamheid alhier, dat een burgerzoon een ander beroep leert dan dat van veehouderij en matterij (matten maken), ook door zijn vader, grootvader, overgrootvader enz. uitgeoefend. Hoe vereerend overigens deze navolging ook zij, en eerwaardig de band die de Meenteburgerij te zamen bindt, ware er geen Meente, het zoude waarschijnlijk anders en beter zijn. Ook in dezen stand bevordert de Meente vroege huwelijken en zooveel mogelijk bijeenblijven in de geboorteplaats; het gevolg is, dat men elkander in den weg zit en de concurrentie bij verhuring van landerijen enz. zeer vermeerdert in eigen nadeel, evenwel ten voordeele van verhuurders en verkoopers. Dat deze toestand het plaatselijk belang noch de zedelijkheid bevordert, zal duidelijk genoeg begrepen worden. En ofschoon in de laatste jaren, door buitengewone omstandigheden, voornamelijk ten gevolge van den ontzettenden brand alhier in Maart 1868 en drukke

hooiperserij in dat jaar, de arbeiders flink geld hebben verdiend, zoodat thans geen armoede hier wordt geleden, bij eventuele mindere verdiensten, hoe dan ook, dreigt het pauperisme, even als in vorige jaren, zich geducht te doen gelden, in welks behoeften de liefdadige instellingen alhier dan bezwaarlijk zullen kunnen voorzien. Dat overigens het weiden eener groote kudde vee op één stuk land, hoezeer afrikkingen en slooten worden uitgewonnen, voordeelig zij, wordt vrij algemeen ontkend.

Kan men echter aannemen, dat tegen genoemde bezwaren enkele voordeelen overstaan, — het is evenwel onbetwistbaar, dat het genot der Meente voor de gerechtigden jaarlijks vermindert en binnen eenige jaren nagenoeg onbeduidend zal worden.

Doch, ten tweede, welke nadeelen bevat dergelijke gemeenschap, sedert eeuwen een onvervreemdbaar kapitaal in de doode hand, in het algemeen, bepaaldelijk ook in het Rijks belang! Immers de gerechtigden zijn aan het voorgeschreven genot gebonden, kunnen hun deel daaraan, ja, ter sluiks verhuren, doch niet verkoopen of bezwaren; dit laatste is althans twijfelachtig en niet volgens het reglement, dat — worden de bepalingen omtrent zoogenaamd erf- en koopregt stipt opgevolgd — het aanzijn, d. i. de onverdeeldheid der Meente bestendigt als ten eeuwigén dage.

5°. MOEIJELIJKHEDEN, DIE ZICH BIJ EVENTUELE ONTBINDING
Zouden voordoen, getoetst aan regt en wet.

Uitgaande van het beginsel, dat de Meente, zoowel buiten als binnendijs, thans wettig en in vollen eigendom behoort aan de gerechtigden, volgens het bestaande Reglement, zouden zich echter bij verdeeling zoowel als bij verkoop, niet geringe moeilijkheden opdoen, die, op andere wijze, bij goed aangelegd en volgehouden plan, zeker beter zijn te overwinnen.

Daargelaten de vraag of deze zelfstandige gemeenschap zij aan te merken als eene universiteit van zaken (stichting), of als eene

vereeniging van eigenaren (corporatie of maatschap), beoordeeld naar het algemeene regt, zal het meest eigenaardig zijn hier de bepalingen betreffende *zedelijke lichamen*, zij het bij analogie, toe te passen. — Ware aan art. 1655 en 1660 B. W. te denken, dan zou art. 1686 B. W. de ontbinding toelaten, doch de overige bepalingen omtrent de burgerlijke maatschap schijnen even weinig op het geval te passen als art. 1112 B. W. Beter schijnt het de eigenaren-grootburgers gelijk te stellen met een zedelijk ligchaam. De bepalingen daaromtrent, Xe titel van het IIIe boek des Burgerlijken Wetboeks, zijn duidelijk. De regten der individuele leden van de Meente, hier m. i. de werkelijk in het genot zijnde en stemhebbende burgers, zijn — wat de vervreemding van den eigendom betreft — niet bij het betrekkelijk reglement geregeld. Zij worden dan bepaald door de regelen in gemelden titel voorgescreven, en kan volgens artt. 1696 en 1697 van gemeld wetboek, in verband met de bepalingen van het Reglement, de meerderheid der stemhebbende leden besluiten nemen.

Veronderstel nu:

1^o. Bedoelde meerderheid besluit tot verdeling. Goed. De beide van elkander verwijderde Meenten zijn wel in zoovele percelen te splitsen, als er werkelijk in het genot zijnde burgers zijn. Doch deze kunnen dagelijks vermeerderen door huwelijk of aankoop. En hoedanig zullen bepaald worden de regten der afwezige en der toekomstige burgers, dat zijn de verschillende regten erlangende, wettige zonen en dochters der burgers die in het genot zijn, welke ook dagelijks vermeerderen? Deze geheel uit te sluiten zou toch vrij onbillijk zijn, daar velen op het punt staan om werkelijk deelgerechtigd te worden. Eene uitkeering naar gelang van den ouderdom en de kunne zoude noodig zijn; want ook dezen land toe te deelen zoude al zeer moeilijk wezen, tenzij de ouders een grooter perceel in evenredigheid van het getal hunner kinderen wierd toegestaan, terwijl de kinderen dan eene pretentie op hunne ouders zouden verkrijgen. — Daarbij komt het nog al

aanmerkelijke verschil van kwaliteit der landerijen binnen- en buitendijks gelegen, de menigte uitwegen en afscheidingen bij kleine percelen. Het is te begrijpen dat verdeeling alzoo zeer moeilijk zal zijn.

2°. Verkoop der eigendommen. — Deze zouden gewis minder bezwaren opleveren, ofschoon de bepaling der regten dezelfde grondslagen behoorde te hebben als bij verdeeling. Ook zoude verkoop in een kort tijdsbestek van eene zoo aanzienlijke en waardige massa landerijen eigenaardige nadeelen opleveren.

In beide gevallen zoude zich nog eene gewigtige moeilijkheid opdoen, betreffende het regt van naweide op voormelde Toplanden, dat althans niet voor verdeeling vatbaar zoude zijn, terwijl ook verkoop daarvan waarschijnlijk door de gemeente Genemuiden zoude betwist worden.

3°. Afstand der regten van- en door de geregtigde burgerij aan de gemeente Genemuiden. — Deze zoude zeker de minste moeilijkheden opleveren, waardoor althans dadelijk de zoo even vermelde zwaarigheid ontrent de naweide der Toplanden zoude vervallen en de gemeente in het volle genot daarvan geraken. — Die afstand konde plaats hebben tegen eene jaarlijksche uitkeering, b. v. gedurende 20 jaren, aan de volgens het Reglement in het genot zijnde en komende burgers in die 20 jaren. — Intusschen kon bedongen worden, dat de gemeente jaarlijks $\frac{1}{20}$ der Meenten, zoowel binnen- als buitendijks, zoude moeten verkoopen en het overige verhuren, een en ander in het openbaar aan den meestbiedende, des verkiezende alleen aan de Meenteburgers. Uit de opbrengsten hiervan zouden de uitkeeringen, door de gemeente te voldoen, moeten geschieden en ook eenige schadeloosstelling behooren te worden verleend aan de zonen en dochters der burgers, die op den oogenblik van het verstrijken der gemelde 20 jaren in leven zijn of bestaan, met inachtneming van art. 3 B. W.; terwijl het overschietende tot openbaar en plaatselijk nut zou moeten worden besteed.

Hierdoor zouden ieders regten zooveel mogelijk geëerbiedigd worden en binnen 21 jaren de geheele zaak beëindigd

kunnen zijn; de geregtigden zelve, bij goed inzien van hun belang het meest bevoordeeld — de gemeente — Rijks- en particuliere belangen zeer gebaat zijn.

Deze wijze van ontbinding zoude m. i. zeer de voorkeur verdienen:

1°. Omdat zij het gemakkelijkst en billijkst ware uit te voeren;

2°. Omdat mogelijke processen over den eigendom der Meenten en het genot der naweide van de Toplanden, van zijde der gemeente of anderen in te stellen, daardoor zouden worden voorkomen; en

3°. Omdat zij de meeste kans heeft van door de geregtigden te worden aangenomen:

a. Wegens de soliditeit der gemeente als schuldenaresse in dit geval; en

b. Omdat de voordeelen, die de gemeente door dezen afstand zoude genieten, voor het grootste gedeelte tot de geregtigden indirect terugkeeren, dewijl de Meenteburgers en hunne gezinnen ruim de helft der ingezetenen van Genemuiden uitmaken.

6°. REGTSVRAGEN, OP DEZE ZAAK BETREKKELIJK.

A. Zoude het niet voor zeker kunnen worden aangenomen, dat voormelde vereeniging of gemeenschap is een zedelijk ligchaam, als bedoeld bij art. 1690 B. W., ten opzichte van welks eigendommen, bij gebreke van andere bepalingen dien-aangaande in het Reglement, de meerderheid der stemmende leden beslist?

B. Zoude ingeval van afstand der regten als voormeld aan de gemeente Genemuiden, behalve de goedkeuring van zijde haar bestuur aan HH. Gedeputeerde Staten van Overijssel te vragen, magtiging van de Arrondissements-Regtbank te Zwolle noodig zijn van zijde der geregtigden tot de Meente- of Burgerweide, voor zooveel betreft de regten der afwezigen en der minderjarige kinderen van Meente-

burgers op voormelde eigendommen en naweide, welke immers voorwaardelijk in het genot kunnen treden? (1)

C. Zouden, ingeval gemelde meerderheid, goedkeuring en magtiging werden verkregen, de 4 fungerende opzieners der Meente, uitmakende haar bestuur, krachtens het Reglement en volgens art. 1692 B. W. niet bevoegd zijn bedoelde overeenkomst met het Gemeentebestuur van Genemuiden aan te gaan en dezelve, uit kracht van art. 1691 B. W., niet volkomen effect sorteren?

D. Zoude, voor het geval de eigendom der Meenten, geheel of gedeeltelijk, van zijde der gemeente Genemuiden of anderen aan de Meenteburgers werd betwist, het onheugelijk ongestoord bezit daarvan — althans langer dan dertig jaren — door laatstgemelden niet als volledig bewijs van eigendom kunnen gelden?

E. Ingeval de eigendom, krachtens ongestoord onheugelijk bezit, niet aan de groote burgerij mogt kunnen worden toegewezen, zoude dan eene in 1866 tusschen de opzieners en het Gemeentebestuur van Genemuiden geslotene ruiling van een deel der buitenmeente tegen een stuk land der gemeente Genemuiden, bij onderhandsche akte, behoorlijk geregistreerd en overgeschreven, niet als erkenning van regtspersoon en eigendom aan de gemeente Genemuiden met goed gevolg kunnen worden tegengeworpen? (2)

F. Zoude, voor het geval de gemeente Genemuiden termen vond eene des betreffende regtstvordering te doen, het regt van naweide op de Toplanden, genoten wordende door de Meenteburgers tegen zekere retributie, in zooverre het als eene niet voortdurende en onzichtbare erfdienstbaarheid is aan te merken, zonder titel bestaande ten behoeve der Meente, en ten laste der Toplanden, welke volgens

(1) Wij doen deze vraag omdat zij wel eens meer is geopperd, doch uitgemaakt zijnde, dat hier een zedelijk ligchaam handelt, komt art. 451 B. W. niet toepasselijk voor.

(2) Dwaling kan geen regt geven, doch *in casu* zou dwaling bezwaarlijk zijn te bewijzen.

art. 746 Burg. Wetb. niet verjaart, kunnen worden opgelost en vernietigd?

Of wel:

G. Zoude het genot van naweide, op de Toplanden, door de Meenteburgers tegen zekere retributie genoten, welks oorsprong onzeker is, eenvoudig door de gemeente Genemuiden wordende opgezegd, eene regtsvordering tot handhaving daarvan, van zijde der Meenteburgerij in te stellen, een gunstig effect kunnen opleveren?

Ten opzichte der laatste regtsvraag wordt opgemerkt, dat er voor als nog geen gevaar bestaat, dat ze zal worden opgeworpen, omdat de gemeente Genemuiden tot heden geene plaatselijke belasting dan die der honden, noch hoofdelijken omslag heft; doch dit kan veranderen, en wie waarborgt partijen, dat nimmer eene actie in dezen zal worden ingesteld?

Naar mijne bescheidene, doch vrijmoedig voorgedragen, meening, die ik aan het beter oordeel van deskundigen onderwerp, komt het mij voor, dat de vragen A tot en met F toestemmend, en vraag G ontkennend behooren te worden beantwoord.

Juli 1869.

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING.

Eene Haagsche Gemeente-Verordening.

Zijn de Gemeenten bevoegd zich bij plaatselijke verordening privilegie toe te kennen voor de haar verschuldigde belastingen? door Mr. E. H. KARSTEN, Advocaat te 's Gravenhage.

De hierboven gestelde vraag is niet nieuw, en misschien zullen getrouwe lezers van dit tijdschrift zich herinneren, reeds in den jaargang 1855 een stuk van de kundige hand van Mr. G. A. FOKKER gelezen te hebben, waarin na een vooral

historiesch onderzoek, die vraag in ontkennenden zin beantwoord wordt. En toch, het is dringend noodig dat dit punt van geschil nog eens ernstig worde onder de oogen gezien; anders toch loopt het gevaar van onder de *faits accomplis* zoozeer begraven te worden, dat welhaast de zoo gegronde conclusie van dien schrijver in de schatting van het algemeen als niet veel meer dan een paradox zou gerekend worden, en het verleidelijk misbruik om zich zelve tot bevoorrecht schuldeischer te verheffen, de gemeenten in Nederland als eene aanstekelijke ziekte alom zou aantasten.

Waar Leiden en Rotterdam reeds waren voorgegaan is den Haag gevolgd, en bij haar verordening op de invordering van den hoofdelijken omslag, vastgesteld den 27 December 1865 en gewijzigd bij besluit van 24 October 1866, werd in art. 15 bepaald: *„dat de gemeente voor die belasting voorrang zou hebben op al de roerende en onroerende goederen van den belastingschuldige, onmiddellijk na de privilegiën bij het Burgerlijk Wetboek of andere wetten verleend.“* Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland schijnen zich met die bepaling te kunnen vereenigen; althans zonder bezwaar daartegen heeft de verordening op het *bedrag* en de *grondslagen* van den hoofdelijken omslag, waarbij de genoemde verordening op de *invordering* overeenkomstig art. 233 der gem. wet mede was overgelegd, de Koninklijke goedkeuring verkregen. Sedert doet de gemeente bij faillissement haar regt van voorrang gelden, en dat niet alleen door die preferentie bij de verificatie in te roepen, maar zelfs zonder zich ter verificatie aan te melden, door eenvoudig den curator bij bevelschrift de uitbetaling uit de gereede penningen te gelasten met bedreiging van executoriaal beslag, geheel op den voet zooals dit voor de invordering der Rijks-belasting bij de wet van 22 Mei 1845 (*Stbl.* n^o. 22) is voorgeschreven.

Dat deze laatste wijze van doen volmaakt wederregtelijk is, kan niet betwijfeld worden. Wanneer eene gemeente goed kon vinden, dit exceptioneele middel van uitoefening van het privilegie, dat de wet alleen aan de schatkist verleent, zich ook al weder bij verordening toe te eigenen, zou het al of

niet verbindbare van zoodanig voorschrift ter sprake kunnen komen. Maar tot hiertoe is men zoover niet gegaan, en heeft derhalve de gemeente zich in allen gevalle aan de wetten van den lande te houden en haar regt van voorrang, zoo zij het al heeft, te gebruiken en te doen gelden, zooals dat door ieder crediteur moet worden geldig gemaakt. (1)

Het is deze verordening, die schr. aanleiding heeft gegeven tot een vernieuwd en zelfstandig onderzoek naar de kwestie, in hoeverre de gemeentebesturen de bevoegdheid hebben preferentie te vestigen voor verschuldigde gemeentelijke belasting ten voordeele hunner gemeenten en omgekeerd ten nadeele van de overige crediteuren.

Waar vroeger deze vraag besproken werd, zoowel door vóór- als door tegenstanders, was het steeds de zin van art. 1183 B. W., waaromtrent de groote strijd gevoerd werd, alsof daarin eene afdoende beslissing gelegen was. De gemeentewet daarentegen werd door de eersten eenvoudig ter zijde gelaten en door den straks genoemden bestrijder meer gebruikt tot bekrachtiging zijner uitlegging van dat artikel, dan wel als grondslag voor eene definitieve beslissing over de hoofdzaak. Deze wijze van behandeling schijnt verwerpelijk. Het geschil raakt de wetgevende magt der gemeentebesturen; die magt vindt haar oorsprong in art. 138 der Grondwet, en haar bepaling in de wet ter uitvoering van dat grondwetsartikel, de wet van 29 Juni 1851. Vóór alles dient dus onderzocht wat die wet wil. Wanneer men haar nu als uitgangspunt aanneemt, zoo lost zich de kwestie in deze drie vragen op:

1°. Past het onderwerp in den kring der aan de gemeentebesturen verleende wetgevende bevoegdheid? 2°. zoo ja, is het er door eene speciale wetsbepaling aan onttrokken? en 3°. zoo neen, is het dan bij bijzondere regeling binnen den kring dier bevoegdheid gebracht? Nu zal art. 1183 Burg. Wetb. het antwoord moeten geven op de laatste vraag, maar die vraag ontstaat eerst door de oplossing van de eerste, en niemand zal

(1) Met dit bevelschrift schijnt het echter niet zoo ernstig gemeend te zijn; ten minste op de bepaalde weigering van schr. om er aan te voldoen, is geen executoriaal beslag gevolgd.

ontkennen, dat de beslissing daarvan grooten invloed kan hebben op de verklaring van het artikel. De meest logische weg is derhalve om van de gemeentewet uit te gaan en de verordening eerst aan deze te toetsen en daarna te onderzoeken, welk gewigt art. 1183 daarneven of daartegen in de schaal legt.

In de wet van 1851 is de wetgevende magt der plaatselijke besturen naauwkeurig omschreven; en wat voor dien tijd als regtsleer grootendeels reeds vaststond, gecodificeerd. Zij heeft die magt om te verordenen beperkt binnen de grenzen van *de plaatselijke politie* en van *de gemeentelijke huishouding*: onder de laatste te begrijpen het invoeren van plaatselijke belastingen onder goedkeuring van de regering en het regelen van de invordering daarvan. (1) Trouwens is op dit stuk de wet niet anders dan de uitwerking der beginselen in de Grondwet, IV h. 3e afdeeling, nedergelegd. Of nu de verordening waarbij eene gemeente zich privilegie toekent voor eene haar verschuldigde belasting, kan gezegd worden een punt der gemeentehuishouding te regelen, is niet moeilijk te beantwoorden. Wijzigt zij enkel de verhouding van de gemeente tot den belastingschuldige? Zeker neen. Veel meer bepaalt zij die tegenover de crediteuren van den laatste, en werkt dus ook ten aanzien van niet-ingezetenen en vreemdelingen; zij wijzigt hunne civielrechtelijke stelling tegenover den gemeenschappelijke schuldenaar. Alzoo grijpt de verordening buiten den kring der gemeente in de regten van derden en dat in eene materie, die in het Burgerlijk Wetboek geregeld is en geheel tot het burgerlijk regt behoort.

Dat dit niet het terrein van den gemeentewetgever kan zijn, is zoo onbetwistbaar en zoo overvloedig aangetoond door Mr. DE VRIES in zijn bekend werk, (2) dat het niet noodig is hierbij lang stil te staan. Bewijs genoeg is het, dat toen KEMPER dit, om allen twijfel onmogelijk te maken, met zoovele woorden

(1) Gem.-wet artt. 135, 150, 232 en 257.

(2) Mr. G. DE VRIES AZ., De wetgevende magt der plaatselijke besturen, pag. 79 vgg.

in de wet even als in het ontwerp van 1820 wilde hebben uitgedrukt, (1) de meeste leden der Staten-Generaal zulk eene bepaling als geheel overtollig en als van zelf sprekende verwierpen. Men meende immers volkomen tegen dergelijke overschrijding gewaarborgd te zijn door art. 163 der Grondwet van 1815, (2) waarbij de eenheid van het burgerlijk regt voor het geheele Rijk nadrukkelijk was uitgesproken.

Hoe stellig zou wel de speciale wetsbepaling moeten zijn, die de gemeentebesturen vrijheid gaf zich op dat zoo verboden terrein te begeven!

Doch er zijn in de gemeentewet nog andere bezwaren tegen onze verordening. Misschien niet zoo gewigtige, maar des te meer tastbaar aan te wijzen, voor hen die het met wetsprincipes zoo naauw niet nemen. De vestiging van de preferentie komt, zooals wij gezien hebben, voor in de *Verordening op de invordering van den hoofdelijken omslag*. Wij hebben hier dus met eene verordening te doen, bedoeld in art. 257 Gem.-wet. Ook de rijkswetgever heeft de preferentie van den fiscus geregeld bij de wet op de *invordering der Rijksbelastingen* (3) en was bevoegd dit te doen, hoewel op de juistheid van de plaats veel valt aan te merken. Hieruit volgt evenwel nog niet, dat het zoodanig vestigen van preferentie bloot een maatregel van invordering zou zijn. Inderdaad is het veel meer: het *geeft* een regt van vorderen, maar het *regelt* zulks niet. Hoe het zij, het Haagsche gemeentebestuur heeft dit voetspoor gevolgd. Maar wat aan den Staat vrijstond was aan de gemeente daarom nog niet vergund. Zij mogt slechts de invordering harer heffingen regelen *overeekomstig zekere algemeene voorschriften* in de gemeentewet gegeven, of zooals art. 257 luidt: *„overeekomstig de artt. 258 tot 269”* dier

(1) Ontwerp B. W. art. 12. „Bij geen plaatselijke, hetzij provinciale, hetzij stedelijke, of andere dergelijke verordeningen, kunnen bepalingen gemaakt worden, waardoor de burgerlijke regten, welke voor alle ingezetenen van den Staat dezelfde zijn, in eenig opzigt besnoeid, uitgebreid of gewijzigd worden.

(2) Thans artikel 146 Grondwet.

(3) Wet van 22 Mei 1845 (*Stbl.* no. 22).

wet. Nu blijkt het vooreerst uit deze beperking zoowel als uit den inhoud van die artikelen, dat aan de gemeentebesturen niet anders is overgelaten dan het geven van zoodanige voorschriften van uitvoering, die als speciale toepassingen op die algemeene voorschriften gebouwd zijn. Wat toch beteekent anders de uitdrukking *overeenkomstig*? En in die artikelen is geen spoor te vinden van een in beginsel aan de gemeentekas toegekend privilegie. Wij mogen dus steunende op de positieve wet vragen: overeenkomstig welk van die artt. 258—269 schenkt gij u zelve in eene verordening op de invordering die preferentie tegenover uw medeschuldeischers?

Maar er is nog iets anders. In die artikelen ligt per exclusionem 't verbod aan de gemeenten om zich dien voorrang toe te eigenen opgesloten. In de artikelen 260 en 262 worden door de Gemeentewet een aantal bepalingen uit de straks genoemde wet van 1845 op de invordering der gemeentebelastingen van toepassing verklaard. Maar juist die artikelen waarbij de preferentie voor den fiscus wordt gevestigd, zijn daarvan uitgesloten. En dit is niet toevallig, maar zooals uit de beraadslagingen blijkt, met opzet geschied. Bij de behandeling in de Eerste Kamer werd door de commissie van rapporteurs aan de regering medegedeeld, dat eenige leden het hadden betreurd, dat deze wet geen regelen had vastgesteld, waarbij de voorrang der gemeentekas boven andere schuldeischers was verzekerd, evenals dat elders voor de heemraadschappen was gedaan.

Wat antwoordde hierop de minister, ontwerper der wet? *„Tot nog toe was de gemeentekas niet in het genot van eenig regt van voorrang. Daar hieruit zoover het Gouvernement weet, geen moeilijkheid is ontstaan, en de regeling van dien voorrang met groote bezwaren gepaard zou gaan, zijn te dien aanzien geen voorschriften in het ontwerp opgenomen”* (1).

Derhalve om de groote bezwaren die het inhad, en omdat er geen behoefte aan was, werd het regt van privilegie bij

(1) Zie Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, 1850—1851, blz. 154 en 159.

de wet bepaaldelijk niet aan de gemeenten verleend. Daarmede heeft de wetgever getoond: eerstens dat deze regeling hem toekwam en een algemeen Rijksbelang betrof; en ten tweede, dat zijn zwijgen opzettelijk was en als een onthouding van het regt van preferentie aan de gemeentekas moest beschouwd worden. Noch bij de Kamer, noch bij de Regering kwam het in de verte op te meenen, dat de plaatselijke wetgever in die zaak eigenmagtig konde beslissen.

Welk besluit zal men hieruit trekken? Zoo niet dat art. 15 der Haagsche verordening eene overschrijding bevat van de grenzen door de wet in de artt. 257 en vgg. aan den plaatselijken wetgever gesteld; en dat die bepaling bovendien is in flagranten strijd met de erkende bedoelingen der wet.

Zoover als de gemeentewet de toetssteen is voor het wetgevend vermogen der plaatselijke besturen, zal het nu wel vaststaan, dat die eigen toekenning van preferentie bij verordening onwettig is. Regeling van onderwerpen van burgerlijk regt door gemeenteraden, verordeningen ten aanzien van punten waarover de gemeentewet zelve implicite heeft beslist, zijn volgens die wet altemaal ongeoorloofde zaken. Maar ziet daar komt als een deus ex machina een zeker artikel van het burgerlijk wetboek aan de voorstanders van het privilegie te hulp, om al die onregelmatigheid goed te maken, het reeds genoemde artikel 1183. Dat artikel, zoo beweert men, kent voorrang toe aan de gemeenten en bepaalt dat de voorrang van de gemeentekas zal mogen worden geregeld bij gemeenteverordening. Die beteekenis zou liggen opgesloten in het tweede lid van het artikel, luidende: "*Die (de voorrang) van de besturen der gewesten, gemeenten, dijken, polders, watering en andere dergelijke gemeenschappen, wegens de door hen te heffen lasten, worden geregeld door de wetten en de wettige op dat stuk daargestelde verordeningen.*"

Is het den lezer duidelijk dat in die woorden zoowel aan de gemeenten als aan al de daar opgenoemde *andere dergelijke* gemeenschappen in een adem de bevoegdheid is gegeven, om zich voor hare heffingen naar goedvinden bij

verordening preferent te verklaren? Afgescheiden van alle commentaren zou men er zulk eene wijde strekking niet ligt in zien. De verslaggever in de *Nieuwe Bijdragen* van het jaar 1856 doet, naar aanleiding van het uitvoerig betoog daartegen van Mr. FOKKER, eene korte en treffende opmerking, hij zegt: „misschien hecht schrijver nog meer waarde dan noodig is aan het *wettige op dat stuk daargestelde verordeningen*, welke in dat artikel naast het *wetten* geplaatst is. Immers daardoor wordt wel de *mogelijkheid verondersteld* van het bestaan van verordeningen daaromtrent, die met wetten gelijkstaan; maar daarbij wordt het *regt* zelf om die verordeningen te maken *niet* gegeven.“ (1) Nadere regeling van den voorrang van regeringocollegiën op te dragen aan de bevoegde magt, met overlating van de vraag wie die bevoegde magt voor ieder geval zal zijn, dat zou de eenige beteekenis zijn van het tweede lid van dat artikel, en daarin is schrijver het met dien verslaggever geheel eens. Er meer in te zien is niet mogelijk, zonder tusschen de regels te lezen wat er niet staat. Wanneer die beschouwing juist is, zal het beroep op art. 1183 weinig baten. Dan toch laat het de vraag of de gemeente zulk eene verordening wettig kan vaststellen onbeslist, en moet die wel uit de gemeentewet beantwoord worden.

Artikel 1183 is moeilijk en met horten en stooten ter wereld gekomen. Eerst na vier of vijf redactiën mogt het gelukken er een blijvenden vorm aan te geven; en zooals het meestal met dergelijke voortbrengsels van wetgeving gaat, was de oorspronkelijke gedachte verknutseld en het geheel onklaar geworden. Even als het grootste gedeelte van ons burgerlijk wetboek, was de eerste redactie niet anders dan eene vertaling van art. 2098 C. C. en handelde alleen over de Rijks-schatkist. Zoo werd het in 1824 aangeboden, luidende: „De voorrang spruitende uit hoofde van regten aan 's Rijks schatkist en de orde waarin die wordt uitgeoefend, wordt geregeld door de wetten daartoe betrekkelijk.“

(1) *Nieuwe Bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving*, VIe deel, pag. 126.

„'s Rijks schatkist kan echter geen voorrang bekomen ten nadeele van de regten, die vroeger door derden verkregen zijn.“ Nadat evenwel in de Tweede Kamer op de wenschelijkheid van preferentie voor de waterschappen was gewezen, werd in het ontwerp van 1825 deze nieuwe zinsnede er aan toegevoegd: „Dit een en ander is mede toepasselijk op de bijdragen tot onderhoud van dijken, polders en wateringen.“ Doch nu was er weer eene nieuwe moeilijkheid. Sommige waterschappen waren reeds in het genot van preferentie krachtens hun reglementen, die bij art. 222 der Grondwet waren gehandhaafd, en deze redactie stelde als vereischte regeling bij de wet. Dit gaf aanleiding tot eene geheele omwerking. De tweede zinsnede van het fransche artikel werd er nu als eigenlijk behoorende tot het transitoir regt uitgenomen, en de derde uitgebreid en met de eerste zamengesmolten. In het ontwerp van 13 Maart 1833 las men nu: „De voorrang van 's Rijks schatkist mitsgaders van *besturen*, gewesten, gemeenten, dijken, polders en wateringen, de orde waarin die wordt uitgeoefend en de tijd van deszelfs duur, worden geregeld door de *wetten en verordeningen* daartoe betrekkelijk. In het ontwerp van 24 October daaraanvolgende bleef deze redactie, behalve de kleine tusschenvoeging van 't lidwoord *der* tusschen besturen en gewesten.

De nieuwe redactie bragt helaas nieuwe bezwaren. Sommigen vonden haar niet omvattend genoeg met het oog vooral op de veenderijen, naar het schijnt, en wilden om alle mogelijke gevallen te voorzien er bijvoegen: *andere dergelijke gemeenschappen*. Anderen weder bezwaarden zich over het niet splitsen van het artikel, waardoor zoo zij meenden gevaar ontstond voor de dwaling, dat ook de voorrang van de schatkist, bij verordening zou kunnen worden geregeld. Het geheele woord *verordeningen* was voor enkelen een wanklank in het artikel, daar toch naar hun oordeel alleen de wet het regt van voorrang moest verleenen. Eindelijk werd ter bemiddeling tusschen dat laatste gevoelen en het ontwerp nog voorgesteld, om aan *verordeningen* het praedicaat *wettige* toe te voegen. Al deze bedenkingen werden min of meer gegrond bevonden, en zoo kwam ons artikel

zoo als het thans luidt in het ontwerp van 28 April 1834 uit de smeltkroes te voorschijn. Het was gesplitst, die *andere dergelijke gemeenschappen* waren er bij gekomen en de verordeningen moesten zijn *wettige, op dat stuk daargestelde*.

Zoo was het geheel een compromis geworden, waarin allerlei belangen hunne plaats hadden gevonden. Voor ons onderzoek is alleen de laatste toevoeging van belang: de kracht van de uitdrukkingen *wettige* en *op dat stuk daargestelde*. Er is beweerd en zelfs bij regterlijk vonnis aangenomen (1), dat wat de laatste uitdrukking betreft, de wet daarmede alleen de reeds bestaande verordeningen op het oog had. Deze meening steunde op de memorie van toelichting bij het ontwerp van 1833, waaruit bleek, dat de eenige aanleiding voor de opneming van het woord „verordeningen” in het artikel was de behoefte om de bestaande reglementen der waterschappen, waarin de preferentie geregeld was, op dat stuk te handhaven. Het komt schr. evenwel voor, dat dit geen grond mag wezen, om den gewonen stijl der wetten zoozeer te miskennen. De wet zal steeds in dien zin ook voor de toekomst van *daargestelde* verordeningen spreken, omdat *daar te stellen* verordeningen geen verordeningen zijn. Bovendien al is de aanleiding in een bestaanden toestand gelegen, toch kan zeer wel de toepassing op ruimer veld bedoeld zijn. Daarom geven wij het den verdedigers van het regt der gemeenten volgaarne toe, dat *daargestelde verordeningen* ziet zoowel op de toekomstige als op de bestaande, en met evenveel regt geschreven is voor de gemeenten als voor gewesten, waterschappen en dergelijke gemeenschappen in het algemeen.

Van meer gewigt komt ons de bijvoeging voor van het praedicaat *wettige*, hoe zonderling het moge schijnen. Op zich zelf beteekent dat toevoegsel niets, en als amendement er ingebracht wordt het bijna belagchelijk. *Onwettige* verordeningen bestaan evenmin voor de wet als *daar te stellen* verordeningen, en men zou even goed van een ronden cirkel en

(1) Arrond.-Regtb. te Leiden, zie *Gemeente-Stem* n°. 163.

eene dubbele porte-bris e kunnen spreken. Met dat al heeft dat woord zijn geschiedenis, en is het als verbetering aangebragt om eene bepaalde, uitgesprokene, gedachte in het artikel hare plaats te geven. Nu mag men vrij dat woord aanhalen om te bewijzen, hoe onbeholpen onze mannen van die dagen dikwijls hunne gedachten in wetsartikelen formuleerden, als de fransche tekst hun niet te hulp kwam; doch het gaat niet aan die gedachte eenvoudig te ignoreeren, omdat wij, welligt verder in taalkritiek, aan dat woord die gedachte niet meer toekennen, en er niets dan eene tautologie in kunnen zien. Verba valent usu, en de usus van dat woord op die plaats is bekend. „ De 5de afdeeling der 2de Kamer, ” zegt Mr. VOORDUIN, „ verlangde in het veranderde artikel WETTIGE verordeningen te lezen, ten einde het denkbeeld in de memorie van toelichting uitgedrukt *in de wet zelve* opgenomen te zien, en *in het vervolg verkeerde en even nadeelige opnemingen te voorkomen.* ” Welk denkbeeld zou nu door dat woord uit de memorie in de wet overgaan? Het luidt aldus: „ Overigens spreekt het van zelf, dat door het woord *verordeningen* niet anders kan worden verstaan, dan de zoodanige, die door de *daartoe BEVOEGDE* (curcijf) *magt* zijn daargesteld. ” Als uitdrukking van die gedachte is het woord *wettige* in het artikel opgenomen. *Wettige verordeningen*, wil nu zeggen *door de bevoegde magt daargestelde* verordeningen; en wel verre dat het zoo gelezen artikel bevoegdheid om te verordenen zou geven, stelt het die bevoegdheid aliunde vaststaande uitdrukkelijk tot beding. Die bevoegdheid kon op het oogenblik dat de wet gemaakt werd bestaan en door eene latere wet worden opgeheven, en omgekeerd kon zoodanige magt later gegeven worden aan lichamen die ze destijds niet bezaten. Artikel 1183 blijft buiten die kwestie van bevoegdheid en zegt nu alleen, dat de regeling van den voorrang zal zijn overgelaten aan de bevoegde magten, aan de wet of aan de verordening al nadat blijken zal wie die bevoegde is. Eindelijk die *verkeerde en even nadeelige als gevaarlijke opnemingen* van de bloote uitdrukking *verordeningen*, waarvoor de 5de afdeeling beducht

was, en die door de bijvoeging van *wettige* moesten worden voorkomen, kunnen dan ook onmogelijk op iets anders doelen dan juist daarop, dat men zou kunnen meenen, dat nu ook al de in art. 1183 genoemde lichamen, die iets te verordenen hadden, aan dat artikel het regt zouden kunnen ontleenen om bij verordening hun eigen voorrang te regelen.

Alzoo aan artikel 1183 kunnen de gemeentebesturen het regt niet ontleenen om een dergelijke als de Haagsche verordening op dat stuk te maken, en de gemeentewet, wij hebben het reeds gezien, heeft grenzen aan hun wetgevend vermogen gesteld, die het maken van eene bepaling als in art. 15 dier verordening voorkomt, volstrekt verbieden (1).

Trouwens het is in de hoogste mate onbillijk en onjuridisch, dat een schuldeischer zijn eigen stelling zou mogen regelen tegenover zijn medecréditeuren, buiten de wetten om die voor beiden alleen verbindende zijn, en dit moest reden genoeg zijn om de gemeentebesturen van het zich zelve toekennen van preferentie te weerhouden. Men beroepe zich hierbij niet op het voorbeeld van den Staat. Ware het privilegie der gemeente alleen geldig tegenover hare ingezetenen, de analogie zou misschien aannemelijk zijn. Maar de preferentie van de schatkist strekt ten voordeele van al de ingezetenen, en is met goedvinden van hunne vertegenwoordiging gevestigd. Mogt daarin nog eenige onbillijkheid blijven bestaan tegenover de buitenlandsche schuldeischers, zoo wordt die opgewogen door de voordeelen, welke hun de gelijkstelling met de burgers voor

(1) Art. 14 van deze zelfde verordening lijdt aan hetzelfde gebrek van onwettigheid, zonder gedekt te zijn door een ander artikel 1183. Daar staat: „De verplichting tot betaling wordt niet geschorst door enz., *noch door verkrijging van surséance van betaling.*” Over de gevolgen van de surséance heeft de gemeentewetgever niets te verordenen, en indien hetgeen in dat artikel staat regt is, zoo is het dat alleen, omdat art. 920 van het Wetb. van Kooph. zulks bepaalt. Bewijzen niet dergelijke bepalingen in eene verordening van de residentie, hoe taai de oude begrippen van stedelijke souvereiniteit hier te lande nog geworteld zijn, en hoe noodig hier het ondubzinnig voorschrift van KEMPER was, om door een uitdrukkelijk verbod allen twijfel onmogelijk te maken.

de wet aanbrengt, en ten andere geregtvaardigd door de begrippen van het internationaal regt. De gemeente echter heeft over de beurs en de regten van den niet-ingezetene niets te zeggen en een intercommunaal regt kennen wij niet. — Schr. is daarom van meening dat deze en dergelijke gemeentelijke verordeningen onwettig en onverbindend zijn. Bij de toewijding van de tegengestelde leer ware het zeer te wenschen, dat door eene regterlijke of administratieve beslissing in hoogste ressort, te dezen aanzien een vast rigtsnoer aan de menigvuldige daarbij geïnteresseerde collegiën werd gegeven.

STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — *Over de onteerende militaire straffen, en de jurisprudentie van den Hoogen Raad dienaangaande, door Mr. M. S. POTS, Advocaat te 's Gravenhage.*

In eene vorige aflevering van dit tijdschrift is eene verhandeling geplaatst over de beperking der rechtsbevoegdheid ten gevolge van militaire veroordeeling, waarin de leer van den Hoogen Raad ten opzichte van het onteerend karakter van verscheidene der militaire straffen, met name ook van de kruiwagenstraf, in bescherming wordt genomen. (1) Die leer is herhaaldelijk bestreden, en verschillende rechterlijke collegies hebben haar, in strijd met de jurisprudentie van den Hoogen Raad, voortdurend verworpen. Een dier collegies, het Hof van Zuidholland, is echter ten laatste den Hoogen Raad bijgevalen (2). Het arrest, gewezen op eene door den schrijver van genoemde verhandeling voorgestelde wraking, is, wat de mededeeling der gronden aangaat, bijzonder schraal; maar op zich zelve is het zoo bevreedend niet, dat een Hof eindelijk afziet van den strijd tegen eene

(1) Themis 1869, blz. 365—382.

(2) Arrest 29 Mei 1869, Weekblad n°. 3130.

leer door den Hoogen Raad bij meer dan elf arresten gehuldigd. Ik misgunde dan ook den pleiter zijn succes niet; maar nu hij ook als wetenschappelijk schrijver meent de gronden te moeten mededeelen, door hem aangevoerd, en daardoor blijkt, dat de behaalde overwinning, zoo zij aan zijne argumenten te danken was, voornamelijk een gevolg is geweest van de hoogst bevreemdende wijze, waarop het gevoelen van de bestrijders dier leer is voorgesteld, en van volslagen onbekendheid met de argumenten dier bestrijders, acht ik mij in het belang der zaak verplicht die argumenten nog eens in herinnering te brengen.

Één bezwaar, ik erken het, heeft mij aanvankelijk doen aarzelen. De vraag over het al of niet-onteerende der kruiwagenstraf heeft de reputatie van afgezaagd, uitgeput te zijn; en die ongelukkige reputatie heeft ten gevolge, dat men op weinig belangstelling heeft te rekenen en gevaar loopt gelijk succes te behalen als tot nu toe, te weten eenvoudig geïgnoreerd te worden. Herhaaldelijk toch zijn de meest ernstige bezwaren tegen de leer van den Hoogen Raad aangevoerd, maar nergens, noch in de jurisprudentie, noch zelfs bij den schrijver van genoemde verhandeling, vindt men eenig spoor van ernstige overweging dier bezwaren, van eenige poging tot ernstige wederlegging. Hoe kras bij voorbeeld die schrijver zijne veroordeeling van het gevoelen zijner tegenstanders formuleert, het is duidelijk dat hij noch dat gevoelen noch de vraag zelve kent, dat hij zich de moeite zelfs niet heeft gegeven beiden te leeren kennen. Toch is de zaak van meer gewicht dan de meesten meenen of vermoeden. In de praktijk heeft de leer van den Hoogen Raad de meest betreurenswaardige gevolgen. Zij maakt van eene straf, die volgens de wet hoogstens met correctionele gevangenzetting gelijk staat, eene straf die in niets van het tuchthuis verschilt, en doet de smet der eerloosheid met alle hare voor de toekomst der veroordeelden zoo rampzalige gevolgen, in strijd met de wet, op honderde personen kleven. Jaarlijks toch worden meer dan honderd veroordeelingen tot kruiwagenstraf uitgesproken, meerendeels voor feiten, die wel in

het militair belang eene gestrengte repressie vorderen, maar geenerlei burgerlijk oteerend karakter bezitten. Algemeen wordt de militaire strafwet van overdreven gestrengheid beschuldigd, en niet ten onrechte. Daarom is het te meer betreuenswaardig, dat eene noodlottige dwaling van den Hoogen Raad die op zich zelve reeds overdreven gestrengheid nog verdubbelt.

Wie de aangehaalde verhandeling gelezen heeft, zal zich wellicht verbazen over de vermetelheid om eene jurisprudentie, waartegen tot nu toe slechts ééne en wel eene vrij onbeduidende objectie is gemaakt, eene dwaling, in strijd met de wet te verklaren. Herhaaldelijk toch verzekert de schrijver, dat slechts een eenig argument door de bestrijders der jurisprudentie wordt aangevoerd, altijd datzelfde argument, dat het Crimineel Wetboek geen onderscheid maakt tusschen oteerende en niet-oteerende straffen. En wie zou die verzekering niet aannemen, daar de schrijver zelf verwijst naar de geschriften dier tegenstanders met opgave van titel en bladzijde? Dienaangaande zal ik alleen zeggen dat ik ter wille van den schrijver hoop, dat hij citeert zonder te hebben gelezen. Waar echter zulk eene voorstelling mogelijk is in een wetenschappelijk tijdschrift, is eene herinnering niet overbodig, dat er nog andere gronden tegen de leer van den Hoogen Raad zijn aangevoerd. Ik zal mij daarbij voornamelijk bepalen tot eene nadere ontwikkeling van die gronden, welke reeds elders door mij zijn aangevoerd, maar in een uit den aard van het onderwerp weinig bekend geschrift en met eene aldaar noodzakelijke beknoptheid.

Vooraf een enkel woord over het begrip van eerloosheid. Bij velen is de voorstelling van dat begrip zeer nevelachtig, evenals het ook in de vroegere wetgeving was. Sedert als ontwijfelbaar rechtsbeginsel erkend is en vaststaat, dat eene straf geene andere gevolgen kan hebben, dan die de wet daaraan uitdrukkelijk verbindt, is toch dat begrip niet moeilijik vast te stellen. In de eerste plaats komt hier in aau-merking het gemeene recht. De Code Pénal geeft geene uitdrukkelijke bepaling, en vermeldt de eerloosheid alleen

bij de opgave en verdeling der straffen. De straffen, op misdad gesteld, hebben allen eerloosheid ten gevolge; en wanneer men nu de juridieke gevolgen dier oonteerende straffen vergeelijkt en de doodstraf om later te vermelden redenen ter zijde stelt, dan komt men tot het resultaat, dat alle oonteerende straffen ten gevolge hebben eene beperking van de rechtsbevoegdheid, een absoluut verlies van zekere bepaalde rechten, in art. 28 opgenoemd. Wel hebben enkele dier straffen eene nog grootere beperking ten gevolge (den burgerlijken dood, de ontzetting van burgerschapsrechten), maar voor de vaststelling van het begrip van eerloosheid kan alleen *die* beperking dienen, welke als gevolg van *alle* oonteerende straffen is aangenomen. Volgens den Code Pénal bestaat alzoo eerloosheid in het verlies, in eene onbekwaamheid tot uitoefening van de rechten opgenoemd in art. 28, te weten het recht om gezworene, deskundige of getuige te zijn, het recht om voogd of curator te zijn, het recht om wapenen te dragen en in de legers van het rijk te dienen. Meer is de eerloosheid volgens den Code Pénal niet. Bij bijzondere wetten zijn nogtans eenige andere gevolgen aan oonteerende vonnissen verbonden, als onbekwaamheid om bepaalde bedieningen of beroepen uit te oefenen, om eereteekenen te dragen, enz. Ook deze beperkingen behooren alzoo tot het begrip van eerloosheid in het gemeene recht.

Ware dit het eenige gevolg van de eerloosheid, dan zou de vraag over het al of niet nuttige en raadzame van oonteerende straffen misschien niet bestaan. Maar zij heeft nog een gevolg, dat, niet door de wet bedreigd, niettemin oneindig zwaarder dan al de wettelijke gevolgen op de veroordeelden drukt. Het publiek houdt er een eigen begrip van eerloosheid op na. Naast het juridieke begrip staat het populaire, dat veel algemeener en onbepaalder is. Een eerlooze is iemand zonder eer, iemand die in strijd met de regelen van eer handelt of heeft gehandeld, iemand dien men veracht, ontwijkt, terugstoot, met wien niemand, die zichzelven eerbiedigt of op de achting en het vertrouwen van anderen aanspraak maakt te doen wil hebben. Even onbepaald als het begrip van eer,

waarvan het de negatie is, is het populaire begrip van het eerlooze van personen of handelingen zeer uiteenlopende en verschillend bij verschillende personen of verschillende tijden. Maar altijd is de eerloosheid volgens de volksopvatting eene *zedelijke* vlek, onafscheidelijk verbonden aan het *zedelijke* karakter. Met zoodanige zedelijke vlek heeft het juridieke begrip niets te maken en niets gemeens. Dit is zoo waar, dat beide begrippen soms scherp tegenover elkander staan, en er zelfs handelingen zijn, die zoo ze verricht, juridieke, zoo ze nagelaten worden, populaire eerloosheid ten gevolge hebben. Staatkundige veroordeelden mogen al tot onteerende straffen zijn veroordeeld, het publiek hecht daaraan geene eerloosheid. Daarentegen is er bij niet-rechtsgeleerden eene vrij algemeene meening, dat bv. publieke vrouwen niet als beëdigde getuigen kunnen gehoord worden. Niettegenstaande de vooruitgang der zedelijke begrippen geldt nog voor de meesten het weigeren van een duel als eene eerlooze handeling, maar wie, door 't volksvooordeel gedwongen, zijn tegenstander doodt of gevaarlijk kwetst, is volgens de wet met eene onteerende straf strafbaar. In al deze en dergelijke gevallen oordeelt het publiek naar den aard der handeling en stelt het *zijne* opvatting boven de juridieke. Maar in den regel laat het zich met fijne onderscheidingen niet in, en voegt eenvoudig de populaire eerloosheid bij de juridieke, de zedelijke vlek bij de wettelijke onbekwaamheid. Iemand die een onteerend vonnis ten zijnen laste heeft, onverschillig waarvoor hij dat verdiend heeft, is een eerlooze, een man dien men met afschuw en verachting beschouwt en terugstoot, die in de ban der maatschappij wordt geplaatst. Elk die nu en dan in de gelegenheid wordt gesteld de verdere loopbaan van zulk een veroordeelde na te gaan, weet hoe vreeselijk de gevolgen van dat vooroordeel zijn, hoe elke maatschappelijke carrière daardoor wordt afgesneden, zelfs het aanknoopen van burgerlijke betrekkingen met de zoogenaamd fatsoenlijke standen belet, hoe terugval in het misdrijf of het bedelaarsgesticht in vele gevallen het natuurlijke en noodzakelijke einde is. En dat vooroordeel, die dwaling omtrent het

juridieke begrip van de eerloosheid is zoo algemeen, dat zelfs de wetgever er zich aan schuldig heeft gemaakt, toen hij de doodstraf onder de oonteerende straffen stelde, alsof er bij een doode nog van vermindering der rechtsbevoegdheid sprake kon zijn. Slechts in één geval toch kan het oonteerende van de doodstraf gevolgen hebben, als namelijk de veroordeelde vóór zijne terechtstelling ontsnapt; maar het is zeer te betwijfelen of den wetgever dat geval voor oogen stond.

Zoolang de wetgever zelf die verwarring van twee ongelijksoortige begrippen begunstigt, door aan de onbekwaamheid van art. 28 den naam van eerloosheid te geven, zal zij blijven bestaan en mag men het volksvooroordeel niet voorbijzien (3). Het is eene reden te meer om alle ongestaafde uitbreiding van de oonteerende straffen met kracht te bestrijden. Maar bij dien strijd zelven komt alleen het juridieke begrip in aanmerking. Argumenten, ontleend aan het populaire begrip, moeten buiten aanmerking blijven, kunnen tot de beslissing niets afdoen.

De eerste vraag, die zich voordoet, is deze: waaraan herkent men het oonteerende karakter van deze of gene straf in onze strafwetten? welke kenmerken bepalen, dat eene straf volgens het Nederlandsche strafrecht de eerloosheid ten gevolge heeft? Slechts twee zoodanige kenmerken zijn mij bekend:

1o. dat de wet zelve de straf *noemt* eene oonteerende, met zoovele woorden zegt, dat eene straf oonteerd is, eerloosheid ten gevolge heeft,

2o. dat de wet uitdrukkelijk aan eene straf de gevolgen toekent, wier samenstel in het juridieke begrip van eerloosheid zijn samengevat. Elk dezer kenmerken is voldoende om

(3) Dit doet de schrijver van voormelde verhandeling als hij (blz. 379) de quaestie over het oonteerende der doodstraf onbelangrijk noemt. Ik laat het geval van ontsnapping ter zijde; maar ook na den dood blijft de zedelijke vlek in herinnering en hecht zich aan zijn naam en nagelaten betrekkingen. Hoe ongerijmd en wreed het moge zijn een oorzaak van medelijden in een oorzaak van verachting te veranderen, dat ook *dit* vooroordeel zeer verbreid en krachtig is, is moeielijk te betwijfelen.

eene straf als oonteerend te beschouwen; maar waar beide ontbreken, rechtvaardigt niets de stelling, dat zoodanige straf oonteerend is. Het onderzoek naar het al of niet oonteerende eener straf moet zich dus noodzakelijk bepalen tot eene toetsing van hetgeen de wetgever omtrent die straffen zegt, aan deze twee kenmerken.

Ten opzichte van de straffen van het gemeene recht is deze toetsing zeer gemakkelijk, omdat de Code Pénal uitdrukkelijk zegt, welke straffen oonteerende zijn; en hoewel vele dier straffen afgeschapt en vervangen zijn door andere, bestaat omtrent die vervangende straffen evenmin onzekerheid of twijfel. In het gemeene strafrecht is alzoo het eerste kenmerk voor de toetsing reeds afdoende. Maar in het militaire strafrecht is dit niet het geval. De militaire wetboeken maken nergens zulk eene scherpe onderscheiding tusschen oonteerende en niet-oonteerende straffen. Nergens, noch in het Crimineel Wetboek voor de Landmacht, noch in dat voor de Zeemacht, vindt men, zooals in den C. P., uitdrukkelijk bepaald, welke de oonteerende, welke de niet-oonteerende straffen zijn. Met name is nergens het minste spoor te ontdekken, dat de militaire wetgever bij het maken zijner bepalingen aan de eigenaardige onderscheiding en verdeeling van misdrijven en straffen van den C. P. heeft gedacht, of die op het militaire recht willen toepassen. Wie dat ontkeut, bewijst slechts dat hij nimmer een blik, althans een onbevangen, helderen blik in de militaire wetboeken heeft geslagen.

Hieruit volgt echter volstrekt niet, dat er *daarom* geene oonteerende militaire straffen zijn, dat eene veroordeeling tot militaire straf nimmer een oonteerend vonnis zou kunnen zijn. Het maakt alleen dat men niet *a priori* kan stellen, dat die en die straffen oonteerend, die en die niet-oonteerend zijn, dat bv. de vier eerste straffen op de lijst van art. 26 C. W. oonteerend, de vijf laatste niet-oonteerend zijn; maar dat men voor elk afzonderlijk moet onderzoeken of ze aan een der kenmerken van eene oonteerende straf beantwoorden. Te doen wat onder anderen de schrijver van meergenoemde verhandeling doet (blz. 380), uit de omstandigheid dat het C. W.

aan een der nummers van het lijstje in sommige gevallen eerloosheid verbindt, af te leiden dat *a fortiori* de voorafgaande nummers onteerend zijn, bekort ongetwijfeld de quaestie, maar heeft het inconvenient van zelfs straffen onteerend te maken, die de wetgever, zoo uitdrukkelijk als hij maar kon, als niet-onteerend heeft gekenschetst.

Wanneer men nu in het Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande de verschillende militaire straffen nagaat, vindt men slechts bij twee van het woord „eerloos” melding gemaakt. Art. 32 onderscheidt de straf van cassatie in drie soorten, waarvan de eerste wordt gezegd te bestaan „in eene cassatie met verklaring van te zijn eerloos, en mitsdien onbekwaam, om in het vervolg eenige burgerlijke of militaire charge te bekleeden,“ de tweede „in eene cassatie met verklaring van te zijn onbekwaam om in het vervolg eenige militaire charge te bekleeden,“ de derde „in eene eenvoudige cassatie welke in het vonnis zal worden uitgedrukt door vervallenverklaring van de militaire charge, zonder eenige andere bijvoeging.“ Wanneer nu iemand bij vonnis wordt verklaard te zijn eerloos, dan volgt uit den aard der zaak dat eerloosheid een gevolg is van dat vonnis, dat de straf waaraan zij is verbonden, en het vonnis waarbij zij is uitgesproken, onteerend zijn.

Hetzelfde geldt van de straf van slagen en het weggagen als eerloozen schelm (art. 26 4^o, 44 C. W.). Laat men het overbodige en in eene wet minder gepaste scheldwoord „schelm” buiten rekening, dan kan de uitdrukking niet anders worden verklaard dan dat de veroordeelde als een eerlooze wordt weggejaagd, dat eerloosheid een gevolg is van de straf.

Dat er alzoo ook onteerende militaire straffen zijn, kan mijns inziens niet betwijfeld worden. Men kan zelfs zeggen, zoo men wil, dat de wetgever zelf de twee genoemde straffen onteerende noemt. Maar van geen der andere straffen kan men dat zeggen, zoodat men die andere straffen moet toetsen aan het tweede door mij gestelde kenmerk. En daarbij rijst al dadelijk eene moeielijkheid in de vraag of de eerloosheid, die nu bewezen is in het militaire recht te bestaan, dezelfde

is als de eerloosheid van het gemeene recht, de eerloosheid; omschreven in art. 28 C. P.? — Die vraag moet ontkennend beantwoord worden, en wel op drie gronden. Art. 5 C. P. verbiedt in het algemeen de toepassing der bepalingen van den C. P. op het militaire strafrecht. Ook art. 28 kan alzoo niet worden toegepast, maar zou het bovendien niet kunnen, ook al bestond art. 5 niet. Het geeft toch niet eene algemeene bepaling van hetgeen de wet onder eerloosheid verstaat, maar regelt de gevolgen van zekere bepaald aangeduide straffen; en dat het samenstel dier gevolgen is hetgeen de C. P. onder eerloosheid verstaat, is daarom aan te nemen, omdat ook de andere straffen die de C. P. onteerend noemt, die gevolgen hebben (art. 18 en 34 C. P.). Men kan dit niet langer aannemen, als men ook de militaire straffen tot de vaststelling van het begrip doet medewerken, want dan zou dat begrip als algemeen slechts vaststaan, wanneer bleek dat die straffen werkelijk diezelfde gevolgen hebben. Maar bovendien blijkt uit het C. W. zelve, dat de eerloosheid van het militaire recht iets anders is.

Eene afzonderlijke bepaling, waarbij de gevolgen of de aard der eerloosheid worden beschreven, vindt men in de militaire wetgeving niet, maar bij de bovenaangehaalde beschrijving der eerste soort van cassatie wordt als verklaring van het woord *eerloos* gezegd: *nen mitsdien onbekwaam om in het vervolg eenige burgerlijke of militaire charge te bekleedenn*. Overigens vindt men in de militaire wetgeving niets. De eerloosheid van het militaire recht is alzoo eene onbekwaamheid om burgerlijke en militaire charges te bekleeden, en dus zeer verschillend van de eerloosheid van art. 28 C. P.; want terwijl deze *niet* de onbekwaamheid om burgerlijke charges te bekleeden omvat, omvat gene *niet* de onbekwaamheid van getuige, deskundige of gezworene, voogd of curator te zijn. Maar ook op *deze* eerloosheid zijn de speciale wetten, welke niet door art. 5 C. P. zijn uitgesloten, toepasselijk. Art. 190 3°. Sv., 264 30., 437 10., 506 B. W. en alle andere bepalingen, waarbij aan een onteerend vonnis eenig gevolg, eenige beperking wordt toegekend, gelden evenzeer voor de

vonnissen, waarbij een der gezegde twee militaire straffen is opgelegd.

De vraag of er nog meerdere oonteerende militaire straffen bestaan, lost zich dus op in de vraag, of de wetgever aan andere, buiten de twee genoemde straffen, als gevolg heeft verbonden eene onbekwaamheid om burgerlijke en militaire charges te bekleeden. Moet dit bevestigend worden beantwoord, dan zijn er meerdere oonteerende straffen; ontken- nend, dan rechtvaardigt niets de stelling dat nogtans zoodanige straf, die noch uitdrukkelijk oonteerend wordt genoemd door den wetgever, noch krachtens uitdrukkelijke wetsbepaling ge- zegde onbekwaamheid ten gevolge heeft, eene oonteerende straf is.

Het antwoord op die vraag is niet twijfelachtig. Van zoodanige onbekwaamheid is bij geene der andere straffen rechtstreeks noch zijdelings sprake. Geene enkele bepaling kan men aanwijzen, waaruit zelfs in de verte, bij de meest verwijderde gevolgtrekking, zoodanige onbekwaamheid, spe- ciaal wat betreft de burgerlijke charges, kan afgeleid worden. En zoolang men dat niet kan, is het in strijd met de wet, bloote willekeur, nogtans die straffen oonteerende te noemen, daaraan als aan oonteerende straffen gevolgen te verbinden, die nergens bij de wet daaraan zijn verbonden.

Toch heeft de Hooge Raad niet alleen herhaaldelijk be- list, dat ook de kruiwagenstraf eene oonteerende is, maar ditzelfde zelfs aangenomen ten opzichte van de doodstraf met den kogel, eene straf waaromtrent vroeger nooit was be- twijfeld dat zij niet-oonteerend was, die altijd is beschouwd juist als een tegenhanger van de oonteerende doodstraf. Het is dus van belang de gronden voor die beslissing nauwkeu- rig te onderzoeken.

Ten opzichte van de militaire doodstraf zijn vooral te raadplegen de arresten van den H. R. van 4 Nov. 1845 en 22 Sept. 1846 (*Ned. Rechtspr.*, 22 bl. 260, 25 bl. 146). Het eerste arrest beslist de vraag niet absoluut. Het gold daar het geval van een persoon die, na bij een krijgsraads- vonnis vroeger veroordeeld te zijn geweest tot de straf des doods met den strop, na vervallenverklaring van den mili-

tairen stand, op nieuw te recht stond wegens misdaad. Het Hof van Gelderland had beslist dat *in casu* geene recidive aanwezig was, omdat de eerste veroordeeling had betroffen een zuiver militair delict en alzoo niet een *misdraad* in den zin van art. 56 C. P. De H. R. daarentegen besliste, dat de doodstraf met den strop ontegenzeggelijk was eene lijf- en oteerende straf en het misdrijf, waartegen die straf bedreigd was, alzoo een misdraad in den zin van art. 1 § 3 C. P., zoodat art. 56 voornoemd wel toepasselijk was. Had het hier de toepassing van art. 190, 3^o. Strafv. of van art. 264, 3^o. B. W. gegolden, of werd in art. 56 C. P. de recidive vastgeknoopt aan eene vroegere veroordeeling *tot eene oteerende straf*, dan ware de beslissing van den H. R. juist geweest. De doodstraf met den strop toch is niet eene militaire straf, maar niets anders dan de doodstraf van het gemeene recht, dus eene oteerende straf. Maar de omstandigheid dat die straf bij de militaire wet tegen desertie naar den vijand is bedreigd, maakt zoodanige desertie niet tot *misdraad* in den zin van art. 1 § 3 C. P. De stellige en ontwijfelbare woorden van art. 5 C. P. verzetten zich daar tegen. „De bepalingen van dit wetboek zijn niet toepasselijk op de militaire overtredingen, wanbedrijven en misdaden.” Dat desertie naar den vijand een militair delict is, zal wel niemand betwijfelen; maar hoe kan men nu zeggen dat dit delict als zijnde strafbaar met eene lijf- en oteerende straf, een misdraad is in den zin van art. 1 § 3 C. P., zonder gezegd art. 1, in strijd met het stellig verbod van art. 5, op dat militaire delict toe te passen?

Twee gronden voert de H. R. aan om dat te rechtvaardigen. In de eerste plaats zou art. 5 alleen beteekenen, dat de militaire delicten naar eene andere speciale wet worden gestraft. Door die interpretatie verliest art. 5 *alle* beteekenis; want dat de militaire delicten niet behandeld worden in den C. P. behoefde waarlijk niet medegedeeld te worden. Maar bovendien waarop steunt die interpretatie? met welk recht leest men in de woorden der wet geheel iets anders dan er duidelijk in staat? Met geheel hetzelfde recht kan men er

alles in lezen wat men wil. En wat speciaal aangaat de toepassing van art. 1 C. P. op de militaire delicten, stuit men op eene praktische onmogelijkheid. Het strafstelsel van de militaire wetboeken berust op geheel andere grondslagen en beginselen dan dat van den C. P. Daarbij is zelfs in de verte niet gedacht aan de eigenaardige verdeeling der misdrijven in art. 1 C. P. aangenomen. Eene toepassing van die verdeeling op het militaire strafrecht leidt tot zulke tegenstrijdigheden en belachelijke gevolgen, dat de aard en beteekenis dier verdeeling ten eenenmale verdwijnen (4). De tweede grond door den H. R. aangevoerd bestaat hierin dat art. 5 niet toepasselijk was *in casu*, waar het gold iemand die vervolgd werd wegens een gemeen misdrijf en niet wegens een militair delict. Dit is echter slechts eene uitvlucht. De vraag was niet of de beweerde recidivist *nu* voor eene misdaad te recht stond, maar of het delict waarvoor hij vroeger was veroordeeld, eene misdaad was in den zin van art. 56 C. P., en dat *kon* de H. R. niet in bevestigenden zin beantwoorden zonder art. 1 C. P. toe te passen op het militaire delict van desertie.

Bij dit alles was geene sprake van de doodstraf met den kogel, en ten opzichte van die straf was geene beslissing noodig. Toch vindt men daarover eene belangrijke overweging in het arrest, die ik hier woordelijk meen te moeten overnemen. «Overwegende (leest men) dat het, bij de onderwerpelijke quaestie almede niets ter zake doet, dat, volgens het militair wetboek, de straf des doods met den kogel niet als onteerend zou worden beschouwd, vermits art. 1 van het Wetboek van Strafrecht als misdaad qualificeert elk misdrijf, hetgeen met lijf- of onteerende straffen wordt geboet; zoodat het bedreigd zijn *hetzij* van eene lijf- *hetzij* van eene onteerende straf, ieder op zich zelf voor die qualificatie genoegzaam is; waaruit volgt, dat nu de doodstraf met den kogel, ook al ware zij niet onteerend, echter eene *lijfstraf* blijft, eene condemnatie daartoe, evenzeer, bij later gepleegde mis-

(4) Verg. hierover nader mijne toelichting op het C. W., bl. 139 en 140.

daad, tot de toepassing van art. 56 C. P. aanleiding geeft.»

Men ziet, dat de H. R. hier de doodstraf met den kogel niet tot een *onteerende* straf verklaart, maar de quaestie van het onteerende ter zijde laat. Die straf is echter onteenzeggelijk eene, zij het dan ook niet-onteerende, lijfstraf, en daar ook eene niet-onteerende lijfstraf volgens art. 1 het misdrijf tot een misdad maakt, zoo is elk feit waartegen de kogel bedreigd is, eene misdad in den zin van dat artikel. Ook bij andere arresten heeft de H. R. aangenomen, dat art. 1 § 3 voornoemd evenzeer niet-onteerende als onteerende lijfstraffen op het oog heeft.

Ik behoef niet te onderzoeken of werkelijk de doodstraf met den kogel te recht eene lijfstraf wordt genoemd. Het woord heeft geene technieke, vaste beteekenis meer; anders zou ik de opmerking maken dat, toen het woord nog eene technieke beteekenis had, het juist als een tegensteller van de levensstraffen werd gebezigd. Wij hebben echter alleen te doen met het woord van den C. P. »peine afflictive», niet met de meer of min juiste vertaling. De vraag is dus: Kent de Code Penal »des peines afflictives non-infamantes»? zijn zoodanige straffen in het systeem van den C. P. denkbaar?

Bij die vraag bewegen wij ons geheel op het terrein van het gemeene strafrecht (5). Wat beteekenen in art. 1 § 3 C. P. de woorden: »peines afflictives ou infamantes»? Die vraag heeft, voor zoover mij althans bekend is, buiten gezegde arresten van den H. R., nooit aanleiding tot twijfel gegeven. Bij alle mij bekende criminalisten is de verdeeling der straffen, bij artikel 1 bedoeld en ingevoerd, eene verdeeling in drie hoofdsorten: onteerende straffen, correctionele

(5) Dit is tevens mijn antwoord op de vraag, tot mij gericht in meergenoemde Verhandeling, bl. 379, waar men leest: »Mr. POLS bestrijdt het gevoelen van den H. R. dat de kogel, zooal niet *onteerende*, dan toch eene *lijfstraf* is, met de bewering dat volgens den C. P. de lijfstraffen, peines afflictives, *allen* onteerend zijn. Niet-onteerende straffen zijn geene lijfstraffen in den zin van den C. P. Doch, mag ik vragen, ziet de geëerde schrijver hier niet zelf art. 5 C. P. voorbij? Dit *in transitu*.»

straffen en policiestrafen. Die verdeeling, waarmede de verdeeling der misdrijven in misdaden, wanbedrijven en overtredingen onafscheidelijk samenhangt, is de grondslag waarop het geheele strafstelsel van den Code Penal berust. Alle niet-onteerende straffen zijn correctionele straffen of policiestrafen. Volgens den Code Penal is een misdaad met eene niet-onteerende straf bedreigd, ondenkbaar. De uitdrukking in art. 1 «peines afflictives ou infamantes» is steeds beschouwd als eene verkorte uitdrukking voor: «peines afflictives et infamantes ou seulement infamantes»; steeds in dien zin verklaard. Nooit vindt men op dat punt eenigen twijfel zelfs geopperd. En dat die verklaring juist is, volgt uit eene vergelijking van art. 1 § 3 met artt. 6 en 7. Hierin wordt art. 1 § 3 als het ware herhaald. Dit laatste zegt welke straffen een feit tot misdaad maken, en art. 6, welke straffen op misdaad zijn gesteld. En dat artikel is *niet* twijfelachtig: «Les peines en matière criminelle sont ou afflictives et infamantes, ou seulement infamantes». Nergens noch daar, noch elders in den Code Penal een spoor van eene «peine afflictive et non infamante».

Maar er is meer. Neemt men de verklaring van den Hoozen Raad aan, dan weet niemand meer te bepalen wat eene «peine afflictive» is; waarom de doodstraf met den kogel b. v. zoo moet genoemd worden. Waarin bestaat dan het onderscheid tusschen de criminele en correctionele straffen? Als technische uitdrukking, buiten den C. P., is het woord niet bekend, en in letterlijken zin beteekent het een straf, waardoor eenig leed wordt aangedaan, speciaal eenig leed aan het lichaam in tegenstelling van de beurs of de reputatie. Is dit de maatstaf, dan zijn niet alleen de kogel en kruiwagenstraf «des peines afflictives», maar evenzeer de slagen, de detentie, zelfs de correctionele en policionele gevangenis. Zoo ver gaat de H. R. niet, en zal hij vermoedelijk nooit gaan, maar *moet* men om consequent te blijven gaan, zoodra men het bestaan van niet-onteerende peines afflictives in den zin van art. 1 C. P. aanneemt.

Wartoe die leer den H. R. reeds heeft geleid, toont het

tweede door mij vermelde arrest aan. Het gold daar niet een geval van recidive, maar van toepassing van art. 190, 3° Strafv. Drie personen waren als getuigen gehoord, waarvan twee vroeger tot kruiwagenstraf, de derde tot den kogel waren veroordeeld geweest. De H. R. besliste echter dat die straffen „zeer stellig moeten worden gerangschikt onder de lijf- of onteerende straffen, dat dus personen, welke deze straffen, gelijk *in casu*, hebben ondergaan, volgens het duidelijk en stellig voorschrift van art. 190, n°. 3 Strafv. niet als getuigen onder eede mogen worden gehoord.”

Deze beslissing van het arrest van 1846, dat de straf van den kogel zeer stellig moet worden gerangschikt onder de lijf- of onteerende straffen, berust naar alle waarschijnlijkheid op de motieven van het vermelde arrest van 1845, dat zij, zoodanig niet onteerende, dan toch eene lijfstraf is. Men zou dus zeggen, dat de vraag van het al of niet onteerende is ter zijde gelaten. Maar als men nu art. 190, n°. 3 leest, dan staat daarin zeer duidelijk en stellig, dat „niet anders dan tot het geven van inlichting, en zonder eedsaflegging, kunnen worden gehoord personen, *die eene onteerende straf hebben ondergaan*, of zich ter zake van een misdrijf waartegen lijf- of onteerende straf is bedreigd, in hechtenis bevinden.” (6) Het laatste geval was blijkbaar niet aanwezig, en de betroffene persoon is als getuige geweest, omdat hij eene *onteerende* straf had ondergaan, of liever omdat hij tot eene *onteerende* straf was veroordeeld geweest. En die *onteerende* straf was de doodstraf met den kogel. De redenering van den H. R. is alzoo: de doodstraf met den kogel is zoodanig niet eene onteerende- dan toch een lijfstraf, en dus een daartoe

(6) Dit art. kan als bewijs gelden dat de wetgever, die het maakte, de leer van den H. R. niet deelde. Het sluit twee categoriën van personen uit: 1°. veroordeelden tot eene onteerende straf; 2°. preventief gedetineerden die vervolgd worden ter zake van een misdrijf waarop eene lijf- of onteerende straf is gesteld. Waarom deze laatste? omdat hen misschien eene onteerende straf wacht. Had de wetgever art. 1 C. P. opgevat als de H. R., dan zou hij alleen hebben uitgesloten hen die zich in hechtenis bevinden ter zake van een misdrijf waarop eene onteerende straf is gesteld.

veroordeelde, als tot eene onteerende straf veroordeeld, onbekwaam als beëdigd getuige gehoord te worden. Blijkbaar is die tegenstrijdige beslissing daaraan toe te schrijven, dat men de onderscheiding tusschen onteerende en niet-onteerende lijfstraffen, die men zelf gemaakt had, uit het oog verloor, en vergat dat de vroeger gegeven beslissing dat de militaire doodstraf eene lijfstraf was, volgens eigen leer, niet van zelve medebracht, dat het eene onteerende straf was. (7) Is dit niet het geval en heeft de H. R. bij dit arrest bepaaldelijk ook *bedoeld* uit te maken dat de doodstraf met den kogel eene onteerende straf is, dan heeft men reden zich te verwonderen, dat voor dat onteerend karakter van eene straf, die vóór dien tijd altijd als niet-onteerend had gegolden, geen enkele grond is aangevoerd. Niet licht zal dan ook, zelfs al verklaarde de H. R. met duidelijker woorden dat die straf onteerend is, een gevoel, dat zoozeer indruischt tegen de algemeene volksovertuiging, een gevestigd gevoel worden, zooals ten opzichte van de kruiwagenstraf, dank zij de jurisprudentie, het geval is. (8)

Over de kruiwagenstraf zijn dan ook de arresten noch onduidelijk, noch weifelend. Zij is uitgemaakt niet alleen te zijn «une peine afflictive», maar ook «infamante» in den zin van art. 1 § 3 C. P. Van die toepassing van art. 1 geldt geheel wat ik hierboven reeds betoogde; maar is hier van

(7) *In casu* zou ééne bedenking kunnen oprijzen. Volgens het arrest was de doodstraf niet ondergaan, maar veranderd in het eenmaal vallen van de raa, laarzen en gevangenzetting voor vijf jaren (het gold dus de doodstraf van het Zee-krijgs-Wetboek, in niets verschillende van die van het C. W.). Had nu misschien de H. R. het oog op die straf? Art. 190 Strafv. zelf spreekt immers van het *ondergaan* der straf, niet van de veroordeeling. Uit het arrest is echter duidelijk dat niet *deze* straf maar de doodstraf wordt bedoeld. Maar bovendien de straf, welke werkelijk ondergaan was, heeft volgens het C. W. voor het krijgsvolk te water zelfs niet noodzakelijk vervallenverklaring van den militairen stand ten gevolge. Aan eerloosheid kan bij *die* straf dus nooit gedacht worden.

(8) Het onteerend karakter van den kogel is zoowel door het Nederlandsche (Sent. 3 Oct. 1820) als Belgische Hoog Militaire Gerechtshof (Arrêt 26 Avril 1831) ontkend.

minder belang. Het argument dat de kruiwagenstraf geene lijfstraf is, verliest alle beteekenis, zoodra is beslist dat het eene onteerende straf is. Is die straf onteerend, dan is het van weinig belang of het eene onteerende straf is in den zin van art. 1 C. P. of in den zin van art. 32, C. W. De eenige vraag is dus, waaruit blijkt volgens den Hoogen Raad het onteerende karakter van de kruiwagenstraf?

Bij eene nauwkeurige vergelijking van de verschillende arresten heb ik daarvoor slechts twee gronden aangevoerd gevonden. In de eerste plaats wordt herhaaldelijk in het algemeen gewezen naar den aard der straf, de daarvan in het C. W. gegeven beschrijving; in de tweede plaats, en dit is het hoofdargument, hetwelk de zaak boven allen twijfel schijnt te verheffen, wordt beweerd dat in het C. W. de vervallenverklaring van den militairen stand bepaaldelijk als het kenmerk eener onteerende straf is aangenomen, en dus de kruiwagenstraf, welke daarvan steeds vergezeld gaat, eene onteerende straf is. Dit hoofdargument zal ik in de eerste plaats aan de wet toetsen. Daarbij is het misschien niet overbodig eerst den tekst der artikelen die over de vervallenverklaring handelen, mede te deelen.

Art. 20 C. W.: „Wanneer de straffen met den strop, of eenige andere schavotstraffen, of ook de straf van den kruiwagen, aan personen tot het krijgsvolk te lande behorende; worden opgelegd, zullen deze altijd vooraf bij het vonnis worden vervallen verklaard van den militairen stand, welken zij bekleed hebben.“

Art. 21: „Wanneer eenig militair een burgerlijk delict mogt hebben gepleegd, waarop eene straf gesteld is, welke hem naar militaire grondbeginselen zoude ongeschikt maken, om verder in de militaire dienst te blijven, zal de militaire regter gehouden zijn, om boven de straf op de burgerlijke misdaad gesteld, hem van den militairen stand vooraf vervallen te verklaren.“

Hiermede vergelijkte men art. 16 van het C. W. van het krijgsvolk te water: „Wanneer de straffen met den strop of eenige andere schavotstraffen aan personen, tot het krijgsvolk te water behorende, worden opgelegd, zullen deze altijd

vooraf bij het vonnis worden gecasseerd, gedegradeerd, of vervallenverklaard van den militairen stand, welken zij bekleed hebben.

Bij de straf van gevangenis kan ook voorafgaande cassatie of degradatie plaats hebben.»

Art. 5 van het tweede kapittel van het ontwerp van een Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande van 11 Aug. 1808: »De straffen op delicten ter cognitie van den militairen register staande, zijn de volgende, als:

- 1°. De straffe des doods,
- 2°. Schavotstraf,
- 3°. Straf in de ijzers of de kruiwagen,
- 4°. Gevangenis of confinement,
- 5°. Verbanning zoowel buiten het Rijk als ook buiten deszelfs buitenlandsche bezittingen,
- 6°. Cassatie met of zonder infamie,
- 7°. Vervallenverklaren uit 's Konings militairen die nst en suspensie in den dienst,
- 8°. Arrest of detentie.»

Schavotstraf zal echter nimmer kunnen worden geapplied, tenzij een militair vooraf zij gedegradeerd, en aldus alle betrekkingen tot den militairen staat verloren hebbe, waarna hij aan den scherpreghter ter executie zal worden overgegeven.

De meening van den H. R. dat in het C. W. de vervallenverklaring bepaaldelijk als het kenmerk eener oonteerende straf is aangenomen, is nergens breeder ontwikkeld. Het is dus niet volkomen zeker, wat eigenlijk is bedoeld; maar zooveel is zeker dat die meening moet steunen op artt. 20 en 21, want andere bepalingen zijn niet bekend. Ik vermoed dus dat de redenering, welke tot die meening leidde, is geweest deze. Bij art. 20 wordt de vervallenverklaring vastgeknoopt aan de doodstraf met den strop, aan alle schavotstraffen en aan de kruiwagenstraf. De strop en de schavotstraffen zijn oonteerende straffen; dat alzoo ook de kruiwagenstraf met vervallenverklaring gepaard gaat, is een bewijs dat de vervallenverklaring ook daaraan als aan eene oonteerende straf is vastgehecht.

Het logisch gebrek dier redenering valt in het oog. Men stelt daarbij als vaststaande datgene wat juist moet worden bewezen, te weten: dat de vervallenverklaring bij de straf met den strop en de schavotstraffen haren *eenigen* grond heeft in de eerloosheid dier straffen. Met gelijk recht zou men kunnen zeggen dat de veroordeeling in de kosten bepaaldelijk het kenmerk is eener onteerende straf; want geene veroordeeling tot onteerende straf wordt uitgesproken zonder veroordeeling in de kosten. De omstandigheid dat eene veroordeeling tot eene onteerende straf altijd gepaard gaat met vervallenverklaring, bewijst nog niet dat elke straf, waarbij die vervallenverklaring wordt gevoegd, onteerend is. Waarom kan de wetgever die vervallenverklaring ook niet aan niet-onteerende straffen vasthechten? Gaarne wil ik toegeven dat de reden, waarom de strop en schavotstraffen steeds worden voorafgegaan door vervallenverklaring, gegrond is op het onteerende dier straffen, maar dat is volstrekt geen bewijs voor het onteerende van een andere straf, waaraan evenzeer die vervallenverklaring voorafgaat.

De redenering gaat alzoo logisch niet op; maar er is meer. Wanneer kan worden aangetoond dat die vervallenverklaring door den wetgever ook aan niet-onteerende straffen is verbonden, dat die vervallenverklaring zelfs als alleenstaande straf voorkomt, zonder enig onteerend karakter, kan zelfs eene gebrekkige logica er niet meer het bepaalde kenmerk eener onteerende straf in zien. En beiden is zeer gemakkelijk aan te toonen. Voor het eerste verwijs ik naar art. 21 C. W. voor het krijgsvolk te lande en art. 16 § 2 C. W., voor het krijgsvolk te water. Hoe slecht ook de wetgever in art. 21 zijne bedoeling hebbe geformuleerd (iets wat in het C. W. niets bijzonders is), het is niet twijfelachtig en staat in de jurisprudentie vast, dat de wetgever daarbij het oog had op de correctionele straffen, met name, zooals uit art. 16 van het zusterwetboek blijkt (9), op de gevangenisstraf.

(9) Men houde daarbij in het oog dat dit wetboek cassatie, degradatie
Themis, D. XXXII, 1ste St. [1870.]

Krachtens dat artikel wordt dan ook steeds door den militairen rechter bij de gewone correctionele gevangenisstraf, wanneer deze zoodanig is dat zij den veroordeelde ongeschikt maakt voor den dienst, de vervallenverklaring uitgesproken. Volgens de leer van den Hoogen Raad zou daardoor die correctionele straf echter eene onteerende worden!

In werkelijkheid vordert het eenige moeite bij de stelling, dat de vervallenverklaring een onteerend karakter heeft, ernstig te blijven. Alleen de geringe bekendheid van het militaire recht heeft tot zulk eene stelling aanleiding kunnen geven. Van die geringe bekendheid behoeft men niemand een verwijt te maken. Het C. W. heeft dit met alle wetboeken gemeen, dat de raadpleging van een enkel artikel zelfs tot kennis van hetgeen dat artikel bevat, onvoldoende is, dat eene wetenschappelijke studie van het geheel voor de verklaring van eenig gedeelte niet overbodig is. Die studie nu is voor slechts enkele rechtsgeleerden, ten gevolge van hunne betrekking tot de militaire justitie, van praktisch belang. Het is als het ware bij toeval, dat de gewone rechter met een paar vragen, tot het militaire recht betrekking hebbende, is in aanraking gekomen. Geen wonder dat die rechter tot eene ernstige studie van dat recht noch de behoefte noch de opgewektheid gevoelt, en dat hij zich in het zeldzame geval, dat hij zich op het terrein van dat recht moet begeven, aldaar niet te huis gevoelt, aan misvatting bloot staat. Daarbij komt nog dat onze militaire strafwetgeving, hoewel posterieur aan den C. P., geen spoor draagt van bekendheid met den C. P. of de nieuwere beginselen van strafrecht, waaraan zich die Code reeds heeft aangesloten; dat het zich nog geheel beweegt op het terrein van het oudere strafrecht, en in een gedachtenkring, aan den tegenwoordigen tijd overigens vreemd. Geen deel der wetgeving en rechtswetenschap heeft zulk eene radikale omwenteling ondergaan

en vervallenverklaring als gelijklopende woorden gebruikt, niettegenstaande in dat wetboek de twee eerste woorden ook nog eene technische beteekenis hebben.

als strafrecht en strafvordering. Van het oude recht, van de rechtsbegrippen van de vorige eeuw, is bijna niets bewaard gebleven. Maar die geheele omkeering is naast het militaire recht tot stand gekomen, zonder daarop eenigen beduidenden invloed uit te oefenen. Van daar tal van bepalingen, die den modernen jurist allervreemdst in de ooren klinken, maar zich, zooal niet verdedigen, dan toch verklaren laten voor hem, die de moderne strafrechtsbegrippen een oogenblik wegdenkt. Dat eene oonteerende straf voor minder zware vergripen wordt opgelegd dan eene niet-oonteerende, is voor een modernen jurist iets onbegrijpelijk; dat een straf waarbij aan den veroordeelde voor het front eener parade een keten aan handen en voeten wordt gelegd, krachtens welke de veroordeelde geketend werkt, nietoonteerend zou kunnen zijn, wie kan het gelooven? Zoo oordeelt men lichtelijk, en toch wecten dergelijke bepalingen vroeger niemand's bevreemding op. Men valt hier in de niet ongewone dwaling bepalingen, uit vroegeren tijd afkomstig, onder andere begrippen ontstaan, te meten aan den maatstaf van het heden. Toch zal ook wel voor het C. W. moeten gelden de algemeene regel van interpretatie, dat het verklaard moet worden naar den geest, waarin het is gesteld.

Raadpleegt men nu het militaire recht omtrent de betekenis der vervallenverklaring, dan kan het naar mijne meening geen oogenblik twijfelachtig zijn, dat zij niets anders noch meerder ten gevolge heeft dan hetgeen het woord zelf uitdrukt, het verlies van den stand van militair. De vervallenverklaarde houdt op militair te zijn. Dat daaruit zelfs eenige onbekwaamheid voor het vervolg, eenige wettelijke onbevoegdheid om later weder in militairen dienst te treden zou voortvloeien, is ten eenenmale onbewezen en onbewijsbaar. Van de vervallenverklaring toch zal ook wel gelden de regel, dat zij buiten hetgeen de woordzin aangeeft, geene andere gevolgen heeft, dan welke de wet daaraan verbindt. De woordzin duidt alleen verlies van de qualiteit van militair aan, en nergens verbindt de wet daaraan andere gevolgen. Zoolang men niet kan aannemen, dat elk die geen

militair is, een eerlooze is, ligt in het woord „vervallenverklaring van den militairen stand“, geene eerloosheid opgesloten.

Maar er is meer. Het woord „vervallenverklaring“ is betrekkelijk nieuw en komt, zoover mij bekend, het eerst voor in het Ontwerp van 1808; maar de zaak zelve is oud. Zij is niets anders dan een der soorten van de bekende straf van cassatie. Die straf komt reeds in het oude militaire regt voor. In de Artikelbrieven wordt zij dikwijls genoemd het devaliseren hetzij ten hemde, hetzij van de wapenen, met altyddurende of tijdelijke verbanning buiten 's lands of eenvoudig uit de kompagnie. Uit die oude wetten is het moeilijk een vast stelsel te construeren, maar in de praktijk was blijkbaar eene meer bepaalde onderscheiding van de cassatie in drie soorten aangenomen. De zwaarste soort was die waarbij de veroordeelde expresselijk met oneere als schelm werd weggejaagd, de tweede had slechts onbekwaamheid om te dienen tengevolge, terwijl de minste soort slechts eene tijdelijke onbekwaamheid of enkel verlies van den militairen stand, dien men bekleedde, zonder eenige eigenlijke onbekwaamheid ten gevolge had (10). Tusschen officieren en mindere militairen werd hierbij geen onderscheid gemaakt.

Bij het Reglement van 1799 werd die onderscheiding alsnu uitdrukkelijk in de wet opgenomen, niet slechts voor officieren (II, 1, 16), maar ook voor mindere militairen (II, 1, 17). „De cassatie zal ook bij de onderofficiers en gemeenen plaats hebben bij onderscheiding, zoodat zij met een briefje van ontslag zullen worden weggezonden, — dat zij zullen worden gecasseerd, — met of zonder inhabiliteit, of voor schelm zullen worden weggejaagd“. In de Ontwerpen 1807 en 1808 vindt men de cassatie voor officieren in bijna dezelfde woorden als art. 32 C. W. omschreven, terwijl voor mindere militairen in beide ontwerpen gelijkloovend is bepaald: „dat zij naar exigentie van zaken uit 's Konings dienst zullen worden gecasseerd, zonder eenige bijvoeging,

(10) Verg. FELTMAN op den Artikelbrief, art. 1, 25, 53, 71 en 73; VAN HASSELT, *de jud. mil.*, blz. 203.

of met verklaring dat dezelve met een briefjen van ontslag uit 's Konings dienst weggezonden, of voor schelm zullen weggejaagd worden." Men vindt hier dus reeds zekere afwijking. Wel wordt de naam van cassatie ook nog voor mindere militairen gebruikt, maar reeds treden andere benamingen meer op den voorgrond, en wordt er meer als eene disciplinaire straf ("naar exigentie van zaken"), dan als eene eigenlijke rechterlijke straf van gesproken. De straf van *cassatie*, als speciale straf voor officieren alleen, kondigt zich reeds aan; en het Crimineel Wetboek, dat geheel op het Ontwerp 1808 is gesneden, laat den naam van cassatie voor mindere militairen nu geheel weg. Toch blijft de zaak bestaan; maar alleen de onteerende cassatie, het weggagen als eerloozen schelm, is als eigenlijke straf, het wegzenden met een briefjen van ontslag alleen als disciplinaire maatregel, in het Reglement van krijgstucht (art. 25, 31 en 33), behouden. Eindelijk vindt men nu voor het eerst de vervallenverklaring bij enkele straffen voorgeschreven.

Uit deze ontwikkeling volgt duidelijk, dat ook in ons wetboek de eerlooze cassatie d. i. de vervallenverklaring van den militairen stand met eerloosheid en onbekwaamheid om burgerlijke en militaire charges te bekleeden, is behouden, en dat zij voor den officier nog heet cassatie met infamie, voor den minderen militair heet het weggagen als eerloozen schelm. Met welk recht stelt men nu de vervallenverklaring van art. 20 en 21 gelijk met het weggagen als eerloozen schelm? Daarvoor vind ik niet de minste reden in de wet. En gaat men nu verder, dan vindt men het woord vervallenverklaring zelf elders als iets geheel anders vermeld. In het Ontwerp 1808 komt zij het eerst voor, als n^o. 7, op de lijst der straffen. Zij volgt op n^o. 6: "cassatie met of zonder infamie", en wordt in één adem genoemd met *suspensie in den dienst*. Zij wordt dus uitdrukkelijk van de cassatie met infamie onderscheiden en als het ware als iets gelijksoortigs met suspensie voorgesteld. En ook in het Crimineel Wetboek komt het woord voor. Bij de verklaring van de drie soorten van cassatie wordt het *niet* gebruikt noch bij de cassatie,

met eerloosheid, noch bij de cassatie met onbekwaamheid, maar *wel* voor de eenvoudige cassatie, die volgens art. 32, 30.: „in het vonnis zal worden uitgedrukt door vervallenverklaring van de militaire charge, zonder eenige bijvoeging.” Dat hier wordt gesproken van militaire charge, en niet van militaire dienst, maakt geen verschil. Het Ontwerp 1807 sprak van militaire charge of qualiteit, dat van 1808 van militaire qualiteit, en het verschil verklaart zich uit de omstandigheid, dat art. 32 alleen officieren betreft. Daar nu de eenvoudige cassatie stellig niet is eene onteerende straf, zelfs geene onbekwaamheid om te dienen ten gevolge heeft, is de stelling, dat de vervallenverklaring in de militaire wetboeken bepaaldelijk als het kenmerk eener onteerende straf wordt beschouwd, in strijd met de duidelijkste bepalingen van die wetboeken.

Wat zij werkelijk is, volgt ook hier weder uit de geschiedenis en de wet zelve. Het Ontwerp 1808 noemt haar degradatie en zegt dat zij vóór de uitvoering van eene schavotstraf moet geschieden, opdat de militair bij die uitvoering alle betrekking tot den militairen stand hebbe verloren. Het C. W. gaat verder en gelast haar bij alle straffen, die *naar militaire grondbeginselen* den veroordeelde ongeschikt maken voor den dienst. Zij wordt dus bepaald door militaire grondbeginselen, door overwegingen die tot den militairen dienst betrekking hebben en eene verwijdering uit de gelederen noodzakelijk of wenschelijk maken. Maar die overwegingen hebben op zich zelve met de eerloosheid niets te maken. Dat eene onteerende straf steeds daarvan vergezeld is, zal niemand bevreemden; maar dan is de vervallenverklaring een gevolg van de eerloosheid, niet deze van de vervallenverklaring. Ook andere overwegingen kunnen die vervallenverklaring noodzakelijk maken, en maken haar èn volgens de wet èn volgens de gevestigde praktijk noodzakelijk, zonder dat daardoor iets anders wordt te weeg gebracht, dan dat alle betrekking tot den militairen stand wordt verloren, de veroordeelde ophoudt militair te zijn.

Faalt alzoo het hoofdargument van den Hoogen Raad

voor het oonteerende der kruiwagenstraf, niet minder onvolgende is het algemeene beroep op de omschrijving dier straf in art. 30 en 31 C. W. Ik geef gaarne toe, dat, zooals ik boven reeds zeide, die beschrijving in moderneooren vreemd klinkt, dat men bij die ketenen onwillekeurig aan galeiboeven denkt. Maar als men de geschiedenis dier straf nagaat, dan vindt men dat alles ongetwijfeld zeer vreemd in onzen tijd, het behoud van die ketenen zeer ongerijmd, maar kan men daarin onmogelijk een specifiek oonteerend karakter zien. Het Fransche militaire recht kende tot aan de wet van 1857 *la peine du boulet*, die nooit als oonteerend is beschouwd, en ook nu nog *«la peine des travaux publics»* welke bepaaldelijk eene correctionele straf wordt genoemd, wel te onderscheiden van de *«travaux forcés»*. Ook de kruiwagenstraf is niets dan de straf der *«travaux publics»* waarbij men even als bij de *«peine du boulet»* geketend ging, omdat men in het publiek werkte en dus licht kon ontsnappen. Zij werd in 1748 het eerst ingevoerd als straf voor desertie, en wordt juist zoo beschreven als in art. 30 C. W. De veroordeelden bleven militairen, en in 1749 werd uitdrukkelijk verklaard *«dat die luiden, hetzij dan dat dezelve voor altoos, hetzij maar voor een bepaalde tijd geconfinieerd zijn, niet kunnen gesteld worden, onder diegene, die bij sententie of vonnis verklaard worden absoluut infaam en eerloos te zijn»*. Na afloop van hun straftijd, dienden zij hun tijd uit (11). In het Reglement 1799 komt zij niet voor, althans niet onder dien naam, maar bleef toch in gebruik naar het schijnt, terwijl het Ontwerp 1808 haar weder uitdrukkelijk vermeldt, maar zorgvuldig van de tuchthuisstraf onderscheidt, en bij deze laatste altijd eerloosverklaring en degradatie gelast, bij kruiwagenstraf nergens. De formaliteiten bleven blijkbaar dezelfde, want dat ontwerp noemt het ook de straf van de ijzers. Ook hier volgde het C. W. slaafs de bestaande praktijk. Die formaliteiten, die

(11) Zie de stukken bij van HASSELT, *de jud. mil.* Bijlage W, blz. 314—329.

vóór 1815 niet-onteerend waren, die ook elders bij de vreemde legers op niet-onteerende straffen werden toegepast, kunnen dus onmogelijk nu als kenmerk van eerloosheid gelden. Zoo is het dan ook in de praktijk steeds beschouwd. Sinds lang is de kruiwagenstraf niet meer een straf van openbaren arbeid, maar eene eenvoudige opsluitingstraf met arbeid binnen de gevangenis, en worden de veroordeelden in dezelfde gevangenis geplaatst en geheel gelijk behandeld met de militairen die tot eene correctionele gevangenisstraf zijn veroordeeld, terwijl daarentegen de tot tuchthuis veroordeelden naar het gewone tuchthuis te Leeuwarden worden opgezonden.

Trekt men het bovenstaande te zamen, dan meen ik althans zooveel te hebben aangetoond, dat de wet nergens aan de kruiwagenstraf zoodanige gevolgen verbindt, wier samenstel het begrip van eerloosheid uitmaakt, dat met name geene enkele bepaling rechtstreeks bij de meest verwijderde gevolgtrekking eenige onbekwaamheid, allerminst om burgerlijke charges te bekleeden, daaraan vastknoopt. Is dit waar, en kan men evenzeer niet ontkennen, dat nergens de wet de kruiwagenstraf uitdrukkelijk eene onteerende noemt, dan moet noodzakelijk daaruit volgen, dat die straf niet tot de onteerende kan gerekend worden.

Toch noemt de schrijver van meergenoemde verhandeling die bewering niet enkel onrechtvaardig, maar ongerijmd, en vraagt waarmede men in strijd met gezond verstand, logica en rechtsbeginselen die leer goedmaakt? En het antwoord dat hij zelf daarop geeft, is, een ééuig argument, altijd datzelfde argument: dat het C. W. geene onderscheiding kent in onteerende en niet-onteerende straffen; en ten bewijze daarvan verwijst hij ook naar mijne toelichting op het C. W., waar al de *hier* door mij ontwikkelde gronden en argumenten reeds worden voorgesteld. Is er meer noodig om aan zijn oordeel alle waarde te ontzeggen, dan leze men de gronden, waarop dat oordeel rust. Zij worden medegedeeld in eene reeks van vragen, die, ontdaan van onnutte woordenballast, hierop nederkomen: waarom neemt Mr. POLS aan, dat slechts twee militaire straffen de cassatie met infamie

en het weggagen als eerloozen schelm, onteerende zijn? Welke reden kan er bestaan, geen enkele onteerende militaire straf aan te nemen? Waarom zou de wetgever den militair wèl, den burger niet vertrouwen? Waarom zou de kruiwagenstraf geen grond tot echtscheiding geven? De schrijver zou dat de hoogste onrechtvaardigheid, het ergerlijkste meten met twee maten achten. Maar het afschuwe-lijkste schijnt te zijn, dat men een tot kruiwagenstraf veroordeelde nog als getuige onder eede zou kunnen hooren. Dat ware niet alleen onrechtvaardig, maar ongerijmd.

Wegens de boven aangegeven reden wil ik ook den schrijver van zijne onbekendheid met het militaire recht geen verwijt maken. Geroepen in het belang van een beschuldigde de getuigenis van een tot kruiwagenstraf veroordeelde te wraken, is het niet onverklaarbaar, dat hij minder angstvallig de argumenten, hem nadeelig, heeft overwogen en opgesomd, zijne eigene argumenten minder nauwkeurig aan de door hem ingeroepen gezond verstand, logica en rechtsbeginselen heeft getoetst. Wat hij ons mededeelt, is blijkbaar een fragment van zijne pleitrede; en, snel voorgedragen, maken zelfs de meest zinledige frasen soms effekt. Maar te kwader ure, en misschien misleid door het succes, dat zijne vragen bij het Hof van ZuidHolland behaalden, is hij er toe gekomen ze van het hoorend naar het lezend publiek over te brengen en alzoo aan de kritiek bloot te stellen. Deze vordert argumenten, geene declamatie; deze keurt af dat men zijne kracht zoeker in onjuiste voorstelling van het gevoelen van anderen.

Iets over de afscheiding van feitelijke punten en regtpunten in de strafvonnissen, en den invloed daarvan op het cassatieproces, door Jhr. Mr. D. G. VAN TEYLINGEN, Advocaat te Middelburg.

Het is misschien menigeen evenmin als mij ontgaan, dat vooral in de laatste tijden, vaak door den Hoogen Raad werd beslist, dat een of ander regtscollegie, dat deze of gene regter een *bedekt ontslag van rechtsvervolging* of wel eene *bedekte vrij-spraak* had uitgesproken. — Wat is de beteekenis van deze woorden: *bedekt ontslag van rechtsvervolging, bedekte vrij-spraak*?

De Hooge Raad duidt m. i. daarmede aan, dat de definitive uitspraak, het eindresultaat waartoe de regter komt, niet beantwoordt aan den verderen inhoud van het vonnis. De grief is dus gerigt tegen de woorden van het dispositief van het vonnis of arrest. De Hooge Raad redeneert, als het ware, aldus: „Gij, regter, overweegt aldus en uit die overwegingen trekt gij de navolgende conclusie, maar die conclusie niet is, kan onmogelijk zijn de ware uiting van uw gevoelen, want zij is ten eenenmale in strijd met hetgeen door u overwogen wordt. Gij zegt wel dat gij den beschuldigde of beklagde *vrijspreekt* maar, blijkens den inhoud van uw vonnis, *ontslaat* gij hem inderdaad van *alle rechtsvervolging*; gij zegt wel dat gij den beschuldigde of beklagde van *alle rechtsvervolging ontslaat*, maar gij *spreekt* hem inderdaad *vrij*.”

Wanneer moet dan de regter *vrijspreken*, wanneer moet hij *ontslaan van alle rechtsvervolging*? De vraag is van belang voor den regter, opdat zijn vonnis of arrest beantwoorde aan de vereischten door het Wetboek van Strafvordering gesteld; zij is van belang voor iederen beklagde of beschuldigde, ten einde hij wete in welk opzigt hij inderdaad, d. i. in den zin der wet, is vrijgesproken, zoodat geen inbreuk gemaakt worde op het hem toekomend privilege, dat ieder die vrijgesproken is, althans in het hoogste ressort vrijgesproken is, een verkregen regt door die vrijspraak erlangt, hetwelk hem door den regter in cassatie niet kan ontnomen worden. —

Dit regt is omschreven in art. 381 Wetb. v. Strafv.: „Ingeval de beklaagde of beschuldigde is vrijgesproken op grond dat deszelfs schuld niet is bewezen, kan de cassatie van het vonnis of arrest, door den Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad, alleen vervolgd worden *in het belang der wet*, zonder den vrijgesprokene te benadeelen.” De voorwaarde is dus deze: de beklaagde of beschuldigde moet zijn *vrijgesproken, op grond dat deszelfs schuld niet is bewezen*. Deze laatste woorden duiden den zin aan dien de wetgever aan het woord *vrijspreken* heeft willen geven; is dus de oorzaak der vrijspraak eene andere, dan is het geen ware vrijspraak meer en daarom houdt de toepasselijkheid van art. 381 op; alleen aan de verklaring van den regter, dat *de schuld van den beklaagde of beschuldigde niet is bewezen*, heeft de wetgever het privilegie willen verbinden.

Van zelf wordt men hier teruggewezen naar de artt. 206 en vlgg. van het Wetboek van Strafvordering, en doet zich de vraag voor: Wat heeft de wet voorgeschreven aangaande den inhoud van ieder vonnis of arrest? (1) Art. 206 luidt aldus: „Het Hof zal, naar aanleiding van de akte van beschuldiging en van hetgeen uit het onderzoek op de terechtzitting is gebleken, beraadslagen over het bewezene of nietbewezene der daadzaken, over derzelver qualificatie, over het bewezene der schuld van den beschuldigde aan de daadzaken en laatstelijk over de toepassing der straf, bij de wet bepaald.” Art. 211, daarnaar verwijzende, bepaalt: „Het arrest moet inhouden 's Hof's beslissing over de punten bij art. 206 vermeld.”

Het arrest of het vonnis beslist derhalve:

- 1°. over het bewezene of niet bewezene der daadzaken,
- 2°. over derzelver qualificatie,
- 3°. over het bewezene (of niet bewezene) der schuld van den beschuldigde aan de daadzaken,

(1) Ik zal niet behoeven te herinneren dat, wat hier gezegd wordt omtrent de uitspraken van het Hof, ook geldt voor vonnissen van regtbanken of kantongeregten, artt. 227 en 253 Strafv.

4o. over de toepassing der straf, en dat alles naar aanleiding van de *acte van beschuldiging*, of wel naar aanleiding van de *acte van dagvaarding* voor zooverre het correctionnele zaken of politieovertredingen betreft. De acte van beschuldiging of de dagvaarding maken den grondslag uit van het onderzoek en de beslissing van den regter; wat in een dezer beide stukken niet vervat is mag niet in aanmerking komen bij dat onderzoek of bij die beslissing, al ware het overigens ter terechtzitting zonneklaar bewezen, tenzij art. 203 mogt kunnen toegepast worden, wanneer het alleen geldt omstandigheden die tot verzwaring der straf kunnen aanleiding geven, (zoodat het geen geheel nieuw en aan de aanklagt vreemd feit is, maar slechts eene omstandigheid, haren grond vindende en steunende op het feit in de acte van beschuldiging of dagvaarding vervat) en dan nog slechts onder de voorwaarden in datzelfde art. 203 voorgeschreven.

De beslissing nu over deze punten moet aanwezig zijn op straffe van nietigheid (art. 211); de volgorde, welke men bij de behandeling der punten hier vindt opgegeven, is niet imperatief voorgeschreven: de regter kan daaromtrent naar willekeur handelen, zoo de beslissing slechts aanwezig zij. Het ligt evenwel in den aard der zaak dat men begint met te constateren welke daadzaken bewezen zijn, dat men daarna of, zoo men wil, te gelijker tijd uitmaakt in welke verhouding de beschuldigde tot die daadzaken staat, nl. of zijn schuld daaraan al dan niet bewezen is, om eindelijk van dat bewezen feit de qualificatie aan te geven en de straf toe te passen. (2) Deze zelfde orde vindt men in artt. 210 en 207

(2) Men vergelijke hierover FAUSTIN HÉLIE, "Traité de l'instruction criminelle" t. IX, p. 5. Sprekende over de wet van 16—29 Sept. 1791 omtrent de regeling der competentie van de jury en de assises, zegt hij het volgende:

"L'instruction décrétée pour son exécution la définit en ces termes: «Les jurés délibéreront d'abord sur l'existence matérielle du fait... Après avoir reconnu l'existence du fait, ils délibéreront sur l'application de ce fait à l'individu accusé, pour reconnaître s'il en est l'auteur. Enfin ils examineront la moralité du fait... Lorsque l'accusé aura été déclaré convaincu, le commissaire du roi fera sa réquisition de la loi.» Niettegenstaande men

Strafv. terug; het Hof begint met uit te maken of de schuld van den beschuldigde al of niet bewezen is; wordt de beschuldigde geheel en al van de aanklagt vrijgesproken dan is een verder onderzoek naar de qualificatie en de toepassing der straf onnoodig; wordt hij daarentegen geheel of gedeeltelijk schuldig geoordeeld aan de ten laste gelegde feiten dan spreekt het Hof de straf uit door de wet op het misdrijf gesteld, of wel, het Hof oordeelt dat het feit (zoo als het ten laste gelegd en bewezen is), noch misdaad, noch wanbedrijf, noch overtreding oplevert en ontslaat den beschuldigde van alle rechtsvervolging te dier zake.

Men begint dus met de *daadzaken*, met het *feitelijke*, en de wet eischt daaromtrent in elk opzigt volledige uitspraak. *Volledig*, d. i.: het arrest of vonnis moet over elke daadzaak, over elk feitelijk punt, dat den beschuldigde of beklagde ten laste gelegd is, beslissen; het arrest moet omtrent elke daadzaak; die ten laste gelegd wordt, verklaren of deze al dan niet en in hoeverre zij bewezen is, alsmede of de schuld van den beschuldigde daaraan al dan niet bewezen is. (3) Van elke daadzaak die niet bewezen is of waaromtrent de schuld van den beschuldigde niet bewezen is, spreekt het arrest dezen vrij. Ontbreekt er in het arrest iets aan deze volledigheid, partijen zullen zich daarover kunnen beklagen. hetzij het Openbaar Ministerie, hetzij de beschuldigde, hetzij beiden, waarvan het gevolg zal zijn dat de zaak op nieuw onder de oogen van eenen anderen regter *a quo* zal moeten gebragt worden om die onvolledigheid aan te vullen, want immers de regter in cassatie, de Hooge Raad, *kan* noch *mag* in een onderzoek naar daadzaken treden,

derhalve, bij het beraadslagen over het bewezene der daadzaken, reeds tevens beraadslaagt over de schuld van den beschuldigde, eischt onze strafvooring daaromtrent nog daarna eene uitdrukkelijke uitspraak. Dat zal alleen van belang kunnen zijn indien het misdrijf *in abstracto* is bewezen, zonder dat voldoende blijkt, wie zich daaraan schuldig heeft gemaakt, *quod constat de furto, sed non constat de fure*. (Vgl. Mr. DE PINTO in zijne „Handleiding“, dl. II, pg. 343.)

(3) Vgl. belangrijke conclusie Adv.-Gen. VAN MAANEN in Ned. Jaarb. I, pag. 68 sqq.

de *locale* regter moet hieromtrent beslissen ingevolge de voorschriften van artt. 105 en 106 R. O. — Staat eenmaal al wat *feitelijk* is vast, dan begeeft de regter zich in *regtsbeschouwingen* en deze regtsbeschouwingen strekken zich uit zoowel tot ieder feit, tot iedere omstandigheid *in het bijzonder*, als tot hunnen *onderlingen zamenhang*. Omtrent ieder dier daadzaken, toch kan zich de vraag voordoen of zij valt in de termen der wet, terwijl die feiten tevens, in onderling verband beschouwd, getoetst moeten worden aan den inhoud van de strafwet. Het gevolg van die regtsbeschouwing zal zijn, dat of de strafwet van toepassing verklaard wordt, of de feiten en daadzaken, hetzij afzonderlijk, hetzij in onderlingen zamenhang, verklaard worden buiten de toepassing der strafwet te liggen. Beslist de regter dat de feiten, in *onderlingen zamenhang* beschouwd, niet vallen binnen het bereik der strafwet, dan wordt de beklaagde van alle regtsvervolging ontslagen. Geldt dergelijke beslissing een of ander feit, deze of gene omstandigheid *in het bijzonder*, ook dan spreekt de regter, al gebruikt hij niet altijd die woorden, in het wezen der zaak te dien opzichte een ontslag van regtsvervolging uit.

Al wat *feitelijk* is steunt derhalve op hetgeen in de acte van beschuldiging of in de dagvaarding is ten laste gelegd en uit het onderzoek op de terechtzitting is gebleken; het *regtspunt* steunt op hetgeen door den regter als bewezen is aangenomen.

Wanneer geen der ten laste gelegde feiten als bewezen is aangenomen, of wel, wanneer de schuld van den beklaagde of beschuldigde in geen enkel opzigt bewezen is verklaard, dan komt, dit spreekt van zelf, geen regtsbeschouwing omtrent de feiten meer te pas; de persoon in quaestie wordt in dat geval vrijgesproken. In hoeverre, bij een gedeeltelijk als bewezen aannemen der feiten of feitelijke omstandigheden, een overweging *in jure* van den regter, omtrent de strafbaarheid van deze daadzaken, altijd noodzakelijk is, zal hierna nog ter sprake komen. (Zie blz. 93.)

§ 1.

Heeft de regter een *bedekt ontslag van rechtsvervolging* uitgesproken, dan is hij uit zijne overwegingen tot de conclusie gekomen dat een of ander feit onbewezen was, terwijl integendeel diezelfde overwegingen tot de conclusie hadden moeten leiden dat het *feit* of de *daadzaak* wel bewezen was, maar dat zij *quoad jus* niet viel in de termen der strafwet. De regter heeft derhalve eene *feitelijke* beslissing gegeven in den vorm, maar in het wezen der zaak heeft hij eene *regtskundige* beslissing uitgesproken, en in dien vorm had de uitspraak dus ook moeten gegoten zijn. Wanneer beslist de regter omtrent een *regtspunt*, wanneer beslist hij omtrent een *feitelijk punt*? daarvan hangt dus af, of er moet worden ontslagen van alle rechtsvervolging te dier zake, dan wel of de beschuldigde of beklagde omtrent dat punt moet worden vrijgesproken.

Wat is een *quaestio facti*? Wat is een *quaestio juris*?

De vraag, hoe schijnbaar eenvoudig, is zeer zeker niet van moeilijkheden onthloot, getuigen de menigte dwalingen die daaromtrent door de hoogste regtscollegiën begaan worden, en de vraag is ook dáárom voor de beantwoording moeilijk omdat schier elke nieuwe zaak een nieuw gezigtspunt aanbiedt, zoodat men zich tot een algemeen principe moet bepalen hetwelk, doordien al de verschillende gevallen die zich kunnen voordoen, zich onder dit principe moeten kunnen scharen, niet dan zeer omzigtig kan gedefinieerd worden. Ook Jhr. Mr. DE BOSCH KEMPE, in zijn werk over het Wetboek van Strafvordering, (4) behandelt deze vraag, wat een *quaestio juris* en wat een *quaestio facti* is, in het breede en is van oordeel dat de Hooge Raad, ook toen ter tijde reeds, zich aan menige tegenstrijdige uitspraak en inconsequentie schuldig maakte.

Deze zelfde schrijver geeft twee verschillende stelsels aan, naar welke de bovengestelde vraag beantwoord wordt. Het eerste stelsel is dat, zoo dikwijls de wetgever de omschrijving

(4) «Wetboek van Strafvordering enz.», dl. III, pag. 338 sqq.

van zekere zaak of handeling niet in de wet heeft opgenomen, de beantwoording der vraag: of eene in de wet opgenoemde omstandigheid aanwezig is? geheel eene *quaestio facti* uitnaakt, die alleen door den gewonen regter kan en mag beslist worden. Zoo zijn b. v., volgens hunne meening, de vragen: of de verzwarende omstandigheid van „nacht“ aanwezig is, of het sturen van een schip door sluizen loodsdienst daarstelt? feitelijke vraagpunten, omdat de wetgever noch van den nacht, noch van de loodsdienst, de materiële kenmerken heeft opgegeven. Of er braak of inklimming is geschied, stilt, volgens hen, daarentegen eene *quaestio juris* daar, omdat de wetgever de materiële kenmerken van braak en inklimming heeft bepaald.

Dit stelsel is in Frankrijk allengs verworpen. Schrijver geeft daarvan de reden op, n. l.: omdat men inzag dat met deze leer de wet op de meest onderscheidene wijzen werd toegepast. Het Hof van Cassatie heeft zich op nieuw (want ook vroeger had het tweede hierna te melden stelsel in Frankrijk gegolden) bevoegd geacht de juistheid der toepassing van de wet op elk bijzonder geval, hetwelk zich had voorgedaan, te onderzoeken, onverschillig of de wet de materiële kenmerken van de wettige qualificatie al dan niet bepaald had.

Ook bij ons heeft dit stelsel niet gegolden en heeft de Hooge Raad zijne bevoegdheid tot onderzoek nooit afgemeten naar de al of niet omschrijving der materiële kenmerken in de wet.

Het tweede stelsel dat, volgens denzelfden schrijver, in Frankrijk, na eenigen tijd reeds geldend te zijn geweest, in het vervolg, vooral na 1832, algemeen is aangenomen komt hierop neder, dat alles wat betrekking heeft tot de vraag: Wat er heeft plaats gegrepen? (5) tot de *quaestio facti* behoort; terwijl de

(5) *Wat er heeft plaats gegrepen?* deze woorden zijn te onbepaald dan dat men daarmede het onderscheid duidelijk kan te kennen geven.

Men kan eenigermate van alles zeggen: „het heeft plaats gegrepen.“ Zoo zegt men evenzeer: „er heeft een moord, een valsheid in geschriften plaats gegrepen.“ Intusschen komt men daarmede niet veel verder. De bedoeling is

vraag: Of de wet op dat bijzonder geval toepasselijk is? de *quaestio juris* daarstelt. Zoo is de vraag: Hoe laat is de diefstal gepleegd? eene *quaestio facti*; de vraag of dat tijdstip als nacht kan beschouwd worden? eene *quaestio juris*; de vraag of iemand een schip, om beschadiging te voorkomen, door eene sluis heeft gestuurd, zonder tot het scheepsvolk te behooren? eene *quaestio facti*, de vraag daarentegen: of dat sturen loodsdiens daarstelt? eene *quaestio juris*.

Of en in hoeverre de Hooge Raad aan dit systeem getrouw gebleven is, hoop ik nader uit een te zetten. Vooraf een woord nog over den toestand in Frankrijk en of men aldaar zich gehouden heeft aan de ten tijde van Mr. DE BOSCH KEMPER algemeen gehuldigde, hierboven omschreven leer.

De behandeling der onderhavige quaestie, voor wat het Fransche regt aangaat, knoopt zich vast aan de jury; in het Fransche regt komt het er op aan, welke vragen aan de gezworenen moeten voorgelegd worden. Het ligt in den aard der zaak dat, in den regel, alleen het beantwoorden van *feitelijke* vragen tot hunne competentie behoort: de jury moge bestaan uit mannen van goede trouw, beproefde eerlijkheid, met een naauwgezet geweten, doch aan regtskennis zullen zij gewoonlijk ten eenenmale vreemd zijn; zij hebben slechts te doen met hetgeen feitelijk geschied is, in eene appreciatie

m. i. deze: Tot de *feiten* behoort datgene wat men met de oogen kan zien, wat men met de ooren kan hooren, wat men, in het algemeen, kan *waarnemen*, zonder in een qualificatie te treden van hetgeen men gezien, gehoord, waargenomen heeft, zonder het een' wettelijken naam te geven. Zoo kan men waarnemen of iemand een slag gegeven heeft en met welk werktuig, welke de gevolgen van dien slag geweest zijn; welke woorden er uitgesproken zijn, welke betrekking deze of gene persoon bekleedt, maar men kan met de oogen alleen niet zien en met de ooren alleen niet hooren of er in den zin der wet een *doodslag* dan wel een *moord* gepleegd is, of iemand is *gelasterd* dan wel of hij is *gehoond*, of iemand een *openbaar ambtenaar* is, ja dan neen. Evenzeer kan men waarnemen met welk doel eene of andere handeling verrigt is; men maakt dit op uit de handelwijze van den persoon; maar of voor moedwillige mishandeling doel om te beleedigen genoegzaam is zonder doel om te mishandelen, dan wel of dit laatste een vereischte is: dit kan men niet beslissen alleen uit hetgeen men ten aanzien van het feit waarneemt.

Themis, D. XXXII, 1ste St. [1870.]

van die feiten, in eene beoordeeling van die feiten in het licht der wet hebben zij niet te treden. Hunne *innige overtuiging* is het eenige licht waarin zij de feiten moeten beschouwen. Zij hebben alleen te antwoorden op de vraag of deze of gene daadzaak verrigt is en of deze of gene persoon de dader is, zoodanig dat en, zoo ja, in welke mate hij moreel daarvoor aansprakelijk kan gesteld worden. Ook F. HÉLIE betoogt dit in zijn boven aangehaald werk, (6) en zulks niettegenstaande men hieromtrent zou kunnen twijfelen door den inhoud der artt. 337, 338, 342 I. C., ingevolge welke artikelen men toch alligt geneigd zoude zijn te meenen, dat de wetgever aan de jury eene beoordeeling der feiten in het licht der wet heeft willen opdragen. Wanneer toch art. 337 zegt dat de volgende vraag aan de jury moet gesteld worden: «L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel *meurtre*, tel *vol* ou tel *autre crime*, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation?» wanneer èn art. 338 èn art. 342 beiden het voorschrift beheizen dat de jury moet uitmaken of de beschuldigde schuldig is aan de «*crimen*» hem ten laste gelegd, dan heeft het toch allezins den schijn alsof men aan de jury wel degelijk eene qualificatie der feiten heeft willen toevertrouwen. Desniettemin betoogt HÉLIE dat de wetgever dit onmogelijk kan gewild hebben en dat men, zoowel uit de geschiedenis van de jury en de daaromtrent reeds vroeger bestaan hebbende voorschriften, als uit de overige bepalingen vervat in de I. C., met name de artt. 339, 364 en 365, wel degelijk streng moet vasthouden aan het principe, dat alleen *questions de fait* aan de jury kunnen voorgelegd worden.

Over deze theorie, zoo zegt genoemde fransche schrijver, is men het volkomen eens, doch daarmee is nog niet uitgemaakt, welke de grens is tusschen «*le fait et le droit*.» Daarmede is de competentie van de jury nog alles behalve duidelijk afgescheiden van die des regters. «C'était une tâche difficile, à la vérité, que de tracer sur tous les points cette ligne de

(6) I. I. pag. 2 sqq.

démarcation. Comment discerner dans tous les cas ce qui appartient au fait et ce qui appartient au droit? Que statuer à l'égard des points de fait qui réèlent des points de droit? A quel juge attribuer les questions de droit qui renferment un élément d'aggravation ou d'atténuation de la culpabilité?» De wet geeft omtrent die vragen geen uitsluitel en laat de beslissing daaromtrent aan de jurisprudentie over; alleen zij maakt hier en daar zelve inbreuk op het door haar aangenomen principe en laat soms den regter beslissen over de morele waarde van het feit, door hem te laten beoordeelen de meerdere of mindere waarde der verzachtende omstandigheden, terwijl zij aan den anderen kant aan de jury nu en dan implicite opdraagt om uitspraak te doen over de toepassing der wet. Over deze laatste uitzondering handelt HÉLIE in zijn aangehaald werk, pag. 115 sqq.

Er bestaat geen twijfel bij de fransche jurisprudentie omtrent die vragen die geheel buiten de feiten liggen, doch uitsluitend betrekking hebben op derzelver qualificatie. Deze zijn als regtsvragen gemakkelijk te herkennen, en men behoeft niet te aarzelen of deze vragen al dan niet aan de jury behooren gedaan te worden. Of het feit, dat iemand in een duel een ander heeft doodgeschoten, een moord is, is eene vraag die zuiver regtskundig is; of de beschuldigde schuldig is aan poging of medepligtigheid aan een of ander misdrijf, is eene vraag die niet aan de jury kan gedaan worden. De jury kan alleen de feiten constateren die aanleiding zouden kunnen geven tot de qualificatie van poging of van medepligtigheid, doch de regter moet oordeelen of die feiten de elementen van poging of van medepligtigheid in zich bevatten. — De groote moeilijkheid ontstaat dán eerst, wanneer in ééne en dezelfde vraag een feitelijk punt met een regtpunt is opgesloten; in zulke gevallen, zoo gaat HÉLIE voort, geldt als regel, dat men het feitelijk punt van het regtpunt losmaakt en slechts dit eerste aan de beslissing van de jury overlaat. Wanneer, b.v. in geval van *viol*, moet geconstateerd worden of de dader autoriteit heeft over den persoon aan wien hij het misdrijf gepleegd heeft, dan moet de jury de feiten

vaststellen waaruit de autoriteit moet afgeleid worden; aan den regter is het overgelaten om te beslissen of de vastgestelde feiten voldoende zijn om de autoriteit van den persoon, in den zin der wet, aan te nemen. Zoo zal desgelijks bij *valscheid in geschriften* niet aan de jury moeten gevraagd worden: of het geschrift een *authentiek* geschrift of wel een geschrift van *koophandel* is? maar de vragen zullen aldus gesteld worden: is het geschrift afkomstig van een publiek ambtenaar? is het geschrift door dezen in zijne qualiteit afgegeven? is het geschrift afkomstig van een koopman en heeft het betrekking op eene zaak van koophandel? de regter zal alsdan te beslissen hebben of de door de jury als aanwezig aangenomen elementen voldoende zijn om aan het geschrift den naam van authentiek geschrift of geschrift van koophandel te geven. Evenmin kan men vragen aan de jury: heeft A *valscheid in geschriften* gepleegd? Dit doende zoude men haar reeds in eene qualificatie der feiten laten treden; de vragen dienen in dezer voege ingerigt te worden: heeft A deze of gene materiële verandering in het geschrift daargesteld? was zij van dien aard dat zij schade kon toebrengen aan een derde? (7)

Wanneer het eene beslissing geldt over de qualiteit van den beschuldigde of van dengene aan wien het misdrijf gepleegd is, b. v. of een van beiden een *openbaar ambtenaar* is? dan behoort de jury de feitelijke elementen vast te stellen, n. l. dat de persoon in quaestie was veldwachter, gendarme, burgemeester, commissaris van politie; maar de vraag of deze nader omschreven persoon een openbaar ambtenaar, een magistratspersoon, of wel een agent der gewapende magt is, is

(7) Deze laatste vraag kan evenwel zeer dikwijls een regtsvraag zijn, b. v.: wanneer beslist moet worden, in hoeverre een valsch endossement op een orderbriefje van kracht is? Intusschen maakte het Hof van Cassatie geene zwarigheid toen deze vraag aan de jury was voorgelegd, ofschoon ze inderdaad een regtsvraag was, en wel dáárom omdat het element van het misdrijf n. l. de «*préjudice possible*» niet aan de beoordeeling der jury kon onttrokken worden.

wederom aan den regter overgelaten. Zoo dikwijls dus het beoordeelen van het al of niet aanwezig zijn der omstandigheden die tot daarstelling of verzwaring van het misdrijf dienen, het beoordeelen van een regtspunt medebrengt, dan moet die *question de droit* daaruit losgemaakt en aan de beoordeeling van den regter overgelaten worden.

Op dezen regel, nu, maakt de Fransche jurisprudentie twee uitzonderingen. Vooreerst: wanneer qualificatie en feit onafscheidelijk en één zijn, zoodanig dat men, bij het ontneemen van de *qualificatie* aan het oordeel van de jury, tevens en te gelijkertijd het *feit* zelf aan haar oordeel onttrekt. Zoo kan, bij de beschuldiging van in Frankrijk gangbare en gewettigde munt nagemaakt te hebben, de vraag: of de munt in Frankrijk gangbaar en gewettigd was? niet aan de beantwoording door de jury onttrokken worden. Indien iemand te regt staat wegens "*extorsion ou destruction de titres*" (art. 400 en 439 C. P.), dan moet de jury uitmaken of het geschrift in quaestie beschikking, of bevrijding behelsde: "*s'il contenait obligation ou opérait décharge*" ? (8)

(8) Vroeger oordeelde men bij het Hof van Cassatie anders, o. a. arresten van 10 Aug. 1826 en 19 Febr. 1825. De latere arresten, waarbij van deze leer werd afgeweken, dateren van 11 Jan. 1850 en 18 Maart 1830. Over het algemeen is men, naar mij dunkt, in Frankrijk niet zeer consequent in het toepassen van deze uitzondering. Een dergelijk geval toch als bij *muntvervalsching* enz., waarvan hierboven sprake was, doet zich voor bij *omkoopning van ambtenaren* (art. 177 sqq. C. P.) Alleen een *openbaar ambtenaar van regerings- of regtsbewind* of een *agent of bewindvoerder van het openbaar bestuur* kan, in den zin van art. 177 C. P., omgekocht worden. Het is een essentieel vereischte dat de persoon zoodanige betrekking bekleedt: van daar dan ook dat, in Januarij 1843, het Hof van Cassatie in Frankrijk besliste, dat men de competentie van de jury in het minst niet uitgebreid had buiten de grenzen, door aan haar te vragen: "*l'accusé était-il agent ou préposé d'une administration publique ?*" attendu que c'était une question, où le fait et le droit étaient intimement unis." En toch, in November van dat zelfde jaar besliste het Hof van Cassatie in een dergelijk geval, dat aan de jury op voldoende wijze de vraag was gesteld, toen zij alleen geroepen werd om te beslissen of de persoon, die zich had laten omkopen, was: "*aide de l'essayeur de la monnaie de Paris et préposé par ce dernier pour l'une des opérations de l'essai des*

Ten tweede maakt de Fransche jurisprudentie uitzondering: wanneer de woorden, waarmede de wet het misdrijf uitdrukt, zoo helder en duidelijk zijn, dat er geen twijfel kan ontstaan over de toepassing van het feit op de in de wet gegevene qualificatie; in dat geval, toch, is het zonder belang om in plaats van de qualificatie het feit te noemen, omdat, beiden even duidelijk en klaar zijnde, de wet het feit slechts onder zijn' algemeen bekenden naam heeft teruggegeven. Dit is van toepassing b. v. bij *verkrachting*, *aanslag tegen de eerbaarheid*, *braak*, *inklimming*. In al deze gevallen kan men dus vragen aan de jury: is de beschuldigde schuldig aan *verkrachting*, aan *aanslag tegen de eerbaarheid*? is de diefstal gepleegd met behulp van *inklimming*, van *braak*? (9)

Begrijp ik de redenering der Fransche jurisprudentie goed, dan komt deze laatste uitzondering hierop neder. Indien ik iemand beschuldig van *valscheid in geschriften*, van *moord* of van *knevelarij* dan kan men, op de vraag: hoe deze misdrijven zich feitelijk hebben toegedragen? antwoorden: door in deze of gene acte dit of dat woord bij te voegen of te veranderen, door A ter gelegenheid van een duel met een' kogel te treffen, door A of B te dwingen eene of andere schatting onverschuldigd te betalen. Vraagt men evenwel naar de feitelijke toedragt bij *verkrachting*, bij *omkoopning van getuigen*, dan zal men het duidelijkst

ouvrages d'or et d'argent», attendu que la réponse comprenant tous les éléments de la circonstance constitutive du crime de la corruption, la cour a pu ensuite déduire des faits matériels déclarés par le jury leurs conséquences légales, et juger en droit qu'il était agent d'une administration publique.»

(9) Niet on aardig is het te dezen opzigte na te gaan, hoeverre men van het vroeger aangenomen stelsel is afgeweken, toen men als *quaestio juris* aannam de vraag omtrent het al of niet aanwezig zijn van die omstandigheden, waaromtrent de wet eene definitie gaf (zie pag. 64). Toen ter tijde was de vraag: of diefstal met *braak* of *inklimming* gepleegd was? eene *quaestio juris*, omdat de wet van beide deze omstandigheden eene omschrijving geeft; thans zegt men het is eene *quaestio facti*, omdat men een feit, hetwelk de wet qualificeert, geen *quaestio juris* kan noemen. «On ne peut appeler question de droit un fait que la loi qualifie.» HÉLIE, l. l. pag. 122.

de feiten kunnen voorstellen met diezelfde woorden der wet: door te *verkrachten*, door om te *hoopen*.

De algemeene regel is dus: afscheiding van het regtspunt en van het feitelijk punt, ook dan wanneer regtspunt en feitelijk punt in ééne vraag vervat zijn, zoodat men dan deze in twee deelen heeft te splitsen, waarvan de vraag omtrent feiten aan de jury moet voorgelegd worden, terwijl de tweede vraag, de toepassing der wet op die feiten, aan den regter behoort. Deze regel lijdt uitzondering: 1^o. doordien men somtijds een regtsvraag moet laten beantwoorden door de jury; 2^o. doordien somtijds de regtsvraag niet bestaat, wanneer namelijk de wet, straf bepalende voor een misdrijf of de toepassing der straf latende afhangen van eene of andere omstandigheid, dat misdrijf of die omstandigheid niet onder eenen qualificeerenden naam brengt, maar voor beiden woorden gebruikt die niets inhouden dan de feitelijke toedragt der zaak.

Over de eerste uitzondering valt, van het standpunt der hier behandelde quaestie, niets te zeggen. Men moge beweren dat het weinig strookt met den aard van de jury om haar ook over regtsvragen uitspraak te laten doen; het door HÉLIE vooropgestelde systeem, hetwelk ook inderdaad door de wet zoude gehuldigd zijn, n. l. dat alleen feitelijke vragen aan de jury mogen voorgelegd worden, moge hierdoor veel van zijne kracht verliezen, — het verschil tusschen feiten en regtspunten is niettemin in het oog gehouden, en alleen aan de wetsbepalingen omtrent de jury en aan de voorgeschreven wijze van vragen kunnen de hieromtrent te maken bezwaren in rekening gebragt worden. De tweede uitzondering komt mij van meer belang voor. Zij doet m. i. uitkomen dat de Fransche jurisprudentie het begrip van *feiten* niet zeer *feitelijk* stelt en althans niet kan gezegd worden onder *quaestio facti* te verstaan alleen dát wat betrekking heeft tot de vraag: Wat heeft er plaats gegrepen? Ik zal toch niet behoeven te zeggen dat de vraag: wat de wet onder *viol* verstaat? ten onzent zeer zeker eene regtsvraag uit zoude maken en zeer zeker meermalen uitgemaakt heeft.

Men vergelijkte b. v. arrest van den Hoogen Raad van 28 November 1866, *R. Bijbl.*, Dl. XVII, pag. 743, waar zoo wel het O. M. (niettegenstaande het gaarne die bijzonderheden aan de magistrale kiescheid had gespaard) als de Hooge Raad in eene naauwkeurige omschrijving der feiten is moeten treden om het begrip van *verkrachting* uit te maken. Wat de wet onder *inklimming*, wat zij onder *braak* verstaat: het zijn immers van de meest besproken regtsquaestien, niettegenstaande dan de qualificatie reeds in de wet zelve moge gevonden worden. Dit laatste belet dan ook immers niet dat de Fransche criminalisten zich uitlaten omtrent de beteekenis die men aan het woord *escalade* of aan het woord *effraction* moet geven. Terwijl het mij alzoo volstrekt niet vreemd zoude voorkomen indien men de quaestie: of er *inklimming* of *braak* heeft plaats gegrepen? geheel aan de jury overliet, omdat men, niettegenstaande de vraag eene regtsquaestie in zich bevat, het hare competentie rekende hierover uitspraak te doen, blijft het mij onverklaarbaar dat men zegt: het is geen *regtsquaestie*, het is een *question de fait*. (10)

Intusschen is men in Frankrijk zeer goed overtuigd van het belang om de jury zich niet buiten hare grenzen te doen begeven: „Il s'ensuivrait donc que les jurés qui ne connaissent pas la loi pénale, en feraient indirectement l'application, et que les caractères constitutifs de chaque crime, au lieu de dépendre de règles fixes et certaines, seraient abandonnés aux décisions de chaque jury; or, ces mobiles décisions n'ont aucun inconvénient quand elles s'appliquent à des faits qui sont eux-mêmes essentiellement divers, mais elles en auraient un très grave quand elles s'appliqueraient à des règles légales qui cesseraient d'être justes, si elles n'étaient pas uniformément appliquées à tous.” HÉLIE l. l., pg. 14.

(10) Het Hof van Cassatie was vroeger dan ook niet zoo constant van die meening. Arr. 26 Mars 1812; 19 Août 1813; 16 Févr. 1816; 26 Mai 1818; 22 Avr. 1830. Vgl. DALLOZ s. v. *Cassation* n^{os}. 512, 562, 514, 547, 560 en 561.

DALLOZ (Répertoire s. v. *Cassation*, n°. 1230), sprekende over het systeem dat de jury soevereine regter is zoodra de wetgever de omschrijving van zekere zaak of handeling niet in de wet heeft opgenomen, een systeem, zoo als wij zagen, naderhand verworpen, wijst insgelijks op gevaren verbonden aan de te groote autoriteit van de jury: " Pour la plupart des délits que prévoient les lois pénales, nulle définition n'existe..... Citons en exemple un délit fort grave et fort usuel: " Tout fonctionnaire ou officier public, dit l'art. 145 C. P., qui, dans l'exercice de ses fonctions, aura commis un faux..... sera puni des travaux forcés à perpétuité " Autant de mots renfermés dans cet article, autant de matières à controverse. En effet il ne définit ni le fonctionnaire public, ni l'officier public, ni les fonctions, ni leur exercice, ni même le faux, expression plus complexe encore que les autres. Or, si, à défaut de définitions précises, les juges peuvent donner à ces expressions tel sens qu'il leur plaira, sans tomber sous la censure de la cour de cassation, il est sensible que *l'unité de jurisprudence* à laquelle on a voulu parvenir, n'est plus qu'un rêve du législateur de 1790, et que le même fait tenu pour innocent dans un ressort, sera puni dans un autre..... "

Op dezelfde wijze laat zich deze schrijver verder uit (l. l. n°. 176.): " Avec ce système, en effet, les tribunaux se trouveraient investis d'un pouvoir d'incrimination sans bornes; car, sauf quelques exceptions, la loi n'ayant défini ni les crimes, ni les délits, ni les éléments et circonstances qui les constituent, la loi ne serait alors presque jamais en cause dans l'appréciation, quelle qu'elle soit, qui aurait été faite par les juges du fond. Avec ce système, en un mot, on ne peut plus espérer *d'uniformité*: ce qui sera coupable dans un arrondissement, sera innocent dans un autre, et le bienfait de l'unité de jurisprudence, dont le législateur moderne a voulu assurer l'avantage à notre pays, serait désormais impossible à réaliser " (11)

(11) Deze woorden zijn niet minder van toepassing voor ons regt. Ook jure

Ik wil thans trachten te onderzoeken of men *jure nostro*, of de Hooge Raad een bepaald systeem volgt in de afscheiding van *feitelijke* en *regtspunten* en, zoo ja, welke regels in dat systeem aangenomen zijn.

Mr. DE BOSCH KEMPER, l.l. pag. 340, schreef hieromtrent: „De Hooge Raad *schijnt* tot het gevoelen, hetwelk het laatst door het hof van cassatie is aangenomen, over te hellen.” Dat gevoelen, ik noemde het reeds meermalen, is: dat tot de *quaestio facti* behoort de vraag, wat er heeft plaats gegrepen? tot de *quaestio juris*, of de wet op dat bijzonder geval toepasselijk is? Schrijver was van oordeel dat de Hooge Raad zich niet streng aan dat systeem hield en brengt voorbeelden daartoe bij.

De eenige bron, waaruit hier te putten valt, is natuurlijk de op verschillende tijden gewezen arresten en de daarmee overeenstemmende of wel daarvan afwijkende conclusiën van het Openbaar Ministerie. Daaruit meen ik te moeten opmaken dat door het Hoogste Regtscollegie in het algemeen tot toetsteen gebruikt wordt de vraag: heeft men hier te doen met eene *uitlegging der wet*? Zoo ja, dan is het een *regtsquaestie*. Er moge hier en daar schijnbaar of in werkelijkheid eenige afwijking bestaan: in hoofdzaak en in den regel komt de jurisprudentie m. i. hierop neder. Uit de aan te voeren arresten zal dan tevens blijken het verband hetwelk

nostro is het hoogste regtscollegie dáár, om eene gelijkmatige regtspleging te bevorderen; ook *jure nostro* is het van belang dat in Middelburg de wet niet anders uitgelegd worde dan in Utrecht en in Utrecht niet anders dan in Amsterdam, dat in een van deze plaatsen niet heden zús en morgen zóó geoordeeld worde. Feitelijke omstandigheden kunnen bij iedere afzonderlijke zaak verschillend zijn, regtsbeschouwingen zijn blijvend, en een vaste jurisprudentie dááromtrent zal wel altijd als een groot voorregt beschouwd worden, opdat de daden van A niet anders beoordeeld worden dan die van B en die van B niet anders dan die van C, terwijl A, B en C onder eene en dezelfde wet leven. Die jurisprudentie *kan* noch *mag* gevestigd worden dan door een collegie dat boven alle andere staat; van daar het belang voor ieder even groot, dat men aan het oordeel van dat collegie niet onttrekke, wat alleen dáárdoor definitief *kan* en *mag* beslist worden.

bestaat tusschen deze vraag en de vraag of de regter al of niet een bedekt ontslag van regtsvervolging heeft uitgesproken.

I. Bij (12) arrest van 28 Januarij 1839 werd uitgemaakt, en werd deze vraag dus aan het oordeel van den Hoogen Raad onderworpen, dat zekere Penningmeester van den Beemsterpolder niet was een *dépositaire public* in den zin van art. 169 en 170 C. P. en deze beslissing steunde hierop, dat de aard der betrekking, de feitelijke toestand van het Bestuur, waarvan de beschuldigde Penningmeester was, medebragt dat men niet aan een *openbaar* ambtenaar kon denken, terwijl de strafwet te dezer plaatse, zoowel door het opschrift der sectie waaronder de artt. 169 en 170 geschreven staan, als door den inhoud van het eerste daarin voorkomende art. 166, juist als noodzakelijk stelt dat de persoon

(12) *Wbl. van het Regt*, n^o. 2; *Ned. Regtspr.*, dl. I. pag. 129. Ik neem uit dit arrest, dat ook bij de B. K. voorkomt, aanleiding tot het aanhalen van een paar dáár insgelijks voorkomende gevallen. Het eerste betreft een arrest van den H. R. van 5 Mei 1840, (*Wbl.* n^os. 88 en 90 *Regtspr.* dl. V, pag. 307), over het verrigten van loodsdienst. Schrijver meent dat de H. R. niet in cassatie wilde onderzoeken, wat tot het uitoefenen van loodsdienst behoort, zoodat de vraag: of het sturen van een schip door een kanaal, door eenen persoon die niet tot het scheepsvolk behoort, het uitoefenen van loodsdienst daarstelt? alleen in appel werd onderzocht. In dat geval zoude de H. R. zich aan inconsequentie schuldig gemaakt hebben, want het geldt hier wel degelijk eene wets- of liever reglements-explicatie. Intusschen kan ik in het arrest de fout niet ontdekken en heeft m. i. de H. R. wel degelijk onderzocht en beslist in hoeverre de bewezen feiten al of niet loodsdienst daarstelden. Het tweede betreft de vraag: of tongblaar bij het vee een contagieuse ziekte is? Volgens de opinie van Mr. DE B. K., overeenkomende met die van den advocaat-generaal LIGHTENVELDT (*Wbl.* n^o. 73), is dit een *quaestio facti* waarvan de beantwoording geheel afhangt van plaatselijke omstandigheden. Mr. W. B. C. WINTGENS, die het punt in cassatie ontwikkelde, beweerde m. i. zeer juist dat het een *quaestio juris* is, waaromtrent de H. R., voorgelicht door de rapporten der deskundigen, even als de regter *a quo*, naar eigen overtuiging eene beslissing neemt. Dat het vee aan tongblaar leed was feitelijk aangenomen, maar of de tongblaar een contagieuse ziekte is, is een interpretatie van art. 459 C. P., waardoor men uitmaakt of het de bedoeling van den wetgever was onder *besmettelijke* ziekten ook te rekenen de *tongblaar*.

een *openbaar* ambtenaar zij. De beslissing berustte alzoo op de uitlegging der artt. 169 en 170 C. P.

II. Bij (13) arrest van den 24 December 1839 werd de volgende zaak behandeld. Een gepatenteerd grutmolenaar te Nijmegen werd vervolgd wegens het in het bezit zijn van twee heimelijke handmolens. Na veroordeeld te zijn door de Regtbank van Arnhem tot twee boeten ieder van *f* 400, ingevolge art. 54 der wet op het gemaal van 22 Maart 1833, werd hij door het Hof van Gelderland van alle rechtsvervolging ontslagen o. a. op deze overweging: dat ook het tweede gedeelte van art. 54 in dezen niet kan worden toegepast, omdat de gevonden werktuigen (ofschoon *in facto* gebleken zijnde dat het een grutmolen was die alleen door menschenhanden kan worden gebruikt en, om die reden, met den naam van *handmolen* zou kunnen bestempeld worden) niet kunnen gerangschikt worden onder de *quaren* of *handmolens* bij die *wetsbepaling* bedoeld. Tevens werd door het Hof aangenomen dat er niet *twee* molens waren, in den zin der wet, ook dat er niet gezegd kon worden, in den zin der wet, een *heimelijke* molen te zijn. Er was dus blijkbaar terecht een ontslag van rechtsvervolging uitgesproken, want zij berustte op eene uitlegging van art. 54 der wet voornoemd en ook de Hooge Raad verwierp het middel van niet-ontvankelijkheid omdat, zoowel uit het dispositief als uit de overwegingen van het arrest, is op te maken dat hier een *vrijspraak* in den *zin van art. 382 Strafv.* en niet van art. 381 is uitgesproken (14).

III. Van belang komt mij ook voor de volgende beslissing. Zekere M. B. stond voor het Hof van Brabant terecht wegens diefstal bij nacht, in een bewoond huis, na bereids

(13) *Ned. Regtspr.*, dl. VI, pag. 177.

(14) Intusschen komt het mij vreemd en tegenstrijdig voor dat de H. R. daarna eene *feitelijke* beslissing noemde de uitspraak van het Hof, dat de molens in quaestie niet waren *quaren* of *handmolens*, zoodat hierop in cassatie niet kon worden teruggekomen; het gold hier immers juist de vraag, wat in den *zin der wet* een *handmolen* is?

wegens diefstal, in een bewoond huis, bij middel van braak en inklimming tot tuchthuisstraf te zijn veroordeeld geweest. Omtrent het punt van vroegere veroordeeling besliste het Hof: »dat ter audientie door een' beëdigden tolk vertaling is gegeven van een stuk, waaruit zou moeten blijken dat de persoon van M. B. op den 21 October 1835 door het Hof van Assises in de provincie Limburg, zitting houdende te Tongeren, zoude zijn veroordeeld geweest tot vijfjarige tuchthuisstraf..... dat, vermits aan het voren-gemelde stuk onder de benaming van arrest van het Hof van Assises te Tongeren geenen invloed mag toegekend worden, het den Hove niet regtens is bewezen, dat de beschuldigde bereids wegens misdaad is veroordeeld geweest.»

De Hooge Raad (15) sprak in cassatie hieromtrent het volgende uit: »Overwegende dat, alhoewel de beslissing omtrent de vroegere veroordeeling den schijn heeft van eene uitspraak in het daadwerkelijke, die beslissing echter niet anders kan worden beschouwd dan als de beslissing eener regtsvraag over de wettigheid of onwettigheid der vroegere veroordeeling; dat mitsdien de uitspraak in regte niet kan worden geacht eene vrijspraak daar te stellen, maar integendeel de beslissing inhoudt van een regtpunt.....

»Overwegende dat, zou de Hooge Raad in het bedoeld onderzoek *in jure* kunnen treden, door het Hof eerst stelligerwijze *in facto* moest zijn beslist, of van de vroegere veroordeeling aan den Hove al dan niet gebleken was..... verwijst de zaak naar het Hof van Zeeland.»

Indien dus het Hof verklaard had, dat het niet regtens bewezen was dat de beschuldigde door het Hof van Assises was veroordeeld, dan zoude zulks een beslissing *in facto* geweest zijn en de beschuldigde zoude terecht van dit punt der aanklagt zijn vrijgesproken, maar nu het Hof slechts uitmaakte dat de vroegere veroordeeling van geen invloed kon zijn, nu besliste het, wel is waar, *implicite* dat de veroordeeling *facto* bewezen was, maar het Hof deed eigenlijk

(15) Arrest van 6 April 1841, *Ned. Regtspr.*, X, p. 321.

alleen uitspraak over het *regtspunt*: of de veroordeeling, door het Hof van Assises in 1835 uitgesproken. den persoon, in den zin der wet (art. 56 sqq. C. P.), een recidivist kon doen zijn. (16)

IV. In de volgende zaak waren O. M. en Hooge Raad niet eenstemmig van gevoelen. De Regtbank van 's Bosch sprak, bij vonnis van 22 Julij 1845 in hooger beroep, twee personen vrij van het hun ten laste gelegde, namelijk: het uitoefenen van de jagt op gronden waar de *graanoogst* nog te veld stond. De Gouverneur van Noord-Brabant had n. l. gepubliceerd dat, ofschoon van akte voorzien, het jagen op gronden waar de *graanoogst* nog te velde stond, verboden was. Het veld nu in quaestie was bezet met boonen, en de regter, bewerende dat dit geen *graanoogst* was, sprak de beklaagden vrij. Het O. M. bij den Hoogen Raad achtte de voorziening daartegen niet-ontvankelijk, want in de dagvaarding werd gesproken van *graanoogst*, de regter beweerde: het was geen *graanoogst*, ergo: de aanklagt was niet bewezen. Had de steller der dagvaarding zich, zoo als het behoorde, aan het strikt feitelijke gehouden en gesproken van *boonen*, dan had de regter in zijn systeem moeten ontslaan van regtsvervolging, nu is er teregt vrijspraak gegeven. De Hooge Raad (16*) stemde daarmede evenwel niet in en overwoog: dat, volgens art. 210 Strafv., vrijspraak alleen te pas komt, wanneer de regter vermeent, dat de schuld van een beklaagde niet is bewezen; maar dat wanneer de regter oordeelt dat het bewezen feit noch misdaad, noch wanbedrijf, noch overtreding oplevert, de beklaagde van alle regtsvervolging, te dier zake, behoort te worden ontslagen; Overwegende, dat *in casu* de regter, inderdaad, van de onderstelling is uitgegaan, dat het bewezen feit niet *strafbaar was volgens de wet* en dat hij derhalve door vrij te spreken, art. 210 jo. 234 en

(16) Dat, in geval van vroegere veroordeeling, de regter moet vermelden, hoe hij tot het bewijs dier verzwarende omstandigheid is gekomen, is nog onlangs aangenomen in een arrest van het Hof van Drenthe van 24 Aug. 1868 (*Wbl.* n^o. 3121).

(16*) Arrest van 24 Oct. 1845. *Ned. Regtspr.* XXII, p. 236.

256 Strafv., verkeerd heeft toegepast." En inderdaad, het betrof hier de uitlegging van de publicatie van den Gouverneur van Brabant, of deze onder *granoogst* heeft willen verstaan te veld staande *boonen*, ja dan neen; wat het feitelijke aangaat stond het vast dat het veld, waardoor de gerequireerden gejaagd hadden, een veld met *boonen* was.

V. Een (17) arrest van den Hoogen Raad van 27 Febr. 1849 behelst het volgende: Het Hof van Overijssel sprak iemand vrij die beklaagd was in haar bezit te hebben gehad een stalbroek, behoorende aan het 3de regiment dragonders, zonder dengenen te kunnen noemen of aanwijzen, van wien zij de stalbroek had ontvangen of gekocht. De grond van vrijspraak bestond daarin, dat de beklaagde wel niet onmiddellijk aan de politie den naam van den persoon, van wien zij de stalbroek had ontvangen, opgegeven had, maar zulks toch voor den regter had gedaan. Het O. M. concludeerde tot niet-ontvankelijkheid, doch de H. R. overwoog dat de vrijspraak *in casu* gegrond was, niet op het onbewezene der feiten, maar op *eene wetsduiding*, en dat dezelve haren grondslag heeft in 's Hofs gevoelen, dat de kooper van militaire kleedingstukken de straf bij de wet bedreigd kan ontgaan, door alsnog den regter kenbaar te maken, van wien hij die kleedingstukken bekomen heeft, en dat mitsdien hier niet eene *vrijspraak*, maar een *ontslag van rechtsvervolging* heeft plaats gevonden.

VI. Consequent is het principe ook doorgevoerd in een (18) arrest van 18 October 1853. De conclusie van den advocaat-generaal ARNTZENIUS, waaruit tevens de casus positie blijkt, luidde aldus: "Het beroep is gerigt tegen een vonnis van vrijspraak, en de requirant had dus moeten beginnen met de ontvankelijkheid aan te toonen. Volgens de feitelijke beslissing nu is dit niet wel doenlijk. De gerequireerde was beklaagd van het *faire ou laisser passer des bestiaux etc.* van art. 475, no. 10 C. Penal *In facto* nu is beslist, dat de

(17) *Ned. Regtspr.*, XXXII, pag. 222.

(18) *Ned. Regtspr.*, XLVI, pag. 122.

gerequireerde dat niet heeft gedaan, maar meest zijne kudde schapen steeds voort heeft gedreven om ze naar eene weide te brengen, terwijl het loopen van een enkel schaap op de bermen van dien weg en het afgrazen van een enkel halmpje, volgens de *ratio legis* wel niet zal kunnen gebragt worden onder de genoemde wetsbepaling. Het ten laste gelegde feit is dus onbewezen verklaard; aan een bedekt ontslag van regtsvervolging valt hier niet te denken." Het O. M. sprak evenwel zijn eigen vonnis uit door te gewagen van een *ratio legis*; de Hooge Raad had nu juist een ander inzicht in de *ratio legis* dan het O. M. en de regter *a quo*; er werd geoordeeld een bedekt ontslag van regtsvervolging te hebben plaats gehad en de gerequireerde werd ingevolge art. 475 no. 10 C. P., veroordeeld.

VII. In een arrest (19) van den 26 Febr. 1867 week de H. R. wederom af van de conclusie van het O. M. Zekere J. F. werd gedagvaard voor het kantongerecht ter zake van te hebben doen ontlasten een hem toebehoorend secreet in een sloot, zonder toestemming van Burgemeester en Wethouders der gemeente Naaldwijk. De beklagde werd vrijgesproken, op grond dat zijn schuld aan het feit niet was bewezen.

De advocaat-generaal RÖMER beweerde dat deze vrijspraak een bedekt ontslag van regtsvervolging was. "*In facta*," zoo zegt ZEd. H. Achtb., "is bewezen verklaard, dat uit het secreet in geschil, in eigendom toebehoorende aan den gerequireerde, het secreetvuil liep in de sloot, omdat de daarin geplaatste ton niet behoorlijk geledigd zijnde, overliep.

"Deze vrijspraak nu berust op twee gronden, vooreerst dat art. 47 der verordening (*in casu* overtreden) alleen bedoelt de verkeerde inrigting der secreten en niet het verzuim om die te doen ledigen; ten tweede, dat de verpligting van den gerequireerde als eigenaar, om te doen ledigen, noch uit de wet, noch uit de verordening voortvloeit. Beide gronden

(19) *Ned. Regtspr.*, LXXXV, pag. 293.

zijn dus van *regtskundigen* en niet van *feitelijken* aard, en kunnen in cassatie worden onderzocht. "

Daartegen de H. R.: " Overwegende, dat, welke regtsbeschouwingen het bestreden vonnis moge inhouden nopens de strekking van art. 47 der plaatselijke verordening, bovendien bij hetzelfde vonnis is overwogen, dat niet is gebleken dat de gerequireerde eigenaar, ook was gebruiker van het secreet en dat noch bij de dagvaarding is beweerd, noch uit wet of verordening blijkt, dat de eigenaar voor het gebruik van huurders of gebruikers zou aansprakelijk zijn, terwijl dan daaruit is afgeleid, dat de schuld van den gerequireerde aan het hem ten laste gelegde feit niet is bewezen, en hij mitsdien behoort te worden vrijgesproken ;

" Overwegende, dat alzoo in het beklagde vonnis ligt vrijspraak op grond dat niet is bewezen hetgeen tot aanneming van des gerequireerdes schuld is noodzakelijk geoordeeld."

Het verschil van gevoelen ligt, dunkt me, niet zoo zeer daarin, dat door den één een *quaestio facti* genoemd wordt wat door den ander als *quaestio juris* wordt beschouwd, want beiden spreken van *regtsbeschouwingen* voortvloeiende uit de *strekking van art. 47*, maar het geldt hier de uitlegging van den inhoud der dagvaarding. Terwijl het O. M. die beschouwde als doelende op den eigenaar en dezen aansprakelijk stellende, had de regter *a quo* (en daaraan moest immers de H. R. zich houden) die aldus geëxpliceerd: dat zij alleen sprak over en doelde op den gebruiker van het bewuste secreet; van dat standpunt uitgaande had deze teregt vrijgesproken, want de qualiteit hem ten laste gelegd en waarvan (altijd volgens het gevoelen van den *judex facti*) de dagvaarding de strafbaarheid deed afhangen was onbewezen: de persoon, toch, in quaestie was geen *gebruiker* maar slechts *eigenaar* en van eene aansprakelijkheid van dezen werd in de dagvaarding niet gesproken, zoodat zij, aangezien de dagvaarding den grondslag der aanklagt uitmaakt, niet in aanmerking mogt komen

VIII. Een arrest van 20 Nov. 1867 voert wederom aan
Themis, D. XXXII. 1ste St. [1870.]

het hoofd (20): „ De vrijspraak *in casu* gegrond zijnde op eene interpretatie der wet, is immers een bedekt ontslag van regtsvervolging „ ?

Vijf personen stonden voor het kantongeregt te Almelo teregt, omdat zij als aannemers gemeentewerken hadden verrigt, waardoor zij in contact waren gekomen met de provinciale waterleidingen van Overijssel. terwijl zij tot het doen van die werken van Gedeputeerde Staten van Overijssel geene vergunning hadden ontvangen. De kantonregter sprak hen vrij op grond dat hunne schuldpligtigheid aan het ten laste gelegde feit niet was bewezen. Deze vrijspraak was, en volgens den Hoogen Raad en volgens den advocaat-generaal KARSEBOOM, blijkbaar een ontslag van regtsvervolging, omdat zij niet berustte op het niet bewezen zijn van het feit, dat de personen de geïncrimineerde daad hadden gepleegd, maar op de stelling dat, vermits de daad materiëel was gepleegd door werklieden in dienst der gerequiereerden, deze laatsten niet strafregterlijk aansprakelijk daarvoor waren.

Er was hier ten laste gelegd dat zij *als aannemers* die werken hadden verrigt, er was derhalve duidelijk vooropgezet in welke betrekking zij tot het materiëel uitvoeren van het werk stonden, n. l. als *auctores intellectuales* (21). Dat alles nu was zonneklaar bewezen, en aan het bewijs voor de feiten en feitelijke toestanden ontbrak niets; de vraag was alleen maar: is zulk een aannemer aansprakelijk voor het door hem aan *manus ministræ* opgedragen werk? Valt zoodanig persoon ook onder het bereik der *in casu* overtreden strafwet?

(20) *Ned. Regtspr.*, LXXXVII, § 26.

(21) Het verschil met het voorgaande geval is duidelijk; indien men hier, even als dáár, alleen had ten laste gelegd het *verrigten* der werkzaamheden, zonder er bij te voegen dat zij als *aannemers* het werk verrigt hadden, dan zoude ook hier een vrijspraak uitgesproken zijn, omdat de qualiteit van *aannemer*, niet voorkomende in de dagvaarding, niet in aanmerking moegt komen, terwijl zij aan het *materiëel* uitvoeren geen schuld hadden.

IX. Met evengemelde uitspraak komt het arrest van 23 Maart 1869 (22) mij tegenstrijdig voor. Zeker persoon, beklaagd zijnde van het gebruik van de Keulsche vaart te hebben belemmerd, doordien hij als *concessionaris* der droogmaking van de Tienhovensch Maarsseveensche plassen, veenmodder in het kanaal ter genoemde plaatse had laten loopen, werd hiervan vrijgesproken. Na ingestelden eisch tot cassatie wees de Hooge Raad dezen af, omdat hier inderdaad vrij-spraak gegeven was op grond dat het feit noch zelf persoonlijk door den beklaagde was verrigt, noch op zijn last, noch op zijne verantwoordelijkheid als *concessionaris*, blijkens de *in facta* als bewezen aangenomen algeheele vreemdheid aan de technische ten uitvoerlegging der droogmaking.

Het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad was dan ook van eene andere meening, n. l. dat hier de *quaestio juris* beslist was, of het eenvoudig zijn *concessionaris* van het werk (al is hij geheel en al vreemd aan de technische ten uitvoerlegging van het werk, hetgeen *in facta* aangenomen was) voldoende is, ja of neen, om aansprakelijk te zijn voor hetgeen daar ter plaatse, ten gevolge van het geconcessioneerde werk, in strijd met het reglement op de Keulsche vaart, is geschied.

Ten slotte nog de twee volgende uitspraken:

X. Arrest van 17 Maart 1869 (23). Een persoon, beklaagd zijnde van eenvoudigen diefstal met de verzwarende omstandigheid van het met behulp van een vaartuig gedaan te hebben, werd vrijgesproken van deze verzwarende omstandigheid, omdat hij, uit hoofde van de plaatselijke gesteldheid, niet anders dan met behulp van een vaartuig den diefstal kon plegen.

De H. R. overwoog op den eisch tot cassatie aldus:

O., dat de vraag of een gepleegde diefstal geschied is met behulp van een vaartuig of zonder behulp van een vaartuig kan zijn een *quaestio juris* en een *quaestio facti*, al naar mate de vrij-spraak steunt op het niet-gebruiken van een vaartuig bij den

(22) *Wbl. van het Regt* n°. 3099.

(23) *Wbl. van het Regt* n°. 3103.

diefstal, dan wel op de wijze van het daarbij wel gebruiken van een vaartuig, of op de omstandigheden die tot het gebruiken daarvan aanleiding hebben gegeven, in welke laatste gevallen de beslissing omtrent het gebruik is de beslissing eener *quaestio juris*, omdat alsdan, in het wezen der zaak, een *regtskundige uitleg* wordt gegeven aan hetgeen *de wet verstaat* door de woorden: „met behulp van vaartuigen.“ Op deze gronden achtte de Hooge Raad den eisch tot cassatie ontvankelijk.

XI. Arrest van 28 Augustus 1866 (24), waarbij geoordeeld werd te regt van rechtsvervolging te zijn ontslagen, toen *in facto* aangenomen was dat iemand zich als dragonder had verkleed, maar zonder *doleus opzet* om als zoodanig door te gaan. Door dit arrest, toch, werd de regtsvraag beslist: of voor de toepassing van art. 259 C. P. zoodanig *doleus opzet* een noodwendig vereischte is?

Ik zal wel niet behoeven te zeggen dat deze voorbeelden met menig ander zouden kunnen vermeerderd worden, doch zij zijn m. i. voldoende om aan te toonen, dat de Hooge Raad, in het algemeen, als kenmerk aanneemt van een *quaestio juris*: het interpreteren van de wet, terwijl ik tevens uit die voorbeelden heb trachten te doen blijken, hoedanig dat interpreteren der wet verstaan wordt. Men versta derhalve daaronder zoowel het nagaan van de beteekenis, welke de wetgever aan de woorden, die hij heeft gebruikt, heeft willen geven, als het onderzoek naar de beginselen die aan de wet ten grondslag liggen, en het beoordeelen in hoeverre sommige omstandigheden en toestanden aanwezig, sommige in- of uitwendige kenmerken bij den betrokken persoon of zaak tegenwoordig moeten zijn, om de wet te kunnen toepassen.

Beslist de regter in dergelijke quaesties, dan kan hij te dien opzichte niet *vrijspreken*, want zijn oordeel zet de stelling voorop dat de ten laste gelegde feiten geheel of gedeeltelijk, en dan wel in de eerste plaats te dienstelfden opzichte, bewezen zijn.

(24) *Bijl. der Nieuwe Bijdr.*, dl. XVII.

§ 2.

Heeft de regter eene *bedekte vrijspraak* uitgesproken, dan is hij uit zijne overwegingen tot de conclusie gekomen, dat een of ander feit *quoad jus* niet viel in de termen der strafwet, terwijl inderdaad *het feit* ten laste gelegd *onbewezen* was en eene beschouwing *quoad jus* mitsdien niet te pas kwam.

Ook hieromtrent wil ik trachten de opinie van ons Hoogste Regtscollegie mede te deelen en duidelijk te maken.

I. Arrest van 3 Maart 1857 (25).

Het Hof van Brabant, bevestigende het vonnis der Regtbank van 's Hertogenbosch, sprak twee personen vrij van de aanklagt van landlooperij. De proc.-gen. bij voormeld Hof vermeende tegen deze vrijspraak in cassatie te kunnen komen, (zoodat derhalve een bedekt ontslag van regtsvervolging zoude zijn uitgesproken) en gaf als middel aan o. a.: schending der artt. 269, 270 en 271 C. P. jo. art. 19, wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n°. 102), door de gerequireerden niet schuldig te verklaren en toch uit te maken dat zij geen middel van bestaan hadden. De H. R. verklaarde den requirant niet-ontvankelijk en achtte de *vrijspraak* juist geweest. Zij waren n.l. gedagvaard ter zake van rondzwerfen in de provincie Noord-Brabant, 1°. zonder vaste woonplaats; 2°. zonder middelen van bestaan te hebben; 3°. ongewoon enig ambacht of beroep uit te oefenen. Nadat het Hof *in facto* had uitgemaakt dat zij *wel* een beroep uitoefenden, en dus het sub 3°. gestelde onbewezen had verklaard, kwam er geen overweging *quoad jus* over de toepasselijkheid der strafwet meer te pas; want, de drie vereischten, die tot daarstelling van het misdrijf van landlooperij bij art. 270 C. P. worden gevorderd, waren *facto* verklaard niet allen aanwezig te zijn: mitsdien was *het feit* bij dagvaarding ten laste gelegd onbewezen.

II. Arrest van 25 Julij 1857 (25).

De kantonregter te Rhenen ontsloeg een' landbouwer en diens schaapherder van alle regtsvervolging, die gedagvaard waren

(25) *Ned. Regtspr.* dl. LV, pag. 161.

(26) *Ned. Regtspr.*, dl. LVI, pag. 220.

ter zake van schapen te hebben doen loopen op eens anders in den oogst staanden grond. Dit ontslag steunde op de overweging dat het niet bewezen was, dat de grond, waarover zij de schapen hadden geweid, aan een ander toebehoorde. Het O. M. bij voornoemd kantongeregt in cassatie komende, beweerde dat ten onregte van alle regtsvervolging was ontslagen, aangezien het bewezen was dat, willens en wetens, de schapen waren geweid op eens anders in den oogst staanden grond. De adv.-gen. GREGORY concludeerde tot verwerping van het beroep, daar het middel op een onjuisten feitelijken grondslag berustte; de regter, toch, had teregt onbewezen verklaard dat de bewuste heide aan een ander toebehoorde. „Ik geloof dus,“ zoo volgt er, „dat de regter te regt de gerequireerden van alle *regtsvervolging* heeft *ontslagen*, omdat het feit eerst dan strafbaar was, wanneer het gepleegd was op eens anders grond, en dat hier geen *vrijspraak* te pas kwam, zoo als het Openbaar Ministerie vermeent, (daartoe was dus waarschijnlijk door het O. M. bij het kantongeregt subsidiair geconcludeerd) welke, indien het uitgesproken ontslag van regtsvervolging als zoodanig moet worden aangemerkt, de ingestelde voorziening in cassatie niet-ontvankelijk zoude maken.“

De H. R. evenwel, achtte de uitspraak wel degelijk eene bedekte vrijspraak: „Overwegende, dat bij hetzelfde vonnis is verstaan, dat..... het niet is gebleken, veel min bewezen, dat de schapen van den eersten gerequireerde hebben geloopt en geweid op *eens anders* grond;

„O., dat deze laatste beslissing aan de ten laste gelegde daad ontnemt eene omstandigheid, welke tot hare strafbaarheid is vereischt, en dat die daad daardoor werkelijk *onbewezen* is verklaard.“ Door het gemis van bewijs omtrent eene in de dagvaarding omschreven omstandigheid, wier aanwezigheid een essentieel vereischte uitmaakte voor de strafbaarheid van het geheele feit, werd het *geheele* feit *onbewezen* verklaard en kwam er geen regtsbeschouwing meer te pas.

III. Arrest van 8 Mei 1860.

Een geestelijke zuster had aan eenige meisjes onderrigt

gegeven in het naaijen en breijen, en was diensvolgens voor het Kantongeregt te Nijmegen gedagvaard ter zake van het geven van lager onderwijs, zonder in het bezit te zijn van de bij de wet gevorderde bewijzen van bekwaamheid en zedelijkheid, en zulks in de bijzondere school van Mejufvr. L. De Kantonregter *ontsloeg* de beklaagde van alle *regtsvervolging*, doch de Regtbank *sprak* haar *vrij*, beide regters op grond dat uitgemaakt werd, dat de geestelijke zuster niet in de genoemde bijzondere school onderrigt had gegeven.

De Officier van Justitie te Nijmegen teekende cassatie aan tegen dit vonnis en beweerde dat de vrijspraak, in het vonnis vervat, de strekking had van een ontslag van regtsvervolging.

De H. R. handhaafde 's regters uitspraak, overwegende: „dat, ingevolge de bepalingen van de artt. 1, 6 en 15 der wet van den 13e Aug. 1857 (*Stbl.* no. 103), een der *hoofdbestanddeelen* van het aldus ten laste gelegde misdrijf daarin bestaat, dat het bedoeld onderwijs gegeven zij in eene, hetzij *openbare*, hetzij *bijzondere* school van lager onderwijs, ten deze in de bijzondere school bij dagvaarding aangeduid; overwegende nu, dat als slotsom der bewezene feiten is uitgemaakt, dat de beklaagde niet, zooals bij dagvaarding gezegd wordt, lager onderwijs gegeven heeft in de bijzondere school van Mej. L., en dientengevolge de schuld der beklaagde aan het haar bij dagvaarding ten laste gelegde feit noch regterlijk, noch overtuigend is bewezen verklaard en zij is vrijgesproken.”

IV. Arrest van 18 September 1861. (27)

De Kantonregter van Tiel *ontsloeg* een' landbouwer, beklaagd van op zekeren weg te hebben gepoot of doen poten 25 opgaande boomen, met openlating tusschen de rijen van een vrije baan van 6.5 el en 5.5 el, waardoor de vrije baan van genoemden weg alzoo is versmald geworden, *van alle regtsvervolging*. Dit ontslag berustte op de beslissing dat de beklaagde slechts aan ééne zijde van den weg gepoot had, omdat de vijf-en-twintig boomen gebleken waren niet

(27) *Ned. Regtspr.*, dl. LXVIII, pag. 421.

te zijn gepoot in rijen tegenover elkander, maar zeventien langs de zuid- en acht aan de noordzijde, zoodanig dat zij op beide plaatsen slechts in eene enkele rij geplaatst waren, en aan de overzijde zich bevond eensdeels een sloot en anderdeels een kade of waterkeering.

De H. R. zag hierin eene bedekte *vrijspraak* en wel daarom: omdat »kennelijk bedoeld werd eene overtreding van de verbodsbepaling van art. 44 initio en n°. 13 van het reglement op de wegen, voetpaden, straten en stegen in de provincie Gelderland, bij hetwelk is verboden: op of langs de wegen anders te poten, dan met openlating tusschen de rijen van een vrije baan van ten minste acht el voor opgaande en tien el voor geknotte boomen en slaghout. Dat het ontslag van regtsvervolging, blijkens het bestreden vonnis, berust op de beslissing, dat de beklaagde slechts aan ééne zijde van den weg gepoot heeft, en art. 44 van het bedoelde reglement alleen strafbaar stelt het poten op of langs den weg aan beide tegen elkander overstaande zijden, en dat artikel te dezen, noch naar de letter, noch naar den geest dier verbodsbepaling van toepassing is te achten;

Overwegende, dat het bij het bestreden vonnis uitgesproken ontslag van regtsvervolging derhalve berust op het onbewezen zijn van *het feit*, zooals het strafbaar is ingevolge art. 44 van het reglement en aan den gerequireerde bij dagvaarding was ten laste gelegd, en dat vonnis mitsdien te beschouwen is als inhoudende een *vrijspraak*, zooals die bedoeld is bij art. 381 Strafv. en dat gevolgelijk het gewone beroep in cassatie niet is ontvankelijk.»

V. Arrest van 20 Junij 1865. (28)

»De H. R. post alia,

»Overwegende, dat bij dagvaarding de beide eerste gerequireerden waren aangeklaagd van op 25 Februarij 1865, des voormiddags omstreeks ten half tien ure, in vereeniging, op eenen buurtweg, gelegen onder de gemeente Venlo, ge-

naamd Hagerdijk, voorkomende op den staat der buurtwegen onder n°. 54, (29) eene sloot gegraven te hebben, waardoor deze weg afgesloten en de doortogt gestremd is, en de derde gerequireerde van last gegeven te hebben tot het verrigten van boven aangehaalde werkzaamheden, zonder toestemming van Burgemeester en Wethouders der gemeente Venlo, noch van Gedeputeerde Staten in het gewest Limburg;

„Overwegende, dat bij de vierde overweging van het bestreden vonnis is uitgemaakt, dat het gedeelte van den Hagerdijk, waar de bij dagvaarding bedoelde ontgraving geschied is, niet voorkomt op den staat der buurtwegen der gemeente Venlo;

„O., dat die beslissing, waarop de gevallen uitspraak berust, is van zuiver *feitelijken* aard, en derhalve het bestreden vonnis met de daad bevat eene, onder den *vorm van ontslag van rechtsvervolging* bedekte *vrijspraak*, op grond dat het feit, dat aan de gerequireerden bij dagvaarding was ten laste gelegd, voor wat betreft een der *bestanddeelen* dat het als *strafbaar feit* zou kenmerken, niet was bewezen; gevolgelijk dat het eindvonnis te houden is voor een vonnis van *vrijspraak* waartegen het gewoon beroep in cassatie niet openstaat.“

VI. Arrest van 26 Junij 1867. (29*)

Drie personen werden door de Regtbank van Breda naar de correctionnelle zitting verwezen ter zake van het gezamenlijk afhakken en weghalen van vruchtboomen die aan een ander toebehoorden, en feitelijk en gewelddadig verzet tegen de veldwachters (aan welk laatste feit bovendien door een vierde werd deelgenomen).

De Regtbank veroordeelde de personen dien ten gevolge ter zake van: eenvoudigen diefstal en gewelddadig en feitelijk verzet tegen de openbare magt.

Zoowel het Openbaar Ministerie als de veroordeelden

(29) Het reglement in dezen van toepassing hield nl. het volgende in: Art. 5. „Geene wegen worden in den zin van dit reglement voor openbaar gehouden, zoo lang zij niet op den staat zijn gebragt.“

(29*) *Ned. Regtspr.*, LXXXVI, pag. 193.

kwamen in hooger beroep bij het Hof van Brabant, en de Procureur-Generaal bij voormeld Hof nam requisitoir strekkende tot vernietiging van het vonnis der Regtbank voornoemd en wel op grond dat de dagvaarding, zijnde de weérklank van het vonnis van verwijzing, de aantijging inhield van de misdaad van diefstal met geweldpleging, zoodat de Regtbank mitsdien had behooren te verwijzen naar den Procureur-Generaal bij het Hof, of wel (zoo noodig) naar den Regter-Commissaris (artt. 235 en 236 Strafv.), dat het Hof, doende wat de eerste regter had behooren te doen, de Regtbank onbevoegd zoude verklaren om van dat punt der aanklagt kennis te nemen, en de vier beklaagden zoude verwijzen naar den Procureur-Generaal.

Het Hof ontsloeg de beklaagden gedeeltelijk (nl. wat den diefstal aanging) van alle regtsvervolging, op grond dat noch wettig noch overtuigend was gebleken dat zij zich arglistig van de gemelde boomen hadden meester gemaakt, en verder, omdat gebleken was dat de drie eerste beklaagden de boomen hadden geveld en verdragen met het doel om eene daad van eigen rigting te plegen, doch dat zij niet kunnen geacht worden te hebben geweten dat die boomen aan een ander toebehoorden. Overigens bevestigde het Hof het vonnis en veroordeelde hen wegens rebellie.

Tegen dit arrest teekende het Openbaar Ministerie cassatie aan, omdat noch de Regtbank in eersten aanleg, noch het Hof in hooger beroep bevoegd waren kennis te nemen van de misdaad waarvan de personen blijkens dagvaarding beschuldigd waren, nl. diefstal met geweldpleging.

De H. R. besliste evenwel dat de uitspraak van het Hof, ofschoon zijnde een in hooger beroep gewezen vonnis, hier in de plaats trad van het arrest van teregtstelling, zoodat, ingevolge artt. 150 en 151 Strafv., de uitspraak van het Hof niet voor cassatie vatbaar was, waar het, *in facto* geen voldoende gronden tot vervolging ten criminele aanwezig achtende, deze bevinding vergezeld deed gaan van eene *vrijspraak*, ook zelfs wanneer die *vrijspraak*, zooals *in casu*, in den vorm van een *ontslag van regtsvervolging* mogt zijn ingekleed;

„Overwegende nu, dat ten deze bij het beklaagd arrest is uitgemaakt, dat noch wettig, noch overtuigend is gebleken, dat de beklagden zich arglistig van de gevelde boomen hebben meester gemaakt of getracht hebben meester te maken, en verder dat gebleken is, dat de drie eerste beklagden met het doel om eene daad van eigen rigting te plegen, die boomen hebben geveld en onmiddellijk verdragen, doch dat zij niet kunnen worden geacht te hebben geweten, dat die boomen aan een ander toebehoorden;

„Overwegende, enz.

„Verklaart den requirant niet-ontvankelijk.”

En inderdaad, de aanklagt van *diefstal* werd door het Hof afgeweerd, omdat het tot dat misdrijf *onmisbaar bestanddeel*, de *arglist*, onbewezen was; de aanklagt, voortkomende uit overtreding van art. 445 C. P., werd door het Hof ter zijde gesteld, omdat het tot dat misdrijf *onmisbaar bestanddeel*, *de wetenschap dat de boomen aan een ander behoorden*, onbewezen was. (30)

VII. Arrest van 31 Maart 1869. (31)

De Officier van Justitie bij de Regtbank te Alkmaar kwam in cassatie van een in hooger beroep gewezen vonnis van de Regtbank aldaar, waarbij zekere DE WIT, bij eene veroordeeling wegens jagtovertreding, werd vrijgesproken van de ten

(30) Waren evenwel die beide bestanddeelen in de dagvaarding ten laste gelegd? Het komt mij twijfelachtig voor. Het arrest vermeldt daaromtrent het volgende:

„Overwegende, dat de Regtbank te Breda in raadkamer de zaak heeft verwezen naar hare openbare terechtzitting; dat.... dien overeenkomstig de gerequireerden zijn gedagvaard ter zake: a. dat de drie eerste gerequireerden te zamen eenige vruchtboomen hebben afgehakt en weggehaald, staande op een perceel land, toebehoorende aan v. D. M. onder Princeshage, en, toen de veldwachters enz., enz.” Is mijne opinie juist, dan was een ontslag van regtsvervolgning zeer op zijne plaats, en wel op grond dat het ten laste gelegde feit geen *strafbaar* feit uitmaakte; dit was evenwel blijkens het medegedeelde, niet de grond waarop het Hof het ontslag van alle regtsvervolgning deed steunen.

(31) *Weekbl. van het Regt*, no. 3110.

laste gelegde verzwarende omstandigheid, dat door hem een valsche naam bij de bekeuring was opgegeven.

De H. R. verklaarde den requirant niet-ontvankelijk in het door hem ingesteld beroep, omdat de Regtbank *eene vrij-spraak* in den zin van art. 381 Strafv. had uitgesproken en geen bedekt *ontslag van rechtsvervolging*, zoodat tegen deze uitspraak geen cassatie meer openstond. De Regtbank, toch, had omtrent dit punt het volgende overwogen:

„Overwegende, dat *in casu* de bekeurende opziener der jagt verzuimd heeft om (gelijk zijn ambtspligt, ingeval hij den overtreder niet ten vollen kende, medebragt) den overtreder zijn' naam af te vragen, ten einde onmiddellijk den opgegeven naam in tegenwoordigheid des bekeurden op te teekenen; dat de opziener, het vertoonde stuk inziende, zich bepaald heeft tot de vraag: „Is het CORNELIS JAN DE WIT?“ hetgeen letterlijk beteekende niet: „Zijt gij CORNELIS JAN DE WIT?“ maar: „de acte luidt immers aan C. J. DE WIT?“ dat de beklagde, op die vraag toestemmend antwoordende, wel het bedrog, in de vertooning van zijns vaders acte gelegen, heeft volgehouden, doch geenszins opgave van zijns vaders naam als den zijnen heeft gedaan, en het minstens zeer te betwijfelen valt, of hij, indien hem daarna zijn naam werd afgevraagd, den naam „CORNELIS JAN“, in plaats van „PIETER“ zoude hebben opgegeven; dat *in casu* het vertoonen van eens anders acte te minder met het opgeven van een valschen naam kan worden gelijk gesteld, omdat hier de acte van des beklagdes vader vertoond werd, hetgeen niet kon strekken om den persoon des beklagden bij het minste nader onderzoek onbekend of verborgen te doen blijven, en hem alzoo aan vervolging te onttrekken;

„Overwegende, dat de verzwarende omstandigheid van het opgeven van een valschen naam mitsdien is onbewezen, enz.“

Ook omtrent dit *bijzonder* feit, omtrent deze *bijzondere* omstandigheid kwam een beschouwing *quoad jus* niet meer te pas, omdat het *feit* nl. het opgeven van een naam onbewezen was verklaard.

Hetgeen m. i. thans nog ter sprake moet komen is niet

meer: wat een feitelijk punt naar de leer van den Hoogen Raad is, hieromtrent, toch, zoude ik kunnen verwijzen naar het in mijn eerste paragraaf besprokene, maar het komt mij van belang voor te onderzoeken in hoeverre, volgens de jurisprudentie van ons hoogste regtscollege, bij gemis aan bewijs omtrent enkele daadzaken of omstandigheden, een overweging *quoad jus* omtrent de als *bewezen* aangenomen feiten of daadzaken al of niet te pas komt. (Zie pag. 62.)

Dat de regter moet vrijspreken en er geen regtsbeschouwing meer te pas komt, wanneer geen enkele ten laste gelegde daadzaak bewezen is, of wel, wanneer elke deelname aan het feit door den beschuldigde of beklaagde, onbewezen wordt verklaard, dit spreekt, zooals ik reeds opmerkte, van zelf; dat, indien een *bijzondere* daadzaak, die niets meer is dan een *verzwarende* of *bijkomende* omstandigheid van een op zich zelf reeds strafbaar feit, onbewezen wordt verklaard, de beklaagde slechts te *dezen* opzigte wordt vrijgesproken, is niet aan bedenking onderhevig (vgl. b. v. arrest n°. VII): de Hooge Raad is evenwel blijkbaar de meening toegedaan dat, zoodra een bij acte van beschuldiging of dagvaarding ten laste gelegde daadzaak onbewezen is verklaard, hoedanige daadzaak een *onmisbaar bestanddeel* van het misdrijf uitmaakt, daarmede de *geheele* aanklagt vervalt; dat in zoodanig geval de beschuldigde of beklaagde moet worden vrijgesproken en er eene overweging *quoad jus*: of hetgeen *bewezen* is onder het bereik der strafwet al of niet valt? niet meer te pas komt, omdat het *feit*, bij dagvaarding of acte van beschuldiging ten laste gelegd, alsdan is *onbewezen*.

Toen personen beklaagd waren van „landlooperij” (vgl. arrest n°. I) en een bestanddeel van dat misdrijf: „het niet gewoon zijn eenig beroep of ambacht uit te oefenen” *in facto* onbewezen was verklaard, moesten zij volgens den Hoogen Raad vrijgesproken worden en kwam er geen *regtsbeschouwing* meer te pas, want, immers, het *feit* bij dagvaarding ten laste gelegd was niet bewezen.

Toen er gedagvaard was ter zake van „schapen te hebben doen loopen op eens anders in den oogst staanden grond”

(vgl. arrest n^o. II) en een onmisbaar bestanddeel voor de overtreding van art. 475, n^o. 10 C. P.: „dat de grond van een ander was” *in fact*o onbewezen was verklaard, was volgens den H. R. het daarop uitgesproken *ontslag van rechtsvervolging* een bedekte *vrijpraak*.

Toen het Hof van Brabant uitspraak gedaan had omtrent eene aanklacht van „diefstal met geweldpleging” (vgl. arrest n^o. VI) en *in fact*o had uitgemaakt dat de „arglist” niet bewezen was en dat evenmin bewezen was „de bewustheid van de beschuldigen, dat de boomen die zij afgehakt en weggehaald hadden, aan een ander toebehoorden,” meende de H. R. dat op deze overwegingen het Hof had behooren vrij te spreken.

Een paar opmerkingen dienaangaande. —

Voorreest: wanneer men spreekt over het onbewezen zijn van de bestanddeelen van een *misdrif*f, dan neemt men dus aan dat een *misdrif*f ten laste gelegd is en er kunnen slechts *daadzaken* ten laste gelegd worden. Dit is het geval voor dagvaardingen waar van geene qualificatie kan blijken of waar zij althans niet op hare plaats is: dit is evenzeer het geval voor acten van beschuldiging waarin een qualificatie wel voorkomt, maar welke qualificatie toch niet het onderwerp der beraadslaging van het Hof uitmaakt als zijnde, immers, dit college aan haar in geenen deele gebonden.

Ten tweede: al beschouwt men de feiten, bij dagvaarding of acte van beschuldiging ten laste gelegd, reeds dadelijk met het oog op eene bepaalde qualificatie, dat zeer zeker in de meeste gevallen zonder bezwaar zal kunnen geschieden, omdat de feiten gewoonlijk slechts één misdrif mogelijk maken, is men het er dan altijd over eens dat de ten laste gelegde daadzaken *onmisbare bestanddeelen* van het misdrif uitmaken? B. v. In het arrest n^o. I wilde de Procureur-Generaal bij het Hof van Brabant juist uitgemaakt zien, of het niet voldoende was voor het misdrif van landlooperij, dat de personen geen middel van bestaan hadden, zoodat niet tevens behoefde te blijken dat zij geen beroep uitoefenden, en zeer zeker was het doel van het O. M. niet om op de

feitelijke uitspraak, dat zij zonder beroep waren, terug te komen.

In het arrest n^o. VI had men aan de feiten de qualificatie gegeven van diefstal met geweldpleging, het Hof verklaarde de arglist niet bewezen; voorts beschouwde het Hof de feiten ook met het oog op art 445 C. P., te dien opzigte verklaarde het Hof de bewustheid onbewezen, dat de boomen aan een ander toebehoorden; nu is, naar mij dunkt, het ontslag van regtsvervolging zeer te regtvaardigen, want er werd door die uitspraak beslist, dat het ontbreken van bovengenoemde elementen de toepasselijkheid belette van art. 382 en van art. 445 C. P. en dat de bewezen feiten ook onder geene andere strafbepaling vielen.

Dat dan ook dergelijke gevallen zich inderdaad voordoen, dat men de vraag moet stellen, of eene of andere omstandigheid of daadzaak een onmisbaar bestanddeel van het misdrijf uitmaakt, is gebleken uit hetgeen hierboven in § 1 is nedergeschreven, en ik verwijs daaromtrent naar de arresten n^{is} VII, VIII en vooral n^o. XI. Zoo als men zich zal herinneren werd daar geoordeeld teregt een ontslag van regtsvervolging te zijn uitgesproken na de beslissing *in facto*, dat iemand, die zich als dragonder had verkleed, zulks niet *dolo malo* had gedaan; want, immers, toen werd de *quaestio juris* uitgemaakt, of het doleus opzet, *in casu* het doel om zich als dragonder voor te doen, een onmisbaar bestanddeel al of niet is van het misdrijf; in art. 259 C. P. omschreven. Hoe zal men nu beslissen en welke regel zal men daarvoor vaststellen: wanneer moeten dergelijke vragen door den regter *a quo* beantwoord worden, zoodat deze daarmede eene *quaestio juris* beantwoordt, en wanneer behoeven deze vragen niet opzettelijk behandeld te worden zoodat de *judex facti* slechts heeft te beslissen of de daadzaken en omstandigheden bewezen of niet bewezen zijn, ten einde daarvan de veroordeeling of vrijspraak te doen afhangen? (32)

(32) Hetgeen ik in ditzelfde tijdschrift (4de stuk, 1868, pag. 572 sqq.)

Evenwel, en dit zij ten slotte gezegd, het is in geen deele mijn doel geweest om onze jurisprudentie te beoordeelen en te beweren, dat te regt of ten onregt den eisch tot cassatie was toe- of afgewezen; mijn doel was slechts om de afscheiding van regtspunten en feitelijke punten, die tot vele moeilijkheden schijnt aanleiding te geven, nogmaals onder de aandacht te brengen zoowel van theoretici als van hen die geroepen zijn dagelijks dit verschil in het oog te houden. Ik heb getracht aan te toonen hoe ons hoogste regtscollegie over deze afscheiding denkt en zulks in verband gebracht met de zoo veelvuldig voorkomende beslissingen, dat er een *bedekt ontslag van rechtsvervolging* of een *bedekte vrijspraak* was uitgesproken. Men beschouwe de opinie, die ik op enkele plaatsen als de mijne wedergaf, dan ook niet als een aanmerking of beoordeeling, doch slechts als een opmerking, die wellicht op hare beurt voor vele bedenkingen vatbaar is.



schreef, is met deze wijze van zien in strijd; ik vermeende toen, toch, dat men, bij het aannemen van dwaling die het dolus opzet uitsluit, den beschuldigde of beklagde moest *vrijspreken*, omdat het gold het niet bewezen zijn van een deel der schuld, bij dagvaarding of bij acte van beschuldiging ten laste gelegd. Zeker komt deze meening overeen met de leer van den Hoogen Raad, maar de bezwaren, hierboven aangewezen, zijn evenzeer hier van toepassing, want, nadat men *in facto* aangenomen heeft dat de dolus malus niet bewezen is, blijft toch de *quaestio juris* nog ter beschouwing over, of de bewezen daadzaken (ook zonder dolus malus) een strafbaar feit daarstellen.

REGTSGESCHIEDENIS.

Brief van CH. LUCAS over de voorgestelde afschaffing der doodstraf in Nederland.

Wij ontvingen uit Parijs van den heer CH. LUCAS, lid van het Instituut (*Académie des sciences morales et politiques*), oud-inspecteur-generaal van de gevangenissen in Frankrijk, ter opneming in de *Themis*, den onderstaanden brief, die tegelijkertijd verschijnt in de Fransche *Revue de Législation et de Jurisprudence*. Wij rekenen het ons tot eene eer en een genoegen aan dit hoogst belangrijke opstel eene plaats in te ruimen in ons tijdschrift. De heer LUCAS mag zich zelve met volkomen regt noemen „le vétéran (en Europe) des deux réformes de l'abolition de la peine de mort et de l'introduction du régime pénitentiaire”. Aan ieder, die zich ooit ernstig heeft bezig gehouden met deze twee groote vraagstukken van het hedendaagsche strafregt, is zijn geëerde naam, zijn zijne voortreffelijke werken over beiden bekend. Wat het eerste betreft, sedert zijn dubbel (te Parijs en te Genève) bekroond prijs-antwoord *du système pénal en général, et de la peine de mort en particulier*, in 1827, het licht zag, heeft LUCAS zonder ophouden gestreden voor de afschaffing der doodstraf, met onbezweken moed en trouw, maar tevens met dien ernst, met die zaakkennis, met die gematigdheid en met dien eerbied voor de gevoelens van andersdenkenden, die men kon verwachten van den uitstekenden geleerde, dien zijn eervolle loopbaan als advocaat en later zijne dagelijksche, praktische bemoeijingen met de gevangenissen en hare bevolking voor alle eenzijdige, niet aan het leven en de werkelijkheid getoetste, bespiegelingen behoedden. Het woord van den edelen LUCAS is dus wel geschikt om een diepen indruk te maken op alle ernstige mannen, die, onverschillig of zij zich tot nu toe rangschikten onder de voorstanders of onder de tegenstanders van de doodstraf, de vraag, waarover de wetgevende magt in Nederland binnen kort te beslissen zal hebben,

Themis, D. XXXII, 1ste St. [1870].

met onbevangen oordeel wenschen te onderzoeken. Wij laten thans den brief aan den heer VAN LILAAR, zonder verderen commentaar, volgen. *(Redactie.)*

LETTRE DE M. CH. LUCAS,

membre de l'Institut,

à

M. VAN LILAAR, ministre de la Justice du royaume de Hollande

A L'OCCASION

du projet de loi d'abolition de la peine de mort

présenté à la seconde Chambre des États-Généraux par le message royal du 21 novembre 1869.

Monsieur le Ministre,

Lorsque j'appris la mort de votre prédécesseur, M. OLIVIER, de savante et regrettable mémoire, j'en fus douloureusement affecté. M. OLIVIER m'avait initié à la connaissance du projet de loi pour l'abolition de la peine de mort, qu'il avait élaboré comme ministre de la justice dans le cabinet présidé par un homme d'Etat d'un mérite éminent, M. THORBECKE, et j'avais pu à cette occasion apprécier l'élevation de son âme et la sûreté de son érudition. Soumis en 1865 aux délibérations du Conseil d'Etat, qui, à une grande majorité, en avait approuvé les principes, ce projet ne put être présenté aux États-Généraux, par suite des événements politiques qui, au commencement de 1866, décidèrent MM. THORBECKE et OLIVIER à quitter le ministère.

J'attendais toujours depuis cette époque le jour où un nouveau ministre de la justice, partageant les mêmes principes, reprendrait résolument l'œuvre commencée par M. OLIVIER, et aurait l'insigne honneur de la mener à bonne fin.

C'est à vous, monsieur le Ministre, que cette gloire est réservée. Je ne saurais trop vous féliciter de la présentation du projet de loi, porté à la seconde Chambre par le message royal du 21 novembre 1869, qui sera l'honneur de votre nom. Je ne puis douter de son adoption, puisque vous êtes soutenu

par les sentiments élevés de votre généreux souverain et par le progrès moral d'un peuple chez lequel l'adoucissement des mœurs et le développement de la raison publique répudient le révoltant anachronisme, qui impose à notre civilisation chrétienne une dernière et sanglante trace du talion.

Cette grande réforme n'a-t-elle pas d'ailleurs, en Hollande, les sympathies d'hommes d'une haute valeur dans les professions libérales, dans les universités, dans le barreau, dans la magistrature (1)? Au sein même de la seconde Chambre des États-Généraux, ne peut-elle pas compter sur l'appui d'hommes considérables, parmi lesquels je citerai notamment deux anciens hommes d'Etat, M. THORBECKE, sur le talent duquel l'opinion abolitionniste fonde tant d'espérance, et M. GODEFROI dont la parole, comme ancien ministre de la justice, doit avoir tant de poids? Enfin la suppression de l'échafaud n'est-elle pas le vœu d'un monarque éclairé, dont la main royale depuis dix ans n'a pas signé une seule condamnation à mort? Ainsi rien dans le message royal du 21 novembre 1869 n'a le caractère d'un événement inattendu ou d'une innovation prématurée; et les États-Généraux ne sont appelés qu'à consacrer en droit, par la sanction législative, l'abolition déjà réalisée en fait par l'exercice du droit de grâce et de commutation (2).

A toutes ces raisons qui doivent inspirer pleine confiance dans le vote des États-Généraux, j'en ajouterai une encore qui intéresse le rang que la Hollande occupe parmi les nations civilisées. Si elle ne se distingue pas en Europe par le chiffre

(1) Je puis citer ici, comme n'étant plus particulièrement connus, les noms de MM. les professeurs VREEDE, DE BOSCH KEMPER et MODDERMAN, le premier rédacteur du *Conservateur*, revue fort estimée de droit international; M. DE PISTO, doyen de l'ordre des avocats près la haute cour, rédacteur en chef du *Droit*, journal hebdomadaire apprécié, et M. DE KEMPENAER, doyen des avocats du barreau d'Arnhem; M. JOLLES, conseiller à la haute cour à la Haye; M. le juge VAN BEMMELLEN; M. le docteur DONKERSLOOT et M. le pasteur LAURILLARD.

(2) De 1811 à 1868, le nombre des condamnations à mort a été de 490 et celui des exécutions jusqu'à 1858 de 101. Ce n'est qu'environ le cinquième

élevé de sa population, il en est autrement sous le rapport des lumières.

Je disais à l'Institut, au mois de mai dernier, à l'occasion de l'abolition de la peine de mort en Saxe, que si l'existence des petits Etats était nécessaire à l'équilibre politique de l'Europe, elle me semble plus indispensable encore au développement de sa civilisation. C'est sur la protection que l'on doit au faible que reposent en ce monde le respect et la sanction du droit. C'est donc l'existence des petits Etats qui garantit la moralité des relations internationales. Il faut dire de plus que la grande politique, la politique civilisatrice, qui se préoccupe des réformes que l'humanité est appelée à réaliser dans sa marche progressive, doit en demander aux petits Etats les premières applications; car les essais y sont moins compliqués, et les résultats une fois acquis par l'expérience, ont toute la valeur désirable pour fonder l'autorité des précédents. La réforme abolitive de la peine de mort, ainsi que je l'écrivais à MITTERMAIER en 1867 (1), s'étendra en Europe des petits Etats aux Etats secondaires, et de ces derniers aux grands Etats. Déjà cette abolition, réalisée de droit en Portugal et en Saxe et de fait en Belgique, on peut presque ajouter en Suède, ne justifie-t-elle pas ces prévisions?

Ne croyez pas du reste que les grands Etats de l'Europe, ainsi que le disent inconsidérément quelques-uns de leurs hommes d'Etat, ne consentiront jamais à supprimer l'échafaud, et à suivre à cet égard la voie tracée par des pays d'une importance plus ou moins inférieure. Une pareille résistance est impossible, car si l'esprit humain venait à reconnaître que son progrès moral n'est plus réalisable, en dehors d'une certaine limite de territoire et de population, il briserait bientôt les entraves qui paralyseraient son essor. Rien donc n'est plus téméraire que de chercher à accréditer cette dangereuse erreur, sur de prétendues incompatibilités qui n'existent

(1) Voir cette lettre, p. 16 du t. XXXV de la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*.

pas et ne sauraient exister. Non, il n'est pas vrai que parmi les réformes que demande la civilisation chrétienne, il en est qu'il soit interdit aux grands États d'accomplir, et qu'ainsi ces puissants empires soient condamnés à sacrifier leur grandeur morale à leur grandeur politique. Non, l'Italie ne saurait dire à l'ancien duché de Toscane qu'elle est devenue un trop grand royaume, pour admettre désormais que la peine de mort soit abolie sur le territoire toscan, alors que la civilisation italienne avait revendiqué jusqu'ici l'honneur de l'abolition, dont ce petit Etat avait pris au siècle dernier la mémorable initiative et transmis jusqu'à nous l'heureuse expérience. Non, la Prusse ne saurait dire, ni à l'Etat d'Oldenbourg, qui a droit depuis tant d'années de se prévaloir du succès de l'abolition de la peine de mort; ni à la Saxe dont le magnanime souverain a supprimé la peine de mort avec le concours des pouvoirs publics et le vœu d'un peuple éclairé, qu'il faut relever l'échafaud parce qu'ainsi l'exige la vaste étendue de la Confédération du Nord, qui ne peut plus permettre à tous ses États, réunis par le lien fédéral, d'aspirer désormais à un grand progrès moral que chacun d'eux aurait pu réaliser séparément.

N'allez pas croire, monsieur le Ministre, que ces chaleureuses paroles, dont les inspirations et la responsabilité m'appartiennent d'ailleurs personnellement, puissent m'entraîner à oublier l'esprit de modération dont je ne me suis jamais départi. Celui qui est aujourd'hui en Europe le vétéran des deux réformes de l'abolition de la peine de mort et de l'introduction du régime pénitentiaire, dont il a le premier conseillé et démontré l'indispensable alliance; celui qui a insisté si souvent depuis sur les conditions que devait remplir et les témérités que devait éviter la réforme abolitive de la peine de mort, pour avoir les garanties de la durée, ne saurait devenir aujourd'hui un imprudent et impatient novateur. Loïn de poursuivre les grands États de nos impatientes récriminations, nous avons compris que dans la marche progressive de cette grande réforme, ils ne pouvaient guère se trouver à l'avant-garde, et nous leur avons seulement conseillé de se préparer avec une sage prévoyance à suivre cette voie réformatrice, dans laquelle ils

devaient inévitablement entrer. Nous n'avons donc pas été surpris de trouver en eux des retardataires ; mais nous ne croirons jamais qu'ils puissent devenir des réactionnaires.

Mais on ne doit pas moins se féliciter que la Hollande soit à la veille de donner à la réforme abolitive de la peine de mort le droit d'asile.

La Hollande a déjà marqué dans l'histoire de notre temps son influence morale, par la participation qu'elle a prise à l'abolition de l'esclavage, elle voudra l'accroître encore en se rangeant au nombre des États qui prennent en Europe la glorieuse initiative de l'abolition de la peine de mort. On doit regarder ces États comme les satellites avancés d'une nouvelle ère morale de l'humanité, et on ne saurait en douter, lorsqu'en France, au sein même du Sénat, qui est une des assemblées législatives les plus illustres assurément de l'Europe, mais la moins sympathique peut-être à la suppression de l'échafaud, les éminents rapporteurs de deux commissions de pétitions ont pu dire en 1867 et 1869, l'un (1) que l'abolition de la peine de mort était le *grand desideratum de l'avenir* et l'autre (2) *le magnifique couronnement de notre civilisation*.

En recevant l'envoi, dont je vous suis bien reconnaissant, d'un exemplaire du projet de loi et de son exposé des motifs, avec d'intéressantes annotations de M. le référendaire DE PINTO (3), j'ai vivement regretté de ne pas savoir votre langue. Cette ignorance ne m'a donc pas permis d'apprécier jusqu'ici cet important travail, et de vous soumettre mes impressions ; mais puisque vous voulez bien m'en promettre une prochaine traduction en français, je la lirai avec le haut intérêt que commande un pareil document, et m'empresserai d'en faire l'objet d'une communication à l'Institut.

Lorsque s'annonce entre les partisans et les adversaires de

(1) M. DE MENTQUE.

(2) M. le vicomte DE LA GUÉRONNIÈRE.

(3) M. A. A. DE PINTO, homme fort éclairé, et chef de division au ministère de la justice, est l'un des partisans les plus convaincus et les plus autorisés de l'abolition de la peine de mort.

la peine de mort, dont les convictions sont également respectables, parce qu'elles sont également sincères, une de ces luttes qui doivent chez une nation décider de l'abolition définitive de l'échafaud, le devoir des abolitionnistes les plus dévoués est d'accourir sous le drapeau de cette réforme, et c'est ce devoir, monsieur le Ministre, que je viens remplir.

Mais je crois d'ailleurs qu'il n'est pas inutile d'examiner immédiatement quelques-unes des principales objections que votre proposition abolitive de la peine de mort devra vraisemblablement rencontrer, et surtout celles qui surgissent de circonstances récentes.

I.

Le projet de loi aura probablement à repousser trois principales objections, qui ne manquent guère de se renouveler à l'occasion de chaque proposition abolitive de la peine de mort. On invoquera l'autorité séculaire de cette peine, le péril de sa suppression pour la sécurité publique, et enfin le principe de légitime défense, qui donne à la société le droit de l'infliger.

L'autorité que puise cette peine dans son application séculaire, est un argument qui devrait pourtant être bien discrédité. Dans l'histoire de l'humanité, la lumière de la vérité est comme celle du soleil, il y a des nuages qui souvent l'obscurcissent avant qu'elle pénètre jusqu'à nous. La roue, la torture et toutes ces barbaries que flétrit notre époque, n'ont-elles pas obtenu aussi une croyance séculaire à la légitimité et à la nécessité de leur application? L'esclavage n'a-t-il pas, pendant bien des siècles, surpris et égaré la conscience humaine, et son abolition n'est-elle pas une conquête récente et encore inachevée de notre histoire contemporaine? Le développement du genre humain est comme celui de l'homme même, nécessairement progressif, et il y a bien des erreurs séculaires à combattre dans le passé pour réaliser les perfectionnements du présent et de l'avenir.

Quant à l'objection du péril social, ce n'est pas pour la

première fois qu'à l'occasion de la peine de mort, on jette le cri d'alarme. Vous avez peut-être, monsieur le Ministre, visité le musée de Nuremberg, où l'on a voulu réunir une collection de tous les instruments qui ont servi au supplice de la peine de mort, et aux tortures et mutilations qui en précédaient ou accompagnaient l'exécution. Eh bien ! si vous aviez eu comme moi la patience de consulter les annales de la législation criminelle, pour y suivre les époques auxquelles toutes ces infernales inventions ont été successivement abolies, vous trouveriez que chacune d'elles a obtenu pour son maintien les mêmes arguments, invoqués aujourd'hui pour celui de l'échafaud, au nom de la sécurité publique.

Pour m'en tenir à une époque même assez rapprochée de nous, si vous voulez lire les précieux documents publiés en Italie par le célèbre historien M. CANTU, et en Belgique par le savant professeur M. HAUS, sur les objections que rencontra MARIE-THÉRÈSE pour l'abolition de la torture, vous reconnaîtrez que ce sont absolument les mêmes qui se renouvellent aujourd'hui, pour justifier la nécessité de la peine de mort. Vous reconnaîtrez aussi que d'efforts et de persévérance il fallut à cette impératrice, dont les criminalistes n'honorent pas assez la mémoire, pour triompher de cette opposition à l'abolition de la torture, qui provenait surtout des magistrats, et devait à ce titre avoir tant de poids. Je n'en fais pas du reste un reproche trop sévère à la magistrature de ce temps, dont la résistance était consciencieuse. Les hommes subissent en général l'influence du milieu dans lequel ils vivent ; et au sein de la magistrature comme partout ailleurs, il n'y a que les esprits vigoureux qui, secouant l'empreinte d'une pression séculaire, savent réagir contre l'empire des traditions du passé et des habitudes du présent, pour apercevoir et affirmer les besoins du perfectionnement que réclame l'avenir.

Ces hommes d'élite se sont rencontrés dans toutes les magistratures de l'Europe et surtout dans celle de la France, où pour nous en tenir au temps présent, sans blesser toutefois la modestie des contemporains, nous nous bornerons à

citer les noms du président GIROD de l'Ain, du président MESNARD, du procureur-général DUPIN aîné et du président BÉRENGER. Mais ne doit-on pas particulièrement honorer la magistrature hollandaise, quand on voit sortir de ses rangs deux ministres de la justice qui, à des intervalles si rapprochés, sont venus porter dans les Conseils de leur gouvernement les mêmes convictions et demander au nom des mêmes principes la suppression de l'échafaud ?

Parlons maintenant de l'objection qui tend à reprocher aux abolitionnistes de méconnaître le droit de légitime défense quand ils invoquent le principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme. Il y a bien des années, lorsque d'une voix isolée, mais qui depuis a trouvé plus d'un écho sympathique, nous disions à l'école utilitaire, avec une insistance si souvent renouvelée, qu'elle n'arriverait jamais à réaliser la réforme abolitive de la peine de mort d'une manière stable et durable, si aux raisons tirées de l'inefficacité de cette peine elle n'ajoutait le respect de l'existence de l'homme, n'avons-nous pas toujours fondé ce respect sur le principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme *hors le cas de légitime défense* ? N'était-ce pas assez clairement reconnaître le droit de légitime défense, comme la consécration et la garantie du principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme ? Ce droit doit appartenir, dit-on, aussi bien à la société qu'à l'individu, et on vient en conséquence s'en prévaloir pour justifier la légitimité de la peine de mort.

Nous n'avons jamais contesté que le droit de légitime défense, qui appartient personnellement à l'individu pour protéger sa vie contre le criminel qui voulait y attenter, puisse appartenir collectivement à la société, quand elle était dans le cas d'y recourir. Jamais nous n'avons mis en doute que le pouvoir social, lorsque, suivant d'éloquentes et récentes paroles, il était le droit, la loi, la modération et la liberté, (1) n'eût la mission même obligatoire d'user de la force collec-

(1) Discours de M. OLLIVIER, ministre de la justice, à la chambre des députés; séance du 11 Janvier 1870.

tive, dont il est le dépositaire, pour sauvegarder l'indépendance nationale contre l'invasion, ou la sécurité publique contre l'émeute. Ce n'est pas nous qui avons jamais dit que la guerre était toujours un crime. Assurément nous appelons de tous nos vœux le jour où les nations civilisées, s'inspirant du véritable esprit du christianisme, régleront leurs conflits internationaux par la loi pacifique des congrès et de l'arbitrage. L'abolition de la peine de mort est un évident achèvement vers l'abolition de la guerre. Mais en attendant ce jour, dont la Providence seule a le secret, nous ne saurions voir des criminels dans ces guerriers que nous appelons des héros, lorsque leur sang généreux a coulé sur le champ de bataille pour sauver l'indépendance nationale et défendre le sol sacré de la patrie.

Mais la justice sociale peut-elle oser invoquer ce droit de légitime défense, lorsqu'elle vient égorger de sang-froid ce coupable qu'elle a mis désormais hors d'état de nuire? «L'État a sans doute, dit un royal auteur, le droit de mettre «le criminel incorrigible et dangereux pour la sûreté publique hors d'état de nuire aux membres paisibles de la société; «mais ce droit peut-il s'étendre au delà de la privation de «liberté, par laquelle le but est atteint.» (1)

Il est une dernière considération du reste qui doit être décisive, pour dissiper les alarmes des adversaires du projet de loi. Lorsqu'une proposition abolitive de la peine de mort provient de l'initiative individuelle d'un pétitionnaire, ou même de l'initiative parlementaire d'un membre d'une assemblée législative, on peut décliner leur compétence, avec des apparences plus ou moins plausibles, en objectant que c'est au gouvernement qu'il appartient d'apprécier l'opportunité de cette réforme. Mais lorsque c'est le gouvernement lui-même qui la demande, qui donc pourrait être meilleur juge des exigences de la sécurité publique, dont il a la responsabilité.

(1) *Des peines et des prisons*, par le roi OSCAR 1er de Suède.

II.

J'arrive maintenant à l'examen de quelques arguments de circonstance.

Il s'agit d'abord de l'impression produite par le crime de TROPPMANN.

J'avoue que je ne saurais m'expliquer l'objection à tirer du crime de TROPPMANN contre l'abolition de la peine de mort. Il est bien des hommes sans doute qui n'ont d'autres opinions, que celles qu'ils reçoivent des impressions du moment. Mais tels ne sauraient être des législateurs, car ils ne peuvent parler que sous l'inspiration d'une conviction reposant sur des principes réfléchis, et non sur les émotions du moment.

Si l'abolition de la peine de mort était réclamée au nom des sentiments de la philanthropie, l'atrocité du crime de TROPPMANN serait assurément de nature à singulièrement discréditer la cause de ses partisans. Mais jamais pour des hommes sérieux, partisans ou adversaires de la peine de mort, la question de la suppression de l'échafaud n'a été une question philanthropique. Les uns et les autres ont également reconnu qu'il fallait se placer au double point de vue des besoins légitimes de l'ordre social et de l'ordre moral, et ils ne se sont divisés que par suite des appréciations différentes, qui ne permettaient pas aux uns de reconnaître à la peine de mort les avantages que les autres attribuaient au contraire à son application. Les abolitionnistes ne cèdent donc à aucun entraînement philanthropique et, à l'occasion de chaque assassinat qui se commet, ce n'est pas à l'assassin, mais à sa victime, que leur compassion s'adresse et que leurs sympathies sont acquises. Plus le crime est atroce et plus grande est l'horreur que le criminel leur inspire. Je ne saurais, quant à moi, reconnaître à personne le droit de dire qu'il a pu éprouver une plus grande indignation que celle que j'ai ressentie, non-seulement au récit du crime abominable de TROPPMANN, mais encore de cette curiosité malsaine qu'il a inspirée et de cet intérêt dramatique, dont on a de toute part entouré cette bête fauve.

Que prétend-on conclure du crime de TROPPMANN contre les partisans de la suppression de l'échafaud ? Ah ! si la peine de mort avait été abolie avant cet épouvantable forfait, j'imagine qu'on n'eût pas manqué de l'imputer à son abolition. Mais l'horrible drame de Pantin ne s'est-il pas déroulé en face de la peine de mort, toujours debout et aussi impuissante à le prévenir, qu'elle l'avait été à arrêter le bras de tous ces scélérats qui, depuis LACENAIRE, ont acquis une si déplorable célébrité dans les dernières pages de nos annales criminelles.

Je conçois que les partisans de son maintien puissent éprouver en pareil cas le besoin de justifier cette impuissance, mais comment s'en prendre à ses adversaires de son inefficacité ? Au reste, je me hâte de le dire, rien ne m'est plus antipathique que l'esprit d'exagération, et je sais trop les causes multiples et complexes qui déterminent le mouvement de la criminalité, pour attribuer à une peine quelconque plus d'efficacité et de responsabilité que n'en doit comporter son application. Je ne mettrai donc pas à la charge de la peine de mort le crime de TROPPMANN.

Mais ce crime semble fournir un argument de fait assez significatif contre les partisans de la peine de mort qui, ne pouvant persister à soutenir que cette peine soit le seul moyen de mettre le coupable hors d'état de nuire, ni par conséquent invoquer le principe de la légitime défense, se retranchent dans celui de l'expiation suprême que le meurtre légal peut seul réaliser.

Je ne répéterai pas ici ce que j'ai dit tant de fois de cette singulière et en quelque sorte sacrilège prétention de la justice humaine qui, au lieu de se préoccuper seulement de satisfaire les légitimes exigences de la sécurité sociale, aspire à réaliser en ce monde cette pénalité proportionnelle et expiatoire qui n'appartient qu'à la justice de Dieu. Cette expiation qu'on demande à la dernière et sanglante pratique du talion, comment l'obtenir devant ce cumul d'assassinats ? M. le procureur-général pousse lui-même le cri de l'impuissance ; car en face des cadavres de ces huit victimes égorgées, comment la justice peut-elle croire qu'il suffise de trancher

la tête de TROPPMANN pour qu'elle soit en droit de dire que son crime est expié? Il aurait fallu à ce scélérat les sept têtes de l'hydre de Lerne, et même une de plus encore, pour donner au talion et à la justice humaine, qui s'en inspire, sa logique satisfaction.

Je passe à un autre argument de circonstance dont jusqu'ici je n'avais jamais parlé, ne pouvant le prendre au sérieux.

En France, quelque grave que soit une question, il faut toujours qu'on lui trouve un côté ou un mot plaisant, et tant qu'il n'est trouvé, il manque comme on dit au palais une pièce au dossier. Or, un homme spirituel a fait un beau jour la plaisanterie suivante: *Pour abolir la peine de mort, il faut attendre que messieurs les assassins commencent les premiers.*

D'abord messieurs les assassins ont déjà été devancés par plusieurs gouvernements qui, par une peine présentant plus de certitude que celle de mort dans son application, n'ont pas supprimé sans doute les assassinats, mais en ont diminué la fréquence. Alors au lieu d'attendre inutilement l'abolition de la peine de mort de messieurs les assassins, ne vaut-il pas mieux continuer à réduire le nombre de messieurs les assassins par l'abolition de la peine de mort!

Cette plaisanterie du reste est vide de sens. Que veut-elle dire en effet? qu'on ne guillotinerait plus quand il n'y aurait plus personne à guillotiner, mais c'est alors une vérité de M. DE LA PALISSE: ou bien qu'on verra l'abolition de la peine de mort se réaliser par un progrès moral qui fera disparaître le meurtre et l'assassinat, mais c'est alors le paradis terrestre rêvé par un utopiste. Ainsi cette plaisanterie aboutit à une naïveté ou à une utopie.

Un mot encore. Il est bien regrettable pour l'inquisition que ce bel argument n'ait pas été trouvé un siècle plus tôt; car en ce temps-là où ce n'étaient pas seulement les assassins, mais les voleurs, les faussaires, voire même les braconniers et les impies, qui étaient livrés à la torture, à la roue, etc., les inquisiteurs auraient pu répondre: attendons, pour abolir toutes ces pénalités salutaires, que les voleurs ne volent plus, que les braconniers ne braconnent plus, que les impies se

convertissent. C'est ainsi qu'on aurait fermé la bouche à BECCARIA, et trouvé le moyen de conserver à perpétuité tous ces abominables supplices.

Je m'arrête, car je crois que pour l'honneur du sens commun il n'y a pas à insister davantage, pour faire bonne justice d'une plaisanterie qui pourra peut-être encore servir à l'hilarité des salons, mais qui, je l'espère, par respect pour la gravité des débats parlementaires, ne se reproduira plus désormais à aucune tribune législative.

Passons maintenant, comme dit le poète, du plaisant au sévère.

III.

Le projet de loi peut craindre, je le sais, une grave objection sous le rapport orthodoxe de la part d'une partie du clergé protestant. Je ne veux pas me mêler inconsidérément à des discussions qui ne sont pas de ma compétence, mais on peut à cet égard invoquer bien des autorités du plus grand poids. Je me bornerai à citer la résolution par laquelle, sur la proposition de mon savant ami, M. le baron D'HOLZENDORFF, le congrès protestant, réuni à Berlin en octobre 1869, a déclaré à l'unanimité non fondée la tentative faite par une partie du clergé protestant, en vue d'ériger la peine de mort en article de foi, et en loi imposée à l'autorité temporelle par ordre divin.

Pénétré comme je le suis, que la conviction qui repousse la peine de mort doit trouver dans le sentiment religieux l'une de ses meilleures inspirations, je suis toujours péniblement surpris et profondément affligé, lorsque j'entends réclamer le maintien de l'échafaud au nom de l'esprit du christianisme. J'ai pour ces convictions tout le respect que commande leur sincérité, mais elles me paraissent si désolantes, si opposées à tout ce qu'il y a de grand, de bon et de beau dans cet esprit du christianisme, que je remercie Dieu de ne pas les partager. Il me semble d'ailleurs, que plus un homme est religieux, plus il doit éprouver d'inquiétude et d'effroi à l'aspect de cet échafaud qui se dresse pour lancer, comme on dit, le coupable dans l'éternité.

Voyez ces deux hommes entre lesquels le condamné marche à l'échafaud: est-il rien de plus horrible que le bourreau qui va tuer un homme de sang-froid, est-il rien de plus beau que le prêtre qui s'efforce, avec un dévouement évangélique, de sauver une âme! Mais rien aussi n'est plus affligeant que d'être, comme nous l'avons été quelquefois, le confident des inquiétudes qui troublent la conscience du prêtre dans l'exercice de son saint ministère, à l'idée de la responsabilité qu'on lui impose. Le coupable qu'il accompagne, est passé brusquement des mauvais instincts que révélait son crime à l'invention des ruses et des mensonges dont il est exclusivement préoccupé pour sa défense. Après l'arrêt fatal, viennent les autres préoccupations dont il est absorbé par son pourvoi en cassation, et enfin son recours en grâce. C'est alors seulement qu'on livre à l'aumônier de la prison cette responsabilité de son âme! Comment le prêtre peut-il, pendant le temps qui sépare la condamnation de l'exécution, improviser la conversion du repentir et refaire une âme chrétienne à ce criminel, chez lequel sous l'impression des précautions minutieuses et des apprêts lugubres qui précèdent le jour du supplice, l'homme intellectuel et moral est déjà éteint avant l'homme physique, dans l'agitation convulsive ou dans les défaillances du désespoir?

Il y a là une bien grave considération qui est de nature à inquiéter la pensée et à troubler la conscience des hommes religieux.

N'ont-ils pas à se dire, en effet, qu'en supprimant pour le coupable le terme que Dieu avait marqué pour son existence, ils envoient précipitamment comparaître devant la justice divine cette âme chargée de toutes ses iniquités, sans lui laisser la préparation et l'atténuation du repentir? Pourquoi donc ne pas concevoir l'idéal de la justice absolue de Dieu et le commencement de son application en ce monde, sous l'inspiration de l'idée pénitentiaire, plutôt que sous les traits hideux du bourreau! Pourquoi ne pas préférer au supplice de la mort celui de la vie qui ne livre le coupable, au fond de sa reclusion solitaire, qu'aux souffrances régénératrices du remords! Ces souffrances, qui viennent en lui du réveil du

sens moral et du sentiment religieux, sont d'autant plus poignantes, que son forfait a été plus horrible, et commencent à réaliser pour lui dans cette vie la justice de Dieu, qui doit proportionner la gravité de la punition à celle du crime. Rien n'est plus opposé sans doute aux traditions du talion, mais rien n'est plus conforme à l'esprit du christianisme, qui est venu réhabiliter la liberté morale de l'homme, la dignité de sa nature, et lui enseigner la responsabilité de sa destinée.

Il me semble que l'histoire s'étonnera un jour que tant de pasteurs protestants (1) aient pu, je ne dis pas seulement soutenir le maintien de la peine de mort, mais même laisser à des voix laïques la mission de réaliser cette abolition, qu'il leur appartenait de réclamer au nom de l'esprit du christianisme; car c'est lui, je ne cesserai de le répéter (2), qui vient toujours à temps donner ses légitimes satisfactions à cette loi du progrès, que Dieu a inscrite en caractères ineffaçables dans la nature perfectible de l'homme. N'est-ce pas l'esprit du christianisme qui a successivement affranchi la pénalité de toutes les horribles cruautés qu'elle devait à l'influence du talion; et lorsqu'on pouvait craindre qu'après avoir réconcilié la loi pénale avec les sentiments de l'humanité, le christianisme n'allât par sa mansuétude énerver l'intérêt de la répression, tout à coup son génie qui illumine le monde, y a jeté les merveilleuses clartés de l'idée pénitentiaire. N'ayant plus à s'apitoyer sur les plaies du corps, il s'est occupé des plaies de l'âme, et a révélé à la justice pénale la réforme pénitentiaire qui, sans rejeter les châtimens nécessaires au besoin de la répression, devait les faire contribuer à la guérison des âmes, ce spiritualisme sublime de la civilisation chrétienne.

Voilà la profession de foi qui doit séparer à jamais le chrétien du talion et du bourreau, et il me semble impossible qu'elle ne soit pas, dans un temps assez rapproché,

(1) Il y a heureusement des exceptions, et nous en avons indiqué une en Hollande même, en citant M. le pasteur LAURILLARD.

(2) Observations à l'Institut à l'occasion du projet de Code pénal belge.

généralement comprise et propagée comme elle mérite de l'être par ses organes les plus autorisés.

Je ne terminerai pas sans exprimer l'espérance de voir le catholicisme, qui a tant fait pour la réforme du régime pénitentiaire, exercer une salutaire influence sur l'abolition de la peine de mort; car ces deux réformes s'appellent et se complètent l'une par l'autre. Tout propagateur du régime pénitentiaire doit reconnaître les moyens efficaces qu'offre le catholicisme pour son application. Il prend véritablement charge d'âmes, et au point de vue du régime pénitentiaire, le catholicisme qui ne s'adresse pas seulement à la régénération des âmes par la prédication, mais qui prend chacune d'elles en particulier pour travailler à son amendement individuel, est la religion qui répond par excellence aux besoins moraux de ce régime. Le tribunal de la pénitence, où le coupable vient épancher et soulager les remords de sa conscience et aspirer à cette seconde innocence que donne le repentir, est la plus belle institution qui puisse concourir à l'efficacité de la réforme pénitentiaire.

L'esprit du catholicisme ne peut être que celui du christianisme lui-même, qui est la loi du progrès moral; mais cette loi ne saurait s'accomplir qu'à travers les étapes successives que doit parcourir l'humanité. L'idée pénitentiaire dont le catholicisme a fourni les premières applications au siège même de la papauté, cette idée féconde que le christianisme apportait au monde civilisé, n'a-t-elle pas été pendant des siècles noyée dans le sang répandu par le talion et l'inquisition, avant de luire à notre époque avec toute la pureté de sa divine origine? N'y aurait-il pas un frémissement électrique d'indignation dans toute la catholicité, si un gouvernement refusait aujourd'hui au condamné le prêtre qui le confesse et l'accompagne jusqu'au pied de l'échafaud? Et pourtant ce n'est que depuis l'ordonnance de CHARLES VI du février 1396, que ce prêtre lui est accordé en France, cette fille aînée de l'Église. Jusque-là on l'avait livré tout entier au bourreau pour le lancer corps et âme dans l'éternité. Puisque pendant tant de siècles il y a eu un

bourreau sans prêtre, pourquoi n'y aurait-il pas aujourd'hui un prêtre sans bourreau? Pourquoi ne pas cesser de tuer le corps afin d'avoir le temps de sauver l'âme?

Espérons que l'opposition orthodoxe d'une partie du clergé protestant à la suppression de l'échafaud ne persistera pas, et que rien de semblable ne se produira dans le clergé catholique, qui jusqu'ici a eu la sagesse de l'abstention. A quoi bon, en effet, tenter l'impossible en voulant, dans le mouvement progressif de la législation criminelle, concilier ce qui est inconciliable, l'esprit du talion et celui du christianisme!

L'un dit vengeance, et l'autre pénitence.

L'un dit mutiler et tuer le corps, et l'autre guérir et sauver l'âme.

Le talion n'est pas assurément l'athéisme, mais il agit comme s'il l'était, car sa justice matérialiste et sanguinaire, qui ne tient aucun compte de l'éternité, tend à laisser penser qu'elle n'y croit pas. Le christianisme, au contraire, par son respect pour la liberté morale de l'homme, la dignité de sa nature et la responsabilité de sa destinée, nous conduit irrésistiblement à croire à l'immortalité de l'âme et à concevoir l'idée de Dieu, qui pèse dans la balance de sa justice nos bonnes et mauvaises œuvres.

Entre deux doctrines qui se contredisent et se repoussent si formellement et entre lesquelles il faut opter, est-ce celle du talion qui doit prévaloir au XIX^e siècle de l'ère chrétienne!

Nous dirons donc aux chrétiens de toutes les communions, de tous les climats et de tous les pays: Reconnaissez que la doctrine qui veut le maintien de l'échafaud est celle du talion, et que la doctrine au contraire qui le condamne et en réclame la suppression est celle du christianisme; reconnaissez que la réforme de l'abolition de la peine de mort est donc une réforme de civilisation chrétienne; que ce beau nom, dont nous l'avons toujours appelée, sera désormais celui qui doit lui appartenir, et qui, répété de bouche en bouche dans toute la chrétienté, doit devenir le mot de réconciliation et de ralliement destiné à assurer son triomphe.

IV.

Encore un mot, et c'est le dernier. Je demanderai à ces hommes religieux qui pensent que la justice de Dieu est la seule infallible, comment ils peuvent se résigner à maintenir une peine irréparable, telle que la peine de mort, entre les mains d'une justice faillible. On dit qu'à notre époque la procédure criminelle s'est environnée de toutes les garanties désirables, et que les probabilités d'une erreur sont devenues trop rares pour leur sacrifier l'utilité prétendue du maintien de la peine de mort. En principe, ne suffit-il pas que l'erreur soit possible pour qu'on ne s'expose pas à répandre le sang de l'innocent? Est-ce qu'il est permis d'assimiler la propriété de l'existence, qui nous vient de Dieu, à celle d'un champ dont on peut nous exproprier pour cause d'utilité publique! Est-ce dans l'ère chrétienne que se renouvellera cette doctrine empruntée à l'ère païenne sur les sacrifices humains! Mais en fait l'histoire est là qui constate que malgré tous les perfectionnements de sa procédure, la justice humaine n'est encore que trop souvent exposée à des erreurs.

Je n'en ferai pas ici une énumération historique (1). Je n'embrasserai pas même les faits contemporains qui ont été signalés à la tribune de plusieurs assemblées législatives de l'Europe; je ne parlerai que de la France.

Je crois pouvoir dire, sans être taxé d'un patriotisme exagéré, qu'il n'y a pas en Europe de magistrature plus éclairée que la magistrature française, et qui doit inspirer plus de confiance dans l'exercice de la justice. Je crois que je puis dire encore qu'en ce qui concerne l'administration de la justice criminelle, les comptes rendus publiés chaque année témoignent qu'en aucun autre pays on n'apporte une sollicitude plus active et plus éclairée, pour les garanties que réclament l'accusé et la liberté de sa défense. Et pourtant, voici

(1) Voir les faits, de dates assez récentes, de cas d'innocence légalement reconnue relevés par deux savants professeurs, M. GEYER, à Université d'Innsbruck, et M. CARRARA, à l'Université de Pise. *Discours de M. GEYER, du 13 juillet 1869, à la Société constitutionnelle d'Innsbruck.*

le témoignage des faits. Je reproduis à la suite de cette lettre le relevé que je publiai en 1827 sous le titre de *Tableau des erreurs de la justice humaine* (1), recueillies en France dans l'espace de six mois, de juillet à décembre 1826.

Des quarante-deux années qui se sont écoulées depuis cette époque, je ne prendrai que la dernière, sans me livrer ici à relever des erreurs judiciaires qui ont pu se produire pendant ce long intervalle. Je mentionnerai seulement qu'elles avaient eu assez d'influence et de retentissement, pour soulever dans le parlement et dans le pays la demande d'une loi sur la révision des procès criminels. Après bien des années d'une résistance qu'explique le respect dû à l'autorité de la chose jugée, il fut enfin donné satisfaction à l'opinion publique par la loi de révision promulguée en 1867 (2).

Avant qu'on pût briser l'autorité de la chose jugée qu'il importe tant à l'ordre social de sauvegarder, cette loi a voulu et a eu raison de vouloir, non pas seulement la probabilité que le coupable fût innocent, mais l'impossibilité qu'il ne le pût pas.

Devant de telles exigences la mémoire de Lesurques, réhabilitée par la conviction morale, ne put en 1868 réunir les conditions nécessaires à la démonstration légale. On se demandait quand se présenterait le cas où cette démonstration légale pourrait se réaliser.

Six mois à peine s'étaient écoulés, lorsqu'en 1869 la Cour de cassation est appelée à se prononcer sur la révision d'un arrêt de Cour d'assises, qui avait condamné dans la même affaire le malheureux Lelouarn à vingt ans de travaux forcés, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, et Baffet, son infortuné compagnon, aux travaux forcés à perpétuité. Il ne s'agissait plus que de la réhabilitation de leur mémoire, car Baffet était mort au bagne de Brest le 24 décembre 1854, et Lelouarn transporté à Cayenne, y était décédé le 18 juillet 1855.

(1) *Du système pénal et répressif*, p. 383 et suiv.

(2) Un savant professeur à la Faculté de droit de Paris, M. ORTOLAN, publia à l'occasion de cette loi, de remarquables articles dans le journal *le Droit* et signala plusieurs erreurs judiciaires. (Voir *le Droit* des 29 et 30 avril 1867.)

En juin 1869 fut rendu l'arrêt par lequel la Cour de cassation, « attendu que l'ensemble de la procédure a prouvé » le mal-fondé des charges qui par un concours de circonstances, « s'étaient accumulées dès l'origine contre ces deux accusés » et avaient entraîné dans une erreur fatale le jury et la Cour « d'assises ;

« Attendu que l'innocence de Baffet et de Lelouarn est, » dès à présent, régulièrement et irrévocablement constatée ;

« Annule comme injustement portée la condamnation » prononcée contre Auguste-Pierre-Baptiste-Prosper Baffet et » Yves Lelouarn ;

« Déclare que ces deux condamnés sont innocents et décharge » leurs mémoires. »

Je le dis avec conviction, la peine de mort a été moralement abolie en France par cette loi de 1867 sur la révision des procès criminels et par l'application qu'elle a reçue dans cet arrêt de la Cour de cassation de juin 1869.

Une peine qui démoralise le peuple par son exécution et qui expose la justice faillible de l'homme à l'irréparabilité de ses erreurs, est désormais une peine si compromettante, que c'est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice criminelle qu'on doit en désirer la suppression.

Puisque les faits que nous venons de citer appartiennent à la France, qu'il nous soit permis de dire aux hommes d'État de notre pays : *caveant consules* ! Nous reconnaissons que le mouvement abolitionniste de la peine de mort est loin d'avoir conquis en France le terrain qu'il a gagné dans plusieurs autres États de l'Europe ; mais le gouvernement français aurait grand tort de croire que cette réforme n'est pas assez proche pour qu'il ait à s'en préoccuper. En France, l'opinion publique est si impressionnable, que l'indifférence de la veille peut devenir l'engouement du lendemain.

Il ne faut donc pas se dissimuler que cette réforme est inévitable, et que dès lors la sagesse n'est pas de chercher les moyens de la prévenir, mais de prévoir ceux de la réaliser.

Ajoutons que l'initiative parlementaire, qui vient d'être rendue au Corps législatif, ouvre un horizon nouveau et de plus

larges espérances à l'abolition de la peine de mort, car elle sait qu'elle trouve à la Chambre élective des sympathies qui lui manquaient au Sénat.

Pardonnez-moi, monsieur le Ministre, cette digression. Il ne me reste plus, en terminant cette lettre, qu'à vous renouveler mes vœux pour le succès de votre projet de loi.

Honneur donc à vous, monsieur le Ministre, qui l'avez présenté; et honneur aussi aux hommes d'État, vos éminents collègues, qui ont voulu cette grande réforme!

Honneur au monarque éclairé qui, à l'exemple des rois de Portugal et de Suède, a résolu qu'elle émanât de l'initiative de son gouvernement! On conçoit bien du reste, ainsi que nous l'avons déjà dit ailleurs, que cette réforme en Europe descende du haut des trônes, où les princes éclairés et généreux qui les occupent, doivent appeler de tous leurs vœux l'époque à laquelle l'accord des pouvoirs publics pourra leur permettre de se décharger de la pénible responsabilité, que fait peser sur eux l'application de la peine de mort.

C'est dans les mains des États-Généraux qu'est maintenant en Hollande le sort de cette réforme: c'est à eux qu'il appartient de consacrer et élargir la place qu'elle doit occuper dans l'histoire de la civilisation européenne.

Bien des motifs doivent inspirer une haute confiance dans le vote des États-Généraux; d'abord l'autorité de leurs lumières et celle des précédents qui se présentent à eux. Sans faire ici l'énumération historique des décrets officiels qui en divers pays ont supprimé l'échafaud, nous citerons les deux exemples les plus récents du Portugal en 1867 et de la Saxe en 1868.

S'il est vrai de dire que cette grave question doive être résolue par la raison et non par le sentiment, le régime constitutionnel n'offe-t-il pas de nos jours toutes les garanties désirables à cet égard? La promulgation officielle de l'abolition de la peine de mort, par les souverains de Portugal et de Saxe, n'est-elle pas un double fait d'une grande valeur; car il est l'expression de l'initiative royale unie aux concours de tous les pouvoirs publics, de toutes les forces vives de la nation, et le résultat des lumières de la discussion par la liberté, de la

tribune et de la presse ? A-t-on entendu dire que cette réforme ait compromis la sécurité publique en Saxe et en Portugal, (1) et n'a-t-elle pas eu à traverser dans ce dernier pays depuis trois ans bientôt qu'elle y a été proclamée, les plus rudes épreuves auxquelles elle pouvait être exposée par les agitations du dehors et du dedans ?

Il ne s'agit pas pour les États-Généraux de jeter leurs pays dans les périls d'une innovation aventureuse et inexpérimentée. Ils ont au contraire à se demander quelles seraient les raisons qui empêcheraient de faire en Hollande ce qui s'est fait en Portugal et en Saxe. Serait-ce que la Hollande est moins avancée sous le rapport des lumières, de l'adoucissement des mœurs et des progrès de la raison publique ? Assurément les États-Généraux ne sauraient donner à une pareille question une solution négative qui serait une injuste appréciation de l'état comparé en Hollande de la civilisation.

Je pourrais dire, monsieur le Ministre, bien des considérations qui devront rendre l'Europe attentive aux débats des États-Généraux, car l'abolition de la peine de mort en Hollande serait un précédent de plus qui aurait un grand retentissement et exercerait une influence féconde. Mais ces considérations m'entraîneraient beaucoup trop loin.

J'ai voulu dans cette lettre, monsieur le Ministre, saisir une nouvelle et solennelle occasion d'affirmer, en matière de législation criminelle, mes principes philosophiques et pratiques qui ne sont, ni ceux de la justice utilitaire de l'école de Bentham ; ni ceux de la justice absolue de l'école de Kant ; ni ceux de l'école de l'intimidation de Feuerbach ; ni ceux de l'école sentimentale de la philanthropie. Mon école, c'est l'école chrétienne, que j'appelle et définis *l'école de la répression pénitentiaire* : ce nom dit assez qu'il n'est pas à craindre qu'elle puisse compromettre la sécurité de la société par des défaillances philanthropiques, ni le progrès moral de l'humanité par l'anachronisme du talion.

(1) Voir les annexes A et B à la fin du *post-scriptum*.

Veillez agréer, monsieur le Ministre, l'assurance de ma plus haute considération.

Paris,

CH. LUCAS.

18 janvier 1870.

Tableau des erreurs de la justice humaine, recueillies en France dans l'espace de six mois, de juillet à décembre 1826.

„ *Gazette de Tribunaux*, 20 juillet 1826. — MICHEL FERRIE, „ de Sigeau, condamné à mort comme coupable d'assassinat, „ par la Cour d'assises de l'Aude, vient d'être jugé de nouveau „ par la Cour d'assises du département de l'Hérault. Le jury a „ résolu *négativement* la question de la préméditation. Il est „ encore à remarquer que le jury de l'Hérault n'a déclaré „ l'accusé coupable d'homicide *volontaire à la suite de pro-* „ *vocation qu'à la simple majorité*. La Cour a condamné l'accusé „ à cinq ans d'emprisonnement.

„ Quelle différence entre les deux arrêts ! il y là de grands „ sujets de réflexions sur l'incertitude du jugement des „ hommes (1) ! „

„ *Gazette des Tribunaux*, 4 septembre 1826. — Encore „ un exemple de l'incertitude des jugements humains. Le nommé „ CHATIN, accusé de plusieurs infanticides, avait été condamné „ à la *peine capitale* par la Cour d'assises de la Drôme. Il vient „ d'être acquitté par la Cour d'assises de l'Isère. „

„ *Gazette des Tribunaux*, 14 septembre 1826. — Un homme „ est traduit devant une Cour d'assises, sous le poids d'une „ accusation capitale; il fait de vains efforts pour se justifier, „ l'arrêt de mort est prononcé contre lui. Cependant il s'est „ pourvu en cassation, l'arrêt est cassé; l'accusé est renvoyé „ devant une autre Cour. Sans doute le même sort l'y attend, „ les mêmes preuves qui avaient déterminé la conviction du „ premier jury vont prévaloir encore. Non; son *innocence* est „ *proclamée*, il est rendu à la liberté, il est au sein de sa famille.

(1) Ces réflexions et les suivantes de la citation sont extraites de la *Gazette des Tribunaux*.

« Telle est l'esquisse fidèle des aventures judiciaires de
 « PIERRE BERTHE, condamné à mort comme assassin par
 « la Cour d'assises de la Marne, et acquitté par celle de l'Aisne.

« Quelle source de réflexions dans un fait de cette nature ! »

« *Gazette des Tribunaux*, 20 octobre 1826. — On se rappelle
 « que le nommé *Brion* a été condamné à mort le 4 août dernier
 « par la Cour d'assises de la Seine-Inférieure. Pendant les
 « délais du pourvoi en cassation, des renseignements ont été
 « donnés à la justice, d'après lesquels la *véracité de plusieurs*
 « *témoignages* pourrait être suspectée. Un *sursis à l'exécution*
 « de l'arrêt a été ordonné par le garde des sceaux. »

« *Gazette des Tribunaux*, 20 octobre 1826. — JOSEPH
 « AUBIAN a été traduit devant la Cour d'assises du Gers. Par
 « un de ces *aneuglements* dont la justice offre trop d'exem-
 « ples, le fait de la *provocation*, établi, dit-on, au procès
 « par des preuves irrécusables, a été résolu *négativement* par
 « les jurés. La Cour, par une délibération immédiate, a décidé
 « qu'il y avait *erreur évidente et palpable* de la part du jury,
 « et en vertu de l'article 152 du Code d'instruction crimi-
 « nelle, a renvoyé l'affaire à la session suivante. »

« *Gazette des Tribunaux*, 19 novembre 1826. — La Cour
 « d'assises de Riom s'est occupée de l'affaire du nommé
 « PIERRE COURRAUD ; accusé de tentative d'assassinat et déjà
 « condamné à mort par la Cour d'assises de Moulins, COUR-
 « RAUD a été acquitté. Nouvel et frappant exemple des erreurs
 « des jugements humains ! »

« *Gazette des Tribunaux*, 15 décembre 1826. — PIERRE
 « DUPOUILLOUX, condamné à mort par arrêt de la Cour
 « d'assises de la Charente, comme incendiaire, a été acquitté
 « par arrêt de la Cour d'assises de la Gironde. »

« *Gazette des Tribunaux*, 29 décembre 1826. — MARIE
 « GAILLARD, condamnée pour crime d'infanticide par la Cour
 « d'assises de Toulouse, a été acquittée à l'unanimité, devant la
 « Cour d'assises de Tarn-et-Garonne. Le ministère public
 « lui-même s'en était rapporté à la sagesse du jury du soin
 « de venger la société ou l'innocence. »

POST-SCRIPTUM.

25 janvier 1870.

La peine de mort en France devant le Corps législatif.

Monsieur le Ministre,

Au moment où je corrige la dernière épreuve de ma lettre du 18 janvier que doit insérer dans sa prochaine livraison *la Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, deux faits législatifs qui viennent de survenir m'obligent à ajouter un post-scriptum presque aussi étendu que cette lettre même. Je sais, en effet, combien ils vous intéresseront, puisqu'il s'agit de la question de la peine de mort dont le Corps législatif de France vient d'être saisi par l'initiative parlementaire.

Le premier est l'interpellation de deux honorables députés, MM. STEENACKERS et le comte LÉOPOLD DE HON, dans la séance du 20 janvier, annonçant l'intention de demander que les exécutions des condamnés à mort aient lieu dans l'intérieur de la prison, et de proposer à cet effet un projet de loi pour modifier l'article 26 du Code pénal; interpellation suivie, à la séance du lendemain 21, de la déclaration de M. le ministre de l'intérieur que cette question serait l'objet de l'examen le plus sérieux de la part du gouvernement qui, d'ici à un temps assez court, ferait connaître son sentiment.

Le second, est l'intention annoncée par l'honorable M. JULES SIMON à la même séance du 20 janvier, de présenter prochainement, en son nom et au nom de plusieurs de ses collègues, un projet de loi relatif à l'abolition de la peine de mort, dont le dépôt a eu lieu à la séance du 24.

Je devais m'empresser de vous informer de ces deux faits, mais je crains que vous ne soyez disposé à méconnaître l'importance du premier, et à vous exagérer peut-être celle du second.

Je m'attacherai successivement à caractériser l'un et l'autre et à indiquer la manière dont chacun doit être, selon moi, envisagé à l'étranger. Je dirai ensuite, d'après mes conjectures

purement personnelles, l'attitude que je présume devoir être prise par le gouvernement. Enfin, je terminerai par un résumé de la situation actuelle en France de la réforme abolitive de la peine de mort devant le Sénat, le Corps législatif, le Gouvernement et le Pays.

I.

Je n'avais pas cru devoir, dans ma lettre du 18 janvier, vous entretenir de la discussion au Sénat du 28 décembre dernier de ma pétition pour la suppression des exécutions en place publique. Vous aurez eu peut-être connaissance de l'existence de cette pétition, dont le dépôt au Sénat remonte au mois de mars 1867, et qui, imprimée à cette époque, a été traduite à l'étranger et insérée notamment dans le journal renommé de *la Science du droit criminel*, que le savant professeur à l'Université de Berlin, baron d'HOLTZENDORFF, publie dans cette ville. Vous ne pouviez guère vous préoccuper du reste, en Hollande, de supprimer l'exécution publique de la peine de mort, lorsque vous songiez à abolir immédiatement cette peine elle-même. Mais il y avait un grand État en Europe qui, comme la France, pouvait s'intéresser à l'objet de cette pétition, parce qu'il n'était pas désosé à procéder aussi prochainement que la Hollande au renversement de l'échafaud. Lorsque le parlement anglais décida, en 1868, que les condamnés à mort ne seraient plus exécutés que dans l'intérieur de la prison, l'Angleterre considéra ce résultat comme un notable progrès, et un remarquable acheminement vers l'abolition de la peine de mort.

La France, qui n'est pas habituée à marcher à la remorque de la civilisation européenne, doit aspirer à réaliser le même et important résultat. Pour en apprécier la valeur, il faut se rendre compte de l'état de l'opinion publique en France sur la question de la peine de mort.

Je n'ai pas cherché dans ma lettre à vous dissimuler que la France qui, dans l'ordre philosophique et moral, avait donné une si féconde impulsion à la réforme abolitive de la peine

mort, était fort attardée sur la voie de l'application pratique, et que de ce côté la réforme rencontrait de vives résistances. La prudence m'a paru conseiller d'ouvrir la brèche avant de tenter l'assaut. Il ne m'a jamais été donné de pouvoir recourir à l'initiative parlementaire, parce que je n'ai pas cherché à entrer par la Chambre élective dans la vie politique, qui eût absorbé une trop grande partie du temps déjà si insuffisant que je pouvais consacrer aux deux réformes de l'abolition de la peine de mort et du régime pénitentiaire, auxquelles a été vouée ma vie. Mais quant à l'initiative individuelle du pétitionnaire, j'en ai fréquemment usé, et je n'ai pas à le regretter, car aucune de mes pétitions n'est restée sans avoir eu pour résultat, de me rapprocher du but qu'il s'agissait d'atteindre. Tel doit être encore, je crois, l'effet de ma pétition au Sénat.

Cette pétition a exprimé ce que j'avais toujours voulu, la suppression de l'échafaud, en rappelant les conditions que, selon moi, toute proposition abolitionniste doit remplir, pour procéder avec prudence et maturité, et garantir le succès durable de la réforme.

Cela dit, il s'agissait de montrer en France aux partisans de la peine de mort, qu'elle était un mal irrémédiable, et pour premier exemple, il fallait les conduire sur le terrain des exécutions publiques, et les mettre en face de cette alternative: d'un côté, le danger de démoraliser le peuple en maintenant des exécutions publiques, et de l'autre, par leur suppression, celui de discréditer la peine de mort en lui enlevant désormais le caractère exemplaire, qui est la condition normale de l'efficacité d'une peine. Entre ces deux inconvénients, ne devait-on pas conseiller aux partisans de la peine de mort de se résigner plutôt au second, parce que avant tout, on ne saurait compromettre la moralité du peuple et dégrader son caractère.

J'ai du reste loyalement déclaré que cette suppression des exécutions capitales en place publique devait être un acheminement au renversement de l'échafaud à un double titre: d'une part, par l'effet de l'adoucissement des mœurs,

et d'autre part, parce qu'une peine qui n'ose plus se montrer au grand jour ne saurait plus avoir longtemps sa raison d'être.

C'est parce que telle était la portée de ma pétition, a dit l'honorable M. BAROCHE, que le Sénat devait la repousser par l'ordre du jour, afin de ne pas frapper d'un pareil discrédit la peine de mort. Mais n'a-t-il pas été prouvé dans cette lettre que cet éminent homme d'Etat avait porté une bien plus rude atteinte au crédit moral de la peine de mort, lorsqu'il présentait la loi sur la révision des procès en matière criminelle. Loin de nous assurément la pensée de méconnaître que cette loi honore le ministre qui l'a présentée; mais la peine de mort y fait tache, elle y jette une impression funèbre et une inconséquence douloureuse, quand on voit une justice qui vient elle-même se déclarer faillible, retenir entre ses mains une peine irréparable.

Nous croyons donc avoir suivi une ligne de conduite conforme à la prudence et à l'intérêt bien entendu de la réforme abolitive de la peine de mort, lorsque nous avons adressé au Sénat notre pétition, pour demander que les condamnés à mort fussent exécutés dans l'intérieur de la prison; lorsque ensuite nous avons, dans une lettre du 30 décembre (1), exposé à l'éloquent rapporteur de la commission des pétitions, M. DE MENTQUE, les motifs qui nous faisaient regretter l'ordre du jour prononcé par le Sénat; lorsque enfin, comme on ne peut être juge dans sa propre cause, nous avons livré cette lettre à la publicité, afin de soumettre nos motifs au contrôle de l'opinion publique, dont l'accueil sympathique a trouvé si promptement de l'écho au sein du Corps législatif, et obtenu du gouvernement lui-même une si sérieuse attention.

Si de l'ensemble de ces circonstances doit sortir une loi qui abroge l'article 26 du Code Pénal, relatif aux exécutions publiques des condamnés à mort, nous pensons que ce ne sera pas là un médiocre résultat obtenu, car il réalisera pour

(1) Voir cette lettre *annexe C.*

la France la première étape sur la voie qui doit la conduire au renversement de l'échafaud.

Ainsi donc, on devrait incontestablement considérer à l'étranger comme un progrès de l'opinion publique en France vers l'abolition de la peine de mort, la loi qui, après le récent ordre du jour prononcé par le Sénat, prescrirait l'exécution des condamnés à mort dans l'intérieur de la prison.

II.

J'arrive maintenant au dépôt du projet de loi par l'honorable M. JULES SIMON, relatif à l'abolition de la peine de mort, et dont l'exposé des motifs n'est pas encore publié. C'est sans doute un fait beaucoup plus considérable; et si ce projet de loi pouvait avoir quelques chances de succès, on n'aurait pas besoin de se préoccuper de l'élaboration et de la discussion du premier. Mais je crains que malheureusement, le Corps législatif n'ait besoin d'être appelé, à plusieurs reprises, par l'initiative parlementaire à discuter l'abolition de la peine de mort, avant qu'une majorité soit acquise à cette grande réforme.

Toutefois si l'on se trouvait aujourd'hui dans la même situation qu'à l'époque où l'honorable M. JULES FAVRE proposa et défendit si éloquemment en 1865 son amendement, relatif au renversement de l'échafaud, d'ailleurs si habilement combattu par M. NOGENT DE SAINT-LAURENT, nous croyons que le projet déposé par M. JULES SIMON pourrait réunir un nombre de votes favorables assez respectable. Mais l'abolition de la peine de mort a été proposée dans des circonstances bien inopportunes, dont elle subira l'inévitable et fâcheuse influence.

Je suis convaincu du reste que la Commission chargée de l'examen des projets de lois émanés de l'initiative parlementaire, quelle que fût l'opinion de la majorité sur celui relatif à l'abolition de la peine de mort, et quelque objection que son opportunité et sa formule pussent soulever, ne voudrait mettre aucun obstacle à sa discussion. On ne saurait écarter

des débats du Corps législatif, saisi du dépôt de ce projet de loi, la question d'une pareille réforme qui est discutée en Europe dans toutes les Assemblées législatives, délibérée dans tous les conseils des gouvernements et déjà proclamée par plusieurs. Il serait désirable toutefois de voir s'introduire en France un usage qui tend à s'établir dans les assemblées parlementaires. Lorsqu'il s'agit d'une question telle que celle de l'abolition de la peine de mort, à la solution de laquelle doivent concourir tous les esprits élevés qui, sans acception de nuances politiques, veulent avant tout le perfectionnement moral de l'humanité, on s'attache à recueillir des signatures dans les diverses fractions de l'Assemblée législative. C'est le procédé le plus libéral pour une réforme civilisatrice, et c'est en même temps la meilleure garantie de son succès, car elle a besoin de rencontrer un concours sympathique sur tous les bancs de l'Assemblée.

Pour que cette grande question d'ordre moral et social, dont tant de siècles écoulés ont réservé au nôtre la solution définitive, conserve sa grandeur, il faut que dans tous les parlements de l'Europe elle soit placée bien haut au-dessus des préoccupations politiques, dans cette région calme et sereine où la pensée humaine ne demande le progrès moral, promis à l'homme par Dieu même qui l'a fait perfectible, qu'aux principes de la philosophie, aux enseignements de l'histoire et aux résultats de l'expérience.

Moins la France est avancée en Europe dans le mouvement de la réforme abolitive de la peine de mort, plus elle doit tenir à honneur de ne pas paraître reculer devant les lumières de la discussion.

Le principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme, hors du cas de légitime défense, dont votre projet de loi pour l'abolition de la peine de mort dans votre pays, monsieur le Ministre, s'est si bien inspiré, a besoin de recevoir en France sa saine intelligence et sa salutaire interprétation.

Nous avons dit en 1827, et bien souvent répété depuis, à l'école utilitaire, que sans doute elle avait un grand service à rendre, en établissant l'inutilité de l'échafaud, mais qu'il ne

pouvait lui appartenir d'accomplir à elle seule (1) la réforme abolitive de la peine de mort : qu'en effet elle laissait à la mobilité des jugements et à l'emportement des passions de l'homme, la faculté et le dangereux prétexte même de déclarer demain nécessaire, ce qu'on avait jugé inutile aujourd'hui ; qu'elle ne pouvait donc arriver qu'à une abolition relative de la peine de mort, subordonnée à bien des éventualités ; qu'ainsi pour réaliser l'abolition *absolue* de la peine de mort, il fallait qu'elle se rattachât à l'un de ces grands principes d'ordre philosophique et moral, qui peuvent seuls permettre d'asseoir une réforme sur une base stable et durable, en constituer un véritable progrès moral acquis à l'histoire de l'humanité. Or, ce principe était celui de *l'inviolabilité de la vie de l'homme hors du cas de légitime défense*.

Cette interprétation des conditions nécessaires à l'abolition de la peine de mort, a d'abord cheminé assez lentement, mais elle tend à devenir une vérité pratique.

Ce grand principe invoqué en France dès 1830 à la tribune législative, par M. VICTOR DE TRACY, à l'appui de sa proposition relative à l'abolition de la peine de mort ; proclamé en 1848 par le décret du gouvernement provisoire, lu par M. DE LAMARTINE (2) au balcon de l'Hôtel de Ville ; si

(1) Le projet de loi proposé par le gouvernement néerlandais, dans son exposé de motifs, reconnaît l'insuffisance de l'école utilitaire, proclame le principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme, hors du cas de légitime défense, et fait une large place à l'idée pénitentiaire, en repoussant le principe exclusif de l'intimidation. A ce triple titre, il s'éloigne de l'école de Bentham, de celle de Kant, de celle de Feuerbach et de l'école philanthropique et se rapproche beaucoup de la théorie de la répression pénitentiaire.

(2) Décret du gouvernement provisoire du 27 février 1848 : « Le gouvernement provisoire, considérant qu'il n'y a pas de plus sublime principe que l'inviolabilité de la vie humaine, déclare que dans sa pensée, la peine de mort est abolie en matière politique, et qu'il présentera ce vœu à la ratification définitive de l'Assemblée nationale. » C'était proclamer un grand principe et commettre une non moins grande inconséquence, que nous nous hâtâmes de signaler dans une communication lue à l'Académie des sciences morales et politiques. (Voir le compte rendu des travaux de l'Académie, séance des 11 et 13 mars 1848.) Nous signalâmes de plus cette inconséquence

éloquemment développé par M. JULES FAVRE en 1865, dans son amendement pour la suppression de l'échafaud, doit se trouver sans doute dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé au Corps législatif le 24 janvier. S'il ne s'y trouvait pas ce serait une lacune essentielle à remplir. Autrement l'omission de ce principe ne donnerait plus à ce projet de loi que le caractère d'une abolition relative de la peine de mort, sans garantie pour l'avenir. Je dirai même que la simple reconnaissance de ce principe dans un exposé de motifs me paraît insuffisante. J'aurais voulu que le projet de loi déposé le 24 janvier fût précédé, comme l'arrêté du gouvernement provisoire du 24 février 1848, d'un considérant qui eût consacré le principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme, hors du cas de légitime défense, afin de constater que la loi se plaçait sous l'invocation de ce principe.

Si l'on ne donne en effet à ce principe la force et l'autorité de la loi, les passions politiques qui, une fois soulevées par quelque tempête révolutionnaire, ne se croiront pas enchaînées par un simple exposé de motifs au respect de la vie humaine, ne pourraient-elles pas prétexter un péril exceptionnel et momentané pour relever l'échafaud.

M. DE LAMARTINE avait raison de penser qu'il fallait faire pénétrer ce principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme dans les masses populaires pour les arracher aux traditions sanguinaires et aux mauvais instincts du talion. Mais ce principe est loin de leur avoir été toujours enseigné depuis dans toute sa pureté. Aujourd'hui comme en 1793 et même en 1791, des fanatiques n'invoquent-ils pas devant le peuple, pour la suppression de l'échafaud, l'inviolabilité de la vie de l'homme, mais en se réservant de tenir le glaive de la loi suspendu au-dessus des têtes couronnées? Sans doute tous les hommes sérieux et éclairés appartenant à l'opinion républicaine, aussi bien qu'à l'opinion monarchique, condamnent une

dans une pétition adressée à l'Assemblée nationale, en demandant, au nom du principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme, l'abolition absolue de la peine de mort.

si révoltante inconséquence. L'opinion républicaine peut et doit même désirer qu'un homme ne devienne pas un roi; mais elle rougirait de prétendre, pour conserver au bourreau un cas réservé, qu'un roi ne soit plus un homme. Il est donc utile que ce principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme reçoive d'une discussion parlementaire en 1870 de nouvelles clartés qui puissent pénétrer dans la conscience du peuple, qui est si logicien. Pourquoi, en effet, les masses subissent-elles beaucoup trop encore l'influence séculaire du talion? C'est que, lorsque le talion demande sang pour sang, dent pour dent, si le cœur du peuple le trouve barbare, son esprit le trouve logique; mais seulement le peuple n'est pas encore assez éclairé, pour voir que cette logique du talion est celle de la vengeance et non de la justice.

Il faut donc travailler à inspirer au peuple ce discernement. Il faut lui dire bien haut que lorsque surviennent ces événements extraordinaires qui changent la surface des empires, le roi peut tomber, mais l'homme reste avec son titre imprescriptible au respect de sa vie et à la sécurité de sa personne qui, dans la grande famille humaine, est un droit commun à tous et sacré pour chacun. C'est la doctrine que consacre l'honorable M. JULES SIMON, lorsqu'il s'écrie avec une chaleureuse conviction: « C'est un effroyable contre-sens de laisser subsister la peine de mort pour les vaincus en la supprimant pour les assassins. Pour moi, je suis converti sur les deux points.» (1)

III.

Je me demande quelle sera l'attitude du gouvernement devant cette redoutable question de l'abolition de la peine de

(1) *La Peine de Mort*, récit par M. JULES SIMON, 1869, p. 44 de la préface.

M. JULES SIMON, qui explique dans cette préface comment ses opinions sur la peine de mort se sont modifiées, est une éclatante conversion de plus que l'opinion abolitionniste peut ajouter à toutes celles dont elle s'honore.

mort, posée par l'initiative parlementaire. Vous pouvez être certain, monsieur le Ministre, que le gouvernement français est assurément trop éclairé pour voir dans le bourreau, comme M. DE MAISTRE, la clef de voûte de l'ordre social : ses sentiments généreux seront conformes, j'en suis persuadé, aux déclarations faites au Sénat, au nom de deux commissions de pétitions, dans les remarquables rapports de MM. le vicomte DE LA GUÉRONNIÈRE et DE MENTQUE, où l'abolition de la peine de mort est appelée, comme je vous l'ai déjà dit, le grand *desideratum de l'avenir et le magnifique couronnement de notre civilisation*. On a pu même remarquer dans un rapport à l'empereur, de date récente, (1) que le principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme s'était introduit dans la langue officielle du gouvernement par ces remarquables paroles :

« Nous n'hésitons pas à mettre, en nos temps modernes, au » sommet de tous les principes à respecter, l'inviolabilité de » la vie humaine. » J'imagine donc que le gouvernement se retranchera dans la question de l'opportunité, mais un ajournement ne saurait être un renvoi à un avenir indéfini. Quand une si grave question, qui trouble tant de consciences, est une fois posée, la solution ne peut se faire longtemps attendre, surtout lorsqu'on voit s'accroître l'autorité des précédents.

Enfin il importe, comme nous l'avons dit souvent, (2) de ne pas prolonger la durée d'une peine qui, par son action démoralisatrice, sa nature irréparable, devient de jour en jour plus compromettante pour l'exercice de la justice criminelle et détruirait avant peu le respect qu'on doit s'efforcer de conserver à l'autorité de la chose jugée. Ce n'est pas sous l'inspiration d'un sentiment philanthropique, mais au nom de l'intérêt moral, de l'intérêt social et de l'intérêt judiciaire que nous demandons au gouvernement de notre pays l'abolition de la peine de mort.

(1) Rapport à l'Empereur de M. EMILE OLLIVIER, garde des sceaux, relatif à l'interprétation du décret d'amnistie du 10 janvier 1870.

(2) Voir *Observations à l'Institut sur la peine de mort*, à l'occasion du Code pénal belge. — Tirage séparé, p. 27.

Ainsi que je l'ai déjà exprimé, du reste, dans ma lettre, le gouvernement ne doit pas se dissimuler que cette réforme est inévitable et que dès lors la sagesse n'est pas de chercher les moyens de la prévenir, mais de prévoir ceux de la réaliser.

IV.

Au résumé, la situation de la réforme abolitive de la peine de mort s'est notablement améliorée en France, depuis le sénatus-consulte de septembre.

Il y a en effet trois initiatives qui doivent concourir à l'abolition de la peine de mort, l'initiative gouvernementale, l'initiative parlementaire et l'initiative individuelle par voie de pétition.

C'est de l'initiative gouvernementale que cette réforme doit attendre sa promulgation définitive, comme cela a eu lieu en Portugal en 1867, en Saxe en 1868, et comme votre gouvernement vient d'y procéder lui-même, monsieur le Ministre, devant les États-Généraux de Hollande.

Mais cette initiative gouvernementale, avant de se prononcer, a besoin d'être itérativement stimulée et consciencieusement éclairée, par l'initiative parlementaire et l'initiative des pétitionnaires, sur les vœux du parlement et du pays. Or, avant le sénatus-consulte de septembre 1869, l'initiative parlementaire n'existait pas; et si la faculté de pétitionner au Sénat pour l'abolition de la peine de mort était consacrée en droit, son exercice en fait était découragé par la jurisprudence inflexible de l'ordre du jour. D'un autre côté la réforme abolitive de la peine de mort était en face d'un Corps législatif qui ne pouvait exprimer son opinion par l'initiative parlementaire.

Le sénatus-consulte de septembre doit donner à la réforme abolitive de la peine de mort en France une grande force d'extension par l'initiative parlementaire et par le nouvel horizon ouvert à l'exercice du droit de pétition qui, en s'appuyant sur les vœux sympathiques d'une portion plus ou moins considérable du Corps législatif, peut maintenant s'adresser avec plus de confiance au Sénat pour demander le renversement de l'échafaud.

Tel est le nouvel état de choses, qui vient imprimer en France une féconde impulsion au mouvement abolitionniste, et je ne faillirai pas au devoir de lui continuer, comme pétitionnaire, un persévérant concours qui remonte à 1830. (1)

Dans ma pétition au Sénat de 1867, pour la suppression des exécutions capitales en place publique, j'ai déjà d'ailleurs annoncé l'intention formelle d'adresser en temps opportun à l'illustre Assemblée, une pétition relative à l'abolition absolue de la peine de mort en matière civile aussi bien qu'en matière politique. Mais les circonstances présentes me semblent trop inopportunes, pour que je puisse songer en ce moment à remplir cet engagement.

Il faut laisser aux émotions de l'horrible drame de Pantin, qui ont si profondément remué l'opinion publique, le temps de se calmer; autrement ce serait exposer cette grave question à être tranchée par le sentiment, quand elle ne doit être résolue que par la raison.

Puis, on doit bien le dire, quand il s'agit d'aborder par l'exercice du droit de pétition devant une si imposante assemblée, le redoutable problème de l'abolition de la peine de mort, il faut préparer de longue main le terrain sur lequel on doit se placer.

Je ne saurais dire à des hommes d'Etat et à des législateurs qu'ils déclarent d'un trait de plume que la peine de mort est abolie. Quand on demande la suppression d'une peine aussi formidable, il faut dire *le pourquoi et le comment*

(1) Pétition adressée en 1830 aux deux Chambres pour l'abolition absolue de la peine de mort, en face de l'effervescence populaire qui demandait qu'on fit monter sur l'échafaud les ministres signataires des ordonnances de juillet.

1848 — Pétition à l'Assemblée nationale pour demander, comme conséquence du principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme, proclamé par l'arrêté du gouvernement provisoire du 27 février, l'abolition absolue de la peine de mort et non une abolition purement relative limitée aux crimes politiques.

1867, — 27 mars. — Pétition pour la suppression des exécutions capitales en place publique comme acheminement à l'abolition de la peine de mort.

avec toute la persévérance des études, la gravité des recherches, l'authenticité des documents et la prudence des procédés, que commande une si grande réforme.

Il faut dire *le pourquoi*, c'est-à-dire établir et démontrer d'abord l'inutilité, ensuite l'illégitimité, enfin le danger de l'application de cette peine.

Son inutilité... démontrée au point de vue historique, par le témoignage de plusieurs précédents d'abolition de droit ou de fait (1), dont l'autorité se fonde sur des relations puisées à des sources authentiques et même officielles;

Démontrée au point de vue pratique, en constatant que la peine de mort est dépourvue de deux caractères essentiels à toute peine: l'exemplarité et la divisibilité et qu'elles s'éloigne davantage de jour en jour de ce principe fondamental, que *l'efficacité d'une peine est en raison de la certitude et de la proximité de son application*;

Son illégitimité... démontrée par le principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme, hors du cas de légitime défense, principe dont la consécration peut seule constituer l'abolition absolue de la peine de mort, et sans lequel cette réforme serait livrée à une appréciation de fait au lieu d'être garantie par le respect d'un droit;

(1) Nous avons suivi avec le plus grand soin dans ces derniers temps, en Europe, pour en faire l'objet de communications successives à l'Institut, les abolitions de fait et de droit de la peine de mort, en puisant à des documents authentiques et même officiels, qui nous ont été remis avec une obligeance dont nous sommes profondément reconnaissant.

Voir: *Observations*, déjà citées, de 1867, sur le Code Pénal Belge, constatant l'abolition de fait de la peine de mort en Belgique.

Communication à l'Institut, à la séance du 8 avril 1868, sur l'état de la question de la peine de mort en Suède (compte rendu des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques) à l'occasion du remarquable ouvrage de M. D'OLIVECRONA, conseiller à Cour suprême de Stockholm sur la peine de mort; — Paris, DURAND, éditeur.

De l'abolition de la peine de mort en Portugal en 1867 (même compte rendu, t. XVIII.) de la cinquième série.

De l'abolition de la peine de mort en Saxe en 1868. — Communication à l'Institut en mai 1869, sous presse.

Le danger de son application... démontré par la curiosité malsaine que l'exécution de cette peine excite et par l'influence démoralisatrice qu'elle exerce sur le peuple;

Démontré encore en principe par l'inconséquence de laisser une peine irréparable dans les mains d'une justice faillible, et en fait par la citation d'arrêts trop nombreux qui attestent sous nos yeux mêmes, et malgré les perfectionnements de l'administration de la justice criminelle, les fréquentes erreurs de la justice humaine.

Voilà *notre pourquoi* il faut abolir la peine de mort auquel nous donnerons tous les développements nécessaires, le jour où nous adresserons notre pétition au Sénat pour demander cette abolition.

Mais il faut dire maintenant *le comment*. Je ne puis mieux faire que de reproduire ici les termes mêmes dans lesquels s'exprimait ma pétition précitée de 1867 au Sénat.

« J'ose vous prier de croire, messieurs les sénateurs, que
 « je ne viendrai pas vous adresser une demande telle que
 « celle d'abolition de la peine de mort, sans en apprécier
 « toute la gravité et en écarter tout ce qui pourrait accuser
 « l'esprit d'impatience et le caractère de la précipitation.

« J'ai dit dans mes écrits que pour procéder avec pru-
 « dence et maturité, toute proposition abolitionniste devait
 « remplir trois conditions :

« D'abord, indiquer la peine nouvelle qui peut avantageu-
 « sement remplacer la peine de mort ;

« Ensuite, demander la révision du Code pénal, afin de
 « réaliser dans l'échelle et la graduation des pénalités, les
 « modifications qu'exigent la suppression de la peine de
 « mort et l'introduction de la peine nouvelle destinée à la
 « remplacer ;

« Enfin demander encore que cette révision du Code pénal
 « s'inspire des principes de la réforme pénitentiaire, sans y
 « sacrifier les besoins légitimes et les moyens efficaces de
 « l'intimidation.

« Je n'adresserai jamais aucune pétition relative à l'abo-
 « lition de la peine de mort, sans exiger ces trois conditions

« nécessaires à l'accomplissement de cette grande réforme. »

En voulant vous exprimer, monsieur le Ministre, mes rapides appréciations sur la question de la peine de mort, telle qu'elle me paraît se présenter en ce moment en France devant le Sénat, le Corps législatif, le Gouvernement et le Pays j'ai été entraîné à donner à ce post-scriptum plus d'étendue que je ne l'avais supposé.

Il est un point cependant encore, sur lequel je tiens à m'expliquer, afin qu'on ne se méprenne pas à l'étranger sur mes véritables intentions. Appelé à parler de l'état actuel de la question de la peine de mort en France, j'ai voulu le faire sans déguisement et sans détour, et montrer dans mes appréciations relatives à mon pays, la sincérité dont j'avais fait preuve à l'égard de plusieurs pays étrangers.

Mais si dans la marche progressive en Europe de la réforme abolitive de la peine de mort, la France semble s'attarder, elle a un passé qui répond de l'avenir.

C'est la France en effet, qui, par l'influence de ses encyclopédistes, a inspiré à Beccaria la pensée de ce livre célèbre où, si les principes fondamentaux de la peine de mort ne se rencontrent pas encore, se trouve du moins la première et irrésistible impulsion de cette réforme.

C'est la France qui, à la fin du XVIII^e siècle, a introduit pour la première fois au sein des Assemblées législatives, la discussion de la suppression de l'échafaud.

C'est la France encore qui, dans notre siècle, après un silence de vingt-cinq années en Europe sur la question de la peine de mort, a rappelé, par l'influence de la société de la morale chrétienne, l'esprit d'examen sur la légitimité et l'efficacité de cette peine, et a dirigé le mouvement abolitionniste dans cette voie prudente et féconde de la réforme pénitentiaire, où il se conformait à la fois aux meilleures conditions de son succès et aux véritables aspirations de notre civilisation chrétienne.

Enfin c'est le gouvernement français qui, par cette belle création du compte-rendu statistique de l'administration de

la justice criminelle, dont les pays étrangers n'ont pu qu'imiter mais jamais surpasser la remarquable et consciencieuse exécution, venait inaugurer en 1825 en matière criminelle, la méthode d'observation qui avait été interdite au siècle précédent, et avait ainsi manqué à Beccaria et à Bentham lui-même, pour apporter une appréciation sérieuse dans l'examen de l'efficacité de la peine de mort.

Il faut aussi reconnaître l'honneur qui revient à la France dans le mouvement abolitionniste de la peine de mort en matière politique. (1) Mais, chose singulière, le parti conservateur et libéral qui, après avoir pris en France l'initiative du renversement de l'échafaud en matière politique, en a donné ensuite l'impulsion en Europe, est aujourd'hui le plus opposé au courant progressif qui pousse l'Europe à étendre cette abolition au droit commun.

Que le parti conservateur et libéral, sur lequel nous sommes sur tant de points en communauté d'opinions, nous permette de lui dire qu'il était bien peu clairvoyant, s'il s'imaginait que l'Europe une fois lancée dans l'abolition partielle en matière politique, ne se trouverait pas sur une pente qui devait irrésistiblement la conduire à l'abolition absolue. Qu'il nous permette d'ajouter que l'Europe est logique et que lui seul est inconséquent, lorsqu'il s'abandonne à l'illusion de croire à la durée et à l'efficacité d'une suppression de la peine de mort restreinte aux crimes politiques. Comment admettre qu'une fois livré à l'effervescence des passions révolutionnaires, les partis politiques, du moment où l'échafaud aura été maintenu quelque part dans les codes pénaux, ne sauront pas l'y retrouver et le ressaisir pour se décimer entre eux.

Ce serait se faire en France une trop étrange illusion, que de croire possible de lutter longtemps contre ce courant irrésistible de la réforme abolitive de la peine de mort. Si elle a

(1) Voir la célèbre brochure, publiée en 1822 par M. GUIZOT, sur *l'abolition de la peine de mort en matière politique.*

sommeillé pendant le premier quart de ce siècle, son réveil a été depuis celui d'une réforme, qui a maintenant la conscience de sa force et de son inévitable accomplissement. Il suffit pour s'en convaincre, d'interroger les travaux de la science, les débats des Assemblées législatives et les actes des gouvernements. (1)

Ce que nous pensions en 1827, nous le pensons encore en 1870, avec une conviction évidemment affermie par le mouvement des idées et le témoignage des faits accomplis : c'est que pour le perfectionnement de la législation criminelle et les garanties de l'ordre social, le XIX^e siècle est appelé à inaugurer l'ère féconde d'une nouvelle théorie philosophique et pratique, fondée sur le principe de l'inviolabilité de la vie humaine hors du cas de légitime défense, sur les développements de l'idée pénitentiaire et sur les aspirations de la civilisation chrétienne.

Ce qui donne, monsieur le Ministre, une grande valeur au projet de loi présenté aux États-Généraux de Hollande par le message royal du 21 novembre, c'est qu'il pénètre plus avant dans cette voie nouvelle qu'aucun de ceux qui l'avaient précédé.

Veillez agréer,

Monsieur le Ministre,

la nouvelle assurance de ma plus haute
considération,

CH. LUCAS.

(1) Voir annexe D.

ANNEXES.

ANNEXE A.

On lit dans *la France* du 27 janvier :

« On mande de Lisbonne, en date du 24 janvier : MM. MENDES, LEAL et FERNANDES RIOS se sont mis d'accord pour introduire dans les traités d'extradition entre l'Espagne et le Portugal une clause abolissant la peine de mort pour les extradés. »

Quoique la *France* soit un journal habituellement bien informé, nous supposons que ce qu'elle mentionne n'a trait qu'à une idée qui a été probablement un objet de conversation entre MM. MENDES LEAL et FERNANDES RIOS, mais qui n'aurait encore reçu aucune consécration officielle.

Toujours est-il que c'est chose remarquable que le fait seul de cette idée qui se produit et est acceptée à Lisbonne, comme la conséquence logique de l'abolition de la peine de mort, promulguée en 1867, et de l'expérience acquise des résultats satisfaisants de cette réforme.

ANNEXE B.

Voici un témoignage d'une grande valeur sur l'influence de l'abolition de la peine de mort en Saxe, promulguée le 1er octobre 1868. M. SCHWARZE, procureur général, ayant dans ses attributions la surveillance de tous les tribunaux et de toutes les prisons du royaume de Saxe, et jurisconsulte distingué que la considération dont il jouit dans la Confédération du Nord a fait appeler à la vice-présidence de la commission de rédaction du projet de Code pénal fédéral, m'écrivit une lettre que je reçois à l'instant et dont j'extrais le passage suivant :

« Je puis assurer, en me fondant sur les renseignements que je dois à ma fonction, et avec une fermeté la plus décisive, que la sécurité publique en Saxe n'a pas souffert la moindre atteinte de l'abolition de la peine de mort. Je vous autorise à invoquer mon nom et ma déclaration. »

ANNEXE C.

Lettre à M. le sénateur DE MENTQUE, publiée dans le journal la France du 3 janvier 1870, et reproduite par plusieurs journaux.

Paris , 30 decembre 1869.

Monsieur le sénateur ,

Je m'empresse de vous remercier et de vous féliciter du remarquable rapport que vous avez soumis , dans la séance du 28 décembre , aux délibérations du Sénat , au nom de la commission des pétitions , sur ma demande que la peine de mort soit subie par les condamnés dans l'intérieur des prisons. Je ne présumais pas , je l'avoue , que les conclusions de la commission pour le renvoi de ma pétition à M. le garde des sceaux seraient , malgré les judicieuses observations de M. Le Roy de Saint-Arnaud , écartées par un ordre de jour , prononcé presque à l'unanimité.

Si je ne m'étais présenté devant le Sénat qu'avec une conviction individuelle , qui remonte à plus de trente années , sur l'utilité de la suppression des exécutions en place publique des condamnés à mort , comme moyen de préparer par l'adoucissement des mœurs , l'abolition de la peine de mort , je ne serais nullement surpris assurément de l'échec d'une conviction purement personnelle. Mais cette conviction avait fait bien du chemin en 1867 , et ma pétition , adressée le 27 mars de cette année , s'appuyait sur les précédents de plusieurs États de l'Europe , et notamment de presque tous ceux de l'Allemagne , en tête de laquelle se plaçait la Prusse.

Depuis le 27 mars , date du dépôt de ma pétition inscrite sous le no. 514 , et qui fut imprimée et distribuée à tous les membres du Sénat , près de trois ans se sont écoulés jusqu'à la séance du 28 décembre 1869 , époque à laquelle le Sénat a enfin été appelé à en délibérer.

Or , pendant ce temps , un grand pays , qui ne saurait certes être suspect de procéder avec trop de précipitation à l'amélioration de sa législation criminelle , l'Angleterre , décrétait comme loi d'État , à une majorité considérable dans les deux chambres , cette réforme qui vient de soulever contre elle la presque unanimité du Sénat.

Vous voyez , monsieur le sénateur , que je ne saurais avoir la présomption de considérer le vote du Sénat comme un échec personnel. La question de savoir si le sanglant spectacle des meurtres

légaux qu'on donne au peuple en place publique, doit être maintenu comme propre à le moraliser ou, au contraire, supprimé comme de nature à pervertir ses mœurs, n'est plus une thèse de spéculations philosophiques ni même de discussions purement académiques : c'est une question de politique civilisatrice que les législateurs et les hommes d'État de notre temps reconnaissent le devoir d'examiner et de résoudre.

C'est à l'opinion publique à se prononcer en France et en Europe, entre le vote du Sénat qui, en rejetant les conclusions de la commission dont vous étiez l'éloquent organe, a cru à l'efficacité morale et salutaire du sang répandu en place publique par le bourreau, et les convictions différentes des législateurs et des hommes d'État qui, en Bavière, en Saxe, en Prusse, en Angleterre et en plusieurs autres pays, ont pensé que le maintien de ces drames sanglants était un danger pour la moralité du peuple et un véritable anachronisme à notre époque de civilisation.

Je me crois donc, monsieur le sénateur, autorisé par l'ensemble de ces faits officiels et législatifs en Europe, à répéter, en terminant cette lettre, ces paroles qui servaient d'épigraphe à ma pétition : « Au moment où la France fait de si grands sacrifices pour moraliser le peuple par l'instruction primaire, ce serait une singulière inconséquence de maintenir les exécutions en place publique des condamnés à mort, qui dépravent son caractère et pervertissent ses mœurs. »

Veuillez agréer, monsieur le sénateur, l'assurance de mes sentiments les plus distingués,

CH. LUCAS,
Membre de l'Institut.

ANNEXE D.

La Revue critique de Législation et de Jurisprudence, t. XXXI, livraison de septembre—octobre 1867, a inséré une notice fort curieuse de M. HELLO, présentant par ordre chronologique le relevé et la désignation des personnes et des associations qui ont pris la part la plus notable au mouvement abolitionniste de la peine de mort, dans les travaux de la science, dans les débats des assemblées législatives et dans les actes des gouvernements, depuis le commencement de ce siècle.

Cette notice, sauf quelques inexactitudes relatives à l'Espagne

et quelques omissions en France et en d'autres pays, mérite d'inspirer confiance.

Le nombre des personnes que comprend la désignation de ce relevé s'élève à 104, « parmi lesquelles, dit l'auteur, nous rencontrons 27 ministres, dont 12 ministres de la justice, plus spécialement appelés à apprécier l'opportunité de cette réforme. » Or, à l'époque où il écrivait sa notice, M. HELLO n'avait pu comprendre parmi les ministres de la justice appartenant à l'opinion abolitionniste MM. FREITAS DE BRANCO et SCHNEIDER, qui ont fait décréter l'abolition de la peine de mort, l'un en Portugal et l'autre en Saxe; M. VAN LILAAAR, qui vient de la proposer aux États-Généraux de Hollande; M. GLASER, qui est entré dans le ministère de la justice en Autriche, avec la grande notoriété de ses opinions en faveur de l'abolition de la peine de mort, et auquel je dois témoigner ma vive reconnaissance, pour l'obligeant empressement qu'il a mis à me transmettre les renseignements que je désirais sur l'administration de la justice criminelle en Autriche.

En dehors du ministère de la justice, il y aurait bien des noms à ajouter à la liste ministérielle de M. HELLO: nous nous bornerons à en citer deux célèbres, celui de M. BRIGHT, qui, en Angleterre, depuis son entrée au ministère, a publiquement fait connaître, dans une lettre insérée dans les journaux, sa profession de foi abolitionniste, d'autant plus remarquable que dans cette partie de l'école utilitaire, elle se fonde sur le respect de la vie de l'homme; et mon savant ami M. BERGER, qui s'est retiré, par une démission récente, du cabinet autrichien, sans avoir jamais démenti les principes qu'il avait développés avec tant de talent dans ses écrits pour le renversement de l'échafaud.

En face de cette phalange illustre d'hommes d'État, qui ont à côté d'eux les noms de tant d'hommes renommés dans les assemblées législatives, dans la magistrature, dans les sciences morales, philosophiques et politiques, comment ne pas voir qu'une réforme qui marche avec un pareil cortège est certaine de son triomphe dans un prochain avenir !

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

NEDERLANDSCHE LITTERATUUR.

Advies over het recht van verdediging in cassatie, — 's Gravenhage, 1869.

Mr. J. DE WAL, *Het recht van 't laatste woord in cassatie.* — Leiden, 1869.

Pleidooi van Mr. A. DE PINTO, conclusie van Adv.-Gen.

Mr. RÖMER *en arrest van den Hoogen Raad dd. 23 November 1869, Weekbl. n^o. 3163.*

Boekbeschouwing in Weekbl. n^o. 3170 en 3174.

Heeft, in cassatie, de advocaat van den veroordeelde of van rechtsvervolging ontslagene, het recht te antwoorden op de voordracht van het Openbaar Ministerie?

Deze vraag, reeds zoo oud als het Wetboek van Strafv., (1), is in het afgelopen jaar uitvoerig in utramque partem behandeld. Zij werd *toestemmend* beantwoord in een *Advies* van eenige Haagsche rechtsgeleerden en door den geachten deken der Haagsche balie, zoowel bij pleidooi als nog later in *W. 3170; ontkennend* en m. i. *terecht* door Prof. DE WAL, Mr. RÖMER en den Hoogen Raad der Nederlanden.

Gewichtiger nog dan de kwestie zelve is de met haar in onafscheidelijk verband staande strijd over de grondbeginselen van het straffcassatieproces en de taak aan het O. M. bij den Hoogen Raad opgedragen. Vandaar dat zelfs thans, nu de vraag zelve èn door het Arrest van den H. R. èn in het aanhangige ontwerp beslist is, het debat belangstelling — m. i. ook voortzetting verdient.

Wanneer ik mij in allen deele, hetzij met de *„Adviseurs,„*

(1) Opgave der vroegere literatuur vindt men aan 't hoofd van 't eerst vermelde opstel.

hetzij met Prof. DE WAL kon vereenigen, zou ik met eene eenvoudige aankondiging kunnen volstaan. Dit is echter geenszins het geval.

Wat het *jus constitutum* betreft, ik ga nog verder dan Prof. DE WAL en sta, even als Mr. RÖMER, *lijnrecht* tegenover de „adviseurs;“ ik kom tot dit resultaat langs een anderen weg, en op grond vooral van artikelen tot dusver nog door niemand in dit debat aangevoerd. *In jure constituendo* wensch ik wel, even als Prof. DE WAL en in overeenstemming met het aanhangige Ontwerp, het „recht op 't laatste woord“ te zien toegekend. Maar terwijl Prof. DE WAL dit wil „nooit ten koste van het onschatbare beginsel, dat de P. G. bij den H. R. in geen opzigt hoegenaamd het O. M. dat met de vervolging belast was, in cassatie vertegenwoordigt“, meen ik, juist omgekeerd (in overeenstemming met de Regeering van 1863) dat toekenning van 't laatste woord aan de Verdediging alleen dan mogelijk is, wanneer de P. G. bij den H. R., ook ten aanzien der Strafvervolging, tot het hiërarchisch Hoofd van het Nederlandsche O. M. benoemd worde.

Men zal het daarom billijken dat ik, aan den arbeid mijner voorgangers hulde brengend, met eene zelfstandige verhandeling, waarin hunne argumenten van zelf ter sprake komen, het debat heropen.

Vooraf een woord over de *geschiedenis*.

Op dit terrein zijn de adviseurs reeds door Prof. DE WAL uit hunne stelling verdreven.

De Adviseurs hadden beweerd: 1°. Dat in 1826 in Frankrijk aan den Advocaat het recht van antwoord gegeven is. 2°. Dat uit niets blijkt, dat onze wetgever van dat nieuwe fransche stelsel heeft willen afwijken.

Nu heeft echter Prof. DE WAL uitnemend aangewezen dat onze wetgever (zoals trouwens, mirabile dictu, door de adviseurs zelven reeds was vermoed) *niet* kende het zoogenaamde nieuwe fransche stelsel, maar wèl daarentegen eene

(Zuid) Nederlandsche ordonnantie van 15 Maart 1815, waarin het recht van antwoord *ontzegd* wordt (1).

Wanneer dus de adviseurs volhouden (wat zij op bl. 11 schrijven) dat uit niets blijkt dat onze wetgever van het hem bekende stelsel heeft willen afwijken, dan hebben zij daardoor hun eigen vonnis geveld

Doch ik ga verder. Een gevallen vijand geheel af te maken moge elders onedelmoedig zijn, op 't gebied der wetenschap wordt geen kwartier gegeven.

Ik ga verder en beweer dat alles wat ons de „adviseurs“ van een in Frankrijk bestaand „recht van antwoord“ vertellen, niets anders is dan een sprookje. Of zij begrijpen DALLOZ verkeerd of deze laatste heeft zich schromelijk vergist.

Reeds Prof. DE WAL stond daaromtrent in twijfel. Indien dat recht in Frankrijk bestaat, — zoo vroeg hij terecht — hoe komt het dan dat het nooit wordt gebruikt? Ik voor mij had nog vier andere gronden om dien twijfel te deelen:

a. Bij geen enkel fransch schrijver heb ik iets van dat „recht op antwoord“ kunnen vinden.

b. Art. 38 der fransche Ordonnantie van 1826 verleent het recht van antwoord alleen dan wanneer de P. G. bij 't Hof van Cassatie is de „*partie poursuivante et principale.*“ Atqui, geen enkel fransch schrijver van naam beschouwt hem, in het gewone cassatieproces, als zoodanig; integendeel overal wordt hij van de partijën onderscheiden.

c. Had de wetgever werkelijk de bedoeling gehad die de adviseurs hem toeschrijven, dan ware het natuurlijker geweest te schrijven: „*si ce n'est en matière pénale.*“

d. Uit het *opschrift* der ordonnantie blijkt dat zij niet enkel over de gewone cassatie handelt, maar over het „Hof van Cassatie“ in 't algemeen. Daar er nu een, buiten

(1) Niet *ipsis verbis*. Prof. DE WAL schijnt mij te veel te hechten aan Art. 38. Dit Artikel verbiedt iets dat ook de adviseurs hier te lande verboden zullen achten, namelijk de *geheime schriftelijke* beantwoording. Dat echter onze ord. van 1815 van geen recht van antwoord weten wil, volgt, behalve uit haar stilzwijgen, uit de Artt. 36 en 37, met wier beginselen het lijnrecht strijden zou.

de gewone cassatie gelegen, geval aan te wijzen is, waarin inderdaad de Proc.-Gen. bij dat Hof als *„partie poursuivante et principale”* fungeert, zoo ligt het voor de hand art. 38 *alleen* voor dat geval geschreven te achten.

Eigenlijk zijn er *twee* zoodanige gevallen, doch in het eene (cassatie in 't belang der wet) kan natuurlijk van antwoord evenmin als van verdediging sprake zijn. Het andere is behandeld in art. 441. C. d' I. C. (1).

Terwijl ik dit opstel voor de pers gereed maak, ontvang ik van den heer ALBERT GIGOT, advocaat bij het Hof van Cassatie te Parijs, — stellig een onwraakbaar deskundige — de volgende nota, die zoowel den twijfel van Prof. DE WAL als mijne stellige ontkenning volkomen rechtvaardigt :

„L'avocat qui plaide devant la cour de Cassation en matière criminelle *n'a jamais le droit de réplique.*

L'art. 38 de l'Ordonnance de 1826 accorde, il est vrai, la parole aux avocats après le Ministère public dans les affaires où le procureur-général est partie poursuivante et principale.

Mais cet article, qui parle de la plaidoirie même de l'avocat et non d'une réplique, *s'applique à une hypothèse toute exceptionnelle.* En effet, le P. G. à la cour de Cassation ne peut se pourvoir (2) contre un jugement ou arrêt que dans deux cas, prévus par les artt. 441 et 442 du C. d' I. C.

[Wat de S. over het cas van art. 442, waarin, z. a. hij terecht opmerkt, uit den aard der zaak van geene *„intervention des parties”* sprake kan zijn, verder in 't midden brengt, laat ik ter zijde. Alles wat volgt, heeft uitsluitend op het geval van art. 441 betrekking].

„Il s'agit ici d'une annulation de nature toute spéciale qui, à la différence de la cassation ordinaire, ne peut nuire

(1) Ook in art. 486 treedt de P. G. als *„partie p. et pr.”* op, doch alleen gedurende de *instructie*, waarbij evenmin van pleidooien sprake kan zijn.

(2) Men zal opmerken dat mijn berichtgever stilzwijgend aanneemt (*t geen m. i. ook van zelf spreekt) dat de P. G. alleen dan *„partie p. et pr.”* kan genoemd worden wanneer hij zelf *„peut se pourvoir.”*

aux droits acquis des parties, mais qui, à la différence de la cassation prononcée dans l'intérêt de la loi, *profite* à tous les intérêts lésés. (Voir sur la cassation de cette voie de recours les arrêts de la cour de Cassation de France du 20 Déc. 1832 et du 19 Avril 1839 et l'arrêt de la cour de Cassation de Belgique du 24 Mai 1864). — L'intervention de la partie condamnée est accueillie lorsqu'elle a intérêt à intervenir; et cela ne peut guère arriver que lorsque le pourvoi tend à faire annuler la condamnation prononcée et que la partie se joint aux conclusions du procureur général. Cela s'est présenté quelquefois, mais fort rarement, parceque l'exercice même de ce recours est peu fréquent. *Ce n'est que dans cette hypothèse qu'il peut y avoir lieu de plaider après les conclusions du Proc. Gen., partie poursuivante et principale.*"

Zullen de „adviseurs“ zich nu, wat hun historische beschouwing betreft, overwonnen verklaren?

De vraag of onze Nederlandsche wetgeving het hier bedoelde recht op 't laatste woord erkent, is — aangenomen, behoudens tegenbewijs, dat zij een logisch geheel uitmaakt, — afhankelijk van de vraag: of het O. M. bij den H. R. *partij* is in het gewone cassatie-proces? En deze laatste vraag is, op haar beurt — onder dezelfde hypothese en behoudens dezelfde reserve — afhankelijk van de vraag: of de Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad, ook ten aanzien der strafvervolging (1) als het hierarchisch Hoofd van het Nederlandsche Openbaar Ministerie moet worden aangemerkt.

Ik zal deze drie vragen ieder afzonderlijk, natuurlijk in omgekeerde orde, behandelen.

(1) Wanneer ik nu en in 't vervolg van „strafvervolging“ spreek, dan sluit ik daarvan uit niet alleen de cassatie in 't belang der wet (waarbij de P. G. niet als „vervolger van misdrijven“, maar als „handhaver der wetten“ optreedt), maar ook het exceptioneele geval in de artt. 92 en 93 R. O. bedoeld. Aan den anderen kant begrijp ik er onder: alles wat ook in het cassatieproces, door het O. M. als *partij* moet gedaan worden.

I.

Het stelsel der adviseurs is klaarblijkelijk dit: Het geheele Nederlandsch O. M. is één ondeelbaar ligchaam, waarvan de Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad, ook ten aanzien der Strafvervolging, het Hoofd is.

Op dit standpunt worden zij in 't minst niet gekwetst door onderscheidene opmerkingen van Prof. DE WAI. Dat het ongerijmd zou zijn in cassatie eene partij te ontmoeten waarmede men tot dusverre niets te maken had (D. W. bl. 15) en niet minder dwaas dat het O. M. bij den H. R. de lagere ambtenaren van het O. M. zou *vertegenwoordigen*, (*ibidem* bl. 36), dit een en ander hebben zij nooit betwist. Hun stelsel is juist dit, dat de vervolgte, van den aanvang af tot aan het eind-arrest van den H. R. toe, steeds één en dezelfde partij tegenover zich heeft: *het* O. M. van Nederland, en dat alle ambtenaren van het O. M. vertegenwoordigen — niet *elkander*, maar — het ééne en ondeelbare O. M. van Nederland.

In 't algemeen is dit stelsel volkomen juist. Doch de adviseurs die onophoudelijk aan hunne tegenstanders te laste leggen dat zij een „stelsel buiten de wet“ verkondigen, moesten bedenken dat de eenheid en ondeelbaarheid van het Ned. O. M. alleen te bouwen is juist op die wettelijke voorschriften welke tevens, voor zooveel de strafvervolging betreft, den Proc.-Gen. bij den H. R., uit de hierarchie buitensluiten en daardoor, te dien opzichte, den Minister van Justitie tot het rechtstreeksch Hoofd der Provinciale parketten verheffen.

Alleen voor zooveel de „vervolging der misdrijven en de uitvoering der strafvonnissen“ betreft; — werkzaamheden, die, hoezeer *in abstracto* onder de „handhaving der wetten“ begrepen, door onzen wetgever (zie al dadelijk art. 4 R. O.) steeds *daarnevens* geplaatst en daarvan *onderscheiden* worden.

Het beroep op de artt. 3 en 4 R. O. kan de „adviseurs“ niet baten. Art. 3 leert — 't geen waarschijnlijk ook door Mr. RÖMER niet zal worden betwist — dat het O. M. bij

den Hoogen Raad wordt uitgeoefend door den Procureur-Generaal, doch beslist niets hoegenaamd over de hiërarchische verhouding tusschen dezen en de ambtenaren van 't O. M. bij de lagere colleges. En art. 4 zegt wel, dat 't O. M. in 't bijzonder belast is onder anderen met de vervolging der misdrijven, maar laat zich volstrekt niet uit over de vraag of de driedubbele taak, die hier bijzonder vermeld wordt aan alle ambtenaren van het O. M. gelijkelijk wordt opgedragen of wel tusschen die verschillende ambtenaren is verdeeld.

De verhouding tusschen de ambtenaren van het O. M. en de wijze waarop de hun in art. 4 R. O. collectief opgedragen taak tusschen hen verdeeld is, wordt geregeld niet in de wet op de R. O., maar in de vierde Afdeeling van het bij Kon. Besluit vastgestelde *„Reglement betreffende de wijze van eedsaflegging* enz. Bepaaldelijk op de artikelen 52—54 hebben wij hier het oog te vestigen.

De omstandigheid, dat deze artikelen die hier m. i. in de eerste plaats moeten in aanmerking komen, tot dusver door niemand in deze discussie getrokken zijn, noopt mij vóór alles te bewijzen dat ik het recht heb er mij op te beroepen.

't Is de vraag niet, of die artikelen wel in dat reglement t'huis behooren; 't is alleen de vraag of ze wettig verbindend zijn, zoodat ze tot verklaring eener *wet* kunnen dienen. M. i. *ja*. Een Koninklijk besluit heeft precies evenveel kracht als eene wet, *mits* de Koning 1°. bevoegd was het punt in kwestie te regelen en 2°. bij die regeling niet van de wet is afgeweken. Wat nu het eerste betreft, de bevoegdheid tot regeling der verhouding tusschen de ambtenaren van het O. M. en tot nadere verdeeling hunner werkzaamheden werd den Koning in art. 19 R. O. gegeven (*„inwendige dienst*»). Wat het tweede aangaat, de artt. 52—54 regl. strijden niet alleen met geen enkele wettelijke bepaling, maar vullen de artt. 3 en 4 R. O. aan op eene wijze die, z. a. straks nader zal blijken, met onze geheele wetgeving in volkomene harmonie is. Dat het Reglement, wat zijne vaststelling betreft, jonger is dan de Wet op de R. O. en het Wetb. van Strafv., zal men mij zeker niet tegenwerpen; *„posteriores leges ad priores*

pertinent, nisi contrariae sunt.» Het zou daarenboven ongerijmd zijn aan te nemen dat de Regeering van 1838 een ander stelsel huldigde, dan 't geen zij een paar jaren vroeger met de Staten-Generaal had aangenomen.

Welnu men leze slechts die artikelen 52—54:

a. Terwijl in art. 54 de ambtenaren van 't O. M. bij de Hoven, Rechtbanken en Kantongerechten belast worden *en* met de handhaving der wetten *en* met de (daarvan in de taal der wet, steeds onderscheidene) strafvervolging (1), wordt daarentegen aan het O. M. bij den Hoogen Raad, in Art. 52, alleen de eerste opgedragen.

Men zal antwoorden dat dit zeer natuurlijk is, daar de Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad, ook in het stelsel der adviseurs, toch niet rechtstreeks aan de gewone strafvervolging deel neemt. Concedo, doch dan zou toch moeten bepaald zijn dat de ambtenaren die er rechtstreeks aan deel nemen, dit doen onder toezicht en leiding van den Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad. Is dit nu het geval? Integendeel.

b. Terwijl in art. 54, de ambtenaren van 't O. M. bij de Rechtbanken en Kantongerechten aan den Procureur-Generaal bij het Hof ondergeschikt verklaard worden *en* ten aanzien der strafvervolging *en* ten aanzien der „handhaving der wetten,“ wordt in art. 53 de gehoorzaamheid van alle Parketten aan den Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad tot het laatste (*tot uitvoering van het vorig artikel*) beperkt. Eene beperking die te meer klemt, omdat in deze vierde Afdeeling (zie ook art. 55 en 58) blijkbaar de verhouding tuschen de ambtenaren van 't O. M. volledig geregeld wordt.

Juist van het stelsel der adviseurs kan alzoo gezegd worden dat het is een „stelsel buiten de wet,“ terwijl omgekeerd de bewering dat de Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad, ten aanzien der strafvervolging, buiten de hiërarchie en op een geheel neutraal standpunt geplaatst is, zoowel door de

(1) Dat de uitdrukking „*criminele justitie*“ hier *strafvervolging in 't algemeen*“ beteekent, is duidelijk, want art. 54 draagt hare uitoefening ook aan de ambtenaren van 't O. M. bij de *Kantongerechten* op.

geschiedenis als door de gansche wetgeving wordt bevestigd.

Door de geschiedenis. Alle Fransche schrijvers, 't zij ze vóór of na 1826 gescheven hebben, plaatsen den Proc.-Gen. bij 't Hof van cassatie, voor zooveel de strafvervolging betreft, buiten de hierarchie; allen leeren dat hij te dien opzichte noch bevelen te geven noch bevelen te ontvangen heeft, allen zoeken hier de éénheid van het O. M. in de rechtstreeksche ondergeschiktheid der Procureurs-Generaal in de verschillende ressorten aan den Minister van Justitie (1).

Nu vraag ik, op mijn beurt, aan de *„adviseurs“*: waaruit blijkt dat onze wetgever van dit, hem toch stellig bekende, stelsel heeft willen afwijken? Is het denkbaar, dat men zonder toelichting of opmerking, de geheele organisatie van het O. M. heeft veranderd?

In onze wetgeving vinden wij overal het oude, in de artt. 52—54 bekrachtigde stelsel aangenomen.

Twee voorbeelden:

1°. Terwijl aan de Officieren van Justitie de verplichting is opgelegd den Proc.-Gen. bij het Hof van alle hun bekende misdrijven kennis te geven, opdat hij hun intijds zijne voorschriften kunne doen toekomen (Art. 27 Strafv.), wordt soortgelijke mededeeling aan den Proc.-Gen. bij den H. R. eerst gedaan, wanneer de strafvervolging reeds geheel is afgelopen en alleen nog van cassatie in 't belang der wet sprake zijn kan. Zie de artt. 82 en 83 *Regl.*; ook in het laatste artikel is bij de woorden: *„het noodig gebruik“* als leen aan cassatie in 't belang der wet te denken, daar anders de mededeeling niet tot *„op het einde van iedere maand“* kon verschoven worden.

2°. De Proc.-Gen. bij het Hof kan den Officier van Justitie gebieden of verbieden appèl aan te teekenen (54 *Regl.*), ja hij zelf kan onmiddelijk van een vonnis der Rechtbank in hooger beroep komen (art. 242*b* Strafv.). Daarentegen

(1) Ook Prof. DE WAL doet dit opmerken. Jammer dat deze datgene wat op blz. 23, in een noot even wordt aangeroerd, niet op den voorgrond heeft gesteld.

nergens aan den Proc.-Gen. bij den H. R. de bevoegdheid gegeven zich òf door bevel òf door eigen handeling te mengen in de aanteekening van een gewoon beroep in cassatie (1). Hoe verklaart men dit verschil, wanneer de verhouding tusschen den Proc.-Gen. bij den H. R. en dien bij het Hof dezelfde is als die tusschen den laatste en den Officier van Justitie?

Mijne *eerste stelling* is alzoo deze:

Ten aanzien der strafvervolgung is de Proc.-Gen. bij den H. R. — altoos behoudens het exceptioneele geval van artt. 92 en 93 R. O., — lijdelijk en neutraal, heeft hij bevel noch van den Minister te ontvangen, noch aan de ambtenaren van 't O. M. bij de Hoven, Rechtbanken en Kantongerechten te geven. Bepaaldelijk — en dit komt ons dadelijk zeer te pas — geldt dit ook van de aanteekening van het (gewoon) beroep in cassatie, die hij noch zelf verrichten, noch gebiedē, noch verbieden mag. (De cassatie „in 't belang der wet“, behoort niet tot de „strafvervolgung,“ maar tot de „handhaving der wetten.“)

II.

Is dit waar, dan vloeit er logisch uit voort, dat de veroordeelde of van rechtsvervolgung ontslagene in cassatie zijne partij heeft te zien *niet* in den Proc.-Gen. bij den H. R., maar in het O. M. bij het college van welks uitspraak men in cassatie gekomen is.

Een proces met *één* partij, of een proces waarvan maar een partij meer in leven zou zijn, is een onding, even

(1) Mr. RÖMER voert in zijne voortreffelijke conclusie ook aan, dat de Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad „van eene ingestelde voorziening niet kan desisteeren of kan doen desisteeren“. Dit is waar, doch bewijst hier *te veel*, want geen enkel ambtenaar van 't O. M. kan, in welke instantie van 't geding ook, desisteeren, *zelfs niet* van de door hem zelven ingestelde vordering. Is eenmaal de rechter gesaisisseerd, dan kan men requireeren wat men wil, doch een *vonnis* moet er komen. Vgl. HÉLIE, *Traité*, d' I. C., II, blz. 403; MORIN, *Répert.*, I, blz. 741.

ondenkbaar als een huwelijk of een oorlog met één partij. De theorie der Regeering in 1863, volgens welke in cassatie slechts ééne partij aanwezig is, verdient inderdaad de qualificatie die de „adviseurs“ aan de argumenten hunner tegenstanders geven. Wanneer dan ook in het „advies“ gevraagd wordt: „Is het juridisch denkbaar, dat de Staat in cassatie niet meer als eischer in het geding blijft betrokken? — „dat het O. M. de voorziening als partij laat varen, zoodra de H. R. van de zaak is gesaisisseerd“ en „in cassatie geheel lijdelijk wordt?“ — dat er „in cassatie geen bekl. of besch. meer zou zijn, terwijl toch uit art. 403 het tegendeel blijkt“ — dan antwoord ik op al die vragen met de schrijvers ontkenkend. Doch meer systematisch en billijker zouden de adviseurs gehandeld hebben, wanneer zij al die vragen, in plaats van ze door het gansche boekje heen te strooien, bij elkaar gevoegd hadden, met de bijvoeging, dat daardoor niemand getroffen wordt dan alleen de steller der Mem. van Toel. in 1863. Noch de Hooge Raad (1), noch Mr. RÖMER, noch Jhr. DE BOSCH KEMPER, noch Prof. DE WAL, noch de ondergeteekende behoeven zich dit alles aan te trekken en wij verzoeken de adviseurs beleefdelyk dit punt verder met den steller dier Memorie af te doen.

Er is wel degelyk eene wederpartij, doch dien vinden wij in den ambtenaar van 't O. M. bij 't college *a quo*.

Nu gelieven de „adviseurs“ te zeggen: „nòg vreemder dan een proces met ééne partij zou zijn een proces met twee partijen, waarvan de eene op de zitting niet aanwezig kan zijn.“

Ik antwoord: uwe verbazing zou alleen dán grond hebben, wanneer er voor den H. R. *gedebatteerd* moest worden, doch juist over dit laatste twisten wij. Beroep op „vreemdheid“ is hier dus eenvoudig eene *petitio principii*. — De ambtenaar van 't college *a quo* moet als requirant en *kan* als gereq. op

(1) De H. R. heeft zich nooit, ook niet in zijn advies van 1863 (geelyk onze „adviseurs“ ons zouden doen denken), met die Regeeringstheorie vereenigd. Evenmin Prof. DE WAL, ook al heeft het er op blz. 24 een oogeblik den schijn van.

de zitting door eene memorie vertegenwoordigd zijn. Maakt hij als geref. van de bevoegdheid tot contra-memorie geen gebruik, dan staat hij gelijk met den vervolgde wanneer deze noch door memorie noch op de zitting iets van zich heeft doen hooren, zonder dat hij echter daardoor het karakter van *partij* verliest. Wanneer men verder in 't oog houdt: 1°. dat in strafzaken alleen over *feiten* litiscontestatie plaats heeft en 2°. dat, als de vervolgde niets van zich doet hooren, toch in cassatie geen verstek verleend wordt, dan zal de verbazing over de persoonlijke afwezigheid van minstens een der beide partijen in het *cassatie*-proces wellicht langzamerhand verdwijnen.

Juist omgekeerd beweer ik, dat het, nu eenmaal de Proc.-Gen. bij den H. R. ten aanzien der strafvervolging op een neutraal en lijdelijk standpunt geplaatst is, de tastbaarste ongerijmdheid zou zijn als de wet hem tot *partij* in het cassatieproces gemaakt had. Het stelsel der „adviseurs“ is eene *logische tegenstrijdigheid*. Om den Proc.-Gen. bij den H. R. ook in het gewoon cassatieproces tot *partij* te kunnen maken, zijn zij genoodzaakt in hem, ook ten aanzien der strafvervolging, het hierarchisch hoofd van het geheel Ned. O. M. te zien. Toch kunnen ook zij niet loochenen — ook al laten zij er zich wijselijk niet over uit — dat die Proc.-Gen. de aanteekening van een gewoon beroep in cassatie, noch verrichten, noch gelasten, noch verbieden kan. Die Proc.-Gen. wordt dus, volgens hen, *partij* ONWILLENS, ja zelfs ZIJNS ONDANKS. M. a. w. hij is *tegelijkertijd* èn de chef èn (op dit kapitale punt) de ondergeschikte, die zich door zijne inferieuren een rol ziet opdragen die hem wellicht in 't minst niet bevalt.

Heeft echter onze wetgever dit ongerijmde stelsel aangenomen?

Het tegendeel is waar. Overal wordt het O. M. bij den H. R., hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend, van de partijen in het gewone cassatieproces onderscheiden. Men leze b. v. art. 96 R. O.; men vergelijke de artt. 380, 391, 390 en 406 Strafv. met de artt. 98 R. O. en 381 Strafv.

Te vergeefs beroepen zich de "adviseurs" op de artt. 384, 394, 398, 399, 401, 395 en 403 Strafv.

In 384*d* en 394*b* kan, op grond van de zoo even aangehaalde bepalingen, met "Procureur-Generaal" slechts de Proc.-Gen. bij 't Hof bedoeld zijn (1). Nu is het waar dat die uitdrukking onnauwkeurig is, daar het beroep soms door den ambtenaar van het O. M. bij de Rechtbank of het Kantongerecht wordt ingesteld. Wie echter in 't oog houdt dat het "*pars pro toto*", het letten alleen op "*id quod plerumque fit*," zich vooral in dit wetboek dikwijls voordoet, zal, zoo ergens, hier het "*scire leges*" etc. toepasselijk achten en "Proc.-Gen." hier vertolken door: "ambtenaar van 't O. M. bij 't college a quo". Wie hier aan de letter blijft hangen, stelt zich gelijk met dengene die door de woorden: "Hij die" de vrouwen uitgesloten acht.

Hoe men hier in twijfel kon staan, is mij vooral een raadsel voor zooveel art. 394 betreft. Het komt niet te pas, aan A uitstel te verleen tot volbrenging eener taak die aan B. is opgedragen: de Proc.-Gen., aan wien, volgens het 2de lid, nog een "korte termijn" kan verleend worden, moet dus dezelfde ambtenaar zijn die krachtens het Iste lid tot indiening eener memorie verplicht is, d. i. dus die welke het beroep in cassatie heeft aangeteekend; wie deze laatste ambtenaar is, blijkt ondubbelzinnig uit art. 391 en juist van dien ambtenaar is volgens het 2de lid van art. 394 de gerequireerde de "*wederpartij*." Was in art. 394*b* aan den Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad te denken, dan zou de wet ook daarom eene onbegrijpelijke bepaling bevatten, omdat deze, als op de zitting tegenwoordig, zijne middelen, even goed als de geref. zelf, mondeling zou kunnen voordragen.

De adviseurs meenen dat hier toch de Proc.-Gen. bij den H. R. moet bedoeld zijn, "omdat een verzoek tot uitstel alleen geschieden kan ter teregtzitting." Doch ik vraag: waaruit blijkt, dat het uitstel moet *verzocht* worden? Er is in het

(1) Ook overeenkomstig de Fransche usantie is "Proc.-Gen." bij uitnemendheid die bij het Hof.

2de lid van art. 394 wel van een „verzoek” sprake, doch dit ziet op de „tenietdoening van het beroep” en volstrekt niet op het „toestaan van een termijn.” Wil men uit het woord „toestaan” afleiden dat het *ambtshalve* verleen van dien termijn hier is uitgesloten — iets dat mij letterknechterij zou toeschijnen — wat nog? Waar is verboden dat de afwezige eischer in cassatie *schriftelijk* aan den Hoogen Raad een verzoek tot uitstel doet toekomen?

Art. 398 geeft den Proc.-Gen. bij den H. R. het recht tot inzage der stukken. Zeer natuurlijk, want hij moet zich op zijne conclusie voorbereiden. Doch wordt hij daardoor *partij*? Zoo ja, dan is ook de rapporteur partij, want die heeft dat recht evenzeer.

In art. 399 zou, volgens de adviseurs, bepaald zijn, dat de Proc. Gen. bij den H. R. het *appointment provoeeert*. Daarvan is in de wet niets te lezen; de Voorzitter doet het *ambtshalve*. Wel spreekt het van zelf, dat de Proc.-Gen., bij de inlevering der stukken, een dag zal *voorstellen*, doch hoe hij door dien maatregel van orde *partij* kan worden, gaat mijn begrip te boven.

Evenmin wordt hij dat door de zorg voor de „beteekening” hem in art. 401 opgedragen. Eene „beteekening” is geene „dagvaarding” (die hier trouwens, daar toch geen verstek verleend wordt, niet te pas kan komen), maar eene eenvoudige kennisgeving, die korthedshalve, rechtstreeks door den Proc.-Gen., als orgaan van den buiten partijen staanden Hoogen Raad, aan den belanghebbende wordt toegezonden.

Meer schijn van grond heeft het beroep op art. 395.

Vóór alles, moeten wij onderzoeken of in dit artikel van eene nadere memorie of wel van mondelinge voordracht op de zitting sprake is. De Heer DE WAL en Mr. RÖMER beweren het eerste; de „adviseurs”, in overeenstemming met een arrest van den H. R. van 1853, het laatste.

Mr. A. DE PINTO maakte zich in zijne pleidooi aan eene vergissing schuldig toen hij zeide: „Worden er op de zitting nieuwe middelen voorgesteld — zegt art. 395 — dan kan

aan de wederpartij uitstel worden verleend», etc. De hier cursief gedrukte woorden zijn al weêr niet in de wet te lezen.

Noch de plaats van het artikel, noch de geschiedenis geven ons eenig licht. Beroep op de plaatsing is bij later ingeschoven artikelen niet toegelaten; daarenboven zou het ons hier niets verder brengen, want terwijl art. 394b ons reeds op de zitting verplaatst, is er in de artt. 396 en volgg. weder sprake van handelingen die aan de zitting voorafgaan.

Uit de geschiedenis blijkt alleen dat art. 395 strekt om te zorgen «dat de veroordeelde evenzeer met de middelen van den Proc.-Gen. als deze met de gronden door den veroordeelde aangevoerd bekend worde.» Mr. A. DE PINTO, die zich op deze plaats beriep, zal mij echter toegeven dat wij (eenmaal afgezien van de onjuiste uitdrukking «Proc.-Gen.») daardoor al weêr niet verder komen. De Officier te Tiel heeft, om met de schriftelijk door den Advocaat rechtstreeks aan den Hoogen Raad ingediende middelen bekend te worden, stellig aan uitstel nog meer behoefte, dan de Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad om bekend te worden met de middelen in zijne tegenwoordigheid op de zitting voorgedragen. Ja, ware het niet duidelijk dat de wet tijd niet slechts tot «bekend worden», maar ook tot «overweging» geven wil, men zou, juist omgekeerd, de geschiedenis als een argument *tegen* het stelsel van den geachten pleiter kunnen aanvoeren.

Toch ben ook ik, even als de adviseurs en de Hooge Raad, van oordeel dat in art. 395 alleen aan «mondelijke voordracht op de zitting» te denken is. Om twee redenen.

1°. Toegegeven (wat ik volstrekt niet betwist) dat eene contramemorie bestaanbaar is, ja aangenomen zelfs dat nog memoriën van re- en dupliek mogen gewisseld worden, dan zijn toch al die memoriën reeds onder de uitdrukking: «onverminderd de middelen van cassatie bij de wederzijdsche memoriën» begrepen en kan dus bij de woorden: «kunnen nog andere worden voorgedragen» uitsluitend aan mondelinge voordracht gedacht worden.

2°. Indien de uitlegging van Prof. DE WAL juist ware, aan welk artikel ontleent dan de Advocaat de bevoegdheid

om op de zitting middelen voor te dragen, met dat gevolg, dat de Hooge Raad er eene uitdrukkelijke beslissing over geven moet?

Ik geef derhalve aan de „adviseurs” toe, dat in art. 395 eene mondelinge voordracht op de zitting bedoeld wordt. Meer, ik geef toe, dat men, bij de redactie van dat artikel het aangenomen stelsel niet helder voor oogen had. Maar ik ontken dat dit door zoovele bepalingen gestaafde stelsel door dit artikel wordt omvergeworpen.

Immers art. 395 geeft de bevoegdheid tot voordracht van nieuwe middelen op de zitting volstrekt niet *uitdrukkelijk* aan den Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad, maar het kent die slechts in 't algemeen toe. Aan wie? Natuurlijk — daarover zijn wij 't allen eens — alleen aan „partijen.” Wie zijn partijen? Daarover laat art. 395 zich volstrekt niet uit en de geheele wet antwoordt: de Verdediging en het O. M. bij het college *a quo*, dezelfden (zooals trouwens zoowel uit art. 395 als uit 't verband met het vorige artikel blijkt) van wie de memoriën afkomstig zijn. De uitlegger heeft dus op art. 395 eenvoudig aan te teekenen: dit art. geeft aan partijen eene bevoegdheid waarvan slechts één harer (de Verdediging) persoonlijk gebruik kan maken. De andere, niet op de zitting vertegenwoordigd zijnde, kan hare middelen nooit anders dan schriftelijk indienen.

Wat den Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad betreft, deze kan, ja moet natuurlijk (niet op grond van art. 395, maar eenvoudig omdat hij adviseur is), in zijne conclusie opmerkzaam maken op gronden die tot cassatie (*ambtshalve*) zouden moeten leiden. Doch juist omdat hij geene „partij” is, behoeft, als die gronden niet aannemelijk bevonden worden, in het arrest geene uitdrukkelijke beslissing daarover voor te komen. Dit is dan ook terecht constante gewoonte van den Hoogen Raad. Ware het stelsel der „adviseurs” juist, dan zou het hoogste rechtscollege zich, sinds zijne oprichting af, jegens zijn O. M. stelselmatig aan rechtsweigeren hebben schuldig gemaakt, — een misbruik dat zeker niet minder erg zou zijn dan de weigering van 't laatste woord aan de

Verdediging en dat dus in het „advies“ wel een plaatsje verdiend had. Nooit echter heeft het O. M. bij den Hoogen Raad zich beklaagd. Waaruit volgt, dat behalve den Hoogen Raad zelven, ook het Parket bij dat college van den aanvang af het stelsel is toegedaan geweest, dat door de adviseurs als eene tastbare ongerijmdheid wordt verworpen!

En nu eindelijk art. 403. Uit dit artikel putten de adviseurs vier bewijzen voor hunne stelling dat de Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad partij is en requisitoir neemt. Een daarvan — het beroep op de orde waarin hier eerst van den Proc.-Gen., daarna van den Advocaat gesproken wordt, is door Prof. DE WAL voldingend weêrlegd. Het tweede — ontleend aan de uitdrukking: „beklaagde of beschuldigde“ treft — gelijk we zagen — alleen hen die in cassatie slechts één partij aanwezig achten. Twee andere, door Prof. DE WAL niet gereleveerd, moeten nog besproken worden.

„Waarom, als de advocaat het woord voert als partij, de Proc.-Gen. alleen om te adviseren, ten aanzien van beider voordragt dezelfde uitdrukking gebezigd?“

Ik erken dat, even als art. 395, ook art. 403 slordig geredigeerd is; ook bij de vaststelling van het laatste artikel had de wetgever het aangenomen stelsel niet helder voor oogen. Toch verwerpt hij ook hier dat stelsel niet *uitdrukkelijk*; toch is het *mogelijk* en dus ook *plicht* het artikel zoo uit te leggen dat het in het stelsel der wet past. En als Mr. A. DE PRINTO, met het oog op de dubbelzinnigheid van deze bepaling uitroept: „*in dubio pro reo*“, dan doe ik hem opmerken, dat die regel van *wetstoepassing* den voorrang moet afstaan aan den regel van *wetsuitlegging*: „*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, judicare vel respondere.*“

De uitdrukking: „het woord voeren“ is dubbelzinnig en kan, voorzooveel den Proc. Gen. betreft, zoowel *requireeren* als *concludeeren* beteekenen. Waar moeten we nu de juiste beteekenis opspreken?

Bij Mr. VOORDUIN (1), zooals door de adviseurs gedaan

(1) VII, 553.

wordt? Ik antwoord: de 4e Afdeeling, zelfs met de Regeering er bij (als men dezer stilzwijgen als toestemmen wil aanmerken), is *de* wetgever niet. Wetsuitlegging is de reconstructie der gedachte van *den* wetgever. Die gedachte spreekt duidelijker uit het systeem der wet dan uit de geschiedenis van enkele artikelen. Waaruit volgt, dat, tot uitlegging van een dubbelzinnig artikel, beroep op de daarover gewisselde stukken en gevoerde beraadslagingen eerst dan te pas komt, wanneer beroep op het systeem der wet ons niet gebaat heeft. (1)

Welnu — uit het ons bekende systeem der wet blijkt, dat de Proc.-Gen. als hij in gevolge art. 403 *„het woord voert”* eene *conclusie* neemt en geen *requisitoir*.

Nog één argument van de adviseurs blijft over. *„Waarom — zoo vragen zij — als de Proc.-Gen. in art. 403 slechts eene conclusie neemt in de zaak van een ander, dit niet, even als in art. 230 Strafv. vermeld?”* Ik antwoord met de wedervraag: waarom, als de Proc.-Gen. in art. 403 een *requisitoir* neemt, dit niet, even als in de artt. 202, 229, 316, 326 enz., vermeld?

Maar genoeg. Wat logisch uit onze eerste stelling voortvloeit, tallooze malen bevestigd, soms in 't midden gelaten, nergens weêrsproken wordt, kunnen wij thans als *tweede stelling* aannemen:

De Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad is, in het gewone cassatieproces, geene partij die requireert, maar een adviseur (2) die concludeert.

III.

Uit de 2e stelling vloeit voort, dat de Verdediging (tenzij

(1) VON SAVIGNY, *„System des H. Römischen Rechts.”* tom. I, blz. 223, vlgg.

(2) *„Gevoegde partij”* acht ik hier eene onjuiste uitdrukking.

de wet het tegendeel mocht hebben bepaald) noch *recht* heeft om op de voordracht van het O. M. te antwoorden, noch tot het laatste woord kan worden toegelaten

Prof. DE WAL (1) betwist het recht tot die gevolgtrekking, ja laat het zelfs in 't midden of volgens ons stellig recht der Verdediging het laatste woord zou kunnen worden vergund. (2) De omstandigheid dat de Proc.-Gen. bij den H. R. op andere gronden kan wijzen dan die door het O. M. bij het college *a quo* zijn aangevoerd, doet den S. gelooven dat die Proc.-Gen. met de Verdediging *kan* debatteeren (ook al heeft *deze* er tegenwoordig het *recht* niet toe) zonder daardoor dat O. M. te vertegenwoordigen, d. i. zonder daardoor „partij” te worden.

Mocht mijn geachte Leermeester bij deze zienswijze volharder, dan vrees ik dat het woord van Mr. A. DE PINTO zich zal verwezenlijken: „Met den Hoogleraar DE WAL zou ik wel klaar komen.” Ja meer, ik zou dit dan hopen, want van veel meer belang dan het recht op 't laatste woord op zich zelf, acht ik het dat het logisch verband tusschen mijne drie stellingen erkend en ook in de nieuwe wetgeving aangenomen worde.

Inderdaad, het komt mij voor dat Mr. D. W. hier, onwillens, den grondslag verloochent waarop zijne m. i. juiste betwisting van een *recht* op antwoord alleen te bouwen is. Al *kon* zelfs de Verdediging debatteeren met iemand die, z. a. Mr. D. W. terecht beweert, haar partij *niet* is (iets wat mij even vreemd voorkomt als bv. een debat tusschen den advokaat en den *rapporteur*), wat nog? Aan het advies van den adviseur is *niets* onttrokken, ook niet de hier vooronderstelde repliek van den advokaat. Is dus, gelijk Mr. D. W. terecht verklaart, de P. G. *adviseur*, dan *moet* hij en hij alleen altoos en onvoorwaardelijk het *laatste* woord hebben.

(1) Blz. 24 en 34.

(2) Blz. 35, noot.

Tenzij natuurlijk de wet de consequentie van haar stelsel verloochend mocht hebben. Is dit, voor zooveel het tegenwoordige Wetboek betreft, het geval?

Vóór alles moet ik protesteeren tegen de bewering der adviseurs dat „het laatste woord aan de Verdediging” een algemeene regel zou zijn, die alleen door een „ondubbelzinnig voorschrift” zou kunnen worden buitengesloten. De wet bevat dien algemeenen regel nergens, maar wel eene bijzondere bepaling (1), die overal (2) behalve juist in den 18en titel herhaald is. En terwijl ik mij wel zal wachten de argumentatio a contrario te gebruiken, mag ik omgekeerd vragen, dat men niet door eene „stelling buiten de wet” den bewijslast op ons overdrage. Ja meer. Nu eenmaal gebleken is dat de Proc-Gen. bij den Hoogen Raad eene *conclusie* neemt en dat hij, uit den aard der zaak, als adviseur altoos het laatste woord *moet* hebben, nu mag ik zeggen dat de bewijslast rust op hen die het aan den advokaat willen toekennen.

Nu beroepen zich de adviseurs op art. 403. 't Is ons echter reeds gebleken dat de 4 argumenten die men aan dat artikel ontleent om den Proc-Gen. tot requireerende partij te maken, die vóór den advokaat het woord voert, allen onhoudbaar zijn. En wat het „laatste woord aan den advokaat” betreft, daarvan is in dat artikel niets hoegenaamd te lezen.

Doch, „waarom den bekl. dan niet, even als in art. 230 Strafv. en in 328 Regtsv., het regt toegekend om ten minste door „schriftelijke bedenkingen” de onjuiste voorstellingen van het O. M. te releveren?”

Ik stem toe, dat het antwoord door Prof. D. W. op deze vraag der adviseurs gegeven, door Mr. A. DE PINTO, in zijne pleidooi in hoofdzaak is weérlegd en dat inderdaad de wetgever dat recht ook hier had moeten geven. Doch dit

(1) Art. 202 b.

(2) Artt. 227, 253, 247 en 256.

bewijst alleen dat de wetgever, voorzooveel de straf-cassatie betreft, *even als de auteur van het jongste ontwerp van een Wetb. van Burg. Regtsv.* de (m. i. onjuiste) meening was toegedaan, dat «rectificatie van eene verkeerde voorstelling der feiten in cassatie niet te pas kan komen.»

Onze *derde stelling* is alzoo deze:

De advokaat heeft het recht niet om op de conclusie van den Proc.-Gen. te antwoorden en mag, onder de heerschappij van het tegenwoordige Wetboek, evenmin daartoe vergunning bekomen.

IV.

Ten slotte een enkel woord over het *jus constituendum*.

Prof. DE WAL is van oordeel, dat aan de Verdediging bepaaldelijk dan het laatste woord moet toegekend worden, wanneer òf door den Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad gronden tot cassatie mogen worden aangevoerd, tot dusver niet vermeld, òf door den H. R. ten principale kan worden recht gesproken; — alles echter behoudens het «onschatbare beginsel», dat de Proc.-Gen. bij den H. R. buiten de partijen staat.

Met bescheidenheid beweer ik dat de geachte Hoogleraar 1°. niet genoeg vraagt: 2°. iets tegenstrijdigs verlangt.

Ad I^{um}. *Niet genoeg*. Immers:

a. Ook al voert de Proc.-Gen. geene nieuwe middelen aan, hij kan toch ten aanzien van de oude middelen nieuwe argumenten bezigen, waarover debat wenschelijk zou zijn. Al mocht de Hooge Raad nooit ten principale recht spreken, ook de eenvoudige verwerping van den eisch tot cassatie beslist onherroepelijk over het lot van den vervolgde.

b. Zoolang de H. R. ook *ambtshalve*, zelfs op gronden, die ook de Proc.-Gen. bij *dat college niet aanvoerde*, casseeren en ten principale *veroordeelen* mag, is zelfs de toekenning van het recht op 't laatste woord aan de Verdediging niet voldoende om voorafgaand debat over qualificatie en straf te waarborgen. Wat zou het den Velzers gebaat hebben,

als hun advocaat op de geheel met zijne (ook met mijne) zienswijze strookende conclusie van Mr. RÖMER had mogen antwoorden? Wie het debat volkomen wil waarborgen en verrassingen voorkomen als die welke ons de Hooge Raad in de bedoelde zaak vooral door zijne nieuwe *dolus*-leer (1) bereidde, moet nog iets meer doen dan alleen aan de Verdediging het laatste woord toekennen. Hij moet de bevoegdheid van den Hoogen Raad om ten principale een *veroordeelend* arrest uit te spreken, beperken tot 't geval dat daartoe door den Proc.-Gen. *bij dat college* een eisch is gedaan.

Ad II^{um}. *Iets tegenstrijdigs.*

Gelijk wij reeds opmerkten, zoo lang de Proc.-Gen. buiten, boven de partijen blijft staan, *moet*, daar niets, ook een pleidooi van den advocaat niet, aan zijn advies kan worden onttrokken, hem en hem alleen het recht op 't laatste woord worden toegekend. Wil men dus de Verdediging het laatst doen spreken, dan *moet* men den Proc.-Gen. tot *partij* maken. En dit laatste wordt eerst mogelijk, wanneer men hem, die toch zeker nooit onwillens, zijn ondanks, partij mag worden, ook ten aanzien der strafvervolgving tot het hierarchisch hoofd van het Ned. O. M. verklare.

Het spreekt dan ook van zelf, dat ik mij geenszins vereenigen kan met hetgeen omtrent een en ander in het ahangig ontwerp (Titel X) bepaald is. Ook dat ontwerp geeft niet genoeg. Tevens hinkt het op twee gedachten; aan den eenen kant toch handhaaft het de theorie, dat de Proc.-Gen. geene partij is, maar een concludeerend adviseur, die eerst *na* de pleidooi van den advocaat aan 't woord komt (art. 11, *b*); aan den anderen kant worden de middelen van den Proc.-Gen. en van den advocaat op ééne lijn gesteld (art. 12, *a*) en *dezen* het laatste woord toegekend (art. 11, *c*).

Zal men nu met de adviseurs (blz. 12) vergoelijkend zeggen:

(1) Vooral hierdoor. Het voorbijzien van een artikel beteekent niets in vergelijking van de leer dat «*dolus*» aanwezig is wanneer men, willens en wetens, iets doet dat men (gelijk hier feitelijk terecht of te onrecht beslist was) te goeder trouw geoorloofd ja plichtmatig acht.

„ met zulk eene toepassing kan de leer niet veel kwaad ? „
Ik heb van hen te goede gedachte dan dat ik hier aan ernst kan denken.

Ook ik wensch, dat ook in cassatie het laatste woord aan de Verdediging gegeven worde en, nog meer volkomen dan zelfs de adviseurs het vragen, debat gewaarborgd zij. Maar nooit ten koste van de boven alles onschatbare consequentie.

Wat belet den Proc.-Gen. bij den H. R., ook ten aanzien der strafvervolging, tot hierarchisch Hoofd van het Ned. O. M. en tot partij ook in het gewone cassatieproces te maken? Wie daarin eene degradatie ziet, vergeet, ni fallor, welke schoone positie ook aan de ambtenaren van het O. M. bij de lagere colleges is aangewezen. Ook deze, hoewel partij, zijn echter, voor zooveel het den mensch mogelijk is, niet partijdig. Dit is juist het schoonste en rijkste beginsel in het strafproces, dat het eischend O. M. een dominus litis vertegenwoordigt, wien het niet om het winnen van zijn proces, maar eenig en alleen om de waarheid te doen is, die de vrijspraak van den niet-schuldige niet minder dan de veroordeeling van den schuldige verlangt, die dus van zijne woordvoorders eischt dat zij met evenveel ijver opsporen en in 't licht stellen wat ontlast als wat bezwaart. De verwezenlijking van dit ideaal vindt hare perken in de menschelijke onvolmaaktheid, maar bestaan die bij het Parket van den Hoogen Raad niet evenzeer? Welnu, dan vraag ik met de adviseurs, wat verschil er, wat de feitelijke onpartijdigheid betreft, zelfs nu tusschen dat parket en de andere ambtenaren van het O. M. bestaat?

Voorts wat belet de rechtspraak van den Hoogen Raad ten principale te beperken door het beginsel „*ne ultra petita?* „ Zou niet juist daardoor en dáárdóór alleen, het grootste bezwaar vervallen dat tegen die rechtspraak (waarvan de afschaffing weer andere en grootere bezwaren zou meëbrengen) bestaat?

Men werpe niet tegen dat die regel een zuiver-burgerlijk-rechtelijke is. Dat is hij tegenwoordig bij ons, doch 't voorbeeld van Engeland bewijst dat hij dit niet is uit zijn aard. —

Beweert men dat ik dan ook den eersten rechter door dien regel zou moeten wenschen te binden ('t geen bezwaren hebben zou) dan antwoord ik dat de gevallen volstrekt niet gelijk staan. Indien de *judex facti* eene qualificatie aanneemt en eene straf oplegt voor beide partijen even verrassend, dan blijft de troost qu'il y a des juges à Berlin. Zonder inconsequentie meen ik dus te mogen vragen dat, terwijl bij den *judex facti* *alleen* over de *feiten* litis contestatie loopt, daarentegen bij den ten principale rechtdoenden Hoogen Raad, voor wien de feiten reeds vast staan, over de qualificatie en de straf litiscontestatie plaats grijpe.

Op grond van een en ander stel ik voor:

1^o. Er worde bepaald, dat in cassatie, even als in appel, onverschillig wie requirant en wie gereq. is, 't eerst door den Proc.-Gen., daarna door de Verdediging 't woord gevoerd worde, met recht van re- en dupliek, zoodat altoos aan de Verdediging 't laatste woord verblijve (1).

2^o. Maar dan worde ook aan dien Proc.-Gen. de rol van partij in het gewone cassatie-proces opgedragen.

3^o. En dan worde hij, ook ten aanzien der strafvervolging, tot hierarchisch Hoofd van het geheele Nederlandsch Openbaar Ministerie verheven.

4^o. De bevoegdheid van den Hoogen Raad om ten principale een *veroordeelend* arrest uit te spreken, worde beperkt binnen de grenzen van den eisch door den Proc.-Gen. bij *dat* college gedaan. Meent de Hooge Raad dat de feiten eene zwaardere qualificatie verdienen dan er door dien Proc.-Gen. aan gegeven is, dan zij renvooi verplichtend.

A. E. J. MODDERMAN.

(1) Door 't recht van re- en dupliek vervalt het bezwaar door Prof. DE WAL op blz. 30—31 geopperd. Trouwens, als de advokaat de kans om den Proc.-Gen. tot zijn stelsel over te halen, moest koopen voor het gevaar dat hij bij den rechter den indruk van de rede van den Proc.-Gen. niet meer kan uitwischen, dan ware die koopprijs wel wat duur.

ACADEMISCHE LITERATUUR.

G. H. BUSKES, *Eenige aantekeningen over notariële akten.*
241 pag., 8°. Utrecht, A. J. VAN HUFFEL, 1869.

Onder de wetten, waarvan eene herziening door de regering reeds geruimen tijd is aangekondigd en door eene van regeringswege benoemde commissie wordt voorbereid, behoort ook de wet op het Notarisambt.

Reeds met het oog hierop verdient het proefschrift van den Heer BUSKES onze aandacht. Niet alleen toch geeft de schrijver ons eene uitlegging van de artikelen der wet van 9 Julij 1842 op het Notarisambt, maar ook zijne aanmerkingen op deze wet, zoo dikwijls hare bepalingen hem onduidelijk of minder juist toeschijnen, onthoudt hij ons niet; zoowel bij de toepassing der bestaande wet, als bij hare herziening zal dit proefschrift dan ook dikwijls met vrucht geraadpleegd kunnen worden.

De inleiding is gewijd aan een historisch overzicht van het onderwerp. Kort en zakelijk wordt daarin aangetoond, dat uit het beroep van den Romeinschen slaaf die als scriba, zonder daartoe van overheidswege te zijn aangesteld, de handelingen en overeenkomsten der burgers in geschrift bragt, zich allengs de ambtsbediening van den notaris heeft ontwikkeld, die als openbaar ambtenaar aan de door hem in bepaalden vorm verleden akten authentieke kracht geeft. De schrijver vermeldt daarna de wettelijke bepalingen, die ten doel hadden het misbruik door de notarissen in verschillende tijden van de hun verleende magt gemaakt en het bedrog bij het verlijden der akten gepleegd te voorkomen, en eindigt dit geschiedkundig overzicht met de mededeeling dat de toelichting der wet van 9 Julij 1842 (*Stbl.* no. 20) op het Notarisambt het onderwerp van dit proefschrift uitmaakt. De behandeling is verdeeld in drie hoofdstukken. Hoofdstuk I is gewijd aan de beantwoording der vraag wat authentieke akten en in het algemeen wat notariële akten zijn. Hoofdstuk II behandelt de

wettelijke vereischten voor de regtsgeldigheid eener notariële akte. De aanvang van dit hoofdstuk bevat eenige algemeene beschouwingen, o. a. omtrent de aanstelling en de schorsing van den notaris, de onderteekening der akten door den notaris; zij zijn als de inleiding te beschouwen tot hetgeen in dit en het volgende hoofdstuk later uitvoeriger wordt behandeld. In § 1 wordt de werkring van den notaris omschreven, terwijl § 2 de vereischten om tot notaris benoemd te worden, de wijze van benoeming, de aanvaarding dezer betrekking, de schorsing en afzetting der notarissen behandelt. Ware het mij geoorloofd omtrent deze volgorde eene opmerking te maken, het zou deze zijn dat § 2 aan § 1 had moeten voorafgaan, omdat de beantwoording der vraag welke de werkring van den notaris is eerst dan practisch belang heeft, wanneer men weet aan welke vereischten men moet voldoen om tot de uitoefening van dit ambt bevoegd te zijn.

Tot deze vereischten behoort o. a. het afleggen van den in art. 18 omschreven eed of belofte. De schrijver beweert op grond van het K. B. van 26 Oct. 1818, dat de Israëlieten ook thans nog dien eed met gedekten hoofde moeten afleggen. Ik acht dit onjuist. Dit Kon. besluit is alleen het uitvloeisel van art. 30 K. B. van 11 Dec. 1813 (*Stbl.* n^o. 10), waarbij voor de eedsaflegging de van ouds gebruikelijke formulieren zijn voorgeschreven, en nu is zooveel zeker, dat welke kracht het K. B. van 1818, dat in het Staatsblad niet is afgekondigd, vóór 1854 moge gehad hebben, het na de invoering der wet van 29 Junij 1854 (*Stbl.* n^o. 102), waarbij het K. B. van 1813 werd afgeschaft, niet meer verbindend geacht kan worden. Onder onze tegenwoordige wetgeving zullen de Israëlieten dus niet genoodzaakt kunnen worden, den eed met gedekten hoofde af te leggen. De meening van den schrijver, dat alleen de Doopsgezinden in plaats van den eed, de belofte zouden mogen afleggen, kan ik niet deelen. Het artikel zegt, dat de notaris naar de wijze *zijner* godsdienstige gezindheid den eed of de belofte moet afleggen, en reeds herhaaldelijk is op m. i. zeer juiste gronden betoogd, dat deze woorden, evenmin als de daarmede gelijkkluidende van art. 183 W. v.

Strafv. in dien beperkten zin mogen opgevat worden, daar dit in strijd zou zijn zoowel met de bedoeling als met de letter van de grondwet (1) „Bepaalde straf“, zegt schr., „heeft de wetgever voor hem, die ofschoon niet tot de Doopsgezinde gemeente behorende, toch weigert den eed af te leggen, niet bepaald, dan in zoover dat hij na weigering zijn ambt niet uitoefenen kan.“ Maar juist hieruit blijkt de onjuistheid der bewering. De tot notaris benoemde persoon zou dan, in strijd met art. 166 Grondwet, alleen ten gevolge zijner godsdienstige overtuiging, verstoken zijn van de bevoegdheid zijne ambtsbediening uit te oefenen.

In § 3 van hetzelfde hoofdstuk, de meest uitvoerige van allen behandelt de heer B. op zeer verdienstelijke wijze de vereischten waaraan de getuigen zullen moeten voldoen, en de redenen die hen hetzij onbevoegd hetzij onbekwaam maken, terwijl hij daaraan eenige opmerkingen omtrent de verschijnende partijen toevoegt. Niet alleen dat de notaris ter voorkoming van bedrog zich moet overtuigen dat de verschijnende personen en getuigen werkelijk diegene zijn waarvoor zij zich uitgeven, maar hij is ook verplicht te zorgen, dat de getuigen aan alle bij de wet voorgeschreven vereischten voldoen. Daartoe is het in de eerste plaats noodig, dat deze personen hem bekend zijn; bij gebreke daarvan zal hem de identiteit en de bevoegdheid der getuigen, en de identiteit der verschijnende personen door anderen verklaard moeten worden. Te regt wijst Schr. er op, dat deze bepaling, hoe wenschelijk ook met het oog op de geloofwaardigheid der notariële akten, den notaris echter dikwijls groote moeilijkheden en oponthoud zal veroorzaken. Ik geloof echter dat hij te ver gaat, wanneer hij beweert dat de notaris ook moet instaan voor de bevoegdheid der verschijnende partijen. De notaris is verplicht te zorgen, dat alle de door de wet voor de authenticiteit der akten voorgeschreven vormen in acht genomen worden; alleen voor het

(1) DE PINO, *Handl. tot het Wetb. v. Strafv.*, 2e ged., § 127.4. — *N. Bijdr. v. Regtsgeel. en Wetg.*, XVIII, 2. bl. 303.

verzuim daarin is hij aansprakelijk, en nu verliest de notariële akte wel haar authentiek karakter door de onbevoegdheid der getuigen, maar niet door de onbevoegdheid der partijen. De minderjarige, die zich aan de nakoming eener verbindtenis onttrekt, door hem bij notariële akte op zich genomen, doet dit niet op grond dat de akte haar authentiek karakter zou missen, maar alleen omdat de wet de door hem aangegane verbindtenis nietig verklaart. Het onderzoek omtrent dit laatste ligt buiten den werkkring van den notaris, en behoort uitsluitend tot de bevoegdheid van de regterlijke magt. Wel vordert art. 23 dat de getuige moet zijn meerderjarig en ingezetene van het koninkrijk, maar ten opzichte der verschijnende partijen bevat zij geene zoodanige bepaling. Terwijl art. 23 de verklaring vordert zoowel van de identiteit als van de bevoegdheid der getuigen, vordert art. 25 zoodanige verklaring alleen omtrent de identiteit der partijen. Te regt wordt dan ook door DE GELDER (1) beweerd, dat de notaris gehouden is ook voor minderjarigen en andere onbekwamen akten te verlijden.

Opdat de tegenwoordigheid der getuigen aan het door den wetgever beoogde doel beantwoorde, is het noodig dat zij de taal verstaan, waarin de akte verleden wordt. Die taal intusschen behoeft alleen in de in art. 29. 2^e lid genoemde gevallen dezelfde te zijn, waarin partijen hun wil verklaard hebben; in alle daar niet genoemde gevallen zal die taal eene andere mogen zijn. Ofschoon het nu niet te ontkennen valt, dat deze bevoegdheid in een land, dat zoo uitgebreide handelsbetrekkingen heeft met vreemdelingen, in vele gevallen zeer nuttig kan werken, geloof ik echter, dat zij niet geheel van gevaar ontbloot is. Stellen wij het geval dat de verschijnende partij, b. v. een Engelschman, onze taal niet magtig is, dan belet niets dat de akte in onze taal opgemaakt worde, ook al verstaan de getuigen de Engelsche

(1) W. DE GELDER, Adv. I 518.

taal niet, omdat art. 23 alleen vordert, dat de getuigen de taal verstaan waarin de akte verleden wordt. Maar wat zal hiervan het gevolg zijn? De getuigen zullen zich evenmin als de partij kunnen overtuigen, dat de inhoud der akte met den wil van partij overeenkomt, zoodat ten slotte alles van de kunde en de goede trouw van den notaris afhangt. En toch moet de voorlezing en onderteekening der akte door partijen juist daarom in tegenwoordigheid der getuigen plaats hebben, opdat deze laatste zich kunnen overtuigen, dat de akte werkelijk de wilsverklaring van partijen bevatte, eene overtuiging die zij bij gemis aan de kennis der taal, waarin die wil verklaard is, onmogelijk zullen kunnen erlangen. Zeer wenschelijk zou ik daarom de bepaling achten, dat de getuigen in die gevallen, waarin partijen hunnen wil in eene andere taal verklaren, dan die waarin de akte is opgemaakt, beide talen moeten verstaan.

Omtrent de getuigen bij uitersten wil bevat het burgerlijk wetboek bijzondere bepalingen; zoo zijn volgens art. 991. 2de lid uitgesloten, „de zoons of kleinzoons of bloedverwanten in denzelfden graad.... van den notaris.” Nu is deze uitdrukking eenigzins onduidelijk, maar dat hier, zooals Schr. (blz. 125 vlg.) schijnt te meenen, sprake zou zijn van de bloedverwanten van den erfater, kan ik niet toegeven; of ook deze krachtens art. 24 wet N.A. zijn uitgesloten, is eene andere vraag die later behandeld zal worden. Hier hebben wij alleen te onderzoeken, of onder de woorden: „denzelfden graad” de tweede dan wel de vierde graad te verstaan zij. Voor eene beantwoording in eerstgemelden zin wordt aangevoerd, dat bij eene gezonde opvatting dier woorden, deze alleen op de onmiddellijk voorafgaande, als daarmede het naauwst verbonden kunnen slaan, en dezelfde graad dus beteekent dezelfde graad als de zoons of kleinzoons, d. i. de eerste of tweede graad. Mij echter schijnt de andere opvatting de meest waarschijnlijke toe. In den aanvang van het artikel wordt gesproken van bloedverwanten van den erfgenaam of legataris tot in den vierden graad ingesloten, en nu is het zeer natuurlijk dat de wetgever, die later ook de bloedver-

wanten van den notaris tot in den vierden graad wilde uitsluiten, met het oog op het voorafgaande, het woord *vierden*, door *denzelfden* heeft vervangen. Art. 10 wet 25 Ventôse an XI versterkt mij in dit gevoelen. Dit artikel sluit de bloedverwanten van den notaris tot in den derden graad uit; de wetgever van 1838, die bij het maken van art. 991 2e lid B. W. er naar streefde voor de uiterste willen meerdere waarborgen vast te stellen, kan dus niet geacht worden de bloedverwanten van den notaris slechts tot in den tweeden graad te hebben willen uitsluiten. Is deze opvatting juist, de weglating der alsdan geheel overtollige woorden "zoons of kleinzoons" ware zeer wenschelijk geweest. Daardoor zou elke ratio dubitandi zijn opgeheven. Eene andere vraag is het, of ook de aangehuwden van den notaris en de bloedverwanten en aangehuwden van den erfflater, ingevolge art. 24 wet op het N. A. moeten uitgesloten worden. Ja, wanneer men met den H. R. (1) aanneemt, dat de bepalingen voorkomende in de wet op het N. A. omtrent de getuigen ook op testamenten toepasselijk zijn, voor zooverre deze met de speciale voorschriften daaromtrent van het B. W. niet in strijd zijn; neen, wanneer men meent dat deze bepalingen *in casu* geheel uitgesloten zijn. Het laatste acht ik juist. In art. 991 zijn uitvoerig de personen opgenoemd die bij testamenten als getuigen zijn uitgesloten. Had nu de wetgever bovendien nog de personen in art. 10 wet 25 Ventôse an XI vermeld, willen uitsluiten, hij had óf die personen moeten noemen, óf uitdrukkelijk naar de algemeene bepalingen omtrent de getuigen in die Fransche wet voorkomende, moeten verwijzen. Door geen van beiden te doen, heeft hij getoond voor de getuigen bij testamenten een afzonderlijk systeem te willen huldigen, dat wij juist daarom door geene bepalingen elders voorkomende, mogen aanvullen. Ofschoon die wet van an XI vervangen is door de wet van 9 Julij 1842, zal, daar art. 24 der laatgenoemde wet gelijkkluidend is met bovengenoemd artikel 10, ook thans nog hetzelfde gelden.

(1) Arr. 19 Nov. 1852 (Wbl. n^o. 1386).

Toch zal de notaris voorzigtig handelen ook de aangehuwden in den derden graad van den notaris en de bloedverwanten en aangehuwden van den erflater in denzelfden graad als getuigen te weren, omdat, wordt art. 24 ook op testamenten van toepassing geacht, hunne toelating de nietigheid van het testament zou ten gevolge hebben.

Ook zij die tot eene lijf- of oonteurende straf zijn veroordeeld, worden in art. 991 uitgesloten. De heer B. beweert dat zij, ofschoon de wet op het N. A. dit niet zegt, evenzeer bij alle andere notariële akten als getuigen moeten worden uitgesloten. Dit is slechts gedeeltelijk juist. Volgens art. 18 C. P. had de veroordeeling tot eeuwig dwangarbeid en tot deportatie den burgerlijken dood ten gevolge, eene straf die door art. 4 B. W. is afgeschaft. Men heeft daarbij echter vergeten, zooals in Frankrijk bij de afschaffing der mort civile in 1854 is geschied, te bepalen dat art. 28 C. P. in plaats van art. 18 zou treden. Zij die tot een der beide genoemde straffen zijn veroordeeld, zullen dus bij ons geen der regten in art. 28 vermeld verliezen, en bij elke notariële akte, behalve bij testamenten als getuige kunnen optreden. Ook hen die krachtens art. 42 C. P. voor een tijd hunne burgerlijke regten verloren hebben, wil Schr. als getuige bij notariële akten uitsluiten. Hij vergeet echter dat in art. 8 wet 29 Junij 1854 (*Stbl* n^o. 102), het regt als getuige in of over akten te staan niet is opgenomen, en dus de correctieel veroordeelde thans onvoorwaardelijk bevoegd is als zoodanig op te treden.

In Hoofdstuk III waarin de inhoud der notariële akten wordt behandeld, stelt Schr. de vraag, wie in art. 21 als *partij* beschouwd moeten worden (1). Volgens zijne meening niet alleen

(1) Wenschelijk ware het geweest dat deze vraag niet hier, maar in het vorige hoofdstuk, dat de wettelijke vereischten voor de regts geldigheid eener notariële akte behandelt, ware beantwoord geworden. Wat hiervan zij, zooveel is zeker dat de schrijver deze vraag teregt eene belangrijke noemt, omdat volgens het derde lid van het artikel, elke akte waarin de in het eerste lid genoemde personen als partij voorkomen, haar authentiek karakter verliest.

de verschijnende, maar ook de belanghebbende personen, bv. de erfgenaam, delegataris, de begiftigde enz. (1). Hij beroept zich op art. 8 van bovengenoemde Fransche wet. Dit artikel echter spreekt van *parties*; en niet van *parties intéressées*; eene vergelijking met dit artikel brengt ons dus niets verder. Uit eene vergelijking der bepalingen onzer eigen wet blijkt dan ook m. i. dat het artikel in meer beperkten zin moet opgevat worden, en alleen de verschijnende personen als *partij* te beschouwen zijn. De artt. 29, 1e lid en 32 2e lid bezigen het woord *partij* zonder eenige nadere aanduiding, en dat in beide alleen de verschijnende personen bedoeld worden, kan niet twijfelachtig zijn. Reeds hieruit ontstaat het vermoeden, dat ook in ons artikel aan dit woord dezelfde beteekenis gehecht moet worden, en dit vermoeden wordt nader bevestigd door eene vergelijking van ons artikel met art. 22. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de akte die eene beschikking inhoudt ten voordeele van een bloedverwant van den notaris, waarin deze bloedverwant dus alleen als belanghebbende en niet als verschijnend persoon voorkomt, alleen nietig is voor zooverre die beschikking betreft, doch overigens haar authentiek karakter behoudt. Ware Schr's. meening juist, zoodanige akte zou in haar geheel het karakter van authenticiteit verliezen en artt. 21 en 22 met elkander in strijd zijn. Wel bestaat gelijksoortige strijd ook tusschen artt. 954 en 991, 2e lid, B. W. maar 1o. terwijl art. 22 uitdrukkelijk zegt, dat de akte hare authentieke kracht behoudt, wordt daaromtrent in art. 954 gezwegen, en 2o. het bestaan eener antinomie in eene andere wet geeft geenszins het regt ook in onze wet het bestaan eener strijd aan te nemen, die niet met noodzakelijkheid uit hare woorden voortvloeit. Voor de misbruiken die men wenschte te voorkomen bestaat dan ook veel grooter gevaar, wanneer de bloedverwant van den notaris als handelend persoon bij het verlijden der akte tegenwoordig is, dan wanneer hij alleen als belanghebbende in de akte voorkomt; daarom zal alleen in het

(1) Hetzelfde wordt beweerd in een naamloos geschrift, getiteld: «de wetgeving op het Notaris ambt» uitgegeven bij A. van Loon te Tiel 1842.

eerste geval de overtreding van het verbod de akte haar authentiek karakter doen verliezen

De meest gewigtige formaliteit bij het verlijden der notariële akten bestaat in de onderteekening. Alleen voor zooverre de partijen betreft, kan die onderteekening vervangen worden door eene verklaring, dat zij niet kunnen teekenen of daarin verhinderd worden, doch zal alsdan van deze verklaring alsmede van de reden van verhinderd uitdrukkelijk melding moeten gemaakt worden in de akte. Hierop maakt art. 31 eene uitzondering, doch alleen voor de akten van boedelbeschrijving en processen-verbaal wegens handelingen of daadzaken. Volgens den heer B. behooren hiertoe de akten vermeld in art. 43. 3e lid, op grond dat bij in het openbaar gehouden verkooping de consensus het koopcontract tot stand doet komen, en de weigering het contract te teekenen dus niet verhindert dat de verbindtenis besta. Ware dit juist, ook de notariële akte eener niet in het openbaar gehouden verkooping, zoo deze in den vorm van een proces-verbaal werd opgemaakt, zou in de bepaling van art. 31 vallen, omdat ook bij deze de overeenkomst door de toestemming van partijen tot stand komt. Zoowel uit de geschiedenis als uit de woorden der wet blijkt m. i. dat het artikel in meer beperkten zin moet opgevat worden. In de memorie van beantwoording verklaarde de regering dat de reden voor de beperking van het artikel tot de speciaal genoemde gevallen gelegen was in de vrees die men koesterde, dat eene algemeene toepassing op alle akten zonder onderscheid, tot de schromelijkste gevolgen aanleiding zou kunnen geven, terwijl bij de beraadslagingen in de Kamer de aanmerking werd gemaakt, dat de voorgestelde redactie van het artikel nog voor te groote uitbreiding vatbaar scheen. Blijkbaar wilde men dus de bepaling binnen enge grenzen beperken; het woord "handeling" in zijne meest ruime beteekenis, volgens welke daartoe ook overeenkomsten, behooren op te vatten, zou met die bedoeling in strijd zijn. Wij moeten daaraan dus de meer beperkte beteekenis hechten, en daaronder alleen die feiten en daden verstaan die geene

overeenkomsten zijn. Zoowel het taalgebruik als art. 1 der wet huldigen deze opvatting; ware in art. 1 onder het woord „handelingen” ook overeenkomsten begrepen, het artikel kon niet spreken van „handelingen *en* overeenkomsten.” En nu zegge men niet dat deze onderscheiding willekeurig is. Het is waar, dat in de meeste gevallen tot het tot stand komen eener overeenkomst de consensus voldoende is, zoodat partijen wanneer zij mondeling eene overeenkomst sluiten, door hare enkele toestemming, onherroepelijk verbonden zijn. Willen zij echter eene overeenkomst bij notariëele akte aangaan, dan bespreken zij vooraf de te sluiten overeenkomst in tegenwoordigheid van den notaris, niet zoozeer om zich daardoor reeds onherroepelijk te verbinden, als wel om den notaris in staat te stellen, hunne wilsverklaring in juiste bewoordingen in de akte op te nemen; zij bespreken de overeenkomst wel, maar niet met de bedoeling om die reeds af te sluiten. Eerst wanneer zij, na de voorlezing der akte door den notaris, deze onderteekenen, hebben zij hiertoe de bedoeling. Dit is het geval niet bij akten, waarbij alleen feiten en daadzaken geene overeenkomsten bevattende, worden geconstateerd. Deze bestaan onafhankelijk van den wil van partijen; bij deze heeft de onderteekening alleen ten doel de akte kracht van authentiek bewijsmiddel te verschaffen. Bij deze zag de wetgever er geen bezwaar in, de onderteekening niet absoluut verplichtend te stellen.

MABÉ (1) beweert dat voor hem die een proces-verbaal wegens handelingen of daadzaken niet geteekend heeft, daaruit wel geene verbindtenis voortvloeit, maar dat de notariëele akte toch als volledig bewijs ook tegen dezen kan gelden, zoodat b. v. het proces-verbaal van eene openbare veiling wel geen koopcontract bevat, indien hij die aan het hoogste bod blijft hangen, zich verwijdt vóór het teekenen van het proces-verbaal, maar dit niet verhindert, dat de verkooper den weigerachtige krachtens het proces-verbaal kan dwingen

(1) MABÉ, *Handb. voor Notarissen*, 3e druk, 1e deel, § 17c, bl. 101.

zijn bod gestand te doen. Hoe nu iemand krachtens een proces-verbaal waaruit voor hem geene verbindtenis voortvloeit, gedwongen kan worden tot nakoming der hem niet bindende verbindtenis, is mij onbegrijpelijk. In het algemeen kan niemand gedwongen worden tot nakoming eener verbindtenis krachtens eene akte door hem niet geteekend, maar juist daartoe strekt art. 31 om op dien algemeenen regel eene uitzondering vast te stellen, eene uitzondering die dan ook niet mag uitgestrekt worden tot die gevallen waarin de in de akte vervatte verbindtenis uit overeenkomst ontstaat.

Ter voorkoming dat na het opmaken eener akte, daartusschen nog iets zou kunnen ingelascht worden, bepaalt art. 28 dat de notariële akten zonder witte vakken, gapingen of tusschenruimten geschreven moeten zijn. Wat echter wanneer tusschen eene in strijd met deze bepaling opengelaten ruimte iets is ingevoegd? Volgens den Schr. is dergelijke valscheheid strafbaar gesteld bij de artt. 145 en 148 C. P. De vermelding van art. 148 in plaats van 147 is blijkbaar slechts eene drukfout, maar van meer gewigt is de qualificatie door Schr. aan het misdrijf gegeven. Hij noemt het faux intellectuel. Ware dit juist, de notaris die zoodanige valscheheid pleegt, zou strafbaar zijn niet volgens art. 145 maar volgens art. 146, ieder ander echter zou straffeloos zijn. Is hier echter wel sprake van faux intellectuel? Ik geloof het niet. Faux intellectuel pleegt hij die bij het verlijden eener akte met boos opzet in eenig opzigt van de wilsverklaring van partijen afwijkt. Daar alleen openbare ambtenaren authentieke akten kunnen verlijden, zoo volgt daaruit dat faux intellectuel door bijzondere personen in eene authentieke akte gepleegd, niet denkbaar is. Wordt eerst, zooals in ons geval, na het verlijden der akte daaraan iets toegevoegd, en dit kan door ieder geschieden, alsdan zal er sprake zijn van faux matériel. De hier bedoelde valscheheid kan dus alleen faux matériel opleveren, strafbaar volgens art. 145 of 147 C. P., naarmate het misdrijf door den notaris of een ander persoon is gepleegd.

Ten slotte eindig ik met den welgemeenden wensch dat de reden die den Heer BUSKES belette in dit proefschrift eene meer naauwkeurige beschouwing van de rechtskracht der notariëele akten te leveren, hem niet beletten zal dit belangrijk onderwerp later afzonderlijk te behandelen. Ik houd mij overtuigd dat onze regtskundige litteratuur daarbij zeer zeker zal gebaat worden.

A. TEIXEIRA DE MATTOS.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

De eerste aflevering ziet het licht van den nieuwen Jaargang des *Revue de Droit International et de Législation comparée*. Men vindt daarin o. a. de voortzetting der *Chronique de Législation comparée* door Mr. T. M. C. ASSER, waarin vooreerst het voornaamste wordt nagegaan wat in 1869 op het wetgevend gebied in den Noord-Duitschen Bond, in Groot-Brittanje, in België en in Nederland is tot stand gekomen. Dit overzigt zal, voor andere landen, in eene volgende aflevering worden voortgezet. Eene afzonderlijke beschouwing wordt toegezegd over de voor het internationaal regt zoo belangrijke wet van 29 Mei 1869 betrekkelijk „de afgifte van zeebrieven en vergunningen tot het voeren der Nederlandsche vlag.”

In deze aflevering komen o. a. nog voor een betoog van Dr. BLUNTSCHLI, over de hoedanigheid van burger van een Staat uit het oogpunt der internationale betrekkingen; — een van den Heer W BEACH LAWRENCE, over het internationaal regt betrekkelijk het huwelijk, waarin o. a. stil wordt gestaan bij den nog onvoldoenden staat der wetgeving nopens de huwelijken in Schotland en Ierland, waaromtrent eenige jaren een speciaal onderzoek heeft plaats gehad, dat echter tot nog geen aldoende herziening geleid heeft.

Voorts geeft de Heer RIVIER eene bijdrage over den lijfswang in Zwitserland; Dr. FR. VON HOLTZENDORFF eene beschouwing over het Italiaansche werk van AUG. PIERANTONI, betreffende het internationaal regt, in 1869 te Modena uitgekomen; en levert die schrijver zelf een onderzoek der nieuwe Italiaansche wet en de Fransche wetgeving betrekkelijk het notariaat. — Dr. BIDERMANN heeft eene beschouwing geleverd

over de Hongaarsche wet tenaanzien der nationaliteiten, in verband met den vroegeren en den tegenwoordigen toestand van Hongarije en met eene afzonderlijke opgave over de wettelijke gesteldheid van zaken nopens de nationale taleu in Gallicie. — De Heer G. ROLIN-JAECQUEMYS geeft als eene bijdrage tot de Chronique van het internationaal regt een fragment over twee Amerikaansche vraagstukken.

Eenige kleinere stukken, o. a. een over de oprigting van een bureau voor internationaal regt te Milaan, en bibliographische aantekeningen voltoojien deze aflevering, waarvan men het belangrijke uit de vermelde onderwerpen, door bevoegde schrijvers behandeld, opmaken kan.

Ter voldoening aan een welwillend geuiten wensch zal de *Revue* met eene volgende aflevering aanvangen in hare bibliographische aantekeningen de bij haar ingekomen werken, zoo veel mogelijk in categoriën te behandelen, waarom zij er nu reeds eenige tot later heeft laten wachten.

Naar aanleiding van het geschrift van E. ROBIN, *les prisons en France et le patronage des prisonniers libérés*, in het vorig jaar te Parijs uitgekomen, zegt het jongste n^o. der *Allg. Deutsche Strafr.-Zeitung* o. a.:

„Ofschoon de strijd tusschen de voorstanders van de eenzame opsluiting en die van het Iersche stelsel bij ons in Duitschland nog niet tot eene bepaalde beslissing gekomen is, zoo erlangt men meer en meer de overtuiging, dat de goede uitkomsten van elk strafstelsel veelal afhangen van de wijze hoe men vroeger, thans ontslagen strafgevangenen in de maatschappij met hare talrijke verleidingen terugvoeren moet.

Men heeft al verder de overtuiging erlangd, dat er zekere inrigtingen behooren te zijn, welke als een brug moeten opleveren tusschen de meerdere of mindere gestrengheid van strafinrigtingen en de verleende vrijheid, welke voor zoo velen slechts de aanleiding tot nieuwe vergrijpen worden, ja, men mag wel zeggen, worden moeten.

Aan die beschouwing ontleent het Iersche stelsel van het voorloopig ontslag zijn ontstaan, evenzeer als het stelsel, dat men in Frankrijk onder den naam van *Patronage des libérés* met het beste gevolg aangewend heeft. Een bewijs hiervan levert opgemeld geschrift, dat iederen lezer het goede en het gewigt van zulke inrigtingen zal doen inzien, en wel te meer daar het niet uit de pen gevloeid is van iemand die, zoo als men vaak hoort beweren, er op uit is de strengheid van de straf te verzwakken; maar die veeleer mag genoemd worden een schrijver, die op de verstandigste wijs menschlievende bedoelingen tracht te bereiken, en die, door de aanbeveling van

gemeld stelsel en door de blootlegging van de tot dus verre daardoor verkregen uitkomsten, het eenige ware doel van de uitvoering der straf poogt te verzekeren.

Bepalen wij ons tot eenige door den schrijver medegedeelde opgaven. Wij ontwaren daarnit dat vóór de oprigting van de *Société pour le Patronage des jeunes libérés du département de la Seine*, het getal recidivisten 75 pct. bedroeg. Na de oprigting van dat genootschap daalde dat cijfer tot 46 pct. in het eerste jaar, tot 19 pct. in de volgende drie jaren en in 1863 tot 1 à 1½ pct. Gedurende een tijdperk van dertig jaren waren 7651 jonge lieden gepatroniseerd geworden, en 7000 hunner niet in herhaling van misdrijf vervallen!

Het genootschap dat men zulke gewigtige uitkomsten verschuldigd is, bestaat uit donateurs, leden (*souscripteurs*) en patronen! De eerste betalen jaarlijks 100 franken bijdrage, de tweeden nemen voor een of meer jaren voor zekere som naar verkiezing deel, terwijl eindelijk de patronen een of meer kinderen onder hunne bijzondere hoede nemen.

Laatstgemelden houden het toezigt op de aan hunne waakzaamheid toevertrouwd, zorgen voor de keus van een geschikt middel van bestaan, voor belooning bij goed gedrag en ondersteuning bij een weloverlegd huwelijk.

Verscheidene bijzondere inrigtingen leggen de grootste belangstelling voor jeugdige veroordeelden aan den dag. Zoo verschaft de vereeniging van Mettray aan die ongelukkigen werk bij landbouwers, zij verleent aan oude lieden in gevalle van oogenblikkelijk gebrek aan arbeid en bij ziekte eene voorloopige toevluchtsplaats en geeft certificaten af, op wier vertoon zoodanige personen ondersteuning bij alle leden der vereeniging vinden.

Van de gedurende twee-en-twintig jaren (1840—62) gepatroniseerde kinderen en jongelieden werden de meesten akkerbouwers, 521 soldaten, 3 bekwamen het legioen van eer, 15 de militaire medaille, 115 traden in 'thuwelijk en werden hoofden van gezinnen. Als veroordeelden bij herhaling van misdrijf werden in de jaren 1863—65 slechts 6 pCt. in de lijsten vermeld. Eene andere vereeniging in Sainte-Foi (Dordogne) had soortgelijke gunstige uitkomsten aan te wijzen.

VERBETERING.

Op pag. 142, regel 12 van boven, *staat*: M. GLASER, *lees*: M. HERBST.

THEMIS,

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

DERDE VERZAMELING,

Eerste Jaargang.

XXXIe Deel, — TWEEDE STUK.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Een legislative misgreep in het pandrecht en de gevolgen daarvan voor den geldhandel*, door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, Lid van de Arrondissements-Regtbank te Leiden.

Het is eene oude opmerking, dat de wetten niets vermogen, waar zij in strijd zijn met de vaste gewoonte van het verkeer. De waarheid daarvan kan niemand betwisten.

De bekendheid van den regel heeft echter niet kunnen beletten, dat de wetgever zich van tijd tot tijd aan de vermetele poging waagde, om met verbodsbepalingen op te treden tegen de gewoonte, die door de behoefte van het verkeer was ingevoerd. Al vond zulk eene poging ook haar oorsprong in de meest gemoedelijke overtuiging, dat de bestreden gewoonte met het recht en de zeden in strijd was: al het volhardend streven bleek steeds ijdel te zijn en de poging strekte alzoo ten slotte alleen om de waarheid te bevestigen, dat de wet in overeenstemming met de gewoonten en de behoeften van het maatschappelijk leven alles, in strijd daarmee niets vermag.

De geheele geschiedenis van al de misvattingen der woekerwetten levert daarvan het duidelijkste bewijs. Misleid door de staatshuishoudkundige dwaling, *dat geld geene vruchten kan afwerpen, en dat de leener door betaling van interesten verarmen moet* (1)", en het woord des Bijbels: *"Geest ter leen, niets daarvan verwachtende,"* (1) al te letterlijk opvattende, had de kerk aanvankelijk zeker tot groot nadeel van het verkeer, maar met de zuiverste bedoeling, allen interest bij leening van geld verboden. Aanvankelijk heeft men zich zonder twijfel voorgesteld, dat de handhaving van dit verbod de gedaante der wereld veranderen zou. De volharding, waarmede men het eeuwenlang, hoewel vruchteloos, heeft trachten te handhaven, bewijst hoe diep die overtuiging was doorgedrongen. Maar ver er van verwijderd, dat het verkeer zich naar het verbod schikken zou, zocht en vond het integendeel steeds middel, om de veelvuldige verbodsbepalingen te ontduiken.

In allerlei vormen wist men het beding van den interest voor geleende gelden te versteken. Het behoeft nauwelijks melding, dat gewoonlijk de schuldenaren daaronder leden. De woekerwetten waren, evenals alle wetten, die met de volksgewoonte en de behoefte van het verkeer in strijd zijn, dikwijls slapende wetten; maar voor zoover zij er in slaagden, om de geldschietters te treffen, hadden zij veelal geen ander gevolg, dan om dezen, nadat zij als woekeraars aan verachting waren prijs gegeven, ook werkelijk slecht en verachtelijk te doen worden, en tevens het lot der schuldenaars, die zich ook de hardste bepalingen moesten laten welgevallen, des te harder te maken.

De meest gewone vormen, waarin de terleengeving tegen interest werd ingekleed, waren verkoop met recht van wederinkoop en pandgeving. Van daar vindt men ook in ouden tijd vele verbodsbepalingen tegen deze contracten, volgens welke zij aan bijzondere beperkende vormen gebonden of ook

(1) *Nummus nummum non parit.*

(2) Evangelie volgens Lucas VI : 35.

wel geheel verboden werden. Zoo trachtte men ook weder door het verbod de vormen te bereiken, waartoe men in den handel zijn toevlucht had moeten nemen; maar dat alles baatte niet: men zocht en vond weder andere vormen en ging voort gelden op interest op te nemen en uit te geven (1).

Eindelijk geraakte men er toe, om een matigen interest voor geoorloofd te verklaren en alleen bovenmatigen interest te verbieden. Van dit standpunt ging nog de Fransche wetgever uit in de wet van 3 September 1807, volgens welke de bedongen interest in burgerlijke zaken niet hooger dan 5 en in handelszaken niet hooger dan 6 percent zijn mocht (2).

Ook deze verbodsbepaling moest wijken voor het helderder inzicht, dat men geen algemeen maximum van contractuëelen interest kan vaststellen, omdat in den interest niet alleen vergoeding voor het gemis van het gebruik, maar ook voor de risico, van het kapitaal moet gegeven worden, en omdat ook deze verbodsbepaling misbruiken ten nadeele der schuldenaars medebracht.

Door de wet van 22 December 1857 (*Stbl.* n^o. 171) (3) waarbij de Fransche wet van 1807 werd afgeschaft, zijn

(1) Men kan over de Fransche woekerwetten eenige opgaven vinden in DENISART, *Coll. de décisions* i. v. *Usure*. Wij lezen aldaar: „L'usure est défendue par la loi naturelle, par la loi divine, et par nos ordonnances.”

Over het Hollandsche recht zie men G. NOODT, *de Foenore et usuris*, en ook v. D. ZURCK, *Codex Batavus*, i. v. Rente.

In Holland maakte men, op het voetspoor van GROTIUS, onderscheid tusschen interest en woeker. De Fransche juristen wilden, althans in de theorie, daarvan niet weten. DENISART noemt dat eene „distinction nouvellement inventée pour absoudre, ou au moins pour pallier le crime d'usure; elles (*les ordonnances*) défendent toutes impérieusement de prêter à usure ou à intérêt.”

Het behoeft nauwelijks vermeld te worden, dat deze wetten gestadig overtreden werden, allereerst door den Koning. Talrijke ordonnantiën komen voor over de interessen der openbare schuld. —

Belangrijk is MAX NEUMAN, *Gesch. des Wuchers in Deutschland*, Halle 1865.

(2) Wettelijke interessen krachtens veroordeeling, ook bij deze wet voorzien, waren vroeger ook bij vele Fransche ordonnantiën geregeld en bepaald op den penning 16, 18, 20 enz.

(3) Meermalen, ook in rechterlijke uitspraken, was aangenomen, dat deze

wij derhalve gekomen tot het zuiver beginsel, dat partijen, die de vrije beschikking over hunne goederen hebben, ook omtrent interest van opgenomen gelden kunnen bepalen, wat zij onderling goedvinden.

In hoofdbeginsel zijn daarmede de verbodsbepalingen tegen de vrijheid van geldplaatsing tegen interest uit onze wetgeving verdwenen. Doch eene voor den handel zeer belemmerende bepaling, die ook tot de oude woekerwetten behoort, bleef in ons wetboek bestaan.

Het is artikel 1197 Burgelijk Wetboek luidende: „Ten opzichte van schulden, meer dan f100 bedragende, heeft geen pandrecht plaats, tenzij daarvan zij opgemaakt eene schriftelijke akte, van eene zekere dagteekening voorzien, en bevattende de opgave der verschuldigde som, alsmede de te pand gegeven voorwerpen.“

Dat artikel is afkomstig uit den Franschen Code Civil. Het is de vertaling van artikel 2074, dat uit de ordonnantie van 1673 tit. 6 art. 8 werd overgenomen. (1) Het artikel

wet was afgeschaft door de wet van 16 Mei 1833. Door den Hoogen Raad gehandhaafd, moest zij door de wetgeving worden afgeschaft. Men zie daarover het verdienstelijke proefschrift van Mr. P. W. H. VAN SONSBEECK, *De woeker in betrekking tot Staathuishoudkunde en Wetgeving*. Leiden, 1849.

(1) Titel 6, art. 8: „Aucun prêt ne sera fait sous gage, qu'il n'y ait un acte par devant notaire, dont sera retenue minute, et qui contiendra la somme prêtée, et les gages qui auront été délivrés, à peine de restitution de gages, à laquelle le prêteur sera contraint par corps, sans qu'il puisse prétendre de privilège sur les gages, sauf à exercer ses autres actions.“

Art. 9: „Les gages, qui ne pourront être exprimés dans l'obligation, seront énoncées dans une facture ou inventaire, dont sera fait mention dans l'obligation; et la facture ou inventaire contiendra la quantité, qualité, poids et mesure des marchandises, ou autres effets donnés en gage, sous les peines portées par l'article précédent.“

De beide artikelen werden in art. 2074 van den Code Civil samengesmolten en overgenomen met deze wijziging, dat ook een onderhandsche pandakte in de openbare registers kon worden ingeschreven.

Het artikel luidt: „Ce privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leur qualité, poids et mesure.“

„La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de 150 francs.“

Zie omtrent het verschil met de ordonnantie van 1629 de noot op bl. 193.

dier ordonnantie was echter strenger; daar het zich, evenals de Code Civil en ons wetboek, niet te vreden stelde met eene onderhandsche akte, maar steeds eene notariëele pandakte vorderde, waarin evenzeer de geleende som en de ter verzekering gegeven goederen moesten worden uitgedrukt.

Het artikel komt voor onder andere bepalingen, die gericht zijn tegen de ontduiking der bepalingen op de contractuële interesten. De kooplieden en geldhandelaars waren gewoon die te ontduiken, door den interest onder de hoofdsommen op te nemen. Van daar vinden wij in art. 1 van dezen tit. 6. tot opschrift voerende: *Des intérêts du change et du rechange*, het verbod om den interest in de principale som van wisselbrieven en alle andere akten op te nemen. In denzelfden titel vinden wij in art. 2 het verbod om interest op interest te bedingen.

Het spreekt van zelf, dat deze verbodsbepaling van art. 1 weinig zou hebben beteekend, zoo men ook niet getracht had, het gebruikelijke pandcontract te bereiken, welk contract gewoonlijk gebezigd werd, om de verbodsbepalingen op den interest te ontduiken. Niets was gemakkelijker, dan bij elke overeenkomst omtrent interest het bedrag van de leeningsom te verhoogen en het pand, hetzij met bijvoeging van - hetzij zonder - meerdere waarden, daarvoor verbonden te verklaren. Dergelijke bedingen waren aan de controle van anderen geheel onttrokken, terwijl de partijen steeds in de gelegenheid waren, om aan de schriftelijke overeenkomst eene vroegere dagteekening te geven.

Het streven is duidelijk. De wetgever wilde deze pandbrieven der geldschietters brengen onder de controle van authenticiteit, en die doen inschrijven in de openbare registers. De dagteekening van den pandbrief zou daardoor zijn verzekerd, terwijl de ordonnantie uitdrukkelijk opmaking en bewaring in minuut vorderde en de opmaking voor den Notaris moest waarborgen tegen gesimuleerde verhooging van kapitaal ten einde de woekerwetten te ontduiken. (1)

(1) NANTISSEMENT was de vorm van verkrijging van het zakelijk recht des pandhouders op het roerend of onroerend goed zijns schuldeischers. Men

Dat dit de werkelijke beteekenis was van de bepaling van art. 8, kan men nagaan uit de plaats, door het artikel ingenomen, als één geheel uitmakende met de verbodsbe- palingen tegen verberging van het cijfer van den interest. Zulk eene bepaling tegen pandcontracten van pandnemers past daarenboven geheel in het Fransche recht in den tijd, waarin de ordonnantie gegeven werd. Maar wij hebben omtrent deze beteekenis van het artikel ook een getuige, wiens ge- loofswaardigheid men op dit punt wel niet zal wraken. JOUSSE, *Comm. sur l'ord. du Commerce*, zegt, dat dit artikel eigenlijk gericht is tegen de woekeraars en hen, wier kwade trouw bewezen of althans vermoed wordt, en niet tegen hen die ter goeder trouw geld uitleenen. (1)

De waarheid zijner verklaring wordt bevestigd door MAL- LEVILLE op art. 2074, die ook aanvoert, dat de ordonnantie met dit artikel de geldschieters (in kwaden zin *woekeraars*), *les usuriers*, op het oog had.

Zeker klinkt het verbods-artikel streng genoeg. „Er zal geene leening op pand worden gesloten, dan bij notariëele akte.“ Is zij gesloten, dan zal de geldschieder volgens het artikel zelfs bij lijfswang tot teruggaaf van het pand ge- dwongen worden en hoegenaamd geen recht van voorrang op het pand kunnen oefenen.

De bepaling is algemeen en volgens de woorden van het artikel niet gebonden aan bepaalde omstandigheden.

zie DENISART, *Collection de décisions*, i. v. Deze vormen waren in de verschillende costumes niet geheel gelijk; maar hadden alle de openlijke bekendmaking van het vestigen van het pandrecht ten doel. Van de vervulling dezer formaliteit werd op den overgelegden titel melding gemaakt.

Nantissement beteekent vestiging van het pandrecht. *Nans*, *nans* of *namps* was in het oude Fransche recht ook het pand, dat genomen werd door den dienaar van het gerecht als processuaal middel, *pignus captum*, waarop de eischer zijn verhaal vond, zoo hij het proces won. Bij onder- linge toestemming konden de partijen van dat middel gebruik maken tot vestigen van pandrecht met zekere en snelle executie.

(1) „La défense portée en cet article n'est, à proprement parler, que contre les usuriers, et ceux dont la mauvaise foi est prouvée, ou du moins violemment présumée, et non contre ceux, qui prêtent de bonne foi.“

In de praktijk had het artikel echter eene minder algemeene strekking.

Niet alleen deelt Jousse ons mede, dat het artikel, in de eerste plaats tegen de geldschieters of woekeraars (usuriers) gericht, vooral ook diende, om te voorkomen, dat schuldeischers zich bij faillissement van hun schuldenaar bevoordeelden door een pand van den faillieerenden schuldenaar te vorderen, of dat de schuldenaar vóór zijn faillissement door het geven van pand den eenen schuldeischer boven den anderen bevoordeelde. (1)

Dat het artikel der ordonnantie eigenlijk alleen bij faillissement zijne toepassing vond, wordt ook bevestigd door DENISART, *Coll. des Décisions nouvelles*, i. v. Gage. DENISART zegt, dat men het artikel alleen maar toepaste op pandgeving, door den schuldenaar eenige dagen vóór zijn faillissement gedaan. (2)

Het artikel kreeg die beperkte opvatting, doordat men overeenkomstig de oude Fransche praktijk, waarvan dit artikel de uitdrukking was, had aangenomen, dat de nietigheid van het pandrecht alleen gold tegen *derden*, terwijl het contract tusschen de partijen volle kracht had. DENISART zegt in de zevende uitgaaf zijner *Collection*, verschenen in 1771, dat dit beginsel onlangs door een arrest van het Hof was uitgesproken.

Deze opvatting van het artikel is later ook algemeen door de Fransche schrijvers en de Fransche praktijk gevolgd, nadat het artikel in den Code was overgegaan.

POTHIER, *Nantissement*, ch. 1 art. 2 n°. 17, nam de

(1) «Cet article et le suivant ont été principalement établis 1°. contre ceux qui prêtent à usure sous des gages; 2°. pour prévenir les fraudes et récédés qui peuvent arriver fréquemment de la part des marchands et négocians, en exigeant de leurs débiteurs des gages ou nantissements, lorsque ceux-ci viennent à faire faillite; 3°. afin que les débiteurs, qui se trouvent en faillite, ne puissent avantager quelques uns de leurs créanciers au préjudice des autres.»

(2) «Ces dispositions ne sont suivies, que lorsque le prêt sur gage a été fait à un débiteur en faillite, peu de jours avant qu'elle fut ouverte.»

verklaring van het artikel uit de oude Fransche praktijk over. Hem volgde MERLIN, *Répertoire*, i. v. *Gage*, n^o. 2, DURANTON, n^o. 511—513, ZACHARIAE, II, § 433, TROPLONG, *Nantissement*, n^o. 109, DALLOZ, *N. Rép.* i. v. *Nantissement*, n^o. 77.

Het is niet te ontkennen, dat de vorm van het artikel eenigszins in strijd is met deze opvatting. Het tegenwoordig artikel zegt: „Er heeft geen pandrecht plaats.“ Het oorspronkelijk artikel der ordonnantie luidde: „Aucun prêt ne sera fait, qu'il n'y ait etc.“ Meer gewicht hechtende aan den vorm van het artikel, zijn de Nederlandsche schrijvers voor het meerendeel van oordeel geweest, dat het artikel eene dergelijke beperking niet toeliet en dat niet alleen de werking van het pandrecht tegen derden, maar evenzeer tusschen de partijen, was uitgesloten. Zoo oordeelden bv. Mr. SCHULLER VAN PEURSUM en Mr. VERNEDE in hunne verklaring op dit artikel en dat gevoelen is ook omhelsd door Mr. G. DIEPHUIS, *Ned. Burgerlijk recht*, V n^o. 353.

Mr. A. DE PINTO, *Burg. Wetboek*, § 687, is daarentegen van oordeel, dat de inschrijving in de openbare registers alleen van gewicht is tegenover derden en dat het gemis daarvan derhalve ook alleen gevolg heeft tegenover derden. Op grond van de bedoeling van het artikel sluit hij zich aan de leer der Fransche schrijvers, die ook gevolgd wordt door onze rechtspraak, bepaald door den Hoogen Raad.

In dien zin werd op 7 April 1869, *Weekbl. v. h. R.* n^o. 3142) een arrest van het Hof van Friesland gewezen. De eisch tot cassatie van dat arrest werd door den Hoogen Raad, overeenkomstig een vroeger arrest van 11 Mei 1866 (1), verworpen bij onlangs gewezen arrest van 17 Jan. 1870 (*Weekbl. v. h. R.* n^o 3184).

(1) *Weekbl. v. h. R.* n^o. 2799. In deze zaak gold het de terugvordering van panden welker teruggaaf door den pandhouder geweigerd werd, op grond, dat er geen pandcontract bestaan had.

De Hooge Raad was van tegengesteld gevoelen, omdat het pand-contract tusschen de partijen bindend was.

In het stelsel des eischers was echter de pandhouder ook tot teruggaaf verplicht, omdat hij eens anders goed onverschuldigd ontvangen had.

Hoewel zich het gevoelen der eerstgenoemde Nederlandsche schrijvers volgens de bewoordingen van het artikel wel laat verklaren, schijnt men zich toch de werking in de praktijk niet altijd juist te hebben voorgesteld. Zoo is zeker tegen de beslissing van de arresten van het Hof van Friesland en van den Hoogen Raad niets in te brengen, al wilde men dat artikel ook zoo letterlijk mogelijk opvatten. Het gold daar niet pandgeving door den failliet; het proces liep over effecten, die aan den failliet tot zekerheid van een door hem geleende geldsom waren afgegeven. De failliet had deze effecten vervreemd. De pandgever vorderde bij de verificatie te worden erkend als schuldeischer voor de waarde der door hem te pand gegeven effecten onder compensatie der geleende som, die hij erkende aan den boedel schuldig te zijn. Tegen die vordering verzette zich de curator op grond, dat hier geen compensatie zou kunnen plaats grijpen. (1)

(1) Het stelsel des curators was volgens de processtukken, zooals zij worden vermeld in de aangehaalde arresten, gegrond op art. 1463 B. W., inhoudende, dat de schulden die door compensatie vernietigd worden, zaken van dezelfde soort tot onderwerp moeten hebben.

Dat artikel, dat door den minder helderen en veronderden vorm waarin het gesteld is, meermalen tot misvatting aanleiding heeft gegeven, bevat in die bewoordingen den regel, die uit den aard der zaak volgt, dat zaken, die tegen elkander zullen worden afgeschreven, van dezelfde soort moeten zijn. Maar dat is een vereischte, dat pas behoeft te bestaan op het oogenblik, waarop de compensatie plaats heeft. Indien eene onbepaalde schuld tot effenheid gebracht wordt, dat is uitgedrukt in eene bepaalde geldsom, dan kan op datzelfde oogenblik, de tegenvordering eener bepaalde geldsom in compensatie worden gebracht. In dit geval was erkend, dat de tot pand gegeven effecten door den failliet vervreemd waren. De pandgever kwam dus als schuldeischer voor de waarde dier effecten. Daarop had hij recht, hetzij men het pandrecht erkende of niet. Op de vergadering tot verificatie moest deze vordering tot effenheid gebracht worden. Tegen de dus vereffende schuld kon de bepaalde schuld van 4000 gulden wegens geleend geld in compensatie komen.

De Hooge Raad besliste ook in eene der overwegingen, dat hier de compensatie door art. 1463 B. W. was uitgesloten. Het schijnt mij toe, dat men daartoe kwam, er niet op lettende, dat de schulden niet van den beginne af hetzelfde voorwerp behoeven te hebben. Dat is volstrekt geen vereischte, noch volgens de woorden van het artikel, noch volgens het algemeen begrip van compensatie, noch volgens het Romeinsche recht, waaruit

Nemen wij aan, dat er in het geheel geen pandrecht bestaan heeft, ook niet tusschen de contracteerende partijen: dan heeft toch altijd het feit, de daad, der overgift der effecten, plaats gehad. Indien de bedoeling der partijen, dat deze effecten in het bezit des geldschieters werden gesteld en moesten strekken tot zekerheid van het door hem gedaan voorschot, rechtens moet beschouwd worden als niet te bestaan, dan was de overgift zonder eenige oorzaak. De geldschieter zou in dat geval de effecten zonder rechtsgrond, onverschuldigd, hebben ontvangen en volgens het gemeene recht, zonder dat de wet het in dit artikel behoefde te zeggen, tot teruggaaf van het onverschuldigd ontvangene gebonden zijn. Natuurlijk zou hij, van zijne zijde tot teruggaaf of vergoeding der waarde gehouden, in compensatie kunnen brengen, wat de geldnemer van hem ter leen ontvangen had. (1) Zoo had deze bij afrekening te vorderen

onze wetsbepalingen zijn overgenomen. Men zie daarover de uitnemende verhandeling van H. DERNBERG, *Die Compensation*, Heidelberg, 1854, bl. 418 en volg. Bij DALLOZ *N. Rép.* i. v. *Obligation* n^o. 1628 — 1630 vindt men uitspraken, waarbij tegen schuld van andere zaken, na vereffening der schuld, eene van den aanvang af bepaalde geldsom in rekening gebracht wordt.

Opmerking verdient, dat in het stelsel van den Hoogen Raad, volgens 't welk het pandcontract tusschen de partijen geldig was, toch ook wederzijdsche schulden tegen elkander moesten worden verrekend.

De Raad zocht hier zijn eigen leer omtrent art. 1463 te ontgaan door er op te wijzen, dat deze wederzijdsche schulden uit dezelfde oorzaak, dat is het pandcontract, ontstonden. Zeker kunnen verplichtingen van eene der partijen gebonden zijn door de voorwaarde van vervulling der verplichting door de andere partij; maar indien de wederzijdsche verplichtingen, in hetzelfde contract ontstaan, op de vordering van eene der partijen tegen elkander worden afgerekend, is dat toch altijd compensatie.

(1) Hij, die eene inschuld heeft van andere zaken dan geld, kan die niet in compensatie brengen tegen de inschuld eener bepaalde geldsom van zijne tegenpartij. De tegenpartij behoeft niet te wachten, totdat de eerste schuld vereffend is. De bezitter der inschuld eener bepaalde geldsom heeft het daarentegen in zijne macht om die schuld in compensatie te brengen tegen de inschuld van andere zaken van zijne tegenpartij. Hij kan wachten totdat de vordering zijner tegenpartij vereffend is, hetzij bij minnelijke schikking, hetzij bij rechterlijke uitspraak. •

het surplus van de waarde der beleende effecten boven de geleende som. Dat was juist hetgeen de geldnemer, als schuldeischer in den boedel, vorderde en wat hem door het Hof en den Hoogen Raad werd toegekend.

Hier was de failliet pandhouder; met het wetsartikel had men bijzonder op het oog het geval, dat een failliet zijne waarden in pand gegeven had. De ordonnantie bedoelde, om die tot zekerheid van schulden des boedels gegeven panden in den boedel terug te brengen. Tegen de compensatie verzet zich in dit geval noch de bewoording noch de bedoeling van art. 1197 B. W. Het pandcontract is alleen nietig. Derhalve moest volgens de bedoeling van het artikel en de algemeene rechtsbeginselen het feitelijk in pand gegeven goed, wegens de nietigheid van het pandcontract, onmiddellijk teruggegeven worden door den faillieten boedel. De leening was daarentegen niet nietig. Tegen de compensatie was dus volgens de bedoeling der wet in dit geval niets in te brengen. (1)

(1) Door den Hoogen Raad en het Hof van Friesland werd in de op bl. 188 aangehaalde arresten bijzonder het geheele gewicht gelegd op de beslissing der vraag: of de curator tegenover den persoon, met wien het pandcontract gesloten was, als derde moest beschouwd worden. Overeenkomstig arresten van 11 Dec. 1846 en 19 Maart 1847 (v. D. HONERT, *Burg. Recht*, VIII, bl. 257 en 390) werd die vraag toestemmend beantwoord.

Ik zou meenen, dat men consequent voortgaande, den curator ook in zijne vordering tot terugbrenging van het pand, dat de boedel niet als pandnemer ontvangen, maar als pandgever afgegeven had, niet-ontvankelijk zou verklaren.

Men moet niet uit het oog verliezen, dat de massa der schuldeischers, waar zij, gelijk in het geval, waarop het arrest betrekking had, de geleende som terugvraagt, geen ander recht heeft, dan voor zoover zij is getreden in- en voortzet- de rechten van den failliet. In dat geval kan de curator derhalve nooit als derde beschouwd worden. Maar de zaak is geheel anders, waar de schuldeischers de terugbrenging van panden in den boedel eischen. In die vordering, die op art. 1197 B. W. berust, zijn zij wel degelijk derden.

Tegen den pandhouder hebben de schuldeischers, en de curators namens hen, een zelfstandig recht tot betwisting van het door de wet nietig verklaarde pandrecht. Tegenover den pandgever en geldschieder hebben zij natuurlijk geen recht tot betwisting der schuldvordering wegens voorgesloten geld, omdat die vordering volkomen geldig is.

Hier was de failliet pandhouder. In de wetsbepaling had men het oog op het geval, dat de failliet pandgever was. De ordonnantie bedoelde, dat de goederen des boedels, die tot onderpand gegeven waren, in den boedel zouden worden teruggebracht. Indien de pandhouder zich ook tegenover de andere schuldeischers (of den curator, in zoover hij voor dezen optreedt) terwijl zij in hun belang het door de wet nietig verklaarde pandrecht aanvielen, op compensatie kan beroepen, zou de nietigverklaring van het pandrecht letterlijk niets beteekenen.

Was het de schuldenaar zelf die zijn pand terug vorderde, bewerende dat het gesloten pandcontract nietig was, dan zou hem van de zijde des pandhouders terecht kunnen worden tegen-
geworpen, dat hij bij de nietigheid van dat pandcontract zijn pand kan terugvorderen, maar evenzeer gehouden was tot terugbetaling van zijne schuld, namelijk de geleende som. Er zou geene reden zijn, waarom men aan de eerstgenoemde verplichting den voorrang zou geven boven de laatste. De kwade trouw en de werkelijk infernale list van hem, die zich eerst onder overgift van pand geld liet ter hand stellen en daarna het pand terugvorderde zonder de schuld te willen voldoen, kan waarlijk aan zijne vordering bij het bestaan van wederzijdsche verplichtingen geen voorrang bezorgen.

Anders is het, waar de schuldeischers het door de wet nietig verklaarde pandrecht van hun mede-schuldeischer en pandhouder betwisten. Zij hebben, als belanghebbenden, een zelfstandig recht om dat te betwisten. Dat recht wordt geldig door de vordering tot terugbrenging van het pand in den boedel. Tegen hunne daartoe strekkende vordering kan de pandhouder zijne vordering tegen den boedel niet overstellen. Door de nietigheid, bij de wet uitgesproken, is het verband tusschen zijne inschuld en het pand weggefallen. Zijn recht op het laatste moet hij tegenover de schuldeischers laten vallen. De compensatie is hier uitgesloten, zoowel door de personen tegen welke hij overstaat, als door de bedoeling der wet.

Deze opvatting stemt geheel overeen met de bewoording van het artikel der ordonnantie. Daarbij is in den aanvang wel het verbod gesteld: *Geene leening zal op pand worden gesloten*; maar uit het slot blijkt, dat men alleen het pandcontract nietig verklaarde, niet de leening zelve. Daar is uitdrukkelijk vermeld, dat de geldschietter zijn recht van vordering op het pand niet zal mogen oefenen; maar daar naast staat, dat hij zijne andere actiën zal kunnen instellen. (1)

Wij hebben het gezien: praktisch is er tusschen deze opvatting en die, volgens welke het pandcontract alleen tusschen derden en niet tusschen de partijen nietig zou zijn, geen verschil, terwijl in beide gevallen teruggaaf van de ter leen gegeven som en verrekening in compensatie plaats heeft. Nu zal ik niet ontkennen, dat het gevoelen van hen, die het pandcontract ook tusschen partijen nietig verklaren, in vorm juridisch is gesteld; mits men daarbij bedenke, dat de compensatie volgens de gewone regels van het recht de terugvordering van het pand gewoonlijk zal verhinderen, zoolang de pandhouder niet staat tegen schuldeischers, tegen welke de tegenvordering niet kan gelden. Maar men zal tevens moeten toegeven, dat Mr. A. DE PINTO en de Fransche praktijk het praktisch resultaat dier juridisch zuiver gedachte en uitgedrukte leer op eene wellicht voor den praktischen handelman meer bevattelijke wijze hebben teruggegeven in den vorm, dat het pandcontract alleen tegen derden nietig, doch tusschen partijen van kracht is.

Dat men, het artikel uit de ordonnantiën met eene kleine wijziging in den vorm overnemende in art. 2074 C. C., op geene verandering in het stelsel bedacht was, maar in tegendeel niets anders bedoelde, dan het artikel der ordonnantie op te nemen in den zin, die daaraan door de Fransche

(1) Hierin week de ordonnantie af van de vroegere strengere bepaling in de ordonnantie van Januari 1629. Art. 148 daarvan luidde: *„Toutes personnes, qui prendront gages pour deniers prêtés ou dus, sans bailler reconnaissance par escrit des dits gages, restitueront les gages et perdront la dette.“*

praktijk gehecht was, is aan geen redelijken twijfel onderhevig. In het discours van den tribun GARY is dat met ondubbelzinnige woorden uitgesproken. Hij verklaarde, dat de pandovereenkomst tusschen partijen moest beoordeeld worden volgens den algemeenen regel bij alle contracten; maar dat deze overeenkomst, om tegen derden van kracht te zijn, de overschrijving in de openbare registers behoeft. „Daarom wil” zoo zegt hij, „de wet, dat de voorrang van den pandhouder niet plaats vinde tegen derden, dan in geval de akte in de openbare registers is ingeschreven.” Hij voegt er bij, dat het artikel conform is aan het artikel der ordonnantie, dat nooit anders uitgelegd en uitgevoerd was, dan in het belang van derden en in geval van faillissement. (1)

In onze wetgeving werd het artikel onveranderd, hoewel niet zonder daartegen ingebrachte bedenking van de centrale afdeeling, opgenomen (2). In die afdeeling werd opgemerkt, dat het strijdig is met den spoed en de geheimhouding, die in handelingen van prolongatie volstrekt noodig is, dat dezelve aan de registratie onderworpen worden. Men vroeg daarom, of men dit handelscontract niet van dat vereischte zou vrijstellen.

(1) „Quant à la forme, il faut distinguer. S'il ne s'agit que de l'effet que doit avoir la convention entre le créancier et le débiteur, les règles suivant lesquelles la vérité de cette convention doit être établie, sont celles prescrites par la loi des contrats ou obligations conventionnelles en général. Mais si cette convention doit être opposée à des tiers, si le détenteur du gage réclame, au préjudice de ces tiers, le privilège, que le loi lui assure, il faut alors que la remise de ce gage, ou la convention dont elle est l'effet, aient une date certaine qui exclue toute idée de fraude et de collusion entre ce détenteur et le propriétaire du gage. Sans cette précaution, un débiteur infidèle, au moment où il verrait que ses effets mobiliers vont être mis sous la main de la loi, parviendrait par des intelligences criminelles à les soustraire à l'action de ses créanciers. Voilà pourquoi le projet de loi veut que le privilège, accordé au créancier saisi du gage, n'ait lieu au préjudice des autres créanciers, qu'autant qu'il y ait un acte public, ou sous seing privé etc.... Cette disposition est conforme à celle des art. 8 et 9 du titre 6 de l'Ord. de 1673, qui n'avait jamais été expliquée et exécutée que dans l'intérêt des tiers, et pour assurer la date du nantissement en cas de faillite du débiteur.”

(2) Zie de behandeling bij VOORDUIN, IV, bl. 426—431.

Ook de Heer VAN REENEN scheen, hoewel hij de bedoeling van het artikel prees, den wensch te hebben om de contracten van beleening en prolongatie aan de heerschappij van dit artikel te onttrekken. Hij vroeg, of men deze contracten niet liever, als van geheel bijzonderen aard, in het handelsrecht zou regelen. Deze poging, om deze handelsovereenkomsten aan den knellenden band van de burgerrechtelijke bepaling te onttrekken, mislukte. In zijne toelichting en verdediging tegen de aangevoerde bezwaren roerde de Heer OP DEN HOOFF onder andere ook aan, dat de nieuwe regel moest strekken om hetgeen hij gesimuleerde handelingen noemde, aan de beurs te voorkomen.

Zien wij, hoe het voorschrift van art 1197 B. W. daaraan voldaan heeft. De inschrijving der akten van pandgeving zou den handel vrijwaren voor kwade praktijken. Gewichtig doel! des te gewichtiger, naarmate het bezit van effecten in alle standen der maatschappij en de gewoonte, om daarop bij tijdelijke behoefte aan kapitaal geldleeningen te sluiten, steeds is toegenomen en nog dagelijks toeneemt. Maar wat heeft men met de invoering dezer bepaling in het algemeen verkeer bereikt? Niets, hoegenaamd niets, dan dat één handelslichaam zich daaraan houdt, terwijl overigens de geheele handel van de inschrijving harer pandakten nooit iets heeft willen weten.

Dagelijks worden niet alleen door den groothandel, maar ook door kleinhandelaars, neringdoenden, boeren en particulieren, millioenen tegen onderpand van effecten en goederen opgenomen en in het groote verkeer laat niemand daarvan ooit eene akte inschrijven. Zoo sterk was de afkeer van deze nieuwe bepaling, dat terstond na de invoering van den Code Civil, zoowel in Amsterdam, als in Rotterdam, een formulier van contract van verkoop met recht van wederinkoop onder medewerking van enkele der voornaamste juristen werd vastgesteld, ten einde de vroeger gebruikelijke pandcontracten te vervangen.

Die formulieren van verkoop met recht van wederinkoop van Amsterdam en Rotterdam zijn in hoofdbepalingen vrij

gelijk (1). Op deze contracten had de heer OP DEN HOOFF het oog, waar hij sprak van gesimuleerde handelingen. De Regeering en de meerderheid der Kamers schenen eenvoudig genoeg om te gelooven, dat deze contracten met de nieuwe wetgeving zouden verdwijnen. Ik heb wel eens hooren beweren, dat enkele van de meest bekwame vertegenwoordigers uit de handelsteden dat destijds wel beter hadden geweten, maar dat zij hadden gezwegen, omdat zij, het terrein kennende, begrepen, dat men destijds geene vrijstelling van die inschrijving verkrijgen kon. Zij zouden, naar men mij verzekerde, hebben gezwegen, uit vrees, dat men in zijne zucht om de geldleeningen op roerende goederen aan controle van inschrijving te onderwerpen, ook deze contracten van verkoop met recht van wederinkoop daaronder zoude betrekken. Voor de waarheid dezer mededeeling kan ik niet instaan; maar het is niet onwaarschijnlijk, dat zich de zaak zoo heeft toegedragen.

Te onrecht gaf men aan deze contracten den naam van gesimuleerde handelingen. Verkoop met beding van wederinkoop is altijd geweest een contract, waarmede de verkoper ten doel had, om zich tijdelijk geld te verschaffen onder zekerheid van het goed, dat hij niet voor altijd vervreemden, maar integendeel bij de teruggaaf der verstrekte som gelds terug ontvangen wilde. Verkoop met recht van wederinkoop en leening op pand zijn twee onderscheiden vormen van handeling van hen, die geld willen ontvangen onder zekerheid van goederen, die zij daartoe aan den leener ter hand stellen, onder beding van teruggaaf na terugbetaling van de geldsom, die zij zich onder die zekerheid verschaft hebben.

Het staat aan de partijen vrij, den vorm te kiezen, die hun het meest geschikt voorkomt, en zij kunnen daaraan alle mogelijke voorwaarden verbinden, mits deze met de wet niet in strijd zijn.

Daarom zij de zoogenaamde beleenings-contracten in den

(1) Het Rotterdamsche formulier vindt men afgedrukt achter mijne verhandeling in *Themis* 1855, bl. 608.

vorm van verkoop met wederinkoop in onze rechtspraak als volkomen geldige contracten erkend (1).

De handel heeft daarin dus een veilig middel, om gelden op effecten en goederen voor te schieten. Werkelijk wordt ook van dien vorm veelvuldig gebruik gemaakt. Zoolang art. 1197 B. W. bestaat, is het zeker raadzaam zich daarvan te bedienen, voor zoover men zich niet aan de inschrijving in de openbare registers wil onderwerpen. Van het laatste heeft onze handel een onoverwinnelijken afkeer.

Men ziet nu, hoe weinig zich de handel om de wet bekommert. Dikwijls neemt men niet eens de moeite, om gebruik te maken van het wettig middel, om zonder die hatelijke inschrijving een wettig contract van beleening of prolongatie te sluiten. Zoo weinig bekreunt men zich over de wet, dat men meestal handelt, alsof de wetsbepaling, die nietigheid bedreigt, niet bestond. Zonder pandakte schrijft men veelal in zijne boeken en op de bewijzen van afgifte, dat zooveel is voorgeschoten op de daarbij genoemde effecten als onderpand (2).

(1) Een eerste twijfel over de rechtsgeldigheid lag in de miskennis van den aard van het contract van verkoop met recht van wederinkoop. Op den naam af meende men, dat het doel van den verkooper in dat contract *de vereënding*, het afzetten van zijn goed, zijn moest, terwijl in het contract daarentegen juist de bedoeling ligt opgesloten, om zich op den duur het bezit te verzekeren van goed, dat men niet dan door nood gedrongen, tijdelijk aan een ander tot zekerheid afstaat van eene door hem verstrekte geldsom.

Daardoor kwam men er toe, om dezen vorm voor een *simulatum* te houden. Dat vindt men, onder anderen, voorgestaan door Mr. LIPMAN.

Later werd daartegen aangevoerd in een keurig vertoog van Mr. M. MEES, *Nieuwe Bijdragen* 1855, bl. 109, dat het contract niet als verkoop-contract kon gelden, omdat er geen bepaalde prijs volgens art. 1501 B. W. was. Daartegen was gericht mijn betoog in *Themis* 1855, bl. 579—609. De rechtsgeldigheid dezer contracten werd later uitgesproken bij arrest van den Hoogen Raad van 19 Mei 1859, *W. v. h. R. no. 2067*. De rechtsgeldigheid is ook erkend door Mr. J. KIST, *Handelspapier*, bl. 296—299.

(2) Het stuk van Mr. MEES had aanvankelijk eenigen schrik gegeven. Ik raade den handel destijds, zich te blijven bedienen van het contract van verkoop met wederinkoop. Ten einde meerdere zekerheid omtrent de recht-

Themis, D. XXXI, 2de St. [1870.]

Zoolang nu de schuldenaar niet failliet gaat of in staat van kennelijk vermogen geraakt, is men met deze handelwijze genoeg zeker; maar zoolang de schuldenaar betalen kan, is het pandcontract minder noodig. Het zakelijk verband begint pas zijne waarde te krijgen, als de schuldenaar zijne betalingen staakt. En juist in dien toestand kan de schuldeischer zijne informeele handeling van pandneming niet meer laten gelden. Wij hebben gezien dat de pandhouder tegen de terugvordering van zijn schuldenaar zelf tamelijk veilig is, maar tegen de overige schuldeischers en een curator, in zoover deze de schuldeischers vertegenwoordigt, moet hij met zijne bewering van pandrecht op het goed, dat hij onder zich heeft, de vlag strijken. Waar dus het pandrecht zou te pas komen, daar is het nietig wegens de informeele wijze, waarop het contract gesloten werd.

Men is in ons land gewoon, de geldschieting op beleende of in prolongatie gegeven effecten en goederen, als eene der meest solide geldbeleggingen te beschouwen. Onder de bestaande wetgeving ontbreekt bij de gewone wijze van handelen rechtens nagenoeg alle zakelijk verhaal op het tot zekerheid gegeven goed. Ziedaar het heerlijk resultaat, waartoe de bepaling van art. 1197 B. W. geleid heeft.

In den regel wordt dat artikel door niemand opgevolgd. Voor zoover mij bekend is, onderwerpt zich alleen één groot handelslichaam aan de drukkende bepaling van het artikel. Het is de Nederlandsche Bank, die zich waarschijnlijk

spraak te verkrijgen, lokte men later opzettelijk de beslissing van den Hoogen Raad uit.

Aanvankelijk hield men zich toen, althans in Rotterdam, meer aan dien vorm; maar mettertijd verdwijnt de onrust en gaat men zich zorgeloos weder bedienen van de uitdrukking *tot onderpand geven*.

De handel kan zich dikwijls ook met het teekenen van al die contracten niet afgeven.

Het doen van zaken wil boven alles snelheid.

Intusschen kan men zich ook zonder formeele akte op te maken voorzigtiger uitdrukken, indien men in zijne boeken en bewijzen van kwijting de woorden *verkoop met recht van wederinkoop* bezigde.

Volgens art. 1375 B. W. zou dat op het gewone formulier van verkoop met recht van wederinkoop heenwijzen.

wegens het haar door de Regering verleende privilegie van uitgifte van papier aan toonder, als wettig betaalmiddel, verplicht acht zich aan het gewone pandcontract te houden en zich daarom de inschrijving in de openbare registers laat welgevallen.

Dat de directie zich door vrees, of de andere vorm van verkoop met wederinkoop wel rechtsgeldig is, zou laten terughouden, is bij de stellige rechtspraak daaromtrent moeielijk aan te nemen.

Onverschillig is het zeker niet, dat de Bank zich aan art. 1197 B. W. onderwerpt. Gewoonlijk bedraagt het cijfer van het door haar in beleening uitgegeven kapitaal ruim 30 millioen. Maar indien men in aanmerking neemt, welke groote hoeveelheden effecten en goederen in ons land in omloop zijn, en hoe beleeningen en prolongatiën daarop in den laatsten tijd overal in ons land in gebruik zijn gekomen, dan mag men toch het bedrag van de beleeningen en prolongatiën, op andere kantoren gesloten, op een veel hooger cijfer stellen.

Dat deze beleeningen en prolongatiën onder de bestaande gewoonte ten gevolge der wet voor het meerendeel rechtens ongeregeld en onzeker zijn, is zeker een onhoudbare toestand. Stellen wij ons voor, dat ons burgerlijk en handelsrecht verzuimd had, vaste en duidelijke rechtsregels voor dit contract te stellen: zeker zou er een geschreeuw opgaan, dat de wetgever hoe eer zoo beter in deze leemte moest voorzien. Moest daarvoor eene wettelijke regeling in het leven worden geroepen, dan zou men uitstel kunnen billijken, om die wetsbepalingen voor te bereiden. Hier echter is niets noodig dan de opheffing van één enkel ongelukkig artikel, dat wij te kwader ure en onbedachtzaam uit den Code hebben overgenomen.

De opheffing van dat artikel alleen is genoegzaam, om den ongeregelden, wetteloozen en onzekeren toestand der beleeningscontracten te doen eindigen. Het artikel hangt niet samen met de overige wetsbepalingen over pandrecht, integendeel is het met de hoofdbeginselen daarvan in strijd.

Ons pandrecht steunt op het beginsel, dat het zakelijk recht op het goed ingevolge overeenkomst tusschen partijen wordt verkregen door het bezit. Het artikel is daarmede in lijnrechten strijd. Door inschrijving van de pandakte in de openbare registers te vragen, ten einde kwade trouw van den pandgever te voorkomen, was men zeer inconsequent.

Inschrijving van zakelijk recht is een logisch middel tot wering van alle kwade praktijken bij goederen, waarvan de eigendom in openbare registers ingeschreven is. Het is volkomen consequent, dat voor goederen, waarvan de eigendoms-overdracht niet zonder inschrijving in openbare registers plaats heeft, ook voor verleening van zakelijk recht daarop inschrijving in openbare registers geëischt wordt. Tot verkrijging van zakelijk recht van hypotheek op onroerende goederen zal men dus wegens de openbaarheid van den eigendom van onroerend goed altijd inschrijving in openbare registers moeten vorderen. Voor pandrecht op schepen zal men ook terecht de inschrijving in openbare registers behouden (1). Maar het is de grootste inconsequentie, die men denken kan, dat de eigenaar van andere roerende goederen den vollen eigendom door bloote levering zonder eenig schrift of akte kan overdragen; doch dat hij niet het minste zakelijk recht van pand daarop bij de levering kan vestigen, zonder schriftelijke akte en inschrijving in de openbare registers.

Dat is eene juridische absurditeit, die alleen ontstaan kon in een tijd, toen men zich van het groote onderscheid tusschen hypotheek op onroerend goed en pandrecht op roerende goederen nog geen duidelijk begrip vormde, maar die in ons tegenwoordige recht ondragelijk is (2).

(1) Voor schepen, waarvan de eigendomsoverdracht in openbare registers wordt ingeschreven, zou ook het pandrecht in de openbare registers der schepen moeten worden ingeschreven en het pandrecht eigenlijk, evenals hypotheek, tegen derden eerst van kracht moeten zijn van het oogenblik af, dat deze inschrijving bij den bewaarder van de registers der schepen was ingeschreven.

(2) Volgens onderscheiden *coutumes* waren de vormen van *nantissement* gelijkelijk van toepassing voor roerende en onroerende goederen.

Dat is eene formaliteit, die de handel zich nooit zal laten welgevallen. Hij die geld noodig heeft en zijn goed daarvoor verpand, vordert geheimheid en snelheid. Men mag het eerste voor bekrompen verklaren: het is eenmaal zoo en men kan het niet veranderen. Ook kan er soms den koopman aan gelegen zijn, dat niet wellicht door eene dood eenvoudige leening kwade tongen ten nadeele van zijn crediet worden gewekt.

Dat is eene wetsbepaling, die door geregelde overtreding den eerbied voor de wet vermindert, en rechteloosheid en onzekerheid in de meest gewichtige handelingen van het verkeer aanbrengt.

Als dat alles geene reden genoeg is voor de intrekking eener wetsbepaling, die gewoonlijk ontdoken wordt: waar zal dan ooit voldoende grond tot afschaffing bestaan?

Finantiële bezwaren zijn er tegen deze intrekking niet. De registratie heeft volgens K. B. van 9 Maart 1864 gratis plaats. Het is geene zuinigheid, dat den handel daarvan terughoudt, maar de gevreesde openbaarheid en de omslag der formaliteit. Bij de invoering der Nederlandsche wetgeving moge men de illusie gehad hebben, dat de handel, als de Nationale Wetgeving het eenmaal voorschreef, dien tegenzin zou overwinnen, zooals door den heer OP DEN HOOFF werd uitgesproken: thans kan men zich met die voorstelling niet meer laten paaien, nu de handel meer dan 30 jaren in zijn lijdelijk verzet heeft volhard en eindelijk zijn gang gaat, alsof de wet niet bestond, op het gevaar af van in processen gewikkeld te worden en schade door gedwongen teruggaaf van het pand te belooopen.

Wel is waar strekt de registratie der pandakten, bij de Bank gesloten, thans tot zekerheid, dat het evenredig zegelrecht daarvan voldaan wordt. Zoolang de zegelwet in dat opzicht niet gewijzigd is, wordt dat recht voor alle binnenslandsche handelspapieren anders gewoonlijk niet betaald, terwijl men de gewoonte heeft, dat handelspapier alleen te laten zegelen, ingeval de overlegging daarvan noodig is in een rechtsgeding.

In zoover heeft de schatkist thans een klein voordeeltje in het evenredig zegel van de pandakten, die bij de Bank

gesloten worden. Daarentrent moet men echter in de eerste plaats opmerken, dat de Bank, die nu de pandakte in dien gebruikelijken vorm doet zegelen en registreeren, omdat zij zich van hare zijde zoo streng mogelijk aan alle wettelijke voorschriften wil houden, volgens denzelfden regel met de voldoening van het zegel zou voortgaan, indien de formaliteit der registratie werd opgeheven. Ik geloof niet, dat daarover twijfel bestaan kan; maar al was dat ook het geval, dan zou toch dit kleine belang van den fiscus geen overwegend bezwaar tegen de afschaffing dezer hinderlijke formaliteit kunnen opleveren.

Daartoe is de opbrengst van het evenredig zegel der beleeningen, die bij de Bank gesloten worden, te klein.

Het bedrag van die opbrengst zal zeker het cijfer van 25,000 guld. niet overschrijden (1).

Hoewel men nu dat sommetje voor de schatkist niet geheel verwerpelijk moge vinden, is het toch zeker veel te onbe-

(1) Bij de Nederlandsche Bank worden de meeste beleeningen gesloten voor 3 maanden en de verlenging of prolongatie van het contract wordt, naar ik vermeen, ook voor datzelfde tijdperk, aangegaan.

Bij de Bank volgt men niet de terminologie van de beurs en van den gewonen handel, volgens welke *beleening* eene leening voor 3 maanden, en *prolongatie* eene leening van 1 maand aanduidt, onverschillig of het een nieuwe gesloten of verlengde leening is.

De Bank gebruikt het woord *prolongatie* in zijne oorspronkelijke beteekenis, en stelt alzoo *prolongatie* tegenover *nieuw gesloten leening*.

Voor het laatste jaar 1869—1870 bedroeg het cijfer der nieuw gesloten beleeningen op onderpand *f* 43,970,550, en dat der prolongatiën *f* 116,177,320, te samen *f* 160,147,870.

Volgens art. 21 der zegelwet van 3 October 1843 (*Stbl.* n°. 47), zou het evenredig zegel van deze gezamenlijke beleeningen, berekend tegen 1 ct. per 100 guld. in hoofdsom *f* 16,014, en met 38 opecenten *f* 22,109 bedragen.

Dit cijfer zal echter een weinig beneden de werkelijkheid zijn, omdat het evenredig zegel wordt geheven voor ronde sommen van 2500 guld., tot een bedrag van 25,000 guld., van 5000 guld. voor een bedrag van 25,000 tot 100,000 guld. en verder over ronde sommen van 10,000 guld.

Het evenredig zegelrecht moge hierdoor iets meer dan het aangegeven cijfer hebben opgebracht, vermoedelijk zal het ook in het laatste jaar beneden 25,000 guld. zijn gebleven.

duidend, om daarvoor eene wetsbepaling in het leven te willen laten, die zooveel verwarring en onzekerheid in het handelsverkeer brengt.

Bovendien wordt deze belasting betaald door handelaars en neringdoenden, die geld moeten leenen, om hunne zaken te drijven. Hen in de handelingen van hun handel en bedrijf bijzonder te belasten, is in strijd met alle gezonde begrippen van staathuishoudkunde.

Meerendeels gaat thans de handelaar en de neringdoende man, als hij geld noodig heeft, niet direct naar de Bank. De omslag en de publiciteit der akte schrikken hem af. Hij sluit zijne beleening of prolongatie bij particuliere kantoren, niettegenstaande de koers bij de Nederlandsche Bank gewoonlijk 1 pCt. lager is.

Zoo strekt de bepaling der wet door haar invloed op de Bank voor vele industrieëlen en handelaars in goederen direct tot belangrijke verhooging van interest, die voor handels- en industrieel-kapitaal wordt betaald.

Het spreekt echter van zelf, dat er zoowel in de bepaling van het minimum, waartoe de Bank hare operatiën beperken moet, alsook in vele bijkomende omstandigheden, voor velen altijd reden bestaan zal, dat zij de tusschenhand tusschen hen en de bank zullen behoeven. Kantoren, die zich met geldhandel bezig houden, en het geld weder uitzetten dat zij bij de Bank op beleening nemen zullen altijd noodig blijven. Het spreekt van zelf, dat zij hunne kosten, op de beleeningsakten vallende, weder aan hunne correspondenten in rekening brengen.

Groot is daarnaast ook de handel in kapitaal van particulieren, dat op deze wijze den weg tot handel en industrie kan vinden.

Hoe zekerder die geldbelegging in hare gevolgen en in het gevoelen van het geheele publiek is, hoe grooter de toestrooming van kapitaal voor onzen handel en onze industrie langs deze wegen worden zal. Thans mist deze wijze van geldbelegging bij de bestaande wijze van handelen de noodige vastheid en zekerheid.

Dat alles is het gevolg van één misgreep des wetgevers, dat hij eene oude onpraktische verbodsbepaling onveranderd liet bestaan, hoewel zij, althans na de afschaffing der woekerwet van 3 September 1807, niet de minste reden van bestaan meer kan hebben.

Niets is eenvoudiger en gemakkelijker, dan hierin verandering te brengen. In dit bijzonder geval behoeft men voor partiëele herziening niet bevreesd te zijn.

In het algemeen erken ik gaarne de groote bezwaren daartegen. Zoodra men kleine wijzigingen maakt, wordt zoo licht gezondigd tegen het systeem. Oordeel over wetgeving matigen velen zich aan. Weinigen zijn echter in staat, om zich de werking eener wetsbepaling tot in kleine bijzonderheden te denken en tevens het verband met het geheel volkomen te overzien. Waar beide niet samenvallen, zal men met de beste bedoelingen tot grove misgrepen komen. Hoe klein is het getal van hen, in wie men beide genoeg vereenigd vindt.

Tegen deze partiëele wijziging kan echter geen bezwaar zijn. Met uitzondering van het pandrecht op schepen, waartrent echter meerdere en betere regeling noodig is, dan onze wetgeving aanbiedt, heeft men niets anders te doen, dan art. 1197 B. W. afteschaffen. Daarmede is de anomalie uit den titel over pand opgeheven en het groote struikelblok voor de praktijk in de veelvuldige beleeningen weggenomen.

Eene wet met één wetsartikel, dat de inschrijving van pandrecht op schepen behoudt, doch overigens het geheele artikel 1197 B. W. afschaft, is daarvoor voldoende.

Moge het oogenblik spoedig komen, dat onze wetgevende macht de ware beteekenis van dat artikel zal inzien en van de groote nadeelen daarvan voor de praktijk zal kennis nemen, om door de afschaffing aan den geldhandel vrijheid en zekerheid te hergeven en regelmaat en orde te herstellen.

*Eene bijdrage tot de uitlegging van art. 1303 van het
Burgerlijk Wetboek, door Mr. D. J. MOM VISCH,
Lid van de Arrondissements-Regtbank te Gorinchem.*

Bij arrest van den Hoogen Raad der Nederlanden van 16 April 1869 (1) is in overeenstemming met de conclusie van den Advocaat-Generaal en met vroegere arresten van hetzelfde collegie beslist, dat het gelijktijdig instellen eener vordering tot nakoming eener wederkeerige overeenkomst met eene actie tot schadevergoeding, in strijd is met art. 1303 B.W.

„Ov. toch” (zoo lezen wij in het arrest) „dat bij gezegd artikel aan hem, te wiens opzichte niet is nagekomen eene wederkeerige verbindtenis, wordt gegeven de keuze tusschen twee vorderingen: 1^o. die tot nakoming der overeenkomst, en 2^o. die tot hare ontbinding met vergoeding van kosten, schaden en interessen; dat bij de eerste wordt gezwezen van alle verdere vordering en derhalve ook van die tot schadevergoeding, zij het dan ook wegens vertraagde praestatie, en deze daardoor is uitgesloten; dat de bij de vordering tot ontbinding gevoegde uitdrukking: „vergoeding van kosten, schaden en interessen” (als alleen daaraan verbonden, en als vervangende de praestatie, en alzoo niet nevens haar bestaande) niet mede kan terugslaan op de eerstgenoemde vordering, die tot nakoming der overeenkomst, en dat men derhalve, haar kiezende, alle vordering tot schadevergoeding moet laten varen, en, die niettemin bij de vordering voegende, daarin is niet-ontvankelijk.”

Wij hebben tegen deze leer eenige o. i. gewichtige bedenkingen, die wij te dezer plaatse met de noodige bescheidenheid zullen trachten te ontwikkelen (2)

(1) *Weekbl. v. h. Regt* van 24 Juni 1869, n^o. 3115, alwaar ook de vroegere arresten worden aangehaald met opgave van de verzamelingen waarin zij te vinden zijn. Zie ook DE PINTO, *Handl. tot het B. W.*, 4de druk, II, p. 489.

(2) Reeds vroeger hebben wij doch meer ter loops deze quaestie aangeeroerd. Cfr. ons opstel: de Rechtsvorderingen van art. 1303 B. W. in verband met de leer der mora debitoris, in *Themis* 1862 en aldaar pag. 344.

Hoe men ook over deze quaestie moge denken, zooveel is zeker dat het daarbij een allerbelangrijkst beginsel betreft. Is toch de uitlegging die de H. R. aan art. 1303 geeft, juist, dan zal ieder, die door de niet-uitvoering eener wederkeerige overeenkomst is benadeeld en vergoeding der geleden schade verlangt, genoodzaakt zijn eene rechtsvordering tot ontbinding dier overeenkomst in te stellen. Al heeft hij nog zoo veel belang bij de nakoming der overeenkomst en al is die nakoming nog zoo mogelijk, hij zal haar niet mogen vorderen zonder tevens zijn recht op vergoeding der geleden schade op te offeren. Geheel in strijd met het wezen der overeenkomst zal voortaan, door de onvoordeelige positie waarin deze uitlegging den schuldeischer plaatst, in den regel de niet-nakoming niet meer eene actie tot nakoming ten gevolge hebben, maar uitsluitend eene actie waardoor die overeenkomst ongedaan wordt gemaakt. Wat uit den aard der zaak een exceptioneel middel ter bescherming van den schuldeischer tegen nalatige debiteuren behoorde te zijn, zal voortaan regel worden. De rechtsvordering tot schadevergoeding ex mora of culpa zal voortaan als accessoire vordering niet de hoofdvordering mogen vergezellen. Het eenig rechtsgevolg van mora of culpa bij wederkeerige overeenkomsten zal dan volgens het Nederlandsche recht de ontbinding dier overeenkomst zijn. Want het behoeft geen betoog dat de enkele actie tot nakoming, als zijnde niets anders dan de uitoefening van het aan de overeenkomst ontleende recht, als zoodanig in juridischen zin niets met mora of culpa te maken heeft.

Neemt men nu in aanmerking dat deze leer juist die overeenkomsten zou treffen, welke in het dagelijksch verkeer het meest voorkomen (men denke slechts aan het koop- en huurcontract), dan kan naar ons voorkomt, het belang van een nader onderzoek naar de gronden waarop zij steunt, niet te licht geteld worden. Dat zij met de tot nog toe gehuldigde algemeene rechtsbeginselen in strijd is, zal wel niet in twijfel kunnen getrokken worden. Wanneer echter uit de wet ondubbelzinnig mocht blijken dat 's wetgevers

bedoeling geweest is ten aanzien van wederkeerige overeenkomsten eene zoo ingrijpende wijziging vast te stellen behoort men zich natuurlijk bij die uitspraak neder te leggen en, gedachtig aan het „non omnium quae a majoribus tradita sunt, ratio reddi potest” zich aan de wet, hoe onbillijk die dan ook zijn moge, te onderwerpen, in afwachting dat een volgend wetgever de fout zijns voorgangers zal verbeteren. Wij durven echter met vertrouwen beweren dat men bij de redactie van art. 1303 in geen deele de bedoeling heeft gehad om de vordering tot schadevergoeding als accessoir bij die tot nakoming eener wederkeerige overeenkomst gevoegd, te verbieden en dat wanneer men gemeld artikel in zijn noodzakelijk verband met andere wetsbepalingen beschouwt, zelfs overtuigend blijkt dat de wetgever van eene geheel tegenovergestelde meening is uitgegaan. Wij zullen thans beproeven deze bewering met bewijzen te staven.

I.

Het is niet te ontkennen dat, wanneer men *uitsluitend* het oog vestigt op art. 1303 en wanneer men argumenteert alsof alleen dat artikel als de *sedes materiae* is te beschouwen van de vraag op welke wijze bij wederkeerige overeenkomsten schadevergoeding wegens niet-uitvoering kan gevorderd worden — de bestreden meening een schijn van juistheid voor zich heeft. Indien men toch art. 1303 *letterlijk* opvat en losrukt van het verband waarin het met andere artikelen is geplaatst, schijnt de uitlegging niet moeielijk. Want dat artikel geeft de keuze tusschen twee rechtsvorderingen: die tot nakoming en die tot ontbinding, terwijl de woorden „met vergoeding van kosten, schaden en interessen” slechts achter de vermelding der laatste actie en niet achter die der eerste voorkomen. Evenwel zou men o. i., zelfs dan als men zich op het standpunt der letterlijke interpretatie plaatst, nog aldus kunnen redeneeren: „In art. 1303 is vóór de woorden: „met vergoeding van k., sch. en i.,“ eene komma geplaatst. Daardoor geeft de wetgever te kennen dat hij de schade-

vergoeding niet uitsluitend met de actie tot ontbinding heeft willen vereenigen, maar dat gemelde zinsnede tot de *beide* voorafgaande behoort. In allen gevalle is door die plaatsing der komma de quaestie zeer twijfelachtig en dan geldt de regel dat men de keuze hebbende tusschen twee meeningen waarvan de eene overeenkomstig is met de juiste rechtsbeginselen, de andere daarentegen den wetgever eene stuitende oubillijkheid en ongerijmdheid laat zeggen, de eerste als de vermoedelijke bedoeling des wetgevers behoort aan te nemen."

Bij de laatste behandeling dezer quaestie voor den Hoogen Raad, is door de eischende partij ook op dit argument gewezen en de Advoc.-Generaal bij dat collegie heeft blijkens zijne conclusie (1) daartegen aangevoerd: "dat die steun moet wegvallen en in onze wetgeving die komma is misplaatst, zal den Raad dadelijk blijken, indien hij art. 1303 gelieft te vergelijken met art. 1184 al. 2 C. N., hetwelk blijkbaar vertaald is en door den Nederlandschen wetgever alzo overgenomen welke eindigt "ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts" zonder die komma." Doch hiermede begaf het Openbaar Ministerie zich o. i. op een gevaarlijk terrein. Want de letterlijke interpretatie waardoor alleen het bestreden stelsel nog eenigszins zou kunnen gerechtvaardigd worden, werd door een beroep op art. 1184 C. N. waaraan art. 1303 B. W. is ontleend, verlaten voor eene verklaring langs historischen weg. Indien men echter (en op zich zelf keuren wij dit zeer goed) daartoe overgaat, moet men art. 1184 ook in zijn geheelen samenhang met de Fransche wetgeving en jurisprudentie opvatten. En nu is de vraag die ons thans bezig houdt, in Frankrijk nooit als eene vraag beschouwd. Nimmer is door eenig rechtsgeleerde of rechtsgeleerd collegie daar te lande beweerd, dat het de bedoeling van den wetgever zou geweest zijn om bij art. 1184 de gewone vordering tot schadevergoeding bij de actie tot nakoming uit te sluiten. Daarenboven, wil men art. 1303 uit art. 1184 C. N. verklaren, dan kan men nog veel minder

(1) *Wkbl.* no 3115 hierboven aangehaald.

bezwaar hebben tegen eene verklaring van dat artikel uit den geheelen samenhang der Nederl. wetgeving. En indien men dit toegeeft is, zooals wij straks nader zullen aantoonen, de geheele leer prijsgegeven.

Wij willen ons evenwel niet op die komma beroepen en achten het al- of niet bestaan daarvan voor de beantwoording dezer vraag tamelijk onverschillig. Wij meenen toch dat er betere argumenten voor ons gevoelen zijn aan te voeren. Reeds *a priori* schijnt het zeer bedenkelijk aan te nemen dat de wetgever in art. 1303 een zoo gewichtig algemeen beginsel over de wijze waarop bij wederkeerige overeenkomsten schadevergoeding kan gevorderd worden, heeft willen vaststellen. De plaats waar een artikel zich in het wetboek bevindt, is voor de verklaring van dat artikel gansch niet onverschillig. Vindt men b. v. een of ander belangrijk beginsel vastgesteld in den titel die over testamenten handelt, dan zal men aan die bepaling wanneer zij betrekking heeft op de materie, welke in dien titel wordt geregeld, natuurlijk veel grooter gewicht toekennen, dan wanneer zij een geheel ander onderwerp betreft en in stede van op den vorm of de rechtskracht der uiterste wilsbeschikkingen betrekking te hebben, een voorschrift omtrent het koopcontract of het mandaat mocht behelzen. In dat geval zou men dat voorschrift wel niet op zijde mogen zetten, maar men zou, althans wanneer het in strijd was met andere in het wetboek voorkomende bepalingen, aldus redeneeren: „Het kan de bedoeling des wetgevers niet geweest zijn om ter gelegenheid van de testamenten, tevens een der hoofdbeginselen van de leer van het koopcontract of van het mandaat ter loops vast te stellen. Daar hij dit evenwel *schijnt* gedaan te hebben, moeten wij vooraf onderzoeken of in de afdeelingen van het wetboek, waarin *ex professo* over die contracten gehandeld wordt, hetzelfde beginsel wordt gehuldigd. Blijkt het ons nu dat daarin het tegendeel wordt bepaald, dan is het de taak des uitleggers om zoo mogelijk die strijdige bepalingen met elkander te vereenigen, daarbij uitgaande van het beginsel dat ieder rechtsinstituut in de eerste plaats moet verklaard

worden uit de bepalingen die *rechtstreeks* daarover handelen. Meestal zal dan blijken dat de strijd slechts schijnbaar is en dat men, zonder de wet geweld aan te doen, een alleszins aannemelijke verklaring der gewaande afwijking kan geven.

Wanneer men nu dit o. i. juiste beginsel van uitlegging op art. 1303 toepast, dan blijkt reeds *a priori* eene sterke presumtie tegen de juistheid der bestreden leer te bestaan. Immers dat artikel bevindt zich onder eene afdeeling, waarin de leer der *voorwaardelijke verbintenissen* wordt geregeld, en maakt nog meer bepaaldelijk een deel uit der bepalingen over de verbintenis onder eene ontbindende voorwaarde (art. 1301 – 1303) even als artikel 1184 C. N. onder eene rubriek geplaatst is, die tof opschrift draagt: *« de la condition résolutoire. »* Zou het nu niet zeer vreemd zijn als de wetgever, sprekende over het rechtsgevolg der ontbindende voorwaarde, daarbij tevens zou hebben willen uitmaken dat bij eene actie tot nakoming eener wederkeerige overeenkomst, de door hem vroeger algemeen toegestane en zoo geheel uit den aard der zaak volgende vordering tot schadevergoeding niet zou mogen gevoegd worden? Wel zou men dit moeten onderstellen, wanneer in deze afdeeling de bevoegdheid om schadevergoeding wegens de niet-nakoming eener verbintenis te vorderen, werd geregeld. Doch nu het hier eene geheel andere zaak betreft en de actie tot nakoming met hare accessoria niets met de actie tot ontbinding te maken heeft, kan men die onderstelling niet zoo gaaf aannemen. Immers al had de wet niets omtrent ontbindende voorwaarden bepaald, de rechtsmiddelen welke ieder openstaan om de nakoming eener overeenkomst te vorderen, zouden daardoor niet in 't minst verkort worden.

In de afdeeling over de voorwaardelijke verbintenissen kan men dan ook geene regeling noch van de actie tot nakoming noch van die tot vergoeding van geleden schade *ex mora* of *culpa* verwachten. Geene dier beide actiën toch is een gevolg van de vervulling der ontbindende voorwaarde als zoodanig. De niet-nakoming als ontbindende voorwaarde in iedere wederkeerige overeenkomst ondersteld, heeft ten gevolge dat de zaken weder in den vorigen toestand

worden hersteld alsof er geen verbintenis had bestaan (art. 1301), en *dit* gevolg moest ter dezer plaatse geregeld worden, gelijk het dan ook werkelijk in art. 1302 geregeld is. Het geldt hier een der wijzen waarop verbintenissen te *niet gaan* (art. 1417), niet de regeling van rechtsmiddelen *tot nakoming* (1). Art. 1303 was daarom niet geheel onnoodig. Want terwijl bij de actie tot nakoming de accessoire actie tot schadevergoeding ex mora of culpa van zelve sprak, kon het bij een zoo exceptioneel middel als de actie tot ontbinding, aan twijfel onderhevig zijn of behalve het terugbrengen zooveel mogelijk der zaken in den vorigen toestand daarenboven nog schadevergoeding kon gevorderd worden. Deze twijfel nu vindt zijne oplossing in de slotwoorden van art. 1303, welke die schadevergoeding uitdrukkelijk aan de ontbinding der overeenkomst vastknoopen. Dat nu ditzelfde niet ook bij de actie tot nakoming, waarvan het artikel mede gewag maakt, bepaald is, kan niet ten bewijze strekken dat de wetgever daarbij eene uitsluiting of beperking van rechten op het oog heeft gehad. Voorzigtiger ware het zeker geweest, dat hij dezen vorm van redactie kiezende, de slotwoorden van het artikel, evenals dit in art. 3059 van het Ontwerp van 1820 geschied was, had laten luiden: „met vergoeding in *beide* gevallen van kosten, schaden en interessen.“ Doch men bedenke dat de wetgever van 1838, niet gelijk die van 1820 beoogde aan zijn wetboek den vorm van eene wetenschappelijke handleiding te geven, maar veeleer om op het voetspoor van den Code de voornaamste rechtsregelen in beknopte vorm vast te stellen en hunne ontwikkeling en toepassing aan de praktijk en de jurisprudentie over te laten. Daaraan is dan ook o. i. toe te schrijven dat men in 1838 een gedeelte van art. 1184 C. N. woordelijk vertaald en als art. 1303 in het Nederlandsche wetboek gevoegd heeft. Doch nog eens: de actie tot ontbinding was

(1) Daarom wordt ook in de artt. 1516 en 1553 B. W. met verwijzing naar artt. 1302 en 1302 alleen van de actie tot ontbinding en niet van die tot nakoming melding gemaakt.

de hoofdzaak die geregeld moest worden (2) en wanneer nu den schuldeischer de keuze wordt gegeven tusschen die actie en de actie tot nakoming, dan licht (daar anders in 't geheel niet van de laatste actie had behoeven gewaagd te worden) de gevolgtrekking voor de hand dat die vorm van redactie alleen door den Franschen en Nederl. wetgever gekozen werd om duidelijk te doen uitkomen, dat, zooals men anders letterlijk interpreteerende, misschien zou hebben kunnen tegenspreken, de actie tot ontbinding in geval van niet-nakoming wel door den schuldeischer *kon* maar niet *moest* worden ingesteld, en dat hem daarnevens het gewone rechtsmiddel ook bleef openstaan.

Wij meenen hiermede te hebben aangetoond dat het reeds *a priori* bedenkelijk is om uit art. 1303 handelende over het rechtsgevolg der ontbindende voorwaarde, een hoofdbeginsel betreffende de bevoegdheid om schadevergoeding te vorderen, te willen putten. In allen gevalle is zooveel zeker dat men ook bij dat artikel de gewone regelen van uitlegging niet mag laten varen en dat men dus behoort na te gaan of ook op andere plaatsen van het wetboek over dezelfde zaak wordt gehandeld. Dan toch kan men eerst tot eene juiste beoordeeling van de bedoeling des wetgevers geraken, 't geen onmogelijk is wanneer men art. 1303 geheel isoleert en alleen in en uit zich zelf wil verklaren. Hooren wij daarom, alvorens eene uitspraak te doen, ook de overige en naar ons voorkomt beslissende argumenten, welke tegen de bestreden leer kunnen worden aangevoerd.

II.

De algemeene beginselen omtrent de verplichting tot schadevergoeding wegens niet-nakoming eener overeenkomst vindt

(2) Zie ook *Themis* 1862, t. a. p. Hoe gevaarlijk het ook in andere opzichten is art. 1303 letterlijk te interpreteeren, blijkt uit het door ons in dat opstel ter sprake gebrachte vonnis van de Rechtbank te Arnhem, waarbij op grond dat aan de actie tot nakoming geene in-mora-stelling behoeft vooraf te gaan, de noodzakelijkheid daarvan ook voor de actie tot ontbinding ontkend werd.

Dat men vooral in onze wetgeving door letterlijk te interpreteeren en niet op den samenhang der wetgeving acht te slaan tot de vreemdste resultaten komt, hebben wij mede in gemeld opstel ten aanzien van de leer der mora aangetoond.

men, gelijk bekend is, ontwikkeld in de 2^e, 3^e en 4^e afdeeling van den 1sten titel van het 3^e Boek B. W. en met name in laatstgenoemde 4^e afdeeling. Wij behoeven ons daarbij niet lang op te houden. Genoeg zij het te herinneren, dat volgens de Nederlandsche wet, die daarin geheel met de Fransche overeenstemt, ieder schuldeischer ten wiens opzichte eene uit overeenkomst voortspruitende verbintenis niet is nagekomen, recht heeft om vergoeding van kosten, schaden en interessen te vorderen. Die schadevergoeding treedt nu eens in plaats van de geheele oorspronkelijke verbintenis des schuldenaars, zoodat de uitvoering dier verbintenis zich geheel in vergoeding der geleden schade oplost; dan weder vergezelt zij de uitvoering der oorspronkelijke verbintenis, zoodat de schuldenaar niet meer met die uitvoering kan volstaan doch daarenboven nog verplicht is eene geldsom tot vergoeding der schade door zijne niet-behoorlijke uitvoering veroorzaakt, aan den schuldeischer te voldoen. Het eerste geval heeft plaats, zoowel dan wanneer de uitvoering der verbintenis onmogelijk is geworden door mora of culpa, als ook wanneer de verbintenis bestaat in het doen of nalaten van iets en de schuldenaar óf weigert te doen óf handelt tegen 't geen hij moest nalaten. (Art. 1272, 1273, 1275, 1278, 1279 B. W.). Het tweede geval (nl. dat behalve de uitvoering der verbintenis nog eene schadevergoeding wegens niet-behoorlijke uitvoering kan gevorderd worden) heeft plaats, indien 't zij door schuld (*culpa*) 't zij door een verzuim in den tijd (*mora*) schade aan den schuldeischer is toegebracht zonder dat daarom de uitvoering der verbintenis nog onmogelijk is geworden. Die schade moet dan onafhankelijk van de nakoming der hoofdverbintenis vergoed worden. De actie tot schadevergoeding kan dus zijn óf principaal zoodat de geheele verbintenis zich in haar oplost; óf accessoir d. w. z. zij bestaat tegelijk met- en is een corollarium van de oorspronkelijke vordering tot nakoming.

Dat de actie tot schadevergoeding zuiver accessoir kan zijn, behoeft wel geen betoog. Art. 1279 toch is van geheel algemeene strekking terwijl bij art. 1280 en 1286 zelfs

uitdrukkelijk sprake is van schade door het niet-tijdig uitvoeren of door vertraging in de uitvoering veroorzaakt.

Er wordt zelfs niet bepaald vereischt dat de actie tot schadevergoeding voorzoover die *naast* de oorspronkelijke actie tot nakoming treedt, steeds gelijktijdig met deze moet worden ingesteld. Wel zullen meestal de omstandigheden medebrengen dat de vordering tot schadevergoeding met die tot nakoming worde vereenigd. In een enkel geval wordt dit zelfs door de wet ondersteld, wanneer namelijk de verbintenis van eene der partijen de betaling eener geldsom tot voorwerp heeft, daar dan (volgens art. 1286) uitsluitend de dagvaarding zelve waarbij de nakoming is gevorderd, als in-mora-stelling wordt beschouwd zoodat én de principale som én de interessen *ex mora* bij dezelfde actie worden opgevorderd. Maar in alle andere gevallen kan de schuldenaar ook zonder dagvaarding bij enkele sommatie in mora gesteld worden of is hij dit reeds krachtens de bepalingen der overeenkomst zelve na verloop van een bepaalden termijn (art. 1274) en wanneer hij nu nadat hij in mora is, aan zijne oorspronkelijke verbintenis voldoet, zonder tevens de uit de mora ontstane schade te vergoeden, dan belet niets den schuldeischer om eene afzonderlijke actie tot schadevergoeding, berekend van den dag der mora tot aan de voldoening der hoofdverbintenis, in te stellen. Want op die schadevergoeding heeft hij een verkregen recht dat hem niet meer kan ontnomen worden. Het is dus o. i. buiten twijfel dat de schuldeischer de schade die hij geleden heeft, nog bij eene afzonderlijke actie kan vorderen, ook dan wanneer reeds aan de hoofdverbintenis doch niet behoorlijk (wegens culpa of mora) is voldaan.

Heeft nu de schuldeischer dit onbetwistbaar recht dan is het niet zeer duidelijk waarom hij de beide vorderingen, die hem toekomen en waarvan de eene de oorspronkelijke verbintenis, de tweede de accessoire verbintenis *ex mora* of culpa betreft, niet te samen zou mogen instellen.

Dat dit dan ook als algemeene regel door den wetgever is aangenomen, leert zoowel art. 1286 waarbij duidelijk wordt ondersteld dat de vordering tot betaling der interessen (d. i.

de schadevergoeding) de hoofdvordering vergezelt, als ook art. 1343 § 2 bepalende dat de schuldeischer, wanneer eene strafbepaling bij de overeenkomst is gevoegd niet tegelijk de hoofdschuld en de straf kan vorderen, *tenzij de laatstgenoemde enkel op de eenvoudige vertraging mocht gesteld zijn*. Derhalve, indien de strafbepaling alleen ten doel heeft vooruit het bedrag der schade te fixeeren welke door de mora zou kunnen geleden worden, dan kan de schuldeischer gelijktijdig met nakoming der hoofdverbintenis de accessoire vordering tot schadevergoeding geldig maken.

Op deze *algemeene* beginselen nu wordt ter plaatse waar de wetgever dit onderwerp heeft geregeld volstrekt geen onderscheid tusschen eenzijdige of wederkeerige overeenkomsten gemaakt. Toch zou men, gelijk wij reeds hebben aangetoond, eene zoo belangrijke beperking van rechten bij de aangehaalde artikelen moeten verwachten, en niet bij een artikel dat het rechtsgevolg der ontbindende voorwaarde regelt. Reeds op grond derhalve dier algemeene beginselen zouden wij in art. 1303 geene afwijking ten aanzien van wederkeerige overeenkomsten kunnen zien omdat de wetgever daarbij niet behoefde te herhalen wat reeds uit den aard der zaak volgde. Zal men b. v. (want de consequente toepassing van de leer van den H. R. leidt daartoe) den verkooper die eene vordering tot betaling der kooppenningen instelt (dus tot nakoming ageert) in die vordering nietontvankelijk verklaren wanneer hij tevens volgens art. 1286 interessen van den koopprijs sedert den dag der dagvaarding (dus schadevergoeding) vordert? Zal verder als bij een koopcontract tegen de vertraging in de uitvoering eene straf als schadevergoeding is bepaald, het bedrag dier straf niet gelijktijdig met de nakoming der hoofdverbintenis mogen gevorderd worden? Moet men dus aannemen dat de wetgever rechten die hij met de eene hand zonder eenige beperking geeft, met de andere weder heeft willen ontnemen, juist bij die overeenkomsten welke het meest voorkomen? Kan men onderstellen dat hij zoo met zijn eigen stelsel en met de eenvoudigste rechtsbeginselen zou gebroken hebben?

Met vertrouwen durven wij op al die vragen te antwoorden: Neen; de wetgever heeft die bedoeling niet gehad. En niet alleen dat dit blijkt uit de algemeene regelen die hij over de schadevergoeding heeft vastgesteld, maar het volgt tevens uit verscheiden wetsartikelen, welke juist op de schadevergoeding wegens niet-nakoming eener wederkeerige overeenkomst betrekking hebben. In de eerste plaats beroepen wij ons op een artikel dat merkwaardig genoeg in dezelfde afdeeling voorkomt als art. 1303 en waarin juist het tegendeel wordt geleerd van hetgeen men in dat laatste artikel wil lezen. Beroept men zich ten bewijze der beperking van de rechten des schuldeischers op art. 1303, dan zal het ook ons wel vergund zijn ten bewijze van het tegendeel onze toevlucht te nemen tot art. 1300 B. W.

Art. 1300 regelt het rechtsgevolg eener verbintenis onder eene opschortende voorwaarde aangegaan, wanneer de zaak welke het onderwerp dier verbintenis uitmaakt, geheel of gedeeltelijk is verloren gegaan of in waarde is verminderd. Dat dit artikel voornamelijk, zoo niet uitsluitend betrekking heeft op verbintenissen die uit wederkeerige overeenkomsten ontstaan, is duidelijk. Alinea 2 toch zegt: dat indien de zaak geheel en al verloren gegaan buiten toedoen van den schuldenaar, er noch *van de eene*, noch *van de andere zijde* eenige verbintenis blijft bestaan, terwijl in alinea 3 sprake is van eene overeenkomst, waarbij *eene zaak* tegen den *vastgestelden prijs* moet gepraesteerd worden. Nu lezen wij verder in alinea 4 dat wanneer die zaak door toedoen van den schuldenaar in waarde is verminderd, de schuldeischer gerechtigd is om *of* de verbintenis te verbreken *of* de zaak te eischen in den staat waarin zij zich bevindt, met vergoeding *van kosten, schaden en interessen*.

Het artikel onderstelt dus het volgende geval:

A. sluit met B. eene wederkeerige overeenkomst waarbij A. zich verbindt eene zaak te leveren en B. een zekeren prijs daarvoor te betalen. Er wordt echter door partijen bepaald dat deze wederzijdsche verbintenis zal zijn opgeschort tot op het plaats hebben van eene onzekere gebeurtenis (opshor-

tende voorwaarde). Wordt nu de voorwaarde niet vervuld, dan is er voor geen der partijen eene verbintenis ontstaan en doet het dus niets ter zake of de door A. beloofde zaak al of niet door zijn toedoen is teniet gegaan of in waarde verminderd. A. draagt dan van zelf de schade. Is echter de voorwaarde vervuld en dus de verbintenis die tot nu toe opgeschort was, zuiver geworden, dan is A. natuurlijk verplicht de zaak aan B. te leveren. Indien echter nu door zijn schuld inmiddels de zaak in waarde is verminderd dan kan B. tegenover A. het gewone recht doen gelden dat de schuldeischer in dergelijke gevallen tegen zijn schuldenaar is toegekend. (art. 1272, 1279, 1480, 1302, 1303 B. W.) De niet-nakoming der overeenkomst toch is dan aan de schuld van A. te wijten. In dat geval dus kan B. volgens art. 1300 óf de overeenkomst doen ontbinden (verbreken) óf hij kan de zaak eischen in den toestand waarin zij zich bevindt, en bij die vordering tot nakoming eene accessoire vordering tot vergoeding der geleden schade voegen.

Het is van belang op te merken dat volgens eene *letterlijke* interpretatie art. 1300 in onoplosbaren strijd is met art. 1303. Volgens dit laatste artikel toch zou wel de ontbinding, maar niet de actie tot nakoming met eene schadevordering gepaard mogen gaan. Art. 1300 daarentegen laat die schadevordering wel toe bij de actie tot nakoming, doch vermeldt haar niet bij de verbreking der verbintenis (overeenkomst). Men zou dus tot het ongerijmde resultaat moeten komen dat de wetgever uit louter willekeur en met opzet de zaken zóo verward heeft dat men volstrekt niet kan nagaan wat hij eigenlijk wilde. Te beweren dat die tegenstrijdigheid haar oorsprong heeft in het verschil tusschen eene voorwaardelijke verbindtenis en eene verbintenis zonder voorwaarde aangegaan, zou zoo ongerijmd mogelijk zijn. Want de verhouding tusschen schuldeischer en schuldenaar na de vervulling der voorwaarde, is volkomen dezelfde als in eene overeenkomst waarbij van geene voorwaarde sprake is. En de verplichting van den schuldenaar om voor de te leveren zaak behoorlijke zorg te dragen berust bij de voorwaardelijke verbintenis op volkomen denzelfden grond als bij de

onvoorwaardelijke. Wij gelooven dan ook dat wij ons ten dezen opzichte van elk verder betoog ontslagen kunnen rekenen.

Derhalve moet een van beide waar zijn: óf er is een onverzoenbare strijd tusschen de twee vermelde artikelen; óf de twee bepalingen moeten, elk in haar verband met de algemeene beginselen omtrent de bevoegdheid tot schadevordering beschouwd worden en behelzen dan beide niets anders dan de toepassing dier beginselen eenigszins onnaauwkeurig uitgedrukt. Die onnaauwkeurigheid laat zich dan bij beide artikelen daaruit verklaren dat de wetgever niet telkens behoefde te herhalen wat hij elders had vastgesteld.

In Frankrijk heeft men dan ook art. 1182 C. N., waarvan art. 1300 de vertaling bevat, in dien zin uitgelegd en er volstrekt niet aan getwijfeld dat de vierde alinea van dat artikel ook wanneer de schuldeischer aan de verbreking van het contract de voorkeur gaf, hem tevens vrijliet daarbij schadevergoeding te vorderen (1). Men heeft dit daar even natuurlijk geacht als dat volgens art. 1184 C. N. de bedoeling des wetgevers in geen deele geweest is bij de actie tot nakoming de bevoegdheid om schadevergoeding te eischen, uit te sluiten.

Zonder aanmatiging meenen wij dat wij hiermede ons betoog zouden kunnen eindigen, daar o. i. in het aangevoerde reeds voldoende bewijs voor de onjuistheid der bestreden meening is geleverd.

Ter wille der volledigheid willen wij er echter nog op wijzen dat de wetgever de toepassing der algemeene beginselen over de schadevergoeding, ook bij verschillende wederkerige overeenkomsten, uitdrukkelijk heeft ondersteld.

In de eerste plaats is dit geschied ten aanzien van het

(1) MARCADÉ, *Explicat. du C. N.*, IV, n. 562. Nous disons que les dommages-intérêts seront dus dans l'un comme dans l'autre cas, et aussi bien quand l'acheteur opéra pour la résolution du contrat, que quand il se décidera à prendre la chose. C'est évident, car le tort est plus grand pour lui dans le premier cas que dans le second etc.

Zoo ook DIEPHUIS, VI, n. 174: de reden der wet is voor beide gevallen dezelfde.

koopcontract. In art. 1551 B. W. lezen wij: „de koper is, zelfs zonder uitdrukkelijk beding tot het betalen van interessen van den koopprijs verplicht, indien de verkochte en geleverde zaak vruchten of andere inkomsten oplevert.“

Deze interessen van den koopprijs nu zijn niets anders dan de accessoire schadevergoeding, die aan den verkoper, welke de verkochte zaak reeds geleverd heeft, zijn verschuldigd ter compensatie van de vruchten of andere inkomsten, die hij door 't gemis van de verkochte zaak thans moet ontbeeren. Het lijdt dan ook geen twijfel of de verkoper heeft in het bij dit artikel bedoelde geval recht om zijne actie tot betaling van den koopprijs vergezeld te doen gaan van eene vordering van interessen van dien koopprijs.

Dit geldt voor het geval dat de verkochte en geleverde zaak vruchten of andere inkomsten oplevert. De interessen van den koopprijs loopen dan tegen den koper, zonder eenig uitdrukkelijk beding en van den dag af dat de zaak is geleverd. Hoe echter wanneer het eene zaak geldt die geene vruchten of andere inkomsten afwerpt? Zal dan de verkoper die de actie tot nakoming boven die tot ontbinding verkiest, geen recht hebben op de interessen van den koopprijs ex die morae? De regeering zelve heeft bij de beraadslagingen over art. 1551 een ondubbelzinnig antwoord op deze vraag gegeven. Art. 1551 toch is overgenomen uit art. 1652 C. N. In dit laatste artikel nu werd sub alinea 3 bepaald dat tevens interessen van den koopprijs zouden zijn verschuldigd „si l'acheteur a été sommé de payer.“ Deze alinea werd in het Nederlandsche artikel niet gevonden en op de vraag der afdeelingen naar de reden daarvan, antwoordde de regeering: „omdat zulks in den algemeenen regel omtrent vergoeding van kosten, schaden en interessen valt.“ (1)

Dit antwoord was volkomen juist. Of de koopprijs in het bij art. 1551 voorziene geval van zelf interessen zou dragen zonder sommatie was eene vraag, die na het in art. 1286 bepaalde, aan twijfel onderhevig kon zijn en waaromtrent

(1) VOORDUIN, *Geschied. en Begins. der Nederl. Wetb.*, V., p. 186.

dus een nadere verklaring niet overbodig was. Dat echter van dien koopprijs na sommatie (d. i. volgens art. 1286 na dagvaarding) interessen konden gevorderd worden en dat dus de rechtsvordering tot nakoming met eene accessoire vordering van schadevergoeding *ex mora* kon gepaard gaan, was iets dat van zelf sprak en dus niet herhaald behoefde te worden.

Des te merkwaardiger is de bepaling van art. 1551 en de daarop door de regeering gegeven toelichting, omdat blijkens het trouwens onnoodige art. 1553 in *dezelfde* afdeeling aan den verkooper het recht wordt toegekend om de ontbinding der overeenkomst te vorderen, indien de koper den koopprijs niet betaalt. Het lag dus niet in de bedoeling van den wetgever om tusschen die actie en de actie tot nakoming een zoo groot onderscheid te maken, als hem nu op grond van de *woorden* van art. 1303 wordt ten laste gelegd.

Tot nog toe spraken wij over de bevoegdheid des verkoopers om schadevergoeding te vorderen. Doch wij treffen in den titel die over het koopcontract handelt ook bepalingen aan die aan den koper, zelfs dan wanneer hij niet de ontbinding van het contract eischt, dezelfde bevoegdheid toekennen (1).

Wij wijzen slechts op artt. 1537 en 1538 B. W. Het eerste heeft betrekking op de vraag wat geschieden moet indien het verkochte goed gedeeltelijk is uitgewonnen. In dat geval heeft de verkooper niet aan zijne uit het contract voortvloeiende verbintenis tot vrijwaring voldaan. De koper heeft dan de keus om òf den koop te doen vernietigen òf het goed te behouden en schadeloosstelling voor het uitgewonnen gedeelte te vorderen. Eveneens heeft volgens art.

(1) Ook zonder dat men in de wet daarvan voorbeelden kon bijbrengen, zou toch de bevoegdheid des verkoopers om te gelijk met de nakoming schadevergoeding *ex mora* of *culpa* te eischen, moeielijk kunnen betwist worden. Immers wanneer dit aan den verkooper vrijstaat, is er geen enkele reden denkbaar waarom ook de koper dat recht niet zou hebben. Nu is er echter geen twijfel of de verkooper kan te gelijk met den koopprijs ook interessen vorderen. Atqui ergo.

1538 de koper in het daarbij vermelde geval dat het verkochte goed bevonden wordt met erfdiensbaarheden bezwaard te zijn de keuze tusschen vernietiging en schadeloosstelling. Wij zien dus in die artikelen een bewijs van hetgeen wij hierboven zeiden, dat niets den schuldeischer verbiedt om, zoo de omstandigheden dit medebrengen, eene afzonderlijke rechtsvordering tot vergoeding van geleden schade in te stellen. En deze artikelen zijn van des te meer gewicht omdat zij blijkbaar de toepassing behelzen van den in art. 1303 gestelden regel (1) en omdat zij wel verre van de schadeloosstelling uitsluitend met de actie tot ontbinding saam te koppelen, naar den letter der wet ze daarbij zelfs schijnen uit te sluiten.

Tegenover deze duidelijke uitspraken kan het dunkt ons weinig afdoen dat art. 1611 C. N. bij de bepaling van art. 1516 B. W. is weggelaten (2). Zoo al dit laatste artikel zelf overbodig mag geacht worden, eene herhaling van art. 1611 C. N. ware het voorzeker nog veel meer. Dit artikel was dan ook niets dan een aanhangsel op het voorafgaande art. 1610 waarin den koper, wanneer de levering niet op den bepaalden tijd plaats heeft, de keuze wordt gegeven tusschen *la résolution de la vente* ou *sa mise en possession*. En nu blijkt uit de toelichting der regeering bij art. 1513 gegeven (3) (al munt die niet door duidelijkheid uit) dat wel volgens haar in het Fransche recht waarin de overeenkomst zelve reeds eigendomsoverdracht medebracht, eene *mise en possession* op hare plaats was, doch niet naar het Nederl. recht waarin dat beginsel niet was aangenomen. De regeering voegde er bij: »dat wanneer de verkoper in gebreke blijft te leveren, de koper hem *in mora* kan stellen en hem tot de levering noodzaken of wel schadevergoeding van hem vorderen, naar aanleiding van artt. 1279 en volgende, terwijl wanneer de koper liever mocht verkiezen den koop buiten

(1) Zie vooral LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des Obligations*, II, art. 1184, n^o. 10.

(2) Op dit argument werd door den Advoc.-Generaal gewezen. Zie *Weekbl.* n^o. 3115.

(3) VOORDUIN, V, p. 177.

werking te houden, hij als nog geen eigenaar geworden zijnde en geen prijs betaald hebbende, door stil te zitten, denzelfven buiten werking kan houden.»

Hoe men nu uit deze woorden kan afleiden dat de kooper als hij tot levering ageert, geen schadevergoeding zou mogen vragen, is ons niet duidelijk. De regeering zelve verwees toch uitdrukkelijk naar de artt. 1279 en volgende, waarin juist die schadevergoeding wordt toegestaan. Met evenveel recht zou men kunnen beweren dat daar de regeering in de aangehaalde woorden slechts de keus gaf tusschen levering en schadevergoeding, de kooper niet bevoegd was eene actie tot ontbinding in te stellen. Tot zulke resultaten moet men inderdaad komen wanneer men uitsluitend bij den letter blijft stilstaan en over 't hoofd ziet dat de samenhang der wetgeving juist het tegendeel leert.

Wat het huurcontract betreft hebben wij niet minder duidelijke uitspraken. Ook dit contract is zonder twijfel bilateraal en ging nu de bestreden leer op, dan zou de verhuurder, wanneer de huurder met de betaling der huurpenningen *in mora* is, òf ontbinding van het contract met schadevergoeding, òf enkel betaling der huurpenningen mogen eischen, maar hij zou in geen geval bij de laatste actie een eisch tot betaling der interessen van den huurprijs *ex die morae* mogen voegen. Want in die interessen bestaat volgens art. 1286 de schadevergoeding wegens het niet tijdig betalen der huurpenningen.

Dat dit echter geenszins de bedoeling van den wetgever geweest is, zien wij uit de bepaling van art. 1288 B. W. Volgens dat artikel brengen vervallen inkomsten, als pachten huurpenningen interessen voort van den dag *dat de eisch gedaan is*. Derhalve kan de eisch tot betaling der huurpenningen (d. i. tot nakoming van het contract) vergezeld gaan van eene vordering tot schadevergoeding en blijkens de aangehaalde woorden onderstelt de wet zelfs dat dit steeds plaats zal hebben.

Deze bevoegdheid aan den verhuurder toegekend, wordt in een ander artikel ook aan den huurder verleend. Eene der verplichtingen van den verhuurder is het verhuurde in

goeden staat te leveren en het gevolg van die verplichting is dat hij in moet staan voor alle gebreken van het verhuurde goed, welke het gebruik daarvan verhinderen. Dat vinden wij bepaald in artt. 1587 en 1588 B. W. En nu zegt het laatste artikel dat, indien door die gebreken voor den huurder eenig nadeel ontstaat, de verhuurder gehouden is hem deswege schadeloos te stellen. De huurder heeft dus in dat geval eene actie tot schadevergoeding ook zonder dat hij de ontbinding der overeenkomst eischt. Dien eisch kan hij afzonderlijk instellen, maar hij kan dien zonder twijfel ook vereenigen met eene vordering tot herstel der bedoelde gebreken, d. i. met eene vordering tot nakoming.

Bij een arrest van den H. R. van 16 Februari 1865 (1) vinden wij dan ook beslist „dat art. 1588, hoewel de algemeene vordering tot ontbinding en schadevergoeding niet uitsluitende, niettemin den huurder veroorlooft den verhuurder rechtstreeks aan te sporen tot schadeloosstelling wegens het aan den huurder door de bij het artikel bedoelde gebreken toegebracht nadeel.”

De requirant in cassatie had namelijk (N. B.) beweerd dat volgens art. 1303 niet eene enkele op zich zelve staande vordering tot schadevergoeding aan den huurder was gegeven. En dat wel in weêrwil dat art. 1588 die vordering uitdrukkelijk toestaat! Wat men al niet in een proces beweren kan!

Terecht verwierp dus de H. R. die ongerijmde bewering. Naar onze bescheiden meening echter op geen juisten grond. Immers het motief voor de beslissing luidde „dat de artt. 1302 en 1303 slechts bevatten algemeene regelen, alleen geldende voor zooverre daarvan niet is afgeweken, hetzij bij de voorschriften der wet omtrent de bijzondere overeenkomsten, hetzij bij uitdrukkelijk beding van partijen.” Art. 1303 werd dus als regel, art. 1588 als uitzondering beschouwd.

Wanneer nu echter, gelijk wij ons vleien te hebben aangetoond, de gepresumeerde uitzonderingen zoo talrijk zijn

(1) *Ned. Rechtspraak*, LXXIX, p. 200.

dat zij den geheelen regel omverwerpen, moet men dan niet veel eer tot het besluit komen dat de wetgever geenszins de bedoeling heeft gehad om in artt. 1302 en 1303, die over een geheel ander onderwerp handelen, een algemeenen regel over de bevoegdheid om schadevergoeding te vorderen, te geven, en dat veel eer al die vermeende uitzonderingen slechts (even als ook art. 1300) de zuivere toepassing zijn van de artt. 1272 en 1279 waarin men werkelijk den algemeenen regel vindt? (1)

Wij hebben derhalve gezien dat juist voor die wederkeerige overeenkomsten welke het meest voorkomen de wetgever, ten aanzien van de accessoire vordering tot schadevergoeding, geen onderscheid tusschen de actie tot ontbinding en die tot nakoming maakt.

Ten overvloede kunnen wij echter nog twee wederkeerige overeenkomsten aanvoeren, waarbij mede van die onderscheiding geen sprake is.

In de eerste plaats: de overeenkomst van vennootschap. Is daarbij bepaald dat een der vennoten eene som gelds in de maatschap moest inbrengen en komt hij die verbintenis niet na, dan wordt hij van rechtswege en zonder daartoe aangesproken te worden schuldenaar der interessen van die som, te rekenen van den dag waarop die had behooren ingebracht te worden: d. i. hij is gehouden de bij de wet bepaalde schadevergoeding en dat nog wel met afwijking van den gewonen regel zonder sommatie, aan zijne medevennoten te voldoen. Art. 1663 B. W.

Deze hebben dus het recht hem zoowel tot inbreng der beloofde som als tot schadevergoeding te noodzaken. Hij zal zelfs, indien er behalve die wettelijke interessen door zijne nalatigheid nog meerdere schade is veroorzaakt, ook die meerdere schade moeten vergoeden. Art. 1663, al. 3.

De verplichtingen van den inbrengenden vennoot worden dus scherper opgevat dan die van den schuldenaar in andere

(1) Volgens de bestreden leer zou men ook art. 1600 B. W. als een afwijking van den regel moeten beschouwen, benevens nog verscheiden andere in den titel van huur en verhuur voorkomende bepalingen, welke allen ten doel hebben, huurder of verhuurder tegen schade te vrijwaren.

wederkeerige overeenkomsten. Maar de regel omtrent de wijze waarop zijne medevennooten (schuldeischers) hem tot nakoming kunnen noodzaken is dezelfde als bij de overige contracten. Zij kunnen òf tot ontbinding der overeenkomst ageeren (art. 1684 B. W.) òf de nakoming met schadevergoeding vorderen (art. 1663).

In de tweede plaats wijzen wij op de overeenkomst van lijfrenten. Wanneer eene lijfrente onder bezwarenden titel gevestigd wordt is het contract waarbij men aldus is overeengekomen, zonder twijfel bilateraal. De regel van art. 1303 is dan ook daarop toepasselijk met deze uitzondering dat wanbetaling der verschenen lijfrente den rentheffer het recht niet geeft om de ontbinding te eischen, omdat deze ontbinding medebrengende de teruggave der betaalde hoofdsom meestal (vooral wanneer zij tegen den tijd, waarop het contract van zelf eindigt plaats greep), hoogst onbillijk voor den schuldenaar zou zijn (1), artt. 1818, 1819 B. W. De rentheffer heeft dus in dat geval alleen de actie tot nakoming en schadevergoeding (interessen der rente). Men zou nu kunnen meenen dat de bevoegdheid om schadevergoeding te vorderen wegens wanpraestatie der lijfrente exceptioneel is, daar de actie tot ontbinding *voor dat geval* is uitgesloten. Zoo wordt het echter door den wetgever niet beschouwd. Integendeel, art. 1288 B. W. waarop wij reeds vroeger wезen, stelt den rentheffer, die interessen van de vervallen rente vordert, van den dag af dat de eisch gedaan is, geheel gelijk met den verhuurder, die een eisch tot betaling van verschenen huurpenningen benevens van de interessen daarvan instelt.

Wij moeten dus aannemen dat de bevoegdheid van den rentheffer om de actie tot schadevergoeding met die tot nakoming te vereenigen geene afwijking maar slechts de toepassing is van den algemeenen regel.

Men heeft zich ten gunste van de beperking die men in art. 1303 lezen wil, ook nog beroepen (2) op de bepaling van art. 1302, § 4, volgens welke «indien de ontbindende

(1) LAROMBIÈRE, t. a. p. ad art. 1184, n°. 17 svv.

(2) Zie de conclusie van den Advoc.-Generaal in het aangehaalde Weekbl. n°. 3115.

voorwaarde niet in de overeenkomst is uitgedrukt, het den rechter vrijstaat om naar gelang der omstandigheden aan den verweerder op diens verzoek, een termijn te gunnen om alsnog aan zijne verplichting te voldoen, welke termijn echter den tijd van ééne maand niet mag te boven gaan." Bij die bepaling is niet van schadevergoeding gewaagd en nu schijnt men daaruit te willen afleiden dat het dus ook niet in de bedoeling van den wetgever kan gelegen hebben om bij de actie tot nakoming schadevergoeding toe te staan, daar zelfs bij de actie tot ontbinding de rechter vrijheid heeft in sommige gevallen den schuldenaar van de nadeelige gevolgen der niet-nakoming te ontheffen. Deze redeneering is echter niets anders dan een cirkelbetoog. Wij ontkennen toch dat het verleende uitstel al de gevolgen der mora of culpa zou opheffen (1). De aangehaalde wetsbepaling geeft den rechter slechts de bevoegdheid om in sommige gevallen de werking der ontbindende voorwaarde te beletten. Op de schade die reeds door de niet-nakoming is veroorzaakt heeft de schuldeischer een verkregen recht, dat hem niet door den rechter kan ontnomen worden, al maakt die ook gebruik van de bevoegdheid die hem in art. 1302, al. 4, gegeven wordt. Die wetsbepaling geeft dan ook tot dergelijke uitlegging geen aanleiding. Blijkbaar heeft zij slechts betrekking op de werking der ontbindende voorwaarde; *dát* was het onderwerp dat geregeld moest worden, geenszins de overige gevolgen der mora of culpa, wier regeling wij bij de artikelen welke over de schadevergoeding handelen, vinden vastgesteld.

Reeds in den aanvang van dit opstel zeiden wij dat de vraag die wij thans behandeld hebben door de Fransche juristen nimmer als eene vraag is beschouwd. Het is althans ons niet mogen gelukken in litteratuur of rechtspraak daaromtrent eenigen twijfel te ontdekken. Slechts twee auteurs (2), voor zoover wij hebben kunnen nagaan, roeren de zaak aan, doch alleen om als hun gevoelen te kennen te geven dat eene vereeniging van de actie tot schadevergoeding met die

(1) Zie ook KNOTTENBELT, *de Mora van den Schuldenaar naar het Nederl. Burg. Regt*, p. 142.

(2) LAROMBIÈRE, t. a. p. art. 1184, n^o. 10. MARCADÉ, IV, n^o. 567.

tot nakoming van zelve uit de algemeene beginselen voortvloeit. En volgens het Répertoire van DALLOZ (1) schijnt de vraag nimmer het onderwerp eener rechterlijke beslissing te hebben uitgemaakt. Wij hebben ten minste geen enkel arrest kunnen vinden dat daarop betrekking heeft.

Hoewel nu in dit zwijgen der Fransche jurisprudentie natuurlijk geen afdoend bewijs is gelegen, achten wij het toch zeer opmerkelijk dat in het tienmaal grootere Frankrijk, bij het bestaan van dezelfde wetsbepaling, geen verschil van gevoelen op dit punt over de uitlegging van art. 1184 C. N. schijnt te bestaan, terwijl dat verschil in Nederland reeds tot verscheiden processen aanleiding heeft gegeven.

Op grond van de door ons ontwikkelde argumenten kunnen wij dus, 't zij met alle bescheidenheid gezegd, de meening van den Hoogen Raad niet anders dan als eene dwaling beschouwen, en vereenigen wij ons geheel met DIEPHUIS (2) als hij zegt dat art. 1303 B. W. voorzeker niet strekt tot beperking van rechten. Wij kunnen in dat artikel alleen lezen de toekenning van een uit den bijzonderen aard der wederkeerige overeenkomsten voortvloeiend rechtsmiddel aan den schuldeischer ter voorkoming van schade toegekend, maar geenszins de ontneming van rechten die hij daarenboven reeds bezat. Ware dit het geval, dan zou de wet niet van ongerijmdheid en onbillijkheid zijn vrij te pleiten daar het belang der partij ten wiens opzichte de overeenkomst niet is nagekomen, zeer dikwijls medebrengt om niet de ontbinding maar de nakoming met schadevergoeding (3), of ook de laatste alleen te eischen. Men behoeft dan ook om de juistheid onzer meening aan te toonen, zich niet te beroepen op de verplichting tot schadevergoeding welke uit iedere onrechtmatige daad voortvloeit (4). Zulk een beroep zou niet alleen eene juridische ketterij zijn, maar tevens geheel

(1) Wij hebben het artikel *Obligations* en daaronder vooral de jurisprudentie over art. 1184 geraadpleegd.

(2) B. R., VI, n^o. 193a.

(3) Men denke b. v. aan een koopcontract waarbij de zaak reeds geleverd is doch de prijs niet is betaald, of ook omgekeerd.

(4) Zooals MARCADÉ en ook DIEPHUIS t. a. p. doen

overbodig, omdat de wet zelve de verplichting tot schadevergoeding uit de niet-nakoming der overeenkomst afleidt. De actie uit het contract omvat van zelve de praestatie van het *interesse*. Niet art. 1401 B. W., dat slechts het oog heeft op schade toegebracht zonder het bestaan van een contractueelen band, is hier toepasselijk maar uitsluitend artt. 1279 volg.

Ten slotte resumeeren wij het gezegde aldus:

1^o. Alleen eene zuiver letterlijke interpretatie van art. 1303 kan aanleiding geven tot de dwaling dat bij de actie tot nakoming geene schadevordering zou mogen gevoegd worden.

2^o. Volgens dezelfde letterlijke interpretatie kan men echter door een beroep op de plaatsing der komma, met evenveel recht beweren dat de woorden „met vergoeding van k. sch. en i., „ op beide rechtsvorderingen betrekking hebben.

3^o. Letterlijke interpretatie is evenwel af te keuren; art. 1303 moet in zijn verband met overige wetsbepalingen beschouwd worden.

4^o. Reeds *à priori* is het zeer onwaarschijnlijk dat de wetgever in dat artikel eene beperking van het gewone recht wat den omvang der actie tot nakoming betreft, zou bedoeld hebben.

5. Die onwaarschijnlijkheid wordt zekerheid van het tegendeel, wanneer men niet alleen de algemeene bepalingen omtrent de verplichting tot schadevergoeding, maar ook in 't bijzonder hare toepassing op de wederkerige overeenkomsten in ons wetboek nagaat.

6^o. Mocht men zelfs het resultaat van dat onderzoek nog niet als afdoend bewijs aanmerken, dan is toch zooveel zeker dat de juistheid der bestreden uitlegging van art. 1303 aan zeer ernstigen twijfel onderhevig is, dat tegen die uitlegging *althans evenveel* is in te brengen als er voor is te zeggen, en in dat geval behoort men, de keuze hebbende tusschen twee meeningen, die te kiezen, welke den wetgever het minst met de algemeene rechtsbeginselen en met zijn eigen uitspraken in strijd brengt.

NASCHRIFT.

Onder het afdrukken dezes le zen wij in het *Weekbl. van het Regt* van 7 April 1870 n^o. 3197 een zeer belangrijk vonnis van de Rechtbank te Amsterdam, van 28 December 1869, waarbij volkomen in overeenstemming met het door ons be- toogde, het instellen ook eener afzonderlijke actie tot scha- devergoeding bij eene wederkeerige overeenkomst op grond van waupraestatie, geoorloofd wordt verklaard. Wij laten de motieven van het vonnis voor zoover zij op dit punt betrekking hebben, hier volgen:

„ O. ad Illum dat de artt. 1275 en 1279 B. W. als ge- volg van het niet-nakomen eener verbindtenis, uitspreken de vergoeding van kosten, schaden en interessen;

dat hiertegen wel is aangevoerd, dat art. 1303 B. W. die vergoeding bij de wederkeerige verbindtenissen zoude be- perken tot het geval, dat tegen deze ontbinding gevorderd wordt, doch dat dit beweren berust op eene min juiste op- vatting van dat artikel;

dat toch, ook al mogen de woorden daarvan op zich zel- ven tot eene zoodanige ruime opvatting kunnen leiden, de bedoeling duidelijk wordt, indien men let op het verband met het voorgaande artikel en de plaatsing in de afdeeling, over voorwaardelijke verbindtenissen handelende;

dat hieruit blijkbaar de bedoeling volgt bij wederkeerige overeenkomsten, de benadeelde partij niet aan eenige bij- zondere bepalingen te onderwerpen, maar hem integendeel een nieuw regt toe te kennen, wat bij de overige overbodig zoude zijn, te weten: het regt van ontbinding, dat is, ont- heffing van zijne eigene nog op hem rustende verpligting te vragen;

dat de wijze, waarop, en de voorwaarde, waaronder hij dit *kan* (maar niet *moet*) doen, door de artt. 1302 en 1303 B. W. geregeld worden, en deze artikelen dus alle toepassing missen. wanneer (gelijk *in casu*) de benadeelde partij van zijn regt om ontbinding te vragen geenerlei gebruik maakt;

Themis, D. XXXI, 2de St. [1870.]

dat in dat geval eene zuivere verbindtenis overblijft, waarvoor de voorschriften niet in die artikelen, maar elders, bepaaldelijk in de artt. 1275 en 1279 B. W. te vinden zijn;

dat deze wijze, om den schijnbaren strijd, die tusschen de genoemde artikelen bestaat, op te lossen, wordt aanbevolen door de bedenking dat de verpligting tot schadevergoeding voor *alle* onregtmatische daden is een der hoofdbeginselen van het obligatiënrecht, dat, voor het geval er geene betrekking tusschen partijen bestaat, in art. 1401 B. W. en voor het geval er wel eene bestaat, in de artt. 1275 en 1279 zoo algemeen mogelijk is uitgesproken, en er zeker geen grond bestaat, waarom die in het eerste geval niet, en juist in het laatste wel zou worden beperkt;

dat voorts de bewoordingen van de artt. 1275 en 1279 geen zin zouden hebben, indien zij op wederkeerige overeenkomsten niet onbepaald konden worden toegepast; dat toch wel is aangevoerd dat zij ook in dit geval voor de niet-wederkeerige hunne volle kracht behielden, doch dat zulks in strijd is met de redactie die minstens eene vermelding gevorderd had van zoodanige wederkeerige overeenkomsten, welke in de praktijk zeker de groote meerderheid uitmaken;

dat eindelijk voor de beperking, welke men in art. 1303 B. W. leest, geen voldoende reden is aan te voeren;

dat wel is aangevoerd, dat men dubbel het verschuldigde zoude kunnen vragen, indien de verbindtenis bleef bestaan, en men dus na de schadevergoeding nog eens nakoming kon eischen, maar dat zulks ongepast is, daar, indien de nakoming nog mogelijk is, de schade bestaat niet in het *niet*-nakomen maar in het niet *tijdig* nakomen der verbindtenis; en het integendeel bij een contract van langeren duur zeer onregtvaardig zoude zijn, indien bij den aanvang eenige overtreding voorkwam en de wederpartij daarvan geene vergoeding zoude kunnen krijgen, zonder de ontbinding te vragen van een contract, welks nadere vervulling hem nog van veel belang kan zijn. »

DUITSCH REGT.

Het ontwerp van Burgerlijke Regtsvordering voor den Noord-Duitschen Bond, in het Nederlandsch bewerkt door Mr. D. BINGER, Advocaat te Amsterdam. (Eerste gedeelte).

Een algemeene judiciële hervorming, die met de vaststelling eener regterlijke inrigting aanvangt, is wel eens vergeleken met de handeling van iemand, die talrijke meubelen van grooten omvang koopt, zonder het oog te hebben op een huis, waarvan hij de kamers door dat meubilair doeltreffend en gepast stofferen wil. De hervorming van onze regtspleging heeft gedurende de laatste vier jaren zich opgelost in een tasten en zoeken naar een geschikte plaats, van waar de wet op de regterlijke inrigting van den 31 Mei 1861 haren invloed in ons maatschappelijk bestaan kon doen gelden. Zonder tot de hervorming over te gaan, die aan de nu eenmaal vastgestelde wet van '61 een levensbestaan kon verzekeren, hebben regering en vertegenwoordiging al dien tijd besteed met de deliberatie over de vraag, of een nieuw gebouw moet opgetrokken worden, waarbinnen deze regterlijke inrigting een gepaste plaats kan vinden, dan wel of het oude gebouw met eenige karige herstellingen tot berging geschikt te maken is? Op dezen oogenblik is deze vraag nog niet beslist.

Het is thans bijna vier jaren geleden, dat de Minister BORRET verklaarde, dat hij, hoewel niet ingenomen met alle bepalingen van de wet van '61, toch die wet tot uitvoering hoopte te brengen, doch alleen na geheele herziening van de wetboeken van Strafvordering en van Burgerlijke Regtsvordering. Omstreeks anderhalf jaar later werd door den Minister WINTGENS als beginsel voor onze judiciële hervorming gesteld de partiële herziening onzer wetboeken, in afwachting eener invoering van geheel nieuwe wetboeken, vergezeld van een totale of partiële herziening der wet van '61. De tegenwoordige Minister stelt de partiële herziening van Burgerlijke

Regtsvordering en Strafvordering, tot bespoediging der invoering van de wet van '61, op den voorgrond. Dit stelsel is reeds door den heer GODEFROI in de zitting der Tweede Kamer van 26 Sept. 1866 den Minister BORRET aanbevolen. De invoering der wet van 1861 moest gepaard gaan met partiële wijziging der wetboeken, terwijl inmiddels de volledige herziening aanhangig bleef. Die verandering van zienswijze, waartoe de heer GODEFROI toen zoo noode gekomen is, gelijk hij zelf verklaarde, ontsproot uit de overtuiging „ dat de hervorming van ons regtswezen, als zij van volledige herziening afhankelijk moet blijven, eerst na jaren tot stand zal komen. „ De enkele wijzigingen in den laatsten tijd in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering gemaakt, zijn thans opgevolgd door indiening in de Tweede Kamer van een wetsontwerp houdende de wijzigingen, die in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering noodig zijn, om dit wetboek in overeenstemming te brengen met de nieuwe regterlijke inrigting. „ Na de partiële verbeteringen, „ zegt de Memorie van Toelichting, „ zal een herziening onzer burgerlijke regtspleging op ruimer schaal moeten geschieden. Dit moet worden uitgesteld tot dat alles is verrigt, wat onmisbaar is om de in 1861 vastgestelde wet van het papier in het leven te roepen. „ Indien wij het Voorloopig Verslag over dit wetsontwerp wel begrepen hebben, zou de judiciële hervorming thans een geheel nieuw stadium ingaan. Wij lezen daar toch, „ dat de groote meerderheid der leden „ (die aan het onderzoek in de afdeelingen deel genomen hebben) „ zich tegen de uitvoering van de wet van 31 Mei 1861 verklaarden. „ Alzoo elf jaren had men gestreden tot het vaststellen van zoodanige wet, een negental jaren zou dan besteed zijn om haar weder te vernietigen.

De geschiedenis onzer judiciële hervorming moge rijk aan plannen zijn, zij is arm aan resultaten. De oorzaak hiervan schrijven wij, wat het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering betreft, inzonderheid hieraan toe, dat het plan van een partiële herziening van dit wetboek met een vooruitzicht van een totale op een verkeerd spoor geleid heeft.

De herziening toch van een Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering is niet een werk, dat een wetgevende magt om de twee of drie jaren onderneemt. Voor ons land is die herziening reeds aan de orde sedert het jaar '48. Indien alzoo een tijd van twee-en-twintig jaren voor een partiële herziening van dat wetboek vereischt wordt, wanneer zal dan het begin van den tijd voor een radicale herziening komen? De klagten over den inhoud van dat wetboek zijn talrijk en van grooten omvang. Zij zijn niet door een partiële herziening weg te nemen. Is derhalve, nu de herziening toch gevorderd wordt, de noodzakelijkheid niet in alle opzigten aangewezen, de gebreken in dit wetboek op radicale wijze te verbeteren, kortom de behandeling af te doen en niet gedurende een twintig- of dertigtal jaren die quaestie gaande te houden? De partiële herziening van het wetboek geeft voor het oogenblik weinig of niets. Men behoeft daartoe slechts inzage te nemen van het wetsontwerp houdende de wijzigingen van dat wetboek, om het in overeenstemming te brengen met de nieuwe regterlijke inrigting. De verklaring hiervan ligt niet in de meerdere of mindere verdiensten der wet van '61, maar in het karakter van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. De partiële herziening is zonder twijfel zeer geschikt, waar de onderwerpen in een wetboek tot elkander in geen regtstreeksch en noodzakelijk verband staan. De herziening van den titel handelende over eigendomsoverdracht kan de bepalingen over de voogdij geheel intact laten. De wetsbepalingen omtrent het faillissement kunnen een noodige herziening verlangen, zonder dat deze voor de voorschriften van het assurantiewezen gevorderd wordt. Niet zoo bij de bepalingen van een Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. Wij bevinden ons hier op mechanisch gebied. Naauwelijks wordt één rad in beweging gebracht, of na verloop van tijd komen bijna al de raderen in beweging. Indien wij ons slechts bepalen tot de verpligting door de wet gesteld tot vermelding van den dag in de dagvaarding, waarop de gedaagde in regten moet verschijnen, zal het duidelijk worden, dat dit eenvoudige voorschrift in een onafscheidelijk

verband met een aantal bepalingen van dat wetboek staat. Deze dag in de dagvaarding vermeld kan bestemd worden ten behoeve van de procureur-stelling van den gedaagde, of tot de mondelinge behandeling van het geschil voor den regter. Dit alternatief kan bezwaarlijk geregeld worden, zonder dat men in het algemeen de leer der termijnen vastgesteld heeft: in het eerste geval toch zal die termijn korter dan in het tweede geval kunnen zijn. De regeling van dit punt kan evenmin geschieden zonder het vaststellen der voorschriften omtrent de conclusiën en de wijze waarop partijen van deze schrifturen dienen zullen, terwijl de inhoud dezer conclusiën weër in verband staat met de leer der exceptiën enz. enz. Een tweede voorbeeld vindt men in de bevoegdheid tot verkorting van den termijn tusschen den dag der dagvaarding en dien waarop de gedaagde in regten moet verschijnen. Dit onderwerp hangt geheel zamen met de vraag: behoort in zoodanig geval een procedure van bijzonderen aard, een *bref délai*, vastgesteld te worden? of zullen niet veeleer de algemeene bepalingen van de wijze van procederen ook hier gelden, met uitzondering alleen dat hier de termijnen veel korter zijn? Genoegzame bewijzen, naar wij vertrouwen, om tot de overtuiging te geraken, dat partiële verbetering geen radicale kan zijn in een materie, waar zoo veel is te herzien en alle bepalingen zoo naauw aaneengesloten zijn.

Tot nadere staving van de noodzakelijkheid eener totale herziening behoeven wij slechts te wijzen op de ontwerpen van burgerlijke regtsvordering, die onder de Ministers OLIVIER en BORRET bij den Raad van State ter overweging zijn ingediend. Deze ontwerpen, hoeveel goeds zij ook bevatten, leunen zich bij voorkeur aan het thans bestaande. Zij herstellen op groote schaal, maar vernieuwen niet. En naar onze overtuiging zal de burgerlijke regtspleging in ons land niet afdoende verbeterd worden, tenzij de wetgever — met inachtneming van zoovele reeds in andere landen gemaakte hervormingen en zonder met bezorgdheid te letten op de vooroordeelen, die een ruim dertigjarige toepassing van dezelfde

wet bij ons noodwendig heeft doen ontstaan, -- onze burgerlijke regtsvordering op geheel nieuwe grondslagen doe rusten. Geen arbeid kan daartoe meer bevorderlijk zijn dan de wetenschap van hetgeen in andere landen gepraes- teerd wordt. Nieuwe gezigtspunten worden verkregen, andere denkbeelden worden in het leven geroepen, naarmate de blik niet altijd tot onze dagelijksche omgeving beperkt blijft. Dit moge tot regtvaardiging van onzen hier verrigten arbeid strekken. De bewerking zal misschien door sommigen minder goedgekeurd worden uit het oogpunt, dat onze wetgeving zich behoort te onthouden van de aanneming van duitsche en andere uitheemsche theoriën. Wij ontkennen, dat het in deze bladzijden te behandelen ontwerp op louter duitsche theoriën rust. Maar al ware het zoo, zoodanig vooroordeel kunnen wij op grond van onze nationaliteit volstrekt niet beamen. Hoe, is en was het oude Rome niet de vruchtbare moeder voor het regt in het algemeen? Was Italië niet de bakermat voor de wetenschap van het Handelsregt? Is het Canonieke regt niet de grondslag van onze tegenwoordige en verouderde burgerlijke regtspleging? Heeft de Code Napoléon onze vaderlandsche regten niet hervormd? Genoeg feiten tot bewijs, dat ook de regtswetenschap geen vaderland kent, dat hier geen plaats is voor zuivere nationale beginselen. De justitiabele, die goed, spoedig en goedkoop regt vraagt, heeft geen belang er bij, of de middelen, die hem tot dit doel moeten leiden, op den vaderlandschen grond ontsproten zijn. De Staat, die het regt onder zijne bescherming neemt, aanvaardt daarmede ook den plicht, alle pogingen aan te wenden, die middellijk door het hooger onderwijs of onmiddellijk door de regtsinstellingen zeker daarheen leiden, die bescherming zoo volmaakt mogelijk te doen zijn. Het nieuwe vinde geen bestrijding alleen omdat het nieuw is. Alleen dan moge het met kracht afgeweerd worden, indien het nieuwe in zijne toepassing blijkt verkeerd te zijn. Het karakter van onzen landaard waarborgt ons echter genoegzaam tegen overijlde proefnemingen. En indien de ervaring van andere natiën op dit gebied iets beteekent, dan mogen

wij op Genève, Zurich, Hannover, Baden en Wurtemberg wijzen. De burgerlijke regtspleging in die landen vormt ook den grondslag van het Noord-Duitsche ontwerp.

Wij verlangen hier nog een woord bij te voegen, over de wijze van bewerking. De aankondiging van een wetsontwerp in een tijdschrift pleegt steeds in den vorm van een referaat te geschieden. In dien vorm worden dan algemeene beginselen besproken, zonder in bijzonderheden af te dalen. Het bijzondere nut van een referaat ligt dan ook meer in den prikkel, dien men tot het kennis nemen van het oorspronkelijke stuk bij den lezer wil aanbrengen. Voor de herziening van onze burgerlijke regtsvordering wordt meer vereischt dan het bespreken van de algemeene beginselen. De nieuwe begrippen, welke hier op den voorgrond worden gesteld, behooren in hunnen geheelen omvang gekend te worden. Het meer of minder practische van het algemeene beginsel wordt geschikter beoordeeld, naarmate men het in de bijzondere bepalingen toegepast ziet. Van daar dat wij het wenschelijk geacht hebben aan onzen arbeid niet den vorm van een referaat te geven, maar naar onze bescheiden krachten het ontwerp in zijne verschillende bepalingen in onze taal te bewerken, voor zoover het voor onze judiciële hervorming van gewigt en nut kan zijn.

Aan de inleiding tot het ontwerp ontleenen wij, dat omstreeks het einde van het jaar 1867 een commissie benoemd werd tot zamenstelling van een Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering voor den Noord-Duitschen Bond. Deze commissie heeft op 3 Januarij 1868 haar werk aangevangen, en na 229 zittingen tot 21 Julij 1869 de eerste vruchten van hare beraadslaging, bestaande in de eerste drie boeken, in het laatstgenoemde jaar openbaar gemaakt. Zij is hierna met hare taak voortgegaan, en na 59 zittingen heeft zij in den aanvang van dit jaar een herziening der eerste drie boeken, met toevoeging van het vierde boek, gegeven. Het vijfde boek schijnt te zullen inhouden de regtspleging in zaken van huwelijk en voogdij;

ook de bepalingen omtrent de uitvoering van vonnissen moeten hier nog een plaats vinden.

Slechts de tekst van het ontwerp is openbaar geworden. De memorie van toelichting heeft men niet algemeen verkrijgbaar gesteld (1). Of hiertoe meêgewerkt heeft de kostbaarheid eener uitgave van de Protocollen der Commissie, of wel de bedoeling het ontwerp in zijn zelfstandig bestaan te doen beoordeelen, blijkt niet. Hoe het zij, het gemis aan deze toelichting is bij een werk van zulk een omvang wel te betreuren. Als leiddraad bij de bewerking heeft de Commissie genomen het *Entwurf einer allgemeinen Civilprocessordnung für die Deutschen Bundesstaaten*, het werk der in 1862 en 1864 te Hannover bijeengekomen gevolmagtigden van bijna alle Bondstaten, en het *Entwurf einer Process-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preussischen Staat*. Dit laatste ontwerp is zijn bestaan verschuldigd aan de omstandigheid, dat Pruisen zich aan de medewerking met bovengenoemde commissie te Hannover had onttrokken. In het ontwerp van B. R. voor den Noord-Duitschen Bond wordt dan ook naar de bepalingen van het Deutsche en Pruisische ontwerp onophoudelijk verwezen. Wij kunnen hier als onze meening bijvoegen, dat een vergelijking der genoemde ontwerpen met het Noord-Duitsche ons de overtuiging geschonken heeft, dat althans hier het Deutsche ontwerp zich niet in het Pruisische opgelost heeft. Bij de lezing komt de groote invloed van het Deutsche op het Noord-Duitsche ontwerp veeleer op den voorgrond.

Zoo als wij vroeger gemeld hebben, liggen thans voor ons vier boeken. Het eerste boek (titel 1—25) omvat de algemeene bepalingen. Het tweede boek (titel 26—40) handelt over de gewone procesorde. Dit boek is in twee afdeelingen

(1) Ditzelfde is geschied door de commissie, die te Hannover bezig was een ontwerp zamen te stellen voor de Deutsche Bondstaten. WINTER, lid der Commissie, is aan dit gemis eenigermate te gemoet gekomen door de uitgave zijner *Erläuterungen zu dem Entwurfe einer allgemeinen Civilprocessordnung für die Deutschen Bundesstaaten*. Wiesbaden, 1867.

gesplitst: de eerste bevat het proces voor de Landgerichte de tweede het proces voor de Handelsgerichte en Amtsgerichte. Het derde boek (titel 41—45) ontwikkelt de bepalingen, die voor de buitengewone procesorde gelden. Het vierde boek (titel 46—50) regelt het hooger beroep en de overige middelen van beroep tegen vonnissen en regterlijke beschikkingen.

Het ontwerp is gebaseerd op een regterlijke inrigting, die in eerste instantie zoowel de kollegiale regtspraak als den alleen regtsprekenden regter erkent. Tot de eerstgenoemde behooren de Landgerichte en Handelsgerichte, beide bestaande uit een getal van drie regters; de Handelsgerichte zijn zamengesteld uit één regtsgeleerde en twee kooplieden. In de Amtsgerichte heeft de alleen regtsprekende regter zitting. Als regters in hooger beroep zijn ook de Landgerichte voor de Amtsgerichte aangewezen, terwijl de Oberlandesgerichte (Appellationsgerichte) de hoogere regters zijn voor de Landgerichte en Handelsgerichte. Boven het geheel staat het Oberste Bundesgerichtshof, dat zorg heeft te dragen voor de eenheid van toepassing en ontwikkeling van het regt.

BOEK I, TITEL I. DE BEVOEGDHEID DER LANDGERICHTE,
AMTSGERICHTE EN HANDELSGERICHTE.

Alle geschillen behooren in eersten aanleg aan de Landgerichte, tenzij de Amtsgerichte of Handelsgerichte in het bijzonder als regters zijn aangewezen (§ 1 en 2). De Amtsgerichte oordeelen over geschillen, die in geld of geldswaarde de som van 150 Thl. niet te boven gaan. Deze beperking in waarde vervalt, in geschillen tusschen den huurder en verhuurder wegens ontruiming van het gehuurde, in geschillen ontspruitende uit den handel in vee (§ 3).

De geldswaarde wordt bepaald:

1°. in geschillen over het bezit eener zaak, door de waarde van de zaak; 2°. en 3°. in geschillen over den

waarborg van een schuldvordering of over pandregt, door het bedrag der schuldvordering; indien deze de waarde van het pand overtreft, door de laatstgenoemde waarde; 4°. in geschillen over erfdiensbaarheid, door de waarde die deze erfdiensbaarheid voor het heerschende erf heeft; voor zoover dit bedrag minder is dan de waardevermindering van het dienstbare erf ten gevolge der erfdiensbaarheid, alsdan door de laatstgenoemde waarde; 5°. in geschillen over het bestaan of den duur van een huurovereenkomst, door het bedrag der huur berekend over den geheelen huurtijd; indien de waarde van het vijfentwintigvoud der jaarlijksche huur minder dan het eerstgemelde bedrag is, alsdan door dit mindere bedrag; 6°. in geschillen over periodieke gebruiksregten of praestatiën: *a.* in geval dat het genot dezer regten van onbeperkten duur is, door het vijf-en-twintigvoud; indien het einde daarvan bepaald, doch het tijdstip van dat einde onbepaald is, door het twaalf-en-een-halfvoud, van het gemiddelde waardebedrag der jaarlijksche opbrengst; indien deze regten aflosbaar zijn, door de som die ter aflossing wettig gevorderd kan worden; *b.* in geval dat het genot dezer regten op een bepaald tijdstip eindigt, door het totaal bedrag der toekomstige opbrengsten, of 't vijf-en-twintigvoud van het waardebedrag ééner jaarlijksche opbrengst, naar gelang van het minste bedrag (§ 4). De waarde van het geëischte voorwerp wordt geschat naar die op den dag der dagvaarding; de bijkomende vorderingen, als die van vruchten, rente, schade enz. blijven, buiten de berekening dezer waarde (§ 5). Het bedrag van verscheidene vorderingen in dezelfde dagvaarding, op verschillende gronden rustende of door verscheidene eischers of tegen verscheidene gedaagden ingesteld, wordt te zamen gevoegd tot vaststelling der waarde. Het bedrag der conventie en reconventiële vordering blijft steeds afgezonderd (§ 6). De Handelsgerichte oordeelen over geschillen die volgens de wet (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*) voor al de gedingvoerende partijen handelszaken zijn (§ 7). (1) Indien de handeling slechts van den

(1) Door deze bepaling tracht men de kennisneming door de Handelsgerichte van de geschillen, welke slechts van den kant des eischers handelszaken

gedaagde, of van één der hoofdelijke schuldenaren een daad van koophandel is, heeft de eischer de keuze de zaak bij het Handelsgericht of Landgericht aanhangig te maken (§ 8). De geschillen die tot de competentie van den Amtsrichter behooren mogen niet voor het Handelsgericht gebragt worden (§ 9). (1) Indien het vonnis, waarbij de regter, op grond der bepalingen vervat in § 1 tot 9, zich onbevoegd verklaart, in kracht van gewijsde is gegaan, wordt deze uitspraak ook verbindend voor den regter, bij wien het geschil later aanhangig wordt gemaakt (§ 10). Het beroep van een vonnis van een Landgericht of Handelsgericht kan niet geschieden op grond dat het Amtsgericht de bevoegde regter in het geschil is (§ 11). Indien het onderwerp van een geschil voor den Amtsrichter aanhangig door de verwerking van een der partijen in waarde verhoogd wordt, zoodat het geschil de grenzen zijner competentie te boven gaat, is deze regter alleen dan verplicht zijne onbevoegdheid uit te spreken en partijen naar een Kollegialgericht te verwijzen, indien een der partijen voor de verdere behandeling der hoofdzaak zulks eischt. Indien deze verwijzing in kracht van gewijsde is gegaan, wordt het geschil geacht bij het Kollegialgericht aanhangig te zijn. (Vergelijk § 183). De beslissing over de reeds gemaakte kosten wordt tot het eindvonnis voorbehouden.

zijn, inzonderheid de geschillen tusschen kooplieden en consumenten ter zijde te stellen. Deze utiliteitsmaatregel schijnt zijn bestaan verschuldigd te zijn aan de vrees, dat de Handelsgerichte anders te zeer met werkzaamheden zouden worden overladen. De beperking in deze § geldt overigens niet voor de geschillen ontspruitende uit den wissel in den zin der Allg. Deutsche Wechselordnung en voor die onderwerpen, welke meer bepaald in deze § vermeld worden. Hunne vermelding wordt hier achterwege gelaten, daar zij in onmiddellijk verband staan met de bepalingen van het Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch en hunne toepasselijkheid door de bijna algemeen gewaardeerde regeling der regterlijke bevoegdheid in ons land op dit punt grootelijks verliezen.

(1) Opmerkelijk is het inzonderheid voor onze regtsbeginselen ten aanzien van de competentie des regters als een bepaling *juris publici*, dat de volgende §§, ter wille van de vereenvoudiging der regtspleging en de vermindering van kosten, deze bepaling in menig opzigt wijzigden.

(§ 12). Een Kollegiaalgericht houdt niet op bevoegd te zijn, doordien de splitsing der behandeling van het geschil ge-
last wordt of een der partijen hare vordering vermindert.

TITEL II. DE ONTHOUDING EN WRAKING DER REGTERS
EN GRIFFIERS.

De regter is verplicht zich van de uitoefening van zijn ambt te onthouden: 1^o. in regtszaken waarin hij zelf partij is of tot een der partijen in de betrekking van medegeregtigde, mede-verbondene of aansprakelijken persoon staat; 2^o. in regtszaken zijner echtgenoot, ook na de ontbinding van het huwelijk; 3^o. in regtszaken van personen waarmede hij in de regte linie door bloedverwantschap of zwagerschap, in de zijlinie tot den derden graad of door zwagerschap tot den tweeden graad verbonden is, ook na ontbinding van het huwelijk, waardoor de zwagerschap bestaat; 4^o. in regtszaken waarin hij de gevolmagtigde of bijstand van een der partijen is, of als de wettelijke vertegenwoordiger van een der partijen bevoegd is op te treden (§ 14). Een regter kan zoowel wegens de verplichting tot onthouding als uit vrees voor partijdigheid gewraakt worden. De wraking uit vrees voor partijdigheid geschiedt in al de gevallen, die eenig mistrouwen kunnen regtvaardigen. In het bijzonder kan de regter uit dien hoofde gewraakt worden: 1^o. indien hij een raad of oordeel in de regtszaak gegeven heeft; 2^o. indien hij als getuige of deskundige in de zaak gehoord is; 3^o. indien hij als gevolmagtigde of vertegenwoordiger van een partij in de zaak heeft gehandeld; 4^o. indien hij tot de beslissing van het vonnis, waarvan een beroep ingesteld is, meêgewerkt heeft (§ 15). De regter, tot wiens wraking de eene partij bevoegd is, kan ook door de wederpartij gewraakt worden (§ 16). Het regt tot wraking op grond van vrees voor partijdigheid vervalt, indien de partij, zonder zich op dien grond van wraking te beroepen, voor dien regter met de behandeling der zaak

zich ingelaten of conclusiën genomen heeft (§ 17). De wraking wordt bij den Amsrichter of bij het regterlijk kollegie waarvan de gewraakte regter lid is ingeleverd, hetzij bij afzonderlijke acte hetzij door opname der mondelinge verklaring in een proces-verbaal van den griffier. De acte van wraking moet de nauwkeurige vermelding zoowel der daadzaken waarop de wraking steunt, als der bewijsmiddelen bevatten. De eed wordt niet toegelaten. Indien de partij een regter wraakt voor wien zij met de behandeling der zaak zich reeds ingelaten of een conclusie genomen heeft, moet zij in de acte van wraking het bewijs leveren, dat de grond van wraking eerst later ontstaan of der partij bekend geworden is (§ 18). Over de wraking van een lid van een Kollegialgericht beslist dit kollegie. Indien het daartoe niet meer in genoegzamen getale zamengesteld is, beslist de regter die in rang het naast boven dit kollegie staat (§ 19). De Amsrichter, die gewraakt wordt en in de wraking berust, draagt de behandeling der regtszaak aan zijnen plaatsvervanger op. Bij gemis van plaatsvervanger of indien deze regter in de wraking niet berust, beslist hierover de regter het naast boven hem in rang (§ 20). De regter beslist, na onderzoek, in raadkamer (1) over de wraking zonder verhoor der wederpartij (in een aanhangig geschil). De gewraakte regter mag hierbij niet tegenwoordig zijn. Indien de wraking gegrond bevonden wordt, is hiervan geen beroep toegelaten (§ 21). Wanneer het bewijs van de daadzaken geleverd is, die tot het toelaten der wraking afdoende zijn, wordt de wraking toegestaan. Indien de regter hierdoor verhinderd wordt van die aanhangige regtszaak kennis te nemen, wordt in de beschikking over de wraking tevens een andere regter aangewezen, voor wien de zaak moet behandeld worden (§ 22). In geval de wraking toegestaan wordt, worden geene geregtskosten in rekening gebracht. Wanneer de wraking verworpen wordt, draagt de

(1) De beslissing in raadkamer, een uitdrukking die meermalen in dit ontwerp voorkomt, beteekent, dat aan zoodanige beslissing geen mondelinge voordragt (oraal debat) voorafgaat.

partij die de wraking voorgesteld heeft, de kosten van het proces (§ 23). De gewraakte regter is verplicht vóór de beslissing over de wraking zich van de uitoefening zijner functie in de aanhangige regtszaak te onthouden, indien er redenen bestaan, die de wraking als gegrond doen voorkomen (§ 24). Indien een niet gewraakte regter het volgens §§ 19 en 20 bevoegde kollegie opmerkzaam maakt, dat er gronden tot zijne wraking uit vrees voor partijdigheid bestaan, beslist dit kollegie over de onthouding van dezen regter. In geval door de verklaring van een niet gewraakt lid van een regtskollegie of op andere wijze (door mededeeling van een der andere leden van het kollegie) twijfel ontstaat aan diens verpligting tot onthouding (vergelijk § 14), is dit regtskollegie bevoegd hierover te beslissen. Deze beslissing geschiedt in raadkamer (§ 25). De §§ 14—25. zijn van toepassing op de griffiers, behoudens dat de beslissing omtrent de voorgestelde wraking geschiede door den regter bij wien de griffier aangesteld is (§ 26).

TITEL III EN IV. DE OPDRAGT VAN GEREGETELIJKE HANDELINGEN EN DER LETTEREN REQUISITORIAAL.

Art. 25 der Wet op de Regterlijke Organisatie stelt het beginsel vast, dat de regter aan deze letteren een wettig gevolg behoort te geven; art. 40 der Regterlijke Inrigting spreekt in bijna gelijken geest, alhoewel hier een Koninklijk Besluit de regels zal behooren vast te stellen, volgens welke de voldoening aan deze verzoeken van vreemde kollegiën of ambtenaren zal behooren te geschieden. De Nederlandsche wetgeving stelt alzoo, zonder nadere uitvoering, slechts de verpligting der kollegiën vast. Het Noord-Duitsche ontwerp heeft de materie nader geregeld.

Aan de letteren requisitoriaal wordt niet voldaan, indien de opgedragen handeling niet tot den kring der werkzaamheden van den aangezochten regter behoort, of het verrigten der handeling, die van den regter, de partij of een derde gevorderd wordt, aan dien regter volgens de wet

verboden is (§ 30). De hulp, die de regters binnen het Rijk elkander moeten verleen, mag niet geweigerd worden, zelfs in het geval dat de aangezochte regter de bevoegdheid van den opdragenden regter in dit geding voor ongegrond houdt (§ 28). Aan de opdrachten buiten het Rijk wordt voldaan, indien de opdragende regter volgens deze wet (Civilprozessordnung) bevoegd zou zijn van het geschil kennis te nemen en de wederzijdsche voldoening aan de letteren requisitoriaal gewaarborgd is, of de uitvoering der opgedragen handeling, zonder uitvaardiging van een gebod of verbod en zonder bedreiging van een verkorting van regten, kan toegestaan worden. De voorschreven bepalingen maken geen inbreuk op de voorschriften betreffende de uitvoerbaarheid van vonnissen door vreemde regters gewezen (§ 29). De regter beslist in raadkamer over de voldoening aan de letteren requisitoriaal. Over het regtmatige der weigering of der voldoening aan de gegeven opdracht wordt volgens de voorschriften omtrent de verschillende instantiën vonnis geveld. Indien de voldoening aan de letteren requisitoriaal geweigerd wordt, heeft de opdragende regter, en bij zijne berusting de belanghebbende partij, de bevoegdheid tegen deze beslissing in beroep (die *Beschwerde*) (1) te komen. Dit beroep (die *Beschwerde*) wordt ingesteld bij den regter die in rang boven den aangezochten regter staat (§ 31).

TITEL V. DE BEVOEGDE REGTER.

Wij wenschen hier niet uit te weiden over de bepalingen, die bijna in elk wetboek over deze materie voorkomen en de algemeen bekende regelen bevatten, waar een zakelijke

(1) Dit speciale beroep, waarvan de wijze van behandeling in het 4e boek van dit ontwerp geregeld wordt, heeft de strekking, bij den hooger regter herstel te erlangen tegen de handelingen, waardoor de lagere regter, krachtens zijne administratieve of disciplinaire bevoegdheid, het regt eener partij benadeeld heeft. In enkele opzigten kan dit beroep vergeleken worden met de *Supplicationes*, *preces Imperatori oblatæ* van het Romeinsche regt. Verg. *der Römische Civilprocess* von v. BETHMANN-HOLLWEG, III, p. 338.

of persoonlijke regtsvordering aanhangig moet gemaakt worden, maar inzonderheid de aandacht te vestigen op belangrijke concessiën, die men ter wille van het algemeen verkeer, van den handel en industrie aan de algemeene regelen heeft gedaan. Onder deze rekenen wij inzonderheid: De regter over de conventie is bevoegd over de reconventionele vordering te oordeelen, tenzij deze laatste vordering door prorogatie (§ 69) niet voor dien regter aanhangig zou kunnen gemaakt worden (§ 55). De wettelijke regelen voor de bevoegdheid des regters zijn, tenzij de wet anders bepaalt, ook van toepassing indien de eischer of gedaagde, of beiden vreemdelingen zijn (§ 64). De vordering tot nakoming of tot ontbinding eener overeenkomst, of tot schadevergoeding wegens de ontbrekende of niet behoorlijke nakoming, kan aanhangig gemaakt worden voor den regter van de plaats, waar de verbindtenis door den gedaagde moet worden nagekomen (§ 52). De regter die over het leggen van een arrest beschikt heeft is bevoegd over de hoofdzaak uitspraak te doen, indien de gearresteerde geen woonplaats binnen het Rijk heeft. Indien over het leggen van een arrest door den Amtsrichter in een tot het Kollegialgericht behoorende geschil beschikt is, is het Kollegialgericht van het arrondissement, waartoe de Amtsrichter behoort, de bevoegde regter over de hoofdzaak. Zelfs zonder beschikking over het leggen van een arrest kunnen vorderingen betreffende het vermogen tegen een persoon, die binnen het rijk geen woonplaats heeft, gebragt worden voor den regter van de plaats waar het vermogen of het voorwerp waarop de vordering gerigt is zich bevindt. Voor schuldvorderingen is de woonplaats des schuldenaars en, indien daarvoor goederen tot waarborg gegeven zijn, ook de plaats waar die goederen aanwezig zijn, de plaats, waar het vermogen zich bevindt (§ 57). De regter der plaats, waar het beheer van een vermogen gevoerd wordt, is bevoegd kennis te nemen van de geschillen te dier zake tusschen den beheerder en den eigenaar van dit vermogen (§ 53). Zoo iemand ten behoeve van zijne fabriek, zijnen handel of van een ander beroep een inrigting (filiale) heeft, waarin het bedrijf ook uitgeoefend

wordt, kunnen alle vorderingen, die op deze inrigting betrekking hebben, gebragt worden voor den regter der plaats waar deze inrigting gevestigd is. Ditzelfde geldt voor hen die als eigenaars, vruchtgebruikers of pachters een landgoed beheeren (§ 45). Wanneer personen kennelijk met het doel van een lang verblijf zich op een plaats ophouden, als dienstboden, arbeiders, leerlingen enz., is de regter dezer plaats van verblijf bevoegd om over alle aanspraken tegen deze personen, wanneer zij het vermogen betreffen, te oordeelen (§ 44). In vereeniging met een hypothecaire vordering kan de eisch voor de hoofdschuld, de vordering tot erkenning van een zakelijk regt in verbinding met den eisch tot voldoening van achterstallige praestatiën gebragt worden voor den regter van de plaats waar het onroerend goed gelegen is, zelfs in geval dat die vorderingen niet tegen denzelfden gedaagde ingesteld zijn (§ 50). Vorderingen voortspruitende uit ongeoorloofde handelingen kunnen gebragt worden voor den regter, binnen wiens competentie bedoelde handeling is gepleegd (§ 54). Ook het jus exterritorialitati vindt hier zijne omschrijving; onder de personen die dit regt genieten worden de consuls niet begrepen (§ 38 en § 63).

TITEL VI. DE PROROGATIE.

De regter, die tot de kennisneming van een geschil in eersten aanleg onbevoegd is, wordt door de uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van partijen (prorogatie) bevoegd. De stilzwijgende toestemming is aanwezig, indien de gedaagde vóór de behandeling der hoofdzaak de onbevoegdheid van den regter niet inroept. De prorogatie heeft geen kracht, indien zij niet voor een bepaalde regtsbetrekking en de daaruit ontspruitende geschillen overeengekomen wordt (§ 67). De prorogatie is slechts in twee gevallen niet toegelaten: 1^o. in geschillen, die het vermogen niet betreffen; 2^o. wanneer een regter bij uitsluiting tot het kennis nemen eener vordering aangewezen is (§ 69). De prorogatie geschiedt van het Landgericht aan het Amtsgericht, van het Amtsgericht aan het Landgericht, van het Handelsgericht aan het

Land- of Amtsgericht en van het Land- of Amtsgericht aan het Handelsgericht. De Handelsgerichte echter kunnen zich onbevoegd verklaren om kennis te nemen van de geschillen die volgens de §§ 7 en 8 niet tot hunne competentie behooren, zoo lang zij na de behandeling der hoofdzaak geen praeparatoir of eindvonnis gewezen hebben (§ 68).

TITEL VII. DE BEVOEGDHEID TOT PROEEDEREN.

Indien hier de bepalingen van het burgerlijk regt den grondslag geven, zijn er evenwel enkele punten in deze materie, die meer eigenaardig hunne plaats in de regtsvoering innemen. De persoon die zich bij uitzondering door sommige overeenkomsten verbinden kan, is ook bevoegd wegens geschillen uit deze overeenkomsten in regten te staan (§ 73) 1). De van regtswege of volgens de eischen van het burgerlijk regt gemagtigde tot het voeren van een geding heeft de bevoegdheid alle proceshandelingen te verrigten, al wordt daartoe volgens het burgerlijke regt een bijzondere magtiging vereischt (§ 76). De bevoegdheid van den vreemdeling wordt beoordeeld naar de plaats waar de regter, die van het geschil kennis moet nemen, gevestigd is (§ 77). In geval van onverwijlden spoed, of indien de wettige vertegenwoordiger verhinderd wordt in regten op te treden, kan de regter voor wien een geschil aanhangig moet gemaakt worden den minderjarige of onbevoegden persoon een bijzonderen vertegenwoordiger toevoegen, om eischende of verwerende op te treden, behoudens het vermogen van den vader, voogd of wettigen vertegenwoordiger, later en bij het ophouden der verhindering, zelf in regten op te treden en het proces over te nemen (§ 78 en § 79).

TITEL VIII. DE STRIJDVEREENIGING (*litis consortium*).

Er wordt hier tusschen de verpligte en de vrijwillige strijdvereeniging onderscheid gemaakt. Het burgerlijke regt bepaalt

(1) Deze bepaling neemt den twijfel weg, die voor sommigen ook in het Nederlandsche regt bestaat, of de beperkte handligting ook het jus standi in judicio bevat.

in welke gevallen een vordering gemeenschappelijk door verscheidene gerechtigde of tegen verscheidene verbondene personen moet ingesteld worden (§ 84). De vrijwillige strijdvereeniging, van verscheidene eischers of verscheidene gedaagden (*cumulatio activa et passiva*), kan toegepast worden, indien er tusschen de partijen een wettelijke gemeenschap bestaat ten aanzien van het onderwerp des geschils, of partijen hare vorderingen of verbindtenissen aan denzelfden feitelijken en regtelijken grondslag ontleenen (§ 82). Verscheidene personen kunnen ook dàn tot het voeren van een geschil vereenigd worden, in de hoedanigheid hetzij van eischers hetzij van gedaagden, indien de vorderingen of verbindtenissen, van denzelfden aard en op gelijksoortige feitelijke en regtelijke gronden rustende, het onderwerp van het geschil uitmaken (§ 83). De medestrijders (*litis consortes*) staan, tenzij de wet anders bepaalt, als afzonderlijke partij tegenover hunne wederpartij, zoodat de handeling of het verzuim van den een den ander niet bevoordeelt of benadeelt (§ 85). Bij de verpligte strijdvereeniging vertegenwoordigt, ingeval een regtsdag of termijn wordt verwaarloosd, de diligente partij den medestrijder die in verzuim is. Tegen dezen laatste kan in dit geval geen verstek verleend worden. Indien hij geen domicilie heeft in de plaats waar de regter zitting houdt, of geen vertegenwoordiger aangewezen heeft, geschiedt zijne oproeping in den verderen loop van het geding, en de mededeeling van de acten van regtspleging, op de wijze als voor afwezigen in de wet bepaald is (§ 86)

TITEL IX. DE DEELNEMING VAN DERDEN IN EEN
AANHANGIG GEDING.

Deze titel behandelt: 1°. de tusschenkomst (*Haupt-Intervention*); 2°. de voeging (*Neben-Intervention*); 3°. de strijdverkundiging (*litis-denuntiatio*); 4°. de *laudatio auctoris*.

De tusschenkomst. Tusschen de beginselen over dit onderwerp in het Fransche en het Nederlandsche regt aan de eene zijde en in het gemeen Duitsche regt met het Pruisische

aan de andere zijde, behoort een naauwkeurige onderscheiding gemaakt te worden. Het Fransche stelsel rust op de gezamenlijke en gelijktijdige behandeling van de tusschenkomst en het aanhangige proces. De Duitsche en Pruissische begrippen zijn afkeerig van de vereeniging van verschillende processen; uit vrees voor verwarring wordt de gelijktijdige behandeling en beslissing van den oorspronkelijken eisch en van de tusschenkomst vermeden. Door deze algemeene stellingen worden de navolgende bepalingen eenigzins opgehelderd.

Indien een geschil voor den regter in eersten aanleg aanhangig is, kan ieder die op het gevorderde aanspraak maakt, voor dien regter een eisch tot waarborg van zijne regten tegen de geschilvoerende partijen aanhangig maken. De tusschenkomst kan geschieden, zoolang het vonnis in het oorspronkelijk geding nog niet ten uitvoer gelegd is (§ 87). Indien het oorspronkelijk geding en de tusschenkomst in dezelfde instantie aanhangig zijn, kan de regter, op de vordering van een der partijen of ambtswege, gelasten, dat de beide gedingen gelijktijdig behandeld zullen worden, of de behandeling van het oorspronkelijk geding tot de eindbeslissing in de tusschenkomst geschorst wordt (§ 88). De regter kan, in geval dat het vonnis in het oorspronkelijk geding uitvoerbaar is vóór den afloop van het geschil der tusschenkomst, of de tusschenkomst gevorderd wordt na een gewijsde in het oorspronkelijk geding, de uitvoering van zoodanig gewijsde op de vordering van den intervenient met of zonder borgtogt schorsen (§ 89).

De voeging. In deze materie houde men in het oog, dat, terwijl bij de tusschenkomst de derde een zelfstandig regt vervolgt, hier de derde de partij, tot wie die derde toetreedt, in het geding alleen bijstaat en in haar eigen belang vertegenwoordigt. Het regt van een derde tot ondersteuning eener partij in een bestaand geschil wordt ontleend aan het regtelijk belang in de beslissing van het geschil ter gunste van die partij. In elken stand van het geding, zoolang het vonnis in het oorspronkelijk geding niet in gewijsde is gegaan, zelfs tegelijk met de aanteekening van een beroep

tegen een vonnis in het oorspronkelijk geding, kan die voeging geschieden (§ 91). De gevoegde partij nu vat het geding op in den stand waarin het zich tijdens de voeging bevindt. Alle vorderingen, verweringen en proceshandelingen kan zij doen, in zooverre deze niet in strijd zijn met de verklaringen en handelingen der partij bij wie zij zich gevoegd heeft (§ 92). Elk vonnis, gewezen tusschen de geschilvoerenden in het oorspronkelijke geding, geldt ook voor de gevoegde partij; zij kan daartegen, op grond dat de partij, bij wie zij zich gevoegd heeft, het geding gebrekkig gevoerd heeft, opkomen alleen in de gevallen: 1°. dat zij door den stand van het geding tijdens de voeging of door de verklaringen en handelingen der partij bij wie zij zich gevoegd heeft verhinderd is geworden hare regten te doen gelden; 2°. indien de partij bij wie zij zich gevoegd heeft middelen van eisch of verwering, die der gevoegde partij onbekend waren, met opzet heeft achtergehouden (§ 93). Afgescheiden van de gevolgen dezer tusschenkomst en voeging erkent het ontwerp ook een voeging, die minder geschiedt tot ondersteuning eener partij in haar geschil tegenover hare wederpartij, maar veeleer de bedoeling heeft de krenking van eigen regten door die tegenpartij en een beslissing in het oorspronkelijk geding te voorkomen, welke de gevoegde partij onmiddellijk treft, zoo als in geschillen over den status van personen. In dit geval wordt de gevoegde partij een medestrijder (*litis consors*) in den zin van § 85 van het ontwerp (§ 94).

In betrekking tot het formele geldt:

De voeging geschiedt door aan beide partijen in het oorspronkelijk geding een acte van regtspleging te beteekenen, inhoudende de verklaring aan wiens zijde de derde zich voegt (§ 95). Met betrekking tot de behandeling van het geding is de gevoegde partij de medestrijdster (*litis consors*) van de partij, bij welke zij zich gevoegd heeft, § 86 (§ 96). De vordering die strekt om de gevoegde partij buiten het proces te houden kan slechts geschieden vóór het sluiten der mondelinge voordragt, die het eerst na de verklaring vermeld in § 95 gehouden wordt. De gevoegde partij wordt toegelaten, indien

zij haar belang in het oorspronkelijk geding bewijst. Dit geschil over de toelating van den derde in het oorspronkelijk geding is een tusschengeschil, waarbij de partij, die geen tegenspraak tegen de voeging gedaan heeft, opgeroepen wordt. De partij welke zich verlangt te voegen blijft in het oorspronkelijk geding, tot dat het vonnis waarbij de voeging afgewezen is in gewijsde is gegaan (§ 97).

De strijdverklondiging. Ons Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering en het Ontwerp van 1865 bevatten omtrent deze materie geene bijzondere bepalingen. Met regt hebben de samenstellers van het Duitsche ontwerp geoordeeld dat, hoewel de *litis denuntiatio* haren grond vindt in het burgerlijk regt, zij ook in het procesregt ingrijpt en daarom hare toepassing nader omschreven dient te worden.

De strijdverklondiging kan geschieden in het geval, dat een partij in een geschil, wanneer dit ten haren nadeele mogt beslist worden, tegen een derde regt op vrijwaring of schadeloosstelling verkrijgt, of aan het verhaal van regten door een derde blootgesteld wordt. De geregtelijke strijdverklondiging kan geschieden in elken stand van het geding, tot dat het vonnis in het oorspronkelijk geschil in gewijsde is gegaan (§ 98). Bij de strijdverklondiging zijn drie zaken te onderscheiden: 1°. de vorm; 2°. het gevolg; 3°. de omvang in verband met de vordering van vrijwaring of schadeloosstelling.

Ad I^{um}. De strijdverklondiging geschiedt door het doen toekomen van een acte van regtspleging aan den derde, inhoudende: 1°. de verklaring dat de strijd verkondigd wordt; 2°. de vermelding van den grond der strijdverklondiging; 3°. de opgave van den stand van het geding (§ 104). De strijdverklondiger geeft een afschrift van deze acte aan zijne wederpartij in het oorspronkelijk geding (§ 105). Zoo de eischer met de dagvaarding ook de strijdverklondiging wil vereenigen, wordt de dag voor de mondelinge voordragt bepaald naar den tijd, dien de wet daarvoor ook aan den derde toekent. Deze termijn kan, op verlangen van den strijdver-

kondiger of van den derde, door den regter verlengd worden, indien de strijdverkundiging na de dagvaarding, doch vóór de mondelinge voordragt geschiedt. Indien de strijdverkundiging in een verderen stand van het geding gedaan wordt, handelt de regter volgens het eerste of tweede lid van deze §. De bepalingen van deze § komen niet in toepassing, wanneer hierdoor het geding aanmerkelijk vertraagd zou worden (§ 107).

Ad II^{um}. Indien de derde persoon ten gevolge der strijdverkundiging in het geding komt, zijn voor hem de wetsbepalingen over de voeging van toepassing. (*Neben-Intervention*). Deze toetreding tot het geding wordt niet aangemerkt als een erkenning der verplichting tot vrijwaring of schadeloosstelling (§ 99). De bepalingen vermeld in § 93 zijn van toepassing van het oogenblik, dat de derde door de strijdverkundiging in het geding kan komen (§ 101). Het vonnis, waarbij het geschil tusschen de partijen in het oorspronkelijk geding beslist wordt, houdt geen beslissing in over de gevolgen der strijdverkundiging tusschen den strijdverkondiger en den derde (§ 102). De derde, aan wien de strijdverkundiging geschied is, kan op zijne beurt dit geschil weder aan anderen verkondigen (§ 103).

Ad III^{um}. Zoo als hierboven reeds vermeld is, stelt het gemeene Deutsche en het Pruissische regt de afzonderlijke behandeling der geschillen op den voorgrond. Van daar dat in het Hannoversche ontwerp (*Entwurf einer allgem. Civil-processordnung für die Deutschen Bundesstaaten*, 1866) niet toegelaten was aan de strijdverkundiging een vordering te verbinden. Het Noord-Duitsche ontwerp laat dit, blijkens de navolgende bepalingen, toe in het belang der vereenvoudiging van het proces en der vermindering van kosten. Dit beginsel uit het Fransche procesregt is ook in het Nederlandsche regt voor de vrijwaring aangenomen.

Indien de strijdverkundiging in eersten aanleg geschiedt kan hieraan een eisch tot vrijwaring of schadeloosstelling tegen den derde verbonden worden (§ 108). De regter, voor wien het oorspronkelijke geding aanhangig is, oordeelt tevens

over de vordering tot vrijwaring of schadeloosstelling (§ 109). De regter in het oorspronkelijke geding is onbevoegd van de vordering tot vrijwaring of schadeloosstelling kennis te nemen, indien hij door prorogatie daarover niet beslissen mag, of indien deze vorderingen de bevoegdheid van den Amtsrichter te boven gaan en de derde zich er op beroept dat het oorspronkelijk geding door prorogatie voor den Amtsrichter gebragt is (§ 110). Het oorspronkelijk geding en dat van vrijwaring of schadeloosstelling worden tegelijk behandeld en beslist, tenzij de regter de vordering tot afzonderlijke behandeling en beslissing, in het belang eener spoedige beslissing van het oorspronkelijk geding, toesta (§ 111). De gedaagde in het geschil tot vrijwaring of schadeloosstelling heeft de bevoegdheid in hetzelfde geding een gelijken eisch tegen anderen in te stellen (§ 112).

Laudatio auctoris. Indien, in een geschil over het bezit eener zaak, de gedaagde beweert in naam van een derde te bezitten, vóór de behandeling der hoofdzaak den naam van dien derde noemt en dien derde den strijd verkondigt, gelden de bepalingen over de strijdverkondiging, behoudens de navolgende uitzonderingen: 1^o. de gedaagde kan zich tegen de verdere voortzetting der hoofdzaak verzetten, tot dat de derde binnen een te stellen termijn zich over dit bezit verklaard heeft; 2^o. indien de derde deze verklaring achterwege laat, of de bewering van den gedaagde bestrijdt, kan de gedaagde voldoen aan de vordering des eischers; 3^o. de derde, die de bewering van den gedaagde erkent, is bevoegd met toestemming van den gedaagde het geschil over te nemen. Tot die overname wordt alleen dan de toestemming van den eischer gevorderd, indien de eischer ook een persoonlijke vordering tegen den gedaagde ingesteld heeft. Indien de derde het geding heeft overgenomen, wordt de gedaagde op zijn verlangen buiten het proces gesteld. Het vonnis ter gunste van den eischer met betrekking tot de zakelijke vordering gewezen, is ook van kracht tegen den gedaagde en kan tegen hem ten uitvoer gelegd worden (§ 113).

TITEL X. DE VERTEGENWOORDIGING EN BIJSTAND
IN HET PROCES.

Voor het Landgericht en de daarboven staande regtskollegiën worden partijen, tenzij de wet anders bepaalt, door een bij den betrokken regter aangestelden Rechtsanwalt (Anwaltsprozess) als gevolmagtigde vertegenwoordigd (§ 116). Voor het Amtsgericht en het Handelsgericht kunnen partijen in persoon of bij gevolmagtigden verschijnen (§ 115). Met betrekking tot de gevolmagtigden in het laatstvermelde artikel bepaalt het ontwerp: 1^o. ieder die de bevoegdheid heeft in regten te staan kan ook als gevolmagtigde optreden (§ 117); 2^o. personen zullen door het openbaar gezag aangesteld worden om tegen belooning partijen voor genoemde regters te vertegenwoordigen. De regter heeft de bevoegdheid de personen die zoodanige vertegenwoordiging van partijen zonder behoorlijke aanstelling als beroep uitoefenen, als gevolmagtigden niet toe te laten. De overeenkomst waarbij de belanghebbende partij zich verbindt eenige belooning aan zoodanigen lasthebber te geven is nietig; hetgeen betaald of gegeven is kan worden teruggevorderd (§§ 118 en 119) (1); 3^o. de partij zelve kan met een bijstand in regten verschijnen. De bepalingen van §§ 118 en 119 zijn ook op den bijstand van toepassing (§ 138).

In deze geheele materie zijn inzonderheid drie zaken te onderscheiden: de vorm, de inhoud en het einde der volmagt.

De vorm. De volmagt moet schriftelijk gegeven worden, hetzij bij bijzondere akte, hetzij door de opname der mondelinge verklaring van den lastgever in het proces-verbaal bij de mondelinge voordragt. De wederpartij kan eischen, dat de volmagt bij een bijzondere akte verstrekt door een bij openbare akte gegeven volmagt moet worden vervangen (§§ 120, 123 en 124). De regter heeft de bevoegdheid een persoon zonder volmagt als vertegenwoordiger eener partij,

(1) Het is duidelijk dat door deze bepalingen de ook in ons land zoo beruchte zaakwaarnemerij op wettelijke wijze geregeld wordt.

met of zonder zekerheidstelling voor kosten en schade, toe te laten. De regter bepaalt een termijn binnen welken van de goedkeuring der vertegenwoordigde partij zal moeten blijken (§ 132) (1). Indien binnen dien termijn blijkt hetzij van een uitdrukkelijke of stilzwijgende goedkeuring van het gevoerde proces, hetzij van een mondelinge of schriftelijke lastgeving, zijn de handelingen, bij schriftelijke lastgeving binnen de grenzen der volmagt, van den vertegenwoordiger van kracht en kan het vonnis uitgesproken worden. Indien de termijn geeindigd is, zonder dat van de goedkeuring of lastgeving van den vertegenwoordigde gebleken is, wordt de goedkeuring geacht geweigerd te zijn (§ § 132, 134 en 137). In geval de vertegenwoordigde partij hare goedkeuring niet verleent, is de vertegenwoordiger verplicht aan de wederpartij kosten en schade voor het voeren van dat geschil te vergoeden (§ 133).

De inhoud. De volmagt kan zijn algemeen, voor alle geschillen van den lastgever, of bijzonder, voor een bepaalde soort van geschillen of één bepaald geschil (§ 121). De bijzondere volmagt moet, behalve de algemeene vereischten, als: naam der partijen, lastgeving tot het voeren der geschillen, onderteekening en dagteekening, ook inhouden den naam der geschilvoerende partijen en aanwijzing waarover het geschil gevoerd wordt (§ 122). De volmagt tot het voeren van een geschil geeft de bevoegdheid tot het doen van alle proceshandelingen. Een bijzondere volmagt is slechts noodig voor het treffen van een dading, het geheel of gedeeltelijk afstand doen van het onderwerp van het geschil, de erkenning van een door de wederpartij gestelde vordering, en de ontvangst van zaken en gelden, buiten de proceskosten (§ § 125 en 126).

De regten volgens de wet aan de volmagt verbonden kunnen door den lastgever ten aanzien zijner wederpartij niet gewijzigd of veranderd worden. Deze bepaling maakt geen

(1) Deze bepaling voorziet in een leemte, die zich ook ten onzent voor den kantonregter meermalen voordoet bij toevallig afwezigen.

inbreuk op de bevoegdheid tot het geven van een volmagt tot het verrigten van een bijzondere handeling in de geschillen, die door de partijen in persoon kunnen gevoerd worden (§ 127). Indien verscheidene gevolmagtigden van een partij tot het voeren van een geding gerechtigd zijn, kunnen zij gemeenschappelijk of elk afzonderlijk hunnen lastgever vertegenwoordigen. Deze bepaling kan door geen bijzondere verklaring, in de volmagt voor de geschillen van verpligte vertegenwoordiging ten aanzien der wederpartij gewijzigd worden (§ 128). De wederpartij heeft de bevoegdheid zich op de onwettigheid der volmagt in elken stand van het geding te beroepen. In de geschillen, die door de partijen in persoon gevoerd kunnen worden, moet de regter ambts-halve, in die waarin een verpligte vertegenwoordiging geëischt wordt, alleen bij het ontbreken der gelegenheid voor de wederpartij tot aanwijzing van het gebrek, de wettigheid der volmagt onderzoeken. Partijen leggen aan den regter in de geschillen, die een verpligte vertegenwoordiging vereischen, bij hare eerste akten van regtspleging, in de overige geschillen op den eersten regtsdag hare oorspronkelijke volmagten over (§ 131).

Het einde. De volmagt blijft van kracht, indien de lastgever sterft of de bevoegdheid tot het staan in regten verliest; wanneer de vertegenwoordigde de laatstgemelde bevoegdheid verkrijgt, of een andere lasthebber benoemd wordt (§ 130). De burgerlijke wet regelt de verhouding tusschen lastgever en lasthebber. Bij opzegging van de volmagt door den lasthebber is deze bevoegd de belangen van den lastgever waar te nemen, tot dat daarin op andere wijze voorzien is (§ 135). Het einde eener volmagt krijgt tegenover de wederpartij kracht door de beteekening; in de geschillen waarvoor de verpligte vertegenwoordiging geldt, eerst dán, wanneer bovendien een andere vertegenwoordiger gesteld is (§ 136).

TITEL XI. DE PROCESKOSTEN.

Als algemeen beginsel geldt de bepaling, dat de verliezende partij de kosten van het geding draagt; zij voldoet

aan hare wederpartij alleen die kosten, welke voor de doeltreffende vervolging of verdediging van de wederpartij noodzakelijk waren. In geval er geschil bestaat over de noodzakelijkheid der kosten, beslist de regter hierover zonder het toelaten van bewijs (§ 141). Indien partijen over en weer in het ongelijk gesteld worden, worden de kosten gecompenseerd of naar verhouding verdeeld. De regter kan evenwel een partij veroordeelen tot de betaling van alle kosten: 1^o. wanneer de wederpartij slechts een betrekkelijk gering bedrag te veel gevorderd en hierdoor geene bijzondere kosten veroorzaakt heeft; 2^o. als het bedrag der vordering van de vaststelling door den regter, van de bevinding door deskundigen, of van de afrekening tusschen partijen afhankelijk was (§ 142). De bepalingen in de vorige §§ vervat maken geen inbreuk op de voorschriften dezer wet, waarbij de regter bevoegd verklaard wordt de kosten van sommige proceshandelingen ten laste eener partij te brengen (§ 143). De partij die tot staving van haar regt processuele handelingen (o. a. getuigenbewijs enz.) zonder eenig gunstig gevolg aangewend heeft, kan tot betaling der kosten van die handelingen veroordeeld worden, zelfs indien zij in de hoofdzaak in het gelijk gesteld wordt (§ 144). De kosten van een zonder gunstig gevolg ingesteld beroep tegen vonnissen of regterlijke beschikkingen komen ten laste van de partij die dit beroep ingesteld heeft (§ 145). Indien verscheidene personen de verliezende partij zijn, wordt naar hun getal het aandeel van elk in de kosten bepaald, behoudens de bevoegdheid van den regter, het verschil, waarmede elke der partijen aan den strijd deelgenomen heeft, als maatstaf te nemen. Indien een medestrijder (*litis consors*) afzonderlijk een proceshandeling tot staving van zijn regt aanwendt, draagt hij hiervan alleen de kosten. Alles onverminderd de bepalingen van het burgerlijk regt omtrent de verplichting der hoofdelijke betaling van de kosten (§ 146). De gevoegde partij wordt, zoowel ten aanzien van het verhaal als van de verplichting tot betaling der kosten aan de wederpartij, aangemerkt als de medestrijdster (*litis consors*) van de partij bij

wie zij zich gevoegd heeft. Indien het geding ten nadeele der laatstgenoemde partij beslist wordt, kunnen de kosten aan de wederpartij verschuldigd buiten het geval in § 94 ook van de oorspronkelijke partij in het geding gevorderd worden (§ 147). De verliezende partij kan bovendien veroordeeld worden tot betaling van het geheel of van een deel der kosten, veroorzaakt door het instellen der vorderingen vermeld in § 108 (§ 148). De vertegenwoordigers van partijen (Rechtsanwälte), deurwaarders, voogden en curators kunnen door den regter ook ambtshalve veroordeeld worden tot de betaling van de door hun pligtverzuim veroorzaakte kosten aan de hierdoor benadeelde partij. De regter is gehouden, alvorens ten deze te beslissen, aan de betrokken personen de gelegenheid te geven zich over dit verzuim, des noods schriftelijk, te verklaren. Hierna beslist de regter in raadkamer (§ 149).

TITEL XII. DE ZEKERHEID.

De zekerheid, die een partij verplicht is volgens dit wetboek te stellen, moet, in zooverre daarvan niet door goedvinden tusschen partijen of door de wet afgeweken is, in contant geld of geldwaardig papier, dat een beursprijs heeft, gesteld worden. De waarde van dit papier wordt naar den koers van den dag berekend. Indien de koers na het stellen der zekerheid daalt, of in het algemeen de gestelde zekerheid gedurende den loop van het geding onvoldoende geacht wordt, kan de vermeerdering der zekerheid van het ongedekte bedrag gevorderd worden (§ 150 en 153). Indien een vreemdeling als eischer in een geding optreedt, heeft de gedaagde het regt, voor zooverre bij staatsverdrag niet het tegendeel bepaald is, zekerheid voor de proceskosten te vorderen. Deze vordering kan niet meer geschieden, als de gedaagde de mondelinge voordragt over de hoofdzaak gehouden heeft (§ 151). De verplichting tot zekerheidstelling vervalt: 1^o. indien, volgens de wetten van het land waartoe de vreemdeling behoort, de gedaagde, wanneer hij als eischer

in dit vreemde land optreedt, geene zekerheid behoeft te stellen en tevens het vonnis voor de proceskosten in dat land uitvoerbaar is; 2°. in het wisselproces en de geschillen die alleen op schriftelijke bescheiden berusten; 3°. bij een reconventionele vordering. (De overige twee gevallen, ex lege diffamari en voor de hypothecaire actie, zijn voor het Nederlandsche regt van geen waarde) (§ 151). De zekerheid voor de proceskosten kan ook dan gevorderd worden, indien de eischer gedurende den loop van het geding vreemdeling wordt, of het staatsburgerschap verliest, door hetwelk hij van het stellen van zekerheid bevrijd was. Deze zekerheid kan niet meer gevorderd worden, zoodra de gedaagde, bekend met de verandering der nationaliteit van den eischer, in de hoofdzaak de mondelinge voordragt gehouden heeft (§ 152). De zekerheid moet gevorderd worden in een bepaalde som en tot een bedrag als de kosten van den gedaagde vermoedelijk beloopt zullen. De kosten voor een reconventionele vordering komen hierbij niet in aanmerking (§ 153). De gedaagde is niet verplicht het geding voort te zetten alvorens de eischer de zekerheid gesteld hebbe. Indien de eischer binnen den door den regter aangewezen termijn geene zekerheid stelt, wordt in eersten aanleg de gedaagde op zijne vordering van de instantie ontslagen, bij beroep tegen een vonnis dit beroep verworpen (§ 154).

TITEL XIII. HET KOSTELOOS PROCEDEREN.

Het verlof tot kosteloos procederen wordt aan een partij verleend, indien zij, zonder verkorting van het noodzakelijke levensonderhoud van haar en haar gezin, de proceskosten niet kan bestrijden en de vervolging of verdediging van hare regten als niet kwaadwillig of geheel te vergeefs bevonden wordt (§ 155). Vreemdelingen kunnen op zoodanige vergunning aanspraak maken, voor zooverre het wederkeerig toekennen van dit regt gewaarborgd is (§ 156). Onverminderd de bijzondere wetten van elk land (Landesgesetzgebung) is

aan dit regt verbonden: 1^o. in de geschillen van verpligte vertegenwoordiging, de toevoeging van een vertegenwoordiger (Rechtsanwalt) tot voorloopige en kostelooze waarneming der belangen van de partij die de vergunning verkregen heeft; 2^o. de vrijstelling van de reeds gemaakte en nog te maken geregtskosten, van de zegelgelden, en van de vergoeding aan getuigen of deskundigen; 3^o. de ontheffing der zekerheid voor de proceskosten (§ 157). Het verlof tot het kosteloos procederen maakt geen inbreuk op de verpligting tot betaling der kosten aan de wederpartij (§ 158). De vergunning tot het kosteloos procederen wordt gevraagd, òf bij afzonderlijk verzoekschrift, dat in de geschillen van verpligte vertegenwoordiging door geen vertegenwoordiger (Rechtsanwalt) behoeft ondertekend te worden, òf door het opnemen van het mondelinge verzoek in het register van den griffier. Dit verzoek bevat de omschrijving van het geschil met de opgave van de middelen van bewijs. Bij dit verzoekschrift wordt gevoegd een door de daartoe aangevozen openbare magt afgegeven bewijs, dat, behalve vermelding van het beroep, den staat van het vermogen, de familiebetrekkingen, het bedrag van den aanslag in de directe rijksbelasting, tevens inhoudt de verklaring, dat de betrokken persoon onvermogen is tot het betalen der proceskosten (§ 159). Het verlof tot kosteloos procederen wordt verleend door den regter, voor wien het geschil moet aangevangen worden of nog hangende is (§ 160). Het verlof wordt voor elke instantie afzonderlijk verleend. Indien het verlof in eersten aanleg verleend is, wordt het bewijs van onvermogen in een hogere instantie niet gevorderd. Indien de wederpartij van den kosteloos procederende van een vonnis in beroep komt, vervalt ten behoeve van den laatstgenoemde het onderzoek naar de kwaadwilligheid of den vermoedelijken uitslag der regtsvervolgving of verdediging (§ 161). De regter kan het verlof te allen tijde intrekken, indien het blijkt dat de gronden waarop het verlof verleend is, niet bestonden of niet meer bestaan (§ 162). Het verlof vervalt met den dood van de partij, die de vergunning verkregen heeft (§ 163). De

kosteloos procederende partij kan de betaling der kosten vermeld in § 157, no. 2, van hare in de proceskosten veroordeelde wederpartij overeenkomstig de bijzondere landswetten (Landesgesetzgebung) vorderen. De toegevoegde vertegenwoordiger kan uit eigen hoofde het verschuldigde salaris en de voorschotten op die wederpartij verhalen (§ 164 en 165). Indien de staat van het vermogen der partij die kosteloos geprocedeerd heeft, verbeterd of reeds vroeger van dien aard was, dat het verlot tot het kosteloos procederen behoorde geweigerd te worden, is deze partij verplicht de kosten vermeld in § 157 no. 1 en 2 te betalen (§ 166). Na onderzoek beslist de regter in raadkamer over de toelating en de intrekking van het verlot tot kosteloos procederen, alsook over de verplichting tot de betaling der geregtskosten (§ 167). Tegen het verlot van kosteloos te mogen procederen wordt geen beroep toegelaten (§ 168).

TITEL XIV. DE ACTEN VAN REGTSPLEGING.

De acten van regtspleging, inzonderheid dagvaardingen, aanzeggingen van de partijen onderling, verzoekschriften aan een regtskollegie of den voorzitter, moeten inhouden: 1o. den naam, het beroep, de woonplaats der partijen, met vermelding van hare betrekking tot het geding; 2o. in geschillen van verpligte vertegenwoordiging de namen der vertegenwoordigers (Rechtsanwälte); 3o. de aanwijzing van den regter en het geschil; 4o. het getal der geproduceerde bescheiden; 5o. de plaats en dagteekening (§ 169). In de geschillen van verpligte vertegenwoordiging worden de acten door den vertegenwoordiger der partij, in de overige regtsgedingen door de partij zelve of haren vertegenwoordiger onderteekend (§ 170). In de gedingen, die door de partij zelve kunnen gevoerd worden, kan de afzonderlijke acte worden vervangen door de opname der mondelinge verklaring in het register of proces-verbaal van den griffier (§ 171). In de geschillen van verpligte vertegenwoordiging nemen de partijen vóór het houden der mondelinge voordragt schriftelijke

conclusiën (§ 172). Deze conclusiën bevatten, behoudens het bepaalde in § 169: 1o. de vorderingen, die de partij ter terechtzitting zal doen, met een korte en naauwkeurige vermelding der daadzaken, zoo noodig vergezeld van een eenvoudige aanhaling der toepasselijke regtsgronden; 2o. een volledige en afdoende verklaring over de daadzaken door de wederpartij aangevoerd; 3o. de opgave der bewijzen, in het bijzonder de aanwijzing der getuigen of deskundigen tot bewijs of wederlegging der aangevoerde daadzaken, alsook een verklaring over de bewijzen door de wederpartij aangeboden (§ 173). Indien een partij in deze conclusie zich op den geheelen of gedeeltelijken inhoud van schriftelijke bescheiden beroept, wordt aan de wederpartij, met de conclusie, ook een volledig afschrift of uittreksel dezer stukken ter hand gesteld. Indien deze bescheiden van grooten omvang of aan de wederpartij reeds bekend zijn, kan de partij volstaan met een naauwkeurige omschrijving dezer stukken onder aanbod van inzage. Tegelijk met deze conclusiën wordt, tenzij dit reeds geschied zij, een afschrift der volmagt tot het voeren van het geding overgelegd (§ 175). Een schriftelijke conclusie moet, voor zoo ver deze wet niet anders bepaalt, minstens acht dagen, een hiermede in verband staande antwoord ten minste drie dagen vóór de mondelinge voordragt aan de wederpartij ter hand gesteld worden (§ 176). De partij, die in hare conclusiën zich beroept op schriftelijke bescheiden, die onder hare berusting zijn, is, mits de wederpartij zulks tijdig vóór de mondelinge voordragt vordere, verplicht deze bescheiden ter griffie over te leggen en van deze overlegging aan hare wederpartij kennis te geven. Indien partijen niet anders overeengekomen zijn, heeft de wederpartij een termijn van drie dagen tot inzage dezer stukken. Deze termijn kan door den voorzitter van het regtskollegie verlengd worden (§ 177). De vertegenwoordigers (Rechtsanwálte) kunnen, tegen bewijs van ontvangst, de schriftelijke bescheiden elkander mededeelen. Indien deze bescheiden niet op den bepaalden termijn (§ 177) zijn teruggegeven, wordt de partij die in verzuim is, op de

vordering harer wederpartij, tot onmiddellijke teruggave veroordeeld. Het geschil over de teruggave dezer stukken is een tusschengeschil (§ 178).

TITEL XV. DE EISCH EN RECONVENTIONELE VORDERING (1).

Ieder die belang heeft bij voorbaat een regterlijke beslissing te verkrijgen over het bestaan of niet bestaan eener regtsbetrekking, over de erkenning of de valsheid van een onderhandsch geschrift, heeft het regt een daartoe strekkende vordering voor den bevoegden regter in te stellen. Indien de gedaagde tot het instellen dezer vordering geen aanleiding gegeven heeft, komen de proceskosten ten laste van den eischer, mits de gedaagde het regt des eischers, de echtheid of valsheid van het schriftelijk bewijs onmiddellijk erkend hebbe, of geen verstek hebbe laten gaan (§ 179). Indien de beslissing van een geschil geheel of gedeeltelijk afhangt van het wel of niet bestaan eener regtsbetrekking waarover in den loop van een geding strijd is ontstaan, kan de regter den strijd over deze regtsbetrekking in 't aanhangige geding beslissen, indien de eischer zijnen eisch daartoe vermeerderd, of de gedaagde zulks bij een reconventionele vordering geëischt heeft. De toestemming der wederpartij tot het instellen dezer vordering wordt alleen dan gevorderd, wanneer de medelinge voordragt over de hoofdzaak in het aanhangige geding reeds gesloten is (§ 180). De eisch (dagvaarding) moet

(1) Geheel in strijd met onze regtsbeginselen, dat de vordering met het regt geboren wordt, point d'intérêt point d'action, komt deze § aan een bezwaar te gemoet, dat zich ook in ons maatschappelijk verkeer meer-malen doet gevoelen. De strekking dezer § is niet anders dan, met het oog op den duur van een proces, regtsschennis bij tijds te voorkomen. Zoodanige wetsbepaling kan o. a. aan verhuurders van perceelen de teleurstelling besparen dat onwillige huurders op den overeengekomen of gebruikelijken termijn het gehuurde niet verlaten, en het geding alleen aangevangen wordt om gedurende zijnen loop het gebruik van het gehuurde te behouden, terwijl ook aan den anderen kant den huurders tijd en gelegenheid gegeven wordt de voortzetting van hun gebruiksregt tegen plotselinge en willekeurige aanvallen van den verhuurder te beschermen.

inhouden : 1^o. de aanwijzing van de partijen ; 2^o. de aanwijzing van den regter ; 3^o. de naauwkeurige omschrijving van het onderwerp en de gronden van den eisch ; 4^o. een bepaalde vordering (§ 181). De eischer kan in één dagvaarding verscheidene vorderingen , al ontspruiten zij uit verschillende oorzaken , tegen den gedaagde instellen , mits deze vorderingen tot de bevoegdheid van denzelfden regter en dezelfde wijze van geschilvoering behooren. Deze vereeniging van vorderingen wordt niet uitgesloten , wanneer naar de waarde van het onderwerp des geschils de Amtsrichter en het Kollegialgericht voor een of meer dezer vorderingen de bevoegde regter is. De vordering over het bezit en die over het regt tot de zaak mogen niet vereenigd worden (§ 182). De dagvaarding maakt het geschil aanhangig. Het aanhangig zijn heeft ten gevolge : 1^o. dat de wederpartij de bevoegdheid verkrijgt de exceptie van litispendentie voor te stellen , indien het geschil , zoolang het aanhangig is , voor een anderen regter gebragt wordt ; 2^o. dat , behoudens het bepaalde in § 12 geenerlei (nader ontdekte) omstandigheden in het geschil den regter , voor wien het geding aanhangig gemaakt is , onbevoegd kunnen maken ; 3^o. dat de eischer zonder toestemming van den gedaagde den eisch niet mag veranderen ; 4^o. dat de gedaagde het regt tot het instellen eener reconventionele vordering verkrijgt (§ 183). De bevoegdheid tot de vervreemding der in geschil zijnde zaak , of tot de overdracht der ingestelde vordering , wordt door het aanhangig zijn van het geschil niet uitgesloten. Deze vervreemding of overdracht heeft op het geding geen invloed. De derde , aan wien de in geschil zijnde zaak vervreemd of de vordering overgedragen is , kan zonder toestemming der wederpartij niet in de plaats van zijnen voorman of als tusschenkomende partij in het geding treden. Indien hij als gevoegde partij (Neben-intervenient) daarin komt , is § 94 hier niet van toepassing. Het vonnis , waarbij de hoofdzaak beslist wordt , is van kracht en uitvoerbaar ook tegen den derde , aan wien de zaak vervreemd of de vordering overgedragen is (§ 184). Indien tusschen den bezitter van een erf en een derde een

geschil aanhangig is over het wel of niet bestaan van een regt ten behoeve of ten laste van dit erf, heeft, in geval van vervreemding van dit erf, de nieuwe bezitter de bevoegdheid, en, zoo de wederpartij in het geschil dit vordert, de verplichting, in de plaats van den vroegeren bezitter het geschil over te nemen in den stand, waarin het tijdens de overname zich bevindt (§ 185). De bepalingen van § 184, al. 3, en § 185 zijn niet van toepassing voor zoo ver het burgerlijk regt hiermede strijdige voorschriften bevat ten aanzien der verkrijging van roerend goed en van onroerend goed door inschrijving in de registers van hypotheek of door inbezitneming te goeder trouw. Indien de eischer in strijd met deze voorschriften de vervreemding of overdragt gedaan heeft, kan de wederpartij de exceptie voorstellen dat de eischer de hoedanigheid mist tot het voeren van het geschil (§ 186). De gevolgen, die het burgerlijk regt overigens aan het aanhangig zijn aan een geschil verbindt, blijven van kracht (§ 187). Het is geen verandering van den eisch (§ 183 al. 3), indien, zonder verandering der daadzaken en regtsgronden (Klaggrund): 1^o. de daadzaken of het regtpunt aangevuld of verbeterd worden; 2^o. de eisch met betrekking tot de hoofdzaak of bijkomende vordering vermeerderd of verminderd wordt; 3^o. ten gevolge van een verandering die met het aanvankelijk gevorderde voorwerp is gebeurd, een ander voorwerp of de waarde daarvan gevorderd wordt (§ 188). De gedaagde wordt geacht in een verandering van den eisch toegestemd te hebben, indien hij zonder verzet bij een mondelinge voordragt zich inlaat met de behandeling van den veranderden eisch (§ 189). De nieuwe vordering, gedurende den loop van het geding ingesteld, wordt aanhangig wanneer zij bij de mondelinge behandeling voorgedragen is (§ 190). De gedaagde kan een reconventionele vordering, welke in een regtelijk verband met den eisch of de verdediging (konnexe Widerklage — ex eadem re) staat, instellen zoo lang het onderwerp der reconventionele vordering bij wijze van verdediging in regten kan voorgesteld worden. Deze eisch in reconventie wordt aangebragt, behandeld en beslist

overeenkomstig de bepalingen voor de verwerking in het algemeen. De wettelijke bepalingen omtrent de termijnen, die tusschen de dagteekening der dagvaarding en de mondelinge voordragt, alsmede tusschen de conclusie van antwoord en de gemelde voordragt moeten verloopen, zijn hier niet van toepassing. De reconventionele vordering wordt aanhangig, wanneer zij bij de mondelinge behandeling is voorgedragen. De bepaling vervat in § 353 geldt ook voor den eischer in reconventie (d. i. de bevoegdheid tot het intrekken der vordering zonder toestemming der wederpartij tot het sluiten der mondelinge voordragt in de hoofdzaak) (§ 191). Een reconventionele vordering, die het in de vorige § vermelde verband mist, kan alleen dan in het geschil over de conventie geschieden, indien de gedaagde dien eisch aan zijne wederpartij vóór den termijn waarop de mondelinge voordragt in den eisch in conventie bepaald is, heeft bekend gemaakt. De voorschriften, die voor den eisch in het algemeen gelden, zijn ook op deze reconventionele vorderingen van toepassing. (§ 192).

TITEL XVI. DE OPROEPINGEN, REGTSDAGEN EN TERMIJNEN⁽¹⁾.

De belanghebbende zelf heeft, tenzij de wet anders bepaalt, de bevoegdheid een oproeping in regten te doen bewerkstelligen (§ 194). Een geregtelijk bevel tot uitvoering van zoodanigen last wordt niet gevorderd (§ 196). De op-

(1) In dezen en den volgenden titel moet opgemerkt worden, dat volgens het gemeene Duitsche regt de boden van het geregt, aan wie ook de functie van onze deurwaarders opgedragen was, alleen den regter ter dienste stonden en zijne bevelen uitvoerden tot dagvaarding, uitvoering van vonnissen enz. In het oud-hollandsch regt vindt men zoodanig regterlijk bevel ook voorgeschreven voor de Mandamenten of Commissiën van het Hof van Holland of den Hoogen Raad, zonder welke de gedaagde niet mogt gedagvaard worden. Ook aan de griffiers is volgens dit gemeene Duitsche regt een bijzondere plicht opgedragen; zij vervullen voor sommige regtshandelingen de functie van middenpersonen tusschen de regtzoekenden en de boden van het geregt (de deurwaarders).

roeping tot verschijning in regten op een bepaalden dag moet inhouden: 1^o. het doel der oproeping; 2^o. de aanmaning op dien dag tegenwoordig te zijn (§ 193). Indien tegelijk met de oproeping tevens een vordering (de dagvaarding volgens Nederl. regt) of andere acte van rechtspleging moet beteekend worden, wordt de oproeping in die acte vermeld (§ 195). De acte van oproeping wordt, tot invulling van den dag der verschijning, bij den griffier ingeleverd. Indien de griffier ook voor de beteekening dezer acte aan de wederpartij moet zorg dragen (§ 246 en 247), wordt overeenkomstig de bepalingen der wet omtrent de stuiting eener verjaring, de stuiting geacht te geschieden op den dag dat de acte van oproeping den griffier ter hand gesteld is. De termijn aangewezen voor de beteekening van een acte van rechtspleging is niet vervallen, indien deze acte vóór het verstrijken van dien termijn aan den griffier ter beteekening overgelegd is (§ 197). Indien in een aanhangig geding een oproeping tegen een bepaalden dag geschiedt, moet, tenzij de wet anders bepaalt, in de geschillen van verplichte vertegenwoordiging (Anwaltsprocesse) een termijn van ten minste acht dagen, in de overige geschillen een termijn van ten minste drie dagen verlopen tusschen de oproeping en den aangewezen regtsdag (§ 198). Een oproeping van partijen tot verschijning in regten wordt niet gevorderd, wanneer de regtsdag in een uitgesproken vonnis of regterlijke beslissing vastgesteld is (§ 199). De bepaling van den dag waarop partijen voor den regter moeten verschijnen geschiedt door den voorzitter van het regtskollegie, en bij opdracht van regterlijke handelingen door den gemagtigden regter. De bepaling van dien regtsdag geschiedt binnen 24 uren (§ 201). Het verzoek eener partij tot bepaling van een dag voor een mondelinge voordragt wordt altijd toegestaan. (§ 202). De Zondag en de algemeene feestdagen worden alleen in geval van dringende noodzakelijkheid, de dagen in de vacantie voor de volgende geschillen als regtsdagen aangewezen: 1^o. wisselzaken; 2^o. zaken betreffende de mis; 3^o. geschillen over de voortzetting van een reeds aangevangen

aanbouw; 4o. de onmiddellijke of op handen zijnde ontruiming van het gehuurde; 5o. het leggen van beslag en andere voorloopige beschikkingen; 6o. de geschillen welker behandeling, wegens de noodzakelijkheid eener spoedige afdoening, krachtens de beschikking van den voorzitter, gedurende de vacantie, of van het regtskollegie, vóór de vacantie, gedurende dezen tijd niet geschorst wordt. Deze beschikking kan in raadkamer genomen worden. De vacantie heeft geen invloed op de behandeling der geschillen betrekkelijk tot de uitvoering van vonnissen (§ 203). De partij wordt geacht op den aangewezen regtsdag niet aanwezig te zijn, indien zij na de oproeping der zaak ter zitting en vóór het einde harer behandeling aldaar niet verschijnt. Indien aan de bepaling van den regtsdag ook een uur toegevoegd is, mag de oproeping ter zitting niet vóór dit uur geschieden. De regter is bevoegd ook na de oproeping op de zitting, de behandeling der zaak op een later uur van denzelfden regtsdag vast te stellen (1) (§ 204). Partijen kunnen een ree ds vastgestelden regtsdag met onderling goedvinden doen vervallen. Een uitstel op een naderen dag kan op verzoek eener partij en ook ambtshalve verleend worden. Indien dit uitstel verlangd wordt voor een dag, waarop een mondelinge voordragt bepaald was, worden de bepalingen van de §§ 214 en 215 in acht genomen (§ 217). De termijn, door den regter in een vonnis of beschikking gesteld, vangt, voor zoo verre de regter zelf niet anders bepaald hebbe, zijnen loop aan van de beteekening van het vonnis of van de regterlijke

(1) Deze bepaling heeft kennelijk de strekking, het verstek in het algemeen en de uitsluiting van de judiciële handelingen te beperken. De facilitéit hier toegekend kan soms van geringen omvang zijn, daar de tijd, gedurende welken de regter zich met een geschil bezig houdt, waarvan een der partijen niet verschijnt, somtijds al zeer kort is; een toepassing echter van de magt aan den regter in de laatste alinea gegeven kan met beleid gedaan, bij onvoorziene omstandigheden van groot nut zijn, dat zich soms verder uitstrekt dan verspilling van moeite en kosten, die b. v. door verzet tegen een verstek veroorzaakt worden.

beschikking; zoo deze beteekening niet vereischt wordt, van de uitspraak (§ 205). Indien de beteekening, gevorderd tot den aanvang van een door de wet of den regter bepaalden termijn, door een der partijen geschied is, doet zoodanige beteekening den termijn tegen alle partijen in het geding loopen (§ 206). Bij de berekening van een termijn naar dagen wordt de dag, van welken de termijn begint te loopen, niet medegerekend (§ 207). Door een termijn van acht of veertien dagen wordt verstaan acht of veertien vrije dagen (§ 208). Een termijn, die naar dagen berekend wordt, vervalt met het einde van den laatsten dag. De termijn, die naar weken, maanden, een jaar of een gedeelte hiervan (halfjaar, viendeeljaars) bepaald is, eindigt met den afloop van den dag, van die week, maand, dat jaar of gedeelte daarvan als met de dagteekening van den aanvang van den termijn overeenkomt; indien de laatste maand die dagteekening niet inhoudt, komt daarvoor de laatste dag van de maand in de plaats. De termijn die op een Zondag of algemeenen feestdag vervalt, eindigt eerst op den volgenden werkdag (§ 209). De loop van een termijn wordt gedurende de vacantie geschorst. De termijn begint of vervolgt zijnen loop na het einde der vacantie. Deze bepalingen zijn niet toepasselijk op de termijnen in de geschillen, die gedurende de vacantie behandeld worden en op de door de wet voorgeschreven tijdsbepaling voor het instellen van een beroep tegen een regterlijke uitspraak (§ 210). De vacantie begint den 1 Julij en eindigt den 31 Augustus (§ 211). De partijen kunnen met onderling goedvinden een termijn verlengen of verkorten. Deze bevoegdheid van partijen strekt zich niet uit tot de termijnen vastgesteld voor een beroep tegen een regterlijke uitspraak (§ 212). De termijn door den regter bepaald kan altijd, de termijn door de wet aangewezen alleen in de door de wet toegelaten gevallen door het regterlijk kollegie verlengd of verkort worden. (§ 213). De regter verleent de gevraagde verlenging of verkorting, indien daartoe geloofwaardige en afdoende gronden bestaan (§ 214). Het verlof tot de verkorting van een termijn wordt niet verleend, tenzij een mondelinge voordragt tot behandeling van dit verzoek voorafgegaan is. Indien een

verzoek tot verlenging van een termijn gedaan is, kan de regter, alvorens in raadkamer hierover te beslissen, de wederpartij gelasten binnen een door den regter aan te wijzen tijd een schriftelijke verklaring over dit verzoek over te leggen. Een herhaald uitstel wordt niet verleend tenzij van de wederpartij een schriftelijke verklaring over dit punt gevorderd of dit verzoek in een mondelinge voordragt behandeld is. Indien de regter de behandeling van het verzoek tot een herhaald uitstel in een mondelinge voordragt wenschelijk acht, wordt de dag voor deze voordragt ambtshalve bepaald. De wettelijke voorschriften over de behandeling van de tusschengeschillen gelden ook voor deze mondelinge voordragt. Van de beslissing, waarbij het verzoek tot verlenging van een termijn afgewezen wordt, wordt een beroep niet toegelaten (§ 215). De termijnen door de wet bepaald voor de dagvaardingen, oproepingen, beteekeningen van acten van regtspleging vóór een vastgesteld tijdstip kunnen op verzoek van partijen verkort worden. (Vergelijk § 213 al. 2). De voorzitter kan, bij de bepaling van een termijn (vergelijk § 201), de verkorting, zonder verhoor der wederpartij of van den in het geding betrokken derde, toestaan. Aan de wederpartij en den derde wordt van zoodanige beschikking bij afschrift mededeeling gedaan (§ 216). De §§ 213—216 zijn ook van toepassing op de termijnsbepalingen door den regter, aan wien de opdracht tot het verrigten van een regterlijke handeling gedaan is (§ 218). Het einde van een termijn, die verlengd wordt, is het begin van den verlengden termijn, tenzij de regter anders bepaald hebbe (§ 219). De kosten te weeg gebragt door het uitstel van een vastgestelden dag of door de verlenging van een termijn komen ten laste van de partij, door wier schuld dit uitstel of deze verlenging veroorzaakt is. Indien geen der partijen eenige schuld draagt, kunnen de kosten ten laste van de partij gebragt worden, die het uitstel of de verlenging gevraagd heeft (§ 220).

Mei 1870.

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

Opmerkingen over alleenrechtspraak, door Mr. C. H. B. BOOT, griffier bij het Kantongeregt te Oud-Beijerland.

„ Combien faut-il de juges dans une cour de justice? Dans le système d'une entière publicité, un seul suffit: voilà ma réponse; mais je vais plus loin, un seul est toujours préférable à plusieurs. „ Deze vraag en het antwoord daarop door JEREMIAS BENTHAM (1) gegeven, trokken voor eenigen tijd mijne aandacht en noopten mij tot een onderzoek in hoeverre dat antwoord moet worden onderschreven, meer in het bijzonder met het oog op de alleenrechtspraak, zooals zij in onze wetten is opgenomen. Die instelling treffen wij in onze wetgeving ten eerste aan in art. 31 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie dat bepaalt: „dat er voor elk kantongerecht zal zijn één rechter „ en ten andere, in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, eerste Boek, derde Titel, achttiende afdeeling, handelende: „Van het kort geding voor den president der Arrondissements-Rechtbank. „ In die afdeeling is echter alleen sprake van *beslissingen* en *uitspraken* in die zaken, waarin uit hoofde van onverwijlden spoed eene onmiddellijke voorziening wordt vereischt. De president doet *uitspraak*, geeft eene *beslissing*, wijst niet *vonnis*. Zijne alleenrechtspraak is dus eene zeer beperkte en eigenlijk zelfs niet als zoodanig aan te merken. Wij zullen haar daarom in dit opstel met stilzwijgen voorbijgaan en ons bepalen tot de alleenrechtspraak van den Kantonrechter; zien wij in de eerste plaats, welke bevoegdheid hem verleend is om daarna de gevoelens na te gaan van enkele schrijvers die in hunne werken een meer of minder groote plaats opzettelijk aan dit

(1) De l'Organisation judiciaire, Deel III der „Oeuvres de BENTHAM, „ bladz. 14.

onderwerp hebben gewijd, tevens onpartijdiglijk die gevoelens aan den toets der kritiek onderwerpene en eindelijk over te gaan tot de beantwoording der vraag, in hoeverre het behoud der alleenrechtspraak in onze rechterlijke instellingen al of in niet wenschelijk zij.

I. De Wet op de Rechterlijke Organisatie en het beleid der Justitie) van 18 April 1827 (*Stbl.* n^o. 20) met de wijzigingen en veranderingen welke de Wet van 28 April 1835 (*Stbl.* n^o. 10) daarin bracht, ingevoerd op den 1sten October 1838 ingevolge art. 1 van het Koninklijk Besluit van 10 April van datzelfde jaar (*Stbl.* n^o. 12) bepaalt in haar eerste artikel, dat de rechterlijke macht wordt uitgeoefend (onverminderd het rechtsgebied over bepaalde onderwerpen bij de Grondwet en bij andere wettelijke bepalingen aan bijzondere colleges toegekend) door 1^o. de Kantongerechten 2^o. de Arrondissements-Rechtbanken; 3^o. de Provinciale Gerechtshoven en 4^o. den Hoogen Raad, terwijl zij verder in de 2^{de}, 3^{de}, 4^{de} en 5^{de} Afdeeling achtereenvolgens de rechtsmacht dier verschillende colleges omschrijft.

Wanneer wij nagaan welke de wijzigingen zijn door de Wet van 1835 in die van 1827 gebracht, dan vinden wij dadelijk voor dit onderwerp veel belangrijks; in navolging der Fransche Wet van 24 Augustus 1790, die het vredegerecht instelde en regelde, krachtens welke de vrederechter werd bijgestaan door „deux prudhommes ou assessesurs“ (1) voegde de Wet van 1827 in art. 30 aan elken kantonrechter, vier of ten hoogste acht *assessoren* toe, volgens de bepalingen daaromtrent door den Koning te maken voor ieder Kanton. Terwijl de kantonrechter (art. 35 al. 2) uit de kundigste, bekwaamste, gegoedste en meest geachte ingezetenen en bij voorkeur uit meesters of licentiaten in de rechten wordt gekozen, zullen zijn assessoren

(1) Welke echter ook in Frankrijk zijn afgeschafte bij art. 1 der Wet van 9 Ventôse, an IX: „Les assessesurs des juges de paix sont supprimés.“ cf. verder: HENRION DE PANSEY, de la Compétence des juges de paix. Paris 1812, p. 33—35.

(al. 3 van hetzelfde artikel), in handel- of fabriekssteden voor een gedeelte uit kooplieden of fabriekanten bestaan. Deze assessoren en wel ten getale van vier (art. 44) zouden met den kantonrechter zitting hebben in alle quaestiën of geschillen wegens handelszaken in zoodanige kantons in welke de Koning naar bevind van omstandigheden en op verzoek der gemeentebesturen die bevoegdheid aan de kantongerechten ten gerieve van den koophandel en het fabriekswezen zou meenen te moeten opdragen, voor zooverre zij de bevoegdheid van den kantonrechter vermeld in art. 38 (evenzeer art. 38 der gewijzigde wet) mochten te boven gaan, zullende de rechtsmacht van zoodanig zamengesteld Kantongerecht in die gevallen volkomen gelijk staan met die der Arrondissements-Rechtbanken rechtdoende in handelszaken. Insgelijks zal zoodanig Kantongerecht op verlangen der partijen zamengesteld uit den Kantonrechter en twee of vier zijner assessoren kunnen kennis nemen van alle geschillen vatbaar voor dading of compromis (artt. 45 en 46).

Artikel 47 omschreef de rechtsmacht in strafzaken van de Kantongerechten, bepalende, dat de kantonrechters *alleen* geen kennis zouden nemen noch uitspraak zouden doen wegens overtredingen, maar dat het Kantongerecht alsdan zou moeten bestaan uit den kantonrechter als voorzitter en twee of drie assessoren. Aan den kantonrechter met *twee* assessoren was de kennismeming opgedragen van alle overtredingen waarop als maximum 3 dagen gevangenisstraf of f 25 geldboete te zamen of afzonderlijk als straf gesteld was en zulks zonder hooger beroep; insgelijks was zonder hooger beroep aan zijne rechtsmacht onderworpen mits bijgestaan door *drie* assessoren de kennismeming van alle overtredingen op welke geen hooger straf gesteld was dan van 7 dagen gevangenisstraf of van f 75 geldboete, mede te zamen of afzonderlijk. Aan een aldus met twee of drie assessoren samengesteld Kantongerecht was in al. 4 van hetzelfde artikel de bevoegdheid verleend om te oordeelen over de vordering tot vergoeding van kosten en schaden ten behoeve der beledigde partij, mits zij de som van f 50 niet overschrijden zou, in

welk geval zij bij eene afzonderlijke actie bij den daartoe bevoegden burgerlijken rechter zoude moeten worden aangebracht, eene bevoegdheid, die wij evenzeer en met dezelfde beperking, maar thans aan den kantonrechter alleen verleend, terugvinden in onze gewijzigde wet.

Onder de vele wijzigingen en veranderingen door de Wet van 1835 in die van 1827 gebracht, behooren, met het oog op den alleenrechter (1) o. a. de artt. 21, 25 en 32. Ingevolge art. 21 worden de woorden: vier of ten hoogste acht *assessoren* vervangen door: twee of ten hoogste vier *plaatsvervangers*. Insgelijks wordt in art. 25 het woord *assessoren* in *plaatsvervangers* veranderd en valt dientengevolge het derde lid van art. 35 weg, terwijl eindelijk het laatstgenoemde artikel de artt. 43, 44 en 46 geheel uit de wet doet verdwijnen.

Door de wet van 1835 aldus gewijzigd, omschrijft onze Wet op de Rechterlijke Organisatie in haar tweede afdeling de rechtsmacht en de bevoegdheid van het Kantongerecht, terwijl zij die omschrijving laat voorafgaan door eenige bepalingen betreffende de inrichting van het college, de vereischten tot de benoembaarheid, en de wijze van benoeming van den kantonrechter, zijn plaatsvervangers, den griffier en diens waarnemer. Zoo bepaalt art. 31, gelijk wij dit boven als grondslag van het beginsel van alleenrechtspraak in onze wetgeving opgenomen, reeds aanhaalden, dat er voor elk kantongerecht zullen zijn: één rechter, twee of ten hoogste vier plaatsvervangers en een griffier. Zoo bestaat er voor de benoembaarheid tot kantonrechter of tot plaatsvervangend Kantongerecht onverminderd de vereischten door de Grondwet voorgeschreven (art. 6. „Ieder Nederlander is tot elke landsbediening benoembaar.“) geen ander vereischte dan dit, dat hij den vollen ouderdom van 25 jaren bereikt hebbe.

(1) Men vergeve mij dit germanisme; gemakshalve zoude ik wenschen dat aan deze vertaling van het Duitsche „*einzelrichter*“ in onze taal het burgerrecht werd verleend. Ik veroorloof mij in dit opstel daarvan meermalen gebruik te maken voor het omslachtige „de alleenrechtsprekende rechter“.

Immers hetgeen daaromtrent gezegd wordt in al. 2 van art. 35 zooals het ongelukkigerwijze letterlijk werd behouden uit de wet van 1827 en zoo als het reeds bij de beschouwing dier wet is ter sprake gebracht, is zoo onbepaald en weinig beteekenend, dat het geheele gemis van dat tweede lid waarlijk niet zou worden gevoeld. Later komen wij terug op art. 37 waarbij de kantonrechters hunne plaatsvervangers en hunne griffiers worden aangesteld voor den tijd van vijf jaren, maar tevens herbenoembaar worden verklaard. Des kantonrechters rechtsmacht in burgerlijke, handels- en strafzaken, strekt zich krachtens de artt. 38 - 44 dus uit:

A. In burgerlijke en handelszaken:

Zonder hooger beroep, indien de vordering niet meer beloopt dan f50 en behoudens dat, indien zij niet meer beloopt dan f200.

a. tot alle louter personeele rechtsvorderingen. Welke deze zijn, vinden wij in art. 129 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, luidende de definitie aldaar gegeven, aldus: „De persoonlijke rechtsvordering is dezoodanige, welke tot onderwerp heeft de vervulling eener persoonlijke verbindtenis uit overeenkomst of uit de wet voortvloeiende.”

b. tot alle rechtsvorderingen tot betaling van renten, huren en pachten, mitsgaders van interessen of gedeelten van inschulden, zelfs in geval de rente, de huur, de pacht of de hoofdsom der inschuld meer dan f200 bedraagt, mits de rechtstitel niet worde betwist. Het ligt niet op onzen weg hier te onderzoeken naar de ratio legis, noch te wijzen op de vele moeilijkheden en quaestiën ontstaan uit de onnauwkeurige en slordige redactie van dit laatste gedeelte van art. 38. Ik kan hier volstaan met te verwijzen naar Mr. A. DE PINTO, *Handleiding tot de wet op de Rechterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie*, II, § 32, blz. 98 - 104.

Blijkens het in het hoofd van art. 39 bepaalde dat de kantonrechter insgelijks zonder hooger beroep, indien de vordering niet meer dan f50 beloopt en behoudens hooger beroep tot welke som de vordering zich mocht uitstrekken, recht zal spreken, moet hier gedacht worden aan eene niet onbe-

jangrijke uitbreiding zijner bevoegdheid in zake :

a. Burgerlijke rechtsvorderingen tot vergoeding van schaden, hetzij door menschen, hetzij door dieren toegebracht aan land, houtgewas, boom-, tuin- of veldvruchten ;

b. Zoodanig herstel aan huizen, woningen, gebouwen en pachthoeven, hetwelk volgens de wet ten laste van den huurder valt; en niet, zoo als in de wet van 1827, herstel aan huizen en pachthoeven, waartoe de huurder mocht gehouden zijn. Hierdoor toch was aan den kantonrechter de kennismeming opgedragen van rechtsvorderingen tot zoodanig herstel van het gehuurde als bij overeenkomst was goedgevonden, dat ten laste van den huurder zou komen en alzoo feitelijk aan den alleenrechter eene bevoegdheid verleend, die blijkbaar volgens 's wetgevers bedoeling, zijne rechtsmacht te boven ging.

c. Betaling van arbeidsloozen aan werklieden, huren van dienstboden en het volbrengen van wederzijdsche overeenkomsten van meesters en hunne dienstboden of arbeidslieden.

Daar deze drie rechtsvorderingen alleen behooren tot die onder no. 1 van art. 38 vermeld, is de uitbreiding, in dit artikel vervat, speciaal voor die gevallen vastgesteld blijkbaar ten nutte van den bewoner van het platte land.

Voorts neemt de kantonrechter kennis :

a. (art. 40) van burgerlijke rechtsvorderingen, ter zake van mondelingen hoon, zonder hooger beroep, indien de gevraagde betering zich blootelijk bepaalt tot een geldsom geen *f* 50 te boven gaande en behoudens hooger beroep, tot welke hoogere som de gevraagde betering moge loopen, of ook in alle gevallen waarin, nevens of in de plaats van eenige geldsom, een verdere eisch tot betering mocht gedaan zijn.

b. (art. 41) van de rechtsvorderingen tot ontruiming van huizen, gebouwen, woningen, pakhuizen, stallen, zolders en kelders en zulks behoudens hooger beroep, zonder onderscheid van het bedrag der huur, indien de huurder geen schriftelijk bewijs van bestaande, vernieuwde of verlengde

huur te berde brengt (1) welke bepaling mede toepasselijk is op pachthoeven, landerijen, tuin- en andere gronden, mits de huur over het jaar berekend of de waarde van dien, niet meer dan f200 bedrage.

c. (art. 42) van de rechtsvorderingen tot ontbinding van huur van huizen, gebouwen, woningen, pakhuizen, stallen, zolders en kelders mitsgaders van pachthoeven, landerijen, tuin- en andere gronden en dientengevolge van hunne ontruiming, ter zake van wanbetaling der huurpenningen, en wel zonder hooger beroep, indien de huur, over het jaar berekend, niet meer dan f50 en behoudens dat, indien zij niet meer dan f200 bedraagt, kunnende de vonnissen naar aanleiding der sub *b* en *c* bedoelde vorderingen gewezen, bij voorraad worden ten uitvoer gelegd, niettegenstaande verzet of hooger beroep behoudens de bevoegdheid van den kantonrechter om het stellen van borgtocht te bevelen.

d. (art. 43.) Van alle geschillen, welke voor dading of compromis vatbaar zijn en in welke partijen zich voor eenen kantonrechter te hunner keuze, doch binnen het arrondissement aanmelden en zijne beslissing inroepen, welke ook de aard van het geschil en de waarde van het betwiste voorwerp zij en zulks altijd zonder hooger beroep behalve wanneer partijen, in zaken aan hooger beroep onderworpen dat beroep hadden voorbehouden.

B. In strafzaken:

Ik meen hier te mogen volstaan met eene verwijzing naar art. 47 der wet van 1827 zoo als het daar even door ons beschouwd is, daar ons tegenwoordig artikel 44 aan den kantonrechter maar thans aan dezen alleen dezelfde bevoegdheid verleent als in gemeld art. 47 aan den kantonrechter met zijne twee of drie assessoren gegeven was, in dier voege echter dat, terwijl een vonnis van dezen nooit onderworpen was aan hooger beroep, bij vonnissen van genen dit altijd is

(1) Het overtollige van de bijvoeging: „en in gebreke blijft het perceel te ontruimen” springt in het oog en werd reeds aangetoond door Mr. D. P. t. a p., § 37, blz. 109.

Themis, D. XXXI, 2de St. [1870.]

toegelaten, met uitzondering van het geval, dat tegen de overtreding geen hoogere of andere straf is bedreigd dan eene geldboete de som van f20 niet te boven gaande.

Met een enkel woord stip ik hier nog aan de Wet van 29 Juni 1854 (*Stbl.* no 103): „houdende uitbreiding van de rechtsmacht des kantonrechters in strafzaken „ om daarna insgelijks een oogenblik stil te staan bij de wet „ houdende een nieuwe rechterlijke inrichting „ van 31 Mei 1861 zooals zij is afgekondigd in het Staatsblad (no. 49 van dat jaar) maar noch altijd vruchteloos op hare invoering wacht.

Het eerste artikel der Wet van 1854 brengt van de Arrondissements-Rechtbank over naar den kantonrechter de kennisneming van:

1^o. de enkele diefstallen en de pogingen daartoe, opgenoemd in art. 18 der Wet houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld (van dezelfde dagteekening *Stbl.* no. 102) en alzoo van mestspeciën, — zoden, plaggen, heide en helm, — te veld staand gras en veldvruchten, — groen of ander hout, gehakt of niet gehakt, — riet, biezen, gesneden of niet gesneden, — gevallen bladeren, — mos, dennenknoppen en eikels: — mits deze enkele diefstallen zijn gepleegd noch met behulp van vaartuigen, noch met behulp van trek- of lastdieren, noch in vereeniging van meer dan vier personen;

2^o. de overtredingen der Wet op de Jacht en Visscherij van den 6den Maart 1852 (*Stbl.* no. 47). (Thans de Wet van 13 Juni 1857 *Stbl.* no. 87);

3^o. de overtredingen strafbaar gesteld in art. 1 der Wet van den 6den Maart 1818 (*Stbl.* no. 12);

4^o. de overtredingen der verordeningen op den voet van art. 5 derzelfde wet vastgesteld (1).

(1) Luidende deze artikelen der wet „ omtrent de straffen tegen de overtreders van algemeene verordeningen uit te spreken of bij provinciale of plaatselijke reglementen vast te stellen „ aldus:

Art. 1. De overtredingen tegen de bepalingen vastgesteld bij de algemeene maatregelen of reglementen van inwendig bestuur van den Staat bij art. 73 der Grondwet vermeld, op welke geene straffen bij de wetten zijn, of zullen worden vastgesteld, zullen door de rechtbanken, naar gelang van den aard van

De alleenrechtspraak werd behouden, ja! zelfs de macht van den alleenrechter eenigzins uitgebreid bij de wet van 1861 maar daarentegen houdt artikel 12 als vereischte zijner benoeming in, dat hij sinds drie jaren in het bezit zij geweest van den graad van meester in de beide rechten.

Zijne bevoegdheid en rechtsmacht werden in zooverre uitgebreid en gewijzigd, dat, terwijl in burgerlijke zaken de wet van 1827 hem bevoegd verklaarde te vonnissen behoudens hooger beroep in rechtsvorderingen tot f 200 en zonder hooger beroep in rechtsvorderingen tot f 50, deze sommen respectievelijk worden verhoogd tot f 300 en f 75, dat in strafzaken de kantonrechter zonder hooger beroep vonnis wijst, wanneer tegen he misdrijf geen andere straf is bedreigd dan eene geldboete niet van f 20 maar van f 25 en eindelijk dat het maximum van den burgerlijken eisch ingesteld door de beledigde partij van f 50 op f 75 is gebracht.

Men vergeve mij deze lange uitweiding over zoovele bepalingen uit het Jus constitutum, maar vergeete niet dat het tot het juist begrip der vraag, in den aanvang voorop gesteld, over het al of niet wenschelijke der alleenrechtspraak in onze

het onderwerp, van de zwaarte van de overtreding, en der daarbij plaats gehad hebbende omstandigheden, worden gestraft met eene boete van ten minste tien en ten hoogste honderd guldens of eene gevangenisstraf van ten minste een en ten langste veertien dagen of met boete en gevangenis te zamen, mits binnen de even genoemde beperkingen respectievelijk begrepen zijnde.

Art. 5. In geval het bepaalde maximum van geldboete en gevangeni door een stedelijk of plaatselijk bestuur in enig geval ongenoegzaam wordt gerekend, om aan eenige door hetzelfde noodig geoordeeld wordende verordening de vereischte kracht en klem bij te zetten, zal dat bestuur een ontwerp van verordening met zoodanige strafbepaling, als hetzelfde daarin zal dienstig achten, moeten voordragen aan de Staten der Provincie, welke die voordracht, voorgesteld met derzelver consideratiën, aan ons zullen inzenden, ten einde dienaangaande ons goedvinden te vernemen; zullende wij alsdan zoodanige straffen statueeren als bevonden zal worden te behooren, echter niet te bovengaande hetgeen bij art. 1 bepaald is."

Voorts vergelijkte men hierbij de artt. 161 en 291 der Wet van 29 Juni 1851 (*Stbl.* n^o. 25), "regelende de samenstelling, inrichting en bevoegdheid der gemeentebesturen."

hedendaagsche wetgeving en tot de richtige beantwoording daarvan, allereerst noodig was, nauwkeurig onderzoek te doen naar de grenzen der rechtsmacht en bevoegdheid van den alleenrechter volgens ons thans van kracht zijnd recht.

II. Wij verwisslen thans onze artikelstudie voor een meer aangenaam gedeelte van de taak die ik mij ter behandeling voorstelde, nl. voor eene beschouwing der literatuur die over dit onderwerp bestaat en vestigen in de eerste plaats de aandacht op de voor zooverre mij bekend, in onze taal, éenige monographie over deze stoffe, het proefschrift: „De alleenrechtsprekende rechter,“ in 1859 te Leiden verdedigd door Mr. W. VAN HEUKELOM. Het eerste deel daarvan bevat de geschiedenis der alleenrechtspraak volgens het vroegere Romeinsche, Germaansche, Frankische, Fransche, Duitsche en Engelsche en volgens het hedendaagsche Fransche, Duitsche, Engelsche en Nederlandsche recht, terwijl het tweede gedeelte de voornaamste schrijvers dezer eeuw behandelt om te besluiten met een warme ontboezeming vóór de alleenrechtspraak en de uiting van den wensch dat deze in onze wetgeving meer en meer moge worden uitgebreid. Behalve dat zijn werk getuigt van studie en overtuiging, heeft het nog deze verdienste, dat het de behandeling is van een onderwerp tot heden niet anders dan in meer uitgebreide juridische werken, in het voorbijgaan aangestipt; later kom ik op het geschrift van Mr. v. H. terug.

In de reeds aangehaalde *Handleiding* van Mr. A. DE PINTO (1) wijst hij op de „vele en groote zwarigheden“ aan het stelsel van alleenrechtspraak verknocht en met name op het gevaar voor de justiciabelen van hunne belangen te zien toevertrouwd aan het meer of minder juist oordeel, aan de meerdere of mindere bekwaamheid en rechtskennis, aan de braafheid en gemoedelijkheid, ja soms aan de min goede bedoelingen, aan partijdigheid of eigenzinnigheid

(1) T. a. p., § 32, blz. 83—86

van één mensch" en het mindere vertrouwen, dat noodzakelijk eene Rechtbank moet inboezemen wanneer zij slechts bestaat uit één persoon dan een college uit meerderen saamgesteld. Verder de assessoren vermeldende zooals zij in Frankrijk vóór de wet van 9 Ventôse, an IX, aan den Juge de Paix en volgens onze wet van 1827 aan den kantontrechter waren toegevoegd, noemt hij de twee bedenkingen waarvoor zij bij de herziening moesten zwichten, te weten: 1^o. dat aan de bezwaren tegen den alleenrechter zimmers voor een groot deel, wordt te gemoet gekomen door het middel van beroep op den hoogerem rechter; 2^o. dat het ten hoogste moeielijk, zoo niet onuitvoerlijk zijn zou, vooral op het platte land, een genoegzaam en geschikt personeel te vinden, om al de kantongerechten met kundige assessoren te bezetten," — er echter te gelijkertijd bijvoegende, dat de eerste grond van weinig beteekenis is zoo lang men aan den kantontrechter alléén blijft toevertrouwen de kennisneming van eenige rechtsvordering zonder hooger beroep, hoe gering de vordering ook moge zijn. Mr. DE PINTO vindt eindelijk, en een ieder zal voorzeker die meening beamen, den besten waarborg tegen de bezwaren van de alleenrechtspraak "in de goede keuze van rechters, die eene zoo gewichtige betrekking hebben uit te oefenen en aan wier handen de wet eene zoo uitgebreide macht toevertrouwt." Hierdoor zeker worden vele bedenkingen opgelost, maar o. i. nog niet alle; en bovendien, — wie zal ooit dien waarborg kunnen geven?

Ook MELJER bespreekt de alleenrechtspraak. Volgens mijn bescheiden meening is zijn betoog niet van tegenspraak vrij te spreken. Hoe toch is te rijmen hetgeen hij zegt op blz. 356, l. c.: "D'un côté.... plus il y a de personnes appelées à examiner la même affaire, et moins on doit craindre la partialité et la corruption, ou l'indolence et la légèreté," met hetgeen op de volgende bladzijde voorkomt: "D'un autre côté.... la corruption et l'indolence se glissent

(1) Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires, 1823, VI, p. 356—360.

plus facilement encore dans un corps, qu'elles n'atteignent un individu; » wanneer men in het oog houdt dat hier niet sprake is van de gevoelens van verschillende verdedigers of bestrijders van het systeem, maar alleen van hetgeen er *absolute* vóór of tegen te zeggen valt? MEIJER's besluit strekt eindelijk daartoe, dat men wel er op lette: 1^o. de kennismeming der feitelijke vragen aan de magistratuur te onttrekken; 2^o. het onderzoek in burgerlijke of strafzaken niet anders dan aan één rechter toe te vertrouwen: « parce qu'il est impossible de donner une impulsion aussi égale à plusieurs personnes indépendantes »; 3^o. dat ieder der leden eener rechtbank, uit meerdere rechters bestaande, openlijk zijne meening zegge en 4^o. dat men met de meeste zorg en nauwkeurigheid te werk ga bij de keuze der leden van de rechterlijke macht, dat men ze ad vitam benoeme, en goed betale; eindigende hij aldus: « nous préférons n'attribuer qu'à un seul juge la décision de toutes les causes, du moins en première instance, mais nous croyons indispensable, que le nombre des magistrats soit le plus petit possible. » Wij vinden alzoo in MEIJER een voorstander van het beginsel van alleenrechtspraak, maar te gelijkertijd een voorstander van de opheffing van het geheim der raadkamer. Het eerste bevreemdt ons niet, wanneer wij hem de rechtspraak door gezworenen « le palladium de la liberté individuelle et de la félicité publique » hooren noemen, maar het tweede daarentegen is des te meer bevreemdend, daar men juist in het geheim der raadkamer een der gewichtigste gronden vindt voor de rechtspraak door meerderen. Immers waar wellicht de alleenrechter den invloed gevoelt van de vrees van alleen aansprakelijk te zijn voor het te wijzen vonnis en voor de gevolgen van dien, en waar de mogelijkheid niet te ontkennen valt, dat die invloed den aard van dat vonnis wijzige (en wel altijd ten koste van het recht), daar treedt juist het geheim der raadkamer bij een uit meerdere personen saamgestelde rechtbank op den voorgrond, om dien invloed bij zulk een college geheel weg te nemen. Juist in art. 28 onzer Wet op de Rechterlijke Organisatie wordt een krachtige

waarborg voor eene onafhankelijke, onpartijdige, gezonde rechtspraak gevonden, en dien waarborg wil MEIJER ons ontnemen, niet om daardoor het stelsel van rechtscollege van een zijner scherpste wapenen te ontdoen, maar "pour prévenir l'indolence des juges et la prépondérance trop grande de l'un d'eux;" men oordeele of deze bewijsgrond tegen het geheim der raadkamer meer gewicht in de schaal legt, dan de bedenking zoo even gemaakt tegen de opheffing daarvan.

Beschouwen wij thans de gronden door BENTHAM aangevoerd voor de verdediging van de wijze waarop hij de vraag: "combien faut-il de juges dans une cour de justice?" aan het hoofd van dit opstel aangehaald, beantwoordt. Zeker is het dat wij hier meer gedwongen worden tot verwondering over de spitsvondigheid dan tot bewondering der juistheid zijner bewijsvoering. De bedenkingen door hem in het midden gebracht tegen de rechtspraak door een college, zijn kortelijk de volgende:

A. Wat betreft de hoedanigheden van den rechter.

1o. "La probité d'un juge dépend de sa responsabilité soit au tribunal de l'opinion publique, soit à celui des lois." De alleenrechter vinde in zijne geheele verantwoordelijkheid den scherpsten prikkel tot rechtschapenheid en juistheid in zijn oordeel. Een college daarentegen gevoelt zich sterk tegenover de openbare meening juist door het feit dat het een college is en door het "préjugé populaire" dat er bestaat ten voordeele van een rechterlijk lichaam uit meerdere leden te samengesteld. Met BENTHAM zouden wij, aangenoemen dat de beste keuze van magistraatspersonen altijd mogelijk ware, dit welligt een "préjugé" kunnen noemen, maar nimmer zouden we er toe komen dit vooroordeel, als van weinig beteekenis, op zijde te zetten. De justitie heeft onvermijdelijk haar prestige en voor den wetgever zij het eene eerste en duurste plicht dat prestige niet lichtvaardig te ondermijnen.

2o. De rechtspraak door een college geeft zoo licht aanleiding tot eene minder eerlijke wijze van handelen, doordien men steunende op het geheim der raadkamer, door anderen

bewaard en zelf misbruikt, zijn medewerking aan een onjuist vonnis kan ontkennen door de geheele schuld op zijne ambgenooten te werpen. Voorzeker dit is den alleenrechter onmogelijk, maar wij hebben te veel ontzag voor de magistratuur in de beschaafde wereld in het algemeen en voor die in Nederland in het bijzonder, dan dat wij ons geneigd voelen aan dezen grond vóór de alleenrechtspraak eenig gewicht toe te kennen.

3o. Dat de rechter in een college meer gewicht zal hechten aan de meening en het oordeel zijner medeleden dan aan die van het algemeen. De waarheid hiervan valt niet tegen te spreken, maar het nadeel dat hieruit zou ontspruiten is mij niet duidelijk: integendeel het zal een rechter een prikkel te meer zijn, zijn kennis uit te breiden en een gelukkigen naijver doen geboren worden tusschen verschillende ambtgenooten. Dat bovendien een rechter meer gelegen zal zijn aan het oordeel zijner mederechters dan aan dat van den grooten hoop, zal wel de gedachte tot grondslag hebben, dat gene meer bevoegd zijn om zijnen arbeid te beoordeelen. — *«Les hommes avec lesquels on s'assemble tous les jours, avec lesquels on forme une société intime, sont ceux dont il importe le plus d'obtenir l'estime et la faveur. De là cette préférence donnée aux dettes d'honneur sur celles de la justice et de l'humanité; de là cette terrible puissance de l'esprit de parti et de l'esprit de corps.»* — De vergelijking van rechters met de leden en de parieurs van speelclubs en courses schijnt mij minstens niet gelukkig te zijn gekozen.

4o. Verleiding en omkooping. Een college biedt meer aanleiding hiertoe dan de alleenrechter, immers men koope een der rechters om, op wien de anderen steunen en wiens oordeel een overwegenden invloed uitoefent, en men heeft het geheele college naar zijne zijde overgehaald; zóó BENTHAM. Daargelaten in hoeverre die grond met recht vóór of tegen de alleenrechtspraak kan worden aangevoerd, merken wij slechts op dat ook hier op den Nederlandschen rechter van toepassing is wat wij ad 2um aanstipten ten opzichte van den eerbied aan hem verschuldigd.

5°. Voor hetgeen BENTHAM „demi-prévarication „ noemt behoeven wij niet te vreezen; wij gaan dus dit punt met stilzwijgen voorbij (1).

B. Wat aangaat den spoed.

Zeker ligt hierin veel waars en spruit uit de rechtspraak door een college een langzamere rechtspleging voort, dan uit de alleenrechtspraak: dit is zelfs onvermijdelijk. Maar hoe fraai ook een spoedig recht moge schijnen, recht behoort het altijd te blijven en men wachte zich het recht in de waagschaal te stellen, alleen door den wensch om eene minder tijdvereischende rechtspleging te vormen.

C. Hoe de bezwaren hier uit een oeconomisch oogpunt maakt tegen de rechtspraak door meerderen wellicht op te lossen, althans zeker van kracht te verminderen zijn, zullen wij straks zien bij de verdediging van ons eigen gevoelen in deze quaestie. „ Et cette justice que vous vous procurerez à un prix si énorme, je crois avoir prouvé qu'elle est plus dilatoire, plus dispendieuse pour les plaideurs, moins digne de la confiance du public et à tous égards inférieure à celle qu'on peut attendre d'un juge qui porte seul la responsabilité de ses jugements et qui jouit seul de l'honneur de ses succès. „ Dat dit bewijs nog niet onou-stootelijk geleverd is, meen ik in de opmerkingen aangaande BENTHAM's behandeling der vraag reeds te hebben aangetoond, en later zullen wij de gelegenheid vinden om meer algemeen daarop terug te komen. Voor het oogenblik nemen wij van BENTHAM afscheid, om van hem onze blikken te wenden naar het werk van RAYMOND BORDEAUX: *Philosophie de la procédure civile; mémoire sur la réformation de la justice*, waar deze handelt „du juge unique et des

(1) Dit gevaar voorkwam onze wetgever door de nietigheid (zie art. 21 W. o. d. R. O.) te bepalen van vonnissen en arresten gewezen met een ander getal rechters, dan bepaald is. Cf. wijders de artt. 50, 57, 70, 71 en 100 dierzelfde wet gedeeltelijk gewijzigd bij de artt. 1 en 3 der wet van 29 Mei 1849 (*Stbl.* n°. 21) en art 59 (laatste alinea) van het Verb. van Burgerl. Rechtsy., dat de nakoming dier artikelen waarborgt.

garanties qu'apporte le grand nombre des juges » (1). Tegenstander van BENTHAM's systeem, is BORDEAUX in eene ontwikkeling getreden van de redenen die er CHARLES COMTE toe gebracht hebben in zijne «*Considérations sur le pouvoir judiciaire*» den alleenrechter te verdedigen (2) en haalt de gewichtigste plaatsen uit COMTE's werk aan. Was BENTHAM de heftige bestrijder, zoo als duidelijk blijkt uit vele plaatsen zijner werken, van de toenmalige Engelsche rechtspraak en de verklaarde vijand van de jury, zooals hij hare werking kon waarnemen in zijn vaderland, maakte hij gebruik van scherpe wapenen hem door geest en vindingrijkheid aan de hand gegeven ter kastijding der magistratuur, en van een toestand, die volgens zijne begrippen verbetering behoefde en dringend vereischte, meer trekt mij aan de bezadigde toon van COMTE's betoog, den man waardig die als onverschrokken en onvermoeid strijder voor «*Paix et Liberté*» (3), na zijnen dood van zich liet zeggen: «*laissant de profonds regrets, de nobles exemples, d'utiles travaux, et une renommée pure.*» BORDEAUX erkent het gewicht van COMTE's gronden die hem, den voorstander der rechtspraak door gezworenen, er toe leidden de alleenrechtspraak in

(1) Livre II «*de l'ordre judiciaire*» Ch. XXIII, p. 282.

(2) Des pouvoirs et des obligations des jurys par RICHARD PHILLIPS traduit de l'Anglais et précédé de considérations sur le pouvoir judiciaire. Paris. RAPILLY, p. 63. Tot mijn leedwezen gelukte het mij niet van COMTE's werk kennis te nemen. Hetgeen BORDEAUX er echter uit aanhaalt vergeleken met het uittreksel in Mr. v. H.'s proefschrift, ten opzichte dezer quaestie er van gegeven, is voldoende zijn betoog en den modus quo te leeren kennen.

(3) Het motto van het dagblad «*le Censeur*», later als tijdschrift, om de *Censure par loi* en weêr later onder den gewijzigden titel: «*le Censeur Européen*», door M. COMTE uitgegeven onder medewerking van M. DUNoyer. In het voorbijgaan verwijs ik naar het artikel over CHARLES COMTE te vinden in het supplément van SANDELIN's «*Répertoire général d'Economie politique*» zijnde zijne nécrologie door MIGNET voorgedragen in de jaarlijksche openbare zitting der Fransche Académie van den 30sten Mei 1846.

bescherming te nemen tegenover die door meerderen; voorzeker de cijfergroepering door COMTE zoo terecht ter verdediging van zijn stelsel aangebracht, zou allerbelangrijkst zijn indien elk der leden van een college zijn stem afzonderlijk uitbracht, zonder zijn redenen daartoe aan zijne mederechters mede te deelen; het gewicht er van echter moet noodwendig verval- len wanneer men het oog slaat op de behandeling der zaken in raadkamer. De gevoelens daar geuit door de verschillende leden van een rechterlijk college en het onderling debat hieruit ontstaan, bieden een groot voordeel: « dans ce déli- béré, l'affaire déjà préparée par l'instruction et les plaidoi- ries, est élucidée encore une fois. » Men verlieze dit vooral niet uit het oog. De pleidooien zijn afgelopen, de Rechtbank trekt zich terug in raadkamer; men spreekt, men tracht te overtuigen, men debatteert op waardige wijze het aanhan- gige geding: van den beginne af gaat men na wat licht heeft kunnen verspreiden, wat nog duister is, en noodwen- dig moet er een nieuw licht over de zaak opgaan. Het is niet meer de uiteenzetting van een duistere zaak door een pleitbezorger, die natuurlijk altijd het recht van *zijn* client op den voorgrond stelt en het helderst wil doen uitkomen, neen! het is het oordeel van onpartijdige, onafhankelijke mannen die trachten te overtuigen en tegelijkertijd voor overtuiging vatbaar zijn. Zoo vormt zich eene meerderheid, een oordeel gegrond op kennis, wetenschap, onderzoek en studie. Terecht zegt dan ook BORDEAUX aangaande die be- raadslaging in raadkamer: « Pour moi, je n'hésite pas à regarder sa nécessité comme aussi grande que celle de motiver les jugements. » En inderdaad de verplichting den rechter bij art. 156 onzer Grondwet opgelegd om in alle vonnissen, de gronden, waarop zij rusten te vermelden, geeft den burger een waarborg voor zijne rechten, die niet gering is. De rechter wordt daarom genoodzaakt het pro en contra zoo nauwkeurig mogelijk te wikken en te wegen en wachte zich dus een vonnis openbaar te maken waarvan niet elke consi- derans den toets eener strenge kritiek kan doorstaan: « Ent- scheidungsgründe enthüllen die Seele des Richters, geben

sein Urtheil der Kritik der Partheien, der Publizität und des höheren Richters preis, sind ein präventivmittel gegen Willkür, ein moralischer Sporn richterlicher Ehrenhaftigkeit " (1).

BORDEAUX (2) wijst nog op een grief die men aanvoert tegen de rechtspraak door meerderen, als zoude deze door het geheim der raadkamer de zedelijke verantwoordelijkheid van den rechter verzwakken. Ware dit het eenige bezwaar, zoo zegt hij, men verhelpe het, door het geheim der raadkamer op te heffen en ook hier openbaarheid in de rechtspleging te brengen. Maar met hem meenen wij dat juist dat geheim een der gewichtigste waarborgen voor 's rechtens onafhankelijkheid vormt: de opheffing daarvan zouden wij dus ongaarne zien tot stand komen, en ook de oplossing der vraag omtrent de al of niet-openbaarheid der beraadslaging in raadkamer is niet in staat die omtrent het aantal rechters te gelijkertijd alle moeielijkheid te ontnemen. Na nog gewezen te hebben op den "juge de paix", op het nut van zijn alleenzijn voor zooverre betreft "ses fonctions conciliatrices" en op de ondervinding die het verkeerde van zijn alleenrechtspraak heeft aangetoond, eindigt BORDEAUX zijn betoog met de bekentenis dat hij het stelsel der alleenrechtspraak, zoo als het door CHARLES COMTE wordt voorgedragen, d. i. de noodzakelijkheid der jury aannemende, niet recht begrijpt. Hoe toch is het te verdedigen de rechterlijke onfeilbaarheid in zake de kennisneming der feiten "le ressort du bon sens" slechts aan te nemen bij eene jury en dus eene verzameling van personen; wanneer men haar wat het recht betreft "si la question a un caractère scientifique" aan een enkel persoon wil toekennen?

Ingeleid door de volgende woorden: "Ob in die unterste Instanz das Prinzip der Collegialität übertragen, oder ob die in Deutschland seit Jahrhunderten bestandene Institution

(1) Dr. J. J. ROSZBACH, die Philosophie der Gerechtigkeitspflege § 72, p. 94. Cf. BELLET, Exposé des motifs de la loi de Genève, p. 92.

(2) T. a. p., p. 289.

der Einzelrichter beibehalten und welcher Umfang deren Zuständigkeit angewiesen werden soll, dat is eene hoehwichtige Frage der Zeit, an welke sich umfassende und wichtige Interessen und Folgen knüpfen, in deren Beantwortung sich ein Kampf widerstreitender Ansichten und Wünsche kund gibt, und deren nach allen Richtungen hin befriedigende Lösung unmögglich ist. ' schreef GERAU een opstel: „über Einzelrichter“ in het „Archiv für die Civilistische Praxis“ (1). Veel belangrijks vinden wij in zijn stuk: zijn standpunt van praktisch deskundige geeft hem recht met belangstelling gehoord te worden. Volgens hem is het stelsel van alleenrechtspraak niet wel te verdedigen, wanneer men het vraagstuk alleen op theoretische gronden tracht op te lossen: de bezwaren daartegen gemaakt berusten op te hechten grond, dan dat men ze zou kunnen weg redeneeren of zelfs slechts een grooter gewicht toekennen aan de voordeelen, onvermijdelijk aan het systeem verbonden; maar uit het oogpunt van staathuishoudkunde en behoefte des volks kome men tot eene andere slotsom. Enkele gronden van

(1) Band XXXII, p. 215. Men vergelijke hierbij de in hetzelfde tijdschrift voorkomende stukken van MITTERMAIER: Band VIII, p. 107. Über die Fälle, in welchen der allgemeine summarische Process eintritt (vooral p. 118) p. 409. Der neue Entwurf der Civilprozessordnung für das Königreich Baiern, in prüfender Vergleichung mit der neuen Prozessordnung für das Waadtland und mit Berücksichtigung neuer Partikularprozessgesetze dargestellt (vooral p. 419 en 424 al. 2^o); van VON DER NAHMER, Band X, p. 90: Bemerkungen über Einzelrichter und Richtercollegien in erster Instanz, dann über Oeffentlichkeit des Verfahrens (vooral p. 99 en 100); in hetzelfde deel weder van MITTERMAIER p. 426: Das neue königliche niederländische Gesetz über die Organisation der richterlichen Gewalt und die Justizverwaltung, und der neue Entwurf des Gesetzes über Gerichtsverfassung und Staatsanwaltschaft für Baiern. Dargestellt mit Bemerkungen über Gerichtsverfassung und insbesondere über Organisation der Staatsanwaltschaft, en nog drie vervolgstukken van denzelfden schrijver in Band XI achtereenvolgens op p. 144, 269 en 424: Die Neueste Prozessgesetzgebung mit beurtheilender Darstellung der neuen Entwürfe für Baiern und die Niederlande und der Prozessordnung für die Untergeichte des Königreichs Hannover.

de voorstanders der rechtspraak bij college worden door hem behandeld, met name: dat de alleenrechter niet zou passen voor vrije volken, staande op een hooger trap van maatschappelijke ontwikkeling, en dat men juist in die instellingen welke het meest met het volk in aanraking komen, het meest naar volmaaktheid moet trachten omdat zij den grootsten en meest onmiddellijken invloed op de volksbelangen uitoefenen. Ad I^{um} Het onware van dezen grond tracht GERAU te betoogen wat betreft de Staten waar aan den alleenrechter vaste grenzen zijner rechtsmacht zijn voorgeschreven, waar de nakoming dier voorschriften een waarborg vindt in goede, duidelijke wetboeken, in openbaarheid en in de geloofwaardigheid der processtukken welke wederom zich steunt op ambtsplicht en de medeondertekening „eines beeidigten selbstständigen Protokollführers“, terwijl daarentegen dáár „wo die Verfassung des Staats, die Gesetze und die Form des Verfahrens keine Garantien, keinen Schutz gegen Richterwillkür schaffen, sie sich auch in Richtercollegien einschleichen wird.“ Ad II^{um} Mogen ook in de laagste staatsinstellingen de meeste zaken voorkomen, de gewichtigste en moeielijkste zeker worden aanhangig gemaakt bij de hoogere colleges, zoodat ook daar de grootste behoefte is aan wetenschappelijke ontwikkeling en grondige behandeling. Ter bevordering eener goede staatsinrichting vertrouwde men dus de meestvoorkomende en gemakkelijke zaken aan den alleenrechter toe, men make zijne rechtspraak eenvoudig en goedkoop en late den weg open tot eene nieuwe en grondiger behandeling van zaken door het middel van hooger beroep.

Daarentegen biedt de rechtspraak door meerderen onwe-derlegbaar een grooteren waarborg voor waarheid en recht, geeft meerdere zekerheid tegen dwaling, eenzijdigheid en willekeur terwijl zij eindelijk het aanzien en het vertrouwen verhoogt: „deshalb ist auch das Institut der Einzelnrichter nur in so weit in Schutz zu nehmen, als solches dem Volke nach öconomischen Rücksichten Bedürfniss ist.“ Terecht vindt dan ook GERAU de gronden vóór de alleenrechtspraak: „allein in der kürzeren Dauer, grösseren Einfachkeit und

Wohlfeilheit des Verfahrens." Ten laatste wijzende op de moeielijkheden die er bestaan in de bepaling der grenzen van des alleenrechters bevoegdheid en rechtsmacht tracht hij deze aan te toonen uit de bepalingen omtrent de Fransche vrederechters en het ontwerp van 1844 voor de Badensche rechterlijke organisatie. Ook ROSZBACH in zijn reeds aangehaald werk (1) roert even de vraag die ons bezig houdt aan, waar hij zegt: „Ein sicherer Instinkt der Völker hat diesen Gewähren die collegiale Verfassung der Gerichte beigelegt; denn nur die Vielseitigkeit der Erwägung hebt die Einseitigkeit die Beurtheilung auf; Leidenschaft, Irrthum, Unkenntniss der Einzelnen erlöschten im Kampfe der Geister, die Wahrheit von einem ausgesprochen, entzündet auch die Andern, und so kommt auch hier, wie überall, das Wahre und Gerechte nur durch das Zusammenwirken von Kräften zu Stande. Das haben schon die ältesten Culturvölker gefühlt.“

Na alzoo de schrijvers te hebben nagegaan die mij voorkwamen de gewichtigste argumenten aangevoerd te hebben en vóór en tegen, bij het onderzoek naar eene goede oplossing der vraag of het al of niet wenschelijk is de alleenrechtspraak in het algemeen en in het bijzonder in onze Nederlandsche rechtsinstellingen behouden te zien, zonder daarom op volledigheid te willen bogen in het aanhalen van alle werken waarin men deze vraag behandelde, hetgeen zeker tot eene te groote uitweiding zoude hebben aanleiding gegeven, keeren wij thans terug tot het zoo straks vermelde proefschrift van Mr. W. VAN HEUKELOM; zeker verdient zijn werk lof om de redenen, zoo straks reeds genoemd, maar bij eene nauwkeurige lezing van zijn stuk kwamen mij twee opmerkingen voor den geest. Is de schrijver wel vrij te pleiten van de beschuldiging die hij zelf (2) formuleert en waarvoor hij beducht is, namelijk die „van partijdigheid en vooringenomenheid met de meening der voorstanders,“

(1) Aldaar § 73, p. 94.

(2) Bladz. 125.

(d. i. van het stelsel van alleenrechtspraak) waar hij zich vóórnam de verschillende gevoelens na te gaan om daarna een eenigszins gegrond oordeel te vellen? Ik geloof die vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Waar hij b. v. gewag maakt van MEIJER's werk (ik legde boven reeds als mijne bescheiden meening de verklaring af, dat MEIJER in deze zijn bewijsvoering niet geheel vrij is van eenige onduidelijkheid), haalt hij alleen aan wat deze gezegd heeft ten voordeele des alleenrechtters, terwijl hij daarentegen hetgeen daar gezegd wordt ten nadeele van het beginsel, geheel onaan-geroerd laat. Om echter die mogelijke beschuldiging geheel hare kracht te ontnemen en allen schijn van partijdigheid te vermijden, is het hem voldoende de gronden door RAYMOND BORDEAUX tegen zijn stelsel aangevoerd, na te gaan. Door de kortheid hierbij in acht genomen is hij er o. i. niet in geslaagd die gevreesde beschuldiging te ontzenuwen. Mijne tweede opmerking geldt zijn „besluit.“ Hoe geestig ook zijne voordracht der zaak, hoe juist ook in zijn stelsel zijne gevolgtrekkingen voor het jus constituendum, en hoe waar daarbij ook zijne aanmerkingen op het jus constitutum, stelt dat besluit ons niet tevreden. Met reden hadden wij hier mogen verwachten eene uiteenzetting van de gronden die hem tot zijn besluit gebracht hebben en in stede daarvan vinden wij niets dan eene poging om de weinige belangrijkheid aan te toonen van de argumenten die BORDEAUX bezigde tegen zijn systeem. Eene scherpe gisping vervangt eene zelfstandige argumentatie: eene kritiek waarop men den voor den criticus gulden regel *„acriter in re, suaviter in modo“* helaas, niet kan toepassen treedt in de plaats van eene verdediging van eigen gevoelen.

Daarentegen ontken ik niet het verdienstelijke van zijn werk, voor zooverre betreft de wijze waarop hij 1^o. aantoot de tegenstrijdigheden, zoo moeielijk te ontwijken, waaraan onze wetgever zich schuldig maakte, bij het huldigen van het beginsel der alleenrechtspraak en 2^o. de mid-delen tracht aan te geven om zijn stelsel bij eene mogelijke

herziening onzer wetgeving op dit punt op juiste wijze door te voeren.

III. Ik kom thans tot mijn besluit; ook al trachtte ik zooveel mogelijk met onpartijdigheid de meeningen der verschillende schrijvers na te gaan, toch is het reeds duidelijk dat ik geen voorstander ben der alleenrechtspraak. — Het stelsel van alleenrechtspraak verdient afkeuring en het is wenschelijk dat het uit onze wetgeving verdwijne. — Ziedaar mijne meening, ook al vrees ik dat die wensch in het laatste gedeelte uitgesproken, tot de pia vota zal blijven behooren. Ik zal trachten mijne eerste stelling te verdedigen en de mogelijkheid aan te toonen dat er uitvoering worde gegeven aan den wensch in mijne tweede stelling vervat. De bezwaren die tegen het beginsel van alleenrechtspraak reeds zijn aangevoerd en nog daaraan kunnen worden toegevoegd, zijn de volgende: Het is bewezen dat er rechterlijke dwalingen kunnen bestaan; de rechter hetzij hij alleen rechtspreekt, hetzij hij het doe met ambtgenooten, blijft mensch: errare humanum; dit is ten allen tijde beweerd en onnoemelijke feiten hebben die bewering gestaafd. Welnu! waar één mensch oordeelen moet over recht en onrecht, over schuld en onschuld, daar voorzeker bestaat er eene grootere kans voor dwaling dan waar dat oordeel aan meerderen is opgedragen. Mogen ook al in onze wetgeving de zaken aan de kennisneming des Kantonrechtters behorende, van weinig belang zijn, men verlieze niet uit het oog dat dat belang en het voordeel of nadeel daaruit gesproken nooit absoluut zal zijn, maar altijd betrekkelijk is. Het is eene onomstootelijke waarheid dat de toezegging van een eisch tot betaling eener som van *f* 25 voor den justiciabele van meer en hooger belang zal kunnen wezen dan die van een eisch tot betaling eener som van het duizendvoudig bedrag en bovendien is de toezegging of ontzegging van een eisch van geringe waarde op dwaling berustende of een vonnis waarbij slechts eene geringe boete wordt uitgesproken tegen hem die volgens 's rechtters meening schuldig is aan eene overtreding, zonder het inderdaad te zijn, ook al mogen de gevolgen

niet dezelfde zijn, evenzeer *onrecht* als een vonnis of arrest op valsche gronden steunende, dat een pleit beslecht waar sprake is van een vordering in burgerlijke of handelszaken van zeer uitgebreid belang of evenzeer in strafzaken waar het geldt de toepassing eener tuchthuisstraf van b. v. 5—20 jaren: zoowel in het eene als in het andere geval bestaat er rechtsschennis, zoowel hier als daar zal de in het ongelijk gestelde partij of de veroordeelde zich met reden beklagen over een vonnis of arrest dat onjuist was. En met het recht is het niet hetzelfde als wat wij zooeven beweerden omtrent het voor- of nadeel uit een meer of minder groot belang voortspruitende: recht is een denkbeeld, onafhankelijk van omstandigheden, is absoluut: het is „de gemeenschappelijke overtuiging, door welke geleid, zij, die tot dezelfde vereeniging behooren, als richtsnoer hunner handelingen, eenen regel erkennen en openbaren.” (1) En vele zijn de oorzaken die eene zoodanige rechtsschennis kunnen ten gevolge hebben; men denke slechts aan onkunde, luiheid, angst, om nog niet eens te spreken van kwade trouw, partijdigheid of slechten wil. Het is duidelijk dat die eigenschappen evenzeer het deel kunnen wezen van het lid van een rechterlijk college als van den alleenrechter. hing een vonnis, uitgesproken door een college blootelijk af van de stemmen der rechters, voorzeker, het schadelijke van den invloed van zoodanige verkeerde eigenschappen zouden wij daar niet minder te duchten hebben dan hier. Bij een vonnis toch door vijf rechters geweest, zou evenzeer de vrees kunnen bestaan voor de onkunde van drie hunner als bij eene rechtspraak door een persoon, men niet voldoende gewaarborgd is tegen zijne onkunde. Maar, door de beraadslaging in raadkamer, waar de rechter die in een college zitting heeft, niet alleen stemt, maar zijne stem te motiveeren en te verdedigen heeft, waar men met recht van dat onderling debatteeren verwachten mag dat daaruit de waarheid zal geboren worden, dat daaruit wellicht

(1) Wij danken deze bepaling van recht aan den Leidschen Hoogleraar Mr. J. E. GOUDSMIT, Zie zijn „Pandecten-systeem, „ Deel I, blz. 29.

een nieuw licht, zelfs na het onderzoek en de pleidooijen zal opgaan, wordt, zooals wij reeds aanmerkten, alle gewicht ontnomen aan het (*sit venia verbo*) spelen met cijfers, dat door BORDEAUX aan COMTE wordt verweten. Men noeme alzoo de behandeling van zaken in raadkamer en de geheimhouding den leden der rechterlijke macht omtrent de gevoelens daar door de rechters geuit, verplichtend opgelegd als den gewichtigsten grond vóór de rechtspraak door een college. Hierdoor toch wordt de mogelijkheid eener rechterlijke dwaling wel is waar niet weggenomen, maar ontegenzeggelijk zeer verminderd, terwijl de rechtspraak door één persoon weinig waarborgen daartegen biedt. Gaan wij na de waarborgen die onze wetten geven voor een goede rechtspraak van den kantonrechter, waarin dan tevens opgesloten liggen de argumenten door de voorstanders van alleenrechtspraak voor hun stelsel gebezigd, dan vinden wij in de eerste plaats: hooger beroep. Zonderling zeker is het, wanneer in een beroep op een rechterlijk college van een vonnis door één rechter gewezen door bijna alle tegenstanders van het door mij thans verdedigde beginsel een eerste grond wordt gevonden, waarop ze hun systeem verdedigen. Onwillekeurig rijst hier de vraag *waarom* de alleenrechtspraak in bescherming te nemen alleen in het eerste ressort, terwijl het hooger beroep zal moeten behandeld worden door een lichaam uit meerdere personen samengesteld? Ligt niet reeds hierin alleen de bekentenis, dat men op een vonnis door meerderen gewezen, meer vertrouwen mag? Maar bovendien, waar de voorstander der alleenrechtspraak in hooger beroep een middel vindt, om een onjuist vonnis niet ongedaan te maken, maar zooveel mogelijk het nadeel daaruit ontstaan te herstellen, daar zal hij zich in onze wetgeving bitter teleurgesteld zien; immers wil die grond van verdediging van zijn stelsel niet slechts ten halve toepasselijk zijn, dan behoorde het hooger beroep altijd en onbeperkt te zijn toegelaten. Het tegendeel hebben wij in onze wet gevonden. Is in het algemeen de eisch beneden de *f* 50 (volgens de wet van 1861 beneden de *f* 75), dan spreekt de kantonrechter alleen recht in het hoogste ressort.

Geen beroep dus van een zoodanig vonnis. De justiciabele, die zich verongelijkt acht moge zich beklagen over het vonnis dat hem drukt, middel van verzet bestaat er niet; zelfs in de meeste gevallen die zich kunnen voordoen, is hem de voorziening in cassatie niet toegelaten. De Hooge Raad toch vernietigt de vonnissen in burgerlijke zaken door kantonrechters in het hoogste ressort (1) gewezen alleen „wegens onbevoegdheid of overschrijding van rechtsmacht, of ter zake dat zij de gronden niet inhouden, waarop zij zijn gewezen, of niet met opene deuren zijn uitgesproken.“ (2). Van die vonnissen dus geen hooger beroep en slechts in een zeer enkel geval cassatie! Ik schroom echter niet, in plaats van in het hooger beroep van het vonnis van den kantonrechter eenen waarborg te vinden dat althans het nadeel van de rechtspraak door een persoon minder ingrijpend zal zijn, juist daaruit een argument te putten tegen de alleenrechtspraak. Wat toch zal het geval zijn? Wordt het vonnis van een kantonrechter in hooger beroep door de rechtbank van zijn arrondissement vernietigd, dan is het onvermijdelijk gevolg, dat de kantonrechter bij zijne justiciabelen veel zal verliezen van het prestige aan zijne waardigheid verbonden. Een natuurlijk en toch zeer slecht werkend gevolg voor het belang der justitie zal zijn, dat men den kantonrechter, alleen reeds op dien grond betichten zal van onkunde, partijdigheid of kwade trouw. Alleen uit dat feit zal hij beoordeeld worden en dikwijls verkeerd beoordeeld worden door menschen die volkomen onbevoegd zijn een oordeel uit te spreken (3). Dat de justitie hieronder noodzakelijk lijden moet, spreekt wel

(1) Art. 99, al. 2 R. O. Waartoe deze herhaling, daar het als beginsel van ons cassatie-systeem reeds in het algemeen gezegd is in art. 95?

(2) Terecht is die 2de alinea van art. 99 R. O. in de wet van 1861 weggelaten.

(3) Men vergelijk hierbij: „Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederl. Recht,“ door Mr. A. OUDEMAN en Mr. G. DIEPHUIS. Vierde Jaargang 1848: „Vluchtige beschouwing van het aan Nederland toegedachte stelsel van rechtspleging, door een oud rechterlijk ambtenaar“; aldaar, bid. 289—302.

van zelf. Onwillekeurig als het ware komen wij tot nog een gewichtige griepe tegen de alleenrechtspraak; BENTHAM noeme het een vooroordeel, wij hebben hem dit reeds toegegeven als volkomen passende in zijn stelsel en mits er voldaan worde aan de voorwaarden door hem gesteld, maar wij zijn niet van zijne meening waar hij dat vooroordeel van weinig belang rekent en het na het aangestipt te hebben onmiddellijk ter zijde laat. Zeker is het, dat het den justicieabele meer vertrouwen inboezent als hij zijne belangen toevertrouwd ziet aan de handen van meerdere rechters; het algemeen zal een veel grooter vertrouwen stellen in een college dan in een alleenrechter. Dit is m. i. eene zaak die niet genoeg ter harte kan worden genomen. Een noodzakelijk vereischte voor een rechterlijk college is, dat het in staat zij vertrouwen in te boezemen aan hen, die verplicht zijn de hulp der rechterlijke macht in te roepen ter verzekering of tot herstel van hunne rechten en aan hen die voor eene rechtbank geroepen worden om over hunne schuld of onschuld te hooren oordeelen. Dat prestige moet bestaan: een rechterlijk college moet vertrouwen inboezemen, en wanneer het eene zekerheid is dat het vertrouwen van het algemeen minder berust bij eene rechtbank waar een persoon rechtspreekt, dan bij eene uit meerderen samengesteld, dan past het den voorzichtigen wetgever niet, ook zelfs dengenen die niet overtuigd is van het schadelijke van het alleenrechters-systeem en die alzoo geneigd zal zijn BENTHAM te volgen, waar hij het een „*préjugé populaire*” noemt, het volk zijn vertrouwen in de justitie te ontnemen of dat te verminderen, maar men geve wel acht op de eischen door de volksvertuiging gesteld. Dat de kantonrechter volgens onze bestaande wet volkomen de vereischten mist, althans missen kan, die eene goede en degelijke rechtspraak kunnen doen voorzien, merkten wij reeds aan. De wet van 1861 vereischt ten minste dat men sedert drie jaren in het bezit zij geweest van den graad van meester in de beide rechten. Maar ook dit voldoet m. i. niet. Wil men de alleenrechtspraak behouden, vindt men de oeconomische bezwaren tegen hare

afschaffing, waarover straks nader, onoverkomelijk, het zij zoo: in dat geval drage men zorg dat men een zoo gewichtig ambt niet opdrage aan iemand, van wien het mogelijk is dat zijne kunde en studie niet voldoende een goede rechtspraak waarborgen. Het eenige middel daartoe zou m. i. zijn een examen, waartoe men niet zou kunnen worden toegelaten dan na een bepaalden tijd meester in de beide rechten te zijn geweest en evenzeer een bepaalden tijd als advocaat of aan een griffie van een rechtbank of een kantongerecht te zijn werkzaam geweest. Immers het middel dat onze wet kent om den onkundigen kantonrechter te verwijderen en dat door de voorstanders der alleenrechtspraak om twee redenen wordt in bescherming genomen n.l. de benoeming voor den tijd van vijf jaren, is, daargelaten het gevaarlijke van zoodanige bepaling, (1) niets of althans weinig afdoende. De twee redenen, die aanleiding geven dat dit artikel der Wet op de Rechterlijke Organisatie (art. 37; art. 11 der Wet van 1861) wordt beschouwd als eene tegemoetkoming aan de bezwaren tegen alleenrechtspraak, zijn deze: dat men meent, dat het voor den kantonrechter den scherpsten prikkel zal zijn tot nauwgezette vervulling zijner plichten en ten andere dat het bij gebleken ongeschiktheid of verwaarloozing zijner verplichtingen, der regeering het middel in handen geeft om den nalatigen kantonrechter te verwijderen en alzoo voor het vervolg het schadelijke uit die nalatigheid voortvloeiende te voorkomen. Beide redenen noem ik gezocht: wanneer een kantonrechter niet in zijn plichtbesef en in de waardigheid zijner betrekking den prikkel vindt om zijne plichten waar te nemen zoo goed hem zulks mogelijk is (immers waar onkunde aan zijne tekortkoming ten grondslag ligt daar zal hem ook de mogelijkheid eener niet-herbenoeming niet kunnen baten), dan zal hij zich ook niet tot de waarneming daarvan laten dwingen door de bepaling van art. 37. De vreeze die het denkbeeld eener wellicht aanstaande niet-herbenoeming den zoodanige moge inboezemen, mag misschien uitwerking hebben in het laatste jaar van den tijd

(1) Vergelijk Mr. D. P., t. a. p., bladz. 87—88.

waardoor hij benoemd is en dus dat dat aan zijne aftreding voorafgaat, naar alle menschelijke berekening zal hij, zoodra hij zich herbenoemd ziet zich weder aan de oude nalatigheid schuldig maken in de overtuiging dat de scepter hem weder voor den tijd van vijf jaren in handen is gegeven. Acht men eene dergelijke bepaling noodzakelijk, dan verkorte men den termijn en benoeme den kantonrechter telkens voor den tijd van een of ten hoogste van twee jaren. Diezelfde maatregel zou ook van belang zijn om den waarborg dien men in zoodanige bepaling meent te vinden tegen het schadelijke der alleenrechtspraak aanmerkelijk te vergrooten. Immers ons artikel vooronderstelt bij den kantonrechter, in tegenoverstelling van de leden van Hoven en Rechtbanken, die ad vitam benoemd worden, de mogelijkheid eener zoodanige onkunde, ongeschiktheid of van zulke verkeerde eigenschappen, dat men het noodzakelijk geacht heeft zich het recht voor te behouden om na zekeren tijd een ander in zijne plaats te benoemen. Stelt men zoodanige kans op den voorgrond dan is de tijd van vijf jaren wederom veel te ruim gesteld; immers het nadeel uit die ongeschiktheid van den rechter gesproken kan in dien tijd tot eene schrikverwekkende hoogte gestegen zijn. Herbenoemt men niet na vijf jaren, het zal een bewijs zijn, dat er gedurende dien tijd in het Kanton waar die rechter rechtsprak, slecht werd rechtgesproken, het zal aanleiding geven dat de openbare meening ook vonnissen en handelingen, die werkelijk juist en goed geweest en gedaan waren, in een verkeerd daglicht zal plaatsen, het zal der justitie weder een gedeelte van zijn prestige ontnemen, in één woord, het zal op nieuw aantonen dat de rechtspraak door een persoon ten strengste moet worden afgekeurd. Is daarentegen de regeering te schroomvallig om deze bepaling toe te passen in de gevallen, waarin de toepassing gunstig zou werken d. i. wanneer de onkunde, partijdigheid of ongeschiktheid van eenen kantonrechter zijne herbenoeming niet wenschelijk maakt, maar meent zij zich er alleen van te moeten bedienen, wanneer zulks ten dringendste vereischt wordt, d. i. wanneer de klachten over de handelingen van

een' kantonrechter te algemeen en te openbaar worden, dan is het voorzeker duidelijk, dat het nut eener zoodanige bepaling, voor zooverre het door sommigen moge worden aangenomen, ook geheel verloren zal gaan. Het is met art. 37 R. O. evenzoo gelegen als met menige andere wet of wettelijke bepaling: men geve er uitvoering aan of men schaffe haar af.

Een andere grond vóór de alleenrechtspraak aangevoerd is te vinden in het weinige belang en de geringe moeielijkheden doorgaans verbonden aan de zaken die aan het oordeel van den kantonrechter ten onzent zijn onderworpen; wat het belang betreft trachtte ik reeds aan te toonen, dat dit zeer betrekkelijk is en eene zaak tot de bevoegdheid eens kantonrechters behoorende, dikwijls voor de partijen van meer gewicht is, dan eene zaak welke tot de kennisneming van een Provinciaal Gerechtshof behoort. Wat betreft het tweede punt: de geringe moeielijkheid die gewoonlijk verbonden is aan de berechting van dergelijke zaken, daar zij meestentijds in het civiele zullen strekken tot het verleenen van een titel, tot het geven van rechtszekerheid, terwijl de rechtsvragen weinig ingewikkeld zullen zijn, zoo schijnt het niet overbodig ook van dezen bewijsgrond het weinig afdoende in het licht te stellen. Al is het ook zoo, dat van de honderd zaken, en dit geldt zoo wel in het burgerlijk geding als in strafzaken, er ten minste een negentigtal zullen zijn, waarvan de beslissing niet de minste moeielijkheid oplevert, die alzoo zonder eenige vrees voor eene verkeerde behandeling zullen kunnen worden toevertrouwd aan de prudentie van één rechter: hoe stelt men het met de tien overige? Is het voldoende te weten, dat een groot gedeelte der te behandelen zaken weinig zwaarigheid zal bieden terwijl men die berekening makende, er zich op beroept dat eene meer uitgebreide rechtskennis slechts in een zeer enkel geval zal bevonden worden noodig te zijn? Het is voor een ieder duidelijk, dat de moeielijkheid eener rechtsvraag niet afhankelijk is van de grootte der ingestelde vordering noch van die der op te leggen straf, en dit wordt ook volkomen toegegeven door de voorstanders der alleen-

rechtspraak. Omdat echter voor het meerendeel de zaken aan den kantonrechter opgedragen, niet die ingewikkelde quæstien zullen aanbieden, die zich bij zaken van meer belang menigvuldiger zullen voordoen, behoeft men hier minder zorg en kosten te besteden voor eene degelijke en juiste rechtspraak. Wij erkennen de juistheid dier redeneering in twijfel te trekken en zouden juist meenen dat deze grond in den mond van hen die de alleenrechtspraak zijn toegedaan, een bewijs te meer is dat zij onwillekeurig de zwakheid, ja! het onverdedigbare van hun systeem verplicht zijn toe te geven. Immers een stelsel, waar men zelf erkent, dat de mogelijkheid groot is om in enkele gevallen slecht te werken en dat men tracht te verdedigen op den schijngrond dat die slechte werking zich slechts zal voordoen en openbaren in verreweg het mindere gedeelte der gevallen, veroordeelt, volgens mijne bescheiden meening, zich zelf. Al kon er zich op de honderd zaken aan de rechtsmacht van den kantonrechter opgedragen, slechts één voordoen die te ingewikkelde rechtsvragen zou opleveren om met verwachting van goede berechting, aan het beleid van één mensch te worden toevertrouwd, dan zoude ik op dien grond alleen stof genoeg meenen te vinden om de alleenrechtspraak niet te verdedigen ook al had ik de overtuiging dat de behandeling der overige negenennegentig louter routinewerk kon wezen.

Gaarne echter erken ik, dat de praktische bezwaren tegen de opheffing der alleenrechtspraak in onze rechterlijke instellingen groot zijn, en ook al acht ik die niet onoverkomelijk zoo is de vrees niet ongegrond dat zij op den duur dienen zullen tot behoud van onze Kantongerechten, zooals deze thans zijn ingericht. Theoretisch is het beginsel van alleenrechtspraak niet op degelijke gronden te verdedigen en dit is dan ook tot heden nog door bijna niemand ondernomen, maar de voordeelen van het stelsel zijn voornamelijk op oeconomische gronden berustende. In de eerste plaats, zoo wordt gezegd, zullen de kosten, ook voor de zaken van het geringste belang, zeer vermeerderen, wanneer men die berechting onttrekt aan de bevoegdheid van één persoon en haar overdraagt op een college

en ten tweede zullen in het algemeen de cijfers op de begrooting voor de rechtspleging uitgetrokken aanmerkelijk hooger moeten worden opgevoerd: het eerste is niet wenschelijk; het tweede zal bijna ondoenlijk zijn. Wat het eerste punt aangaat: wanneer dit een onvermijdelijk gevolg ware van de opheffing der alleen-rechtspraak, zoo zou dit werkelijk een gewichtig bezwaar opleveren, maar ik geloof dat deze grievige geheel zal vervallen bij de inrichting van Kantongerechten en de rechtspleging aldaar, zooals die wenschelijk mag geacht worden en zooals ik die straks zal trachten uiteen te zetten. Het bezwaar in het tweede punt vervat, zal echter zekerlijk blijven bestaan en zal als zoodanig groot gewicht behouden. Toch mag het geene reden zijn om eene verkeerde wijze van rechtspleging te behouden, alleen omdat men er tegen opziet om op het budget eene hoogere som ter verbetering te plaatsen.

Dat in de huishouding van den Staat de begrooting van uitgaven in de eerste plaats in aanmerking komt, opdat daarna de middelen gevonden worden om die begrooting te dekken (1), de reden daarvan ligt hierin, dat de Staat voor vele zaken zorgen *moet* en dus in die uitgaven niet hare bronnen te raadplegen heeft, maar integendeel die bronnen en middelen moet vaststellen, nadat hij heeft nagegaan, wat er moet worden uitgegeven. Welnu, wanneer men beraamt voor eene rechtspleging, die den burger van Nederland een waarborg aanbiedt, dat zijne rechten niet ongestraft zullen worden geschonden, dat zijne stoffelijke belangen zullen tevertrouwd zijn aan rechtbanken en rechters, die degelijke vertegenwoordigers der wet zullen toonen te zijn, dan schromen men niet de f 1038300, op de begrooting van 1870 voor de tractementen onzer rechterlijke macht uitgetrokken, met een aanmerkelijk cijfer te verhoogen: de middelen daartoe zullen noodzakelijk gevonden worden. Dat oorlog en marine een zoo ontzaggelijk groot gedeelte onzer Staatsuitgaven uitmaken, wie zal het laken, „mits die millioenen ons wer-

(1) Men vergelijke hier Mr. S. VISSEKING, *Handboek van praktische Staathuishoudkunde*, Dl. II, vooral § 963.

kelijk een weerbaar leger en eene bruikbare marine bezorgen, die ons in de ure des gevaars dienen kunnen (1)». Maar er is een erger vijand, een vreeslijker ramp voor ieder volk, dan de sterkste mogendheid of de bloedigste oorlog ooit kan wezen: het is het gemis eener goede wetgeving of wat wellicht nog erger is, eener goede rechtspleging en van goede rechters (2), het is de onvoldoendheid, die daarin voor den burger gelegen is, om zich gewaarborgd te zien tegen de verkorting zijner rechten of zeker te zijn bij eene mogelijke schending daarvan, daarin hersteld te worden. En het is daarom dat het den wetgever een zijner dierbaarste plichten moet wezen, ons rechtswezen zooveel in hem is, te verbeteren, zij het dan ook ten koste van belangrijke geldelijke offers. Maar zullen werkelijk die offers zoo groot moeten zijn, om eene inrichting van onze rechtbanken van eersten aanleg in het leven te roepen zooals zij volgens mijne bescheiden meening wenschelijk zou zijn? Ziedaar wat nog te onderzoeken overblijft. De vraag in hoeverre eene aanmerkelijke verhooging der tractementen van bijna alle rechterlijke ambtenaren noodzakelijk is, laat ik ter zijde als niet behorende tot dit onderwerp; in het voorbijgaan zij opgemerkt, dat voor de ambtenaren zelve eene zoodanige verhooging niet dringend vereischt wordt: immers waar zij zich voor eene betrekking aanmelden, wisten zij vooraf, dat het loon daaraan verbonden, gering zou zijn. Hoe het echter geseld is met het algemeen belang, het belang der justitie en eener grondige en degelijke rechtspraak, dit zij ter beoordeeling gelaten aan de Regeering en Vertegenwoordiging. Hier ligt alleen op onzen weg de middelen te onderzoeken, om getrouw aan ons stelsel, waarin wij de alleenrechtspraak ten sterkste meenen te moeten afkeuren, op de minst omslachtige

(1) VISSERING, t. a. p. blz. 220.

(2) «C'est du choix des juges que tout dépend. Même avec de mauvaises lois, de bons juges (à qui on laisse une certaine latitude) trouvent encore le moyen de faire le bien; mais les meilleures lois n'empêchent pas les mauvais juges d'en abuser pour faire le mal.» — DUPIN, des magistrats d'autrefois, des magistrats de la révolution, des magistrats à venir. N^o. 4.

en minst kostbare wijze daarin verandering en verbetering te trachten aan te brengen. Ik acht het daartoe het meest wenschelijk en het gemakkelijkst uit te voeren om terug te keeren tot de beginselen der wet van 18 April 1827 (*S/bz.* no. 20) en zal trachten daarin zoodanige veranderingen aan te wijzen, die strekken mogen om de bezwaren, waaraan de uitvoering van zulk een stelsel onvermijdelijk onderhevig is, weg te nemen. Den Kantonrechter, twee, drie of meer Assessoren toevoegende, zal het zeker op vele plaatsen, waar de zetel van een Kantongerecht gevestigd is, onoverkomelijke bezwaren inhebben om op dergelijke plaats altijd personen te vinden, geschikt om den Kantonrechter bij zijne rechtspraak ter zijde te staan en een goeden waarborg opleverende voor de gewenschte en verwachte verbetering. Ik neem de vrijheid om een middel aan de hand te geven, dat een groot gedeelte van dat bezwaar uit den weg zou ruimen. Evenals het thans ingediende ontwerp van wet op de Rechterlijke Indeeling bijna een derde gedeelte der bestaande Kantongerechten met eene opheffing bedreigt en zulks omdat „sedert de vaststelling der thans vigeerende rechterlijke indeeling allerwege de middelen van gemeenschap zoo aanmerkelijk toegenomen en verbeterd zijn, dat wáár voor 30 jaren een rechtszetel noodig was, deze thans in vele gevallen veilig kan worden gemist” (1), zoo ook wenschte ik het getal Kantongerechten aanzienlijk verminderd te zien. Door die vermindering zal men zorg kunnen dragen, dat de zetels der Kantongerechten gevestigd worden in zoodanige gemeenten, waar het vinden van geschikte en kundige mannen voor assessoren geen bezwaar oplevert. Mocht zulks hier of daar onmogelijk zijn om plaatselijke omstandigheden of anderszins, daar zoude de betrekking van Assessor kunnen worden toevertrouwd aan iemand in eene naburige gemeente woonachtig, en wel om deze reden, dat men in zoodanig kanton, waarvan noodzakelijk de hoofdplaats moest worden gevestigd in eene gemeente waar men

(1) Memorie van Toelichting, blz. 2.

moeielijk drie of vier geschikte mannen kan vinden, om den rechter van het kanton met hunne kennis en hun oordeel waardiglijk en met hoop op goeden uitslag ter zijde te staan, zich verzekerd kan houden, dat het aantal burgerlijke en strafzaken gering zal zijn. De behandeling der laatste levert niet het allerminste bezwaar op, daar men deze, waar hun aantal klein is, op enkele zittingen, des noods op vast geregelde tijden zal kunnen, afdoen, terwijl de bij zoodanige rechtbank aanhangig gemaakte burgerlijke gedingen zeker zoo weinig in getal zullen zijn, dat het voor den Assessor dien men in eene andere gemeente heeft moeten zoeken, een gering bezwaar zal zijn zich voor die enkele gevallen naar de hoofdplaats van zijn kanton te begeven. Wij zouden echter aan den Assessor, in tegenstelling van de wet van 1827, een tractement willen toekennen, niet zoozeer om daarvan een bezoldigde betrekking te maken, dan wel om den titularis te gemoet te komen in het noodzakelijk verzuim van eigen bezigheden. Den Assessor niet met der woon gevestigd in de hoofdplaats van zijn kanton, legge men bovendien hetzij eene vaste som, hetzij eene som, geevenredigd aan het aantal keeren, dat hij genoodzaakt geweest is zich daarheen te begeven, toe, als vergoeding voor reis- en verblijfkosten. Eindelijk behoort de graad van meester in de beide rechten, zoowel voor den Rechter als voor zijne Assessoren, een vereischte te zijn, terwijl men dan de bevoegdheid en de rechtsmacht van een zoodanig ingericht Kantongerecht aanmerkelijk, zoowel in het burgerlijke als in het strafgeding, zou kunnen uitbreiden. Het is waar, eene zoodanige inrichting zal een hoogere som op de begrooting vorderen voor de bezoldiging der rechterlijke macht, maar wanneer men daarmede in vergelijking brengt de aanzienlijke bezuiniging, die zal voortvloeien uit de opheffing van een groot aantal Kantongerechten, dan zal waarlijk die som niet tot een veel hooger cijfer klimmen, en zelfs al ware dit zoo, zou het nog voor den wetgever geene reden kunnen zijn, om niet verbetering aan te brengen, daar waar deze dringend vereischt wordt. Dat door zulk eene inrichting, door de geheele opheffing der alleenrechtspraak uit onze wetgeving,

een practisch en geldelijk bezwaar zou voorvloeien voor den justiciabele, zou voorzeker, ware dit zoo, een grievende van gewicht mogen heeten; m. i. is dit echter geen onvermijdelijk gevolg. Wanneer men bij een Kantongerecht, alzoo veranderd van een rechter die alleen rechtspreekt in een college, de wijze van procedeeën behoudt die onze burgerlijke rechtsvordering voorschrijft en niet als bij de procedure voor een Arrondissements-Rechtbank voor eischer en verweerder eene procureurstelling vordert, dan zou die verandering de kosten van een geding voor den justiciabele niet hooger maken. Moest dit noodzakelijk het geval zijn, alsdan zou het middel erger zijn dan de kwaal. Niet ten onrechte hoort men nu en dan zeggen, dat eene procedure alleen is weggelegd voor den arme, die een certificaat van onvermogen kan overleggen en voor den rijke, wien het onverschillig is of zijn proces hem het dubbele zal kosten van het bedrag der aanhangig te maken zaak: het is een noodzakelijk kwaad en wij zouden de laatste zijn dat kwaad op eenigerlei wijze te willen verergeren. Wellicht voert men mij tegen: waarom, als ge de alleenrechtspraak wilt wegnemen uit onze rechterlijke instellingen, niet alle kantongerechten opheffen, het aantal Arrondissements-Rechtbanken als zulks noodig mocht zijn, met eenige vermeerderd en aan deze de behandeling van alle zaken, hoe gering ook, in eersten aanleg opgedragen? Het antwoord gilt reeds gedeeltelijk in hetgeen voorafgaat. De kosten der procedure zouden voor die zaken die thans aan de kennisneming des Kantonrechtters zijn opgedragen voor den justiciabele te bezwaard worden; maar ten andere zoude het aantal der te behandelen zaken te groot worden en dus de afdoening daarvan door de Rechtbanken niet op zoodanige wijze kunnen geschieden, dat zij kans zou geven op eene degelijke, gewenschte behandeling.

Ten slotte, naar aanleiding van hetgeen in de laatste bladzijden gezegd is, eenige korte stellingen:

A. Ad jus constitutum. *a.* Artikel 35, al. 2, der wet op de Rechterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie is niet voldoende. In de plaats daarvan behoorde de graad

van Meester in de beide rechten voor den Kantonrechter een vereischte te zijn.

b. Om tot Kantonrechter benoemd te kunnen worden zou men door een voorafgaand examen blijken hebben moeten geven van bekwaamheid en geschiktheid.

c. Om tot het afleggen van zoodanig examen te worden toegelaten, zou men drie jaren (ten minste) den graad van Meester in de beide rechten moeten gehad hebben.

d. De termijn van vijf jaren in art. 37 van genoemde wet gesteld, is te lang. Het geheele artikel zou zonder schade kunnen wegvallen: bij behoud echter moest de gestelde termijn op ten hoogste twee jaren verminderd worden.

e. Hooger beroep is een gevaarlijk middel tegen het schadelijke der alleenrechtspraak. Toch is het als noodzakelijk te beschouwen, maar behoorde zonder eenige uitzondering te zijn toegelaten van alle vonnissen door kantonrechters gewezen. Ditzelfde geldt evenzeer van de voorziening in cassatie.

B. Ad jus constituendum. *a.* Bij rechtspraak door één persoon is de kans voor dwaling grooter dan bij die door een college.

b. Rechtspraak door een college boezemt aan het algemeen meer vertrouwen in, dan die door één rechter.

c. Het noodzakelijk prestige der justitie lijdt alzoo door alleenrechtspraak.

d. Alleenrechtspraak is daarom af te keuren

e. Aan den Kantonrechter moesten worden toegevoegd twee, drie of meer Assessoren, voor welke allen de graad van Meester in de beide rechten een vereischte moest zijn. Ook aan de Assessoren behoorde een tractement te worden gegeven.

f. De bevoegdheid en rechtsmacht van een aldus ingericht Kantongerecht zouden aanzienlijk kunnen worden uitgebreid.



BOEKBEORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

(BUITENLANDSCHE LITTERATUUR.)

Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung. Herausgegeben unter Mitwirkung vieler namhafter Rechtsgelehrter von Dr. FRANZ VON HOLTZENDORFF, Professor der Rechte in Berlin, Erster Theil, Systematische Darstellung. Leipzig, DUNCKER und HUMBLOT, 1870.

Ingevolge art. 84 van het Organiek Besluit voor het hooger onderwijs in de noordelijke provinciën van het toenmalige koninkrijk der Nederlanden, wordt nog steeds in de faculteit der regtsgeleerdheid tot den graad van kandidaat gevorderd: „het bewijs dat men de lessen over de encyclopedie der regtsgeleerde studiën gehouden hebbe“.

De minister HEEMSKERK wilde, en te regt, van de *testimonia-collegies*, wier treurige geschiedenis geen academie-burger of oud academie-burger onbekend is, in het algemeen niets meer weten. Intusschen behoort, volgens art. 104 van zijn ontwerp van wet tot regeling van het hooger onderwijs, den 25 Febr. 1868 aangeboden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, de encyclopaedie van het regt tot de vakken, waarover het kandidaats-examen voor de beide doctoraten in de faculteit der regtsgeleerdheid — het doctoraat in de regten en dat in de staats-wetenschappen — loopt. Uit het verband van art. 104 met art. 38 van het ontwerp volgt dan verder, dat aan elke hoogeschool ook onderwijs wordt gegeven in de encyclopaedie van het regt.

Anders het ontwerp van den tegenwoordigen minister van Binnenlandsche Zaken, dat den 15 Maart 1869 het eerst en den 20 September van hetzelfde jaar op nieuw werd aangeboden aan de Tweede Kamer. Het doctoraat is, volgens dat ontwerp, een zuiver wetenschappelijke titel, door den senaat der hoogeschool verleend (art. 126), maar het meesterschap in „de verschillende vakken“ — de faculteiten worden opgeheven — wordt verkregen door het afleggen van in de wet, wat hun objecten betreft, omschreven examina. Zoo wordt

het meesterschap in de regten even als dat in de staatswetenschappen verkregen door twee examina (artt. 90—95), die zich niet uitstrekken tot de encyclopaedie van het regt, waarin dus ook (artt. 28 en 29) geen universitair onderwijs wordt gegeven, althans behoeft te worden gegeven.

Waarom de minister Fock de encyclopaedie van het regt uit de vakken, waarover sedert 1815 collegie gegeven wordt, verbannen wil? Uit de over het algemeen zeer sobere motieven van zijn ontwerp blijkt dit niet.

Zoude het soms zijn omdat de rigting van onzen tijd minder encyclopaedisch is dan die, waarin onze vaders zich bij de vestiging van het koninkrijk der Nederlanden bewogen? Hem, die geneigd mogt zijn tot de toestemmende beantwoording dezer vraag, zoude ik wenschen te verwijzen naar de artt. 91 en 92 van het ontwerp in verband met de zeer beknopte toelichting der artt. 90—95 (mem. van toel., p. 9), waaruit kan blijken wat alzoo wordt gerekend tot het „strikt noodige” om als praktisch regtsgeleerde op te treden. Als dit ontwerp wet wordt en als het dan met die examina over het „strikt noodige” ook eens ernst mogt worden, wat ik voor onmogelijk houd, dan zullen alle meesters in de regten niet alleen in waarheid die *doctrinae praestantia* bezitten, die nu onze regtsdoctoren, zelfs die, welke met den derden graad gepromoveerd worden, heeten te bezitten, maar hunne kennis van schier alle deelen der regtswetenschap zal daarenboven zoo grondig zijn, dat het natuurlijk eene dwaasheid zoude wezen van hen, die ervaren zijn in het meerdere, ook nog te vorderen het mindere, een algemeen overzicht der wetenschap, de encyclopaedie van het regt.

Maar als men, zich geene illusiën makende ten aanzien van de mate van kennis, die men kan vorderen, niet van een of ander wonderkind, maar van het gros onzer beschaafde jongelieden, na drie à vier jaren van grondige regtsstudiën, zich nog eens wel beraadt over 't geen voor den jurist behoort tot het „strikt noodige” om in de maatschappij wel beslagen ten ijs te komen, dan zoude het mij niet verwonderen, dat aan de lijstjes van de artt. 91 en 92

van het ontwerp, met onderscheidene nummers verminderd, weder een nieuw nummer werd toegevoegd, nl. de encyclopædie van het regt.

Wat daarvan zij, of men de encyclopædie al dan niet behoudt onder de vakken, waartoe de juridische examina zich uitstrekken, dit is in mijne oogen eene onmiskenbare waarheid, dat al naar mate men die examina in werkelijkheid meer beperkt tot het „strikt noodige“, en *daarmede* dan ook de hand niet ligt, de behoefte voor den student zich meer zal doen gevoelen om zich reeds bij den aanvang zijner studiën te orienteren op het bijna onmetelijk gebied der regts- en staatswetenschappen ten einde de plaats te leeren kennen, die de vakken zijner bijzondere studie in het regtssysteem innemen en een helder inzicht te verkrijgen van hun verband met en hun verschil van andere min of meer verwante vakken. „De wetenschap te beheerschen in haren ganschen omvang en in alle hare bijzondere deelen gaat“ — het wordt te regt gezegd in het programma van von HOLTENDORFF's encyclopædie — „de menschelijke krachten te boven“. Maar toch niemand wane zich een regtsgeleerde omdat hij civilist of criminalist is, of niemand meene zelfs dat hij meester kan zijn op het gebied van privaaf- of straf- of administratief regt, wanneer hij een volslagen vreemdeling is in al die overige deelen onzer schoone wetenschap. Ik heb mij eene korte aanhaling veroorloofd uit het programma van het werk, welks titel aan het hoofd dezer aankondiging is overgeschreven. Men vergunne mij daaraan nog eene andere toe te voegen, ditmaal onvertaald, ten einde aan de kracht van den oorspronkelijken tekst niets te kort te doen: „Sollen die einzelnen Disciplinen einer grossen Wissenschaft nicht ihres Zusammenhangs unter einander, also auch ihrer Einheit verlustig gehen, oder einer geistlosen Anhäufung von Einzelheiten anheimfallen, so müssen die Vertreter derselben wenigstens die Grundideen des Ganzen in allen seinen Theilen kennen und ihrer Stellung und Bestimmung als Glieder eines Organismus sich bewusst bleiben“.

Het doel, in deze woorden zoo juist geformuleerd, is dat

van „de encyclopædie der regtswetenschap“. En waarlijk, zonder iets te willen afdingen op de verdiensten van vele bestaande encyclopædiën, zoo meen ik toch, dat het nieuwe werk, onder de leiding van den beroemden VON HOLTZENDORFF ondernomen, door aanleg, inrigting en bewerking zich spoedig den voorrang zal verwerven. Encyclopædiën zijn in den regel het werk van encyclopædisten; en hoe groot nu ook de bewondering moge zijn, die hunne algemeene regtskennis opwekt, hunne kennis van de bijzondere deelen der wetenschap kan toch nimmer zoo grondig zijn als die der geleerden, die daaraan bij voorkeur hun leven en hun studie wijden. Encyclopædiën behooren dus tot die betrekkelijk weinige werken, die beter door eene vereeniging van personen dan door één persoon kunnen worden zamengesteld. Het was daarom een zeer gelukkig denkbeeld van de uitgevers van het aangekondigde werk, de zamenstelling daarvan op te dragen aan een aantal erkende specialiteiten onder de hoofdredactie van Prof. VON HOLTZENDORFF, die zelf vroeger te Berlijn collegie gaf over de encyclopædie van het regt.

Het werk is, gelijk de titel reeds aangeeft, verdeeld in twee hoofddeelen, een systematisch en een lexicographisch deel. Alleen het eerste gedeelte (één boekdeel groot 8° van 823 bladzijden) ligt op dit oogenblik voltooid voor mij. Het schetst, om weder de woorden van het programma te bezigen, in groote omtrekken de grondslagen van elken tak der regtswetenschap. Den korten inhoud laat ik hier volgen:

I. Regt en regtswetenschap in het algemeen. Regts-philosophische inleiding door Prof. Dr. AHRENS.

II. De geschiedkundige grondslagen der Duitsche regtsontwikkeling en de regtsbronnen.

1. Geschiedenis en bronnen van het Romeinsche regt, door Prof. Dr. BRUNS.

2. Geschiedenis en bronnen van het kononieke regt, door Prof. Dr. HENSCHUIS.

3. Geschiedenis en bronnen van het Duitsche regt, door Prof. Dr. BRUNNER.

4. Overzicht van de geschiedenis der Fransche, Noormansche en Engelsche regtsbronnen, door Prof. Dr. BRUNNER.

5. De nieuwe codificatiën van het privaatsrecht, door Dr. BEHREND.

III. Het privaatsrecht.

1. Het Romeinsche recht in zijne tegenwoordige ontwikkeling en toepassing (das heutige römische Recht), door Prof. Dr. BRUNS.

2. Het Duitsche privaatsrecht, door Dr. BEHREND.

3, 4, 5. Het Handels-, Zee- en Wisselrecht, door Prof. Dr. ENDEMANN.

IV. Het publiekrecht.

1. Het kerkelijk recht, door Prof. Dr. HENSCHIUS.

2. Het strafrecht, door Prof. Dr. GEYER.

3. Het procesrecht (regts- en strafvordering), door Prof. Dr. JOHN.

4. Het Duitsche constitutioneel (Verfassungsrecht), door Prof. Dr. VON HOLTZENDORFF.

5. Het administratief recht (Verwaltungsrecht), door Prof. Dr. MEYER.

6. Het Europeesche volkenrecht.

Voor het vervolg van dit werk hebben, behalve de boven genoemden, nog een aantal andere beroemde regtsgeleerden hunne medewerking toegezegd. Voor het tweede deel, dat in de details van elk der in het eerste deel systematisch behandelde onderwerpen zal treden, is dan ook de medewerking van een nog grooter aantal specialiteiten zeer wenschelijk. Geschreven in den vorm der Fransche repertoires, belooft het echter minder uitgebreid maar dan ook tevens vrij wat minder breedprakig dan deze te zullen zijn. Zoo van het eerste deel mag worden getuigd, dat het een rijken schat van kennis voor den wetenschappelijken beoefenaar van het recht bevat, van het tweede mogen wij met grond verwachten, dat het ook voor elk praktisch jurist een veilige vraagbaak zal zijn.

Mei 1870.

A. A. DE PINTO.

Die Verhandlungen des norddeutschen Reichstages über die Aufhebung der Schuldhalt. Mit Bemerkungen herausgegeben von TH. LESSE, Kreisgerichtsrath, Mitglied des Reichstages und des Abgeordneten-hauses. Berlin 1868. Verlag von F. KORTKAMPF.

Dit werkje geeft op 96 compres gedrukte bladzijden: 1^o. het ontwerp der wet tot afschaffing van den lijfswang in de staten van den noordduitschen bond met een uittreksel van de memorie van toelichting (Motive); 2^o. het hoogst belangrijke rapport daarover uitgebragt door eene commissie van acht leden uit den rijksdag; 3^o. de beraadslagingen van den rijksdag; 4^o. den tekst der wet zoo als die is aangenomen (29 Mei 1868, Bundes Gesetzblatt, n^o. 16); 5^o. eenige aantekeningen van den verzamelaar op die wet.

Deze aantekeningen, ofschoon slechts weinige bladzijden innemende, zijn zeer belangrijk. De Heer LESSE was rapporteur der commissie uit den rijksdag, in wier handen het wets-ontwerp werd gesteld, en nam als zoodanig ook een belangrijk deel aan de beraadslagingen daarover. Zijne „Bemerkungen” gelden voornamelijk § 2 der wet. De eerste paragraaph verklaart den lijfswang afgeschafft „als middel van executie in burgerlijke zaken, in zooverre als daardoor dwang wordt uitgeoefend tot betaling van eene geldsom of tot levering van eene hoeveelheid vervangbare zaken of van geldswaardige papieren”. De tweede paragraaph handhaaft „de wettelijke voorschriften (van de bijzondere bondsstaten, die het persoonlijk arrest toelaten om de inleiding of voortzetting van het burgerlijk geding of de in gevaar gebragte executie op het vermogen van den schuldenaar te verzekeren (Sicherheits-arrest)”. Men is tot deze redactie, verschillende van die van het oorspronkelijk ontwerp, niet dan na veel wikken en wegen gekomen. Toch geeft zij nog tot moeijelikheden en onzekerheid aanleiding. De schrijver tracht deze door eene alleszins rationele uitlegging, die zoowel met de woorden als met de geschiedenis der wet rekening houdt, uit den weg te ruimen. Voornamelijk legt hij er zich op toe het onderscheid te doen uitkomen tusschen het personeel

arrest als geanticipeerde executie (1), waarin het door de bondswet *niet* wordt gehandhaafd en het personeel arrest als blooten zekerheidsmaatregel, b. v. om den vreemdeling van wien vaststaat, dat hij vermogen heeft in zijn eigen land, te noodzaken dit over te brengen naar het land, met welks ingezeten hij in een regtsgeding is gewikkeld, voor zooveel noodig is om te voldoen aan eene eventueel tegen hem uit te spreken veroordeeling.

Gaarne wensch ik aan het boekje van den Heer LESSE ook hier te lande een ruim debiet. Het kan er veel toe bijdragen om de kennis van den staat der quaestie van den lijfswang in de staten van den noordduitschen bond en ook in Oostenrijk, welks afschaffingswet van 4 Mei 1868, even als de Fransche wet van 22 Julij 1867, bij de beraadslagingen te Berlijn dikwijls ter sprake kwam, onder ons te bevorderen.

In Nederland zal toch ook iets vroeger of later de vraag met ernst moeten worden overwogen en beslist, of wij in dit opzigt het voorbeeld van Noordduitschland, Oostenrijk, Frankrijk en België zullen volgen, dan wel of men met het ontwerp Regtsvordering van 1867 tot het breed gemotiveerde besluit (2) zal moeten komen, dat de lijfswang, dien niemand *wenschelijk* kan achten, echter nog *noodzakelijk* is. In een tijd waarin en binnen zekere grenzen te regt, zooveel aan de volksovertuiging als gids des wetgevers wordt gehecht, zal men dan niet vergeten, dat in 1866 van de zes en zestig Kamers van Koophandel, die op verzoek der Regering haar advies uitbragten over deze vraag, slechts zes gezind waren voor de afschaffing van den lijfswang in handelszaken.

Mei 1870.

A. A. DE PINTO.

(1) Zie de artt. 768—770 Burg. Regtsv., welke niet zijn overgenomen in het ontwerp van een nieuw Wetb. van Burg. Regtsv. Verg. Mem. van toel., p. 204, uitgave van GEBR. BELINFANTE (s Gravenhage, 1867).

(2) Ontwerp, Boek V, Tit. VI, Mem. van Toel. p. 197—216, in verband met het aan die memorie als bijlage toegevoegd statistiek overzicht van de gijzeling wegens burgerlijke- en handelsschulden in Nederland (1856—1864), dat den geachten schrijver over *het gebruik dat hier te lande van den lijfswang gemaakt wordt* in den vorigen jaargang van dit tijdschrift (p. 385—398) onbekend schijnt te zijn gebleven.

Die Principien der Politik, von Dr. FRANZ VON HOLT-ZENDORFF, Professor der Rechte an der Universität zu Berlin. Berlin 1869, C. G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung. 8o., XVI und 360 S.

*Alfana vient d'equus sans doute;
Mais il faut avouer aussi,
Que venant de là jusqu'ici
Il a fort changé sur la route.*

Hoewel het stellen van een motto boven een stuk, vooral boven een boek aankondiging, een vrij verouderd gebruik wordt, zoo kan het hier er door, omdat met een paar woorden in de aanhaling gezegd is wat anders er veel meer kosten zou. Het is nu niet alleen de uiterlijke vorm van een woord, dat veranderen kan, maar dezelfde opeenvolging van klanken kan eene geheele verandering van beteekenis ondergaan. Dit is niet weinig het geval met het zoo gebruikte en misbruikte woord *politiek*. Eerst een onschuldig bijvoeglijk naamwoord, werd het tot synoniem van staatswetenschap bij de oude Grieken, voor wie stad en staat hetzelfde was. Die beteekenis heeft het tot onze dagen behouden, maar er is eene andere bijgekomen, die van *staatskunst* doch niet altijd in den besten zin. Hierbij kwam, en dit heeft het zijne er toe bijgedragen om het woord in slechten reuk te brengen, dat vele werken over politiek zijn geschreven, waarvan de maker zich in het gebied van het ideale wilde bewegen en niet zelden in dat der hersenschimmen te land kwam. Veel kwaad hebben die boeken in hunnen tijd gedaan, de *Voyage en Icarie* b. v. is daarom trent nog in ieders geheugen; de *Utopia* van THOMAS MORUS en de republiek van PLATO hebben ook menig een op den dwaalweg gevoerd. Voor de geschiedenis der wetenschap hebben die geschriften dan ook vrij wat minder waarde, dan voor die van den menschelijken geest. Intusschen is er altijd een bewustzijn gebleven, dat *politiek te handelen* iets anders zou moeten beteekenen dan volgens den ouden sleur te werk te gaan of alleen te zien op de behoefte van het oogenblik of dat het kenmerk lag in de handigheid om de

tegenpartij te vergaauwen. Wij leven in een tijd, dat er ernstig aan gedacht wordt om eene houdbare theorie der staatskunst uit de waargenomen feiten op te bouwen; van daar de menigte werken over de wetenschap der samenleving.

Is nu de zaak rijp genoeg daartoe? Veel is zeker in de laatste honderd jaren helder geworden, dat te voren in het duister lag; de oeconomische wetenschap, zelfs in grooten omvang genomen, heeft in dien tijd reuzenschreden gedaan, zoodat, wat het financiële beheer der staatsinkomsten betreft en de bevordering van de volkswelvaart, regels te stellen zijn van welke het zeker is, dat zij niet straffeloos kunnen worden miskend. Het privaatrecht is in vele hoofdpunten zoo ontwikkeld, dat ook daarop eene zeldzaam falende politieke theorie kan worden opgetrokken. Maar aan de andere zijde is het maar al te waar, dat het er op vele andere punten nog treurig uitziet. Zelfs de kennis der theorie van het privaatrecht is nog niet zoo algemeen, zelfs bij regtsgeleerden, als het wenschelijk was, getuige de menigte van tegenstrijdige regterlijke uitspraken en de twisten bij voorgestelde veranderingen van het geldende recht; ook op het gebied van regtsvordering zijn de betwiste vragen talloos. Begeeft men zich op het gebied van strafrecht en strafvordering; ook daar heerscht niet weinig verwarring, welke vorderingen wetenschap en praktijk in de laatste eeuw mogen gemaakt hebben. En dan het administratief recht, het politierecht en zooveel andere regten, hoeveel onzekerheid heerscht daarbij nog.

Dit alles is nog niets bij het duister waarin men rondtast in die gedeelten van het Staatsrecht, bij wier toepassing politiek maar al te zeer te pas komt. Welk is de beste regeringsvorm in dezen of genen toestand der maatschappij? Hoe ver strekken zich de regten van hetgeen de staat genoemd wordt op de individuen uit? Wat behoort het doel van dien staat te wezen? Welke regten heeft de staat op die hem te zamen uitmaken, ja waaruit bestaat de staat? Is het b. v. eene vereeniging van individuen of van huisgezinnen? Dat de laatste vraag nog niet in staat van wijzen is, kan men zien uit den overal thans gevoerden strijd over de regten

en verplichtingen van den staat ten opzichte van het onderwijs. De meesten, die daarover spreken en schrijven, schijnen er niet eens aan te denken, dat het eene vraag is. Zelfs de schrijver van het hier aangekondigde werk voert daaromtrent stellingen aan, die wel wat beter in verband mogten worden gebracht: hij bespreekt „die Familie als ursprünglichste sogar vorstaatliche und allgemeinste Gesellschaftsform (bl. 270)“ en daarentegen heet het: „es bedarf für Deutschland keiner Rechtfertigung des Schulzwanges gegen die Willkür und die Vernachlässigung elterlicher Pflichten (blz. 295).“

En eindelijk het volkenregt? ieder lezer van dit tijdschrift weet hoeveel onzekers daarin nog gevonden wordt of liever hoe slechts hier en daar de empirie door vaste regels begint vervangen te worden.

Niettegenstaande dien haveloozen toestand, ja juist daarom, heeft de schrijver van het hier aangekondigde werk zich zeer verdienstelijk gemaakt door het uitgeven van voordrachten door hem over de grondbeginselen der politiek gehouden. Die er een leerboek in den gewonen zin des woords in zoeken wil, zal zich te leur gesteld bevinden; dit is evenwel, meenen wij, eene groote deugd van het werk, dat niet overal er in als zeker gesteld wordt, hetgeen nog door velen betwist wordt en cok zeer betwistbaar is. Daarentegen zal hij, die weten wil welke vragen op dit gebied te behandelen zijn, en hoe zij door de beroemdste geleerden in het vak besproken worden, daaromtrent veel uit dit geschrift kunnen leeren. Beknoptheid van voorstelling is eene der grootste verdiensten van het werk; doch juist daardoor is het onmogelijk hier een kort begrip van den inhoud te geven. In verband met het evengezegde doe ik slechts opmerken, dat de schrijver, door de noodzakelijkheid gedrongen om zijn onderwerp binnen zoo eng mogelijke grenzen te beperken, het privaatregt en regtsvordering buiten aanmerking laat (blz. 12). hoewel hij het verband daartusschen en de politieke wetenschap erkent.

J. DE WITTE VAN CITTERS.

L'action civile devant la haute cour de justice. par
EDOUARD DUPONT, avocat à la cour impériale. —
Paris, 1870. — 48 pag. in 8°.

Dit boekje, hoezeer niet veel meer dan een gelegenheids-geschrift, behandelt echter eene regtsvraag, die niet van gewigt ontbloomt is. De aanleiding daartoe gaf het regtsgeding tegen prins PIERRE BONAPARTE.

Het hoog gerechtshof, na te hebben aangenomen, dat de beschuldigde verkeerd had in staat van wettige zelfverdediging, en na hem op dien grond te hebben vrijgesproken; met andere woorden, na te hebben uitgemaakt, dat, hoezeer het feit van den doodslag bewezen was, de beschuldigde niettemin geene onregtmatige of ongeoorloofde daad bedreven had, veroordeelde hem niettemin tot betaling van eene vrij aanzienlijke schadevergoeding aan de nabestaanden van den verslagene, die zich in de strafzaak hadden gevoegd als civiele partij. In die laatste uitspraak moest worden berust, omdat art. 54 van de constitutie van 1852 bepaalt, dat het hoog gerechtshof oordeelt zonder hooger beroep of voorziening in cassatie. De zaak zelve is daarom misschien toch niet minder bedenkelijk; bij ons ten minste heeft niemand er zich goed rekenschap van weten te geven.

Er is echter nog eene andere vraag van veel wijderen omvang, die wel voor ons geen dadelijk practisch belang heeft, maar die toch daarom onze aandacht verdient, omdat er op nieuw uit blijken kan van welke zonderlinge logica onze Fransche bureu zich somtijds plegen te bedienen bij de uitlegging hunner wetten.

Het is die vraag, waarmede de schrijver zich bezig houdt. Zij is dezg: kan de beleedigde partij hare vordering tot vergoeding instellen bij het hoog gerechtshof? — FAUSTIN HÉLIE, DE BASTARD en andere schrijvers van gezag beantwoorden die ontkennend, en leeren, dat, *in geen geval*, de exceptionnele regtbanken over de burgerlijke actie kunnen oordeelen. Deze schrijver is van eene andere meening. Moest ik over de vraag een gevoelen uitbrengen, ik zou niet aarzelen mij te rang-

schikken onder hen, wier meening door hem wordt bestreden.

Men kan het den schrijver toegeven, dat er een belangrijk verschil bestaat tusschen exceptionnele en spéciale regtbanken. De eersten spreken regt naar het gemeene regt; de tweeden niet. Maar beiden hebben toch dit gemeen, dat zij hare bevoegdheid uitsluitend ontleenen aan de wet. En de vraag is dus: is er eene wet, die het hoog gerechtshof die bevoegdheid geeft? Ik kan dit niet inzien.

Het is volkomen waar, dat art. 12 van het Senatus-consult van 10/13 Julij, 1852, voor de wijze van regtspleging bij het hof, verwijst naar den *Code d'Instr. crim.* Maar het spreekt van zelve, dat dit voorschrift, hoe algemeen ook, moet beperkt blijven binnen de grenzen van die zaken en vorderingen, waarover het hof geroepen wordt te oordeelen. En wanneer men dan in art. 54 der constitutie leest, dat het hof oordeelt over *personen*, eene zeer eigenaardige uitdrukking voor straf-actiën, maar eene voor het minst zeer ongewone aanduiding van burgerlijke actiën; wanneer men daarenboven uit art. 4 van het Senatus-consult van 14 Mei/13 Junij 1858 verneemt, dat het hof, den beschuldigde schuldig oordeelende, de *straf* uitspreekt bij de wet bepaald, zonder te gewagen van burgerlijke vergoedingen, — dan schijnt het vrij duidelijk, dat het hoog gerechtshof uitsluitend een hof van criminele justitie is, onbevoegd om te oordeelen over burgerlijke vorderingen. En daarbij komt nu nog, dat de schrijver ons in zijne bijlagen een *wets-ontwerp* mededeelt, waarbij dit oordeel uitdrukkelijk aan het hof wordt opgedragen. Maar dit ontwerp is nooit wet geworden.

De woorden der wet zijn dus niet in het voordeel van den schrijver. Maar wordt er dan in de geschiedenis iets gevonden, wat tot een ander besluit brengen moet? — De schrijver erkent, dat de geheele vraag in de *travaux préparatoires* niet besproken is. Alleen heeft de rapporteur van de wet gezegd, dat zij moest zijn een waarborg o. a. *des intérêts privés*. — Wat die rapporteur met die onbestemde uitdrukking heeft willen zeggen, zal ik niet onderzoeken. Het is misschien ook niet gemakkelijk uit te maken. Maar dit komt mij vrij

zeker voor, dat zulk eene phrase van een rapport niet voldoende is, om eene bevoegdheid te scheppen buiten de wet.

In de bijlagen vindt men o. a. afgedrukt de bepalingen van de constitutiën en van de Senatus-consulten, houdende de organisatie van het hoog gerechtshof.

A. DE PINTO.

ACADEMISCHE LITTERATUUR.

JACOB VAN BEECK VOLLENHOVEN, *De Bepalingen op de Beurzen van Koophandel en de Makelaardij van den Codice di Commercio Italiano, vergeleken met die van het Nederlandsche Wetboek van Koophandel.* Academisch Proefschrift. Amsterdam, 1870.

Weinige weken geleden werd in den Amsterdamschen Gemeenteraad een zonderling kluchtspel opgevoerd naar aanleiding van een verzoek, om zeker makelaar in tabak van zijne bediening vervallen te verklaren, op grond, dat hij voor eigene rekening handel dreef. Deze gewigtige zaak werd natuurlijk commissoraal behandeld. Nadat de Commissie zich had geconstitueerd, werd de beklagde makelaar opgeroepen om voor haar te verschijnen ten einde over de aanklacht te worden gehoord. De persoon in quaestie was uiterst beleefd; hij verscheen niet alléén ter vergadering maar nam zijn zoon mede. Beide heeren verklaarden dat de aangeklaagde makelaar niet bestond maar slechts een naam der firma was waaronder zij als makelaars handelden en voegden bij deze verklaring dat het wel eens gebeurt, dat tabak, die op voorloopig^e monsters voor anderen gekocht was, niet voldoet en zij dan dien tabak voor zich hielden, uit vrees van anders hun patroons onaangenaam te zijn. Een dergelijk gruwelstuk moest gestraft worden. Vervallenverklaring scheen echter wat kras;

de Commissie adviseerde schorsing voor den tijd van *vier en twintig uren*.

Dit rapport werd in de zitting van den Gemeenteraad van 16 Februarij jl. bediscussieerd. De Heer VAN VOLLIENHOVEN — die als bijlage de over deze historie gewisselde stukken en gehoudene debatten achter zijn proefschrift voegt — vermeldt deze discussie eerstens om aan te toonen hoe weinig sommige personen en dat nog wel kooplieden blijken op de hoogte te zijn zoowel van de eischen van den tegenwoordigen tijd als van hun eigen belangen, en tevens hoe noodig het is dat eene zoo verouderde wetgeving als die op de makelaardij veranderd worde. De juistheid dier opmerking blijkt uit hetgeen volgt. Het rapport was niemand naar den zin. De Raad besloot met groote meerderheid de zaak aan te houden en op nieuw naar de Commissie te renvoyeren. Deze kwam een maand later met twee concept-raadsbesluiten voor den dag. Vrijspraak van den vader; veroordeeling van den zoon, die niet was aangeklaagd, tot schorsing van één dag. In de raadsvergadering van 26 Maart jl. werden deze beide concepten na eenig amendement verheven tot *raadsbesluiten*.

Dwazer vertooning werd zelden aanschouwd! Een collegie dat als het regtsquaestien betreft adviizen vraagt aan regtsgeleerden, heeft hier regtbankje gespeeld. Zoo dit feit heeft plaats gehad krachtens wettelijke bevoegdheid is het eene schande voor ons stellig regt en zoo aldus gehandeld is buiten den kring dier bevoegdheid een hoogst treurig antecedent. Doch, er is meer.

De Raad sprak een makelaar vrij en verklaarde hem zondeloos omdat hij geen makelaar was; ofschoon hij reeds 40 jaren makelde. De Raad benoemt in dezelfde zitting eene reeks andere personen die volkomen in gelijken toestand verkeerden als de aldus vrijgesprokene, en bloc zonder dat zij er om gevraagd hadden als makelaar en dit nog wel met dispensatie van eedprestatie. Het eene lid legt de verklaring af in het vervolg niet meer tot de benoeming van makelaars te willen medewerken; het andere stelde eene dergelijke verklaring,

in praktijk gebragt, gelijk met eene *passive revolutie* en noemde haar in strijd met *wethouderij*, en eindelijk kondigde een derde raadslid aan, den raad te zullen voorstellen zich te wenden tot de Hooge Regeering, met verzoek om spoedige herziening. Waarom herziening? Is onthouding van wettelijke regeling niet oneindig beter? Wat daarvan zij — dit staat vast en wordt algemeen erkend dat de tegenwoordige toestand *onhoudbaar* is.

Het proefschrift, hier aangekondigd, heeft dan ook in hooge mate de verdienste van het à propos. De geëerde schrijver deelt die meening. „Om de actualiteit van het onderwerp — zegt hij bl. 3 — hebben wij gemeend eene vergelijking te kunnen maken tusschen onze wetgeving op de makelaardij en de Italiaansche wet van 25 Junij 1865 welke sedert 1 Januarij 1866 van verbindende kracht is voor het Koninkrijk Italië.” De Heer VAN BEECK VOLLENHOVEN schijnt de Italiaansche wetgeving als uitgangspunt voor vergelijking te hebben genomen, niet omdat zij zoo volmaakt is, maar omdat de titel over makelaardij het in uitgebreidheid wint van den daarmede overeenstemmenden titel van het Nederlandsche Wetboek van Koophandel. Is die regeling, ofschoon Fransche, Duitsche, Engelsche en ook onze wetgeving tot bron dienden, zooveel voortreffelijker? Dit proefschrift beweert zulks niet; integendeel, aan de Belgische wet van 1867 wordt wat volledigheid en vooral eenvoudigheid betreft de voorkeur gegeven.

Van de Beurzen van Koophandel (hoofdstuk I) valt weinig te zeggen. Volgens het Nederlandsch regt heeft de beurs plaats op gezag van het Plaatselijk bestuur, wordt er opge maakt de bepaling van den wisselkoers als anderzins en regelen plaatselijke reglementen het uur van het aangaan en afloopen en alles wat de goede orde aldaar betreft. Volgens het Italiaansche regt moet de beurs, krachtens Koninklijk besluit, opgerigt zijn, hetgeen ons beter voorkomt omdat het handelsbelang algemeen en niet lokaal is. Daarentegen ontzegt de Italiaansche wet aan de gefailleerde niet gerehabiliteerde kooplieden en de van hunne bediening ontzette of

geschorste openbare tusschenhandelaars den toegang ter beurze. Dergelijke onbeduidende voorschriften zijn, òf eenvoudige politie-maatregelen òf noodeloos en behooren in geen geval een onderwerp van algemeene wetgeving uit te maken.

Het tweede hoofdstuk, van de wissel-agenten en makelaars, bestaat uit 36 artikelen; ons wetboek kent er slechts 12. De Commissie, aan wie de redactie van het nieuwe Italiaansche Wetboek van Koophandel was opgedragen — de Kamer van Vertegenwoordigers had aan den Koning de magt gegeven om het, door de Commissie zamen te stellen wetboek tot wet te proclameren zonder het aan de discussie van de Kamer over te geven — heeft, vooral in materie van makelaardij, weinig eer van haar werk. De Italiaansche regeling is geen vooruitgang maar terugkeer tot eene orde van zaken welke lang heeft uitgediend.

Op het voetspoor van den zevenden titel, boek I, Duitsch Handelsregt *Van den Handelsmäklern oder Sensalen* heeft de Commissie te veel waarde gehecht aan oude en verouderde begrippen. Men weet dat gedurende de middeneeuwen in Italië de tusschenhandelaars den naam van *Sensali* droegen, waarover zeer oude en bestoven folianten te vinden zijn. Welligt juist ten gevolge dier perkamente boeken geeft de wetgever aan den makelaar een officieel karakter. In waarheid is echter de makelaar niets anders dan een privaatspersoon, de tusschenhandelaar die de vraag en het aanbod ontvangt, de firma's en personen die aanbieden en wenschen te koopen, kent en op begeerte en met toestemming der partijen voor hare rekening en risico tegen zekere courtage den verkoop en koop sluit.

Het Italiaansche regt *duldt* zulke tusschenhandelaars, maar voor openbaar tusschenhandelaar wordt alleen hij erkend die eene aanstelling heeft om zijn ambt uit te oefenen volgens de wijze bij de wet vastgesteld. Het is verboden wisselagent te zijn zonder de hoedanigheid van openbaar tusschenhandelaar. Die Code uitgaande van de Koninklijke benoeming, waardoor de makelaars ambtenaars worden gemaakt, verklaart buiten het Wetboek van Strafrecht op hen

toepasselijk de strafbepalingen van artt. 59—65 (boeten, schorsing, ontzetting), welke worden uitgesproken door de gewone regterlijke magt, en legt op hen de verplichting borgtogt te stellen. Verder worden omschreven de boeken welke de makelaar heeft te houden en gevorderd dat het dagboek gewaarmerkt zij door een lid van de regtbank van koophandel of den plaatselijken regter. De bewijskracht van die boeken in regten is geregeld. De dwaze bepaling onzer wet (art. 70), dat de makelaar, die eenig handelspapier verkoopt, voor de echtheid der handteekening van zijn principaal verantwoordelijk is — niet in het algemeen Duitsch Handelswetboek te vinden — is in den Italiaanschen C. d. C. behouden gebleven. Art. 51 bepaalt dat de makelaar, voor het afsluiten der overeenkomst aan de partij die het vraagt den naam der andere partij moet opgeven. Art. 53 bevat het bekende verbod op het zoogenaamde *lappen*, hetgeen geschiedt wanneer een makelaar, lasthebbende om een gedeelte eener partij te koopen en de houder haar niet dan in zijn geheel willende verkoopen, de geheele partij neemt in de hoop het restant ook wel te zullen plaatsen, en zoo dikwijls plaats vindt dat in eene openbare bijeenkomst te Amsterdam, in *Felix Meritis*, op 7 Maart 1867, een geacht makelaar niet schroomde te zeggen «dat vele makelaars als handelaars koopen en de grootste lippers het meest in aanzien zijn.» Waarom nu een verbod dat niet wordt nageleefd noch kan worden nageleefd? De Belgische Commissie van wetgeving zeide dan ook in een harer consideransen tot aanbeveling der geheele vrijstelling van makelaardij: «A côté de la législation qui fait de l'office d'agent de change ou de courtier une fonction publique, soumise à une foule de prescriptions rigoureuses, qui semblaient devoir offrir à l'industrie et au commerce des garanties spéciales de sécurité, le système de liberté absolue se pratique presque partout ostensiblement, si bien que la suppression de *marriage* ou *lippage* est devenue presque impossible.» Gelijk ons wetboek verbiedt ook de Italiaansche wet (art. 54) het borgstellen voor de uitvoering van overeenkomsten door hunne

tusschenkomst gesloten. Het volgend artikel verklaart vennootschappen van makelaars nietig; op dien regel wordt echter meer dan eene uitzondering gemaakt. Art. 56 bevat het curieuse verbod aan wisselagenten op de beurs de tusschenkomst uit te oefenen door middel van bedienden.

De twee volgende artt. 57 en 58 regelen het regt der makelaars op courtage; dat loon wordt bij tarief vastgesteld door de Kamer van Koophandel en bij gebreke daarvan door het gemeentebestuur onder goedkeuring van den Minister van Koophandel. Het regt de courtage te vorderen verjaart na verloop van twee jaren na de onderneming. Volgens onze wet is het regt der makelaars op courtage niet of niet behoorlijk geregeld en in de verjaring niet speciaal voorzien, want het gaat niet aan omdat de regtsvorderingen van procureurs en notarissen tot betaling hunner voorschotten en loon verjaren binnen twee jaren, makelaars voor hunne werkzaamheden onder die rubriek te stellen. Art. 2007 Burg. Wetb. is limitatief. In de artikelen 59—61 vindt men een strafstelsel ontwikkeld, dat in geen andere wetgeving wordt teruggevonden. Art. 62 bevat den *methodus procedendi* tegen makelaars. Art. 63 maakt de ontzetting uit zijn ambt voor den makelaar die faillieert obligatoir, hetgeen volgens het Nederlandsche stelsel facultatief is. Art. 66 eindelijk verklaart dat tusschen-handelaars die niet als zoodanig zijn aangesteld moeten worden beschouwd als mandatarissen. De bepalingen omtrent lastgeving zijn dus op hen toepasselijk.

Wij hebben — den schrijver op den voet volgende — in grondtrekken den inhoud dezer dissertatie medegedeeld. Hare lezing zij ieder wetenschappelijk man — jurist of niet — aanbevolen. Mr. JACOB VAN BEECK VOLLENHOVEN heeft door zijne studie over de makelaardij getoond iemand te zijn van veel belesenheid en zelfstandig oordeel. Hij bezit *le courage de son opinion*, en heeft daarbij de zeldzame gave met groote voorzigtigheid zijne meening te uiten. Wil men bewijs?

Het schijnt schrijver niet ongepast voor te komen ten

slotte zijne denkbeelden omtrent in te voeren verbeteringen betrekkelijk de regeling der makelaardij gelijk die hier te lande bestaat, in enkele stellingen zamen te vatten. Die stellingen zijn slechts zes in getal en met volkomene bescheidenheid zou men ze eene concept-wet kunnen noemen. Zij luiden als volgt:

1°. Het worde een ieder vrijgelaten zich als tusschenhandelaars te vestigen;

2°. Artt. 62, 63, 65, 68, 70—78 moeten vervallen;

3°. De wet verpligte den makelaar een dag- en zakboekje te houden. De aantekeningen uit het laatste binnen 24 uren in het eerste overgebracht, leveren bij verschil tusschen contracterende partijen volledig bewijs omtrent al het vermelde in art. 68. Het dagboek moet overigens overeenkomstig art. 66 gehouden worden met bijvoeging der woorden: „ of doorhalingen „ te plaatsen achter het woord: „ kantteekeningen;”

4°. De makelaars moeten verplicht zijn een eed af te leggen in handen van den president der Arrondissements-Regtbank, wanneer en vóór zij als arbiters of deskundigen in regten optreden;

5°. Tenzij zij, bij het sluiten der overeenkomst den naam van den kooper aan den verkooper en omgekeerd, hebben bekend gemaakt, moeten zij verantwoordelijk gesteld worden voor de uitvoering van het contract;

6°. In geval van faillissement staat een makelaar met een koopman gelijk, en vervalle dus art. 404 C. P.

Het wetsontwerp in 1868 door den toenmaligen Minister van Justitie Mr. W. WINTGENS voorgesteld, doch buiten behandeling gebleven, is kennelijk geraadpleegd; doch dit ontwerp gaat verder. Het zij mij vergund eenige korte opmerkingen te maken naar aanleiding dezer *zoogenaamde* zes stellingen.

Art. 1 behoort niet in het positive regt te huis. Wat niet verboden is, wordt toegelaten.

Art. 2 De artt. 64, 66, 67 en 69 onzer wet blijven slechts over. Art. 64 omschrijft de werkzaamheden der makelaars. Art. 66, 67 en 68 hunne verplichtingen. Wanneer de makelaars

ophouden personen te zijn aangesteld van overheidswege, heeft, het geen *raison d'être* meer, dat de wetgever hunnen werkring afbakent of hun verplichtingen oplegt.

Art. 3 is niets anders dan de artt. 66 en 68 van ons Wetb. van Koophandel te zaam gevat en gewijzigd en kan veilig achterwege blijven. Onder daden van koophandel begrijpt de wet de handelingen van den makelaar. De verplichting tot het houden van boeken vloeit dus reeds voort uit diens hoedanigheid van koopman, maar hoe zij moeten worden gehouden en wat zij bewijzen behoort aan de algemeene beginselen te worden overgelaten.

Art. 4 is wederom overbodig. Een noodzakelijk gevolg van de vrijlating der makelaardij is, dat de makelaardij overgelaten blijve aan wie daartoe zich geroepen gevoelt. Gelijk elke speciale bewijskracht aan hunne boeken toegekend, vervalt daardoor alle beëediging dergenen die zich makelaars noemen. Waar in onze burgerlijke of handelswetgeving sporen hunner quasi-ambtelijke bediening worden aangetroffen, kunnen deze gemakkelijk worden uitgewischt.

Art. 5 is volkomen nutteloos gelijk zoovele bepalingen in ons stellig regt b.v. dat de echtgenooten elkander wederkeerig getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd zijn. De getrouwheid, hulp en bijstand zal er wel niet meer of minder om worden. Het ligt in den aard der zaak dat een tusschenhandelaar die niet tijdig den naam van zijn lastgever noemt, wordt verondersteld voor eigen rekening te hebben gehandeld en regtstreeks jegens zijn mede-contractant verbonden is (art. 77 Wetb. van Koophandel).

Art. 6. Natuurlijk, als een makelaar volkomen gelijk staat met een koopman, bestaat er niet de minste reden om in geval van faillissement eene uitzondering te maken. Ook dit artikel kan in het stelsel van den Heer VAN BEECK VOLLENHOVEN achterwege blijven.

De schrijver dezer dissertatie kan dus geen ernstig opposant zijn tegen de stelling: *de makelaardij moet niet wettelijk geregeld maar aan zich zelven worden overgelaten.*
Doorhaling van afdeeling 2, boek I Wetb. van Kooph.

In die rigting sprak ik — het is reeds twintig jaren geleden — mijn oordeel in eene brochure *„de regeling der Makelaardij aan regt en wet getoetst. Leyden en Amsterdam, bij J. H. GEBHARD EN C^o., 1850*», welk boekje het voorregt ten deel viel ook door den Heer VAN BEECK VOLLENHOVEN te worden aangehaald. Mijn gevoelen is onveranderd gebleven en het is mij regt aangenaam in dien jeugdigen doch talentvollen schrijver een geestverwant te hebben ontmoet.

Eene zaak mag nimmer uit het oog worden verloren. De handel is een en algemeen; zijne wetgeving behoort zulks evenzoo te zijn. Weg dus met alle belemmerende en belettende bepalingen, met nuttelooze en overtollige banden en boeijen, met ijdele en gevolgmisende voorschriften! Onze leus is *vrijheid*. Op die wijze is het alleen mogelijk het ideaal nabij te komen dat reeds CICERO in zijne verbeelding zich schiep: *„Nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immitabilis continebit.*»

MR. G. J. A. FABER.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

Nederlandsche Juristen-Vereeniging.

Aan de Rechtsgeleerden in Nederland!

In de *Gids* van Maart jl. komen aan het slot van een opstel over „den Duitschen Juristendag” eenige beschouwingen voor over den in menig opzicht achterlijken toestand van het Nederlandsche rechtswezen.

Als eene der hoofdoorzaken van dien toestand wordt aldaar genoemd: het gemis, ook in de rechtsgeleerde wereld, van een *gemeenschappelijke overtuiging* over de hoofdbeginselen der hervormingen, welker noodzakelijkheid toch ieder beaamt. Als middel om in dit opzicht verbetering te verkrijgen, wordt aanbevolen de oprichting eener *Nederlandsche Juristen-vereeniging*.

De ondergeteekenden erkennen met dit denkbeeld, dat zij volkomen juist achten, zeer te zijn ingenomen. Zij verwachten inderdaad, dat, bij eene goede uitvoering van het plan, eene dergelijke vereeniging voor de ontwikkeling van het Nederlandsche recht van groot nut kan zijn. Zij gelooven, dat door het onderling verkeer der juristen, door eene degelijk voorbereide mondelinge wisseling hunner denkbeelden over de hoofdbeginselen van een toekomstig Nederlandsch rechtswezen, onder de mannen van het vak een gemeenschappelijke overtuiging kan worden geboren, welke door haar zedelijken invloed een krachtigen stoot zal geven aan de hervorming van dat recht. Zij vleien zich niet, dat uit die samenwerking der juristen altijd eenstemmigheid zal voortvloeien, doch houden zich tevens overtuigd, dat, ook waar die eenstemmigheid mocht ontbreken, langs den aangewezen weg de verschillende meeningen zuiverder zullen worden geformuleerd, haar wetenschappelijke en praktische waarde beter zal worden beoordeeld, haar nationale kracht duidelijker zal blijken.

De ondergeteekenden, vertrouwend dat deze gedachten door vele rechtsgeleerden worden gedeeld, hebben daarom besloten hen tot de vestiging eener *Nederlandsche Juristenvereeniging* op te roepen. Zij hebben zich tot een voorloopig comité vereenigd en zullen de vrijheid nemen alles voor te bereiden, opdat nog in September van het loopende jaar eene algemeene vergadering kunne worden gehouden.

Zij noodigen alle doctoren in de rechten, kantonrechters, griffiers, procureurs en notarissen uit, aan die vereeniging deel te nemen, en ten bewijze daarvan hun naamkaartje, onder bijvoeging op het adres der letters J. V., *franco* toe te zenden aan Mr. G. A. VAN HAMEL, advocaat te Leiden. De namen der leden, en de mededeelingen die aan hen moeten worden gedaan, zullen in het *Weekblad van het Regt* worden gepubliceerd.

Ter bevordering van spoed en ter vermijding van nuttelloozen omslag hebben de ondergeteekenden vastgesteld een *voorloopig reglement* en een *programma* voor de eerste vergadering.

Het *voorloopig reglement*, dat in het *Weekblad van het Regt* achter deze circulaire is afgedrukt, zal vooreerst aan de werkzaamheden der vereeniging ten grondslag liggen, totdat een definitieve organisatie is tot stand gekomen.

Het *programma* der in September a. s. te houden eerste vergadering bepaalt, dat aldaar de volgende onderwerpen zullen worden behandeld:

1°. De vraagstukken, welke de rechterlijke organisatie betreffen, inzonderheid de quaestie der trappen van rechtspraak in burgerlijke, handels- en strafzaken, alsmede die van de rechtsmacht van den alleensprekenden rechter;

2°. Wanneer de tijd dat toelaat, de vragen aangaande de wijze van herziening met betrekking tot elk der vijf wetboeken.

De behandeling dezer vraagstukken in de algemeene vergadering zal door praeadviezen worden voorbereid, gelijk zulks in het voorloopig reglement nader is omschreven.

Wat eindelijk de *definitieve organisatie* der vereeniging betreft, zoo gelooven de ondergeteekenden, dat men zich op de eerste vergadering zal kunnen verstaan omtrent de eenvoudigste en minst tijdroovende wijze, waarop deze zal worden vastgesteld. Naar hunne meening zal men steeds in vooraf verschijnende praeadviezen de beste waarborgen vinden voor een grondige voorbereiding der algemeene beraadslagingen, hoewel tusschen het verspreiden dier adviezen en den dag der vergadering later een langere tijd zal moeten verlopen, dan men thans met het oog op de eerste bijeenkomst heeft kunnen vaststellen.

HET VOORLOOPIG COMITÉ.

Mr. C. H. BACKER, advocaat-generaal bij het Provinciaal Gerechtshof in Noordholland.

- „ J. DE BAS Jz., notaris te 's Gravenhage.
- „ G. J. A. FABER, procureur te Rotterdam.
- „ J. A. FRUIN, hoogleeraar te Utrecht.
- „ J. E. GOUDSMIT, hoogleeraar te Leiden.
- „ B. J. GRATAMA, hoogleeraar te Groningen.
- „ G. A. VAN HAMEL, advocaat en rechter-plaatsvervanger te Leiden.
- „ J. A. JOLLES, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden.
- „ J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, advocaat te 's Gravenhage.
- „ J. G. KIST, lid van den Hoogen Raad der Nederlanden.
- „ F. B. CONINCK LIEFSTING, rechter in de Arrondissements-Rechtbank te Leiden.
- „ A. E. J. MODDERMAN, hoogleeraar te Amsterdam.
- „ A. S. VAN NIEROP, advocaat te Amsterdam.
- „ AUG. PHILIPS, advocaat te Amsterdam.
- „ M. J. PIJNAPPEL, advocaat te Amsterdam.
- „ A. DE PINTO, deken der orde van advocaten te 's Gravenhage.
- „ A. A. DE PINTO, referendaris bij het ministerie van Justitie en rechter-plaatsvervanger te 's Gravenhage.
- „ J. C. REEPMAKER, advoc. en rechter-plaatsv. te Rotterdam.

Mr. A. DE VRIES, raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof in Noordholland.

„ G. DE VRIES, lid van den Raad van State.

„ W. WINTGENS, advocaat te 's Gravenhage, oud-minister van Justitie.

VOORLOOPIG REGLEMENT.

Art. 1. De *Nederlandsche Juristen-vereeninging* stelt zich ten doel, aan de Nederlandsche rechtsgeleerden de gelegenheid te geven onderling te beraadslagen over onderwerpen van wetgeving betreffende het burgerlijk-, handels-, straf- en procesrecht en daarmede samenhangende onderwerpen; daardoor onder hen over die onderwerpen eene gemeenschappelijke overtuiging te doen ontstaan; door den zedelijken invloed dier overtuiging mede te werken tot de hervorming van het Nederlandsche rechtswezen.

Art. 2. Leden der vereeninging kunnen worden alle doctoren in de rechten, kantonrechters, griffiers, procureurs en notarissen in Nederland of de Kolonieën gevestigd, die zich daartoe aanmelden bij den secretaris van het voorloopig comité.

Art. 3. Er wordt in September 1870 eene algemeene vergadering gehouden te 's Gravenhage.

Art. 4. De contributie bedraagt f 5 's jaars, te betalen in den loop der maand Juli a. s., en door hen die later toetreden, bij de aanvaarding van het lidmaatschap.

Art. 5. Het voorloopig comité zorgt voor de administratie, en neemt alle maatregelen om de vergadering voor te bereiden.

Art. 6. Het voorloopig comité noodigt eenige leden uit over de te behandelen onderwerpen een praeadvies te leveren. Deze praeadviezen worden gedrukt, minstens veertien dagen vóór de vergadering aan de leden gezonden en vormen den grondslag van het debat.

Art. 7. Dadelijk na het openen der vergadering wordt de voorzitter der vergadering gekozen. Hij benoemt twee onderzitters en vier secretarissen.

Art. 8. Bij de debatten mag niemand over hetzelfde onderwerp meer dan tweemaal, noch langer dan 15 minuten achtereen het woord voeren, tenzij met verlot der vergadering.

Art. 9. Alle voorstellen en amendementen, alleen motieën die de orde der vergadering betreffen uitgezonderd, worden schriftelijk gedaan.

Art. 10. Aan het einde der beraadslagingen wordt over de aan de orde gestelde vraagpunten gestemd.

Art. 11. Besluiten worden genomen bij eenvoudige meerderheid. Benoemingen met stembriefjes geschieden bij betrekkelijke meerderheid.

Aldus vastgesteld door het voorloopig comité.

G. A. VAN HAMEL.

De tweede jaargang van het „Uebersicht der gesammten staats- und rechtswissenschaftlichen Literatur, zusammengestellt von OTTO MÜHLBRECHT (Berlin, PUTTKAMMER und MÜHLBRECHT)” heeft het licht gezien. Het is de verzameling van de geregeld elke twee maanden uitkomende bibliografische opgaven der werken, zoowel in Duitschland verschijnende als in Frankrijk, België, Engeland, Skandinavië, Nederland en Italië, waarbij de noodige registers gevoegd zijn. Gebrek aan volledigheid kan moeilijk aan deze bibliografie verweten worden; de uitgever heeft zich tot taak gesteld ook het oogenschijnlijk minder gewigtige in zijne lijst op te nemen, en daarom ook aan elk vlugschrift, dat ter zijner kennis komt, eene plaats te gunnen. Ongelijk heeft hij zeker niet met de opmerking dat deze letterkundige ephemeren (Eintagsfliegen) de getrouwste spiegel van den tijd zijn, mits men echter dit niet al te absoluut opvatte. Daarom vindt men onder de Nederlandsche boeken (waarschijnlijk door des uitgevers correspondent, den heer J. C. A. SULPKE, opgegeven) ook al de vliegende blaadjes betreffende het Rotterdamsche oproer en andere, die, willen wij hopen, door den Nederlandschen lezer alleen, niet door vreemden zullen gelezen worden.

Deze volledigheid in het vermelden van Nederlandsche geschriften is intusschen een goed teeken: men kan immers bijna zeker zijn, dat, is aan ons land in een dergelijk werk in den vreemde uitkomende, voldoende zorg besteed, andere landen, wier taal meer algemeen bekend is, ook goed zullen zijn vertegenwoordigd. Ook voor de correctie der titels in onze taal is voldoende zorg gedragen; er zijn niet van die potsierlijke drukfouten blijven staan, die zoo menigmaal in vreemde werken voorkomen als het onze boeken geldt. Dit strekt den corrector te meer tot lof, daar hij kennelijk geen Nederlander is, anders had hij niet bijna altijd oë voor oe laten staan.

Voor hen, die op de hoogte willen blijven van wat in het beschaafde Europa omtrent de regtswetenschap uitkomt, is zeker deze bibliografie een geschikt hulpmiddel.

THEMIS,

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

DERDE VERZAMELING,

Eerste Jaargang.

XXXIe Deel, — DERDE STUK.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *De Meente-vraag te Genemuiden*, door
Dr. J. VAN VLOTEN.

In het eerste stuk van dezen jaargang komt eene beschouwing van den Cand.-Notaris R. JONKERS, over de nog altoos onverdeelde meente te Genemuiden, voor. Bij de volmondige erkenning der wenschelijkheid eener wijziging in haar beheer, werpt hij daar allerlei bezwaren tegen op, grootendeels, zoo niet geheel voortspruitende uit de meening, dat niet de gemeente, maar een zekere grootburgerlijke maatschap eigenares dier meente zoude zijn. Ik heb het onhoudbare dier meening, vóór twee of drie jaar opzettelijk in het licht zoeken te stellen, naar aanleiding vooral ook van 't geen ik, in een soortgelijk vraagstuk, te Deventer bewerkstelligd had. Mijn betoog heeft echter alleen in zoover bij den schrijver der beschouwing in dit Tijdschrift ingang kunnen vinden, dat hij er tot de erkenning der waarschijnlijkheid van het vroeger eigendomsrecht der gemeente door genoopt wordt, maar tevens beweert, dat daarin, in later tijd — na 1703 bepaaldelijk — verandering gekomen is, en deze, door latere ruil en verkoop op naam en ten bate der genoemde maatschap, bevestigd.

Themis, D. XXXI, 3de St. [1870].

Dit laatste nu kan ik den schrijver onmogelijk toegeven, en indien hij, met mij, van de wenschelijkheid eener beheersverandering overtuigd is, zal ik ook zeker hem zelf geen ondiens doen, wanneer ik het minjuiste zijner bewering ten dezen met een enkel woord zoek aan te toonen, en daardoor tevens den weg aan te wijzen, hoe tot een bevredigende uitkomst in 't vraagstuk te geraken. Ik kan mij daarbij aan 't vroeger betoogde, en door den schrijver zelf als waarschijnlijk erkende, houden: dat namelijk de gemeente in haar geheel, als vertegenwoordigende alle *burgers* zonder onderscheid, eigenares was, en dus, zoo goed als te Deventer, door eenvoudige schadeloosstelling der gebruikers, eenvoudig haar eigendomsrecht ook thans zou kunnen handhaven, en de meente — haar eigendom — ten meesten nutte en bate der kas zou kunnen beheeren; — tenzij er daartegen bezwaren oprezen, te Deventer niet aanwezig.

Zulke bezwaren nu meent de schrijver gevonden te hebben: 1o. in het gemeentebesluit (om 't zoo te noemen) van 1703, waarbij „gewillekeurd” werd — ja, wel *gewillekeurd* ook in den lateren slechten zin van het woord — „dat voortaan de revenuën en gelden jaarlijks van de burgerbeesten niet meer, als voorheen, in het boek van de stads gemeene ontvangsten, maar in een *singulier* boek zouden opgeteekend worden, en dat de penningen van aankoop van het heele en halve burgerschap niet in het gemeene boek van de stads ontvangsten zullen gebracht worden.” Eene „onregelmatigheid”, gelijk Mr. C. BACKER reeds opmerkte, die tot allerlei verkeerde eigendomsvoorstellingen leidde, en waardoor de schijn van eigendom der gemeente op een deel harer ingezetenen verplaatst werd. Maar — ook niet meer dan die *schijn*. Bij nader inzien blijkt het toch, dat door dien schijn, het *wezen* zelf der zaak niet verstoord kan worden; en al werden dus ook gemelde ontvangsten in een afzonderlijk boek gebracht, dat zij daardoor van aard en strekking niet veranderden, zal ieder moeten toestemmen. In dit besluit kan dus ook geenerlei bewijs voor het eigendomsrecht der grootburgers, en *niet* der gemeente, liggen.

Een tweed^e bezwaar, en bewijsgrond voor dat eigendomsrecht, vindt echter de schrijver in „de verschillende aankopen van landerijen o. a. omstreeks 1718 in de stad Genemuiden en later door particulieren, volgens aantekeningen in de stads verhandelboeken der meente.“ 't Is voor de vereenvoudiging van de afdoening der zaak zeker jammer, dat die boeken verbrand zijn; wanneer men althans nu niet meer zou kunnen nagaan, welke aankopen hebben plaats gehad en welke stukken land dus der meente daardoor zijn ingelijfd; maar wat het wezen der zaak betreft, ook hier blijft dit gelijk het was. Dat de grootburgerlijke maatschap èn door zich zelf èn door de gemeente èn door enkele particulieren, bij dien aankoop, als eigenares beschouwd is, bewijst nog niets voor hare eigendomsrechten zelf; beiden hebben zich daarin eenvoudig vergist, en *kan* men niet alleen, maar *moet* men ook, bij later beter oordeel, van die vergissing terugkomen.

En volkomen hetzelfde geldt van het derde, met het vorige overeenkomstige bezwaar, dat namelijk bij het Koninklijk besluit van April 1820, n^o. 20, de zoogenaamde groote burgerij te Genemuiden als afzonderlijk bestaand lichaam erkend werd, en dat „bij de oprichting van het kadaster in 1832, de eigendommen bij de meenteburgerij in gebruik, ten name gesteld (zijn) van dezelve groote burgerij.“ Beide deze voorstellingen toch gaan van een thans onjuist gebleken zienswijs uit, en kunnen dus daadwerkelijk niets voor een vermeend eigendomsrecht bewijzen.

Evenmin kan dat, ten slotte, de „in 1866 met de gemeente Genemuiden aangegane ruiling van een deel der meente tegen een stuk land der gemeente, bij welke schriftelijke, doch onderhands gemaakte overeenkomst, behoorlijk geregistreerd en overgeschreven, genoemde gemeente de groote burgerij aldaar èn als lichaam èn in haar eigendomsrecht op den geruilden grond daadwerkelijk heeft erkend.“ Wel verre dat hieruit toch volgen zou, gelijk de schrijver vervolgens aanneemt, dat het „thans vrij onverschillig kan geacht worden of de stad vroeger de ware eigenares van een deel der meente geweest zij of niet“, blijkt er alleen uit, dat stadsbestuur

en meentegebruikers in dwaling verkeerden omtrent den waren aard van beider betrekking tot die meente, maar bleef niets het eerstgemelde, om, sedert tot beter oordeel gekomen, ook dienovereenkomstig te handelen, zich in haar aloude goede eigendomsrecht te handhaven, en de genieters — door allengs ingeslopen misbruik — van het gebruiksrecht, geldelijk schadeloos te stellen voor het jaarlijks daardoor geleden nadeel; eene schadeloosstelling, naar evenredigheid van de geldelijke waarde van ieders verloren aandeel weidegebruiks — evenals men dat te Deventer gedaan heeft — te bepalen. De zaak moge te Genemuiden eenigszins ingewikkelder zijn, en daardoor bij de ontwarring wat meer moeite baren, in wezen is zij dezelfde, en tot een zelfde heilzame uitkomst te brengen, als te Deventer het geval is geweest.

Bloemendaal, 30 Julij 1870.

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Over het onderling verband der artt. 236, 237 en 949 van het Burgerlijk wetboek en hunne betrekking tot de l. 6. Cod. de sec. nupt.*, door Mr. W. F. FRIJLINCK, Advocaat te Lith.

In het XIII^{de} deel van dit tijdschrift, tweede Verz. bl. 248—253, betwijfelde ik de juistheid eener stelling van Prof. OPZOOMER betrekkelijk het goederenregt der echtgenooten in tweede of verder huwelijk. Het kwam mij toen voor dat de Hoogleeraar in zijn «Burgerlijk Wetboek verklaard» evenals Mr. A. DE PINTO (1) ten onrechte spreekt van «het algemeen

(1) Zie de plaats uit *Themis*, XII, bl. 510, aangehaald bij NIENHUIS, bl. 452.

regt der voorkinderen hun in § 1 van art. 236 verleend» daar die § 1, hoewel wakende voor het belang der voorkinderen, onmiddellijk op niets anders betrekking heeft dan op de gemeenschap. Deze mijne opvatting is in overeenstemming met de duidelijke woorden der wet die in § 1 van geen regt der voorkinderen gewag maakt, maar alleen van den nieuwen echtgenoot en van het voordeel dat hij door vermenging van goederen en schulden mag genieten.

De eerste paragraaf van art. 236 staat in onafscheidelijk verband met art. 235 en in louter toevallig verband met de tweede paragraaf, waarvan men een afzonderlijk artikel had kunnen maken, te plaatsen achter art. 239 (2).

Het zij mij vergund thans eene bedenking in het midden te brengen tegen de voorstelling door Prof. OPZOOMER en anderen van dat goederenregt in het algemeen gegeven en mijne meening daarover nader uiteen te zetten.

(2) Het regtsmiddel van § 2 behoort eigenaardig bij de artt. 237 en 949 en slechts dan bij § 1, indien de gemeenschap door echtscheiding of den dood des nieuwen echtgenoots ontbonden en verdeeld is. Het dient, wanneer art. 236 van toepassing is, slechts tot meerdere verzekering van een regt dat in het belang der voorkinderen aan een ander toegekend is, maar waarin zij door erfopvolging getreden zijn. Bij de artt. 237 en 949 daarentegen geldt het direct en alleen het regt en het belang der voorkinderen.

Men heeft zich bij het plaatsen van § 2 niet genoeg van art. 1496 C. C. weten los te maken. Maar toch — er is reeds door de splitsing in paragrafen en de zelfstandigheid der eerste, eene ondubbelzinnige en belangrijke afwijking van dat artikel. Daardoor is ons art. weder veel verder dan het Fransche, van de l. hac edictali verwijderd, en niet zonder grond. De zwakke Fransche wettelijke gemeenschap belette niet het bestaan van afzonderlijke vermogens in onroerend goed, zoodat de «*confusion du mobilier et des dettes*» in zijn nadeeligen invloed op deze vermogens door art. 1496 C. C. gelijk gesteld kon worden met de liberaliteiten van art. 1098. Zie MARCADÉ, V, bl. 642, n^o. 1, ad art. 1496 C. C. Naar het stelsel onzer wettelijke gemeenschap kan de invloed der «*vermenging van goederen en schulden*» niet waargenomen worden op een buiten de gemeenschap gelegen vermogen, want zij omvat uit haren aard het geheele vermogen. Aan zulk eene geïsoleerde werking der gemeenschap schijnt de Fransche wetgever niet gedacht te hebben. In elk geval, wat deze alleen door eene regtsvordering tot inkorting zoekt te bereiken, daartoe tracht de onze reeds door eene zwakkere werking der gemeenschap te geraken.

Het regt van den negenden titel van het eerste Boek van het Burgerlijk wetboek wordt door hem in deze weinige woorden omschreven: „De nieuwe echtgenoot mag *uit de goederen van zijn wederhelft* geen grooter voordeel genieten, hetzij dit genoten werd door wettelijke gemeenschap of door huwelijksche voorwaarden, hetzij het regtstreeks of zijdelings hem te beurt viel, dan ten bedrage van het minste deel door een der voorkinderen genoten of op zijn hoogst van een vierde des boedels». Eenige regels verder schrijft hij: „het voordeel welks verkrijging den nieuwen echtgenoot wordt ontzegd, bepaalt zich tot een voordeel *uit de goederen zijner wederhelft*».

De cursief gedrukte woorden zijn in strijd met de duidelijke letter der wet. Deze spreekt van „een voordeel opgekomen *door vermenging* van goederen en schulden» evenals art. 1496 C. C.: „*si toutefois la confusion du mobilier et des dettes opérait.... un avantage*». Dat dit voordeel moet opkomen „uit de goederen van den hertrouwd«n» zooals Prof. OPZOOMER wil, daarvan zwijgt de wet. En zij moest er van zwijgen omdat er geen afzonderlijke goederen van den hertrouwd«n meer bestaan in het geval van art. 236. Zij zijn opgelost in de gemeenschap op welker verdeling dat artikel het oog heeft. Nu kan wel door die oplossing in de gemeenschap en de regtsgevolgen van deze, een voordeel aan den nieuwen echtgenoot opkomen, maar onmogelijk speciaal of uitsluitend uit die goederen. Uit het afzonderlijk vermogen des hertrouwd«n kan het voordeel van art. 236 niet genoten worden, want het moet voortvloeijen uit de werking der gemeenschap als eindresultaat.

De voorstelling van Prof. OPZOOMER berust op het grond denkbeeld dat er in het geval van art. 236 geen eigenlijke gemeenschap bestaat, maar daarvoor in de plaats treedt een wettelijk voordeel te genieten door den nieuwen echtgenoot uit het vermogen van den hertrouwd«n. Geen eenheid dus van vermogen volgens hem, maar afscheiding; hoogstens kan door hem in art. 236 een „zamenbrengen der goederen ten bate van de huwelijksverbinding» aangenomen worden, even als door

Mr. J. G. KIST (3), die zich op dit punt duidelijk uitlaat door op bl. 28 éénheid van vermogen door ons artikel uitgesloten te verklaren. Art. 236 is hun geen nieuwe bepaling omtrent de gemeenschap naar aanleiding van het doel waartoe de *lex hac edictali* is in het leven geroepen en de wijze waarop die wet dat doel trachtte te bereiken, maar in zekeren zin die *lex hac edictali* zelve.

Deze opvatting nu, schier algemeen aangenomen, wordt door de artt. 235 en 236 gewraakt, zooals ik in mijn boven aangehaald opstel reeds beweerde. Om haar staande te houden moet men aan de wet de woorden „uit de goederen van den hertrouwen“ opdringen. Het is waar dat men, wanneer eenmaal de gemeenschap ontbonden is en verdeeld moet worden, op de bestanddeelen der gemeenschap en hunnen oorsprong moet letten, maar dit geschiedt enkel en alleen ter berekening van het aandeel dat aan den nieuwen echtgenoot in de gemeenschap moet toegekend worden, en nimmer mag — zelfs niet bij die berekening — een toestand van gescheiden goederen gefingeerd worden.

Uit dit beginsel — het bestaan van gemeenschap ook in geval van art. 236 — volgt, dat het zoogenaamde kindsgedeelte in geen geval, *zelfs niet wanneer de nieuwe echtgenoot niets heeft aangebragt*, berekend kan worden in het door den hertrouwen in de gemeenschap gebragte, maar in het onverdeeld aandeel dat hem in die gemeenschap behoort en waaruit bij zijn dood zijne nalatenschap bestaan zal,

(3) „De bepalingen der Ned. wet omtrent tweede en verdere huwelijken,“ bl. 18 aan den voet, 20, 26 en 28. Bij de toepassing, bl. 42 en volg. laat Mr. KIST echter zijne theorie varen en volgt hij het begrip van „boedel“ door mij voorgestaan. Het bedrag van het zoogenaamde kindsgedeelte komt in zijne berekeningen telkens a posteriori voor den dag: ware hij getrouw aan zijne theorie, dan moest hij dat terstond bepalen nadat hem het bedrag van den boedel naar zijne opvatting bekend is. Dat hem dat bedrag reeds van den aanvang af bekend is, volgt dááruit dat hij alleen daardoor komt tot de kennis van het voordeel dat bij gelijke deeling door den nieuwen echtgenoot zoude genoten worden, in zijne formule voorgesteld door b.

voor zoo verre die in art. 236 betrokken is (4). En het ware ongerijmd om iets anders van het *een vierde* te beweren en dáárbij over te stappen tot de partij van hen die geen gemeenschap erkennen.

Op deze gronden schijnen mij de verklaringen o. a. door Prof. DIEPHUIS, N. B. R. I, n^o. 1089a en Mr. KIST, t. a. p. bl. 30—32, 50 en 51 van het begrip van „boedel” in art. 236 gegeven onbestaanbaar met de wet en alleen juist en bruikbaar voor de artt. 237 (5) en 949 B. W. die bij ons de functie der *lex hac edictali* of van art. 1098 C. C. vervullen en dus tot uitgangspunt moeten hebben uitsluiting van gemeenschap.

Het is er ver van af dat de woorden „boedel” in art. 236 en „goederen” in art. 949 hetzelfde zouden beteekenen (KIST, t. a. p. bl. 51) en dat art. 236 met de artt. 237 en 949, ééne en dezelfde massa op het oog zoude hebben (6).

(4) Teregt spreekt MARCADÉ V, bl. 643, no. 1, ad art. 1496 C. C. van „*biens laissés par le conjoint*” wat met toepassing op ons regt niets anders kan beteekenen dan zijn „aandeel in de gemeenschap”. — Men zie hierbij KIST, bl. 26. „*Daarvan mag aan den nieuwen*” enz. en het voorafgaande; ééns echter is KIST van mijne meening, nl. op bl. 32, laatste regel, waar hij „boedel” gelijk „aandeel in de gemeenschap” verklaart. Voorts zijn zijne berekeningen in dien geest.

(5) Prof. OPZOOMER, t. a. p. bl. 267, noot 1, acht het woord „eenige” in art. 236 onnoodig, omdat over de bij huwelijksvoorwaarden ingevoerde gemeenschap in art. 237 zou gehandeld worden. Ik geloof dat in art. 237 niet over die gemeenschap gehandeld wordt, juist omdat het woord „eenige” in art. 236 voorkomt; daardoor is art. 237 = art. 1098 C. C. geworden en art. 1527, al. 3 C. C., in art. 236 B. W. overgegaan. Zie Prof. DIEPHUIS N. B. R. I, n^os 1083 en 1088.

(6) Zie KIST, t. a. p., bl. 50. Daarvoor kan ook niet aangevoerd worden de in art. 237 kortheidshalve gedane verwijzing naar art. 236 voor den maatstaf van het geoorloofde voordeel. Men had die verwijzing in art. 949 ook kunnen doen zonder dat daardoor het art. van beteekenis zou zijn veranderd. Men zal dit inzien indien men de woorden volgende op „dan” in art. 237, vervangt dóór die in art. 236 voorkomen. Het woord „boedel” krijgt dan *met* en *door* zijn plaats, voor zoo ver noodig, een nieuwen zin. Anders KIST, t. a. p. De verwijzingen in de artt. 1496 en 1527 C. C. naar art. 1098 C. C. hebben een geheel andere waarde, zooals volgt uit het in noot 1 door mij opgemerkte.

Daarom is in het stelsel onzer wet volstrekt noodig een artikel bepalende dat wanneer eenmaal al het voordeel dat art. 236 toestaat genoten is, ten behoeve van den nieuwen echtgenoot over niets meer van hetgeen eenmaal tot de gemeenschap heeft behoord, mag beschikt worden.

De bepalingen die bij tweede of verdere huwelijken de belangen der voorkinderen beschermen, moeten tot twee categoriën gebracht worden, de eene ziende op gemeenschap en tegen de gevolgen van deze behoedende, de andere scheiding van goederen betreffende en tegen beschikkingen der hertrouwende weduwen en weduwnaars wakende. Wel verre van elkander uit te sluiten kunnen beide reeksen gelijktijdig werken, maar elke op haar eigen gebied. In ons wetboek ziet art. 236 op de wettelijke en door huwelijksvoorwaarden ingevoerde gemeenschap, terwijl de artt. 237 en 949 een toestand van scheiding van goederen op het oog hebben. Alleen deze laatste categorie is volledig: aan de eerste ontbreekt een noodzakelijk toevoegsel. Want art. 949 zooals het thans luidt, is en blijft noodzakelijk in zooverre de gemeenschap is uitgesloten en moet met het oog daarop geredigeerd blijven (*„zijne goederen“*). In de slechte redactie van dat artikel is de kwaal niet gelegen, maar in het ontbreken eener onmisbare bepaling. Bij het tegenwoordige stelsel onzer wet is de werking van art. 949 of der contractuële erfstelling op het afzonderlijk vermogen des hertrouwdens niet te keeren en wanneer art. 236 zijne werking heeft, ontstaan bij de ontbinding van de gemeenschap, zoo al niet tijdens die gemeenschap, weder afzonderlijke vermogens. Iedere echtgenoot verliest zijn reëel eigendom van de goederen die hem tot nog toe hebben toebehoord en krijgt in de plaats daarvan den eigendom eener pars pro indiviso van die zaamgevloeide massa. Daarop nu, op het aandeel dat den hertrouwdens in de gemeenschap behoort, kunnen de testamentaire beschikkingen betrekking hebben (art. 950 B. W.). De bepalingen omtrent de legitime kunnen hier ook niet baten, want zij is eene portio portionis ab intestato der nalatenschap die hier een onverdeeld aandeel der huwelijksgemeenschap is, en waarborgt niemand, dus ook

niet de voorkinderen, tegen de nadeelige werking der huwelijksgemeenschap op het voormalig vermogen van den erflater (artt. 960 en 968 B. W.). Daartoe dient art. 236, dat ook eene soort van legitime invoert, al is zij dan ook niet zooals in art. 1496 C. C. onmiddellijk aan de voorkinderen, maar aan den hertrouwen en door dezen aan hen, toegekend. Men verwarre dus deze materie niet door die twee legitime's dooreen te mengen. De bepalingen omtrent de legitime, staan op ééne bodem met de artt. 237 en 949, maar geenszins met art. 236 (7). Ik geef toe dat wanneer bij huwelijksvoorwaarden alles is gemaakt wat art. 237 toestaat, op grond van art. 949 niets meer aan den nieuwen echtgenoot kan of mag gegeven worden, omdat, zooals Mr. KIST zegt „het geval waarin beide artikelen werken hetzelfde is, de maatstaf waarmede het voordeel wordt afgemeten hetzelfde is en de goederen waarover de beschikkingen loopen, dezelfde zijn“, maar niets van dit alles kan beweerd worden ten opzichte van art. 236 B. W. (8). Bij de beraadslagingen (VOORDUIN, IV, 87, 88) is wel de vraag behandeld der dubbele bevoordeeling door testament en huwelijksvoorwaarden die op voldoende wijze uit de wet kan worden opgelost, maar niet die van

(7) MARCADÉ IV, ad art. 1100 C. C. handelt uitvoerig over de „rapports du disponible entre époux avec le disponible ordinaire.“ Over de uitbreiding van art. 965 B. W. ook tot deze materie, zie Mr. J. G. A. FABER in de Jur. Corr. 1864, pag. 193—199. Anders Prof. DIEPHUIS N. B. R. I, no. 1102.

(8) Bij een vonnis der regtbank te Amsterdam van 13 Nov. 1860, *W. v. h. R.*, 2232, is het tegendeel beslist. De steller van dat vonnis heeft eigenlijk niets meer dan een excerpt uit het werkje van Mr. KIST geleverd, zonder eenige aandacht te verleen aan de argumenten der tegenpartij, te vinden o. a. op bl. 34, 35 en 36, nos. 37 en 38, van Mr. A. J. ZUBLI: „De verdeling bij tweede en verder huwelijk“ enz., waarvan een tweede druk is verschenen, Amsterdam 1866. Prof. DIEPHUIS, N. B. R. IV, n^o. 781 erkent ten minste (wel niet consequent, zie hetzelfde werk, I, n^o. 1088) dat de wet zwijgt; ten onrechte beroept hij zich op de beraadslagingen en beweert hij met ZUBLI, bl. 15, dat de artt. 236 en 949 in de plaats zouden zijn gekomen van art. 1098 C. C. Waar zijn dan wel de artt. 1496 en 1527, al. 3 C. C. gebleven? Zie ook v. HALL, bl. 269, n^o. 4.

testamentaire beschikkingen terwijl reeds het voordeel van art. 236 genoten wordt. Ik geloof niet dat men zich toen een juist denkbeeld van de toepassing van het beginsel der *lex hac edictali* op de gemeenschap en de gevolgen daarvan, gemaakt heeft. In elk geval wordt door den goeden dunk dien de regering van het ontwerp had, de wet niet beter dan zij werkelijk is.

Men treft nu in de wet aan twee categoriën van bepalingen, behoorende tot twee verschillende stelsels over het goederen-regt van gehuwden, nl. het Romeinsche en het Germaansche. De onvolledigheid der eene categorie kan niet gedekt worden door de volledigheid der andere, terwijl verwijzingen uit de eene naar de andere tenzij kortheidshalve, om herhalingen van dezelfde woorden te vermijden, geen zin kunnen hebben. Wellicht ware het beter geweest indien de wetgever de huwelijksgemeenschap in tweede of verder huwelijk (behalve die van winst en verlies) uitdrukkelijk verboden had wanneer er voorkinderen aanwezig zijn en daarvoor in de plaats had doen treden, wettelijke voordeelen uit de goederen der hertrouwende echtgenooten (b. v. naar den thans aangenomen maatstaf), indien de vermenging van goederen en schulden voor den nieuwen echtgenoot voordeelig zoude zijn. Maar dit is niet het stelsel onzer wet, die gemeenschap, vereeniging der beide vermogens tot eene eenheid wil, en daarop is, wat BARELS (9) en BIJNKERSHOEK ten onregte

(9) „Aanmerkingen over eenige onzer aloude gebruiken in Rechtsoefeninge“ C. 1, § XLI. Zonderling genoeg echter spreekt hij in § X zijne ingenomenheid uit met art. 10 der Utrechtsche Costuimen waardoor „aan deze zoo misselijk gecombineerde Rechtsgeleerdheid van het Roomsche et Statutaire Recht“ een einde is gemaakt. Waartoe was dat art. 10 op zijn standpunt noodig? Zie de slotsom van zijn betoog. Wanneer Mr. KIST, t. a. p. bl. 4 en 28 (met BARELS, § XXI) beweert, „dat men kiezen moest tusschen de toepassing der *lex hoc edictali* en de gemeenschap,“ dan zegt hij iets dat onhoudbaar is. *Lex h. e.* en gemeenschap kunnen te samen in vrede leven en werkelijk was dit in Holland het geval. Men had er de *lex h. e.* niet opgeofferd voor de gemeenschap, noch deze voor gene. Dit behoeft ook volstrekt niet, doch men zag in dat om de hier te vreezen gevolgen der

tegen GROENEWEGEN staande houden, eene directe toepassing der *lex hoc edictali* niet mogelijk, daar hare verbodsbepaling, overgangen *van* het vermogen des hertrouwen in dat des nieuwen echtgenoots betreffende, niet tevens voorziet of voorzien kan, tegen het nadeelig resultaat der goederengemeenschap. Het *„cessare omniuo communionem, quatenus legi sextae C. de sec. nupt. adversatur“* waarvan VOET ad Tit. D. de ritu nupt., § 122, spreekt, is een wanbegrip en het toepassen dier wet op de gemeenschap in de Utrechtsche Costumen van 1659, art. 10 (10), is inderdaad niets anders dan het uitsluiten van het hoofdbeginsel der gemeenschap. De woorden van dat artikel *„van denzelven“* door VOET, t. a. p. § 123, teregt vertaald door *„ex bonis mariti sui“* (die Prof. OPZOOMER en anderen ook in onze wet willen lezen) toonen dit duidelijk aan. Mr. KIST onderstelt ten onregte dat aan onzen wetgever dat art. 10 wellicht mede tot model heeft verstrekt. Ik kan in dat art. 10 niets meer zien dan eene mislukte poging om tot eene bepaling te geraken voor welke het eerst in den C. C. eene passende uitdrukking voorkomt, die door onze wet is overgenomen.

Wanneer men het deel des nieuwen echtgenoots door *a* voorstelt en de te verdeelen gemeenschap door *a*; al wat van de zijde des hertrouwen in de gemeenschap valt door *b*; door *c* al hetgeen de gemeenschap aan den nieuwen echtge-

gemeenschap tegen te gaan, niet meer of minder dan de tusschenkomst des wetgevers noodig is. Of. v. D. KEESSEL, Th. CCXIX en de in (de achter dit opstel gevoegde bijlage voorkomende) plaats uit zijn dictaat.

Wat toegegeven moet worden is dat men de *lex h. e.* en de gemeenschap in concreto niet te gelijk kan toepassen. Waar in een bepaald geval gemeenschap is kan de *lex h. e.* eo ipso niet van toepassing zijn, en omgekeerd.

(10) *„Man of vrouw komende te trouwen eene weduwe of weduwnaar voor kinderen hebbende, zal van denzelven uit kracht van statutaire of consuetudinaire gemeenschap niet meer mogen genieten dan een kindsgedeelte of in cas van veel kinderen als de portie van het kind minstgenietende bedraagt, wel verstaande dat geen legitime daaraf getogen zal worden.“*

noot te danken heeft en door d of 4 het aantal kinderen, dan is

$$x = \frac{1}{2} a - \left(\frac{b-c}{2} - \frac{a-x}{d} \right) \text{ of } x = \frac{1}{2} a - \left(\frac{b-c}{2} - \frac{a-x}{4} \right)$$

(11). Naar de theorie die ik hier bestrijd kan die formule geen andere vormen hebben dan deze $x = \frac{1}{2} c + \frac{b}{d}$ of $x = \frac{1}{2}$

$$c + \frac{b}{4}, \text{ want wil men ze aldus stellen } x = c + \frac{b}{d} \text{ of } x = c + \frac{b}{4},$$

dan ziet men voorbij dat de uitzondering die in art. 236 voorkomt, in elk geval alleen het voordeel uit de goederen — als het dan zoo zijn moet — des hertrouwdens kan betreffen en de regel van de artt. 235 en 183 voor die des nieuwen zijn volle kracht zou behouden (12).

$$\text{Neeft men } x = \frac{1}{2} a - \left(\frac{b-c}{2} - \frac{b}{d} \right) \text{ of } x = \frac{1}{2} a - \left(\frac{b-c}{2} - \frac{b}{4} \right) \text{ dan mengt men twee systemen die elkaâr}$$

(11) Zie deze formule nader verklaard op bl. 252 van mijn boven aangehaald opstel. Ik ga uit van het geval van successio ab intestato; voorts houd ik de winst- en verliesrekening, in navolging van VAN HALL, OPZOOMER, DIEPHUIS en anderen, niet alleen om art. 240, maar vooral om art. 236, dat spreekt van «vermenging van goederen en schulden», en de geschiedenis van het leerstuk, geheel afzonderlijk. — Men pleegt hier wel van *aanwinst* en *overwinst* te spreken, uitdrukkingen die de wet niet kent en die ligtelijk tot verkeerde begrippen leiden. Vergelijk Mr. J. G. A. FABER, t. a. p., bl. 199—202 en een Arrest van het hof van N.-Holland van 10 October 1866, *W. v. h. R.* 3015, die zich hier te regt aan de artt. 212—219 B. W. houden. Immers de vermenging van «goederen en schulden» laat geene afscheiding van winst en verlies toe, dan voor wat als zoodanig in die artt. is gequalificeerd. Men behoeft hier ter verklaring van die woorden geenszins zijn toevlugt tot analogie enz. te nemen, want de wet die vermenging van «goederen en schulden» wil, omvat alles wat door haar niet als winst en verlies is gekenmerkt, b. v. rijzing of daling van de waarde der goederen enz. Door de wet zelve zou dit niet buiten vermenging kunnen gehouden worden, zonder die vermenging te verhinderen. Mr. FABER noemt ten onregte art. 240 eene uitzondering op art. 236, want art. 236 laat voor art. 240 de noodige ruimte. Bij art. 240 is *ten overvloede* (zie Mr. KIST, bl. 24) de vraag die uit de artt. 236 en 235 reeds beantwoord kon worden, uitdrukkelijk beslist.

(12) Zie v. HALL, bl. 268, n^o. 2 in fine.

uitsluiten, *lex hac edictali* en voordeel door de werking der *gemeenschap*, dooreen. Die theorie, daar zij de eigenaardige beteekenis van het „*voordeel* opkomen door vermenging van goederen en schulden” miskent, heeft nog dit onredelijke gevolg dat zelfs dan wanneer c grooter is dan b , de oude verdeeling moet gevolgd worden, terwijl daarentegen de toepasselijkheid der formule door mij gevolgd ophoudt wanneer $b - c$ negatief of gelijk nul wordt, wat reeds VOET t. a. p. § 123 voor ontwijfelbaar hield.

De rijksadvocaten, Mrs. DE PINTO en VAN DER LINDEN, hebben bij advies van 15 Maart 1868 (13) over het verband der artt. 236, 237 en 949 B. W. het volgende oordeel uitgesproken:

„Wij zijn van oordeel dat, ofschoon het burgerlijk wetboek geenerlei verband geopenbaard heeft tusschen de artt. 236, 237 en 949” (men neme dit ad notam) „en letterlijke toepassing en eene bevoordeeling van $\frac{1}{4}$ ” (waarvan of waardoor?) „bij het aangaan des huwelijks (14) en

(13) Te vinden in het *Periodiek Woordenboek der Registratie*, numero 5345, en in het tijdschrift *Regt en Wet* 1869, XXI, bl. 72, in welke werken men het best kan zien wat de practijk in de wet meent te lezen en hoe zeer het oordeel des regters hierover verschilt.

(14) „Bij het aangaan des huwelijks.” Ik vermoed dat de adviseurs hier op den dwaalweg zijn gebragt door het arrest van den H. R. van 10 Juni 1864, *W. v. h. R.* 2595, waarin men leest:

„O., dat door de vermenging van goederen en schulden welke bij eene „gemeenschap in tweede huwelijk plaats heeft, de tweede echtgenoot, indien „hij minder fortuin dan de hertrouwde aanbrengt, reeds bij den aanvang „der gemeenschap pro indiviso medeëigenaar wordt van *de helft* van „hetgeen de hertrouwde aanbrengt, zoodat hij reeds bij den aanvang van „het huwelijk met een gedeelte van den boedel van den hertrouwd en echtgenoot bevoordeeld wordt, waaruit volgt” (voor die het aannemen kan) „dat de wet, bepalende hoe groot dat gedeelte wezen mag” (zooeven was het nog *de helft*) „moet bedoelen den boedel van den hertrouwd en zoodat „die bij den aanvang van het huwelijk was.” Fraaije logica! denkt men daardoor allen aanbreng te kunnen beperken tot hetgeen bij het aangaan van het huwelijk aanwezig is? De conclusie uit die praemissen kan alleen deze zijn dat in de eerste plaats in aanmerking komen de toen aangebragte. Maar hoe zal men de staande huwelijk bij erfenis, making of schenking verkregen goederen van den aanbreng uitsluiten? Toch stellig niet op grond

bevoordeeling nog bovendien van $\frac{1}{4}$ bij testament toelaat, de bedoeling des wetgevers nogtans is geweest" (hoe weten dit de adviseurs?) "dat het voordeel door een hertrouwen persoon aan zijn tweede echtgenoot bezorgd, hetzij door vermenging van goederen in gemeenschap" (wie is in dit geval de eigenlijke bezorger van het voordeel, de hertrouwde of de wet?) "hetzij besproken bij huwelijksvoorwaarden, hetzij bij testament in alles te zamen geen $\frac{1}{4}$ " "mag te boven gaan. Heeft er afscheiding van boedels plaats gehad, dan is de zaak zeer eenvoudig, omdat dan alleen art. 949 toepassing kan vinden" (waarom ook niet art. 237? art. 224 B. W.) "en dan komen bij de bepaling van het kinds gedeelte al de nagelaten goederen in aanmerking". (Niets meer? zie KIST, bl. 51.)

"Evenzoo is de zaak eenvoudig, wanneer er geene bevoordeeling bij testament plaats heeft en dus art. 236 alleen moet worden toegepast; want dan komen alleen in aanmerking de ter gemeenschap aangebrachte goederen en vallen de overgewonnen goederen geheel buiten berekening.

"Wanneer er is èn huwelijks-gemeenschap èn bevoordeeling bij testament komt het eerst art. 236 in toepassing even als of er geen bevoordeelend testament bestond. Dan zullen dus ook geene andere dan de aangebrachte goederen kunnen in aanmerking komen.

"Daarna komt de toepassing van art. 949. Maar daar de bedoeling van den wetgever niet toelaat dat uit dezelfde

van art. 236 dat de geheele werking der huwelijks-gemeenschap (art. 175) niet alleen bedoelt, maar duidelijk vermeldt, alleen uitzonderende winst en verlies. Dit wordt dan ook in dat zelfde arrest erkend:

"O., dat — — — de bepaling van art. 236 moet worden beperkt tot die goederen welke — — — zijn aangebragt of niet tot de winsten behooren en later:

"O., dat de wetgever dan ook in gemeld artikel door het $\frac{1}{4}$ van den boedel van den hertrouwen niet anders heeft bedoeld dan het $\frac{1}{4}$ van dien boedel waarvan de vermenging met den boedel van de tweede echtgenoot, hare bevoordeeling ten nadeele der voorkinderen zou ten gevolge hebben, en welke bij uitsluiting der gemeenschap niet had kunnen plaats hebben." Derhalve zijn staande huwelijk verkregen erfenissen, legaten of schenkingen van den aanbreng niet uitgesloten.

goederen" (het is de vraag of daarvan *in casu* sprake kan zijn, wat ik ontken) „dubbel voordeel zal worden genoten, zoo vallen de aangebragte goederen waaruit de tweede echtgenoot reeds zijn veroorloofd deel gehad heeft, buiten berekening en kunnen nog maar alleen in aanmerking komen die door den overleden echtgenoot nagelaten goederen waaruit nog geen voordeel genoten is, dat zijn mitsdien de goederen die staande de gemeenschap zijn overgewonnen.

„Naar ons oordeel is deze toepassing der wet" (men herinnere zich wat de adviseurs in den aanvang, van de wet beweerden) „ook in overeenstemming met de arresten van den H. R. van 28 Maart 1849 en 10 Junij 1864."

Wat aangaat de verdeeling van het terrein tusschen de hier besproken artikelen kan ik vrijwel met het advies instemmen, maar niet 1o. met de kracht die het toekent aan eene niet eens bewijsbare bedoeling des wetgevers tegen de wet, en de hierop gebouwde redenering; 2o. met het oordeel dat er in wordt uitgesproken over de toepassing zelve van art. 236, waarbij de adviseurs zich stellen op het standpunt der *lex hac edictali*. Dit zeggen zij wel niet uitdrukkelijk maar het ligt toch aan hun advies ten grondslag. Het volgt o. a. uit hun optelling van het voordeel door gemeenschap, huwelijksvoorwaarden en testament die in alles geen $\frac{1}{4}$ mag te boven gaan. Zulk een optelling is in het door mij voorgestaan stelsel ondenkbaar. Er zijn hier, of er moesten hier zijn, twee evenwijdige lijnen die elkaar niet raken kunnen, maar die het door de onachtzaamheid des wetgevers, die voor het bewaren der evenwijdigheid geen zorg droeg, toch doen. Testamentaire beschikkingen kunnen hier betrekking hebben op het aandeel dat naar art. 236 aan den hertrouwen in de gemeenschap toekomt, en *daaruit* is het voordeel door vermenging van goederen en schulden niet genoten. Het is ook niet genoten *uit de goederen* van den hertrouwen, maar enkel en alleen zooals de wet zegt „door vermenging van goederen en schulden" dus uit eene massa die doortrokken is met de goederen des nieuwen echtgenoots. Door welk juridisch-chemisch procédé zal men die goederen des nieuwen echtgenoots uit die massa uitscheiden, om ze dan in strijd

met het begrip van gemeenschap als basis van berekening aan te nemen? Of zal het gemakkelijker zijn de aanbrengst van den hertrouwenen terug te vinden om *daarin* een kinds-gedeelte aan den nieuwen toe te kennen?

Intusschen, de regtbank van Zwolle bij vonnis van 7 Sept. 1865 en de H. R. bij arrest van 23 Maart 1849 (*W. v. h. R.* 1010) zijn over deze moeilijkheden heên gestapt.

Terwijl toch in dat vonnis in de sterkste bewoordingen het bestaan van gemeenschap ook in tweede huwelijk bij het bestaan van voorkinderen wordt erkend, wordt aan de nieuwe echtgenoot toegeedeeld:

- 1o. haar aanbrengst,
- 2o. een kinds-gedeelte *in de aanbrengst des mans*,
- 3o. de helft in de overwinst.»

Eenzoo de H. R. Hij noemt art. 236 «eene uitzondering op en beperking van het gevolg der gemeenschap van goederen» doch onmiddellijk daarop loochent hij die gemeenschap, wanneer hij laat volgen: «het effect der vermenging der goederen vermag nimmer te zijn dat de kinderen uit het eerste huwelijk bij de ontbinding des tweeden huwelijks op minder dan drie vierden en de erven des nu overleden stiefvaders op meer dan een vierde aanspraak kunnen maken *van dat wat de weduwe of weduwnaar ten tweeden huwelijk heeft in gemeenschap gebragt.*»

Twee dingen schijnen mij ontwijfelbaar toe: 1o. dat hiervan in de wet niets te lezen staat, 2o. dat zoo het voor juist moest gehouden worden er aan het bestaan van gemeenschap niet te denken is.

Het verwondert mij dat Mr. ZUBLI, die naar mijn oordeel de eenige juiste formule voorgesteld heeft door zich daarbij van deze dwaling te onthouden en zonder terughouding gemeenschap voorop te stellen (zie zijne nos 28 en 29) kon schrijven (15): «Men lette wel op den tegenstrijdigen aard, die bij de gemeenschap bij tweede en verder huwelijk aanwezig is; hier, wat hare strekking betreft, naar gemeenschap beoordeeld moettende worden, behoudens uitzonderingen —

(15) t. a. p., bl. 14, n^o. 15 in fine. Overigens heb ik tegen onderscheidene stellingen des schrijvers (b. v. n^o. 51) bezwaar.

en daar, wat haren oorsprong, hare geschiedenis en hare gevolgen betreft, afkomstig uit een systema van uitsluiting van gemeenschap, dien ten gevolge naar dit systema onder de Fransche wet geregeld en gecodificeerd en *in hare toepassing eene wezenlijke uitsluiting van gemeenschap daarestellende.* Immers wat hier door art. 236 uitgesloten is, is niet de gemeenschap, maar de *normale* gemeenschap en hare *normale* werking.

Ik hoop in dit opstel aangetoond te hebben:

- 1o. dat met miskenning eener duidelijke wet algemeen eene leer wordt gehuldigd, die, hoezeer aanvangende met de erkenning dat er in tweede of verder huwelijk bij het bestaan van voorkinderen, gemeenschap van goederen is, metterdaad handelt alsof de vermogens der echtgenooten gescheiden blijven;
- 2o. dat de artt. 236, 237 en 949 B. W. moeten gesplitst worden in twee afzonderlijke categoriën, waarvan de eene, waartoe alleen art. 236 behoort, onvolledig is en dat dus de wetgever zijne taak bij dit onderwerp niet naar behooren heeft volbragt.

B I J L A G E.

De plaats in het dictaat van VAN DER KESSEL op thesis CCXIX luidt aldus. Na kortelijk de argumenten van BARELS en BIJNKERSHOEK te hebben vermeld, schrijft hij: „..... èn waarlijk — men moet erkennen dat naar deze leer (in thesis CCXIX uitgesproken) de heilzame bepaling der l. 6, dikwerf tot schade der voorkinderen verijdeld zal worden. Maar daaruit volgt niet dat die leer onjuist zoude zijn (nos eo jure non uti) of dat door haar de volledige toepassing dier wet zoude ondermijnd worden; immers ons regt is op onderscheidene plaatsen uit niet samenstemmende beginselen opgegroeid. Moet men nu aannemen dat beide bepalingen evenzeer regtsgeldig zijn doch zonder bezwaar in betrekking kunnen gebragt worden met verschillende gevallen, dan is dit voor de regtzekerheid genoeg, en voldoende, indien er op het verkrijgen van een welsluitend geheel niet te rekenen is. Wie toch zou hier op samenstemming kunnen hoopen, of wel hetzij de toepassing der *lex hac edictali* willen afschaffen, hetzij in tegenspraak

komen met eene zoo dikwerf door regterlijk gewijsde en dagelijksche ondervinding bevestigde zaak, namelijk de goederengemeenschap tusschen hertrouwen en hunne echtgenooten? De zaak komt dus hierop neêr dat men erkennen moet dat de *lex hac edictali* is overgenomen maar zóó dat door haar de gemeenschap niet is uitgesloten. En volgt hier nu uit dat wij bij den wetgever moeten aandringen op eene nieuwe bepaling waardoor de eenheid van het regt hersteld worde, zooals door de Staten van Utrecht is gedaan in art. 10. der nieuwe verordening? Ik vrees dat wij dan niet in het belang van den Staat zouden handelen. Het is waarlijk moeilijk genoeg voor een weduwnaar met een talrijk kroost uit een vroeger huwelijk gezegend, om aan zich eene nieuwe levensgezellin van gelijken stand te verbinden, van welke hij met regt zal mogen verwachten dat zij eene goede en aanbevelenswaardige stiefmoeder zijner kinderen zal zijn — tenzij hij haar door eenig geldelijk voordeel daartoe kunne overhalen. Neemt men nu deze aansporing weg door de goederengemeenschap te verbieden dan zal de jonge dochter die met een weduwnaar met kinderen wier opvoeding zij op zich moet nemen, huwt, in ongunstiger toestand verkeeren dan zij die met een jongman of weduwnaar zonder kinderen trouwt en al mag de toestemming der maagd verworven zijn dan zal dit met de ouders niet zoo gemakkelijk gaan.

„Hier komt bij dat de wetgever met zijne gemeenschap van het vermoeden uitgaat dat de kinderen niet benadeeld worden, daar juist de gemeenschap, als berustende op het begrip van gelijkheid die bij het aangaan der huwelijken de gewone regel is, onderstelt dat aan den hertrouwen juist zooveel uit het vermogen van den nieuwen echtgenoot toevloeit, als door die gemeenschap uit zijn eigen vermogen is weggevloeid. Vgl. VAN SOMEREN, de *jure Noverc.*, C. I, § 1 „

Ik geef hier de vertaling omdat ik door de tegenwoordig geheel in onbruik geraakte in het dictaat voortdurend gebruikte verkortingen en afkortingen, wel zeker van den zin, maar niet steeds van de woorden zelve, meen te zijn. Door de bijzondere welwillendheid van Prof. DE WAL was ik in de gelegenheid het dictaat te raadplegen.

Over den titel van bezit in het B. W., door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Advocaat te 's Gravenhage.

De belangrijke monographie van Mr. CONINCK LIERSTING verdient een beter lot dan om, na in dagbladen en tijdschriften met lof te zijn aangekondigd, bij voorkomende gelegenheid te worden nageslagen. Zij wekt op tot onderzoek en lokt gedachtenwisseling uit. Zij heeft mij aangespoord den oorsprong van den titel *van bezit* in ons B. W. nog eens na te gaan en ik deel de uitkomsten daarvan in dit opstel mede.

De voorname hand in de vervaardiging van ons Burgerlijk Wetboek had de heer NICOLAÏ en men mag veilig hem doodverwen als den steller van den titel *van bezit*, dien hij in eene uitvoerige rede, bij VOORDUIN medegedeeld, in het Fransch toelichtte.

De Fransche tekst van het Burgerlijk Wetboek is hier, gelijk in den regel, de oorspronkelijke, de Hollandsche slechts vertaling. De bronnen, waaruit de heer NICOLAÏ putte, kan men gemakkelijk aanwijzen. In de eerste afdeeling plaatste hij enkele artikelen van den Code Napoléon (1), de twee volgende bevatten een uittreksel uit POTHIER's *Traité de la possession*. Daar deze opmerking voor het standpunt, waarop de uitlegger zich plaatsen moet, beslissend is, laat ik hier den franschen tekst van het Wetboek van 1830 met de plaatsen van POTHIER er naast afdrukken, opdat men zich door de vergelijking terstond van de waarheid mijner stelling kunne overtuigen.

(1) Het laatste, art. 635, is echter reeds getrokken uit POTHIER, § 37. Même parmi les choses corporelles, il y en a quelques-unes qui ne sont pas susceptibles de possession : telles sont celles qui sont *divini aut publici iuris*, comme sont une église, un cimetière, une place publique. Il est évident, que ces choses ne peuvent être la matière de la possession des particuliers.

POTHIER. *Traité de la Possession.*

Chapitre IV.

Comment s'acquiert et se retient la possession.

§ 39. Pour acquérir la possession d'une chose, il faut la volonté de la posséder, jointe à la préhension de cette chose.

§ 44. Les personnes qui n'ont pas l'usage de la raison, sont incapables d'acquérir par eux-mêmes la possession.

§ 45. Il en est autrement lorsque *l'impubère* a un âge suffisant pour comprendre ce qu'il fait.

§ 48. La possession n'étant qu'une chose de fait, une femme sous puissance de mari peut, sans être autorisée, acquérir la possession.

§ 49. Nous pouvons acquérir la possession d'une chose, non seulement par nous-mêmes, mais aussi par ceux qui la reçoivent pour nous et en notre nom.

§ 53. La volonté d'acquérir la possession de la chose qu'il recevra pour moi suffit pour m'en faire acquérir par lui la possession, quoique j'ignore encore qu'il l'ait reçue.

§ 57. La possession de toutes les choses qu'un défunt possédait au temps de sa mort,

CODE CIVIL. L. II. T. II.
Section deuxième.

Des manières dont s'acquiert, se conserve et se perd la possession.

Art. 636. La possession s'acquiert par le fait de l'appréhension de la chose, dans l'intention de la posséder.

637. Ceux qui n'ont pas l'usage de la raison, ne peuvent, par eux-mêmes, acquérir la possession.

Le mineur capable de raison, la femme sous puissance de mari, peuvent, par le fait, acquérir la possession.

638. Nous pouvons acquérir la possession d'une chose, ou par nous-mêmes, ou par un autre qui la reçoit en notre nom.

Dans ce dernier cas, la possession nous est acquise même avant d'en avoir eu connaissance.

639. La possession de tout ce que le défunt possédait, passe, dès l'instant de sa mort,

passé, dès l'instant de sa mort, en la personne des héritiers, en la personne de son héritier.

§ 33. La possession est la même possession qu'aurait le défunt, qui continue avec les mêmes qualités et les mêmes vices qu'elle avait lorsque elle a commencée.

Cette possession est transmise avec toutes ses qualités et tous ses vices.

Chapitre V.

Comment se perd la possession.

§ 64. Pour perdre la possession que nous avons d'une chose, il ne suffit pas que nous cessions de la détenir corporellement, si nous n'avons pas une volonté formelle d'en abandonner la possession, ou si nous n'en sommes dépossédés par quelqu'un malgré nous.

640. L'on conserve la possession aussi long-tems qu'elle n'est pas passée à un autre, ou abandonnée purement et simplement.

§ 65. Nous perdons la possession d'une chose par notre volonté par la tradition que nous en faisons à quelqu'un dans le dessein de la lui transférer.

641. L'on perd volontairement la possession, lorsqu'on la transfère à un autre.

§ 70. Il y a cette différence entre la tradition et l'abandon pur et simple, que celui qui fait la tradition, n'a la volonté de perdre la possession que pour la transférer à celui à qui il fait la tradition. Au contraire, celui qui fait un abandon pur et simple de la possession, a une volonté absolue de perdre la possession.

642. L'on perd la possession, même sans la volonté de la transférer à un autre, lorsqu'on l'abandonne purement et simplement.

§ 67. Un mineur, à qui la volonté d'aliéner n'est pas permise, peut bien, en faisant à quelqu'un la tradition réelle d'une chose, sans y être autorisé par son tuteur, cesser de la posséder corporellement, mais il en conserve néanmoins la possession.

§ 76. Nous perdons malgré nous la possession d'un héritage, lorsque nous le laissons usurper par quelqu'un qui s'en est mis en possession, et en a joui pendant un an et jour, sans que nous ayons de notre part fait pendant ce temps aucun acte de possession, et sans que nous ayons apporté de notre part aucun trouble à sa jouissance; car, par cette jouissance d'un an et jour, il a acquis la possession, et nous a par conséquent fait perdre la nôtre.

§ 77. Nous perdons la possession d'un héritage, lorsqu'il est submergé par la mer ou par la rivière.

Il en est autrement d'une inondation passagère.

643. Si la transmission de la possession a été faite par une personne incapable d'aliéner, l'action *en maintenue* pourra être intentée dans l'année.

644. L'on perd contre sa volonté la possession d'un héritage:

1^o. Lorsqu'un autre en prend possession, malgré le possesseur, et en jouit paisiblement pendant une année;

2^o. Lorsque l'héritage est submergé par un événement extraordinaire.

L'inondation momentanée d'un fonds n'en fait pas perdre la possession.

L'on perd la possession d'une universalité de meubles, de la manière indiquée au numéro 1^o., du présent article (2).

(2) Ingelascht op eene aanmerking der Tweede Kamer. VOORDUIN, III, p. 363.

§ 79. Nous perdons malgré nous la possession, non seulement des choses mobilières qui nous sont ravies, mais pareillement de celles qui nous sont dérobées.

§ 80. Nous perdons la possession des choses mobilières que nous avons perdues de manière, que nous ne savons plus où elles sont.

645. L'on perd contre sa volonté la possession d'une chose mobilière.

1o. Lorsqu'elle a été soustraite ou volée;

2o. Lorsqu'elle est perdue de manière qu'on ignore dans quel lieu elle se trouve.

646. L'on perd la possession des biens incorporels, lorsque, pendant une année, un autre en a eu paisiblement la jouissance.

Chapitre VI.

Des droits qui naissent de la possession et des actions possessoires.

§ 82. Quoique la possession ne soit pas un droit à la chose, elle donne néanmoins au possesseur certains droits par rapport à la chose qu'il possède.

Ceux qui sont particuliers aux possesseurs de bonne foi sont :

1o. le droit d'usucapion ou de prescription ; c'est à dire le droit qu'a le possesseur de bonne foi d'acquérir par la possession la propriété ;

2o. le droit qu'a le posses-

Section troisième.

Des droits qui naissent de la possession.

647. La possession de bonne foi donne, sur la chose, à celui qui la possède, le droit :

1o. d'en être réputé propriétaire par provision et jusqu'à ce qu'elle soit revendiquée ;

2o. d'en acquérir la propriété par le moyen de la prescription ;

3o. d'en percevoir à son profit, et jusqu'à la revendication, les fruits qu'elle produit ;

4o. d'être maintenu dans la possession de la chose contre

seur de bonne foi, de percevoir à son profit les fruits de la chose, jusqu'à ce qu'elle soit revendiquée par le propriétaire, sans être tenu de les rapporter.

§ 83. A l'égard des droits que donne la possession, qui sont communs à tous les possesseurs, le principal est, qu'elle les fait réputer par provision propriétaires de la chose qu'ils possèdent, tant qu'elle n'est point revendiquée par celui qui en est le propriétaire.

Le possesseur, quel qu'il soit, doit en percevoir les fruits.

§ 84. Le possesseur, quel qu'il soit, doit avoir une action pour être maintenu dans sa possession, lorsqu'il y est troublé par quelqu'un, et pour y être rétabli, lorsque quelqu'un l'en a dépossédé par violence.

Section I.

De la plainte en cas de saisine et nouvelleté.

§ 85. On peut la définir, une action possessoire que le possesseur d'un héritage, ou d'un droit réel, ou d'une universalité de meubles, a contre celui qui le

celui qui viendrait l'y troubler, ou de s'y faire réintégrer, lorsqu'il l'a perdue.

648. La possession de mauvaise foi donne, sur la chose, à celui qui la possède, le droit :

1^o. d'en être réputé propriétaire par provision et jusqu'à la demande en revendication ;

2^o. d'en percevoir les fruits, mais à charge de les restituer à qui de droit ;

3^o. d'être maintenu ou réintégré comme il est dit au numéro 4^o. de l'article précédent.

649. L'action en maintenue a lieu lorsqu'on est troublé dans la possession, soit d'un fonds de terre, soit d'une maison ou bâtiment, soit d'un droit

trouble dans sa possession (3).

§ 88. § 5. Je puis, lorsque je suis en possession d'un droit de champart, intenter cette action contre ceux qui m'y troubleraient.

§ 89. Je puis l'intenter, non seulement contre un tiers qui me le disputerait, et entreprendrait de le lever à mon exclusion; je puis même l'intenter contre le débiteur qui prétend que son héritage n'est pas sujet à ce droit, et qui refuse en conséquence de me le payer. On doit dire la même chose des rentes foncières.

§ 90. Celui qui a joui du passage par un héritage, ou de quelque autre espèce de servitude (prédiale), par quelque temps que ce soit, sans avoir aucun titre pour en jouir, n'est pas reçu à former la plainte, lorsqu'il en est empêché.

§ 90. § 2. Mais lorsque celui qui a joui, rapporte un titre en vertu duquel il a joui, quoique le possesseur de l'héritage, qui l'a troublé, con-

réel, soit d'une universalité des biens meubles.

650. Cette action n'a pas lieu contre celui qui, ayant payé une rente ou redevance foncière, refuse d'en continuer le paiement en prétendant que le fonds, par lui possédé, n'en est pas grevé (4).

651. Elle n'a pas lieu contre celui qui dénie un droit de servitude, à moins qu'il ne s'agisse de la possession d'une servitude *continue* et *apparente*.

652. Néanmoins, s'il y avait contestation sur la validité du titre constitutif d'une servitude *discontinue* ou *non apparente*, celui qui est en pos-

(3) Ook POTHIER verstaat door *héritages* maisons et fonds de terre. Cf. § 88, n^o. 2.

(4) De reden der verandering geeft NICOLAÏ op bij VOORDUIN, III, p. 366, § III.

teste la validité de son titre, la jouissance qu'il a eue en vertu de ce titre; ne passe plus pour une simple tolérance; elle suffit pourqu'il puisse former la plainte, et demander à être maintenu par provision, jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement au pétitoire.

§ 92. Il est évident que nous ne pouvons être reçus à former la plainte pour des droits que nous sommes incapables de posséder.

§ 93. L'ordonnance ajoute parmi les choses pour lesquelles on peut former plainte, une *universalité de meubles*. Elle dénie par là tacitement la plainte pour de simples meubles.

§ 100. La plainte ne peut être formée par les détenteurs qui ne détiennent l'héritage que pour un autre et en son nom, tels que sont des fermiers et des locataires.

§ 101. Le possesseur d'un héritage, ou de quelque autre chose pour laquelle on peut intenter la plainte, peut l'intenter contre tous ceux qui le troublent dans sa possession, quels qu'ils soient.

Il peut l'intenter même contre le propriétaire de l'héritage qui le troublerait dans la

session de l'exercer, pourra être maintenu pendant la durée du procès.

.653. L'action en maintenue ne peut avoir lieu pour des objets que le demandeur ne peut posséder légalement.

654. Les biens meubles corporels ne peuvent être l'objet d'une action en maintenue sauf la disposition finale de l'article 649.

655. Les preneurs à bail ou à ferme et ceux qui ne détiennent que pour autrui, ne peuvent intenter l'action en maintenue.

656. L'action en maintenue peut être intentée contre tous ceux qui troublent le possesseur dans sa possession; même contre le propriétaire, sauf à celui-ci l'action au pétitoire.

possession qu'il en a; et ce propriétaire n'est reçu, ni à justifier, ni même à alléguer son droit de propriété, jusqu'à ce que l'action en complainte que le possesseur a formée contre lui, ait été instruite et entièrement terminée par une sentence qui maintienne le possesseur en sa possession.

§ 96. Il faut excepter de cette règle les possesseurs qui ont usurpé leur possession, soit par violence, soit par des voies clandestines, ou dont la possession est précaire, lesquels ne sont pas fondés à former la complainte contre celui sur qui ils ont usurpé la possession par ces voies, ni contre celui de qui ils la tiennent précairement. Mais ces possesseurs sont fondés à la former contre les tiers.

§ 102. Lorsque je suis troublé dans la possession que j'ai d'un héritage, je ne dois pas laisser passer l'année depuis le trouble sans former la complainte contre celui qui a fait le trouble, ou sans m'opposer de fait à son entreprise; autrement, comme la possession s'acquiert en jouissant par an et jour sans trouble, il pourrait prétendre avoir acquis la possession de l'héritage, par la

Néanmoins, lorsque la possession est précaire, clandestine, ou usurpée par violence, le possesseur ne pourra diriger l'action en maintenue contre celui auquel la possession aurait été ainsi enlevée.

657. L'action en maintenue doit être intentée dans l'année, à dater du jour où le possesseur a été troublé dans sa possession.

jouissance, qu'il en aurait eue sans trouble par an et jour.

§ 104. Celle des parties qui a fait la preuve de sa possession, obtient sentence qui la maintient dans sa possession, et fait défenses à l'autre partie de l'y troubler.

(Le demandeur conclut à ce qu'il soit maintenu en sa possession, et que défenses soient faites à la partie assignée de l'y troubler; il peut aussi conclure à des dommages et intérêts, si le trouble, qui lui a été fait, lui a causé du préjudice.

(POTHIER, *Procéd.civ.* §297.)

§ 105. Lorsque le juge ne peut connaître laquelle des deux parties qui se disputent la possession de l'héritage, à cette possession, en ce cas, sans rien statuer sur la possession, il ordonne que les parties instruiront au pétitoire.

Quelquefois le juge ordonne que la possession sera séquestrée pendant le procès au pétitoire.

Quelquefois le juge accorde la *récréance* à l'une des parties, c'est-à-dire une *possession provisionnelle* pendant le procès au pétitoire. Cette récréance n'a d'autre effet que de donner à la partie à qui elle a été accordée, le droit de jouir de l'héri-

658. Cette action tend à faire cesser le trouble, et à maintenir le possesseur dans sa possession, avec dommages et intérêts.

659. Lorsque sur l'action en maintenue, le juge trouve que le droit de possession réclamé de part et d'autre n'est pas suffisamment justifié, il pourra, sans rien statuer sur la possession, ordonner que l'objet sera séquestré, ou en joindre aux parties d'instruire au pétitoire, ou accorder à l'une d'elles une possession provisionnelle.

Cette possession ne donnera que le simple droit de jouir de l'objet contentieux pendant la durée du procès au pétitoire, et à charge de rendre compte des fruits perçus.

tage contentieux pendant le procès au pétitoire, à la charge d'en rendre compte à l'autre partie, dans le cas auquel cette partie obtiendrait au pétitoire.

660. Lorsque, sans violence, le possesseur d'un fonds de terre ou d'un édifice en aura perdu la possession, il aura, contre le détenteur, le droit de se la faire restituer et d'être maintenu dans sa possession.

Section II.

De la réintégrande.

§ 118. Celui qui a été dépossédé par violence d'un héritage, peut intenter l'action de réintégrande, non seulement contre ceux qui ont par eux-mêmes employé la violence pour l'en déposséder, mais encore contre celui qui leur en a donné l'ordre.

§ 120. Quoique celui qui a commandé, ou même seulement approuvé ce qui a été fait en son nom pour déposséder quelqu'un par violence, soit censé l'avoir lui-même dépossédé, cela n'empêche pas que ceux qui ont exercé la violence, ne soient pareillement tenus de l'action solidairement avec lui.

§ 123. On n'examine, sur l'action en réintégrande, que

661. Lorsque le possesseur aura été dépossédé par violence, il aura l'action en *réintégrande*, tant contre ceux qui ont employé, que contre ceux qui ont ordonné la violence.

Ils sont tous solidairement obligés.

Pour être recevable dans cette action, il suffit que le

le seul fait de la dépossession par violence; et quel que puisse être le spoliateur, il suffit qu'il soit établi qu'il a dépossédé par violence le demandeur, pour qu'il doive être condamné à le rétablir dans la possession de l'héritage dont il l'a dépossédé.

§ 122. Celui qui a été dépossédé par violence, n'est pas fondé à exercer cette action de réintégrandes contre celui qu'il trouve en possession de la chose dont il a été dépossédé avec violence, si ce possesseur n'y a aucune part. *Quum a te vi deiectus sum, si Titius eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio, quam tecum, interdicto experiri* L. 9. *D. h. t.*

§ 124. L'action de réintégrande doit, de même que la plainte, être intentée dans l'année, laquelle se compte du jour que la violence a cessé, et que le spolié a été en pouvoir de l'intenter.

Si donc on a laissé passer l'année sans intenter cette action, il résulte de ce laps de temps une fin de non-recevoir contre cette action qu'on voudrait intenter après l'année.

§ 125. Tant que le spolié est dans l'année, quand même il

demandeur prouve le fait de la spoliation.

662. L'action en réintégrande peut être intentée contre tous ceux qui, de mauvaise foi, auraient cessé de posséder.

663. L'action en restitution et en maintenue, dont il est parlé en l'article 660, doit être intentée dans l'année, à dater du jour où la possession a été troublée; et, en cas de spoliation, l'action en réintégrande doit être intentée dans le même délai, à dater du jour où la violence a cessé.

On n'est plus recevable dans ces actions, dès qu'on a agi au

aurait débuté par donner une demande en revendication contre le spoliateur, il n'en résulte aucune fin de non-recevoir, qui l'empêche, en laissant sa demande en revendication, de former l'action de réintégrande.

POTHIER, *de la Prescription*, § 40, la possession est interrompue lorsque le possesseur a été dépossédé même par violence.

Quelques auteurs pensent que dans notre droit on nedoit point regarder comme interrompue la possession de celui qui a été dépossédé par violence, lorsqu'il a été rétabli dans l'année.

Vgl. POTHIER, *du droit de domaine de propriété*, § 341, 343, 344.

pétitoire (5).

664. L'action en restitution et l'action en réintégrande tendent, dans tous les cas, à maintenir ou à rétablir l'ancien possesseur dans sa possession, et à le faire considérer comme ne l'ayant jamais perdue (6).

665. Lorsque l'action en restitution aura été intentée contre un détenteur de bonne foi, celui-ci sera en outre condamné à la restitution de tous les fruits perçus depuis la demande en justice, sous la déduction des frais de culture et semences, et moyennant le remboursement des impenses nécessaires pour la conservation de la chose.

Le détenteur aura le droit de rétention pour ces impenses.

(5) NICOLAÏ bepaalde het tegendeel op grond van art. 26 *Code de Pr. Civ.*

(6) Op grond van art. 2243 *C. N.*

§ 132. Le demandeur en réintégrande est fondé à demander la restitution des fruits, tant de l'héritage dont il a été dépossédé, depuis le jour qu'il en a été dépossédé, que de toutes les choses frugifères qui y étaient.

Cette restitution de fruits n'est pas bornée à ceux que le spoliateur a perçus; il doit restituer même ceux qu'il n'a pas perçus, et que le demandeur aurait pu percevoir, s'il n'eut pas été dépossédé.

§ 133. Le demandeur en réintégrande est fondé à demander ses dommages et intérêts, lesquels comprennent non-seulement les pertes qu'il a souffertes, mais pareillement tout le gain dont il a été privé par la dépossession.

§ 127. S'il n'est plus au pouvoir du spoliateur de rétablir le spolié dans la possession de l'héritage, le spoliateur doit être condamné à lui en restituer le prix, et en ses dommages et intérêts; et cela a lieu quand même ce serait sans aucune faute de sa part, mais par un accident de force majeure.

§ 128. On n'entre pas, à l'égard du spoliateur, dans l'examen de savoir, si la chose fût également périée entre les

666. Lorsque cette action aura été dirigée contre un détenteur de mauvaise foi, ou dans le cas de l'action en réintégrande, le détenteur ou le spoliateur sera condamné:

1^o. à restituer, sous la déduction des frais de culture et de semences, tous les fruits, même ceux non perçus, si le demandeur avoit pu les percevoir;

2^o. à payer tous les dommages et intérêts;

3^o. à acquitter, si la restitution ne peut être faite, la valeur de l'objet à restituer, alors même qu'il serait péri par accident et sans sa faute; à moins qu'il ne prouve que la chose serait également périée entre les mains du demandeur.

main de celui à qui elle devait être restituée.

§ 129. Mais dans le for intérieur, lorsque je sais que je ne me serais pas défait de la chose, et qu'elle serait également perie entre mes mains, je ne crois pas que je puisse, en conscience, me faire payer du prix de cette chose par le spoliateur.

POTHIER, *Traité du droit de domaine et propriété*, § 350. Il y a une mauvaise foi caractérisée et criminelle, telle que celle d'un usurpateur; un tel possesseur de mauvaise foi doit être traité avec toute la rigueur du droit; il ne mérite aucune indulgence, et on ne doit point en conséquence lui faire raison des améliorations qu'il a faites à l'héritage.

Vgl. POTHIER, *du droit de domaine et propriété*, § 351, 352.

§ 124. § 3. Néanmoins, même après l'année, lorsque le spoliateur se trouve en possession de l'héritage dont il a dépossédé quelqu'un, ou de quelques-unes des choses qui s'y sont trouvées, il ne peut, par aucune fin de non recevoir,

667. Le spoliateur ne peut déduire les impenses qu'il a faites, quand même elles auraient été nécessaires pour la conservation de la chose.

668. Les impenses d'utilité et d'embellissement sont à la charge du détenteur de bonne ou de mauvaise foi; mais il a le droit d'emporter ces objets, si cela peut se faire sans détérioration.

669. Après l'expiration de l'année accordée pour intenter l'action en réintégrande, le spolié peut, *par une action ordinaire*, faire condamner le spoliateur à la restitution de tout ce qui a été enlevé par violence et aux dommages et

même après l'année, se défendre intérêts occasionnés par ces
 dre de restituer au spolié le dit voies de fait.
 héritage ou lesdites choses
 dans l'état qu'il les a.

De fransche tekst maakt geen verschil tusschen *besit* en *besitregt*. Het zonderling spel, met die woorden gedreven, dat met reden aanstoot gaf aan Mr. F. A. VAN HALL (7), komt voor rekening van den vertaler, die bloot uit zucht tot afwisseling dan het ééne, dan weder het andere bezigde en zich zoo weinig aan het origineel stoorde, dat waar dit een enkele maal sprak van *droit de possession*, réclamé de part et d'autre, hij het juist overzette door *neen besit*, dat van wederzijde gevorderd wordt. Art. 617 B. W.

Aan de gevogtrekkingen, welke men soms aan die uitdrukking *besitregt* (8) heeft willen vastknoopen, moet mitsdien alle waarde ontzegd worden. De nederlandsche wetgever heeft geen ander doel gehad dan om het fransche regt onveranderd te behouden, want hierop drongen in 1823 de zuidelijke leden der Staten-Generaal aan en zij triomfeerden. Hun orgaan, de heer NICOLAÏ, had na de terzijdeschuiving en den dood van onzen KEMPER de geheele leiding der zaak en hij raadpleegde POTHIER, omdat hij zelfs in dit punt, waar het gold de aanvulling van den *Code Napoléon*, het voorbeeld wilde volgen, door de vervaardigers van dat wetboek gegeven. De onkundige vertaler dacht bij zijn werk niet na en, al heeft de afscheiding van België de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1830 belet, niettemin moet thans nog de fransche tekst bij de uitlegging tot grondslag genomen worden, wil men zich van de ware bedoeling des wetgevers behoorlijke rekenschap geven.

Door dat feit vervalt de gissing, dat men in het Burgerlijk Wetboek de onderscheidingen terugvindt, door de oud-

(7) In zijne bekende *dertig vragen*, *Bijdragen*, 1828, p. 118.

(8) In art. 584 B. W. werd «*droit de possession*» vertaald door *regt van besit*.

Hollandsche praktijk tusschen de mandementen van maintenue en complainte gemaakt (9).

Vooral Mr. GREGORY (10), wiens zienswijze overwegenden invloed op de beslissingen van den Hoogen Raad uitoefende, heeft veel bijgedragen tot verspreiding en bevestiging van het gevoelen, dat onze wetgever „die bij het vaststellen der wetsbepalingen omtrent bezit het oud-Hollandsche regt zoo bijzonder voor oog en gehad heeft“, in art. 606 B. W. tot voorbeeld zou genomen hebben het mandement van maintenue of ad retinendam possessionem en in art. 618 B. W. het mandement van complainte of ad recuperandam possessionem, niettegenstaande het hem niet ontging (11), „dat, wel is waar, de Nederlandsche wetgever bij de regeling der stoffe omtrent het bezit hoofdzakelijk het oog heeft gehad zoowel op het Romeinsche als op het oud-Hollandsche regt, doch de bepalingen hetzij van het eene, hetzij van het andere niet zuiver heeft overgenomen, maar een eigenen weg heeft bewandeld en eene eigene leer verkondigd, hoewel op beide regten hoofdzakelijk gegrond.“ Wat men te denken heeft van dien eigenen weg en eigene leer toont de vergelijking van den franschen tekst met zijne bron. Waarschijnlijk had nooit de heer NICOLAÏ en zeker had nooit POTHIER een oog in BORT of de Manier van procederen gehad. De kundige juristen, die dat verband met het oud-Hollandsche regt hebben meenen te ontwaren, werden bedrogen door een valschen schijn. De schrijvers over dat regt (12) stellen inderdaad het mandement van complainte als recuperandae possessionis tegen dat van maintenue als slechts retinendae possessionis over, doch zij gebruiken daarbij die onderscheiding in een zin, geheel afwijkende van dien, welken wij gewoon zijn er aan te hechten.

(9) Vgl. Mr. GRATAMA, *Nieuwe Bijdr.* 1851, p. 257, n^o. 1; Mr. DE JONGE, *Poss. act. van het O. H. regt.*, p. 154, en Mr. CONINCK LIEFSTING. Ook Mr. FEITH, *Over bezit en bezitacties. Nieuwe Bijdragen*, 1866, p. 6-2.

(10) v. D. HONERT, *Burg. regt.*, 20, p. 154.

(11) v. D. HONERT, *Burg. regt.*, 18, p. 504.

(12) VOET, *Uti poss.*, § 7 en de daar aangehaalden. v. D. LONDEN, *Handboek*, p. 114.

Het verschil toch tusschen beide mandementen lag in den vorm, niet in het wezen; in de inleiding, niet in den einduitslag van het geding. Hetzij de eischer het mandement van complainte, hetzij hij dat van maintenue vroeg, altoos stelde hij in dezelfde actie en concludeerde hij ten principale tot handhaving in het bezit. In beide gevallen procedeerde hij met het interdictum uti possidetis, doch in het eene voerde men in drie bedrijven op, wat men in het anlere afspeelde in twee.

In het volledig possessoir proces volgden achter elkander, als zoovele zelfstandige onderdeelen, de sequestratie, de toewijzing van het fiduciair bezit en het geding ten principale. Het laatste of plenair possessoir heette altoos maintenue (13) en bevatte de eigenlijke possessoire actie, die in het hedendaagsche regt, dat de twee voorafgaande gedingen niet kent, alleen overbleef.

In het oude regt ging aan het plenair possessoir onmiddellijk vooraf de récréance en dit zoowel in de procedure met het eene als in die met het andere mandement. De récréance vertoont eene merkwaardige overeenkomst met hetgeen de ontcijfering van GAIUS ons geleerd heeft, dat plaats vond in het formulier proces. Daar begon men met na de uitvaardiging van het interdictum uti possidetis het voorloopig bezit, hangende het geding, toe te wijzen aan de partij, die er het hoogste bod voor deed. De Italiaansche DD., die de middeleeuwsche praktijk schiepen, beseften insgelijks de noodzakelijkheid van dergelijken voorbereidenden maatregel en openden de maintenue met een interlocutoir, waarbij het fiduciair genot der zaak, in afwachting van het onderzoek en de uitspraak ten principale, tegen zekerheidsstelling verleend werd aan de partij, die summier bewees (van daar de benaming summarium voor dit incident) er de meeste aanspraak op te hebben.

(13) *Maintenue* est la possession accordée par la sentence définitive qui intervient en conséquence de la complainte. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire in v.* POSIUS, de Italiaansche schrijver *de manutenendo*, verstaat daaronder bloot het summarium en noemt het geding ten principale ordinarium.

In Frankrijk, waar de geleerde regters de lessen hunner Italiaansche leermeesters even trouw opvolgden als elders, heette deze toekenning van het fiduciair bezit *récréance* in verband tot het voorspel, dat er aan kon voorafgaan en dat bevatte wat eigenlijk uitmaakte de *complainte*.

De Glosse namelijk had uit L. 13 § 1 D. *de usuf.* (7, 1) het besluit getrokken, dat de regter, wanneer er vrees bestond, dat partijen slaags zouden raken, verplicht was ambtshalve tusschen beiden te komen (14). Vrees voor gewelddadigheden bestaat vooral bij twist over het bezit en wat de regter ambtshalve doen moet, mag de belanghebbende hem verzoeken te doen (15). Men veroorloofde dus aan de partij, die door *nieuwigheden* werd verontrust, de bescherming des regters per implorationem officii iudicis in te roepen. Met hartstogtelijken ijver streefden de koninklijke regters in de Fransche kroonlanden er naar om met behulp van het Romeinsche en Canonieke regt de magt van den Souverein uit te breiden en door hunne geleerde rechtspraak de feudale te verdringen. Gretig bedienden zij zich van het middel, hetwelk de leer der Glosse hun aanbood, om zich de kennisneming der possessoire actiën met voorbijgang der territoriale gerichtsheeren regtstreeks aan te trekken (16). Op de *complainte* of het beklag van den bezitter, dat zijne tegenpartij hem door eene nieuwigheid stoort (van daar *complainte de saisine et de nouvelleté* of *querela novitatis*), vaardigde het Koninklijk Hof, ne partes veniant ad arma vel viam facti (17), een be-

(14) BRUNS, *Besitz*, p. 233.

(15) POSTIUS, *De manutenendo*, Obs. 75, no. 1.

(16) POTHIER, § 87.

(17) GRAND COUTUMIER, p. 240, Paris 1868; REBUFFUS, *Constt. reg.* III. p. 250, Lugd., 1555 *de mater. poss.*, art. 1, Gl. 1. § 14 geeft van de te nemen conclusiën het volgende formulier:

« tel demande être maintenu et gardé en possession et saisine de la chose, dont est question, et autres possessions pertinentes et en cas de délai la récréance lui soit adjugée pour jouyr de la chose contentieuce pendant le procès par manière de provision, comme ayant le plus cler et évident droit, et que cependant pour la conservation du droit des parties et obvier, *quod ad arma non prosiliant*, que la complainte sera préalablement fournie et la chose contentieuce séquestrée et régie sous la main du roy, commissaires

velschrift uit, met welks ten uitvoerlegging het een zijner deurwaarders belastte. De deurwaarder begaf zich naar de plaats in geschil, opende aldaar den brief, nam uit kracht daarvan de zaak in handen der Hooge Overheid, zoodat wie verder feitelijkheden pleegde zich jegens haar vergreep, onderzocht de waarheid der feiten, in het verzoekschrift aangevoerd, en gelastte, voor zooveel hij ze juist bevond, het retablisement of het dadelijk herstel van alles in den vorigen staat voor de stoornis. Hij zag toe, dat dit geschiedde, en stelde daarna het goed in geregtelijke bewaring. Bij zijn terugkeer deed hij van hetgeen door hem verrigt was, in tegenwoordigheid der partijen, die hij daartoe dag gelegd had, verslag aan het Hof, dat zijne beschikkingen bevestigde of verbeterde, en hiermede was de eigenlijk gezegde complainte of imploratio officii iudicis afgelopen. Men ging thans aanstonds over tot de verdere beregting van het geschil met de maintenue en dus tot toewijzing van het fiduciair bezit, waardoor de sequestratie werd opgeheven en dat men uit dien hoofde *récréance* noemde, omdat nu de zaak uit de hand der Hooge Overheid weder in die der partij overging.

Noodzakelijk ter inleiding van het proces was de sequestratie niet. Als de eischer geen retablisement begeerde, konde hij raauwelijks op de maintenue voortprocederen en wel terstond ten principale zonder zelfs de *récréance* te vragen. Die keuze tusschen de maintenue met voorafgaande complainte en simple maintenue gaf de fransche praktijk den eischer reeds zeer vroeg. De *Grand Coutumier* (18) leert het. »Nota,

mis bons et solvables, qui en sachent rendre bon compte et reliqua, quand et à qui il appartiendra et que chacune des dites parties soit contrainte à rétablir ce qu'il aura prins et levé de la chose contentieuse en mains des commissaires, qui seront nommés, etc.

(18) p. 235. REBUFFUS, Art. II, Gl. II, §§ 5, 13. DUBREUIL, *Silus curiae parlamenti*, c. XVIII, § 2. Item contra eum, qui possedit per annum et diem, non potest casus novitatis intentari, sed iure ordinario et communi habebit supra saisina conveniri. Ius ordinarium et commune beteekent (vgl. § 22 *per viam ordinariam*) het plenair possessor of eigenlijke *uti possidetis*, waarbij men wel zijne aanspraak op het bezit, maar niet de nieuwigheid te

qu'il y a deux voies pour intenter le cas ou le libelle de nouvelleté, l'une par manière de *complainte*, l'autre par un *simple adjournement*, et il y a plusieurs différences et avantaiges de procéder entre l'une manière et l'autre, car tum primo par manière de *complainte*, l'opposition faicte, la chose contentieuce est mise en la main du roy pour le débat des parties, mais par l'autre manière non "

De procedure met de *complainte* en de *maintenue* berustte dus in Frankrijk op de beginselen van het gemeene regt, zoo als dit zich in Italië had gevormd. Zij verschilde slechts in zooverre van hetgeen elders gebruikelijk was, dat de *implicatio officii iudicis* meer regelmatig als inleiding tot het eigenlijk gezegde *possessoire* geding strekte (19). En dit had zijnen grond in het groote politieke doel, dat de kroonjuristen najoegen. Toen zij meer en meer genomen werden uit den stand der leeken, beijverden zij zich om ook de regtsmagt der geestelijke regtbanken te besnoeijen. Een der voornaamste middelen, die zij hiertoe bezigden, bestond weder in de *stelling*, dat de kennisneming van *possessoire* geschillen, zelfs in

bewijzen had. Van daar *simple saisine* of zonder *nouvelleté*. Voor de *toe-passing* der *complainte* of van het *officium iudicis* was vers gepleegde *feitelijkheid* noodzakelijk, daar anders geen vrees voor geweldpleging bestond, en wat onder vers gepleegde *stoornis* moest verstaan worden, beoordeelde men naar de leer van het *vredig bezit*.

(19) Eene *tusschenkomst* zonder *voorafgaand beklag* had geen plaats. REBUFFUS, Art. I, Gl. I, § 5. Wel volgens de Italiaansche praktijk. POSTRUS, Obs. 8, n°. 1. *Sequestro seu avocationi possessionis locus est, ubi ab initio inter partes de possessione alicuius rei extra iudicium contenditur et est timor ne ad arma deveniant et scandala oriantur, atque dubium est iudici, quis eorum possideat, nam debet tunc iudex prudens, sive eadem partes ad ipsum iudicem devenerint, sive iudex aliter de huiusmodi altercationibus notitiam habeat, ex officio praevidere ne veniant ad arma et sic per modum provisionis ac sine partium praeiudicio ad se rem ipsam, sive possessionem cum fructibus avocare et nomine curiae retinere vel penes tertium sequestrare aut collectorem fructuum deputare et inhibere seu praeceptum facere partibus, ne ad rem accedant.* Ik kan dus Mr. CONINCK LIEFSTING niet toegeven, dat het stellen in de hand van den vorst was ontleend aan het oud Germaansche procesregt, p. 459, n°. 235; integendeel het behoort tot de uitvindingen der geleerde iuristen, waarmede zij het oud-Germaansche procesregt in onbruik bragten.

zake van kerkelijke beneficiën, aan den wereldlijken regter behoorde. Wel bleef de geestelijke bevoegd tot beslissing van het petitoir, doch daar bij de uitspraak ten possessoire en zelfs bij de verleening der récréance, overeenkomstig het Canonieke regt, gelet werd op titels, bleef de petitoire actie schier altoos achterwege, zoodat langs dien weg de wereldlijke regtspraak ten koste der kerkelijke belangrijk werd uitgebreid (20).

Nadat het Koninklijk gezag en de Koninklijke regtspraak genoegzaam gevestigd waren, liet men de sequestratie ont-aarden in eene bloote formaliteit, dat men noemde *complainte fournie et rétablissement fait verbalement et par figure* (21). Zelfs deze formaliteit kwam reeds lang voor de *ordonnance* van 1667 in onbruik (22), zoodat, al bleef men van *complainte* spreken, inderdaad geprocedeerd werd met de *simple maintenue*. On l'appelle *complainte*, getuigt FLEURY (23), die kort voor de *ordonnance* schreef, à cause de l'ancienne forme, qui était de se plaindre au magistrat du trouble. Mais à présent cette action s'intente d'abord contre la partie, dont on se plaint, comme toute autre action. De zamensmelting van de *complainte* met de *simple maintenue* maakte echter, dat men altoos vergde annaal bezit en dus eene nog niet verjaarde stoornis, wat vroeger bij de procedure par *simple adjournement* geen plaats had (24). En niet slechts de sequestratie was weggevallen, zelfs de récréance, behalve in zaken van beneficiën, kwam zelden meer voor (25).

(20) Over *complainte* en *matière beneficiale* handelt POTHIER, *Traité de la poss.*, §§ 134 seqq.

(21) JOH. LUCIUS, *Placit.*, l. IX, t. 8, p. 191, index in v. *Sequestratio*, p. 311; REBUFFUS *Constt. reg.* III, de *mater possess.* art. 4, Gl. un § 2, p. 295.

(22) ESQUIROU DE PARIEU, *Actions poss.*, p. 151; ALAUZET, *Hist. de la poss.*, p. 253.

(23) *Institution au droit français*, II, p. 32.

(24) REBUFFUS, l. I. art. 2, Gl. 2, § 9.

(25) FLEURY, p. 33. *Ordonnance* d'août 1539, art. 59, nous defendons à tous nos juges de faire deux instances séparées sur la récréance et maintenue des matières possessaires; ains voulons être conduites par un seul procès

De ordonnance van 1667, wier XVIII^{de} titel *des complaints et des réintégrandes* de regtspleging in gewone possessoire zaken regelt, spreekt dien ten gevolge met geen enkel woord over sequestratie en récréance als inleiding tot de pleine maintenue en komt in dit opzigt met het tegenwoordig regt geheel overeen. Voor POTHIER was zij de geldende wet. In de oudheden van het fransche regt niet zeer bedreven, schijnt hij vooral met de taalkundige beteekenis te rade te hebben gegaan en, op voorgang misschien van DE FERRIÈRE (26), *complainte*, waarvan hij de oorspronkelijke beteekenis niet meer vermeldt, genomen te hebben als eene algemeene benaming, gelijksoortig met *interdict*, zoodat èn de *maintenue* èn de *réintégrande* er onder begrepen worden (27). Van sequestratie en récréance gewaagt hij als alternatieve voorzieningen ter voorbereiding van het *petitoir* geding, ingeval de regter, verlegen om uitspraak te doen over het bezit, partijen ten *petitoire* verwijst (28). Spreidt hij door deze voorstelling weinig historische kennis ten toon, aan onzen wetgever, die hem in art. 617 B. W. naschreef, kan onmogelijk een helder beeld der oud-Hollandsche procedure voor den geest hebben gestaan, want dan ware de beteekenis, die sequestratie en récréance in die procedure plagten te hebben, den wetgever duidelijk geweest en het vermoeden, dat hij in art. 618 B. W. tot die verouderde instellingen heeft willen terugkeeren, mist in waarheid allen redelijken grond.

et moyen, comme il est contenu ès anciennes ordonnances de nos prédécesseurs sur ce faites, worit reeds bij REBUFFUS, *de caus. benef. poss.*, art. X, Gl. 1, p. 305, uitsluitend op beneficiën toegepast.

(26) *Dictionnaire* in v. *complainte*.

(27) § 84. L'action, qu'avait par le droit romain le possesseur d'un héritage, lorsqu'il était troublé dans sa possession, s'appelait *interdictum uti possidetis*; il en avait une autre, lorsqu'il avait été dépossédé par violence, qui s'appelait *interdictum de vi*.

Notre droit français donne aussi au possesseur, quel qu'il soit, pour l'un et l'autre cas une action qu'on appelle *complainte*.

(28) § 105. Quelquefois le juge ordonne que la possession sera sequestrée pendant le procès au *petitoire*. Quelquefois le juge accorde la *récréance* à l'une des parties, c'est-à-dire une *possession provisionnelle* pendant le procès au *petitoire*.

De fransche rechtsmiddelen toch waren in de 15^e eeuw in de Nederlanden ingevoerd. De raadslieden der Bourgondische Hertogen drukten de voetstappen der fransche kroonjuristen. Tot uitbreiding van het landsheerlijk gezag (29) trokken zij aan de Souvereine Hoven, overal in de Bourgondische erflanden opgericht, de kennisneming der possessoire geschillen zoo in gewone zaken als in zaken van beneficien en men beregtte ze aldaar naar den franschen stijl (30). De vordering tot handhaving in het bezit kon dus op tweeërlei wijze worden ingesteld òf met het mandement van complainte òf met het mandement van maintenue, dat beantwoordde aan het simple adjournement van den Grand Coutumier, en deze wijze van procederen bleef, lang nadat zij in haar vaderland verouderd was, hier te lande in gebruik, tot dat zij door de invoering van de nieuwe fransche wetgeving werd afgeschaft. Het verschil tusschen beide mandementen loste zich op in het al of niet voorafgaand retablisement. Daarna hield alle onderscheid op. „In simpele maintenue, wanneer geen mandement van complainte geligt is, wordt geprocedeerd op dezelve voet” (31).

De *actie* was in beide gevallen dezelfde, het interdictum uti possidetis.

De schrijvers over het oud-Hollandsche regt, het retablisement noemende *recuperandae possessionis*, bezigen dien kunstterm in hoogt oneigenlijken zin. Het retablisement had op de eindbeslissing geen invloed en bestond niet in *herstel in het bezit*, in den zin waarin onze wet die uitdrukking gebruikt, maar in de dadelijke afdoening nog voor de *récréance* van elke zelfs de meest eenvoudige, mits feitelijke en vers ge-

(29) Borr, *Tractaat van complainte* I, n^o. 7.

(30) Vgl. b. v. voor Henegouwen, *Placc. v. Braband* I, App. n^o. 43. Braband aldaar p. 41. Hoogen Raad van Mechelen, ald. II, app. p. 43. Vlaanderen, art. XI. *Placc. v. Vlaanderen*, I, p. 239 (1562). Holland, *Instructien van den Hove*, Hof artt. 8 en 39, Instr. v. 20 Aug. 1531. Hooge Raad, artt. 9 en 195, instr. v. 31 Mei 1582. Utrecht, *Gr. Utr. Plakb.*, II, p. 1014.

(31) *Manier van procederen*, tit. III, c. 3, § 1, p. 125, 's Hage 1729.

pleegde stogrnis (32). Met het verschil tusschen het interdictum uti possidetis en het interdictum unde vi had het dus niets te maken. Het retablisement kwam juist alleen voor bij het eerste, want het plenair possessoir of de maintenue strekte altoos tot handhaving in het bezit. POTHIER (33) en onze wetgever (34) nemen de onderscheiding tusschen retinere en recuperare possessionem geheel in den geest van het Romeinsche regt en denken daarbij aan het regtsgevolg der eindbeslissing.

Geheel onafhankelijk van de keus tusschen de twee mandementen was de vraag of men met de maintenue, hetzij na hetzij zonder voorafgaand retablisement, kon terugvorderen de zaak, wanneer de bezitter tegen zijn wil had verloren de detentie, zonder dat hij zich beklagen kon over aangedaan geweld en zich bedienen van de réintégrande. De Glosse beantwoordde deze gewigtige vraag bevestigend. Zij leerde, dat, als gedurende de tijdelijke verwijdering des bezitters een ander zich in het bezit stelt, de indringer wel verkrijgt het natuurlijk bezit, maar de afwezige animo behoudt het civiel bezit, met dien verstande, dat hij zich de zaak zal kunnen doen teruggeven met het interdictum uti possidetis. Het gevoelen der Glosse werd in de praktijk algemeen gevolgd. Eerst de latere uitleggers van het Romeinsche regt uit de historische school hebben het als strijdig met den aard van het interdictum retinendae possessionis verworpen. Libellus sustinetur, verklaart MENOCHIUS (35), quo civiliter possidens petit possessionem sibi restitui et in ea non turbari, si quidem petit in possessione *civili* non turbari et ad *naturalem* restitui. Si ergo in ea civili turbatio fit, hoc interdicto uti possidetis experiri licet. Quod sane interdictum, ut recte docuit BALDUS et ante eum Glossa in L. 6 § 1 D. de *A. v. A. P.* (41. 2) habet naturam mixtam nempe *retinendae* possessionis civilis, quae penes ipsum actorem est, et *recuperandae* respectu naturalis, quam adversarius obtinet. Ziedaar schier met

(32) Men vgl. de voorbeelden door de schrijvers gegeven, zooals door de *Manier van procederen in het vervolg van complainte*, p. 477.

(33) § 84.

(34) Artl. 604, 605 B. W.

(35) *De adipisc. retin. et recup. poss.* De ret. poss., III, § 25, 28.

de eigen woorden de regtsvordering omschreven, die art. 618 B. W. geeft. Zij berust op het motief: *quare pronuncabitur civiliter possidentem tuendum esse et quia non potest tueri atque defendi sine restitutione naturalis, jubebit praetor et naturalem ipsam restitui. Quae quidem restitutio in necessariam quandam consequentiam venire dicitur. Nec enim civilem turbare desinit qui naturalem non restituit.*

De leer van het gemeene regt nopens het interdictum uti possidetis paste men natuurlijk ook in het oud-Hollandsche regt toe. MENOCHIVS en POSTIVS zijn voor BORR (36) de groote autoriteiten.

Maar, gelijk wel geen betoog behoeft, men deed het in het plenair possessoir en dus zoowel bij de simpele maintainue als bij voorafgaand retablisement. En inderdaad, schoon de Glosse de beteekenis der onderscheiding tusschen civiel en natuurlijk bezit, zooals de klassieke juristen ze zich dachten, potsierlijk misverstaat, openbaart zich in hare beslissing veel grooter praktische takt, dan de latere geleerden aan den dag leggen, die op den klank af eene dergelijke uitkomst van het interdictum retinendae possessionis als onmogelijk verwerpen. Het interdictum uti possidetis strekte in het Romeinsche regt tot regtsmiddel, waarmede een bezit, van wederzijde gevorderd, werd toegewezen aan de partij, die tegenover de andere het jongste bezit zonder gebreken had. Indien de eene het van de andere vi, clam aut precario had verkregen, moest zij het teruggeven.

De leer der Glosse komt op hetzelfde neder (37). Men vergunde zelfs aan den verdreven bezitter het gebruik der maintainue, mits hij de voorzorg in acht nam in zijne dagvaarding of introductief request van de gewelddadige ontzetting niet te spreken en van het verlies der detentie enkel als

(36) V. n°. 47.

(37) Praecipue autem non esset manutenendus, qui nunc et de praesenti, seu de recenti acquisivisset possessionem seu detentionem iniustam, spoliativam, furtivam vel vi, seu clam ab eo, cum quo est litigium, et qui possidet nec contra ipsum, sed immo tunc obtineret ipse adversarius. Postius, Obs. 42, § 162.

stoornis te gewagen. Hij wordt eerst niet ontvankelijk, als hij zich *spoliatus* noemt, daar men de twee regtsmiddelen niet mag vereenigen, maar daartusschen moet kiezen (38). De gansche oude praktijk kende dus twee actiën, de *maintenue* of het *interdictum retinendae possessionis*, dat deze hoedanigheid niet verliest, al bezorgt het teruggave der zaak, en de *réintégrande* of *actio spoli*, het *interdictum recuperandae possessionis*. Dat zelfde deed in Frankrijk de *ordonnance* van 1667.

Il y a cette différence, verklaart Jousse (39) in zijn commentaar, entre la *complainte* et la *réintégrande*, que l'action en *complainte* a pour objet d'être *maintenu* en la possession où l'on est; au lieu que l'action en *réintégrande* est celle, par laquelle on demande d'être *rétabli* dans la possession où l'on était et dont on a été dépouillé: ainsi la *complainte* ne se dit que du chef de celui qui a été troublé.

Doch mogt men bij verlies tegen zijn wil met de actie tot handhaving in het bezit het erf terugvorderen, daarom mogt men de vordering nog niet instellen tegen elken houder. Men moet als bedrijver der stoornis den persoon, door wiens toedoen men de detentie verloren heeft, aanspreken. Men liet echter met de Glossen eene belangrijke uitbreiding van dezen

(38) Licet ab initio sit in potestate illius, qui in possessione turbatur, habere se pro spoliato et tunc intentare contra turbantem remedium recuperandae, vel non habere se pro spoliato et tunc intentare remedium manutentionis, tamen postquam habuit seu declaravit se pro spoliato, non potest petere manutentionem et quatenus petat, est ei manutentio deneganda. POSITUS, *de manutenendo*, Obs. 57, n°. 40—44. Hij voegt er echter n°. 82 bij: Bene tamen verum est, quod potest simul et semel peti mandatum de manutenendo et subordinate, quatenus opus sit, de reintegrando, nec ita petens dicitur se habuisse pro spoliato, sed instare pro manutentione in civili possessione, quae animo retenta praesumitur et in qua debetur manutentio etiam per recuperationem naturalis, et verba illa *quatenus opus sit de reintegrando* intelliguntur quoad possessionem naturalem tantum seu etiam detentionem respectu turbationum et molestationum sibi de facto illatarum. Admittitur enim petitio subordinata non solum respectu actionum, quarum una venit in consequentiam alterius, sed etiam inter remedia contraria. DUBREUIL, *Stilus* c. XVIII, § 3. Item conquerens in tali casu novitatis cavere debet ne dicat se spoliatum vel dessaisitum, quia in tali casu non posset agere hoc interdicto.

(39) Ad Tit. XVIII, art. I, n°. 7.

regel toe door behalve den dader ook zijne regtverkrijgenden aansprakelijk te verklaren. Over opvolgers onder algemeenen titel was men het eens, over opvolgers onder bijzonderen titel staakten de stemmen. Quaero, leest men bij MENOCHIUS (40), an reddatur hoc interdictum adversus illum, qui bona fide possidere coepit ab eo, qui clam possidebat a iusto possessore. Et reddi affirmavit BARTOLUS in L. 3 pr. D. *Uti poss.* (43.17) post Glossam ibi. Huius sententiae manifesta est ratio, quia non potest aut debet novus iste possessor esse melioris conditionis, quam fuerit eius auctor, contra quem dum conceditur hoc remedium, efficitur ut fortius detur contra hunc successorem. Nec adversatur textus dictae legis 3 § 10 D. *Uti poss.* (43.17) ubi vi possidere non dicitur, qui sciens a vi possidente accipit. Verum, respondit BARTOLUS, id contingere in interdicto *unde vi*. Nec enim novus iste possessor eo interdicto conveniri potest, quamquam possit hoc *uti possidetis*. Ea est ratio, quod interdicta omnia, excepto interdicto *unde vi*, in rem scripta sunt. Scribit tamen JOANNES FABER (41) iam relata procedere in successore universali, qui sua auctoris accessione utitur; secus in singulari qui, cum ea sui auctoris accessione non utatur, iure dicere poterit, se ex iusta causa possidere. Ob id in ea naturali tuendus est, quod non improbo.

In elk geval, zelfs naar de leer van BARTOLUS, moest de persoonlijke gehoudenheid van den gedaagde bewezen worden en had de actie geen zakelijk karakter. In 't oud-Hollandsche

(40) § 303, 304.

(41) Deze had meer bepaald het oog op het eenjarig bezit van het fransche regt, waarin de accessio possessionis zoo groote rol speelt. Zijne eigene woorden ad *Inst. de interd.*, § 4, n^o. 10, zijn, unde potest dici, quod in terminis praedictis glossa sit vera et maxime si sit successor universalis vel singularis in causa lucrativa. Et idem contra si actor successisset violento, quia utitur accessione auctoris. Sed si esset successor singularis in causa lucrativa et in nullo uteretur accessione auctoris sed diceret: ego intravi fundum ubi neminem reperi; sine vi possideo, saltem naturaliter debeo in hac possessione servari, tunc videretur, quod actor debeat servari in sua civili, et reus in naturali.

regt (42) verleende men het retablisement, waarbij men aan de fransche overlevering vasthield, niet dan aan den bezitter van jaar en dag, doch volgde in het plenair possessoir het Romeinsche regt, zooals dit door de Italiaansche praktijk werd toegepast, en vergenoegde zich dus voor de maintenue met juridiek bezit. Tegen elken houder, gelijk Mr. GREGORY te regt opmerkt (43), gaf men de actie niet, want BORT, de groote vraagbaak, vordert stoornis (44). Art. 618 B. W., dat gelijk bezit veronderstelt als art. 606 B. W., doet dit wel en ziedaar een nieuw en afdoend bewijs, dat het niets te maken heeft met het verschil tusschen de twee mandementen en de wetgever aan het oud-Hollandsche regt volstrekt niet gedacht heeft. Slechts in het fransche regt laat zich de aansprakelijkheid van den derden houder regtvaardigen. Wel is waar eischen de fransche juristen, wij zagen het boven bij JOUSSE, evenzeer stoornis, doch in het fransche regt, waar eenjarig bezit geldt ook in het plenair possessoir, gaat het bezit niet dadelijk over, dewijl het door genen eerst verloren, door dezen eerst verkregen wordt na diens rustig genot van een jaar, waaruit volgt, dat de houder, die *binnen het jaar* weigert de zaak ten behoeve van den bezitter te ontruimen, diens bezit ten onregte betwist en zich aan stoornis schuldig maakt. In het fransche regt neemt de actie tot handhaving in het bezit, hoewel uit haren aard persoonlijk en aan het interdictum uti possidetis gelijk, een zakelijk karakter aan en gaat tegen elken houder (45).

Onze wetgever, die dit stelsel tot het zijne maakte, heeft

(42) Bij de simpelo maintenue mogt de stoornis meer dan een jaar oud zijn en dus de eischer meer dan een jaar buiten het bezit. BORT, I, § 31. Dit strookte met den ouden franschen stijl bij de procedure par simple adjournement en had zijnen grond in de leer der Glosse, dat eerst door afwezigheid van tien jaren als longum tempus het bezit, animo behouden, verloren gaat. POSTIUS, *de manutenendo*, Obs. 58, n^o. 1.

(43) V. D. HONERT, B. R. 18, 505.

(44) Titt. IV, VI.

(45) Vgl. WODEN, *Traité de la possession*, § 53, I, p. 67.

juist door art. 618 B. W. getoond, hoe stipt hij zich aan het fransche regt heeft willen houden (46).

Hij erkent, zich regtstreeks aansluitende aan POTHIER en aan de *ordonnance*, maar twee regtsvorderingen de *maintenue* en de *réintégrande*. Hij wilde in art. 618 B. W. niets nieuws bepalen, veelmin eene derde actie van eigen vinding invoeren, hij wilde bloot in een duidelijk voorschrift nitdrukken wat POTHIER, waarschijnlijk omdat niemand er aan twijfelde, vergeten had stellig te zeggen: te weten dat bij verlies der detentie tegen den wil des bezitters de regtsvordering tot handhaving in het bezit strekt tot teruggave der zaak of en restitution en en *maintenue*, naardien anders niet zou kunnen worden opgeheven de *stoornis*, in de weigering der teruggave gelegen. Art. 618 B. W. vult het uittreksel uit POTHIER geheel in den geest van het fransche regt aan. Zoo lichtte de heer NICOLAÏ (47) het toe: *lorsque le possesseur n'a souffert qu'un simple trouble et lorsqu'il a continué de détenir la chose, il suffira que le juge défende au perturbateur de troubler à l'avenir le possesseur dans sa paisible possession, mais si le possesseur a été tellement troublé dans sa possession par les entreprises de son adversaire que de fait et pourtant sans violence il ait cessé de détenir corporellement la chose, qu'il possédait, la simple défense du juge ne suffirait plus; il faut encore rétablir les choses dans le même état où elles étaient avant la dépossession en remplaçant le possesseur dans la détention actuelle de l'objet.*

Art. 618 B. W. past art. 606 B. W. toe op het bijzonder geval, dat in het verlies der detentie de *stoornis* bestaat, wat niet kan voorkomen bij de algemeenheid van roerende zaken, waarin de *stoornis* altoos moet zijn *trouble de droit* (48),

(46) Door het toelaten der actie tegen elken houder, dus ook tegen derden, die ons feitelijk niet van ons bezit ontzet hebben, toont, zegt Mr. CONINCK LIEFSTING, p. 348, art. 618 B. W. terstond zijn Germaanschen oorsprong. Wat blijft er van dien Germaanschen oorsprong, als men wegedeneert het vredig bezit?

(47) VOORDUIN, III, p. 367, § VII.

(48) BOITARD, *Leçons de procéd. civil.* Q. 628, I, 631; Paris 1860.
Themis, D. XXXI, 3de St. [1870.] 25

noch bij onligchamelijke zaken, bij welke van detentie in den eigenlijken zin des woords geene sprake kan zijn (49).

De actie van art. 618 B. W. wel verre van eene andere dan die van art. 606 B. W., is dezelfde. Zij is het interdictum uti possidetis der Glosse in geval van behoud van het civiel bezit animo. Nog in haar memorie van toelichting in 1832 schreef de Regering, „dat het bezit wordt gerekend steeds bij hem geweest te zijn, die het *regt van bezit* niet verloren hebbende, daarin door den regter is gehandhaafd geworden, want dat het verlies van het bezit als *daadzaak* geen nadeel toebrenge aan de *regten* van den bezitter, omdat hij geacht wordt zijn *regt* nooit te hebben verloren of in de uitoefening daarvan nooit geschorst te zijn (50).“ Of men met de Glosse van civiel bezit of met de Regering van *regt van bezit* spreekt, doet niets ter zake; onder andere bewoordingen predikt men dezelfde leer. Art. 622 B. W. noemt teregt de teruggave der zaak opheffing der stoornis en de fransche tekst de regtsvordering action en restitution et en maintenue (51). Zij werd zelfs in art. 643 B. W. van 1830 gegeven, waar de bezitter, onbekwaam tot vervreemding, de detentie verloren had met zijn wil, omdat door dergelijke levering wel het bezit als *daadzaak* overgaat, maar niet het *regt van bezit*. Si dans le fait un incapable avait voulu transmettre la possession, celui qui exerce les droits de l'incapable, pourra intenter l'action en maintenue (52).

Tot groote schade voor het goed verstand onzer wet werd de zamenhang van art. 618 met art. 606 B. W. door de

(49) Ex sola possessione civili datur manutentio, quando sumus in iis quae naturaliter non possidentur nec possideri possunt ut in pensione, aliisque annuis praestationibus et iuribus incorporalibus. POSTIUS, Obs. 16, n^o. 30.

(50) VOORDUIN, III, blz. 373, ad art. 616 B. W. De voortduur van het bezit bij terugbekoming der zaak met het interdictum uti possidetis, die een noodzakelijk gevolg is van de leer der Glosse omtrent het behoud van het civiel bezit animo, wordt hier afgeleid uit het behoud van het *regt van bezit*. Derhalve verstaat de Regering door *regt van bezit* hetzelfde als de Glosse door *civiel bezit*.

(51) Vgl. artt. 621, 622 B. W. en artt. 665, 666 Wetb. v. 1830.

(52) NICOLAI bij VOORDUIN, III, p. 361, n^o. III.

slordigheid en de verregaande onkunde van den hollandschen vertaler jammerlijk verdonkerd. *Maintenue* werd te regt verduitscht door *handhaving*, *réintégrande* door *herstelling* in het bezit, en desniettegenstaande *l'action en maintenue* in art. 643 Wetb. v. 1830 overgezet door „regtsvordering tot *herstelling* in het bezit (welke fout echter later verbeterd werd (53)); in art. 618 B. W. „il aura le droit de se la faire *restituer* et d'être maintenu dans sa possession” door „kan hij eene regtsvordering aanvangen, strekkende om in het bezit *hersteld en gehandhaafd* te worden” en in art. 622 B. W. *l'action en restitution* et *l'action en réintégrande* tendent, door „de regtsvordering tot teruggave en inbezitherstelling *strekt* (54).” De grove fouten der vertaling verwekten den valschen schijn, dat onze wetgever drieërlei *possessoire* actie heeft willen verleenen, eene tot *handhaving*, eene tot *herstelling* en *handhaving* en eene derde tot *herstelling* in het bezit. Mr. F. A. HALL, onbekend met het vroegere dogma en bevangen door v. SAVIGNY, kon in de bepalingen van het Wetboek van 1830, waarvan hij den franschen tekst vergat te vergelijken, den draad niet vinden en was de eerste, die in de dwaling der drie actiën verviel.

Naar aanleiding zijner berisping poogde de Regering bij de herziening in 1832 eenige verbetering aan te brengen in het stelselloos dooreen werpen der woorden „bezit” en „bezitregt,” liet art. 643 weg om het te vervangen door art. 607 B. W., dat het tegenovergestelde bepaalt, en droeg als nieuw artikel art. 616 B. W. voor, op de juiste bedenking, dat reeds hetzelfde stond in art. 622 B. W., ten antwoord gevende, „dat het onderwerpelijk art. 622 spreekt van de regtsvordering van *maintenue* en *réintégrande*, terwijl het bedoelde art. 616 eene algemeene bepaling bevat, op alle gevallen toepasselijk (55).” Men zou haast gaan gissen, dat zij door de schuld van den

(53) VOORDUIN, III, 362, n^o. III.

(54) Ook in art. 621 B. W. staat in het tweede lid die regtsvordering voor regtsvorderingen.

(55) VOORDUIN, III, 375.

vertaler mede met artt. 618 en 622 in de war geraakt is en in den waan gebragt, dat in laatstgenoemd artikel uitsluitend bedoeld wordt de actie van eerstgenoemd artikel, die te gelijk *maintenue* en *réintégrande* zou zijn. In elk geval, hoe men hare duistere oplossing ontraadsele, het blijkt onwedersprekelijk, dat men ook in 1832 niets heeft willen veranderen aan de hoofdbeginselen, in 1823 aangenomen, en slechts twee actiën, de *maintenue* en de *réintégrande*, die men bij POTHIER en in de *ordonnance* van 1667 gevonden had, heeft gekend. Nogtans verkondigde zelfs Mr. ASSER (56) de leer der drie actiën en sedert gold zij als axioma in de jurisprudentie en bij de uitleggers en stichtte velerlei verwarring. Zijn grondig historisch onderzoek deed Mr. CONINCK LIEFSTING (57) ras ontdekken, dat de actie van art. 618 B. W., beschouwt men ze als een zelfstandig regtsmiddel, eigenlijk overtollig is, als reeds in art. 606 B. W. opgesloten. Hij had nog een stap verder moeten gaan en, zich losmakende van het vooroordeel, dat onze wetgever de twee mandementen der oud-Hollandsche praktijk voor den geest had gehad, moeten komen tot de erkenning, dat de actie van art. 618 dezelfde is als die van art. 606, omdat de wetgever in de artt. 606 tot en met 618 de *maintenue* heeft geregeld. Hij wist te goed, dat het onderscheid tusschen de beide mandementen niet bestond in de ingestelde actie, welke altoos dezelfde was, maar in het voorafgaand *retablissement*, doch, verstrikt in de dwaling, eenmaal in de jurisprudentie ingeworteld, poogt hij art. 618 B. W. zóó uit te leggen, dat de eischer zou moeten beginnen met incidenteel te vragen *de herstelling* in het bezit, om vervolgens ten principale voort te procederen op de handhaving in het bezit (58). Die verklaring zal wel bij niemand bijval

(56) *Het N. B. W. verg. met het W. N.*, § 340, p. 245.

(57) p. 453—459. Ook Mr. FEITH t. a. p., p. 681, komt te regt tot de slotsom, dat art. 618 niet anders is dan de consequente toepassing van art. 601 en art. 606, maar blijft, door het verzuim om den franschen tekst te raadplegen, hangen aan de voorstelling, dat zij strekt tot *herstelling in het verloren bezit*, waaraan slechts de onkunde des vertalers schuld heeft.

(58) p. 460, n^o. 236.

vinden. Retablissement en récréance als voorafgaande incidenten zijn lang verouderd en ook in art. 617 B. W. heeft de wetgever POTHIER nageschreven en niet zich verdiept in de bijzonderheden van het oud-Hollandsche regt. Door *herstel in het bezit* wordt verstaan, zooals de fransche tekst aantoont, la restitution of de teruggave der zaak door veroordeeling des houders tot ontruiming met teruggave der vruchten, enz., waarin de opheffing der stoornis in dit geval bestaat. Deze veroordeeling kan eerst worden uitgesproken bij het eindvonnis, nadat de eis cher zijn bezit bewezen heeft, of als gevolg zijner handhaving in het bezit. Dergelijke regtsvordering had van oudsher, onafhankelijk van den vorm der procedure, de bezitter, die de detentie heeft verloren tegen zijn wil. Mr. CONINCK LIEFSTING erkent dit en doet opmerken »dat onze wetgever in art. 618 betreffende de complainte het Germaansche beginsel volgde, dat deze actie tegen derde bezitters kan worden ingesteld» (59). Ik geef dit volmondig toe, maar ik vraag, wat heeft dan het verschil der twee mandementen met onze bepaling te maken, want het oud-Hollandsche regt gaf het retablissement tegen derde bezitters niet? En op welk Germaansch beginsel steunt de actie zoo niet op vredig of annaal bezit, want in elk ander opzigt oefent het Germaansche regt geenerlei invloed uit en heeft de actie al de eigenschappen van het interdictum uti possidetis der Glosse? Dit voert ons in het hart der gewigtige twistvraag, of onze wetgever het eenjarig bezit van het fransche regt heeft willen behouden of afschaffen.

Mr. WINTGENS heeft het eerste gevoelen met warmte voorgestaan (60), de H. R. heeft het verworpen (61), op

(59) Blz. 271. Het even te voren geopperd vermoeden, dat op onzen wetgever van 1823 v. SAVIGNY invloed gehad zal hebben, acht ik een anachronisme. Men sluit het oog niet voor de platte waarheid, dat NICOLAÏ, eenvoudig willende behouden het fransche regt, zich geen meerdere moeite getroost heeft dan om POTHIER uit te schrijven en hier en daar, waar hij dit in den geest van den Code Nap. of duidelijkshalve noodig keurde, aan te vullen.

(60) *Themis* 1859, p. 30.

(61) Arr. 21 Dec. 1855, v. D. HON., B. R., 20, 146.

grond „dat het uit de geschiedenis der nederlandsche wet ten duidelijkste blijkt, dat men in dit opzigt van het fransche regt heeft willen afwijken.“ Ofschoon Mr. CONINCK LIEFSTING aan deze beslissing zijn zegel hecht (62), zou ik mij ongaarne belasten met de taak om den steller dier apodiktische uitspraak tegen het verwijt van ligtvaardigheid te verdedigen. Immers men kent de geschiedenis uit hare bronnen en, had hij die bronnen geraadpleegd, hij zou bespeurd hebben, dat onze wetgever POTHIER op den voet gevolgd is, en, in verband met dat feit de redevoering van den heer NICOLAÏ lezende, geen enkel bewijs voor zijne bewering gevonden hebben, wel vele voor het tegendeel.

Ongelukkigerwijze voor zijn onderzoek van dit punt vergiste Mr. CONINCK LIEFSTING (63) zich in de leer van POTHIER. Deze zegt uitdrukkelijk (64): le fait de la possession pendant l'année, qui a précédé immédiatement le trouble, est celui, qu'il faut prouver. En al staan deze woorden niet in zijn *Traité de la possession*, ook daar veronderstelt hij telkens op de meest ondubbelzinnige wijze de voorwaarde van eenjarig bezit. Als een voorregt, dat de réintégrande boven de maintenue vooruit heeft, doet hij uitkomen, dat zij verleend wordt ook aan den niet civielen, mits juridieken bezitter en vordert derhalve bij de maintenue civiel bezit, waaronder naar de terminologie van het fransche regt bezit van jaar en dag of vredig bezit (65) moet worden verstaan.

(62) p. 329, no. 321.

(63) p. 250. Mr. C. L. en BRUNS, p. 367, vergissen zich beiden. De laatste meent ten onregte, dat POTHIER annaal bezit vorderde, behalve bij de complainte, ook bij de réintégrande. Dat is onjuist, maar het blijft niettemin waar, dat hij het wel degelijk deed bij de complainte. In § 96 behandelt hij de werking der bezitsgebreken, nl. dat zij verhinderen de bezitsverkrijging, doch, gelijk hij niet vergeet er bij te voegen, enkel tusschen partijen. Vreemd is het, dat hij ook op dit punt door Mr. C. L., p. 273, n°. 206, is misverstaan.

(64) *Traité de la proc. civ.* § 300. Vgl. § 299 en 292 *Coutume d'Orléans*, Tit. XVII, § 52.

(65) La possession à titre de propriétaire doit avoir duré un an et jour sans trouble; sans cela il n'y aurait pas lieu à la complainte, parceque ce n'est qu'après ce temps qu'on est regardé comme ayant une possession civile. BOURJON, *Droit commun de la France*, T. II, l. 6, tit. 4, n°. 11.

Hij begint dan ook met eene definitie van civiel bezit (66), die de opvatting van het klassieke regt zeer nabij komt, maar keert ten slotte tot de voorstelling der praktijk terug (67). Quoique le possesseur ne produise aucun titre de sa possession, lorsqu'elle a duré un temps assez considérable pour en faire présumer un, ne paraissant d'ailleurs aucun vice de cette possession, on ne la doit pas regarder comme absolument déstituée d'un titre présumé; elle est en conséquence une possession civile et non une possession naturelle.

Met dit verschil tusschen de réintégrande en de maintenue hangt ten naauwste zamen zijne leer omtrent het verlies van het bezit tegen den wil des bezitters.

Nous perdons malgré nous la possession d'un héritage, lorsque quelqu'un nous en chasse (68). Une seconde manière dont nous perdons malgré nous la possession d'un héritage, est lorsque nous le laissons occuper par quelqu'un qui s'en est mis en possession, et en a joui pendant un an et jour, sans que nous ayons de notre part fait pendant ce temps aucun acte de possession, et sans que nous ayons apporté de notre part aucun trouble à sa jouissance: car, par cette jouissance d'an et jour, il a acquis la possession et nous a par conséquent fait perdre la nôtre (69).

Men lette op het onderscheid. Het bezit gaat bij ontzetting dadelijk, bij heimelijke bezitsontneming eerst na jaar en dag verloren of nadat de tegenpartij het rustig bezit heeft verkregen. De reden ligt voor de hand. Er wordt tot de réintégrande niet meer gevorderd dan het bewijs der ontzetting of van het verlies van het juridiek bezit; bij de maintenue geldt de regel van het vredig of annaal bezit. Wel had de verdreven bezitter de keus om te ageren òf met de réintégrande òf met de maintenue, vereenigen mogt hij, volgens de D.D., de beide tegenstrijdige actiën niet. Hij moest, wilde hij de maintenue gebruiken, van de geweldpleging zwijgen en het verlies der detentie opnemen als stoornis of verlies

(66) § 6.

(67) § 10.

(68) § 73.

(69) § 76.

zonder geweld. De tegenpartij kon zich hiertegen niet verzetten, want zij mag zich uit het gepleegd geweld nimmer een middel van verdediging scheppen. De verdrevene had het alzoo in de magt om zich te gedragen als ontzet en dus het bezit kwijt, of als gestoord en dus het bezit behouden hebbende gedurende jaar en dag. In het eene geval erkende hij de stuiting der verjaring en kon wel verkrijgen algeheele schadeloosstelling, maar niet de opheffing der stuiting; in het andere liep de verjaring door, omdat hij in het niet verloren bezit werd gehandhaafd en door de opheffing der stoornis de stuiting der verjaring werd te niet gedaan. Er waren echter onder de fransche juristen, zooals POTHIER in zijn *Traité de la prescription* vermeldt (70), sommigen, die deze onderscheiding tusschen het rechtsgevolg der réintégrande en der maintenue eene dwaze subtiliteit achtten en op hem, die met de réintégrande herstelling verkrijgt, de tenietdoening van de stuiting der verjaring even goed wilden hebben toegepast als op hem, die het doet met de maintenue. Hun gevoelen laat zich het beste rijmen met art. 2243 C. N. (71), in art. 2015 B. W. onveranderd overgenomen, en om die reden heeft onze wetgever het in art. 622 B. W. tot het zijne gemaakt. De consequentie dwong hem nu beide gevallen van ontzetting en heimelijke bezitsontneming gelijk te stellen. Hij liet, wat bij POTHIER n^o. 1 was, weg en verhief het verlies van het bezit eerst na jaar en dag in art. 601 B. W. tot algemeenen regel.

Dat de wetgever handelde met volkomen bewustzijn, stelt de rede van den heer NICOLAÏ duidelijk in het licht (72).

(70) § 40, idem *Coutume d'Orléans*, T. XIV, § 23.

(71) C'est la doctrine que consacre l'art. 2243, teekent BUGNET bij POTHIER aan. Inderdaad had BIGOT PRÉAMENEU in zijn *exposé des motifs*, § 23, zonder onderscheid gezegd: la règle de la possession annale a toujours été suivie en France à l'égard des immeubles. Ainsi nul ne peut être dépouillé du titre de possesseur que par la possession d'une autre personne pendant un an et, par la même raison, la possession qui n'a point été d'un an n'a point l'effet d'interrompre la prescription. De opstellers van den C. N. hebben dus de leer van POTHIER verworpen en ook na de ontzetting eenjarige voortduur van het bezit aangenomen.

(72) VOORDEIN. III, p. 361, 362.

La dépossession a lieu lorsqu'un tiers se met en possession d'une chose et continue de la posséder *paisiblement* pendant une année. Peu importe qu'on ait employé la violence pour nous déposséder ou que nous ayons laissé usurper la possession par quelqu'un, qui sans voies de fait ait réellement appréhendé la chose; il suffit, pour que la possession soit perdue, que le nouveau détenteur ait joui pendant une année et que *cette jouissance annale* n'a pas été troublée par une action intentée par nous.

Onze wetgever week af van POTHIER; niet evenwel in de rigting, waarvan volgens den H. R. uit de geschiedenis duidelijk blijkt, juist in de tegenovergestelde. In zijne zucht om zich stipt te houden aan den C. N. breidt hij de toepassing van de beginselen van het annaal bezit, nog verder dan POTHIER deed, uit.

Hij past het annaal bezit insgelijks toe op de algemeenheid van roerende zaken (73) en op onligchamelijke zaken (74). Van het eerste had hij bij POTHIER (75) gelezen: *Je me suis mis en possession de la succession mobilière d'un défunt, j'en ai joui pendant an et jour*; bij regten vordert de heer NICOLAÏ, even als in het algemeen, *possession paisible* (76) en daaronder verstaat hij overal bezit, verkregen door rustig genot van jaar en dag. *La jouissance paisible de ces choses incorporelles produit le même effet que la détention des choses corporelles, la quasi possession a les mêmes qualités et les mêmes vices que la véritable possession; elle se perd, s'acquiert, se conserve de la même manière et les principes applicables à l'une reçoivent leur application à l'autre.*

Redenerende in het stelsel van annaal bezit geeft POTHIER (77) den regtsgrond, waarom men de maintenance moet instellen binnen het jaar, aldus op: *autrement, comme la possession s'acquiert en jouissant par an et jour sans trouble, il pourrait prétendre avoir acquis la possession de l'héritage par la jouissance, qu'il en aurait eu sans trouble par an et jour.*

(73) Art. 601, laatste lid B. W. (74) Art. 603 B. W.

(75) § 94.

(76) VOORDUIN, III, 365, p. 367, n^o. VII.

(77) § 102.

En de heer NICOLAÏ: lorsque l'action en maintenue n'est pas intentée dans l'année utile, elle ne peut plus avoir lieu, parceque la possession est acquise à celui qui possède pendant l'année (78).

Het komt mij derhalve voor, dat uit de geschiedenis vlak het tegendeel blijkt van hetgeen de H. R. er uit afleidt, en uit den samenhang der verschillende wetsbepalingen, beschouwd in haar onderling verband, waarop het arrest zich mede beroept, volgt de wil om het fransche beginsel te handhaven evenzeer. De termijn van een jaar is geene prescriptie, noch, zooals Mr. CONINCK LIEFSTING wil (79), eene déchéance, maar staat in regelregt verband tot het verlies van het bezit. Men beoordeelde de actie tot handhaving naar de eigenschappen van het interdictum uti possidetis en vergde van den eischer het bewijs, dat hij tijdens de dagvaarding alsnog had hetzelfde bezit, waarin hij was gestoord. Notissimi iuris est, mandatum de manutendo ad instar interdicti retinendae seu uti possidetis ordinarii dari ei qui possidet ac possidere probat de tempore ortae controversiae vel turbationis seu motae vel contestatae litis et non possidenti seu non probanti se possidere de isto tempore non dari (80). Wil mitsdien in het fransche regt de eischer het bewijs van zoodanig bezit tijdens de dagvaarding kunnen leveren, zoo moet hij niet jaar en dag eene hem aangedane stoornis ongewroken laten. POTHIER en NICOLAÏ kiezen tot opheldering het voorbeeld van art. 618 B. W., waarin door het stilzitten des eischers het bezit op den gedaagde overgaat, zoodat gene het niet meer had op het oogenblik, dat hij dezen dagvaardde. Hetzelfde geldt bij eenvoudige stoornis, want tot vredig bezit wordt behalve den termijn eene

(78) VOORDUIN, III, p. 369.

(79) p. 153, n°. 93, 450, 451. Het verwijt tot Mr. WINTGENS gerigt, p. 329, n°. 231, komt mij dus ongegrond voor. En volgens de uitdrukkelijke verklaringen van POTHIER en NICOLAÏ en volgens de iuris ratio volgens art. 614 en 621 B. W. onmiddellijk uit art. 601 en 603 B. W. De toepassing op de réinté-grande heeft haren oorsprong in de uitbreiding ook tot die actie van art. 622 B. W. In het Romeinsche regt was het interdictum unde vi onverjaarbaar voor zooveel de teruggave der zaak betreft.

(80) POSTIUS, Obs. 17, n°. 1.

bepaalde hoedanigheid vereischt. Er moet althans van den eersten der 365 dagen, voor de dagvaarding verlopen, kunnen bewezen worden, dat de eischer een toen nog ongestoord bezit had. Wordt de eerste stoornis door geene latere achtervolgd, de bezitter, die het jaar liet verstrijken, zal wel op den 366sten dag een nieuw vredig bezit voor de toekomst verkregen hebben, op de overjaarde stoornis mag hij niet meer terugkomen, want tusschen deze en de dagvaarding komt thans een jaar van gestoord bezit in te liggen; het bezit, waarin hij toen gestoord werd, heeft de eischer niet langer en, bestond de stoornis in betwisting van zijn regt op de zaak, zijne verjaring zal onherroepelijk zijn gestuit. Artt. 601, 603, 614, 616, 618, 621, 622, 1992 en 2015 B.W. grijpen in elkander en hangen onverbrekkelijk zamen (81). Zij vloeijen allen voort uit het grondbeginsel van het fransche regt, dat tot de verjaring wordt vereischt vredig bezit; dat mitsdien de verjaring eerst gestuit wordt door het verlies van dat bezit; dat de possessoire actie hoofdzakelijk strekt om, tijdig gebruikt, de stoornis op te heffen en het vredig bezit te handhaven en dat dit noodzakelijk geschieden moet, voordat door ongestoord bezit van een jaar zoodanig bezit aan de eene zijde verloren, aan de andere zijde verkregen werd. *De actie tot handhaving in het bezit vervalt op hetzelfde oogenblik, waarop het bezit, op welks voortduur zij zich grondt, ophoudt.* Zij mag niet gelijk gesteld worden met eene louter persoonlijke vordering, waarmede vergoeding gevraagd wordt wegens onregtmatig berokkende schade (82) en die door een exceptioneel voorschrift

(81) De font, die v. SAV. aan CUPERUS verwijt, das Bestreben jede Regel des Rechts, wo möglich, zu isoliren, is altoos bij ons eene nationale geweest.

(82) De fransche schrijvers onderscheiden teregt tusschen de possessoire actie en die uit onregtmatische daad. L'action possessoire doit être intentée dans l'année du trouble; ce délai passé, si l'auteur du trouble a depuis continué de posséder, il a acquis lui-même la saisine d'an et jour et partant, son adversaire ne peut plus se pourvoir qu'au pétitoire. Si l'auteur du trouble n'a pas continué de posséder, aucune action n'est ouverte contre lui lorsque le trouble n'avait causé aucun dommage. Si ce trouble avait causé du dommage, le possesseur devrait, après l'année, saisir le juge de paix ou les tribunaux ordinaires suivant que le dommage aurait été fait à des champs,

gebonden is aan een korten termijn. Zij heeft in het fransche regt een zakelijk karakter en kan zonder algeheele miskenning van haar wezen het zakelijk regt niet overleven.

De termijn van art. 601 B. W. begint dus eerst te loopen, sinds het oogenblik, waarop naar de regelen van het Romeinsche regt het bezit onherroepelijk verloren ging (83). Voor de juistheid dezer uitlegging pleit drieërlei grond.

Vooreerst, de woorden der wet. Zij eischt *rustig* genot en gerust is het genot des indringers niet, zoolang hij geweld behoeft om het te behouden of zijne inbezitneming verbergt. Eerst op het oogenblik, dat de gewelddadigheden of de verheimelijking eindigen, begint de termijn te loopen.

Ten tweede, de algemeenheid der bepaling. Zij ziet geenszins enkel op het geval, dat het lot van het bezit eenigen tijd zwevende blijft, maar op alle gevallen, zelfs waarin dadelijk het bezit verloren gaat, gelijk meestal gebeuren zal bij ontzetting (84).

Ten derde, het verband met art. 621 B. W. Daar wordt gerekend van den dag, waarop het geweld heeft opgehouden: hier kan dus niet gerekend worden van den dag, waarop het geweld heeft aangevangen; anders liepen beide termijnen niet te zamen.

De zamenhang der wetsbepalingen stelt weder Mr. WINTGENS in het gelijk. Zoodra men de leer van het vredig bezit uit ons regt verbant, scheurt men die bepalingen los van het beginsel, dat ze tot een geheel vereenigt, en de Regering mogt bij de behandeling van het Wetboek van B. R. met volle

fruits ou récoltes ou à des propriétés urbaines, à moins que pour celles-ci les dommages allégués n'excédassent pas deux cents francs, auquel cas l'action en dommages, purement mobilière de sa nature, resterait de la compétence du juge de paix. RODIÈRE, *Cours* I, p. 66, Toulouse 1867. Anders H. R. 30 Nov. 1865, v. D. HON., B. R. 30, 83.

(83) Anders Mr. CONINCK LIEFSTING, p. 244 en vlg.; Mr. GOUDSMIT (z. ald. n^o. 176) begreep mijne meening volkomen.

(84) De leer van Mr. C. L., dat de wetgever door het bepalen van een termijn den regter uit de verlegenheid heeft willen helpen, waarin hij anders soms bij de beoordeeling der feiten zou kunnen geraken, strijdt met de verklaringen van POTHIER en NICOLAÏ en zou aan art. 601 B. W. het karakter

regt verklaren: „dat art. 23 C. de Pr. Civ. reeds in het B. W. was opgenomen (85).“

Wel is waar wordt in artt. 606 en 618 B. W. de voorwaarde van eenjarig bezit niet uitdrukkelijk genoemd, in art. 23 C. de Pr. Civ. wèl, doch aan deze omstandigheid mag geen gewigt gehecht worden. Art. 23 C. de Pr. Civ. stelt de voorwaarde, omdat zij altoos in Frankrijk gegolden had, en nogtans stond zij noch in de *Coutume de Paris* (86), noch in de *ordonnance* van 1667, noch bij POTHIER ter plaatse, waar hij de *complainte* omschrijft. Op het stilzwijgen der wet kan men zich juist in verband tot hare geschiedenis niet met vrucht beroepen; de wetgever handelde zelfs wijs niet verder te gaan dan art. 601 B. W. en de zamenhang der verschillende wetsbepalingen en *iuris ratio* moeten beslissen.

Trouwens men wachte zich voor overdrijving van het beginsel en beschouwe het in het ware licht. De eischer levert het bewijs, dat hij bezat tijdens de stornis (87). Al had hij destijds nog geen vol jaar het genot van het erf gehad, het schaadt hem niet, zoo hij het aanvaard heeft met den wil en de toestemming zijns voorgangers, want hij rekent zich, op gelijke wijze als in het klassieke *interdictum utrubi*, diens bezit toe. Door levering derhalve wordt het vredig bezit, mits de voorganger het gehad hebbe, aanstonds overgedragen: *quia facti traditio saisinam generat et inducit* (88). Art. 599 B. W. stemt met deze opvatting overeen (89).

van een Germaansch beginsel ontnemen, want het ware dan een voorschrift van convenientie ter verzachting der juridieke consequentie van het Romeinsche regt. Slechts als men er de handhaving in ziet van de leer van het annaal bezit, mag men van een Germaansch beginsel spreken.

(85) v. D. HONERT, *Handb. v. d. B. R.*, § 132, p. 259.

(86) DE FERRIÈRE, die uit het zwijgen der *coutume* eerst gelijk gevolg getrokken had, als men bij ons wil trekken uit het zwijgen van art. 606 B. W., kwam in zijn *Dictionnaire* in v. *complainte* op zijne dwaling terug.

(87) *Possessio probata de tempore turbationis facit praesumere possessionem et de tempore litis et contestationis*. POSTIUS, *Obs.* 17, n^o. 13.

(88) *Grand Coutumier*, p. 231, 232.

(89) Van daar de bepaling van art. 607 B. W. In art. 643 B. W. v. 1830 was aangenomen, dat bij levering door iemand, onbekwaam om het bezit te vervreemden, dit wel feitelijk maar niet regtens overging, zoodat

Insgelijks art. 600 B. W. Door inbezitneming van een verlaten erf verkrijgt men dadelijk bezit, want schendt men niet het bezit van een ander. De voorwaarde der annaliteit erlangt eerst gewigt in den persoon van hem, die zich het bezit ten nadeele van een ander aanmatigt, niet ingeval van possession acquise par succession ou tradition de fait. Il n'y a que le possesseur, volgens FLEURY (90), qui puisse intenter complainte; encore faut-il, qu'il ait possédé par an et jour, s'il n'a titre légitime qui lui donne lieu de se servir de la possession de son auteur.

Terecht heeft dus onze wetgever eenjarig bezit niet als algemeene voorwaarde gevorderd in artt. 606 en 618 B. W., maar het beginsel opgenomen in art. 601 B. W. De eischer ten possessoire behoeft zijn titel niet te toonen en regtmatige verkrijging wordt verondersteld (91). De gedaagde, die de tegenwerping maakt, moet het bewijs leveren, dat de eischer zich binnen het jaar voor de stoornis vi aut clam in het bezit gedrongen heeft. Wel schier altijd zal de gedaagde de door den eischer verdrongen bezitter of diens erfgenaam wezen en in dat geval stuit men op geenerlei bezwaar. De verdrongen gedaagde heeft tegen den eischer, niet de eischer tegen den verdrongen gedaagde de possessoire actie. Deze fundamenteele regtswaarheid kan men niet loslaten zonder bij de geringste verwickelingen terstond vast te raken (92). Er heeft nu hetzelfde plaats als in het interdictum uti possidetis; diegene van beiden, die het bezit den ander ontnam, moet het hem

het, zoolang de verkrijger nog geen jaar rustig genot had, met de maintainue kon worden teruggeweischt. Bij de herziening in 1832 trok men gezegd art. 643 in en stelde art. 607 B. W. er voor in de plaats, dat het tegengestelde beginsel huldigt en aan den verkrijger door levering ook in dit geval aanstonds de maintainue geeft. Dit is overeenkomstig POSTIUS. Obs. 57, n^o. 37.

(90) II, 33.

(91) Omnis possessio praesumitur iusta, legitima et non vitiosa, POSTIUS. Obs. 11, n^o. 2.

(92) In *Themis*, 1851, p. 400, maakte ik door een eenvoudig geval, mij in de praktijk voorgekomen, aanschouwelijk in welke onoplosbare moeilijkheden men vervalt, wanneer men met de jurisprudentie de actie van art. 618 B. W. toekent aan elken juridieken, zelfs onregtmatigen bezitter.

teruggeven (93). Wel is tegenwoordig de actie niet meer van regtswege wederkeurig, doch de gedaagde zal den eisch in conventie met een eisch in reconventie bejegenen, want, al is hij hiertoe niet gehouden, zijn belang gebiedt het en hij verzwakt anders zijne verdediging. En blijkens art. 617 B. W. en blijkens de verklaringen van den heer NICOLAÏ is de voorstelling, dat het geding strekt tot beslechting van een geschil over een bezit, waarop van weerskanten aanspraak gemaakt wordt, die van den wetgever gebleven. En al doet de gedaagde geen eisch in reconventie, altijd zal de eisch in conventie moeten worden ontzegd, wanneer op het tijdstip der stoornis de eischer tegenover den gedaagde nog geen bezit had verkregen. Dat verkrijgt hij eerst volgens artt. 601 en 603 B. W. door rustig genot van een jaar.

Eene naauwkeurige ontleding der vraag doet zien, dat het terrein van den twist moet beperkt worden tot het zeldzaam geval, dat binnen het verloop van een jaar twee onregtmatische inbezittingen op elkander volgen. Op 1 Januarij stelt B zich tegen den wil van A in het bezit van het erf. Op 1 Julij wedervaart hem, schoon zonder geweld, want anders verkrijgt hij de réintégrande, hetzelfde van C. Thans heeft, volgens artt. 601, 618 en 621 B. W., A de vordering tot teruggave tegen C. Heeft B ter zelfder tijd diezelfde actie tegen denzelfden gedaagde? Men moet het ontkennen. Wel zal B C mogen aanspreken met de persoonlijke vordering uit onregtmatische daad, voor zooveel de heimelijke bezitsontneming of toegebragte stoornis valt in de termen van art. 1401 B. W.; de zakelijke actie krachtens bezit heeft hij niet, want op 1 Julij had hij het bezit nog niet verkregen. In het Romeinsche regt moest men in omgekeerden zin beslissen. Daar zou de praetor aan B het interdictum uti possidetis tegen C verleend, aan A het geweigerd hebben. In ons regt belet art. 601 B. W. aan den verdrongen bezitter, die nog geen jaar buiten het bezit geweest is, de actie zelfs tegen derden te ontzeggen en

(93) In deze beschouwing is, bedrieg ik mij niet, Mr. CONINCK LIEFSTING mijn bondgenoot, Z. p. 330—334.

zij gaat juist daarom blijkens art. 618 B. W. tegen elken houder. Er volgt uit, dat men aan hem, wiens aangematigd bezit nog geen jaar geduurd heeft, de actie niet mag toekennen, zelfs niet tegen derden (94); Duplex possessio (95) kan niet bestaan en, al leest men voor „bezit” „bezitregt,” een uitsluitend regt op dezelfde zaak kan terzelfder tijd niet behooren aan meerdere personen anders dan in gemeenschap. Al is de gedaagde een derde, hij zal er zich op kunnen beroepen, dat de onregtmatige verkrijger nog geen jaar bezeten heeft.

Geheel met partijen gelijk staat echter de derde niet. Heeft de eischer het gansche afgeloopen jaar door de detentie gehad, de gedaagde kan de stoornis, door hem bedreven, niet goed maken met het feit, dat de bezitter stoornis van een derde geduld of van dezen het bezit heimelijk of met geweld verkregen heeft en de heimelijkheid of het geweld nog voortduren. Rustig tegenover mij is elk bezit, dat een jaar geduurd heeft en niet door mij betwist is. Er kunnen dus omstandigheden zijn, dat B bezitter is tegenover C, al is hij het nog niet tegenover A, maar verwarring kan er niet door gesticht worden. Want al heeft A het bezit tegenover B nog niet verloren, zoodra hij een vol jaar buiten het bezit geweest is, kan hij geen bezit meer laten gelden tegen C. Partijen alleen kunnen zich over en weder beroepen op de feiten, die aan het bezit zijne hoedanigheid van vredig bezit ontnemen tegenover eenen bepaalden tegenstander, en in dien zin zijn ook in

(94) *POSTIUS*, Obs. 41. L'usurpateur qui n'a joui que pendant six mois et qui ne peut alléguer aucune juridique représentation, puisque son seul fait est la base de sa possession, n'a pas l'action en complainte. *BOURJON*, *Droit commun de la France*, T. II, l. 6. t. 4, sect. 2, § 12.

(95) *MR. CONINCK LIEFSTING* ziet zich gedrongen dit te doen, p. 330, n^o. 232. Hij beroept zich te vergeefs op het Romeinsche regt. Daar ging door de ontzetting het bezit terstond verloren; de verdrijver alleen had het bezit, maar in het interdictum uti possidetis tegenover hem de verdrevene de beste aanspraak op het bezit. In ons regt behoudt een jaar na de ontzetting de verdrevene het bezit tegen derden. Men kan dit slechts ontkennen, als men art. 618 B.W. zoo uitlegt, dat aldaar onder houder moet verstaan worden bezits-ontnemer, m. a. w. als men aan de possessoire actie haar zakelijk karakter ontnemt.

het fransche regt de bezitsgebreken louter persoonlijk en met opzigt tot derden onverschillig (96).

De aard van het vredig bezit bepaalt voorts den invloed, dien de bezitsgebreken op de verhouding tusschen partijen uitoefenen. Men kan dit in een woord uitdrukken: *zij verhinderen de bezitsverkrijging*. De Hooge Raad (97) heeft, bedrieg ik mij niet, de ware strekking van artt. 613 § 2 B. W. niet begrepen. Hij beschouwt de bezitsgebreken als gronden van niet ontvankelijkheid, die wel kunnen gebezigd worden tot afwering der actie van art. 606 B. W. ad retinendam possessionem, maar niet mogen worden tegengeworpen aan de actie van art. 618 B. W., welke, in plaats van een onderdeel der eerste, daaraan tegenovergesteld en eene geheel zelfstandige actie ad recuperandam possessionem zijn zou. Na al het betoogde behoeft deze dwaling geene herhaalde wederlegging. Art. 613 § 2 B. W. is niet minder toepasselijk in het geval van art. 618 B. W. dan in dat van elke andere stoonis, want de actie van art. 618 B. W. is dezelfde als die van art. 606 B. W. en deelt in al hare algemeene eigenschappen (98).

(96) POTHIER, § 96.

(97) ARR. 30 Junij 1854 v. d. HON. B. R. 18, 524. Het gold daar bezit ter bede van een gemeenschappelijken gang. Over medebezit, z. voorts arr. 29 Jan. 1841 ald. 2, 119, 15 Febr. 1856 ald. 20, 223, 29 Oct. 58 ald. 22, 429 en 8 Jan. 1869 ald. 33, 228, waarover vgl. Mr. CONINCK LIEFSTING, p. 364—378. Ik begrijp niet, hoe men zoo met medebezit tobt. Even als medeigendom, kan men hebben medebezit. Derhalve als de eischer, die beweert te bezitten voor het geheel, slechts bewijzen kan bezit pro parte, moet hem zijne actie ten deele ontzegd, ten deele toegewezen worden. Verhalen kan hij alleen de schade, door hem persoonlijk geleden, en, wordt tot opheffing der stoonis gevorderd eene restitutie in natura, ondeelbaar uit haren aard, ook de bezitter pro parte zal ze kunnen vragen voor het geheel naar den gewonen regel omtrent ondeelbare praestatiën. En de eenige actie, die medebezitters tegen elkander hebben, is juist de maintenue. Het iudicium communi dividundo hebben zij tegen elkander niet. Arr. H. R. 6 April 1866 v. d. HON. B. R. 30, 307. Dat medebezitters zoowel onderling, als ieder hunner tegen derden de actie hebben, staat onder oude en nieuwe schrijvers vast. POSTIUS, Obs. 49, no. 10; AUBRY et RAU, § 157, II, p. 132.

(98) Mr. CONINCK LIEFSTING schijnt mij dezelfde meening toegedaan, p. 272.

En in allen gevalle blijft daarbij art. 601 B. W. van kracht en leidt tot hetzelfde resultaat als art. 613 § 2 B. W. Een van tweeën toch moet van den eischer met de maintenue waar zijn; òf hij heeft tegenover den gedaagde nog geen jaar rustig genot gehad, òf hij heeft het wel gehad. In de eerste veronderstelling moet hem zijne vordering ontzegd, ja aan den gedaagde de eisch in reconventie toegewezen worden. In de tweede veronderstelling is het gebrek gedekt, want, welke de oorsprong van des eischers bezit zij, door een jaar rustig genot heeft hij, ook tegenover den gedaagde, wien hij het vi aut clam ontnam, het vredig bezit verkregen. De wetgever behoefde dus in art. 618 B. W. niet van de bezitsgebreken te gewagen, want alles lost zich in den regel van art. 601 B. W. op. Of zal men tegenwerpen, dat, al moge de gedaagde het bezit en daarmede zijne actie door zijn stilzitten gedurende een jaar verloren hebben, hij toch het regt behoudt om, zelf aangesproken wordende, zich bij wege van exceptie op de onregtmattige bezitsverkrigging van den eischer te beroepen? Dan zou de wet scheppen een regt van stoornis en zoodanigen gedaagde een vrijbrief uitreiken om den eischer onophoudelijk door allerlei plagerijen te verontrusten en zelfs, ziet hij de kans schoon, het bezit heimelijk afhandig te maken. Tot zulk eene ongerijmdheid zal wel niemand in ernst durven besluiten. Dem Andern nach Belieben Gewalt zu thun, kann oder darf auf keine Weise das Resultat eines Richterspruchs seyn (99). Het regtsgevolg van het gewelddadig of heimelijk verkregen bezit moet in verband met art. 601 B. W. in ons regt noodzakelijk hetzelfde wezen als in het fransche regt. Het gebrek verhindert de bezitsverkrigging, zoo lang het niet door rustig genot van een jaar is genezen. Le vice de violence est purgé par la continuation paisible de la possession, sans qu'il soit nécessaire que la chose retourne préalablement au pouvoir de celui qui en a été dépouillé, ou qu'il se produise une interversion de titre (100).

(99) v. SAVIGNY, *Besitz*, p. 405.

(100) AUBRY et RAU, § 180, II, p. 87.

Mr. CONINCK LIEFSTING wil, dat reeds in het Romeinsche regt het beroep op de bezitsgebreken niet langer openstond dan een jaar (101), en men mag veilig veronderstellen, dat hij dezelfde leer toepasselijk acht op ons regt, al laat hij zich over dit punt niet bepaald uit. Derhalve, beschouwt men de zaak van de praktische zijde, wijkt zijne zienswijze slechts luttel van de mijne af. Ik geef volmondig toe, dat het annaal bezit eerst beteekenis heeft, ingeval de eischer het bezit vi aut clam verkreeg. Mr. C. L. geeft op zijne beurt toe (althans begrijp ik hem goed), dat de verkrijger vi aut clam binnen 's jaars voor de tegenpartij moet wijken. Zijn wij het er verder over eens, dat door rustig bezit van een jaar het gebrek wordt uitgewischt, ons verschil loopt alleen nog maar over de vraag, of er in ons regt onder bepaalde omstandigheden tegenover deren ontstaat duplex possessio, wat hij aanneemt en wat ik verwerp. Niettemin onverschillig is dit niet, want voor den opbouw der theorie hangt er veel van af, of men het er voor houdt, dat onze wetgever met het annaal bezit van het fransche regt heeft willen breken of niet.

Het bezit ter bede verdient een afzonderlijk onderzoek. Hij, die iets bij vergunning of in bedeleen heeft, zal het niet hebben animo domini en eveneens wie verlof kreeg om tot wederopzeggens toe in eens anders muur een venster te hebben, eene persoonlijke bevoegdheid uitoefenen, geen ius fundi.

In het Fransche regt verstaat men onder bezitter ter bede in het algemeen den houder voor een ander en onze wetgever volgde dit na in art. 1994 B. W., vertaling van art. 2234 C. N. Als zoodanige houder ter bede na de opzegging de

(101) p. 159. Over dit gevoelen, dat mij bedenkelijk voorkomt, is het hier niet de plaats om in discussie te komen. Ik wil er alleen op wijzen, dat ter terugbekoming der zaak het interdictum unde vi aan geene verjaring onderworpen was en evenmin de bevoegdheid van den verdrevene om zich door eigen rigting, mits niet gewapenderhand, in het bezit te herstellen. Alzoo kan ook de exceptio violentae possessionis in het interdictum uti possidetis niet aan verjaring onderworpen geweest zijn en wat van deze geldt, geldt ook van de exceptio clandestinae possessionis. Verjaring van het precarium strijdt ten eenemale met den geest van het klassieke regt.

teruggave weigert, bewerende onherroepelijk bezitter te zijn, heeft er eene interversio possessionis plaats en moet hij gelijk gesteld worden met hem, die zich tegen den wil des bezitters in het bezit stelt. De zaak kan worden opgeëischt met de maintenue, doch, wordt hem na de weigering der teruggave het rustig genot gedurende een jaar gelaten, zoo verkrijgt hij het vredig bezit en wordt het gebrek gedekt.

Van den houder voor een ander, die bezit heeft tegenover niemand, spreekt art. 612 B. W. In art. 613 § 2 B. W. is de rede van een bezitter ter bede, die bezit tegenover iedereen behalve den verleener der vergunning. Hier moet dus de wetgever gedacht hebben aan een precarium in den zin van het Romeinsche regt en dat bedoelde inderdaad POTHIER (102), wien hij naschreef. Kan zoodanig precarium voorkomen, het zal den bezitter ter bede dadelijk geven de possessoire actie tegen derden, want, door levering verkrijgende, kan hij zich het bezit van zijn auteur toerekenen. Doch tegenover den verleener der vergunning staat hij volgens de duidelijke bepaling der wet weerloos. Zelfs indien hij, na de teruggave geweigerd te hebben, een jaar lang het rustig genot behield, zal hem dit niet baten, omdat art. 599 B. W. en niet art. 601 B. W. op hem moet worden toegepast. Van den anderen kant kan men niet zeggen, dat hij den verleener der vergunning door zoodanige weigering stoort, want deze heeft geen bezit. Hoe moet dan de teruggave gevraagd worden? De Procureur-Generaal bij den H. R. begrijpt, dat op het „precarium, als geen contract zijnde, noch de bepalingen omtrent de verbindtenissen in het algemeen, noch die omtrent bepaalde contracten toepasselijk zijn.“ Hij noemt het „geen contract maar een beneficium.“ Dan zou de verleener der vergunning elk regtsmiddel behalve de rei vindicatio, indien hij zijn eigendom bewijzen kan, missen, want het interdictum quod precario bestaat in ons regt niet. Doch het gevoelen van Mr. v. MAANEN zal wel geen tweeden verdediger vinden. Reeds de klassieke Juristen

(102) Desgelijks, *Traité de la proc. civ.*, § 295.

(103) v. D. HON. B. R. 29, p. 66 en 67.

erkenden de contractueele natuur van het interdictum quod precario (104) en aarzelden niet dit beding na de invoering der actio praescriptis verbis te rangschikken onder de verbindende overeenkomsten (105). Nog minder bedenking heeft dit in ons regt, daar art. 1374 B. W. alle geoorloofde overeenkomsten tot contracten maakt (106), zoodat de verleener der vergunning gedurende dertig jaren na de intrekking de zaak kan terugeischen met eene contractueele actie.

Hieruit schijnt nu art. 613 § 2 B. W. te moeten worden verklaard. De stoornis door den rogatus moet aangemerkt worden als intrekking en als gedaagde vraagt hij reconventioneel het bezit terug, zoodat alles bij het bezit ter bede zich in de contractueele verhouding tusschen partijen oplost en de wetgever beter had gedaan door in art. 613 § 2 B. W. van het bezit ter bede te zwijgen dan al te slaafs POTHIER te volgen.

Een soortgelijk verwijt treft hem om twee andere redenen: vooreerst omdat hij uit de ordonnance van 1667 de algemeenheid van roerende zaken overnam; ten tweede wegens art. 617 B. W. Mr. CONINCK LIEFSTING (107) leert teregt, dat men in artt. 601 en 606 B. W. onder algemeenheid van roerende goederen moet verstaan eene universitas iuris, niet facti. Immers de laatste is zamengesteld òf uit corpora distantia òf uit corpora cohaerentia. In het eerste geval komen als voorwerpen van bezit en eigendom in aanschouw de afzonderlijke stukken, niet het geheel; in het andere geschiedt het tegendeel, maar staat juist om die reden de universitas, b. v. een schip, geheel gelijk met elke andere niet zamengestelde roerende zaak (108).

(104) L. 5 § 1 D. de peculio (15, 1).

(105) L. 1 § 3 D. de precario (43, 26).

(106) Vgl. Mr. CONINCK LIEFSTING, p. 83, n^o. 44.

(107) P. 388. Anders arr. H. R. 15 Febr. 1855 v. d. Hon. B. R. 19.63.

Een jaagschuitenvaar, al is dat ook, zooals het hier bedoeld is, geen onlighamelijke zaak, is, zeide aldaar Mr. GREGORY, zeer zeker eene algemeenheid van roerende zaken, waarop blijkens art. 601 B. W. de regelen van het bezit van onroerende zaken van toepassing zijn.

(108) L. 30 D. de U. et U. (41, 3), L. 30 pr. D. de A. v. A. P. (41, 2).

De fransche tekst van het B. W. spreekt dan ook van universalité *des biens meubles* en dus van al de roerende goederen, behoorende aan een bepaald persoon.

Minder juist acht ik het, dat Mr. C. L. zoodanige universitas nog thans mogelijk acht en laat ontstaan door erfenis, overeenkomst, b. v. maatschap, of ook zonder 's menschen toedoen door toeval. De *ordonnance* en de oudere fransche regtsbronnen dachten uitsluitend aan nalatenschappen. *Succession universelle de meubles et généralement toutes choses qui ont nature d'héritage ou de droit universel* chéent en *complainte* (109). Zoo lang men vasthield aan de Germaansche regtsbegrippen, was op de vererving de soort der nagelaten goederen van beslissenden invloed. De opvolging in de onroerende geschiedde naar eigen regelen, de roerende vormden eene zelfstandige massa of nalatenschap (*personal property*), die kon ten deele vallen aan een bijzonderen opvolger onder algemeenen titel (110). Wie als zoodanig van dergelijke nalatenschap het bezit gedurende jaar en dag gehad had, kon zich met de *complainte* verdedigen tegen ieder, die hem zijnen titel betwistte.

De stoornis moest derhalve in dit geval altoos bestaan in *trouble de droit* (111), daar belemmering in het feitelijk genot der goederen geen grond voor de actie oplevert. *Il vient un tiers qui se prétend héritier à mon exclusion et qui apporte quelque trouble à ma possession, puta en faisant des poursuites en son nom contre les débiteurs de la succession. Je puis intenter contre lui la complainte aux fins que je sois maintenu et gardé en la possession de cette succession et*

(109) *Instt. Coutum. de LOYSEL*, § 756. BRUNS. p. 273.

(110) Autrefois l'hérédité d'une personne se divisait en plusieurs hérités; il y avait hérité de meubles, de conquêts, de propres maternels, de propres paternels: les meubles appartenaient à certains héritiers, les immeubles à d'autres; alors il avait pu paraître utile d'accorder une action particulière pour réclamer une universalité de meubles; il n'est plus ainsi aujourd'hui. BIOCHE, *Actions possess.* § 551, p. 173.

(111) Le trouble dont il est ici question ne peut guère être qu'un trouble de droit. BOITARD, *Leçons*, Qu. 628, I, p. 631. Paris 1860.

qu'il lui soit fait défense de m'y troubler, sauf à lui de se pourvoir au pétitoire (112).

Zulk eene algemeenheid van roerende zaken, voorwerp van verkrijging onder algemeenen titel, kan bij ons niet meer voorkomen. Men kan legateren al zijne roerende (113), evenals al zijne onroerende goederen, maar in beide gevallen lost zich het legaat in even zoovele makingen op, als er afzonderlijke voorwerpen zijn, en geschiedt de opvolging onder bijzonderen titel. In zake het erfregt heeft onze wetgever met de Germaansche voorstellingen gebroken en de beginselen van het Romeinsche regt tot de zijnen gemaakt. Door een boedel verstaan wij het geheel der regten en verpligtingen, die op elk gegeven tijdstip hun middenpunt en drager hebben in een bepaald persoon, en door nalatenschap den boedel van een overledene, die door zijn dood niet uiteenspat, omdat de persoonlijkheid des erflaters ineensmelt met de persoonlijkheid van den erfgenaam. In regtskundigen zin kan er bij ons evenmin sprake zijn van eene nalatenschap, die als *universitas iuris* uit roerende goederen bestaat, als er van zoo iets sprake kon zijn in het Romeinsche regt. Ook bij ons is de *hereditas nomen iuris*, zonder dat het iets verandert, welke goederen er zich in de nalatenschap bevinden, en het regt van erfgenaamschap kan geen voorwerp opleveren van bezit. Twist over de opvolging onder algemeenen titel in den boedel van een levende of van een regtspersoon kan men zich zelfs niet denken. De boedel eener vennootschap b. v. is òf die van een regtspersoon òf het gemeenschappelijk eigendom der vennoten. Hoe kan hij dan ooit in aanmerking komen als voorwerp van *succession universelle de meubles*? Men verwijze de algemeenheid van roerende goederen, waarvan artt. 601 en 606 B. W. spreken, naar de rariteitenkamer waar de hermaphrodieten en soortgelijke regtsoudheden bewaard worden. In de praktijk kan zij niet meer voorkomen en hare vermelding heeft slechts in zoover belang, als zij bewijst met hoe weinig zelfstandigheid

(112) POTHIER, § 94.

(113) Dit voorbeeld noemt BOITARD, l. 1.

en oordeel de wetgever zich aan de overlevering van het fransche regt heeft vastgeklemd.

Een ander voorbeeld van slaafsche navolging van POTHIER vindt men in art. 617 B. W. Mr. CONINCK LIEFSTING (114) wil het weder verklaren uit het oud-Hollandsche regt, doch de vergelijking van den franschen tekst van het B. W. met POTHIER laat omtrent den oorsprong geen twijfel over. Met het geval, bij BORT (115) bedoeld, en dat in ons regt geenerlei bezwaar oplevert, heeft onze bepaling niets te maken. Als de eischer berouw heeft van zijne possessoire actie, doe hij afstand van de instantie of verklare wel te mogen lijden, dat zijne vordering hem ontzegd worde, en dagvaarde daarna ten petitoire. En de gedaagde betwiste des eischers bezit niet, maar winne hem later uit (116). Verwijzing ten petitoire op verzoek van partijen komt in een possessoir geding nooit te pas.

POTHIER (117) denkt aan geheel iets anders. Lorsque les enquêtes sont contraires de manière que le juge ne puisse connaître laquelle des deux parties qui se disputent la possession de l'héritage, a cette possession, le juge en ce cas, sans rien

(114) p. 480—484.

(115) 10, no. 24, 27.

(116) Vgl. arr. H. R. 25 April 1864 v. D. HON. B. R. 28, 475, waar, mijns inziens ten onregte, in dergelijk geval aan den eischer de bevoegdheid ontzegd is om handhaving in zijn bezit bij sententia declaratoria te blijven vorderen.

(117) § 105. In artt. 57 en 58 der ordonnance de Août 1539 was deze wijze van procederen, althans in zake van beneficiën, bepaald verboden. Het is dus vreemd nog bij POTHIER daarvan als geldend regt gesproken te vinden. De verwijzing van Mr. C. L., p. 480, no. 242, is mij duister. Het daar aangehaald artikel gebiedt immers geene verwijzing ten petitoire, maar verbiedt juist ten petitoire voort te procederen, voordat aan het vonnis ten possessoire voldaan zij. De bron, waaruit POTHIER regtstreeks of middellijk putte, was wel JOANNES FABER, ad *Instt. de interdicitis*, § 43, consuevit dici, quod iudex potest rem contentiosam ad manum suam ponere et tamdiu detinere, quousque fuerit discussum, vel potest alterum cogere ad agendum de proprietate; etiam alii sine processu tradere possessionem. Quae omnia potes colligere ex his quae notantur in SPECULO, de sequestr. § 3, de pet. et poss. § 1, de libelli obl. § 2, et per HOSTIENSEM. Wij hebben dus hier niet te doen met de complainte en den *stilus curiae franciae*, maar met de leer der Canonisten. MENOCHIUS, *de retin. poss.* III, § 742.

statuer sur le possessoire, ordonne que les parties instruiront au pétitoire; et l'héritage sera déclaré appartenir à celle des parties qui sur l'instance au pétitoire, aura le mieux établi son droit de propriété.

Eu de heer NICOLAÏ (118). Dans ces sortes de contestations, il arrive quelquefois que les deux adversaires se disputent mutuellement la possession; alors le juge en décide d'après le mérite des pièces rapportées; et lorsque les preuves ne sont pas suffisantes pour faire pencher la balance d'un côté plutôt que de l'autre, la possession est sequestrée ou adjugée provisoirement ou un jugement interlocutoire ordonne aux deux parties *d'abandonner la première action et d'en commencer une nouvelle au pétitoire.*

Men mag dus niet met Mr. CONINCK LIEFSTING (119) het vonnis van verwijzing noemen een praeparatoir, houdende, dat de instructie niet verder ten possessoire gevoerd, maar ten petitoire voortgezet zal worden; het vonnis is zelfs meer dan een interlocutoir; het is een eindvonnis (120), want het sluit de possessoire instantie, zoodat daarover nooit meer uitspraak kan worden gedaan, en opent de petitoire niet, want deze vangt eerst aan door de dagvaarding der meest gereede partij. Eene instructie ten petitoire zonder dagvaarding ten petitoire kan men zich in onze procesorde niet denken en de heer NICOLAÏ verlangt dan ook het opzetten eener nieuwe actie (121). Uit de geschiedenis van het dogme kan men de bepaling gemakkelijk verklaren. Reeds de Glossatoren sloofden zich af in het bedenken van uitwegen, waardoor de regter zich uit de verlegenheid zou kunnen redden, als hij

(118) VOORDUIN, III, 168, n°. VIII.

(119) P. 482.

(120) Vgl. over het verschil van eindvonnis en interlocutoir arr. H. R. 6 Dec. 1867 v. D. HON. B. R. 32, p. 95, en aldaar de conclusie van Mr. GREGORY.

(121) Trouwens, waar de possessoire actien ter kennisneming van den kantonregter staan, moet de petitoire zelfs aangebragt worden bij eenen anderen regter en art. 617 B. W. heeft toch zeker de opdragt der possessoire actien aan den kantonregter niet willen uitsluiten.

na verhoor der wederzijdsche getuigen bevindt, dat beide partijen gelijkelijk bewezen hebben te bezitten (122). Vooral de Canonisten (123) wilden, dat de regter alsdan partijen zoude gelasten hare titels over te leggen en de zaak zou toewijzen aan degene, die de beste eigendomsaanspraken had. Eene dergelijke vermenging van petitoir en possessoir gedooft onze wetgeving niet. Het moeten blijven afzonderlijke processen (124). En wat beteekent dan, nadat het geding voldongen is en beide partijen uitspraak over het bezit en de kosten gevraagd hebben, dergelijk vonnis van verwijzing, waaraan geene der partijen behoeft te gehoorzamen en dat het eigenlijk geschil altoos onbeslist laat? ODOFREDUS, die den regter aanraade partijen naar den duivel te wenschen (125), kwam ten minste rond voor de zaak uit. Verwijzing ten petitoire op grond van non liquet staat met regtsweigering gelijk.

De wet spreekt in dit geval ook van sequestratie en récréance. Sequestratie in afwachting der uitspraak over het bezit kan een nuttige maatregel blijken in den loop van een possessoir proces en de regter kan dien maatregel op grond van art. 1775 no. 2 B. W. bevelen, als eene der partijen er incidenteel toe concludeert (126). Insgelijks heeft de regter krachtens zijn ambt de bevoegdheid alle provisioneele toewijzingen (127) te doen, die partijen vragen en in het belang eener goede regtsbedeeling gevorderd worden, ja men kan zelfs, waar onverwijldde voorziening noodig is, ze verkrijgen in kort geding (128). Doch op incidenteele beslissingen in afwachting

(122) POSTIUS, Obs. 71.

(123) BRUNS, p. 182, 185, 232, 233.

(124) Vgl. art. 621 § 2 B. W. artt. 130, 131, 132, 201, 250 n. 4 B. R., en voor de jurisprudentie arr. H. R. 19 Nov. 1841 v. D. HON. B. R. 3, 36, 15 Oct. 1847 ald. 9, 85; 26 Nov. 1847 ald. 9, 148; 19 Junij 1863 ald. 27, 398; 9 Dec. 1864 ald. 29, 132; 30 Nov. 1865 ald. 30, 83.

(125) Anderen wilden dat de regter zou wijzen: *enses accipiatis et uti possidetis, ita possideatis*, JAC. DE ARENA in L. un C. *Uti poss.* (8, 6) § 10.

(126) Vgl. arr. H. R. 30 Junij 1859 v. D. HON. B. R. 23, 338, 26 Junij 1868 ald. 32, 497.

(127) Artt. 53 no. 8, 337 B. R.

(128) Art. 289 B. R.

van de einduitspraak over het bezit heeft de wetgever in art. 617 B. W. niet het oog en het gevoelen, dat hij daarbij gedacht heeft aan de oud-Hollandsche regtspleging kan ik weder niet beamen (129). Hij schreef POTHIER na en zoowel deze als de heer NICOLAÏ bedoelen uitsluitend eene sequestratie of *récréance gedurende het geding over den eigendom* (130) en *zonder over het bezitregt uitspraak te doen*. Niet slechts de woorden der wet zijn duidelijk, ook hare geschiedenis belet ze anders dan letterlijk op te vatten.

Ingeval van zoodanige sequestratie zal dan de meest gereede partij den sequester met de petitoire actie moeten aanspreken, want zij moet volgens art. 629 B. W. gerigt worden tegen den werkelijken houder. Zal thans de sequester de tegenpartij als waarborg kunnen oproepen, opdat deze het proces van hem overneme? Dat kan men niet aannemen, dewijl anders de minst gereede partij het voordeel van het bezit in het petitoir geding zou genieten, wat de wet niet kan hebben gewild. De tegenpartij zal moeten intervenieren en als tusschenkomende partij haar eigendomsregt even goed moeten bewijzen als de toevallige eischer. Zoo geen van beiden dat bewijs leveren kan of de petitoire actie, dat vooruit wetende, wagen durft, blijft het goed ten eeuwigen dage onder den sequester en wordt de bekende fabel van den verdeelden oester vertoond.

Op gelijksoortige bezwaren stuit men bij het toestaan aan eene der partijen van het bezit bij voorraad gedurende het geding over den eigendom zonder over het bezitregt uitspraak te doen. Wel is waar zal thans noodzakelijk in het petitoir proces de bezitter bij voorraad het voorregt hebben verweerder te zijn. Ook zal men hem tegen de tegenpartij en tegen derden in dat bezit tot de einduitspraak ten petitoire

(129) Vgl. Mr. CONINCK LIEFSTING, p. 459 en vlg. Hij ziet zelfs in art. 617 B. W. de *operis novi nunciatio*, p. 473.

(130) Ook in art. 609 B. W. zal men moeten denken aan eene provisie in een ten petitoire aanhangig gemaakt proces.

moeten beschermen (131). Doch wat verschil maakt het dan of men aan eene der partijen het bezit bij voorraad toekent of het definitief bezit? Aangenomen, dat de bezitter bij voorraad is ter goeder trouw, verkrijgt men als gevolg, dat het tijdstip, sedert hetwelk hij rekening van de genoten vruchten doen moet, eenigzins vervroegd wordt en dat zijn bezit niet deugt ter verjaring. En juist hierin ligt eene nieuwe onbillijkheid, want, daar de verkrijger van het bezit bij voorraad, niettegenstaande hem het verkrijgen eener uitspraak over zijn bezit onmogelijk gemaakt is, als houder der zaak moet stilzitten ten petitoire en daar hij zich van het bezit bij voorraad niet mag ontdoen, vermits hij rekenplichtig blijft aan de tegenpartij of hare erfgenamen, behaagt het hun te eeniger tijd alsnog met de actie tot uitwinning op te komen, hangt hij geheel van hunne willekeur af. Eerst na dertig jaren kan het bezit bij voorraad overgaan in definitief bezit, neemt men aan, dat de liberatieve prescriptie, wat strikt genomen zelfs nog betwistbaar ware, ten behoeve van den bezitter bij voorraad loopt. De regter behoort dus m. i. art. 617 B. W., welks voorschriften zich met de regelen eener goede regtsbedeeling niet laten overeenbrengen en dat bloot facultatief is, te beschouwen als niet geschreven; voor den uitlegger vermeerderd het de bewijzen, dat de wetgever, bezield door de zucht om het fransche regt te behouden, de overleveringen van dat regt gehandhaafd heeft, zelfs waar hij, beter doordenkende, ze had moeten verlaten.

Wij hebben de regtsvordering tot handhaving in het bezit leeren kennen als gelijksoortig aan het interdictum uti possidetis der Glossen en bestemd tot beslechting eener controversia possessionis, ja, ten gevolge van de werking van het

(131) Mr. CONINCK LIEFSTING wil zoowel hem, als den sequester de possessoire actien geven, p. 471—473. Ten aanzien van den sequester leerde de heer NICOLAÏ echter uitdrukkelijk het tegendeel. VOORDUIN, III, p. 367, n°. VI. Mij dunkt, de sequester en bezitter bij voorraad hebben niet meer noodig dan de actie uit art. 1401 B. W. Handhaving in het bezit behoeven zij niet.

vredig bezit, als eene zakelijke actie, gerigt tegen elken houder. In het geval van art. 618 B. W. bestaat de stoornis in het feit, dat de gedaagde feitelijk in het bezit is, ook al heeft hij de zaak volkomen ter goeder trouw verkregen, en ook in alle andere gevallen wordt tot stoornis niet meer vereischt dan betwisting van het bezit, zoodat zij geschieden kan, zoowel door tegenspraak van des houders regt op de zaak als door belemmering in het feitelijk genot (132). Il y a deux espèces de trouble pour lesquels on peut intenter complainte, le trouble de *fait* et le trouble de *droit*. Le trouble de *droit* est celui qui résulte de quelque demande judiciaire par laquelle quelqu'un me disputerait la possession que je prétends avoir de quelque héritage. Onze wetgever heeft deze definitie van POTHIER (133) als doctrinair niet overgenomen, doch ik begrijp niet op welke redelijke gronden men beweren kan, dat hij de van ouds en algemeen in de praktijk gehuldigde leer zou hebben willen verzaken en voortaan stoornis beperken tot trouble de fait. Ik laat daar, dat bij de algemeenheid van roerende zaken aan geen andere stoornis dan trouble de droit kan worden gedacht; ik laat daar het wederzijds vorderen van het bezit in art. 617 B. W., de gansche toon waarop de heer NICOLAÏ (134) over de maintenance sprak, duidt aan, dat hij zich de eindbeslissing voorstelde als eene uitspraak over het bezit, niet over de stoornis. De vordering strekt om van den regter te verkrijgen de erkenning van het zakelijk regt; de handhaving in het bezit geschiedt door eene sententia declaratoria. Het bezit, dat door de betwisting de eigenschap dreigt te verliezen tot de verjaring vereischt, wordt door het vonnis van die smet gezuiverd

(132) Le trouble ne se fait pas seulement de fait, mais de parole et par tout ce qui témoigne qu'on veut disputer la possession. FLEURY, II, p. 33, per contradictionem iudicalem sufficienter constat de turbatione. POSTIUS, Obs. 41, § 9. De oude praktijk stemde weder in dit opzigt met het klasieke regt geheel overeen en begreep de zaak beter dan de meeste hedendaagsche geleerden.

(133) § 102, 108.

(134) VOORDUIN, III, 367, 368.

en aan den gedaagde alle verdere stoornis verboden. In het vonnis dus ligt eigenlijk de opheffing der stoornis.

De vordering tot schadevergoeding, waarmede de feitelijke restitutie zamenvalt, heeft een louter bijkomstig karakter. Men moet niet, om te beoordeelen of er stoornis in het bezit heeft plaats gehad, de handeling toetsen aan art. 1401 B. W., want het is volstrekt niet noodig, dat er schade toegebracht of eene uit haren aard onregmatige daad gepleegd zij. Eene daad, op zich zelf regtmatig, wordt, zoodra zij eene betwisting van het bezit bevat, eene krenking van des eischers regt. Aan gegronde bedenking schijnt dus onderhevig de zienswijze van den H. R. (135), dat, als de gedaagde aan den eischer met het doel om diens verjaring te stuiten eene sommatie gedaan heeft, dit geene stoornis wezen zou, omdat tot stoornis gevorderd wordt eene onregmatige daad en het ongerijmd ware, dat iemand, die gebruik maakt van het regt, hem door de wet geschonken, aangesproken zou kunnen worden, als hadde hij iets onregmatigs gedaan. Men keere de redenering om. De wet had beter gedaan, indien zij aan de eenvoudige sommatie de kracht om de verjaring te stuiten niet had toegekend. Maar nu dit geschied is, bevat de sommatie eene betwisting van des bezitters regt op de zaak en moet hij, wil men hem niet weerloos laten tegen een bestrijder, die niet ruitelijk durft opkomen met de actie tot uitwinning, de bevoegdheid hebben met de possessoire actie de opheffing der stuiting te vragen om, zodoende, tot het instellen der petitoire actie, die hij zelf niet kan aanvangen, den gedaagde te dwingen (136). Het zakelijk karakter der actie moet op

(135) Arr. 21 Feb. 1843 v. D. HON. B. R. 4, 355. Men zie verder over het begrip van stoornis, 18 Oct. 47 ald. 9, 85, 11 Mei 48, 9, 369, 16 April 52, 14, 252, 13 Junij 55, 19, 321, 7 Jan. 59, 23, 1, 13 Jan. 60, 24, 26; 29 Junij 60, 24, 273; 5 April 61, 25, 107; 4 Jan. 61, 25, 24; 30 Jan. 62, 27, 134; 21 Oct. 62, 27, 90; 19 Junij 63, 27, 398; 11 Jan. 67, 31, 36 en 31 Dec. 69 *Weekbl. v. h. Regt.* no. 3180.

(136) Mr. PICCAARDT, *Opmerkingen en Mededeelingen*, I, p. 55, beseft dit. Toch weigert hij de possessoire actie, doch wil den bezitter doen ageren tot buiten effectstelling der sommatie met eisch van vergoeding der schade, op grond dat hij voor eigenaar moet worden gehouden. Daargelaten wat die

den voorgrond staan; de verbindtenis tot vergoeding van het stoffelijk nadeel, door de stoornis veroorzaakt, maakt haar regtsgrond of fundamentum petendi niet uit. Of des beklagden handeling stoornis te weeg brengt, moet veeleer naar art. 1992 dan naar art. 1401 B. W. worden afgemeten. Wel geslaagd schijnt de definitie van LUBRY et RAU: on entend par trouble tout fait matériel ou tout autre acte juridique qui soit directement et par lui-même, soit indirectement et par voie de conséquence constitue ou implique une prétention contraire à la possession d'autrui (137).

De slotsom van het onderzoek komt mitsdien hierop neder, dat de Nederlandsche wetgever, zelfs met overneming van verouderde bepalingen, bij de regeling van de vordering tot handhaving in het bezit, waarvan die, strekkende om in het bezit hersteld en gehandhaafd te worden, een onderdeel is, uitsluitend voor oogen heeft gehad de complainte de saisine et de nouvelleté van de fransche jurisprudentie na de ordonnance van 1667 en haren grondslag, het vredig of annaal bezit, wel degelijk heeft willen behouden.

Trouwens er bestond voor den wetgever van 1823 geenerlei drijfveer om anders te handelen. Welk lid der toenmalige Staten-Generaal had de verhandeling van v. SAVIGNY gelezen? In het Zuiden was men aan het fransche regt, dat men er dan ook na 1830 behouden heeft, innig gehecht en het verraadt weinig kennis van onze parlementaire geschiedenis, als men de neiging om terug te keeren tot de oud-Hollandische praktijk bij de Kamers van die dagen veronderstelt. En ook het ontwerp van 1820 (138) was in het behoud van

praesumtie hier ter zake doet, moet de eischer, om ze te kunnen invoeren, zijn bezit bewijzen. Vordert hij dus op grond van zijn bezit buiten effectstelling, d. i. opheffing der stoornis, met schadevergoeding, dan is zijne actie de possessoire. Inderdaad hij heeft deze of hij heeft er geene. De redenering in de *Regtsgeleerde Adviezen*, II, p. 78, gaat uit van de veronderstelling, dat de possessoire actie uitsluitend dient om schadevergoeding te bezorgen wegens belemmering, in de detentie ondervonden, en berust dus op miskenning van haar wezen, nl. dat zij strekt om te beslissen over het regt op het bezit.

(137) § 187 n^o. 7 II, 136.

(138) Art. 1174.

het eenjarig bezit voorgegaan. Men dweepe niet met een hersenschimmig vaderlandsch regt. Dat hebben wij nooit gehad. Voor de Unie de Noordelijke provinciën onverbrekkelijk vereenigde en van de Zuidelijke scheidde, waren b. v. van Holland en Zeeland de betrekkingen met Vlaanderen ongelijk inniger dan met Gelderland of Groningen. In Holland en Vlaanderen, welks Graaf pair van Frankrijk was, volgde men den franschen stijl; in Gelderland en Groningen bleef men meer Duitsch. En ook gedurende de republiek behield elk gewest zijn eigen regt. Ons eerste algemeene wetboek was het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het koninkrijk Holland.

Maar in de middeneeuwen had de gansche Latijnsche Christenheid hetzelfde regt, zamengesteld uit twee om den voorrang strijdende bestanddeelen, het Germaansche of volksregt en het Juristenregt. Tot de instellingen van dat volksregt behoort het vredig bezit en men kan deszelfs oorsprong en beteekenis nergens beter en zuiverder uit leeren kennen dan uit de handvesten onzer Hollandsche steden.

Op 23 November 1245 gaf Graaf WILLEM II in twee brieven aan Haarlem handvesten (139), die in 1246 werden medegeedeeld aan Delft (140), in 1254 aan Alkmaar (141), in 1288 aan Medemblik (142), in 1298 aan Beverwijk (143), in 1355 aan Enkhuizen (144), in 1356 aan Hoorn (145), in 1355 aan Monnikendam (146) en in 1357 aan Edam (147). Voegt men er bij, dat men soortgelijke bepalingen aantreft in Dordrecht (148) 1315, Rotterdam (149) 1340, Heusden (150) 1395, Gorinchem (151) 1412, Utrecht (152) 1378, zoo mag

(139) *Oorkondenboek*, I, 219 en 223.

(140) Ald. 226 en beter bij SOUTENDAM. *Keuren en ordonmantien der stad Delft*, p. 233.

(142) v. MIERIS, I, 478.

(144) Ald. II, 828.

(146) Ald. II, 827.

(148) Ald. II, 155.

(150) Ald. III, 634.

(152) *Gr. Utr. Plakb.* III, 285, n^o. XVII.

(141) Ald. 316.

(143) Ald. I, 599.

(145) Ald. II, 865.

(147) Ald. III, 31.

(149) Ald. II, 639.

(151) Ald. IV, 216.

men veilig van een algemeen gewoonte- of volksregt spreken en wel van een zoodanig, dat zich niet bepaalde tot de steden, want ook ten platte lande ontmoet men er de sporen van. Mr. FEITH (153) heeft dit betwijfeld, omdat hij van het eenjarig bezit geen melding gemaakt vond in de landregten van Kennemerland (154), West-Friesland (155), Waterland (156) en Zuid-Holland (157), die onbepaald zeggen dat, als iemand den anderen om erf aanspreekt: „soe sullen die sevenen naast gelegen dat erve geven by haren eede”. Doch volgens de verordening van PHILIPS van Bourgondië van 23 Maart 1455 (158) mogt in Holland niemand zeventuig wezen „hij en sal jaer ende dagh in bezitte van dien lande geweest hebben, eer hij daer of tuijghen sal”. Hiermede komt § 9 van het regt van Waterland overeen en ook in Zuid-Holland gold het bezit van jaar en dag althans ten voordeele van den Graaf, blijkens het regt van den Grooten Waard (159) van 21 Jan. 1344 en van Oud Giessen en Alblas (160) van 1 Jan. 1322.

In de keuren van Middelburg van 1217 (161) en 1254 (162), van Westkapel (163) van 1223, van Domburg (164) van 1223, van Zierikzee (165) van 1248 wordt van het bezit van jaar en dag niet gesproken; evenmin

(153) *N. Bijdragen*, 1866, p. 645, no. 3.

(154) 1291, v. MIERIS, I, 535.

(155) 1299, ald. I, 617 en beter 1310, ald. II, 89.

(156) 1347, ald. II, 735.

(157) 1303, ald. II, 28.

(158) *Handv. van Kennemerland* p. 53, of 1456, nieuwe stijl. Deze verordening komt elders voor, b. v. *Gr. Utrechtsch Plakb.* II, p. 8, als van 9 Aug. 1446. Bij Mr. v. LIMBURG BROUWER, *Boergoensche charters*, p. 83, op 22 Nov. 1446 en p. 112 op 23 Maart 1456. Zij behelsde eene algemeene landswet. BOEY, *Woordentolk*, in v. *Seventuig* en v. LEEUWEN, *R. H. Regt*, B. V. D. XXX, § 10. Het zeventuig was eene jury, wier uitspraak door vonnis van schepenen werd bevestigd. Vgl. *Costume van rechten* in Sybekarspel. *Handv. van Medemblik*, p. 44.

(159) v. MIERIS, II, 139.

(160) Ald. II, 271.

(161) *Oorkb.*, I, 151.

(162) Ald. I, 310.

(163) Ald. I, 160.

(164) Ald. I, 164.

(165) Ald. I, 245.

Themis, D. XXXI, 3de St. [1870.]

in die van Brielle (166) van den 18 Maart 1343, van Tholen (167) van 7 Dec. 1363 of in die van Zeeland Bewesterscheld (168) van 18 Maart 1327 en Beoosterscheld (169) van 7 April 1328. Toch trekke men uit dergelijk stilzwijgen geen te haastig besluit. In de keur van Floris den Voogd, gegeven op 26 Maart 1258 (170), leest men: «nemo habebit *aneborte* (naastingsregt als buur) manens in Zelandia de aliqua terra, qui infra proximum annum et unum diem, postquam terra vendita fuerit, suam *aneborte* non requisierit coram hominibus comitis Hollandie manifeste. Voorts volgde men in Zeeland, vooral Bewesterscheld, het Vlaamsche regt en in het land van Waes (171) of in de keur van Sleidinghe (172) vindt men het vredig bezit van jaar en dag terug.

De handvesten van Haarlem nu stellen de zaak dus voor. De verkrijger van een erf, die, verschenen op de drie vaste, jaarlijks hiertoe bestemde regtdagen, door niemand was bemoeijelijkt, kon na verloop van het jaar een vonnis van schepenen vragen, waarbij zijn vredig bezit ten aanschouwe der gemeente werd bekondigd. Door dit vonnis was hij voortaan tegen alle namaning veilig, want, werd hij aangevallen, zoo had hij het regt van bewijs en volbragt dit met zijne schepenkennis volkomen

Preterea in oppido constituta sunt tria iudicia annualia: primum proxima feria tertia post epiphaniam, secundum post octavam pasche feria secunda, tertium feria secunda post festum Joannis Bapliste. Que ad hoc sunt constituta, ut quilibet oppidanus, existens in possessione alicuius heredi-

(166) v. MIERIS, II, 674.

(167) Ald. III, 203.

(168) Ald. II, 418.

(169) Ald. II, 451. Van de zoogenaamde keur van 1290, althans in de gestalte waarin zij voorkomt bij v. MIERIS, I, 513, schijnt de onechtheid niet twijfelachtig.

(170) *Oorkb.* II, 25.

(171) WARNKOENIG, *Flandrische Rechtsgesch.* II, no. CCXV, § 30, p. 182.

(172) Ald. n^o. XXXIV, § 34, p. 61.

tatis, in quolibet predictorum iudiciorum compareat et ibidem super hereditate, si sit qui impetat, conveniatur. Si vero non conveniatur, ipse postmodum iuxta sententiam scabinorum quiete hereditatem suam possideat. Et dicta iudicia in ecclesia sunt indicenda. Quieta vero hereditatis possessio non poterit confirmari et probari nisi per scabinos et iuratos.

Dat vredig bezit vernietigt ook het naastings-regt. Het kan door den kooper van eens anders erfgoed tegengeworpen worden aan den naasten erfgenaam, die zijn verzet of naastingsregt na verloop van het jaar zou willen doen gelden (173).

Si quis patrimonium vel hereditatem alicuius mercatus fuerit et sub testimonio scabinorum sine reclamazione per annum et diem vel amplius possederit, possessor ipsius patrimonii vel hereditatis nulli post dictum terminum, etsi impetatur, tenebitur respondere.

Volgens hetzelfde beginsel verkreeg de schuldeischer door eenjarig bezit van het onderpand het voordeel, dat hij ten aanzien van het bestaan en het bedrag der schuld geloofd werd op zijn eigen eed alleen.

Si quis bona, titulo pignoris sibi obligata, possederit sine reclamazione per annum et amplius et aliquis eidem iniurietur, sola manu iurando confirmabit quidquid in illis bonis habuerit.

Minderjarigen en afwezigen mogten echter hunne tegenspraak later alsnog doen gelden, mits binnen het jaar na de meerderjarigwording of de tehuiskomst (174).

Indien de geerfde werd aangesproken binnen het jaar, moest hij zijn waarborg roepen (175) of de regtmatigheid

(173) Op de beperking van dit regt, zoo nadeelig voor het verkeer, stelde men in de steden veel prijs. In Middelburg, z. de keur van 1254, duurde het maar 40 dagen. In Gen'd bestond het in het geheel niet, § 19 keur van 1192, est autem tanta libertas oppidi Gandensis, quod si quis hereditatem suam, infra iustitiam oppidi contentam, vendere vel invadiare voluerit, licet ei tam extraneis, quam proximis, nec aliquis ratione consanguinitatis vel proximitatis poterit contradicere. WARNKOENIG, II, n^o. V, p. 16. Ook in Frankrijk gold dit regt gedurende jaar en dag. *Li livre de justice et de plet* l. VI c. V, p. 128.

(174) Vgl. Dordrecht en Rotterdam.

(175) Deze was slechts gehouden gedurende jaar en dag. Gheloven hoem

zijner verkrijging op andere, met de Germaansche bewijsleer overeenkomstige wijze staven. Uit het feit, dat niemand den bezitter had aangevallen, in weerwil dat hij zich openlijk daar, waar het behoorde, aansprakelijk gesteld had, trok men het natuurlijk vermoeden, dat zijne verkrijging eene regtmattige moest geweest zijn. Schepenen hadden bloot dat feit te onderzoeken en de bezitter moest er hun het bewijs van leveren door getuigenis van schepenen of gezworenen. Een gewoon poorter mogt in dit geval geen oorkonde dragen (176). Ook gaven schepenen het vonnis niet, dan na alvorens aan de belanghebbenden, die alsnog tegenspraak wilden doen, de gelegenheid verschaft te hebben om op te komen door drie achtereenvolgende oproepingingen met veertien vrije dagen of dwarsnachten tusschenruimte. De termijn van jaar en dag werd dus eigenlijk van een jaar, zes weken en drie dagen (177).

De bezitter, door niemand aangevallen, had aan schepenen geen titel te toonen, doch ongetwijfeld mogten schepenen het gevraagde vonnis weigeren, wanneer zij van de onregtmattigheid der verkrijging kennis droegen, want naar Germaansche begrippen is de persoonlijke wetenschap van hen, die het oordeel vellen, van beslissenden invloed en in de steden vestigde zich vroeg de regel (178), dat opdragt van erven moet geschieden voor schepenen, wat in het handvest van Dordrecht met de drie jaarlijksche regtdagen in verband wordt gebracht. Maar men vervalle niet in de fout van op de instellingen van het volksregt de techniek

ende sinen naecomelingen daer af recht ghewaere te wesen jaer en dach voer eenen eyghliken, die dien mitten rechte aenspreken woude. 19 Junij 1343, NYHOFF, *Gedenkwaardigheden*, I, 449.

(176) Anders gold de regel: *simplex oppidanus, ferens testimonium, iurare tenebitur; scabinus vel iuratus sine iuramento poterit ferre testimonium*. De ambtseed is dus al zeer oud.

(177) Gorinchem, v. MIERIS, IV, 216, § 26. Ook in Gelderland was die termijn algemeen. Zie BONDAM, *Charterboek*, p. 249. 1190, Zutphen, het moederhandvest der Geldersche steden. Over het bezit van jaar en dag aldaar en elders, vgl. MATTHAEUS, *Paroemiae*, P. IX, § 17.

(178) Vgl. de aangehaalde Zeeuwsche keuren van Middelburg en voorts Delft. *Si quis hereditatem alicuius mercatus fuerit presentibus scabinis.*

van het Romeinsche te willen toepassen. Dikwijls jagen beide regten hetzelfde maatschappelijk doel na, doch zij bereiken het langs anderen weg; het Romeinsche komt tot het oogmerk door middel der rechtsoorzaak of de leer der verkrijging, het Germaansche door middel van het bewijs. Het eerste weigert uit bloote overeenkomst de actie, het andere laat den schuldenaar toe zich te bevrijden door zijn eigen eed (179). Beiden maken in dit geval den schuldeischer van de eerlijkheid zijns schuldenaars afhankelijk. Het eerste voerde de *usucapio in, ne dominia diutius incerta essent* (180); hetzelfde belang van de zekerheid van het verkeer deed het laatste een eenvoudig en voor de tijden, waarin het werkte, zeer doelmatig stelsel van openbaarheid aannemen (181). Het vredig bezit of liever de schepenkennis, die het beoorkondde, was dus een bewijsmiddel, niet eene verjaring. Elke latere betwisting stuitte er op af als op een ondoordringbaar schild en in zoover kwam het met de *usucapio* in praktisch gevolg overeen, doch men kan het niet verklaren met behulp der Romeinsche onderscheidingen van bezit krachtens titel of tusschen *usucapio* en *praescriptio*; het middeneeuwsche volksrecht moet uit zich zelve gekend worden en niet in het latijn der Instituten worden vertaald (182).

Even als in Duitschland vindt men het vredig bezit in het noorden van Frankrijk. Volgens *le livre de justice*

(179) *Item si oppidanus a quocunque fuerit tractus in causam super re pecuniari, nisi de manu promissa, quod vulgo gewedde hant nuncupatur, eum conveniat, vel nisi per scabinos eum convincat, is qui convenitur propria manu se poterit excusare.* *Handv. van Haarlem.* Door pecunia *manu promissa*, vulgo *gewedde hant* wordt hier hetzelfde bedoeld als in de Gentsche keur van 1228 (WARNKOENIG, II, n^o. XV, p. 34), door *debitum vero, quod vadiatum est, si ad diem vadiatum non fuerit solutum, pannabitur in duplo*, namelijk het *fidem facere* der *lex salica*, waarover vgl. SOHM, *Der Process der lex salica*, 18, en BETHMANN HOLLWEG, *der Civilprocess*, IV, 474.

(180) GAI, II, § 44.

(181) Art. 621 B. W. van Ned. Indië is er nog een overblijfsel van.

(182) Vgl. BAR, *Beweisurtheil*, p. 207 fgg. en LABAND, *die vermögensrechtliche Klagen*, p. 292, fgg. 351.

et de plét (183) nos apelons veraie sesine, quant aucuns remaint sesi an et jor comme sires et par jostice à le veue et à la seue de celui qui demender puet et ne veaut demander et se test. Par justice d. i. bij schepenvonniss als in Haarem. Ook in de handvesten der fransche steden. Si quis domum vel quamlibet tenuituram presente adversario suo nec contradicente per annum et diem tenuerit, postea sine contradictione possidebit. Noyon 1181. Si quis teneuram aliquam in pace anno et die tenuerit, deinceps liber et quiete permaneat, nisi aliquis extra provinciam egressus fuerit aut aliquis nondum emancipatus super hoc clamorem fecerit, de Roye 1183 en anderen (184).

De zwakke kant van het volksregt lag in zijne barbaarsche regtspleging met hare veelvuldige eeden, tweegevechten en godsoordeelen en de ruwheid der territoriale gerigtsheeren. Daartegen waren de klerken en geleerde Juristen, die, in de scholen der Glossatoren en Decretisten opgeleid, sinds de dertiende eeuw gaande weg er in slaagden de koninklijke en andere vierscharen te bezetten, met diepe verachting en afkeer vervuld. Zij vervingen ook in de wereldlijke gerigten de Germaansche bewijsleer door de kunstmatige procesorde, bij de geestelijke regtbanken in gebruik en aan het Romeinsche regt ontleend, en bragten in hunne regtspraak de onderscheidingen over tusschen bezit en eigendom, titel en verjaring, aan het volksregt vreemd, maar in de geschreven regten erkend. Vooral hechtten zij aan de verjaring, want het eigendomsbewijs door titels achtten zij bijna onuitvoerlijk wegens de daarmede verbonden probatio domini auctoris, waarom zij het probatio diabolica noemden, zoodat de verjaring, waarbij getuigenbewijs geleverd worden kan en vooral die, waarbij men volstaan kan met langdurig bezit zonder verloon van titel, het geliefkoosd regtsmiddel werd. Tot handhaving der

(183) L. III, c. 5, § 4, p. 110, ne sesine n'est pas veraie, s'el n'est tenue an et jor sanz, contenz., l. XVII, c. 3, § 2, p. 271.

(184) Men vindt ze aangehaald bij ESQUIROU DE PARIEU, *Etudes*, p. 56. VALENTIN SMITH, *de l'origine de la possession annale*, p. 47.

verjaring strekte de possessoire actie en tot grondslag van beiden legde men het vredig bezit (185), dat men uit het volksregt, dat zich niet geheel verdrijven liet, overnam. Wel poogde men het zóó voor te stellen, dat het bezit van jaar en dag slechts diende om te bepalen of de stoornis kon worden beschouwd als vers gepleegd en dus de complainte toegelaten, zoodat volgens de leer der Glosse de actie, nits wegens simpele saisine, nog tien jaren kon openstaan, doch deze leer, die vooral door SIMON DE BUCY (186) schijnt verdedigd, schoot in de praktijk geen wortel. Zoo werd in het fransche regt het innig verband tusschen prescriptie en possessoire actie aangeknoopt en leeft daarin tot den huidigen dag het oude volksregt, schoon door de Juristen vervormd en verwrongen, in het annaal bezit voort. In alle andere opzigten (187) beoordeelde men het bezit van onroerend goed naar het geschreven regt, kende aan de maintenue de eigenschappen toe van het interdictum uti possidetis en rigtte de procedure in naar de regelen van de gemeene praktijk.

(185) Item utrum haec predicta pacifice possidet, ita quod aliquis non moveret erga ipsum questionem de dicta possessione. Item utrum fuit in dicta possessione per annum vel per plures vel per quot annos 1259, Olim. I, 98, XIX.

(186) De *Grand Coutumier*, p. 253 en 285 verstaat door *les deux cas de nouvelleté* niet de maintenue en de réintégrande, maar den strijd eerst over het jongste of annaal bezit, waaraan de zege verbleef bij de complainte en récéance, en dan over het oudste bezit, dat volgens C. 9. X. *de probationibus* (2.19) moest triomferen in het ordinarium of bij het geschil over simpele saisine. De fransche praktizijns, het proces over het annaal bezit verloren hebbende, hielden zich enkel het petitoir voor en waagden zich niet aan dat over het oudste bezit, dat hun zeer hagchelijk voorkwam. Tegen deze praktijk ijverde DE BUCY, vurig voorstander van het gemeene Juristenregt, doch te vergeefs.

(187) Behoudens de toepassing op het bezit van den regel le mort saisit le vif son plus proche héritier, die in het Germaansche regt oorspronkelijk niet anders beteekent dan dat tot overgang op den erfgenaam, als hoedanig het slechts den naasten bloedverwant erkent, geene opdracht noodig is. Eene verbetering, als men de Romeinsche regtsleer omtrent het bezit behoudt, kan ik dit niet noemen. Ik denk op dit punt vrij wel gelijk CRIACHT'S. Doch in het stelsel van annaal bezit past de regel volkomen.

Behalve de *maintenue* kent de *ordonnance* van 1667 de réintégrande. Zij rust op gansch anderen grondslag dan gene. POTHIER, zonder zich in te laten met de twistvragen der Canonisten, vereenzelvigd ze geheel met het interdictum unde vi van het Justiniaansche regt. Zij heeft dus bij hem een louter persoonlijk karakter en wordt geboren uit de onregfmatige daad der ontzetting. Meer dan die daad, meer dan le seul fait de la spoliation behoeft mitsdien de eischer niet te bewijzen. Terwijl bij de *maintenue* de actie tot grondslag heeft het vredig bezit of het zakelijk regt, spruit daarentegen de réintégrande voort uit eene verbindtenis ex facto. Verdreven wordt altoos de houder, doch evenwel kan alleen de bezitter over de ontzetting klagen, want in den houder voor een ander wordt uit het bezit ontzet niet hij zelf, maar degeen voor wien hij houdt. Daarentegen doet het er niet toe, hoe, zelfs tegenover de wederpartij, de verdreven bezitter zich het bezit verschaft had. Bij de réintégrande is derhalve alle beroep op de bezitsgebreken des eischers uitgesloten. De verbindtenis strekt tot volledige schadeloosstelling en allen, die aan de ontzetting schuld hebben, zijn hoofdelijk en ieder voor het geheel aansprakelijk.

Ter verklaring der réintégrande bij POTHIER heeft men dus niet noodig of de actie wegens dissaisine (188) van het Normandische en oud fransche regt, noch de geschillen over de actio spoliei der Canonisten te hulp te roepen. Wij hebben hier met zuiver Romeensch regt te doen en onze wetgever nam in art. 619 B. W. POTHIER's omschrijving gaaf over (189).

Tegen den houder als zoodanig gaat alzoo de actie niet. Dit neemt niet weg, dat, wat regtens onverschillig is, feitelijk

(188) Een geschil over dissaisine tusschen PHILIPS van Rinnighe en den Bisschop van Utrecht, zijn leenheer, wordt vermeld in het zeggen van de Graven van Vlaanderen en van Gelder van 12 Junij 1257. *Oorkondenb.* II, p. 15. De uitdrukking kwam mij in onze charters niet vroeger voor.

(189) Ik vereenig mij dus geheel met het gevoelen door Mr. CONINCK LIEFSTING verdedigd, p. 272, 274.

gebeuren kan en meestal gebeuren zal. Gewoonlijk verdrijft men een ander om zelf het goed in bezit te nemen en zal dus de gedaagde op de réintégrande werkelijk te gelijk de houder zijn der zaak in geschil. Onder de verpligting tot schadevergoeding is die tot restitutie in natura, waar zij geschieden kan, begrepen en de geweldpleger moet mitsdien in de eerste plaats de zaak, zoo hij ze onder zich heeft, teruggeven. Feitelijk dus strekt in den regel de réintégrande tot bekoming der teruggave der zaak van den houder met schadevergoeding en de leer van het Romeinsche regt, dat zij ook na de verjaring der hoofdvordering, wat die teruggave betreft, tegen den houder voortdurend overblijft, versterkte deze voorstelling. Daar men nu algemeen de possessoire actiën, waaronder men ze rangschikte, als zakelijk beschouwde, ontstond er met opzigt tot haar vroegtijdig groote begripsverwarring en ziet men vele Juristen bij de verklaring der réintégrande op twee gedachten hinken. Onze wetgever verviel in dezelfde feil (190). In navolging van den Code Napoléon nam hij ook bij de ontzetting het verlies van het bezit eerst na verloop van een jaar aan en verbond, naar aanleiding van hetgeen hij reeds als het gevoelen van sommigen bij POTHIER vermeld vond, de opheffing der stuiting of het regtsgevolg, dat uit zijn aard slechts aan de maintenue eigen kan zijn, ook aan de teruggave, met de réintégrande verkregen. Dien ten gevolge regelde hij mede bij deze actie, als ware zij eene zakelijke, den omvang der verpligtingen van de verschillende soorten van houders en bepaalde eindelijk in art. 620 B. W., dat zij kan worden aangevangen tegen alle degenen, die zich ter kwader trouw van het bezit hebben ontdaan.

Eene rationeele uitlegging van laatstgenoemde bepaling kan niemand geven; men kan enkel gissen, hoe de heer NICOLAÏ er aan kwam. De leer, dat de réintégrande niet gaat tegen den houder als zoodanig, vond hij bij POTHIER (191)

(190) Die trouwens den heer NICOLAÏ wel te vergeven is, als men bedenkt hoe de fransche juristen nog altoos over de réintégrande haspelen.

(191) § 122.

gestaafd door de uitspraak van PAULUS: *quum a te deiectus sum, si TITUS eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio, quam tecum, interdicto experiri* (192). Hij schijnt de redenering van PAULUS niet begrepen te hebben en in de plaats te hebben gelezen, dat, niettegenstaande de overdracht aan TITUS, de eerste bezitter toch aansprakelijk bleef. Hoe het zij, de bepaling mag beschouwd worden als niet geschreven, want de houder, mits hij onschuldig zij aan de ontzetting, is met de réintégrande nooit aansprakelijk en kan dus in geen geval gezegd worden zich ter kwader trouw van het bezit te hebben ontdaan. De geweldpleger daarentegen is altoos aansprakelijk, hetzij hij houder is, hetzij niet, zoodat het zijne aansprakelijkheid niet verzwart, al ontdoet hij zich van het bezit.

Intusschen, zoo men deze vergissing van den heer NICOLAÏ daarlaat en al heeft hij zich slecht uitgedrukt, de bedoeling der wet is duidelijk. De verdreven bezitter heeft vooreerst tegen elken houder de zakelijke vordering tot teruggave (193), ten tweede tegen ieder, die aan de ontzetting schuldig is, de vordering tot schadevergoeding.

Het eerste vloeit regtstreeks voort uit het beginsel van het vredig bezit. De eischer, die krachtens art. 601 B. W. het bezit behield, heeft tegen den houder de maintenue. Het hindert niet, dat art. 618 B. W. de maintenue beperkt tot het verlies van het bezit zonder geweld, omdat de werking der bezitsgebreken vreemd blijft aan derden, zoodat de houder zich niet beroepen kan op de ontzetting, waaraan hij beweert onschuldig te zijn, en de eischer tegenover hem

(192) L. 9 D. *de Vi* (43, 16).

(193) Vgl. arr. H. R. 23 Junij 1854 v. D. HON. B. R., 18, 495, waarbij onder minder juiste redeneringen m. i. te regt wordt overwogen, dat het doel van art. 619 B. W. geen ander is dan om aan den met geweld beroofden bezitter een waarborg en een regtsmiddel te meer te geven ter zake van het tegen hem gepleegd geweld; dat te dien einde bij dit art. boven en behalve de aan zijn zakelijk regt inherente actie tegen iederen houder, ook eene actie gegeven wordt, enkel en alleen op grond van het geleden geweld, tegen degenen, die het hebben gepleegd en bevolen.

beschouwd moet worden als het bezit zonder geweld te hebben verloren. De raad der oude practici, om zich niet als spoliatus, maar als turbatus voor te doen, is in dergelijk geval nog in ons regt toepasselijk. En heeft daarentegen de houder wel schuld aan de ontzetting, zoo kan zijne verpligting tot teruggave nog minder betwijfeld worden en, al koos de eischer in zijne dagvaarding de verkeerde benaming voor zijne actie, zijne conclusie moet hem volgen, als zij maar gewettigd wordt door de feiten, die hij gesteld heeft en bewijzen kan.

Dit leidt tot het besluit, dat de woorden *zonder geweld* in art. 618 B. W. overtollig zijn en de réintégrande als vordering tegen den houder veilig kan verdwijnen. Art. 601 B. W. beheerscht alles. De verdreven bezitter moet gedurende het jaar, waarin hij „het regt van bezit“ nog heeft, zich kunnen handhaven tegen iederen houder en dus niet het minste tegen hem, door wiens toedoen hij van het bezit „als daadzaak“ werd beroofd. Ontzetting is in den zin van art. 618 B. W. even goed stoornis als elke andere feitelijkheid en de actie tot handhaving geeft dezelfde voordeelen als de réintégrande. Immers art. 623 B. W. verwijst naar art. 630 B. W. en vlgg. Behalve de teruggave der zaak en der vruchten kan dus van den houder ter kwader trouw op grond van art. 634 n°. 2 B. W. vergoeding van kosten, schaden en interessen worden gevraagd, ja zelfs art. 635 B. W. ingeroepen worden.

Men werpe niet tegen, dat de maintenance steunt op het behoud van het vredig bezit, de réintégrande op het verlies der detentie, die men heeft door zich of een ander, en dat het beroep op de bezitsgebreken bij eerstgenoemde tusschen partijen is toegelaten, bij laatstgenoemde uitgesloten, want als men alles goed in het verband doordent, openbaart zich dit verschil eeniglijk in het geval, dat de verdreven bezitter op het tijdstip der ontzetting nog geen vredig bezit tegenover zijne wederpartij verkregen had, en aan den zoodanige komt werkelijk de zakelijke actie niet toe. Hij kan geen aanspraak hebben op meer dan geldelijke vergoeding der schade hem, afgescheiden van het bezit, ter gelegenheid der ontzetting

berokkend, daar men hem niet kan herstellen in een bezit, waaruit hij aanstonds weder voor zijne tegenpartij zou moeten wijken.

Het nut der réintégrande moet dus uitsluitend gezocht worden in het voordeel, dat zij geeft als persoonlijke vordering van schadevergoeding tegen allen, die aan de ontzetting schuld hebben, en ook als zoodanig behoort zij in onze wet niet te huis. De actio legis aquiliae, de condictio ex causa furtiva en de andere speciale regtsvorderingen uit delict, waarvan het in het Romeinsche regt wemelt, losten zich bij ons in het algemeene voorschrift van art. 1401 B. W. op. Dat lot moest het interdictum unde vi, even goed als de overigen, treffen en de wetgever had er een duister besef van. Art. 624 B. W. kent den verdreven bezitter gedurende dertig jaren eene gewone regtsvordering toe „om den geweldpleger te doen veroordeelen tot de teruggave van alles, wat hem ontnomen is, en tot de vergoeding der kosten, schaden en interessen door de feitelijkheden veroorzaakt.“

Wat geeft deze actie minder dan het interdictum unde vi of de réintégrande van POTHIER? De heer NICOLAÏ (194) wist op niets anders te wijzen dan op de bepaling van art. 622 B. W., die juist alleen toepasselijk is, waar de réintégrande concurreert met de maintenue. Bij herziening onzer wet ware dus vereenvoudiging wenschelijk. Men schrappe in art. 618 B. W. de woorden *zonder geweld* en late alle bepalingen omtrent de réintégrande vervallen, zoodat art. 618 B. W. in de zakelijke, art. 1401 B. W. in de persoonlijke actie voorziet. Men trekke te gelijkertijd andere nuttelooze bepalingen in als b. v. art. 600, de algemeenheid van roerende zaken in artt. 601 en 606, de vermelding althans van het bezit ter bedde in art. 613 § 2 en art. 617 B. W. Den grondslag van het eenjarig of vredig bezit evenwel neme men niet weg,

(194) VOORDEUN, III, 369, no. X, elle n'aura pas l'effet de réintégrer l'ancien possesseur dans une possession, qu'il avait perdue; cette possession aura été interrompue et le temps requis pour la prescription aura cessé de courir.

want dan raakt men aan een der beginselen, die het gansche regt, zoowel in de leer van bezit als in die van verjaring, beheerschen, en praktisch bestaat er geene noodzakelijkheid voor, dewijl, in gezonden zin toegepast, art. 601 B. W. geenerlei bezwaar oplevert. Weigert men de handhaving van het annaal bezit door onzen wetgever te erkennen, men komt in verzet tegen zijn stelligen wil, zooals die uit de geschiedenis onwedersprekelijk blijkt, en men geeft het eenige middel prijs, dat de uitlegger bezit om in de bepalingen der wet zamenhang te brengen en de trekken weer te vinden van een stelsel.

DUITSCH REGT.

Het ontwerp van Burgerlijke Regtsvordering voor den Noord-Duitschen Bond, in het Nederlandsch bewerkt door Mr. D. BINGER, Advocaat te Amsterdam. (Vervolg.)

TITEL XVII. DE BETEKENING EN AFGIFTE DER ACTE VAN REGTSPLEGING (1).

Een beteekening of afgifte van een acte van regtspleging geschiedt niet ambtshalve, tenzij de wet anders bepale (2) (§ 221) De beteekening wordt gedaan: lo. ten aanzien van

(1) De inhoud van de §§ 237 en 238 heeft ons genoodzaakt het technische woord „Zustellung“ waar het pas gaf door „beteekening“ weêr te geven, alhoewel het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering en het ontwerp van '65 in het algemeen van „exploiten“ spreekt. Deze zoo omvangrijke titel behandelt in de:

- §§ 221—250 de beteekening aan personen binnen het rijk gevestigd,
- „ 251—258 de afgifte van acten van regtspleging aan personen buiten het rijk gevestigd,
- „ 259—267 de beteekening aan personen wier verblijfplaats onbekend is.

(2) Verg. de noot op pag. 266 *Themis*, 2de stuk 1870.

personen die de bevoegdheid tot het staan in regten missen, aan een hunner wettige vertegenwoordigers; 2°. ten aanzien van staatsligchamen, gemeenten, vennootschappen en alle zedelijke ligchamen, aan het hoofd van het bestuur (§ 222). De beteekening kan gedaan worden aan hem, die door een partij tot gevolmagtigde voor de ontvangst van beteekeningen aangewezen is, mits de wederpartij door den lastgever of gevolmagtigde met het bestaan dezer volmagt bekend gemaakt of deze volmagt in het openbaar aangekondigd zij. Ook zonder deze bekendmaking of aankondiging is de beteekening aan den gevolmagtigde gedaan van kracht, indien het den laatstgenoemden in persoon gedaan en de ontvangst van de beteekende akte door hem niet geweigerd is. Alle beteekeningen kunnen gedaan worden aan den persoon, bij wien woonplaats gekozen of die tot het voeren van een nog niet aanhangig geschil gevolmagtigd is (§ 224). Aan den gevolmagtigde in een aanhangig geding moeten, zoo de wet niet anders bepaalt, alle beteekeningen gedaan worden (225). De regter, binnen wiens regtsgebied een partij geen woonplaats of geen binnen dat regtsgebied wonende gevolmagtigde tot het voeren van het geding aangewezen heeft, kan in alle geschillen, uitgezonderd die van verpligte vertegenwoordiging, op de vordering van de wederpartij of ambts-halve die partij gelasten een gevolmagtigde, aan wien de beteekeningen gedaan kunnen worden, te dier plaatse aan te stellen. Indien de partij in het buitenland woont, moet de regter op de vordering der wederpartij voor de aanstelling van zoodanigen gevolmagtigde zorg dragen. Zoodanige beschikking, waartegen geen beroep toegelaten is, kan door den regter in raadkamer gegeven worden (§ 226). De volgens § 226 aan te stellen gevolmagtigde wordt op den eersten regtsdag of in een acte van regtspleging, indien daarvan bevorens ten behoeve der wederpartij nog moet gediend worden, aangewezen. Bij gebreke hiervan worden, totdat zoodanige aanwijzing geschied is, alle acten van regtspleging onder het adres dezer partij per post naar hare woon- of verblijfplaats verzonden. De beteekening aan die partij wordt geacht met de bestelling op de post geschied te zijn, zelfs indien het

verzondene als onbestelbaar teruggezonden wordt (§ 227). De beteekeningen kunnen aan de partij in persoon gedaan worden. Zoodanige beteekening is ook dan van kracht indien de partij hare woning of haren beroepszetel te dier plaatse heeft, mits de ontvangst van de beteekende acte buiten de woonplaats of den beroepszetel niet geweigerd zij (§ 228). Indien de persoon, aan wien de beteekening gedaan moet worden, in zijne woning niet aanwezig is, kan de beteekening gedaan worden aan een in die woning aanwezigen en tot de huisgenooten behoorenden volwassen persoon, en bij gemis van zoodanigen persoon, aan den in hetzelfde huis wonenden huisheer of verhuurder; aan de beide laatstgemelde personen eerst dan, indien zij zich tot de ontvangst dezer acte bereid verklaren (1) (§ 229). Indien de beteekening op de wijze in de vorige § vermeld niet gedaan kan worden, moet de te beteekenen acte ter griffie gelegd worden van het Amtsgericht, binnen wiens rechtsgebied de plaats ligt waar de beteekening gedaan moet worden of aan de postdirectie of den burgemeester of het hoofd der politie te dier plaatse in bewaring gegeven, van welke bewaring door aanplakking van een schriftelijke kennisgeving aan de woning van den afwezigen persoon, alsook zooveel mogelijk aan twee in zijne nabijheid wonende personen

(1) Volgens ordonnantie van den Hoogen Raad van 28 Maart 1680 was de deurwaarder verplicht, indien niemand te vinden was in het huis waar hij zijn exploit doen moest, zulks te doen aan iemand zijner naburen, die zich bereid verklaarde het exploit aan den gedaagde te overhandigen. Indien niemand het exploit voor den gedaagde wil aannemen of geen bureu te vinden zijn, is de deurwaarder evenwel verplicht zijn exploit te doen en de copy van het mandament, met bijvoeging van den tijd wanneer de rechtszaak dienen zal, te hechten aan de deur van des gedaagden woonplaats. Hetzelfde gold in Frankrijk ook onder de ordonnantie van 1667; toen eischte men zelfs de onderteekening van den nabuur of, bij weigering, de vermelding hiervan in het exploit. Het schandelijke misbruik waaraan de deurwaarders zich schuldig maakten, door in het origineel van het exploit de aanplakking en de weigering der teekening van den nabuur te vermelden, ofschoon het een noch het ander geschied was, heeft tot afschaffing dezer bepalingen in Frankrijk geleid. v. D. LINDEN, *Judiciële Practyq.*, D. I, p. 128 en BOITARD, *Leçons de Proc. Civ.*, D. I, no. 171.

mondeling kennis gegeven wordt (§ 230). Indien een koopman, het hoofd van het bestuur eener maatschappij, de vertegenwoordiger eener partij (Rechtsanwalt) niet ter plaatse tegenwoordig zijn, waar het kantoor of de maatschappij gevestigd is, wordt de beteekening, onverschillig of deze hunne persoonlijke belangen dan wel die van een derde betreft, aan een te dier plaatse aanwezigen bediende gedaan (§ 231). Indien het hoofd van het bestuur van een staatsligchaam gedurende den aangekondigden dienstdag niet in zijn bureau aanwezig is of verhinderd wordt de te beteekenen acte in ontvangst te nemen, kan de beteekening aan een aldaar dienst doenden beambte gedaan worden. Indien het hoofd van het bestuur in zijne woning niet aanwezig is, mogen de §§ 229 en 230 niet toegepast worden (§ 232). Indien de ontvangst van de akte die beteekend wordt zonder wettigen grond geweigerd wordt moet deze acte evenwel ter plaatse van beteekening terug gelaten worden. Deze weigering maakt, tenzij de wet anders bepale, geen inbreuk op de wettigheid der beteekening (§ 233). Op Zondag en algemeene feestdagen mag geen beteekening, met uitzondering van die door toezending over de post, dan met regterlijke vergunning gedaan worden. Deze vergunning wordt verleend door den voorzitter van het regtscollegie of door den Amtsrichter binnen wiens regtsgebied de beteekening gedaan moet worden. De regter aan wien een regtshandeling opgedragen is kan ook voor deze handeling de voormelde toestemming verleen. Een afschrift van dat verzoek en de vergunning wordt bij de beteekening overgelegd. Tegen de weigering van dit verzoek wordt geen beroep toegelaten. Het verzuim in de nakoming der bepaling in deze § is gedekt, indien de ontvangst van de te beteekenen acte niet geweigerd wordt (§ 234). Indien verscheidene belanghebbenden door één persoon of één belanghebbende door verscheidene personen vertegenwoordigd worden, is de overgave van één afschrift der beteekende akte voldoende. Indien één persoon door verscheidene belanghebbenden alleen tot de ontvangst van beteekeningen gemagtigd is, moeten hem zoovele afschriften gelaten worden als het getal zijner lastgevers

is (§ 235). De beteekeningen worden, door tusschenkomst van den griffier bij den regter voor wien de regtszaak aanhangig is of wordt, door geregts- of postboden gedaan (§ 236). De partij die verlangt dat een beteekening zal worden gedaan is verplicht de acte die beteekend moet worden met twee afschriften in handen van den griffier te stellen. Indien deze acte een proces-verbaal is, worden daarvan twee afschriften gemaakt. Nadat de griffier de overeenstemming der afschriften met het oorspronkelijke stuk vastgesteld heeft, wordt één exemplaar der afschriften met een formulier van de beteekening aan den geregtsbode ter hand gesteld, of, indien de beteekening door een postbode geschieden moet, aan de postdirectie toegezonden met opdracht deze beteekening aan een postbode op te dragen (§ 237). De geregts- of postbode is verplicht van de beteekening een acte (exploit) op te maken (§ 238). Deze acte (exploit) moet bevatten: 1°. opgave van het jaar, de maand en den dag der beteekening, 2°. aanduiding van de plaats waar de beteekening gedaan wordt, 3°. den zakelijken inhoud der acte die beteekend wordt, 4°. den naam van den persoon aan wien de beteekening gedaan moet worden, 5°. den naam van den persoon aan wien de beteekening gedaan is; in de gevallen voorzien bij de §§ 229, 231 en 232 de vermelding der gronden waarom de beteekening aan dien persoon gedaan is, en in het geval van § 230 de vermelding dat de in deze § voorgeschreven bepalingen nagekomen zijn; 6°. indien de ontvangst van de te beteekenen acte geweigerd wordt, de vermelding dat de ontvangst geweigerd en de acte die beteekend moest worden achtergelaten is; 7°. de onderteekening van den geregts- of postbode. Een volgens deze voorschriften opgemaakte beteekening heeft de bewijskracht van een openbare acte (§ 239). Het exploit wordt den griffier door den geregtsbode ter hand gesteld, of in geval van exploitiering door den postbode, van wege de postdirectie toegezonden. De griffier vermeldt op het tweede exemplaar van het afschrift den dag wanneer en de wijze waarop het exploit gedaan is. Dit exemplaar wordt aan de partij, op wier verzoek de beteekening gedaan is, teruggegeven en daarvan in de acte melding

gemaakt (§ 240). Indien een regterlijke beschikking, vonnis of proces-verbaal beteekend moet worden, is de griffier volgens § 237 verplicht een afschrift daarvan aan den gerechtsbode ter beteekening te geven of daartoe aan de postdirectie te zenden. In dit geval wordt op het oorspronkelijke stuk van de regterlijke beschikking, het vonnis of proces-verbaal van die beteekening melding gemaakt. Indien de beteekening van zoodanige acte op verzoek eener partij geschiedt, wordt slechts één afschrift van deze acte aan den griffier en door dezen, na de beteekening, een afschrift van het exploit aan die partij ter hand gesteld (§ 241). Indien de beteekening van dezelfde acte aan verscheidene personen geschieden moet, worden bij de afschriften volgens de §§ 237 en 241 nog zoovele gevoegd, als het getal van die personen bedraagt (§ 242). Door de bevoegde magt kunnen ambtenaren aangesteld worden die zonder tusschenkomst van den griffier, alleen op verzoek van partijen exploiten doen (Gerichtsvollzieher — deurwaarders) (§ 243). De bepalingen vervat in de §§ 237—240 ten aanzien van den griffier en gerechtsbode zijn ook op deze ambtenaren (deurwaarders) van toepassing, behoudens dat zij de oorspronkelijke stukken van de beteekende acte en het exploit ter bijvoeging aan de processtukken den griffier overhandigen (§ 244). De deurwaarders zijn verplicht de hun door de griffiers opgedragen beteekeningen te doen volgens de voorschriften betrekkelijk tot dit onderwerp voor de gerechtsboden vastgesteld. De bepalingen van de §§ 907 tot 909 betreffende de uitvoering van vonnissen en regterlijke beschikkingen zijn ook op deze ambtenaren van toepassing (§ 245). Krachtens de mondelinge opdracht eener partij is de griffier gerechtigd een beteekening te laten verrigten. Indien de griffier een beteekening heeft laten doen, wordt hij behoudens tegenbewijs geacht daartoe den last gekregen te hebben. Deze bepalingen zijn ook van toepassing op de door de partij zelve bevolen beteekeningen door een deurwaarder (§ 246). Indien een dagvaarding of andere acte van regtspleging den griffier wordt overgelegd tot invulling van een regtsdag, wordt, tenzij de partij het tegendeel verklare, den griffier door de overlegging

dezer akte ook de last tot de beteekening gegeven (§ 247). De beteekenings kunnen ook door een notaris gedaan worden (§ 248). In de geschillen van verpligte vertegenwoordiging geldt het gedagteekende en onderteekende bewijs van ontvangst van den vertegenwoordiger (Anwalt) als het bewijs der beteekening van den eenen vertegenwoordiger aan den anderen (§ 249). Indien de beteekening eener acte op een der wijzen vermeld in de §§ 248 of 249 is geschied worden de oorspronkelijke stukken van de acte die beteekend is en het exploit door de partij op wier verzoek de beteekening geschied is ter bijvoeging aan de processtukken den griffier overhandigd (§ 250). De afgifte eener acte van regtspleging aan buiten het rijk verblijvende personen geschiedt op een der navolgende wijzen: 1°. door bemiddeling van de openbare magt in het buitenland, die volgens de wetten van dat land zoodanige opdracht zelve uitvoert of door anderen laat uitvoeren; 2°. door bemiddeling van den in het buitenland gevestigden gezant of consul; 3°. door een notaris of ambtenaar die met het doen van exploiten in het buitenland belast is; 4°. door bestelling op de post. De voorschreven bepalingen maken geen inbreuk op de wettelijke voorschriften betreffende het doen van beteekenings aan de woonplaats of den beroepszetel binnen het rijk (1) (§ 251). Indien de afgifte door

(1) Het Duitsche en Pruisische ontwerp hebben den in navolging van het Fransche regt in onze wet (hieraan is art. 4 n°. 9, B. I. T. 8 van het ontwerp van '65 bijna gelijkloidend) aangenomen vorm van beteekening der exploiten aan hen die in het buitenland wonen verworpen. Men beschouwde het als een door niets geregvaardigde fictie, dat de beteekening aan den ambtenaar van het O. M. als de beteekening aan den belanghebbenden persoon moet aangemerkt en hiermede mag aangenomen worden, dat de betrokken departementen van het algemeen bestuur zorg dragen dat deze beteekening in handen van den belanghebbende komt. Zoowel in het belang van den laatstgenoemden persoon als in overeenstemming met den geringen werkkring die ook volgens deze ontwerpen aan het O. M. aangewezen wordt, heeft men blijkens dat artikel een anderen weg ingeslagen. Volgens de Memorie van Toelichting van het Pruis. ontwerp, waarin § 177 n°. 1 met n°. 1 van het bovenstaande artikel overeenkomt, is de belanghebbende, ter uitvoering van de hierboven sub n°. 1 vermelde wijze verplicht, de letteren requisitoriaal van

bemiddeling van de openbare magt in het buitenland geschiedt, geldt het berigt van deze openbare magt dat de afgifte is geschied als het bewijs eener beteekening (§ 252). Bij de bemiddeling van den gezant of consul geldt de schriftelijke verklaring van den gezant of consul dat de afgifte is geschied als het bewijs eener beteekening. De consuls dragen zorg binnen den kring waarin zij hunne bevoegdheid uitoefenen, de gezanten binnen het gebied van den Staat waarin zij gevestigd zijn, voor de afgifte der acte van regtspleging aan de in het buitenland verblijvende personen (§ 253). Indien de beteekening door een in het buitenland gevestigden notaris of ambtenaar gedaan is, moet het exploit daarvan overgelegd worden. Het exploit, waarin de voorschriften dezer wet, doch niet die van het buitenland in acht genomen zijn, is van kracht (§ 254). Indien de afgifte geschiedt door bestelling op de post moet, zoo mogelijk, het gezondene aangeteekend en gefrankeerd worden. De schriftelijke verklaring van den griffier, notaris of anderen ambtenaar omtrent den inhoud van de gezonden acte, in vereeniging met het bewijs van ontvangst van den geadresseerde, geldt als bewijs eener beteekening. Het bewijs van ontvangst van den geadresseerde kan vervangen worden door de schriftelijke verklaring van de postdirectie der plaats van afzending, dat het gezondene wegens weigering tot ontvangst, of althans niet wegens de onmogelijkheid van bestelling, teruggekomen is. In de laatstgemelde gevallen wordt de afgifte geacht geschied te zijn op den dag waarop naar de gewone postdienst het gezondene door den geadresseerde ontvangen kon wezen. Deze dag wordt door een schriftelijke verklaring van de postdirectie der plaats van afzending vastgesteld. Op den dag waarop de acte wier afgifte verlangd wordt op de

de bevoegde magt te vorderen om in het geval het te vellen vonnis in den vreemde uitvoerbaar is, door de voorgeschreven erkenning van die in het buitenland aangewezen magt de uitvoerbaarheid te verzekeren. De hierboven sub n^o. 3 aangewezen weg komt aan datzelfde doel op een minder formele wijze te gemoet.

post besteld is, wordt ook de verjaring gestuit in die gevallen, waarin volgens de bepalingen van het Burgerlijke Wetboek of van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering de stuiting eener verjaring door een exploit geschiedt. De beteekening binnen een termijn voorgeschreven wordt geacht tijdig geschied te zijn, indien vóór het einde van dien termijn de acte op de post besteld is (1) (§ 255). De afgifte van acten van regtspleging aan inboorlingen of daarmede gelijkgestelde personen, die zich buitenslands bevinden en op het regt van exterritorialiteit aanspraak hebben, geschiedt, indien de belanghebbende persoon tot de missie van den Bond behoort, door bemiddeling van den Bondskanselier, of indien deze persoon tot de missie van een Bondsstaat behoort, door tusschenkomst van het Departement van Buitenlandsche Zaken van dien Bondsstaat. Een schriftelijke verklaring van den Bondskanselier of den Minister van Buitenlandsche Zaken omtrent de gedane afgifte geldt als de beteekening. De bepalingen van deze § zijn ook van toepassing op de afgifte van acten van regts-

(1) Volgens het oud-hollandsche procesregt moest, indien de gedaagde buiten de provincie van Holland en Zeeland woonde en evenwel het Hof competent was, bij het request van mandament tevens verzocht worden de *clausule van edicte*, die in het mandament gevoegd werd. De deurwaarders bevoegd tot het dagvaarden voor het Hof van Holland en Zeeland konden slechts binnen het regtsgebied van het Hof hunne exploiten doen. Indien iemand buiten dit gebied gedagvaard moest worden, was de deurwaarder krachtens deze clausule verplicht zich te begeven naar een plaats die binnen Holland en Zeeland het meest nabij aan de woonplaats van den gedaagde was en aldaar van de pui van het Raadhuis publiek en ten aanhoore van het volk, het mandament aflezen met vermelding daarvan copy te geven, alsmede deze copy met acte van dagvaarding en de documenten waarvan copy gegeven moet worden bij besloten missive aan den gedaagde toezenden, met verpligting om van den postmeester, schipper of bode, aan wien hij deze missive overgeeft, een receptis te vragen, waarbij hij de ontvangst van die missive aan den gedaagde ter bestelling bekent ontvangen te hebben. Later mochten deze brieven alleen verzonden worden met de ordinaire post uit 's Hage en kon tegen den gedaagde geen verstek verleend worden, zoo niet bij de receptis van bestelling te 's Hage ook overgelegd werd het receptis van den postmeester, of een ander geldig bewijs dat de bestelling van den brief gedaan is. v. D. LINDEN, l. c. p. 130 en 131. Over de dagvaarding par cri public, zie BOITARD, l. c. n°. 184.

pleging aan de naar het buitenland gezondene consuls (§ 256). Het verzoek om de bemiddeling van de openbare magt, waarvan in de §§ 251, 252, 253 en 256 sprake is, geschiedt schriftelijk door den Amtsrichter of voorzitter van het regtscollegie, tot welks bevoegdheid de kennisneming der regtszaak behoort (§ 258). Indien het verblijf van een persoon onbekend is, wordt de beteekening door een openbare aankondiging gedaan. De beteekening door openbare aankondiging is ook toegelaten in het geval, dat de uitvoering der voorschriften vervat in de §§ 251—255 onmogelijk is of daarvan geen gunstig gevolg verwacht wordt (§ 259). Tot het doen van een beteekening door openbare aankondiging wordt de magtiging van den voor het geschil bevoegden regter vereischt. Deze magtiging wordt verleend, indien de in § 259 vermelde vereischten blijken aanwezig te zijn. De beslissing van het verzoek tot deze magtiging kan in raadkamer geschieden (§ 260). De beteekening door openbare aankondiging geschiedt door aanplakking aan het bord bestemd voor publiekmaking van geregtelijke acten. Indien de acte een oproeping in regten (o. a. dagvaarding) bevat, wordt een uittreksel daarvan bovendien tweemaal in het door den regter voor openbaring zijner beschikkingen bestemde plaatselijke dagblad en eenmaal in het officiële blad geplaatst (§ 261). Dit uittreksel moet bevatten: 1°. de namen der partijen; 2°. de vermelding van het onderwerp des geschils en van het doen der oproeping; 3°. de aanwijzing van den regter; 4°. de opgave van den dag en zoo noodig van het uur waarop de belanghebbende in regten moet verschijnen (§ 262). De regter kan last geven, dat de in § 261 bevolen plaatsing in de dagbladen nog in andere bladen en meermaalen geschieden moet (§ 263). Na verloop van vier weken, te rekenen van de laatste aankondiging in de openbare bladen, wordt de acte van oproeping in regten geacht den belanghebbende bekend te zijn. De regter is bevoegd bij het geven der magtiging tot het doen van een beteekening door openbare aankondiging dezen termijn te verlengen (§ 264). Indien de acte van regtspleging geen oproeping in regten

betreft, wordt zij geacht na verloop van 14 dagen sedert den dag van aanplakking vermeld in § 261, den belanghebbende bekend te zijn (§ 265). Op den dag waarop de regterlijke magtiging verzocht wordt tot een beteekening bij openbare aankondiging, wordt ook de verjaring gestuit in die gevallen waarin volgens de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek of van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering de stuiting eener verjaring door een exploit geschied. De beteekening binnen een termijn voorgeschreven wordt geacht tijdig geschied te zijn, indien de magtiging tot het doen van een beteekening bij openbare aankondiging binnen dien termijn verzocht is (§ 266). Indien tot de aanplakking van een acte van oproeping in regten of andere acte van regtspleging is overgegaan, mogen in het eerste geval, niet vóór het einde van den verschijningsdag in regten, in het tweede geval eerst na verloop van 14 dagen na de aanplakking, overplakkingen op of verwijdering van de aangeplakte stukken geschieden. Bij overtreding van dit voorschrift blijft de beteekening evenwel van kracht. De aanplakking, overplakking of verwijdering der acte van regtspleging, alsmede de aankondiging van een uittreksel in de openbare bladen geschieden op last van den griffier (§ 267). Behoudens de bijzondere wetten van elk land (Landesgesetze) gelden al de bepalingen in dezen titel ook voor de leden van het Koninklijk Stamhuis (§ 268).

TITEL XVIII. DE GEVOLGEN DER AFWEZIGHEID OP DEN
REGTSDAG EN VAN HET VERZUIM VAN EEN VOOR-
GESCHREVEN TERMIJN.

De partij die op een aangewezen regtsdag niet aanwezig is of een voorgeschreven termijn verzuimd heeft verliest het regt tot het verrigten der processuele handeling, welke op dien regtsdag of binnen dien termijn door haar moest geschieden. Zij draagt tevens, tenzij de wet anders bepale, de door dit verzuim veroorzaakte kosten (§ 269). De wettelijke gevolgen van een verzuim ontstaan van regtswege, tenzij de wet als voorwaarde tot hun ontstaan de vordering der wederpartij verlange. Door deze bepalingen worden de hiermede strijdige

voorschriften van deze wet voor de dagvaarding van getuigen en deskundigen niet gewijzigd (§ 270). Een partij kan alleen in de gevallen bij dit wetboek toegelaten een door haar verzuimde handeling nog verrigten (§ 271). De bijzondere regten toegekend aan minderjarigen of daarmede gelijkgestelde personen zijn geene redenen tot opheffing der gevolgen van een verzuim (§ 272). In de gevallen waarin de wet de opheffing der gevolgen van een buiten schuld gepleegd verzuim toestaat, wordt de nalatigheid van een vertegenwoordiger in regten niet als een zoodanig verzuim aangemerkt (§ 273).

TITEL XIX. HET HERSTEL IN DEN VROEGEREN TOESTAND WEGENS HET VERZUIM VAN EEN TIJDIG BEROEP TEGEN VONNISSEN OF REGTERLIJKE BESCHIKKINGEN (1).

De partij die het aantekenen van een beroep tegen een vonnis of regterlijke beschikking binnen den wettelijken termijn (*Nothfrist-dilatio legalis*) verzuimd heeft, kan van dit verzuim herstel vorderen, indien zij door niet te voorkomen omstandigheden (*vis major*) verhinderd werd dit beroep binnen den wettelijken termijn in te stellen. Een gedaagde die in gebreke gebleven is tegen een vonnis van verstek tijdig in verzet te komen, kan dit herstel ook dan vragen, indien hij buiten zijne schuld van de beteekening van dit vonnis geen kennis verkregen heeft (§ 274). De daadzaken die de

(1) Deze voorschriften, ten eenenmale vreemd aan onze tegenwoordige regtsbepalingen, vinden wij terug in de *judiciële Relieven* (de in *integrum restitutio* van het Romeinsche recht) volgens ons oud-Hollandsch procesrecht. Een mandament met de *clausule* van *relief* werd door den Hoogen Raad of het Hof verleend, als een verzuim gepleegd was in den termijn om van een vonnis b. v. van *commissarissen* van zeezaken aan het collegie van schepenen of binnen den *fatalen* termijn bij het Hof in *appel* te komen. Zoodanige *clausule* moest bij het mandament verzocht worden en bij toekenning verkreeg men een mandament in *cas relief d'appel*. Deze toekenning van het *relief* was slechts een *provisioneer* beschikking. Het onderzoek naar de *deugdelijkheid* der redenen van het *relief* behoort aan den *regter* die van het *geschil* zelf moest kennis nemen. V. D. LINDEN, l. c. D. I, p. 349; D. II, p. 167 en vlg.

verhinderings veroorzaakt hebben moeten door de partij die het herstel vordert bewezen worden (§ 275). De regter, aan wiens kennisneming het beroep of verzet onderworpen moet worden, beslist ook over de vordering tot herstel (§ 276). De vordering tot herstel moet ingesteld worden binnen een termijn van twee weken, te rekenen van den dag waarop de verhinderings opgehouden heeft te bestaan. De wettelijke bepalingen op de termijnen voor het beroep tegen een vonnis of regterlijke beschikking zijn ook op dezen termijn van toepassing. De partij die ook dezen termijn verzuimd heeft kan daarvan herstel vragen. De vordering tot herstel is verjaard na verloop van één jaar, te rekenen van het einde van den termijn voor het beroep van het vonnis of de regterlijke beschikking vastgesteld. Deze verjaring loopt niet tegen den gedaagde, die de vordering tot herstel van verzet tegen een vonnis van verstek ingesteld heeft, indien hij buiten zijne schuld van het exploit der dagvaarding en van de betekening van het vonnis van verstek geen kennis gekregen heeft (§ 277). De vordering tot herstel geschiedt door de betekening van een acte van regtspleging aan de wederpartij. Deze acte moet bevatten: 1^o. de opgave der daadzaken waarop de vordering tot herstel gegrond is; 2^o. het herstel van de processuele handeling die verzuimd is of een beroep daarop, indien zij reeds hersteld is. Indien de vordering strekt tot herstel van het verzuim ten opzichte van den termijn bepaald voor het aanteekenen van het beroep (die *Beschwerde*), wordt de acte ingeleverd bij den regter, die van dat beroep kennis moet nemen (§ 278). De voortzetting van het geding, en in het bijzonder de uitvoering van het vonnis of de regterlijke beschikking, worden door de vordering tot herstel niet geschorst. De regter kan desgevorderd gelasten, dat de voortzetting van het geding met of zonder zekerheidstelling voorloopig geschorst zal worden of alleen tegen zekerheidstelling geschieden kan. Deze beslissing kan in raadkamer gegeven worden. Tegen deze beslissing is geen beroep toegelaten. De schorsing der uitvoering zonder voorafgaande zekerheidstelling kan alleen toegelaten worden, indien deze

uitvoering een onherstelbaar nadeel zou te weeg brengen (§ 279). Tegen het vonnis, waarin op de vordering tot herstel uitspraak gedaan wordt, is geen verzet toegelaten. De kosten van het geding tot herstel komen ten laste der partij die het herstel vordert, voor zoover deze kosten niet door een ongegronde tegenspraak der wederpartij veroorzaakt zijn (§ 280).

TITEL XX. ALGEMEENE BEPALINGEN VAN HET REGTSGEDING.

De behandeling van het regtsgeding voor en de uitspraak der vonnissen en regterlijke beschikkingen door den regter geschieden in het openbaar. Aan personen, die nog onvolwassen zijn of in een toestand strijdig met de waardigheid van den regter ter zitting verschijnen, kan de toegang tot de teregtzittingen, indien zij tot de behandeling eener regtszaak in geen betrekking staan, geweigerd worden (§ 281). De regter kan in het belang der openbare orde of zedelijkheid gelasten, dat een regtszaak geheel of gedeeltelijk met gesloten deuren behandeld moet worden. De geschillen in zake van huwelijk worden altijd met gesloten deuren behandeld (§ 282). Indien een zitting met gesloten deuren behoort gehouden te worden, zal dit punt in een niet openbare zitting behandeld worden. De uitspraak van den regter geschiedt evenwel in een openbare teregtzitting (§ 283). De voorzitter kan aan sommige personen toegang verleen tot het bijwonen eener zitting met gesloten deuren (§ 284). De openbaarheid wordt niet toegelaten, indien de regter zijne functiën buiten de plaats, waar hij gewoonlijk zitting houdt, uitoefent, of bij regtshandelingen, die aan een regter opgedragen of voor een griffier te verrigten zijn (§ 285). Elk regtsgeding wordt mondeling behandeld (§ 286). De mondelinge voordragt vormt, tenzij deze wet het tegendeel bepale, den eenigen grondslag voor de regterlijke beslissing (§ 287). De processuele handelingen, die een partij van den aanvang tot de sluiting eener mondelinge voordragt doet, vormen één geheel. Alle tot die sluiting in het midden gebragte middelen worden behoudens de bijzondere bepalingen dezer wet geacht ten

juisten tijde aangevoerd te zijn (§ 288). De partij, die gedurende de mondelinge voordragt zich schuldig maakt aan het verzuim eener processuele handeling bij die gelegenheid te verrigten, verliest van regtswege met de sluiting der mondelinge voordragt het regt tot het volbrengen van die handeling (§ 289). Een mondelinge voordragt kan tot een naderen dag uitgesteld worden, indien een partij verklaart tot een volledige behandeling der zaak niet in staat te zijn, in het bijzonder in de gevallen, dat de wederpartij verzuimd heeft de mededeeling van een acte van regtspleging of schriftelijk bewijs binnen den wettelijken termijn te doen, of dat nieuwe verklaringen nadere inlichtingen vereischen (§ 290). De voorzitter opent en leidt de mondelinge voordragt. Hij verleent het woord en kan het ontnemen aan de partij, die weigert zijne bevelen te gehoorzamen. De voorzitter draagt zorg dat de zaak genoegzaam toegelicht en de voordragt niet door onnoodige wijdloopigheid of niet afdoende redeneringen gerekt, maar zoo veel mogelijk onafgebroken ten einde gebragt wordt. De voorzitter sluit de voordragt, indien naar het oordeel van den regter de zaak genoegzaam toegelicht is. Hij spreekt de vonnissen en regterlijke beslissingen uit. Bij verdaging der zitting bepaalt hij onmiddellijk den dag tot voortzetting der voordragt (§ 291). Indien een partij, een gevolmagtigde of bijstand de geschiktheid tot het houden der mondelinge voordragt mist, kan de regter dien persoon het woord ontnemen. Tegen deze beschikking is geen beroep toegelaten (§ 292). De voordragt van partijen omvat de daadzaken en regtsgronden van het geschil. De partijen mogen een beroep op de acten in het geding niet in de plaats der mondelinge voordragt doen treden. De voorlezing van een acte is alleen dan geoorloofd, indien de vermelding van haren woordelijken inhoud vereischt wordt. In de geschillen van verpligte vertegenwoordiging wordt, behalve aan den vertegenwoordiger (Anwalt), ook aan de partij zelve indien zij zulks verlangt, het woord verleend (§ 293). De partijen zijn verpligt de daadzaken naar waarheid, volledig en

bepaald voor te dragen. Elke partij behoort zich over de door de wederpartij gestelde en afdoende daadzaken, uitgezonderd in het geval van een algemeene erkenning, bepaald te verklaren, zoodat geen twijfel bestaat welke daadzaken erkend of ontkend zijn. De regter beslist naar de omstandigheden of een niet uitdrukkelijk erkende daadzaak als erkend of ontkend mag aangenomen worden. De daadzaak, die geen persoonlijke handeling of niet het onderwerp van eigen waarneming der partij was, wordt als ontkend aangenomen, indien de partij deze daadzaak als haar onbekend verklaart (§ 294). Aan den voorzitter is de zorg opgedragen tot de partijen vragen te rigten, die strekken tot verduidelijking eener conclusie (petitum), tot aanvulling der verklaringen omtrent daadzaken en tot aanwijzing van bewijsmiddelen, en in het algemeen tot het geven van alle verklaringen, die tot een naauwkeurige bepaling van het geschil noodzakelijk zijn. De voorzitter is bevoegd een partij opmerkzaam te maken op de bezwaren, die aangaande de bevoegdheid tot het staan in regten zich opdoen, of waarop wetsbepalingen ambtshalve moeten toegepast worden. De voorzitter kan zijnen medeleden vergunning verleen tot het rigten van vragen aan partijen. Indien er geschil is over het rigten eener vraag aan partijen, besluit hierover de regter (§ 295). Indien de regter de ondervraging eener partij in persoon noodzakelijk oordeelt, draagt de voorzitter zorg voor hare verschijning ter zitting. Wanneer deze partij verhinderd is aldaar te komen, of hare verschijning wegens te grooten afstand aan bijzondere bezwaren verbonden is, kan hare ondervraging aan een lid van het collegie of aan het Amtsgericht van hare verblijfplaats opgedragen worden. In dit geval worden de tot de partij te rigten vragen in de regterlijke beschikking opgenomen en bij de oproeping aan de partij schriftelijk medegedeeld. De aangewezen regter kan andere vragen tot de partij rigten, naarmate deze na de gehoorde verklaringen hem noodzakelijk voorkomen (§ 296). Indien een partij op de haar gestelde vraag een onbepaald of geen antwoord geeft, wordt de vraag geacht

in den voor de wederpartij meest voordeeligen zin beantwoord te zijn. Dit zelfde geldt ook met betrekking tot de vragen, die een partij bevorens schriftelijk medegedeeld zijn, indien zij, tot ondervraging in persoon gedagvaard, afwezig blijft. De bepalingen van toepassing op de afwezigheid tot het afleggen van een eed op een aangewezen regtsdag (§ 601) gelden zoowel voor een verlot aan de partij tot nadere beantwoording der gestelde vraag, als met betrekking tot het bepalen van een naderen regtsdag, indien deze tevens voor een mondelinge slotvoordragt bestemd was (§ 297). De regter kan tot opheldering van de zaak gelasten, dat een partij de onder haar berustende bescheiden waarop zij zich beroept, overleggen en stamboomen, plannen, schetsen en andere teekeningen in het geding brengen moet (§ 298). De regter kan in elken stand van het geding ambtshalve een persoonlijk onderzoek instellen of het oordeel van deskundigen inwinnen (§ 299). Indien verscheidene vorderingen in één dagvaarding gedaan zijn (§ 182), kan de regter de afzonderlijke behandeling der onderscheidene vorderingen gelasten. Deze bepaling is ook van toepassing, indien de gedaagde, door middel eener met den eisch in geen regterlijk verband staande reconventionele vordering, eene schuldvergelijking als verdedigingsmiddel aanvoert (§ 300). Indien met betrekking tot denzelfden eisch verscheidene en van elkander onafhankelijke gronden ter ondersteuning van den eisch of de verdediging aangevoerd worden, kan de regter gelasten, dat de behandeling voorloopig tot een of meer dezer gronden beperkt moet worden (§ 301). (1) De voor denzelfden regter aanhangige geschillen, al worden zij door verschillende partijen gevoerd, kunnen tot een gelijktijdige behandeling en beslissing

(1) Deze en de vorige § ontleenen hun bestaan aan de overweging, dat de regter zijn kennis van het geschil alleen uit het oraal debat verkrijgende, door opeenhooping en verwarring der te behandelen punten niet verhinderd worden zelfs ingewikkelde geschillen door deze wijze van regtspleging te beslissen.

gevoegd worden, indien namelijk de vorderingen in een regtelijk verband staan of door één dagvaarding aanhangig hadden kunnen gemaakt worden (§ 302). Indien de beslissing van een geschil geheel of gedeeltelijk afhangt van het wel of niet bestaan eener regtsbetrekking, die het onderwerp van een ander aanhangig geschil is, kan de regter de schorsing der behandeling van het eerstgenoemde geschil tot de eindbeslissing van het laatstgenoemde gelasten (§ 303). Indien gedurende den loop van een geding een vermoeden oprijst omtrent het bestaan eener strafbare handeling, die op de beslissing van het geding van invloed is, kan de regter de voortzetting van het burgerlijke geding tot na de eindbeslissing der strafzaak schorsen. De schorsing moet uitgesproken worden, indien de beklagde een voorloopig onderzoek ondergaat of in staat van beschuldiging gesteld is, tenzij er in uitstel gevaar zij of de schorsing een betrekkelijk langdurig uitstel ten gevolge zou hebben. Deze voorschriften maken geen inbreuk op de wettelijke bepalingen, waarbij de schorsing eener strafvordering gelast wordt, indien de beklagde zich op een punt van burgerregtelijken aard, tot zijne verdediging beroept (§ 304). De regter die de beschikkingen tot afzonderlijke behandeling, voeging of schorsing van regtsgedingen genomen heeft, kan ook zoodanige beschikkingen intrekken (§ 305). De regter is bevoegd de eenmaal gesloten debatten weder te openen. (§ 306) De voorzitter is belast met de handhaving der orde ter zitting en neemt de maatregelen die de storingen of wanordelijkheden kunnen tegengaan. Zij die zich aan zoodanige storingen of wanordelijkheden schuldig maken, worden door den voorzitter tot de orde geroepen en zoo noodig van de zitting verwijderd. De verwijdering van een persoon, die tot de behandeling eener zaak in eenige betrekking staat, kan alleen door den regter en alleen dan gelast worden, indien het roepen tot de orde zonder gevolg gebleven is (§ 307). Indien er verzet geschiedt of de van de zitting verwijderde zonder verlof aldaar terugkeert, kan deze per-

soon bij schriftelijk bevel van den voorzitter terstond in een gevangenis, gedurende ten hoogste 24 uren, in bewaring gesteld worden (§ 308). Zij die zich aan meer ernstige onbetamelijkheden of belediging tegen den regter, eene partij of haren vertegenwoordiger, een getuige of deskundige schuldig maken, kunnen, onverminderd hunne teregtstelling voor den strafregter, bij een onmiddellijk uit te spreken en terstond uitvoerbaar vonnis, waartegen geen beroep toegelaten is, door den regter tot een boete van tien thalers, en bij onvermogen tot een gevangenisstraf van een tot drie dagen veroordeeld worden. Deze bepalingen maken geen inbreuk op de disciplinaire voorschriften voor de vertegenwoordigers van partijen (Rechtsanwälte) (§ 309). Indien ter zitting een strafbare handeling gepleegd wordt, zal het feit door den regter bij proces-verbaal geconstateerd en dit verbaal aan de bevoegde magt verzonden worden. De voorloopige in hechtenisneming kan in de daartoe aangewezen gevallen bevolen worden (§ 310). De regten, toegekend aan den regter en den voorzitter, worden in de zittingen gehouden door den amtsrichter door dezen uitgeoefend. (§ 311) De regter die buiten de plaats waar hij gewoonlijk zitting houdt zijne functiën uitoefent is bevoegd de in de § § 307—310 verleende regten toe te passen (§ 312). Indien een bij de behandeling eener regtszaak betrokken persoon van de zitting verwijderd is, kan op de vordering der wederpartij met de behandeling der zaak worden voortgegaan, als had die partij zich vrijwillig van de zitting verwijderd. Deze bepaling geldt ook, indien aan de partij of haren gevolmagtigde het woord ontnomen (§ 292), of een gevolmagtigde op grond van § 119 niet toegelaten is, voor zoover deze ontneming of niet toelating reeds bij een vroegere voordragt geschied en op dien grond tot een lateren dag uitgesteld was (§ 313). Een partij heeft het regt verloren om zich op de overtreding der wettelijke bepalingen omtrent de wijze waarop het geschil gevoerd wordt en voornamelijk omtrent den vorm eener processuele behandeling te beroepen, indien zij aan de nakoming van zoodanige bepaling afstand

gedaan, of een beroep op deze overtreding, niettegenstaande zij haar bekend was of moest zijn in de eerstvolgende mondelinge voordragt, waarin zoodanig beroep geschieden kon, verzuimd heeft. Deze bepaling maakt geen inbreuk op de door de wet voorgeschreven nietigheden wegens de overtreding van de voorschriften, die in het belang der openbare orde gegeven zijn (§ 314). De partij, die een daadzaak moet bewijzen, kan, voor zoo ver de dadelijke bewijslevering voor den regter geoorloofd is, van alle in de gewone regtspleging toegelaten bewijsmiddelen met uitzondering van de eedsopdragt gebruik maken. De regter kan aan die partij een eed opleggen, zoo de wet niet anders bepaalt (§ 315). (1) De beslissingen in raadkamer worden zonder voorafgaande mondelinge voordragt genomen (§ 315a). In de gevallen waarin volgens deze wet een beslissing in raadkamer genomen wordt, is de partij verplicht het verzoek, waarop een beslissing verlangd wordt, bij den regter schriftelijk in te leveren (§ 215b). De regter kan, alvorens in raadkamer te beslissen, gelasten, dat, zoo het verhoor der wederpartij bij de wet niet uitgesloten is, deze of andere belanghebbende binnen een door den regter te bepalen termijn hunne schriftelijke verklaringen behooren in te leveren, onverminderd des regters bevoegdheid ook andere voorzieningen te vorderen (§ 315c). De regter kan in de gevallen vermeld in § 315b gelasten, dat de beslissing eerst na een voorafgaande mondelinge voordragt geschieden zal. De dag bestemd voor deze voordragt wordt door den regter ambtshalve bepaald (§ 315d). De voortzetting van een geding na het wijzen van een vonnis of regterlijke beslissing of de uitvoering van een vonnis of regterlijke beschikking, is, voor zoover de wet niet het tegendeel bepaalt, niet afhankelijk van de beteekening dezer regterlijke uitspraken aan de wederpartij (§ 316).

(1) Deze § heeft de strekking de bevoegdheid eener partij in de keuze van bewijsmiddelen te omschrijven, wanneer het bewijs geleverd moet worden in de gevallen als vermeld zijn in de §§ 18, 275, 39 al. 1, 449, 450, 481 al. 2, enz.

De geschillen worden in de landtaal behandeld. Zij, die deze taal niet magtig zijn, worden door den beëdigden tolk ter zijde gestaan, tenzij de regter en de griffier de vreemde taal, waarin een persoon zich uitdrukt, magtig zijn. De tolk, die geen ambtseed afgelegd heeft, is gehouden den eed te doen dat hij getrouw en naauwgezet vertolken zal (§§ 317 en 318). Indien een persoon lijdende aan doofheid, stomheid of doofstomheid, in regten verschijnt, wordt de medewerking van een met de vingerspraak bekenden en beëdigden deskundige vereischt. Wanneer een doofstomme lezen en schrijven, een doove lezen en een stomme schrijven kan, geschiedt het verkeer in regten door middel van het schrift. (§ 319) Indien een persoon aan doofheid lijdt, heeft hij geen regt het woord bij de mondelinge voordragt te voeren. Dit geldt ook in de geschillen van verpligte vertegenwoordiging, indien een partij de landtaal niet magtig is. (§ 320).

TITEL XXI. DE VONNISSEN EN REGTERLIJKE BESCHIKKINGEN.

Het vonnis of de regterlijke beschikking, in zooverre aan dit laatste een mondelinge voordragt voorafgegaan is, wordt gewezen onder de gezamenlijke medewerking van de regters, voor wie de mondelinge voordragt plaats heeft gehad (§ 321). De beraadslaging en stemming der regters geschieden niet in het openbaar. De voorzitter leidt de beraadslagingen, stelt de vragen en neemt de stemmen op. Bij geschil over het stellen dezer vragen of over den uitslag der stemming beslissen de gezamenlijke regters (§ 322). Bij stemming wordt door den regter over de regtsgronden tot ondersteuning van den eisch of de verdediging aangevoerd en over het bewijs der daadzaken waarop die gronden steunen afzonderlijk gestemd (1). Indien de regter over het bewijs eener daadzaak naar vrije overtuiging moet beslissen,

(1) De regeling der wijze waarop de regter tot de beslissing van een geschil komen moet is even belangrijk als moeilijk. Onze wetgeving, de wet van 31 Mei '61 en het ontwerp van '65 hebben het geheim daarover bewaard. Welke norm de nederlandsche regter hier toepast, ja, of er zelfs

wordt over de gronden voor deze overtuiging niet afzonderlijk gestemd. De regter, die bij de stemming over een punt tot de minderheid behoort, kan zich op dien grond van de stemming over een volgend punt niet onthouden (§ 323). Bij elke stemming beslist de volstreckte meerderheid van stemmen (§ 324). De stemmingen worden gehouden naar volgorde van den dienstdag; de jongste regter stemt het eerst, de voorzitter het laatst. Indien een rapporteur benoemd is, wordt door dezen het eerst gestemd (§ 325). Het vonnis wordt door de voorlezing der beslissing uitgesproken. Bij de uitspraak van een vonnis van verstek wordt de voorlezing niet geëischt. Indien de regter bij de uitspraak ook de gronden zijner beslissing verlangt mede te deelen, kan dit door de voorlezing dezer gronden, of door de mededeeling

een algemeene norm bestaat, zal met ons aan vele oningewijden onbekend zijn. De wet van 29 Maart 1828 (*Stbl.* n° 14) schreef in art. 39 voor: »De regters zullen hunne beraadslagingen beginnen met het onderzoek van de daadzaak en daarna overgaan tot dat van het regt.» Meer uitvoerig, ofschoon den grondslag van het zoovevengemelde artikel opleverende, bepaalt art. 104 van de *Loi de la Procédure civile du canton de Genève*: »En procédant au jugement les juges commenceront par poser les questions de fait et celles de droit soumises à leur décision. Ils voteront séparément sur chacune d'elles. Ils ne passeront aux questions de droit qu'après avoir décidé celles de fait.» BELLOR, in zijn voortreffelijke toelichting van deze wet, geeft een treffend voorbeeld, van hoe groot gewigt dit punt is. A eischt de nietigverklaring van een testament op deze drie gronden, dat: 1° de erfflater het testament niet onderteekend heeft, 2° een der getuigen vreemdeling is, 3° de erfflater op grond van curatele onbevoegd was tot testeren. Wat de eerste twee gronden betreft zijn partijen over het regtspunt het eens dat het gemis der onderteekening van den erfflater, indien hij kon teekenen, en het vreemdelingschap van een getuige de nietigheid van het testament te weeg kunnen brengen. Omtrent de daadzaken dezer gronden beweert de eischer dat de erfflater kon teekenen en de getuige vreemdeling is, welke feiten door den gedaagde worden ontkend. Wat den derden grond betreft zijn partijen het eens dat de erfflater onder curatele stond, zij verschillen over de wettelijke gevolgen dezer curatele. De regter behoort alzoo omtrent de *daadzaken* te beslissen: 1°. of de erfflater kon onderteekenen, 2°. of die getuige vreemdeling is; omtrent het *regt*, of de persoon die onder zoodanige curatele staat onbevoegd is te testeren. Dit geschil komt voor een regtbank bestaande uit drie regters, waarvan een regter van gevoelen is, dat de erfflater kon teekenen, een ander dat

van hunnen zakelijken inhoud geschieden (1) (§ 326). De uitspraak van een vonnis of regterlijke beschikking geschiedt niettegenstaande de afwezigheid van een of meer partijen (§ 327). De vonnissen in den volledigen vorm opgemaakt behelzen: 1°. de namen, woonplaats, het beroep, de betrekking tot het geschil van partijen en, bij wettelijke of verplichte vertegenwoordiging van deze vertegenwoordigers; 2°. de namen der regters die de beslissing gegeven hebben; 3°. de vermelding van den dag der mondelinge voordragt, waarop de uitspraak geschied is; 4°. den naam van den griffier die bij de mondelinge voordragt aanwezig was, 5°. een naar aanleiding der mondeling voordragt beknopte uiteenzetting van de daadzaken en het geschilpunt, alsook de vermelding der genomen conclusiën (petita) [het feitelijke gedeelte]; 6°. de gronden

de getuige vreemdeling is en de derde dat de erfater op grond der curatele onbevoegd was een testament te maken. Nu stelt de voorzitter aan zijne medeleden de vraag: is het testament nietig? Deze vraag wordt door de regters eenstemmig, doch op verschillende motieven, bevestigend beantwoord. De eischer heeft alzoo zijn proces gewonnen. Doch stelt de voorzitter elke vraag afzonderlijk, dan komt men tot een geheel andere conclusie.

Rrs.	1 ^e v.	2 ^e v.	3 ^e v.
A.	ja	neen	neen
B.	neen	ja	neen
C.	neen	neen	ja

Nu is met twee stemmen tegen één aangenomen: 1°. dat de erfater niet kon onderteekenen, 2°. dat die getuige geen vreemdeling is, 3°. dat de erfater niet onbevoegd was te testeren. De eischer heeft dus zijn proces verloren. Waar een zoo verschillend resultaat verkregen wordt, naarmate de vragen worden gesteld en daarover gestemd wordt, is het begrijpelijk, als BELLOT (ad titel IX) zegt: «Nous en appelons à tous ceux qui ont quelque habitude des délibérations des tribunaux, — si le secret pouvait en être dévoilé, que d'erreurs dues aux questions complexes et au vice d'une votation unique, ne seraient-ils pas contraints d'avouer?»

(1) Volgens de oud-Hollandsche rechtspleging werden de sententiën van het Hof en andere vierscharen, regt doende in civiele zaken, uitgesproken door de mededeeling der dispositiën zonder bijvoeging van de redenen; slechts de condemnatie of absolutie werd uitgesproken. In beschreven zaken werd echter langentijd na de pronunciatie een geëxtendeerde sententie ter griffie opgemaakt, waarin alle middelen van het mandament en de dingtalen vermeld werden. V. D. LINDEN. I. e. D. II. p. 18 vlg.

der beslissing; 7o. de beslissing (§§ 328 en 329). Indien de regter volgens § 301 een afzonderlijke behandeling gelast heeft, wordt de uiteenzetting van het feitelijke gedeelte in het vonnis onder uitdrukkelijke vermelding van deze afzonderlijke behandeling beperkt tot de behandelde geschilpunten. (§ 330). Bij de uiteenzetting van het feitelijke gedeelte in het vonnis is een beroep op de bij het audientieblad der mondelinge voordragt vermelde verklaringen en conclusiën (petita) der partijen, alsook op den inhoud der acten van rechtspleging geoorloofd. Het bewijs der intrekking of verandering der in het audientieblad vermelde verklaringen en conclusiën (petita) van partijen wordt alleen geleverd door de uitdrukkelijke vermelding van deze intrekking of verandering in het vonnis. Het bestaan van verklaringen of andere bij de mondelinge voordragt voorgekomen omstandigheden wordt, in zooverre zij slechts in het vonnis vermeld zijn, overgelaten aan de op vrije overtuiging rustende beslissing van den regter (§ 330). In het vonnis wordt de beslissing afgezonderd van het feitelijke gedeelte en de gronden vermeld; zij kan de uiteenzetting der gronden voorafgaan of volgen (§ 331). Het vonnis, in den volledigen vorm opgemaakt, wordt door de regters, die de beslissing gegeven hebben, onderteekend. Indien een der regters daarin verhinderd is, wordt hiervan, met vermelding van de oorzaak der verhindering, door den voorzitter onder aan het vonnis melding gemaakt. De griffier, die bij de uitspraak van het vonnis tegenwoordig was, is verplicht een schriftelijke en onderteekende verklaring op het vonnis te stellen van den dag der uitspraak en de namen der regters, in wier tegenwoordigheid de uitspraak geschied is (§ 332). Zoodra de uitgesproken vonnissen in den volledigen vorm opgemaakt zijn, worden zij op een daartoe aangewezen lijst vermeld. Deze lijst wordt op een door den voorzitter vooraf bepaalden dag voor den tijd van minstens één week ter griffie opgehangen. Een vonnis, dat bij de uitspraak nog niet in den volledigen vorm gebragt was, moet in dien vorm den griffier binnen de week na de uit-

spraak worden overhandigd (§ 333). Geen afschriften of uittreksels van vonnissen mogen gegeven worden, die niet uitgesproken en in den volledigen vorm gebragt zijn. De afschriften en uittreksels worden door den griffier onderteekend en van het regterlijk zegel voorzien (§ 334). De beteekening van vonnissen en regterlijke beschikkingen geschiedt niet ambtshalve, tenzij de wet dit voorschrijve. De partijen kunnen ter griffie inzage en afschriften of uittreksels der vonnissen en regterlijke beschikkingen verlangen (§ 335). De §§ 322 — 325 zijn ook van toepassing op de beslissingen in raadkamer (§ 336). De bepaling van § 327 geldt ook voor de beschikkingen uitgesproken door den voorzitter of den regter, aan wien de opdracht tot het verrigten eener regtshandeling gedaan is (§ 337). De beschikkingen in raadkamer en die welke door den voorzitter of den regter, aan wien de opdracht tot het verrigten eener regtshandeling gedaan is, niet uitgesproken zijn, worden aan partijen ambtshalve betteekend. De griffier draagt voor deze beteekening zorg, alsmede voor de oproeping in regten, voor zooverre zoodanige oproeping door de bepaling van een naderen regtsdag in het vonnis of de regterlijke beschikking gevorderd wordt (§ 338). Alle vonnissen, uitgezonderd die welke tot voorbereiding der eindbeslissing (voorbereidende vonnissen) strekken, zijn verbindend voor den regter die ze gewezen heeft. De gronden eener beslissing binden den regter niet (§ 339). De gedurende den loop van het geding gewezen vonnissen kunnen alleen dan in kracht van gewijsde gaan, indien zij een beslissing betreffende den eisch of de reconventionele vordering inhouden. Het vonnis ten aanzien van het wèl of niet bestaan van een tot schuldvergelijking ingestelde reconventionele vordering kan alleen ten beloope van het gelijke bedrag der wederzijdsche schulden in kracht van gewijsde gaan (§ 340).

TITEL XXII. DE PROCESSEN-VERBAAL.

Bij een mondelinge voordragt wordt door den griffier het proces-verbaal (het audientie-blad) gehouden (§ 341). Het

audientie-blad behelst: 1^o. de plaats en dag der voordragt; 2^o. de namen der regters; 3^o. den naam van den griffier; 4^o. den naam van den tolk, indien deze vereischt wordt; 5^o. de namen van partijen; 6^o. de omschrijving van het geding; 7^o. de namen van de verschenen partijen, van den bijstand, gevolmagtigde en der wettelijke of gekozone vertegenwoordigers; 8^o. de vermelding dat de zitting in het openbaar of met gesloten deuren gehouden is (§ 342). In het audientieblad wordt de mondelinge voordragt in haren hoofdinhoud, de navolgende omstandigheden worden daarin woordelijk vermeld of als bijlagen daarbij gevoegd: 1^o. de verklaringen en conclusiën der partijen waarvan de aantekening volgens de bepalingen dezer wet in het audientie-blad gevorderd wordt; 2^o. de vonnissen en beschikkingen van den regter; 3^o. de verklaringen der op de zitting gehoorde getuigen en deskundigen, voor zoover deze niet reeds vroeger gehoord waren of verklaringen in strijd met de vroegere afleggen; 4^o. den uitslag van een door den regter op de zitting ingesteld onderzoek. In het audientie-blad wordt tevens aantekening gehouden van den dag der uitspraak van de vonnissen en beschikkingen, alsmede van de straf die tot de handhaving der orde in de zitting aan een persoon mogt opgelegd zijn (§ 343). Het gedeelte van het audientie-blad, waarvan de woordelijke aantekening volgens het in de vorige § bepaalde voorgeschreven is, wordt, met uitzondering der vonnissen en regterlijke beschikkingen, den belanghebbenden voorgelezen of ter inzage voorgelegd. Hiervan wordt in het audientie-blad melding gemaakt, alsmede van de goedkeuring of de aanmerkingen die op deze aantekeningen gemaakt zijn (§ 344). Het audientie-blad wordt door den voorzitter, bij verhindering door den oudsten bijzittenden regter, en den griffier onderteekend. Indien de Amtsrichter verhinderd wordt te onderteekenen, is de onderteekening van den griffier voldoende (§ 345). Het audientie-blad levert een volledig bewijs van het in acht nemen der bij de mondelinge voordragt voorgeschreven formaliteiten. Geen bewijs daartegen is toegelaten, tenzij dat van valsheid (§ 346). Indien de

Amtsrichter of een regter aan wien het verrigten van regtshandelingen opgedragen is buiten de plaats zijner gewone zittingen als zoodanig werkzaam is, wordt daarbij de tegenwoordigheid van den griffier vereischt (§ 347). Het proces-verbaal der regtshandelingen zoowel van de ambtenaren in de voorgaande § vermeld als dat van een griffier in het bijzonder, behelst: 1o. de plaats waar en dagteekening wanneer de regtshandeling geschied is en de namen der regterlijke ambtenaren, die daaraan deelgenomen hebben; 2o. de namen der partijen, die bij deze regtshandeling tegenwoordig waren en de vermelding dat in hare tegenwoordigheid het proces-verbaal opgemaakt is; 3o. de aanteekening dat na voorafgaande voorlezing of inzage en met goedkeuring van het aangeteekende het proces-verbaal door partijen ondertekend is, indien deze vereischten niet nagekomen kunnen worden, wordt de oorzaak hiervan vermeld; 4o. de onderteekening der regterlijke ambtenaren (§ 348). Het proces-verbaal dat niet voldoet aan de vereischten in de vorige § vermeld, geldt niet als openbare acte (§ 349). Geen overschrijvingen, bijvoegingen of doorhalingen mogen in het audientieblad of proces-verbaal geschieden. Bij doorhalingen moeten de doorgehaalde woorden leesbaar blijven, hun getal aan den kant der bladzijde naast de doorhaling vermeld, en deze vermelding in het bijzonder door de regterlijke ambtenaren ondertekend worden. Deze onderteekening wordt ook vereischt voor de bijvoegingen, die aan den kant der bladzijde waar de bijvoegingen geschied zijn, vermeld behooren te worden (§ 350). Indien het audientieblad of proces-verbaal niet voldoet aan de bepalingen der vorige § besluit de regter naar de omstandigheden, in hoeverre en in welken omvang dit audientieblad of proces-verbaal als bewijs kan gelden (§ 351). Indien een persoon, de landtaal niet magtig, in regten verschijnt, wordt het houden van een audientieblad of proces-verbaal in de dien persoon bekende taal bovendien en alleen dan gevorderd, indien een Amtsrichter buiten de plaats zijner gewone zitting of een regter aan wien het verrigten van regtshandelingen opgedragen is

als zoodanig hunne functiën uitoefenen. De belanghebbende kan van het houden van dit audientie-blad of proces-verbaal afstand doen. Als bewijs van zoodanigen afstand door den persoon, die de landtaal niet magtig is, geldt de in het audientie-blad of proces-verbaal vermelde verklaring van den tolk, dat die afstand geschied is. De aantekening van dien afstand behoeft niet te geschieden in de taal, die de vreemdeling magtig is (§ 352).

TITEL XXIII. DE INTREKKING EENER REGTSVORDERING, DE
AFSTAND VAN HET VORDERINGSREGT, DE ERKENTENIS
EN MINNELIJKE SCHIKKING. (1).

De eischer kan, zonder toestemming van den gedaagde, vóór de sluiting der mondelinge voordragt over de hoofdzaak zijne regtsvordering intrekken (2) (§ 353). De intrekking kan, zoo de verklaring daarvan niet bij de mondelinge voordragt afgelegd wordt, door de beteekening eener daartoe strekkende acte van regtspleging aan den gedaagde geschieden (§ 354). De intrekking doet het aanhangig zijn van het geschil ophouden. De eischer is verplicht de in het geding gemaakte kosten te betalen, voor zoover hier-

(1) De scherpe en duidelijke onderscheiding van regtsvordering (proces-regt) en vorderingsregt (civiel-regt) wordt door Mr. GOUDSMIT gemaakt in zijn *Pandecten-systeem* D. I. p. 210 noot 1. De § § 353—356 behandelen de *renuntiatio liti facta*, zeer ten onregte door onze wet en het ontwerp van '65 afstand of verval van de *instantie* genoemd, daar toch dezelfde regtsvordering weder in dezelfde instantie aanhangig gemaakt kan worden. De § 356 behandelt de *renuntiatio causae facta*. Vergel. ENDEMANN, *das Deutsche Civilprocessrecht* § 104.

(2) De afstand der instantie, volgens art. 279 B. R., verval der instantie door tijdsbepaling door het ontwerp van '65 (B. II. Tit. I. art. 42) genoemd, is in den omvang waarin onze regtsvordering dit beginsel erkent aan het Noord-Duitsche ontwerp (vergelijk echter § 414 al. 2) onbekend. Het wordt in dien zin evenmin in het Duitsche ontwerp (2^e. lezing) gevonden. LEONHARDT in zijn *Reform des Civilprocesses*, II, Beitrag § 10, noemt het en niet ten onregte of een nuttelooze maatregel, daar de partij die verjaring immer kan stuiten, of een maatregel van wettelijke voorzorg, die op de vrijheid van partijen inbreuk maakt, daar het toch elk der partijen vrijstond het geding wel of niet voort te zetten.

over niet reeds vroeger bij gewijsde uitspraak gedaan is. De eischer wordt bij een vonnis in de kosten veroordeeld, indien de gedaagde dit vordert. Wanneer de regtsvordering op nieuw ingesteld wordt, behoeft de gedaagde met de behandeling hiervan zich niet in te laten alvorens die kosten betaald zijn. De gedaagde heeft deze bevoegdheid verloren, indien hij zich in een mondelinge voordragt over de hoofdzaak ingelaten heeft (§ 355). Indien van het vorderingsregt afstand gedaan is, kan de gedaagde vorderen dat de eisch op grond van dien afstand aan den eischer ontzegd worde (§ 356). Indien een partij de regtmatigheid van het vorderingsregt bij de mondelinge voordragt geheel of gedeeltelijk erkent, wordt op de vordering der wederpartij de veroordeeling overeenkomstig deze erkenenis uitgesproken (§ 357). De regter kan in elken stand van het geding zelf pogingen doen om een minnelijke schikking van het geschil of van enkele geschilpunten tusschen partijen te bewerken, of zulks aan een regter-commissaris opdragen. Ook zonder zoodanige verwijzing kan een regter, aan wien het verrigten eener regtshandeling opgedragen is, pogen een minnelijke schikking tot stand te brengen. De regter kan de verschijning van partijen in persoon gelasten om het tot stand komen eener minnelijke schikking te beproeven (§ 358). Indien zoodanige schikking tot stand komt, wordt haar inhoud bij procesverbaal vermeld (§ 359). De kosten der gemaakte schikking worden geacht tusschen partijen vergeleken te zijn, tenzij partijen anders overeengekomen zijn. Dit geldt ook voor de kosten van het geding, zoo niet reeds vroeger bij een gewijsde over deze kosten uitspraak gedaan is. De verplichting tot de betaling der kosten veroorzaakt door een niet tot stand gekomen schikking wordt geregeld naar de uitspraak over de kosten in de hoofdzaak. De partij echter, die niet verschijnt op den dag waarop hare persoonlijke verschijning gelast was ten einde te trachten een minnelijke schikking tot stand te brengen, draagt de kosten door hare afwezigheid veroorzaakt (§ 360.)

TITEL XXIV. DE SCHORSING VAN HET REGTSGEDING.

Een regtsgeding wordt van regtswege geschorst: 1^o. indien een der partijen sterft; 2^o. indien een partij de bevoegdheid tot het staan in regten verliest; 3^o. indien de wettelijke vertegenwoordiger eener partij sterft of zijne bevoegdheid tot vertegenwoordiging verliest, voor zooverre dit verlies niet het gevolg is van de door de vertegenwoordigde partij verkregen bevoegdheid tot het staan in regten. De schorsing in de gevallen van n^o. 1—3 heeft alleen dan plaats, indien de partij niet voorzien is van een gevolmagtigde tot het voeren van het geding; 4^o. indien een partij in staat van faillissement verklaard is, voor zooverre de schuldeischers het geding tot den boedel van gefailleerde voegen (1); 5^o. indien in de geschillen van verpligte vertegenwoordiging de vertegenwoordiger eener partij sterft of de bevoegdheid tot vertegenwoordiging verliest (§ 361). Indien in de gevallen voorzien bij n^o. 1, 2 en 3 van § 361 de partij een gevolmagtigde tot het voeren van het geding heeft, spreekt de regter op de vordering van den gevolmagtigde en in geval van § 361 no. 1 ook op de vordering der wederpartij de schorsing uit (2)

(1) De Pruisische wet van 8 Mei 1855 op het faillissement bepaalt in § 8: „Nach der Konkurseröffnung kann ein Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen, welche sich auf das zur Konkursmasse gehörende *Vermögen* beziehen, nicht mehr gegen den Gemeinschuldner gerichtet oder fortgesetzt werden.“ Deze zoogenaamde *vis attractiva* van het faillissement is beperkt tot de vorderingen die tot den boedel behooren, d. i. „aus einem *vermögensrechtlichen* Grunde“ ontstaan en waardoor dus geschillen als over den status uitgesloten zijn. De crediteuren kunnen de door den gefailleerde als eischer aangevangen geschillen voortzetten, als zij dit in het belang van den boedel oordeelen; anders kan de gefailleerde zelf voortprocederen. In de geschillen waarin de gefailleerde als gedaagde betrokken is moeten de crediteuren dit geschil overnemen, als de zaak in hooger beroep aanhangig is; in eersten aanleg geldt de regel „*concursum sistit processus*“. Verg. Koch, *die Preuss. Konkursordnung*, p. 18 vlg.

(2) De schorsing berust op het beginsel dat de regter geen veroordeeling behoort uit te spreken, alvorens de wederpartij althans in de gelegenheid gesteld zij hare verdediging aan te voeren. Een logische toepassing van dit

(§ 362). De schorsing heeft ten gevolge, dat de loop van een termijn eindigt en na het einde der schorsing de volle termijn op nieuw begint te loopen. Alle processuele handelingen betrekkelijk het aanhangige geschil door een partij gedurende de schorsing verrigt, zijn ten aanzien der wederpartij nietig, behoudens de bepalingen van de §§ 369—371 (363). De schorsing eindigt: 1°. bij den dood van een partij op het tijdstip waarop de erfgenamen of regtverkrijgenden het geschil hervatten; 2°. in geval van het verlies der bevoegdheid tot het staan in regten of van het ophouden eener wettelijke vertegenwoordiging op het tijdstip, waarop de benoemde wettelijke vertegenwoordiger zijne aanstelling aan de wederpartij, of waarop de laatstgemelde partij het hervatten van het geding dien vertegenwoordiger bekend maakt; 3°. bij faillissement, op het tijdstip waarop het geding door de gezamenlijke crediteurs hervat wordt; 4°. indien de vertegenwoordiger (Anwalt) sterft of onbevoegd wordt, op het tijdstip waarop de door de partij op nieuw gestelde ver-

beginsel vinden wij in de hierboven vermelde § 362. Indien de partij een gevolmachtigde tot het voeren van het geding had, moet die gevolmachtigde geacht worden genoegzaam toegerust te zijn tot het voortzetten van het geding. Wanneer het tegendeel blijkt, kan hij de schorsing vorderen. Hetzelfde hoofdbeginsel ligt, blijkens de Memorie van Toelichting, aan de regeling van dit onderwerp aan het ontwerp van '65 (B. II, Tit. II, Afd. IV) ten grondslag. Dit ontwerp echter verlangt betrekkelijk de oorzaken, die evenals in de hierboven staande § 361 een schorsing te weeg kunnen brengen, uitgezonderd in het geval dat de gestelde advocaat overleden of in zijne betrekking geschorst is of deze verloren heeft, altijd een *vordering* tot schorsing van den belanghebbende. Terwijl alzoo het Noord-Duitsche ontwerp aan de voormelde oorzaken onmiddellijk het natuurlijke gevolg (van regtswege) verbindt van de onbekendheid der belanghebbenden met het aanhangige proces, stelt het Nederl. ontwerp, in strijd met het hoofdbeginsel, het tegendeel vast. Immers volgens het eerste ontwerp zal voor den regter alleen een feit geconstateerd worden, volgens het laatste wordt een incidentele vordering ingesteld. De bezwaren, welke in deze gevallen het geschil tot hervatting van het geding na zich sleept en het Nederl. ontwerp tracht te voorkomen door den regter den duur der schorsing te doen bepalen — een maatregel die soms onuitvoerbaar is — worden op een zeer doelmatige wijze in het Noord-Duitsche ontwerp door de §§ 366, 367, 369 en vlg. te boven gekomen.

tegenwoordiger van zijne benoeming aan de wederpartij kennis geeft of de voor deze kennisgeving in § 371 bepaalde tijd verstreken is. Indien over de nalatenschap van den overledene een curator benoemd of die boedel in staat van faillissement verklaard is, zijn in het eerste geval de bepalingen dezer § onder no. 2, in het tweede geval die onder no. 3 van toepassing (§ 364). De verklaring der hervatting van het geding en de in § 364 vermelde kennisgeving geschieden door de beteekening eener acte van regtspleging (§ 365). Indien de erfgenamen of regtverkrijgenden van een overledene het geding niet hervatten, kan de wederpartij de erfgenamen of regtverkrijgenden tot hervatting van het geding in regten oproepen (§ 466). De acte van oproeping wordt aan de erfgenamen of regtverkrijgenden in persoon, en in het geval dat de overledene een gevolmagtigde tot het voeren van een geding had, ook aan dezen beteekend. De termijn voor dagvaardingen bepaald moet in acht genomen worden bij deze aan de erfgenamen of regtverkrijgenden gedane oproepingen, waarin bij geschillen van verpligte vertegenwoordiging de partij bovendien tot het stellen van een vertegenwoordiger (Anwalt) aangemaand zal worden. De gevolmagtigde of vertegenwoordiger, die van den overledene een volmagt bezat, is evenwel gehouden een volmagt van de erfgenamen of regtverkrijgenden over te leggen (§ 367). Indien de erfgenamen of regtverkrijgenden op den aangewezen regtsdag niet verschijnen, wordt op de vordering der wederpartij hunne opvolging in de regten des overledenen als bestaande aangenomen en door den regter verstek verleend met profijt dat het geding als hervat beschouwd wordt. De hervatting wordt geacht geschied te zijn op het tijdstip, waarop de termijn tot het verzet tegen het vonnis van verstek verstreken, of, bij verzet, zoodra het vonnis in dit geding in kracht van gewijsde gegaan is (§ 368). De oproeping tot hervatting van het geding kan vereenigd worden met die tot het houden der mondelinge voordragt in de hoofdzaak. Deze voordragt en de beslissing der hoofdzaak kunnen niet geschieden, indien de erfgenamen of regtverkrijgenden op den aangewezen regtsdag niet verschijnen

(§ 369). Wanneer de schuldeischers eener in staat van faillissement verklaarde partij het tot den boedel behoorende geding niet opvatten, gelden de bepalingen der §§ 366—369 (§ 370). Indien na de schorsing van het geding door den dood of het verlies der bevoegdheid van den vertegenwoordiger (Anwalt) geen vertegenwoordiger door een partij gesteld wordt, roept de wederpartij haar in persoon op, ten einde binnen den voor dagvaardingden bepaalden termijn een anderen vertegenwoordiger te stellen. Met deze oproeping kan de aanzegging vereenigd worden, dat op den aangewezen regtsdag de mondelinge voordragt in de hoofdzaak gehouden wordt (§ 371). Zoolang de partij in de gevallen van de §§ 366, 370 en 371 geen nieuwen vertegenwoordiger gesteld heeft, worden de beteekeningen haar gedaan door bestelling op de post volgens § 227 of aan hare woonplaats, indien zij woont binnen het regtsgebied van den regter, voor wien het geschil aanhangig is, (§ 372). Gedurende den tijd dat ten gevolge van oorlog of andere gebeurtenissen de uitoefening der regterlijke magt ophoudt, wordt de behandeling der regtsgedingen van regtswege geschorst (§ 373). De regter kan, op de vordering eener partij of van haren gevolmagtigde en bij gebreke van laatstgenoemden ook ambtshalve, de schorsing van het geding gelasten voor den tijd dat een der partijen in tijd van oorlog zich in militaire dienst bevindt, of de gemeenschap van de woonplaats eener partij met de plaats waar de regter zitting houdt wegens oorlog of andere oorzaken afgesneden is (§ 374). De regter kan alleen in de gevallen bij de wet voorzien (vergel. de §§ 303, 304, 786 enz.) de schorsing van een regtsgeding bevelen. Deze bepaling maakt geen inbreuk op de door elk land vastgestelde voorschriften (Landesgesetze) betreffende de schorsing in de gevallen dat tusschen de regterlijke en de administrative magt een geschil van bevoegdheid of in het geding een aan de regterlijke beslissing onttrokken geschil ontstaat (§ 375). Aan de schorsing vervat in de §§ 373, 374 en 375 al. 1 zijn de gevolgen eener schorsing van regtswege (§ 363) verbonden (§ 376) De partijen kunnen overeenkomen, dat een regtsgeding geschorst

zal worden. Deze overeenkomst maakt geen inbreuk op de door de wet voorgeschreven termijnen tot het aanteekenen van een beroep (§ 377).

TITEL XXV. DE DINGTALLEN EN STUKKEN (1).

Alle acten die de behandeling en beslissing van het regts-geding betreffen, voornamelijk de acten van regtspleging, de processen-verbaal, de minuten der vonnissen en regterlijke beschikkingen, de exploiten of beteekeningen en de door den griffier opgemaakte acten, vormen voor den regter de dingtalen en stukken van een regtsgeding (§ 378). De partijen kunnen inzage en afschriften verlangen van de dingtalen en stukken tot het geding behoorende (§ 379). De in de vorige § vermelde inzage en afgifte van afschriften kunnen ook aan derden toegestaan worden, voor zoo verre zij daarbij belang hebben of de toestemming der partijen daartoe verleend is. In het eerste geval wordt bovendien de magtiging van den voorzitter vereischt (§ 380). Elke partij is verplicht aan het bevel van den regter te voldoen, waarbij de overlegging gelast wordt van de onder haar berustende acten, die de behandeling en beslissing van het geschil betreffen (§ 382). De vertegenwoordiger (Rechtsanwalt) draagt zorg voor de volledige en regelmatige zamenstelling van de dingtalen en

(1) De zamenstelling van het bij ons gebruikelijke dossier kan naar het oordeel van sommigen inbreuk maken op de zuivere toepassing van de mondelinge regtspleging. De zekerheid dat de bestanddeelen van het geschil voornamelijk in de schrifturen van partijen weêr te vinden zijn doet het gehoor van den regter verflaauwen. Het Pruissische ontwerp van regtspleging heeft op dien grond de zamenstelling van een bijzonder dossier verboden. Dr. LEONHARDT in zijn *Reform des Civilprocesses*, II B. § 5, is echter van gevoelen, dat de regter zoodanige zamenstelling niet missen kan, doch alleen als steun, niet als bron. Die zamenstelling zal naar zijn oordeel geen inbreuk maken op het door hem met warmte verdedigde beginsel der mondelinge regtspleging. Naar zijn gevoelen is alleen de vraag, welke beteekenis aan den inhoud van het geschreven woord moet toegekend worden. In den zin alzoo, dien de voorstanders der mondelinge regtspleging daaraan hechten, heeft het Noord-Duitsche ontwerp in overeenstemming met het Deutsche de vervaardiging van een dossier toegelaten.

stukken zijner partij (§ 383). De griffiers zijn verplicht schriftelijke verklaringen af te geven, in hoeverre een vonnis of regterlijke beschikking in kracht van gewijsde gegaan is. Indien van een vonnis of regterlijke beschikking een beroep aange teekend is, wordt die verklaring, zelfs in het geval dat zoodanig beroep verworpen is, door den griffier bij den regter, voor wien het beroep aanhangig was, afgegeven. Bij vonnissen in eersten aanleg of in hooger beroep gewezen moet de belanghebbende, die zoodanige verklaring van den griffier verlangt, hem het bewijs overleggen van den griffier bij den regter, die van eenig beroep tegen dit vonnis bevoegd is kennis te nemen, dat bij hem geen acte van regtspleging tot bepaling van een regtsdag voor de mondelinge voordragt van zoodanig beroep binnen den wettelijken termijn ingeleverd is (§ 383a).

BOEK II. DE GEWONE PROCESORDE IN EERSTEN AANLEG.
 AFDEELING I. HET REGTSGEDING VOOR DE LANDGERICHTEN.
 TITEL XXVI. DE REGTSPLEGING TOT AAN DE BESLISSING.

Een regtsvordering wordt ingesteld door de beteekening van een acte van regtspleging, die de vordering en een oproeping in regten bevat (dagvaarding). De dagvaarding moet, behalve de vereischten in § 181, ook bevatten de aanmaning aan den gedaagde, onverwijld een vertegenwoordiger (Rechtsanwalt) te stellen. Bij gebreke dezer aanmaning kan tegen den gedaagde geen verstek verleend worden. De algemeene bepalingen betreffende de acte van regtspleging tot voorbereiding der mondelinge voordragt zijn hier van toepassing (§ 384). De termijn van dagvaarding is: 1°. indien de gedaagde binnen het koninkrijk woont, minstens drie weken, 2°. indien de gedaagde buiten het koninkrijk woont, minstens één, twee of vier maanden, naar gelang de gedaagde binnen of buiten Europa woont. Deze termijn is slechts twee maanden, indien de gedaagde woont op een plaats gelegen aan de kusten van Azië en Afrika, langs de Middellandsche

en Zwarte Zee of op de eilanden dezer zeeën; de termijn is vier maanden, indien de gedaagde op IJsland of de Ferroë-eilanden woont; 3o. indien de beteekening geschiedt bij openbare aankondiging, minstens één maand; wanneer de gedaagde in het geval van § 259 al. 2 buiten het koninkrijk zijn verblijf houdt, overeenkomstig den termijn vermeld in n^o. 2 dezer § (§ 385) (1). De gedaagde is verplicht minstens één week vóór den dag, waarop de mondelinge voordragt gehouden wordt, bij voorbereidende acte van regtspleging het antwoord op den eisch (conclusie van antwoord) den eischer te doen beteekenen (§ 386). Elke partij is verplicht voor zoover de dagvaarding en het antwoord op den eisch onvoldoende zijn tot voorbereiding der mondelinge voordragt, aan hare wederpartij binnen een bekwamen termijn vóór de mondelinge voordragt een voorbereidende acte te beteekenen, waarin die daadzaken, bewijsmiddelen en conclusiën (petita) vermeld zijn, waarover de wederpartij bij de mondelinge voordragt zich zal behooren te verklaren (§ 387). Indien volgens § 290 een uitstel verleend wordt, kan de regter de

(1) Deze § beperkt binnen zekere grenzen de magt, die volgens § 201 den regter toegekend is tot het bevelen van den dag, waarop partijen in regten moeten verschijnen. Wij hebben er vroeger reeds op gewezen (p. 266 noot 1), dat ook volgens de oud-Hollandsche regtspleging de dagvaarding voor het Hof van Holland of den Hoogen Raad niet geoorloofd was zonder mandament, d. i. de op een ingediend request verleende autorisatie aan den deurwaarder om te dagvaarden. Deze regterlijke autorisatie is in overeenstemming met het Justiniaansche en vooral met het Canonieke regt. Het is echter opmerkelijk dat volgens den algemeenen regel van het oud-Hollandsch regt, en ongetwijfeld in afwijking van het Canonieke regt, niet de regter, maar de deurwaarder den dag waarop de gedaagde in regten moet verschijnen, in de dagvaarding stelde. Deze regel bevat evenwel uitzonderingen; althans het Hof en de Hooge Raad konden in de mandamenten een gezetten dag tot verschijning in regten stellen, b. v. in provisiën van justitie (complainte). Het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering verleent den eischer een door wettelijke bepalingen omschreven vrijheid zoowel van dagvaarden als van de bepaling, waarop de gedaagde in regten moet verschijnen. In vele gevallen is het ook de regter, die den regtsdag vaststelt. Vergel. de artt. 122, 289, 302, 312, 362, 555, 558, 713, 745, 772, 784, 805, 817, §59 B. R.

termijnen bepalen, waarbinnen de mededeeling der nog gevorderde voorbereidende acten zal moeten geschieden (§ 388). Wanneer de conclusiën (petita) bij de mondelinge voordragt genomen niet vermeld zijn in of afwijken van de voorbereidende acten, wordt deze aanvulling of verandering in het audientieblad of in een voor te lezen bijlage tot dat blad aangeteekend. De aantekening in voege vermeld van andere bijvoegingen, afwijkingen of veranderingen in de voorbereidende acten bij de mondelinge voordragt geschiedt alleen dan, indien een der partijen dit vordert of de voorzitter deze aantekening noodig oordeelt. Op last van den voorzitter is de vertegenwoordiger eener partij verpligt een bijlage tot het audientieblad over te leggen (§ 389). De mondelinge voordragt vormt ook dan den eenigen grondslag voor de regterlijke beslissing, indien de aantekening in de vorige § vermeld achterwege blijft (§ 390). De navolgende exceptiën (processhinderende Einreden) kunnen op de vordering van den gedaagde vóór de hoofdzaak behandeld en beslist worden: 1^o. de onbevoegdheid van den regter; 2^o. de uitsluiting van het instellen eener vordering in regten; 3^o. het aanhangig zijn van het geschil; 4^o. het gemis der zekerheid voor de proceskosten; 5^o. het verzuim der betaling aan de wederpartij van de kosten der vroeger ingetrokken regtsvordering; 6^o. het gemis der bevoegdheid tot het staan in regten of der wettelijke vertegenwoordiging. De regter kan evenwel op de vordering van den eischer gelasten, dat deze exceptie en de hoofdzaak tegelijk voldongen en beslist zullen worden. In dit geval wordt op de vordering van den gedaagde de behandeling der hoofdzaak uitgesteld (§ 391). Indien bij een afzonderlijke behandeling een in de vorige § vermelde exceptie verworpen wordt, is de verdere behandeling van het geding geschorst, tot dat het vonnis waarbij deze exceptie verworpen is, de kracht van een gewijsde verkregen heeft. De regter kan op de vordering van den eischer deze schorsing doen vervallen en het onmiddellijk houden der mondelinge voordragt over de hoofdzaak gelasten (§ 392). De in § 391 alin. 1 vermelde splitsing geschiedt niet, indien de gedaagde

zich bij de mondelinge voordragt over de hoofdzaak uitgelaten, of bij het vermogen tot het aanvoeren van meer exceptiën deze niet gelijktijdig voorgesteld heeft. Deze bepalingen maken geen inbreuk op het voorschrift van § 154 (1) (§ 393). Indien de mondelinge voordragt over de hoofdzaak gesloten is, (2) kan een partij alleen dan nieuwe middelen ter ondersteuning van den eisch of verwerping in dezelfde instantie aanvoeren, wanneer zij het bewijs levert dat zij buiten hare schuld deze middelen bij de voormelde voordragt niet heeft kunnen voorstellen (3). Deze bepaling is niet van toepas-

(1) Het kunstmatige weefsel van het canonieke regt ten aanzien van de leer der exceptiën is voor een groot deel in ons regt overgegaan. Onze wetgever heeft zich een weinig duidelijk begrip van die leer gevormd. Het ontwerp van '65 (B II, Tit. 1 art. 28) heeft ongetwijfeld in die verwarde elementen orde en regelmaat gebragt. De eenvoud waarmede het Noord-Duitsche ontwerp dit onderwerp geregeld, en daardoor ook de middelen tot het rekken van processen zoo gepast afgesneden heeft, verdient bij een onbevooroordeelde vergelijking voorzeker de voorkeur. Dien eenvoud vinden wij ook terug in de instructie van het Hof v. Holland, waarbij voorgeschreven wordt, dat alle exceptiën te gelijk met het antwoord ten principale moeten voorgesteld worden, tenzij men een exceptie voorstelle waarbij gepersisteerd kan worden. Deze laatstgenoemde exceptiën zijn negen in getal, die eigenlijk tot een zestal kunnen teruggebragt worden, t. w.: 1°. de exceptie van incompetentie; 2°. de exceptie van litispendingie; 3°. de exceptie van litisfinitie; 4°. de exceptie van desertie, alsmede van homologatie en acquiescement; 5°. exceptie van niet ontvankelijkheid in cas van appel of van reformatie; 6°. de exceptie van non-qualificatie. Deze exceptiën konden ook met het antwoord gezamenlijk geproponeerd worden, doch v. D. LINDEN (l. c. D. I. p. 163) gaf den raad bij een solide exceptie eerder te persisteren, dan tevens subordinaat te antwoorden, want, zegt hij, „is de regter in staat gesteld, om de zaak zelve te beslissen, hoe klaar moet dan niet een primario gesustineerde incompetentie of inappellabiliteit wezen, om te kunnen verwachten dat daarop reflexie genomen zal worden.“ Deze woorden zijn voor onze tegenwoordige praktijk nog waar. De omschreven toeleg van den regter, in ons regt van het toeval afhankelijk gemaakt, wordt in het Noord-Duitsche ontwerp het onderwerp eener wettelijke regeling.

(2) Het ontwerp veronderstelt hier het geval, dat na deze mondelinge voordragt geen eindvonnis in de hoofdzaak te gemoet gezien wordt.

(3) Deze alinea vestigt in deze regtspleging de *Eventualmaxime*. Ontleend aan het canonieke regt en ontwikkeld in het gemeen Duitsche procesregt, is hare strekking den duur der *schriftelijke* regtspleging te verkorten

sing op daadzaken, tot staving van deze middelen aangevoerd of op zoodanige middelen, wier afstand door de wet niet toegelaten is. Indien nieuwe middelen in het geding mogen gebragt worden, hebben beide partijen insgelijks de

en is haar wezen gelegen in het voorschrift, dat alle middelen ter ondersteuning van den eisch of de verdediging, die van gelijken aard en gelijke strekking zijn, al is het mogelijk dat slechts het een of ander voor sommige *eventualiteiten* van gewigt bij de beslissing kan zijn, gelijktijdig en in eens, uno actu, door partijen moeten aangevoerd en afgedaan worden, op straffe van uitsluiting in het aanvoeren dezer middelen, zoodra het geding een verder stadium in dezelfde instantie ingetreden is. De invloed der *Eventualmaxime* strekt zich uit tot alle processuele handelingen, die de interlocutoire uitspraak van den regter tot het leveren van bewijs voorafgaan en volgen. Zoo moet de gedaagde verklaren, of de daadzaken door den eischer gesteld juist waren; zoo niet, waarin het verschil met de voorstelling van den eischer lag en hoe de zaak zich toege dragen had met alle bijzonderheden; daarbij moeten gevoegd worden alle dilatoire en peremptoire exceptiën, die de gedaagde kan voorstellen. In een aanbod van bewijs moesten alle daadzaken, wier bewijs noodig kon zijn, opgegeven worden met de verscheidene bewijsmiddelen en zoo noodig met eene eventuele opdracht van den decisoiren eed aan de wederpartij. De toepassing van de *Eventualmaxime* in zijnen geheelen omvang heeft tot een formalisme geleid, die naar het oordeel van bijna alle schrijvers een hoogst nadeeligen invloed op de regtspleging uitgeoefend heeft. Dit ongunstig oordeel is niet onaannemelijk, indien men bedenkt, dat soms de meest tegenstrijdige gronden tegelijk moesten aangevoerd worden, uit vrees ze later niet meer te kunnen opperen, zoodat b. v. bij een geschil over geldleening de gedaagde ten eerste ontkende eenig geld ontvangen te hebben, maar tevens opgaf de som teruggegeven te hebben. Scherp, maar waar verbindt LAUCK (*Kritische Ueberschau* I. p. 301) aan dit instituut de vergelijking dat iemand «die Einladung seines Genossen auf ein Glas Schnaps aus dem dreifachen Grunde ablehnte, erstens weil er überhaupt keinen Schnaps trinke, zweitens weil er heute, als am Sterbetage seiner Mutter, keinen Schnaps trinke, endlich drittens weil er heute bereits genug Schnaps getrunken habe.» De omvang van de *Eventualmaxime* in het tegenwoordige procesregt en voornamelijk ten gevolge van de toepassing der mondelinge regtspleging is meer beperkt. In het Pruisische ontwerp is zij niet, in de Hannoversche en Badensche regtspleging wel opgenomen. Onder hare voorstanders telt zij LEONHARDT (*Reform* II B. § 6) De toepassing der *Eventualmaxime* in onze wet zou men kunnen vinden in art. 1941 B. W. en artt. 155, 158 en 159 B. R. Ook de regtspraak in ons land heeft bij het bewijs de *Eventualmaxime* toegepast, vergel.: «De schriftelijke of de mondelinge regtspleging?» v. d. s. p. 74.

bevoegdheid de hiertoe betrekkelijke nieuwe daadzaken en regtsgronden aan te voeren (§ 394). Elke partij heeft het recht hare wederpartij tot het voortzetten van het geding op te roepen, tenzij de regter daarover ambtshalve beschikt hebbe; zij kan een regtsdag tot het houden van een volgende mondelinge voordragt vragen en hare wederpartij daartoe oproepen. Bij een strijdvereëning heeft elk der medestrijders dit recht; in het geval van oproeping in regten, moeten alle medestrijders opgeroepen worden (§ 395). Indien tusschen partijen een incidenteel geschil van processuelen aard ontstaat, kan elke partij hare wederpartij tot het houden eener mondelinge voordragt over dit incidentele geschil in regten oproepen. De oproeping geschiedt op een termijn van drie dagen. De opgeroepen partij is niet verpligt een voorbereidende acte van antwoord aan hare wederpartij te beteekenen. De regter kan de beslissing van dit tusschengeschil tot het eindvonnis aanhouden (§ 396).

TITEL XXVII DE BESLISSING.

Indien het regtsgeding genoegzaam voldongen is, spreekt de regter, na het sluiten der mondelinge voordragt, het eindvonnis uit. Wanneer het geding nog niet in dien stand is, beperkt de regter zijne beslissing tot alle middelen, die het eindvonnis kunnen voorbereiden (praeparatoire vonnissen) (§ 397). Indien een op zich zelf staande gedeelte van een vordering of één vordering van verscheidene bij eindvonnis kan beslist worden, geschiedt de uitspraak hiervan (partiëel vonnis) tegelijk met het praeparatoire vonnis. Voor het geval dat enkele middelen ter ondersteuning van den eisch of de verwering, aangevoerd, alsmede een incidenteel geschil van processuelen aard, bij eindvonnis beslist kunnen worden, geschiedt ook deze uitspraak (interlocutoir vonnis) te gelijk met het praeparatoire vonnis. De regter is bevoegd, indien het belang van het geding zulks vordert, de uitspraak van een partiëel vonnis over een gedeelte eener vordering of van een interlocutoir vonnis tegelijk met het praeparatoire vonnis achterwege te laten. Indien na het instellen eener recon-

ventionele vordering, die in een regtelijk verband met den eisch of de verdediging staat (§ 191), over den eisch of de reconventioneele vordering bij een eindvonnis uitspraak kan gedaan worden, gelden de bepalingen van deze § omtrent de uitspraken van een op zichzelf staande gedeelte eener vordering (§ 398). Wanneer de gedaagde bij een in § 191 vermelde reconventionele vordering zich op een schuldvergelijking beroept, kan de regter over den voldongen eisch bij eindvonnis, dat tegen het stellen van zekerheid uitvoerbaar verklaard kan worden, uitspraak doen en de afzonderlijke behandeling der reconventionele vordering gelasten. Indien volgens § 300 al. 2 de splitsing der behandeling van den eisch en de reconventionele vordering gelast is, kan, wanneer over den eisch het eerst uitspraak gedaan wordt, ook dit eindvonnis tegen het stellen van zekerheid uitvoerbaar verklaard worden. (§ 398^a). Indien verscheidene gedingen tot een gelijktijdige behandeling en beslissing gevoegd zijn, kunnen die gedingen, welke voldongen zijn, bij eindvonnis beslist worden. Deze voorschriften maken geen inbreuk op de bepaling in § 111 vermeld (§ 399). In geschillen, waarvan de grondslag en het bedrag van de vordering betwist worden, heeft de regter de bevoegdheid, indien de vordering gegrond bevonden wordt, de uitspraak tot den grondslag der vordering te beperken, en kan hij, des gevorderd of ambtshalve, in het vonnis de schorsing van het geschil over het bedrag gelasten, tot dat dit vonnis in kracht van gewijsde gegaan is. Deze bepaling is in het bijzonder van toepassing bij de vorderingen tot schadevergoeding en soortgelijke geschillen (§ 400). De regter vermag aan een partij niet meer toe te wijzen dan gevorderd is. Hij doet ook ambtshalve uitspraak over de proceskosten (§ 401). De regter kan aan de veroordeeling een bekwamen termijn toevoegen, binnen welken aan die veroordeeling voldaan moet worden. Bij de veroordeeling tot betaling van een geldsom is deze termijn acht dagen (§ 401^a). De uitspraak van het vonnis geschiedt onmiddellijk na de sluiting der mondelinge voordragt. De regter kan evenwel die uitspraak op een naderen, doch onmiddellijk te

bepalen dag vaststellen (§ 402). De regter is op de vordering van een der partijen of ambtshalve bevoegd te allen tijde over te gaan tot de verbetering van schrijf-, berekenings- en andere blijkbare fouten, die in het door dien regter gewezen vonnis voorkomen. De beslissing hierover kan in raadkamer geschieden. De regterlijke beslissing waarbij zoodanige verbetering gelast wordt, wordt gegeven zonder eenige kosten in rekening te brengen; zij wordt op de minuut en de afschriften van het vonnis aangeteekend. Van de regterlijke beslissing, waarbij de vordering tot zoodanige verbetering afgewezen wordt, is geen beroep toegelaten (§ 403). Indien de regter verzuimd heeft in het eindvonnis geheel of gedeeltelijk uitspraak te doen over een vordering, blijkens dit vonnis door een der partijen gedaan, of over de veroordeeling in de proceskosten, kan bij den regter die het vonnis gewezen heeft een vordering tot aanvulling aanhangig gemaakt worden (§ 404). De partij, die zoodanig aanvullend vonnis verlangt, is verplicht hare wederpartij tot het houden eener mondelinge voordragt over de in de uitspraak verzuimde punten bij dagvaarding op te roepen, tenzij dit geschil onmiddellijk na de uitspraak der zitting behandeld worde. De vordering tot zoodanige aanvulling is niet meer ontvankelijk, indien zij niet binnen één week na de uitspraak ingesteld is. Indien een der partijen afwezig was op den dag der mondelinge voordragt waarop de uitspraak geschied is, begint deze termijn te loopen van den dag der beteekening van het vonnis (1) (§ 405).

(1) In navolging van de wet sur la Procédure civile de Genève (art 287) en die van Hannover (§ § 360—366) wijst het ontwerp, door de bepalingen van de §§ 404 en 405, een middel tot herziening van vonnissen aan, dat zonder twijfel wel overweging verdient. Volgens onze tegenwoordige regtspleging en ook volgens het ontwerp van '65 zijn deze middelen van herstel onbekend. Vandaar de treurige noodzakelijkheid, om òf in een langdurig en kostbaar appel redres dezer grieven te zoeken, zoodat de partijen voor de kleine en ligt te herstellen dwalingen van den regter door opoffering van veel tijd en geld boeten moeten, òf zich bij een mal-jugé neêr te leggen. De wet van Genève (art. 280) en die van Hannover (§ 362) geven

TITEL XXVIII. HET VERSTEK.

Indien de eischer niet verschijnt op den dag voor de mondelinge voordragt bij de dagvaarding bepaald, wordt tegen hem op de vordering van den gedaagde verstek verleend en de gedaagde van de instantie ontslagen. Aan dit vonnis in kracht van gewijsde gegaan zijn de gevolgen van de intrekking eener regtsvordering verbonden (§ 406). Indien de gedaagde niet verschijnt op den dag voor de mondelinge voordragt bij de dagvaarding bepaald, wordt tegen hem op de vordering van den eischer verstek verleend en de vordering den eischer toegewezen, mits de vordering op de in de dagvaarding vermelde daadzaken, die als erkend door den regter aangenomen zullen worden, gegrond en overeenkomstig de wet zij. Bij gebreke hiervan wordt de vordering afgewezen (§ 407) (1). De erkenning, waarvan in de vorige

zelfs de bevoegdheid, van den regter die het vonnis gewezen heeft de interpretatie te vorderen van een onduidelijk of onbepaald dispositief in het vonnis. Opmerkelijk is wat v. D. LINDEN, l. c. D. I. p. 77, vermeldt. «Echter, wanneer in de sententie eenige duisterheid is ingeslopen, staat het aan den regter vrij zulks bij interpretatie te verklaren. Dit verzoek van interpretatie door ééne der partijen gedaan wordende, moet de tegenpartij daarop summierlijk worden gehoord.»

(1) De inhoud van deze § komt in woordelijken zin met art. 76 B. R. overeen. Dit laatste art. bevat geen uitdrukkelijke bepaling, dat de regter de bevoegdheid heeft van den eischer eenig bewijs te vorderen. En toch is men verplicht volgens de Memorie van Toelichting ad art. 76 B. R. (verg. v. D. HONERT) het woord *ongegrontheid* niet alleen te beperken tot het gemis van de betrekking tusschen de overwegingen der dagvaarding en de conclusie (*petitum*), maar daaronder tevens te verstaan, hoe zonderling het ook moge klinken, het gebrek aan bewijs, dat de regter naar omstandigheden van den eischer vorderen kan. Volgens de oud-Hollandsche regtspleging kon het Hof van Holland bij een default wegens non comparuit een interlocutie geven om de onbevoezen daadzaken nader te bewijzen, v. D. LINDEN, l. c. I, p. 150. Het ontwerp van '65 (B. II, art. 23) is gedeeltelijk teruggekeerd tot het Fransche stelsel, dat spreekt van de toewijzing der conclusiën «si elles se trouvent justes et bien vérifiées». Het art. 23 van het ontwerp laat in enkele gevallen alle middelen van bewijs toe; bij een beroep op een titel vordert het alleen een schriftelijk bewijs. Het Noord-Duitsche ontwerp maakt alzoo van het verstek slechts een *quaestio juris* (regtmaticheid en gegrondheid); het wetboek van B. R. en het ontwerp van '65 voegen hierbij nog de *quaestio facti* (het bewijs).

§ sprake is, omvat tevens de daadzaken, die voor den regter den grondslag zijner bevoegdheid vormen (§ 408). Indien de eischer tegen den gedaagde verstek vraagt, kan de regter omtrent die punten, waarop hij ambtshalve behoort acht te slaan, een naderen regtsdag tot onderzoek vaststellen. De beteekening van deze regterlijke beschikking of de oproeping van den gedaagde op dezen regtsdag worden niet gevorderd. Indien de gedaagde op dien regtsdag verschijnt, kan hij de behandeling van het geding met terzijdestelling van het verleende verstek vorderen (§ 409). Het verleenen van verstek tegen den gedaagde is niet afhankelijk van een vooraf gedane mededeeling aan den gedaagde van des eischers volmagt tot het voeren van het geding (§ 410). In het geval dat de eischer op den dag van de mondelinge voordragt, bij de dagvaarding bepaald, daadzaken gesteld of conclusiën (petita) genomen heeft, die in de dagvaarding niet vermeld zijn, kunnen de daadzaken voor erkend gehouden en de conclusiën toegewezen worden, voor zooverre deze bevorens bij een afzonderlijke acte van rechtspleging aan den gedaagde binnen den termijn meêgedeeld zijn. Bij de verandering van den eisch moet deze mededeeling op een termijn voor de dagvaarding bepaald, in andere gevallen op een termijn van acht dagen vóór den bij de dagvaarding vermelden regtsdag geschieden. Indien deze mededeeling niet of niet tijdig geschied is, wordt een nadere dag tot het houden eener mondelinge voordragt bepaald en de gedaagde daartoe opgeroepen. Deze oproeping geschiedt met inachtneming van den in al. 1 dezer § vermelden tijd voor de beteekening dezer acte van rechtspleging vereischt (§ 411). Tegen de partij, die niet overeenkomstig de bepalingen van de wet gedagvaard is, kan geen verstek verleend worden, behoudens het regt van de verschenen partij den regter een naderen regtsdag te vragen, waartegen de afwezige partij op nieuw gedagvaard behoort te worden. Indien het verstek niet verleend kan worden op grond dat de termijn van dagvaarding niet in acht genomen is, kan de nieuwe oproeping geschieden met een tijdruimte, die aan den termijn der vroegere dagvaarding ontbrak (§ 412).

De eischer, die van de regterlijke beslissing, waarbij het verstek tegen den gedaagde geweigerd wordt, op den wettelijken termijn geen beroep aantekent, wordt geacht zijne vordering ingetrokken te hebben (§ 413). Indien beide partijen niet verschijnen op den dag voor de mondelinge voordragt bepaald, is het regtsgeding geschorst tot dat een der partijen door de wederpartij op nieuw in regten opgeroepen wordt. In dit geval kan de regter, wanneer partijen de schorsing van het geding niet overeengekomen zijn (§ 377), op de vordering van den gedaagde, mits zij tegen den eischer na verloop van zes maanden sedert den laatsten regtsdag gedaan en vóór dien tijd de gedaagde door den eischer niet in regten opgeroepen zij, de regtsvordering voor ingetrokken verklaren (§ 414). De bepalingen der §§ 406—414 zijn van toepassing in de navolgende gevallen: 1o. indien een der partijen niet verschijnt op den dag waarop de mondelinge voordragt verdaagd is of voortgezet zou worden; 2o. indien bij de afzonderlijke behandeling eener in § 381 vermelde exceptie een der partijen op den dag waarop de mondelinge voordragt over dit geschilpunt voortgezet of, nadat het vonnis over dit geschilpunt in kracht van gewijsde gegaan is, op den dag waarop de mondelinge voordragt over de hoofdzaak gehouden wordt, niet verschijnt; 3o. in het geval dat volgens § 400 het vonnis over de gegrondheid van den eisch in kracht van gewijsde gegaan is, en een der partijen bij de mondelinge voordragt bestemd voor de behandeling van het geschil over het bedrag niet verschijnt. Hetgeen de afwezige partij in vroegere voordragten aangevoerd heeft, blijft voor het vonnis van verstek buiten aanmerking. De bepalingen vermeld onder no. 1 dezer § gelden niet in het geval dat volgens § 300 een afzonderlijke behandeling over enkele vorderingen plaats had en deze gesloten is (§ 415).

TITEL XXIX. HET VERZET.

De partij, tegen wie verstek verleend is, kan in verzet komen, zoo de wet niet het tegendeel bepaalt (§ 416). Het verzet is na verloop van twee weken sedert de beteekening

van het vonnis van verstek niet meer ontvankelijk. Indien deze beteekening in het buitenland of bij openbare aankondiging geschied is, wordt de termijn voor het verzet bepaald naar dien voor de dagvaardingen in deze gevallen (§ 417). Het verzet geschiedt door de beteekening van een acte van regtspleging, die op straffe van nietigheid bevat: 1^o. de aanduiding van het vonnis, waartegen verzet aangeteekend wordt; 2^o. de verklaring van het verzet; 3^o. de oproeping der wederpartij tot het houden der mondelinge voordragt over de hoofdzaak. Deze acte van regtspleging moet tevens behelzen hetgeen ter voorbereiding dezer voordragt over de hoofdzaak noodig is. Het verzet binnen den wettelijken termijn stuit het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis bij verstek, en zoo dat vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard is, ook den verderen loop van het geding en de tenuitvoerlegging (§ 418). De regter is verplicht ambtshalve te onderzoeken of het verzet toegelaten en volgens de wettelijke voorschriften gedaan is (§ 419). Indien het verzet ontvankelijk is, wordt het geding hersteld in den stand, waarin het zich vóór het afwezig blijven der partij bevond (§ 420). Het vonnis van verstek wordt door den regter bevestigd, wanneer de regterlijke beslissing na de behandeling van het verzet overeenkomt met die van het vonnis bij verstek; het wordt vernietigd in het tegenovergestelde geval (§ 421). De kosten, veroorzaakt door het afwezig blijven eener partij, komen voor zooverre zij niet het gevolg van een ongegronde tegenspraak der wederpartij zijn, in elk geval ten laste van de partij, waartegen op wettige wijze verstek verleend was (§ 422). Tegen het vonnis van verstek verleend tegen een partij, die in verzet gekomen is, wordt geen verzet toegelaten (§ 423). De afstand van het regt van verzet en de intrekking van een gedaan verzet worden geregeld volgens de bepalingen der §§ 745 en 746 (§ 424).

TITEL XXX. DE AFWEZIGHEID EENER PARTIJ BIJ EEN
MONDELINGE VOORDRAGT NA DE SLUITING VAN DE BIJ
DE DAGVAARDING BEPAALDE VOORDRAGT.

Indien een partij niet verschijnt bij een mondelinge voordragt na de sluiting van de bij de dagvaarding bepaalde voordragt, wordt de afwezige partij dan geacht de door de verschenen partij aangevoerde nieuwe daadzaken erkend en ten aanzien van nieuwe regtsgronden of conclusiën (petita) hare verklaring geweigerd te hebben, indien deze in een aan de afwezige partij binnen den wettelijken termijn betteekende acte van regtspleging door de verschijnende partij vermeld waren (§ 425). Indien deze mededeeling niet of niet binnen den wettelijken termijn geschied is, wordt een andere dag tot het houden der mondelinge voordragt bepaald en de afwezige partij daartoe opgeroepen. Deze oproeping geschiedt met inachtneming van den wettelijken termijn, vereischt voor de beteekening der in de vorige § vermelde acte van regtspleging (§ 426). Het vonnis, gewezen ten aanzien eener partij die niet verschijnt bij een mondelinge voordragt, gehouden na de sluiting van de bij de dagvaarding bepaalde voordragt, wordt niet als een vonnis van verstek aangemerkt (§ 427). De partij welke bij de mondelinge voordragt, gehouden na de sluiting der bij de dagvaarding bepaalde voordragt niet verschenen is, kan, zoolang het eindvonnis niet gewezen is, bij een volgende mondelinge voordragt de verzuimde processuele handelingen herstellen, indien zij bewijst, dat zij buiten haar schuld niet in staat was op dien vroegeren regtsdag te verschijnen. De wijziging of vernietiging van een interlocutoire uitspraak kan in dit geval geschieden ter opheffing van de gevolgen aan de afwezigheid verbonden (§ 428). De bepalingen vervat in de §§ 425—428 zijn van toepassing in het geval dat een partij bij de mondelinge voordragt over een incident van processuelen aard (§ 396) niet verschijnt (§ 429).

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

Gevangenis in den vreemde, door Mr. J. W. STAATS
EVERS, Advocaat te Arnhem.

Op eene langdurige reis, die ik onlangs in verschillende landen van Europa maakte, bezocht ik hier en daar met veel belangstelling verschillende groote, meest cellulaire, strafgevangenis. De volgende aantekeningen zijn nu door mij aan die bezoeken ontleend. Zij hebben inzonderheid betrekking op de wijze van inrigting van enkele zoodanige belangrijke buitenlandsche gevangenis, waarin, naar mij, die ook vroeger onze meeste groote Nederlandsche gevangenis heb bezocht, is voorgekomen, hier en daar nog veel navolgingswaardigs wordt aangetroffen. Ofschoon overtuigd dat mijne beschrijving veel gebrekkigs moet bevatten, daar ik hier geen deskundige ben, heb ik echter, uithoofde van het vele belangrijke, en mogelijk hier en daar nog nieuwe, dat ik zag, vermeend die niet aan eene publiciteit te mogen onttrekken. Ik roep hierbij dan ook de toegevendheid in.

Zeker is het niet van belang ontbloot daarbij onder de aandacht te brengen dat het stelsel van eenzame opsluiting reeds sedert meerdere jaren met niet ongunstig gevolg in twee dezer gevangenis in praktijk is gebragt; t. w. sedert ruim zeven jaren te Leuven en veertien jaren te Moabiet bij Berlijn. In die beide gevangenis bevinden zich veroordeelden, welke al die jaren in finale afzondering doorbragten zonder daaronder te hebben geleden. Hoogst belangrijk waren inzonderheid mijne bevindingen te Moabiet; want ik trof daar nog verscheidene gevangenen van dertien-, twaalf- en tienjarigen straftijd in goede gezondheid en tamelijk opgeruimde stemming aan, waarbij directeur en bewaarders, die vroeger mede in gevangenis van gemeenschappelijke opsluiting werkzaam waren geweest, mij hartgrondig verklaarden (eene verklaring die mij evenzeer in België werd gedaan) op goede en groote ervaring aan het nieuwe stelsel verre de voorkeur te verleen.

Nadat ik van het stelsel van eenzame opsluiting vroeger

steeds afkeerig was geweest, geraakte ik, op grond van hetgeen ik daar zag en uit den mond van mannen van groote ervaring hoorde, in een twijfel over de voortdurende wenschelijkheid der gemeenschappelijke opsluiting; een twijfel die mij mede tot het openbaarmaken mijner bevindingen heeft doen besluiten.

Ons gevangeniswezen is, vergeleken bij dat van naburige rijken, nog wat achterlijk. De oorzaak hiervan schijnt hoofdzakelijk aan finantieële bezwaren en de niet aanneming van een vast stelsel te wijten te zijn.

Maison centrale pénitentiaire te Gent.

Op den 15 November 1869 werd ik door welwillendheid van den directeur RAMAËCKERS in de gelegenheid gesteld ter bezigtiging van de groote strafgevangenis te Gent, waarin de zwaarste misdadigers van België opgesloten zitten. Deze gevangenis, uit een groot achtkantig gebouw bestaande, met een dergelijk getal verschillende ruime binnenplaatsen, is naar het Auburnsche systema ingerigt. De gevangenen bevinden zich daar overdag meerendeels gemeenschappelijk in ruime werkzalen, waarin verschillende ambachten uitgeoefend worden (1), en zijn des nachts allen afzonderlijk in kleine cellen opgesloten. Zij mogen echter nimmer, zelfs niet onder het gebruik van het middageten, waarvoor zij zich naar daartoe ingerigte vertrekken begeven en aan groote tafels naast elkander geplaatst zijn, en ook niet des Zondags, ofschoon steeds onderling in onmiddelijke aanraking komende, met elkaar

(1) Artikel 15 van het Belgische strafwetboek zegt:

«Chaque condamné sera employé au travail qui lui sera imposé.

Une portion du produit de ce travail forme un fonds de réserve qui lui sera remis à sa sortie ou à des époques déterminées après sa sortie.

Cette portion ne peut excéder les $\frac{2}{10}$ pour les condamnés à la réclusion, et les $\frac{3}{10}$ pour les condamnés aux travaux forcés. Le surplus appartient à l'Etat.

Le Gouvernement peut disposer de la moitié de ce fonds de réserve, au profit du condamné, pendant qu'il subit sa peine, ou au profit de la famille de celui-ci, lorsqu'elle se trouve dans le besoin.»

spreken. Hij, die dit gebod overtreedt, wordt, behalve de leerling in een ambacht, wien het alleen geoorloofd is met zijn meester over zijn vak te spreken, disciplinair gestraft; eene straf gewoonlijk in onthouding van voedsel, verdiend geld of exercitie bestaande.

Het aantal der in de gevangenis opgesloten misdadigers, wier kortste straf in vijfjarige detentie bestaat, bedroeg tijdens mijn bezoek ruim zeven honderd: hieronder bevonden zich ongeveer vier honderd personen, die tot levenslangen dwangarbeid veroordeeld waren; eene straf waarmede het nieuwe Belgische strafwetboek tamelijk mild is: zoo toch bedreigt dit daarmede den manslag, bij ons slechts met vijf tot twintig jaren strafbaar, enz. Ook militairen worden hier opgesloten.

Het viel mij bij het betreden der eerste binnenplaats in 't oog dat de gevangenis veel op eene groote ménagerie gelijkt, door het aantal ronde en groote opene ijzeren ramen, waar achter zich corridors bevinden waaraan verschillende kleine slaapcellen uitkomen. Deze cellen, elk van een ijzeren bed voorzien, zijn zóó klein dat één man zich daarin te naauwernood kan bewegen, doch niettemin luchtig en frisch, daar de deuren ongeveer ter halverwege op doelmatige wijze eene opening met ijzeren traliën hebben, die echter door den gevangene, ter verwarming van het vertrek, met eene buitenwaarts aanwezige houten schuif geheel kan worden dichtgemaakt, terwijl het openmaken wederkeerig van buiten bij het doen van nachtrondes enz. geschieden kan. Groot was de reinheid van het beddengoed en de orde, waarin dit opgemaakt lag. Ik bezigtigde nu vervolgens, geheel alleen in gezelschap van den adjunct-directeur, die mij voorkwam iemand van groote beschaving en fermiteit, en uitnemend voor zijne moeilijke betrekking berekend te zijn, de gevangenis, waarvan mijn vriendelijke begeleider met slechts één sleutel alle zalen en verdere vertrekken ontsloot. Ons eerste bezoek was aan de levenslang veroordeelden, die, even als de andere gevangenen, stilzwijgend in enkele ruime en luchtige zalen, waarin ik nergens eenige hinderlijke lucht bespeuren kon, met onbegrijpelijke orde verschillende ambachten uitoefenden. Één

wenk van mijn begeleider was voldoende om bij ons binnentreden in de zalen alle gevangenen, met afneming van hun hoofddekseel, gelijkelijk te doen opstaan en weder nederzitten. In vele vertrekken zag ik geene schildwachten of bewaarders. Bij het verder rondwandelen deed een bij het begin van een grooten gang opgehangen bordje, met de woorden «on est prié de parler à voix basse» mij al spoedig zien dat het cellulair systema hier ook op enkele vooroordeelden toegepast wordt. Mijn geleider deelde mij mede dat dit het geval was met hen, die zich aan misdaden van bijzonder atrocen aard, aan herhaalde ontvlugtingen, of aan verregaand wangedrag in de gevangenis schuldig hadden gemaakt: hij ontsloot toen voor mij de naar het nieuwste model ingerigte vertrekken van een paar individu's wien het beschoren was hun *geheele* leven hier in eenzaamheid te moeten doorbrengen: een hunner had zijn slagtoffer op zulk een schandelijke, doch tevens gemakkelijke wijze vermoord, dat het niet geraden was daarvan aan de medegevangenen bekendheid te doen geven. Men hield hem daarvan afgezonderd, doch deed hem niettemin nog de vruchten van het onderwijs genieten. Uit deze afdeeling der eenzamen kwam ik in de kerk. Deze is op geheel bijzondere, ja curieuse wijze ingerigt. Men plaatst ieder gevangene in eene bijna geheel afgesloten kast van waar deze slechts door eene kleine opening den geestelijke kan zien: die echter van uit zijn gestoelte de gezigten van allen waarneemt. Eene ruime en luchtige eetzaal, waar men tegen het middaguur bezig was een niet onsmakelijke kost, in dikke soep bestaande, op verschillende tafels op te dissen, gaf mij verder een denkbeeld van de inrigting van dit tuchthuis. Ik zag hier tegen de wanden eenige borden hangen met tweederlei nummers: een dezer, zwarten, beduiden dat de gevangene van dit nummer disciplinair gestraft was met onthouding van middageten, boter en wittebrood, welk laatste anders van een gedeelte van het verdiende geld mag worden aangekocht, en nu eenigen tijd roggenbrood in plaats van middageten moest nuttigen, waarbij hij niettemin onder zijne kameraden moest plaats nemen, wien het echter op straffen verboden was hem iets

van hun eten te laten medeproeven. Maakt de gevangene zich aan ergere vergrijpen schuldig dan kan de straf in cellen of loopen gedurende een geheelen dag bestaan. Ligchaamsstraffen werden echter, men verzekerde mij dit bepaald, hier evenmin als in eenige andere Belgische gevangenis, toegepast.

De bewaking der gevangenis is, behalve dat er zich in het gebouw eene permanente wacht van vijftig militairen bevindt, aan vier en vijftig bewaarders toevertrouwd. Op hen rust o. a. de pligt zich des nachts twee malen op ongelijke tijdstippen van de aanwezigheid van alle gevangenen in hunne slaapcellen te vergewissen door het opendoen der schuifdeur van elke cel: de bewaarder moet dan telkens, onder toezigt van een brigadier, het hem onbekende getal gevangenen, dat zich in eene afdeeling bevindt, tellen en aan dezen opgeven: bij de geringste mistelling vervalt hij dadelijk in eene geldboete. De overgifte van gevangenen van den eenen bewaarder aan den anderen heeft bij dag niet anders dan onder schriftelijke reçu's plaats.

De gevangenen zijn naar mate van straftijd en gedrag in drie klassen verdeeld. Die der eerste klasse mogen aan hunne betrekkingen slechts om het jaar schrijven en binnen dit tijdsverloop slechts eenmaal een bezoek van hen ontvangen: met die der andere klassen heeft zulks om het half jaar en de drie maanden plaats.

De directeur, naar mij toescheen een human man van gepaste fermeit, deelde mij mede dat zelfs de levenslang veroordeelden in de gevangenis de school bezochten. Volgens hem waren zelfmoorden hier zeldzaam en hadden er zich sedert eenige jaren slechts twee gevallen voorgedaan. Hij verhaalde mij dat de levenslang veroordeelden volgens de statistiek in de gevangenis gemiddeld vijftien jaren leefden. Ieder gevangene had in het afgelopen jaar aan het Rijk één frank per dag gekost.

Het bezoek dezer gevangenis maakte op mij den indruk dat ons vaderland, wat de inrigting van soortgelijke gebouwen betreft, nog in vele opzigten bij België achterlijk is.

Gevangenis te Leuven.

Nadat de heer N. JORDAN, inspecteur voor het Belgische gevangeniswezen, mij op welwillende wijze een toegangbiljet verschaft had tot bezigtiging der belangrijke strafgevangenis te Leuven, begaf ik mij op 17 November 1869 van uit Brussel derwaarts. Deze gevangenis, geheel op cellulaire wijze ingerigt, behoort zeker tot de belangrijkste van dien aard, welke in den laatsten tijd zijn verzezen. Haar bouw dagteekent voor ruim tien jaren. Zij ligt even buiten de stad, aan de tegenovergestelde zijde als men aan het station afstapt. De bestemming is voor veroordeelde burgers en militairen, die er hun van 18 maanden tot 20 jaren afwisselenden straftijd moeten uitzitten, en op welke allen hetzelfde systema van afzondering wordt toegepast. Na eerst een zwaar ijzeren hek te zijn doorgegaan, dat tot den portier der buitendeur toegang geeft, betreedt men eene binnenplaats, waaraan verschillende woningen van directeur, onderdirecteur of adjudant, geneesheer enz. uitkomen. Een tweede ijzeren hek geeft van daar door een lang sousterrain, dat van binnen weder met enkele zware hekken is afgesloten en waaraan verschillende bureaux uitkomen, den toegang tot het centraal punt der gevangenis. Het gebouw ontsluit zich daar van eene eenigzints ronde verhevenheid op eens in hare eigenaardige inwendige gedaante voor het oog van den bezoeker. Gelijkelijk ziet men zes lange en breede vleugels of corridors, die als stralen van een cirkel regelmatig op het middelpunt uitkomen, terwijl een ijzeren hek iederen vleugel van dat punt weder afsluit. Twee daarvan hebben elk honderd vijftig cellen en de vier overigen ieder zes en zeventig, zoodat het geheele getal zes honderd vier bedraagt. Deze zijn in drie verdiepingen boven elkander geplaatst, die men allen te gelijk overziet daar ijzeren gaanderijen, hier en daar met overbruggingen, de verbindingen uitmaken. Tijdens mijn bezoek waren er vijf honderd tachtig gevangenen. In het oogvallend was de netheid en zindelijkheid der cellen. Overal heerschte de meest zuivere atmosfeer. Ieder vertrek, van voldoende ruimte, heeft een

vloer van rooden steen en wordt des avonds met eene gaspif verlicht. De gevangene mag echter geene lucifers hebben, die in het geheele gebouw verboden zijn. De verwarming geschiedt door buizen, die onder het gebouw met verschillende groote stookplaatsen (men treft er ter weerszijden van elken vleugel eene aan) in aanraking gebragt zijn. In iedere cel is voor de buis eene ijzeren klep, die door voorschuiwing de warmte kan afwenden of temperen. De gevangene slaapt in eene hangmat, welke overdag tegen den muur wordt opgehangen, terwijl het beddegoed dan op eene schap geplaatst is. In de cel, die met eene dubbele deur kan afgesloten worden, is verder eene waterkraan, die men op zeer doelmatige wijze boven een met vasten deksel sluitend ijzeren privaat heeft geplaatst, zoodat het water ook telkens tot doorspoeling daarvan kan worden aangewend. Even als in alle cellulaire gevangenissen kan de gevangene van uit de corridors door opligtig van een sleufje, dat zich achter een stukje gekleurd (geel) glas in de deur bevindt, ongemerkt bespied worden. Het is, in weerwil dat ieder zijn beroep uitoefent, in de geheele gevangenis zóó stil dat men zich moeijelijk voor kan stellen te midden van zes honderd gevangenen te zijn. Er hangt in elke corridor een bordje, waarop te lezen staat «on est prié de parler à voix basse.» De gevangene komt elken dag een uur in de open lucht, in eene afzonderlijke wandelplaats, waar hij mag rooken. Is het weder ongunstig dan blijft hij desverkiezende in zijne cel. Bij het verlaten hiervan moet hij dadelijk eene blaauwe linnen kap opzetten, waarin ter hoogte van de oogen twee openingen zijn uitgesneden. Doelmatig en netjes was vooral de inrigting der parloirs. In het middelpunt der gevangenis treft men verder, ter hoogte van de tweede verdieping, het bureau van den adjudant of onderdirecteur aan. Dit is als een koepel, met glazen rondom, derwijze ingerigt, dat de zes gangen van daar met één enkel oogopslag kunnen worden afgezien. Boven dit bureau bevindt zich de kerk, wier bijzondere en eigenaardige inrigting (ik zag dit in geene enkele gevangenis aldus) alleszins opmerking verdient. Men heeft namelijk rondom in het gebouw, ter

hoogte van de tweede verdieping, vijf gedeelten van den cirkel, die zich boven tusschen de vleugels bevinden, tot groote opene vertrekken, elk voor honderd tien personen bestemd, derwijze ingerigt dat de geestelijke van uit de hoogte vijf honderd vijftig bezoekers gelijktijdig kan overzien, zonder dat deze elkaar bespieden kunnen, daar ieder in een afzonderlijk, alleen van boven voor het gezigt geopend kastje, plaats neemt. Ter handhaving der orde staan binnen en boven elke der vijf afdeelingen bewaarders: zoo noodig geeft de bovengeplaatste, die zijne geheele afdeeling kan overzien, aan zijn beneden staanden kameraad eenig teeken door het optrekken van een nummer, hetgeen zeggen wil dat de onder dat nummer bekend gevangene de kerk verlaten moet, hetgeen vervolgens ongemerkt geschiedt. Alles is zoodanig ingerigt dat *alle* gevangenen binnen slechts vijf minuten van de kerk naar hunne cel verplaatst worden. Ieder gevangene krijgt dagelijks van den directeur, adjudant, geneesheer, schoolmeester, bewaarders, enz. twaalf tot veertien bezoeken, die uit den aard der zaak van korten duur zijn. Deze bezoeken worden echter bij een nieuwen gevangene meestal gerektd, ten einde men de gelegenheid hebbe met hem van nabij kennis te maken en zijn karakter te doorgronden. Op die kennismaking, waartoe eene voorafgegane toezending van een afschrift van het strafvonnis heeft kunnen medewerken, berust vervolgens langzamerhand de wijze van omgang, het soort van boeken, die men hem verstrekt (er is in de gevangenis eene goede bibliotheek), welk ambacht hij moet uitoefenen (voortdurende bezigheid toch is in deze gevangenissen een hoofdvereischte), en de meerdere of mindere langdurigheid en wijze der toespraken. Zoo doende maakt men zich ongemerkt van den gemoedstoestand des gevangenen meester. Onderwijs, zoo dat nog noodig is, een geregelde cursus over de moraal der strafwet, voorlezingen over verschillende onderwerpen (in de kerk) enz. bezorgen verder de noodige afwisseling.

Het geheele personeel der hoofdbeambten kwam mij voor in hooge mate van het groote gewigt der op hetzelfde rustende

zware taak doordrongen te zijn. Men gaf mij uit volle overtuiging de verzekering dat de langdurige eenzame opsluiting tot twintig jaren toe, welke hier plaats vindt, verre boven een gemeenschappelijk zamenzijn te verkiezen is. «Ce n'est pas le système, mais l'emploi du système (zeide mij teregt de onderdirecteur), qu'il faut prendre en considération». Van de wijze van uitvoering hangt hier volgens dien bevoegden beambte *veel* af. Zelfmoorden waren, werd mij verzekerd, zeldzaam. Deze hadden in het laatste jaar niet plaats gehad: vroeger waren wel acht en twintig maanden zonder eenig geval voorbij gegaan. Ook hadden zich gedurende tien jaren slechts vier gevallen van krankzinnigheid voorgedaan. Er waren op de honderd gevangenen gemiddeld drie recidivisten. Ik bezocht o. a. een gevangene, die den langsten straftijd had doorgebracht: hij was namelijk wegens brandstichting zeven jaar alleen opgesloten geweest en oefende het ambacht van schoenmaker uit. Hij had gedurende dien tijd nog nimmer eene ziekte gehad, doch hij kwam mij voor door het langdurig alleen zijn wat dof geworden te zijn. Een ander gevangene, dien ik mede bezocht, had reeds zes jaren gezeten: deze scheen tamelijk opgeruimd. Tot de disciplinaire straffen behoorde onthouding gedurende korten tijd, b. v. drie dagen van werk en lectuur, plaatsing in eene bijna duistere strafcel gedurende hoogstens veertien dagen (die cel was dikwerf drie maanden lang onbezet), verbod van rooken gedurende eenigen tijd, enz. Van de opgelegde straffen wordt geregeld in de school melding gemaakt, met mededeeling echter alleen van het nummer der gestraften, daar de namen der gevangenen voor elkaar onbekend moeten blijven. Nimmer ontwaarden de straffen in lichamelijke kastijdingen, waarvan men in België grooten afschuw heeft. Over het algemeen maakte het gedrag der gevangenen de toepassing van weinige straffen noodzakelijk; iets waardoor vele cellulaire gevangenis en boven anderen uitmunten. In de sousterrains zijn eenige dubbele cellen, waarin sommige gevangenen ambachten uitoefenen. Ik zag daar eene zeer kunstige nabootsing der geheele gevangenis, waarover een tot twintig jaren veroordeelde

zes maanden achtereenvolgens gewerkt had. Op eene bovenverdieping zijn, behalve eene apotheek, enkele ziekenvertrekken, wier inrigting mij door zindelijkheid en luchtigheid bijzonder in het oog vielen. Daaronder is eene groote wasch-inrigting, alwaar het goed in enkele vertrekken door daarin opgesloten gevangenen op verschillende wijzen in nieuw uitgevonden machines wordt geperst. Het aantal bewaarders bedroeg zes en twintig; twee daarvan doen des nachts geregeld overal een paar malen de rondte, waarbij zij van een paar pistolen met vijf dubbele looplen voorzien zijn: zij moeten zich dan door eene opening de deurklep der cellen van de aanwezigheid van ieder gevangene vergewissen. Aan de binnenzijde der buitenmuren van de gevangenis staat geregeld een cordon schildwachten, die elke ontvlugting onmogelijk maken.

De directeur, zijn adjudant, de meester, doctor en geestelijken vormen een raad van bestuur, die elke week vergadering houdt. Deze neemt beslissing over de voornaamste huishoudelijke aangelegenheden. Van de notulen dier vergadering wordt telkens aan het Ministerie van Justitie te Brussel afschrift toegezonden. Eene commission d'inspection, wier werkkring *alleen* in toezigt op de handelingen van evengemelden raad bestaat, doch die overigens hoegenaamd geen uitvoerend gezag bezit, is verder daar om op de handelingen van den raad van bestuur een waakzaam oog te houden.

Ik zag weinig gevangenen die zóó doelmatig zijn ingerigt. Het komt mij voor dat die van Leuven in vele opzigten veilig tot model kan worden genomen, den duur van den straftijd echter in het midden latende.

De gevangenis la Santé te Parijs.

De heer MAXIME DE CAMP schrijft in zijn belangrijk stuk «les prisons de Paris,» voorkomende in de *Revue des Deux Mondes* van 1 October 1869, aangaande de Parijsche gevangenis la Santé «cette prison est sans contredit la plus belle et meilleure prison qui existe en Europe.» De woorden hadden

mijne belangstelling opgewekt om tijdens mijn verblijf in Frankrijks hoofdstad die gevangenis te bezoeken, waartoe de préfet van politie mij den 14 Februarij 1870 op welwillende wijze vergunning verleende, in weerwil dat de onrustige dagen, welke te Parijs waren voorafgegaan, door een aantal van 491 arrestanten eene buitengewone drukte en opeenhooping in het gebouw hadden doen ontstaan. Ik begaf mij daartoe tijdig naar het quartier du Luxembourg, waar dit zich in eene verafgelegene streek, bezijden de rue Humboldt, bevindt. De gevangenis werd eerst 20 Augustus 1867 in gebruik gesteld. Hare uitwendige gedaante gelijkt op die van andere Fransche strafinrigtingen van den nieuwen tijd. Verbeeld u vier lange, hoog opgetrokken, grijze en sombere muren, met slechts eene poort aan een der zijden, die tot hoofdingang strekt, en gij ziet eene gevangenis van buiten, welke meer van een fort dan de verblijfplaats van boosdoeners heeft.

Alvorens tot den directeur toegang te kunnen verkrijgen heeft men eerst twee zware ijzeren hekken door te gaan en de revue van een paar ter weerszijden van eene eerste binnenplaats staande portiers te passeren, die beiden met het doel uwer komst in de gevangenis bekend gemaakt moeten worden. Gij komt vervolgens in de greffe, van waar gij eindelijk tot den directeur wordt toegelaten. De directeur, de heer LEFÉBURE, een man van een zachtzinnig karakter en groote humaniteit, zooals mij al dadelijk voorkwam, ontving mij, op vertoon der aanbeveling van den préfet van politie, met de meeste voorkomendheid; hij maakte vele verontschuldigungen dat groote drukten door het aantal arrestanten der laatste dagen veroorzaakt, hem verhinderden mij persoonlijk rond te leiden en stelde mij, door toevoeging van een geschikt beambte, in de gelegenheid de geheele inrigting naar behooren te kunnen opnemen.

De gevangenis, welke in het geheel 1000 personen kan bevatten, is in twee hoofdafdeelingen verdeeld, de eene eene cellulaire en de andere eene gemeenschappelijke. Zij is vooral daarom belangrijk omdat in haar de twee systema's *vereenigd*

worden aangetroffen. De eerste afdeling, waarvan wij hier eene beschrijving laten voorafgaan, is alleen voor niet-veroordeelden bestemd; in Frankrijk toch wordt de eenzame opsluiting niet als straf, doch bij uitsluiting als voorloopige gevangenis aangewend. De tweede, voor gemeenschappelijke opsluiting bestemde, gevangenis dient voor veroordeelden tot één jaar gevangenisstraf. Men komt eerst in eene breede vestibule: ter weerszijden daarvan bevinden zich twee groote opene vertrekken, die slechts met ijzeren hekken van den gang zijn afgescheiden. De binnenkomende gevangenen worden hierin voor eerst bij elkaar geplaatst tot zij in de registers der gevangenis ingeschreven zijn. Ik zag daar enkele honderde arrestanten, die de Februarij-omwenteling in de gevangenis gebragt had, bij elkander geplaatst. Daarop vertoont zich het cellulaire gedeelte. Dit bestaat uit vier vleugels, die op één middelpunt uitloopen. Twee dezer vleugels bevatten elk 143 en twee andere 106 cellen, in drie verdiepingen boven elkander geplaatst. Tusschen deze verdiepingen treft men geene zolderingen aan, doch eene verbinding met ijzeren gaanderijen, welke boven weder met ijzeren bruggen communiceren om de gaanderij niet geheel ten einde te moeten loopen. De cellen hebben allen eene gepaste grootte. Het licht komt door ijzeren, van boven openslaande, ramen, die met matglas zijn toegemaakt. De vloer bestaat overal uit lange gepolijste blokken ingelegd eikenhout, wat het gebouw zeer kostbaar moet gemaakt hebben. (In andere nieuwe strafgevangnissen is die van asphalt of steen, hetgeen meer koude veroorzaakt.) Overal heerschte groote orde en zindelijkheid. Zeer eenvoudig is het ameublement, hoofdzakelijk uit eene in het midden der cel aan den muur vastgemaakte en nederslaande tafel met zitbankje bestaande. In iedere cel is verder een ijzeren bed, dat, om meerdere ruimte te geven, overdag opgeslagen wordt, terwijl de gevangene dan het beddengoed tegen den muur ophangt. De latrines zijn in elke cel van hout en sluiten met een dito deksel, die aan een ijzeren ketting vastzit. Zij schenen mij, hoe volmaakt de gevangenis overigens ook in vele andere opzigten zij, echter

toe nog voor verbetering vatbaar te zijn, ofschoon de inrigting zoodanig is, dat ze met nog andere buizen tevens het vermogen hebben bedorven lucht te kunnen zuiveren. Door het geheele gebouw loopt een stoomverwarmingtoestel, dat met vijf groote ovens wordt opgestookt. Ik trof op een guren winterdag overal, zelfs in de groote zalen, eene gepaste warme temperatuur aan. De kleur der muren is licht geel dat men beweert op den duur het minst hinderlijk voor het gezicht te zijn. De cellen worden door eene gaspit verlicht, die men van buiten in den gang aansteekt en door een dik rond glas het licht naar binnen doet schijnen. Deze wijze van verlichting, welke in de meeste andere gevangnissen niet alzoo wordt aangetroffen, geschiedt om den gevangene elke mogelijke poging tot zelfmoord door verstikking te verijdelen. De Franschen toch vermeenen, blijkens verkregene ondervinding, de meeste voorzorgen te moeten nemen om vooral de nog *niet* veroordeelden alle denkbare middelen tot het plegen van zelfmoord te onthouden. In iedere cel is eene schel: bij gebruikmaking hiervan springt van buiten een signaal naar de hoogte. Ook bevindt zich naast elke deur eene waterkraan, waaruit des morgens de voor den dag benoodigde hoeveelheid water getapt wordt. Voor enkele zware of gevaarlijke misdadigers zijn dubbele cellen ingerigt, in het geheel twintig in getal, waarin drie bedden geplaatst staan; de hoofddader slaapt daar tusschen twee ligte gevangenen in. Men heeft ook enkele badcellen en wijders op minder comfortabele wijze voor cachot ingerigte cellen of vertrekken, waarin de gevangene bij wijze van disciplinaire straf hoogstens vier dagen opgesloten kan worden. Daarin komt echter nog eenig licht binnen; de gestrafte slaapt er op eene doelmatige brits. De inrigting van het cachot is niet zoo onmenschelijk als dat van enkele hedendaagsche Nederlandsche strafgevangnissen. Ontvangt de gevangene familiebezoeken, dan worden zijne betrekkingen, even als hij, in twee zich tegenover elkaar bevindende vertrekken opgesloten, die aan beide tegenovergestelde zijden van dicht ijzeren traliewerk, waartusschen zich weder eenige ruimte bevindt, voorzien

zijn, ten einde men elkaar niets kan toereiken. Men treft eene menigte dezer parloirs aan, die meer of minder streng ingerigt zijn, naar mate de préfect van politie, onder wiens bekeer het geheele gevangeniswezen staat (commissiën van administratie zijn er in Frankrijk niet) bij het verleenen van toegang aan betrekkingen een meer of minder streng toezigt heeft aanbevolen. De deuren dezer spreekkamers zijn aan weerszijden van glas voorzien, opdat men de gelegenheid hebbe gevangene en bezoekers te bespieden. Ieder voorloopige gevangene heeft het regt dagelijks een uur in de vrije lucht te vertoeven. Daarvoor zijn buiten vijftien wandelplaatsen ingerigt, half cirkelvormig, met uitschietende stralen, die uit muren bestaan: de cirkelzijde bestaat echter uit open ijzeren hekken: er loopt daar buiten een bewaarder rond, die den gevangenen, welke elkaar niet kunnen zien, gadeslaat: hetzelfde geschiedt van uit het middelpunt, alwaar een bewaarder van uit een hoogen glazen koepel rondkijkt. Bij het verlaten der cel dragen de gevangenen hier geen kap, waarvan in de meeste cellulaire strafinrigtingen gebruik moet worden gemaakt. Men treft verder enkele afzonderlijke cellen aan, bestemd voor spreekkamers van advocaten. In de deuren daarvan is eene tamelijk groote opening, die bij gebruikmaking opengeslagen wordt, ten einde de bewaarder den gevangene van buiten kan gadeslaan. Het middageten wordt, na eerst door een souster-rain op wagens langs rails te zijn gevoerd, van onder het gebouw met grooten ijzeren bakken, die men met water in beweging brengt, naar boven opgeheschen en verder op tafels met drie raden, welke, ter vermijding van gedruisch, met caoutchouc omwonden zijn, rondgedeeld; dit geschiedt op de beide bovenverdiepingen insgelijks op wagens, waarvan de raden over de ijzeren leuningn dier verdiepingen heenloopen. De gevangenen eten allen met houten lepels.

Bij het houden der godsdienstoefening staat de geestelijke ter hoogte van de tweede verdieping op eene verhevenheid in het middelpunt der gevangenis, waar zich ook dagelijks een suppoost op wacht bevindt om te kunnen bespieden wat in de vier gangen voorvalt; de deuren der cellen, allen naar

dezelfde zijde openslaande, worden dan voor een klein gedeelte opengezet door toegrenseling van het uitspringende slot aan de binnendeurzijde; (in andere gevangenissen, waar twee deuren, eene aan den binnen- en de andere aan den buitenkant der cel zijn, wordt voor deze gelegenheid de binnendeur opengezet en gaat de buitendeur gedeeltelijk toe, met eene ketting er over, zoover dat de gevangene er even doorheen kan zien); de geestelijke wendt te gelijktijd zijne blikken naar eene zich in de bovenverdieping, tusschen twee vleugels, bevindende afdeeling of laat ik liever zeggen een bak, waarin een honderdtal gevangenen derwijze in geslotene doch alleen aan de voorzijde voor het gezicht opene kastjes bij elkaar geplaatst zijn dat niemand elkander doch de spreker alle gezichten gelijkelijk aanschouwt. Er is in de cellulaire afdeeling bovendien eene kleine kerk voor Protestanten met vier en twintig plaatsen, op dezelfde wijze ingerigt dat ook geen der bezoekers iets van elkander bemerken kan.

De tweede afdeeling, uitsluitend voor de opneming van veroordeelden ten getale van vijfhonderd bestemd, heeft alleen door een lang sousterrain hare communicatie met den hoofdingang en de bureaux. Het is zeker dit gedeelte dat door wijze van inrigting de Santé aanspraak mag doen maken tot eene der beste gevangenissen van Europa te behooren. De veroordeelden vertoeven hier bij dag in verschillende groote vertrekken of werkzalen, die des winters allen aangenaam verwarmd zijn; zij slapen echter des nachts afzonderlijk in kleine cellen op ijzeren bedden. De vloer dezer slaapvertrekken is, even als die der andere cellen, van ingelegd hout, boven de deur daarvan bevindt zich eene opening, die met ijzeren staven afgesloten is. (De opmerking wordt evenwel gemaakt dat die staven gevaarlijk zijn voor zelfmoord.) Op de corridors zijn vele groote steenen waschbakken met waterkranen. Met de meeste belangstelling doorloopt men hier het gebouw om zich te overtuigen hoe de Fransche regeering eene goede behandeling van gevangenen voor oogen heeft gehad: eene behandeling die op mij den indruk maakte wel wat overdreven te zijn. De veroordeelden zijn hier in twee

klassen verdeeld, t. w. niet werkende en beoefenaars van een ambacht. De eersten, lieden die òf geen bedrijf verstaan, òf te korte straf hebben, òf te lui zijn, vertoeven den geheelen dag in luidruchtige en ongebondene gezelschappen bij elkaar, in ruime en des winters behoorlijk verwarmde en geventileerde vertrekken: men ziet daar achter groote ijzeren hekken tal van personen met blaauwe kielen, eigenaardige jassen of op andere vreemdsoortige wijze gekleed, vereenigd, die den tijd met niets anders dan rooken, praten, kaartspelen of, wanneer zij dit verlangen, wandelen in de open lucht, doorbrengen. Het is aan alles duidelijk op te merken dat deze individu's in de gevangenis onder zeer slechte discipline staan, waarin, den korten tijd van hun verblijf in aanmerking genomen, moeilijk eenige verandering schijnt te brengen te zijn. De veroordeelden eten verder gemeenschappelijk in eene groote lichte refectoire (die bij slecht weder mede tot wandelplaats dient), waarin aan alle zijden rondom banken staan: de maaltijd wordt daar op een van drie wielen (met caoutchouc bekleed) voorziene tafel rondgereden. Ik was juist in de gelegenheid eene erwtensoep te proeven, die zóó smakelijk was toebereid dat ik daarmee best mijn maal had kunnen doen. Het eten bestaat des Zondags en Donderdags uit bouillon gras, en de overige dagen uit bouillon maigre en groenten, die altijd afwisselen. Ieder gevangene kan elken dag in de op grooten schaal ingerigte kantine een half liter wijn, eene zekere hoeveelheid tabak enz. koopen. Die niet wil werken kan desverkiezende, zoo lang hij wil, ook zijn tijd met wandelen doorbrengen, waarvoor buiten ruime wandelplaatsen, hier en daar met overdekte gaanderijen voor regenachtig weder, ingerigt zijn.

De andere gevangenen bevinden zich in groote doelmatig ingerigte zalen bij elkander. Zij werken daar voor rekening van aannemers, die bij de aanneming (iets wat eerst weinige maanden geleden ingevoerd werd) tevens het herstellen en vernieuwen van gevangenklederen op zich genomen hebben. Men ziet hier verschillende ambachten uitoefenen, als: pantoffelmaken, vernissen van papieren, naaijen met machines,

houtsnijden voor parapluistokken (een voordeelig beroep, dat den gevangene tot vijf franken daags kan opbrengen). Er zijn wel eens gevangenen, die eene uitgangskas van twee à driehonderd franken medenemen. Verder is er in iedere zaal een groot lavoir. De zieken bevinden zich op afzonderlijke ruime, luchtige en van goede bedden voorziene zalen, waarvan de vloeren eveneens uit ingelegd hout bestaan. Die zalen hebben groote kagchels, welke warmte uit de verwarmings-toestellen ontvangen. Ook is er voor hen binnen in het gebouw een afzonderlijk en verwarmd ruim vertrek, mede met ingelegden houten vloer, tot wandelplaats ingerigt.

Men treft verder in de gevangenis eene groote apotheek aan, een laboratorium, een herbistoire, eene armoire, eene welvoorziene bibliotheek, met de werken van Walter Scott, eene menigte reisbeschrijvingen, vele boeken over aardrijkskunde, enz.

De veroordeelden houden hunne godsdienstoefening gemeenschappelijk in eene groote kerk, die ook behoorlijk verwarmd wordt: aldaar is in een bovengedeelte eene afzonderlijke plaats voor de zieken aangewezen. Daarenboven treft men ook hier nog eene tweede afzonderlijke kleine Protestantsche kerk benevens eene Synagoge aan.

Het verdient verder opmerking een blik te werpen in de bewaarplaatsen der aan de veroordeelden toebehoorende kleederen, waar een ieder, alvorens met het bad kennis te maken, dat vervolgens iedere maand herhaald moet worden, bij het binnenkomen zijn goed moet afleggen en verwisselen. Die kleederen worden daar, na door berooking te zijn gezuiverd, in een ruim vertrek met de meeste orde op verschillende schappen bij elkander gelegd; daar binnenkomende verbeeldt men zich op eens in eene groote bank van leening verplaatst te zien.

In het gebouw is een groote klok, die met vier, op verschillende gedeelten geplaatste, wijzerplaten in verband is gebracht.

De veroordeelden hebben het regt tweemaal per week bezoeken van hunne betrekkingen te ontvangen; zij worden

daartoe met dezen in groote parloirs, met eene afscheiding van ijzeren traliewerk, waarin velen te gelijk kunnen plaats nemen, opgesloten. Verder treft men op verschillende plaatsen van het gebouw vele gehoorbuizen aan, die met hoofdbureaux enz. in verbinding staan. Hoe volmaakt toch de geheele inrigting ook zij, zoo leert echter de ondervinding dat het beter ware geweest die hoofdbureaux niet, gelijk nu het geval is, aan eene zijde (vóór het cellulaire gedeelte), maar tusschen de twee hoofdafdeelingen in te plaatsen.

Het opperbestuur der gevangenis berust bij den préfet politie, onder wien weder een inspecteur werkzaam is. Behalve aan een directeur en meerdere bureauisten is de dagelijksche surveillance aan een brigadier, twee onderbrigadiers en veertig oppassers toevertrouwd, welke laatsten, buiten het genot van vrije kleeding, eene jaarwedde van dertien tot vijftien honderd franken trekken, terwijl de brigadier twee duizend en de onderbrigadiers achttien honderd franken inkomen hebben.

Op den 31 December 1868 waren 3525 ingekomen en 3304 uitgekomen gevangenen in de registers ingeschreven, die gezamenlijk 171,194 dagen gewerkt hadden.

Aan de binnenzijde der hooge muren staat een kordon schildwachten, dat elke ontvlugting onmogelijk maakt.

De geheele wijze van inrigting der gevangenis, waarbij van de van elders opgedane ondervinding in ruime mate partij getrokken is, maakte op mij den indruk dat het lot der Parijsche gevangenen, inzonderheid der veroordeelden, vergeleken bij menige andere gevangenis, inderdaad benijdenswaardig is en dat de heer MAXIME DE CAMP zich door zijne hierboven aangehaalde woorden aan geene overdrijving schuldig heeft gemaakt (1).

Mazas.

Onder de belangrijke gevangnissen van Parijs behoort,

(1) Van deze gevangenis komen eenige afteekeningen voor in de *Illustration* van 23 April 1870, no. 1417.

behalve la Santé, Mazas, die in de onmiddellijke nabijheid van den Lyonschen spoorweg ligt.

Ik bragt daaraan den 15 Februarij van het afgelopen jaar voor de tweedemaal een bezoek. Het uitwendig aanzien gelijkt, even als la Santé, op een groot fort, daar men van de straatzijde niets anders als lange grijze hoog opgetrokken muren met slechts eene ingangspoort ziet. De gevangenis behoort tot de grootste cellulaire bewaarplaatsen die er bestaan: zij heeft twaalf honderd cellen, die in zes vleugels, elk uit twee honderd cellen bestaande, zijn afgedeeld. Grootsch is dan ook het schouwspel dat zich van uit het centraal punt, van waar men alle vleugels gelijkelijk overziet, (de inrigting van het gebouw toch is verder hoofdzakelijk even als van die der andere bereids door ons beschrevene cellulaire gevangenissen) vertoont. De bestemming is voor arrestanten, die van ernstige misdrijven verdacht zijn, veroordeelden tot twee maanden gevangenisstraf en militairen.

Men heeft hier twee en zestig beampten, waaronder zes en dertig bewaarders en zes onderbrigadiers, die ieder het toezigt over een vleugel hebben.

Een der vleugels, de zesde, is alleen bestemd voor zieken en zware misdadigers, welke hier op de meest gestrenge wijze bewaakt worden door twee bewaarders, wier werkkring in niets anders bestaat als in het heen en weder loopen door den gang, waarvoor zij, ter vermijding van geraas, sokken over de schoenen dragen en waarbij zij herhaaldelijk elken gevangene bescpieden, door het opligten van een zich in de deur bevindend klepje, waarachter een gekleurd glas zit.

De cellen, van voldoende ruimte en met steenen vloeren belegd, zijn inwendig voor de helft geel en naar de benedenzijde half wit gekleurd; er bevindt zich daarin een eenvoudig ameublement, voornamelijk uit in het midden aan de muur vastzittende tafel met daaraan geketend zitbankje bestaande. De zware gevangenen slapen op houten bedden, in dubbele cellen, tusschen twee ligte medegevangenen in; alle anderen in hangmatrassen. De nachtdienst geschiedt door zestien wachters, wier schoenen met kousen overtrokken zijn.

Daarenboven gaat er des nachts in den zesden vleugel bij elke deur eene klep open, waarvoor eene gaspit wordt aangestoken. De gevangenen dragen hier geene maskers. Ieder heeft bij het verlaten der cel een nummer bij zich, waaraan hij steeds is te herkennen. Bij de gevangenis zijn vijf promenairs, elk voor twintig personen ingerigt, die daar steeds aan twee zijden door een bewaarder worden gadeslagen. Het geheel is zoodanig ingerigt dat men drie honderd gevangenen binnen twintig minuten uit de gevangenis kan verzenden. De cellen komen aan de buitenzijde aan een opene ruimte uit, die rondom met een kordon militairen is afgezet en verder door hooge muren wordt begrensd. Ontvlugting is schier onmogelijk, daar zelfs de benedenste der cellen (deze zijn in drie verdiepingen boven elkaar gebouwd) zich nog op eene aanzienlijke hoogte van den beganen grond bevindt.

De Bagno's te Toulon (1).

Toen ik den 19 Februarij jl. in de grootsche haven van Toulon rondvoer, zag ik daar te midden der menigte imposante oorlogschepen eene sloep met vele in het rood gekleede gondeliers, in pijlsnelle vaart over den blaauwen waterspiegel voorwaarts bewegen. Ik vernam van mijn roeijer dat dit bagno's waren, die zich op het belangrijke en uitgebreide arsenaal dier stad ophouden, waaraan ik vervolgens, na in den namiddag van dien dag, ten twee ure, den daartoe bestemden tijd, aan het gebouw der admiraliteit, van een permissiebiljet voorzien te zijn, een bezoek bragt in gespannen verwachting hoe ik daar verder Frankrijks grootste misdadigers bij elkaar kon zien. Nog onder den indruk van mijn bezoek aan de Parijsche gevangenis la Santé, eene gevangenis die den meest gunstigen indruk bij mij had achtergelaten, werd ik echter pijnlijk aangedaan door het groote contrast dat hier te zien

(1) Ik heb vermeend dat de volgende beschrijving der bagno's, zooals ik die nog onlangs aantrof, slechts als curiositeit hier mede eene plaats mogt innemen.

is. Op vele plaatsen van dit uitgebreide arsenaal treft men namelijk groepen dezer gevangenen aan, die aldaar, twee aan twee geketend, onder streng toezigt verschillenden arbeid verrigten. Hun aantal bedroeg vroeger ongeveer vijf duizend, doch is thans tot achttien honderd afgedaald, sedert de regering het meerendeel in daarvoor ingerigte eigenaardige schepen, waar de gevangenen even als wilde dieren, in groote kooijen met ijzeren traliën opgesloten worden, op periodieke tijdstippen naar Nieuw Caledonie of Cayène laat overbrengen. De ijzeren ketenen, waaraan deze lieden aan elkaar vastgeklonken zitten, zijn vier ellen lang, zeer zwaar en even boven den enkel met een ronden ijzeren band vastgesmeed, die het vel door de zwaarte natuurlijk moet doen afschaven, waartegen de bagno zich zooveel mogelijk tracht te beveiligen door het ijzer aldaar met eenig stuk lomp te omwinden. Om die ketenen niet te veel te doen slepen worden ze bij elke beweging ter hoogte van de heup vastgezet. Zeer opvallend is hunne kleederdragt. Allen droegen een rooden jas en kanariegeelen pantalon: de levenslang veroordeelde heeft bovendien eene groene muts en de van vijf tot twintig jaren gestrafte (vijf jaren is de kortste straftijd) eene roode. Recidivisten hebben nog groene mouwen. Deze zonderlinge kleederdragt maakt hem reeds op verren afstand kenbaar en bemoeijelijkt eene ontvlugting. De bagno's verrigten hier verschillenden arbeid, als houtzagen, vervoeren van tot het arsenaal behoorende voorwerpen, roeijen enz. De bezoekers van het arsenaal treffen dan ook bij de overvaarten menig vreemdsoortig gekleeden en geketenden misdadiger als veerman aan, die uit medelijden gewoonlijk met een goed voerloon wordt bedacht. Ofschoon de bagno's op verschillende plaatsen zonder bewaker arbeiden, schijnt elke poging tot ontvlugting schier onmogelijk. Hier en daar bewegen zich ook groepen van een dertigtal, paarsgewijze, onder strenge bewaking; want er is op de tien man gewoonlijk een gewapend opzigter. Op het arsenaal is een groote bazar van verschillende door de gevangenen vervaardigde voorwerpen: de bezoeker wordt hier steeds binnen gebracht om een offer van medelijden

te brengen; want de gevangene verdient dit in de ruimste mate, inzonderheid wanneer men zijn slaappleats bezoekt, waarin hij verplicht is twaalf uren van het etmaal door te brengen. Verbeeld u een vertrek of stal, waarin zich twee lange houten, tegen elkaar geplaatste, britsen bevinden en gij ziet de slaappleats, waarop de bagno in hellende ligging, alleen met één ouden deken tot bedekking, een schuins afgezaagden balk als hoofdpeluw en de ketting aan een boven het voet-einde geplaatsten ijzeren stang (die om de vijf en twintig man met een slot wordt toegesloten) vastgeregen, altijd een langen nacht moet doorbrengen. Een groote steenen bak dient hier vervolgens tot algemeene waschplaats. Er zijn zeven dusdanige vertrekken, elk voor honderd twee en dertig personen bestond. De uit Algiers afkomstige bagno's zijn van de overige afgescheiden en slapen op gelijke wijze op schepen. Het voedsel bestaat meestal uit boonen en erwten, met eenig vet, nimmer vleesch. In de groote kantime is ook wijn verkrijgbaar. Tabakrooken is ongeoorloofd. Schier elk vergrijp tegen de tucht wordt aan den lijve gestraft. Hebben er op schip tijdens het vervoer naar de straffkolonie dergelijke executies plaats (deze geschieden dan slechts in tegenwoordigheid van enkele gevangenen), zoo krijgt de medegevangene scherpreghter, ten einde hem onkenbaar te maken, een zak over het hoofd.

Vele reizigers van beide seksen, die dagelijks het uitgebreide arsenaal van Toulon bezoeken, kunnen daar deze bagno's zien, voor wien het geene onaangename afwisseling schijnt door nieuwsgierigen te worden gadegeslagen, vooral daar hun bazar hierdoor grooten aftrek vindt.

Gevangenis te Moabiet bij Berlijn.

Den 28 April jl. bezocht ik deze cellulaire gevangenis, die in de onmiddellijke nabijheid van Berlijn ligt. Zij heeft vier vleugels met vijf honderd zeven cellen en is bestemd voor gevangenen van twee tot twintigjarigen strafftijd, welke in strikte afzondering wordt doorgebracht. Ofschoon het stelsel

van eenzame opsluiting in Pruisen niet bij wet is ingevoerd, past men het daar niettemin bij maatregel van inwendig bestuur toe. De verschillende parketten beslissen, naar mate van de beschikbare ruimte, welke veroordeelden de straf in afzondering moeten ondergaan.

De inrigting is als die van vele andere gevangenissen. Men heeft er eene kerk, bestemd voor twee honderd twee en dertig bezoekers, die van elkander afgescheiden zitten; drie wandelplaatsen, van boven overdekt (hetgeen ik nog nergens aantrof), elk voor twintig gevangenen; badinrigtingen, waarvan ieder veroordeelde om de veertien dagen gebruik moet maken, enz. De cellen van voldoende ruimte. 13 voet diep, $6\frac{1}{2}$ breed en 9 hoog, hebben een houten vloer en witten muur. Volgens den directeur leverde de wijze van inrigting het inconvenient op dat de vleugels nabij het centraal punt te dicht bij elkaar staan, waardoor aan gevangenen van eenige cellen de gelegenheid open staat met elkaar in woordenwisseling te kunnen treden en ook voor eenige cellen te veel licht benomen wordt. De gevangenis is vooral interessant omdat zich daarin vele veroordeelden bevinden, waarop het stelsel van eenzame opsluiting reeds jaren achtereen met gunstig gevolg is toegepast. Zij werd in den herfst van het jaar 1856 voor het eerst in gebruik gesteld en ik bezocht nu een gevangene, die er reeds sedert dit tijdstip had vertoefd, een van dertienjarigen straftijd en meerdere, die reeds elf, tien, negen, vier jaren enz. gezeten hadden. De eerste gevangene oefende het ambacht van kleermaker uit; de anderen hielden zich onledig met weven, plakken, houtsnijden, enz. Allen zagen er vrij gezond uit en schenen tamelijk welgemoed te zijn. De directeur had met het systema van eenzame opsluiting veel op; dit leverde volgens hem de beste resultaten. — Van hetzelfde gevoelen was de hoofdbrigadier, een naar mij toescheen alleszins voor zijn taak berekend man, die mij rondleidde. Hij was vroeger lang in gemeenschappelijke tuchthuizen in betrekking geweest en thans tien jaren hier werkzaam, doch moest op goede ervaring verklaren aan het cellulaire stelsel verreweg de voorkeur

te geven. In deze gevangenis had, volgens mededeeling van den directeur, geene lichamelijke tuchtiging meer plaats; ook paste men er het latten-systema niet meer toe (1). Gedurende bijna veertien jaren waren hier slechts drie zelfmoorden voorgekomen.

Waarlijk de wetgever mag, vooral thans, nu de doodstraf vermoedelijk zal worden afgeschaff, met het oog op de bereids in het buitenland opgedane ondervinding wel eens ernstig nadenken of het cellulaire stelsel bij ons niet *boven het jaar* dient te worden uitgebreid.

ARNHEM, 17 Junij 1870.

BOEKBEORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

NEDERLANDSCHE LITERATUUR.

De algemeene beginselen van het bezitrecht en de Nederlandsche bezit-actien door MR. F. B. CONINCK LIEFSTING, Leiden, J. K. STEENHOF 1869, XXVII en 614 blz. in 8^o.

Mr. CONINCK LIEFSTING, door vele belangrijke opstellen als voortreffelijk geleerde bekend, heeft onze regtsliteratuur verrijkt met eene monographie van zoodanig gehalte, als zij, behalve misschien in HOLTJUS *Faillitenrecht*, er nog geene had aan te wijzen. De *algemeene beginselen van het bezit en de nederlandsche bezit-actien* worden er in ontvouwd en verklaard op bij uitstek grondige wijze en met toepassing van

(1) Drie jaren geleden was ik bij een bezoek der groote nieuw gebouwde cellulaire gevangenis te Münster in de gelegenheid mij te overtuigen, dat beide straffen aldaar nog voorkwamen. Ook bezocht ik in die gevangenis een veroordeelde, die *levenslang* in eenzame opsluiting moest doorbrengen.

al de hulpmiddelen, die de tegenwoordige wetenschap aanbiedt. Aan de kennis en de belesenheid van den heden-daagschen civilist, die van de geschiedenis der dogmatiek een voorwerp van vlijtige en geliefkoosde studie maakt, paart de Schr. met zeldzaam geluk den praktischen geest, waardoor de echte Jurist zich kenmerkt, en levert daardoor weder een merkwaardig bewijs, hoeveel de uitlegging onzer geschrevene wet er bij wint, als bespiegeling en toepassing hand aan hand weten te gaan.

Voor al de magistratuur schijnt geroepen het hare bij te dragen tot den opbouw van het vaderlandsche regt. Doch al telt zij vele kundige leden in haar midden, weinigen zetten hunne studien op het regterskussen voort of althans doen als Mr. J. G. Kist en deelen er de vruchten van mede. Ik wensch dus van harte, dat het gunstig onthaal, dat aan het werk van Mr. C. L. ten deel valle, anderen moge aansporen zijn verdienstelijk voorbeeld na te volgen en begroet met hooge ingenomenheid als een heugelijk verschijnsel wat op den regel der onvruchtbaarheid eene zoo schitterende uitzondering maakt. Hij zelf drukt de edele gevoelens, die hem bij het schrijven van zijn boek vervulden, in de *inleiding* aldus uit:

„Voor Staten, zooals Nederland, klein in omvang, maar rijk in stoffelijke en zedelijke krachten, is het van gewicht, dat de overtuiging meer en meer algemeen doordringe, dat elk burger de plicht omtrent zijn vaderland het best vervult door in zijn bijzonderen werkring de eigenaardig nationale ontwikkeling met al zijne krachten te bevorderen en uit te breiden. In maatschappelijke wetenschappen is het voor onzen tijd daarenboven hoogst gewichtig de aandacht te vestigen op hetgene in het volksleven overeenstemt en afwijkt van de algemeene ontwikkeling, zooals zij zich geopenbaard heeft in de overige landen van Europa, die in het maatschappelijk verkeer steeds meer en meer tot vereeniging naderen.”

Ferm en fraai geschreven getuigt de *Inleiding*, waarin de Schr. van de denkbeelden, waarvan hij is uitgegaan en die het plan van zijnen arbeid bepaald hebben, rekenschap aflegt, van diep en ernstig nadenken en van warmen gloed voor

wetenschappelijken vooruitgang. Hij herinnert hoe door zamen-smelting der Romeinsche regtsleer met Germaansche instellingen het tegenwoordig regt in den loop des tijds werd geschapen en welke roemrijke plaats onder de Juristen van Europa de Nederlanders plagten in te nemen. Hij bejammert, dat veel, wat ons volk dierbaar was, verloren ging door den overheerschenden invloed der Fransche codificatie en jurisprudentie, ja onze regtsgeleerden de vroegere degelijkheid schier geheel schenen te hebben verleerd; en, hulde brengende aan de genialiteit van het R. R., waarschuwt hij toch met kracht tegen de oppervlakkige minachting der dikwerf betere beginselen van het Germaansche, in welke fout zelfs CUIACIUS verviel, om met deze schoone ontboezeming te besluiten:

„De Jurist, wiens geest voor het praktisch leven geoefend is in de studie van het R. R. en de overige volksrechten, die op het tegenwoordig rechtstelsel invloed hebben geoefend, en wiens oog in deze school geopend is om het verband te zien tusschen woord en daad, recht en leven, wet en maatschappij, zal alleen de rol hebben te vervullen om leidsman te zijn in de waarneming van al de behoeften van het tegenwoordig maatschappelijk verkeer. Hij zal de hand moeten bieden om de wettelijke regeling te helpen opsporen, die zonder eenige rechtmatige levensuiting der natie in haar opkomen te stuiten, niet alleen de duurzame rust, maar ook de voortdurende ontwikkeling van het volk in verband met de overige volken der aarde verzekert.”

Gelijk de titel aanduidt, splitst zich het werk in twee hoofddeelen, waarvan het eerste, dat tot opschrift heeft: *algemeene beginselen van het bezitrecht*, het voorbereidende of leerstellige deel bevat en dus zich hoofdzakelijk bezig houdt met het R. R. Het beslaat maar een vierde van het geheel en teregt werd hier de meestmogelijke beknoptheid in acht genomen, daar het betoog zich beweegt op een plat getreden terrein, waarop de hoofdpunten vaststaan en slechts in de menigvuldige twistvragen partij moet worden gekozen, dat overal met zelfstandigheid gedaan wordt en zonder dat de

Schr. zich laat brengen van zijn weg en zich verslingert in de verleidelijke bijpaden der exegese.

Men verbaast zich over zijne groote belezenheid, als hij, in de eerste plaats de aandacht vestigende op het naauw verband tusschen „bezit“ en „eigendom,“ zich doet kennen als mede geen vreemdeling gebleven ook in de literatuur der regtsphilosophie en ontmoet in hem een beslist voorstander der leer, welke hij zelfs bij PAPINIANUS waant terug te vinden (1), dat het bezit zou zijn een regt op de zaak.

Hij verklaart de algemeene regelen omtrent de verkrijging en het verlies van het bezit, leert, dat het reeds in het R. R. behalve ligchamelijke zaken ook regten tot voorwerp hebben kon en staat dan stil bij het bezit dat men heeft door een ander, door wiens daad men het verkrijgt of in wiens persoon men het verliest. Bij vertrek des pachters neemt hij aan, dat POMPONIUS en AFRICANUS (2) van de andere klassieke Juristen zullen verschild hebben. Ik kan dit niet toegeven. Omdat POMPONIUS (3) te regt leert, dat bij tijdelijke verwijdering des pachters, de verpachter kan stilzitten, volgt hieruit geenszins, arg. a contr., dat bij vertrek van den pachter de verpachter zich in het bezit van het verlaten goed niet kan handhaven, al zit hij niet stil. En AFRICANUS (4) deelt de beslissingen van JULIANUS mede, niet zijne eigene. (5) Er is groot onderscheid tusschen vertrek en overlijden van den pachter. Het ontruimde goed moet de verpachter zich tijdig aantrekken; bij den dood van den pachter behoeft hij

(1) In L. 49 pr. et § 1 D. de *A. v. A. P.* (41. 2.) De jurist wil eenvoudig zeggen, dat, terwijl het natuurlijk bezit of het houden van eene zaak door een mensch een louter feit is, bij de constructie van het civiel of juridiek bezit wel degelijk regtsbeschouwingen in aanmerking komen, zoodat het b. v. tot het laatste niet genoegzaam is redelijk wezen te zijn en dus natuurlijke regtsbevoegdheid te hebben, maar men tevens moet hebben burgerlijke regtspersoonlijkheid.

(2) POMPONIUS en AFRICANUS, behoorden zij nog tot de secten, waren SABINIANI; van een twist der scholen kan dus volstrekt geene sprake zijn.

(3) L. 31 D. de *A. v. A. P.* (41. 2.)

(4) L. 40 § 1 D. *eod.*

(5) MOMMSEN *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* IX p. 90.

in den regel in persoon niets te doen, omdat het goed onder de erven verblijft, die voortgaan voor hem te bezitten (1). Inderdaad kan omtrent deze punten tusschen praktische Juristen geen verschil hebben bestaan, want het gezond verstand verbood stuiting der usucapio aan te nemen, telkens als bij het eindigen der huur de huurder het goed verliet, of van den verpachter, wien de weduwe des pachters het overlijden van haar man laat bekend maken, te verlangen, dat hij eene daad van persoonlijke en feitelijke inbezitneming verrigten zal.

Nadat de Schr. den regel *ne minem sibi causam possessionis mutare posse* heeft beschouwd, gaat hij de verschillende wijzen van levering na en dringt de leer omtrent de levering der waar door overgifte van het cognoscement, door HOLTJUS en KIST voorgestaan, nogmaals aan. De lastige L. 1. C. *de donat.* (8. 54) speelt bij dit onderwerp eene hoofdrol. Volkomen juist is de opmerking, dat TRIBONIANUS den tekst moet verhaspeld hebben. (2) Naar ik gis, stond in het rescript van SEVERUS en ANTONINUS: *emtionum Mancipiorum instrumentis donatis et traditis, non et ipsorum Mancipiorum Mancipationem et traditionem factam intelligis et ideo non potes adversus donatorem in rem actionem exercere*. Dit strookte met de lex CINCIA. Doch eene overeenkomst om te schenken was er zeker gesloten en JUSTINIANUS had de eenvoudige overeenkomst om te schenken verbindend verklaard. (3) TRIBONIANUS veranderde dus *Mancipationem* in *donationem* en schrapte *non*. Wel verplichtte de overeenkomst slechts tot levering en gaf niet meer dan eene persoonlijke actie, maar men liet de levering en de zakelijke actie staan, omdat onder dergelijke omstandigheden zeer goed aan een constitutum possessorium kan gedacht worden. Zoo de begiftigde, door de schenking verrast en niet aanstonds voor de geschonken slaven huisvesting hebbende, ze voorloopig bij den gever had gelaten, kon men niet zonder grond beweren, dat deze ze

(1) L. 60 § 1 D. *Locati.* (19. 2).

(2) Wat echter de Schr. p. 72 n. bedoelt door *Mancipatio* van de koopbrieven is mij niet duidelijk.

(3) L. 35 § 5 C. *de donat.* (8. 54).

voortaan onder zich had gehad als bewaarder of houder voor genen. In dergelijk geval komt derhalve alles aan op de juiste toedragt der feiten: een algemeenen regel behelst het rescript niet. Dien evenwel lazen daarin de DD. en begrepen dus de overgifte der titels onder de wijzen, waarop plaats grijpt *traditio ficta*. (1) De levering door overdragt van het cognoscement heeft haren oorsprong niet in het handelsgebruik, maar in een valsch leerbegrip der DD.

De redenering van *Hortus* berust op volslagen miskenning van den aard van het bezit, dat men heeft door anderen. Het gaat A, den houder voor B, volstrekt niet aan of B door hem houder is voor zich zelve of voor C, want zijne regtsbetrekking tot B ondergaat er geenerlei verandering door en met de regtsbetrekking tusschen B en C heeft hij niets te maken. (2) Van den anderen kant is het voor C volmaakt onverschillig of zijn houder B de zaak in zijne magt hebbe in eigen persoon of door tusschenkomst van A. Stel B sluit eene algeheele maatschap van goederen met C. Door de stilzwijgende levering, die nu gerekend wordt te zijn geschied (3), wordt hij alsdan van het huis, dat hij vroeger bezat voor zich alleen, voor de helft houder voor C. Hierbij maakt het geen verschil, dat hij het huis niet zelf bewoont en het verhuurd heeft aan A. Maar A blijft huurder van B alleen, want op zijn regtstoestand oefent het contract tusschen B en C geen invloed hoegenaamd uit.

(1) Zie Gl. *Sicuti annulus* ad c. 2. X de *Consuetudine* (1. 4.), het gedachtenisvers:

Visu, sive rei mutuatae venditione,
Clavibus et chartis, mea si conduco scienter,
Quamvis non alias detur, possessio transit.

(2) Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possideo. Et idem erit si colonus meus fundum locaverit, aut is apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. Et id quamlibet per plurimum personam factum observandum ita erit L. 30 § 6 D. de A. v. A. P. (41. 2).

(3) L. 2 D. *pro socio* (17. 2.) In L. 15 § 3 D. *qui satisd.* (9. 8) beteekent *possessores* geërfden, of genoegzaam gegoed om vrij te zijn van het stellen van zekerheid; het bezit van het huwelijksgoed der vrouw had, staande huwelijks, alleen de man.

A houdt dus niet voor C, hij houdt voor B en B voor C. Zoodra de betrekking loopt over meerdere personen, kan de middenpersoon, die den schakel maakt tusschen de uitersten, niet worden weggedacht zonder dat de gansche keten breekt. Neem B weg, er is tusschen A en C geen verband: zij zijn tegenover elkander derden. Elke houder moet dus zijn voorman kennen. (2) Wel kan men de zaak, die men houdt door een ander voor zich, geheel of gedeeltelijk gaan aanvangen te houden voor een derde; zulk een constitutum possessorium heeft niets onregelmatigs: den houder zelven kan men niet overdoen en zich uit het verband terugtrekken. De schipper moge ingeladen hebben voor den oorspronkelijken houder van het cognoscement, niet voor den afzender, door endossement of overgifte van het stuk kan het bezit der waar niet overgaan, want de eerste geconsigneerde blijft niet zelf houder der waar voor den verkrijger en de persoonlijke verbindtenis tusschen hem en den schipper kan hij naar Romeinsche begrippen niet overdoen. Het waar of vermeend belang van het tegenwoordig goederenverkeer kan vorderen, dat men aan den houder van het stuk, tegen vertoon waarvan de uitlevering moet geschieden, het bezit en bijgevolg de eigendom der waar toeschrijven, voor overeenkomstig met de leer van het R. R. houde men dergelijke dingen niet. (1)

(1) Ten onregte zou men in het R. R. spreken van „een huurder, die, voor den verhuurder in het bezit, na diens overlijden *niet* ophield als huurder in het bezit te zijn voor hem onbekende erven” p. 76, want de erfgenaam verkrijgt eerst bezit door zijne persoonlijke aanvaarding en dus doordien hij zich met den huurder in betrekking stelt.

(2) Volkomen buitensporig is de beslissing in het arrest van den H. R. v. 13 Febr. 1868 v. D. Hon. B. R. 32. p. 222, waar, nadat eerst is verstaan, dat verkoop van zeker getal bundels garen, tijdens den verkoop zich bevindende op eene bepaalde plaats, is verkoop eener bepaalde zaak en niet eener quantiteit, wordt overwogen, dat volgens de tusschen partijen gesloten overeenkomst de factuur was de titel, uit kracht waarvan het verkochte als ter zijner beschikking gesteld overging in de magt des koopers, zoodat de levering door de afzending der factuur werd bewerkstelligd; dat deze overeengekomen en opgevolgde wijze van levering nergens bij de wet is verboden. Het arrest vergeet, dat levering is een feit,

De Schr. bespreekt ook, met aansluiting aan v. SAVIGNY, het zoogenaamd *afgeleid* bezit en werpt ten slotte van deze afdeeling een terugblik op den aard van het bezit, vooral om nogmaals te doen uitkomen, dat en in welken zin het bezit zou zijn een zakelijk regt en op dien grond den overgang er van op den erfgenaam tegen de bedenkingen der Romanisten te verdedigen.

Thans gaat hij over tot de beschouwing der interdicten en wel eerst der *recuperandue possessionis quod precario*, unde vi en naar de gissing van CUIACIUS en v. SAVIGNY (1) de *clandestina possessione*. Na deze komen in aanschouw uti possidetis, waarvan de Schr. het volkomen wederkeerig karakter, waardoor het de strekking had om het bezit, vi, clam vel precario van de wederpartij verkregen, aan deze in elk geval te doen teruggeven zonder dat het hierdoor ophield *retinendae possessionis* te zijn, juist en duidelijk uiteenzet: de bijzondere interdicten wegens zakelijke regten, eenige verwante regtsmiddelen als *operis novi nunciatio*, de *arboribus caedendis*, de *glante legenda* en ten laatste *utrubi*. Met de verjaring der interdicten, waarbij de meening wordt omhelsd, dat ook de exceptien wegens gebrekkig bezit aan verjaring onderworpen waren, sluit het eerste hoofddeel.

dat volgens art. 667 B. W. tegen derden werkt en evenmin door den wil van partijen van aard kan veranderen, als het van dien wil afhangt, hoe onroerend goed moet worden overgedragen. De factuur als *titel van overgang* heeft niets te maken met het bezit, dat verkregen wordt *corpore et animo*. Een beding, dat voor levering zal gehouden worden, wat het niet is, omdat de waar verbleef onder den verkoper en er van een *constitutium possessorium* geene sprake was, strijdt met het wezen van het bezit. De overeenkomst van partijen kan niet scheppen een feit, noch waar maken, wat onwaar is. Teregt verwijst art. 670 B. W. wel naar de wetten en gebruiken in zaken van koophandel, niet naar overeenkomsten.

(1) Mij schijnt die gissing verwerpelijk. Onder *interdictum quod de clandestina possessione competit* denkt ULPIANUS in L. 7 § 5 *De comm. divid.* (10, 3.) aan *uti possidetis*. Inderdaad maakten dit en de *condictio ex causa furtiva* een bijzonder *interdictum de clandestina possessione* ten eenemale overtollig.

Het tweede heeft tot opschrift, zoowel als tot onderwerp, *de Nederlandsche bezit-actien*. Tot inleiding dient het bezit van jaar en dag van het Germaansche regt. De aard der Gewere wordt uit den Saxenspiegel en andere oud-duitsche regtsbronnen geschetst, de geldigheid dezer regtsinzetting ook in ons land uit de middeneeuwsche landregten en handvesten der steden aangewezen en duidelijk in het licht gesteld, dat aan het Germaansche regt de onderscheiding tusschen eigendom en bezit ten eenemale vreemd was en zij in de praktijk is ingevoerd eerst door de heerschappij van het juristenregt, waaronder men niet enkel moet verstaan het R. R., maar ook het Canonieke, dat door den ruimen omvang, dien het gaf aan de réintégrande, waarin zich het interdictum unde vi had opgelost, een merkbaaren invloed op de bescherming van het bezit ook in de wereldlijke regtbanken uitoefende. Nadat door de beschrijving dezer verschillende bestanddeelen, waaruit het nieuwere regt te zamen groeide, de algemeene grondslagen zijn gelegd, wordt het oude Fransche regt, in zijn oorsprong zuiver Germaansch, in het breede onderzocht en het verschil tusschen Romeinsche en Germaansche beginselen omtrent het verlies vi, clam aut precario en het behoud der laatsten in ons B. W., dat ze overnam uit de oude Fransche praktijk en het oud-Hollandsch regt, met zorg opgehelderd. Slechts kort wordt verwijld bij de ordonnance van 1667 en in enkele trekken de toenemende invloed van het R. R. in Frankrijk geschilderd. Dezelfde invloed openbaart zich in het B. W. en deed aldaar de réintégrande binnen de grenzen van het interdictum unde vi terugbrengen.

Thans vangt de behandeling der verschillende Nederlandsche bezitactien aan. De vereischten van die tot herstelling in het bezit worden nagegaan en uitvoerig betoogd, dat zij niet, gelijk CICERO uit de letter van het edictum de vi armata en OPZOOMER uit de letter van art. 619 B. W. hebben beweerd, mag worden verleend aan elken feitelijk verdrevene, al had hij ook geen juridiek bezit, maar wel degelijk als eerste voorwaarde voor de ontvankelijkheid der actie ontzetting uit

het juridiek bezit vereischt wordt. Men mag vertrouwen, dat de twistvraag door des Schrs. grondige bewijsvoering nu eindelijk voor goed zal zijn beslecht. Ook de omvang der veroordeeling, met de réintégrande te verkrijgen, wordt omschreven en met de verklaring der artt. 620, 621, 623 en 624 afscheid van dit regtsmiddel genomen.

Dan komen aan de orde de regtsvorderingen van artt. 618 en 606 B. W. De oud-Hollandsche praktijk kende twee manieren van het interdictum uti possidetis in te stellen òf met het mandement van complainte òf met dat van simple maintenue. Met de meesten geloofst Mr. C. L., dat art. 618 B. W. verband houdt met het eerste, art. 606 B. W. met het andere mandement. Hij begroet in de bepaling van art. 618 B. W., dat de vordering gaat tegen iederen houder, een Germaansch beginsel, doch acht het vereichte van annaal bezit vervallen, hoewel niet verbloemende, dat tengevolge dezer wetsuitlegging het geval geboren worden kan, dat te gelijker tijd twee personen, tusschen wie geene gemeenschap bestaat, de actie tot teruggave hebben tegen denzelfden houder, zoodat er aanwezig is duplex possessio. In de actien van artt. 618 en 606 B. W. ziet hij afzonderlijke regtsmiddelen, doch toont niettemin beider innige verwantschap aan en weidt in het breede uit over het gewigtig punt van het wezen der stoornis, waartoe niet genoegzaam is eene daad, die schade heeft toegebracht, maar eene zoodanige gevorderd wordt, die het karakter draagt eener betwisting van het bezit en mitsdien van eene inbreuk op des eischers zakelijk regt. Dit geeft aanleiding om te spreken over medebezit en het wonderlijk arrest van den H. R. van 12 Jan. 1869 (1) te onderwerpen aan eene even verdiende als scherpe kritiek. Ook het bezit van regten met name van het collatie-regt wordt ter dezer plaatse onderzocht; een woord wordt gezegd over de algemeenheid van roerende zaken en zeer overtuigend betoogd, dat stoornis bestaan kan ook in het feit van ontneming en onthouding der detentie, zoodat de actie van art. 606 B. W. met de

(1) v. d. Hon. B. R. 33, 228.

actien van artt. 618 en 619 B. W. concurreert, evenals tegen den bezitter vi aut precario het interdictum uti possidetis dit deed met de interdicta unde vi en quod precario. De actie tot handhaving wordt nu hoofdzaak en al wat haar betreft, zooals de omvang der daarmede te verkrijgen veroordeeling, hare verjaring en wat dies meer zij, gemaakt tot het voorwerp van naauwkeurige ontleding en ontwikkeling. De § 12 van dit hoofddeel bevat het merg van het gansche boek. Zij munt uit door buitengemeene volledigheid; de stof wordt zoo niet uitgeput, dan toch van alle zijden gezien en toegelicht en niet ligt zullen bij het instellen eener possessoire actie deze bladzijden vruchteloos geraadpleegd worden of zij, die dit verzuimen, het straffeloos hebben gedaan. Daarna wordt de verklaring van art. 617 B. W. met behulp van het oud-Hollandsche regt beproefd en gaat dan de Schr. over tot het bezit van roerend goed en den regel possession vaut titre, door art. 2014 B. W. gehuldigd. Hij vangt weder aan met eene grondige historische studie over het ontstaan van den regel. Hij verdedigt zijnen zuiver Germaanschen oorsprong en leidt de opvordering van gestolen en verloren goed uit de regtsvordering met *aanvang*, waarnaast later de *schlichte Klage* trad, af. Het Germaansche beginsel, dat zich in Frankrijk en in ons land steeds in de praktijk staande gehouden had, ging in de nieuwe wetgeving over en het bewijs wordt geleverd, dat het ook thans nog de toepassing dier wetgeving beheerschen moet, en geijverd tegen de inmenging van Romeinsche begrippen, waar deze slechts verwarring kunnen stichten. De Schr. verwerpt alle onderscheiding tusschen de verschillende soorten van bezitters en kent wel aan den bezitter het regt van revindicoir beslag onder zijnen houder toe, maar beschouwt zijne reclame meer als eene tegenover de andere schuldeischers geprivilegieerde terugvordering dan als eene echte reivindicatio, die bij roerend goed in het tegenwoordig regt niet kan voorkomen. Hoogst belangrijk als dit betoog is, lost het evenwel niet alle vragen op. Immers de stelling „dat omtrent persoonlijke verbindtenissen, gericht tegen bepaalde personen, niet geldt

de onderscheiding van bezit en eigendom, welke onderscheiding volgens art. 585 B. W. en den geheelen inhoud van den titel over bezit alleen gemaakt wordt met betrekking tot het recht op de zaken", had wel eenige uitwerking verdiend. In artt. 668, 669 en 670 B. W. wordt toch uitdrukkelijk geleerd dat schuldvorderingen, die niet aan toonder luiden, inschrijvingen op het Grootboek, op naam staande aandeelen in maatschappijen enz. voor levering of eigendoms-overdragt vatbaar zijn, zoodat men bezwaarlijk bij ons kan volhouden, dat dergelijke inschulden wel zijn bona, maar geene res in den zin van art. 555 B. W. Van den anderen kant stuit men op velerlei zwaarigheid bij de toepassing van art. 2014 op schepen, waarvan volgens art. 309 K.H. de levering geschiedt door overschrijving in de daartoe bestemde openbare registers. Trouwens de behandeling van art. 2014 B. W. is in des Schrs. plan slechts eene incidenteele en moet strekken om aan te toonen, hoe in verband daarmede onze wet ook de possessoire actie ter zake van roerende goederen heeft moeten ontzeggen, zoodat men zelfs in de oude praktijk geen spoor van het interdictum utrubi ontmoet. Zijn roerende goederen niet vatbaar voor eene possessoire actie, ook de zakelijke regten op die goederen kunnen het niet zijn. De Schr. erkent dit volmondig en toch meent hij, in navolging van Mr. OPZOOMER, dat, "die ongerijmdheid waarvoor geen grond bestaat" ter wille eener strikt letterlijke wetsuitlegging moet worden toegelaten. Ik zie die noodzakelijkheid, mits men de zaak goed doordenkt, niet in. Aan roerend goed kan ik mij geene andere zakelijke regten denken dan pand en vruchtgebruik. Maar hoe breed men het met de *iuris quasi possessio neme*, het pandregt, dat zich juist in het bezit der zaak oplost, heeft, geloof ik, nog niemand onder de voorwerpen van zoodanig quasi bezit opgenomen. Vruchtgebruik aan roerend goed is van tweeërlei aard. Bij quasi *ususfructus* wordt de quasi vruchtgebruiker eigenaar onder verplichting tot teruggave en heeft hij dus geene *iuris* maar eene gewone *corporis possessio*. En bij *ususfructus verus* geeft art. 828 B. W. geene *confessoria*

of iuris vindicatio, maar *de uitoefening van alle zakelijke regten, welke de wet aan den eigenaar toekent*. Ten petitoire dus heeft de vruchtgebruiker de actiones directae van den eigenaar als utiles. Pas dat beginsel ook op de possessoire actien toe en het „zwaar vergrijp tegen de theorie“ vervalt. Met eene lezenswaardige kritiek der wet en eenige nuttige wenken tot aanvulling en verbetering der bestaande wetgeving, waarbij vooral wordt aangedrongen op vereenvoudiging door ineensmelting der verschillende possessoire actien, besluit de Schr. zijnen geleerden en weldoordachten arbeid.

De rijkdom van den inhoud dezer merkwaardige monographie zal, naar ik hoop, uit dit dorre overzicht genoegzaam blijken. Het bezit behoort tot de weinige onderwerpen, waaromtrent eigen studie mij eene gevestigde overtuiging schonk en deze wijkt in sommige opzigten van het gevoelen, door Mr. C. L. voorgestaan, af. Zoo b. v. wil er bij mij niet in, dat de klassieke Juristen ooit het bezit voor een regt gehouden hebben of onligchamelijke dingen zich als voorwerpen van bezit hebben voorgesteld. Doch waartoe die verschilpunten opgenoemd? Want, al behoud ik mij voor, waar ik tegen de meeningen des Schrs. in verzet zou willen komen, dat elders te doen, hier mag ik mij in geene breede polemiek begeven, noch mij wagen op het terrein der controverse. Men doet een zoo degelijk werk onregt aan, als men het verbrokkelt of het oordeel, dat men er over velt, laat afhangen van de vraag of men het er mede eens is op elk betwist punt. De verhandeling van Mr. C. L. moet worden gewaardeerd in haar geheel, want zij munt uit door eenheid van gedachte en samenhang van betoog; het plan, na rijp overleg afgebakend, wordt in alle zijne deelen volvoerd en de evenredigheid zoo voortreffelijk in acht genomen, dat aan elk onderdeel zijne juiste plaats aangewezen en zijne juiste maat toebedeeld wordt. De historische methode dient overal tot rigtsnoer en zij doet zich weder in dit leerzame boek kennen en hoogschatten als de eenige, die den oorsprong onzer wetsbepalingen vermag te onthullen, haren waren zin bloot te leggen en den weg ter hervorming voor te schrijven. Wel verre dus van door

tegenspraak zijner uitkomsten, voor zooveel ik er niet mede instem, het minste te willen afdingen op den lof, die den Schr. toekomt, wensch ik niets te kort te doen aan de erkentelijkheid, waarop zijne schoone bijdrage bij iederen vriend der wetenschap aanspraak heeft. Hij heeft zich daardoor een blijvenden roem verworven en eer gedaan aan zijn land. Ook de vorm behoort te worden geprezen. De taal is, evenals de gedachte, helder en zuiver. Op dit punt zijn wij vrij wat kiescher geworden dan onze voorgangers. Een stijl als die van BORT dulden wij niet meer. En toch heeft de Jurist groote moeilijkheden te overwinnen, dewijl hij Latijnsche, Fransche en Duitsche aanhalingen uit allerlei bronnen en tijden, zelfs midden in zijnen tekst, niet kan vermijden en geene beschikking heeft over een schat van vaste en geijkte kunsttermen, tengevolge waarvan hij gewoonlijk of in Germanismen of tot stijfheid vervalst. Mr. C. L. bezit den goeden smaak, die beide klippen leert vermijden, en de lezing van zijne verhandeling eischt geene sterkere inspanning dan die onafscheidelijk is van den aard van het onderwerp en de degelijkheid der methode.

Uitvoerige en naauwkeurige registers bevorderen het gemakkelijk naslaan. Men behoort echter, wil men de opgeslagen bladzijden wezenlijk met vrucht raadplegen, eerst zich te hebben vertrouwd gemaakt met het geheel. Moge dit gedaan worden door velen en, zoodoende, een einde komen aan het oppervlakkig geschrijf, waartoe sinds Mr. F. A. VAN HALL de titel van bezit maar al te veel de stof heeft moeten leveren en ieder zich geregtigd waande, die maar een oog in v. SAVIGNY had gehad. Vooral moge het boek van Mr. C. L. een gunstigen invloed uitoefenen op de jurisprudentie, die misschien nergens zoo zeer een veiligen gids behoeft als juist in de voor velen zoo duistere leer van het bezit.

De schriftelijke of de mondelinge rechtspleging? Eene bijdrage tot de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, door Mr. D. BINGER, advocaat te Amsterdam. XVIII en 83 pag. 8vo. Amsterdam, J. H. GEBHART en Co., 1869.

Er zijn nu reeds ruim vijf jaren verlopen, sedert — het was in April 1865 — de uitstekende regtsgeleerde, die toen aan het hoofd stond van het departement van justitie, wijlen de minister OLIVIER, ingevolge 's Konings magtiging, gelijktijdig bij den Raad van State en bij den Hoogen Raad de overweging aanhangig maakte van de drie eerste boeken van een ontworpen nieuw wetboek van burgerlijke rechtsvordering, handelende *van den regter en de beregting in het algemeen* (I), *van het regtsgeding in eersten aanleg* (II), en *van de voorzieningen tegen vonnissen* (III). Deze omvangrijke arbeid werd later onder wijlen den minister BORRET voltooid door het ontwerpen van de twee laatste boeken: *van rechtspleging van onderscheiden aard* (IV) en *van de tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten* (V). Door den Raad van State en door den Hoogen Raad werden belangrijke adviezen uitgebragt over het ontwerp van den heer OLIVIER. Maar daarbij bleef het, want Mr. BINGER vergiste zich, waar hij in de inleiding zijner bijdrage mededeelde, dat „een ontwerp van algemeene herziening van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering voor vier jaren aan de Tweede Kamer der Staten Generaal tot onderzoek is voorgelegd geworden“. Het ontwerp, ofschoon door den druk openbaar gemaakt, heeft het niet verder gebragt dan tot den Raad van State; en in den toestand, waarin ons regtswezen is teruggebragt ten gevolge van het veroordeelend votum door de Tweede Kamer onlangs uitgesproken over de wet van 31 Mei 1861 (*Staatsblad* no. 49), nu voor alles „de nieuwe regterlijke inrigting“, na veeljarigen vergeefschen arbeid, weder *à refaire* is, schijnt het minder dan ooit te verwachten, dat de Staten Generaal in de eerste jaren tijd en lust en kracht zullen vinden om het groote werk van eene algemeene her-

ziening onzer burgerlijke regtspleging ernstig ter hand te nemen, hetzij naar aanleiding van het ontwerp-OLIVIER-BORRET, hetzij naar aanleiding van een ander ontwerp, dat beter zoude voldoen aan de wenschen van den heer BINGER en van Prof. ASSER (1).

Zal alles in dien tusschentijd maar moeten blijven zoo als het is? Er zijn er, die, de schouders ophalende over op zich zelve wenschelijke maar betrekkelijk geringe wijzigingen, zoo als die vervat in de wetten van 7 April 1869 (*Stbl.* nrs 54 en 55) en in het ontwerp van wet, hoofdzakelijk houdende bepalingen tot verkorting der termijnen van verzet, appel, revisie en cassatie (2), dat de Tweede Kamer reeds in twee achtereenvolgende zittingen onafgedaan liet, deze vraag toestemmend beantwoorden.

Ik behoef nauwelijks te zeggen, dat ik het geheel eens ben met den heer BINGER (3), dat «een partiële herziening» niet geschikt is om de talrijke klagten over ons Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering «weg te nemen». Maar dit argument geldt alleen tegen eene partiële herziening, die zich dit door haar onbereikbaar doel voorstelt, niet tegen eene zoodanige, welke, bij de gebleken onmogelijkheid om in de eerste jaren eene radicale verbetering tot stand te brengen, zich in afwachting daarvan tevreden stelt met het meer bescheiden doel om in het bestaande wetboek zoodanige verbeteringen te brengen als waarvoor dit, met behoud van zijn stelsel, vatbaar is. Wil men nu, met Mr. BINGER, bewijzen, dat dit «weinig of niets» geeft, dan beroepe men zich op andere voorbeelden dan op dat door hem (4) ont-

(1) Zie het artikel van dien Hoogleraar in «het Vaderland» van 29 April 1870, n^o. 101.

(2) Gedrukte stukken der Tweede Kamer, zitting 1868—1869, n^o. 131; zitting 1869—1870, n^o. 16.

(3) Zie zijn belangrijk overzicht van het ontwerp van Burgerlijke Regtsvordering voor den Noord-Duitschen Bond, in het vorig nummer van dit tijdschrift, p. 233.

(4) *Themis*, t. a. p.

leend aan het door de regering in de zitting der Tweede Kamer van 23 Junij jl. ingetrokken ontwerp van wet, houdende wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering (5). Immers, het erkende en in de Memorie van Toelichting en Beantwoording vooropgestelde doel van *dat* ontwerp was geen ander dan ter bespoediging der invoering van de wet van 31 Mei 1861, het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering daarmede in formele overeenstemming te brengen en langs dezen weg ook eene stemming te provoceren over het lot dier wet. Opheffing van min of meer gewigtige bezwaren tegen de bestaande regtspleging werd hier dus niet beoogd. Wel was dit het doel van de reeds aangehaalde wetten van 7 April 1869 en van het nog aanhangig ontwerp tot intrekking van de artt. 88 en 340, wijziging en aanvulling van de artt. 76, 81, 82, 339 enz. van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. Wil men de vraag der partiële verbetering van dit wetboek in afwachting van eene, op dit oogenblik nog onmogelijke, algemeene herziening praktisch onderzoeken, dan ga men na of dit in de rigting van die wetten en wetsvoorstellen mogelijk en wenschelijk is. Ik voor mij betwijfel dit geen oogenblik. Ik heb nog nimmer een deugdelijk argument hooren aanvoeren voor de stelling, dat het onmogelijk is, bij behoud overigens der geldende procedure, de judiciële boeten en schadeloosstellingen af te schaffen, de termijnen voor het verschijnen in regten en voor het instellen der onderscheidene voorzieningen tegen vonnissen te verkorten, onpraktische en irrationele bepalingen als die van art. 88 Regtsv. in te trekken, enz. Maar ik herhaal het, dit alles mag slechts geschieden met het doel om in den bestaanden toestand de verbeteringen te brengen waarvoor deze vatbaar is, en dus niet met het voornemen om eene meer omvattende herziening ter zijde te schuiven of langer uit te stellen dan hoog noodig is. Want, waarover ik het met den heer BINGER oneens moge zijn, dit

(5) Gedrukte stukken der Tweede Kamer, 1869—1870, no. 77.

geef ik hem gaarne toe: „dat partiële verbetering geen radicale kan zijn in een materie, waar zooveel is te herzien en alle bepalingen zoo naauw aaneengesloten zijn”.

Daarom, al is de hervorming van ons burgerlijk proces nog niet aan de orde in onze wetgevende vergadering en al kan het welligt nog lang duren eer zij bij de Staten Generaal in behandeling komt, de wenschelijkheid, dat de aandacht van onze regtsgeleerden daarop bij voortduring gevestigd blijve en dat de publieke opinie, welke zich bij ons in zulke zaken zoo traag openbaart, door hen in het regte spoor worde geleid en gehouden, behoeft geen betoog. Men mag dus zeggen, dat Mr. BINGER een zeer nuttig werk heeft verrigt door zijne met onmiskenaar talent geschreven bijdrage over eene der levensvragen van het burgerlijk proces. Ook zij, die zich met des schrijvers denkbeelden niet gaaf vereenigen, zullen erkennen, dat eene zoo degelijke behandeling der vraag ons in elk geval eene schrede nader moet leiden tot hare juiste oplossing.

Welke is die vraag? De titel zegt het u: „de schriftelijke of de mondelinge regtspleging?”. De formule is zeer kernachtig, maar eischt voor hen, die het boek niet gelezen hebben en die evenmin bekend zijn met de nieuwe Duitsche denkbeelden over de wijze van procederen in burgerlijke zaken, nog wel eenige verklaring.

De *schriftelijke* regtspleging is, volgens Mr. BINGER, die van ons Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering; de *mondelinge*, die, welke, met § 101 van het Hannoversche Wetboek van 8 November 1850 en de daarmede in beginsel overeenstemmende bepalingen van een aantal nieuwere Duitsche wetboeken en ontwerpen, de mondelinge voordragt beschouwt: „als Grundlage (6) für die richterliche Entscheidung selbst rucksichtlich derjenigen Punkte, welche

(6) *Ausschliessliche Grundlage*, zegt § 287 van het ontwerp der Processordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten voor den Noordduitschen Bond (1869).

eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten».

Bij de gevolgen van dit ver reikende beginsel zal ik niet in het breede stilstaan. De voornaamste stip ik slechts aan.

1. De schrifturen (Parteianträge) spelen in het nieuw Deutsche proces slechts eene zeer ondergeschikte rol. Door-gaans zijn er maar twee: „Klageanträge“ en „Gegenanträge“ (Hann., §§ 184, 191).

2. Zij vormen den grondslag niet voor de regterlijke be-slissing, maar alleen voor de mondelinge voordragt (7).

3. Geen regterlijke beslissing zonder mondelinge behandeling der zaak. Het mondeling debat niet alleen een regt, maar een pligt van partijen (8).

4. Eene eigenlijke schriftelijke instructie van het proces heeft slechts bij uitzondering plaats in zeer moeilijke of ingewikkelde zaken krachtens regterlijk bevel. (Hann. §§ 207 — 213, 214, 460—473). Zij is van tweëerlei aard, of buitengeregte-lijk (aussergerichtliches schriftliches Vorverfahren) of onder leiding van een regter-commissaris (schriftliches Vorverfahren unter Leitung eines beauftragten Richters).

De eerste strekt slechts ter betere voorbereiding en bespoediging der mondelinge behandeling (Hann. § 212); de tweede daarentegen, ofschoon steeds gevolgd door eene mondelinge voordragt (*mundliche Schlussverhandlung*), ingeleid door een rapport van den regter-commissaris, is de grondslag der regterlijke beslissing (Hann., § 473 in fine).

5. Behalve in deze laatste exceptionele procedure, waarvan in de praktijk slechts zelden gebruik wordt gemaakt, zijn partijen bij de mondelinge behandeling zeer weinig gebonden aan hare schrifturen. De eischer kan zijn eisch bij pleidooi *verbeteren*, het bedrag daarvan verhoogen of vermeerderen en in plaats van de gevorderde zaak, zoo deze is vervreemd of

(7) „Der Rechtsstreit wird mündlich auf Grundlage der, die mündliche „Verhandlung vorbereitenden, schriftlichen Parteianträge verhandelt“. (Hann. § 92).

(8) BINGER, p. 38.

vergaan, schadeloosstelling eischen. Dit alles en meer nog is, volgens §203 Hann., *geene* afwijking van de dagvaarding (Klageänderung) maar, ook waar deze wel plaats heeft, mag de regter ambtshalve daartegen niet opkomen en moet hij dus, buiten de dagvaarding om, over eene andere dan de ingestelde actie regt spreken (9). Alleen kan de gedaagde in dat geval vorderen, dat de oorspronkelijke actie zal worden afgewezen, of dat de behandeling der zaak binnen de grenzen van den bij dagvaarding gestelden eisch (behoudens natuurlijk de toegelaten *verbetering*) zal worden voortgezet. Bij zooveel vrijheid aan den eischer gegeven, zal men zich niet verwonderen, dat de gedaagde tot aan het einde der mondelinge behandeling alle mogelijke nieuwe verdedigingsmiddelen kan aanvoeren (§204).

Uit dit een en ander, zal het, naar ik vertrouw, duidelijk zijn wat men te verstaan heeft onder *de* mondelinge regtspleging, waarin de geachte schrijver dezer bijdrage een panacée ziet voor al de kwalen, waaraan in Nederland de burgerlijke regtspleging lijdt, een geneesmiddel tevens, zonder welks aanwending aan geen herstel te denken valt. *De* schriftelijke regtspleging, dat is in de terminologie van den heer BINGER niet het geheime schriftelijk proces, in Duitschland, dat nu tot een ander uiterste is overgeslagen, vroeger inheemsch, maar die wijze van procederen, waarin de in de stilte van het kabinet wel overwogen schrifturen van eisch en verwerping het onderwerp en de grenzen van den regtsstrijd omschrijven en bepalen, behoudens het erkende regt van partijen om mondeling voor den regter hare belangen met de meeste vrijheid en volledigheid toe te lichten, door de kracht van het gesproken woord de onhoudbaarheid van zooveel wat het papier geduldig draagt in het volle licht te stellen en den regter het spoor aan te wijzen, dat hem tot de waarheid zal leiden; — *die* regtspleging wordt door onzen schrijver zoo onverdedigbaar geacht, dat hij, geene andere overtuiging naast de zijne erkenende, de zucht om haar in beginsel te behouden,

(9) Vgl. Themis 1866, p. 69—71.

alleen toeschrijft aan „een denkwijze om het bestaande als „het meest volkomene te beschouwen“ (p. 29), en het streven om haar in de toepassing te verbeteren, volgens hem, alleen kan uitloopen op eene „onereuse en onheilspellende transactie“ (p. 82).

Met dit oordeel, waarvan de onbillijkheid reeds werd aange-toond door een ander geacht recensent van dit werk (10), die zich, veel meer dan ik, met de daarin verdedigde denk-beelden vereenigt, was ook het vonnis geveld over het ont-werp-OLIVIER-BORRET.

Het legt niet op mijn weg de motieven van dit vonnis stuk voor stuk te onderzoeken. Maar om het groote belang der vraag wensch ik hier zoo beknopt mogelijk te zeggen waarom, naar mijne zienswijze en behoudens beter oordeel, de mondelinge voordragt niet moet zijn de grondslag der regterlijke beslissing (Hann. § 101; Noordd. Bond, § 287), niet „het centrum waaruit die beslissing zich ontwikkelt“ (Mr. BINGER, p. 81), met overschrijding en ter zijde stelling van de middelen van eisch en verwerking in de wederzijdsche schrifturen vervat, ja zelfs met verandering van het onder-werp des geschils als partijen (of soms zelfs eene van beiden) dit goedvinden.

Ik heb reeds boven gewezen op de artt. 203 en 204 van het Hannoversche wetboek, die het eigenlijk criterium, maar dan ook tevens de Achilles-pees van de mondelinge regtspleging aanwijzen. Mr. BINGER geeft, p. 5 en 6, zonder het eerstgemelde artikel te citeren (11), eene juiste ofschoon niet geheel woordelijke vertaling daarvan. Mr. VAN HAMEL, overigens een voorstander van *de* mondelinge regtspleging, beklaagt zich, dat men, na van eene dergelijke opgave kennis

(10) Mr. G. A. VAN HAMEL in de Nieuwe Bijdragen van Regtsgeleerdheid en Wetgeving XIX bl. 325—342.

(11) Over het algemeen citeert de schrijver bij zijne overzichten der vreemde wetboeken de artikelen niet. De vergelijking van die résumés met de bronnen waaraan zij zijn ontleend wordt daardoor bemoeijelijkt.

te hebben genomen, nog zal blijven twijfeleu omtrent de vraag wat nu eigenlijk de regelen van het nieuwe stelsel in de toepassing moeten geven. Doch als deze opgave nu niet is eene fantasie van Mr. BINGER, maar de tekst der hoog geprezen Hannoversche wet, pleit dan, vraag ik, die onklaarheid, die onbestemdheid, die quasi-onderscheiding tusschen twee niet zuiver te onderscheiden begrippen, de toegelaten verbetering en de (met onvoldoende sanctie) verboden verandering der actie, niet tegen „het nieuwe stelsel” zelf?

Men wil *de* mondelinge regspleging. Uitstekend. Maar laat men dan ook consequent zijn en die schrifturen — al zijn het er ook weinige —, waarvan niemand, na aandachtige lectuur der Hannoversche wet, eigenlijk weet te zeggen waarvoor zij dienen, kort en goed afschaffen of althans reduceren tot eene dagvaarding om voor den regter te verschijnen op eenen door dezen te bepalen dag ten einde door hem, na mondelinge voordragt van partijen, uitspraak worde gedaan over een in algemeene termen aan te wijzen geschil zonder zich eenigermate te binden aan de formule eener actie of aan een bepaald *petitum*. De regspleging wordt dan in waarheid geheel mondeling, de onoplosbare geschillen over de demarcatie-lijn tusschen „Klageverbesserung” en „Klageänderung” worden voorkomen, en de souvereiniteit des regters wordt met klem gehandhaafd tegenover het te lijdelijk standpnt, dat hij, volgens onzen schrijver, naar de regelen van *de* schriftelijke regspleging inneemt.

Het komt mij intusschen voor, dat men over de gevaren van *de* mondelinge regspleging, hetzij men haar volkomen consequent doorvoert, hetzij men haar, met het Hannoversche wetboek, niet aanneemt dan onder reserves, die min of meer in de lucht zweven, niet te ligt moet denken.

De taak des burgerlijken regters is, ook volgens onze wetten en begrippen van regspleging, zeer moeilijk. Zij eischt eene grondige regtskennis, een helder praktisch inzicht en eene groote mate van onbevangenheid, om nu niets meer te noemen. Men zie toe, dat men haar niet nog moeilijker make door den zekeren grondslag voor zijne beslissing, die

nu in het geschrift gelegen is, over boord te werpen, en zijn oordeel over wat te beslissen is, over het onderwerp des geschils, over de *causa petendi*, over de middelen van eisch en verwerping geheel afhankelijk te maken van den indruk, dien de mondelinge voordragt bij hem achterlaat en welks meerdere of mindere juistheid — men bedenke ook dit — door den hooger en regter onmogelijk kan worden gecontroleerd. Men maakt den regter en niet langer partijen meester van het proces, waar men, met art. 239 van het Beijersch ontwerp van 1861, bepaalt — en dit schijnt de consequente conclusie van de mondelinge regtspleging —, dat hij in de regtskundige beoordeeling der zaak *geheel onafhankelijk* is van de voordragt van partijen, en dat hij zelfs niet voorgedragen regtsmiddelen (Einreden, Repliken u. s. w.) moet toepassen als *hij* meent, dat de feitelijke gegevens der zaak die medebrenge. Werd in de Memorie van Toelichting van den minister OLIVIER, wien de heer BINGER verwijt, dat hij alleen uit „zwak conervatisme“ (12) de Duitsche voorbeelden niet blind heeft gevolgd, met het oog op de aangehaalde bepaling zoo geheel ten onregte gezegd: „Of wat niet voorgesteld is, voorgesteld had moeten worden, of de beste wapenen niet buiten den strijd zijn gelaten soms door de onbekwaamheid der gedingvoerenden of hunne genagtigden, maar dikwijls ook opzettelijk om den regter onbekende redenen, is eene vraag, die hem alleen te beoordeelen staat, wanneer het algemeen maatschappelijk belang, de publieke orde, de bijzondere belangen van partijen beheerscht?“

Dit voor zooveel betreft den regter. Maar nu partijen. Is er geen groot gevaar voor overrompeling en verrassing, wanneer genoegzaam alles afhankelijk wordt gemaakt van het gesproken woord? Men stelle zich de nieuwe Duitsche procedure eens aanschouwelijk voor. De eischer dagvaardt den verweerder om op een door den voorzitter bepaalden dag voor de regtbank te verschijnen ten einde dan onmiddellijk

(12) De qualificatie van het verwijt is niet van mij, maar van Mr. VAN HAMEL, t. a. p., bl. 340.

over te gaan tot de mondelinge behandeling der zaak. Op zich zelve is zulk eene wijze van procederen aan veel bedenking onderhevig. Men kan aannemen, al staat daarvan niets in de wet (Hann., § 114), dat voor de bepaling van den regtsdag eenig overleg plaats heeft tusschen den eischer of zijn procureur of advokaat en den voorzitter; maar de gedaagde blijft aan die dagbepaling geheel vreemd. Hij of liever zijn regtsgeleerde vertegenwoordiger of raadsman moet dus maar zorgen op den door den voorzitter vastgestelden dag, dat kan zijn drie weken na de dagvaarding (Hann. § 189), gereed te zijn voor de verdediging, in staat om te pleiten. Wist hij nu nog maar juist waarover en waartegen. Maar dat weet men, volgens de Hannoversche leer der Klageverbesserung, nooit precies voordat de eischer zijn laatste woord gesproken heeft. En de advokaat des eischers? Ja hij ontvangt acht dagen voor den pleitdag van zijn confrère eene „Gegenantrage“ (Hann., § 191), maar met het oog op de volkomen vrijheid des verweerders om bij pleidooi alle mogelijke nieuwe weren van regten aan te voeren, spreekt het van zelf, dat ook hij, als hij gaat pleiten, niet weet tegen welke gegronde of ongegronde verdedigingsmiddelen hij zijne actie zal hebben te verdedigen. Waar bij zulk eene wijze van procederen de waarborgen zijn tegen overrompeling en verrassing, moet ik erkennen niet te vatten. Het komt mij daarenboven voor, dat zij zoozeer in strijd is met onze begrippen eener ordelijke procedure — de heer BINGER zal misschien zeggen (13) met „onze vooroordeelen“ —, dat een voorstel om haar ook bij ons in te voeren, hetzij dan te regt of ten onregte, bitter weinig kans van slagen zoude hebben.

Een derde hoofdbezwaar bij mij bestaande tegen *de* mondelinge regtspleging is de pleitdwang, — „het oraal debat niet als een *regt*, maar als een *pligt* van partijen, de mondelinge behandeling een *essentiële vorm* van het proces“. De heer BINGER vindt het eene onbegrijpelijke inconsequentie van

(13) Vgl. Themis, 1870, bl. 234.

den Minister OLIVIER, na de erkenning in de Memorie van Toelichting, dat „het gesproken woord het krachtigste wapen is tegen alle oneerlijke middelen om de zegepraal te behalen“, partijen vrijheid te laten om, des verkiezende, regt op de stukken te vragen. Maar moet dan de wet, omdat zij het wapen geeft o. a. voor het hier bedoelde geval van een oneerlijken strijd, uitgaan van de onderstelling, dat dit geval altijd aanwezig is, dat is van een vermoeden van kwade trouw? En zijn partijen en hare regtsgeleerde raadslieden niet beter dan iemand in staat om te beoordeelen of de mondelinge voordragt in het belang eener goede beslissing, dat is in de allereerste plaats in haar belang, wordt vereischt

„De wetgever — zegt de heer BINGER — is verplicht „ronduit te verklaren, welke weg de eenig veilige is om tot „het hoofddoel der proces-regeling — dat is natuurlijk het „verschaffen van goed regt aan partijen — te geraken“. Ik ontken het ten stelligste. omdat ik niet aanneem, dat er slechts één veilige weg is, die zonder eenige onderscheiding tusschen het belang, den aard, den omvang, de moeilijkheid der zaken, tot eene goede beslissing kan leiden. Ieder, die de praktijk kent, zal moeten toegeven, dat er dagelijks gedingen voorkomen — ik spreek nu niet eens van verstekzaken tegen kwade betalers —, waarin het verschil tusschen partijen in de conclusiën zoo duidelijk geformuleerd en tevens zoo hoogst eenvoudig is, dat het pleiten daarin weelde, en dus niet anders dan tijd- en geldverspilling is. Maar ook als partijen regt op de stukken vragen (14) blijft de bevoegdheid des regters onverkort om ambtshalve een verhoor van partijen te bevelen (15) ter feitelijke toelichting der zaak. In geen geval wordt hem dus onthouden, wat, volgens Mr. BINGER (p. 38) altijd, volgens mij veelal, is „de beste „kenbron, waaruit hij de meest voldoende waarborgen voor „een juist oordeel kan putten“ (16).

(14) Ontwerp. B. II. T. I. afd. II, art. 18, al. 2.

(15) Ontwerp. B. II. T. II. afd. XI, § 2.

(16) Vgl. ook Themis, 1866, bl. 72, 73.

Niet alleen door het ambtshalve bevolen verhoor van partijen, maar ook door uit eigen beweging overlegging van stukken, getuigenverhoor, plaatsopneming, expertise of plaatsopneming te gelasten kan de regter, volgens het geldende wetboek en volgens het nieuwe ontwerp, over de feiten al dat licht verspreiden, dat hij noodig meent te hebben voor eene goede beslissing en in de schriftelijke of mondelinge voordragt van partijen niet in genoegzame mate aanwezig acht. Ik vind dus geen redelijken grond voor de bewering van Mr. BINGER (p. 53), dat de in art. 10 T. I. B. II. aan den regter gegeven bevoegdheid om, na het einde der pleidooijen, tot de partijen of hare vertegenwoordigers vragen te rigten over de feitelijke toedragt der zaak »ten eenenmale in strijd is met de beginselen van het schriftelijk proces, waarop het ontwerp rust».

»De lijdzaamheid van den regter» toch betreft alleen »het terrein van den strijd, de regtsmiddelen van eisch en »verwering; maar op dat door partijen gekozen strijdperk »moet, ja mag geene beslissing van den regter worden gewaagd, »voordat hem alle wegen zijn opengesteld om het vermoeden, »dat zijne uitspraak de waarheid is, tot waarheid te maken. »In beginsel. — zoo vervolgt de Memorie van Toelichting, van het ontwerp-OLIVIER (17) — »wordt dit ook in onze tegen- »woordige wetgeving erkend. De regter kan ambtshalve »enquêtes, expertises en de aanwending van andere bewijs- »middelen bevelen, maar vragen te rigten tot de advokaten, »die voor hem staan over de feiten, welke door hunne voor- »dragt niet voldoende zijn opgehelderd, over opzettelijke of »toevallige reticenties, over bepaalde punten, ten aanzien »van welke de pleiter met zich zelve of met zijnen tegen- »pleiter in openbaren strijd is, dat alles staat hem niet vrij. »Zoo wordt de meest eenvoudige, de meest natuurlijke weg »om regtstreeks tot de waarheid te komen of de middelen »op te sporen, die daartoe kunnen leiden, dikwijls afgesneden

(17) p. 124 der uitgave van Gebr. Belinfante, onder mijn toezigt verschenen ('s Gravenhage, 1865).

„voor den regter. „Het „Fragerecht“, door alle nieuwere „Duitsche wetgevingen erkend, is uitnemend geschikt om „in die leemte te voorzien“. Ik kan in deze redenering geen spoor van inconsequentie of beginselloosheid vinden; en moet er nog de aandacht van Mr. BINGER op vestigen dat ook de Hannoversche wet, waar zij (§ 473 *in fine*) bij uitzondering de akten van het proces erkent als den grondslag der regterlijke beslissing, den regter het „Fragerecht“ (§ 111) niet onthoudt. Wat daarvan zij, volgens onzen schrijver, is het Nederlandsche ontwerp inconsequent tot in zijne inconsequentie. Na het „Fragerecht“, zij 't dan ook in strijd met zijne beginselen, te hebben erkend, is het „zonderling“ te verbieden op de vragen en antwoorden acht te slaan als daarvan geene aantekening is gehouden in het zittingblad. Ik kan daarin weder niets zonderlings zien. Bij de meest mogelijke vrijheid van onderzoek aan den regter toegestaan, moet er een waarborg zijn, dat geen resultaat van dit onderzoek als grondslag der beslissing wordt aangenomen zonder dat het in behoorlijken vorm is geconstateerd. Partijen kunnen, volgens het ontwerp (18), de aantekening vorderen, de regter kan haar ambtshalve bevelen. Blijft zij achterwege, dan moet men aannemen, dat de gegeven verklaringen van geen belang waren voor de beslissing der zaak of reeds *ex actis et probatis* bleken. Zin en strekking der hiertoe betrekkelijke bepalingen van het ontwerp worden dus door den heer BINGER miskend, wanneer hij als een mogelijk gevolg daarvan aanneemt, dat „de regter, op de zitting „tot de kennis der waarheid gekomen, de onwaarheid in „zijn uitspraak moet proclameren, wanneer de aantekening „der verklaringen achterwege is gebleven“.

Ik meen met hetgeen voorafgaat te kunnen volstaan om aan te toonen, dat nog wel iets anders en iets meer dan „de vooroordeelen, die eene ruim dertigjarige toepassing van „dezelfde wet bij ons noodwendig (waarom noodwendig?) heeft

(18) B. I. I art. 10.

„doen ontstaan“ (19), kan worden aangevoerd tegen het in praktijk brengen van het beginsel, dat in het burgerlijk proces het oraal debat moet zijn het alles overheerschend element en de uitsluitende grondslag der beslissing. Ik erken gaarne, dat er bij mij groot bezwaar blijft bestaan tegen deze opvatting van de mondelinge rechtspleging, al komt het mij voor dat aan het oraal debat een meer regtstreeksche invloed kan worden verzekerd op de regterlijke uitspraak dan thans bij ons het geval is.

Als ik overigens het gewigt der door onzen schrijver behandelde vraag in geen enkel opzigt wil verkleinen, zoo wensch ik toch ook mijne meening niet terug te houden, dat het gewigt van die vraag in zijne bijdrage wordt overschat. Voor hem schijnt de geheele regeling der burgerlijke rechtsvordering zich op te lossen in die eene vraag, of de schriftelijke instructie van het proces slechts voorbereiding van het oraal debat moet zijn of wel den eigenlijken grondslag moet vormen van de beslissing in zooverre zij het onderwerp en de grenzen van den strijd onherroepelijk vaststelt (20). Het veroordeelend vonnis door hem in het besluit zijner bijdrage uitgesproken over het ontwerp-OLIVIER-BORRET, de beschuldiging daartegen door hem ook in dit tijdschrift (21) uitgesproken, dat „het zich bij voorkeur leunt aan het thans bestaande,“ berust op geen anderen grond dan op de vasthouding aan het beginsel onzer rechtsvordering, dat op haar den stempel zoude drukken van „de schriftelijke rechtspleging“. Mij dunkt, zulk eene beschouwing valt niet van eenzijdigheid vrij te pleiten en moet noodwendig leiden tot eene min juiste kritiek van een zoo omvangrijken wetgevenden arbeid als het nieuwe Nederlandsche ontwerp. Gesteld de ministers, van wie het uitging, waren te conservatief op dit ééne punt, volgt daar dan uit, dat zij zich in het algemeen „bij voorkeur leunden aan

(19) Mr. BINGER, Themis, bl. 235.

(20) Nederlandsch ontwerp, artt. 4, 5, T. VI B. I, art. 8, 2°. 30. T. VIII, B. I, artt. 6-8 T. I B. II.

(21) Themis, bl. 234.

het thans bestaande? Kan dit met eenig regt worden volgehouden, waar niet alleen in het algemeen de indeeling en de oeconomie van het bestaande wetboek geheel zijn vernieuwd en schier geen artikel ongewijzigd in het ontwerp is overgenomen, waar in het bijzonder de enkele in de plaats van den dubbelen regtsbijstand is gesteld; de onderscheiding, zoo als die thans geldt, tusschen de gewone en de summiere procedure is opgeheven; de incidentele procedures van welken aard ook zoo zijn geregeld, dat de hoofdzaak daardoor nimmer van de rol geraakt, waardoor de nuttelooze, geldverspillende beteekening van alle tusschen-vonnissen, met exploit- of procureurs-akte (*avenir*) om voort te procederen, algemeen vervalt (22); noodelooze omslag bij de incidenten van bewijsvoering (*procédures probatoires*) is vermeden en het doel om door haar aanwending tot de waarheid te komen (vooral bij het verhoor van getuigen en van partijen) veel beter dan thans het geval schijnt in het oog is gehouden; vele nuttelooze akten van regtspleging (b. v. conclusiën van eisch, akten van procureurstelling en zoogenaamde *avenirs*) zijn afgeschafte; termijnen (b. v. van dagvaarding en van voorzieningen tegen vonnissen) zijn verkort; de vereffening der proceskosten bij het vonnis regel zonder uitzondering is geworden; en — om de voorbeelden niet verder uit te breiden — de procedure in cassatie op geheel nieuwe grondslagen is gevestigd. Ik onderzoek niet of al die veranderingen verbeteringen zijn, ik wil ook aannemen, dat men op den ingeslagen weg van hervorming in menig opzigt verder had kunnen gaan, maar ik beweer, dat daaruit alleen reeds blijkt de volkomen ongegrondheid der beschuldiging van „zwak conservatisme“.

Onder al de hiervoren genoemde, door den Minister OLIVIER voorgestelde, veranderingen is er slechts eene, waarover Mr. BINGER in eenigzins breedvoerige beschouwingen

(22) Zie B. II T. I, artt. 34, laatste lid, B. II, T. II, artt. 3, 5, 8 eerste lid, 56, 62, 65, tweede lid, 71 eerste lid, 76 in fine, 81, eerste lid, 87, 101, 105, tweede lid, 113, 116.

treedt (23). Het is de opheffing der onderscheiding tusschen de gewone en summierc behandeling, zoo als die thans bij ons, volgens de wet en de praktijk, geldt. Hij is daarmede echter, even als zijn recensent in de Nieuwe Bijdragen (24), weinig ingenomen. De zoogenaamde vereenvoudiging is, volgens beide heeren, niets anders dan eene mystificatie. Wel verre dat men met het door de Memorie van Toelichting (25) veroordeeld ordinair proces voor goed zoude hebben gebroken, worden, volgens het ontwerp zelf (26), „alle zaken, met weglating der beteekening aan partijen, als gewone geïnstrueerd“. De tegenwerping is zeer verrassend, wanneer men in het oog houdt, dat juist die door de Memorie van Toelichting op gronden, die ik thans niet zal herhalen, met klem bestreden instructie bij beteekende schrifturen buiten den regter en de teregtzitting om, het kenmerk uitmaakt van het gewoon proces. Natuurlijk moest daarvoor, zoolang men te regt of ten onregte, *de* mondelinge regtspleging niet aannam, eene andere instructie in de plaats komen; en dan is het alleen de vraag, welke is de beste, de kortste, de eenvoudigste, de minst kostbare, die van de artt. 142—147 Regtsv. of die van de artt. 12—18 T. I B. II van het ontwerp? Ik zal die vraag niet in het breede behandelen, maar als men nagaat, dat ter teregtzitting slechts hoogstens drie conclusiën (antwoord, re- en dupliek) worden toegelaten, dat de termijnen daarvoor door den regter worden bepaald

(23) In het voorbijgaan bespreekt de schrijver nog (pag. 68) de nieuwe bepalingen van het ontwerp, volgens welke de termijnen der voorzieningen tegen contradictoir gewezen vonnissen ingaan op den dag der uitspraak. De gronden, waarop zijne afkeuring van deze bepalingen berust, zijn, dunkt mij, alles behalve overtuigend. Men zie wat daartegen is aangevoerd in de Memoriën van Toelichting en van Beantwoording der Regering betreffende het bij de Tweede Kamer nog aanhangig wetsontwerp tot intrekking van de artt. 88 en 340, wijziging en aanvulling van de artt. 76, 81 enz. van het Wetboek van Burg. Regtsv.

(24) T. a. p., p. 334.

(25) Uitgave-BELINFANTE, p. 120—122.

(26) B. II, T. I, Afd. 2.

met een minimum van acht dagen voor gewone burgerlijke en vier dagen voor handelszaken, en dat geen uitstel door den regter kan worden verleend dan voor een bepaalden tijd en wanneer het belang der zaak het vordert, dan schijnt de meening van Mr. BINGER (bladz. 34), dat ook bij de hier voorgeschreven behandeling „de processen eene even langdurige, in den regel een halfjarige instructie zullen ondergaan” wel voor herziening vatbaar. Daarenboven is door den geachten schrijver uit het oog verloren, dat de instructie van alle zaken ter teregtzitting, met afschaffing van alle beteekende conclusiën, eene zeer groote vereenvoudiging te weeg brengt voor het instellen en de behandeling van incidentele vorderingen. Daarop is bij herhaling gewezen in de Memorie van Toelichting, o. a. bij de tusschenkomst en voeging, het getuigenverhoor en het onderzoek van deskundigen (M. v. T., bladz. 147, 153).

Het was mijn voornemen niet van het werk van den heer BINGER eene eigenlijke beoordeeling te schrijven, die, nu meer dan een jaar is verstreken sedert de verschijning en na de degelijke recensie in de „Nieuwe Bijdragen”, vrij overbodig kon worden geacht. Maar gaarne nam ik de mij door de redactie van dit tijdschrift aangeboden gelegenheid te baat om, naar aanleiding van dit geschrift, mijn gevoelen te doen kennen over de daarin behandelde vraag, die mij, èn met het oog op mijn vroegeren praktischen werkkring èn uit hoofde van eene meer bijzondere studie van het procesregt in later jaren gemaakt, eene zeer groote belangstelling inboezemde. Zoo dat gevoelen in menig opzigt staat tegenover de door onzen schrijver met de kracht maar ook niet zonder de eenzijdigheid der overtuiging verdedigde denkbeelden, dan kan ik natuurlijk niets liever wenschen dan dat het debat, thans tusschen ons gevoerd, spoedig in ruimeren kring worde overgebracht.

Moge eene volgende vergadering der Nederlandsche Juristen-vereëninging daartoe den weg openen, en zich in haar midden eene gemeenschappelijke overtuiging vestigen over een der

levensbeginselen van het burgerlijk proces, eene overtuiging even vrij van de vooroordeelen der routine als van de eenzijdigheid der afgetrokken theorie.

Augustus 1870.

A. A. DE PINTO.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

Onder de prijsvragen, onlangs uitgeschreven door het Provinciaal Utrechtsch genootschap van Kunsten en Wetenschappen, behooren de volgende:

1. Wordt gevraagd eene beschouwing van den invloed, dien de Grootte Raad van Mechelen op het recht in Nederland heeft uitgeoefend.

2. Het genootschap verlangt eene geschiedenis van het Instituut der Makelaardij in verschillende landen tot op den laatsten tijd.

3. Een geschiedkundig en wetenschappelijk overzicht van de Nederlandsche bronnen van het Zeerecht.

De verhandelingen, bestemd om naar den uitgelooften eereprijs te dingen, moeten vóór 1 Dec. 1871 in handen van den secretaris des genootschaps zijn.

Voor de op zich zelve voldoende en bij vergelijking bestgekeurde beantwoording van elke der bovenstaande vragen wordt eene *gouden medaille* uitgelooft, op den stempel des genootschaps geslagen, ter innerlijke waarde van f 300 of de waarde dier som in geld, ter keuze van den schrijver.

Alle verhandelingen, welke naar een der uitgeloofte prijzen dingen, moeten met eene andere hand geschreven zijn dan die des schrijvers en, in plaats van met den naam van dezen, met eene spreuk zijn ondertekend, onder bijvoeging van een verzegeld biljet, dezelve spreuk tot opschrift voerende, en waarin zoowel de naam des schrijvers als zijn adres eigenhandig door hem zijn opgegeven. Ook moeten de verhandelingen, — voor welke, naar goedvinden, van de Nederduitsche, Hoogduitsche, Engelsche, Fransche of Latijnsche taal mag worden gebruik gemaakt (met uitzondering alleen van de *Latijnsche* vragen, voor welke bepaaldelijk het Latijn gevorderd wordt), — duidelijk met Italiaansche letters geschreven zijn, en vrachtvrij toegezonden worden aan den secretaris des genootschaps, Mr. N. F. VAN NOOTEN, raadsheer in het Prov. Gerechtshof te Utrecht.

Alleen de biljetten, behoorende tot de verhandelingen, aan welke de bepaalde eereprijzen zijn toegevoegd, worden geopend;

die der afgekeurde stukken daarentegen worden op de algemeene vergadering ongeopend verbrand.

Indien de schrijver eener prijsverhandeling lid is van het genootschap, moet zulks op het verzegeld biljet, 't geen die verhandeling vergezelt, door het woord *lid* worden aangeduid.

De bekroonde prijsverhandelingen blijven de eigendom van het genootschap, hetwelk haar onder zijne werken uitgeeft. Zij kunnen alzoo door niemand, hetzij geheel of ten deele, of bij invoeging in eenig ander werk, worden herdrukt zonder toestemming der Directie.

Ter verkrijging van verdere inlichtingen, raadplege men het verslag der algemeene vergadering van 28 Junij 1860, of wende men zich tot den secretaris voornoemd.

De heer J. J. THÖNISSEN, hoogleeraar te Leuven en lid der kamer van vertegenwoordigers in België, heeft onlangs in de *Belgique Judiciaire* eene beknopte beoordeeling geleverd van twee nieuwe werken over de afschaffing van de doodstraf, te weten:

Die Todesstrafe in ihrer kulturgeschichtlichen Entwicklung. Eine Studie von H. HETZEL. Berlin, MOEZER, 1870. In-8°. (544 bl.)

En: *La Peine et la peine de Mort*, par F. VAN BEMMELEN, juge au tribunal de Nimègue. La Haye, BELINFANTE FRÈRES, 1870 (125 p.)

De heer THÖNISSEN brengt een zeer gunstig oordeel uit over beide werken, die zijns inziens van degelijk onderzoek getuigen en van een blijvenden aard zullen zijn onder zoo vele geschriften die nog altijd ter bestrijding van de doodstraf het licht zien, eene bestrijding waaraan de heer THÖNISSEN, ofschoon in het staatkundige anders de zoogenaamde behoudende beginselen toegedaan, een zoo werkzaam aandeel genomen heeft.

Het werk van den heer HETZEL wordt door hem zeer geprezen om de geschiedkundige waarde daarvan; de schrijver klimt toch tot de vroegste tijden op, en onderzoekt den oorsprong en de toepassing der doodstraf bij tal van volken, toetst die toepassing aan gewijde en nietgewijde oorkonden, en legt zich inzonderheid toe de onderscheiden stelsels nopens de doodstraf na te gaan sedert het Evangelie gevolgd of aangeprezen. Zeer uitvoerig is hij over 't geen na 1848 betrekkelijk de doodstraf in Europa en Amerika verhandeld en geschreven is.

De heer THÖNISSEN zegt ten slotte zijner aankondiging over dat boek:

„Le livre se termine par la littérature de la peine de mort, c'est-à-dire par la bibliographie très-bien faite des principales publications qui se rattachent à cet important problème et qui ont paru depuis la seconde moitié du XVIII^e siècle. Nous n'avons pas besoin de nous étendre davantage pour faire ressortir l'importance du livre de M. HETZEL. Toutes les appréciations de

l'auteur ne sont pas les nôtres, principalement dans les matières qui touchent aux croyances religieuses; mais ces dissidences ne nous empêchent pas de lui rendre pleine et entière justice."

Nopens het geschrift van den Nederlandschen regtsgeleerde zegt hij c. a. het volgende:

„M. VAN BEMMELEN, juge au tribunal de Nimègue, se place à un autre point de vue que M. Hetzel, tout en poursuivant résolument le même but: le renversement de l'échafaud. Le jurisconsulte néerlandais prend le problème tel qu'il se pose devant nos contemporains. Le titre même de son savant opuscule en indique assez clairement la tendance et la portée. M. VAN BEMMELEN pense, avec raison, que la question spéciale de la peine de mort ne peut être bien résolue qu'à la suite d'un examen approfondi de l'origine, de la nature et des conséquences de la peine en général. C'est, en effet, dans la manière d'envisager et de résoudre le problème de la peine capitale que les diverses théories sur le caractère et la légitimité de la peine sociale, considérée dans son principe, viennent aboutir à une application immédiate et décisive. C'est en partant de ce fait incontestable que M. VAN BEMMELEN a divisé son écrit en deux parties principales, dont la première traite de la peine en général et la seconde de la peine de mort. Il arrive ainsi à prouver à la dernière évidence que l'on méconnaît grossièrement toutes les exigences rationnelles de la science moderne, en continuant à répondre à l'assassinat individuel par un assassinat social. Malgré le nombre considérable des livres qui, dans ces dernières années, ont été publiés en faveur ou au détriment du bourreau dans tous les pays civilisés, M. VAN BEMMELEN a trouvé, dans l'observation attentive et habile des faits, dans l'analyse patiente et sévère des nations, des idées et des principes, le moyen de dire des choses neuves même pour les criminaliste de profession. On se tromperait beaucoup en rangeant son travail parmi ces oeuvres de circonstance qui n'ont d'autre but et d'autre utilité que de fournir quelques arguments à la polémique contemporaine. Dès les premières pages, on s'aperçoit que l'on se trouve en présence de l'un de ces jurisconsultes qui savent compléter et contrôler les notions juridiques par l'étude approfondie de la philosophie, de l'histoire et de la législation comparée."

De lof van die hooggeschatte zijde, dat het werk des Nederlanders nieuwe beschouwingen bevat over een onderwerp dat in den laatsten tijd zoo zeer van alle zijden ter toetse gebragt is, mag allezins vleijend worden geheeten.

THEMIS,

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

DERDE VERZAMELING,

Eerste Jaargang.

XXXIe Deel, — VIERDE STUK.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — *Art. 2 der Jachtwet*,
door Mr. FOCKEMA ANDREAE, kantonrechter te Lemmer.

Niemand mag tot straf worden veroordeeld, dan wanneer is bewezen, dat hij zich heeft schuldig gemaakt aan een feit hetwelk alle elementen van een misdrijf in zich vereenigt. Van de vraag welke die elementen zijn kan het dus afhangen, of hij die in rechten is geroepen moet worden veroordeeld, vrij gesproken (1), of van rechtsvervolging ontslagen. Zij moet dus telkens worden overwogen zoowel door den ambtenaar van het Openbaar ministerie die de dagvaarding stelt, als door den rechter die daarop vonnis heeft te wijzen. Niet in elk geval is hare beantwoording even

(1) Ook vrijspraak kan daarvan afhangen, omdat, zoo slechts een deel der te laste gelegde feiten is bewezen, het van de vraag of de bewezen feiten een misdrijf opleveren, afhankelijk is of de gedaagde zal worden veroordeeld of vrijgesproken.

eenvoudig. Zoo bestaat er o. a. verschil van meening omtrent de elementen van het misdrijf bedoeld in art. 2 der jachtwet. Het is daarom dat ik de volgende interpretatie van dat artikel aan beter oordeel wensch te onderwerpen.

Vooraf eene algemeene opmerking.

Op den staat rust de verplichting, het doel te verwezenlijken waarvoor hij bestaat. Hoe men dat doel ook opvatte, dit is zeker dat een deel van de taak van den staat is, zijne burgers te beschermen tegen aanranding hunner rechten. Op ieder rust daarentegen de verplichting, den staat bij de vervulling dier taak niet in den weg te treden. De staat heeft het recht zich te verweren tegen hem die dat doet; wie toch zou, hetzij aan den staat, hetzij aan een persoon willen verbieden, zich te verzetten tegen dengene die hem wil beletten zijn plicht te doen? Het is dit recht van noodweer dat de staat uitoefent wanneer hij eene straf toepast.

Nu bedenke men wel, dat alleen daar van noodweer sprake kan zijn waar men wordt aangevallen, en dat een individu den staat alleen hierdoor kan aanvallen, dat hij direct of indirect een recht aanrandt, hetwelk de staat op zich had genomen te waarborgen.

Iedere strafbepaling moet dus haren grond hierin vinden, dat het feit waartegen straf wordt bedreigd een recht aanrandt waarvan de staat de waarborging op zich genomen heeft en bij de beantwoording der vraag, welke omstandigheden in jure constituendo elementen van een misdrijf moeten zijn, dient dus steeds dit in het oog gehouden, het zijn die omstandigheden zonder welke er geene schending van rechten aanwezig zou zijn.

Dit beginsel van het jus constituendum kan ons, meen ik, bij de interpretatie van het jus constitutum van dienst zijn. Eene uitlegging toch welke op de woorden der wet steunt, verkrijgt grootere waarde wanneer ze met het jus constituendum in overeenstemming is, terwijl eene interpretatie hiermede in lijnrechten strijd, alleen dan vertrouwen verdient wanneer de woorden der wet geene andere toelaten.

Het doel der jachtwet leert ons de memorie van toelichting. Het is, het behoud van wild en de bescherming van het jachtveld. Om dit dubbele doel te bereiken moet de staat voor tweeërlei zorg dragen: 1^o. hiervoor dat er wild blijve bestaan, dat niet al het jonge wild reeds in het jaar zijner geboorte worde uitgeroeid, 2^o. hiervoor dat niemand inbreuk make op het recht van particulieren, om het wild te bemachtigen dat zich op hunne gronden bevindt.

Het middel dat werd aangewend om de geheele verdeling van den wildstapel te voorkomen, was het verbod om te jagen anders dan in enkele maanden van het jaar; daardoor zou, zoo meende men, elk jaar eene voldoende hoeveelheid wild overblijven.

Voor het in de tweede plaats genoemde doel werd gemaakt door art. 2.

We wenden ons allereerst tot de woorden van het artikel, voor zoover die rechtstreeks op de door ons behandelde vraag betrekking hebben.

Wij lezen dan in art. 2 der jachtwet: „Om eens anders „grond of jacht bij vergunning, huur of pacht te kunnen „bejagen, moet men daarenboven voorzien zijn van een schriftelijk bewijs van den eigenaar of rechthebbende, overeenkomstig het vorig art. te vertoonen. Deze bepaling is niet „toepasselijk wanneer het jagen plaats grijpt in gezelschap „van den eigenaar of rechthebbende, noch ook op pachters „of huurders, ten ware het jachtrecht bij de overeenkomst „van pacht of huur zij voorbehouden.”

Art. 1 schrijft voor dat ieder die zija eigen grond, of de gronden van anderen waarop hij jachtrecht heeft, bejaagt, moet voorzien zijn van eene daartoe betrekkelijke akte.

Terwijl dus art. 1 een algemeen voorschrift bevat voor allen die jagen (het hebben eener akte) voegt art. 2 daarbij voor sommige jagers nog een tweede voorschrift (het hebben van een schriftelijk bewijs van vergunning, huur of pacht).

Maar voor welke jagers? Art. 2 verbiedt volgens al. 1 het jagen zonder voorzien te zijn van een schriftelijk bewijs

van vergunning, huur of pacht van het jachtrecht op gronden waarvan men geen eigenaar of rechthebbende is, en al. 2 zondert van dit verbod uit hen die van den eigenaar of rechthebbende zijn vergezeld en de huurders en pachters van den grond.

Aan deze is dus het hebben van het bedoelde bewijs niet voorgeschreven; zij overtreden dus dit artikel niet wanneer zij jagen zonder van dat bewijs voorzien te zijn.

De woorden van art. 2 geven alzoo, naar het mij voorkomt, zoo duidelijk als het maar ooit eene strafwet kan doen, te kennen, welke de elementen van het daarbij bedoelde misdrijf zijn, n. l.:

1°. Dat iemand gejaagd heeft.

2°. Dat hij niet voorzien is geweest van het bedoelde bewijs of dit niet heeft vertoond.

3°. Dat hij behoorde tot diegenen voor wie het hebben en vertoonen van dat bewijs is voorgeschreven.

Een dezer elementen weg te denken, zou alleen dan mogelijk zijn wanneer men opzettelijk een deel van het artikel als niet geschreven beschouwde.

Noch het jagen op eens anders grond of jachtveld, noch het jagen zonder voorzien te zijn van het bedoelde bewijs, wordt op zich zelf daarbij verboden. Evenmin kan men ooit beweren, dat dit artikel verbiedt het jagen op eens anders grond zonder van het genoemde bewijs voorzien te zijn, zonder meer; door die bewering zou men immers het verbod van al. 1 toepassen ook op hen op wie al. 2 het uitdrukkelijk niet toepasselijk verklaart.

Nog eens dus, de woorden van art. 2 laten geene andere uitlegging toe dan die, volgens welke het daarin bedoelde misdrijf bestaat uit de drie bovenvermelde elementen.

En in de uitlegging waartoe de woorden ons noodzaken, worden we versterkt doordat ze in volkomen harmonie is met de eischen van het jus constituendum.

We zagen dat, zooals volgt uit den grond van het jus puniendi, alleen die feiten mogen worden gestraft welke eenig

recht aanranden waarvan de staat de waarborging op zich heeft genomen. Nu zal wel ieder erkennen, dat het jachtrecht in de eerste plaats toekomt aan den eigenaar of aan hem die op den grond een zakelijk recht heeft dat de bevoegdheid om daar te jagen in zich sluit. Maar het staat evenzeer vast, dat niet in elk geval door het jagen van een ander op dien grond iemands recht wordt geschonden. Immers, de eigenaar of rechthebbende kan zijn recht van jacht, hetzij om niet, hetzij tegen betaling, tijdelijk aan een ander afstaan, of hij kan aan een ander den grond zelve verhuren en dezen zoo tot de jacht daarop het recht toekennen. En wie zal nu willen beweren, dat hij, die aan eene vergunning van eene overeenkomst met den eigenaar of rechthebbende van een erf de bevoegdheid ontleent om daar te jagen, door dat jagen het recht van dezen zou schenden? Zeker niemand. In jure constituendo nu mag alleen directe of indirecte rechtschenning worden gestraft; het jagen op eens anders grond mag dus alleen als strafbaar worden beschouwd, wanneer het geschiedt door iemand die niet op eenigerlei wijze daartoe van dien ander het recht heeft verkregen.

Met dit jus constituendum is onze uitlegging van art. 2 in volmaakte overeenstemming, en deze overeenstemming geeft grooten steun aan onze interpretatie.

Zien we nu wat daartegen zou kunnen worden aangevoerd.

Voreerst zou men aldus kunnen redeneeren: Het is waar, een element van het misdrijf is het, dat hij die jaagt behoort tot diegenen voor wie het hebben en vertoonen van het bedoelde bewijs is voorgeschreven (het hierboven sub 3o. genoemde element), maar het is evenzeer waar, dat altijd in de eerste plaats tot jagen gerechtigd is de eigenaar of rechthebbende, en nu mag men zoolang het tegendeel niet bewezen is, aannemen dat hij die noch eigenaar noch rechthebbende is ook tot het jagen geen recht heeft.

Deze redeneering heeft misschien een schijn van juistheid, maar in geen geval meer dan een schijn. Ze valt toch terstond voor deze overweging, dat onze strafwetgeving aan

vermoedens geene bewijskracht hoegenaamd toekent, en het dus daarmee in blijkbaren strijd is door een vermoeden een geheel element van een misdrijf te elideeren.

Eene tweede mogelijke redeneering is deze: Het is waar dat niemand mag gestraft worden, die geen feit heeft gepleegd waardoor direct of indirect een recht wordt aangerand dat de staat moet waarborgen. Daarom zijn echter nog niet alle omstandigheden die een feit tot eene rechtschennis maken, elementen van het misdrijf. Zoo ook hier; wanneer is bewezen dat iemand gejaagd heeft op grond waarvan hij noch eigenaar noch rechthebbende was, moet hij worden veroordeeld; dit feit, hoewel niet per se eene rechtschennis, vereenigt in zich de elementen van een misdrijf. En tegen deze veroordeeling kon geen bezwaar bestaan, want de gedaagde had ze kunnen voorkomen door het bewijs te leveren dat hij verkeerde in een der uitgezonderde gevallen van art. 2 al. 1 en 2.

Het vergezeld zijn van den eigenaar of rechthebbende, het zijn van huurder of pachter, het hebben van een bewijs van vergunning, huur of pacht, zijn zoovele faits justificatifs waarvan het bewijs op den gedaagde rust.

Deze redeneering zou, naar het mij voorkomt, niet alleen op eene geheel verkeerde opvatting van een fait justificatif rusten, maar ook zeer gevaarlijk zijn.

Een fait justificatif toch, de naam duidt het reeds genoegzaam aan, is een door gedaagde te zijner rechtvaardiging bijgebracht feit, en nu zal het wel vaststaan, dat alleen hij rechtvaardiging noodig heeft die iets heeft misdreven. Een fait justificatif is dus eene omstandigheid die, met het oog op een bepaald geval, aan eene op zich zelve strafbare handeling hare strafbaarheid ontnemt. Wij zien dit ten duidelijkste, wanneer wij het oog slaan op de f. j. waarvan de Code Pénal melding maakt. Om een voorbeeld te noemen: manslag en verwonding zijn strafbare feiten, omdat zij schendingen zijn van het recht van den individu op persoonlijke veiligheid. Heeft de manslag of de verwonding plaats gehad uit noodweer, dan houdt ze op strafbaar te zijn, niet omdat

er dan minder een recht door is aangerand, maar omdat hij die ze pleegde daardoor alleen een gelijk recht op persoonlijke veiligheid heeft verdedigd.

Die noodweer nu, is een fait justificatif.

Met een geheel ander geval echter, hebben we in art. 2 der jachtwet te doen. Hier is alleen dan sprake van aandering van rechten, wanneer de drie bovengenoemde elementen samenloopen. Beschouwde men dus het hebben eener vergunning etc. als faits justificatifs dan zou als zelfstandig misdrijf overblijven, een feit waardoor in de meeste of althans in vele gevallen geen recht hoegenaamd werd geschonden.

En dat de genoemde redeneering zeer gevaarlijk zou zijn, behoeft geen betoog; een enkel voorbeeld zal het duidelijk aantoonen. Wijkt men toch eens af van den regel, dat elementen van een misdrijf zijn al die omstandigheden, die eene handeling (altijd volgens de uitgedrukte gedachte des wetgevers) tot een directe of indirecte rechtsschennis maken, dan kan men naar willekeur aan ieder misdrijf eenige elementen ontnemen.

Zoo zou men b. v. kunnen zeggen:

Volgens art. 2 der jachtwet moet hij gestraft worden, van wien het bewezen is dat hij gejaagd heeft.

Het zijn van eigenaar van of rechthebbende op den grond waar men gejaagd heeft, het vergezeld zijn van den eigenaar of rechthebbende enz. zijn faits justificatifs, die, zoo ze worden bewezen, de strafbaarheid van het jagen wegnemen — òf,

Volgens art. 379 C. P. is hij schuldig aan diefstal en moet dus hij veroordeeld worden, die eenig roerend goed heeft weggenomen. Levert de beklagde het bewijs dat hij te goeder trouw handelde of dat het weggenomen goed zijn eigendom was, dan nemen deze omstandigheden als f. j. de strafbaarheid zijner handeling weg.

Het ongerijmde der beide laatste interpretatiën valt terstond in het oog, en toch, ze zouden even veel recht van bestaan hebben als eene uitlegging van art. 2 der jachtwet volgens welke het niet vergezeld zijn van den eigenaar of

rechthebbende enz. geene elementen van het daar bedoelde misdrijf zouden zijn.

Men houde dit wel in het oog, dat er nooit mag worden geredeneerd alsof de wet ieder houdt voor schuldig die zijne onschuld niet kan bewijzen, maar dat integendeel de staat het bewijs moet leveren dat hij is aangerand voordat hij zich mag verweren door eene straf uittespreken en toe te passen. En dat tot bewijs voor die aanranding niet mag strekken, het zwijgen van den gedaagde op de beschuldiging of het niet tegenspreken daarvan, dit blijkt zoowel uit de artikelen over het bewijs als uit hetgeen omtrent de wijze van procederen bij verstek is voorgeschreven.

Vraagt men alleen, welk resultaat zou het hebben zoo de genoemde omstandigheden als f. j. werden beschouwd, dan ziet men, bestaan die omstandigheden en bewijst de gedaagde ze, dan zal hij evenmin veroordeeld worden als wanneer ze tot de elementen van het misdrijf waren gerekend, maar daartegen, bestaan ze en bewijst de gedaagde ze niet, dan zal hij veroordeeld worden wegens een feit dat volgens de duidelijke woorden der wet niet verboden is. Ook de bewering dat het bewijs van bovengenoemde omstandigheden, als van faits justificatifs, zou rusten op den gedaagde, heeft dus, meen ik, geen recht van bestaan.

Misschien maakt nog iemand deze bedenking: De bewering, dat in art. 2 jcto art. 40 der jachtwet straf zou zijn bedreigd tegen het schenden van eens anders rechten, gaat niet op, immers, ware dat zoo, dan zou daarbij ook straf moeten zijn bedreigd tegen den eigenaar die jaagt op zijn grond welken hij heeft verhuurd zonder zich het jachtrecht voor te behouden.

Ik verwacht echter die bedenking niet, want men zou zeker al een vreemdsoortig stelsel moeten huldigen om aan te nemen dat de wet die tegen eene enkele rechtsschennis *geen* straf bedreigt, zeker *wel* strafbaar heeft willen stellen enkele handelingen die geen rechtsschennis bevatten.

Eén bezwaar bestaat er tegen de boven verdedigde inter-

pretatie en wel een van practischen aard. Het bewijs der verschillende negatieve elementen van het misdrijf van art. 2 jachtwet, zal in vele gevallen òf moeielijk òf in het geheel niet te leveren zijn en onze uitlegging moet dus noodzakelijk tot vele vrijspraken leiden.

Dit mag ons echter daarvan niet afschrikken, want het zal wel niemand in de gedachten komen te beweren, dat de interpretatie eener strafwet juist is naarmate ze meer, en onjuister naarmate ze minder veroordeelingen ten gevolge zal hebben.

We vatten nu kort het gezegde samen.

De elementen van het misdrijf van art. 2 der jachtwet zijn:

1°. Het jagen.

2°. Dat de jager niet voorzien is geweest van een schriftelijk bewijs van een vergunning, huur of pacht, of dat niet op de eerste vordering heeft vertoond.

3°. Dat hij behoorde tot diegenen voor wie het hebben en vertoonen van dat bewijs is voorgeschreven (m. a. w. dat hij niet was eigenaar of rechthebbende, huurder of pachter, en niet van den eigenaar of rechthebbende vergezeld.)

Deze uitlegging is in overeenstemming met de woorden der wet en vindt steun in de beginselen van het jus constituendum.

De bewering dat het vergezeld zijn van den eigenaar of rechthebbende, het zijn van huurder of pachter van den grond waar men gejaagd heeft en het hebben van eene schriftelijk bewijs van vergunning, huur of pacht van het jachtrecht, faits justificatifs zouden zijn, berust op eene geheel onjuiste opvatting van den aard van een fait justificatif.

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

Causa civilis obligandi. Condictio. Wisselverbintenis, door
 Mr. N. K. F. LAND, Advocaat te Leiden.

De titel van dit opstel eischt welligt eenige opheldering. Zeker zal het gemakkelijker begrepen worden, als de zamenhang is aangewezen, dien ik bedoel tusschen mijne opmerkingen over de drie genoemde punten. Ik wil dus beginnen met het aangeven van de strekking en den loop van mijn betoog.

Mijn hoofddoel is de ontwikkeling van eenige beschouwingen over de wisselverbintenis. De tegenwoordig heerschende voorstelling meent den oorsprong dier verbintenis en den grond harer eigenaardigheden te vinden in haren vorm. Gaarne gaf ook ik aan haar de voorkeur boven het heirleger der andere wisseltheorieën van vroeger' en lateren tijd; maar, op hoe verschillende wijze ook haar principe wordt uitgewerkt, zelfs zij bevredigt mij niet ten volle. Immers, wij zien daardoor den wissel wel levendig geschilderd, maar niet het begrip ontvouwd, niet de bijzondere natuur van dit handelspapier verklaard.

Toen EINERT had aangetoond, hoe zeer de gewrongene theorieën van vroegere tijden over den wissel zich losgemaakt hadden van de waarheid en het leven, ontstelde de wetenschap zeer, en met grond. Geheel verslagen toonde zij haar berouw, bestudeerde vlijtig het wezen van den wissel, en als vrucht van dien arbeid gaf zij LIEBE's theorie van den *Formalakt*: de wisselverbintenis is als de stipulatio; zij is van formeelen aard; heeft hare causa in zich zelve, ontstaat door het schrift, en dergelijke formuleeringen meer. Aan de eischen, die toen ter tijde het sterkst zich deden hooren, beantwoordde die theorie: zij gaf het karakter aan van den wissel, doch zij was nog onvolmaakt, er was nog verklaring noodig van het aan het licht gestelde feit; zij liet dus —

om enkel te spreken van praktische gevolgen dier onvolkomenheid — o. a. de vraag over den grens dier wisselverbintenis onbeantwoord; in hoever b. v. ligt het in haar' aard, dat ook tusschen trekker en acceptant eene wisselactie zal bestaan? Evenmin lost zij ons op, of bij verzuim van protest de geheele wisselactie moet worden ontzegd, dan wel of men moet onderscheiden tusschen culpa en casus, tusschen culpa met of zonder gevolgen, tusschen endossanten en trekker; veelal beslist men: zonder protest geene wisselactie, want protest is vorm; men stelt een' regel, doch geeft geen argument.

De wetenschap schijnt hier dus eenigzins ontrouw aan hare roeping: de verlamming, die haar voor ongeveer dertig jaren trof, duurde te lang reeds. Het was loffelijk dat zij, alvorens verder te gaan, nauwkeurig de zaak ging onderzoeken welke zij, blijkens hare vroegere leeringen, niet regt meester was. Maar nu kan zij hare taak als regtsgeleerde weér opvatten; de praktijk heeft aan haar' steun behoefte, hier zooals elders; meer welligt, want de wissel schijnt nog geenszins zijne volkomene ontwikkeling te hebben bereikt.

Het is waar, na het ontstaan der theorie van den Formalakt is veel aan den wissel gearbeid. Niet alleen, dat wij verrijkt zijn door grondige en scherpzinnige onderzoekingen over de beteekenis der formeele verbintenissen, vooral voor het Romeinsche regt, maar zelfs is de basis der wisselverbintenis het onderwerp van twee geheel verschillende theorieën geworden, die toch beide van den formeelen aard uitgaan. Thöl ziet in den wissel een contract, gesloten tusschen trekker en nemer, en bij elken overgang herhaald met den volgenden houder des wissels, terwijl natuurlijk hetzelfde geldt bij elken endossant en bij den acceptant: ook deze contracteeren telkens, niet alleen op het oogenblik dat zij den wissel geven, maar ook zoo dikwijls door een lateren houder de wissel genomen wordt. Anderen daarentegen, in de eerste plaats KUNTZE, beschouwen het ontstaan der wisselverbintenis als eene schepping, de tekening bindt reeds voor dat de wissel is afgegeven, geheel als eenzijdige handeling.

Beiden dan vatten de wisselverbintenis op als eene formeele verbintenis, waarbij „de vorm geldt als causa, in de plaats „treedt der regtsoorzaak, en de verbintenis onafhankelijk maakt „van hare bijzondere regtsoorzaken,“ (1) en als „ein Form- „vertrag, denn er hat keine Causa debendi, als das Geben und „Nehmen des Wechsels,“ (2) alleen verbindt de een aan dien vorm meer gevolgen dan de ander. De reden evenwel, waarom de vorm die gevolgen heeft, wordt door geen hunner genoegzaam helder gemaakt, tenzij men daartoe de vergelijking met de Romeinsche formeele contracten wil laten dienen. Dit is mijn eerste bezwaar. Buitendien schijnt mij die leer bepaald onjuist te zijn; er wordt aan den vorm te groote beteekenis toegekend; het komt mij voor dat de vorm nooit de gevolgen zou kunnen hebben, die men er aan toeschrijft; en dat, zelfs al ware dat mogelijk, bij den wissel eigenlijk geene vormen bestaan in den zin, waarin men dat voorstelt. (3)

Het is duidelijk, ja, is eens de wissel geschreven, dan is alle quaestie uitgemaakt; niet alleen is het dan zeker dat men verbonden is, maar buitendien is het nu niet meer de vraag, waarom de verbintenis werd aangegaan, zoodat het verschil in karakter en omvang, dat bij andere verbintenissen plaats

(1) Mr. J. G. KIST, Handelsregt, II. 15.

(2) THÖL, Handelsrecht, II. 312.

(3) Men is in de terminologie niet altijd even bepaald; soms vat men formeel op als vormelijk, soms zelfs als aangegaan in vormen door de wet voorgeschreven; soms weder verstaat men daaronder alleen het uiterlijke, omdat men „aus der Gesamtheit der Vorgänge unter den Contrahenten ein bei jedem „obligatorischen Verträge vorzugsweise zur äusseren Erscheinung kommendes „Moment, nämlich die Erklärung des übereinstimmenden Verpflichtungs- „willens, herausreiszt um daran rechtliche Folgen ohne Rücksicht auf die der „gewollten Obligation zuge dachte materielle Bedeutung zu knüpfen.“ (SCHLESINGER, zur Lehre von den Formalcontracten p. 9.) Het is duidelijk dat, naarmate de term algemeener wordt opgevat, de daarmee bedoelde begrippen moeilijker zijn aan te vallen, maar daarentegen ook van minder beteekenis zijn. Zeer dikwijls spreekt men van *formell*, als men de eerste beteekenis, van vormelijkheid, bedoelt, van *formal*, als men alleen de abstractie van causa wil uitdrukken.

vindt als het gevolg van verschil in oorzaak, hier geheel wegvallt. Het is dus hier als met stipulatie en *literarum obligatio*; bij allen, zoo redeneert men, is de vorm oorzaak der verbintenis. Men kan dit nu opvatten in tweeërlei zin, met geen van welke ik mij echter kan vereenigen. In de eerste plaats zou men kunnen bedoelen, dat de vorm de verbindende kracht geeft, de regtsgrond is. *Dit* denkebeeld schijnt gelegen te zijn in de vergelijking met *verborum* en *literarum obligatio*, die eerst met dien vorm eene actie erlangen; *deze* beteekenis moet men wel in de eerste plaats hechten aan den gewonen regel: „de verbintenis ontstaat hier uit het geschrift” en vooral, *dit* schijnt de meening te zijn van hen, die naast de verbintenissen uit overeenkomst en uit de wet, die uit den vorm stellen, (4) en derhalve aan dien vorm eene regtscheppende kracht toekennen, gelijk aan die van den wil der maatschappij, hetzij deze zich geheel uit eigen beweging doet gelden, of in aansluiting met den wil der handelende partijen. Die vergelijking met de Romeinsche formeele contracten, en die regel: „de vorm is hier oorzaak” kunnen echter in de tweede plaats dezen zin hebben, dat door den vorm de verbintenis geabstraheerd wordt van hare bijzondere *causa*, van de aanleiding en het doel der belofte, eenvoudig een *Summen* versprechen (THÖL), een *Geldzahlungs*versprechen (RENAUD).

De eerste beschouwing acht ik geheel verwerpelijk. Om mijne bezwaren daartegen te ontvouwen wil ik de vraag behandelen, welke kracht de vorm kan hebben om eene verbintenis te doen ontstaan; vooral moet ik daarbij het oog houden op het Romeinsche regt, en word dus gebragt bij de *Promissio* en *Stipulatio* en bij de *causa civilis obligandi* in het algemeen. Ook de andere opvatting zou ik niet gaarne onvoorwaardelijk onderschrijven; daarom wil ik onderzoeken, hoe de formeele aard eener verbintenis haar onafhankelijk kan maken van hare mate-

(4) KIST, *Wisselregt*, p. 2. Zeer vreemd klinken dan zeker de gezegden zamen: „Wissel is noch overeenkomst noch verbintenis uit de wet;” en „De wissel is als de stipulatie;” deze toch behoort bij de overeenkomsten.

riële causa, en ook daarvoor keer ik mij naar het Romeinsche regt: eene welligt overdrevene opvatting der bona fides liet die onafhankelijkheid van causa alleen toe bij stricti juris contracten. Zoo word ik gebragt naar de uitlegging der verbintenis ex stipulatu, in 't algemeen naar de condictio. Beide onderwerpen werden misschien uitvoeriger behandeld dan noodig was voor het doel, toepassing op den wissel. Het was mij echter, als ik behoorlijk mijne conclusies wilde nemen, moeijelijk een klein gedeelte dier leerstukken in een voldoende licht te plaatsen; en ik hecht zeer aan die conclusies, omdat zij moeten aantoonen én hoever die gelijkstelling met de Romeinsche instellingen kan gaan, én welke regels wij, in het algemeen, bij de beantwoording dier vragen moeten vooropstellen. Zoo ontstonden twee uitweidingen, waarvoor ik in mijn opschrift wilde waarschuwen.

Aan de resultaten dan, die ik mij vleide te zullen verkrijgen, wil ik de wisselverbintenis toetsen. Ik zal kunnen nagaan, in hoever de vorm des wissels, ook al ware hij formeel als stipulatio en dergelijke (wat wij bij de behandeling der wisselverbintenis zullen onderzoeken), in staat zou wezen, 't zij de geheele verbintenis te doen ontstaan, 't zij haar eene bijzondere natuur te geven. En wat de beweerde analogie met het Romeinsche regt betreft, wij zullen zien, dat de wissel zijne causa obligandi geenszins kan putten uit den vorm, dat zelfs ten opzichte van de abstractie en algemeenheid der verbintenis een belangrijk verschil bestaat tusschen wissel en verborum of literarum obligatio.

Wanneer dan de bezwaren tegen die theorieën zullen ontwikkeld zijn, wil ik trachten eenige eenvoudige beschouwingen daar tegenover te stellen.

De welwillende lezer meene evenwel niet, dat bij mij de waarheid mijner stellingen vaststaat. Wanneer ik daareen al beweerde, dat de wetenschap hare taak in dezen niet geheel vervulde, stel ik mij zelven hier nog niet als haar' vertegenwoordiger, aangewezen om voor goed het verzuimde te verbeteren. Ik meen op mijnen weg zoovele dwalingen en onnauwkeurigheden te ontmoeten, dat de waarschijnlijkheid steeds grooter voor mij wordt, dat ook ik mij moet vergissen niet alleen in punten van ondergeschikt belang, maar in de hoofdzaken zelfs. Men be-

schuldige mij dus niet van overmoed, als ik den staf durf breken over de leer van velen, voor wier oordeel en kennis ik de eerbiedigste achting koester. Ik begeer slechts helderheid over de begrippen, die ik ga bespreken en niets zal mij liever zijn dan, ook van anderen, die te ontvangen.

Causa civilis obligandi.

De regtsgrond eener verbintenis, bepaaldelijk de reden waarom het regt aan eene overeenkomst verbindende kracht toekent, is nimmer gelegen in den vorm, zoomin als ooit eenige regtsbetrekking *enkel door* vormen kan ontstaan. Dit schijnt zoo waar dat ik schroomde het neêr te schrijven; telkens bekruipt mij de vrees, dat ik hier tegen onschuldige windmolens de wapens aangord. En toch, het komt mij voor dat men zich rustig neêrlegt bij de gewraakte voorstelling. Zelfs SAVIGNY ontwikkelt dit zijn punt van uitgang bij de behandeling der *causa civilis obligandi* niet nader; de Volkssitte, zegt hij (5), eischte die vormen, maar hij toont ons niet aan waarom, als die vormen aanwezig waren, *daaraan* gevolgen werden verbonden. En ook bij het handelspapier wordt door de voorstanders der creatietheorie niet verder verklaard, waardoor de vorm den houder tot crediteur kan maken, terwijl toch de wensch niet onredelijk schijnt, om te vernemen hoe hier die enkele teekening, volgens hen de eenige vorm, regt kan geven aan iemand, die noch, als bij overeenkomst, medewerkte door wilsverklaring, noch wegens bijzondere gronden van billijkheid of van maatschappelijk belang, als bij verbintenissen uit de wet, behoort te worden beschermd.

Het is volkomen duidelijk, dat bij sommige verbintenissen alleen naar uiterlijke omstandigheden wordt gevraagd, maar is daarom die uiterlijke omstandigheid, dat teeken, de regtsgrond der verbintenis? Evenmin als bij andere verbintenissen de *causa juris* in het werkelijk gebeurde, in het materieele kan gelegen zijn.

Bij elke regtshandeling is natuurlijk datgene de regtsgrond,

(5) Oblig. II. 197. 220.

wat het feitelijke met rechtsgevolgen voorziet, nl. de aanneming en erkenning van den verklaarden privaten wil door de maatschappelijke overtuiging. Wij willen nagaan welke beteekenis daarbij de vorm kan hebben, waarin het negotium werd gesloten.

Die sociale overtuiging was in Rome anders dan bij ons.

Bij de maatschappij van het oude (6) Rome stond het volk op den voorgrond en het regt had zijn' grond in den wil van het Romeinsche volk; vandaar dat alleen een lid van het volk aan dat regt kon deelhebben. Als maatschappij gold niets dan de stad zelve, en het kon moeilijk anders: de oude Romein, van nature weinig sociabel, ingesloten binnen de steile muren van de stad en, voorzoover hij daar eens overheen zag, niets bespeurende dan bureu, met welke hij in gedurige onmin leefde, moest wel tot die bekrompene, kleinsteedsche opvatting van de maatschappij geraken. (7) Voor hem was dus regtsbron de wil zijner maatschappij, d.i. de wil van het Romeinsche volk — niet als staat, maar als samenleving — en die wil openbaarde zich, door wet of gewoonte, zeer gemakkelijk en zonder veel onzekerheid over te laten. Hun regtsbron was zeer helder, ofschoon zeker minder voldoende aan onzen smaak.

Geheel anders is onze maatschappij. Terwijl Rome, zelfs toen het de wereld in zich had opgenomen, altijd zijn eerste karakter behield, bepaaldelijk zijn regt tot in de laatste tijden nog in allerlei opzichten liet blijven het regt van de stad Rome, heeft het tegenwoordige privaatrecht, bepaald wat de vermogensregten aangaat, een cosmopolitisch karakter, zooals ons maatschappe-

(6) In de alleroudste tijden was zeker elke handeling verbonden aan religieuse formaliteiten; er was nauwe samenhang tusschen jus en fas, elk contract zal dus wel met eeden, offers, plengingen en dergelijke gepaard zijn gegaan; ook de Grieken toonen ons de sporen daarvan in de Homerische contracten. Bepiegelingen echter over dien tijd zouden hier weinig vrucht dragen. Eéne opmerking slechts: bij die eenheid tusschen jus en fas was het onmogelijk voor den van het Romeinsche fas uitgesloten vreemdeling, om deelenemen aan hun jus.

(7) Ik spreek van het jus civile; misschien is de bewering gegrond, dat reeds oudtijds Rome eene zeer respectabele handelsstad was en een levendig verkeer met de naburen onderhield; het jus civile echter draagt daarvan de teekenen niet.

lijk verkeer reeds sints eeuwen ver buiten de toevallige grenzen van eenigen staat zich uitstreckte. Wij zien niet meer, als bij de vroegere Romeinen, het privaatrecht dienstig gemaakt aan het staatsbelang, en wij zien ook slechts in enkele kleinigheden, die steeds zeldzamer worden, het burgerschap als vereischte gesteld voor de private regtsbevoegdheid.

Het is waar, ons stellig recht wordt geregeld naar het territoir der verschillende staten; doch, niet alleen dat zeker de hoofdtrekken, althans bij het vermogensrecht, de begrippen teruggeven die over de geheele beschaafde wereld gelden, maar ook, die staten maken dat recht niet; het recht van het cosmopolitisch verkeer zou zijn grond niet kunnen vinden in den toevalligen wil van een of ander volk of staat. Deze formuleert slechts die algemeene regelen; de uitgebreidere maatschappij mist in hare overtuiging die vastheid en bepaaldheid, welke men in de begrippen vindt van een beperkteren kring: het is dus noodig de regelen te maken tot stellige voorschriften, waarnaar de regter kunne rechtspreken, tot beschreven instructies dus voor den regter. Die formulering is verschillend, zoowel omdat de overtuiging eenigszins wisselt, alsook omdat zij het werk is van verschillende personen, waarvan zelfs sommigen hunne roeping te buiten gaan door allerlei nieuw recht te scheppen. Maar toch bestaat voor vreemdelingen en burgers hetzelfde recht, omdat geregeld worden de regtsbetrekkingen tusschen privaatspersonen in het algemeen. En wat aangaat den regtsgrond, deze is bij iedere handeling gelegen in de goedkeuring van die meer uitgebreide maatschappij. Die goedkeuring is stilzwijgend, zij zou ook moeilijk anders een orgaan vinden; en de wil van het individu wordt als algemeene regel erkend, zoo dikwijls de maatschappij geene gronden ziet om er zich tegen te verzetten. De strekking toch van deze is niet de vernietiging van het individu om daarna alle regten als concessieën van haar te doen uitgaan; veeleer stelt zij op den voorgrond vrije ontwikkeling van den individueelen wil. dien zij enkel regelt juist om zijne algemeene en volkomene werking te verzekeren.

Bij de Romeinen is dus bij elk negotium noodzakelijk, behalve den privaten wil, de positieve wil van het volk: tegen-

woordig is het in 't algemeen geldig zonder verder vereischte. Passen wij dit toe op de contracten, dan is het ons duidelijk, dat als rechtsgrond der overeenkomsten in ons regt de algemeene wil moet gelden van de maatschappij, die evenwel — daargelaten haar belang om des noods handelend op te treden en, door de overeenkomsten te beschermen, het publiek vertrouwen voor schokken te bewaren — haar reeds als verbindend erkent (en dat stilzwijgend) omdat partijen wilden. En evenzeer moet het ons blijken, dat het Romeinsche civiele regt iets meer vorderde. Dit wil ik nader onderzoeken.

Om volgens het jus civile in Rome aan de overeenkomst volkomene werking te geven, om er eene civiele obligatie uit te doen voortvloeijen, was in den regel noodig de vorm; de vorm was de regelmatige *causa civilis obligandi*, de oorzaak waardoor uit overeenkomst de civiele verbintenis ontstond.

Waardoor nu had de vorm die kracht? Als reden wordt opgegeven, 't zij geheel onbepaald en weinig ophelderend de Volkssitte, 't zij het praktische nut, daar het nu zeker is dat partijen ernstig wilden (8). Dit laatste echter zou alleen kunnen gelden als motief om *zonder die* vormen de overeenkomst *niet* als verbindend te beschouwen, geenszins maakt het duidelijk, welke positief scheppende kracht die vormen in zich sluiten; het is de ratio b.v. waarom verstandige wetgevers de schenking niet erkennen zonder notarieele akte, geenszins de grond, waarom de enkele vorm een actie geeft. (9)

Houden wij evenwel in het oog, hoe de regtsoorzaak van alle negotia bij de Romeinen in den wil des volks bestond, dan ligt het juiste antwoord voor de hand: in die vormen moet een bestanddeel gelegen zijn, dat dien wil des volks representeert. Wij vinden het in de vijf getuigen, de vertegenwoordigers der vijf classes, bij de drie zuivere legitimaes *conventiones*, *nexum* en de beide andere formeele contracten,

(8) SAVIGNY, Oblig. II. 218.

(9) SAVIGNY, II., dit inziende, komt op p. 220 tot explicatie op die Volkssitte terug, alleen echter om uit het algemeen erkende vier vormen te concluderen tot het gelukkige vier keuze.

stipulatio en expensilatio (10). Het volk, bij al die contracten medewerkende, gaf daardoor de volkomene, civiele werking. (11)

Maar in vele gevallen was de vorm misplaatst. Er waren overeenkomsten, die te dikwijls voorkwamen om altijd formeel te kunnen worden gesloten. Stel b.v. koop en verkoop, huur en verhuur (12): de *cives Romani* zouden als partijen én als getuigen daarbij te veel werk krijgen. Er waren andere, waarbij de vorm ongepast zou wezen, zoo mandaat en societas, beide geheel gegrond op welwillendheid en vertrouwen: men denkt daar aan geen bindende vormen (en al doet men het, men durft het ligt niet te zeggen), en het gevolg zou wezen dat men bij opkomende moeilijkheden geene actie had.

Die overeenkomsten erlangden volkomen kracht zonder dat er eenige vorm werd vereischt: het waren de *contractus nominati*, d.z. de door het *jus civile* erkende contracten. Het motief,

(10) Ik erken, alleen bij *nexum* wordt van die getuigen gesproken, maar zeker heeft de stipulatio, die dadelijk uit *nexum* ontsproot, wel ook dien vorm geeischt. Zie b.v. ook *Cic. pro Roscio Com. C. 5*: *stipulatum non esse taciturnitas testium concedit*. En daar het nomen *transscriptitium* vormen eischte bestonden die waarschijnlijk wel in getuigen. Evenwel het *nexum* is hier de type, wij spreken hier van den oorsprong der formeel contracten; welligt ook was bij de opkomst en ontwikkeling van stipulatio en vooral expensilatio het voorschrijf over vormen reeds eene verdere, nader te bespreken periode ingetreden.

(11) Ik maak dus eene scheiding onder de hier vereischte vormen. Gedeeltelijk scheppen zij regt — als zoodanig komen de vijf getuigen in aanmerking — gedeeltelijk worden ze meer negatief gevorderd, zonder hen zal geen regt bestaan; daartoe behoort de strengheid van vraag en antwoord. Voor dat laatste deel der vormen nu is SAVIGNY'S opmerking gepast, dat zij door de volksgebruiken waren voorgeschreven, en dat deze daarbij niet zonder oordeel te werk gingen. Het is te begrijpen hoe eene eenigszins primitieve maatschappij een' vorm van wilsverklaring eischte, die zeer bepaald de overeenstemming der partijen uitdrukte, en die misschien nog eenigszins aan de formulieren der pontifices herinnerde. Maar, ik herhaal het, in dat gedeelte der vormen ligt evenmin regtscheppende kracht als in de nu bij enkele handelingen voorgeschreven formaliteiten, *zonder welke* zij krachteloos zullen zijn.

(12) Volgens SAVIGNY II. p. 225 eischte men hier geene vormen, omdat hier minder vrees was voor overijling of misvattingen; die contracten toch waren zoo algemeen gebruikelijk, dat er geene vergissing bij denkbaar was. Men ziet echter dikwijls hoe onberaden b.v. juist het bekende koopcontract wordt gesloten; al kent men het contract in abstracto, over de zaak of de bijomstandigheden bedriegt men zich welligt.

waarom zij van de vormen werden vrijgesteld, is duidelijk, maar welke is nu hier de *causa civilis obligandi*? Veelal wordt als zoodanig voorgesteld de *res* of de *consensus*, de overgave der zaak of de enkele zamentreffende wil; er zijn n.l. twee categorieën van de *nominati*, *re perficiuntur* of *consensu*. Echter is noch de overgave der zaak regtsgrond, noch de eenvoudige wilsverklaring. Vooreerst, er is geen enkele reden, bepaaldelijk niet in het Romeinsche systeem, om in eene dier twee omstandigheden een oorzaak voor het regt te zien; maar ook, waarom niet in alle gevallen waar *consensus* was, eene geldige verbintenis aangenomen? Ruil- of schenkingscontract b.v. hadden evenzeer *consensus* en gaven toch daarom nog geene actie. Waarom ooit *res* gevorderd als *consensus* reeds in staat was eene actie te geven? Die voorstelling derhalve, ofschoon misschien bij latere Romeinsche juristen steun vindende, moet onjuist zijn. Al vereischen zij niets buiten *res* of *consensus*, toch hebben die contracten niet daaraan hunne civiele werking te danken; de Romeinsche jurist uit den bloeitijd van het regt, toen het tot onze begrippen, tot die van het *jus gentium* was genaderd, toen ook het karakter der *causa civilis obligandi* geheel vervallen was, miste welligt (hij was meestal zelfs vreemdeling) het inzicht in den oorsprong eener instelling, die geheel geworteld was in het *jus civile*.

De *causa civilis obligandi* ligt hier integendeel in die opneming in het civiele regt: eene opvatting, die zich geheel aansluit aan onze voorstelling, dat de oorzaak der actie gelegen is in den volkswil. Immers het oude *jus civile*, geheel gewoonte-regt, was de dadelijke uitdrukking van de overtuiging des volks.

Welke der *contractus nominati* nu het eerst zouden zijn erkend? Waarschijnlijk die, welke *re perficiuntur*. Daar toch is altijd een werkelijk geleden nadeel: geene van die overeenkomsten is denkbaar, tenzij de crediteur reeds zijne zaak afgaf; daar moest dus wel het eerst de schreeuwend onbillijkheid in het oog vallen om, bij verzuim van vormen, bij het niet inroepen van de medewerking des volks bij elke overeenkomst, de actie te moeten missen: door ééne actie verkrijgt men nakoming van het contract en restitutie der gegevene zaak. Eerst

daarna volgden vermoedelijk de consensueele contracten, waar alleen sprake is van winstderving, waar ten minste de partijen het werkelijk nadeel, door het afgeven der zaak geleden, zich zelve te wijten hebben. Dit is echter wel alles wat men, met eenigen schijn zelfs van waarheid, kan onderstellen over de orde, waarin ze elkander opvolgden; de vraag schijnt dan ook van weinig gewigt.

Die onderscheiding echter tusschen de *contractus, qui re of consensu perficiuntur*, is vruchtbaarder in een ander opzigt. De eerste worden alle zonder uitsluiting erkend, en eveneens alle die met hen 't karakter gemeen hebben, dat het aangaan daarvan steeds gepaard gaat met dadelijk nadeel: bij alle wordt, zoodra de regtsbetrekking bestaat, ook eene actie gegeven, het *damnum emergens* is altijd voldoende motief. De laatste daarentegen worden niet altijd erkend: bij het *lucrum cessans* moeten nog andere omstandigheden komen, voordat het regt er toe overgaat eene vordering toe te kennen.

De consensueele contracten vereischen geene verdere beschouwing. Het zijn de vier (vijf) door het *jus civile* erkende, verder de zoogenaamde *pacta confirmata*, *praetoria* of *legitima*; deze hebben even als de *nominati* hunne *causa civilis obligandi* in de erkenning door het regt, nl. door praetor of keizer, beide in latere tijden organen van den wil des volks.

Eenige nadere uitwerking daarentegen verdienen de *contractus, qui re perficiuntur* en wat daarin zamenhangt. Daartoe behoort vooreerst het *contractus innominatus*, dat zijne actie eerst heeft na voldoening door eene der partijen. Daar wordt de *causa civilis obligandi* veelal voorgesteld als gelegen in de voldoening. Echter is dit evenmin hier waar als bij de *nominati qui re perficiuntur*; de praestatie levert wel een gezond motief voor het regt om de vordering toe te kennen, geenszins eene juridische noodzakelijkheid. De regtsgrond schijnt mij ook hier gelegen in de erkenning door het regt. Die erkenning heeft in beide gevallen plaats wegens het *damnum emergens*, bij beide werd de crediteur verarmd. Er is echter tusschen de twee een aanmerkelijk verschil, voldoende om verschillende actie te geven, in het eene geval die van denzelfden naam, in het andere

de actio in factum praescriptis verbis. Bij de contractus nominati toch, qui re perficiuntur, is de bedoeling van partijen terug te hebben wat men gaf; zelfs bij mutuum is dit waar, men verlangt wel niet dezelfde zaken terug, maar dezelfde quantiteit en juist dit is de beteekenis van geld en de overige res fungibiles; men wil herkrijgen wat economisch hetzelfde is als 't geen men gaf. Altijd dus erlangt men door eene enkele actie het gegevene terug en tevens verkrijgt men nakoming der overeenkomst. Bij innominati contractus daarentegen vordert men, wat men praesceerde, terug door de condictio ob causam datorum, terwijl de waarschijnlijk jongere actio in factum praescriptis verbis regelmatig dient om eene geheel andere tegenpraestatie te verkrijgen. Het is dus een stap verder gegaan dan bij de reële contracten, maar nog niet de aan de consensueele betoonde liberaliteit: altijd toch blijft werkelijk verlies noodig, voor dat eene actie wordt gegeven. (13)

Verder behoort tot de actiën, die naar analogie der contractus nominati re perfecti worden toegekend, de actio contraria; ook hier verkrijgt men de actio enkel op grond van het damnum emergens. De commodatarius heeft natuurlijk, al is het bij de ontvangst, het pactum de commodando gesloten, maar toch heeft hij geene actie om de zaak op te eischen, noch

(13) Volgens de bovenstaande beschouwing is het mij moeilijk in te stemmen met de bewering van LIEBE, *die Stipulation und das einfache Versprechen*, p. 364, en van SCHLESINGER, II. p. 200, dat nl. de actio in factum praescriptis verbis ook toekomt aan hem, die bij stipulatio belooft geld terug te zullen geven, dat hij ter leen zal ontvangen; dit zou zijn facio ut des. Ook GNEIST, *die formellen Verträge* p. 169, verwerpt die meening niet geheel. Het schijnt mij echter toe, dat factum of datum alleen beteekenen een bepaald feitelijk nadeel; de door de Romeinen zelf aangegevene analogie met de re perfecti doet besluiten, dat eerst als schade is toegebracht zooals daar het geval is, het contract die phase is ingetreden om eene actie te kunnen geven. Beschouwt men reeds de aangegeven stipulatie als schade, dan vergeet men dat nog niets is afgegeven of gepraesceerd, dat men bij die stipulatie zelfs nog niets risqueert, tenzij men haar zeer onvoorzigtig had ingerigt en dat, als men alle gevaar reeds voldoende acht om als praestatie te gelden, zelfs het nudum pactum om het te ontvangen mutuum te restituereen eene actie moet geven; wat dan ook verstandig zou wezen, omdat anders, hoe sterker iemand zich verbonden had, zijn regt des te volkomener zou worden

ook om haar terug te vorderen, als zij wel reeds door hem werd ontvangen, maar vóór den gestelden tijd weér in handen van den gever geraakte (14). De traditio gaf alleen den gever regt, niet den ontvanger. Eerst als deze later werkelijk nadeel leed, onkosten maakte, schade had door dolus of culpa, eerst dan vond het regt voldoende grond hem eene actie toe te kennen en ook alleen voor zoover dat *damnum* zich uitstreckte. — Uit dit alles blijkt dat de *perfectio re* moet worden opgevat minder in den zin alsof altijd en alleen *rei traditio* hier voldoende is, eerder is het de toestand van werkelijk verlies. En geenszins is er eene juridische noodzakelijkheid, waarom die *res* eene actie moet doen ontstaan, alleen motieven van billijkheid levert zij op.

Een' enkelen regtsgrond derhalve vinden wij voor de verbindende kracht van alle contracten, denzelfden regtsgrond, die voor alle civiele instellingen gold, nl. den positieven wil des Romeinschen volks; bij de formeele contracten, omdat bij elk contract het volk medewerkt, bij de uit het *jus gentium* overgenomenen *nominati* en *innominati*, omdat het *jus civile Romanum*, d.i. het Romeinsche volk, eens voor al die categorie met eene actie voorzag. Het is waar, in latere tijden werden zeker die beginselen niet vastgehouden; bij *stipulatio* b.v. en *expensilatio* verloor men later het zoo wezenlijke vereischte der getuigen uit het oog. Zoo werd er ook gezondigd tegen de zuivere opvatting der *actio in factum praescriptis verbis*, men gaf die bij *precarium*, bij *donatio mortis causa* en andere gevallen, waarin men hetzelfde terugeischte als wat gegeven werd (15). Echter is het begrijpelijk hoe van lieverlede de zin

(14) Anders is het nu; daarom worden soms tegenwoordig alle contracten consensueel genoemd; teregt in zoover dat elk contract dadelijk begint consensueel te zijn, en als zoodanig te binden; maar als eens gegeven is, bij leen en dergelijke, komt de betrekking in eene zoo geheel andere periode, dat men dan nog wel van reële contracten kan spreken, die door consensueel worden voorafgegaan.

(15) De Pandekten geven ons nog bewijzen over de onzekerheid onder de Romeinsche juristen omtrent die *actio in factum praescriptis verbis*. Zie b.v. l. 7 § 2 D. de pactis en de bekende strijd tusschen Paulus in l. 5 § 3 de praescrip. verbis en l. 9. 15. 22 en 25 eod.

dezer civiele instelling vergeten werd en hoe, zelfs al ware dit niet het geval, de ontwikkeling der maatschappij de oude banden moest doen breken.

Dit niet alleen, maar ook het karakter der zaak werd in latere tijden geheel gewijzigd: men behield de oude vereischten, ofschoon met vele vrijheden, daar men ongaarne het oude verwierp en vooral omdat men praktische voordeelen zag in een systeem, dat men op juridische gronden had aangenomen. Van *causa civilis* kon men toen eigenlijk moeilijk meer spreken, na den val van het echt civiele regt en de principes daarvan, tenzij voor zoo verre dit ook nog voor ons regt mogelijk is. Tegenwoordig kan men, als men wil, *causa obligandi* noemen de erkenning door het regt, in zoover dat alle overeenkomsten in den regel erkend worden zonder verdere vereischten, slechts enkele gelden niet zonder vormen; in het keizerlijk regt waren in den regel slechts in forma aangegane contracten erkend, enkele weinige golden zonder vormen. Het scheppend element was overal uit de vormen vervallen, alleen was dat gedeelte overgebleven, zonder 't welk de wilsverklaring niet volkomen is. Voor die latere tijden dus past de leer, dat de wetgever vormen eischt om zeker te zijn van den ernstigen wil van partijen, dat hij alleen in enkele gevallen die vormen onnoodig acht, vooral als reeds iets werd gepraesteerd, soms na de enkele overeenkomst.

Voor het oorspronkelijke en zuivere begrip der *causa civilis obligandi* schijnt echter die laatste voorstelling niet voldoende. Op praktische gronden zag het oude regt niet zeer; het was wanhopig streng dogmatisch; volkomen verklaarbaar, als men nagaat dat de pontifices het beheerschten; en dat zij voor de eischen van het praktische leven weinig eerbied hadden. Maar ook die praktische gronden zouden geene voldoende verklaring geven; wij moeten een grond hebben, waarom een vorm als zoodanig volgens de oude principes regt zou scheppen; en die bestaat evenmin als die, welke van den anderen kant uit de praestatie eene actie zou doen ontstaan. Zelfs voor het Romeinsche regt

dus schijnt het mij onjuist van formeele of materieele causa, zonder meer te spreken, in den zin van causa civilis obligandi, alsof in den vorm of in eene handeling de magische kracht kon liggen opgesloten om een regt te doen ontstaan.

En wat zelfs waar is voor de contractus, geldt evenzeer voor de pacta en voor onze overeenkomsten. Het regt spruit daar nimmer voort uit den vorm, noch uit eenige handeling, noch uit den enkelen wil. De cosmopolitische maatschappij, waarin zoowel het Romeinsche pactum als onze overeenkomsten geworteld zijn, neemt als algemeenen regtsgrond voor alle juris negotia het algemeen goedvinden; dit is het, dat na bepaalde handelingen, in den regel reeds aan de enkele wilsverklaring, rechtsgevolgen toekent.

Passen wij dit toe op de wisselverbintenis (wij hopen later haar verband met de overeenkomsten aan te toonen) dan blijkt het, dat nooit de vorm bij de schepping dier verbintenis de beteekenis kan hebben, welke zij bij de Romeinsche formeele contracten erlangde (16). Daar was in dien vorm oorspronkelijk de destijds noodzakelijke positieve aanneming door de maatschappij. Bij den wissel echter zou, evenmin als bij eenig negotium van den tegenwoordigen tijd, de vorm dien zin niet *kunnen* hebben; die bepaalde goedkeuring is nu niet meer noodig.

Trouwens in den vorm van geen handelspapier ligt iets dat, in de verte zelfs, doelt op erkenning door eenige maatschappij.

En is de gelijkstelling des wissels met de formeele contracten in de oude, ware beteekenis onjuist, natuurlijk nog minder afdoend is eene vergelijking met den vorm als vereischte voor de contracten van lateren tijd; men zou dan een

(16) Geenszins dan ook alle voorstanders der creatietheorie beroepen zich op dié analogie, welke natuurlijk te veel aan overeenkomsten zou doen denken. KUNTZE zelf wijst voor het Romeinsche regt vooral op de verkrijging van makingen krachtens testament. Maar er zijn onder zijne volgelingen, die de genoemde vergelijking maken, die verder den wissel doen ontstaan uit den vorm, en om hen te bestrijden was het noodig die Romeinsche contracten nader te beschouwen.

legio overeenkomsten van den tegenwoordigen tijd op ééne lijn met de stipulatio mogen stellen.

Wij komen nu tot de tweede vraag: in hoe ver kan de vergelijking met de Romeinsche formeele contracten en de regel: „de vorm is hier oorzaak“, juist zijn in de betekenis dat de verbintenis van hare eigene, bijzondere causa onafhankelijk wordt gemaakt?

Elk negotium juris heeft, behalve de goedkeuring door den algemeenen wil, als hoofdvereischte de wilsverklaring van het individu, die de handeling schept. Die wil is dus steeds de causa impulsiva. Wij willen zien van welk gewigt de vorm bij dit vereischte der overeenkomst kan zijn.

Op tweeërlei wijze kan men den wil der partijen opvatten; men kan zijn' oorsprong en al zijne bijomstandigheden in aanmerking nemen, juister gezegd, op den wil letten in zijn' geheelen omvang, of wel men vraagt slechts naar een uitwendig teeken van den wil, blijft daarbij stilstaan en volgt dus eene meer bekrompene interpretatie. Men belooft b. v. iets te geven; dit kan zijn enkel uit vrijgevigheid, als schenking, of in verband met eene praestatie die men 't zij vroeger verkreeg, als voldoening, 't zij daartegenover nog wil verkrijgen. Het kan dus zijn causa lucrativa, waarbij men geeft donandi animo, of causa onerosa, waar men solvendi of credendi animo zich verbindt. Tusschen deze twee causae staat eene derde (17), de kans-

(17) Men noemt dikwijls als eene derde soort van causa de bedoeling om te verzekeren of te versterken, bij borgtocht b. v. en constitutum. POTHIER stond die meening reeds voor; zie verder ook b. v. SCHLESINGER II. p. 8. Tusschen den schuldeischer en den nieuwen schuldenaar is dit echter schenking, tenzij soms daartegenover iets gepraesteerd wordt, en dan is het causa onerosa. Geste'd dat ik geheel gratis aan iemand beloofde schade te vergoeden bij eventueel verbranden van zijn huis, dan is dit toch zeker eene conditioneele schenking; geheel hetzelfde de borgstelling. De bedoeling om alleen het te kort van den hoofdschuldenaar te dekken, is natuurlijk wel van gewigt voor den omvang der verbintenis, maar dit maakt geene andere soort van causa; evenmin als b. v. de schenking van eene lijfrente, of van de belofte om iemands schuld te betalen, iets anders zal worden dan eene schenking.

overeenkomst, waarbij de bedoeling is voorshands onzekerheid te laten over de rollen van partijen als debiteur of crediteur of over den inhoud der verbintenissen; terwijl er bij schenking zekerheid is dat één, bij onereuse contracten dat beide iets zullen verkrijgen, is bij de aleatore de bedoeling, dat de uitslag van de kans zal afhankelijk zijn. Bij elke belofte dus om iets te geven is eene dier causae aanwezig, doch 't is niet gezegd dat men haar altijd in aanmerking neemt. Bij geldleening b. v. moet men in het oog houden dat de wil om verschuldigd te zijn nog samenhangt met het feit dat eene dergelijke som gegeven is, bij koop met de verkregene belofte om tegenover den koopprijs iets anders te ontvangen; bij verborum obligatio daarentegen wordt alleen gevraagd naar de wilsverklaring om te geven, onverschillig waarom men zich verbond. Er was natuurlijk wel een grond, maar daarnaar wordt niet meer omgezien, men ziet niet dieper dan de oppervlakte; men vraagt alleen naar den wil voor zoover hij verklaard werd, terwijl men bij eerstgenoemde ook zijn' oorsprong, eenigermate de motieven onderzoekt om hem daaruit nader te verklaren.

De contracten van de eerste soort worden gezegd hunne materiele causa te behouden; de andere noemt men formeel. Daar dit echter aan vormen doet denken, die toch daarbij niet noodzakelijk zijn (en dit wel volgens de definitie zelve der voorstanders van dien term; zie noot 3) is welligt de term „generaal“ te verkiezen, omdat zulk een contract zijn eigen individueel karakter verliest. WINDSCHEID gebruikt den naam van „reine Verträge“; ongelukkig is 't moeilijk te zeggen wat tegenover dat „reine“ moet staan. Verder spreekt men van abstracte overeenkomsten en van Summenverspreken. Om over de juistheid van het woord causa in dezen zin te oordeelen, moet men onderscheiden; neemt men het oogenblik van het contracteeren zelf, dan is het beter van doel en strekking te spreken; men zou anders al ligt de motieven genoemd hebben, die toch alleen ten deele worden geobserveerd; juister wordt de term als eens het contract loopende is.

De wissel wordt ook onder die formeele verbintenissen gesteld, omdat het ook daar ouverschillig is, waarom men de verbintenis aanging, ook daarbij naar geene causa wordt gevraagd. Het komt mij echter voor, dat men ook hier voorzigtig moet zijn in die gelijkstelling met de Romeinsche formeele contracten.

Bij de verborum obligatio bestaat vormelijkheid, daardoor is zij formeel; bij den wissel, al ware hij even vormelijk, zou nooit de vorm dezelfde rol kunnen spelen als bij de Romeinsche formeele contracten.

Tusschen beide instellingen bestaat zeer veel gelijkenis, zoodat alligt beide voor dezelfde doeleinden worden gebruikt, maar de redenen, waarom beide die eigenaardige natuur hebben, zijn verschillend, zoodat er ook in de gevolgen geene volkomene overeenstemming tusschen die twee verwante begrippen kan bestaan.

Ik wil dus onderzoeken, welken invloed de vorm op het tweede element van het *juris negotium*, op den wil van het individu en de werking daarvan kan oefenen, bepaaldelijk nagaan de opvatting der Romeinsche formeele verbintenissen, trachten de gronden op te sporen, waardoor zij tot die eigene natuur geraakten. Het praktisch nut, dat zij aanboden, is natuurlijk geene voldoende verklaring, evenmin als dit bij den wissel de zaak geheel opheldert; men heeft zich niet nêergezet om die gemakgevende instellingen te scheppen; dan had men er wel meer gemaakt, vooral in onzen tijd is de wissel en dergelijk papier ligt te omslagtig. Integendeel men utiliseerde die zaken, toen ze eens op zeer natuurlijke wijze waren ontstaan. Dien oorsprong moeten wij onderzoeken, als wij behoorlijk inzicht in de werking begeeren. Daartoe ga ik in enkele trekken het wezen aangeven der

Condictio.

De oudere Romeinsche regtspraak kende *judicia* en *arbitria*. Bij het *judicium* werd regt gesproken door *judices*

bij het lot aangewezen uit het vastgestelde album, bij het arbitrium door arbitri, gekozen door partijen zelf, die in deze keuze geheel vrij waren. Bij het eerste werd geoordeeld naar de strenge regelen des regts, het was simplex, asperum, durum, streng vasthoudend aan de eischen van het civiele *oportere*; bij het andere was het oordeel vrijer, het was mite, moderatum; bij het eerste toch (18) was het de gedelegeerde des volks, die regtspraak naar het regt des volks, bij het andere gaf de vrijere keuze vrijere magt.

Welke zaken nu een arbitrium, welke een iudicium gaven, zal moeilijk onder algemeene regelen te brengen zijn; het schijnt wel in den aard der Romeinsche regtsontwikkeling te liggen, dat het arbitrium het oudste was; er is misschien eenige grond voor de onderstelling, dat van lieverlede wel tal van arbitria opkwam, maar toch slechts als uitzonderingen. Doch voor de theorie is die vraag van minder belang, daar het waarschijnlijk meestal van toevallige uitwendige oorzaken afhing, dat bepaalde zaken voor iudices, andere voor arbitri kwamen, en alleen daardoor die verschillende behandeling ontstond. En practisch schijnt, zelfs in het oude regt, de onderscheiding ook niet lang meer van beteekenis te zijn geweest.

In één geval echter is het onderscheid tusschen vrije en strenge beregting van bijzonder belang, nl. bij overeenkomsten. De gronden, die daar aan enkele handelingen vrijere, aan andere strengere actie gaven, zijn in het wezen der regtsbetrekking zelve gelegen, het verschil van actie volgt uit het verschil van verbintenis. En van gewigt is daar de verdeeling in vrije en strenge vordering, omdat het daar geldt de interpretatie van den inhoud der verbintenis: het dare of dare facere oportet wordt bij het *bonae fidei iudicium* vrij en breed, bij de *condictio* streng en bekrompen opgevat. De verdeeling ziet hier echter alleen op die *negotia juris civilis*, waarbij zulk eene verschillende uitlegging van den wil mogelijk is, op verbintenissen derhalve, die

(18) SAVIGNY, System. V. 101 v.

dadelijk voortvloeijen uit den wil, in de eerste plaats op overeenkomsten (19).

Eene bonæ fidei obligatio geeft regt op omnis causa, b. v. op renten; verder op al wat morum is en consuetudinis, en op pretium affectionis; maar van den anderen kant wordt de vergoeding wegens verzuimen minder streng berekend, en de exceptiën gelden, al beroept men er zich eerst op in iudicio; bij de condictio daarentegen geene afwijking van wat streng regt is. De bonæ fidei verbintenis (ofschoon, nadat zij eens gesloten is, onafhankelijk van de meer verwijderde motieven) wordt toch steeds in verband beschouwd met den oorsprong van den wil; zij heeft pacta adjecta en is steeds bilateraal, al is des noods eene der acties slechts contraria; bij stricti juris negotia strenge eenvoudigheid in allen deele. De intentio bonæ fidei, alle eventueele bijomstandigheden willende omvatten, wordt voorzigtig gesteld: *quidquid* paret dare facere oportere; een eisch van het strictum jus maakt zich de zaak gemakkelijker, 't is daar regelmatig: *si* paret dare oportere. Zelfs het dare oportere wordt bij de ontwikkelde bonæ fidei actio niet voldoende geacht om al de mogelijke verplichtingen te omvatten; wel stelt men zich bij de stroeve condictio met dat minder uitgewerkte, dikwijls onbeholpen begrip tevreden.

Van waar nu het verschil tusschen streng negotium en strenge actie tegenover vrije regtsbetrekking met vrije vordering (20)?

Bij de beantwoording dier vraag wil ik uitgaan van de

(19) Het schijnt mij — juist om de geheel andere portée, die de verdeling in actiones bonæ fidei of stricti juris heeft tegenover die in iudicia arbitria — minder gepast de rei vindicatio b. v. met bonæ fidei iudicium te willen gelijkstellen. Zoo SAVIGNY II. 476. De eerste verdeling raakt reeds de intentio, terwijl de rei vindicatie alleen in de condemnatio eenige gelijkenis met de bonæ fidei actiën aanneemt.

(20) Geheel onvoldoende is de leer van hen, die het antwoord zoeken in het al of niet eenzijdige der regtsbetrekking. Slechts ééne der eigenaardigheden van de condictio wordt daardoor gereleveerd, niets wordt verklaard.

stelling dat de *condictio*, hoewel oorspronkelijke regel, later exceptie was, dat derhalve voor den klassieken tijd de verklaring dier exceptioneele positie der *condictio* voldoende is. Men zal mij SAVIGNY's argument tegenwerpen: de opsomming der *bonæ fidei actiones* door CICERO, GAIUS en JUSTINIANUS, waaruit integendeel zou blijken dat de *condictio* regel was. Zeer eenvoudig evenwel laat zich dit verklaren uit de geleidelijke opkomst der *bonæ fidei negotia*, zoodat CICERO, zelfs GAIUS nog — en daardoor JUSTINIAN — met het oog op de oude toestanden de *actiones bonæ fidei* als exceptie konden beschouwen; te meer is dit aannemelijk bij de Romeinsche juristen die geregeld voortbouwden op de leer der vaderen. En nog eene tweede reden is er voor die voorstelling; de algemeene vorm voor alle contracten was de stipulatie, deze was het gewone contract, en zij gaf eene *condictio*.

De door mij voorgestane beschouwing schijnt reeds a priori afte leiden uit den geregelden voortgang van het Romeinsche regt; de *condictio* volgt streng het „oportere“ van het civiele regt, en oudtijds vigeerde het civiele regt alleen en in al zijne strengheid; de *condictio* was dus zeker de gewone actie; eveneens, alles was in het oude Rome, altijd overeenkomstig het *jus civile*, streng en eenigzins bekrompen en kleingeestig van opvatting, ook de contracten moeten dus oudtijds *stricti juris negotia* zijn geweest (21), maar in latere eeuwen hunnen aard hebben gewijzigd; verder, de *stipulatio* en het *mutuum* zijn zeker van ouderen datum dan de verschillende *bonæ fidei* contracten. Wij vinden zelfs in de *condictio* zelve allengs een streven naar de vrijere opvatting, b. v. de *triticaria* gaf ook renten, en elke actie werd na de *litis contestatio bonæ fidei* (22). De *condictio* moet dus wel zijn een overblijfsel der oude civiele begrippen; van daar dat de praetor haar niet kent en zelfs haar voor zoover

(21) Welligt bewijst ook het aanwijzen van enkele contracten door twee woorden, als *Emtio Venditio*, *Locatio Conductio*, de oudtijds eenzijdige beschouwing der beide deelen van het contract.

(22) SAVIGNY, II. 465. 501.

mogelijk vernietigt, van het oogenblik dat hij van de zaak gesaisisseerd is. Zij is bekrompen en onpractisch, alleen bij toeval werkt zij soms beter dan de *bonæ fidei actio*; zij is strijdig met de vrijere, ruimere opvattingen van het nieuwere recht, zij is het dus die verklaring behoeft, niet het *bonæ fidei contract*, waar men de betrekking opvat, zooals dat tusschen rechtschappen lieden betaamt, *uti inter bonos bene agier oportet*. Maar, wat SAVIGNY's voorstelling geheel onaanneemelijk maakt, die verklaring der *bonæ fidei contracten* ware, indien gevorderd, onmogelijk. Er is geen algemeene grond aan te geven, die de door CICERO en GAIUS opgesomde *contractus* tot *bonæ fidei negotia* moet maken. SAVIGNY vindt dien in de goede trouw, welke bij die overeenkomsten voorzit; doch bestaat die niet eveneens bij *mutuum* als bij *commodaat*? En waarom wordt eene opdracht, die men in stellige woorden vevat, waar men, naar men meenen zou, bijzonder ernstig den ander iets op het geweten drukt, juist daardoor minder eene zaak van vertrouwen? Toch geven *mutuum* en *stipulatio* eene *condictio*, *commodaat* en *mandaat* zijn *bonæ fidei*.

Mr. GOUDSMIT (23) stelt de volgende gronden, waarom enkele handelingen *bonæ fidei* waren: I „Sommige handelingen waren het uitvloeisel van een toestand, waaruit voor de belanghebbenden menigvuldige, wederkeerige, steeds terugkeerende rechten en verplichtingen en alzoo rechtsbetrekkingen ontstonden, wier uiteenzetting, beoordeeling en waardeering niet ieders zaak en roeping was, maar veeleer *magni iudicis*.“ Daaruit worden verklaard o. a. *tutela*, *societas*, *mandaat*, *communio incidens*. Men vergeete echter niet dat *societas*, *communio incidens*, *mandaat* niet altijd *generales* zijn, en dat b. v. bij *mandaat* ook het wederkeerige der rechtsbetrekkingen niet noodzakelijk is. Verder: II „de zoodanige, welke geacht worden voor het vertier onontbeerlijk en voor het maatschappelijk verkeer als het ware schering en inslag te zijn, en tevens van dien aard dat partijen bij het

(23) *Pandecten-System*, I. 228.

aangaan dier handelingen, als welke boven andere spoed, eenvoudigheid en vertrouwen vorderen, onmogelijk tot alle bijzonderheden konden afdalen.» Daartoe worden koop, huur en fiducia gebragt. De aangehaalde gronden maken zeker de meening zeer aannemelijk dat die twee categorieën van verbintenissen, bepaaldelijk de aangevoerde voorbeelden, het eerst zich van de knellende banden van het condictiën-systeem losmaakten. Het schijnt mij echter dat vooral de tweede grond meer gevolgen nog had moeten hebben, dan mijn hooggeachte leermeester daaraan hecht, dat onder die groep van handelingen spoedig alle mogelijke contracten hadden moeten worden geteld; in een ontwikkeld maatschappelijk verkeer, zooals ook Rome dit eerlang kende, moest men om de genoemde redenen eigenlijk bij alle overeenkomsten meer letten op „hetgeen gewild dan op hetgeen uitgesproken was, meer op het geheel en op het verband, dan op het bijzondere en abstracte, meer op de gewoonte dan op het wettische.» Kortom, zoo redeneerende, moest men vrij wel alle contracten als *bonæ fidei* beschouwen, zeker b. v. ook *mutuum*; de gebruikelijke opvatting voor alle overeenkomsten moest wel die worden, welke onder *regtschapene* lieden de betamelijke is.

Plaats ik mij derhalve op het gekozen standpunt, den klassieken tijd van het regt, dan wanhoop ik voor de vrijere opvatting dier bepaalde contracten algemeene gronden te vinden buiten den in het algemeen vrijeren geest des regts, toen de praetor en het *jus gentium* hun invloed daarop hadden doen gevoelen.

Daarentegen is het zeer doenlijk de redenen op te sporen, die aan sommige *negotia* eene *condictio* verbonden.

SAVIGNY'S (24) schitterende, doch eenigzins gekunstelde theorie brengt alle gronden tot *condictio* terug op het, werkelijk of gefingeerd, *mutuum*. Dit schijnt mij onjuist. Het is waar, ook de *Pandecten* stellen het *mutuum* voorop, maar enkel als het eenvoudigste voorbeeld, niet als de grond van

(24) *System*, V. 512. vv.

Themis, D. XXXI, 4de St. [1870.]

alle credere; naar het beeld van het mutuum noemde men alle crediteeren *acceptum ferre*, alsof men iets ontving, zooals alle debiteeren *expensum ferre* heette; daarom echter *was* dat alles nog geen mutuum. Integendeel, tegen SAVIGNY's voorstelling gelden eenige, naar 't mij voorkomt, onoverkomelijke bezwaren.

1°. *Stipulatio* en *expensilatio* geven volgens hem eene *condictio* omdat beide gefingeerd mutuum zijn. Vooral voor de *stipulatio* nu schijnt mij dit stout gedacht; men stelle zich eene *stipulatio* voor om iets te doen of te laten, en het zal moeilijk zijn die als mutuum aan te zien. Verder, de *stipulatio* vloeide wel voort uit *nexum* en tusschen die twee is dus zamenhang; doch dit brengt het betoog niet verder, want *nexum* is geen mutuum, en uit *nexum* ontstond eene *legis actio per manus injectionem*, nooit eene *condictio*.

2°. De *condictio ex lege* staat met mutuum in niet de minste betrekking. SAVIGNY (25) stelt haar voor als eene uitzondering, die echter geenszins schaden zou aan den regel. Echter neemt men bij hypothesen zeer ongaarne exceptiën aan, tenzij toch eenigzins gelegitimeerd.

3°. Uit *fiducia* vloeit geene *condictio* voort, terwijl daar toch alle gronden zamentreffen, waarom SAVIGNY haar toekent aan het mutuum. Hij ecarteert die exceptie wel door te zeggen: er *moet* hier toch eene *condictio* hebben bestaan naast de *actio bonae fidei*; echter geheel bevredigend is die oplossing niet.

Op dñe, naar het mij dus voorkomt, te zwakke basis, bouwt hij voort: bij mutuum is er *credere*, en daaronder verstaat hij (ll. 514) een verhoogd vertrouwen, in zoover dat men zelfs afstand doet van zijn eigendom: dat juist daarom uit mutuum eene *condictio* voortvloeit, wordt bewezen door het: *nemo rem suam condicit*.

Afdoende is het bewijs niet; immers, al is het zeker dat, zoolang men eene *rei vindicatio* heeft, geene *condictio* geldt, dan kan men daaruit hoogstens concludeeren, als een wijze wetgever dien regel schiep, dat hij die *condictio* als ver-

(25) ll. V. 542.

goeding bedoelde voor de rei vindicatio, maar geenszins is aangetoond dat het niet bestaan eener condictie naast de rei vindicatio, juist voortvloeit uit het hebben van die rei vindicatio, noch verder dat het wel bestaan dier condictio volgt uit het niet hebben van de rei vindicatio; vooral het laatste punt moest bewezen worden, en toch, verdere redenen van dien samenhang tusschen het missen der revindicatio en het erlangen der condictio wordt niet gegeven: hij wordt alleen als feit geponeerd.

Ook tegen die stelling heb ik eenige bedenkingen:

1°. Mij dunkt, volgens SAVIGNY's eigene beschouwing (ll. V. 476) moest de actio, die de rei vindicatio verving, *bonae fidei* zijn.

2°. Het bijzonder vertrouwen des crediteurs zou wel eene actio kunnen geven, die bepaald voor den eischer een eigenaardig karakter had; hier echter geldt het eene strengere opvatting der regtsbetrekking, voor beide partijen noch voordelig noch nadeelig te noemen.

3°. Is het wel aan te nemen bij den Romein, die toch reeds oudtijds goed rekende, dat hij dien scherpen grens trok tusschen crediet wegens geleend geld en b. v. koop? Is er wel zulk een belangrijk verschil in het vertrouwen als ik iemand geld ter leen afgeef, of wel dat ik hem goederen overdraag en het geld niet in? Bijna elk contract, vooral in het oude Rome, is *onereus*; als er dus crediet werd gegeven, was er zeker iets opgeofferd; of dit nu iets dergelijks is of iets anders dan 't geen men denkt terug te erlangen, maakt weinig verschil in den graad van vertrouwen.

Ik wil trachten een ander karakter van het *creditum* aan te toonen, om daarna te onderzoeken op welke gronden dat *creditum* werd aangenomen.

Condictio vloeit voort uit *datum*, *stipulatum* en *expensilatum*, verder uit *legatum per damnationem* en *ex lege*. Mij dunkt, de eenige qualiteit die ons bij al deze schulden treft, is de liquiditeit der pretentie; zij kunnen alle, om zoo te zeggen, dadelijk en definitief geboekt worden voor

een bepaald bedrag. Dit schijnt reeds grond genoeg waarom creditum eene *condictio* geeft: de regtsbetrekking is in haar wezen geheel eenvoudig (26). Voor den tijd der legisacties zoude men, de bekende opmerking aangaande die per sacramentum en per *judicis postulationem* uitbreidende, de legis actio per *conditionem* zoo kunnen opvatten: het geldt hier geene regtsquaestien, 't geldt ook geen twist over feitelijke toestanden, er is hier sprake van eene geheel zuivere pretentie, die men wil innen langs geregtelijken weg. Vandaar de enkele aanzegging, waarmee het proces begon, zonder dat eerst in *jure* de quaestie was geregeld; het gold dan ook *certa pecunia*, *certa res*: als men eens schuldig was, was het zeker hoeveel. Ongelukkig geven de bronnen ons weinig licht over de legis actio per *conditionem*, noch over den eersten tijd van het formulenproces. Na het vallen der legisacties was waarschijnlijk de *condictio* de eenige formula in *personam*, welke de praetor gaf. Het systeem der formulae was in den aanvang veel onvollediger dan dat der legis actiones; was er nu soms eene gecompliceerde regtsbetrekking (waarschijnlijk nog al eene zeldzaamheid: de angstvallige Romein zal wel niet ligt gecontracteerd, veel minder crediet gegeven hebben, tenzij hij dadelijk op zijn boek kon schrijven voor hoeveel), dan zal de praetor des noods zijne sponsiones, niet dadelijk eene actio hebben gehad. De weinige ontwikkeling van het actien-systeem brengt ons tot die onderstelling, waarmee ook geheel overeenstemt het feit dat zeker de oudste contracten, die eene actio gaven, reeds eenvoudig van aard waren. De geschiedenis der *causa civilis obligandi* leert het: de formeele contracten, die eene *condictio* gaven, waren de oudste, de vrijere, met meer in-

(26) Van daar dat in het karakter der *condictio* reeds de uitsluiting der exceptie gelegen is; bekrompen, dus eenzijdig, de zaak beschouwende, vraagt men niet naar de tegenregten van den gedaagde, eerst de hogere *aequitas* eischt het onderzoek naar de geheele verhouding. Zoo min dus als men de tegenactie kende bij de *condictio*, evenmin nam men de exceptie aan; de praetor daarentegen, bij wien het begrip der *bona fides* algemeen bescherming vond, erkende de exceptie, maar moest haar daarvoor als uitdrukkelijke concessie in de formula opnemen.

gewikkelden inhoud, werden eerst van lieverlede erkend. Vooral aan het laatste argument hecht ik gewigt, het berust op feiten, door iedereen aangenomen.

Hoe evenwel de eerste geschiedenis der *condictio* moge zijn, in het klassieke regt neemt zij eene exceptioneele plaats in; zij strijdt met den vrijeren geest der latere tijden; zij is daar een overblijfsel van het oude civiele regt.

Welke zijn nu de gevallen, waarin een *negotium* verhinderd werd meê te gaan met den tijd, *bonae fidei* te worden? Zeker moet in de eerste plaats het *mutuum* worden genoemd; *mutuum* is de oorsprong der *legis actio per condictioem*, en behield dus hare natuur wel het langste; *mutuum* wordt onder de bronnen der *condictio* ook door de Romeinen altijd vooropgesteld. Geenszins echter is dit reden alles op *mutuum* terug te willen brengen. Er is m. i. meer dan één grond tot *condictio*, de een onafhankelijk van den ander. Altijd is het eene bijzondere mate van liquiditeit, uit haar aard aan de verbintenis eigen, welke bij haar de nieuwere beschouwing als misplaatst, in alle geval als minder noodzakelijk, deed voorkomen; doch die liquiditeit had verschillende oorzaken:

1°. Het *datum*, omdat het eenvoudig *datum* een even eenvoudig *reddendum* moest doen ontstaan; men debiteerde onder *expensum* juist zooveel als werkelijk gegeven was; de wil dus van partijen was volkomen eenvoudig. Dit *datum* had zijne eerste type in het *mutuum*, maar allengs gold als zoodanig ook alle *datum ob errorem* (28) en *ob causam*, en eindelijk alle verkrijging ten nadeele van den crediteur, al was zij slechts het gevolg van enkele *occupatio* door den debiteur, zonder *traditio* door den crediteur, de algemeene *condictio sine causa*.

(28) Niet alsof de dwaling gelijk werd gesteld met het geschonken vertrouwen, maar omdat er in al die gevallen *datum* was; de eenige sprong, dien men maakte, was de zeer gewone van een contract op een *quasi-contract*, op grond namelijk der uiterlijke gelijkheid; het effect der omstandigheden is hetzelfde als dat van den directen wil bij het contract. Bij het *datum ex contractu* was het ééne quaestie, de nakoming van het contract en restitutie der verlorene zaak. Diezelfde actie werd dus gebruikt als buiten contract dergelijke uitkeering was verschuldigd.

Bij dit datum nog een enkel woord over den regel: „*nemo rem suam condicit*” den hoeksteen van SAVIGNY's theorie. Zoolang men nog eigenaar is, geldt geene condictie; de eigenaar toch kan moeilijk eischen, sibi dari oportere, dat hem de eigendom zal worden overgedragen. Uit het bestaan van zulk een afdoenden formeelen grond blijkt, dat het bestaan van inwendige gronden geenszins noodzakelijk is. En zelfs al bestaan er zulke inwendige gronden, die niet alleen de actio, maar ook reeds de obligatio stricti juris in dat geval uitsluiten, er zouden nog andere genoemd kunnen worden buiten de door SAVIGNY voorgestane. Bij commodaat, depositum en pignus wordt na ondergang der zaak eene condictie gegeven, terwijl, zoolang zij nog bestaat en dus de crediteur eigenaar blijft, de actio bonae fidei is. Is er een reden om na dat tenietgaan de verhouding als zooveel eenvoudiger te beschouwen? Eerst dan is er datum, maar waarom geeft eerst dat hier een eenvoudig reddendum? Welligt zou het den volgenden grond kunnen hebben: zoolang de zaak nog die is van den crediteur, draagt hij het gevaar; hij kan dus onmogelijk de pretentie als eenvoudig beschouwen, hij kan niet op zijn boek debiteeren voor een zeker bedrag; zijn regt blijft, evenals wanneer hij wil vindiceeren, van allerlei omstandigheden afhankelijk. Eerst na ondergang der zaak is verandering mogelijk: commodaat enz., kunnen eerst na het vervallen van dat beletsel de eenvoudigheid van het datum eenigzins deelen; eerst dan wordt het eene quaestie enkel van schadevergoeding. Geenszins ben ik overtuigd dat deze voorstelling de ware is; ik wilde alleen aantoonen dat er meer mogelijk waren buiten de door SAVIGNY aangenomene; de evengenoemde beschouwing zou ook verklaren waarom bij fiducia, niettegenstaande daar datum is, de condictio wordt uitgesloten, nl. wel ging het eigendom over, maar daar de zaak hier tot den gever moet terugkeeren, blijft zijn regt van haar lot afhankelijk, dus ingewikkeld. Eindelijk, de regel doelt welligt, wat inwendige noodzakelijkheid betreft, alleen op condictio sine causa.

Zeker is het evenwel dat de inhoud van den regel alleen

deze is: de eigenaar condiceert niet, hoogstens, de eigenaar kan niet condiceeren; er is echter niet het minste regt daaruit te concludeeren, dat een niet-eigenaar, die het wel zijn moest, vooral die het geweest is, wel mag condiceeren, en juist omdat hij eigenaar moest zijn. SAVIGNY schijnt den regel zoo op te vatten: de eigenaar behoeft niet te condiceeren, omdat nl. zijne rei vindicatie hem genoeg helpt; de *condictio* wordt zodoende eene actie uit billijkheidsgevoel geschapen, waarschijnlijk nadat men reeds op gronden van regt de *bonae fidei actiones* had. Die beteekenis van den regel, welke SAVIGNY voorstaat, moest nader be-
wezen zijn, voordat hij er zijn geheele verdere beschouwing op kon gaan vestigen.

2°. De vorm, bij *Stipulatio* en *Expensilatio*. Het ligt reeds in den aard van het zuiver civiele *negotium*, dat daar de streng civiele opvatting van het oportere moest blijven. Buitendien ten allen tijde moet eene verbintenis, in juist gepreciseerde termen aangegaan, geheel anders worden opgevat dan de met een enkel woord aangegevene overeenkomst. En vooral moest wel bij de Romeinen de vorm alle complicatie uitsluiten, daar in den vorm de *causa civilis obligandi* lag; al wat in den vorm was besloten, gaf eene actie, verder niets.

Eveneens is het bij het *legatum per damnationem*; die zuiver civiele instelling geeft de *condictio*, terwijl het later ontstane en vrijere *fidei commissum* eene *bonae fidei actio* geeft. Ook hier volgt op de *verba concepta* strengere uitlegging dan bij het in vrijere termen gestelde *fideicommissum*.

De reden dus, waarom in deze gevallen eene *condictio* ontstaat, hangt volstrekt niet zamen met *mutuum*; er is een eigen grond, de vorm zelf, die elk *negotium* vereenvoudigen moest, en het in zoover dezelfde hoedanigheid geeft, welke ook bij het *mutuum* het meest op den voorgrond treedt, nl. de liquiditeit.

3°. Kan men hier bijvoegen de *lex*, nl. bij verbintenis tot vergoeding krachtens eenige *lex* na de *Aebutia* of krachtens eenige constitutie. Eenvoudig zijn deze en liquide omdat

zij enkel schadevergoeding, dikwijls geheel bepaalde sommen betreffen. Wij komen hier echter reeds eenigzins buiten ons bestek, nl. de onderscheiding tusschen vrij en streng negotium bij overeenkomst. Hier vinden wij condicties bij andere verbintenissen, op een terrein dat hun eigenlijk minder toekomt, of liever, waar van *bonae fidei actio* weinig sprake kan zijn, waar dus het bestaan van het tegenovergestelde niet behoeft te worden gereleveerd. Bij die quasi-contracten, waarbij men zich verbindt door zijn' wil, kan nog gesproken worden van tweeërlei uitlegging van dien wil, van *actiones bonae fidei* of *stricti juris*, maar geene zuivere toestandsverbintenis kan *bonae fidei* zijn; zij kan behooren tot de *arbitria*, in zoover eenige vrijheid kennen, maar nooit de vrijere uitlegging van den wil.

In die enkele gevallen dan, die ik opnoemde, was de mogelijkheid uitgesloten om de meerdere vrijheid toe te kennen, of, om voorzigtiger te zijn, de noodzakelijkheid om eene ruimere opvatting te volgen deed zich daar minder gevoelen, en die enkele negotia bleven de oude stroeve begrippen handhaven, ofschoon dikwijls hunne kleingeestige bekrompenheid geheel streed met den geest des tijds zooals die door het *jus gentium* ontwikkeld was. Waarom b. v. kon men bij geldleening geene renten bedingen tenzij men die door een afzonderlijk contract stipuleerde? Waarom was bij *mutuum* niet, evenzeer als bij *commodat*, eene *actio contraria* mogelijk, bij eene als *stipulatio* gegevene opdracht niet evenzeer als bij *mandaat*? Waarom bij *stipulatio* geen acht geslagen op dwaling in de stof? Dit alles moesten de meer practische Romeinen van den lateren tijd nog al lastig vinden, zij gaven zich dan ook moeite genoeg om de zaak te veranderen. Allen gronden voor het hierboven beweerde: de *condictio* is een in den klassieken tijd misplaatst overblijfsel van het oude, stijve *jus civile*: zij beantwoordt niet aan de eerlijke opvatting eener regtsbetrekking tusschen regtschappen personen, zij kon gemakkelijk zijn, maar alleen toevallig, en vooral, dat gemak was geenszins de reden van haar bestaan.

Voor dat ik van de behandeling der *condictio* afstap, nog de opmerking dat het gezegde in de eerste plaats geldt voor de *condictio certi* en *triticaria*. De *incerti* laten wij rusten, zij is jonger en minder eigenlijk *condictio* en valt ook minder in het voorgestelde plan.

Ik vat nu den draad der redeneering weder op, waar wij dien voor deze uitweiding over de *condictio* gelaten hebben. Bij sommige overeenkomsten wordt de bedoeling gevolgd in al hare diepte, wordt acht geslagen op alle bijomstandigheden die haar moesten bepalen, bij andere ziet men slechts naar de oppervlakte, vraagt men niet naar de *causa*. Om alleen te spreken van verbintenissen om te geven, de belofte om iets te geven kan worden opgevat 't zij abstract, 't zij in verband met hare *credendi*, *donandi* of *solvendi causa*. Die abstracte opvatting gold *jure Romano* alleen bij de *condictio*: bij een *bonae fidei* contract was altijd de *causa* een noodzakelijk deel der verbintenis. Wij hebben dus hier weder een practisch punt van verschil tusschen *stricti juris* en *bonae fidei negotium*, maar dat zich niet zoover uitstrekt als het zoo even verlaten terrein: het ziet alleen op contracten, die niet reëel zijn.

Bij een *stricti juris* contract vraagt men regelmatig niet naar 'die *causa*: het is duidelijk dat de oude, lomper opvatting niet verder ging dan de laatste wilsuiting en zich niet ging verdiepen in een zeer ingewikkeld onderzoek naar den grond der belofte. Wij zien dan ook werkelijk de *causa* bij *stipulatio* meer verwaarloosd dan bij *bonae fidei* contract; b. v. bij *stipulatio* ten voordeele van een' derde wordt gerekend geen interesse te bestaan, al had men zelf iets daartegenover opgeofferd, wel daarentegen als de overeenkomst *bona fide* was aangegaan, en, als het eene *stipulatio* geldt, zal de *turpis causa* de actie niet onthouden, ofschoon deze daarna door eene exceptie wordt onschadelijk gemaakt.

Eene vrijere, bredere opvatting daarentegen let steeds op de *causa*; de *bonae fidei* contracten, ook alle *pacta* dus, eischen opgave der materiele *causa*.

Wij raken hier aan eene zeer bekende, ook voor het tegenwoordige regt zeer betwiste vraag. Is de zoogenaamde *cautio indiscreta* geldig, de belofte om eene bepaalde som te geven (29) zonder meer? Als men uitgaat van het feit dat de wil der partijen regt schept, is het bijna onbegrijpelijk hoe men zelfs een oogenblik over de oplossing dier vraag kan aarzelen. Het gezond verstand geeft dadelijk dit antwoord: alles hangt af van de bedoeling van partijen, zij kunnen kiezen wat zij willen; in den regel misschien mag men opgave der *causa* vorderen, maar zeker staat het hun vrij, als zij het bepaald bedingen, de zaak anders te regelen; zelfs zou men kunnen beweren dat, als de schuldbekentenis (30) geene *causa* inhoudt, deze volgens den wil der partijen onverschillig is, daar toch zulk eene belofte nooit zal worden gegeven tenzij er eene geldige oorzaak bestond. Die beslissing beveelt zich ook aan door hare practische strekking; hoe gemakkelijk toch is zulk een contract, abstract van *causa*, als men eens staat tegenover menschen die men niet vertrouwt, of als men crediet zal geven voor jaren en na zulk een verloop niet gaarne de oorspronkelijke oorzaak zou opgehaald zien.

En toch de positieve bepalingen van het regt luiden anders, alleen het handelsregt laat tegenwoordig die vrijheid toe, het gemeene civiele regt vordert altijd opgave der *causa*.

Vanwaar dat verschijnsel? Ik geloof, het moet verklaard worden uit eene waarschijnlijk eenigszins overdrevene opvatting van de eischen der goede trouw. Men schijnt het geen

(29) Over de belofte om iets te doen of te laten is weinig, ik geloof zelfs volstrekt geen strijd. De reden daarven schijnt mij moeilijk te vinden.

(30) Onmoedig schijnt mij SCHLESINGER'S (II. p. 112) onderscheiding tusschen *Schuldbekennnissz*, *schuldbekentenis* (ik erken schuldig te zijn) en *Schuldschein*, *schriftliches Versprechen*, *schuldbverbintenis* (ik beloof te betalen). Het eerste zou wezen eene schriftelijke buitengeregtelijke erkenntenis, het andere de belofte, waarvan hier eigenlijk sprake is. Maar als wij de eerste verklaring inkorten tot: ik ben schuldig, dan komt zij geheel overeen met de tweede: ik zal betalen; het tweede is noodzakelijk gevolg van het eerste.

loyale aanval te vinden, als de debiteur ter zake van zulk eene belofte zonder opnoeming van verdere gronden wordt aangesproken. Deze bewering, mits men niet te ver ga, acht ik niet geheel onjuist. Gesteld, iemand valt mij aan met een dergelijk papier, ik zal zeggen: voordat ik mij toerust tot verdediging, motiveer uw aanval nader, ge dwingt mij anders tot schermen in de lucht; schitterend toch zou ik mij misschien verdedigen over eene oorzaak, die ik vermoed de bedoelde te zijn, en echter bragt mij dit niets verder, want wie weet welke de ware causa is: en ik kan toch moeijelijk alle denkbare oorzaken achtereenvolgens behandelen. Onnoodig de causa te noemen, herneemt gij, er is natuurlijk eene causa; anders hadt ge nooit geteekend. Mij dunkt, met volle regt kan ik daarop antwoorden dat er wel eene causa zal zijn, maar dat ik die eerst dien te weten; ik zwijg van gevallen waarin het ligt ondoenlijk is de oorzaak te kennen, als b. v. mijn erflater contracteerde; maar volgens algemeene regelen is het niet eerder van den debiteur dan van den crediteur te vergen, dat hij zich herinneren zal, waarvoor de belofte is gegeven; de positie van den schuldenaar mag niet nadeeliger zijn dan die des crediteurs. Het schijnt mij dus natuurlijk dat in den regel de oorzaak door den crediteur behoort te worden opgegeven. Men gaat echter te ver als men, zelfs al wilden partijen bepaald die abstractie van causa, de noodzakelijkheid harer aanwijzing als in den aard der zaak gelegen rekent. De eenige grond voor die noodzakelijkheid is een, in dit geval te hoog opgevat, begrip van goede trouw.

Reeds bij de Romeinen schijnt de goede trouw gevorderd te hebben, dat de oorzaak van het contract door den crediteur werd aangegeven; het is m. i. waarschijnlijk, dat het Romeinsche regt buiten de vormelijke contracten, geene overeenkomsten aannam, abstract van causa; zij waren dan ook onnoodig, omdat de stipulatio zich gemakkelijk tot alles leende. Het is evenwel voorzigtiger die vraag verder te laten rusten, omdat er te weinig gegevens zijn voor hare beantwoording en zij ons ook weinig verder brengt. Maar dit is met meer zekerheid aan te nemen en ook van meer

gewigt: reeds in de middeleeuwen won de beschouwing veld en in de tegenwoordige maatschappij is zij heerschende, bij alle contracten wordt opgave der causa vereischt, alleen in den handel lijdt die regel uitzondering. En de grond dier opvatting is eene overdrevene erkenning van de eischen der goede trouw. Zelfs bij vele juristen bestaat die voorstelling. Zoo lezen wij een gezegde van DERNBURG (31), dat bij eene stipulatie de eischer niet alleen het bestaan dier stipulatie had te bewijzen, maar op 't gevaar af dat anders de judex zich misschien de vrijheid zou veroorloven hem den eisch te ontzeggen, ook de causa moest noemen. Ik haal dit aan, geenszins om met dergelijke meening mij te vereenigen, alleen om aan te toonen hoe hoog ridderlijke, don Quichottische begrippen ook juristen van de eischen der goede trouw in dezen kunnen koesteren. En dat nog wel in deze tijden, nadat het practische voordeel der stipulatie zoo zonneklaar is geworden. Hetzelfde geldt van de leer van GNEIST, dat de gedaagde bij de stipulatie door eene exceptio doli de opgave der causa kon vorderen en zelfs vóór de actie bij gebreke van die opgave vernietiging der stipulatie kon eischen door eene *condictio sine causa*. Men bedenke ook, hoe moeilijk het voor velen, juristen en leeken, was en is, om aan te nemen, dat werkelijk na het teekenen van wissels en dergelijke handelspapieren, over de gronden die de teekenaars daartoe leidden niet meer wordt gesproken. Zeer zeker ware het te wenschen, dat allen de zuivere inzichten in het wezen der formeele verbintenis en in hare beteekenis voor het practische leven deelden, zooals LIEBE en zijne volgers ons die leerden, maar de algemeene regtovertuiging is nog niet zoover.

Volgens het algemeene privaatrecht kan men dus geene contracten, die enkel *Summenversprechen* ten gevolge hebben, meer aannemen; alle overeenkomsten zijn tegenwoordig *bonae fidei*, en vereischen dus opgave der oorzaak.

Toch kent de handel verscheidene *negotia*, waarbij het

(31) *Heid. Krit. Zschr.* III, 505 v.

tegendeel waar is. Mogen wij die daarom met stipulatio en dergelijke instellingen van het Romeinsche regt gelijkstellen? Geenszins, zij hebben deze qualiteit onderling gemeen, maar bij elk heeft zij verschillende gronden.

Bij de Romeinsche formeele contracten vloeide die eigenaardigheid voort uit het feit, dat zij stricti juris waren, nu echter kennen wij geene condictio meer, zoo min als nog in eenig opzigt het oude jus civile vigeert. Er is dan ook in den wissel en dergelijke verbintenissen van den tegenwoordigen tijd geen spoor meer van uitsluiting der goede trouw, van eene kleingeestige opvatting, als bij stipulatio b. v. gehuldigd werd. De wissel is een voortbrengsel van het groote verkeer, van het frissche leven en heeft dus alleen toevallig dit punt van overeenkomst met die stroeve contracten van het kleinsteedsche oude Rome.

Wij moeten dus weten, welken grond deze eigene natuur der wissels heeft; eerst daardoor wordt de wisselverbintenis verklaard. Niet voldoende is het te wijzen op het nut, dat dergelijke instellingen ons soms verschaffen; men moest haar dan ook naar willekeur kunnen vermenigvuldigen, en integendeel ziet men het verkeer zich b. v. telkens met acceptatiën behelpen ook in gevallen, waar die volstrekt niet op hare plaats zijn. En men loopt dan nog gevaar om in de war te komen door de analogie met de stipulatio; het gemak, dat deze opleverde, was een gelukkig toeval bij al hare overige bezwarende qualiteiten; bij den wissel ware dus hetzelfde mogelijk.

Geheel onbevredigend natuurlijk is het den regel te stellen zonder verdere verklaring. Zoo dikwijls ik aan eerstbeginnenden het wezen der wisselverbintenis trachtte duidelijk te maken door formules, als: de wissel verbindt door het geschrift, men vraagt alleen naar den vorm, enz., slaagde ik wel hen, om zoo te zeggen, de handgrepen met den wissel te leeren, maar als kunst, niet als wetenschap. Voor de meesten was dat genoeg, maar als men meer licht verlangde, sloeg ik een anderen weg in, zoo het scheen met beter gevolg. Of echter het gestelde doel bereikt wordt, waag ik niet te beslissen.

Wisselverbintenis.

Wij zien bij den wissel, buiten de eigenaardige executie — welke, als van zuiver positieve strekking, niet nader behoeft noch kan verklaard worden — eene interpretatie, die in vele opzichten doet denken aan de Romeinsche formeele contracten. Bij den wissel geldt: *paye qui accepte*, hij geeft een Summenversprechen, waarbij de *causa debendi* geheel onverschillig is.

Een legio van theorieën is er, om die eigenaardigheid in ons modern regt te plaatsen. Ik verwijs naar THÖL's *Wechselrecht*, waar men in §§ 232 en 233 alles, wat tot aan het jaar 1865 merkwaardigs daarover gezegd is, vindt opgenoemd, en naar Mr. J. DE WAL's *Handelsregt*, § 267. Na dien tijd is, voor zooverre mij bekend is, slechts nog ééne theorie verschenen, nl. van VON SIEBENHAAR, in zijn *Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht*, XVI. p. 114—176. Zij verdient, al ware het slechts om hare oorspronkelijkheid, eenige bespreking.

SIEBENHAAR formuleert zijne leer op de volgende wijze:

1. De wissel is een vermogensobject, waaromtrent de meest verschillende regtshandelingen kunnen worden gesloten.

2. De verschillende wisseloperaties (trekking, acceptatie, endossement) maken den wissel tot vermogensobject.

De wissel, zoo ontwikkelt bij zijne theorie, berust op het crediet en „dieser ist etwas bloß Ideelles, Unbegreifbares, etwas „bloß in der Ansicht und Ueberzeugung Existirendes, dessen „ungeachtet aber in seinem Werthe etwas dem wirklichen „Besitzthum oder dem effectivem Vermögen Gleiches, wo „nicht diesem Ueberlegenes.“ Van een deel van dat crediet, dat elk naast zijn vermogen heeft, wordt bij den wissel gebruik gemaakt, het wordt afgezonderd van de universitas van het crediet en zóó dat het bedrag volkomen bepaald is wat aangaat som, tijd en plaats, en buitendien wat aangaat de zekerheid der voldoening ten gevolge van de strenge mid-

delen, die de wetgever daartoe verleent. Zoodoende concludeert hij tot eene geheel eigene natuur des wissels, hij zou eene waarde uitmaken, doch geene zaak zijn in eigenlijken zin, geene verbintenis ook, eigenlijk een stuk crediet dat nog versterkt wordt door de verdere wisseloperatiën (hij moet wel voorzigtig zijn in het gebruik zijner termen) die er zich omheen groepeeren.

Elk vermogensobject dient echter wel te zijn òf regt dadelijk op eene zaak, òf op eene persoonlijke handeling, jus in re of obligatie; de wissel moet wel tot de obligatiën behoreen, daar toch crediet is het vertrouwen op iemands belofte. Dit is de grondfout van SIEBENHAAR's redeneering: hij verwacht in de waarde des wissels de geldsom (die hij voor de beteekenis des wissels vooropstelt) en de belofte om die geldsom te voldoen (32).

De meeste der verdere wisseltheorieën zijn òf uitgemaakt onjuist, òf te avontuurlijk om in ernst er de wapenen tegen op te nemen. Slechts enkele zijn er, die door het talent hunner verdedigers en door den grooten bijval, dien zij gevonden hebben, moeilijker zullen zijn omver te werpen: het zijn die, welke zich gronden op het formeele karakter des wissels, die hem beschouwen als een Formalakt, die de verbintenis doen ontstaan uit het geschrift en haar willen verklaren als de Romeinsche stipulatie en expensilatie.

Met die beschouwing kan ik mij niet vereenigen. Het schijnt mij onjuist in den wissel een Formalakt te zien, indien men daarmee iets vormelijks, das Formelle, bedoelt. Verstaat men onder dat formeele meer algemeen het uitwendige, das Formale, de abstractie van materiele causa (cf. noot 3), dan is voor mij de theorie niet volkomen, want zij verklaart niet.

Er is in den wissel niet de minste vormelijkheid. Vat men het „formelle Rechtsgeschäft“ op als „ein solches, für

(32) Zie verder eene grondige kritiek van SIEBENHAAR's theorie door CARL GAREIS in SIEBENHAAR's *Archiv*, XVII, p. 266—293.

„welches durch ein Gesetz eine Form vorgeschrieben ist, „durch deren Beobachtung dem in sie gebrachten Stoffe eine „Causa verliehen wird (33)“, Form dus in de bij de Duitschers geliefkoosde beteekenis van streng door de wet gestelde eischen, dan is het duidelijk dat wel bij de stipulatie zulk een wettelijke oorsprong der verbintenis is aan te nemen, maar geenszins bij den wissel; deze toch is geheel buiten de wet, zelfs ondanks de wet tot zijne ontwikkeling geraakt. Of men verstaat onder die vormelijkheid het bepaald, uitdrukkelijk en duidelijk formuleeren van zijn wil; doch ook daarvan is hier geen sprake, in alle geval niet op de wijze der Romeinsche contracten van dien aard. De trekker spreekt den betrokkene aan met deze woorden: Betaal aan N. of order; is dit nu eene vormelijke belofte te noemen jegens hem, die op den vervaldag houder zal zijn? Zeker wordt bij de stipulatie de wil juist verklaard. Eveneens met het endossement, vooral met dat in blanco. Het is waar, er is een uiterlijk teeken, er is geschrift, en enkele bepaalde termen worden gevorderd, maar is daarom de verbintenis vormelijk? Dat zij in het algemeen geschrift en onderteekening (volgens velen ook nog het geven en nemen) vereischt, bewijst niets; ook de assignatie is ondenkbaar zonder dat en toch niemand, die daarin dien vormelijken aard ziet. En nu de waarde erkenning of het woord *Wechsel*, of wat volgens andere wetten den wissel kenmerkt? Maar er moet toch wel een uiterlijk teeken zijn om de verschillende soorten van papier te onderscheiden. Men mag niet aannemen, dat de teekenaar zulk eene strenge verbintenis als die des wissels wil op zich nemen, tenzij men zijne zekere verklaring heeft als bewijs. Het is mogelijk dat die verklaring niet met den werkelijken wil overeenkomt, doch in dat opzigt is geen verschil met andere wilsverklaringen. De gewone redeneering schijnt deze: men ziet bij den wissel een uiterlijk teeken dat volkomen afdoende is, men ziet verder abstractie van

(33) SIEBENHAAR'S *Archiv*, XVI. 118.

causa, en combineert die twee feiten, omdat men dat bij de Romeinsche formeele verbintenissen met goed gevolg gedaan had. Maar men moest dan bewijzen, dat de abstractie der verbintenis het gevolg was van het teeken. Integendeel, de verbintenis begint met uit haar aard abstract te zijn van causa — wij zullen later zien welke grond daarvoor is — en daarom, daarna dus, wordt een vast teeken gevorderd, voordat men kan onderstellen, dat iemand zich op die wijze wilde verbinden. Duidelijker zal ik mij welligt maken, door de algemeenheid van den vorm bij stipulatio en expensilatio te vergelijken met die bij den wissel.

Sedert LIEBE's studiën over de stipulatio wordt vrij algemeen aangenomen, dat zij niet een bepaald contract is, maar een algemeene vorm, waarin elk contract kan worden aangegaan. Hetzelfde geldt voor geldschulden met de expensilatio. Men heeft derhalve bij het Romeinsche regt de keuze om óf vormeloos het contract te sluiten, en het behoudt dan zijn eigen individueel karakter in al zijne schakeeringen (welligt echter geeft het dan ook geene civiele verbintenis), óf wel men brengt het in een generalen vorm over, waardoor abstractie van causa ontstaat. Het is duidelijk van welk practisch nut ook de laatste wijze van contracteeren kan wezen, b. v. bij verbintenissen, die eerst na langen tijd zullen vervallen en in het algemeen zoo dikwijls men de causa begeert buiten aanmerking te houden. Voor zulke gevallen gebruikt men tegenwoordig den wissel; ook deze heeft abstractie van causa, is generaal voor alle geldschulden, maar toch zoude het onjuist zijn, als men hem beschouwde als eene der twee manieren, waarop natuurlijkerwijze elke verbintenis kan worden aangegaan. Het is slechts eene handigheid, als men op die wijze contracteert. Een Romein, die kocht of ter leen ontving, kon óf vormeloos zich verbinden, óf wel uitdrukkelijk met verba solemnia zeggen: spondeo tibi dare. In onzen tijd kan men ook wel een' wissel teekenen voor dat bedrag, maar men verandert daardoor de obligatie. Niet alleen dat de obligatie wordt overgebracht tot

eene handelsschuld, wat zij van nature niet was, maar ook de crediteur verandert: als zoodanig zal voortaan optreden de houder op den vervaldag. Dit laatste punt zal ik hieronder hebben uit te werken.

Tk herhaal dus: de eigenaardigheden des wissels moeten een' anderen grond hebben dan den enkelen vorm; reeds de verschillende teekenen, die de verschillende wetgevers eischen voor den wissel, doen ons zien dat die enkele vorm het wezen des wissels niet verklaart; men zoude zich anders niet zooveel moeite geven, om den waren grond zijner bijzondere natuur in de woorden des wissels opgenomen te zien. „Die Form ersetzt die Causa“ zegt men, maar men verklaart niet waarom die vorm de causa onverschillig maakt. Het uiterlijk teeken van den wil, de wilsverklaring, verbindt hier niet meer dan bij andere contracten. Er worden hier aan het geschrift eischen gesteld, wel, om 't gemak der circulatie weinige, soms slechts een enkel woord, maar die dan ook met de meeste strengheid, strenger zelfs dan bij de andere, zelfs schriftelijke verbintenissen. Doch die strengheid is verklaarbaar en uit datzelfde gemak der circulatie en uit de noodzakelijkheid, voordat de wisselstrengheid in al hare kracht kan worden aangenomen, van afdoende bewijzen dat de partijen zeker wilden; de wisselstrengheid coupeert alle quaestiën meer nog dan bij eenige andere verbintenis; zij doet zelfs alle vraag naar de causa vervallen; terwijl bij de overige obligaties slechts de causa remota buiten rekening wordt gesteld, is dit hier zelfs met de causa proxima het geval.

Het uiterlijk teeken kan dus, al ware ooit eenige vorm daartoe in staat, nooit de regtsgrond wezen der wisselverbintenis, en nooit ook kan het uiterlijk teeken den eigenen aard der wissels verklaren. Deze moet derhalve eene andere reden hebben. Ik meen dat die gelegen is in de plaats, welke de wissel onder de verbintenissen inneemt.

In de laatste jaren staan voornamelijk twee beschouwingen tegenover elkander. THÖL ziet in de wisselverbintenis een

contract, KUNTZE verdedigt de creatie-theorie; beiden hebben talrijke volgelingen; onder onze juristen heeft Mr. R. VAN BONEVAL FAURE, in *Nieuwe Bijdragen v. Regtsgeel.* XIII. 326, de eerste meening gevolgd, Mr. J. G. KIST, *Themis* 1863 en *Handelsrecht*, p. 10 vv., daarentegen is van het andere gevoelen.

De creatie-theorie moet reeds dadelijk vallen voor ieder die werkelijke verklaring van den wissel zoekt; zij is niet helder en eenvoudig genoeg en maakt den wissel tot een mysterie.

Neen, de teekenaar van een' wissel verbindt zich eenvoudig daar hij verklaart te willen, en in zoover sluit zijne verbintenis zich aan bij de overeenkomsten. Met enkele uiterlijke teekenen legt hij dien wil aan den dag; terwijl bij de meeste overeenkomsten een omhaal van woorden daarvoor gebruikt wordt, die dikwijls juist daarom plaats overlaten voor twijfel, is hier een enkel, dikwijls indirekt, woord voldoende en afdoende. Alleen één verschil is er hier met den gewonen aard der overeenkomsten en ik meen hierin den grond te vinden van alle eigenaardigheden des wissels: — men verbindt zich hier, d. i. zonder de mogelijkheid om terug te treden, jegens iemand, die op het oogenblik der teekening nog onbekend is. Crediteur der wisselverbintenis zal hij wezen, die houder zal zijn op den vervalddag (34). Het is dus eene verbintenis op de wijze van die van het papier aan toonder (35), ofschoon men daar nog een stap verder afwijkt van de gewone overeenkomsten. Een belangrijk verschil dus tusschen wissel en stipulatie, de eerste is eene overeenkomst inter absentes, de stipulatie noodzakelijk inter praesentes.

Men beweert welligt, dat zulke verbintenissen geene overeenkomsten kunnen genoemd worden, daar deze steeds hare

(34) Art. 119 W. v. K.

(35) SAVIGNY, Oblig. II. 92 v.

bepaalde subjecten eischen; dit is dan ook een der krachtigste argumenten voor de creatie-theorie. Maar, toegevend ook dat eene overeenkomst slechts met een bepaald subject kan worden aangegaan (36), heb ik in dat geval mij alleen voorzigtiger uit te drukken; ik doe dan beter te spreken van eene verbintenis, analoog aan overeenkomst, alleen in dit ééne genoemde opzigt daarvan verschillend; gemakshalve echter wil ik van overeenkomsten blijven spreken, ofschoon de onnauwkeurigheid van dien term niet ontkennde. Er zijn dus de volgende categorieën der verbintenissen: a. direkte wilsverbintenissen, nl. 1^o. overeenkomsten; 2^o. die, welke met een relatief bepaald persoon worden aangegaan; b. verbintenissen uit de wet.

Even als elke overeenkomst heeft dan ook deze hare causa obligandi, den grond waarom zij verbindt, in het algemeen goedvinden, daar de redenen ontbreken, waarom de wil niet geoorloofd zoude zijn, waarom de maatschappij zich tegen hem zou verzetten.

Crediteur dan is de houder op den vervalldag; juist gesproken dus is de teekenaar vóór dien vervalldag nog geen debiteur; een schijfgrond voor de creatie-theorie, daar er misschien geen oogenblik is, waarop de twee willen werkelijk zamentreffen, als nl. de teekenaar terugtrok. Dit is evenwel slechts het natuurlijk gevolg van de onbepaaldheid des debiteurs; na de hierboven gemaakte concessie is voor ons die opmerking niet meer gevaarlijk; wel voor THÖL en diens volgers. Eene gewone overeenkomst toch, met toekomstige houders gesloten, zou vóór de toetreding van deze, door herroeping moeten vervallen. De teekenaar zou dan hoogstens verbonden zijn wegens IHERING's culpa in contrahendo om de schade te vergoeden, die de andere leed door zich met den wissel in te laten; maar die uitlegging wordt bij hen niet gevonden.

Het is dus eene zwevende verbintenis als zoovele andere;

(36) De bepaaldheid des crediteurs schijnt geen wezenlijk vereischte; men bedenke ook de in den nieuweren tijd veldwinnende beschouwingen over cessie, volgens welke het regt zelf zou overgaan.

onzeker is niet, als bij voorwaarde, òf de verbintenis zal openvallen noch, als bij tijdsbepaling, wanneer dit zijn zal; evenmin, als bij kansovereenkomsten, is er onzekerheid over den inhoud der verbintenis noch, zooals bij alternatieve obligatiën, over het object, dat zal worden voldaan. Er is meer analogie met correëele verbintenissen; zooals het daar onzeker is, wie der bepaalde personen, die crediteur of debiteur zijn in posse, het zullen zijn in esse, zoo ook hier, ofschoon hier de onzekerheid verder gaat; hier is slechts een der mogelijke crediteuren aangewezen, voor het overige zijn het geheel incertæ personæ. De categorie zelfs is niet bepaald en, wat van meer gewigt is, de mogelijke crediteuren manifesteren hun' wil niet vooraf, op het oogenblik waarop de debiteur zich verbindt.

Kan men zich nu niet vereenigen met de verpligting, die reeds nu zou bestaan, ofschoon de gerechtigde nog niet aannam, hetzelfde zien wij bij de betrekking tusschen erfgenaam en legataris; de eerste verbindt zich reeds door de aanvaarding der erfenis om, indien de legataris later dat begeert, het legaat uit te keeren. Eveneens bij vele schenkingen: ik betaal donandi animo iemands schulden, zelfs al weet deze niets van die betaling, of wel ik betaal aan iemand donandi animo, wat ik hem niet schuldig ben maar waarop hij meende recht te hebben; de later ingestelde actio negotiorum gestorum contraria en condictio indebiti zullen onmogelijk worden, als de gedaagde de schenking wil aanvaarden op het oogenblik, waarop ik reeds van mijne veranderde gedachte blijken gaf door de actie in te stellen.

Men vindt er misschien bezwaar in, dat hier het regt voor een geheel onzekeren persoon zou bestaan, maar er schijnen geene gronden te zijn om een verschil aan te nemen tusschen dit geval en een ander negotium inter absentes gesloten (37). Nu is evenwel dit eene bijzonderheid: bij een contract inter absentes aangegaan, kan de aanbieder steeds terugtrekken, zoolang nog niet de ander aannam;

(37) Anders SAVIGNY, Oblig. II. 88. vv.

hoogstens zal hij (ten minste in jure constituendo) verplicht zijn de culpa in contrahendo te praesteeren (38), de zoogenaamde negatieve schade te vergoeden, ontstaan doordat de ander zich met den voorslag inliet en verdere operaties aanging in de meening, dat hij uit die obligatie regt had verkregen. Passen wij dit toe op den wissel, dan zou de teekenaar vóór den vervalddag altijd kunnen terugtrekken, omdat vóór dien tijd niet bepaald kan worden aangenomen; alleen zou hij gehouden zijn om schadevergoeding te geven, als materiëel het nadeel kon bewezen worden, door den houder geleden, daar hij den wissel als geld beschouwde en als zoodanig hem aannam. Doch niet alleen dat, daar het juist die geldswaarde betreft, de positieve en negatieve schade gelijk zullen zijn, en overigens het vorderen van het bewijs in de gegevene omstandigheden minder gepast zoude wezen, maar ook de bevoegdheid om te herroepen moet reeds vervallen, omdat hier de overeenkomst met den houder ontstaan is uit, in de plaats treedt van, de met den nemer geslotene en dus evenmin herroepelijk is als deze.

Indien het waar is dat crediteur is hij, die houder zal wezen op den vervalddag, dan moet niet gesproken worden van verbintenissen tusschen trekker en nemer, zooals de volgelingen der theorie van het geven en nemen dat gewoon zijn, zooals ook onze wetgever dat doet in de 2^e afdeling van den titel van Wisselbrieven (39). Het regt des nemers op de wisselverbintenis is nog onzeker; van het begin af bindt zich de trekker aan nemer *of order* en bij het eerste endossement vervallen dus alle aanspraken des nemers. Evenmin heeft men zich veel moeite te geven om den aard te onderzoeken van de overdragt door endossement; men zegt soms: het is cessie, dikwijls: 't is novatie, doch geen van

(38) Zie IHERING *Ueber Schadensersatz bei nichtigen Verträge*, in *Jahrbücher für Dogmatik* IV. p. 1. vv. SAVIGNY, *Oblig.* II. 90 v. geeft tot hetzelfde doel eene *actio doli*.

(39) Artt. 104 en 105 W. v. K. worden natuurlijk niet hierdoor getroffen: ze handelen over den *Wechselschluss*: er is daar nog geen trekker of nemer, alleen een onderling verhandelen van den nog te trekken wissel.

beide is juist; men draagt de magt over om zelf crediteur te worden, met de bevoegdheid om dat alles weder op een ander over te dragen. Vandaar dat men spreekt van de overdracht van den eigendom des wissels, omdat hij als eene lichamelijke zaak, bepaaldelijk bijna als roerend goed, circuleert; bij geene andere obligatie zou die term volkomen nauwkeurig zijn, daar bij deze de regtsbetrekking, door de twee subjecten gedefinieerd, zou verbroken worden door den overgang op anderen; alleen de uitoefening is daar over te dragen, hier is een overgang mogelijk; analoog aan dien der absolute regten.

Uit dit alles blijkt, dat de creatie-theorie mij volstrekt niet kan bevredigen. Vooreerst heb ik bezwaar in het goochelachtige, wil men een' eerbiediger term (40), het magische der voorstelling, waardoor het ons onmogelijk gemaakt wordt den vluggen en behendigen kunstenaar te volgen en te controleeren. Ik heb bij de behandeling der causa civilis obligandi aangetoond, hoe het ontstaan eener verbintenis natuurlijk te werk moet gaan. Reeds dit is een krachtig argument tegen KUNTZE's leer; zij toovert ons de wisselverbintenis voor, zonder dat wij weten van waar zij komt. Eenigszins te begrijpen is zij van uit het standpunt des teekenaars, die zich wil verbinden, maar een raadsel blijft het, hoe de houder daaruit een regt verkrijgt (41), terwijl hij misschien

(40) Ook in zijn kunstigen majestueuse stijl herinnert KUNTZE aan het imposante van den persoon en het geheele apparaat van een CAGLIOSTRO. Zeker zou een eenvoudiger stijl en voorstelling het debat gemakkelijker maken.

(41) Ik spreek niet van de wanhopige argumenten, waarmee sommigen dat willen goedmaken door b. v. te zeggen: de wissel is zelf crediteur, de teekenaar de eerste houder, representant van dien crediteur; of wel: de teekenaar zelf is de eerste crediteur, want in den wissel is de som gepersonifieerd; avontuurlijke consequentien van eene leer, die op mirakelen berust. KUNTZE zelf, op dit punt aangevallen, tracht zich te redden door er ons op te wijzen hoe de: „Parcellirung und Mobilisirung, die das Gepräge unseres Verkehrs bilden,“ er toe bragten om de „Verträge zu zerlegen in einseitige Rechtsgeschäfte, in Creations- und Acquisitionsakte.“ (SCHLETTNER's Jahrbücher 1868 p. 27. Zie echter ook den volgenden jaargang). Hij schij: t

niet droomt die acquisitie te hebben gedaan, terwijl hij misschien, des teekenaars bedoelingen kennende, zelfs weigeren zoude. Of zou hier de liberalitas kunnen worden opgedrongen? Men zou welligt meenen, dat de creatie-theorie als reactie tegen die van het contract door geven en nemen, slechts wilde releveeren, dat de teekenaar reeds nu is gebonden, alleen wat sterk hare objectie uitdrukte. Zij zou dan in te breede trekken, in te scherpe kleuren misschien, den wissel hebben geschilderd als reeds bindende door eenzijdige handeling en

voor de aanneming door den toekomstigen crediteur, naarmate juist de andere leer dit punt welligt verwaarloosde. Ware di het geval, ik zoude mij geheel met haar vereenigen. Doch zij houdt hare stelling onwrikbaar vast; zij houdt vol, de verbintenis bestaat door de teekening en reeds bij die teekening. Mij dunkt, ook dit is een moeijelijk weg te ruimen bezwaar: bij die teekening is er niet alleen nog geen crediteur, want wie zal dat zijn? maar zelfs is er nog geene zekerheid, dat de schuld zal gaan loopen; eerst toch bij het afgeven blijkt de wil des teekenaars om eventueel debiteur te worden. Het is hier geheel als met een gewoon debiteur, die een stuk teekent en nog niet afgeeft; voor zoover ik zien kan, is hier geene reden om anders te beslissen. Natuurlijk als het papier is weggenomen, zal het moeijelijk te bewijzen zijn (en een koopman, die zijn crediet wil bewaren, zal ligt bezwaar maken dat bewijs tegen derden in te roepen), dat het niet vrijwillig werd afgegeven; doch dit is, ofschoon practisch meestal alles daardoor zal zijn uitgemaakt, slechts quaestie van bewijs. Alleen met de acceptatie kan men misschien anders redeneeren (42).

dan in die creatie toch een deel van een contract te zien, en men zou dan meenen hierin eene concessie te vinden. Maar neen, hij geeft zijne meening niet op. Men mag vermoeden, dat hij in die analyse der contracten een argument voor zich meent gevonden te hebben: evenwel hij vertoont het ons niet en kan er dus weinig indruk mee maken.

(42) Art. 119 W. v. K. SCHLESINGER II. 171 noot 19. LIEBE, Entwurf 119 v. REAUD, *Wechselrecht* § 36. WALTER, *Deutsches Privatrecht*, § 344, p. 385. Zie ook UNGER, *Inhaberpapiere*, § 109. ANM. 14. SIEBENHAAR, II. 170.

Daarentegen is de andere theorie te verwerpen, omdat zij van haren kant te ver gaat door de te ver gedrevene gelijkstelling van de wisselverbintenis met gewone overeenkomsten. THÖL (43) stelt de zaak voor, alsof de trekker, zoo dikwijls later geendosseerd wordt, een Begebungsvertrag sluit; niet wordt gecontracteerd door middel van dien endossant op naam van den trekker, maar door den trekker zelf; en eveneens bevat volgens hem de acceptatie een Begebungsvertrag, 't zij gelijktijdig, 't zij voor de toekomst voor zoo ver nog niet is geendosseerd, 't zij zelfs buiten weten van hem en van de houders beide, als b. v. een der exemplaren geaccepteerd, het andere in circulatie gegeven wordt, — „dem Daseyn des Acceptationsvertrages steht selbst das beiderseitige Nichtwissen von demselben nicht entgegen.“ Mij dunkt toch, hier blijkt juist, dat er geene ware overeenkomst bestaat, alleen een reeds gebonden zijn jegens een nog onbekenden persoon.

Doch te veel misschien reeds sprak ik over de betrekkelijke waarde dier verschillende theorieën; cum grano salis opgevat, verschillen zij allen welligt oorspronkelijk minder dan nu na onderling gevoerden strijd. Sommige theorieën stellen meer de practische beteekenis des wissels op den voorgrond en zijn, naar mijn oordeel, te weinig theoretisch. EINHART zegt, de wissel is papieren geld; het is overtuigend aangetoond, dat hij hierin veel te ver gaat. KUNTZE zegt, de wissel wordt gecreëerd door de teekening, enz. enz.; alle vrij practische voorstellingen om economisch den wissel te leeren kennen, geschikt ook om den leek de zaak eenigszins te explicceeren, maar — met allen eerbied zij 't gezegd — te weinig wetenschappelijk en theoretisch om volkomen waar en practisch te zijn. De andere theorieën zien teregt in het ontstaan des wissels geen mirakel, maar iets zeer natuurlijk, dat zij begrijpen te moeten verklaren; vandaar EINHART'S belofte jegens het publiek (hij behoort in zoover tot de beide rigtingen), THÖL'S stel van contracten; en ofschoon hunne

(43) Zie b. v. Wechselrecht, p. 445.

theorieën eenigszins onjuist schijnen, en ofschoon ook zij ons niet voldoende de reden verklaren van de abstractie van *causa*, zij staan hooger dan de creatie-theorie en andere van dien aard.

Doch de voornaamste grond, waarom ik prijs stel op de, naar 't mij toeschijnt, ware voorstelling van den aard der wisselverbintenis, als eene varieteit der contracten nl. doch met een' nog onbepaald' persoon gesloten, is deze: nu de vorm m. i. niet de bijzondere interpretatie dezer verbintenis kan verklaren, wil ik trachten die op te helderen uit de bijzondere plaats, die zij inneemt in het systeem.

Men zou welligt in den oorsprong des wissels in den handel eene oplossing meenen te vinden. De handel is strenger jegens den debiteur dan het gemeene privaatrecht: men ziet het aan de vervolgingen, waaraan de faillierende koopman blootstond, aan de gijzeling, in het handelsrecht regel, aan de hoofdelijkheid in handelszaken alligt aangenomen (44). Geheel zonder invloed is die oorsprong misschien op het wisselrecht niet geweest: de goede trouw in het gemeene privaatrecht heeft zeer veel zorg voor den schuldenaar, het handelsrecht waakt meer voor den crediteur, en het is dus aannemelijk, dat het handelsrecht eene door partijen zoo gewilde verbintenis, onafhankelijk van hare bijzondere oorzaak, niet in strijd achtte met de *bona fides*. De handelaar ook, meer geregeld in betrekking met het algemeen publiek, zal zijne verplichtingen tegenover dat publiek ook eerder erkennen dan de gewone particulier. Evenwel, al is het niet onaannemelijk dat dit alles eenig gewigt

(44) Zoo bij de vennootschap onder firma. Geheel te verwerpen is de meening, dat die hoofdelijkheid te verklaren is uit de corrèele aansprakelijkheid der verschillende aanstellers van éenen institor; elke vennoot nl., die zelf handelt, zou zich zelven voor het geheel verbinden juist omdat hij zelf handelt, de anderen, omdat hij hun institor is. Reeds daarom is die verklaring onjuist omdat zij niet uitreikt voor het geval, dat alle vennoten zelf handelen. En juist dat is het normale geval vanwaar alle verklaring moet uitgaan: is dat verklaard, dan zal het ook duidelijk zijn hoe het gaan moet, als sommigen door vertegenwoordiging handelen.

in de schaal heeft gelegd, het levert een' te zwakken grondslag om op voort te bouwen.

Wij hebben hier te maken met eene verbintenis, waar uit den aard der zaak de goede trouw geheel bijzondere eischen stelt. Eene gewone overeenkomst wordt te goeder trouw ten uitvoer gelegd, dat wil daar zeggen: men houdt in het oog, dat de woorden of andere teekenen hunne taak als dragers van den wil dikwijls zeer gebrekkig vervullen; men observeert dus steeds alle bijomstandigheden om te weten, waartoe de debiteur dacht zich te verbinden, wat van zijnen kant de crediteur bedoelde; en zonder die bijomstandigheden worden — dit, ik erken het, ten onregte — geene verbintenissen erkend. In den regel is er geene reden om af te wijken van die overigens juiste beschouwing; beide partijen stonden met elkander in dadelijke betrekking en wisten dus, konden ten minste weten, hoe zich de zaak had toegedragen. Hier echter contracteert men met eenen geheel onbekenden persoon: de goede trouw, die anders die vrije interpretatie vorderde, zal haar nu verbieden; de derde kan niet die omstandigheden kennen; hij kan alleen naar uiterlijke teekenen oordeelen, en de teekenaar zou niet loyaal handelen, als hij captiën ging maken op grond van feiten, alleen aan hem bekend. Hij wist immers, de wissel zal circuleeren, de bijvoeging *aan order* bewijst dit; hij verbindt zich jegens iemand, die alleen het uiterlijk kan onderzoeken, en hij zal zijn woord gestand doen, zonder op oorzaken zich te beroepen; op dat woord vertrouwende toch, heeft de houder dien wissel behandeld als geld, hem in betaling aangenomen, enz.; en derhalve, wat hij geschreven heeft, dat heeft hij geschreven. Is eens het springend regres aangenomen — en dit verklaart zich uit de overeenkomst met den onbekende, waarin de oorspronkelijke contracten tusschen trekker en nemer, endossant en geëndosseerde, enz. zijn opgegaan — dan volgt daaruit noodzakelijk die eigenaardigheid. Deze vloeit dus voort uit der partijen wil; wat BÄHR altijd mogelijk rekent (ll. p. 155, cf. UNGER p. 69), wat SCHLESINGER (ll. 117) ondoenlijk acht, is hier bij den wissel dus waar:

de verbintenis wordt volgens den wil van de partijen losgemaakt van hare materiele causa. Zoo zal bij elke andere verbintenis jegens het publiek aangegaan, bv. jegens „den eerlijker vinder“ en dergelijke, indien men haar eens als geldig wil erkennen, niet meer gevraagd worden naar liberaliteit of tegenpraestatie, alleen naar de belofte. In zoover is EINERT's voorstelling volkomen juist: de wissel wordt uitgegeven als papierengeld, hij zal circuleeren als geld; de teekenaar staat dus hier tegenover het publiek, en wel een publiek, dat zelfs geen tijd zoude hebben om de bedoeling nader te onderzoeken.

Zoo wordt dan alleen naar het uitwendige beslist of het papier wissel is of assignatie. Materieel is het verschil het volgende: bij wissel is de bedoeling om eene vordering, die op den vervaldag bestaan zal, of in het algemeen een bedrag op den vervaldag door den betrokkene uit te keeren, overtredagen of te verhandelen; natuurlijk werd de verbintenis aangegaan 't zij donandi, 't zij credendi of solvendi causa, maar daar het regt dadelijk overgaat op den houder op den vervaldag, vervalt die geheele causa, en blijft niets over dan algemeen de verpligting van den voorganger jegens den opvolger om, bij niet-voldoening door den betrokkene, de beloofde garantie gestand te doen. Bij assignatie integendeel bedoelt men de opdracht om de pretentie te innen, en de hoofdverpligting dus, uit assignatie ontstaande, is die van den opvolger jegens den voorganger, om nl. voor de incasseering en uitkeering te zorgen. Doch men vraagt niet naar die oorspronkelijke bedoeling der eerste partijen. Is eens het uiterlijk teeken daar, dan is het wissel; is het niet aanwezig, dan is er niet verhandeld. Eigenlijk is er dus hier weinig verschil met andere wilsverklaringen: in het algemeen wordt men gebonden door eene duidelijke verklaring, al komt die geenszins met den werkelijken wil overeen. Alleen, voor het gemak der circulatie, beslist hier slechts dat ééne teeken en dat volkomen, terwijl anders alle teekenen van den wil gelijkelijk bewijzen. Zooals ik dus hierboven opmerkte, de vorm des wissels wordt verklaard

uit zijn wezen, niet het wezen des wissels uit zijnen vorm.

Wel mag bij den wissel soms het tegendeel worden be-
wezen (45), maar alleen tusschen twee onmiddellijk elkaâr
opvolgende personen; zooals omgekeerd bij de assignatie de
eenige verdedigbare regresactie (die tegen den uitgever is
slechts eene ongelukkige vinding van onzen wetgever) ook
alleen tusschen twee onmiddellijk op elkaâr volgende personen
kan plaats hebben.

Het beslissend uitwendige teeken vindt onze wet in de
waarde-erkenning met het verschil van plaats, de Wechsel-
ordnung in het woord *Wechsel*. Welke wet verdient hier de
voorkeur? De redeneering van onzen wetgever is waarschijnlijk
deze: indien er verschil van plaats is en tevens waarde-er-
kenning, dan is er zeker gewisseld en dus moet er eene
wisselactie zijn en wel in al hare gestrengheid. Hij
schijnt de leer te huldigen van de vaderen, die den
in zijne verplichtingen falenden wisselaar vervolgden met de
driedubbele wisselstrengheid, de materieele, processueele en
executoriale. Wij worden in die meening bevestigd door
eene onzinnige bepaling als van art. 200 W. v. K.; daar
kan slechts deze gedachte aan ten grondslag liggen: ook die
man is schuldig, al verschuilt hij zich achter den officieelen
trekker. Eveneens is het met de opvatting van onzen wetgever
over de assignatie: daarbij wordt wel eens eenigszins gewis-
seld, daarvoor moet men dus ook eene soort van regres hebben.

Het is onnoodig de afdoende argumenten, bepaaldelijk
door Mr. Kist tegen onzen wisselvorm geleverd, te her-
halen; alleen deze opmerking wil ik maken. De bepaling
der Duitsche wet is te verkiezen, omdat de wilsverklaring
zoo het eenvoudigste is. Partijen hebben de keuze tusschen
assigneeren en verhandelen, maar zij moeten weten waartoe
zij zich verbinden, en hun wil moet aan het publiek, dat
geregtigd wordt, verklaard worden. Voor de houders nu is
zeker het woord *Wissel* het eenvoudigste teeken, en ook zal
de teekenaar zich minder vergissen wanneer hij door het

(45) Artt. 111 en 134 W. v. K.

woord „Wissel“ neêr te schrijven zich wisselregtelijk verbindt, dan als die vreemde gevolgen plaats hebben door het gebruiken van het hem dikwijls vrij onduidelijke „waarde genoten“ of „in rekening.“

Ik kom hier nog even terug op de vraag of de vorm eene voldoende verklaring des wissels kan leveren. Al verbindt men zich door het geven en nemen van een geschrift met wisselformule, dan is daardoor nog niet uitgemaakt, dat men zich op die bijzondere wijze moest verbinden. Gesteld dat de wissel niet een geschrift was, dat uit zijn aard zal circuleeren, dan beweës immers het uiterlijk teeken alleen dat, geenszins dat men zóó zich wilde verbinden. Maar nu eens de wissel moet circuleeren, moet de verbintenis abstract wezen, ook al konde de wil om haar aan te gaan op de gewone wijze door alle middelen gelijkelyk bewezen worden. Gaan wij nog eens den vorm des wissels na: de trekker zegt tot den betrokkene: ik draag u op, zooveel te betalen aan N, mijnen vertegenwoordiger, aan wien ik de bevoegdheid om te substitueeren speciaal toeken. Verder wendt hij zich tot den nemer en diens opvolgers, tót het publick, tot den houder op den vervalddag, en zegt, met eene bondigheid die zeer natuurlijk is maar toch als met zoovele woorden: de som die ik aan den betrokkene noemde, heb ik u niet verzocht te innen, maar ik verklaar haar te hebben verhandeld, ik verklaar het is voor u (46) een wissel, derhalve ik verbind mij aan den houder. Hij is verbonden, ja, door die uitdrukkelijke verklaring, maar geheel naar den regel; de bepaalde wijze, waarop hij verbonden is, staat met den vorm dier verklaring geenszins in verband.

Naar het uitwendige ook beslist men wie crediteur is, nl. de houder op den vervalddag, zonder dat men hem kan lastig vallen over het bewijs hoe dat regt hem opkwam. Is de wissel dus verloren, zoo vervalt alle regt; het gemak der

(46) Misschien zegt hij tot den nemer zelf iets anders, en tegen hem mag hij zich daar dan later op beroepen.

circulatie eischt de uitsluiting van alle bewijs door eed of dergelijke middelen, waardoor men zoude willen constateeren materieel regt te hebben; alléén dat geschrift mag bewijzen (47). En voor het gemak van het verkeer ook is het dat de garanten niet kunnen worden aangesproken zonder protest. Zij beloofden vergoeding voor het geval dat de betrokkene op den vervaltijd niet betaalde; zij zijn dus niet aansprakelijk tenzij de houder dat bewijs levert; en, zooals het hoofdpunt der verbintenis alleen door den wissel wordt beslist, op dienzelfden grond mag hier alleen het protest worden overgelegd.

Naar het uiterlijke eindelijk oordeelt men, wie debiteur is, nl. de teekenaar, die zijn woord gestand moet doen.

In de interpretatie dus van den wissel is veel, dat overeenkomt met die der stipulatie; waar men vroeger de verbintenis maakte tot *verborum obligatio*, gebruikt men tegenwoordig dikwijls den wissel. Maar daar de grond dier eigenaardige gevolgen verschilt, moet ook in de werking verscheidenheid zijn. Bij de stipulatie is die abstractie van *causa* een gevolg van de afwezigheid der goede trouw, de regtsbetrekking is daar niet die tusschen eerlijke en regtschappene personen die elkander kunnen vertrouwen; alleen in dit ééne opzigt is de opvatting van het *negotium* volgens het *strictum jus* dikwijls practisch, maar in het algemeen is de eenvoud der *condictie* eerder kleingeestig te noemen; vandaar de wel langzame maar toch natuurlijke dood der *condictie*. Bij den wissel geen spoor van bekrompenheid: de wissel is te danken aan het groote verkeer en heeft een frisch en krachtig leven, heeft misschien nog niet eens zijne volle ontwikkeling bereikt. Geen spoor van bekrompenheid; juist de goede trouw doet daar die opvatting ontstaan. Daar geldt zoo goed als bij alle overeenkomsten de regel, dat

(47) Ook dit is een belangrijk verschil met de stipulatie: bij den wissel is slechts de houder van het stuk crediteur, men moet op den bepaalden dag het papier in handen hebben, terwijl bij de stipulatie na het ontstaan der verbintenis voor hare werking niets meer vereischt wordt.

men zich verbindt niet alleen tot 't geen men uitdrukkelijk verklaart, maar ook tot al wat billijkheid en gewoonte als daarmee zamenhangend beschouwen. Daaruit is de geheele wisselverbintenis voortgevloeid, alleen door dien regel ontstond de verbintenis van iederen teekenaar jegens den houder.

De strenge eenvoudigheid des wissels hangt alleen zamen met zijne circulatie, die plaats heeft als bij het geld. Ik zwijg natuurlijk van bepalingen als de kortere procedure, de gijzeling, het conservatoor beslag, als van art. 198 W. v. K.; dergelijke begunstingen van wisselschuld door den wetgever zijn alleen op diens wil gegrond, theoretisch moeilijk te verklaren. Anders daarentegen de abstractie van causa, die in den aard des wissels ligt en dan ook overal erkend wordt. Deze ontstaat omdat men, even als bij geld, om zoo te zeggen alleen naar den stempel vraagt en zich niet verdiept in allerlei bijomstandigheden. Daarom dan wordt de voorwaardelijke acceptatie uitgesloten, ofschoon bij stipulatie de voorwaarde toegelaten is; daarom dus wordt dikwijls niet gezien naar allerlei zelfs uitdrukkelijke bijvoegingen, die anders den inhoud der verbintenis zouden kunnen wijzigen (48). Daarom ook, zou ik meenen, dat zelfs eene uitdrukkelijke bijvoeging van causa bij den wissel aan den houder niet zou kunnen worden tegengeworpen, wat zeker bij de stipulatie anders is.

Een enkel woord nog over de vraag, die ik in het begin reeds aanroerde: behoort tusschen trekker en betrokkene eene

(48) Ik wijs op bepalingen als van § 21 Abs. 2 der Wechselordnung en van de vierde der Nürnberger Novellen, en op de meening van velen, dat de bij procura-endossement geendosseerde den eigendom des wissels kan overdragen, ofschoon altijd aansprakelijk blijvende jegens zijnen lastgever. De tijd zal welligt leeren, wat het krachtigste zal zijn, het streven van het verkeer om den wissel volkomen als geld zich te doen bewegen, of de tegenstand der teekenaars, die zich dikwijls geheel tegen hunne bedoeling zouden binden; of zal zegevieren de meening van hen die, den wissel geheel als papierengeld beschouwende, alle complicatie willen verwerpen en den houder in bijzondere bescherming nemen, of wel de leer van hen, die het regt des teekenaars verzekerd willen zien meer volgens de regels van het gemeene regt.

wisselactie te bestaan? In jure constituto is de vraag uit-
 maakt door art. 148 W. v. K. (49), in jure constituendo
 blijft zij betwist. Meestal wil men eene wisselactie toekennen,
 m. i. ten onregte, daar hier de grond der wisselverbintenis
 ontbreekt. Alleen voor den houder moeten alle bijquaestiën
 wegvallen; de trekker echter stond in dadelijke betrekking
 met den betrokkene, die voor hem geenszins een onbekende
 is; dus voor hem vind ik geene reden voor die opvatting.
 Hij kan echter zijn doel bereiken, als hij in de regten des
 houders wordt gesurrogeerd; zooals ook het regres der tee-
 kenaars van den giro onderling alleen op surrogatie in des
 houders regten berust.

Men werpt mij misschien tegen — en deze objectie geldt
 enigzins tegen mijne geheele voorstelling — dat op dien
 grond ook de nemer van een getrokken wissel of eener ac-
 ceptatie, indien er geen verder endossement is geweest, den
 uitgever niet wisselregtelijk moest kunnen aanspreken, dat
 met één woord, alleen het springend regres door mij is ver-
 klaard. Ik moet dit toegeven; doch het schijnt mij toe dat
 alle regres bij den wissel zijn karakter ontleent aan het meest
 gewone, het springende regres. Tot mijn leedwezen echter
 is dit punt, van hoeveel gewigt ook voor mijne geheele
 stelling, zeker moeilijk te bewijzen, en hang ik derhalve
 grotendeels van 's lezers welwillendheid af.

(49) Mr. J. G. KIST, p. 153.

Nog iets over burenrecht.

(Mr. W. MODDERMAN, *het Burenrecht*. — *Tijdschrift voor het Nederlandsch recht*, D. III, 1e st., p. 1—55), door Mr. FOCKEMA ANDREAE, kantonrechter te Lemmer.

De steeds toenemende nijverheid doet, vooral in onze dicht ineengebouwde steden, meer en meer fabrieken, magazijnen en andere inrichtingen verrijzen die voor de buren lastig, schadelijk en soms zeer gevaarlijk zijn. Men zou zeker meer geven dan zelfs de meest volbloed nijverheidsman kan begeeren, wanneer men beweerde dat de buren al die lasten moesten dulden in het belang der industrie. Evenmin echter mag men alles wat stinkt of geraas maakt, hinderlijk of schadelijk is, uit de maatschappij verbannen en zoo een toestand in het leven roepen die in onze steden alleen eene plaats zou verzekeren aan rustige ambtenaren en pijpjes rookende renteniers. Neen, geen dier uitersten is bestaanbaar; zoowel zij die allereerst hun rustige rust wenschen te genieten als zij wier bedrijf voor die rust hinderlijk kan zijn, moeten zich eenige opofferingen getroosten. Men bedenke dat het de plicht van den Staat is, eigendom, veiligheid, gezondheid te beschermen, maar tevens dat belemmeringen de nijverheid in den weg gelegd, de algemeene welvaart gevoelig treffen, en men zal tot de overtuiging komen dat het noodig is een middenweg in te slaan, waardoor èn voor de rustige burgers èn voor de industrie plaats blijft in de maatschappij.

Van deze denkbeelden gaat Mr. MODDERMAN uit in de monographie aan het hoofd van dit opstel vermeld, waarin de schrijver eenige algemeene beginselen aanwijst, die naar zijne meening in het burenrecht moeten gelden.

In deze monographie wordt o. a. het stelsel door mij in mijn proefschrift ontwikkeld, afgekeurd als in de praktijk onbruikbaar. Ik ben mij volkomen bewust van de gebreken van mijn stelsel en zou het gaarne voor beter geven, maar ook alleen voor beter. Tegen het stelsel van Mr. MODDERMAN

echter zijn bij mij verschillende bedenkingen gerezen, die het voor mij onaannemelijk maken. — Ik wil trachten ze hier in het kort weêr te geven.

Laat ons achtereenvolgens nagaan van welk standpunt de schrijver uitgaat en tot welke resultaten hij komt.

Bij het onderzoek van de vraag, wat de wetgever aan de grondeigenaars behoort te verbieden in het belang hunner bureu, is het van het allerhoogste gewicht dat vooraf vaststa of de grondeigendom is een onbeperkt of een beperkt recht. Is het eerste het geval, dan zijn alle beperkingen daarvan, in het belang der bureu, met den aard van dat recht in strijd. Is daarentegen de eigendom uit zijn aard een beperkt recht, dan zijn de beperkingen van het recht van beschikking en uitsluiting niet in strijd met dat recht, maar wat meer zegt, ze zijn daarvan directe gevolgen. Mr. MODDERMAN gaat dan ook in het breede den omvang van het eigendomsrecht na en komt, na een duidelijk betoog dat twee onbeperkte eigendomsrechten naast elkaar onbestaanbaar zijn, tot deze conclusie: „de beperkingen van het eigendomsrecht zijn niet in strijd met zijn wezen; zijne grenzen moeten uit zijne natuurlijke bestemming worden afgeleid (1).“

Staat het vast, dat eigendom een beperkt recht is, dan zullen de regelen van bureurecht wel uit den aard van den eigendom moeten worden afgeleid. Immers, wanneer men den onbeperkten eigendom verwerpt omdat onbeperkte eigendomsrechten nevens elkander onbestaanbaar zijn, dan erkent men tevens, alleen een eigendom te kunnen aannemen die zoodanig beperkt is, dat hij met andere gelijke rechten in vrede kan leven. En nu zou men de onjuistheid van zijn eigen beperkt eigendomsbegrip erkennen, wanneer men in het belang der bureu nog willekeurige beperkingen van het recht des eigenaars noodig oordeelde, niet uit den aard van dat recht afgeleid.

De zoo even aangehaalde woorden van Mr. MODDERMAN

(1) T. a. p., pag. 11.

geven dus meen ik het recht tot de volgende redenering : Het burendrecht heeft geen ander doel, dan, met het oog op den invloed dien het gebruik van een erf op de mogelijkheid van gebruik van een ander erf kan hebben, de grenzen van het eigendomsrecht op den grond aan te wijzen. De grenzen van het eigendomsrecht moeten uit de natuurlijke stemming van dat recht worden afgeleid; ergo de regelen die in het burendrecht gelden, moeten worden afgeleid uit de natuurlijke bestemming van het eigendomsrecht.

De geachte schrijver schijnt echter die meening niet te deelen; wij lezen toch op p. 33, wat schrijvers hoofdbezwaar is tegen twee der door hem bestreden stelsels, in deze woorden: „maar al waren die begrippen *normaal* en *dagelijksch gebruik* zoo bepaald mogelijk, dan zou nog mijn hoofdbezwaar „blijven bestaan. Wat toch is het doel van de voorschriften „die het burendrecht uitmaken? Zeker dit, om de lasten uit „de buurtschap voortspruitende zoo veel mogelijk weg te „nemen of dragelijk te maken. Hieruit volgt dat de wetgever „bij zijne voorschriften allereerst rekening moet houden met „die lasten; wat niet lastig is kan hij toelaten, wat het wel „is moet hij verbieden of neutraliseeren.“

M. i. zou het ons licht op een dwaalspoor leiden zoo we van deze stelling uitgingen. Wanneer het toch vaststaat dat wij de grenzen van den eigendom uit zijne natuurlijke bestemming moeten afleiden, dan gaat het niet aan ons bij het zoeken naar die grenzen nog een afzonderlijk doel voor oogen te stellen, het wegnemen van de lasten uit de buurtschap voortspruitende. Immers, of het ligt in de natuurlijke bestemming van den eigendom, dat de lasten der nabuurschap zoo gering mogelijk zijn, of het ligt er niet in. In het eerste geval zal men het doel van zelf bereiken, door van de bestemming van het eigendomsrecht uit te gaan, en zou het afzonderlijk rekening houden met de lasten der buurtschap slechts tot noodlooze omslactigheid aanleiding geven. In het tweede geval zou het onmogelijk zijn tegelijk van de natuurlijke bestemming van het eigendomsrecht uit te gaan en het genoemde doel in het oog te houden

zonder nu en dan tot strijdende beslissingen te komen

Maar, zal men misschien zeggen, de schrijver beweert niet dat men *alleen*, maar dat men *allereerst* moet vragen of een gebruik van een erf lasten meëbrengt voor de bureu. Ik zou daarop antwoorden: moeten niet alleen de lasten door het gebruik veroorzaakt, maar ook andere omstandigheden factoren zijn van de beslissing der vraag of het gebruik geoorloofd is, dan is het onverschillig met welke omstandigheid men het eerst rekening houdt, mits men het achtereenvolgens met alle doe. En in dat geval kan het aannemen van ééne omstandigheid als de bij uitnemendheid beslissende, slechts leiden tot verwaarloozing der overige. — Naar het mij voorkomt blijft dan ook de schrijver zich niet altijd gelijk. — Zoo lezen wij op pag. 34, noot 1: „M. i. „komt bij het bouwen noch van eene vierde verdieping, „noch van eene schutting, de vraag van lastigheid of normaliteit te pas, niet omdat die handelingen niet zeer lastig „kunnen zijn, maar omdat zij in geen geval het eigendomsrecht van mijn buurman treffen.“ Hoe is dit te rijmen met het voorgaande? Van waar dat hier de lasten plotseling, in plaats van allereerst in aanmerking te komen, buiten rekening blijven? En waar vinden wij het betoog dat dit bouwen in geen geval het eigendomsrecht van den buurman treft? Als dezen daardoor het licht benomen wordt, is het toch zeker eene handeling die zich in hare gevolgen tot den eigendom des buurmans uitstrekt. — Een tweede voorbeeld; op pag. 47 noot 2, verdedigt de schrijver art. 700 en 701 B. W. en wel op dezen grond, dat het hem voorkomt in overeenstemming met het eigendomsrecht te zijn, dat ieder zijn eigen vuilnis bij zich houdt. Hier is het dus niet de last dien het uitlopende water of vuil veroorzaakt, maar de strijd van dat uitloopen met het eigendomsrecht, die de wetsbepalingen juist maakt.

Nu antwoorde Mr. MODDERMAN mij niet, dat juist omdat dat uitloopen een last zou zijn voor den buurman, het in strijd is met diens eigendomsrecht, want nam de schrijver dat aan, dan zou hij ook eveneens moeten toegeven dat het

uitloopen van water en vuil in die gevallen waarin het den buurman geen last veroorzaakt, ook niet met diens eigendomsrecht strijdt.

Maar kan misschien de reden waarom de schrijver nu eens de lastigheid eener handeling, dan weder de al of niet overeenstemming van die handeling met het eigendomsrecht des buurmans laat beslissen, ook gelegen zijn in het begrip dat hij zich van den beperkten eigendom maakt?

Laat ons zien. — Op pag. 36 vinden we het eigendomsrecht nauwkeuriger omschreven. — We lezen daar: „Het eigendomsrecht bestaat uit twee elementen, een positief en een negatief. Het positief element bestaat in de bevoegdheid om het *vol genot* van zijne zaak te hebben, het negatief in de bevoegdheid anderen af te weren. Om de samenleving mogelijk te maken moet het eerste element beperkt worden bij fabrieken (1); deze moeten zich ten behoeve der woonhuizen onthouden van handelingen die zij zouden kunnen verrichten als zij alleen stonden. Om het eigendomsrecht niet onmogelijk te maken, moet het tweede element ingekort worden bij woonhuizen; deze moeten ten behoeve der fabrieken lasten dulden, die zij zelve niet veroorzaken. Zoo kunnen ze, door beiden iets van hun recht te laten vallen, tot elkander komen.“

En op pag. 37 noot 1 vraagt de schrijver: „Is het niet verstandiger het eigendomsrecht zoo te beperken, dat men de conflicten voorkomt?“

De reden waarom ik deze woorden aanhaal is, dat zij bij ons twijfel doen rijzen of het den geachten schrijver wel ernst is met de beperktheid van het eigendomsrecht. Op pag. 37 wil Mr. MODDERMAN het eigendomsrecht beperken om conflicten te voorkomen. — Daaruit volgt dus, dat dit recht, zoo men het niet beperkte, volgens schrijvers meening tot conflicten aanleiding zou geven.

En volgens pag. 36 moeten de verschillende eigenaars iets

(1) Fabrieken zijn hier de type van lastige, woonhuizen van niet lastige burens.

van hun recht laten vallen dat de eigendom hun geeft, om de samenleving en den eigendom mogelijk te maken. Om eenig recht te laten vallen, d. i. er afstand van te doen, moet men dat recht noodzakelijk hebben, en volgens de bovenaangehaalde woorden hadden dus eigenlijk de eigenaars in hun eigendom een recht dat *en* de samenleving *en* den eigendom onmogelijk maakte. Het is m. i. zeer moeilijk dit te rijmen met de vroeger aangehaalde stelling van den schrijver, dat de grenzen van den eigendom uit zijn natuurlijke bestemming moeten worden afgeleid. Het kan toch wel niet in die bestemming liggen de samenleving en den eigendom onmogelijk te maken.

Niet duidelijker wordt ons de bedoeling van den schrijver uit hetgeen op pag. 37 volgt: „Strict genomen mag geen eigenaar door zijne handelingen middellijk of onmiddellijk ingrijpen in de eigendomssfeer van zijn buurman. — Hieruit zou dus, in strijd met het zoeven gezegde, volgen moeten (1), dat het recht om anderen van ons erf af te weren onbeperkt moet zijn, maar dat integendeel de beperkingen van het vrij genot geene rechtvaardiging noodig hebben, omdat ieder die op zoodanige wijze van zijn erf gebruik maakt dat een ander er last van heeft, reeds daardoor en daarom versatur in re illicita. Maar ofschoon het in het algemeen waar is, dat niemand in de sfeer van zijn buurman mag ingrijpen, wachte men zich wel deze waarheid door eene belachelijke consequentie onbruikbaar te maken.“

Deze beschouwing komt mij geheel onjuist voor. Wanneer hetgeen Mr. MODDERMAN als strict genomen waar aanneemt werkelijk waarheid is, en daaruit logiesch wordt geredeneerd, ook tot in de uiterste consequentiën, dan kan de conclusie nooit eene onwaarheid zijn. Op de stelling waarvan de schrijver uitgaat, valt echter wel iets af te dingen. Onder eigen-

(1) Dat eene conclusie uit hetgeen strict genomen waar is, strijdt met de leer die op de vorige pag. wordt verkondigd, zou licht tot het vermoeden kunnen leiden dat de schrijver het bij die leer minder nauw met de waarheid genomen had.

domssfeer kon men verstaan of den omvang van het eigendomsobject, of den omvang van het eigendomsrecht. Bedoelt Mr. MODDERMAN het eerste, dan is zijne stelling bepaald valsch. Een verbod toch van elk ingrijpen in een anders eigendomssfeer in dien zin zou tot ongerijmdheden leiden (b. v. het verbod van het overwaaien van een blad of een stoffe uit den tuin). Dit is door alle mogelijke schrijvers over burensrecht in 't breede betoogd en op dit punt bestaat tusschen hen volkomen overeenstemming. Het eigendomsrecht des buurmans nu kan onmogelijk eene bevoegdheid medebrengen die tot ongerijmdheden leidt. Immers, de grenzen van het eigendomsrecht moeten uit de natuurlijke bestemming van den eigendom worden afgeleid. Elke bevoegdheid van den eigenaar is binnen die grenzen gelegen en moet dus met die natuurlijke bestemming in overeenstemming zijn. Dat nu die natuurlijke bestemming niets ongerijmds kan meebrengen zal wel duidelijk zijn. Bedoelt Mr. MODDERMAN het tweede dan is zijne stelling wel niet valsch, maar het is onmogelijk er met betrekking tot de eigendomsbevoegdheid der burens eenige conclusie uit te trekken. Men kent toch den omvang van het eigendomsrecht (d. i. de eigendomssfeer) des eenen buurmans niet dan tegelijk met den omvang van dat van den ander.

Welke beteekenis men dus ook aan het woord „eigendomssfeer“ hechte, nooit is de stelling door Mr. MODDERMAN vooropgezet een juiste en hechte grondslag voor de daaruit getrokken conclusie. Maar genoeg, de schrijver trekt er zijn conclusie uit en als we ons het voorgaande te binnen brengen, dan zien we hoe Mr. MODDERMAN achtereenvolgens beweert: 1^o. dat de bestemming van het eigendomsrecht de beperktheid daarvan meebrengt, 2^o. dat de beperkingen van het recht van uitsluiting en beschikking een afstand van recht zijn, door den eigenaar gedaan, 3^o. dat strict genomen het recht van uitsluiting onbeperkt, dat van beschikking beperkt is.

Deze drie beweringen te rijmen, is mij althans onmogelijk.

Voegen we daar nog bij, dat men volgens Mr. MODDERMAN (1) tegelijk zijn eigendom kan uitoefenen en tot de handeling waardoor men dat doet niet bevoegd en gerechtigd zijn, en dat volgens hetgeen wij lezen op pag. 5, bij gebreke aan wettelijke bepalingen, de eigenaars krachtens hun eigendom: het eendrachtig samenwonen in gevaar zouden kunnen brengen (2), dan mogen we dunkt mij vragen, het zij met allen eerbied voor den kundigen schrijver gezegd, of in de bedoelde monographie wel een zeer helder begrip heerscht, omtrent het al of niet beperkte van het eigendomsrecht. Hieruit zal het misschien zijn te verklaren dat de schrijver niet uitsluitend uit het begrip van eigendom zijne conclusiën trekt.

Maar om tot de punten van uitgang van Mr. MODDERMAN terug te keeren; hadden we alleen te letten op de natuurlijke bestemming van den eigendom, en noodzaakte ons die, volgens den schrijver, om allereerst rekening te houden met de lasten uit iedere handeling voor de bureu voortspuitende, we zouden niet begrijpen waaraan de lasten die

(1) T. a. p., pag. 6. Wat Mr. MODDERMAN hier beweert is m. i. volkomen onjuist. Wel is het waar dat uitoefenen een bloot feitelijk begrip is en dat er uitoefening kan zijn *met* recht en *zonder* recht, maar dit bewijst volstrekt niets voor de stelling dat men door zijn eigendom uit te oefenen eene onrechtmatige handeling zou kunnen plegen. Hij die op een erf of met eene zaak handelingen verricht, waartoe alleen de eigenaar de bevoegdheid heeft, zonder van dat erf of die zaak eigenaar te zijn, oefent *een* recht uit dat hem niet toekomt, matigt zich een recht aan dat hij niet heeft en daarin ligt het onrechtmatige zijner handeling. (Dit is uitoefening van een recht zonder recht). Uitoefenen van een recht is, het doen werken van dat recht, het verrichten van een handeling waartoe dat recht de bevoegdheid geeft. Die nu eene handeling verricht die niet ligt binnen de grenzen van een bepaald recht, dat hij heeft, oefent niet dat recht uit. *Zijn* recht uitoefenen is synoniem met het verrichten van eene handeling waartoe men de bevoegdheid heeft.

(2) Immers we lezen daar, dat bij de wet de rechten en verplichtingen der bureu moeten geregeld worden, daar het recht het eendrachtig samenwonen niet aan den goeden wil des buurmans mag overlaten. De schrijver schijnt dus van oordeel te zijn dat een kwaadwillige buurman uit zijn eigendom de bevoegdheid zou kunnen putten om dat eendrachtig samenwonen in gevaar te brengen.

voorkeur te danken hadden, maar we zouden er ons bij kunnen neêrleggen. Moeilijker wordt echter de quaestie door dat Mr. MODDERMAN nog een derde factor van beslissing in het spel brengt (1), n. l. de belangen der industrie. Daarvoor wordt, zooals ik boven reeds opmerkte, in het bedoelde opstel een groote ijver aan den dag gelegd, en terecht.

Een toestand zooals die (altijd volgens Mr. MODDERMAN) door sommigen wordt gewenscht, waardoor in de maatschappij of althans in de steden alleen plaats zou overblijven voor rustige ambtenaars en pijpjes rookende renteniers, zulk een toestand zou zeker al weinig welvaart beloven.

Wie, die niet bijzonder zwak van hoofd of zenuwgestel is, zou ook niet met Mr. MODDERMAN liever in eene levendige fabriek- of koopstad als Amsterdam of Rotterdam wonen, dan in het doodsche Stavoren of Hindeloopen (2).

Wie zou ten gevalle van enkele zenuwachtige en overgevoelige menschen de industrie noodeloos willen belemmeren? Zeker niemand.

Zien we nu waartoe de zoo juiste ijver voor de industrie Mr. M. voert. Na een helder betoog, dat het niet aangaat de nijverheid met vexatoire maatregelen te kwellen ter wille van enkelen die alleen hun eigen rust en gemak op prijs stellen, roept de schrijver uit (3): „Met dergelijke gedachten „bezield, niet droomende van een algemeen afzonderlijk burenrrecht dat door één beginsel wordt beheerscht, zou ik, mij „zelf steeds toeroepende: wacht u voor overdrijving! trachten „zooveel mogelijk alle voorkomende gevallen te beslissen in „overeenstemming met de behoeften en eischen van den „socialen toestand en de oeconomische beginselen. Om tot

(1) T. a. p. pag. 38.

(2) Om echter bij de waarheid te blijven mogen we hier wel de veronderstelling bijvoegen, dat waarschijnlijk ieder die vooral in het studeervertrek zijn bezigheid vindt, al is hij de meest volbloed nijverheidsman, in Amsterdam of Rotterdam liever tusschen twee woonhuizen dan tusschen twee stampende, stinkende fabrieken zijn verblijf zal vestigen.

(3) T. a. p. p. 40.

„eene beslissing te geraken omtrent het al of niet geoorloofde
 „van de handelingen der naburen, moet men niet uitgaan
 „van een abstract beginsel, maar van die handelingen zelve.“

Deze beschouwing is zeker wel splinternieuw, maar of ze juist is, betwijfel ik zeer. Mr. M. is zeker wel de eerste die er voor uit komt dat hij niet van een algemeen beginsel uit *wil* gaan. Sommige schrijvers over burenenrecht hebben dat wel niet gedaan, maar er dan althans den schijn van aangenomen. Wat beteekent het, dat men om het al of niet geoorloofde van eene handeling te beoordeelen, moet uitgaan van die handeling zelve? Mr. M. zal mij misschien antwoorden: men moet bij de beoordeeling van iedere handeling vragen welke hare gevolgen zijn voor de maatschappij, voor de burenen, voor hem die ze verricht, welke gevolgen het zou meêbrengen zoo ze werd toegelaten, welke zoo ze werd verboden. Toegegeven; maar heeft men al die gevolgen gewikt en gewogen, hoe velt men dan het vonnis over het al of niet geoorloofde? Met een *michi constat*? En hoe wacht men zich voor overdrijving? Voor overdrijving waarvan heeft men zich te wachten? Van zijne symphathie voor pijpjes rookende renteniers of voor de nijverheid misschien? Mr. M. wil geen *michi constat*, maar wel voor ieder geval eene beslissing in overeenstemming met de behoeften en eischen van den socialen toestand en de oeconomische beginselen. Maar, zooals we zagen, de grenzen van het eigendomsrecht, uit de natuurlijke bestemming van dat recht afgeleid, en het al of niet lastige der handeling, moeten ook tot die beslissing medewerken, en we staan nu dus meen ik voor dit alternatief: Wat binnen de grenzen van het eigendomsrecht ligt, is per se niet lastig en is in overeenstemming met den socialen toestand en de oeconomische beginselen, of eene handeling kan liggen binnen de grenzen van het eigendomsrecht, en niettegenstaande dat, lastig zijn of in strijd met de eischen van den socialen toestand en de oeconomische beginselen. In het eerste geval kan de beslissing gerust uit het eigendomsrecht alleen worden afgeleid, daar ze met dat recht strookende, steeds tevens aan de beide vol-

gende vereischen zal voldoen en deze laatste zijn noodeloze ballast bij het zoeken naar de waarheid. In het tweede geval is het onmogelijk beslissingen te geven die met de drie gestelde eischen in overeenstemming zijn.

Wat Mr. M. beweegt zoo ridderlijk te verklaren dat hij aan zijne beslissingen geen algemeen beginsel *wil* ten grondslag leggen, is mij een raadsel. Niemand zal toch wel beweren dat die beslissingen meer waarde hebben omdat ze allen op afzonderlijke gronden steunen. En drukken misschien de woorden: „niet droomende van een algemeen afzonderlijk burerecht „dat door één beginsel wordt beheerscht.“ moedeloosheid uit omtrent de mogelijkheid van het vinden van zulk een algemeen beginsel, dan vraag ik, past die uitroep van moedeloosheid in den mond van den kundigen schrijver en in een wetenschappelijk betoog? En bovendien, wat zou eerder den naam van droomerij, van hersenschim verdienen, het geloof aan het bestaan van een burerecht steunende op één beginsel of het geloof aan de mogelijkheid om zonder leidend beginsel voor ieder geval te beslissen wat recht is?

Maar genoeg over hetgeen Mr. M. tot richtsnoer zijner beslissingen neemt; gaan we nu die beslissingen zelve na.

De schrijver verdeelt de handelingen des eigenaars, met betrekking tot de rechten der bure, in drie categoriën. Eerste categorie geoorloofde handelingen, tweede categorie ongeoorloofde handelingen, derde categorie voorwaardelijk geoorloofde handelingen.

Tot de eerste zouden behooren:

a. die handelingen welke gevolgen den buurman wel onaangenaam, misschien zelfs schadelijk zijn, maar die, zelfs als men uitgaat van de gewone opvatting van het eigendomsrecht, in geenen deele dat recht aanranden, zoodat van collisie van twee eigendomsrechten niet de minste sprake kan zijn; handelingen wier verbod in meerdere mate in strijd zoude zijn met de belangen der eigenaren, dan eene algemeene toelating;

b. alle handelingen die wel op het naburig erf inwerken, maar de mogelijkheid van gebruik van dat erf in geenen deele

of slechts in niet noemenswaardige mate verminderen, of althans slechts in eene mate die niet in verhouding staat tot de nadeelen welke een algemeen verbod dier handelingen zou ten gevolge hebben.

Tot de tweede categorie brengt de schrijver.

a. alle immissiones corporales (voor zoover ze niet tot categorie I, *b.* behooren);

b. alles wat, ook zonder immissio corporalis, het object van mijn eigendomsrecht aantast of met onmiddellijke vernieling dreigt.

Onder Mr. M's. derde categorie valt een deel der beroepen, werkplaatsen, fabrieken, magazijnen enz.

Deze kan men in drie soorten verdeelen:

1^o. Die welke noch schade, noch hinder, noch gevaar veroorzaken. Deze kunnen zonder praeventieve of repressieve bepalingen worden toegelaten.

2^o. Die welke, doordat ze voor de algemeene gezondheid of veiligheid gevaarlijk zijn, praeventieve bepalingen noodzakelijk maken, die de strekking hebben òf om ze verbieden òf om ze van bewoonde streken te verwijderen.

3^o. Die welke wel niet gevaarlijk voor het algemeen, maar toch voor de bureu hinderlijk, schadelijk of gevaarlijk zijn. Deze laatste soort vormt nu Mr. M's. derde categorie, n. l. die van handelingen welke voorwaardelijk zijn toegelaten, en wel onder deze voorwaarde, dat hij die eene voor zijne bureu schadelijke, gevaarlijke of hinderlijke inrichting in het leven roept, op zijne kosten alle voorzorgen neme, waardoor dat gevaar, die schade of last weggenomen of verminderd kunnen worden, hetzij door distantie, diepe of hooge afscheiding, hetzij door de beste inrichting of wijze van bewerking.

Ieder buurman moet het recht hebben bij wege van civiele actie de vervulling dier voorwaarde te vorderen. Bovendien moet hij het recht behouden eene actie tot amotie of schadevergoeding in te stellen, wanneer de inrichting eene immissio corporalis meëbrengt (n. l. eene meer dan normale, dagelijksche) of materiele schade aan zijn eigendomsobject veroorzaakt.

Ziet hier de beslissing van Mr. MODDERMAN: laat ons in het kort de waarde daarvan nagaan.

Maar waaraan zullen we ze toetsen? Aan een algemeen beginsel? De schrijver zou zeker deze wijze van kritiek wraken, want hij ontkent juist het bestaan van een algemeen beginsel. Aan ons billijkheidsgevoel dan, of aan hetgeen wij voor de eischen van den socialen toestand houden? Aan beide zou Mr. MODDERMAN waarschijnlijk alle bewijskracht ontzeggen. Liever zal ik dus des schrijvers beslissingen toetsen aan hetgeen we in de bedoelde monographie als waar vinden aangenomen en aan elkander.

We beginnen met de eerste categorie, *handelingen die altijd geoorloofd zijn*, en reeds terstond in categorie I. a. geraken we in groote moeilijkheden. Welke is de gewone opvatting van het eigendomsrecht? Wij lezen t. a. p., pag. 7; »Met een gering verschil van woorden komen bijna alle begripsbepalingen van den eigendom hierop neêr, dat het eigendomsrecht bestaat in de onbeperkte en uitsluitende heerschappij. . .

»Op grond van al die eenstemmig luidende definities schijnt dus inderdaad het wezen van het eigendomsrecht gezocht te moeten worden in het onbeperkte en het uitsluitende der heerschappij.»

Volgens die gewone opvatting mag ieder eigenaar op zijn erf alles doen wat hij verkiest, zijne heerschappij is onbeperkt, en *qui jure suo utitur nemini facit injuriam*. Volgens die gewone opvatting dus randt niemand eens anders recht aan door een gebruik te maken van zijn eigendom, welk gebruik ook.

Maar van den anderen kant, volgens die gewone opvatting mag ieder eigenaar die handelingen verbieden welke op zijn erf inwerken, d. i. welke daarop hare gevolgen uitstrekken (1). Deze twee strijdende beslissingen uit dezelfde opvatting van

(1) Men vergeet niet dat alleen van die handelingen sprake is in het burendrecht, ook volgens Mr. MODDERMAN, t. a. p. pag. 13.

den eigendom, maken, zooals Mr. MODDERMAN zelf zegt, die opvatting onmogelijk. En toch moeten we ze hier voor onze beslissing gebruiken, niettegenstaande ze ons altijd tot twee lijnrecht tegen elkaar indruisende gevolgtrekkingen zal leiden. Hoe is dit te rijmen?

Een tweede moeielijkheid: Mr. MODDERMAN laat op zijne eerste omschrijving der handelingen van categorie I. a. volgen de woorden „handelingen wier verbod in meerdere „mate in strijd zou zijn met de belangen der eigenaren, dan „eene algemeene toelating.“

Behelzen deze woorden eene nadere toelichting van de voorgaande, dan zeggen ze al zeer weinig, want de quaestie van welke handelingen een algemeen verbod meer in strijd zou zijn met de belangen der eigenaren dan eene algemeene toelating, is zoo geheel subjectief, dat er wel geen twee personen zouden kunnen worden gevonden die er een gelijk antwoord op geven; en juist tegen subjectieve begrippen als factoren der beslissing ijvert Mr. MODDERMAN (1).

Vormen ze daarentegen een praedicaat van het voorgaande, dan is dit praedicaat onwaar. We hebben toch zoo even gezien, dat volgens de gewone opvatting alle handelingen wier gevolgen zich tot andere erven uitstrekken geoorloofd en ongeoorloofd zijn tegelijk, en wel naarmate men zich plaatst op het standpunt van den handelenden eigenaar of van zijn buurman. Het genoemde praedicaat nu zal toch wel niet op alle handelingen passen.

Mr. MODDERMAN brengt onder deze eerste soort der eerste categorie: Het bouwen en planten op eigen grond zoo hoog en zooveel (niet wat) men verkiest (2), het graven onder

(1) T. a. p., pag. 39.

(2) Wat Mr. MODDERMAN met betrekking tot het bouwen en planten opmerkt, is geloof ik niet geheel juist. Dat bouwen en planten, zegt de schrijver, kan mijn buurman licht, lucht en zonneschijn ontnemen, hem misschien zoo hinderlijk zijn dat hij genoodzaakt is eene andere woonplaats te zoeken, maar ik doe daardoor niets dan van de res communis lucht,

onzen grond, zoo diep dat wij er in ons gebruik niet door gehinderd worden, het graven in suo van putten en bronnen, het maken van uitzichten over eens anders erf.

Deze gevallen kunnen de eenige niet zijn welke volgens Mr. MODDERMAN onder de genoemde bepaling vallen. We zagen toch dat de meest gewone opvatting van den eigendom den eigenaar veel meer, ja alles toestaat.

Zijn het slechts voorbeelden, dan is althans één daarvan onjuist, want „de traditioneele voorstelling” (d. i. de gewone opvatting) zegt Mr. MODDERMAN „brengt meê dat het „eigendom van den fundus zich, binnen dezelfde denkbeeldig verlengde grenzen, naar beneden uitstrekt tot aan het „middenpunt der aarde (1).” En volgens deze gewone opvatting is dus het graven onder eens anders grond niet eene handeling op eigen erf verricht, die hare gevolgen over de naburige erven uitstrekt, maar eene handeling verricht op het erf van een ander, en als zoodanig bepaald altijd ongeoorloofd.

Opmerking verdient nog, dat we hier door den schrijver eene geheele categorie van handelingen geoorloofd hooren verklaren, zonder dat de vraag in aanmerking komt of ze lastig zijn of niet, terwijl, volgens hetgeen we lezen op pag. 33, alles wat lastig is moet worden verboden of ge-neutraliseerd.

licht, zonneshijn nemen zooveel ik er van krijgen kan en dus is het mij geoorloofd. — Ik ontken ten stelligste dat de eigenaar door dat bouwen niets anders zou doen dan een deel van de res communis occupeeren. Is het den buurman zoo hinderlijk dat hij er om gaat verhuizen, dan is dit wel een bewijs dat de bewoonbaarheid van zijn erf door het bouwen is verminderd. Daarom mag zulk bouwen niet onvoorwaardelijk geoorloofd zijn. De bestemming van het eigendomsrecht is, dat het object van den eigendom den eigenaar dienstbaar zij tot vervulling van behoeften. In het bovenbedoelde geval zou het bouwen aan een erf zijne geschiktheid voor vervulling van behoeften deels ontnemen en dus het bereiken der bestemming van dezen eigendom in den weg staan. Dit mag niet worden toegelaten, tenzij er althans door dat bouwen een behoefte worde vervuld voor den handelenden eigenaar.

(1) T. a. p. pag. 14.

Mijn hoofdbezwaar echter tegen deze categorie is, zooals ik opmerkte, dat ze steunt op een criterium volgens hetwelk tegelijk alles en niets den eigenaar geoorloofd is.

Categorie I. *b.* Ook tegen deze categorie bestaat m. i. een gewichtig bezwaar. Wie zal uitmaken welke handelingen de mogelijkheid van gebruik van een erf *in niet noemenswaardige mate* verminderen, of althans slechts in eene mate die niet in verhouding staat tot de nadeelen welke een algemeen verbod dier handelingen zou ten gevolge hebben?

Dit zijn zeker de meest subjectieve begrippen die men zich denken kan en het mag waarlijk vreemd worden genoemd, dat een schrijver die andere stelsels afkeurt omdat ze van weinig begrensde begrippen uitgaan (1), daarvoor een stelsel in de plaats wil geven dat de beslissing ten deele afhankelijk maakt van hetgeen al dan niet noemenswaardig is. En letten we op de voorbeelden die Mr. MODDERMAN van deze categorie geeft, ook dan stuiten we op, volgens den schrijver, geheel subjectieve begrippen en wel dezelfde, waarom Mr. MODDERMAN de stelsels door IHERING en mij ontwikkeld, als onbruikbaar afkeurt. «Van dien aard zijn b. v.» (zegt Mr. M.) «het overwaaien van bladen, vruchten, het overvliegen van bijen en vogels, het doordringen van rook,

(1) Het is hier meen ik de plaats, om op te merken dat de begrippen normaal en abnormaal gebruik, die volgens het door mij ontwikkelde stelsel tot de beslissing moeten medewerken, niet zoo weinig begrensd zijn als Mr. MODDERMAN meent.

De schrijver vraagt, t. a. p. pag. 29, welke plaats men tot grondslag moet nemen bij de bepaling van wat normaal is, het platte land of de steden, eene handelstad of de residentie, een fabriekstad of een dorp, of dat dit overal ongelijk zal zijn.

Op pag. 87 mijner dissertatie stond reeds het antwoord op die vraag te lezen; ik schreef daar: «wanneer ik spreek van het normale gebruik, dan versta ik daaronder dat gebruik dat het natuurlijkst volgt uit den aard en de ligging van het erf en uit de omstandigheden.» Daar nu die aard, die ligging en die omstandigheden niet overal dezelfde zijn, is het ook bij oppervlakkige lezing duidelijk, dat ik met normaal gebruik bedoeld heb, datgene dat normaal is op de plaats waar de handeling in quaestie wordt verricht.

„stof, geraas en water, in die mate waarin dit alles bij „bijna alle erven dagelijks voorkomt;“ en in eene noot lezen wij: „Bij deze categorie van handelingen wil ik dus letten op het *normale*, op het *dagelijksche*.“

Deze begrippen komen mij minder onbegrensd voor dan de schrijver beweert dat ze zijn, en waren ze aan deze categorie ten grondslag gelegd, het zou voor mij geen bezwaar daartegen zijn, al zou het mij verwonderen Mr. MODDERMAN van die volgens hem geheel subjectieve begrippen gebruik te zien maken. Nu ze echter slechts tot opheldering strekken en het eigenlijk criterium dezer categorie gelegen is o. a. in het *niet noemenswaardige* van de vermindering der bruikbaarheid van een erf, nu mogen we m. i. met alle recht vragen of de grondslag van categorie I. *b.* niet *al te subjectief* is.

We komen nu tot categorie II. *a.*

Daar deze begrensd wordt door categorie I. *b.* lijdt ze ook aan hetzelfde euvel, n.l. onbepaaldheid van het begrip dat er aan ten grondslag ligt. Tevens mogen we met het oog op deze categorie vragen, waarom is b. v. het overhangen van een balkon ongeoorloofd; het luchtruim is geen eigendom, zegt Mr. MODDERMAN, het overhangen is ook niet altijd lastig, en met de lasten moet men immers het eerst rekening houden.

Categorie II. *b.* Ook het aannemen dezer categorie van geoorloofde handelingen heeft een groot bezwaar tegen zich, n.l. het volgende. Moet men hier vragen, zal door de handeling in den regel het eigendomsobject aangetast of met vernieling bedreigd worden of moet hier het oog gevestigd worden op elk concreet geval, en gevraagd of het eigendomsobject van den buurman, zooals dat is tijdens de handeling, hierdoor wordt aangetast of met vernieling bedreigd.

Is het eerste de bedoeling (1), zal men dan te midden van bouwland eene inrichting verbieden die te midden van woon-

(1) Dit is ongetwijfeld Mr. M's. meening, zooals ons blijkt uit hetgeen we lezen op pag. 41.

huizen de naburige erven met vernieling zou dreigen, of zal men zoodanige inrichting in eene stad toelaten omdat ze, zoo ze zich te midden van bouwland bevond, de omliggende eigendomsobjecten niet zou deren? Volgens Mr. M. zou men zeker het een of het ander moeten doen, want deze schrijver verwerpt het denkbeeld om de beslissing in dergelijke gevallen te laten afhangen van de vraag wat *op eene bepaalde plaats regel*, d. i. wat *daar normaal* is.

Mocht het tweede de bedoeling zijn, zoo vraag ik, mag mijn buurman mij dan in het gebruik van mijn eigendom belemmeren, door op zijn grond eene inrichting te maken die voor schade of vernieling zeer licht vatbaar is? (b. v. door er een huis te bouwen met zeer groote maar dunne ruiten, die bij de minste trilling scheuren, of een houten huis met een strooien dak dat door het kleinste vonkje vuur vat).

Beide beslissingen zouden mij voorkomen in strijd met de waarheid te zijn.

Voor we van categorie II afstappen nog ééne vraag met het oog op de beide eerste categoriën. Het doordringen van geraas en stank, in die mate waarin dit bij bijna alle erven dagelijks voorkomt, is geoorloofd (1). Men zou nu vermoeden, dat eene sterkere mate van stank en geraas ongeoorloofd was; hierin zou men zich echter bedriegen. Wel worden alle immissiones die de mate van het dagelijksche te boven gaan ongeoorloofd verklaard (2), maar het laten doordringen van buitengewoon geraas of buitengewonen stank wordt noch daar, noch elders verboden. Is deze verschillende beslissing wel gerechtvaardigd, vooral wanneer men met Mr. M. het denkbeeld verwerpt van een eigendom van het luchtruim en den ondergrond? M. i. moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

We komen nu tot de derde categorie, die der voorwaardelijk geoorloofde handelingen. In hetgeen Mr. M. met betrekking tot deze categorie opmerkt is naar mijn oordeel wel

(1) t. a. p., pag. 45.

(2) t. a. p., pag. 47.

een kern van waarheid, maar het is niet de geheele waarheid.

Werden bepalingen zooals de schrijver ze hier voorstelt, in onze wetgeving opgenomen, de belangen en der industrie en van hen die op rust zijn gesteld, zouden er zeker eensdeels door worden bevorderd.

Het is voor niemand een geheim hoe noode de meesten hier te lande overgaan tot een proces, waarvan ze niet ten onrechte den langen duur en de groote kosten vreezen. Het zou dus zoo heilzaam werken, zoo ieder door strafbepalingen werd gevrijwaard voor overlast van zijne bureu. De industrie zou worden gebaat wanneer de belemmerende praeventieve bepalingen door repressieve werden gevangen. Voor de belangen der naburige eigenaars zou door de voorgestelde bepalingen voldoende zijn gezorgd, daar toch de vrees *en* voor de strafactie *en* voor de civiele actiën der bureu (die tot nakoming der voorwaarden en die tot schadevergoeding of amotie) den fabrikant wel tot het nemen der noodige voorzorgsmaatregelen zou dringen. Het denkbeeld om de bureu tegen schending hunner rechten te vrijwaren door die schending strafbaar te stellen, is dus zeer juist.

De medaille heeft echter hare keerzijde. Daar Mr. M., van zijn standpunt terecht, van den fabrikant eischt, dat hij lo. aan de gestelde voorwaarden voldoe en 2°. geene handeling verrichte die valt onder categorie II, wordt de fabrikant in eene minder gunstige positie geplaatst dan ieder ander. Hij heeft, wat zijne civiele verplichtingen aangaat, niet alleen te voldoen aan de algemeene voor ieder geldende bepalingen, maar bovendien aan bijzondere voorwaarden. Brachten die voorwaarden hem nog dit voordeel aan, dat zijne fabriek tegenover elken anderen eigenaar recht van bestaan had zoolang ze aan de gestelde voorwaarden voldeed, tegenover het nadeel zou ten minste een groot voordeel staan. Nu dat echter niet het geval is, komt mij het stellen dier voorwaarden (altijd van een civielrechtelijk standpunt) zeer bedenkelijk voor. Een enkel voorbeeld doet ons zien hoe onbillijk ze zouden werken. Zooals we boven zagen, het verwekken van bovenmatig geraas of stank is volgens Mr. M. niet ongeoorloofd. De te stellen voorwaarden

zullen echter beletten dat dit door eene fabriek geschiede. Dit kan geen recht zijn; het zou slechts een vexatoire maatregel wezen, in het nadeel der industrie.

Maar genoeg over de drie categoriën, slaan we nu nog den blik op eene algemeene stelling door den schrijver vooropgezet (1): „Het al of niet geoorloofde der handelingen (zoo zegt Mr. M.) behoort alleen door haar *eigen karakter* bepaald te worden en daaromtrent kunnen alleen hare normale werkingen beslissen. Ik zou daarom niet in aanmerking nemen of een handeling die *in het algemeen* schadelijk moet worden geacht, *toevallig* eene voordeelige werking kan hebben, want de grond van een algemeen verbod moet steunen op den regel, niet op de uitzondering.“ Dit laatste is volkomen juist gezien; wanneer men hier een algemeenen regel moet stellen, kan men niet anders doen dan datgene, wat in het algemeen schadelijk is, verbieden, en zou het niet aangaan dit toe te laten, omdat het eene enkele maal voordeel aanbrengt. Maar wat noodzaakt ons zulk een algemeenen regel aan te nemen, die in het belang der bureu eene geheele categorie van handelingen verbiedt, onverschillig of ze voor die bureu lastig of schadelijk zijn? Waarom wijkt hier de schrijver, ter wille van een algemeenen regel, af van zijne leer dat men moet toelaten wat niet lastig, verbieden of neutraliseeren wat wel lastig is? Algemeene regelen in het bureu recht schijnen in de oogen des schrijvers meer genade te vinden dan algemeene beginselen. Maar dit nog daargelaten, in de meeste gevallen zal het onmogelijk zijn uit het *eigen karakter* eener handeling te beoordeelen of ze al dan niet *in het algemeen* schadelijk moet worden geacht. Het al of niet bestaan der schade hangt toch steeds evenzeer af van den toestand der naburige erven, als van het karakter der handelingen op het eigen erf.

Voor al omdat er zoo velerlei inrichtingen bestaan wier invloed geheel verschillend is, naarmate ze zich naast gebouwde of ongebouwde eigendommen bevinden, vooral daarom komt

(1) t. a. p. pag. 41.

het mij onmogelijk voor tot juiste resultaten te geraken, door het al of niet geoorloofde der handelingen te beoordeelen naar het *eigen karakter* dier handelingen *alleen*.

Een terugblik op het geheele stelsel van Mr. M. moet ons nu naar mijne meening tot de volgende conclusie leiden. De schrijver wil voor vroeger door anderen verdedigde stelsels van burenrrecht een ander stelsel (of althans eenige regelen) in de plaats geven. dat de praktijk bruikbaar is. Dit doel wordt echter niet door hem bereikt, want terwijl de schrijver andere stelsels veroordeelt, omdat ze zouden steunen op geheel subjectieve begrippen, *normaal* en *dagelijks*, laat hij zelf in de meeste gevallen (n. l. in alle gevallen van immissio) het al of niet geoorloofde eener handeling afhangen van de vraag of ze al dan niet in noemenswaardige mate de bruikbaarheid van andere erven vermindert, of ze al dan niet *dagelijks*, *normaal* is. Evenmin is de regel practisch, dat alles geoorloofd is, wat ook volgens het meest gewone begrip van eigendom geene rechtsschennis bevat, want zooals we boven zagen, dat meest gewone begrip verbiedt elke inwerking op andere erven en staat ze tegelijk toe. Ook van Mr. M's. stelsel kan men dus niet zeggen dat het op geheel objectieve begrippen steunt.

Daarenboven wat men ook als fundament der beslissing aanneemt, de natuurlijke bestemming van het eigendomsrecht of de lasten door de handelingen veroorzaakt, altijd zijn enkele beslissingen van den schrijver met dien grondslag in strijd.

Met de natuurlijke bestemming van het eigendomsrecht strijdt het o. a. om immissiones te verbieden, daar waar ze geene schade aanbrengen. De bestemming van den eigendom toch is vervulling van behoeften door het eigendomsobject. Strekt de immissio nu tot vervulling eener behoefte voor den handelenden eigenaar en vermindert ze niet de geschiktheid van het erf waarover ze geschiedt, om tot vervulling van behoeften te dienen, dan is het in strijd met de bestemming van het eigendomsrecht, ze te verbieden.

Met den regel, dat men allereerst rekening moet houden met de lasten die eene handeling meëbrengt, komt de schrijver in strijd *en* door het zoo even genoemde verbod der *immissio*

voor zoo verre die de mate van het dagelijksche te boven gaat (1) en door de bewering dat men wat in het algemeen schadelijk is, moet verbieden ook daar waar het geen nadeel of zelfs voordeel aanbrengt. Mr. M. verdedigt dit laatste door te zeggen dat een algemeen verbod hier toch geen kwaad zal doen, omdat de buurman, als de handeling hem geen nadeel doet, op de bestaande inrichting geene aanmerking zal maken en zich voor de toekomst gemakkelijk tot het verleenen van een servituut zal laten bewegen. Het is echter niet de vraag wat de buurman zal doen, maar waartoe hij het recht zal hebben, en nu zou, ingevolge de algemeene regelen die Mr. M. wil stellen, de eene buurman den ander noodeloos en m. i. in strijd met alle recht in het gebruik van zijn eigendom kunnen belemmeren. Ik geef het den schrijver volkomen toe, dat de wetgever niet in alle speciale gevallen kan voorzien en zich bij algemeene regelen moet bepalen, maar ik geloof tevens dat die regelen niet zoo algemeen mogen zijn, dat ze voorschrijven of verbieden ook datgene wat volgens het beginsel waarop de regel steunt niet mocht worden voorgeschreven of verboden. Het is ook hierom, dat ik artt. 700 en 701 B. W. blijf afkeuren.

Of overal de beslissingen van den schrijver voldoen aan de eischen van den socialen toestand en de oeconomische beginselen, ik zal het niet wagen dit te beslissen. Alleen durf ik vragen: 1^o. kunnen de zoo even besproken *algemeene regelen* niet somtijds voor de nijverheid ongunstig werken en staat tegenover dit nadeel wel een enkel voordeel aan de *algemeenheid* dier regelen verbonden? 2^o. is het in overeenstemming met de eischen van den socialen toestand en de oeconomische beginselen, den eigenaar aan meer civielrechtelijke beperkingen te onderwerpen wanneer hij eene fabriek wil oprichten, dan wanneer hij zijn erf tot een ander doeleinde wil gebruiken?

(1) Men herinnere zich hierbij wat Mr. M. op p. 33 schrijft: welk verband bestaat er nu tusschen de lastigheid en de normaliteit of het dagelijksche? Geen verband. Men moet met die criteria in de hand *verbieden* wat zeer weinig lastig is, maar wel abnormal, *toelaten* wat wel lastig is, maar normaal.

Met het oog op het voorgaande is er dan ook bij mij twijfel gerezen of Mr. M. wel voor ieder geval de beslissing zoekt uit al die grondslagen of uit één daarvan, of de geachte schrijver niet hier en daar aan zijn billijkheidsgevoel het woord heeft gegeven en met een „mihi constat“ beslist. (Enkele uitdrukkingen als „dat zekere beslissing den schrijver het natuurlijkst en eenvoudigst voorkomt“ (1) of „het eenvoudigst en het meest in het algemeen belang“ (2), geven misschien tot dien twijfel aanleiding). Hoe juist nu het billijkheidsgevoel een schrijver ook leide, die alleen dat gevoel tot leidsman neemt kan niet anders dan met onzekereren tred voorwaarts gaan, en moet wel nu en dan op een dwaalspoor geraken. Ik meen aangetoond te hebben dat dit ook met Mr. M. hier en daar het geval is. Is mijne meening in dit opzicht juist, leiden de regelen die Mr. M. in de wet wil zien opgenomen in sommige, al is het in enkele, gevallen tot eene onjuiste beslissing, dan is daarop het oordeel van toepassing op pag. 35 der monographie uitgesproken, dat het nobile iudicis arbitrium beter is dan eene onverbidde-lijke wettelijke beslissing ten koste der waarheid.

En nu nog een woord, om het door mij in mijn proefschrift ontwikkelde stelsel tegen eene enkele bedenking van Mr. M. te verdedigen.

Mijne redeneering was als volgt:

Uit de natuurlijke bestemming van het eigendomsrecht, vervulling van behoeften door het eigendomsobject, volgt:

1^o. Dat het eigendomsrecht den eigenaar zoo groot mogelijke bruikbaarheid (3) van zijn erf moet verzekeren;

2^o. Dat de rechten van alle eigenaars gelijk moeten zijn.

Uit deze beide regelen leidde ik weêr de volgende algemeene beginselen af:

(1) L. a. p., pag. 43.

(2) t. a. p., pag. 46.

(3) Bruikbaarheid daarvan, d. i. mogelijkheid van vervulling van behoeften daardoor.

Inwerking van het eene erf op het andere, strijdt niet met eigendomsrecht van den eigenaar van dit laatste erf:

1°. Wanneer ze de bruikbaarheid daarvan niet vermindert;

2°. Wanneer ze een noodzakelijk gevolg is van het normale gebruik van het vreemde erf;

3°. Wanneer ze een gevolg is van een abnormaal gebruik van het vreemde erf, dat de bruikbaarheid daarvan in gelijke of hoogere mate bevordert, dan het normale gebruik, en niet in meerdere mate de bruikbaarheid van het andere erf vermindert, dan het normale gebruik.

Volgens Mr. M. (1) zal dit stelsel, mits verstandig toegepast, in de meeste gevallen tot juiste uitkomsten leiden.

Dat het dit alleen zal doen wanneer het verstandig wordt toegepast, spreekt wel van zelf; welk stelsel werkt niet slecht bij onverstandige toepassing? Maar ik durf een weinig verder gaan; is mijne opvatting van de natuurlijke bestemming van het eigendomsrecht juist, en zijn de genoemde beginselen daaruit logisch afgeleid, (en Mr. M. spreekt geen van beiden tegen) dan zal niet *in de meeste gevallen*, maar dan *moet in alle gevallen* m. i. eene verstandige toepassing juiste uitkomsten geven. Maar, zal de schrijver mij antwoorden, de *verstandige* toepassing van uwe beginselen is hoogst moeielijk, ja bijna onmogelijk, en juist daarom zijn ze onpractisch. Ik zal de eerste zijn om het toe te geven, het door mij ontwikkelde stelsel laat veel, zeer veel aan den rechter over; zoodra het gelukt was een stelsel te vinden dat beslissingen gaf strookende met de natuurlijke bestemming van den eigendom, en tegelijk practisch was in de toepassing, zou ik zonder eenigen twijfel gaarne het mijne prijs geven. Voor een stelsel dat alleen aan een dezer vereischten of aan geen van beide voldoet, behoeft het echter m. i. niet te wijken.

En nu eene gewichtige bedenking van Mr. M. Op p. 34 der monographie lezen we: „Het normale of dagelijksche be-
/slist niet over het lastige, maar alleen over het veelvuldig
/voorkomende; men zal dus juist handhaven die lasten, die

(1) t. a. p., pag. 26.

„het meest voorkomen, die het meest algemeen gevoeld worden, „het zwaarst drukken. Het is eene ultra-conservatieve leer, „die er op uit is à tout 'prix' den praesens status te handhaven.“

Mijn stelsel zou dus ultra-conservatief zijn; het berust geheel op mijne opvatting van het eigendomsrecht en die opvatting zal dus zeker ultra-conservatief wezen, (gaarne zou ik in tegenstelling daarvan eens een liberaal eigendomsbegrip zien ontwikkeld). Ik merk alleen op dat mijn stelsel eene handhaving van den praesens status niet wil à tout prix, maar alleen voor zoo ver ze door het recht der grondeigenaars wordt gevorderd.

Wat Mr. M. aanvoert tot staving van zijne bovenbedoelde meening klinkt wel goed, maar naar ik geloof houdt het geen steek. De schrijver zegt: „men zal dus juist handhaven die „lasten die het meest voorkomen“ en, alsof dit synoniem ware met het voorgaande, voegt hij er bij „die het meest „algemeen gevoeld worden, het zwaarst drukken.“ Ware dit zoo, handhaafde mijn stelsel juist die lasten welke het zwaarst drukken, dit alleen reeds zou de volkomen onwaarheid daarvan bewijzen.

Vooreerst echter heb ik nergens beweerd dat recht van bestaan moest worden verzekerd aan *de lasten* die het meest voorkomen, maar wel aan *dat gebruik der gronderven* dat het meest voorkomt, dat normaal is. En tusschen deze twee is een hemelsbreed verschil. Maar in de tweede plaats, de schrijver heeft hier onder den schijn van met andere woorden hetzelfde te zeggen, zichzelf tegengesproken. Naar mijne meening toch mag men aannemen dat die lasten die op eene plaats het meest voorkomen, niet zwaarder maar eer lichter drukken dan de meer zeldzame lasten. Een enkel woord tot staving van deze schijnbare paradox. Drie gronden zijn daarvoor, meen ik, aan te voeren. In de eerste plaats zullen die lasten welke op eene plaats het meest voorkomen het minst hinderen, omdat iedereen er daaraan gewend is. In de tweede plaats zal men in den regel het best bekend zijn met middelen om zich te vrijwaren tegen die lasten welke het meest gewoon zijn. Maar er is nog eene derde reden waarom naar mijn

oordeel gewone lasten (1) niet het zwaarst drukken, omdat n. l. ieder zich bij voorkeur metterwoon zal vestigen op die plaats waar de gewone lasten hem het minst hinderen, voor zijn beroep, zijne gezondheid, zijn genoegen. Het is dan ook mede op deze gronden, dat ik veel blijf hechten aan de normaliteit, aan het gewone der handelingen op de plaats waar ze worden verricht. En waarlijk, wanneer men zich onbevooroordeeld gevallen gaat voorstellen, waarin het verschil tusschen normaal en abnormaal het meest in het oog valt, kan het niet anders of men moet de billijkheid dier onderscheiding erkennen. Klaagt b. v. iemand die te midden van fabrieken eene bleekerij gaat aanleggen, dat de rook uit de schoorsteenen van de fabrieken zijner bureu op zijn linnen neêrslaat en hem schade toebrengt door hem de uitoefening van zijn beroep onmogelijk te maken, is het dan zoo hard dat we hem antwoorden: habes quod tibi imputes, wat doet ge hier eene bleekerij aan te leggen? En daarentegen zou het recht zijn, den bleeker overal waar zich naast zijn erf eene fabriek vestigde die roet of vuurregens verspreidde, op zijne klacht toe te voegen: ge ziet het, ge hoort hier niet meer, verplaats u zoo het u hier niet bevalt? Neen, het gaat niet aan regelen te stellen die voor alle plaatsen en voor alle omstandigheden dezelfde zijn. Neen, het is ontwijfelbaar, ook hij die eene rustige rust wil genieten (en er zijn er voor wie rust een genot of zelfs eene behoefte is) ook hij die een beroep uitoefent, waarvan de uitoefening in de nabijheid van sommige inrichtingen onmogelijk is, moet ergens eene schuilplaats vinden. Evenmin als men te midden van fabrieken den rustigen ambtenaar mag vergunnen op zijn erf eene inrichting te maken die zeer licht materieel beschadigd wordt en dan bij de minste schade zijn buurman tot sluiting der fabriek of tot schadevergoeding aan te spreken, evenmin mag men

(1) D. i. lasten die op eene bepaalde plaats gewoon zijn, want volgens mijn stelsel, en dit wordt hier door Mr. M. bestreden, hangt het al of niet geoorloofde eener handeling af van de vraag of ze normaal is op de plaats waar ze wordt verricht.

eene inrichting tot reiniging van bedveeren, die zware stofwolken verspreidt, toelaten te midden van de uitgestrekte Haarlemsche bleekerijen. Maar, zegt Mr. M., zoo sluit gij voor de kleine steden zonder fabrieken den weg om ze ooit te krijgen, want zoolang er geene zijn of slechts een enkele is, is eene fabriek daar abnormaal en dus zonder servituut ongeoorloofd. Volkomen waar; is echter die plaats voor een bepaalden tak van nijverheid bijzonder geschikt door ligging of anderszins, welnu laat hij die er daarom eene fabriek wil stichten, dan de noodige voorzorgen nemen dat hij daardoor de bruikbaarheid van de omliggende erven niet verminderde, hetzij door op zekeren afstand daarvan te blijven, hetzij op eene andere wijze, en kan hij dat niet, laat hij zich dan een servituut bedingen. Men zegt misschien dat dit belemmerend zou wezen voor de industrie, maar naar mijn oordeel zou het groot onrecht zijn, zelfs ter wille der industrie, een eigenaar al was het een enkelen in zijne rechten te verkorten.

Eene poging aan te wenden om te bewijzen dat de beslissingen volgens mijn stelsel gegeven, billijk zouden zijn, dit zou zeker een zeer onvruchtbare arbeid wezen, want er bestaat niet de minste reden om te gelooven dat wat mij billijk toeschijnt, ook anderen billijk zal voorkomen. Liever wil ik mij dus bij het aangevoerde bepalen. (1)

Nog ééne opmerking ten slotte. Bij al de tot nog toe voorgedragen stelsels van burensrecht, althans voor zoo ver ze mij bekend zijn, blijft een groot bezwaar bestaan voor hen die eene fabriek willen oprichten, namelijk dit, dat de

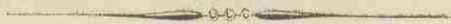
(1) Alleen op eene aanmerking van Mr. M. wensch ik nog te wijzen. Op p. 32 lezen we: „Eene stof verspreidende fabriek is (volgens Mr. ANDREAE) „naast bouwland gepermitteerd, naast eene bleekerij niet? Hoe wanneer „de eene buurman een landbouwer, de andere bleeker is, is de fabriek „dan half geoorloofd“? Er is dunkt mij niet veel scherpzinnigheid voor noodig om hierop te antwoorden: de bleeker zal eene actie tot schadevergoeding of eene negatoria tegen den fabrikant kunnen instellen, de landbouwer niet. Hoe zou Mr. M. denken over de vraag: Als van twee burens de één zich van een eigenaar eene servitus altius non tollendi heeft bedongen, de ander niet, is het dan dien eigenaar half geoorloofd hooger te bouwen?

fabrikant steeds in het onzekere is, of hij niet misschien te eenigertijd met eene negatoria zal worden aangesproken tot wijziging van de werking zijner fabriek of sluiting daarvan, en of niet die actie zal worden toegewezen.

Het zou zeker van groot belang zijn dat aan dit bezwaar werd tegemoet gekomen en daartoe zou meen ik het volgende middel kunnen dienen, dat ik hierbij aan het oordeel van meer bevoegden onderwerp.

De wet zou m. i. ieder het recht kunnen geven om zich, wanneer hij eenige inrichting op zijn erf wenschte daar te stellen, vooraf te wenden tot de rechtbank, om van deze de verklaring te verkrijgen, dat het gebruik dat hij van zijn erf wilde maken niet streed met de rechten der eigenaars van de omliggende erven. Hij zou daartoe die eigenaars moeten dagvaarden om de handeling waartoe hij wenschte over te gaan rechtmatig te hooren verklaren, en in de akte van dagvaarding zouden de te maken inrichting en hare gevolgen nauwkeurig moeten worden omschreven. De rechtbank zou, omtrent de gevolgen dier inrichting voor de omliggende erven, deskundigen moeten hooren. Haar vonnis zou, dit behoeft geen betoog, alleen die erven mogen betreffen waarvan de eigenaars partijen in het proces waren geweest.

Op deze wijze zou den fabrikant althans de gelegenheid gegeven zijn, om zich tegen actiën zijner bureu te vrijwaren.



REGTSGESCHIEDENIS.

De inrichting van de rechterlijke macht. Kritisch overzicht van de pogingen tot hervorming sedert 1848 aangewend.

— Door Mr. G. A. FOKKER, te Middelburg.

Het vijfde der additionele artikelen van de grondwet beveelt, dat een ontwerp van wet op «de nieuwe rechterlijke inrichting», zoo mogelijk in de eerste zitting der Staten-generaal volgende op de afkondiging der veranderingen in die grondwet, en in ieder geval niet later dan in de daarop volgende, zou worden voorgesteld.

Ofschoon door den Minister NEDERMEIJER VAN ROSENTHAL aan den letterlijken inhoud van dat voorschrift voldaan werd, door aanbieding, bij Kon. boodschap van 19 Febr. 1851, van een ontwerp van wet op de samenstelling der rechterlijke macht en het beleid der justitie, een ontwerp 't welk door vijf andere, afkomstig van zoovele opvolgende Ministers van justitie, gevolgd is geworden, zijn wij thans, na twintig jaren tobbens, nog bijna even ver als toen de grondwet van 1848 werd afgekondigd. Het eenige van die zes ontwerpen, 't welk in zijn geheel in discussie bij de Tweede Kamer geweest is en de eer genoten heeft als wet in het *Staatsblad* te worden afgekondigd, dat van den Minister GODEFROI, is onlangs gebleken eene dood geboren vrucht geweest te zijn, en den 23 Junij l. l. door 48 van de 60 in de Kamer aanwezige leden ter aarde besteld.

Moet dit feit als bewijs gelden van de onmacht der vertegenwoordiging om eene gewichtige aangelegenheid goed te regelen? Ik zou het niet durven beweren, wanneer ik op zoo menige wet zie, waarbij in diezelfde twintig jaren zoo vele allerbelangrijkste onderwerpen van wetgeving zijn geregeld geworden. Getuigt het misschien van de ongenoegzaamheid dergenen die de wetsvoorstellen ontwierpen en verdedigden? Ook dat niet; want wie zal aan de heeren VAN ROSENTHAL, STRENS, DONKER CURTIUS, VAN DER BRUGGHEN, BOOT en GODEFROI

groote, aan sommige hunner uitstekende bekwaamheid ontzeggen? Of moet aan de groote verdeeldheid van de gevoelens der rechtsgeleerden in de Tweede Kamer de schuld geweten worden van het treurig verschijnsel, dat geen der zes kundige mannen, die achtereenvolgens hunne beste pogingen hebben aangewend tot nieuwe regeling, er in geslaagd is eene nieuwe wet op de rechterlijke organisatie in 't leven te roepen? Ook dat zou ik niet durven beweren, wanneer ik mij herinner dat geen belangrijk onderwerp van juridieken aard ooit in de Tweede Kamer behandeld is, zonder dat van een aanmerkelijk verschil van gevoelens onder de rechtsgeleerde leden bleek, 't geen echter de afdoening der zaak slechts zelden verhinderd heeft.

Er is iets anders, waarin m. i. de hoofdoorzaak moet worden gezocht. Het is het gemis, bij het rechtsgeleerd publiek, van eene gemeenschappelijke overtuiging omtrent het stelsel, 't welk de grondslag der hervorming van onze rechterlijke instellingen behoort te zijn. Men heeft adviezen bij hondertallen, door bekwame mannen, zóó in als buiten de Kamers, uitgebracht; de bijeenvoeging van de verschillende ontwerpen, met memoriën van toelichting, verslagen en nota's, en met de discussiën over de ontwerpen VAN ROSENTHAL, BOOT en GODEFROI, zouden meer dan één lijvig boekdeel vullen; maar het zou een wanhopig streven zijn daaruit te willen opmaken, welk het stelsel is dat, *naar de overtuiging van het rechtsgeleerd publiek in Nederland*, de grondslag der hervorming van ons rechtswezen behoort te zijn. Moet er appel zijn, beperkt of algemeen, in burgerlijke zaken; zoo ja, bij welk collegie? Zal er appel zijn in strafzaken; in het algemeen; alleen in correctionele zaken; of in 't geheel niet? Moet cassatie als rechtsmiddel in burgerlijke zaken worden behouden of verworpen? Mag aan den Hoogen Raad het beroep in burgerlijke zaken worden opgedragen; of verbiedt de grondwet dat? Ziet daar zoovele vragen, het stelsel der inrichting van onze rechterlijke macht rakende, die in de zes ontwerpen op verschillende wijs worden beantwoord, en waaromtrent men in de rijke litteratuur van het onderwerp eene menigte

elkander bestrijdende advies en kan raadplegen; advies en, van welke velen uitmunten door geleerdheid, door kracht van betoog, door scherpzinnigheid, of ook wel door groote spitsvondigheid en weinig praktischen zin, — maar waarin men naar het begrip der algemeene overtuiging van de rechtsgeleerden aangaande het beste stelsel te vergeefs zou zoeken.

Eere daarom den wakkeren mannen, die „het gemis ook in „de rechtsgeleerde wereld, van eene gewenschte overtuiging „over de hoofdbeginselen der hervorming, welke noodzakelijkheid door ieder beëamd wordt“, als eene der hoofdzaken van den achterlijken toestand van het Nederlandsch rechtswezen erkend hebbende, de oprichting van eene *Nederlandsche Juristen-vereeniging*, als middel om in dit opzicht verbetering aan te brengen, beproefd en met aanvankelijk succes tot stand gebracht hebben. Zij hielden het er voor dat „door „het onderling verkeer der juristen, door eene degelijk voorbereide mondelinge wisseling hunner denkbeelden over de hoofdbeginselen van een toekomstig Nederlandsch rechtswezen, onder de mannen van het vak eene gemeenschappelijke overtuiging kan worden geboren, welke door haar zedelijken invloed een krachtigen stoot zal geven aan de hervorming van dat recht.“ En ofschoon zij, terecht, zich niet vleiden, dat „uit die samenwerking der juristen altijd eenstemmigheid zal „voortvloeien“, zoo hielden zij zich toch overtuigd dat, „ook „waar die eenstemmigheid mocht ontbreken, langs den aangewezen weg de verschillende meeningen zuiverder zullen „worden geformuleerd, haar wetenschappelijke en praktische „waarde beter zal worden beoordeeld, haar nationale kracht „duidelijker zal blijken.“ (1) Dat doel is m. i. volkomen bereikt, zooveel sommige en daaronder de meest belangrijke der beginselen betreft, waarvan eene te verbeteren inrichting van onze rechterlijke macht behoort uit te gaan. De indruk dien ik van de bijwoning der eerste vergadering van de juristenvereeniging op den 8, 9 en 10 Sept. ll. ontvangen heb, is deze: dat een flinke stap geëaan is op den weg die leiden moet

(1) *Handelingen der Nederlandsche Jur.-vereen.* 1870, I, bl. 6.

tot oplossing der velerlei betwiste vragen, waarvan de toestandkoming eener verbeterde rechterlijke inrichting hier te lande afhangt. Of is het geen veel belovend feit, dat, van de 136 juristen in de vergadering van 10 Sept. aanwezig, 119 zich verklaarden voor de stelling, door Mr. VAN DE KAPPEIJNE, met de hem eigene welsprekendheid, verdedigd: dat *in burgerlijke zaken, in het stelsel van twee instantiën, het hooger beroep een onmisbaar, cassatie een verwerpelijk rechtsmiddel is*; dat diezelfde juristen zich bijna eenparig vereenigden met de stelling: *dat hooger beroep moet worden toegelaten in alle (burgerlijke) zaken*; en dat 110, van de 137, van oordeel waren: *dat de rechtspraak in hooger beroep in alle (burgerlijke) zaken behoort te worden opgedragen aan den Hoogen Raad?* Geheel buiten rekening latende de persoonlijke voldoening over de alzoo genomen besluiten door mij ondervonden, die, 27 jaren geleden (1), de afschaffing van de cassatie in burgerlijke zaken, de opdracht van het hooger beroep aan den Hoogen Raad, en daarmede het opruimen van alle hoven voorstelde, voor het geval dat men de toen reeds onvermijdelijk geworden herziening der grondwet mocht willen bezigen om eene *eenvoudige* inrichting der rechterlijke macht mogelijk te maken, — mag ik vragen, of niet deze uitingen van een groot aantal juristen — waaronder sieraden van de magistratuur en van de balie — eene tot dus ver ongekende overtuiging aan den dag brengt, die èn op de regeering èn op de vertegenwoordiging van invloed moet zijn; die haar helpen en steunen kan in de oplossing der geschillen welke twintig jaren lang in den boezem der Tweede Kamer gevoerd zijn over de voor ons land meest passende inrichting der rechterlijke macht; die licht aanbrengt waar tot nu toe niet dan eene soort van half-duister geheerscht heeft? Mag men de gevoelens door de Juristen vereeniging genit in zekere mate als de *communis doctorum opinio* aanmerken, de Minister die haar bij het samenstellen van een nieuw ontwerp volgt, heeft voorzeker veel meer kans, dan tot

(1) *Brief van een Zeeuwsch advocaat over het ontw. van wet, houdende nadere bepalingen omtrent de regt. organisatie*, Midd. 1843.

Themis, D. XXXI, 4de St. [1870.]

duverre, daarvoor een gunstig onthaal te vinden bij de Kamers der Staten-generaal, die, zijn zij wat zij wezen moeten, de vertegenwoordiging des volks, immers ook de *communis opinio* van het land vertegenwoordigen.

Het kon dacht mij nuttig zijn op de beteekenis te wijzen van de door de Juristen-vereeniging aangaande de burgerlijke rechtsbedeeling uitgedrukte wenschen; vermits zij het stelsel van inrichting der rechterlijke macht raken. In overeenstemming er mede, volge hieronder een kritiesch overzicht van de wijze waarop onderscheiden ministers van justitie getracht hebben aan het des betreffend voorschrift van de grondwet te voldoen. Vooraf deze opmerking.

Wanneer ik van het *stelsel* der inrichting van onze rechterlijke macht spreek, dan bedoel ik daarmede niets anders, dan de soort en de bevoegdheid van de rechtscollegiën, die de wet zal aanwijzen. Daarin toch is alles wat de hoofdpunten aangaat begrepen. Zoowel de vraag: of er appel in burgerlijke zaken zal zijn, en aan welk collegie dat dan zal worden opgedragen: als die of er hooger beroep in alle of in geene strafzaken zal toegestaan worden, en bij wien? Zoowel de vraag: of cassatie in burgerlijke zaken als rechtsmiddel zal behouden blijven; als die: of er voor handelszaken bijzondere rechtbanken of rechters zullen worden aangewezen? Wel is waar zou daartoe ook misschien nog de vraag kunnen worden gebracht: of de jury in strafzaken zal worden ingevoerd? Maar vermits men het er voor houden mag, dat de invoering van de jury tot nog toe in de volksovertuiging geenszins als een *desideratum* beschouwd wordt en evenmin door de zeer groote meerderheid der juristen verlangd wordt, zoo geloof ik mij van het bespreken van dit punt te kunnen onthouden; 't geen ik te liever doe, omdat het mij bij dit overzicht te doen is, om op het, in den tegenwoordigen stand der openbare meening, *bereikbare* en tevens praktisch goede te wijzen; niet om, op dit oogenblik onbereikbare, idealen te bespreken. Evenmin zal ik spreken van den *unicus iudex* als gewonen rechter; en wel *vooreerst*, omdat zeer zeker daaromtrent nog geene *communis doctorum*

„opinio“ bestaat; maar *ten andere*, omdat de grondwet m. i. zou behooren gewijzigd te worden, wilde men den alléén sprekenden rechter als den *gewonen* rechter invoeren. De grondwet toch, in art. 161 sprekende van den *gewonen* rechter, zal daarmede wel niet anders bedoeld hebben dan de *rechtbanken van eersten aanleg*, die zij in art. 163 noemt; wier leden voor het leven worden aangesteld, en die, naar art. 53 R. O. in eersten aanleg kennis nemen van alle persoonlijke, zakelijke en gemengde rechtsvorderingen, uitgezonderd *alleen* die, welke bij de wet verklaard zijn tot de bevoegdheid van eenig ander rechtscollegie te behooren. Is er wel iemand die kan meenen, dat de grondwet met: *rechtbanken van eersten aanleg*, kan bedoeld hebben alléén rechtsprekende rechters, oordeelende over alle rechtsvorderingen, waarvan de kennisneming niet aan anderen zou zijn opgedragen? Ik betwijfel het. En wie met mij van oordeel is, dat de grondwet zich vooralsnog tegen het denkbeeld van den *unicus iudex* verzet, doch dat diezelfde wet aan het samenstellen eener eenvoudige inrichting der rechterlijke macht niet in den weg staat, die zal ook met mij van meening zijn, dat eene poging om tot dit laatste te geraken niet mag afhankelijk worden gesteld van eene eventuele grondwetsherziening, die dan nog waarschijnlijk niet zou uitvallen in den geest van hen, die het rechtspreken door éénen rechter voorstaan (1).

Al het overige wat in eene wet op de rechterlijke inrichting te huis behoort is secundair en onafhankelijk van het stelsel van rechtsbedeeling; de bepalingen omtrent de benoembaarheid, de wijze van benoeming, het ontslag of de bezoldiging der rechterlijke ambtenaren; omtrent de inrichting van het openbaar ministerie bij de verschillende rechtscollegiën; de vraag of het openbaar ministerie al dan niet in

(1) Aangaande het vóór en tegen raadplege men de beide merkwaardige verhandelingen van Mr. PIJNAPPEL, in *Handel. van de Jur.-ver.* I bl. 27—44, en van Mr. C. H. B. BOOR, hierboven bl. 271—307.

burgerlijke zaken conclusiën zal kunnen of moeten nemen; of er vacantiën zullen zijn voor de rechterlijke macht, en in het algemeen alles wat in de eerste afdeeling van iedere wet van dezen aard voorkomt of behoort voor te komen, kan in dezen of genen zin beslist worden zonder aan het stelsel afbreuk te doen; de meeste van deze „algemeene bepalingen“ passen in ieder stelsel 't welk men mocht goedvinden aan te nemen. Doch op dit laatste komt het vóór alles aan.

Het eerste, na de grondwetsherziening in 1848, aan de Tweede Kamer aangeboden ontwerp, dat van den Minister v. ROSENTHAL (1), was voorafgegaan door het bekende *Verslag aan den Koning*, van 13 Nov. 1848 (2), door den Minister-raad onmiddellijk na de grondwetsherziening opgesteld; waarin men, aangaande de hervorming van ons rechtswezen, o. a. het volgende leest: „De behoeften waaraan de rechterlijke organisatie moet voldoen, zijn, in het lijfstraffelijke, eene spoedige afdoening van zaken, zoo digt mogelijk bij de plaats waar het misdrijf gepleegd is; in burgerlijke zaken, eene eenvoudige, weinig kostbare behandeling, behoudens een tweede onderzoek, ten einde de dwalingen welke bij het eerste, of door de partijen of door den regter mogten zijn gepleegd, te doen herstellen. Geen merkelijke bezuiniging, noch voor den Staat, noch voor de twistende partijen is denkbaar, dan door één der graden van jurisdictie uit de regterlijke zamenstelling te ligten, en de andere zoodanig in verband te brengen, dat voldaan wordt aan de behoefte eener meer spoedige afdoening der strafzaken en eener min kostbare afdoening der burgerlijke regtsgedingen. Deze uitkomsten zijn te verkrijgen door de suppressie der elf provinciale hoven“ enz. In dien geest meende de heer DONKER CURTIUS, die als Minister van justitie het *verslag* mede onderteeekend heeft, dat alle strafzaken, die niet aan den kantonrechter zouden zijn toegewezen, door de rechtbanken behoorden te worden berecht,

(1) *Bijl.* 18⁵⁰/51 *Bijl.* bl. 304 volg.

(2) *Staatscourant* van 17 Nov. 1848.

die in de correctionnelle met *vier*, in de criminele met *zes* leden zouden moeten vonnissen, en dat het beroep van de civiele vonnissen door de rechtbanken gewezen aan den Hoogen Raad behoorde te worden opgedragen, terwijl in zaken waarvan geen hooger beroep zou zijn toegelaten, cassatie zou moeten kunnen geeischt worden, ter voldoening aan art. 162 der grondwet.

Het ontwerp VAN ROSENTHAL geleek zeer weinig op dit programma van het eerste, na de grondwetsherziening opgetreden ministerie. Het behield de *drie* trappen van rechtspraak voor de burgerlijke zaken, met beperking van het recht van appel, door uitbreiding van de bevoegdheid der kantonrechters en der rechtbanken om in het hoogste ressort recht te spreken. Zoo werden de cijfers van *f* 50 en van *f* 200 waarbinnen de bevoegdheid van den kantonrechter beperkt is (a. 38 R. O.), op *f* 75 en *f* 300 gebracht, terwijl ook de kennisneming in eersten aanleg van possessoire actiën hem werd opgedragen, behoudens appel. De macht der rechtbanken om in het hoogste ressort vonnis te wijzen werd eveneens uitgebreid; het cijfer van *f* 400 (a. 54 R. O.) werd op *f* 600 gesteld. In strafzaken werd de bevoegdheid der kantonrechters van 7 dagen gevangenisstraf en *f* 75 geldboeten (a. 44 R. O.) tot ééne maand en *f* 100 boeten uitgebreid, en zou bij de rechtbanken deze verandering plaats hebben, dat zij zouden kennis nemen van *alle* misdrijven, waarvan de berechting niet aan anderen was opgedragen, *behoudens hooger beroep* op de gerechtshoven, (die van *elf* op *vier* verminderd werden), met uitzondering van het geval dat tegen het misdrijf geene hoogere of andere straf dan eene geldboete van *f* 200 is bedreigd. De tegenwoordige werkring van de hoven zou dien ten gevolge deze verandering ondergaan, dat zij in criminele zaken niet meer in eersten aanleg en in het hoogste ressort, maar als hoven van appel zouden rechtspreken. De bevoegdheid van den Hoogen Raad bleef dezelfde, behalve dat de ongrondwettige bepaling van de laatste zinsnede van art. 99 R. O. verviel, zoodat voortaan de vonnissen in burgerlijke zaken door de kantonrechters

in het hoogste ressort gewezen, ook wegens schending of verkeerde toepassing der wet door den Hoogen Raad zouden kunnen worden vernietigd. De eenige wezenlijke verandering, die de rechtsbedeeling naar dit ontwerp onderging, was alzoo, dat het appel werd uitgebreid tot *alle* strafzaken, en dat deze alle in eersten aanleg bij de rechtbanken, in hooger beroep bij de hoven zouden worden berecht. Maar aan het burgerlijk proces bleven de bestaande bezwaren van kostbaarheid en langdurigheid, zoo ver deze van eene wet op de rechterlijke inrichting afhangen, kleven; terwijl de bevoegdheid om in hooger beroep te komen aanmerkelijk werd ingekrompen.

Het komt mij voor dat aldus niet werd voldaan aan den eisch der grondwet, die de aanbieding van een ontwerp van *nieuwe* rechterlijke inrichting, binnen twee jaren, gebod. De reden, waarom in 1848 de wet op de rechterl. organisatie, ofschoon nauwelijks sedert tien jaren in werking, vrij algemeen veroordeeld werd, en waarom de grondwet van '48 eene nieuwe inrichting voorschreef, was toch niet zoozeer of hoofdzakelijk gelegen in de wijze van berechting der strafzaken; ook zonder herziening van de geheele wet zou men het appel in alle strafzaken hebben kunnen invoeren, door wijziging van de artt. 56, 67 en 68 der wet, in den zin der artt. 61 en 73 van het ontwerp. Het was den grondwetgever van 1848 niet te doen om eene wijziging van het bestaande, maar om de hervorming van onze rechterlijke instellingen. Het was hem te doen om *eene nieuwe inrichting der rechterlijke macht*, waarbij bovenal «eene eenvoudige, weinig kostbare behandeling der burgerlijke processen, en eene merkelijke bezuiniging, zóó voor den Staat, als voor de twistende partijen» werd verkregen.» Met deze woorden legde het *Verslag aan den Koning* den vinger op de wond, en verklaarden de stellers er van, dat geene genezing denkbaar was, dan door één der graden van jurisdictie uit de rechterlijke samenstelling weg te nemen. En zonderling! ofschoon de minister VAN ROSENTHAL, in zijne *mem. van toel.* al aanstonds beweerde, dat «de vermindering der bezwaren voor de rechtzoekenden geheel

„onafhankelijk is van de rechterlijke inrichting en aan dat „onderwerp vreemd“ (?), zoo erkende hij niettemin, een paar regels verder, dat „de eenige mogelijkheid om, bij gelegenheid eener verandering der rechterlijke inrichting, in het „belang der rechtzoekenden het bezwaar der kostbaarheid te „verminderen, in het wegnemen van eenen trap van jurisdictie gelegen is.“ Zulke verandering zou echter „zóó diep „in het regtswezen grijpen en eene zóó volledige *overtuiging* „vorderen van de overtolligheid van datgeen wat men afschaffen wil, dat het gevaarlijk mag worden geacht bij dusdanige overwegingen aan eenige meerdere of mindere „kostbaarheid der regtsgedingen eenen beslissenden invloed „toe te kennen.“ De minister bestreed voorts de in het *Verslag aan den Koning* voorgestelde opdracht van de civiele appellen aan den Hoogen Raad, op grond: 1°. van de nuttigheid, ja noodzakelijkheid van eene zoogenaamde *cour régulatrice* ter bevordering van eenheid in de wetstoepassing; 2°. dat art. 162 der grondwet aan het opperste gerechtshof geene andere attributen zou hebben willen toekennen, dan die van een hof van cassatie, „t welk, zonder in den regel tot eigene „beoordeeling, eigene beslissing over de belangen die twistende partijen verdeelen, geroepen te zijn, de beoordeelingen „en beslissingen der onder hetzelfde staande regterlijke collegiën uitsluitend aan de wet toetst en daardoor in de wetstoepassing eenheid en gelijkvormigheid bevordert.“ Bovendien zou het getal leden van den Hoogen Raad zoo aanmerkelijk moeten vergroot worden, dat de bezuiniging luttel zou zijn.

Wie zal zich met reden kunnen verwonderen dat een ontwerp, 't welk zóó ver bleef van eene *nieuwe* inrichting der rechterlijke macht en daardoor zóó weinig beantwoordde aan de bedoeling van de grondwet, den bijval van de Tweede Kamer niet heeft kunnen verwerven? Terecht zeiden de, toenmaals zelfstandige, rapporteurs, — de heeren VAN GOLTSTEIN, METMAN, DULLERT, VAN HALL en GODEFROI, — in hun merkwaardig (1) *Verslag* van 12 Dec. 1851: „Het doel der

(1) *Merkwaardig*; ook om de eenheid van betoog waardoor dit *Verslag* zoo zeer uitmunt boven de *voorloopige verslagen* van de Tweede Kamer.

„regtspraak in burgerlijke zaken is de geschillen der ingezetenen *over het mijn en dijn* op eenen voor de regtzokenden weinig kostbare wijze, spoedig en goed, te doen beslissen. Dat doel wordt onder de tegenwoordige wetgeving niet bereikt. Dat in Nederland het regt onvertogen wordt bedeed, zal wel niet behoeven te worden opgemerkt; maar de wijze om dat regt te kunnen bekomen is zoo moeilijk, dat velen zich het lijden van onrecht liever getroosten. De kostbaarheid der procedures moet bijna altijd, ook wanneer men zijne regten onmiskenbaar gekrenkt ziet, afschrikken van het voeren van een geding, dat, ook wanneer men in den grond der zaak volkomen gelijk heeft, steeds, ten gevolge van geschillen over den vorm, tot aanzienlijke proceskosten aanleiding kan geven. Dit is zoo waar, dat velen, niet zonder grond, het regt in ons Vaderland alleen voor den vermogende en voor den behoeftige, die kosteloos kan procederen, toegankelijk achten.” De meerderheid van de leden der commissie kwam, ook op dezen grond, tot de conclusie, dat al de gerechtshoven moesten worden opgeheven, met opdracht van de civiele appellen aan den Hoogen Raad (1), en van de berechting der strafzaken aan de arrondissementen-rechtbanken, behoudens hooger beroep van de vonnissen in correctionnele zaken gewezen op eene andere rechtbank. Zij adviseerde eenstemmig tot afwijzing van het voorstel.

De over dit wetsontwerp, den 12, 13 en 14 Mei 1852,

die de verschillende, soms zeer uiteenloopende en elkander bestrijdende, gevoelens en meeningen in de afdelingen geuit vermeldende, geen bepaald betoog bevatten en geen *geheel* opleveren; terwijl zij, in den regel, zoowel den Minister als de Kamer omtrent het gevoelen der meerderheid in het onzekere laten, of soms misleiden. Reden te meer, naar het schijnt, om andermaal eene proef te nemen met het stelsel der zoogen. zelfstandige rapporteurs.

(1) De redenen die daarvoor pleiten, en de beantwoording van de bedenkingen des Ministers, uitgelokt door de *Nota* welke de Commissie den 24 Julij had vastgesteld en aan den Minister gezonden, zijn te vinden in § 2 van het *Verslag*, voorkomende in de *Bijlagen* van *Bijblad* 185 ½, bl. 423—427. Den inhoud van deze *Nota*, — volgens besluit der Kamer, van 3 Oct. 1851, *alleen voor de leden* (waarom)? gedrukt, — vindt men

gevoerde discussiën, waaraan door een 15tal rechtsgeleerden werd deel genomen, die allen later tegenstemden, liepen bijna uitsluitend over het al of niet behouden van de gerechts-hoven; over de uitbreiding van het hooger beroep in strafzaken tot de criminele; en over de wenschelijkheid of de grondwettigheid van de opdracht der civiele appellen aan den Hoogen Raad. Têrwijl de heeren VAN AKERLAKEN, VAN DER VEEN, HUGUENIN, VAN VOORST en WINTGENS, zich voor het stelsel der Commissie verklaarden, was de meerderheid der sprekers voor het behoud van de hoven, ter berechting van de civiele appellen, gestemd. Maar onder die meerderheid waren vele leden (BORRET, PROVO KLUIT, DE MAN, LUYBEN en VAN NISPEN) die, met de eerstgenoemden, tegen het appel in criminele zaken gekant waren; BORRET vond het voorstel zelfs zóó schadelijk, ja noodlottig, dat hij verklaarde nimmer aan eene rechterlijke organisatie, waarin dat beginsel werd gehuldigd, zijne goedkeuring te zullen verleen (1). Maar, ook afgezien van dezen strijd van meeningen, kon het ontwerp kwalijk aanspraak maken op den bijval der meerderheid, omdat het 5e van de additionele artikelen der grondwet, gelijk door Mr. VAN AKERLAKEN zeer juist werd opgemerkt, met de woorden „de nieuwe rechterlijke inrichting” niet kon bedoeld hebben eene eenvoudige wijziging van het bestaande, maar *een nieuw stelsel* van inrichting der rechterlijke macht. En vermits, bij het ontwerp, in het bestaande stelsel niets werd veranderd, daar het hooger beroep in criminele zaken geen nieuw beginsel, maar slechts de ruimere toepassing van een in de wet reeds aangenomen beginsel gaf, kan het geenszins

grootendeels woordelijk terug in het Verslag van 12 Dec. Zij zal met vrucht worden geraadpleegd door iederen Minister die zich tot het ontwerpen van eene nieuwe wet op de R. O. mocht willen zetten, ook zooveel aangaat het nut van eene zoogenaamde *cour régulatrice*; de onderscheiding tusschen feit en recht; de voorloopige instructie en het hooger beroep in strafzaken; de jury en de speciale rechters of rechtbanken van koophandel; onderwerpen alzoo die het stelsel der wet raken, en die in de §§ 1, 2 en 3 van het *Verslag* breedvoerig besproken worden.

(1) De discussiën zijn te vinden in *Bijblad* 185 ½, bl. 1080 en volg.

bevreemden, dat, bij de stemming over art. 1, de groote meerderheid (44 tegen 15) het ontwerp afwees.

De heer VAN ROSENTHAL werd den 10 Julij 1852, op zijn verzoek, als Minister ontslagen en door den heer STRENS opgevolgd, van wien de Kamer, bij Kon. boodschap van 2 April 1853 (1) een nieuw ontwerp ontving.

Dit ontwerp onderscheidde zich van het vorige in de navolgende punten. De rechtbanken in de hoofdplaatsen werden raden van justitie genoemd, deels met dezelfde, deels met uitgebreider bevoegdheid bekleed dan aan de rechtbanken toekwam. In burgerlijke zaken zouden de rechtbanken en de raden van justitie gelijke rechtsmacht hebben, behoudens beroep van hunne vonnissen, welke eene vordering boven *f* 600 hadden toe- of afgewezen, op een der *twee*, uitsluitend voor dat doel op te richten, gerechtshoven. De berechtiging van strafzaken werd aldus geregeld: dat de rechtbanken, en de *derde* der Kamers, waarin de raden van justitie zouden verdeeld worden, kennis zouden nemen: *a.* van alle strafvervolgingen wegens misdrijven, waartegen geene hogere of andere straf is bedreigd dan 3 jaren gevangenisstraf; en *b* van het hooger beroep van de strafvonnissen door de kantonrechters in het arrondissement geweest; de overige misdrijven zouden worden berecht door de *eerste* Kamers van de raden van justitie, welke Kamers tevens zouden zijn de rechters in appel van de vonnissen door de arrondissementsrechtbanken, en door hunne eigene *derde* kamer, in strafzaken geweest. De raden van justitie vervingen alzoo de hoven, zooveel de criminele rechtspraak en het hooger beroep van correctionnelle vonnissen betreft, zoodat wel van de laatsten, maar niet van de eersten zou kunnen worden geappelleerd. De rechtsbevoegdheid van den Hoogen Raad zou alleen in zoo verre gewijzigd worden, dat hij, een vonnis vernietigende wegens schending of verkeerde toepassing der wet, niet aanstonds zelf ten principale zou uitspraak doen, maar eerst zou moeten verwijzen naar een ander rechtscollegie van *gelijken* rang als dat 't welk het vernietigd vonnis geweest had. Werd daarna

(1) Bijblad 185²/₃. Bijlagen bl. 589—599.

tegen de uitspraak van den aangewezen rechter, op dezelfde gronden als waarop de vernietiging van het eerste vonnis was uitgesproken, op nieuw cassatie aangevraagd, alsdan zou de Hooge Raad, met *elf* raadsheeren van dien tweeden eisch tot cassatie kennis nemende en het laatste vonnis insgelijks vernietigende, ten principale recht doen, zonder in een nieuw onderzoek der feiten te treden. In dat geval echter zou de procureur-generaal bij den Hoogen Raad, binnen *veertien* dagen, van de verschillende rechterlijke beslissingen moeten kennis geven aan den Minister van Justitie, die dan gehouden zou zijn een ontwerp van wet, ter uitlegging van de wetsbepalingen welke tot verschil van gevoelen hadden aanleiding gegeven, aan de Staten-Generaal intedienen.

De beruchte April-beweging van '53 heeft zelfs het onderzoek van dit ontwerp in de afdeelingen belet. De heer STRENS trad den 19^{en} dier maand af, en werd vervangen door den heer DONKER CURTIUS. Maar ik betwijfel zeer of ook dit ontwerp, ware het bij de Kamer behandeld geworden, den bijval dier vergadering zou hebben erlangd. Wel verre toch dat de kostbaarheid der burgerlijke gedingen door eene inrichting als de voorgestelde zou worden verminderd, zou die, in de gevallen van verwijzing en tweede cassatie door den Hoogen Raad, voor de rechtzoekenden nog vrij wat grooter worden. De Minister erkende dat dan ook in zijne *Memorie v. Toelichting*, doch beweerde, „dat de zaken dan ook aanleiding zouden geven tot het vestigen eener vaste jurisprudentie, en dat deze, voor de toekomst elken strijd van gelijken aard afsnijdende en alle verdere rechtsgedingen van gelijke strekking voorkomende, in de uitkomst voor de ingezetenen des lands in het algemeen eene ware weldaad zou blijken.“ Arme pleiters! die de kosten van deze „ware weldaad“ te dragen en, in plaats van *twaalf* praktizijnsrekeningen als thans, er *twintig* te betalen zouden hebben.

Ook de voorstanders van het hooger beroep in alle strafzaken zouden zeer zeker geen vrede gehad hebben met een ontwerp 't welk de zaken bij het oude liet, ja zelfs de be-

staande ongelijkheid nog vergrootte, door nu ook de vonnissen, waarbij van 3—5jarige gevangenzetting was uitgesproken, aan het appel te onttrekken. En of de Kamer zou goedgevonden hebben, dat leden van hetzelfde collegie geroepen zouden worden om elkanders vonnissen te beoordeelen en *casu quo* te vernietigen, meen ik te mogen betwijfelen.

Alvorens een nieuw ontwerp in te dienen, meende de heer DONKER CURTIUS de voorlichting te moeten vragen van eene Commissie, die op zijne voordracht bij Kon. besl. van 24 Sept. 1853 (*Stbl.* no. 106) werd benoemd, tot het beramen der grondslagen, welke bij de wet tot regeling eener nieuwe rechterlijke inrichting behoorden te worden gevolgd. Deze Commissie, bestaande uit de heeren Mts. D. L. F. C. Ridder VAN RAPPARD, GREGORY, GODEFROI, WINTGENS en MEEUSSEN, met Mr. D. F. G. L. FRANÇOIS tot secretaris, diende in December 1853 en Januarij 1854 haar Verslag aan den Minister in, en trad ook later met hem in overleg omtrent de door haar voorgestelde grondslagen. Zij werd, nadat de heeren WINTGENS en MEEUSSEN reeds hun ontslag genomen hadden, bij Kon. besl. van 19 Oct. 1854 ontbonden. — In hoever het daarna, bij Kon. boodschap van 13 Nov. 1855 (1), aan de Tweede Kamer aangeboden ontwerp van wet, op de bij het Verslag dezer Commissie aangegeven grondslagen gebouwd was, is niet na te gaan, vermits dat verslag nooit is openbaar gemaakt.

Het ontwerp was, zooveel de berechting van strafzaken betreft, nagenoeg gelijk aan dat van den heer STRENS, met dit onderscheid, dat de raden van justitie hier den naam kregen van *provinciale gerechtshoven*, (van welke de beide eerste Kamers uit raadsheeren, de *derde* uit rechters zouden zijn samengesteld) — doch overigens met dezelfde rechtsmacht in strafzaken bekleed; en dat de bestaande onderscheiding van correctionnelle en criminele zaken, ter bepaling van de rechtsbevoegdheid werd gehandhaafd, tegenover de

(1) *Bijblad* 1855/6. *Bijl.* bl. 281—297.

onderscheiding van de misdrijven in dezulke, waartegen meer of minder dan 3 jaren gevangenisstraf bedreigd is, van den heer STRENS. — In de berechting van burgerlijke zaken werd echter deze radicale verandering voorgesteld, dat het hooger beroep van de vonnissen der rechtbanken zou worden gebracht bij den Hoogen Raad, waardoor de Hoven, als rechters in appel van civiele vonnissen, vervielen, en alzoo één trap van rechtspraak ten civiele werd weggenomen. Het beroep in cassatie als rechtsmiddel tegen de vonnissen door de kantonrechters in het hoogste ressort en door de rechtbanken in hooger beroep, 't zij in burgerlijke, 't zij in strafzaken, gewezen, verviel, en zou alleen worden toegelaten ter opvordering van het openbaar ministerie (*in 't belang der wet*), ofschoon aan de verliezende partij in burgerlijke zaken de bevoegdheid werd toegekend zich bij dat beroep aan te sluiten, op de wijze en met de gevolgen als voorgesteld was bij het gelijktijdig ingediend ontwerp van wet, *houdende vereenvoudiging in het beleid der justitie en in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering* (1). In strafzaken zou het beroep in cassatie door het openb. ministerie wel tot voordeel der vervolgdten kunnen strekken, maar overigens alleen in het belang der wet zijn toegestaan. Eindelijk zou, wanneer tusschen de Kamers van den Hoogen Raad eene tegenstrijdige rechtspraak omtrent eenig rechtspunt van burgerlijken aard ontstond, de Raad in eene algemeene vergadering zijn met redenen omkleed gevoelen in het openbaar uitspreken; terwijl, wanneer daarna eene tegen dit gevoelen strijdige rechtspraak ontstond, eene wet tot regeling van het betwiste rechtspunt zou moeten worden voorgedragen (art. 62).

Het is niet te ontkennen dat dit ontwerp van een aanmerkelijken vooruitgang getuigde, in den zin van hen die eene vereenvoudiging van het burgerlijk proces, en daardoor mindere kostbaarheid en spoediger afdoening als volstrekt noodzakelijk beschouwen. Aan dit verlangen zou eensdeels

(1) Aangeh. *Bijlagen* bl. 297—309.

voldaan worden, door het wegnemen van ééne trap van rechtspraak; anderdeels door de bepaling van art. 17 van laatstgenoemd ontwerp van wet, luidende:

„De artt. 21 en 57 van het Wetb. van Burg. Regtsv. worden ingetrokken.

Het verschijnen bij procureur wordt zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep, request civiel en revisie gehandhaafd.

Alle dingtalen na de dagvaarding gaan uit van de procureurs.

De kosten van dezen bijstand worden door de verliezende partij gedragen.

De partijen kunnen bij de schriftelijke instructie persisteren, of zelve hare zaak bepleiten, of die door een advocaat of den procureur, door wien zij in regten zijn verschenen, doen bepleiten.

De kosten der pleidooijen, door wien ook gevorderd, kunnen echter in die instantiën aan de verliezende partij niet worden in rekening gebracht.

De bijstand van procureurs wordt bij het regtsgeding in cassatie afgeschafd en vervangen door advocaten bij den Hoogen Raad.

De salarissen dezer advocaten, ook die voor de pleidooijen te berekenen, worden aan de verliezende partij in rekening gebracht.

De procureurs bij den Hoogen Raad, meesters in de regten, kunnen als advocaten in cassatie optreden.”

Maar de inconsequentie bleef, dat van vonnissen in politie- en correctionnele zaken gewezen wèl, doch van die, waarbij over misdaden was uitspraak gedaan, *niet* kan worden geappelleerd.

Het zeer uitvoerig *voorz. verslag*, den 22 April vastgesteld (1), luidde ongunstig. Zeer vele leden, zeide men, meenden dat het ontwerp het kenmerk droeg van transactie en dat het een vast stelsel miste. Men zag dat karakter vooral in de afschaffing van het cassatiestelsel, te gelijk

(1) Aang. *Bijlagen* bl. 657—688.

met het behoud van dat middel, grootendeels niet meer dan voor den vorm; en in de afschaffing der provinciale hoven, te gelijk met het behoud, onder denzelfden naam, van collegiën, grootendeels een anderen werkring hebbende. Met betrekking tot de opdracht van het hooger beroep in burg. zaken aan den Hoogen Raad, kwam de groote meerderheid tot een, tegen het betoog van de (zelfstandige) Commissie van 1851 vlak overgesteld gevoelen, op de bekende, aan de doctrinaire uitlegging van art. 162 der Grondwet ontleende, gronden; terwijl voorts de uitbreiding van het hooger beroep tot de criminele zaken door „de meerderheid“ verlangd, maar tevens door een „aanzienlijk“ getal leden bestreden werd (1).

Dit verslag is onbeantwoord gebleven, ten gevolge van de aftreding van den heer DONKER CURTIUS, die den 23 Junij 1856 vervangen werd door den Minister VAN DER BRUGGHEN, van wien het (*vierde*) ontwerp afkomstig is, 't welk, bij Kon. boodschap van 5 Jan. 1857, in de zitting der Kamer van 17 Febr. d. a. v. werd ingediend (2). — Dat deze Minister zich niet, door het zoo ongunstig *voorl. verslag* over het ontwerp zijns voorgangers, heeft laten afschrikken van een vernieuwd voorstel om de hoven op te ruimen en het appel in burg. zaken aan den Hoogen Raad op te dragen, is opmerkelijk genoeg. Wanneer toch twee opvolgende Ministers van Justitie, en daarna, gelijk wij zien zullen, hun naaste opvolger, de theorie van de ongrondwettigheid eener zulke opdracht verwerpen, dan blijkt daaruit, wel niet, dat zij gelijk hadden tegen over hunne tegenstanders, maar toch, dat de theorie zelve alleszins betwistbaar is, gelijk zij dan ook herhaaldelijk met m. i. zeer grondige redenen betwist is geworden.

Het stelsel van het ontwerp-VAN DER BRUGGHEN komt

(1) De voorstanders van de *cour régulatrice* en van het appel in strafzaken zullen nergens beter dan in dit *voorl. verslag* (§ 4 en 5) de gronden die voor hunne meening pleiten, uiteengezet kunnen vinden.

(2) *Bijblad* 185⁶17. *Bijl.* bl. 463—476.

hierop neder: de kantonrechters zouden in burg.- en in strafzaken dezelfde bevoegdheid hebben als bij de vorige ontwerpen was voorgesteld; maar zij zouden genomen worden uit de leden der rechtbank van het arrondissement, door dezen zelve, telkens voor twee jaren, aan te wijzen, en bij verhindering of ontstentenis te vervangen 't zij door een kantonrechter van hetzelfde arrondissement, 't zij door een hulp-kantonrechter (1). De rechtbanken zouden in 't burgerlijke gelijke bevoegdheid hebben als hun bij de vorige ontwerpen was toegekend, met opdracht van het hooger beroep van hunne vonnissen aan den Hoogen Raad. Voor handelszaken zouden, waar de behoefte dit medebrengt, door den Koning rechtbanken van koophandel kunnen worden ingesteld, naar de regels en beperkingen door de wet te stellen. Voorts zouden de rechtbanken kennis nemen van de strafvervolging wegens *alle* misdrijven, waarvan de berechtiging niet aan de kantonrechters of aan den Hoogen Raad toekwam; en zulks behoudens hooger beroep, ten ware tegen het misdrijf geene hoogere of andere straf is bedreigd dan geldboete van hoogstens *f* 200. — Dit hooger bedrag zou op de volgende wijs plaats hebben: van de vonnissen der rechtbanken buiten het *eerste* arrondissement, op die van dat arrondissement, en van de vonnissen door de rechtbanken in het *eerste* arrondissement geweest, op die van het *eerste* arrondissement eener naburige provincie. Bij dit appel zou echter recht worden gedaan op de stukken, tenzij de rechtbank ambtshalve of op de vordering van het openbaar ministerie in het belang der justitie of van de verdediging het tegendeel beval (art. 71). Cassatie, als rechtsmiddel van partijen, werd in *alle* zaken afgeschaft; alleen *in het belang van den Staat* zou zij door het openbaar ministerie kunnen worden gevorderd, en ten voordeele van den veroordeelde kunnen strekken, wanneer de Hooge Raad oordeelde dat deze bij het arrest benadeeld was geworden. In dat geval

(1) Ik heb daarover het een en ander gezegd in mijne *Mijneringen over de organisatie der rechterl. macht*, in *Weekbl. van het Regt.*, n^o. 1830.

zou de zaak, wanneer het vonnis wegens schending of verzuim van vormen vernietigd werd, naar een hooger collegie dan dat 't welk het vonnis gewezen had, worden verwezen; doch ter zake van verkeerde toepassing der wet, van onbevoegdheid of van overschrijding van rechtsmacht een vonnis vernietigende, zou de Raad, zonder in een nader onderzoek der feiten te treden, ten principale recht doen, ten ware de stand der zaak, naar 's Raads oordeel, verwijzing vorderde. Eindelijk was art. 62 van het ontwerp DONKER CURTIUS, ten aanzien van eene tegenstrijdige rechtspraak tusschen de verschillende Kamers van den Hoogen Raad omtrent een rechtspunt van burgerlijken aard, overgenomen (art. 67), en bij art. 90 bepaald dat, wanneer de Raad, na twee rechterlijke uitspraken achtereenvolgens op dezelfde rechtsgronden te hebben vernietigd, ten derde male geroepen werd dezelfde rechtsvraag in cassatie te beslissen, hij alsdan op de wijze bij art. 67 bepaald zijn gevoelen zou uitspreken, en dat hij, ingeval die rechtsvraag alsdan in denzelfden zin werd beslist, daarvan binnen veertien dagen zou kennis geven aan den Minister van Justitie, die dan gehouden zou zijn eene wet tot regeling van de betwiste rechtsvraag voor te dragen.

Het was te verwachten dat dit ontwerp, 't welk in sommige kardinale punten met dat van 's Ministers voorganger overéén kwam, na het zoo ongunstig *voorb. verslag* over dit laatste, niet veel kans had op grooten bijval van de meerderheid der leden van de Tweede Kamer. Tegen het stelsel van de benoeming der omgaande kantonrechters uit de rechtbanken af te vaardigen, tegen hunne rechtsmacht en tegen de hulp-kantonrechters, werden niet minder dan *negen* hoofdbezwaren aangevoerd. Met betrekking tot het appel in strafzaken verklaarde de *commissie v. r.* dat zich dezelfde verdeeldheid als bij het vorige ontwerp geopenbaard had, maar dat het haar niet mogelijk was geweest na te sporen, in welke getalsverhouding de voorstanders der beide meeningen omtrent de uitbreiding van het appel tot criminele zaken *in abstracto*, tot elkander stonden. In ieder geval had men nagenoeg algemeen de rechtspleging in appel,

zoo als die bij art. 71 geregeld werd (het rechtspreken op de stukken) afgekeurd; terwijl ook *velen* het appel van de eene rechtbank op de andere, op grond der ondervinding, afkeurden, waartegen *vele anderen* verklaarden de veroordeeling van dat stelsel door de ondervinding niet te kunnen beëmen. Werd intusschen het appel in alle strafzaken ingevoerd, dan verklaarde de meerderheid zich voor de berechting van de zoogenaamd criminele zaken door de rechtbanken, ofschoon sommigen van oordeel waren, „dat de behandeling der zwaardere strafzaken in de hoofdplaatsen der provinciën, bij eenen meer geoefenden rechter, voor een talrijker vierschaar, met eene betere balie en meer hulpmiddelen van onderzoek en verdediging, oneindig meer waarborgen opleveren zou dan het voorgestelde.“ De opdracht van de civiele appellen aan den Hoogen Raad werd wederom door *velen*, op de bekende gronden, als ongrondwettig bestreden, door *vele anderen*, die in de Grondwet daartegen geen beletsel zagen, verdedigd. Maar de beperking van het cassatiemiddel tot enkel middel van contrôle op de nakoming der wetten werd, voor de *civiele* zaken „door de meerderheid“, voor de *strafzaken* „bijna eenparig“ verworpen, en de wensch geuit, dat het bestaande cassatiestelsel in strafzaken, „t welk blijkens eene negentienjarige ondervinding niet dan goede vruchten heeft opgeleverd,“ mocht behouden worden.

Bij dit *Verslag* was, als bijlage, een uitvoerig advies gevoegd van den heer WINTGENS (1), die zich daarin doet kennen als een tegenstander van de speciale rechtbanken van koophandel; en van het appel in strafzaken, 't welk „in het „stelsel van het inquisitoir geding, in de geheime en schriftelijke strafvordering, te huis behoort, maar met openbaarheid en mondelinge behandeling, onvereinbaar is;“ als

(1) *Bijblad* 1856/7. *Bijl.* bl. 689—697. Verg. van denz. geachten rechts geleerde: *Advies over de regt. organisatie.* — 's Grav. 1860, en *Redevoeringen over de regt. org.* — 's Grav. 1861, waarin des S. stelsel, 't welk ook het mijne is, breedvoerig verdedigd wordt.

een voorstander daarentegen: 1^o. van het behoud van het beroep in cassatie als rechtsmiddel in strafzaken; 2^o. van de opdracht der civiele appellen aan den Hoogen Raad; 3^o. van de berechting der zware misdaden door *provinciale vierscharen*, die, zonder appel, met *zes*, terwijl de rechtbanken in de overige strafzaken met *vier* leden, zouden recht spreken.

Alhoewel de minister VAN DER BRUGGHEN zijn voorstel wijzigde, door 1^o. de kantonrechters voorshands op den bestaanden voet te laten benoemen; 2^o. art. 71 van zijn ontwerp terug te nemen, ook omdat dit punt beter bij het wetboek van strafvordering geregeld wordt; 3^o. de bestaande cassatie in burgerlijke zaken te behouden, met wegneming alleen van de beperking bij art. 99 R. O. aan de cassatie van vonnissen der kantonrechters gesteld; en 4^o. de bepaling omtrent de rechtbanken van koophandel uit zijn ontwerp te lichten, — de beslissing is uitgebleven. Wel werd het ontwerp met deze wijzigingen in de zitting van 24 Sept. 1857 op nieuw ingediend en in de afdeelingen op nieuw onderzocht, van welk onderzoek wederom een *voorloopig verslag* verscheen (1), 't welk door den minister, bij *Memorie* van Febr. 1858 (2) beantwoord werd; maar tot eene openbare discussie, die door de Kamer reeds was vastgesteld, is het niet gekomen. De minister trok bij schrijven van 28 Februarij zijn ontwerp in, ten gevolge van het door hem aan Z. M. gericht verzoek om ontslag. Hij werd den 12 Maart opgevolgd door den heer Boor, van wien het (*vijfde*) ontwerp afkomstig is, 't welk, bij Koninklijke boodschap van 4 Februarij, den 15 dier maand bij de Kamer inkwam (3).

Het stelsel van dit ontwerp kwam in zooverre met het vorige overeen, dat het bij gelijke bevoegdheid van de kantonrechters en van de arrondissements-rechtbanken in bur-

(1) *Bijl.* 1857/8. *Bijl.* bl. 266—271.

(2) *Ald.* bl. 535—542.

(3) *Bijl.* 1858/59. *Bijl.* bl. 759—769.

gerlijke zaken, aan deze laatsten de berechting opdroeg van alle strafzaken, waarvan de kennisneming niet aan de kantonrechtters of aan den Hoogen Raad was opgedragen; dat het mede het hooger beroep in burgerlijke zaken aan dien Raad opdroeg; en dat het eene gelijkkluidende bepaling inhield als die van art. 67 van het ontwerp VAN DER BRUGGHEN. Maar het week er hierin van af: dat de rechtbanken werden onderscheiden in *arrondissements-rechtbanken* en *raden van justitie*, aan welke laatsten (in de hoofdplaatsen der provinciën), bij uitsluiting van de rechtbanken, de kennisneming zou zijn opgedragen van de strafvervolgingen wegens misdrijven, waartegen de doodstraf, of de zwaarste straf daaraan grenzende, bedreigd is; dat er geen appel in strafzaken zou zijn (behalve van de vonnissen der kantonrechtters), maar alleen cassatie; en dat *alle* vonnissen en beschikkingen door de kantonrechtters in hoogsten aanleg of door de raden van justitie en de rechtbanken in eersten en hoogsten aanleg of in hooger beroep gewezen, onderworpen zouden zijn aan beroep in cassatie, waartoe de eisch zoowel door partijen als ambtshalve door den procureur-generaal bij den Hoogen Raad kon worden ingesteld. Art. 67 van het ontw. VAN DER BRUGGHEN, gelijk aan art. 62 van het ontw. DONKER CURTUS, kwam ook in dit ontwerp (art. 58) voor, terwijl mede de laatste zinsnede van art. 99 Regt. Organ. verviel. Alzoo: de Hooge Raad rechten in appel van civiele zaken; de cassatie behouden op den bestaanden voet, behalve in de *burgerlijke* gedingen, door den Raad in hooger beroep beslist; geen appel in strafzaken, behalve van de vonnissen der kantonrechtters; opruiming van de provinciale hoven; voorziening voor 't geval dat tusschen de Kamers van den Hoogen Raad eene tegenstrijdige rechtspraak ten civiele ontstond.

Een zeer opmerkelijk feit werd in het *voorl. verslag* (1) over dit ontwerp geconstateerd. Terwijl bij de beide over het ontwerp VAN DER BRUGGHEN uitgebrachte verslagen,

(1) Aang. *Bijlagen* bl. 916—928.

door de commissiën was betreurd, dat men er niet in geslaagd was te ontdekken, in hoeverre de meerderheid der Kamer al dan niet gestemd was vóór de opdracht van de civiele appellen aan den Hoogen Raad, werd hier het volgende gezegd: «Voor het overige komt het der commissie «van rapporteurs voor, dat in het bezwaar uit de grondwet «geput, 't welk niet algemeen voorgedragen of volgehouden «werd, niet door de meerderheid gedeeld wordt.» Wanneer desniettemin art. 57 van het ontwerp, na de algemeene be- raadslaging, in de zitting van den 27 Mei 1859, met 41 tegen 22 stemmen verworpen werd en het ontwerp dien ten gevolge ingetrokken, dan mag hieruit niet worden opgemaakt dat de commissie zich vergist had, en dat bedoeld grond- wettelijk bezwaar door de meerderheid zou gedeeld zijn. Slechts zes van de veertien leden die tegen de wet spraken, deden het als grond voor hunne ongunstige stem gelden, terwijl de heeren SANDER en HEIDEN REINSTEIN, die mede tegen de wet spraken en stemden, uitdrukkelijk verklaarden dat zij dat bezwaar niet deelden, maar dat zij die opdracht voor ondoelmatig en onpraktisch hielden. Wanneer men nu mag aannemen, dat de leden der Kamer die het ontwerp bestreden, doch zich over het grondwettelijk bezwaar niet uitlieten, dit bezwaar ook niet hadden, en ze dan, met de beide genoemde heeren, voegt bij de 22 die vóór art. 57 stemden, dan zou daaruit volgen, dat destijds minstens 32 van de 63 leden der Kamer van oordeel waren, dat de grond- wet niet belet den Hoogen Raad te belasten met de kennis- neming van het hooger beroep tegen de vonnissen door de rechtbanken in burgerlijke zaken geweest. Ik zeg *minstens*, want onder de overige tegenstemmers zal er denkelijk nog *menigeen* geweest zijn, die niet om de grondwet, maar uit andere overwegingen het artikel verwierp. De wensch naar het behoud van gerechtshoven zal, gelijk het voor sommigen der sprekers was, denkelijk bij velen der overigen eene reden van afstemming geweest zijn, ofschoon het bevreemden moet, dat het gezegde van den heer VAN DELISE: «ik ge- «loof dat indien de minister van justitie kon voorstellen

«eene wet, waarvan art. 1 luidde: *ieder behoudt wat hij heeft*, zijne taak omtrent de verdere regeling zeer overeenvoudigd en gemakkelijk gemaakt zou zijn,» geene tegenspraak heeft ondervonden. Want daarin lag eene vrij zware beschuldiging tegen de Kamer, die, zoo zij onverdiend was, wederlegd had behooren te worden. Wat hiervan zij, uit de discussie bleek niet veel anders dan dat de meerderheid destijds de hoven niet wenschte te zien opruimen, al is het ook dat niemand het behoud van alle *elf* voorstond.

De verwerping van art. 57, waardoor een der grondslagen van het stelsel werd weggenomen, moest natuurlijk de intrekking van het ontwerp ten gevolge hebben. De heer BOOT trad den 22 Febr. 1860 af, en werd door den heer GODEFROI opgevolgd, wiens tot *wet* verheven ontwerp, in het *Staatsblad* van 1861, onder n^o. 49 voorkomende, als bekend mag worden aangemerkt.

Ofschoon verbeteringen in sommige opzichten, vooral in de *eerste* afdeling, aanbrengeude, handhaaft deze wet het bestaande stelsel, met beperking evenwel van de bevoegdheid om van civiele vonnissen in hooger beroep te komen, — door uitbreiding te geven aan de macht der kantonrechters en der rechtbanken om in het hoogste ressort recht te spreken, — en met uitbreiding van het appel in strafzaken tot de zoogenaamde criminele vonnissen. Men behoudt alzoo de hoven (ten getale van *vijf*) en de *drie* instantiën in burgerlijke zaken, met al de kostbaarheid en langdurigheid der civiele processen; terwijl het appel in strafzaken dezelfde kwalen, *met nog andere*, invoert voor de criminele gedingen.

Kan het wel erg bevreemden dat deze wet, door haren auteur met zijn bekend uitstekend talent verdedigd en door de beide Kamers met $\frac{2}{3}$ der stemmen aangenomen, nu het, na *negen* jaren, op de uitvoering aankwam, geoordeeld is niet te voldoen aan de zoo algemeen gevoelde behoefte aan *hervorming*, niet van ondergeschikte, ofschoon daarom toch niet onbelangrijke, punten, maar *van het stelsel*? Opmerkelijk is, dat onder de 12 leden, die in de zitting van den 23

Junij 11. zouden hebben willen medewerken om de wet van 31 Mei 1861 ten uitvoer te leggen, de heeren VAN REENEN, VAN AKERLAKEN, TAETS VAN AMERONGEN en VAN ECK voorkomen, die in 1859 vóór art. 57 van het ontwerp BOOT hebben gestemd, en die derhalve mogen geacht worden de opdracht van de civiele appellen aan den Hoogen Raad, en diensvolgens de opruiming van de hoven beter, of althans even goed, te keuren als het bestaande.

Er bleven dus slechts 8 van de 60 leden over, die de wet van 1861 onvoorwaardelijk schenen goed te keuren; en dat nog niet geheel; want de heer VAN BEYMA o. a. verklaarde zich wel voor de invoering der wet, maar tevens „dat deze hem niet in alle deelen voldoende toescheen.“

En welke waren de hoofdredenen, die thans zulk een fataal vonnis over de wet van 1861 deden vellen? Voor zoover men er zich over uitliet, kwamen zij die de invoering der wet bestreden in de volgende bezwaren overeen: de uitbreiding van de macht der kantonrechters en de daarmee gepaard gaande beperking van het recht van hooger beroep tegen hunne vonnissen; de omslachtigheid en kostbaarheid der civiele processen, ten gevolge van de *drie* instantiën; het appel in criminele zaken. Zoowel de heer GRATAMA als de heer CORNELIS, zoowel de heer VAN BLOM als de heer KALFF, — rechterlijke ambtenaren die mogen geacht worden de zaak praktisch te kennen, — verklaarden zich, met mij, vóór den Hoogen Raad als hof van appel in burgerlijke zaken en vóór de opheffing van de hoven, maar *tegen* het appel in strafzaken; met welke laatste zienswijjs ook de heeren HEEMSKERK AZ. en VAN LIJNDEN VAN SANDENBURG instonden. En het verdient wederom opmerking, dat geen der leden, die vóór de uitvoering der wet spraken en stemden, haar tegen onzen aanval verdedigd, of de grondwettigheid van de opdracht der civiele appellen aan den Hoogen Raad bestreden hebben. Zij verklaarden (*in substantie*) de invoering van de wet te verlangen, omdat deze in het *Staatsblad* staat, en haar niet uit te voeren, van gebrek aan eerbied voor de wet zou getuigen; omdat men bij

verwerping al het werk op nieuw zou moeten beginnen, en er weinig uitzicht bestond, dat men het spoedig omtrent een nieuw ontwerp ééns zou worden enz.

Mij dunkt, er is uit die stemming van 23 Junij ll. wel wat te leeren; o. a. dit, dat men thans, in 1870, anders denkt over de wijs waarop onze rechterlijke instellingen behooren hervormd te worden, dan men in 1860 en 1861 deed, toen het ontwerp GODEFROI door de Tweede Kamer (den 22 November) met 41 tegen 22 stemmen, en door de Eerste (den 29 Mei 1861) met 25 tegen 11 stemmen werd aangenomen; en dat men thans die wet niet meer acht te voldoen aan de behoefte van eene eenvoudige en weinig kostbare rechtsbedeeling. En het is mijne stellige overtuiging dat, zoolang men zich niet zal weten los te maken van de fransche traditie, met haar *cour régulatrice* en hare *drie* instantiën in burgerlijke zaken, en zoolang men niet zal trachten de kostbaarheid en den langen duur der civiele gedingen uit onze rechtsbedeeling weg te nemen, geen ontwerp van hervorming ooit den bijval van de meerderheid der *virī doctī* zal verwerven. Ik erken, het wegnemen van één der trappen van rechtspraak in burg. gedingen is niet „het eenige noodige.“ Ook de omslachtigheid der procedure moet worden weggenomen, en art. 57 van het wetboek van burg. rechtsw. zal moeten gewijzigd worden, zóó dat de verliezende partij niet anders te betalen hebbe dan de noodzakelijke kosten van den verplichten rechtsbijstand, dat is, van den prokureur, wiens monopolie behoort te worden opgeheven, met vrijlating aan iederen advokaat om zich als prokureur te laten inschrijven; eindelijk zal de belasting op het procederen, in den vorm van zegel- en registratierechten, zoo al niet geheel opgeheven, ten minste aanmerkelijk verlicht dienen te worden. Is alzoo de wegneming van de bezwaren die thans, tot groot nadeel van het recht in Nederland, aan het procederen bleven, een complex vraagstuk, in zooverre daarbij meer dan ééne wet betrokken is; men beginne met dat wat het eerst voor de hand ligt, en zorge dat ten minste de inrichting van de rechterlijke macht geen beletsel zij

tegen de opheffing der bezwaren, die aan het rechtzoeken verbonden zijn; bezwaren, die velen liever in het hun aangedaan onrecht doen berusten, dan dat zij zich in een proces begeven, welks verlies hunnen finantiëlen ondergang ten gevolge zou kunnen hebben. Men mag het cassatieproces ten civiele niet dan oneigenlijk eene *derde instantie* kunnen noemen, inderdaad is het dat in de gevolgen; gevolgen, die den ongelukkigen pleiter, in den vorm van twaalf *practijnsrekeningen*, aangrijnzen, en die het, in ieder ander beschaafd land ongehoord, schandaal zien geven, dat in Nederland slechts voor de zeer gegoeden en voor de zeer armen recht te verkrijgen is.

Zijn, tot dusverre, de pogingen om daarin verandering te brengen vruchteloos geweest, mijne verwachting is levendig, dat de door de Juristen-vereening geuite wenschen niet zonder invloed zullen blijven, wanneer andermaal één der middelen van vereenvoudiging van het burgerlijk proces, de opdracht van het hooger beroep aan den Hoogen Raad, mocht worden voorgesteld. Nu de meening van een groot aantal rechtsgeleerden, na uitvoerig debat uitgesproken, eene tot nu toe ongekende overtuiging omtrent dit zoolang betwiste punt heeft geopenbaard, mag men billijkerwijs verwachten, dat de meerderheid der vertegenwoordiging, met den heer DE KEMPENAER (1) voortaan oordeelen zal, dat „het *praktische* „oogpunt, om aan de gerezen twisten langs den kortsten en „minst kostbaren weg een eind te maken,“ te verkiesen is boven het *theoretische*, 't welk door middel van het cassatiestelsel de rechtsbedeeling aan de wetenschap dienstbaar wil maken“; een doel 't welk men, blijkens de ondervinding, toch niet bereikt.

De bedenking dat de Hooge Raad niet bij machte zou zijn, al de appellen die bij hem zullen worden aangebracht tijdig af te doen, kan, wanneer zij gegrond mocht zijn, door de aanstelling van een genoegzaam aantal raadsheeren worden opgelost. De bezuiniging voor de schatkist moge dan luttel

(1) 25 Mei 1860. *Bijblad* bl. 1016.

zijn, gelijk de heer VAN ROSENTHAL vreesde; daarop mag niet gelet worden, wanneer het geldt eene voor de rechtzoekenden gewenschte rechtsbedeeling te verkrijgen. Maar is het wel waar, dat het voormalig Hoog-gerechtshof in der tijd zóó met werk overladen was, dat het, gelijk de heer GODEFROI bij de discussiën over het ontwerp Boor, van „hooren zeggen“ mededeelde, in den regel een achterstand had van wel *honderd* zaken? Hoe kon dat, wanneer men in het proces-verbaal van het onderzoek door de *derde* sectie van de Tweede Kamer, over het ontwerp van 1835 gehouden, leest, dat, van 1824—1833, niet meer dan 1367 civiele appellen, of 137 gem. jaarlijks, behandeld waren? (1) Was het eene „onjuistheid,“ toen de heer DE BORDES, bij de beraadslagingen over dat ontwerp, zeide: „Twee civiele Kamers van het tegenwoordig Hoog-gerechtshof, nagenoeg „gelijk staande met twee der op te rigten hoven, waren bij „ondervinding toereikend om, met twee audientiën voor iedere „kamer per week, de pleitzaken in appel aan te hooren, en „dezelve in eene derde audientie af te doen“? (2) Of zoo die achterstand werkelijk in den regel bestond, was die dan misschien niet daaraan te wijten, dat men het getal van 40 raadsheeren, 't welk het Hoog-gerechtshof, naar art. 54 van het decreet van 18 Oct. 1810, hebben moest, van lieverlede meer heeft ingekrompen dan de eischen van den dienst toelieten? Ik zou het haast gelooven, wanneer ik zie, dat in 1815 bij dat hof *zes*, en in 1830 *acht* raadsheersplaatsen vaccerden, behalve altijd ééne plaats van kamer-president, wier organiek getal van *vijf*, in 1834 zelfs tot *drie* werd ingekrompen, nadat men ééne der *drie* civiele kamers had *opgeheven*. Dit opheffen van eene der civiele kamers schijnt intusschen niet van overlading met werk te getuigen. Bovendien waren de twee eerste dezer civiele kamers met de kennisneming van den eisch tot cassatie tegen de gewijsden van de hoven van assises belast; terwijl voortdurend een aantal

(1) LAGEMANS, *Versl. van de handel. der 2e Kamer, over het ontw. v. wet op de zamenst. der r. m. en het b. d. j.* bl. 124.

(2) LAGEMANS, bl. 457.

raadsheeren afwezig waren, om die *assises* te presideeren. Het geheele bezwaar, zoo het bestaat, lost zich op in eene geldkwestie.

De grondwettelijke kwestie is voorzeker van oneindig meer gewicht. Wanneer men echter, bij de discussiën over het ontwerp Boot, twee getuigen uit de Commissie voor de grondwetsherziening van 1848 (de heeren DE KEMPENAER en THORBECKE) ziet twisten over den historischen zin en de beteekenis van de artt. 162 en 163 der grondwet, terwijl wel niemand genegen zal zijn aan den een van deze staatsmannen meer geloof te schenken dan aan den ander, dan schijnt de meening geoorloofd, dat het gevoelen alsof de grondwet zich tegen de opdracht van de civiele appellen aan den Hoogen Raad zou verzetten, zeer betwistbaar is; alsook, dat het van weinig praktischen zin zou getuigen, wanneer wij ons, voortdurend, van eene radikale en door zoo velen gewenschte hervorming van onze rechterlijke instellingen lieten terughouden door eene theorie, die wel door zeer bekwame rechtsgeleerden verdedigd, maar door even bekwamen weêrsproken wordt. Is men eenmaal over dat bezwaar heen dan is het stelsel van rechtsbedeeling ten civiele zeer gemakkelijk te vereenvoudigen, in den zin als door de Juristenvereëning gewenscht werd. Natuurlijk zou dan aan den Hoogen Raad, nevens de bevoegdheid om van het hooger beroep in burgerlijke zaken kennis te nemen, ook die behooren te worden toegekend, van alle vonnissen en beschikkingen der lagere rechters, van welke geen appel is toegelaten, of waarvan partijen niet in tijds in hooger beroep gekomen zijn, bij wijze van cassatie, in 't belang van den Staat, te vernietigen en buiten werking te stellen. De tegenwerping van den heer GODEFROI, (bij de laatstbedoelde discussie „gij noemt het cassatie-middel een *kwaad*, en gij behoudt het voor een zeer belangrijk deel der civiele vonnissen, „ maakt mij niet vervaard. Wij noemen de cassatie, *als rechts-middel in de hand van partijen*, een *kwaad* (1), omdat zij

(1) In *Weekbl. van het Regt* no. 2039 wordt zij: een *kanker* van ons rechtswezen genoemd.

de procedures verlengt en kostbaar maakt, zonder nut voor de partijen of voor de rechtswetenschap, terwijl de bevoegdheid van den Hoogen Raad om in hooger beroep, ook van het feitelijke der gedingen kennis te nemen, oneindig meer waarborg voor eene juiste, jurisprudentie vestigende, rechtspraak zou geven, dan des Raads tegenwoordige zoo beperkte macht aanbiedt. Maar als middel in de hand van het openb. ministerie om de nakoming der wetten bij alle de rechtscollegiën te verzekeren, is de cassatie niet alleen geen kwaad, maar het eenige middel waardoor de Hooge Raad aan zijne, uit art. 162 der grondwet voortvloeiende, verplichting voldoen kan.

Dat ons stelsel niet ongerijmd, noch ongrondwettig is, daarvoor waarborgt mij het feit, dat drie Ministers van justitie er hunne ontwerpen op bouwden, en dat de Juristenvereniging er, met aan eenparigheid grenzende meerderheid, haar zegel aan gehecht heeft. Wil men nu ook nog het *votum* van die vereniging volgen, „dat hooger beroep moet worden „toegelaten in *alle* (burgerlijke) zaken,“ dan zal er minder bezwaar zijn tegen de, in alle de zes ontwerpen gelijkelijk voorgestelde, uitbreiding van de rechtsmacht der kantonrechters ten civiele. Alleen zal men, bij de wijzigingen in het *Welboek van burg. rechtsw.* te brengen, moeten trachten een middel uit te vinden om de procedures in hooger beroep, inzonderheid in zaken van gering aanbelang, zoodanig te vereenvoudigen, dat de kosten van het proces niet in den regel het daaraan verbonden belang overtreffen.

Konden de rechtbanken zóó sterk worden bezet, dat het rechtspreken in burg. zaken met *vijf* rechters regel werd, men zou het aantal appellen slechts weinig zien toemischien wel zien afnemen. Want ik ben nog steeds van de meening die ik in 1836 (1) verdedigde, dat de geschilvoerende oneindig meer vertrouwen stellen in een rechtscollégie 't welk met *vijf*, dan in een 't welk met slechts *drie* rechters

(1) In mijne dissertatie: *De futura potestatis judiciariae ordinatione: ex legibus 18 Apr. 1829 et 28 Apr. 1835*, p. 80 et 81.

vonnis velt (1); en dat zij zich veel gemakkelijker aan de uitspraak van het eerste dan aan die van het laatste zullen onderwerpen; 't geen ook, omstreeks veertig jaren geleden, getuigd werd door Engelsche kooplieden te London, die verklaarden, dat te voren in Engeland aan de vonnissen der Hollandsche rechtbanken, vooral in handelszaken, een groot gezag werd toegekend; doch dat dit niet weinig was verminderd sedert deze door slechts drie rechters gewezen werden (2). Ik erken intusschen dat dit laatste minder bezwaar in heeft, wanneer men appel toelaat van alle door de rechtbanken in burgerlijke zaken gewezen vonnissen.

Wat aangaat de berechting van strafzaken, komt het mij voor, dat men niet, om der consequentie wil, moest besluiten om het hooger beroep ook tot de zoogen. criminele uit te breiden; maar dat men het veeleer behoorde te beperken tot de vonnissen der kantonrechters, waarbij eene vrijheidsstraf of eene boete boven zeker bedrag zou zijn opgelegd; eene uitzondering op den regel, die haren grond heeft in de omstandigheid, dat de kantonrechter *alleen* recht spreekt en daardoor meer gevaar loopt zich in de schuld van den beklagde te vergissen, dan een collegie.

Ik neem aan dat de argumenten vóór en tegen het appel in strafzaken aan de *juris periti* genoegzaam bekend zijn, en zal ze daarom hier niet ophalen. Alléén wensch ik iets te zeggen van eene vergelijking die de voorstanders soms maken, en die wel geschikt is grooten indruk te maken op het menschelijk gemoed. Wat, zeggen zij, gij laat hooger beroep toe, waar het den eigendom geldt, en gij wilt het weigeren, waar de eer en de vrijheid der burgers op het spel staat? Ik vraag: staan die zaken gelijk? In geenen deele. Bij de strafzaak is het eenvoudig de vraag: heeft de beklagde het feit gepleegd waarvan hij beschuldigd wordt?

(1) Naar de théorie van LAPLACE, in diens *Essai sur les probabilités*, „La bonté des jugemens est d'autant plus probable que les juges sont plus nombreux et plus éclairés.”

(2) Zie *Bijdr. tot Regtsgel. en Wetg.* D. IV, bl. 363.

en: 'is dat feit strafbaar volgens de wet? Is de beantwoording, speciaal van de eerste dezer vragen, zoo moeielijk; wordt daartoe groote geleerdheid of zelfs maar rechtskennis vereischt? Hoe zou men in dat geval er ooit aan hebben kunnen denken om de beslissing op te dragen aan eene jury, gelijk die in onderscheidene beschaafde landen bestaat, van wier leden alleen de uitspraak hunner intieme convictie verlangd wordt omtrent de schuld des beklaagde, niet »de verklaring van iets 't welk duister is of voor verschillende uitlegging vatbaar»? Is het niet juist, wat ROJER COLLARD, zelfs van het burgerlijk proces sprekende, ergens zegt: *«l'erreur de fait est nécessairement rare; il suffit qu'un homme ait du bon sens et du discernement; il suffit qu'il ait les lumières requises dans un juré pour qu'il puisse prononcer sur le fait»*? Is het feit, naar het oordeel van de jury, of van den rechter, niet bewezen, dan vervalt alle onderzoek naar het verband tusschen feit en wet, en heeft de rechter met deze laatste niet te maken; hij spreekt eenvoudig vrij. Is daarentegen de schuld des aangeklaagde naar de overtuiging van den rechter behoorlijk gestaafd, de toepassing van de wet op het feit is in den regel niet moeielijk, omdat geene daad strafbaar is zonder uitdrukkelijk verbod bij de wet, welke meestal duidelijk genoeg spreekt, terwijl waar dit niet het geval is, ontslag van rechtsvervolging behoort plaats te hebben. En mocht de rechter zich, bij schuldigverklaring, in de qualificatie van het feit vergist, en dientengevolge eene andere straf opgelegd hebben dan door de wet op het misdrijf gesteld is, of mocht hij de vormen bij de wet voorgeschreven veronachtzaamd hebben, dan is de Hooge Raad daar, om door middel van cassatie, de juiste straf toe te passen, de vormen te doen in acht nemen, of den veroordeelde van alle rechtsvervolging te ontslaan, wanneer het bewezen feit bij de wet niet strafbaar is gesteld.

Hoe geheel anders is dit in het civiel proces! Dáár wordt de beslissing beheerscht èn door de feiten, zooals partijen die aan den rechter hebben voorgelegd, — niet altijd even duidelijk, soms wel met opzet in een half duister gehuld, —

en door het recht, 't welk geheel van de gestelde en te bewijzen feiten afhankelijk is — *jus in causa positum* — en daarmede meestal zóó nauw verbonden is, dat grondige rechtskennis vereischt wordt, zoowel om de feiten van het geding behoorlijk te onderkennen, als om de rechten en de verplichtingen te bepalen, die uit de bewezen en aan de wet te toetsen feiten voortvloeien. Dáár komt in den regel »verklaring van iets 't welk duister is of voor verschillende »uitlegging vatbaar» te pas; dáár »beslist, in twijfelachtige »geschilpunten, niet de letter der wet, maar de wetenschappelijke opvatting en verklaring van het recht.» (KAPPEIJNE). Ik wil geene meerdere punten van verschil opnoemen (want er zijn nog andere), omdat de aangevoerde reeds voldoende zijn, om te doen zien dat er een hemelsbreed verschil bestaat tusschen de berechting van burgerlijke en van strafzaken; en dat alzoo de vergelijking, die sommige voorstanders van het appel in de laatsten maken, even mank gaat, als de meeste vergelijkingen plegen te doen.

Tegen de praktische, vooral geldelijke, bezwaren van het appel in criminele zaken zou men niet behooren op te zien, wanneer het als waarborg tegen lichtzinnige of ongerechtvaardigde schuldigverklaring vereischt werd. Maar ik durf de vraag herhalen, die ik den 23 Junij l. l. in de Tweede Kamer deed: wordt er *terecht* geklaagd over de criminele rechtsbedeeling hier te lande? »De tegenwoordige rechtsspraak in de groote strafzaken in ééne instantie,» zeide de heer WINTGENS, in zijn *Advies* van 1860, »heeft nooit tot praktische bezwaren aanleiding gegeven;» — over de »cassatie in strafzaken heeft nooit iemand geklaagd; integendeel, die heeft altijd goed gewerkt en voortreffelijke »vruchten voortgebracht,» zei de geachte redacteur van het *Weekblad van het Regt*, in no. 1824.

Maar wanneer ik een voorstander ben van de berechting van *alle* misdrijven, zonder hooger beroep, door de rechtbanken, dan ben ik dat slechts onder deze voorwaarde, dat die berechting geschiede met *zes*, of althans met minstens *vier* rechters, van welker stemmen dan natuurlijk *vier* of *drie* tot

schuldigverklaring zouden worden gevorderd. Daarin, in verband met eene voorafgaande, zoo mogelijk *openbare* en *contra-dictoire* instructie in alle zaken, behalve in die welke door bekentenis, of bij betrapping op heeter daad reeds aanstonds voldoende bewezen zijn, zie ik met velen, en voor de aangeklaagden en voor de maatschappij, meer waarborg voor goede rechtsbedeeling, dan in een tweede feitelijk onderzoek, met al de morele en materiële nadeelen daaraan verbonden, en waarvan niet de minsten zijn: dat het appel de preventieve gevangenhouding verlengt; en dat een tweede, lang na het gepleegde feit, te houden onderzoek, in den regel, veel minder waarde zal hebben dan het eerste, omdat »herhaalde openbare verhooren, met eene tusschen beide gevallen veroordeeling van »den aangeklaagde, de getuigen demoraliseren» (1); terwijl het reizen en trekken van beschuldigten en van getuigen de justitie-kosten tot een, dus ver, ongekend cijfer zullen doen stijgen. Laat men de strafzaken met *zes* rechters behandelen, ik ben overtuigd dat, zoo het appel in correctionele zaken op den bestaanden voet behouden werd, de gerechtelijke statistiek eenige jaren later geheel andere cijfers zou aanwijzen, dan die door de *Commissie van rapporteurs* over het ontwerp DÖNKER CURTIUS werden geleverd, ten betooge dat het appel in strafzaken »als een *noodzakelijk* middel van herstel moet worden »aangemerkt.» Het is immers duidelijk, dat de uitkomsten van de strafrechtsbedeeling geheel andere zullen zijn, wanneer deze geschiedt door collegiën van *zes* rechters, dan wanneer daartoe, gelijk thans, slechts *drie* rechters gevorderd worden; en dat de vonnissen van de eersten oneindig meer kans hebben van op eene wel bewezen schuldigverklaring te rusten en eene juiste toepassing van de wet in te houden, dan die van de laatsten?

Vindt men echter bezwaar in het zóó sterk bezetten van alle rechtbanken, dat deze met *zes* leden in strafzaken kunnen rechtspreken, of in het rechtspreken met zulk getal,

(1) MR. C. W. E. VAILLANT, De vraag omtrent het hooger beroep in strafzaken. 's Grav. 1860.

ook in de nietigste strafzaak, men onderscheide dan tusschen zware en lichtere misdrijven, en late de eersten door de rechtbanken in de hoofdplaatsen, met *zes* rechters, de laatsten door diezelfde en door de overige rechtbanken, met *vier* leden berechten. De moeielijkheid van eene juiste onderscheiding ware, bij gebrek van beter, misschien op te lossen in den geest als bij de wet van 18 April 1827 (*Stbl.* no. 20), die de rechtbanken met *zes* rechters liet kennis nemen van correctionnele zaken, op welke geene hoogere straf is gesteld dan gevangenis voor den tijd van één jaar, en *f* 300 geldboeten (art. 60 en 61); terwijl de overige correctionnele zaken, gelijk ook de criminele, maar deze met *acht* rechters, door de hoven zouden worden berecht (art. 78). De qualificatie van *correctionnele* en van *criminele* zaken zou natuurlijk in ons stelsel vervallen.

De vraag omtrent al of niet appel in strafzaken, was in deze wet, op zeer consequente wijs, in *negatieven* zin beantwoord; zij stond geen appel van strafvonnissen toe, behalve van de vonnissen in zake van openbare (?) belastingen, wanneer de boeten en verbeurdverklaringen, die men als *civiele* zaken wilde hebben aangemerkt (1), de waarde van *f* 100 te boven gingen. De regeering had daarvoor, bij monde van den Minister van Justitie VAN MAANEN (2), dezen, door de Kamer aangenomen, grond aangevoerd, dat zulk hooger beroep bij het inquisitoir proces, niet bij het stelsel van mondeling en openbaar debat paste, waarom dan ook de Staats-Commissie voor de Nederlandsche wetgeving het hooger beroep in strafzaken met eenparige stemmen verworpen had. — Maar deze consequentie kon, behoudens den noodigen waarborg voor de beklagden, alléén worden toegepast, door den kantonrechter *collegialiter* te doen rechtspreeken; en wel, in vervolgingen wegens overtreding, op

(1) Zie VAN DEN HONERT, *Handb. voor de burg. regtsv.*, bl. 67.

(2) In eene belangrijke rede ter verdediging van het ontwerp, 10 April 1827; bij v. D. HONERT, bl. 121 en volg.

Themis, D. XXXI, 4de St. [1870.]

welke geene hoogere straf gesteld is dan van *drie* dagen gevangenis en (of) van *f* 25 boete, door den kantonrechter en *twee* assessoren; en wegens zulke, op welke geene hoogere straf staat dan *zeven* dagen gevangenis of *f* 75 boete, door den kantonrechter en *drie* assessoren. Daardoor ontging men bij die wet de noodzakelijkheid van eene uitzondering op den regel, als door mij hierboven is voorgesteld, op grond dat de kantonrechter alléén rechtspreekt, 't geen bij art. 47 der wet van 1827 uitdrukkelijk verboden was.

Wil men intusschen het appel in strafzaken behouden, ofschoon daarvan een betrekkelijk zoo luttel gebruik wordt gemaakt (1), en het dan ook tot de zoogenaamde criminele zaken uitbreiden, — 't geen mij aanneemlijker voorkomt dan de meening in het *Verslag aan den Koning* uitgedrukt, „dat er niet te twisten valt over het al of niet wenschelijke van het appel in alle strafzaken, doch dat het onmogelijk zou zijn het algemeen toe te staan, en dat het daarom bij geringe straffen evenzeer als bij de grootere moet gemist worden“, — men behoeft daartoe de Hoven niet te behouden. Men kan dan het appel van de vonnissen door de rechtbanken buiten de hoofdplaatsen geweest, aan die in de hoofdplaats gevestigd, en dat van deze laatsten aan de rechtbank in de hoofdplaats eener naburige provincie opdragen, als bij het ontwerp VAN DER BRUGGHEN; mits men zorge geen zoogenaamd *mutuëel* appel in te voeren; want dan loopt men gevaar het *facio ut facias* wederom op de strafrechtspleging in hooger beroep te zien toepassen, gelijk vooreen (2). Die rechtbanken zouden dan in appel met *acht* of met *zes* rechters vonnis moeten wijzen, naar mate men in

(1) Volgens de *Gerechtelijke Statistiek* over 1867 werd, van de 11,543 correct. zaken door de rechtbanken behandeld, slechts in 572 gevallen, of nauwelijks 5 pct. van het geheel, bij de Hoven geappelleerd.

(2) Mr. DE PINTO stelde, in *Weekblad van het Regt*, no. 2037, voor, het hooger beroep op te dragen aan *criminele vierscharen*, samengesteld uit leden van de rechtbanken in de provincie, op vaste tijdstippen, bijv. edere maand of iedere twee maanden samen te komen in de hoofdplaats.

eersten aanleg met *zes* of met *vier* rechters liet rechtspreken. En wil men haar eenen anderen naam geven, omdat zij met eene uitgebreider rechtsmacht zouden bekleed zijn dan de overige rechtbanken, en ze *raden van justitie* of *provinciale vierscharen* noemen, niemand kan daartegen eenig bezwaar hebben.

Maar men zorge in ieder geval consequent te zijn, en óf hooger beroep toe te laten van *alle*, óf van *geene* strafvonnissen, behalve van die der kantonrechters; gelijk men ook in het civiele consequent zal dienen te zijn, en niet langer aan den een de bevoegdheid om te appelleeren toe te staan, omdat zijne zaak tot de belangrijke gerekend wordt, terwijl men die bevoegdheid aan den ander ontzegt, op grond dat zijne zaak van geen zeer groot gewicht is. Waar blijft, vroeg ik in 1856 (1), de bij de Grondwet gewilde gelijkheid van recht, wanneer hij, die door den kantonrechter, wegens eene handelsschuld, tot voldoening van *f* 76 veroordeeld wordt, het recht van hooger beroep heeft, terwijl een ander, die door eene rechtbank, voor gelijke schuld, tot *f* 600 veroordeeld wordt, geen recht zal hebben om van zoodanig vonnis in appel te komen, al komt hem dat vonnis nog zoo onrechtvaardig voor? En ik herhaal die vraag. Het is aan niemand gegeven eene, zelfs maar eenigzins redelijke, grenslijn aan te geven, tusschen *meer* en *minder* belangrijke civiele zaken; vermits het gewicht eener zaak niet absoluut afhangt van de geeischte som, maar in betrekking staat tot het vermogen van dengeen die het ongeluk heeft zijn proces te verliezen; derhalve geheel *relatief* is, zoodat daarvoor geen absolute, op ieder geval passende, regel is aan te geven.

Geen der zes ontwerpen, die sedert 1848 aan de Tweede Kamer werden aangeboden, stelden de invoering van de jury voor, noch stond de theorie van den *unicus judex*, als den

(1) In *Mijmeringen over de regt. organ.* II, *Weekbl. v. h. Regt.* no. 1831.

gewonen rechter, voor. Ook de instelling van speciale rechtbanken voor handelszaken werd in geen dezer ontwerpen voorgestaan, behalve in dat van den Minister VAN DER BRUGGEN, die eene zeer bescheiden poging waagde om de aanstelling van zulke rechters *mogelijk* te maken, doch zijn voorstel op de aanmerkingen van de Kamer aanstonds terugnam. Men mag het er alzoo voor houden, dat deze drie ontwerpen niet behooren tot de *desiderata* van eene nieuwe Nederlandsche rechterlijke organisatie; terwijl voorts, als resultaten van het geleverd overzicht kon worden geconstateerd: dat het grondwettelijk bezwaar tegen de opdracht van de civiele appellen aan den Hoogen Raad bij de Kamer van lieverlede is verminderd, zóodat de Commissie van rapporteurs over het ontwerp Boor tot de mededeeling kon komen, dat dit bezwaar *niet* door de meerderheid werd gedeeld; — dat bij de behandeling van ieder dezer ontwerpen door zeer velen is aangedrongen op, of het voorstel is toegejuicht van, de wegneming van ééne instantie uit het burgerlijk proces, als een *volstrekt noodig* element van iedere hervorming, welks gemis een der, niet tegengesproken, bezwaren is geweest, waarop onlangs de invoering van de wet van 1861 heeft schipbreuk geleden; — dat het appel in strafzaken steeds bij zeer velen onzer bekwaamste, vooral onder de praktische, rechtsgeleerden, tegenstand heeft ondervonden, uit hoofde zoowel van de morele en materiële bezwaren daaraan verbonden, als van het onnoodige, ja schadelijke ervan, terwijl, ook bij eene andere meening, het behoud van de Hoven geenszins ten behoeve van dat appel wordt geëischt. — Het is jammer dat de Juristen-vereening geen tijd gehad heeft om ook dit punt te bespreken; want ik ben overtuigd dat, had zij de gelegenheid gehad het m. i. nitmuntend praeadvies van den oud-Minister Boor (1) te behandelen, — een advies, 't welk natuurlijk in substantie

(1) *Handel. der Jur.-Ver.* I, bl. 54—62.

overeenkomt met de *Memorie van Toelichting* tot het ontwerp van 1859 — het resultaat in den geest van dat advies zou zijn uitgevallen.

Maar ook bij het behoud van het bestaande appel in strafzaken, met of zonder uitbreiding er van tot de zoogenaamde criminele, zou men, naar hetgeen door ons, bestrijders van de tenuitvoerlegging der wet van 1861, in de zitting van de Tweede Kamer, van 23 Junij l. l. verlangd werd, een *eenvoudig* stelsel van inrichting der rechterlijke macht verkrijgen, 't welk tot groote bezuiniging van tijd en van geld in de rechtsbedeeling leiden kan. Wij zouden dan hebben: de *rechtbanken van eersten aanleg*, in art. 163 der grw. genoemd, als de *gewone* rechters in *alle* burgerlijke en strafzaken, behoudens de exceptionnele macht, zóó aan den Hoogen Raad, als aan de kantonrechters, om in sommige uitgezonderde zaken in eersten aanleg, en al dan niet in het hoogste ressort, recht te spreken; de *kantonrechters*, als de *exceptionnele* rechters in kleine zaken, en als de magistraten belast met het toezicht op de familie- en geldelijke belangen der onmondigen; eindelijk het *opperste gerechtshof*, den Hoogen Raad, die hetzij bij wijze van hooger beroep, hetzij bij wijze van cassatie, op verzoek van partijen of op de vordering van den Prokureur-generaal, toeziet op den geregelden loop en de afdoening van rechtsgedingen, alsmede op het nakomen der wetten bij alle rechtscollegiën. Mij dunkt dat zulk stelsel zich door zijne eenvoudigheid aanbeveelt; eene eenvoudigheid die voor een klein land als het onze past, en waarmede goede rechtsbedeeling zeer wel kan samengaan.

Ik schreef dit overzicht niet voor leeken, maar *pro memoria* van de deskundigen; waarom ik gedachtig aan het *curia novit jus*, niet noodig heb geacht de gronden vóór en tegen de in dit opstel besproken twistpunten anders dan ter loops te bespreken, of de vrij uitgebreide litteratuur van het onderwerp aan te geven. Ik neem een en ander als bekend

bij de *virī docti* aan, en heb ten overvloede naar de stukken verwezen, waarin de argumenten vóór en tegen breedvoerig ter spraak worden gebracht.

Moge dit overzicht er toe bijdragen, om de overtuiging meer algemeen te maken, dat geene poging tot het verkrijgen van eene nieuwe rechterlijke inrichting kans van slagen heeft, wanneer daarbij niet gestreefd wordt naar de invoering van een nieuw *stelsel*, waardoor het procederen vereenvoudigd en minder kostbaar gemaakt wordt; dat dit doel, bij eene wet als waarvan hier spraak is, alléén te bereiken is door het doen vervallen van ééne instantie uit het burgerlijk proces; dat het beletsel 't welk sommigen in de grondwet zien tegen de opdracht van de civiele appellen aan den Hoogen Raad zeer betwistbaar is, en men, in dien zin, met KAPPEYNE mag zeggen: „de letter eener grondwet moet altijd zoo worden uitgelegd, dat zij geene struikelblokken werpt op den weg der weldadige hervormingen die het in haren weg ligt te verwezenlijken „ (1); — dat het hooger beroep in strafzaken niet alleen onnoodig is, maar in vele opzichten als schadelijk moet worden aangemerkt; — dat goede rechtsbedeeling niet afhankelijk is van de veelheid der instellingen, maar van de deugdelijkheid van dezer inrichting; — dat er voor een klein land, als het onze, veel meer kans bestaat van onze rechtscollegiën met bekwame rechtsgeleerden bezet te zien, wanneer dezer aantal tot het volstrekt noodige beperkt wordt, dan bij den weelderigen voet waarop wij, in navolging van de Franschen, onze rechterlijke macht thans geschoeid hebben. „De achtbaarheid der regters,“ zeide VAN HOGENDORP, wordt geboren uit hunne bekwaamheid, uit hun klein getal, uit hunne ruime bezoldiging.“ Men zal daarom bij het ontwerp van eene nieuwe rechterlijke inrichting, behalve *en vooral* het laatste punt, ook dienen te overwegen of 34 rechtbanken en 150 kanton-gerechten niet *te veel* zijn voor ons land; of niet alle familie-

(1) *Handel. der Jur.-Ver.* I, bl. 51.

aangelegenheden, als curateele en het beheer der goederen van minderjarigen, aan de kantonrechters behooren te worden opgedragen, en of men, zelfs dat doende, de 150 kanton-gerechten zal behouden, van welke er 80 zijn, die minder dan 25 civiele vonnissen jaarlijks, 25 die er minder dan 10 te wijzen hebben, en wier bemoeiingen met de zoogen. *voluntaire jurisdictie*, behalve in enkele sterk bevolkte kantons, slechts weinig arbeids en tijds vereischen.

In ieder geval hoop ik, dat een nieuw ontwerp zich van alle de vorigen moge onderscheiden, door het weglaten van de bepaling, dat de voor hun leven aangestelde rechterlijke ambtenaren, die ten gevolge eener reorganisatie mochten uitvallen, met een wachtgeld van $\frac{2}{3}$ van hun tractement worden afgescheept. Behoudens allen eerbied voor het gevoelen der hooggeachte auteurs van die ontwerpen, blijf ik in zulke bepaling hetzelfde grondwettelijk bezwaar zien, 't welk ik daartegen in 1843 (1) deed gelden, en dat ook, bij gelegenheid van de discussiën over het ontwerp van ROSENTHAL, door Mr. VAN DER VEEN breedvoerig en met m. i. deugdelijke gronden werd geadstruëerd (2). Men kan, dunkt mij, een rechterlijk ambtenaar, krachtens de grondwet voor zijn leven aangesteld, op een bij *de wet* vastgesteld traktement wanneer hij ten gevolge van eene wettelijke reorganisatie zijne betrekking verliest, onmogelijk gelijk stellen met eenen *tot wederopzeggens*, op eenen door den Koning bepaalde bezoldiging aangestelden ambtenaar, wiens betrekking ten gevolge van eenen maatregel van algemeen bestuur komt te vervallen. Eerstbedoelde heeft een grondwettelijk verkregen recht, — al is dat dan ook niet van civiel-rechtelijken aard — op de levenslange bezoldiging, waarop hij bij de aanvaarding zijner bediening gerekend heeft; zij mag hem niet ontnomen worden tenzij hij op eigen verzoek, of wegens veroordeeling tot eene lijf- of ootterende straf, ontslagen worde; op hem kan dus

(1) *Brief* enz. bl. 7—10.

(2) *Bijblad* 185 $\frac{1}{2}$, bl. 1094.

naar het mij voorkomt, nooit eene regeling van wachtgelden, geschreven voor ambtenaren die in geheel anderen toestand verkeeren en die noch grondwettelijke aanspraak hebben op levenslange bediening, noch op eene onveranderlijke bezoldiging, worden toegepast, zonder wettelijke rechten te schenden en der grondwet geweld aan te doen. Het moge bezwarend zijn voor de schatkist, ongeschikte ambtenaren, die men bij gelegenheid eener reorganisatie zou wenschen op zijde te zetten, of anderen, die men niet aanstonds plaatsen kan, voortdurend het volle traktement uit te keeren, de wet die reorganiseert behoort eerbied te hebben voor wettelijk verkregen rechten en niet het voorbeeld te geven van miskennis van aanspraken, waarvoor men zich zelfs op de grondwet beroepen kan. Wil men aan de rechterlijke ambtenaren die men niet aanstonds plaatsen kan wachtgeld geven, het zij dan gelijk aan het genoten traktement; met bepaling dat een en ander vervalt, wanneer de ambtenaar weigert eene hem aangewezen nieuwe plaatsing te aanvaarden, uitgenomen in het geval dat hij zestig jaren oud is, meer dan twintig jaren dienst heeft, en zich ter opvolging zijner nieuwe benoeming, buiten het arrondissement, waarin hij bij de invoering der nieuwe wet zijne bediening uitoefent, zou moeten begeven....

Maar ik vergat dat ik alleen over *het stelsel* van rechterlijke organisatie heb willen spreken!



BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

NEDERLANDSCHE LITERATUUR.

Hervorming van ons Zakelijk Regt aan Grond en Bodem, door Mr. B. J. GRATAMA, Hoogleeraar te Groningen. 1870.

De gebeurtenissen van dit jaar trekken zoo zeer de algemeene aandacht, dat de kennismeming van veel, dat anders gereedelijk de aandacht zou wekken, minder dadelijke belangstelling vindt.

Daaraan schrijven wij het toe, dat wij tot ons leedwezen eerst door de beoordeeling in *de Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, dl. XX, bl. 393, kennis namen van een werk dat, al bevat het slechts 68 bladzijden, zoo veel gewigtigs betreffende eigendomsregt en hypotheekregt behelst, dat het eene opmerkelijke en duurzame plaats in de litteratuur over het onderwerp zal blijven innemen.

Het raakt in een kort bestek zoo vele onderwerpen aan, (ook over bijzonderheden), dat een beoordeelend verslag al ligt denzelfden omvang als het werk zelve zou kunnen verkrijgen, terwijl het beschouwingen oppert, die meer gezette overweging verdienen, dan het ons voor het tegenwoordige vergund is, daaraan te wijden.

„In de eerste plaats gaat de schrijver na, wat ten aanzien van de punten, waartrent hervorming wordt verlangd, de tegenwoordige rechtstoestand is, en de krachten welke dezen in het leven riepen. Bl. 3—25. Hij behandelt bl. 25—48 de grieven tegen het bestaande, en in een derde gedeelte eene geheele wijziging van enkele leerstukken van het Burgerlijk Recht, wijziging die terugwerkt op het geheele gebied van het recht. Om de richting te bepalen waarin de hervorming moet geschieden, moet eerst worden onderzocht, wat als het recht der toekomst moet worden beschouwd....

„De Schrijver wil de *mobilisatie van grond en bodem*, doch verklaart zelve het volksgeweten nog niet rijp voor hetgeen hij verlangt. Vóórshands wil hij niets veranderen, opdat de toestand verergere en daardoor ten slotte de mobilisatie als eenig afdoend geneesmiddel worde aangegrepen.”

Na dit resumé van den Hoogleraar VAN BONEVAL FAURE, verwijzen wij liefst naar het werk zelve, en nemen uit dat resumé nog alleen over de niet misplaatste opmerking, dat om tot een practisch resultaat te komen, de hervorming zich meer aan bestaande toestanden en behoeften hebbe aan te sluiten, dan in eene als nog vrij verwijderd voorgestelde toekomst te voorzien. De Schrijver zelve herinnert, dat de juristen vooral hebben te regelen wat nadere regeling vereischt, en noemt reeds daarom ten onrechte *lapwerk* wat niet grondboek of mobilisatie geeft, hoezeer de Schrijver ook het grondboek verwerpt.

Door deze weinige regelen uit de „Nieuwe Bijdr.” zal reeds blijken, dat een gewigtig onderwerp op belangwekkende wijze door prof. GRATAMA is behandeld, en dat radicale denkbeelden van hervorming in het werk zijn nedergelegd, die in Nederland niet tot de gewone verschijnselen op dit gebied behooren. Het werk heeft ook uit dien hoofde iets aantrekkelijks, dat de lezing met klimmend genoegen doet voortzetten, terwijl de lezing van het 387 groot 8^o. bladzijden tellende verslag der Staats-Commissie, in het laatst van October verkrijgbaar gesteld, wel iets vermoeijends te weeg brengt, vooral in een tijdvak, dat de aandacht als van zelve van speciale studiën afleidt (1).

Wij bepalen ons bij den korten tijd die nog voorhanden is vóór de verschijning van de December-aflevering van

(1) Het is van algemeene bekendheid, dat het bedoelde Verslag eerst onlangs is in druk verschenen, hoezeer de *Staatscourant* van den 2 Juli 1870, behelzende het Ministerieel rapport van 9 en 17 Juni en het Koninklijk besluit van 27 Juni, den indruk moet te weeg brengen, als of de Raad van State toen reeds met wetsontwerpen ter zake zou bekend zijn gemaakt.

Themis tot eenige aantekeningen, onder de lezing van het werk van prof. G. gemaakt.

10. Bladz. 1. De vertraging van de hervorming van het zakelijk regt aan grond en bodem wordt toegeschreven aan den regeringsvorm, in verband tot de verhouding van de partijen onderling. Het valt inderdaad niet te ontkennen, dat de vele afwisseling van Ministeriën, en niet minder de Kamer-ontbindingen de taak der wetgeving zeer belemmeren, en dat de uitgebreidheid dier taak maar al te vaak weinig of geen tijd overlaat voor verbetering of hervorming van burgerlijk regt. Evenwel is is *in casu* niet voorbij te zien, dat groot gemis van éénheid van inzicht over het betrokken onderwerp onder de regtsgeleerden zelve heeft bestaan, en dat daarin mede eene oorzaak is gelegen, die het althans op 5 Januari 1860 ingediende doch op 24 April 1860 weder ingetrokken wetsontwerp ook later geheel buiten behandeling heeft doen blijven.— De S. gaat verder dan eenig ander in Nederland, zelfs reeds in 1857 of 1858, hij wil het Zakelijk Regt zelve radicaal hervormd hebben, doch acht het volks-geweten daartoe ook nu nog niet rijp. Hij acht tevens het werk der Staats-Commissie bij voorraad onvruchtbaar. In Duitschland waar de staatspartijen den gang der burgerlijke wetgeving welligt minder stremmen, is overigens evenzeer nog onzekerheid over de verbetering van het hypotheekwezen waar te nemen. Wij meenen althans, dat de beweringen en verwachtingen van Dr. H. A. MASCHER (1) nog niet bevestigd en verwezenlijkt zijn. Ten slotte van diens zeer uitvoerig werk (2) lezen wij: „dat geen twijfel meer bestaat, hoe eene goede hypotheekwet moet worden ingerigt, dat zij moet steunen op het Grondboekstelsel en op de Germaansche beginselen van openbaarheid, specialiteit en prioriteit, en dat men alsdan zal bekomen eene hypotheek-inrigting en eene

(1) *Das Deutsche Grundbuch und Hypotheken-Wesen.* Berlin 1869, 806 bladzijden.

(2) Eene recensie troffen wij aan in de *Jahrbücher für National-Oekonomie und Statistik* van B. HILDEBRAND, 1869, bl. 57.

wet, tot werkelijken steun dienende van den grondeigendom en de voortgaande eischen des verkeers, van de veranderde verhoudingen van industrie en kapitaal, van den ganschen tegenwoordigen economieschen toestand." Als bruikbaar tot voorbereiding van die gewenschte wet noemt M. het ontwerp eener Grondboekverordening voor den Noordduitschen Bond en het door de beide Huizen van Vertegenwoordiging in Pruisen aangenomen ontwerp van eene hypotheekwet voor Nieuw-Pommeren en Rügen, in welk laatste ontwerp de moderne beginselen met klaarheid en consequentie zouden zijn ontwikkeld.

De voordeelen daarvan worden hoog opgevoerd. Men zal daarbij, zegt de Duitsche geleerde, de welvaart der grondeigenaren vermeerderen, en *hypotheek-brieven* uitgeven, welke even gemakkelijk als zoogenaamde pandbrieven zullen circuleren, zonder de reële zekerheid eener welingeschrevene hypothekaire schuldbekentenis te verliezen.

Deze credietvorm, in den algemeenen handel van staats- en andere crediet-papieren opgenomen, en door hypotheekmarkten, zoo als ééne in Mecklenburg reeds bestaat, bevorderd, zal, naar wordt verzekerd, *alle* takken der voortbrenging vruchtbaar maken!

Wij hebben deze aanhaling gedaan ten blijke van de geestdrift en warmte, waartoe de behandeling van een zoo dor en over het algemeen niet aantrekkelijk onderwerp als de regeling van het hypotheekwezen een man van studie en vaste overtuiging kan opvoeren, vooral wanneer hij meent eene ontdekking te hebben gedaan, of althans eene nieuwe, betere rigting aangegeven.

Het ideaal der toekomst, dat MASCHER ons schetst, vermindert geenszins de practische waarde van zijn uitvoerig werk, en trekt ons integendeel aan, al zijn reeds meerdere proefnemingen met *cédules hypothécaires* als anderzins mislukt.

Iets dergelijks kan gezegd worden van de brochure van prof. GRATAMA, die de mobilisatie van het immobiele goed voorstaat.

2°. Te lang hebben wij reeds bij eene enkele opmerking stilgestaan, en slaan de historiesche, wijsgeerige, economische en juridiesche mededeelingen der eerste vijf-en-twintig bladzijden, hoe onderhoudend en belangwekkend ook, maar over, om te komen tot de grieven tegen het bestaande stelsel. Wij doen dit echter niet, zonder nog vooraf het slot van het eerste gedeelte der belangrijke brochure te laten voorafgaan. Aldaar wordt gelezen: „Waar het Grondboek *absoluut* zakelijk regt zal geven, gaat een regterlijk onderzoek, al of niet op tegenspraak, de overdragt of vestiging vooraf.

„Zoo zien wij een naauw verband tusschen de kracht van het zakelijk regt en de wijze van verkrijging“ bij beperkt verkeer, *traditie*, bij grootere veiligheid, *eenvoudige wilsverklaring*, bij meer uitgebreid verkeer, *openbaarmaking* der overdragt, om niet bloot een *beter* regt, maar het *beste* te scheppen, de openbaarheid te versterken door *edictale citatiën* — en wáár het zakelijk regt absoluut zal worden, nog *bovendien* bevestiging der overdragt *bij regterlijk oordeel*. Hetzelfde verband tusschen de kracht van het regt en de wijze van verkrijging bestaat, wanneer men met den S. ook het bezit, zelfs door geweld, zakelijk regt noemt.

„Ons zakelijk regt,“ luidt het verder, „is geen regt tegen ieder en een iegelijk, want dan zou van geen beter en beste regt sprake zijn; een absoluut regt huldigde de Romeinsche theorie, niet de practijk, belooft alleen het Grondboek. Daarom spreekt de Schrijver *in de bepaling* van zakelijk regt, van *onbepaalde* personen, tegen wie het regt moet gelden, niet van ieder en een iegelijk. Het is zóó, het woord *persoon*, al duidt het één zelfstandig en ondeelbaar wezen aan, kan met het onbepalend lidwoord worden verbonden, maar of *onbepaalde* personen, tegen wie *het* zakelijk regt moet gelden, wel bijzonder voegen in eene bepaling of definitie (zie ook bladz. 4), komt twijfelachtig voor.

3°. Wanneer wordt gelet op den grooten omvang der vervreemdingen, die telken jare plaats hebben en op de betrekkelijk weinige processen over stellionnaat of reclame, dan wordt eenige gerustheid verkregen over de relativiteit

van het zakelijk regt hier te lande (1), en ook nu zal, zonder veel grooter belemmering van het verkeer of den handel in vast goed niet anders zijn te verkrijgen, dan het stelsel van het betere en (relatief) beste regt voortgaande te verbeteren. Het vèrgezochte voorbeeld van MARCADÉ (bl. 27) en het proces in de Veenkolonie (bl. 30) vermeerderen de voorbeelden van mogelijk nadeel door gebreken in de titels van eigendom aanwezig, waarover wij uit eigen ervaring reeds het een en ander mededeelden in *Themis* 1866, bl. 509. Allen zullen het wel eens zijn, dat de aan de hypotheekkantoren aanwezige registers zeer nuttige handleidingen zijn voor eigen onderzoek, en dat zij meer dan dat behooren te zijn. — Dit laatste worden zij, wanneer het veelal in de practijk niet wel doenlijke en kostbare eigen onderzoek minder noodzakelijk wordt gemaakt. — Dit laatste is bereikbaar en wij herhalen wat wij ter aangehaalde plaatse (bl. 510) ter neder schreven: „Verbetering is de taak der wetgeving.“ Wij voegen er bij, dat het volmaakte tot de idealen zal blijven behooren, en zoodanig ideaal ons niet van traspgewijze, geleidelijke, haast zouden wij zeggen: organiesche verbetering behoort terug te houden.

4°. Ongestaafd blijft bl. 34, als zouden de zorg en het toezigt over de registers, aanwijzende de zakelijke regten, tegenwoordig eenen waarborg behoeven tegen fiscale invloeden. Wel hebben wij zelve ruim 32 jaren geleden gewenscht, dat die registers meer in de eerste plaats in het belang der eigenaren dienden, en dat het belang van de heffing der grondbelasting in de tweede plaats in aanmerking kwam —

(1) Men zie daarbij niet voorbij, dat nu reeds sedert den 1 Januari 1824 eene verpligte overschrijving bestaat, en dat vermoedelijk de meeste eigendommen in dat tijdvak eens of meermaal in *openbare* registers zijn vermeld, benevens zij, die zich als eigenaren hebben gedragen. Eerst met 1 Juli 1833 zijn de kadastrale aanwijzingen verpligtend geworden, doch nu begint ook in hooge mate te gelden, wat reeds op het statistisch congres van 1853 te Brussel werd gewenscht, que le cadastre constate le fait de la possession; et puisse plus tard, en vue des règles de la prescription, constater le droit.

maar sedert lang wordt grootendeels in dien geest beheerd door den minister van financiën (1). Ook zegt prof. G. te regt, dat de fiscale invloeden niets met het Algemeen Register hebben te maken.

Dat de belofte van CROMBRUGGHE nopens de invoering van een grondboek (niet in den meer absoluten vorm, daaraan in verband met het legaliteits-beginsel gehecht), niet werd vervuld, omdat dat zoogenaamde grondboek in strijd was met de traditiën in de ambtenaren-wereld, is onjuist. Zoo iemand, dan was Jhr. Mr. J. J. DE ROVÈRE VAN BRUGEL de man, om niet voor eene nieuwigheid, indien zij nuttig was, terug te deinzen. Hij was juist de man, die met scherpzinnigheid de gevolgen van een nieuw beginsel voorzag en die reeds vroeger aan het streven naar eene boekhouding op de percelen, eenen degelijken grondslag had verschaft, door aan die percelen als het ware namen en voornamen te geven, door eene vaste aanduiding (in de kadastrale indeeling van gemeente-sectiën en nummers) voor te schrijven. De heer G. staaft zijne beschuldiging niet, en wanneer Z. H. G. eens gelieft kennis te nemen van de gedrukte bij circulaire van 7 Februari 1829 (kadastrer no. 103) behoorende modellen, ter uitvoering van de wet van 25 Maart 1825, *Staatsblad* n^o. 41, vastgesteld en de daarin voorgestelde boekhouding *van het algemeen register* der gemeente Ottersom (eerste en tweede deel) over een langdurig tijdvak nagaat, dan betwijfelen wij of Z. H. G. het in 1838 zou hebben afgekeurd, dat de artt. 26, 27 en 29 van het Koninklijk besluit van den 1 Augustus 1828 (*Staatsblad* n^o. 52) zijn ingetrokken bij art. 1 van het Koninkl. besl. van den 8 Augustus 1838 (*Staatsbl.* no. 27).

(1) In 1847 hebben wij dien wensch aldus uitgedrukt in de *Revue de législation et de jurisprudence* de WOLOWSKI etc., Mai 1847, p. 12: *«Il s'agit aujourd'hui, avant tout, de représenter exactement l'état de la propriété, dans l'intérêt des propriétaires, et le fisc ne vient qu'après pour se servir des résultats acquis, afin d'asseoir l'impôt sur des bases solides et irrécusables.* — Heeft het Departement van Justitie eenen beteren regel van beheer des kadastrers aan te geven?

De ambtenaren-wereld, waarvan wordt gewaagd, bepaalde zich destijds, wat de hypothecaire inrigting betreft, tot genoemden afdeulings-chef, die gelukkig, en niet zonder strijd, heeft voorgekomen, dat de *hypothecaire* boekhouding geraakte onder den invloed van den toenmaligen chef der afd. Directe Belastingen (den heer BEUDT), en de toenmalige hoofd-inspecteurs van het kadaster. Wij zouden daaromtrent curieuse bijzonderheden (ook over de wording van het besluit van 8 Augustus 1838) kunnen mededeelen, doch zij komen hier minder te pas. Genoeg is het aan te teekenen, dat hetgeen prof. GRATAMA bl. 35 opgeeft, als de gedachte van den heer CROMBRUGGHE nopens zijn algemeen register niet overeenstemt met dat, in de bedoelde modellen aanwezig, en door een ander, onder de leiding van Jhr. Mr. DE ROVÈRE VAN BREUGEL, grootendeels vervangen.

5°. Ook schijnt de geachte Schrijver geene kennis te hebben genomen van hetgeen is ingebracht tegen het verwijt van fiscale invloeden bij het vernommeren der percelen. In het *Bijblad* van *de Economist* van 1867 zijn de beweringen van den heer Mr. J. L. WOLTERBEEK te dier zake wederlegd. (Bladz. 11—16). De bestaande voorschriften zelve wedspreken het, dat de splitsing en vernommering voor 9/10 in het belang der grondbelasting geschieden, en het is treurig dat het in 1867 gedrukte praatje nu nog wordt herhaald. Bl. 37.

Al wat over kadastrale vernommering wordt gezegd, doet de vraag rijzen, of de S. van de bestaande inrigting wel genoegzame kennis heeft genomen, wat toch hoog noodig is, alvorens te oordeelen en te veroordeelen. Niet iedere verandering van belastbare opbrengst geeft aanleiding tot splitsing of vereeniging, en daardoor tot vernommering van percelen, vooral niet ten aanzien van bij- en ver-bouw. Wat de verandering van belastbare opbrengst aangaat, kan alsnu worden geraadpleegd art. 7 der wet van 26 Mei 1870, *Staatsblad* n°. 82.

Na de teregtwijzing van den geachten S. in het *Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie*, n°. 36, onder redactie van

den heer J. P. SPRENGER VAN ELJK, komt het voorshands onnoodig voor, iets anders daarbij te voegen, dan dat het te verwonderen is, dat nu nog wordt verzekerd, dat de eigenaren met wrevel de kennisgevingen van hermeting van veranderde percelen ontvangen. Het niet-ontvangen daarvan zou veeleer ontevredenheid moeten veroorzaken, en het mag ook hier worden betwijfeld, of de S. wel genoegzaam nopens de practijk is ingelicht. De meeste eigenaren zijn tot het inzicht gekomen, dat hunne voorgangers uit vooroordeel en onkunde, verkeerd hebben gedaan, tijdens de daarstelling van het kadaster zich te onthouden, als ware die hoogst nuttige inrigting hun onverschillig, en wie zijn eigendom goed beheert, zal gewis ook nu trachten, voor eene juiste hermeting en vernommering, zooveel in zijn bereik ligt, zorg te dragen. De kennisgeving van hermeting en het daaraan te geven gevolg, zijn met 1 Januari 1871 *bij de wet* bepaald, hoezeer art. 9 en 10 der reeds aangehaalde wet op de grondbelasting de gevallen van nieuwe meting even als nu, ter bepaling overlaat aan den Minister van Financiën.

Het heeft ook ons, die het meetkundig gedeelte des kadasters in de eerste plaats wenschen bestuurd te zien *in het belang der eigenaren*, gehinderd, dat die bepalingen over de meting (wel te onderscheiden van het werk der schattingen) en die over tenaamstelling in de kadastrale leggers voorkomen in eene wet op de grondbelasting — maar zoolang *geene wet* op de instandhouding van het kadaster bestaat (waaraan wij reeds in 1847 hebben herinnerd), kon eene nieuwe wet betrekkelijk de grondbelasting er toch niet van zwijgen. Daar het minder welkomen art. 46, dat den belastingplichtige op den voorgrond stelt, onschadelijk voor de belanghebbenden (de eigenaren) wordt door art. 47 — en de metingen (vernommeringen) ook tot dusverre niet onnoodig door administratieve voorschriften zijn uitgebreid, zoo is er voor alsnog geene reden tot bezorgdheid, evenmin als beduidende redenen tot klagt in het verledene (1).

(1) Dat het geringe bedrag van schadeloosstelling der landmeters in verband
Themis, D. XXXI, 4de St. [1870].

De vragen, spruitende uit den last van het vernommeren van nieuwe percelen, die nu weder als wat nieuws worden geopperd, zijn reeds vòòr 1838 overwogen, doch er schijnt nog niets beters te zijn aangegeven, waardoor de tegenwoordige wijze van vernommeren zou kunnen worden vervangen. Een onveranderlijk kadaster, dat niet voortdurend de gesteldheid van den bodem wedergeeft, zou al zeer spoedig voor de boekhouding van de zakelijke regten onbruikbaar worden.

Daarom behooren nieuwe (niet vernieuwde) gebouwen ook wel degelijk aanleiding te geven tot verandering in de kadastrale stukken. Het ongerijf van het tegendeel zou soms voor het publiek niet gering wezen. Wat ter zake voorkomt in n^o. 38 van het genoemde Weekblad, kan dan ook niet in alle deelen worden beaamd.

6^o. Billijker oordeelt de S. bl. 37 in fine en verder, zoodra het terrein der uitvoering van de wet wordt verlaten en dat van het wetboek zelve weder betreden. Evenwel hebben wij bezwaar tegen het denkbeeld van Prof. G., om bij wijze van administratief voorschrift, de uitvoering van eene bloot fiscale wet (op het regt van successie) dienstbaar te maken aan de rigtige uitvoering van het burgerlijk wetboek, door op grond van de aan andere kantoren dan de hypotheek-bewaringen ingeleverde memoriën van aangifte van nalatenschappen, overboekingen in het algemeen register te doen plaats hebben. Het zou te verre voeren bij elk dier ondergeschikte punten stil te staan, en daarom bepalen wij ons bij de instemming met des Hoogleeraars beweren, dat de registers der hypotheek-bewaarders geene (absolute) zekerheid kunnen of moeten geven noch daartoe bestemd zijn, zoolang het stelsel geldt van in- en overschrijving periculo petentis, salvo omnium jure.

7^o. Bladz. 42. Hier komt eene antipathie tegen het Bestuur der registratie aan den dag, die den Hoogleeraar zeer onbillijk en uiterst crimineel en zelfs erger maakt. Hij wil niets

met het getal hermeten percelen, van invloed is op het getal vernommeringen is nog te bewijzen. Hierbij is echter geene grondbelasting in het spel.

minder dan eene ter overschrijving ingeleverde koopakte voorzien van een in tegenwoordigheid van getuigen gesteld handmerk van iemand, des schrijvens onervaren, doen weigeren, in strijd met art. 1268 Burg. Wetb., en naar het schijnt, zelfs de registratie doen weigeren, om eene wetsovertreding (geheime mutatie) te fingeren, zeker niet in den geest van art. 1 der wet van 16 Juni 1832.

Wij zullen er niets meer van zeggen, na hetgeen wij reeds zeiden bl. 515—522 van *Themis* 1866.

80. Er heerscht verregaande overdrijving in de voorstelling van de waarde der tegenwoordige registers, die aan miskenning der werkelijkheid en van hetgeen men de praktijk noemt, doet denken.

Al kan men het op bloot speculativen grond, of liever in abstracto voorstellen, alsof de registers niets anders behelzen dan *enkele beweringen en aanspraken*, en dus geene stellige feiten, dan mag daarbij toch worden opgemerkt, dat beweringen en aanspraken, *die in den regel gegrond en overeenkomstig de waarheid zijn*, eigenlijk een anderen naam verdienen. Het zal dan ook van groot nut zijn, om uit zulke *doorgaans* waarheid behelzende registers *enkele* geheel ongegronde aanspraken en beweringen te weren. Er is daarom veel aan gelegen, dat van de rechthebbenden zelve ten hypotheekantore een bewijsstuk berust, dat zij, en geen ander, in de doorhaling eener inschrijving hebben toegestemd. Bl. 43.

Wijders een ambtenaar die voor zichzelve beslist, of degenen, die hem eene akte van toestemming tot doorhaling aanbieden, wel degenen zijn, voor wie zij zich uitgeven, beslist niets meer in zekeren zin, dan wat ieder die handel drijft, of betaalt aan onbekenden, die zich voor den schuldeischer aanmelden, dagelijks doet. Zijne beslissing of liever zijne meening blijft evenzeer eene bewering, als de overige beweringen in de registers, maar die bewering geeft toch aan het publiek eenen meerderen waarborg in de verantwoordelijkheid des bewaarders, die veroorlooft, om de doorgehaalde inschrijving in den regel als werkelijk doorgehaald te beschouwen, terwijl anders die waarborg ten eenemale wordt gemist.

Wij hebben allen eerbied voor des Hoogleeraars rechtsgeleerde kennis en scherpzinnigheid, maar als hij bladz. 43 als machthebbende spreekt: „Ik zegge u gij maakt den ambtenaar tot rechter,“ dan zijn wij daardoor nog niet overtuigd, dat wij verkeerd handelen. Integendeel wij hebben uitdrukkelijk verklaard dat des ambtenaars *bewering* of *mee-ning* alleen over de identiteit der rechthebbenden, aan het oordeel des rechters behoort onderworpen te zijn. „Tegen een onrechtmatige doorhaling kan de schuldeischer opkomen, even als de eigenaar tegen eene onrechtmatig geweigerde doorhaling.“ Hetzelfde geldt bij onrechtmatige weigering van eene in- of overschrijving, van eenen staat van inschrijvingen, van eene verklaring of van een getuigschrift, wanneer de bewaarder beweert, dat het in- of over te schrijven stuk niet van eene behoorlijke handteekening is voorzien, of aan eene andere bewaring behoort, of de perceelen of personen wier hypothecairen toestand men wil kennen, niet behoorlijk zijn aangeduid enz.

Wij hebben bladz. 536—547 *Themis* 1866 nog eens nagelezen, doch begrijpen niet, waarom de heer G. ons heftig heeft genoemd. Misschien slaat die qualificatie meer op den schrijver in de *Nieuwe Bijdr. voor R. en W.*, deel XVII, bl. 659, die te veel persoonlijks in den strijd heeft gemengd, om verder met hem te redetwisten. Wij discuten uit zuivere iefde tot waarheid, volstrekt niet om gelijk te hebben, doch laten persoonlijkheden dan ook liefst onbeantwoord, vooral als ze verband houden met verkeerde voorstellingen van hetgeen zou geschreven of beoogd zijn. Om een paar punten van bezwaar elders door den heer Mr. R. A. J. COLENBRANDER, tegen ons ingebracht, te releveren, herinneren wij aan de bewering, dat de onherroepelijke volmacht tot verkoop volgens art. 1223 B. W. een eenvoudig middel tot verhaal is. Al lieten wij daarbij de waarlijk niet onbekende gevallen, waarin het middel faalde, ter zijde, dan blijft het toch in det algemeen een zeer gerijfelijk en veel toegepast middel. Daarvan kan men zich overtuigen, wanneer men verneemt, dat jaarlijks meer dan 500 verkoopingën krachtens art. 1223 Burg. Wetb. voorkomen, waarbij voor bijna 1 ½

millioen wordt verkocht (1). Wij hebben echter volstrekt niet beweerd, dat ondanks het veelvuldig gebruik dat van art. 1223 B. W. wordt gemaakt, aan het daarbij bedoelde beding geene ongelegenheid zou kleven.

Eveneens hebben wij terecht beweerd, dat in het algemeen sedert 1 Januarij 1812 tot 1 October 1838 hier te lande eene inschrijving niet werd doorgehaald, dan op overlegging van een afschrift eener notariële akte van toestemming, vergezeld van voor den hypotheek-bewaarder voldoende stukken tot staving der hoedanigheid, welke de toestemmende zich gaf, zoodra hij een ander was dan de ingeschreven schuld-eischer zelve. Veelal werd gevolgd wat geleerd wordt in het reeds oude *Traité des formalités hypothécaires* van BAUDOT, deel I, no. 846—974. Die toestand heeft hier dus bijna 27 jaren bestaan, zonder eenige benadeeling van de schuldenaars, en tot groote gerustheid van allen, die zich hadden te verzekeren of een perceel al dan niet was bezwaard. Het doet daarbij weinig af, dat geachte Fransche rechtsgeleerden zich tegen die methode hebben verzet, en eene andere leer hebben gehuldigd. De ondervinding, dat geen ernstig bezwaar pleit tegen hetgeen gedurende 27 jaren in de practijk veelal heeft gegolden, komt ons voor, van meer belang te zijn, dan bloot abstracte beweringen, die het publiek ten aanzien der doorgehaalde inschrijvingen van eenen nuttigen waarborg berooven.

Ook mag worden gevraagd, of inderdaad aanleiding is gegeven aan den Heer G., bladz. 44, om de meening dat die nuttige waarborg moet behouden blijven, in verband te brengen met de omstandigheid, dat degene, welke die meening uit, eenigen tijd (in 1836 en 1837) als bewaarder heeft gefungeerd (2)?

Bij het punt der periodieke vernieuwing wordt al weder beweerd, dat zij niet past in het stelsel van beweringen en

(1) Zie *Compte Rendu du congrès intern. de Statistique de 1869. (Statistique du crédit foncier)*.

(2) De Heer G. noemt schrijver dezes ten onregte een oud-bewaarder. Hij heeft als surnumerair in 1836/37 ongeveer anderhalf jaar het kantoor

aanspraken dat wij nu eenmaal hebben, maar gelukkigerwijze ontdekt de geleerde schrijver toch eene diepere behoefte in den aandrang tot vernieuwing der inschrijvingen, eene behoefte aan betere regeling der verjaring niet alleen bij pandregt, maar bij alle zakelijke regten, waarvan de feitelijke uitoefening niet allen bekend is. Inderdaad laat de kennis der grondrenten, erfpachten enz. reeds nu veel te wenschen over, omdat ze niet meer worden begrepen in de staten en getuigschriften der bewaarders, evenmin als de beslagleggingen.

90. Wat te zeggen van de bewering bl. 48, dat bij ons in het geheel geen grondcrediet bestaat, dat wij slechts personeel-crediet hebben? Er ligt waarheid in die stelling, maar toch de processen over revindicatie zijn schaars en de hypotheek-banken in Nederland hadden op 31 December 1868 10 ½ millioen geleend, *niet* op persoonlijk crediet, maar wel degelijk op crediet op de bescheiden, door aan die inrigtingen onbekende eigenaren vertoond en overgelegd. Dat bedrag is nu wel gering bij eene hypothecaire schuld, in

van de registratie en hypotheeken te Zutphen waargenomen, doch werd in het begin van 1838 door den genoemden Inspecteur-Generaal (Jhr. Mr. J. J. DE ROVÈRE VAN BREUGEL) overgeplaatst bij het Departement van Finantiën, juist mede ten gevolge van die waarneming. Bij dat departement werd hij alstoen belast, onder de leiding van dien geachten Afdelingchef, met het ontwerpen van de verordeningen tot het in werking brengen van het hypothecair stelsel van het Burg. Wetb. dat met den 1 October 1838 zou worden ingevoerd. Hij had zijn aandeel in de nog geldende instructie der bewaarders en wat daarop tot 1840 is gevolgd. Later werd hij belast met het regelen der invoering van het hypothecair stelsel in Limburg, wáár op 1 Januari 1842 het kadaster nog niet was voltooid, en vervolgens in 1843 met het ontwerpen onder de leiding van den Heer Mr. SCHOLTE VAN OUD-HAARLEM, van de wets-artikelen in de Burgerlijke Wetboeken voor Nederlandsch-Indië, betreffende eigendomsovergang, hypotheek enz., benevens van de verordeningen ter uitvoering, waarvan een beknopt overzicht is uitgegeven bij M. BALLOT te Deventer in 1847. Sedert (met 1 Januari 1844) in de actieve dienst teruggetreden als Inspecteur en vervolgens Directeur, zoo is hij nimmer in den eigenlijken zin hypotheek-bewaarder geweest. Derhalve ontvalt zelfs de grond, waarop de bewering schijnt te worden gebouwd, dat hij zou ijveren voor zekere grootere macht bij de bewaarders. De meeste bewaarders zullen, indien het van hen afhangt, gaarne van die grootere macht afzien, aangezien zij dan ook van de daaraan verbonden grootere verantwoordelijkheid zouden zijn ontheven!

één jaar (1868) tot 46 millioen gulden ingeschreven (1), maar toch ook nog een ander gedeelte, dan dat ten behoeve van de hypotheek-banken erkend, zal inderdaad op reëel crediet zijn gevestigd. Er is alzoo eenige overdrijving in des Hoogleeraars bewering, en waarschijnlijk ook in zijne verwachtingen bladz. 48 en 49 van het verbeteren, of volgens hem van het scheppen van grondcrediet en van het ontwaken van het volksgeweten over deze aangelegenheid.

10o. Over de voorgestelde hervorming, volgens den Schrijver zelve eene verre toekomst betreffende, zullen wij niet uitwijden, terwijl de taak van de behandeling van het verslag der Staats-commissie van 9 Februari 1867 toch aanstaande is. Evenwel heeft het zijn nut dit belangrijk opstel bij die behandeling niet voorbij te zien. Het verdient ernstige overweging, en getuigt van eene geestdriftvolle opvatting der zaak die het aanprijst. De waarde van het zakelijk recht aan den grond hangt overigens naauw zamen met de productiviteit van dien grond en met het doelmatig gebruik, dat bij al die mobiliteit van het eigendomsrecht, wel eens schade zou kunnen lijden. Grond is een kapitaal met geen vast cijfer van rentebedrag, dat in den regel maar één oogst per jaar, of zelfs per langer tijdvak oplevert. De waarde al te zeer in de mobilisatie te zoeken, getuigt van eenzijdigheid.

Wij eindigen deze vlugtige aantekeningen met eene aanhaling uit MASCHER bladz. 512, waar wordt gelezen, onder aanhaling van MITTERMAIER, die nog gewaagt van de mobilisatie van den bodem als van een droom, „dat dit alom gerezen vraagstuk der hervorming van het hypotheekwezen zeer verschillend wordt beantwoord, naarmate dat antwoord afkomstig is van eenen staatsman, een man van wetenschap, of een practicus, van een jurist of van een economist.“

Het opstel van den Hoogleeraar G. heeft, behoudens enkele feiten, de verdienste dat daarbij gelet is op verschillende gezigtspunten van al de genoemde categoriën.

Den Haag, 21 Nov. 1870.

Ph. J. BACHÈNE.

(1) Zie *Compte rendu du Congrès de Statistique de la Haye, 1e partie, Statistique du crédit foncier dans les Pays-Bas*. Hiervan zal den Heer G. een overdruk ten vorigen jare zijn geworden.

BUITENLANDSCHE LITERATUUR.

Réforme de l'instruction préparatoire en Belgique, par ADOLPHE PRINS et HERMANN PERGAMENI, avocats à la cour d'appel de Bruxelles. — Paris, DURAND; Bruxelles, CLAASSEN. — 1870, 240 pag. in-8°.

Alles heeft zijn tijd. Ook slechte wetten kunnen niet tot in het oneindige worden gehandhaafd. Wanneer eenmaal de behoefte aan verbetering algemeen gevoeld en erkend wordt; wanneer het besef daarvan bij het volk is doorgedrongen; wanneer die wensch zich begint te openbaren, dan moet wel de wet volgen, op straffe van een doode letter te worden. In het strafregt is in onze eeuw daarvan eene rijke ondervinding opgedaan. Wat al oude instellingen, die men lang voor onmisbaar verklaard had, zijn verdwenen, om nooit terug te keeren en nooit teruggewenscht te worden. Met wat al oude overleveringen, die men ons geleerd had te eerbiedigen en aan te nemen, zonder onderzoek, heeft men gebroken, zonder dat er zich iemand meer over beklaagt.

De beurt schijnt nu aan de strafvordering. Meer en meer toch begint zich bij ons en bij anderen, die zich tot heden toe beholpen hebben met den *Code d'Instr.* of met zijne stelsels en beginselen, de behoefte te doen gevoelen om daarvan eindelijk bevrijd te worden. Wat men in België begint te zeggen, wordt bij ons al luider en luider verkondigd:

„Nous aussi, nous avons subi le régime des lois françaises; après un trop long sommeil, il semble que l'esprit national se réveille aujourd'hui; puisse-t-il se souvenir de son passé, admirer un peu moins tout ce qui vient de la France, un peu plus ses vieilles coutumes germaniques: et se donner enfin, en instruction criminelle, comme en toute chose, un régime libre et digne de lui.”

Een steen aan te dragen voor dit schoone werk, ziedaar het doel van de schrijvers van dit boek. Zullen zij en anderen die met hen deze taak ernstig opvatten, daarin slagen? Er is, geloof ik, niemand die daaraan twijfelt. De hervor-

ming van het straf-proces is eenvoudig eene zaak van tijd; wat wij hebben is niet langer houdbaar, en de eenige vraag kan nog maar zijn, of er eenige jaren langer of korter zullen noodig zijn, om ook dat overblijfsel van de Fransche heerschappij af te zweren.

De toestand in België en in Nederland is nagenoeg dezelfde. Er is echter één niet onbelangrijk verschil. Wij hebben sedert lang verworpen de buitensporige en tyrannieke magt van den Franschen regter van instructie; of, zoo als de schrijvers hem noemen, *juge d'information*, door de meeste zijner bevoegdheden over te brengen bij de raadkamer. Dat is zeker eene verbetering, al heeft men in onzen regter-commissaris ook doen verloren gaan alles wat in den Franschen regter van instructie nog te vinden was van het regters karakter, en hem eenvoudig gemaakt tot een ondergeschikt werktuig van de beschuldiging.

Maar, wat daarvan zijn moge, het is niet aan gedeeltelijke wijziging en verbetering dat wij behoefte hebben, maar aan grondige hervorming. Het stelsel deugt niet, de beginselen en grondslagen zijn verkeerd. Dat alles kan men niet goedmaken door het te wijzigen of zoogenaamd te verbeteren. Men moet het geheel wegwerpen. Het Fransche stelsel kan uitmuntend geschikt zijn om in stilte met veel zorg eene reeks van ware of denkbeeldige bezwaren op te sporen en netjes in elkander te schikken; maar om ons op den weg der waarheid te brengen, daartoe is het zoo volkomen ongeschikt, dat men bijna geneigd zou zijn er aan te twifelen, of dat wel het doel geweest is, dat de wetgevers van 1808 er zich mede hebben voorgesteld. En juist dat stelsel hebben wij behouden, juist dat stelsel schittert in Nederland nog in zijne volle glorie, met alle zijne gebreken. Die eenzijdige, geheime instructie, die „alle regten der verdediging opoffert aan die der beschuldiging“, die instructie, waarin zelfs voor de verdediging geene enkele plaats is, die alleen schijnt te zoeken naar bewijzen van schuld, omdat zij zelfs de mogelijkheid van onschuld niet schijnt te vermoeden bij hem op wien eenmaal de justitie de hand gelegd heeft; die préventieve gevangenis

eindelijk met al hare ondragelijke misbruiken, en zoo vele andere ellendige zaken; — dat alles hebben wij nog; en wie daarvan verlost wil worden, moet voor goed breken met den Code van 1808.

Dat is het doel van deze schrijvers. Hunne hoofddenkbeelden zijn: wij hebben afstand gedaan van de lichamelijke pijnbank, het wordt tijd, dat wij bevrijd raken van de overblijfselen der morele pijnbank; de beschuldiging is vrij, de verdediging moet ook vrij zijn; vrij onderzoek, waarvan alleen de waarheid het doel is, en daarom gelijke wapenen voor beide partijen, voor den staat die zijne regten en de veiligheid zijner burgers, voor den beklagde, die zijne vrijheid en zijne eer verdedigt.

Er is in het Fransche straf-proces ééne, zoo al niet geheel onverklaarbare, dan toch zeer onverdedigbare anomalie, eene zamenkoppeling van twee volstrekt onvereenigbare begrippen. Voor de voorloopige instructie heeft het den processus inquisitorius behouden; bij het eind-onderzoek heeft het den processus accusatorius daarvoor in de plaats gesteld. Wil men nu nog twisten over de vraag, welke dezer beide vormen de voorkeur verdient, wat echter sedert lang geene vraag meer is, het zij zoo. Maar beiden kunnen nooit zamen gaan; en een stelsel: *«qui à l'une donne la lumière, l'oralité, la publicité, à l'autre l'ombre, les écritures, le secret;»* is onlogisch, onjuriedisch, onverdedigbaar. De schrijvers hebben dat zeer goed ingezien. Dat is voor hen het uitgangspunt. Dat is het denkbeeld, dat alle hunne beschouwingen, klagten en wenschen beheerscht. Zij verlangen ook voor het voorloopig onderzoek het accusatoir proces; dat onderzoek moet daarom zijn contradictoir, mondeling, openbaar; aan ieder willen zij daarbij zijne eigenaardige rol aanwijzen: *«aan het openbaar ministerie de zorg om de bewijzen van schuld te verzamelen; aan den beschuldigde en aan zijn raadsman het bewijs der onschuld of de oplossing van de ingebragte bezwaren; aan den regter van instructie, de beslissing.»*

Hoe zij die denkbeelden willen verwezenlijken, dat is het wat zij ons mededeelen in het merkwaardig werk, waarvan

ik nu nog trachten wil den korten inhoud mede te deelen.

De schrijvers verdeelen hun arbeid in drie deelen. Het eerste behelst een beknopt geschiedkundig overzicht van de oude en nieuwe wetgevingen tot aan de Fransche revolutie. Het tweede bespreekt de tegenwoordige wetgevingen van de voornaamste staten van Europa en America. Het uitvoerigst wordt daarin stilgestaan bij de Fransche wetten, wier gebreken vrij uitvoerig worden uiteengezet, en bij Engeland, met welks wetten zij zeer zijn ingenomen, en die zij in hoofdzaak als voorbeeld verlangen aan te bevelen voor hun land, met deze wijziging nogtans, dat zij de instelling van het openbaar ministerie wenschen te behouden, en de openbare aanklagt van staatswege niet willen vervangen door de private beschuldiging der Engelsche wetten.

In het derde en belangrijkste gedeelte, eindelijk, deelen de schrijvers ons hunne voorstellen tot hervorming mede.

Deze komen in het kort hierop neder: de instructie wordt gevoerd in het openbaar voor den regter van instructie, die de getuigen hoort door beide partijen aangevoerd, en de verdere bevelen voor de instructie, als huiszoeking, beslag van papieren, brieven enz., voorloopige aanhouding beveelt. na partijen over en weder te hebben gehoord. De verklaringen der getuigen, die alleen dienen voor zijne inlichting, worden niet in schrift gebragt, ten zij dit voor enkelen verlangd wordt door ééne der partijen, die er belang in stelt dat zij niet verloren gaan. Het deel, dat de raadkamer thans neemt aan de voorloopige instructie, vervalt hiermede; maar de kamers van beschuldiging voor criminele zaken willen de schrijvers behouden; doch haar onderzoek blijft beperkt tot het regtspunt en tot een toezigt over de vormen, die in het stelsel der schrijvers merkelyk vereenvoudigd worden. De beklagde kan, als hij dit noodig acht in zijn belang, inlichtingen en verklaringen geven; hij kan spreken, maar hij behoeft dit niet. Hij wordt niet *ondervraagd*. Daarmede vervalt alle discussie tusschen hem en den regter, die thans zoo dikwijls aanleiding geeft tot tooneelen die noch voor de regterlijke waardigheid noch voor de ontdekking

der waarheid zeer bevorderlijk zijn; en evenzeer ook alle pogingen en middelen om een beklagde, — dien men hardnekkig of verstokt vindt, omdat hij, schuldig of ook wel onschuldig, maar slecht bespreekt, en niet opgewassen tegen knapper menschen dan hij, niet goedvindt de wapenen tegen zich zelven te leveren door te bekennen wat hij wel of misschien niet gedaan heeft, — tot bekentenis te brengen, iets waarop in ons tegenwoordig stelsel wel eens al te veel prijs gesteld wordt. Is de instructie afgelopen, dan beslist de regter van instructie; de beklagde wordt ontslagen, of verwezen hetzij naar de correctionele terechtzitting, hetzij naar de kamer van beschuldiging. Politie-overtredingen worden door hem als eind-regter beoordeeld en beslist; in zoo verre vervangt hij de tegenwoordige regtbanken van enkele politie.

Staan wij nog een oogenblik stil bij twee zaken van uitnemend gewigt, de préventieve gevangenis en de schadeloosstelling.

De schrijvers verlangen de préventieve gevangenis niet af te schaffen; maar zij stellen een geheel nieuw stelsel voor, dat er, naar hunne meening, de misbruiken van zal doen verdwijnen. Ieder agent van de judiciële politie kan wegens ieder misdrijf, al of niet op heeter daad betrapt, den beklagde voorloopig aanhouden en brengen voor den regter van instructie; die, wanneer het feit strafbaar is, met gevangenis van ten minste drie maanden, de aanhouding kan veranderen in eene préventieve gevangenis, waarvan de wettige duur is 12 dagen, maar die later kan worden verlengd tot hoogstens 36 dagen. Daar het doel dier gevangenis alleen is om zich te verzekeren, dat de beklagde voor den regter zal verschijnen, volgt daaruit niet het verbod om zijne verdedigers, zijne familie en zijne vrienden te spreken. Echter kan in criminele zaken, als het belang van het onderzoek dit vordert, de beklagde worden buiten toegang gesteld. Van een bevel hetzij tot préventieve gevangenis, hetzij tot buiten-toegangstelling, dat niet verleend wordt dan na contradictoir debat, kan de beklagde in hooger beroep komen bij de correction-

nele regtbank. Ieder préventief gevangene eindelijk kan zijne voorloopige in-vrijheid-stelling vorderen onder geldelijken of persoonlijken borgtogt van twee geachte en gegoede (*honorables et solvables*) personen, die voor hem instaan.

En nu de schadeloosstelling. Deze wordt door de schrijvers met warmte verdedigd. „Zoo dikwijls, zeggen zij, de maatschappij een offer vordert van één harer leden, moet zij hem daarvoor schadeloos stellen; als zij hem een lap grond, een stuk van een muur wegneemt, moet zij er hem de waarde van vergoeden; en als zij hem afneemt wat hij het dierbaarste op aarde heeft, zijne vrijheid, zijne eer, zou zij hem niets daarvoor verschuldigd zijn? — Zij verklaren geen denkbeeld te hebben van „zulk een regt, dat zich boven het regt stelt.“

Zij verlangen de schadeloosstelling, hetzij de beklagde al of niet is gevangen geweest. Zij verlangen herstel van eer, voor zoo ver die mogelijk is, zoowel als vergoeding van materiële schade. Zij verlangen, om in het eerste te voorzien, dat aan den vrijgesprokene kosteloos zal worden uitgereikt eene expeditie van het vonnis, dat hij ten koste van den Staat zal kunnen openbaar maken, als hij dit wil. Zij verwerpen eindelijk de onderscheiding tusschen hen die zijn vrijgesproken bij gebrek aan bewijs en hen die onschuldig zijn bevonden. Ieder toch die is vrijgesproken, is, naar de wet, onschuldig. Eindelijk meen ik, dat het de bedoeling der schrijvers is, dat, in ieder geval, aan den vrijgesprokene zullen worden vergoed de kosten voor zijne verdediging aangewend. Dit echter is niet zeer duidelijk.

Men ziet het, de schrijvers zijn stoute hervormers, die rond voor hunne zaak uitkomen, en die zich niet met halve, en daarom slechte, althans onvoldoende, maatregelen tevreden stellen, maar moedig den vinger leggen op de wond, op de geheele wond, op het gevaar af van te worden uitgekreten voor revolutionnaire niveleurs. Die beschuldiging trouwens treft nagenoeg ieder voorstel tot hervorming; maar die beschuldiging, die veelal in de plaats treedt van wederlegging van wat men niet wederleggen kan, is doorgaans ongegrond. De vraag blijft echter over:

Zijn nu alle die voorstellen der schrijvers onvoorwaardelijk goed te keuren en even aannemelijk? Ik zal dit niet beslissen, maar liever die vraag voor het oogenblik in het midden laten. Men kan het eens zijn over de kwaal, en toch verschillen over de middelen van genezing. Dit spreekt van zelve. Bovendien niet ieder lijder aan dezelfde ziekte, niet ieder land, kan met dezelfde middelen geholpen worden. Maar dit is, dunkt mij, zeker, dat wel niemand meer betwisten zal, dat wij krank, dat wij zeer krank zijn, en dat wij ook in dit opzigt leven onder eene wet, die wij ons haasten moeten hoe eer hoe liever door eene andere, door eene betere te vervangen. „Mais ce que nous croyons“, zeggen de schrijvers in hunne conclusie, „c'est que dans tous les cas le lecteur pense désormais comme nous, que le système du code de 1808 a fait son temps et qu'il faut le modifier dans un sens accusatoire.“ — Ik geloof dat met hen.

A. DE PINTO.

ACADEMISCHE LITERATUUR.

Over Crediet-Hypotheek. Academisch proefschrift van
D. VAN RIESSEN. Leiden 1870, bladz. 99.

Onder de Academische proefschriften, die zich gunstig onderscheiden, in zooverre zij met betrekking tot de daarbij behandelde rechtsvragen, voortdurend niet zonder vrucht kunnen worden geraadpleegd, zal, naar wij verwachten, behooren dat, welks titel hierboven is afgeschreven, en onder welken titel hetzelfde is te verstaan, wat door de meer gebruikelijke uitdrukking: *Hypothecair crediet* wordt aangeduid.

De schrijver behandelt een paar sedert lang zeer betwiste rechtsvragen, die zich niet zelden in het dagelijksch verkeer voordoen, en hij doet dit op eene duidelijke en bondige wijze. Zijne voorstelling is helder en zijne critiek over de

onderscheiden gevoelens van rechtsgeleerden getuigt van scherpzinnigheid.

Het volgende beknopte verslag moge die gunstige meening staven, en bijdragen tot meerdere bekendheid met den inhoud van een werk, dat van gezette studie en ijverige nasporing blijken draagt, en over de behandelde vraagpunten werkelijk licht verspreidt, al is het licht ook wat eenzijdig aangebracht.

De schrijver vangt aan met te wijzen op het belang en de uitbreiding van het crediet, bepaaldelijk op de verzekering daarvan door onderzetting van onroerende goederen. Al is het stelsel van publiciteit en spécialiteit bij het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek meer consequent in acht genomen dan bij den Code Napoleon, „dit neemt niet weg, dat ook nu nog sommige onderwerpen, voor het crediet en de zekerheid der schuldeischers van veel belang, onvoldoende zijn geregeld, ja sommigen zelfs met stilzwijgen voorbijgegaan.»

Onder de laatste behoort de hypotheek verleend voor een geopend crediet, dat is: „tot zekerheid der voldoening van datgene, wat de hypotheekgever, ten gevolge van een hem geopend crediet, op een bepaald tijdstip zal blijken schuldig te zijn aan dengenen, die dat crediet geopend heeft.»

Na vermelding van eenige meer en meer voorkomende gevallen waarin die overeenkomst wordt benuttigd, komt de schrijver op bladz. 10 tot de twee navolgende vragen die hij zich ter oplossing voorstelt, als:

1°. Kan volgens de beginselen, die aan ons Recht (speciaal hypotheekrecht) ten grondslag liggen, krachtens een geopend crediet geldig hypotheek verleend worden? en 2°. zoo ja, *van welken dag* af heeft die hypotheek dan rang; van den dag der vestiging (inschrijving) of van den dag waarop de credietnemer werkelijk van het crediet gebruik maakt?

De eerste vraag is meermalen toestemmend beantwoord, en de practijk, zoowel in Frankrijk en in België (wat den Code Napoleon aangaat) als in Nederland, heeft dan ook dienovereenkomstig gehandeld.

De credietgever verbindt zich eene bepaalde som, gedurende eenen bepaalden tijd, beschikbaar te houden ten behoeve van den credietnemer, die ieder oogenblik en voor zoo ver hij zulks verlangt, de uitbetaling kan vorderen.

De credietnemer verleent hypotheek tot zekerheid der voldoening eener verbindtenis tot teruggave van geleend geld; eene verbindtenis, die hij evenwel eerst zal aangaan wanneer hij van het geopend crediet gebruik maakt.

De verbindtenis van den credietnemer tot teruggave wordt niet opgeschort (bewerende vele Fransche schrijvers en ook WINDSCHEID dat hier eene potestative voorwaarde aanwezig is) en kan dit ook niet, zegt onze schrijver, omdat er bij het aangaan der overeenkomst nog in het geheel geene verbindtenis tot teruggave bestaat. Men noemt hier *voorwaarde*, wat een noodzakelijk vereischte is tot het ontstaan van de verbindtenis des credietnemers. Het geldt van zijne zijde eene toekomstige verbindtenis, en tot voorkoming van misverstand noemt de schrijver zoodanige verbindtenis eene *toekomstig mogelijke* of *eventueele* verbindtenis, maar stellig en zeker is de toestemming in het hypotheek. Het stilzwijgen der wet is een aanleiding, doch geen grond tot twijfel over de geldigheid van deze hypotheekstelling, die, zooals de S. tracht aan te toonen, niet in strijd is met de algemeene beginselen, die het wettelijk pandrecht beheerschen.

Al redenerende over den aard der hypotheek wordt erkend, dat het doel uitsluitend is, om eene vordering te verzekeren, van waar de naam *hulp-recht* of *accessoir recht*. Kan nu zulk accessoir recht bestaan vóór dat de verbindtenis er is? Er is niet tegen, dat hypotheek aan het hoofdrecht vooraf gaat, wanneer het daardoor beter wordt verzekerd; de hypotheek zal alzoo te beter aan het doel beantwoorden.

Belangrijk schijnt L. 5 D. de pign. XXI aldus: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunq; obligatione... et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat, *sed et futurae obligationis nomine dari possunt*. De gevoelens van de Duitsche juristen BERNBURG, BRINZ, SINTENUS

enz. worden ter toetse gebragt, en daaruit blijkt, dat ook voor eventueele verbindtenissen op geldige wijze 't hypotheek kan worden gesteld. De gevoelens van TROPLONG en ZACHARIAE bevestigen het evenzeer als Mr. A. PHILIPS in *Themis* van 1855 bl. 414 en de *Regtsgeleerde Adviezen*, Deel VI, bl. 91.

De tweede vraag is veel meer betwist en moeilijker. Zij is van groot belang voor den credietgever, want heeft de hypotheek geen rang van den dag der inschrijving (1) dan vervalt niet zelden diens zekerheid, en in dat geval wordt het zeer gewaagd om hypotheccair crediet te openen. Heeft alsdan de credietnemer schuldeischers, wier vorderingen anterior zijn aan die van den credietgever, dan zullen deze met vrucht het ten hypotheek gestelde goed in beslag nemen, en heeft de credietnemer eene in de tweede plaats ingeschreven hypotheek toegestaan voor *actueele* schuld, dan zal ook deze den voorrang hebben boven den eerst ingeschrevene voor *eventueele* schuld, indien de dagteekening der akte, waaruit blijkt van de gebruikmaking van het crediet, later is dan die van de tweede inschrijving. Verkoopt de hypotheekgever het verbonden goed, dan zal de verbindtenis van den credietgever daardoor niet vervallen, evenmin als zijn zakelijk regt, indien het behoorlijk is ingeschreven, doch het zal wel vervallen, naar art. 1225 B. W. indien de inschrijving nog niet had plaats gehad. Op bl. 42 haalt de S. dit geval aan als een bezwaar voor den credietgever, doch eigenlijk is dit er geen (2) of wel het is een bezwaar waarin ieder hypotheccair schuldeischer deelt, want deze staat immers

(1) De heer VAN RIESSEN zegt gedurig: *Vestiging* in plaats van: *inschrijving*. Art. 1219 B. W. en andere spreken van eene *akte*, waarbij de hypotheek wordt *gevestigd*, verbindend tusschen partijen, en de *inschrijving* geeft haar kracht *tegenover derden*. Art. 1224 B. W. Al geeft de terminologie van het Wetboek aanleiding tot bedenking, is het aan ieder geoorloofd, die der wet op zijde te stellen?

(2) In art. 1225 B. W. staat, dat de inschrijving *per se* van onwaarde is, indien zij geschiedt ten dage dat het goed aan een derde is overgegaan. Er staat niet, dat zij van onwaarde *zal worden*, wanneer er later geschil over haren rang ontstaat.

bloot aan het gevaar, door art. 1225 B. W. geschapen, indien hij zijn hypotheekrecht niet doet inschrijven ten dage dat daarin is toegestemd. Dit hangt echter geheel af van zijn activiteit of wel van dien van zijnen notaris, indien deze althans niet te verre van het hypotheek-kantoor is verwijderd.

„Het zou dus zeer onbillijk en in strijd met het practisch belang zijn,“ zegt de S., „zoo de crediet-hypotheek niet dadelijk van hare vestiging (lees : inschrijving) af kon dateren.“

Onbillijk zou het zijn jegens den credietgever, indien hij ter goeder trouw omtrent zijn recht in dwaling had verkeerd, maar het zou ook onbillijk kunnen zijn jegens andere schuldeischers, die zich met den hypotheekgever hebben ingelaten, en hem hun geld hebben geschoten, *wetende*, dat hun schuldenaar nog geen gebruik had gemaakt van het hem geopend crediet, en vertrouwend op het gevoelen van vele rechtsgeleerden, dat de hypotheek geen rang neemt dan met den dag dat van het crediet is gebruik gemaakt.

Het zal echter dienen te worden toegegeven, dat bij aanneming van dat gevoelen, de hypotheek voor geopend crediet gereedelijk alle waarde kan verliezen.

Als commissaris der Nationale Hypotheekbank hebben wij dan ook reeds sedert jaren, de meening geuit, dat de voorzigtigheid vordert: 1°. dat een hypotheek voor een geopend crediet onmiddellijk worde ingeschreven, 2°. dat bij akte, hebbende zekerheid van dagteekening, behoort te blijken van de som, waarvoor van het crediet is gebruik gemaakt, en 3°. dat de credietopening niet kan geschieden dan onder voorwaarde, dat de credietnemer doe blijken ten dage dat hij van het crediet gebruik maakt, dat de verleende hypotheek alsnog is de *eenig* ingeschrevene.

Onder die voorwaarden echter wordt het hoogst bezwend, *evenredig* recht van registratie op de acte van schuldbekentenis niet vermeden, en daardoor vervalt eene der redenen, waarom men zich meestal aan hypothecaire credietopening waagt, zonder de voorschreven voorzorgen.

Onbegrijpelijk komt het voor, dat bij de uitbreiding van het hypotheccair crediet (pl.m. 465 millioen in Nederland) (1) op de afschaffing dier op geldbehoevenden drukkende belasting weinig wordt aangedrongen, in vergelijking met het getal rekesten over andere belastingen, die veel minder drukken.

Zoo als de practijk nu veelal is, wordt het geopend crediet verzekerd door eene hypotheek, dadelijk na het verlijden der acte van toestemming ingeschreven, zonder dat de credietgever zich later een *authentiek* bewijs van gebruikmaking van het crediet doet geven, veelminder zich verzekert, of ten dage der geldverstrekking, soms eene latere inschrijving voor vroegere schuld is genomen.

Indien het betoog des schrijvers opgaat, dat zoodanige eerste inschrijving voor een geopend crediet *per se* rang heeft met hare dagteekening boven alle latere inschrijving, van wat aard ook, dan zijn de credietgevers van groote zorg ontheven, en dan zullen de crediet-hypotheeken voorzeker nog toenemen.

Bladz. 44, zegt de S., dat dit hulprecht, in de hypotheek gelegen, dient om een ander recht te verzekeren, dat dit doel niet wordt bereikt, wanneer de hypotheek geene kracht heeft vóór het bestaan vaa dat andere recht, en dat anders de werking der hypotheek, *tegen hare natuur* wordt ingekort.

Tegen schrijvers leer staan BERNBURG, FITTUNG, Mr. A. PHILIPS, REGELSBERGEN, HUSCHKE, GESTERDING, PUCHTA, SCHEURL, de Holl. Consultatiën, DONELLUS, BARTOLUS, CUIJACIUS, BACHOVIVS, GLÜCK, TROPLONG, DURANTON, MERLIN, TOULLIER, DALLOZ enz.

De moeilijke taak om tegen dit eerbiedwaardig getal geleerden vol te houden, dat zij hun gevoelen niet bewijzen o. a. door den regel: *accessio sequitur principale suum non contra*, of door te gewagen van eene verbindtenis onder

(1) Zie Compte rendu van het Statistiek Congres van 1869 (1e gedeelte).

potestative voorwaarde, — wordt beproefd op bladz. 45—84.

Al dadelijk wordt herinnerd aan eenen anderen regel: non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat. Verder geschiedt een beroep op verschillende plaatsen der Digestae, en niet tevreden met het verwerpen der door den S. bestreden leer, bestrijdt hij ook nog de schrijvers, die zijne stelling huldigen, doch op grond van z. i. onjuiste beschouwingen, zooals: GRENIER, PAUL PONT, PERSIL, PARDESSUS (1). Er is evenzeer fierheid in die houding als vastheid van eigen overtuiging bij den S. op te merken, beide aantrekkelijke eigenschappen.

Eindelijk onderzoekt de schrijver (bladz. 84—95) wat naar ons recht gelden moet.

Hypotheek voor toekomstig mogelijke verbindtenissen kan rang hebben van den dag af, dat ze is verleend, wanneer partijen dit bedoelen, en zij heeft rang van den dag harer inschrijving. In casu toch is het de bedoeling der partijen ze dadelijk rang te doen nemen.

De S. had hierbij nog kunnen wijzen op de noodzakelijkheid hier te lande, om den hypotheekgever te doen verklaren dat hij eene eerste hypotheek toestaat, omdat daarvan afhankelijk is het maken van beperkende bedingen, alleen aan den eersten hypotheekhouder toegestaan. — Is geen enkel artikel van het B. W. in dadelijken strijd met des schrijvers zienswijze, hij meent tevens steun te vinden in hetgeen bepaald is omtrent de hypotheek, door voogden en curators te stellen, hoezeer Mr. A. PHILIPS en de *Rechtsgeleerde Adv.* VI, bl. 96 zich tegen die gelijkstelling verklaren.

Ten slotte verwijst de schrijver naar art. 80 der Belgische wet van 16 December 1851 en naar het in de tweede helft van October 1870 verschenen ontwerp der Staatscommissie, benoemd den 9 Februari 1867.

De Belgische Wetgever heeft uitdrukkelijk de geldigheid bepaald van eene hypotheek, tot zekerheid van een geopend

(1) Ook TARRIBLE en BATTUR zijn het eens met den schrijver.

crediet, en wel sedert den dag der inschrijving, op welk voorbeeld de genoemde Staatscommissie heeft gelet.

Hoeveel aannemelijks de heer VAN RIESSEN ook heeft bijgebracht voor zijne stelling, wij meenen dat de zaak wat al te eenzijdig uit het eenig oogpunt van het belang van het hypothecair crediet is beoordeeld. Eerder vereenigen wij ons met des schrijvers wensch, dat de wet eene uitdrukkelijke bepaling inhield, waarbij het vraagpunt wordt geregeld, *vooral ook met het oog op de behoeften des tijds.*

Er is toch geen volkomen waarborg, dat de Nederlandsche Rechter zich niet alsnog aansluit aan de arresten van het Fransche Hof van Cassatie van 10 Mei 1831 en 9 Mei 1832, waarvan een paar considérans luiden: «Attendu qu'il n'existe réellement pas d'obligation actuelle et effective etc.; — Attendu que les conditions de garantie et d'hypothèque que l'acte renferme ont le même caractère que la disposition *principale* etc.»

Uit het oogpunt de *jure constituto* en bij het stilzwijgen der wet, had de vraag volledigheidshalve toch ook behooren te worden getoetst aan andere beginselen, dan die van het crediet-recht, waarop de wetgever moet verondersteld worden te hebben gelet.

De hoofdregel is toch in art. 1177 B. W. geschreven, dat *alle* roerende en onroerende goederen van den schuldenaar zoowel tegenwoordige als toekomstige, voor zijne persoonlijke verbindtenissen zijn aansprakelijk.

De wettige redenen van voorrang zijn uitzonderingen op dien regel van recht en van groot maatschappelijk belang, welke uitzonderingen zoodanig, dan toch met behoedzaamheid in eenen eenigzins uitbreidenden zin mogen worden uitgelegd. Geeft de schrijver geene uitbreiding aan den aard van den voorrang in hypotheek gelegen, wanneer hij dien voorrang laat werken *bij het ontstaan* der verbindtenis tot teruggave van geleend geld, sedert den dag der inschrijving van de overeenkomst over de nog *eventueele* verbindtenis?

Is ook schromelijk misbruik te voorzien van des schrijvers leer, wanneer een credietnemer onder dadelijk ingeschreven hypotheekstelling voor de volle waarde of althans voor een

aanzienlijk deel van zijne onroerende goederen, later vele schulden maakt, en een deel zijner bezittingen aan het gemeenschappelijk onderpand der schuldeischers onttrekt, wanneer hij nog tijdig (immers vóór het faillissement, indien hij koopman is) van zijn crediet gebruik maakt? Zelfs het 2e lid van art. 774 W. van K., al zij het toepasselijk bij het aangaan der verbindtenis tot teruggave binnen 40 dagen vóór het faillissement, zal naar de leer des schrijvers, in ieder geval buiten toepassing blijven op het vroeger ingeschreven crediet-hypotheek. Zijn er ook andere groote belangen en behoeften dan die van het crediet, waarop hier de wetgever behoort te letten?

Wij willen hiermede niet volstrekt partij trekken tegen de bedoelde leer, doch wij wenschen alleen te doen uitkomen, dat het onderwerp nog niet is uitgeput.

Wij beslissen niet tusschen den schrijver en Mr. A. PHILIPS, doch meenen, dat de eerste te kort is in de bestrijding van het gevoelen des laatstgenoemden, die niet alleen de *jure constituto* heeft geredeneerd, maar ook de *jure constituendo* en de Belgische wet eene juridische ketterij zou hebben genoemd. De wetgever, zegt de schrijver, moet *niet alleen* letten op de streng logische ontwikkeling van het recht, maar *vooral ook* hierop, of de wetten wel in overeenstemming zijn met de behoeften en belangen van hen, die er aan onderworpen zullen zijn. Dit utiliteits-begrip is vrij rekbaar, en al wordt het toegegeven, is het in casu ten voordeele van den schrijver, al is het ten voordeele van credietgevers en nemers? Dat gezichtspunt verdient nog onderzoek.

4 Nov. 1870.

Ph. J. BACHIENE.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

Even voor het afdrukken van dit blad ontvingen wij de *Statistiek van het Gevangeniswezen in Nederland over 1868*, waaruit wij ons bejeveren de volgende slotsommen mede te deelen.

Het geheel getal gevangenen beliep in dat jaar 3690, zijnde 150 minder dan in 1867, en op 1866 na, het geringst getal over de vijf jaren 1864—68, waarvan het gemiddeld beliep 3694, dus vier meer dan het totaal bedrag over 1868.

In laatstgemeld jaar had men in de Strafgevangenen eene bevolking van 1980, in de Huizen van Verzekering, van 1068, in die van Arrest 527, en in die van Bewaring 115.

Het getal verblijfdagen der gevangenen bij afwisseling opgenomen, bedroegen in 1868 1,399,638; van 1864—68 is het gemiddelde der verblijfdagen 1,366,630, hetgeen een verschil van 33,008 dagen ten nadeele van 1868 geeft.

De verhouding van het gezamenlijk getal tot de bevolking des Rijks bedroeg over dat jaar op 1000 zielen 13,0; — in het jaar te voren was die 13,4; — de gemiddelde verhouding over de vijf jaren 1864—68 12,5.

In de Strafgevangenen, Huizen van Verzekering en Huizen van Arrest was het getal vreemdelingen in 1868 lager dan in de vier vorige jaren. In 1868 telde men 415 vreemdelingen (253 uit Pruisen, 66 uit België, 46 uit verschillende Deutsche Staten, 22); het is 't geringste getal over de jongste vijf jaren.

Wat den leeftijd der gevangenen betreft, er kwamen in 1868 voor 6,56 jeugdigen beneden de 16 jaren. Het getal jeugdigen beneden de 16 jaren is van 1864—1868 van 1412 tot 1219 gedaald en de verhouding van het getal tot de bevolking der Strafgevangenen, Huizen van Verzekering en van Arrest over gemeld tijdperk is van 8,14 tot 6,56 verminderd.

Op grond van art. 66 Weth. van Str. waren er bij afwisseling jongens (te Alkmaar) 195, meisjes (te Montfoort) 50, te zamen 245 of 10 meer dan in het jaar te voren.

In vergelijking met de uitkomsten van 1864—67 was de gezondheidstoestand in de Strafgevangenen, Huizen van Verzekering en van Arrest over 1868 niet gunstig. Er waren in 't geheel eens of meermalen ziek geweest 3644, niet ziek geweest 14,927; verhouding 1 ziek op de 4,09. In de Strafgevangenen was de verhouding 1 op de 1,18, in de Huizen van Verzekering 1 op de 4,18 en in die van Arrest 1 op de 7,74. — De verhouding over het totaal cijfer in 1867 was 1 op de 5,41.

De sterfte staat nagenoeg gelijk met die in 1867, doch levert een gunstig verschil op met de cijfers van 1864—66. Immers had men in 1868 eene sterfte van 61 personen of 0,32 pct.; — in 1867 was de verhouding 0,31, in 1864 zelfs van 0,55. — In de Strafgevangenen is de verhouding het ongunstigst; in 1868 overleden daarin 34 of 1,30 pct.; in de Huizen van Verzekering 15 of 1,18 pct. en in die van Arrest 12 of 0,15 pct.

Er hadden in 1868 7 zelfmoorden in de gevangenen plaats, waarvan 4 in de Huizen van Arrest. In 1867 deed zich hetzelfde getal voor, in 1866 maar 1, in de beide vorige jaren telkens 3.

2 gevallen van krankzinnigheid hebben zich in 1868 onder de gevangenen opgedaan; in 1867 was dit 8, in 1866 zelfs 10, in 1865 9

en in 1864 4, zoodat het jaar 1868 in dat opzigt het gunstigst van dat vijfjarig tijdperk geweest is.

Het getal kinderen in 1868 met de moeders in de gevangnissen opgenomen of in de gevangnissen geboren, bedraagt 517, zijnde 48 minder dan in het jaar te voren, maar toch altijd merkelyk meer dan in elk der drie jaren 1864—66.

Het getal gegijzelden wegens schulden beliep in 1868 104, waarvan 4 vrouwen; in het jaar te voren was het totaal cijfer 97, in 1866 92, in 1865 84; — dus is het steeds klimmende geweest. — Ontslagen werden in 1868: den dag der opneming, 5; daags daarna, 5; van 2 tot 5 dagen, 9; van 6 tot 14 dagen, 13; van 15 tot 30 dagen, 19; van 1 maand tot 3 maanden, 30; van 3 tot 6 volle maanden, 18; van 6 maanden tot 1 jaar, 7; van 1 vol jaar tot 3 maanden, 3; — dus ontslagen in 't geheel 109, waarvan 5 vrouwen.

Het getal gegijzelden wegens boeten en geregtskosten beliep in 1868 205, zijnde het minimum over de vier jongste jaren, waarvan het maximum (829) voorkomt in 1865.

Wat den duur der straffen in de Strafgevangnissen in 1868 betreft, van het totaal-cijfer (850) was de gevangenisstraf: van 2—5 jaar, 335; van 5—10, 342; van 10—15, 71; van 15—20, 20; meer dan 20 jaar, 1.

Het geheel der *criminele* en *correctionnele* gevangenen was (zonder de militairen) als volgt:

	criminel.	correctionnel.
Over 1868	850	13,164
" 1867	855	13,916
" 1866	847	13,249
" 1865	898	13,330
" 1864	935	12,439

Het getal *recidivisten* is over 1868 lager dan over 1864—67. De verhouding daarvan tot de bevolking der Strafgevangnissen, Huizen van Verzekering en Huizen van Arrest was over 1868 25,3 pct., en over 1864—67 gemiddeld 25,7 pct. Het cijfer der *cellulaire* recidivisten was over 1868 110 lager. Het geheel getal cellulair veroordeelden beliep in dat jaar 3712, waarvan recidivisten 777; in 1867 waren die cijfers respectievelijk 3860 en 887.

In 1868 bedroeg het getal militaire gevangenen 754, terwijl 830 gevangenen dezer categorie gedurende 1867 aanwezig waren. Veroordeeld door den militairen regter waren 733, door den burgerlijken regter 21. Het totaal-cijfer is het geringste over dit jongst vijfjarig tijdperk, in 1867 en 1864 was 't het maximum, nl. telkens 830. Te Leiden waren in 1868 opgesloten 481, als van de inf. 246, kavall. 87, artill. 95, genie 14, zeemagt 69. Van het gezamenlijk getal waren 441 vrijwilligers en 40 miliciens of nommerverwisselaars.

In de Huizen van Verzekering en van Arrest werden in 1868 opgenomen bij de corpsen *disciplinair-gestraften* 113; — terwijl in die Huizen en in de Huizen van Bewaring het getal nalatige miliciens en gestrafte verlofgangers bedroeg 249.

Tegenover 1867 zijn in 1868 toegenomen de cijfers van valscheid in geschriften, feitelyke wederspanningheid, kindermoord, aantasting van zeden en verkrachting, hoon en laster, bankroet en opligtig, brandstichting, vernieling en schade; — doch zijn gedaald de getallen van bedelarij en landlooperij, moord, moedwillige verwonding, valsche getuigenis en meeneed.

THEMIS. — 1870. — N^o. 1.

LIJST VAN NIEUW UITGEKOMEN REGTSGELEERDE WERKEN.

Nederlandsche literatuur.

- Jaarboekje der Regterlijke Magt*, voor 1870, 31e Jaarg., te zamengesteld onder toezigt van Mr. C. C. E. d' ENGELBRONNER. Gorinchem, v. d. MAST.
- HARTMAN Jz. (H. G.) *Bestuur en Administratie der Gemeenten in Nederland*, II Dl., 's Hage, GEBR. BELINFANTE.
- Ontwerp van Wet met Memorie van Toelichting betrekkelijk de *Afschaffing der Doodstraf*. 's Hage, GEBR. BELINFANTE. (Id. vertaling in het Fransch met eenige aantekeningen.)
- HOOG (Mr. J. M.), Wet tot vaststelling van bepalingen betrekkelijk het begraven van lijen, de begraafplaatsen en de begrafenisregten, opgehelder. Iste St. Arnhem, Is. AN. NYHOFF en Zoon.

Fransche literatuur.

- Résumé de répétitions écrites sur le droit romain, conform. au programme officiel; par M. R. DE COUDER, av. In-18^o, 369 pag. Paris, MARESCQ aîné.
- Histoire des institutions judiciaires des Romains : Jurisdictions. Actions. Procédure; par J. LATREILLE, juge au trib. de St.-Girons. T. I. Droit primitif. Actions de la loi. In 8^o, 325 p. Paris, MARESCQ aîné.
- La Cité antique, étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et Rome; par F. DE COULANGES, prof. d' Inst. à la Fac. des lettres de Strasbourg. 3e éd.; in-18^o, 500 pag. Paris, L. HACHETTE et C.
- Des sociétés particulières en droit romain. Des sociétés ouvrières (sociétés coopératives) et de leur situation légale en France en droit français. Thèse: par P. H. VALLEROUX, avoc. In-8^o, 300 pag. Paris, PICHON-LAMY.
- Du divorce en droit romain. Du divorce et de la séparation de corps en dr. franc. Thèse; par F. SOURBÈS, avoc. In-8^o, 266 pag. Paris, PICHON-LAMY et DEWES.
- Manuel de droit romain, ou explication des Institutes de Justinien; précédé d'une introduction historique à l'étude du droit romain et d'une bibliothèque choisie de ce droit, par E. LAGRANGE, subst du proc. impérial. In-18^o, 610 pag. Paris, MARESCQ aîné.
- Études sur les institutions sociales et politiques modernes considérées dans leurs rapports avec la propriété et l'agriculture; par M. BOUDOT DE CHALLAYE, vice-prés. du trib. civ. de Montbrison. T. 2 et 3, le part. In-8^o, 1148 pag. Paris, DURAND.

- La Liberté civile et le pouvoir administratif, en France; par Eug. POITOU. In-18°, 343 pag. Paris, CHARPENTIER.
- Constitution de l'empire français et sénatus-consultes portant modification de la constitution. In-18°, 75 p. Paris, P. DUPONT.
- Répertoire usuel de droit administratif; par W. NOYER, 2e tirage, Gr. in-8°, 215 pag. Paris COTILLON.
- La Sécurité des affaires civiles et commerciales par l'explication raisonnée des lois de l'Empire français, etc.; ouvr. publié sous la direction de A. D'AUTHELANDE. 2e éd. In-18°, 1284 pag. Paris, VIÉVILLE et CAPIOMONS.
- Le Droit de l'enfant. L'Enfant né hors mariage; par EM. ACOLLAS. 2e éd. In-18°, 161 pag. Paris, GERMER-BAILLIERE.
- Traité théorique et pratique des actions possessoires, publié sous la direction de M. P. DUPONT, député. In-8°, Paris, P. DUPONT.
- Traité des servitudes, ou confrontation du droit français avec les lois romaines concernant les droits d'usage et les services fonciers; par M. GAVINI DE CAMPILE, prés. de chambre à la cour imp. de Montpellier. T. 3. In-8°, 648 pag. Paris, HINGRAY.
- (Daar het tweede gedeelte van dit deel eerst in 1869 gedrukt is, is het op de hoogte der regtsspraak gehouden.)
- Des legs universels et à titre universel. Des frais en matière pénale; par J. LEFORT. In-8°, 110 pag. Paris, THORIN.
- Du contrat de gage commercial et du privilège des commissionnaires ou consignataires d'après la loi du 23 mai 1863 etc.; par AD. ROUSSEAU, avoc. In-18°, 79 pag. Paris, DENTU. (Petits traités de droit commercial.)
- De la propriété des rivages de la mer et autres dépendances du domaine public, étude sur les principes de la législation domaniale; par GAY, administr. de l'enregistrement, des dom. et du timbre, en retraite. In-8°, 47 pag. Paris, COTILLON.
- De la faillite des non-commerçants. Etude de droit comparé; par L. A. DE MONTLUC, avoc. In-8°, 92 pag. Paris, DURAND. (Extr. de la 4e livr. de la *Rev. d. dr. intern.*, le ann., n°. 34).
- Le Droit commun pour les indigènes en Algérie; par VINET, réd. en chef de «l'Indépendant de Constantine.» In-8°, 96 pag. Paris, LE CHEVALIER.
- Résumé de répétitions écrites sur le droit pénal (code pén. et code d'instr. crimin.); par M. F. BOEUF, répétiteur de droit. 2de édit., revue et augm. In-18°, 396 pag. Paris, DAUVIN FRÈRES. (2e examen du baccalauréat.)
- La peine de mort, récit; par J. SIMON. 2e éd. In-18°, 186 pag. Libr. internationale.
- La Magistrature française et ses détracteurs. Des juges électifs, du jury des traitements; par M. G. ROUSSET, juge à Marseille. In-8°, 31 pag. Marseille, CAMOIN.
- Lettre à l'Empereur sur l'institution judiciaire ou la magistrature; par R. D' AIGUY, cons. à la Cour imp. de Lyon. In-8°, 48 pag. Paris, FÉLIX GIRARD.

Memento sur les peines accessoires et spécialement sur la surveillance de la police, son exécution pratique et ses effets, d'après les lois pénales de la France, de l'Angleterre, de la Prusse, de l'Espagne, de l'Italie etc. pour servir à l'étude de la question du patronage des libérés; par L. VIDAL, inspect. génér. le cl. des prisons et des établ. pénit. de l'empire. In-8°, 48 pag. Paris, A. CHAIX et Cie.

Italiaansche Literatuur.

CORSO elementare di Codice civile italiano dell'avv. FRANC. BIANCHI
Dispensa V, In-8°, pag. 257 à 320. Parma, GRAZIOLI.

De la répression des usurpations de noms et titres noblesse. Jurisprudence nobiliaire, par le marquis DE MAGNY (Cl. D). 3e éd. In-8°, pag. 162. Turin, FRATELLI BOCCA.

Le leggi italiane nelle loro relazioni colla scienza e la civiltà. Prima memoria del conte DI VENTIMIGLIA DI GERACI. In-8°, pag. 137. Milan, VALENTINER e MUES.

Deutsche literatuur.

Bibliothek (philosophische), Inhalt 34—42: Des HUGO GROTIUS drei Bücher üb. das Recht d. Krieger u. Friedens. Berlin, HELMANN.

CZYHARZ, (Prof. Dr. K.) das römische Dotalrecht. Gr. 8°, 506 S. Giessen, PROTH.

HIERSEMENZEL (E.), die Verfassung d. norddeutschen Bundes. 2 Bd. 1 Hft. gr. 8°, 466 S. Berlin, HEMPEL.

HEYSLER, Prof. Dr. M., das Civilunrecht u. seine Formen. gr. 8°, 60 S. Wien, GEROLD'S SOHN.

KOCH (Dr. E. F.), allgemeines Landrecht f. d. preussischen Staaten. Unter Andeutg der obsoleten od. aufgehobenen Vorschriften u. Einschaltg. der jüngeren noch gelt. Bestimmun. hrsg. m. Kommentar u. Anmerkgn. 5 verm. Aufl. 1 Thl. 1 Bd. 2 u. 3 Lfg. gr. 8 (S. 97—512). Berlin, GUTTENTAG.

SCHERING, geh. Ob.-Just.-R., allgemeines Landrecht f. die preussischen Staaten. Im Antrage d. Justiz-Ministers m. Anmerkgn. u. e. ergänz. Nachtrage hrsg. 1 Abth. (Text). 4 Bde. 2 verm. u. verb. Ausg. gr. 8°. (288—325 S.) Berlin, NAUCK en Cie.

— dass. Ergänzungsheft [1863—1869]. gr. 8°, 170 S.

KAH, Oberamts-Richter K., das badische Landrecht in seiner jetzigen Geltung annotirt nach Gesetzen u. z. w. 2e verm. u. verb. Aufl. 8°, 678 S. Freiburg, HERDER.

SIEBENHAAR, Ob.-App.-Ger.-Vice-Pres. Dr. Ed., Commentar zu dem bürgerl. Gesetzbuche f. das Königr. Sachsen. 2. vollständig umgearb. Aufl. 2 u. 3 Bd. Bd. gr. 8°, Leipzig, HINRICH.

SCHMITT, App.-Ger.-R. Dr. Gfr., der bayerische Civilprocess nach der Civilprocessordng. vom 29 April 1869 systematisch dargestellt. (In 8—10 Lfgn.) 1 Lfg. Lex.-8°. (160 S.) Bamberg, BUCHNER.

- BARTH (Dr. M. Ad.), Commentar zur neuen Civilprozessordnung f. das Königr. Bayern. 4 Lfg, gr. 8o. (S. 289—383) Nördlingen, BECK.
- WERNZ, Ob.-App.-R. J., Commentar zur Processordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten f. das Königr. Bayern. 2 Lfg. Lex.-8o. München, OLDENBOURG.
- VIERLING (Assess. Alb.) die Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten f. das Königr. Bayern. Mit Erläuterugn. zumeist aus den Quellen. gr. (XVIII, 531 S.) Nördlingen, BECK.
- SCHUMANN, Konsist.-R. J., das Institut der Civilehe vom Standpunkte d. heutigen Staates u. der öffentlich aufgenommen Kirchen betrachtet. gr. 8o, 92 S. Nördlingen, BECK.
- Sammlung neuer Gesetze u. Verordnungen, n^o. 5.: Anhang zur Civilprozess-Ordnung. 8^o. (104 S.) Hermannstadt, MICHAELIS.
- SCHÜBLER, Ob.-Trib.-Procur, die bürgerlichen Rechte der Württemberger aus den einheim. u. fremden Gezetzen zusammengestellt. Mit Anh. üb. die neuen Justizgesetze. 2 verb. Aufl. gr. 8o, 170 S. Stuttgart, GRÜNINGER.
- ULLMER, Dr. R. Ed., Commentar zum privat-rechtl. Gesetzbuche d. Kantons Zürich. I Thl.: Das Personen- u. Familienrecht. gr. 8o, 248 S. Zürich, ORELL u. Cie.
- WENGLER, Gerichts.-R. F. A., der Concurs der Gläubiger nach königl. sächsischem Rechte unter vergleich. Berücksichtg. gemeinrechtl. Grundsätze dargestellt. gr. 8o, 248 S. Leipzig, ROSSBERG.
- MARSCHNER (geh.-R. Dr.) die Einheit d. Handelsrechts durch das Bundes-Oberhandelsgericht. gr. 8o, (III, 71 S.) Leipzig, 1870, ROSSBERG.

Engelsche literatuur.

- People's Guide to the New Law of Bankruptcy. Roy. 8vo, London, HOULSTON.
- PRATT'S Law of Highways. 11the ed. London, SHAW a. SONS.
- GAIUS. The Commentaries of Gaius on the Roman Law with an English Translation and Annotations. By Tr. TOMKINS and W. G. LEMON. 8vo pp. 796. London, BUTTERWORTH.
- PRIDEAUX'S Precedents in Conveyancing, with Dissertations on its Law and Practice, 6th. ed. pp. 1524. London, STEVENS.
- SHELFORD'S Law of Joint-Stock Companies. 2ne edit. much enlarged. By D. PITCAIRN and F. L. LATHAM. 8vo pp. 584. London, BUTTERWORTH.

Amerikaansche literatuur.

- CURTIS (G. T.), Equity Precedents. 4th. edit. 8vo, Boston, pp. 596.
- REDFIELD (J. F.), The Law of Railways. 4th. edit. 3 vols 8vo, pp. 1441. Boston.
- HILLIARD (F.), The American Law of Real Property, 4th. edit. revised. 2 vols. 8vo, pp. 1767. Albany.

LIJST VAN NIEUW UITGEKOMEN RECHTSGELEERDE WERKEN.

Nederlandsche literatuur.

BITZIUS (A.), Die Todesstrafe vom Standpunkt der Religion und der theolog. Wissenschaft. (Gekr. Preisschrift). Leiden, D. NOOTHOVEN VAN GOOR.

— De Nederduitsche vertaling dier verhandeling; id., id.

Het Ontwerp van Wet, betreffende de Afschaffing der Doodstraf in Nederland, met de Memorie van Toelichting; 's Hage, GEBROEDERS BELINFANTE.

— De Fransche vertaling hiervan en van het Voorloopig Verslag, benevens de Memorie van Antwoord, met eenige aanteekeningen; 's Hage, id.

DR. F. SCHWARZE, Aphorismen der Doodstraf (vooral ter wederlegging van Prof. Dr. KUNTZE'S geschrift over die straf), met een woord vooraf dor Mr. G. BELINFANTE; 's Hage, id.

MR. A. E. J. MODDERMAN, Het Openbaar Ministerie bij den Hoogen Raad en het Recht van Verdediging in Cassatie; 's Hage, id.

RHJN (L. J. VAN), De Doodstraf verdedigd; Utrecht, KEMINK EN ZOON.

SMEELE (Mr. J. P.), Vergelijkende Repertoria op Wetboeken van Suriname, Curaçao en Nederland. Strafvordering; 's Hage, M. NIJHOFF.

Wet tot vaststelling van bepalingen betreffende het begraven van lijken, de begraafplaatsen en de begrafenisregten, opgehelderd door eene Aanteekening van Mr. J. M. Hoog, Tweede stuk; Arnhem, IS. AN. NIJHOFF EN ZOON.

T. M. C. ASSER, de l'Effet ou de l'exécution des Jugemens rendus à l'étranger en matière civile et commerciale; La Haye, BELINFANTE FRÈRES.

P. M. ALSTORPHIUS GREVELINK (Mr.), Het Iersch Gevangenisstelsel in verband met het beheer onzer gevangenen en bedelaarsgestichten; 's Hage, MARTINUS NIJHOFF.

Fransche literatuur.

Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien avec le texte, la traduction en regard et les explications sous chaque paragraphe, précédée de l'histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne et d'une généralisation du droit romain, d'après les textes anciennement connus, ou plus récemment découverts; par M. ORTOLAN, prof. et avoc.; 8e édit., revue et considérablement augmentée. Paris, H. PLON.

- Des obligations littéraires en droit romain; par L. GALLIARD, avoc. In-8o, 32 p. Besançon, ROBLOT.
- De partage des successions en droit romain et en droit français, par GROUSLÉ, avoc., dr. en dr.; 1 vol. gr. in-8o., Paris, E. THORIN.
- Etude sur l'action paulienne, par E. NAQUET, avoc., dr. en droit, lauréat de la Fac. de dr.; Paris, PICHON-LAMY ET DEWEZ.
- Traité des Servitudes, ou Confrontation du Droit français avec les lois romaines, concernant les droits d'usage et les services fonciers, par GAVINI DE CAMPILE, cons. à la Cour imp. de Bastia; 3 vol in-8o. (1853—1870); Paris, id.
- De l'Hypothèque en droit romain. De la réserve et de la quotité disponible en droit français. Thèse, par F. C. LEDUC, avoc.; Paris, id.
- BLUNTSCHLI, Le Droit international codifié, par M. BLUNTSCHLI, député au parlement douanier allemand. Trad. de l'allemand, par M. C. LARDY, dr. en droit, et précédé d'une préface, par M. ED. LABOULAYE, de l'Inst. In-8o., 50 p.; Paris, GUILLAUMIN ET Cie.
- Droit des gens. Etude sur la convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868), par G. MOYRIER; Paris, J. CHERBULIEZ.
- Etudes sur les nationalités, leur formation et leurs rapports, par EUG. RICHARD, avoc.; Paris, id.
- L'unification monétaire internationale, ses conditions et ses perspectives, par FEER-HERZOG; Paris, id.
- De la propriété des Rivages de la Mer et autres dépendances du domaine public, étude sur les principes de la législation domaniale, par GAY, avoc. adm. de l'eureg. et des domaines. Brochure in-8o.; Paris, COTILLON. [Un arrêt de la Cour de Caen, confirmé par la Cour de cassation et contestant aux communes le droit de tirer parti des rivages de la mer en les affermant, a été l'occasion de cette brochure dont l'auteur combat la dite jurisprudence. On a remarqué dans ce travail l'élégance du style unie à la solidité de l'argumentation.]
- Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois et spécialement du Code Napoléon, par CH. BROCHER, dr. et prof. en droit. In-8o., 246 p.; Paris, THORIN.
- Principes de droit civil. par LAURENT, prof. à l'Univ. de Gand. Tom. II, in-8o.; Paris, A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL.
L'ouvrage aura six à huit volumes qui paraîtront successivement.
- FLACH, De la subrogation réelle, in-8o.; Paris, id.
- SÉNÉSIA (ALF.), De l'acte de naissance de l'enfant naturel. In-8o.; Paris, A. DURAND. (Mémoire couronné au concours universitaire de 1867—68).
- Du paiement indu, en dr. rom. et en dr. franç., Thèse, par CH. CHAM-
BON, avoc. In-8o., 264 p.; Paris, PICHON-LAMY ET DEWEZ.
- Manuel de droit civil contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques, par EM. AOLLAS. Tome deuxième; Paris, GERMER BAILLIÈRE.

- De la condition de la dot mobilière de la femme pendant le mariage, en droit romain et en droit français. Thèse. In-8o., 189 p.; Paris; VALLÉE.
- Répétitions écrites sur le Code de procédure civile, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, suivies d'un formulaire, par M. F. MOURLON, dr. en droit, avoc., 4e édit. In-8o., 547 p.; Paris, MARESC AÎNÉ. (Ce volume comprend les matières de l'examen.)
- BIMBENET (J. E.), Les Conciles d'Orléans, considérés comme source du droit coutumier et principes de la Constitution de l'Eglise galloise. In-8o.; Paris, COTILLON.
- DESJARDINS (A.), prof. agrégé à la Fac. de dr. à Paris, le pouvoir civil au Concile de Trente, 2e éd. In-8o., Paris, id.
- HOFFMANN (J. B.), Traité historique des questions préjudicielles en matière répressive selon le droit français, précédé d'un Exposé dans la même forme, de l'action publique et de l'action civile considérées séparément et dans leurs rapports mutuels. 1865—1870, 3 vol. in-8o.; Paris, A. DUBAND ET PEDONE-LAURIEL.
- Observations à propos de projets de réforme de l'organisation judiciaire et de la révision du Code Napoléon, par ERN. AUBERGÉ, juge à Melun. In-8o., 16 pag.; Paris, GOURY.
- La Cour d'Assises, traité pratique par CH. NOUGIER, cons. à la cour de cassation, 4e et dernier vol. in-8o.; Paris, COSSE, MARCHAL ET Cie.
- La Magistrature française et ses détracteurs, par M. S. ROUSSET, juge à Marseille.
- Etude sur une erreur judiciaire. Affaire Lelye et Puré, accusés d'assassinat à Laon, par M. A. CAMBIER. In-8o., 22 pag.; Laon, DE COQUET ET STENGER.
- Aperçu sur les motifs de la progression des cas de récidive en matière de criminalité, à propos des questions soumises à l'examen de la commission instituée par un décret de S. M. l'Empereur en date du 6 octobre 1860, par J. LALOU, inspecteur général des prisons et établ. pénitentiaires. In-8o., 37 p.; Paris, A. CHAIX ET Cie.
- Récits picards, Procès célèbres, Exécutions capitales, par A. JANVIER (1615—1789). In-8o.; Amiens, CAILLAUX.
- Histoire du droit criminel de l'Espagne, par ALB. DU BOYS, ancien magistrat. Pour faire suite à l'Histoire du droit criminel des peuples modernes du même auteur. In-8o., 732 pag., Paris, DUBAND ET PEDONE-LAURIEL.
- Du vol et de sa répression d'après les lois germaines, par AR. DEMARCY. In-8o.; Paris, id.
- WORMS (E.), Rapport du Droit Pénal avec l'Economie politique. In-8o.; Paris, COTILLON. [«Dès avant la publication de ce travail, qui a eu les honneurs préalables d'une lecture à l'Institut et à la Sorbonne, la presse s'est emparée, pour les discuter avec une vivacité extrême, des conclusions qu'il formule et des développements qui les ont motivés. C'est qu'en effet il était difficile à un auteur d'aborder un sujet plus neuf et se prêtant davantage à des considérations du plus haut intérêt social, puisqu'il ne s'y agit pas moins que du rajeunissement et de la transformation de la législation pénale sous

l'influence et du courant des idées économiques, qui pénètrent de plus en plus dans nos pratiques commerciales, industrielles ou financières, dans nos moeurs et dans les sphères législatives. Pour avoir découvert une mine jusqu'alors inexplorée et totalement inconnue, M. WORMS mérite des félicitations unanimes, mais le lecteur pourra se convaincre que cet écrivain a su de plus, rien, qu'en s'en tenant aux grandes lignes, conquérir les richesses qu'elle recèle à la science contemporaine dont il continue à être un des plus zélés adeptes.]]

CHAUVEAU, ADOLPHE, sa vie, ses oeuvres, son enseignement, par M. ROZY, prof. à la Fac. de dr. de Toulouse (avec portr.); Paris, PICHON-LAMY ET DEWEZ.

Eloge de Berryer, discours prononcé à l'ouverture de la Conférence des avocats, le 8 janvier 1870, par J. DEVELLE, avoc. In-8o., 79 p.; Paris, LAHURE.

MOLL (ALEX.), doct. et avoc., Etude sur le projet de Code rural, liv. Ier. In-8o.; Paris, A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL.

Des Assurances sur la vie dans leur rapport avec les principes du droit civil, du droit commercial et les lois de l'enregistrement, par L. A. DE MONTLUC, dr. en droit, 1 vol. gr. in-8o.; Paris, E. THORIN. (Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris.)

Code annoté des sociétés de secours mutuels, recueil complet de la législation et de la jurisprudence qui régissent ces associations, ainsi que les caisses d'épargne; la caisse de retraites pour la vieillesse, etc., par M. O. DEJEAN, anc. magistrat, 4e éd., rev. et cons. augmentée. In-8o., 166 p.; Bordeaux, CHAUMAS.

De la condition légale des sociétés étrangères en France et des rapports de ces sociétés avec leurs actionnaires, porteurs d'obligations et autres créanciers, par CH. LYON-CAEN, avoc. In-8o., 166 p.; Paris, COTILLON.

De la revendication des billets de banque perdus ou volés, par H. GODART, avoc. In-8o. Extr. de la *Revue crit. de légis.*; Paris, COTILLON.

Exposé de la législation coutumière de l'Artois, par E. LECESNE, avoc. In-8o., 618 pag.; Paris, DURAND.

Elementos de jurisprudencia mercantil, por D. EUGENIO DE TAPIA. Nueva edic., consid. aumentada, y refundida con arreglo al nuevo codigo de comercio. In-8o., 265 p.; Paris, ROSA et BOURRET.

Le Code civil Italien. Etude sommaire, par M. le sénateur ROMUALD DE HUBÉ. Trad. du polonais par ALEX. STEKERT. In-8o., 54 p.; Toulouse, CAILLOL et BAYLAC.

Coleccion historica completa de los tratados, convenciones, capitulaciones, armisticios, y otros actos diplomaticos de todos los estados de la America latina comprendidos entre el golfo de Mejico y el cabo de Hornos, desde el año de 1493 hasta nuestros días, por CARLOS CALVO. Primer periodo. T. 11. In-8o., 384 p.; Paris, DURAND etc.

J. FALRET, le dr., des législations étrangères sur les aliénés et des réformes proposées à la loi de 1838, 28 pag.; Paris, ASSELIN. (Extr. des *Archiv. gén. de médec.*, numéro d'octobre 1869.)

Italiaansche literatuur.

- ALIANELLI (NIC.), *Instituzioni di Diritto commerciale, secondo il Codice italiano di commercio.* In-8o.; R. ROCCO, Napoli.
- ALLARA (CARLO), *Della promessa di matrimonio e delle condizioni necessarie per contrarlo, cause di sua nullità.* In-4o.; CIVELLI, Torino.
- APONTE (L.), *Raccolta di sentenze in applicazione alle leggi sull' Asse Ecclesiastico. Appendice al commentario delle leggi eversive.* T. I. In-8o.; DE ANGELIS, Napoli.
- BURCO (G.), *Gli atti dello Stato Civile ridotti ad esercizio pratico, con 125 formulari corredati di annotazioni direttive.* In-4o.; GATTI, Voghera.
- BURRI (ANGIOLO), avvocato, *Dei Diritti delle donne secondo al Codice Civile italiano.* In-4o.; T. SALANI, Firenze.
- CAPERLE (DR. A.), *La Legge di Cambio germanica e il Diritto cambiario del Codice di commercio italiano del 25 Giugno 1865. Relazione alla Camera di commercio di Verona.* In-8o.; VICENTINI E FRANCHINI, Verona.
- CERCIA (P. RAFF.), *Lezioni di Diritto canonico, publico e privato, opera posthuma, vol. II.* In-8o.; T. VIDALE, Napoli.
- DE MARTINIS (RAFF.), *La Legislazione italiana e il matrimonio delle persone religiose, lettere ad un magistrato di provincia.* In-8o.; T. S. DE LELLA, Napoli.

Deutsche literatuur.

- QUARITSCH (DR.), *Institutionen u. Rechtsgeschichte. Lehrbuch u. Repetitorium d. röm. Privatrechts u. Civilprocesses, 2 voll. umgearb.* Ausg. gr. 8., 352 S.; Berlin, WEBER.
- STOBBE (DR. O.), *Herman Conring, der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte. Rede beim Antritt d. Rectorats der Univ. Breslau am 15 Oct. 1869 gehalten,* gr. 8o., 44 S.; Berlin, HERTZ.
- RÖNNE, *App.-Gen.-Vice-Präsid. u. D. Dr. Ludw. v., das Staatsrecht der preussischen Monarchie,* 3 verm. u. verb. Aufl. in 2 Bdn.; Leipzig, BROCKHAUS.
- FÖRSTER, *geh. Justiz-R. Dr. Frz., Theorie u. Praxis d. heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage d. gemeinen deutschen Rechts.* 3 Bnd., 2 Aufl., gr. 8o., 703 S.; Berlin, G. REINER.
- LANDGRAFF (THDR.), *das Bundes- u. Staatsbürgerrecht im norddeutschen Bunde,* gr. 8o., 55 S.; Leipzig, HINRICHS.
- EVELT, *Kreis-Ger.-Dir. Jos., das preussische Civilrecht f. das Studium u. die Praxis systematisch dargestellt, 2e vielf. verm. u. umgearb. Aufl. hrsg. v. Kreis-Ger. Dir. AUG. EVELT, 2 Thl. [Das Wechsel-, Handels- u. Seerecht f. das Studium u. die Praxis angeh. Geschäftsmänner systematisch dargestellt],* gr. 8o., 304 S.; Paderborn, SCHÖNINGH.

- ENDERMANN, Ob.-App.-R. Prof. Dr. W., die Rechtshülfe in norddeutschen Bunde. Erläuterungen d. Bundesgesetzes vom 21 Juni 1869, 2 (Schluss-) Lfg., gr. 8o.; Berlin, GUTTENTAG.
- THUDICHUM, (Prof. Dr. FRDR.), Verfassungsrecht d. norddeutschen Bundes u. d. deutschen Zollvereins, 2 Abth., gr. 8o., S. 241—679, Schluss; Tübingen, LAUPP.
- PLATHNER (Obertrib.-R.), Gutachten üb den Entwurf e. Prozesordnung in bürgerl. Rechts-Streitigkeiten f. d. norddeuts. Bund auf Erfordern der ständigen Deputation d. deutschen Juristentages f. den deutschen Juristentag erstattet, Lex.-So., 86 S.; Berlin, HEMPEL.
- Entwurf e. Prozesordnung im bürgerl. Rechtsstreitigkeiten f. den norddeutschen Bund vervolst. Entwurf), gr. 4o., 217 S.; Berlin, v. DECKER.
- SCHMITT (App.-Ger.-R., Dr. GFR.), der bayerische Civilprocess nach der Civilprocessorde vom 29 April 1869 systematisch dargestellt, 3 Lfgn. Lex.-So. (S. 321—480), Bamberg, BÜCHNER.
- WERNZ (Ober-App.-Ger.-R. J.), Commentar und Processordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten f. das Königr. Bayern, Lex.-8o.; München, OLDENBOURG.
- SZENICZEY (App.-Ger.-R. GUST. v.), das summarische Civilprozess-Verfahren, gr. 8o., 240 S.; Pesth, LAUFFER.
- BARTH (Dr. M. A.) Commentar zur neuen Civilprocessordnung f. das Königr. Bayern, 6 Ligr., gr. 8o.; Nördlingen, BECK.
- KOCH (Dr. C. F.), allgemeines Landrechts f. die preussischen Staaten. Unter Andeutg. der obsoleten od. aufgehobenen Vorschriften u. Einschaltg. der jüngeren noch gelt. Bestimmgn., hrsg. m. Commentar und Anmerkgn., 5 verm. Aufl., 1 Thl., 1 Bnd.; Berlin, GUTTENTAG.
- SNABEL (Dr. ANT.), Institutionen d. französischen Civilrechts (Code Napoleon), 1 Abth., gr. 8o., 416 S.; Mannheim, BENSHEIMER.
- Entwurf e. Gesetzes üb. das Vormundschaftswesen nebst Erläuterungen. Ausgearbeitet im königl. Justizministerium, gr. 8o., 128 S.; Berlin, v. DECKER.
- LINGG (Dr. MAX.), die Civilehe vom Standpunkte d. Rechts. Eine hist.-dogmat. Abhandlg., gr. 8o., 78 S.; Augsburg, SCHMID.
- ULLMER (Dr. ED.), Commentar zum privatrechl. Gesetzbuche d. Kantons Zürich, 2 Thl.: Das Sachenrecht, gr. 8o. (S. 249—535); Zürich, GRELL, FÜSZLI u. Co.
- BESSEL (A.), System der Subhastation (expropriation forcée) d. französischen Rechts nebst e. Anh. als Commentar der Subhastations-Ordnung vom 1 Aug. 1822, 2 umgearb. u. verm. Aufl., gr. 8o., 228 S.; Coblenz, BAEBEKER.
- BLUHME (geh. Just.-R. Prof. Dr. FR.), Codex d. rheinischen evangelischen Kirchenrechts, gr. 8o., 378 S., Elberfeld, FRIDERICH.
- FOERSTEMANN (Dr. TH.), Principien d. preuss. Polizeirechts dargestellt u. in ihren Grundlagen geprüft, gr. 8o., 487 S.; Berlin, HEMPEL.
- JOHN (Prof. Dr. R. ED.), das Strafrecht in Norddeutschland, Beurth. d. Entwurfes e. Strafgesetzbuches f. den norddeutschen Bund in Form e. revidirten Entwurfes, gr. 8o., 158 S.; Göttingen VANDEN HOEK u. RUPRECHT.

- VOLLERT (App.-Ger.-R. Dr. A.), des revidirte Entwurf e. Strafgesetzbuches f. den norddeutschen Bund besprochen. (Aus d. Bl. f. Rechtspflege in Thüringen u. Anhalt.), gr. So., 80 S.; Jena, F. FROMMANN.
- BRUNN (F.), üb. die Vollziehung der Strafarbeit. Nebst aml. Bericht üb. den Zustand der dänischen Strafanstalten während d. Zeitraums vom 1 April 1863 bis zum 31 März 1868. Unter Mitwirk. d. Verf. aus d. Dän. übersetzt u. m. e. Forwort versehen v. J. A. ELVERS (Aus d. Bl. f. Gefängnisskunde), 1 Thl., gr. So., 204 S.; Heidelberg, WEISS.
- Klagen u. Eireden f. 101 Prozesse aus dem röm. Rechte, So., 151 S.; Würzburg, STABEL.
- Betrachtungen ub. den Entwurf e. Strafgesetzbuches f. den norddeutschen Bund. Von e. prakt. Juristen, gr. So., 30 S.; Breslau, VIAL u. FREUND.
- SCHULTZE (Kreisrichter Dr. A. S.), die Verleitung zum falschen Eide als selbständiges Verbrechen m. Bezug auf § 139 d. Entwurfs e. Strafgesetzbuches f. dem norddeutschen Bund u. § 130 d. preussischen Strafgesetzb., gr. So., 35 S.; Berlin, GUTTENTAG.
- Blätter f. Gefängnisskunde. Organ d. Vereins f. deutschen Strafanstaltsbeamten. Unter Mitwirkg. d. engeren Vereins-Ausschlusses red. v. Dir. G. EKERT, 4 Bnd. Extrahft, gr. So.; Heidelberg, WEISS. [Inhalt: Ueber den Begriff der Strafanstalt. — Arbeit u. die Beibehalt der Zuchthausstrafe in dem Entwurf d. norddeutschen Strafgesetzes. Zwei Fragen begutachtet v. Past. ROMMEL.]
- BERNAN (Kreisrichter), die Abschaffung der Todesstrafe. Anmerkungen in dem Entw. e. Strafgesetzbuches f. d. norddeuts. Bund vom Juli 1869, gr. So., 67 S.; Berlin, v. DECKER.
- Aktenstücke d. Reichstages (d. norddeutschen Bundes). Session 1870. N. 1—4 Fol.; Berlin, KORTKAMPF. (Inhalt: 1. Entwurf e. Strafgesetzb. nebst Motiven u. Anlagen. — 2. Entw. e. Gesetzes üb. den Unterstützungs-Wohnsitz nebst Motiven. — 3. a. Entwurf e. Gesetzes, betr. das Urheberrecht v. Schriftwerken, Abbildungen u. s. w.; b. Schutz der Photographen gegen unbefugte Nachbildg. in Motiven. — 4. Entw. e. Gesetzes, betr. a. die Eheschlieszng. u. die Beurkundg. d. Personenstandes evangel. Bundes-Angehöriges in aussereuropäischen Ländern; b. die Erwerb. u. den Verlust der Bundes- u. Staatsangehörigkeit m. Motiven.)
- FÜRST (Robb. Dr. J.), das peinliche Rechtsverfahren im jüdischen Alterthum. Ein Beitrag zur Entscheidg. der Frage üb. Aufhebg. der Todesstrafe, gr. So., 18 S.; Heidelberg, BASSERMANN.
- Gefängnisse (die preussischen). Beschreibende Uebersicht der zum Ressort d. Ministeriums d. Inneren gehör. Straf- u. Gefangen-Anstalten, Fol., 203 S.; Berlin, v. DECKER.
- KOPPMANN (CLEM.), Militärstrafgesetzbuch u. Militärstrafgerichtsordnung f. das Königr. Bayern sammt dem Einführungsgesetze vom 29 April 1869 u. z. w.; München, RIEGER.
- MAYER (Adv. Dr. S.), zur Reform d. Strafprozesses, gr. So., 90 S.; Frankfurt a./M., AUFFARTH.

STENGLEIN (App.-Ger.-R. M.), das Strafgesetzbuch f. das Königr. Bayern vom 10 Nov. 1861 erläutert aus den Materialien der Rechtslehre u. den Entscheidgn. der Gerichte, Lex.-8o.; München, OLDENBOURG.

Engelsche literatuur.

- BYLES (M. B.), A Treatise of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes, and Cheques. 10 edit. with notes from the fifth American edition, 8vo, pp. 650; London, SWEET.
- SALAMAN (J. SEYMOUR), A Practical Guide to the Bankruptcy Law of 1869. 3rd. edit., 8vo, pp. 340; London, GROOMBRIDGE.
- SILLS (G.), A Treatise on the Bankruptcy Act, 1869; the Debtors Act, 1869, and the Bankruptcy Repeal Act, with the Rules and Orders under those Acts; together with an introduction and notes, 12mo, pp. 356; London, DAVIS.
- WILLIAMS (R. VAUGHAN and W. VAUGHAN), The New Law and Practice of Bankruptcy, 8vo, pp. 454; London, STEVENS AND SONS.
- MACKENZIE (Lord), Studies in Roman Law, with comparative Views of the Laws of France, England, and Scotland, 3rd. edit., 8vo, pp. 436; London, BLACKWOOD AND SONS.
- PETERSDORF (CH.), A Supplement to the last edition of the Concise Practical Abridgment of the Common and Statute Law as at present administered, roy. 8vo, pp. 456; London, BUTTERWORTH.
- DAVIS (H. F. W.), The Law of Building und Freehold Land societies in England, Scotland and Ireland, 12mo, pp. 774; London, SWEET.
- HUNT (A. J.), The Law relating to Boundaries and Fences and to the Rights of Property on the Sea Shore, and in the Beds of Public Rivers and other Waters, 2nd edit., 8vo, pp. 350; London, BUTTERWORTH.
- LEWIS (ANGELO J.), The Indian Penal Code, 16mo, pp. 198 (Indian Law Manuals, N. 1); London, W. H. ALLEN.
- WILKINSON (TH.), Elementary Precedents in Conveyancing, 12mo, pp. 320; London, H. COX.

Amerikaansche literatuur.

- ABBOTT, A Treatise on the Practise of U. S. Courts. Vol. 1, roy. 8vo, pp. 639; New-York.
- CHAMBERLIN (F.), American Commercial Law, 8vo, pp. 991; London, HARTFORD.
- LAW (S. D.), Copyright and Patent Laws of the United States to 1870, with Notes, Forms, and Indexes, 12mo, pp. 264, New-York.
- MORSE (J. T. jun.), A Treatise on the Law relating to Banks and Banking, with an Appendix containing the National Banking Act of 1864, and Amendments, 8vo, pp. 580; Boston.
-

LIJST VAN NIEUW UITGEKOMEN REGTSGELEERDE WERKEN.

Nederlandsche literatuur.

- BOEST (Mr. A. J.) Aanteekening van regterlijke uitspraken (1860—1870) op het wetb. v. Strafvordering. 's Hage, MARTINUS NYHOFF.
- OPZOOMER (Mr. C. W.), Het Burgerlijke Wetboek verklaard, IIIe dl., 2de afl. Ite Boek — van Zaken. 3e en 4e titel. Amsterdam, J. H. GEBHARD EN Co.
- OVERHOFF JR. (W. F.), De Nederlandsche Notaris, Handboek bij de uitoefening der notariële praktijk met toestemming van den oorspronkelijken schrijver op nieuw uitgegeven onder toezigt van Mr. J. Z. A. STOLK en W. COOPS. Zutphen, W. J. THIEME en Co.
- CREEMERS (Mr. W. C. T. J.), Aanteekeningen op de Nederlandsche wetboeken, bevattende de litteratuur en de jurisprudentie. Ie dl. 2e afl. (Burgerlijk Wetboek). Gron., B. WOLTERS.
- Handelingen van de Nederlandsche Juristen-vereeniging. — I. — 's Hage, GEBROEDERS BELINFANTE.
- Keuren en ordonnantiën der stad Delft. Van den aanvang der XVIIe eeuw tot het jaar 1536. Naar 2 H. S. gecopieërd en met eenige aanteekeningen voorzien door J. SOUTENDAM. Delft, J. H. MOLENBROEK (J. B. MOONE Bzn.).
- Het Regtsgeding van F. S. ELDERS; Amsterdam J. D. BROUWER.
- GRATAMA (Prof. Mr. B. J.), Hervorming van ons zakelijk regt aan grond en bodem. Groningen, J. B. WOLTERS.
- SCHURMAN (L. N.), Wet tot regeling van het Armbestuur zooals die gewijzigd is bij de wet van 1 Junij 1870 met betrekkelijke besluiten en Alph. Register. Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK.
- BEMMELÉN (P. van), La Peine et la Peine de Mort. 's Hage, GEBROEDERS BELINFANTE.

Fransche literatuur.

- Les Codes français collationnés sur les éditions officielles et les seuls où sont rapportés les textes du droit, ancien et intermédiaire nécessaires à l'intelligence des articles; par L. TREPIER, an. 21e édit. In-32, 1571 p. Paris, COTILLON.
- K. S. ZACHARLE, sa vie et ses oeuvres; par M. CH. BROCHER, dr. et prof. de droit civil. In-8o., 157 p., Paris. DURAND et PEDONE LAURIEL (Extr. d. l. Rev. hist. de dr. fr. et étr.).
- Cours de Code Napoléon de DEMOLOMBE (C.), doyen de la Fac. de droit: 1^o. Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, par C. DEMOLOMBE, doyen de la Fac. de dr. 4e édit. T. I. In 8o., 658 p. Paris, A. DURAND et L. HACHETTE et Cie.

- 2^o. Traité de la publication, des effets, et de l'application des lois en général. De la puissance et de la privation des droits civils; des actes de l'état civil; du domicile. 4^e éd. In-8^o., 595 p. Paris, id.
- 3^o. Traité des contrats, ou des obligations conventionnelles en général. T. II. In-8^o. 670 p. Paris, id.
- 4^o. Traité du mariage et de la séparation de corps. 4^e édit. II vol. In-8^o., 1243 p. Paris, id.
- Projet de Code rural; par A. ANASTASY, juge au trib. d'Aix, le partie, In-8^o., 187 p. Paris, MARESCQ AÎNÉ.
- L'École de droit de Montpellier. Disc. de M. M. DE LA BAUME, 1^{er} av. gén. In-8^o., 52 p. Montpellier, MARTEL.
- Un mot sur l'organisation judiciaire en France. De quelques réformes nécessaires; par G. COSTE. In-8^o., 48 p. Paris, P. DUPONT.
- De la magistrature et de quelques réformes relatives à l'organis. judic. Discours par M. BÉRENGER, av.-gén. In-8^o., 67 p. Lyon, PERRIN.
- Le jury en France et en Angleterre. Disc. par M. ACH. POUYER, subst. du proc.-gén. In 8^o., 48 p. Rouen, LECERF.
- Le Parlement de Bordeaux et l'avoc.-gén. THIBAUD DE LAVIE sous la Fronde. Disc. par THÉOPH. BAZOT, subst. de proc.-gén. In-8^o., 78 p. Bordeaux, GOUNOUILHOU.
- Etude sur les règlements des notaires; par A. DESAINE, not. In-8^o., 36 p. Chinon, AVISSE.
- Manuel des actions possessoires; par BUONACCORSI, juge au trib. civ. de Villefranche. In-8^o., 188 p., Lyon, VINGTRINIER.
- Etudes sur les donations à cause de mort, par E. GLASSON, agrégé à la Fac. de dr. de Paris, Textes expliqués à la conférence publique sur les Pandectes. In-8^o., 228 p., Paris, COTILLON et fils.
(Extr. de la Rev. crit. de lég. et de jurispr.)
- Réformes du Code de procédure; Saisies immobilières. Disc. de M. REYNAUD, subst. de proc.-gén. In-8^o., 51 p. Pau, VIGNANCOUR.
- De l'interdiction considérée comme cause de séparation de biens judiciaire; par D. DE FOLLEFILLE, avoc. In-8^o. 32 p. Paris, COTILLON et fils.
(Extr. d. l. Rev. crit. de lég. et de jurispr.)
- De l'hypothèque des femmes en dr. rom. et en dr. franç.; par G. SABOURAND, dr. en dr., av. In-8^o., 456 p. Paris, MARESCQ AÎNÉ.
- De l'hypothèque en dr. rom. De la réserve et de la quotité disponible en dr. franç. Thèse; par F. CH. LEDUC. In-8^o., 151 p. Paris, PICHON-LIAMY et DEWEZ.
- Mémoire en faveur de l'abolition de la peine de mort; par le dr. FÉLIX VOISIN. Acad. imp. de méd. In-8^o., 20 p. Paris, J. B. BAILLIÈRE et fils.
- VIDAL (L.), Considérations sur la nécessité d'une loi organique sur les prisons et le régime pénitentiaire pour l'exécution des peines. In-8^o., 36 p. Paris, A. CHAIX et Cie.
- Compte général de l'administration de la justice maritime pendant les années 1862—64: par M. E. GUINAND. In-8^o., Paris, DUPONT.

Deutsche literatur.

- GLÜCK, Dr. Chr. Fr. v., ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld's Commentar fortgesetzt v. dr. Car. Frdr. MÜHLENBRÜCK u. dr. E. FEIN u. nach deren Tode neben dr. C. L. ARNDTS v. Prof. Dr. B. W. LEIST. Serie der Bücher 37 u. 38. I Thl., gr. 8o, 489 S., Erlangen, PALM u. ENKE.
- ROSZKOWSKI, Gust., üb. das Wesen d. Eigenthums. Inaug.-Diss., gr. 8o., 58 S., Freiburg, WAGNER.
- Encyclopedie der Rechtswissenschaft in systematischer u. alphabetischer Bearbeitung Ausg. unter Mitwirkg. vieler namhafter Rechtsgelehrter von Prof. Dr. FRZ. v. HOLTZENDORFF. 2 Th. Rechtslexicon (in 15 Hftn.). 1 Pft., Leipzig, DUNCKER u. HUMBLOT.
- Staats-Wörterbuch deutsches. In Verbindg. m. deutschen Gelehrten hrsg. v. Dr. N. C. BLUNTSCHLI u. Dr. K. BRATER, 112—114 Hft. [Schluss d. ganzen Werkes.] gr. 8o., Leipzig.
- SEUFFERT'S, J. A., Archiv f. Entscheidungen der oberste Gerichte in den deutschen Staaten. Neuer unveränd. Abdr., Munchen, OLDENBURG.
- HIERSEMENZEL, E., die Verfassung d. norddeutschen Bundes, Nebst Ergänzn. u. Erläutern. 3 Thl. 2e Hälfte, Berlin, HEMPEL.
- RÖNNE, App.-Ger.-Vice-Pres. Dr. L., das Staats-Recht der preussischen Monarchie, 3 verm. u. verb. Aufl. In 2 Bdn., Leipzig, BROCKHAUS.
- SCHULZE, Prof. Dr. Herm., dass preussische Staatsrecht auf Grundlage d. deutschen Staatsrechts dargestellt. 1 Abth., 230 S., Leipzig, BREITKOPF u. HÄRTEL.
- SCHÜLER-LIBLOY, Prof. Frdr., das ungarische Staatsrecht, Ein Handbuch f. Lehre u. Beruf, gr. 8o, 159 S. Wien, GEROLDSSOHN.
- SCHIMKOWSKI, Dr. Jul., Formularien üb. alle Zweige d. österreichischen Civilrechtes. Ein Handbuch f. Advokaten u. Notare, gr. 8o, 536 S., Wien, MANZ.
- ULLIVER, Dr. R. Ed., Commentar zum privat. Gesetzbuche d. Kantons Zürich, 3 Thl. Das Obligationenrecht, gr. 8o., 424 S.; Zürich, ORELL, FÜSSLI u. C'.
- UVVELOHDE, Prof. Dr. Aug., zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species, gr. 8o., 66 S.; Marburg, ELWERT.
- Handelsgesetzbuch, das allgemeine, vom 17 Decbr. 1862 sammt dem Einführungsgesetze u. allen darauf bezügl. ergänz. u. erläut. Verordngn. (4e. bis Ende Decbr. 1869 ergänzter Abdr.), 8o., 218 S., Wien, MANZ.
- allgemeines deutsches, nebst den damit in Verbindung stehenden sächsischen Gesetzen u. Verordngn. u. den darauf bezügl. norddeutschen Bundesgesetzen. M. ein ausf. Sachregister, 6 Aufl., 8o., 352 S., Leipzig, ROSBERG.
- dasselbe, f. die Staaten d. norddeutschen Bundes. Nebst den u. dem Handelsgesetzbuch in Verbindg. stehend. Bundesgesetzen. Mit Inhaltsversechniss u. Sachregister, 306 S.; Ebd.

- LUTZ, Staatsminist. J. v., allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, separatabdr. aus der authent. Ausgabe. Mit den Erkenntnissen d. k. Oberappellationsgerichte, dann e. Anhang: „Die Zuständigkeit der Handelsgerichte betr.“ versehen v. Handelsger.-R. Chrn. SCHMIDT; Würzburg, STAKEL.
- SALPIUS, Stadr. F. v., die Ergänzungen der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung u. d. Handels-Gesetzbuches im Gebiete d. nord-deutschen Bundes durch Bundes- u. Landesgesetze. Unter Berücksicht. der süddeutschen Einführungsgesetz geordnet; Berlin, VAHLEN.
- TECKLENBORG, H., die Havariegrösse nach den Vorschriften d. allgem. deutschen Handelsgesetzbuches, gr. 8o., 45 S., Bremen, SCHÜNEMANN.

Engelsche literatuur.

- AYCKBOURN (H.), The Practice of the High Court of Chancery as altered by recent Statutes. 9th edit. carefully revised. Post 8vo, pp. 760; London, WILDY.
- The „Hedaya“ or Guide: a Commentary on the Mussulman Laws. Translated by order of the Governor-General and Council of Bengal, by CH. HAMILTON, 2nd edit. with preface and index by STANDISH GROVE GRADY, 8vo, pp. 830; London, W. H. ALLEN.
- BULLY (J. F.) and BUND (J. WM. W.), A Manual of the Law and Practice of Bankruptcy, as Amended and Consolidated by the Statutes of 1869; with Appendix and Supplement, including the orders to 30th April 1870. Post 8o., London, BUTTERWORTH.
- HALLAM (H.) and DE LOLME (J. L.), The Constitutional History of England, Edward I tot Henry VII. On the English Constitution, by J. L. DE LOLME. Post 8vo; London, A. MURRAY, (Carefull reprints of two well-known text-books upon the British Constitution.)
- AMOS (SHELDON), Difference of Sex, as a Topic of Jurisprudence and Legislation, 8vo; London, LONGMANS.
- ROSCOE'S Digest of the Law of Evidence on the Trial of Actions at Nisi Prius, 13th. ed., by C. DAY and M. POWELL, 8vo, pp. 1520; London, STEVENS.

Amerikaansche literatuur.

- CHAMBERLIN (FRANKLIN), American Commercial Law, 8vo, pp. 982; Startford.
- DUNPHRY and CUMMINS, Remarkable Trials of all Countries, 8vo, pp. 463, New-York.
- POWELL (T. W.), Analysis of American Law, 8vo, pp. 712; Philadelphia.
- ABBOTT (B. V. and A.), Reports of Practice Cases determined in the Court of Appeals of the State of New-York. New Series. Vol. VII, 8vo, pp. 550; New-York.

THEMIS. — 1870. — N^o. 4.

LIJST VAN NIEUW UITGEKOMEN REGTSGELEERDE WERKEN.

Nederlandsche literatuur.

DONKERSLOOT (Dr. N. B.), De krankzinnige tegenover de wet en de maatschappij, 8^o. 68 blz. Dordrecht, P. K. BRAAT.

Verslag aan den Koning over de gevangenis (1868). 's Hage, Alg. Landsdrukkerij.

Verslag (met bijlagen) der Staatscommissie voor de herziening der wetgeving op de eigendoms-overdragt van onroerende goederen, het hypotheekstelsel en het notariaat, voorafgegaan door de besluiten van instelling en ontbinding der commissie, met de daartoe betrekkelijke voordragten aan den Koning. 8^o. 387 blz. (Uitgegeven met magtiging van den Minister van Justitie). 's Gravenhage, GEBROEDERS BELINFANTE.

BUCHNER (Dr. E.), Leerboek der gerechtelijke geneeskunde voor artsen en rechtsgeleerden. Vrij bewerkt naar het Duitsche leerboek door Dr. W. KOSTER. 1e st. 8^o. 272 blz. Tiel, H. C. A. CAMPAGNE. (compleet met nog een stuk.)

LEVY (Mr. J. A.), Over de Jury. Amsterdam, FRIJLINK.

CREMERS (Mr. W. C. J.), De Wetgeving op het Notarisambt, met aantekeningen. Groningen, J. B. WOLTERS.

Regelen omtrent Neutraliteit naar Prof. BLUNTSCHLI. 's Hage, GEBR. BELINFANTE.

Belgische literatuur.

Théorie légale des actes sous seing privé, par AD. BRAAS, vice-prés. du trib. de Namur. In 8^o. de 255 p. Brux., BRUYLANT-CHRISTOPHE.

Fransche literatuur.

BEZOMBES (L., subst du proc. imp. à Philippeville), Etude sur l'organisation de la justice française en Algérie depuis la conquête jusqu'à nos jours; in-8^o, 108 p. Philippeville, DENIS, aîné.

CAUVET (J., prof. à la fac. de Droit), le Droit pontifical chez les anciens Romains dans ses rapports avec le droit civil. Etude sur les antiquités juridiques de Rome. In 8^o, 92 p. Caen, LE BLANC-HARDEL. (Extr. d. *Mém. de l'Acad. impér. des sciences, etc., de Caen.*)

DALLOZ, Jurisprudence générale. Répertoire méthodique. Nouvelle édition. T. I. Essai sur l'histoire générale du droit français In-4^o, 341 p. Paris, CUSSET et Cie.

DEMOLOMBE (C.), Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général. T. III, in-8^o, 630 p. Paris, DURAND. (*Cours de Code Napoléon.*)

- GOURJUR (J., avocat), La Réserve, étude de droit civil. In-8o., Paris, THORIN.
- WORMS (EM., prof. agrégé). Les Rapports du droit pénal avec l'économie politique. Paris. COTILLON.
- MARTINET (dr. en dr. subst. à Nevers), Etude sur le projet de Code pénal de la confédération de l'Allemagne du Nord. In-8o., 47 p. Paris, COTILLON et fils.
- BIROTH-BREUILH (F., avoc.), Le Barreau et les Indigents. Discours de rentrée. In-8o., 31 p. Bordeaux, CRUGY.
- ROBERNIER (J. DE, directeur de la colonie agric. et pénitent. de Vaillauquès (Hérault), Précis sur l'institution d'un patronage légal des jeunes libérés. Paris, DURAND et PEDONE-LAURIEL.
- CAILLEMER (E., prof. à la Fac. de droit de Grenoble), Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes). Paris, DURAND, THORIN. (Extr. des Mém. de l'Acad. imp. des sciences, etc. de Caen, 1870.)
- CARPENTIER (CH.). Etudes de législations comparées. Le Droit païen et le droit chrétien. IV. In-18o., 261 p. Paris. DURAND et PEDONE-LAURIEL.

Duitsche literatuur.

- COHN (Refer. M.), de natura societatum juris Romani quae vocantur publicae. Diss. inaug. 8o., Berlin, CALVARY u. Cie.
- FRANKLIN (Prof. Dr. O.), Sententiae curiae regiae. Rechtssprüche d. Reichshofes im Mittelalter. gr. 8o., Hannover, HAHN.
- KOCH (Dr. C. F.), allgemeines Landrecht f. die preussischen Staaten. Unter Andeutg. der obsoleten od. aufgehob. Vorschriften u. Einschaltg. der jüngeren noch gelt. Bestimmgn., hrsg. m. Kommentar u. Anmerkgn. 4 verm. Aufl. Berlin, GUTTENTAG.
- Entwurf e. Civilprozessordnung f. den norddeutschen Bund. gr. 4o., Berlin, v. DECKER.
- Zeitschrift f. französischer Civilrecht. Sammlung v. civilrechtl. Entscheidgn der franz., belg., rheinpreuss., bad., rheinpälz. u. rheinhess. Gerichte m. krit. u. erläüt. Bemerkgn. Abhandlungen u. Literaturberichten. Unter Mitwirk. v. Geh.-R. RENAND, u. BAUERBAND, Ob-App.-Ger.-R.
- ALBERT, (Kreisricht), die Sachenmiethe d. preuss. allgemeinen Landrechts u. der dasselbe ergänz. gesetzl. Bestimmgn. g. 8o., Berlin, GUTTENTAG.
- BARTH (Dr. M. A.), Commentar zur neuen Civilprozessordnung f. d. Königr. Bayern. gr. 8o. Nördlingen, BECK.
- Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten f. das Königr. Bayern vom 29 April 1869 m. erläüt. Anmkgn. aus den Motiven zu den Gesetzentwürfen, den Referaten u. Verhandlgn. der Gesetzgebungsausschüsse beider Kammern. Schluss-Lfg. München, FRANZ.
- SCHMITT (App.-Ger.-R. Dr. G.), der Gerichtsvollzieher-Dienst nach der bayerischen Civilprozessordnung vom 29 April 1869. Schluss-Liefer. München, KAISER.

- ENDEMANN (Ob-App.-Ger.-R. Prof. Dr. W.), die Einstellung d. Civilprozessverfahrens zu Gunsten der Militairpersonen. Erläuterungen d. Bundesgesetzes vom Juli 1870. gr. 8o. Berlin, GUTTENTAG. (Aus d. *Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtsprf.*)
- Militärstrafgesetze, die neuen, f. das Grosherzogth. Baden. Amtl. Ausg. gr. 8o. Karlsruhe, MALSCH u. VOGEL.
- TECKLENBORG (H.), unsere Handelsschiffart u. die Rechte u. Pflichten der Neutralen im jetzigen Kriege. gr. 8o. Bremen, SCHÜNEMANN.
- Archiv f. Theorie u. Praxis d. allgemeinen deutschen Handelsrechts. Unter Mitwirkg. mehrerer Rechtsgelehrten hrsg. v. App.-Ger.-Vice-Präsid Dr. F. B. BUSCH. 17 Bd. 3 u. 4 Hft. Nebst Sach- u. Quellenregister zu diesem Bde. gr. 8o. (III u. S. 81—329). Leipzig, ARNOLD.
- Handelsgesetzbuch, allgemeines deutsches, nebst dem Gesetz vom 11 Juni 1870, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien u. die Aktiengesellschaften sowie den weiteren, m. Handelsgesetzbuch in Verbindg. stehenden Bundesgesetzen. 2e Aufl. Leipzig, ROSZBERG.
- HÖINGHAUS (R.), norddeutsches Wechselstempelsteuer. Gesetz vom 10 Juni 1869, 52 S. Berlin, HEMPEL.
- WEBER (J. H.), schweizerischer Rechtsgeschäftsfreund, m. e. Anh. üb.: Allgemeines Wechselrecht. Zürich, ORELL u. Cie.
- ENDEMANN (Ob-App.-Ger.-R. Prof. Dr. W.), die Rechtslücke im norddeutschen Bunde. Erläuterungen d. Bundesgesetzes vom 21 Juni 1869. (Aus der *Zeitschr. f. Gesetzg. in Preussen.*) 22 Lfgn. Berlin, GUTTENTAG.
- Normen, provisorische f. die Gerichtspflege in Ungarn nach den Anträgen der Index-Curial-Conferenz, 1861. 16o., 118 S. Pest, LAMPEL.
- HILFE (Kreisrichter Dr.), Formulare f. Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zum Gebrauche der richterl. Verwaltungs-Konsular-Beamten u. s. w. entworfen u. aus den Gesetzen u. der Wissenschaft erläutert. gr. 8o. (XXIV, 355 S.), Berlin, 1870, C. HEYMANN.
- VIERLING (Assess. ALB.), die Prozessordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten f. das Königr. Bayern. Mit Erläuter. gr. 8o., 531 S., Nördlingen, BECK.
- Gerichtsordnung, peinlich., des allerdurchleuchtigsten grossmüchtigsten unüberwindlichsten Keyser KARLS d. fünften. (Aus: die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser KARLS V.), v. H. ZOPFL, So., 121 S. Leipzig, C. F. WINTER.
- ROENNE (J. v.), die criminalistische Zurechnungsfähigkeit. Kritik des Entwurfs e. Strafgesetzbuches f. den norddeutschen Bund. So., 92 S. Berlin, KORTKAMPE.
- BINDING (Prof. Dr. C.), der Entwurf e. Strafgesetzbuches f. den norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen beurtheilt. gr. 8o., 136 S. Leipzig, ENGELMANN.
- JESSEN (Dr. WILLERS), ueb. Zurechnungsfähigkeit. Denkschrift zum Entwurfe e. Strafgesetzbuches f. den norddeutschen Bund. Kiel, SCHWERS.

STEMANN (Reg.-R.), die Vergehen der Unterschlagung u. Untreue. Eine Vorarbeit f. das Strafgesetzbuch d. norddeutschen Bundes, gr. 8o. (28 S.), Kiel, 1870, SCHWERS.

Gemeinschaftliche (das) d. § 143 d. preussischen Strafgesetzbuches vom 14 April 1851 u. daher seine nothwendige Tilgung als § 152 in Entwürfe e. Strafgesetzbuches f. d. norddeutschen Bund. 8o. (III. 75 S.). Leipzig, SERBE u. Cie.

Sammlung v. Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig, 2 Bd. 2 Hft. Leipzig, DÜRR. (Inhalt: Beitrag zur Geschichte u. Kritik der Entwürfe e. Strafgesetzbuches f. den norddeutschen Bund, von G.-R. Prof. Dr. C. G. v. WÄCHTER.)

Vierteljahresschrift, kritische, f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, unter Mitwirkg. v. ARNDTS u. BLUNTSCHLI, hrsg. v. J. PÖZL u. B. WINDSCHEID, 12 Bd. Extra-Beilage. München, OLDENBOURG. (Inhalt: Bemerkungen zum Entwurf e. Strafgesetzbuches f. den norddeutschen Bund, von Prof. Dr. RÖDER.)

Strafgesetzbuch f. den norddeutschen Bund. Text u. Ausg. nach aml. Quellen (nach den Reichstages-Beschlüssen der 3 Les. am 23, 24, 25, 26 Mai 1870). gr. 8o., 64 S. Elberfeld, LUCAS.

Engelsche literatur.

ROBSON (G. YOUNG), A Treatise on the Law of Bankruptcy, containing a full exposition of the principles and practice of the law, including the alterations made by the Bankruptcy Act, 1869, with an appendix, 8o, pp. 856. London, BUTTERWORTH.

CASTLE (E. J.), The Law of Commerce in time of War, with particular reference to the respective Rights and Duties of Belligerents and Neutrals. 8o. pp. 160. London, MAXWELL.

HEYWOOD (G. H.), The Common Law and Equity Practice of the County Courts. Post 8o., pp. 322. London, MAXWELL.

SMITH (C. M.), A. Treatise on the Law of Master and Servant. 3rd. edit., 8o. London, SWEET.

REID's Edition of the New Law relating to the Property of Married Woman, 1870. London, WOODLEY.

RUSSELL (F.), A Treatise on the Power and Duty of an Arbitrator, and the Law of Submissions and Awards, 4th. ed. 8o., pp. 1012. London, STEVENS.

Amerikaansche literatur.

STORY (JOS.), Commentaries on Equity Jurisprudence, 10th. edit. 2 vols. 8o., pp. 1706. Boston.

