



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

<https://hdl.handle.net/1874/437019>



THEMIS

Rechtskundig Tijdschrift.

ONDER REDACTIE VAN

Mr. A. HEEMSKERK, Mr. J. Baron d'AULNIS DE
BOUROUILL, Mr. A. F. A. LEESBERG en
Mr. M. DE PINTO.

DRIE-EN-VEERTIGSTE DEEL.

Eerste Verzameling. — 13de Jaargang.

Januari 1882.

N^o 1.

TE 'S GRAVENHAGE, BIJ
GEBROEDERS BELINFANTE.

1882.

JURIDISCH ANTIQUARIAAT
A. JONGBLOED
'S- GRAVENHAGE

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



1009 2272

20de

MOLENGRAAFF-INSTITUUT VOOR PRIVAATRECHT

THEMIS

Regtskundig Tijdschrift.

ONDER REDACTIE VAN

Mr. A. HEEMSKERK, Mr. J. Baron d'AULNIS DE
BOUROUILL, Mr. A. F. A. LEESBERG en
Mr. M. DE PINTO.

DRIE-EN-VEERTIGSTE DEEL.

Vierde Verzameling. — 13de Jaargang.

1882.



TE 'S GRAVENHAGE, BIJ
GEBROEDERS BELINFANTE.

—
1882.

—
Gedrukt bij GEBR. BELINFANTE, voorh.: A. D. SCHINKEL.
—

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

- Jhr. Mr. G. J. Th. BEELAERTS VAN BLOKLAND, referendaris bij het departem. van justitie, te 's Gravenhage.
- Mr. G. BELINFANTE, advocaat en procureur, te 's Gravenhage.
- Mr. JAC. W. VAN DEN BIESEN, advocaat, te Breda.
- Jhr. Mr. E. N. DE BRAUW, advocaat en procureur, te 's Gravenhage.
- Dr. E. BRUSA, hoogleeraar aan de Universiteit te Turijn.
- Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, vice-president van den hoogen raad der Nederlanden, te 's Gravenhage.
- Jhr. Mr. K. R. W. IJ. DIERT, advocaat, te 's Gravenhage.
- Jhr. Mr. W. Th. C. VAN DOORN, Burgemeester der Gemeenten Naaldwijk en de Lier.
- Mr. A. P. Th. EYSELL, advocaat en regter-plaatsvervanger, te 's Gravenhage.
- Mr. G. J. A. FABER, advocaat en procureur, te Rotterdam.
- Mr. J. A. FRUIN, hoogl., te Utrecht.
- Mr. M. Th. GOUDSMIT, advocaat, te Rotterdam.
- Mr. R. GODDARD, buitengewoon griffier op Meester-Cornelis.
- Mr. L. G. GREEVE, kantonregter, te 's Gravenhage.
- Mr. H. J. HAMAKER, hoogl., te Utrecht.
- Mr. Th. HEEMSKERK, advocaat en kantonregter-plaatsv. te Amsterdam.
- Mr. H. VAN DER HOEVEN, hoogl., te Leiden.
- Mr. J. KAPPEIJNE VAN DE COPPELLO, oud-Minister van Binnenlandsche Zaken, te 's Gravenhage.
- Mr. E. H. KARSTEN, lid van het gerechtshof te Arnhem.
- Mr. W. J. KARSTEN, lid van de arrondissements-regtbank te Rotterdam.
- Mr. J. G. KIST, lid van den hoogen raad der Nederl., te 's Gravenhage.
- Mr. DAV. H. LEVYSSOHN NORMAN, advocaat, te 's Gravenhage.
- Mr. GIJSB. M. VAN DER LINDEN, Lands-advocaat, te 's Gravenhage.
- Mr. P. A. W. CORT VAN DER LINDEN, hoogleeraar te Groningen.
- Mr. A. E. J. MODDERMAN, Minister van Justitie, te 's Gravenhage.
- Mr. J. P. MOLTZER, hoogleeraar, te Amsterdam.
- Mr. D. J. MOM VISCH, lid van het gerechtshof te Arnhem.
- Mr. N. F. VAN NOOTEN, advocaat en oud-raadsheer, te Utrecht.
- Mr. C. W. OPZOOMER, hoogl. te Utrecht.
- Mr. L. OLDENHUIS GRATAMA, te Assen.
- Mr. A. A. DE PINTO, lid van den hoogen raad der Nederlanden, te 's Gravenhage.
- Mr. B. J. POLENAAR, advocaat, te Amsterdam.
- Mr. M. S. POLS, hoogl., te Utrecht.
- Jhr. Mr. J. K. W. QUARLES VAN UFFORD, te 's Gravenhage.
- Mr. E. E. VAN RAALTE, Rijks-advocaat, te Rotterdam.
- Mr. J. P. R. TAK VAN POORTVLIET, oud-Minister voor den Waterstaat enz., te 's Gravenhage.
- Mr. A. TEIXEIRA DE MATTOS, advocaat en regter-plaatsv., te 's Gravenhage.
- Mr. I. TELTING, lid van den hoogen raad der Nederlanden, te 's Gravenhage.
- Jhr. Mr. D. G. VAN TEYLINGEN, lid van de arrond.-regtb. te Middelburg.
- Mr. W. THORBECKE, advoc. en procur., te 's Gravenhage.
- Mr. P. VERLOREN VAN THEMAAT, advocaat-fiscaal bij het H. Milit. Gerechtshof te Utrecht.
- Mr. J. P. VERLOREN, lid van de arrond.-regtbank te Zutphen.
- Mr. S. VISSERING, oud-Minister van Finantiën, te 's Gravenhage.
- Mr. F. WAS, advocaat en kantonregter-plaatsv. te Leiden.
- Mr. F. A. T. WEVE, vice-president van de arrond.-regtb. te 's Gravenhage.
- Mr. C. M. J. WILLEUMIER, advocaat en regter-plaatsverv., te Amsterdam.
- Mr. G. WTEWAAL, ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij 't kanton-geregt te 's Gravenhage.

MEMORANDUM

TO : THE DIRECTOR, BUREAU OF REVENUE
FROM : THE ASSISTANT SECRETARY, BUREAU OF REVENUE
SUBJECT: [Illegible]

[The remainder of the page contains several paragraphs of extremely faint, illegible text, likely detailing a memorandum or report.]

INHOUD.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

| | Blz. |
|--|------|
| STAATSREGT. — <i>De pogingen tot het jachtfeit.</i> — Aanteekening op de wet van 13 Juni 1857 (<i>Stbl.</i> n ^o . 87) door Mr. N. DE RIDDER, Ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij het Kantongeregte te Tiel | 1 |
| — <i>Artikelen 15 en 20 der Wet op de Jacht en Visscherij</i> , door Jhr. Mr. G. W. MOLLERUS, Kantonregter te Apeldoorn | 321 |
| BURGERLIJK REGT. — <i>Is art. 1652 B. W. ook toepasselijk op onroerende goederen?</i> Door Mr. PH. W. SCHOLTEN, Regter in de Arrondissements-Regtbank te Alkmaar | 36 |
| — <i>Artikel 1858b en 1884b B. W.</i> door Mr. B. J. POLENAAR, Advocaat en Procureur te Amsterdam | 161 |
| — <i>Overschrijving van huwelijksche voorwaarden (art. 207 B. W.). Bedenkingen tegen het arrest van den Hoogen Raad van 25 November 1881 (Weekbl. v. h. R. 16 Jan. 1882)</i> , door Mr. A. W. J. FARNCOMBE SANDERS, te 's Gravenhage | 463 |
| — <i>Huwelijken van Nederlanders buitenlands ten overstaan van Nederlandsche Consuls</i> , door denzelfden | 480 |
| HANDELSREGT. — <i>Bepaalt een in het buitenland opgemaakte dispache welk bedrag in de avarij-grosse de verzekeraar hier te lande zal hebben te betalen?</i> Door Mr. M. TH. GOUDSMIT, Advocaat te Rotterdam | 47 |
| — <i>Een verkeerd advies?</i> Door H. M. J. WATTEL, Candidaat-Notaris te Leiden | 175 |
| — <i>Nog eens de Rechtskracht der in het buitenland opgemaakte dispache ten opzichte van den assuradeur hier te lande</i> , door Mr. M. TH. GOUDSMIT, Advocaat te Rotterdam | 493 |
| STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — <i>De uitlevering wegens moord of moordaanslag op het Hoofd van een Staat</i> , door Mr. A. HEEMSKERK, Lid van de Arrondissements-Regtbank te Zierikzee | 182 |

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

- Op den bouwgrond van het wereldrecht*, door Mr. D. JOSEPHUS JITTA, Advocaat en procureur te Amsterdam. (Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAF, *Internationale avary-grosseregeling*, Akad. Proefschrift. — Leiden 1880 62
- *De wettelijke bewijsleer in strafzaken*, door Mr. M. S. POLS, Hoogleraar te Utrecht 333
- *De Methode in de Rechts- en Staatswetenschappen*, door Mr. P. W. A. CORT VAN DER LINDEN, Hoogleraar te Groningen 390
- *Over Constituta pecunia*, door Mr. J. KAPPELINE VAN DE COPPELLO, te 's Gravenhage 502

REGTSGESCHIEDENIS.

- Schets van het Oud-Friesche Privaatrecht*, door Mr. I. TELTING, Lid van den Hoogen Raad der Nederlanden te 's Gravenhage. F. ERFREGT. — [Vervolg; zie *Themis*, jaarg. 1880, blz. 628.] 115
- *De imperatieve mandaten der Volksvertegenwoordigers*. Eene historische bijdrage, naar aanleiding eener anti-revolutionaire studie over de Fransche revolutie, door Mr. J. baron D'AULNIS DE BOUROULL, Hoogleraar te Utrecht. 416

BOEKBEORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

NEDERLANDSCHE LITTERATUUR.

- Handleiding tot de wet op de regterlijke organisatie en het beleid der Justitie*, door Mr. A. DE PINTO; — *Tweede herziene, veel vermeerderde en met de geldende wetgeving in overeenstemming gebragte druk*, door Mr. A. A. DE PINTO, Zwolle 1880. — Aangek. door Mr. A. P. TH. EYSELL, Advocaat te 's Gravenhage. 140
- Mr. H. GOEMAN BORGESIOUS, *De wet op den kleinhandel in sterken dronk en tot beteugeling van de openbare dronkenschap*, — Sneek 1881. — Aangek. door Mr. F. A. T. WEVE, Vice-president van de Arrondissements-Regtbank te 's Gravenhage 194
- *Delle Opere che illustrano il Notariato*. Saggio di VLADIMIRO Dr. PAPPAFAVA, Zara, 1880.
- *Opgaaf van de wetten enz. in verband met het Notariaat*, door W. ERKELENS COOKE. — Rotterdam 1880, 2e druk.
- *De wetgeving op het Notaris-ambt*, met aantekeningen, door Mr. L. ZEGERS VEECKENS. — Tiel 1880, 5e druk, afl. 1.

- *De opleiding tot het Notariaat in Nederland en elders*, door denzelfden. — Tiel 1881; — aangek. door Mr. A. F. A. LEESBERG, Advocaat te 's Gravenhage. 199
- *Regtsgeleerde Adviezen*. Negende verzameling. 's Gravenhage 1881; aangek. door Mr. G. BELINFANTE, Advocaat en Procureur te 's Gravenhage 206
- *De regterlijke organisatie van Nederlandsch-Indië*, door Mr. A. J. IMMINK; aangekondigd door Mr. A. J. SWART, Lid van den Raad van State, te 's Gravenhage 434

BUITENLANDSCHE LITTERATUUR.

- Die Untersuchungshaft vom Standpunkte der Oesterreichischen Strafprocessgebung, von Dr. ALOIS ZUCKER, A. O. Prof. an der Präger Univ.; — Drei Abtheilungen. Prag, 1873—79; — aangek. door Mr. D. J. MOM VISCH, Lid van het Gerechtshof te Arnhem. 231
- *Sulla Condizione Civile Degli Stranieri*. — Cenni Storico Giuridici di Vladimiro, Dr. PAPPAPAVA, Membro della Societa Internazionale di Legislazione Comparata di Parigi; — aangekondigd door Mr. A. HEEMSKERK, Lid van de Arrondissements-Regtbank te Zierikzee. 436

ACADEMISCHE LITTERATUUR.

- A. MOENS, *Het tijdstip waarop de failliet het beheer zijner goederen verliest*. Akad. Proefschr., Utrecht 1880, J. VAN DRUTEN. Aangek. door Mr. A. HEEMSKERK, Lid van de Arrondissements-Regtbank te Zierikzee 144
- F. W. J. GEORGE SNIJDER VAN WISSENKERKE, *Privilegiën in het stuk van Belastingen*, Leiden 1880; — aangek. door Mr. G. J. A. FABER, Advocaat en Procureur te Rotterdam 280
- C. P. A. J. LEESBERG, *Rechtsbetrekking tusschen trekker en acceptant volgens het Wetboek van Koophandel*; — aangek. door Mr. J. G. S. BEVERS, Advocaat en Procureur te 's Gravenhage 297
- *Internationaal Privaatrecht. I. Personenrecht*. Academisch Proefschrift van W. DOLK. Utrecht, J. BIJLEVELD, 1880, 100 blz.; aangekondigd door Mr. N. F. VAN NOOTEN, Advocaat en oud-raadsheer te Utrecht 439
- *Over surseance van betaling*, Academisch Proefschrift door K. ZWAARDEMAKER, Leiden, P. SOMERWIL, 1878; — aangek. door Mr. A. HEEMSKERK, Lid van de Arrondissements-Regtbank te Zierikzee 443

- *Het vervallen van de Tijdsbepaling bij vermindering der gestelde zekerheid* (art. 1307 B. W.). Academisch proefschrift door R. A. FOCKEMA, Leiden, S. C. VAN DOESBURGH, 1878; aangekondigd door Mr. A. HEEMSKERK, Lid van de Arrondissements-Regt-bank te Zierikzee 599
- *De toezienende voogdij*. Academisch proefschrift ter verkrijging van den graad van Doctor in de Rechtswetenschap, door P. J. J. RAS. — Utrecht 1882; — aangekondigd door Mr. L. G. GREEVE, Kantonregter te 's Gravenhage 602
- *Aanteekeningen op de artt. 1070—1075 B.W.* Academisch proefschrift door H. TH. VAN GEUNS; — Utrecht, DANNENFELSER EN Co., 1882; aangekondigd door Mr. N. F. VAN NOOTEN, te Utrecht 609

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

- NECROLOGIE. Prof. J. E. GOUDSMIT; Prof. W. MODDERMAN . . . 303
- *Rechtsgeleerd Magazijn*, Tijdschrift voor Binnen- en Buitensche Rechtsstudie 307
- *Is de Commissaris van eene naamlooze vennootschap van koophandel in die betrekking patentplichtig?* Decisie Ged. Staten van Zuid-holland 14 Febr. 1882 (Ingezonden) 310
- Het Hooger Onderwijs in 1879—80 314
- „La forme emporte le fond” in praktijk gebracht. GRIFFIE-STIJL, door L. MACHTELOOS, Procureur. 449
- Aankondiging van den *Code général des brevets d'invention*, door EDMOND en EMILE PICARD 461
- In memoriam (Mr. C. H. GOCKINGA en Mr. M. H. GODEFROD), door Mr. J. A. JOLLES, Lid van den Hoogen Raad der Nederlanden 614
- Prijsvragen, uitgeschreven door het Provinciaal Utrechtsch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen, 1882, in Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen 620

REGTSGELEERDE BIBLIOGRAPHIE, 4 Nos.

THEMIS,

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

IVe VERZAMELING, — Dertiende Jaargang.

XLIIIste Deel, — EERSTE STUK.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *De poging tot het jachtfeit.* —
Aanteekening op de Wet van 13 Juni 1857
(*Stbl.* n^o. 87).

Qui bene distinguit, bene docet.

Na vier-en-twintigjarige werking eener wet kan niemand het voorbarig achten, om overtegaan tot eene beoordeeling van het proefhoudende harer, door veelvuldige toepassing, aan de praktijk getoetste beginselen. Ja zelfs, wat menige wet aangaat, kan het tijdsverloop dat wij noemden vrij wat beperkter worden genomen, zonder dat nog de vooropgezette stelling veel tegenspraak zoude ontmoeten. Evenwel, ten aanzien der „Wet tot regeling der Jagt en Visscherij“, schijnt een tijdsverloop, langduriger dan het gemiddelde, aanbeveling te verdienen, wat wel het meest hieruit blijkt, dat, ter verklaring van geen enkele, eene speciale materie regelende wet, zóo dikwijls de tusschenkomst van den rechter in cassatie is moeten worden ingeroepen vóórdát de rechtspraak gevestigd was, als juist ten opzichte van onze jachtwet. Pleit dit eensdeels bepaaldelijk tegen het redigeerend talent van den wetgever, — aan den anderen kant vindt de zich nog steeds vermenigvuldigende verscheidenheid van rechterlijke uitspraken haar oorsprong niet slechts in den aard der stof bij deze wet geregeld, maar ook hierin, dat hare overtreders een zóó afwisselend

karakter vertoonen als bij geen andere strafwet het geval is. Tusschen den strooper van professie, die zich het liefst bedient van voor de wildbaan als nadeelig gebrandmerkte middelen en den acte-houder, die, zelf grondeigenaar zijnde, in het vuur der vervolging een haas, die op zijns buurmans akker vlood, daar neerschiet, — welk een breede stroom van delinquenten! En hoe verschillende schakeering biedt niet de appreciatie van het feit als namelijk de eigenaar van den grond inbreuk maakt op het van den eigendom van dezen zijn grond afgescheiden jachtrecht, een derde toekomend, door zonder vergunning van dien derde een stuk wild aldaar te bemeesteren, zoodat hij zelf op eigen terrein dientengevolge in overtreding is en de daad van het, als het ware beroepsmatig schenden der uit den eigendom van den grond voortspruitende bevoegdheid, door den broodjager! Bedenkt men hierbij, dat op al de zich tusschen die grenzen bewegende, naar de tallooze gradatieën van delicten te rangschikken overtreders, van toepassing is eene wet, die eerder kan worden gekenschetst als eene samenvoeging van bepalingen, die de tooverformule zoude geven om het natuurlijk recht des eigenaars, tot uitsluitende toeëigening van het wild dat zich op zijn grond bevindt, niet op te offeren aan de «conservatie van het wild» en juist door het beoogen van dit onbereikbare *moest* transigeeren, — dan hebben wij den sleutel tot het raadsel der oneindig gevariëerde uitspraken van hogere en lagere rechters. Immers, transactie met beginselen door den wetgever, moet inconsequente doorvoering van grondbegrippen, moet onstelselmatige codificatie tengevolge hebben en leidt tot eene wankele rechtspraak. Evenwel, al treft deze grief den jachtwetgever, billijkheidshalve dient opgemerkt, dat hij het glibberig terrein der détails moest betreden, zonder welke regeling immers zijn werk slechts stukwerk gebleven en al te spoedig onvolledig geacht ware. Wij willen trachten in de volgende bladzijden eene eerste studie te geven over sommige hoofdbeginselen der wet, en kozen daartoe als uitgangspunt het onderzoek naar de plaats die de poging tot het jachtfeit

bij die wet inneemt. Litteratuur over den uitleg onzer jachtwet is even schaarsch als de rechtspraak overvloedig is en, voorgelicht en gesteund door eene, uit den aard mijner ambtsbetrekking in zeker opzicht veelzijdige, onderzinking, vermeen ik een niet geheel overbodigen arbeid te hebben verricht.

I.

„Onder jagen wordt in deze wet verstaan de uitoefening van een der volgende geoorloofde jagtbedrijven: a,“ enz. „alle andere pogingen of middelen om wild op te sporen, te bemagtigen of te dooden, als met zoogenaamde afdraaijers,“ enz. „zijn verboden.“ Aldus art. 15 in zijne beginselen. Hier, waar dus de juridieke omschrijving van het, onder door den wetgever te vermelden omstandigheden, verboden feit eene plaats vond, hier vinden we dus het middelpunt der geheele wet. Zóo zoude men, na de lectuur van den aanhef dezer wetsbepaling, spreken, ware het niet dat de 1e alinea deze meening aanstonds onhoudbaar maakt. Immers, wanneer we daar lezen dat, nevens het aanwenden van alle andere *middelen* (scil. andere dan die met voorafgenoemde voorwerpen) ook alle andere *pogingen* om (met gezegde voorwerpen) wild te bemeesteren, verboden zijn, dan is dit wel in staat ons het spoor bijster te doen raken. Indien toch hier alleen van poging sprake was, dan zoude men nog 's wetgevers bedoeling, om de poging daartoe evenzeer te straffen als het jachtbedrijf zelf, als duidelijk gebleken kunnen aanmerken, al mocht men het wenschelijker achten, dat het begrip meer ordelijk medegedeeld, niet als het ware plotseling tusschengeschoven ware; — maar nu men leest van „alle *andere* pogingen“, nu rijst de vraag naar het verband tusschen den aanhef van het artikel en de 1e alinea. Of, is het niet in staat den uitlegger in verlegenheid te brengen, waar de wetgever in de 1e al. voor pogingen naar den aanhef van het artikel verwijst, terwijl aldaar van dit begrip geen spoor is te ontdekken?

Men heeft er, ongeacht de doellooze verwijzing naar *andere* (geoorloofde), niet genoemde pogingen, dezen uitleg aan gegeven, dat onder „jagen” in den aanhef van art. 15 door den wetgever toch ook de geoorloofde poging om wild op te sporen, te bemachtigen of te dooden, wordt begrepen; dat de poging opgaat in het delict, dat zij, in één woord, haar zelfstandig karakter verloor aan het delict zelf. Aldus de Hooge Raad, vroeger bij een arrest van 10 Juni 1863 (v. D. HONERT, *J. en V.*, VI, n^o. 389, p. 320; *Weekbl.* 2497) en laatstelijk, expressis verbis, bij arrest van 29 Juni 1874, *Weekbl.* 3742, zoomede TAK in zijne uitgave onzer Jachtwet, bladz. 55 (1). De gronden voor deze stelling zijn tweërlei: 1^o, ook de Jachtwet van 1852 — waarvan de onze slechts de verbeterde redactie heet — verstond onder „jagen” elke geoorloofde poging om wild op te sporen, te bemachtigen of te dooden en 2^o, de onderlinge vergelijking van den aanhef van en de 1^e al. in ons art. 15, staaft het vermeld beweren. Dit laatste argument moet inderdaad bevreemding wekken, want het is mij een raadsel hoe uit vergelijking van dien aanhef met die eerste al. eene andere gevolgtrekking valt afteleiden dan deze, dat de wetgever zich van het begrip „poging”, hetwelk hij blijkens het voegwoordje „of” gelijk schijnt te stellen met het aangewende *middel*, niet juist rekenschap heeft gegeven. Op het aan de wet van 1852 ontleende eerste argument, willen we echter nader ingaan en trachten aan te toonen dat, op welk ander punt dan ook, hier stellig niet sprake kan zijn van eene gelijkstelling der in beide wetten gehuldigde beginselen. Het is volkomen waar dat ook in de 1^e al. van art. 15 der wet van 1852 eenzelfde schijnbare gelijkstelling van poging en aangewend middel haar uitdrukking vond, maar juist de aanhef van het art. 15 in *onze* wet vertoont met

(1) Mr. S. TAK, Wet tot regeling der Jagt en Visserij, toegelicht uit de handelingen der wetgevende magt; Leiden 1857.

die in art. 15 der wet van 1852 een kenmerkend verschil. (1)
 Terwijl de wet van '52 eene omschrijving van het begrip
 „jagen“ ten eenenmale miste, wil ons art. 15 daarvan eene

(1) Art. 15, Wet 6 Maart 1852,
 (Stbl. n^o. 47).

Art. 15, Wet 13 Juni 1857,
 (Stbl. n^o. 87).

De geoorloofde jagtbedrijven
 zijn de volgende:

- a. met valken of havikken, waarbij geene honden mogen gebruikt worden;
- b. met windhonden (lange jagt), mits zonder schietgeweer;
- c. met geweer en met of zonder staande honden of brakken;
- d. het schieten van waterwild;
- e. het weispel van kwartelen met steekgaren of vliegnet;
- f. het vangen van waterwild, aangeduid in art. 17, met slag-netten;
- g. het vangen van houtsnippen met laat-, war- of valfouwen;
- h. het vangen van eendvogels in eene eendkooi of daarmede gelijkstaand toestel;
- i. het vangen van lijsters met paardenbaren strikken, mits gesteld ten minste één el boven den grond;
- k. het vangen van leeuwrikken en vinken, met slag-netten.

Alle andere pogingen of mid-delen om wild op te sporen, te bemagtigen of te doodden, zijn verboden.

Onder jagen wordt in deze wet verstaan de uitoefening van een der volgende geoorloofde jagtbedrijven:

- a. met valken of havikken, mits zonder honden;
- b. met windhonden (lange jagt), mits zonder schietgeweer en met niet meer dan vijf honden;
- c. met geweer en met of zonder staande honden of brakken;
- d. het schieten van waterwild;
- e. het weispel van kwartelen met steekgaren of vliegnet;
- f. het vangen van waterwild, aangeduid in art. 17, met slag-netten;
- g. het vangen van houtsnippen met laat-, war- of valfouwen;
- h. het vangen van eendvogels in eene eendkooi of daarmede gelijkstaanden toestel;

Alle andere pogingen of mid-delen om wild optesporen, te bemagtigen of te doodden, als met zoogenaamde afdraaijers, stokge-weren, pistolen of andere ver-borgen wapenen, tirassen, lange netten, damnetten en wild- of konijnenstrikken, zijn verboden.

definitie geven, door, met geringe wijziging van het aan eerstgenoemde wet ontleend voorschrift, het nieuw artikel eenvoudigweg te openen met de principiële bepaling, dat „uitoefening der volgende jagtbedrijven“, in het stelsel van den wetgever, „jagen“ daarstelt. Nu paste in het kader van art. 15 der wet van '52 eene alinea als die, welke alle andere pogingen voor ongeoorloofd verklaart, nog eenigermate, waar immers de redactie van het artikel, met name van den aanhef, de meening niet uitsloot, dat de overige, d. z. met niet verboden werktuigen aangewende, pogingen om wild te bemachtigen, als „jagen“ kunnen worden gerekend. Maar hier, waar de wetgever pretendeert eene definitie voorop te stellen van de als „jagen“ te qualificeeren daden, daar strijdt het tegen iederen juridischen zin om, nu er nevens die begripsformuleering sprake is van poging tot die als „jagen“ te beschouwen daden, niet alleen geen onderscheid tusschen beide te maken, maar ook de door algemeene strafrechtsbeginselen getrokken demarkatie-lijn, als het ware uitte wischen.

Ik verwacht echter eene tegenwerping. Men zoude mij namelijk de onbillijkheid kunnen verwijten van eene, uit onbedachtzaamheid en overhaasting, door den herziener der wet van '52 (de wetgever van '57) teweeggebrachte begripsverwarring, te keeren tegen het juridisch stelsel der geheele wet. Men zoude zelfs, niet zonder eenigen schijn van grond, kunnen aanvoeren, dat juist uit de geschiedenis van het gewijzigd art. 15 overhaasting blijkt, daar immers de geïncrimineerde definitie slechts als een opschrift boven het ongewijzigd artikel werd gesteld, om te voorkomen dat in het vervolg de bedrijven, vermeld in litt. *e*, *f*, *g* en *h*, buiten het begrip „jagen“ gebracht werden. (1) Dus redeneerende, zoude men er toe kunnen geraken om, a priori aannemende dat de wetgever van '57 wenschte te blijven omvatten den geheelen begripscirkel door zijn voorganger getrokken, te constateeren dat zijne ware bedoeling ten deze uit de historie alleen

(1) Zie Mr. TAK t. a. p. ad. art. 15 en het daar vermeld arrest van den Hoogen Raad, dd. 3 Juni 1856.

blijken kan en door eene redactie-wijziging, staande de zitting aangebracht, geenszins te-niet-gedaan worden kan. Waar de bewoordingen eener wetsbepaling duidelijk zijn, of althans de zoodanige werden opgenomen die concrete, wèlbegrensde rechtsbegrippen uitdrukken, daar mag van den woordelijken zin geenszins, en stellig niet in materie van strafrecht, afgeweken worden. En nu gaat het m. i. niet aan om te beweren dat de wetgever, na het „jagen“ te hebben gedefinieerd, als het ware in één adem het geheel volvoerd middel, hetwelk dan, mits met niet-verboden tuig gepleegd, dit „jagen“ zoude daarstellen, door het daarmede te vereenzelvigen, zoude verward hebben met de poging daartoe! Maar, hoe dit ook zij: wij geven in geen enkel opzicht toe, dat uit de geschiedenis der wet zoude zijn afte leiden des wetgevers bedoeling om te blijven in het voetspoor, afgebakend door zijn voorganger van 1852, van wien, zooals wij zagen, beweerd wordt, dat hij de poging deed opgaan in het volvoerd delict. Een geschiedkundig onderzoek zal mijne stelling waar maken, dat namelijk, wel verre van onder „jagen“ ook de poging daartoe, onder de uitoefening der 8 opgesomde, geoorloofde jachtbedrijven, ook de poging daartoe, onder het verbod van het aanwenden van het middel ook het verbod tot het aanwenden van de poging daartoe te verstaan, — de wetgever van '57 tusschen het aanwenden van middelen om wild optesporen, te bemachtigen of te dooden en de poging tot het aanwenden dezer middelen een deugdelijk en specifiek onderscheid heeft gemaakt.

Vooraf, doch tevens tot staving van dit ons beweren, wijzen wij er op, dat de aanhef van art. 15 in het *oorspronkelijk* ontwerp als nieuwigheid voorkwam aan het slot van art. 18, waar gelezen werd: „onder jagen wordt in dit en de overige artikelen der wet verstaan de uitoefening van een der jachtbedrijven in art. 15 opgenoemd.“ (1) Zeer rationeel was het deze principiëele bepaling, die in art. 18,

(1) Verg. Mr. L. G. GREVE, Wet tot regeling der jacht- en vischerij met aanteekeningen; bladz. 46, (Schiedam, 1864).

hetwelk alleenlijk eenige omstandigheden van plaats en tijd, waaronder het jagen verboden is aangeeft, niet t' huis behoorde, naar art. 15 overtebrengen, doch opmerkelijk tevens, dat deze zinsnede, zooals ze daar stond, werd overgenomen uit een artikel waarin het strafbaar stellen van de poging elken grond missen, ja des wetgevers doel voorbijstreven zoude. (1)

Maar nu ons hoofdargument.

Het mag inderdaad bevreemding wekken dat men, ten einde art. 15 recht te verstaan, zich heeft bepaald tot dat artikel zelf; dat men, waar het toch niet minder geldt dan de ontvouwing van één der hoofdbeginselen van de wet, bij het éene artikel is blijven staan. Zulk eene methode moge reeds in het algemeen niet zijn te beamen, — hier, bij de verklaring eener wet die allerminst op eene systematische rangschikking, op eene ordelijke plaatsing der onderscheidene gebods- en verbodsbepalingen kan bogen, is een zoodanig stelsel van uitlegging buiten kijf verwerpelijk te achten. (2) Zoo blijkt o. a. niet, dat ooit sprake was van eene vergelijking der wetsbepalingen in art. 20 met die van ons artikel, en toch valt hieruit m. i. voor de verklaring van laatstgemeld

(1) de bepaling in litt. *f* van art. 18 werd eerst bij de discussie, ingevolge amendement van den heer v. HEIDEN REINSTEIN, opgenomen, (zie Mrs. TAK en GREEVE, t. a. p., ad art. 18) en derhalve nadat art. 15 was afgehandeld, waarom ik ook zeer opmerkelijk noemde in litt. *f* gehuldigde, strenge afscheiding tusschen het jagen en de poging daartoe.

(2) Om van andere onregelmatigheden te zwijgen, wijs ik alleen op de werkelijk verwarring stichtende samenkoppeling van opsomming der jachttuigen en definitie, naast de verbodsbepalingen van artt. 18 en 19. Het lag immers voor de hand, dat de wetgever eerst in een afzonderlijk artikel opnoemde de geoorloofde tuigen, daarna de *absolunt* verbodene, vervolgens de omschrijving gaf van het begrip „jagen“ als de aanwending van eenig dezer geoorloofde middelen, in de strafbepaling (nu art. 40) ook de poging opnam om, na de definitie van „jagen“, aan te geven in welke omstandigheden van plaats of tijd aanwending zelfs van geoorloofde middelen verboden is, (relatieve strafbaarheid).

artikel en van de geheele wet zeer veel te leeren. (1)

Eer het art. 20, zooals het er nu uitziet, te voorschijn

(1) Ook hier, evenals bij art. 15, meende ik, tot vergemakkelijking van de lectuur der volgende bladzijden, hieronder naast elkander te moeten stellen de teksten van artt. 20 bij de wetten van 1852 en 1857, zoomede die van het regeeringsartikel, zooals die tekst, na talrijke wijzigingen, voorkwam in het ontwerp tot laatstgemelde wet.

1852.

1857.

| | ONTWERP. | AANGENOM. REDACTIE |
|--|--|--|
| Het is verboden zonder de vereischte jagtacte of in gesloten jagttijd met schietgeveer, valken, havikken of honden in het veld te komen, buiten openbare wegen en voetpaden, ten ware men voorzien zij van de buitengewone magtiging in art. 27 bedoeld. | Het is verboden zonder de vereischte jagtacte of in gesloten jagttijd met schietgeveer, valken, havikken of honden, welke losloopende, geen houten slependen kruisbengel aan den hals hebben hangen, zich in het veld te bevinden, buiten openbare wegen en voetpaden, ten ware men voorzien zij van het consent in art. 16 of van de buitengewone magtiging in art. 27 bedoeld. De bepaling van dit artikel is niet van toepassing op die honden, welke zich bevinden op gronden, waarvan de eigenaar van den hond het jagtregt bezit, noch op koe- of schaapherdershonden, indien zij ter hoeding van en met het vee in het veld zijn. Het opsporen, drijven of grijpen van wild door een dier honden is echter verboden. | Hij, die zonder de vereischte jagtacte of in gesloten jagttijd, zonder het consent, in art. 16 of de buitengewone magtiging in art. 26 bedoeld, in het veld eenige poging doet om wild op te sporen, te bemagtigen of te dooden, is volgens art. 40 1 ^e lid strafbaar. Daaronder is begrepen, zoo hij zich met geladen schietgeveer in het veld bevindt, of niet de behoorlijke zorg draagt om te beletten dat de hond of de honden die hij bij zich heeft, wild opsporen, drijven of grijpen. |

was gekomen uit de smeltkroes der openbare beraadslaging, hoeveel wrijving van gedachten! Veel verschil met die harer voorgangster leverde de redactie van art. 20, zooals het ontwerp die gaf, niet op; de verbodsbepalingen waren een weinig enger begrens'd; de vexatie, die op haar art. 20 steunende, gemaakt had dat deze wetsbepaling (om de uitdrukking «met honden in het veld komen») de «beroemde grief» tegen de wet van 1852 werd genoemd, bemoeielijkt, maar de quintessence der bepaling was dezelfde gebleven. Preventief bleef het voorschrift, hetwelk niets bepaalde dan wat strekte «in het belang der conservatie van het wild». Opeens en staande de beraadslaging stelde de heer THORBECKE als amendement voor de redactie van het artikel, zooals dit thans luidt en des voorstellers toelichting tot dit tegen den wil der Regeering, als het ware in het kader der wet ingeschoven artikel, mag inderdaad kenschetsend genoemd worden. Al kon deszelfs voorsteller meenen dat het amendement de bedoeling van het ontwerp slechts verduidelijkte, — terecht sprak de Regeering, bij monde van den Minister van Justitie, van het «diep ingrijpend amendement.» En nu moge — volgens den heer THORBECKE — die Minister door zóo te oordeelen «een duidelijk blijk hebben gegeven van de gedachte der wet te miskennen», — als onwederlegbaar mag worden aangenomen, dat de feiten, bij art. 20 van het Ontwerp verboden, *nog in geenen deele* «jachtfeiten» daarstellen, terwijl het amendement, volgens den voorsteller-zelf, geen ander doel had dan strafbaar te stellen in de daarbij bedoelde omstandigheden «jagtfeiten die nog geen jagen daarstellen.» De heer THORBECKE stelde voorop dat hij, «tot wegneming der beroemde grief tegen de wet van '52», zijn nieuw artikel had geredigeerd, «zich rigtende naar de artikelen die reeds aangenomen waren», en de strekking dezer laatste zinsnede wordt niet beter gekend als uit dezen volzin van zijne refutatatie des Ministers, die gewezen had op het juridiek bezwaar, verbonden aan eene omschrijving van wat in elk concreet geval als «poging» te beschouwen zij: «Ik heb de uitdrukking» (poging) «welke

„de Minister in de wet heeft gebragt“ (art. 15) „overgenomen. Het oordeel van den regter over poging, om „in elk bijzonder geval een feit als poging te qualificeeren, „is reeds door den minister zelf ingeroepen“ (1).

Resumeeren wij nu de door ons blootgelegde kern van het debat, dan vinden we dat, in stede van de geheel utilitaire, zoo men wil, stelsellooze bepaling in het Ontwerp, feiten verbiedende, die door een jachtwetgever wel-is-waar met straf *konden* bedreigd worden, maar toch met geen mogelijkheid als *jachtdelicten* te kenschetsen waren, een wetsbepaling in de plaats kwam, die het verband onderhield tusschen de overige voorschriften der wet, die het stelsel der preventie terugdrong, die een *jachtfeit* eischt al stelt dit nog geen *jagen* daar, in een woord: eene wetsbepaling, die de *poging tot jagen* als stelsel in de wet eene duurzame plaats bereidde, d.w.z. stelselmatig doorgevoerd, zooals dit in eene goede wet behoort.

De niet-ontwijkbare gevolgtrekking nu, waartoe ons beoogt leiden moet, is deze: Evenals volgens de wet van '52, zoude het ook nog volgens de redactie van het oorspronkelijk, ongewijzigd wetsontwerp van '57, voldoende zijn zich omtrent de qualificatie van „jagen“ uitsluitend te richten naar de bepaling van art. 15, welks aanhef, toen nog gelijk aan het vorige art. 15, tot op zekere hoogte de meening steunen kon als zoude men onder „jagen“ wenschen *begrepen* te zien evenzeer elke (geoorloofde) *poging* als ieder (geoorloofd) *middel* om wild optesporen, te bemachtigen of te doodden; — die samenvatting onder het ééne begrip „jagen“ werd voor het minst twijfelachtig, nadat bij gewijzigd Ontwerp in art. 15 was opgenomen de aanhef, die van het artikel eene definitie maakte en om zijn oorsprong (uit art. 18) elk denkbeeld van samenkoppeling met poging buitensloot; die samenvatting werd voor goed en in termen, die daaraan geen twijfel meer overig laten, verbroken, door

(1) Zie de beraadslaging over art. 20 in 't Bijblad der Staatscourant, Handelingen 1856/57 II, p. 859 v.v. Het 2^e lid werd, zooals wij later zien zullen, te kwader ure, aan ons art. als aanhangsel toegevoegd.

de nieuwe redactie van art. 20, de poging tot een jacht-delict in vollen omvang, maar ook met scherpe lijnen begrensd, zoo al niet in het kader der geheele wet binnenvoerende, want daartoe ware alleen de Regeering in staat geweest, dan toch op den voorgrond brengende.

En zoo zal dan de poging tot een jachtfeit, hoezeer evenals het volvoerd delict-zelf strafbaar, afgescheiden daarvan, uit zichzelf bestaan en vindiceert zij ook in deze materie een eigen. tot nog toe door het volledig delict geusurpeerd, terrein. Wij erkennen dit, ongeacht de in het kader der wet niet passende terminologie van de 1e al. in art 15, waar de woordjes „andere“ (pogingen) en „of“ (middelen) nog altijd zouden doen denken aan het door ons verworpen systeem van een *bij den wetgever onderstelden wil*, om beide, het aangevoerd middel en de poging daartoe, gelijk te stellen; eene onderstelling, welke wijkt voor de historie der wet, die — zooals wij aantoonen — allermint gewaagt van eene zoodanige gelijkstelling en dus niet duldt, dat ook hier, in de alinea van art. 15, gedacht worde aan eene verwarring van het begrip poging en aangewend middel. Want immers, al zwijgt de geschiedenis van art. 20 te dezen aanzien (1) geheel, ons antwoord op de vraag, of de wetgever in dat artikel doelt op de poging met elk jacht-

(1) Nog omtrent een ander punt laat de geschiedenis van art. 20 ons in het onzekere. Waarom toch wordt hier voor de strafbaarheid van poging vereischt, dat zij in het *veld* zij geschied, hetgeen tot veroordeeling wegens uitoefening van eenig jagtbedrijf (scil. geoorloofd) d. i. tot jagen, niet noodig is? De omstandigheid dat te dezen opzichte in het debat gezwegen en door den voorsteller deze beperkende strekking met geen enkel woord toegelicht werd, wettigt de gevolgtrekking dat, nu daaraan bij de beraadslaging blijkbaar geen waarde gehecht is, aan dit requisiet stellig niet een zoodanig strikten uitleg te geven is als oogenschijnlijk kan worden gemeend. Bovendien, waar zich toevalligerwijs wild bevindt op eene plaats die bezwaarlijk als deel van het jachtveld kan aangemerkt worden, (b.v. binnen den bebouwd en kring eener gemeente) daar zal wel nooit van poging om dit verdwaald wild te bemeesteren, maar altijd van aangewend middel om hiertoe te geraken, spraak zijn. Wordt derhalve de tegenstrijdigheid, waarop wij zooeven doelden, praktisch tot minieme verhoudingen

tuig, hetzij dit geoorloofd dan wel verboden zij, luidt ten stelligste: alleen de met geoorloofde jachtvoorwerpen gepleegde poging wordt bedoeld. Het is toch duidelijk, dat, waar men zich aangaande "het reeds in de wet gebragte begrip van poging rigtte naar de reeds aangenomen artikelen" (d. i. art. 15), waar men dit beginsel, daar waar het stond uitgedrukt ook als *zoodanig* aanwezig rekende, ons historisch betoog, het moge zoo gebrekkig zijn als maar mogelijk is, in ieder geval o. a. tot deze gevolgtrekking leiden moet, dat art. 20, uitsluitend willende aanvullen wat aan art. 15 ontbrak, dan ook werkelijk alleen in dien geest naast laatstgenoemde wetsbepaling kan gesteld worden en dus slechts daar completeert, waar het "reeds in de wet gebragte" begrip van poging nog gemist werd, d. i. in zake het "jagen".

Men zal ons bestrijden met de redeneering, dat zoowel de slot-alinea van art. 15 (het zich met absoluut verboden jachttuigen in het veld bevinden, buiten openbare wegen of voetpaden) als de alinea van ons zóo gewichtig art. 20 klaarlíjk aantoonen, dat het denkbeeld van *juridíe* poging den jachtwetgever — d. i. hier de Kamer, die het art. in de wet bracht — vreemd was; "jagen" zoude alles omvatten wat in meerdere of mindere mate een jachtbedrijf daarstelt en daarnevens plaatste de wetgever enkele verbodsbepalingen betreffende het zich met sommige, als verboden beschouwde tuigen (slot-al. art. 15) of met schietgeweer of honden (al. art. 20) in het veld bevinden, die, nu ja, ter onderscheiding als pogingen aangeduid werden, maar welke bepalingen, ingegeven door vrees voor mogelijke benadeeling van het jachtveld, louter een *preventief* karakter dragen.

Bij nader inzien blijken deze bestrijdingsgronden in mijn voordeel te pleiten en derhalve in geen enkel opzicht de

herleid, nog meer ondenkbaar wordt het geval dat op éenzelfde terrein de poging niet en het jagen wél strafbaar ware, bij het bedenken dat *niet* gesproken wordt van in het veld *buiten openbare wegen of voetpaden*, zooals in de slot-al. van art. 15 vereischt wordt, om wegens het aldaar bij zich hebben van verboden tuigen in overtreding te zijn.

daaruit afgeleide conclusie te wettigen. Of, is het niet opmerkelijk dat in art. 15 de wetg., na eerst van poging te hebben geschreven, het nog noodig rekent „insgelijks“ te verbieden het zich met ongeoorloofde jachttuigen in het veld bevinden? En, geeft de uitdrukking dat „daaronder is begrepen“ zich met geladen schietgeweer in het veld te bevinden of niet behoorlijk zorg dragen dat de hond of de honden die men bij zich heeft geen wild opsporen, drijven of grijpen iets toe aan dit kenschetsend „insgelijks“? Deze beide feiten nu *daaronder* d. i. onder poging om wild op te sporen enz. te begrijpen is een juridieke ketterij van de ergste soort, want een begin van uitvoering is bij geen van beide nog aanwezig. Maar ook, indien men nagaat hoe de bewuste alinea aan het art. 20 zooals dit door den heer THORBECKE voorgesteld werd, is toegevoegd, dan wordt verklaarbaar uit de geschiedenis der wet, wat, bij eene eenvoudige lezing van *dit* artikel in zijn geheel, niet pleiten kan voor den juridischen zin der wetgevende macht van 1857; want het 2e lid van art. 20 — zulks dient erkend — levert oogenschijnlijk een sterker wapen aan onze bestrijders dan de slot.-al. van art. 15 met haar „insgelijks.“ Vroeger herinnerden wij dat het voorstel van den heer THORBECKE alleen strekte tot strafbaarstelling der poging, m. a. w. een art. 20 niets meer inhoudende dan hetgeen nu het 1e lid bevat. Hier is het de plaats om mede te deelen, dat dit 2e lid, met zijn min gelukkigen aanhef van het „daaronder begrijpen“, afkomstig is van den heer POORTMAN, die de huidige redactie als sub-amendement voorstelde op het reeds in elk opzicht volledig geformuleerd amendement van den heer THORBECKE, en welke, tot onze bevreemding, dat sub-amendement overnam. Tot onze bevreemding; want, hij moge al onder die overneming hebben geprotesteerd tegen het toekennen van een preventief karakter aan de bepalingen van het sub-amendement, — deszelfs voorsteller handelde met den verklaarden wil, in de wet weder, op het voetspoor van den Minister, wiens redactie de heer THORBECKE *daarom* had verworpen, eene bepaling voor het behoud der wildbaan,

een preventief voorschrift te doen opnemen. (1) Immers, slechts een zoodanig karakter, dragen die gewraakte feiten. Want, hij die zich met *geladen* schietgeweer in het veld bevindt, heeft, hoezeer in meerdere mate dan die zich aldaar eenvoudig met schietgeweer, geladen of ongeladen, buiten openbare wegen en voetpaden ophoudt (zooals het Ontwerp wilde) toch niets meer dan „een vermoeden tegen zich dat hij op wild uit is,“ zooals de heer THORBECKE het uitdrukte, (2) en hij die niet behoorlijk zorgt ten einde te beletten dat zijn hond wild speure, legt alleenlijk nalatigheid aan den dag; welke beide feiten niet dan nadat de wetgever ze, gepleegd wordende

(1) De toelichting van den heer POORTMAN (opgenomen in een suppl.-blad tot de Handelingen t. a. p. bladz. 864) laat dienaangaande geen twijfel overig. De heer P. wilde ook nog „daaronder begrijpen“ (*waaronder*, zullen wij zien, is niet duidelijk) „het met havikken of valken zich in het veld bevinden“, eene herinnering aan de wet van '52; doch de heer THORBECKE, overigens het sub-amendement overnemende, „liet de havikken en valken t'huis“, (t. a. p. bladz. 858.)

(2) De questie door het veel besproken arrest van den Hoogen Raad van 2 Mei 1881 (Weekbl. 4641) te berde gebracht, als zoude de jachtwetg. slechts dan een schietgeweer als „geladen“ beschouwen wanneer dat van eene lading met scherp was voorzien, ligt buiten ons bestek. Immers, hetzij men het met den H. R. eens zij, hetzij met den heer Adv.-Gen. VAN MAANEN in zijne conclusie tot voormeld arrest en met Mr. FRIMA en „een Kantonrechter“ (Weekbl. 4655 en '58) de meening zij toegedaan, dat, waar de wetg. niet onderscheidt, elke lading waarmede *kan* worden losgebrand een geweer, volgens de artt. 20 en 45^b, als „geladen“ mag doen beschouwen, — geen der beide gevallen komt nabij aan de poging tot het jachtfeit, omdat van een *bezigen* van het „geladen“ schietgeweer noch in het éene noch in het andere geval de spraak kan zijn. Echter komt het mij s. r. voor, dat, mocht de praktijk leeren dat eene lading met „los kruut“ à bout portant wild *kan* dooden (men denke aan de stroopersmanier om de hazen in het leger neerteschietsen), door een uitlegging als die welke de H. R. en de Rechtbank te Groningen (zie Weekbl. 4666) gaven aan het woord *geladen*, het doel dat de wetg. met de bewuste bepaling voorhad, „conservatie der wildbaan“, grootendeels zoude worden gemist. Bovendien lette men op deze, bij den H. R. geheel gevestigde, jurisprudentie dat daar waar het in het veld dragen van een geweer in *jagende houding* bewezen werd, de qualificatie van „jagen“ gewettigd is, waaruit volgt dat de praktijk weinig van de gevolgen der bestreden leer zal bemerken. Immers hier hebbe bekl. toch stellig aannemelijk temaken dat zijn „in jagende houding gedragen“ geweer niettemin was ongeladen.

door een die niet van de vereischte acte voorzien is of in gesloten jachttijd zonder consent of buitengewone machtiging, tot jachtovertredingen maakte, strafbaar werden. Beide categoriën derhalve in het karakter van delicta omissionis. (1) En zóo kreeg dan het door den voorsteller geheel in overeenstemming met het gewild beginsel geredigeerd artikel een 2e lid als aanhangsel dat, met het 1e lid in volkomen disharmonie, bepalingen inhield, overal elders in de wet beter op hunne plaats als juist hier. De twee elkander uitsluitende begrippen van *repressief* als de strafbaarstelling der poging, die toch poenaliter niet zonder begin van uitvoering denkbaar is, en *preventief* als het karakter is der in dat 2e lid opgenomen verbodsbepalingen, verdragen elkander niet, sluiten elkander uit. En is eenmaal uit de geschiedenis dit heteroogeen karakter der beide deelen van art. 20 aangetoond, dan staat bij deszelfs uitleg, ten opzichte van den aanhef van het 2e lid, slechts één weg open, nl. aan dit „daaronder is begrepen“ niet dien taalkundigen zin te hechten waartoe, door hare plaatsing, de uitdrukking hier aanleiding geeft, maar alleen daarin te lezen des wetgevers uitgesproken meening, dat eene uitdrukkelijke bepaling noodig was om de in dit 2e lid verboden feiten te stellen onder de hoede der strafbaar verklaarde poging, waartoe ze uit hunnen aard niet behooren. Dit „daaronder“ zoude dan terugslaan op de onmiddelijk daaraan voorafgaande woorden en te verklaren zijn als: *onder deze strafbaarstelling* is mede begrepen enz.

Nog éene onderstelde tegenwerping zal ons nu bezighouden. Men kan ons nl. tegenvoeren, dat uit eene schifting van de poging tot aanwending en de volvoering van het middel eene zoodanige scherpe begrenzing d. i. hier zoodanige inkrimping van het begrip „jagen“ zal voortvloeijen, dat menig totnogtoe als zoodanig beschouwd feit daarbuiten vallen en een hoofddoel der geheele wet, bescherming

(1) Ook de eerste soort; want het rechtsvermoeden dat men op wild uit is ontzenuwd zijnde door tegenbewijs, leidt geenszins tot onstrafbaarheid en de strafbare nalatigheid is alsdan deze, dat het schietgeweer niet ontladen werd vóór men zich daarmede te veld begaf.

van den grondeigenaar in zijn uitsluitend recht tot toeëigening van het zich op zijn land bevindend wild, in gevaar gebracht worden zal.

Wanneer we ons stelsel in verband met de onderwerpelijke wet kortelijk nader zullen hebben ontwikkeld, dan zal het opgeworpen, ofschoon geheel utilitair toch vrij gewichtig, bezwaar wederlegd en het — naar beweerd wordt — uit ons stelsel voortspruitend gevaar, denkbeeldig blijken.

Juist dan, wanneer een werkelijk inbreuk-maken op gezegd toeëigeningsrecht criterium van het onrechtmatig „jagen“ gerekend wordt, maar ook niet eerder, kan eens anders grond onwettig „bejaagd“ worden geacht. De vraag is derhalve: hoe dient in mijn systeem „jagen“ te worden gedefinieerd?

De wetgever noemt in art. 15 „uitoefening van een der“ (volgende) „geoorloofde jachtbedrijven“ *jagen* (1) Blijft dus de vraag, wat onder „jachtbedrijf“ te verstaan, eene vraag die uit de wet zelve zonder twijfel had behooren te kunnen beantwoord worden; want eene mislukte wijze van legislatieve begripsbepaling zal een ieder wel die rekenen, welke, zooals ook hier, bij de omschrijving van het te ontvouwen begrip zich bedient van eenzelfde stamwoord als waardoor de uitleggen handeling reeds werd aangegeven. Wij verstaan dan onder „jagen“ *de voltooide aanwending van elk niet-verboden middel om wild optesporen, te bemachtigen of te doden*. Elke aanwending dus van een zoodanig middel en niet eerst een reeks van middelen, mits dat enkel middel slechts in zijn geheel aangewend, de handeling, welke directelijk leiden zal tot opsporing, bemachtiging of dooding van wild, volvoerd zij. *Strafbare* poging tot jagen zoude derhalve alleen dan kunnen gerekend worden aanwezig te zijn, wanneer „des daders voornemen“ tot het aanwenden

(1) Ons houdende aan de toelichting van Regeeringswege bij de beraadslaging aan art. 15 gegeven, kennen wij geen andere dan geoorloofde jachtbedrijven, tegenover alle andere, als verboden middelen en pogingen om wild te bemachtigen omschreven jachtfeiten. Het adjectief blijve dus weg.

van een geoorloofd middel om wild optesporen, te bemachtigen of te doodden «zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard en die uitvoering alleen ten gevolge van omstandigheden van zijn wil onafhankelijk, niet is voltooid».

Aldus ons Strafwetboek in artikel 45. «Des daders voornemen». «Dit vereischte is in art. 2 C. P. niet met zooveel woorden uitgedrukt», schrijft de Memorie van Toelichting (uitgave BELINFANTE, pag. 163), maar zij gaat voort: «Het werd niettemin ook door den franschen wetgever ondersteld»; en daarom meenden wij, ofschoon onze jachtwet onder vigueur van den C. P. ontstond, als uitgangspunt de bepaling van ons strafwetboek te kunnen kiezen, hetwelk te dezen opzichte de gedachte van den franschen wetgever meer volledig uitdrukte. *Strafbare* poging schreven wij; want, evenzeer als de C. P. stilzwijgend eene *tentative* erkende naast die, welke hij bij uitzondering als strafbaar stempelde, naar 't zelfde beginsel onthield ook onze strafwetgever zich van het stellen eener definitie van *de* poging om alleenlijk te bepalen — gelijk bij voorschreven art. geschiedde — wanneer de *conatus* onder bereik zijner wet behoorde te vallen. Betoog zal het wel niet behoeven, dat, waar zoowel de algemeene als de bijzondere strafwetgever (men zie de wet van 29 Juni 1854, *Stbl.* 102) zich van het woord «poging» bedienende, daarmede slechts die bedoelt, welke in 't algemeen poenaliter gesanctioneerd werd, wij, met onzen jachtwetgever, dit voetspoor veilig kunnen volgen.

Van het algemeen tot het bijzonder vereischte voor poging tot jachtfeiten komende, rijst de vraag: eischt dit delict een object, zoodat, waar een ondeugdelijk object zich voordoet, ieder denkbeeld van poging vervalt; dan wèl, is alleen het *middel* voldoende, maar dan ook in dien verstande, dat bij aanwending van een ondeugdelijk middel niet meer aan poging kan gedacht worden? De jachtwetgever onderscheidt niet en ook de algemeene Strafwet, zoomin de Code Pénal als ons nieuw Wetboek, laat zich in met ten *deze* bijzondere voorschriften te geven. Het eigenaardig

karakter van een jachtfeit dient den maatstaf aan te geven. Niet alleen uit de hierboven van „jagen“ gegeven begripsformuleering, maar ook uit den aard van het feit-zelf vloeit voort, dat ook daar in optima forma kan zijn „gejaagd“, waar zich zelfs geen stuk wild voordeed, zoodat, wanneer in deze materie van een delictsobject sprake is, aan niets anders valt te denken dan aan het tot het plegen der overtreding gebezigd terrein, en dat ieder terrein zich tot het jachtbedrijf *kan* eigenen, behoeft geen betoog. Iets anders is het met de vraag naar het absoluut ondeugdelijk *middel*. Behalve de door den wetgever als geoorloofd erkende en als verboden opgesomde jachttuigen, kan met menig ander, niet genoemd voorwerp een stuk wild bemeesterd of ook daarnaar getracht worden. Te rekenen naar de te dezen aanzien afgedrukte rechtspraak, moet de katalogus van als jachttuigen gebezigde en niet bij de jachtwet aangeduide voorwerpen zeer groot zijn (1). Bedenken wij echter, het geval stellende dat zich nog geen wild voordeed, in hoeveel sterker mate reeds bij aanwending van een absoluut ondeugdelijk dan bij aanwending van een deugdzaam middel blijken moet van den wil tot het bemeesteren van wild, dan spreekt wel van zelf, dat de poging tot beziging van een der eerstbedoelde middelen nagenoeg nooit kan ondersteld worden.

Na deze uitweiding, waarmede wij ons doel, eene bondige ontvouwing van ons stelsel, hopen bereikt te hebben, keeren wij tot ons laatste uitgangspunt terug. Een paar, ten deele aan de wet zelve ontleende, voorbeelden mogen strekken, *eensdeels* om de toepassing van het door ons aangeprezen stelsel als proefhoudend te doen erkennen, *anderdeels* om waar te maken, dat het aan de poging daartoe onthouden van de qualificatie van „jagen“, geheel intact laat de hoofdstrekking der wet: bescherming van des grondeigenaars uitsluitend recht tot toeëigening van het op zijn land aanwezig wild.

(1) Zie Mr. GREEVE t. a. p., ad art. 15, en de Jurisprudentie (speciaal n^os. 308 en 329) op hetzelfde art., medegedeeld in Mr. S. GRATAMA'S uitgave der Jachtwet. (Schoonhoven, 1880).

Ad I^{um}. Geheel aangewend is het middel om wild op te sporen enz. door hem, die zijn schietgeweer in vaardige houding draagt, zoodat, waar het wild zich voordoet, hij slechts behoeft te mikken en lostebranden (1); een zoodanige derhalve, zich dus bevindend op een perceel, van welks eigenaar (tevens gebruiker (2)) hij geen vergunning bekam of ook, dus geposteerd zijnde, op een aangrenzend terrein en van daar, het bewust perceel bestrijkend, „jaagt“ en op hem past de qualificatie van het bejagen van eens anders grond, zonder voorzien te zijn van het schriftelijk bewijs, bedoeld bij art. 2 der jachtwet. Stel hiertegenover nu het geval dat diezelfde persoon, totnogtoe den openbaren weg gevolgd hebbende, plotseling het geweer laadt, den haan spant en zijn jachthond tot zich roept; dus betreedt hij het naastliggend veld en wel vorenbedoeld perceel, doch wordt aanstonds staande gehouden door een beambte, die inzage vordert van de vereischte documenten: mij dunkt, niemand zal betwisten, dat hier poging tot jagen aanwezig is. Immers, hier is meer dan een bloot zich aldaar met geladen schietgeweer *bevinden* — hetgeen bovendien van den acte-houder geen delict oplevert; hier is de wettelijke *onderstelling* dat men op wild uit is niet noodig: het middel staat aangewend te worden en, ware de beambte niet reeds daar geweest, de handeling die de aanwending van het middel moest voltooien ware geschied, door het rondspeuren van den hond en het zich vaardig houden van den delinquent (3). Een ander voorbeeld. Nalatigheid in

(1) Zie de Jurisprudentie bij Mr. GRATAMA t. a. p., ad art. 15, speciaal nos, 288, 293, 304 en 323.

(2) Arrest van den Hoogen Raad, 1 Nov. 1880, Weekbl. 4571.

(3) Uit den aard der zaak is het mij onmogelijk te beslissen of in vele, aan het oordeel der onderscheidene rechters onderworpen feiten en welke, al naar gelang het kenmerk der concludente handelingen voor het „jagen“ eng of wijdbegrensd werd aangenomen, tot vrijspraak of veroordeeling leidden, niet veeleer de elementen van poging tot jagen voorhanden waren. Het kan echter niet anders of uit menig onderzoek ter terechtzitting zal hiervan gebleken zijn. Voor enkele, te dezen aanzien opmerkelijke feitelijke overwegingen, de eenige die

het nemen van voorzorgsmaatregelen om te beletten dat de honden, die men bij zich heeft, wild opsporen, drijven of grijpen, is het feit, dat art. 20 al. 1 strafbaar stelt ten aanzien van dengene, die niet van jachtacte is voorzien en vroeger merkten wij op, dat in deze nalatigheid geen enkel element van poging tot jagen — gezwegen nog van jagen-zelf — ligt opgesloten. Maar hoe dan te qualificeeren de handeling van hem, die den hond, welken hij bij zich heeft, niet slechts van het speuren naar wild geenszins terugroept, maar dit zijn dier hiertoe aandrijft? Hier wijkt de nalatigheid voor het opzet, hier is het middel in zijn geheel aangewend, hier is het delict consummatum. En de poging? een aanzetten van den jachthond, toevalligerwijze zijn effect alsnog missend, eene bekeuring te midden van deze, nog geen doel getroffen hebbende aansporing; — mij dunkt, ook hier liggen de kenmerken voor de hand.

Ad II^{um}. Naast art. 1 dat, met eenigen noodeloozen omhaal van woorden, niet anders vaststelt dan het beginsel, dat hij die jaagt van eene acte moet zijn voorzien, behoort derhalve art. 20 te worden gesteld, het bezit van een zelfde document vereischende voor hem, die in het veld eenige poging tot jagen aanwendt. Evenzeer is het volkomen waar dat art. 2, bovendien vorderend het bezit van een schriftelijk bewijs van vergunning, huur of pacht van wege den eigenaar van of den rechthebbende tot den *bejaagden* grond, niet als complement eene bepaling naast zich heeft als die art. 1 vindt in art. 20. Voor hem dus, die wel van acte doch niet van schriftelijk bewijs voorzien is, de poging om eens anders grond te bejagen niet strafbaar! Maar bestaat hier wel gevaar voor benadeeling van eenig, en met name van *dit*, grondeigendoms-belang? In geen en deele. De poging tot jagen maakt geen inbreuk op de bevoegdheid des jacht-

door mij zijn gevonden kunnen worden, verwijs ik naar vonnissen van: de Rechtbank te Breda, dd. 31 December 1860 (Weekbl. 2277), de Rechtbank te Heerenveen, dd. 10 Maart 1863 (Rechtsgel. Bijbl. XIII, 1863, p. 687) en het Kantongerecht n^o. 2 te Rotterdam dd. 14 Mei 1878 (Weekbl. 4294.)

rechthebbende; ja ik meen te mogen vaststellen dat hier vooral, door de van mij gewraakte gelijkstelling van „jagen” met de poging daartoe, des wetgevers bedoeling voorbijgestreefd wordt. Hij die, hoewel te vergeefs, eens anders grond, zelfs zonder dien te betreden, al jagende doorzoekt, wijt of dankt (al naar gelang hij bekeurd werd of niet) aan het toeval dat hem geen wild onder schot bracht, de afwezigheid van eene op geld waardeerbare schending der rechten van derden, — maar die niet verder kwam dan de poging hiertoe, bleef buiten de mogelijkheid om het middel tot die schending aantewenden. Kan in het eerste geval de civiele actie den grondeigenaar niet baten, — de jachtwetgever was daar om met straf te bedreigen, eene dusdanige handeling die, wel niet tastbaar, niet direct, toch stellig indirect de vruchten van zijn recht vermindert, zijne bevoegdheid beperkt (*délit manqué*); maar eene duizendwerf herhaalde poging om diens land te bejagen, zoude in geen enkel opzicht den eigenaar hinder toebrengen in diens bedrijf om terzelfder tijd, door niemand der delinquenten gehinderd, dit zijn land zelf af te jagen en dus in vollen omvang van zijn, nog slechts bedreigd, recht te genieten. In een woord: van „een ingrijpen in eens anders jagtregt” (1) kan hier nog geen sprake zijn.

Na dus ten opzichte van de met *geoorloofde* werktuigen gepleegde jachtdelicten ons stelsel te hebben ontwikkeld, willen wij zulks ook doen met het oog op de zóo omvangrijke species der met *verboden* voorwerpen volvoerde overtredingen. Voortbouwende op den speciaal voor de poging tot deze soort van delicten door mij reeds, als resultaat der historische beschouwing over art. 20, gelegden grond-

(1) Dus kenschetste de heer THORBECKE het delict van art. 2; zie de beraadslaging t. a. p. bladz. 797.

slag, voeg ik ten slotte aan dit eerste gedeelte van mijn opstel ook eenige opmerkingen te dezen aanzien toe. Van zelf spreekt dat, waar de nu te behandelen species buiten beschouwing gebleven ware, ook onze titel moest luiden: „De poging tot jagen“. Nu echter zal hij heeten: „De poging tot *het jachtfeit*“ d. i. tot ieder (scil. strafbaar) *feit* betrekkelijk de verordeningen op de jacht gepleegd, want vroeger wezen wij er reeds op, en het antwoord der Regeering tijdens de beraadslaging maakt die meening tot de ware, dat het „in de bedoeling dezer wet ligt een onderscheid te maken tusschen het jagen en het bemagtigen van wild op ongeoorloofde wijze, hetgeen stroopen is.“

Noemde ik zooeven art. 20, de poging tot jagen uitdrukkelijk aangevende, het complement van art. 1, — de alinea van art. 15 daarentegen, waar zij, in tegenstelling met *de* jachtbedrijven bij uitnemendheid, het „stroopen“ omschrijft, is op zich zelf compleet. Immers het middel met de daar opgesomde tuigen zoowel als de poging daartoe worden verboden. Derhalve: wat art. 15 pr. en art. 20, door samenvoeging, in de materie van „jagen“ daarstellen, dat omvat ten aanzien van „stroopen“ art. 15 in de 1e alinea. Heet het bovendien in de 2e alinea, dat zich in het veld bevinden buiten openbare wegen of voetpaden met de bij alinea 1, als ongeoorloofd aangegeven jachttuigen reeds een delict oplevert, — ook hier, in nog geringer mate zoo mogelijk dan naar aanleiding van het ten opzichte der alinea van art. 20 beweerde, verwachten wij tegenspraak onzer stelling, dat het zich met die voorwerpen — zij het ook buiten openbare wegen of voetpaden — in het veld *bevinden* (1)

(1) *In het veld* zijnde met geladen schietgeweer zonder acte, is reeds volgens art. 20^{al}. en eerst aldaar *buiten openbare wegen of voetpaden* met ongeoorloofde jachttuigen zich bevindende, volgens art. 15^{al}. strafbaar. De reden ligt voor de hand. De omstandigheid toch dat het schietgeweer is geladen doet met recht vreezen, dat hij die het draagt, zelfs zoo hij zich over eenig voetpad of anderen veldweg in dit jachtveld voortbewoog, onverhoeds wild kan bemeesteren, doch

nog in lange niet nabijkomt, aan het pogen om van die verboden jachttuigen aldaar *gebruik te maken*. Slechts door een fictie van den wetgever bestaat hier eene *jachtovertreding* en de heer Advocaat-Generaal RÖMER in zijne conclusie tot het arrest van den Hoogen Raad van 18 September 1868 (v. D. HONERT, Jacht en Visscherij VI, no. 351, p. 158) maakte reeds de opmerking, dat het delict der laatste alinea van art. 15 noch tot de eigenlijk gezegde jachtovertredingen noch tot de verboden pogingen om wild te bemachtigen is te brengen; en dat alleenlijk utiliteitsgronden den wetgever deze feiten deed strafbaar stellen mag wel hieruit blijken, dat, cas overtreding, zoowel wegens het (onbevoegd) „jagen“ als wegens het stroopen of wegens de poging tot beide, wanneer het eenige van die overtredingen vergezelt, dit geheele quasi-jachtfeit, krachtens art. 41 slot-al., opgaat in eene verzwarende omstandigheid. (Zie arrest Hoogen Raad 8 Juni 1870, v. D. HONERT, Jacht en Visscherij VII, bladz. 333.)

Houden we nu goed in het oog wat ten aanzien van de poging om het in art. 15c vermeld jachtbedrijf uitte oefenen door ons ontwikkeld werd, dan valt, met betrekking tot de in onze alinea opgesomde voorwerpen, voor wat aangaat de mate der strafbaarheid, een groot verschil waar te nemen.

„Het dubbel der bij het vorig artikel bedreigde boeten, met of zonder gevangenisstraf van ten hoogste zeven dagen, wordt opgelegd — zoo luidt art. 41 — wanneer de overtreding is begaan . . . e., met behulp van zoogenaamde afdraaijers“ enz.; de wettelijke strafverzwareing dus alleen wanneer de overtreding is begaan met behulp van d. i. *door het gebruik van* de in art. 15 al. gemelde voorwerpen.

Voor wie nog twifelen mocht of deze wel de bedoeling zij van den wetgever, geven we in enkele trekken de discussie in de Tweede Kamer weer. In het Regeeringsontwerp werden

evenmin zij die aldaar tirassen, lange netten, damnetten, wild- of konijnenstrikken bij zich hebben, als zij die daar van afdraaiers, stokgeweren of pistolen (waarvan het geladen zijn voor de overtreding niet vereischt wordt) voorzien zijn, kunnen bezwaarlijk éézelfde vrees inboezemen.

de overtredingen onder de verzwarende omstandigheden — *hoofdzakelijk* (zooals straks blijken zal) dezelfde als van art. 41 — gestraft met gevangenis, zonder geldboete, van 1 tot 3 weken en luidde litt. e: „wanneer de overtreding is begaan met *of wanneer personen bevonden worden* op het water of in het veld buiten openbare wegen en voetpaden *bij zich te hebben* zoogenaamde afdraaijers, stokgeweren, pistolen of andere verborgene wapenen, lange netten, damnetten, wildstrikken of middelen om den visch door bedwelming te vangen; f.” enz.

De heer SANDER stelde bij amendement de redactie van het art. voor zooals die thans in art. 41 is te lezen, eensdeels om de zware strafbepaling te verzachten, anderdeels om aan litt. e die beperkende strekking te geven, welke wij als vaststaande voorop stelden. En toen nu de heer VAN DER LINDEN de opmerking had gemaakt, dat het vreemd klonk, na in een vorig art. (15) strafbaar gesteld te hebben het zich met een pistool, geladen of ongeladen, in het veld buiten openbare wegen en voetpaden bevinden, hier alleen reeds tegen het met een ongeladen pistool in het veld zijn facultatief gevangenisstraf te bedreigen, lichtte de voorsteller de verschilpunten tusschen het art. der Regeering en zijn amendement, ten aanzien van het betwiste punt, dus toe: „Volgens het Ontwerp wordt de enkele daad van b. v. b. met „een pistool in het veld te komen, ook al blijkt van geen „andere overtreding, reeds beschouwd als verzwarende om- „standigheid, vallende onder bereik van dit art. Dit kwam „mij al te gestreng voor en daarom heb ik voorgesteld, die „zwaardere straf te beperken tot het geval dat òf met be- „hulp van zulke voorwerpen eene overtreding wordt gepleegd, „òf dat iemand bij het plegen van eenige *andere* overtre- „ding in het bezit van zulke verboden voorwerpen gevonden „wordt” (slot-al).

„Maar de enkele overtreding van het verbod om zich met „die voorwerpen in het veld te bevinden, voorkomende in de „slotbep. van art. 15 — en dit moet ik den geachten Spr. „uit Almelo (den heer v. d. LINDEN) bijzonder doen opmerken —

zal, wordt mijn amendement aangenomen, slechts strafbaar zijn volgens art. 41 (thans art. 40) en dus den dader *niet* aan gevangenisstraf blootstellen." Het amendement werd aangenomen met 50 stemmen tegen ééne, zoodat niet alleen litt. *e* kwam te luiden zooals thans, maar ook het 2e deel van het amendement de slotbepaling werd, thans in art. 41 te lezen. (1)

Na deze toelichtende aanteekening op art. 41 zal, naar wij vertrouwen, een enkel voorbeeld uit vele toereikend zijn om de gevolgen in de praktijk aan te geven, voortvloeiende, ook in materie van verboden jachttuigen, uit eene weldoordachte beschouwing van de poging.

De wildstrik, den rechter eene onuitputtelijke bron voor scherpzinnige uitspraken, den strooper een onwaardeerbaar middel tot behendige verijdeling van bekeuring of straf, den beambte, hierom, voorwerp van rustelooze nasporing, geeft ons al aanstonds een afdoend voorbeeld aan de hand. Van algemeene bekendheid is, dat de rechtspraak, ten aanzien van dit voorwerp, eene bekeuring krachtens art. 15 al. 1, eerst dan als geslaagd aanmerkt, wanneer de strik *gesteld* of *hersteld* is — wèl te verstaan: tenzij inderdaad wild vanuit den strik bemachtigd is, welk geval hier van geen belang is — en de qualificatie van een zoodanig feit luidt dan: poging om wild te bemachtigen met een wildstrik. Men zoude s. r. kunnen vragen of niet geheel werd over het hoofd gezien, dat, aangezien ook is verboden het *middel* om wild te bemachtigen enz. met een wildstrik, dit niet evenzeer kan worden gerekend aangewend te zijn al liep er nog geen haas in den strik, als de qualificatie van „jagen" reeds volkomen gewettigd is al moge er nog geen stuk wild aangeschoten, ja, nog geen schot gelost zijn. Men komt trouwens in de bewuste qualificatiën ook nooit verder dan tot pogingen, pogingen die bijna altijd reeds geworden waren tot compleet aangewende middelen en de eigenlijke poging blijft meestal ongestraft.

(1) Zie de discussie t. a. p., bladz. 926—931.

Maar hoe — zal men vragen — ongestraft zal het feit toch wel nooit blijven want, is niet de slot-al. van art. 15 daar om er voor te waken, dat b. v. b. een strooper, aan het werk willende tijgen om zijne strikken te stellen en toevalligerwijze den in hinderlaag gestelden beambte bemerkende, zijn voornemen nog bijtijds kan laten varen en door de mazen der wet glijpen? Ten deele is dit juist, maar men geve daarop acht, dat deze slotbepaling alleenlijk baat geeft waar de dader zich bevindt buiten openbare wegen of voetpaden en bovenal: de strafverzwaring van art. 41c — zij moge hard zijn, maar de wetgever wilde ze nu eenmaal — kan in het ons ter bestrijding voorgehouden geval, niet toegepast worden. Te treden in de zich bij nadere bewerking van ons onderwerp vermenigvuldigende détails van feitelijken aard, houd ik voor overbodig. Zooeven doelde ik reeds op eene menigwerf voorkomende en in de geboorte gesmoorde bekeuring en ik volsta met te vragen of, waar *de poging tot het aanwenden van het middel* om wild te bemachtigen enz. zoowel als het *aangewend middel-zelf* te begrijpen zijn onder „de overtreding” waartegen art. 41 in de daar opgenoemde gevallen een strafverzwaring bedreigt, een doorvoeren der scherpe grenslijn tusschen het aangewend middel en de poging daartoe ook in de materie van jachtdelicten, gepleegd met *verboden* voorwerpen, niet legistisch juist en practisch gerechtvaardigd heeten kan?

II.

Indien wij ons opstel eindigden zonder ook het door ons aangenomen stelsel te ontwikkelen in verband met ons toekomstig materieel strafrecht, — de beschuldiging ware niet te ontgaan, dat de actualiteit onzer beschouwingen te wenschen overig liet. Immers, ons nederlandsch strafwetboek staat, binnen korter of langer tijdsverloop, te worden ingevoerd en met die invoering dringt op velerlei strafrechtelijk gebied eene nieuwe of vernieuwde beschouwingswijze door. De vraag dient beantwoord, of de invloed der nieuwe algemeene

strafwet zich ook ten aanzien der jachtwet zal doen gelden.

De drieledige indeeling der strafbare feiten verdwijnt om plaats te maken voor de tweeledige die — en ziehier een eerste gevolg van de nieuwe rechtssfeer — de jachtfeiten onder de *overtredingen* klasseert. *Wetsdelicten* zijn het, niet door het recht, maar eerst door de wet als strafbaar aangemerkt. Het ontwerp der staatscommissie maakte nog eenig onderscheid, door als misdrijf te kenmerken en bij art. 392 ook als zoodanig met gevangenisstraf van hoogstens 3 weken en geldboete van hoogstens f 60 strafbaar te stellen de feiten, aangeduid als „inbreuk op het recht van toeëigening“, daaronder begrijpende iedere opzettelijke schending van het bij art. 641 B. W. jis. artt. 2 eerste lid, 21a, 22 tweede lid en 28 der jachtwet erkend recht, terwijl de bescherming van den wildstand bleef overgelaten aan de bijzondere wet. De, in bedoeld Ontwerp bij Titel XI van het derde Boek (overtredingen) aan de voorschriften van deze bijzondere wet verzekerde poenale sanctie werd gemist in het oorspronkelijk Regeeringsontwerp, *niet* omdat de Regeering ten aanzien van het karakter dezer feiten van andere meening was, maar alleenlijk wegens de onmogelijkheid en ondoelmatigheid om al de in bijzondere wetten strafbaar gestelde en het karakter van overtredingen dragende feiten te codificeeren (1). Het misdrijf der inbreuk op het recht van toeëigening was als zoodanig echter door de Regeering behouden en wel bij art. 386 (Titel 28, Boek II), terwijl de Mem. v. Toel. zich in de desbetreffende ontwikkeling geheel gedraagt aan die der staatscommissie. Evenwel, de commissie van Rapporteurs (2e Kamer) „wenschte dezen titel niet te behouden, omdat de materie „eigenaardig bij de Jachtwet dient geregeld. Het feit, (d. i. „de opzettelijke inbreuk op een toeëigeningsrecht) is veeleer „eene overtreding en wordt, zonder uitdrukkelijke wetsbepaling, nimmer als rechtsschennis aangemerkt.“ De Minister

(1) Mem. van Toel. p. 87 (uitg. BELINFANTE); Mr. H. J. SMIDT, Geschiedenis v. h. Wetb. v. Strafrecht, bladz. 37.

vereenigde zich met de conclusie der commissie, liet de bepaling vervallen en de Tweede Kamer drong niet weder aan op hare weder-opneming. Derhalve — zooals we vooropstelden — *alle* jachtfeiten tot overtredingen geworden.

Het gewijzigd oogpunt waaruit de algemeene strafwetgever dientengevolge deze van karakter veranderde strafbare feiten beziet, komt niet beter uit dan bij inzage der, in de Mem. v. Toel. opgesomde, rechtsvervolgen, aan het karakter van overtreding verbonden. „Geen strafbare poging tot overtreding wordt erkend,” zoo lezen we daar onder n°. 2. De Regeering was van meening dat dit gevolg zoozeer vanzelf voortspoot uit het juridiek karakter der overtreding, dat eene bloote herinnering daaraan in de Mem. van Toel. toereikend kon wezen. Eerst tegen den Raad van State diende het *beginsel* verdedigd te worden, want dat, aangezien volgens de *rechtswetenschap* op het voornemen tot de overtreding, die alleen gestraft wordt om het feit-zelf, geen acht geslagen wordt, *dientengevolge* elk denkbeeld van poging hier ook moet vervallen, achtte dit Staatscollege een argument, niet krachtig genoeg om nu ook bij de *wet* elke poging tot overtreding onstrafbaar te verklaren. De Regeering bleef echter haar standpunt innemen; poging ten aanzien van overtredingen in juridieken zin ondenkbaar, dewijl naar den wil om te overtreden geen onderzoek wordt gedaan bij de als overtredingen te qualificeeren strafbare feiten en de Comm. v. Rapp. uit de Tweede Kamer, deze praemisse beamende, ontkende evenwel dat het voldoende ware, dit rechtskundig beginsel bij de strafwet *implicite* te huldigen. Men moest den plaatselijken wetgever uitdrukkelijk aan dit beginsel binden en vandaar dat de Minister, zich voegende naar dezen wensch, bij gewijzigd Ontwerp een nieuw art. 46 redigeerde, hetwelk ook in de wet overging en luidt: „Poging tot overtreding is niet strafbaar.” (1)

(1) Het art. 46 (oud 56) had voordien een geheel anderen inhoud. Het bevatte namelijk, ten aanzien van misdrijven door middel der drukpers gepleegd, eene uitzondering op den regel der strafbaarheid

En nu de vraag naar het verband tusschen dat art. 46 en de ten aanzien der poging in onze Jachtwet bestaande strafbepalingen. Welk is het standpunt waarop men zich hebbe te plaatsen in het onderwerpelijk geval, dat nl. in eene, aan de algemeene strafwet anterieure, speciale wet een strafrechtelijk beginsel (in casu: de strafbaarstelling van poging tot overtreding) geregeld wordt op eene wijze die indruischt tegen die algemeene wet? Zal de alinea van art. 1 Strafwb. „dat bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, de voor den verdachte gunstigste bepalingen toegepast worden“ hier dit gevolg hebben, dat de strafbaarstelling der poging tot die kategorieën van jachtovertredingen, bij welke zij uitdrukkelijk poenaliter werd gesanctioneerd, voortaan eenvoudigweg als niet-geschreven aantemerken zij? Belangrijke vraag, die niet onbeantwoord mag blijven.

Het algemeen deel van ons strafwetboek sluit met eene bepaling, die ons uitgangspunt vormen moet voor de beantwoording der gestelde vraag. Daar heet het nl. in art. 91: „De bepalingen der acht eerste titels van dit Boek zijn ook toepasselijk op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.“ Tenzij de *wet* anders bepaalt. Het was bij de beraadslaging in de 2e Kamer dat de heer RÖELL den Minister uitlokte, zich omtrent het afschaffend en handhavend vermogen dezer bepaling nader uitte spreken. Er bestond toch, naar de meening van dezen afgevaardigde, twijfel, of niet hieromtrent zich bij de Regeering eene, ingevolge den loop der tijden, gewijzigde

van poging tot *alle* misdrijven. Ingevolge het bij art. 8 der Grondwet uitgesproken beginsel, meende de Reg. dat een persdelict niet anders dan voltooid is te straffen, terwijl de Comm. v. Rapp. met den Raad v. State het grondwettig argument minder juist achtende, vooral de poging tot drukpers-delicten buitengewoon gevaarlijk rekende. (Zie Mr. H. J. SMIDT t. a. p. bladz. 401 v.v.) De Minister, het art. latende vervallen en de huidige bepaling daarvoor in de plaats stellende, week, naar mijne bescheiden meening, hier af van de in de officieele stukken vooropgezette stelling, dat een wetboek geen leerboek mag zijn.

zienswijze had geopenbaard, naardien het hem immers toescheen dat, terwijl èn de Mem. v. Toel. èn het advies van den Raad v. State èn het Rapport van den Minister SMIDT in ons art. 91 de beteekenis legden van af te schaffen alle in andere wetten voorkomende afwijkende bepalingen, tenzij ze werden gehandhaafd, — daarentegen de Minister die het Wetboek verdedigde aan diezelfde bepaling slechts deze mindere kracht toekende, dat afwijkende bepalingen in andere wetten daardoor gehandhaafd blijven, tenzij de invoeringswet ze uitdrukkelijk afschaft. (1) De kathgorische vraag was dus deze: „of krachtens dit artikel (91), wanneer dit Wetboek in werking komt, de afwijkende bepalingen zijn afgeschaft, tenzij zij worden gehandhaafd, of wel worden gehandhaafd, tenzij zij worden afgeschaft?“ De Minister van Justitie stelde bij zijn antwoord allereerst in het licht de scherp te onderscheiden gevolgen ten opzichte van oude *verordeningen* en oude *wetten* en hierna, bepaaldelijk ten aanzien van de

(1) Het eerste gevoelen, uitgesproken in de bedoelde stukken, naar aanleiding van art. 35 Strafwetb. j^o art. 282 Gemeentewet; het tweede, gewijzigde, in het antwoord der Reg. op het verslag der Comm. v. Rapp. uit de 2e K. waar, ter uiteenzetting der verhouding waarin de bestaande bepalingen uit het Wetb. van Strafvordering betrekkelijk vervolging in belastingzaken na doode des bekl. (artt. 447—451), tot het Strafwetb. zouden komen te staan, aangezien het Ontwerp (nu art. 69) alle recht tot strafvordering liet vervallen door den dood van den verdachte, gevraagd werd naar het voortbestaan van dit jus singulare. 's Ministers antwoord luidt: „Bij de onmisbare invoeringswet kunnen deze artikelen worden ingetrokken. Uitdrukkelijke intrekking zal noodig zijn, daar anders de regel zou gelden: *lex generalis non derogat legi speciali.*“ De Minister SMIDT daarentegen had vroeger geantwoord: „Teregt onderstelt de Raad van State, dat de wet die omtrent de invoering van het wetboek het noodige zal bepalen *mede zal moeten inhouden dat art. 282 der Gemeentewet van kracht zal blijven*, met afwijking van het algemeene beginsel van art. 45 van het ontwerp. In de 1e Kamer handhaafde de Regeering het tijdens de beraadslaging in de 2e Kamer genomen standpunt. Zie hierover: Mr. SMIDT t. a. p. bladz. 337 v.v. en vergelijk over het vroeger ontwikkelde de aangehaalde uitgave der gewisselde stukken, 2e gedeelte, bladz. 485 en 3e gedeelte bladz. 69.

afwijkende bepalingen in de laatste, werd herinnerd, dat „de „regel *species derogat generi* ook dan geldt, wanneer de „species ouder is dan het genus,“ en dat, natuurlijkerwijze alleen ten opzichte der rijkswetgeving de latere wet alleen dan derogeert aan de vroegere voorzover er is onverzoenlijke strijd, een hoedanige strijd, zoo luidde het verder, nooit kan bestaan tusschen twee voorschriften van welke het éene tot het algemeene, het andere tot het bijzondere betrekking heeft. (1) Dus uit de woorden van de Regeering toegelicht, laten wij de harerzijds gegevene interpretatie van art. 91 volgen, die dan deze zoude zijn „dat de regelen der 8 eerste titels gelden overal waar de regel niet door de wet is uitgesloten.“ Op de toelichting legden wij nadruk, omdat, al luidde ook het Regeeringsantwoord positief, twijfel geoorloofd blijft of niet, zelfs met dit dus optevatten art. 91, ruimte overblijft voor misvattingen. Waar dus de Regeering, die, blijkens haar antwoord aan de Eerste Kamer, zoozeer deed uitkomen het den rechter niet bindende der uitleggingen van Regeeringswege, sprekende de wetgever alleen door de wet zelve (2), ofschoon ons art. voor toekomstige wetten en verordeningen op zich zelf voldoende achtende, de sceptici reeds meende te moeten wijzen op de toekomstige invoeringswet, „die elken twijfel zoude opheffen,“ zal aan die wet zeer groot gewicht te hechten zijn.

Het is ten eenenmale onaannemelijk dat de Regeering, bij de indiening dezer Invoeringswet zich geheel zal gedragen aan het Ontwerp eener zoodanige wet, door de Staatscommissie opgesteld. Eene bepaling toch als die in art. 4 van dat ontwerp; „op datzelfde tijdstip (der invoering) zijn afgeschaft alle strafwetten en alle strafrechtelijke bepalingen „voorkomende in andere wetten,“ is in lijnrechten strijd met het zooveen door ons wedergegeven beginsel der Regeering, dat algemeene wetten niet derogeeren aan bijzondere en voor

(1) Zie de beraadslaging in het Bijblad tot de Ned. St.-Ct. Handelingen, 1880/81, bladz. 174 v.v.

(2) Verg. Mr. SMIDT, t. a. p. bladz. 15.

den algemeenen wetgever uitdrukkelijke intrekking van afwijkende, bijzondere wetsbepalingen noodig is, om ze haar rechtskracht te doen verliezen. Trouwens, afgezien van dit ontwerp, blijft de vraag open of onder die, niet dan expressis verbis intrekken, voorschriften van den bizonderen wetgever ook de zoodanige zijn te verstaan, welke niet slechts binnen dat speciaal terrein blijven, maar ook in het eigen gebied van den algemeenen strafwetgever dringen, een terrein waarop deze eigenaardig alleenheerscher behoort te zijn; in casu de vraag naar de bestaanbaarheid van poging tot *jachtovertredingen*. Die vraag werd reeds, schoon in andere materie, door den wetgever beantwoord zoowel in toestemmenden als in ontkennenden zin. *Toestemmend*: ten duidelijkste blijkt toch dat, niettegenstaande het Wetboek van Strafvordering in art. 216 had bepaald, dat stukken van overtuiging moeten worden teruggegeven aan den eigenaar of anderen rechthebbende, — de jachtwetgever in art. 45 voor dit voorschrift in de plaats stelde het zijne, houdende, dat, in strijd met litt. a, b en c, in beslag genomen, derhalve bloot als overtuigingsstukken te beschouwen voorwerpen, door den rechter aan derzelve *vroegere* HOUDERS moesten worden toegewezen en, niettegenstaande art. 22 der Wet van den 29n Juni 1854 (Stbl. 102) slechts *facultatief* spreekt, gebiedt art. 47 der jachtwet, dat door den rechter vernietiging worde bevolen van die jachttuigen, welke deze wetgever als verboden brandmerkte, zulks terwijl de algemeene strafwetg. bij eerstbedoelde bepaling den rechter vrij had gelaten in het gelasten van een gelijken maatregel ten opzichte der tot het plegen van het misdrijf vervaardigde, geschikt gemaakte of gediend hebbende voorwerpen. En, ten einde als het ware zijn volkomen onafhankelijkheid van den algemeenen strafwetgever te doen uitkomen, voegde de jachtwetgever aan dit zijn art. 47 nog eene slotbepaling toe, die het beginsel van art. 22 vorenbedoeld uitdrukkelijk en zelfs onder aanhaling dezer algemeene strafwetsbepaling, *toepasselijk verklaart* op de in beslag genomen geoorloofde jachttuigen.

Ontkennend evenwel luidde het antwoord van een lateren algemeenen wetgever, wiens wet is die van 22 April 1864 (Stbl. n^o. 29). Immers, de niet te betwijfelen bedoeling van dien wetgever ten opzichte van zijn art. 9 in verband met art. 8 is wel geen andere dan deze, dat zijne bepalingen voor het geval van wanbetaling van boeten in strafzaken *stilzwijgend afschaffen* al die afwijkende voorschriften, te dezen aanzien bij andere wetten gegeven, *welke niet uitdrukkelijk* (d. i. bij art. 8) *werden in stand gehouden* en waaronder die in art. 43 der jachtwet niet behooren. (1)

Hier vooral hebben wij een gewichtig praecedent. De enkele regeling door den algemeenen strafwetgever van een, zoozeer het geheele materieel strafrecht rakend voorschrift, als dat betreffende de bepalingen omtrent wanbetaling van boeten, zoude volstaan om, gelijk art. 9 het uitdrukt, „alle (d. z. oudere) niet in stand gehouden bepalingen” afgeschaft te rekenen.

Vergeeten wij echter niet dat bij art. 91 Strafwetb. *in het algemeen* de kracht der oudere speciale wet geëerbiedigd wordt en waar dan nog de vraag bestaan blijft welk karakter, algemeen, bizonder of beide, de „afwijkende speciale bepalingen” dier oude wetten dragen moeten of kunnen om gehandhaafd te blijven, daar kunnen wij er gerust op zijn dat, zij het ook ten koste van de doctrine, de invoeringswet elken twijfel zal opheffen.

Doctrinair is, althans voor een wetboek, steeds verre van een epitheton ornans geacht en, somtijds te onrecht, naardien consequentie van aan de praktijk getoetste leerstellingen ook in eene codificatie door niemand gewraakt worden zal; dit doctrinarisme, deze stelselmatigheid worde veeleer toegejuicht. Hoe menigmaal toch reeds, waar de praktijk bleek eene in-

(1) Zie ook hierover de arresten H. R. van 29 Januari en 24 Maart 1868 (v. d. H., *J. en V.*, VII n^{os}. 441 en 445, bladz. 167 v.v. en 177 v.v.), welke uitspraken bovendien constateeren de instandhouding overigens van dat gedeelte in art. 43, krachtens hetwelk primair tot uitlevering der gebezigde jacht- en vischtuigen moet worden veroordeeld.

buiging der theoretisch doorgetrokken lijn te vergen, scheen ook *deze* algemeene strafwetgeving de winst van het geheel in bruikbaarheid te hebben doen toenemen grooter, dan de schade van eene tijdelijk prijs gegeven doctrine! Op art. 46, uit welks wordingsgeschiedenis dit streven spreekt, bouwen wij onze hoopvolle verwachting dat, ongeacht de theorie, welke, blijkens de toelichting der Regeering, aan de slot-bepaling van het 1e Boek ten grondslag ligt, de praktijk den wetgever, waar hij acht geeft op de gevolgen eener vergelijking van beide voormelde bepalingen, dringe, zich, betreffende de poging bij de jachtwet bedoeld, nader uittespreken, hetzij bij de Invoeringswet zelve, hetzij bij hare Memorie van Toelichting. Wij doen dit beroep niet, omdat de poging bij deze kategorie van overtredingen ons even strafwaardig toeschijnt als bij menig, in de qualificatie van misdrijf vallend, feit — eene vraag, die dan ook niet voor den algemeenen, maar wel voor den specialen wetgever een punt van beslissing oplevert — maar alleenlijk in het belang der rechtszekerheid. Is ons betoog te dezen aanzien geslaagd, dan blijkt de vraag naar het, onder vigueur van ons strafwetboek, voortbestaan der strafbare poging tot de bij de jachtwet omschreven, *te dezen aanzien* van de andere uitgezonderde, feiten tot nog toe een open vraag en, waar de wetgever, vreezend dat het onderscheidend kenmerk van misdrijf en overtreding aan den plaatselijken wetgever, ongeacht diens aangeboren rechtsbewustzijn, ontsnapte, reeds een art. 46 opstelde, — daar kan nauwelijks van eene noodzakelijke inconsequentie aan art. 91 sprake zijn, waar hij op onze bescheiden vraag, een consequent antwoord te lezen geeft.

N. DE RIDDER.

Tiel, Augustus 1881.

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Is art.*
1652 *B. W.* ook toepasselijk op onroerende goederen?
door Mr. PH. W. SCHOLTEN, Regter in de Arrond.-
Regtbank te Alkmaar.

Bij eene oppervlakkige lezing van den inhoud van de hierboven genoemde bepaling zou licht de meening kunnen ontstaan, dat onze wetgever op deze vraag een duidelijk en bepaald antwoord schuldig blijft. Indien men dan eenmaal deze meening als waar voor zich zelve heeft vastgesteld, zal daaruit afgeleid kunnen worden, dat de Nederlandsche Wetgever dit onderwerp niet heeft voorzien en hem mitsdien, onder andere grieven, óók het bestaan van deze leemte verweten worden.

Eene dusdanige meening te omhelzen schijnt mij echter voor alsnog gewaagd toe. Zij die daaruit deze slotsom mochten trekken, stellen zich met een uiterst gering „vermoeden“ tevreden en het zal dan ook wel niemand bevreemden, als ik een dergelijke praesumptio rangschik onder die, „welke „niet op de wet zelve zijn gegrond,“ m. a. w. tot die, welke voor tegenbewijs vatbaar zijn, en bij hetgeen reeds gedaan werd, om bovengemelde vraag door een bevredigend antwoord tot oplossing te brengen, ook mijnerzijds een poging aanwenden, om dit zeer belangrijk onderwerp nogmaals opzettelijk te onderzoeken. Moge het dan ten slotte blijken, dat de bovenstaande vraag bevestigend zal moeten worden beantwoord, dan wordt tevens de wetgever op dit punt van allen blaam vrijgesproken.

Aanleiding om dit onderwerp te behandelen gaf mij een vonnis, en wel het *laatste*, door de voormalige arrondissements-rechtbank te Hoorn, den 9 Mei 1877 in *strafzaken* gewezen, hetwelk betrekking had op eene verbreking van afsluiting door den eigenaar eener woning eigenhandig gepleegd.

Zekere S. toch had bij wijze van aanbesteding den *timerman* L. opgedragen en dezen aangenomen, om aan een

den eersten toebehoorend in aanbouw zijnd huis verschillende werkzaamheden te verrichten. Toen nu de aannemer z. i. het werk voltooid en de rekeningen voor de kosten en arbeidsloon den aanbesteder had doen toekomen en deze weigerachtig bleef om te betalen, nam hij, meenende het ius retentionis te hebben, een hangslot, bevestigde dit aan de buitendeur, sloot het met een daarop passenden sleutel, dien hij bij zich stak, en verhinderde op die wijze den eigenaar om zijn perceel vrij binnen te treden.

De laatste over die handelwijze in toorn ontstoken, sloeg vervolgens met een bijl het hangslot stuk, tengevolge waarvan de toegang weder onbelemmerd, maar de afsluiting dier woning verbroken was geworden.

Over dit feit had de eigenaar-aanbesteder zich voor den strafrechter te verantwoorden. Hem werd nl. ten laste gelegd „dat hij den 7 November 1877 te Schellingwoude een hangslot, dienende, om daarmee te sluiten de buitendeur „eener woning, welke J. L., *timmerman*, destijds gerechtigd „was onder zich te houden, opzettelijk van die deur zou „hebben afgetrokken, zijnde die afsluiting daardoor ver- „broken.”

Beriep zich de officier van Justitie van zijn kant op een vonnis zijner rechtbank den 14 Juni 1877 in zake den beklagde, toen eischer, tegen bedoelden *timmerman* ten *civiele* gewezen, (1) om te bewijzen, dat aan den laatsten het recht van terughouding *was* toegekend, ook door den beklagde werd datzelfde vonnis ingeroepen ten betooge, dat over het recht van retentie daarin *geen* uitspraak was gedaan, omdat alléén de actie wegens stoornis in het *bezit* ingesteld en deze met een eischontzegging was geëindigd.

De rechtbank zich met het gevoelen van den beklagde vereenigende overwoog in haar vonnis: „dat door de beschuldiging in overeenstemming met getuige *timmerman* L. wèl „is beweerd, dat uit een op 14 Juni in zake S. (bekl.) ca. „*timmerman* L. door deze rechtbank gewezen civiel vonnis,

(1) Te vinden in Rechtsgel. Bijbl. 1876 afd. A. bl. 265.

»ter terechtzitting voorgelezen, blijkt, dat getuige L. het »recht van retentie op meergenoemd huis heeft en dit op »7 November alsnog uitoefende, doch dat die bewering *niet* »opgaat, daar het dictum van dit vonnis den eischer de »ingestelde possessoire actie ontzegt en de beslissing omtrent »reconventionele vordering aanhoudt, met bevel aan partijen, »om daarin voort te procederen, doch *geen toekening van »retentierecht inhoudt,*» terwijl eindelijk bij de bestaande onzekerheid naar aanleiding der beweringen zoo van aanklager als van beklagde, de strafvervolging krachtens art. 6 Strv. werd geschorst.

Men ziet hieruit dus, dat de Hoornsche rechtbank onze vraag *niet* (1) heeft beantwoord, terwijl mij ook geen beslissingen van andere rechtscolleges zijn voorgekomen, met uitzondering van een vonnis der arrondissements-rechtbank te Amsterdam van 18 October 1875 (2), waarin de quaestie evenwel ten deele en slechts ter loops is aangeroerd, zooals wij straks nader zullen zien.

Bij ons onderzoek zullen wij dus geen jurisprudentie kunnen raadplegen, maar voornamelijk, onder aanhaling van enkele geschriften, die in ons bereik waren, met het Burgerlijk Wetboek zelve, de geschiedenis van ons artikel en andere samenhangende bepalingen te rade gaan.

Onder recht van terughouding hebben wij volgens DIEPHUIS (3) te verstaan: »de bevoegdheid in bepaalde gevallen »aan hem, die een zaak van een ander onder zich of in »zijn macht heeft, door de wet gegeven, om hare afgifte »of ontruiming te weigeren, tot dat zekere met die zaak in »verband staande schuld aan hem ten volle is voldaan.» Op deze definitie kom ik later terug. Beginnen wij met achtereenvolgens de woorden van art. 1652 B. W. te verklaren.

(1) Abusievelijk werd het tegendeel gezegd in LÉON, Rechtspr. H. R. Eerste suppl., dr. III, van dl. II, aflev. 2 en 3 (B. W.) 1877.

(2) W. 3950.

(3) N. B. R. 2e dr. dl. III, no. 308.

Met „arbeidslieden“ bedoelt dit artikel blijkens het opschrift der afdeeling, waaronder het is geplaatst, niets anders dan *aannemers van werk*, hetzij dan aannemers in 't groot, hetzij zoogenaamde aannemertjes, het artikel onderscheidt hier niet. Ook in artt. 1640, 1643, 1644 is „werkman“ een zoodanige persoon die tevens aannemer is. Art. 1645 spreekt van „bouwmeesters en aannemers“. Art. 1647 van „aannemer“; 1648 van „werkman, bouwmeester of aannemer“. De werkman is ook daar niet een daglooner.

Uitgesloten zijn dus in art. 1652:

1°. werklieden, die zich bij dag verhuren, daggelders. Deze behooren tot de categorie van dienst- en werkboden (a. 1637 vlgg.);

2°. arbeidslieden, als bij art. 1650 zijn vermeld, die tot den aanbesteder (eigenaar) in geen de minste betrekking staan, die als knechts van den aannemer, voor dezen aan het door hem aangenomen goed werk verrichten, in een woord, die „tot het aangenomen werk gebezigd worden.“ Niet zij, maar hun meester, de aannemer, is houder van dat goed, en het is dan ook slechts bij uitzondering, dat aan deze *eenvoudige werklieden*, ofschoon er geen rechtsband bestaat tusschen hen en den aanbesteder, in weerwil daarvan toch tegen den laatsten eene rechtsvordering wordt toegekend.

Deze meening scheen ook de arrondissements-rechtbank te Amsterdam toegedaan, toen zij in haar vonnis (1) overwoog: „dat uit den titel van aanneming van werk niet „volgt dat de werkman, die zijn diensten bij den *dag* heeft „verhuurd, een *ius retentionis* zou kunnen uitoefenen op „het door hem gebouwde“.

Ik schaar mij dus geenszins aan de zijde van den schrijver van het Rechtsgel. Bijbl. (2), waar deze bij de bespreking van art. 1652 blijkbaar onder „arbeidslieden“ den eenvoudigen „werkman“ wil verstaan hebben. Van dezen toch

(1) W. 3950.

(2) 1876 afd. N. bl. 265.

maakt onze bepaling, zooals wij boven zagen, geen melding; alleen die arbeiders worden bedoeld, die *zelve* hebben *aangenomen* aan eenig goed werk te verrichten.

„Die eenig goed van een ander onder zich hebben, om „daaraan eenig werk te verrichten“ heet het verder. Deze woorden laten m. i. geen twijfel over, of de uitdrukking „*eenig goed*“ heeft betrekking niet slechts op roerende, maar ook op onroerende goederen. De wetgever spreekt gansch algemeen van „*eenig goed*“ van welken aard het zijn moge en verstaat onder de benaming „*goed*“ zoowel roerende als onroerende zaken. „Zaken, toch zegt art. 555, zijn goederen“ en 560: „Zaken (dus = goederen) zijn roerend of onroerend.“

Aan deze interpretatie van de woorden „*eenig goed*“ sluit zich aan de omstandigheid, dat het *ius retentionis* ook op *onroerende* goederen in ons recht bekend is. Zoo wordt aan den „*bezitter ter goeder trouw*“ in art. 630 al. 2 het recht gegeven om de „*opgeëischte zaak*“ d. i. den grond, onder zich te houden, zoolang de kosten en uitgaven daaraan besteed, niet aan hem zijn vergoed. Evenzeer heeft hij, die het recht van „*opstal*“ heeft uitgeoefend, bij het eindigen daarvan recht van terughouding van de gebouwen, tot dat de grondeigenaar hem de betaling zal voldaan hebben van de waarde dier goederen (a. 762). Een gelijk recht wordt bij art. 772 aan den „*grondeigenaar*“ verleend op de voorwerpen o. a. gebouwen, tot dat de „*erfpachter*“ hem het verschuldigde heeft voldaan. Eindelijk wordt in a. 1612 in het daar besproken geval, den „*huurder*“ toegestaan, om het gehuurde niet te ontruimen, zoolang de verschuldigde vergoeding niet mocht zijn gekweter.

Dat men bij de toepassing van art. 1652 voornamelijk aan *roerende* zaken te denken heeft, en deze meening bevestiging vindt in de *geschiedenis* van dit artikel, gelijk in het Rechtsgel. Bijblad (1), geleerd wordt, betwijfel ik ten zeerste. Doch raadplegen wij de *geschiedenis* zelve, misschien brengt zij ons op het spoor van 's wetgevers ware bedoeling.

(1) Jaarg. 1877, afd. B. bl. 126.

Hoe is deze bepaling in ons recht gekomen? De code Napoléon kende een dergelijk voorschrift niet en de memorie van toelichting van ons B. W. (1) hield dan ook in, „dat men hier een *nieuw* artikel had geplaatst, overeenstemmende met art. 1833 van het Wetb. Nap. voor Holland, waarbij aan arbeiders het recht van retentie op *roerende* zaken is toegekend voor de kosten en arbeidsloonen daaraan besteed en verdiend.“

Ofschoon er bij de beraadslaging eenige discussie is gevoerd over de redactie dezer bepaling, zoo dient hier evenwel aangestipt, dat de vraag, *roerend alleen* of *roerend en onroerend* niet ter sprake schijnt gebracht en hoewel de Mem. van Toel. sprak van recht van terughouding op *roerende* goederen, niettemin de uitdrukking „*roerend*“ achterwege is gebleven en de woorden „*eenig goed*“ zonder onderscheid te maken tusschen roerende en onroerende goederen in ons art. zijn opgenomen.

Het art. 1652 heeft dus zijn ontstaan te danken aan bedoeld art. 1833. De vraag blijft echter over, of het wel zoo zeker is, dat de bepaling op roerende goederen *alléén* betrekking had. Dit art. toch, voorkomende onder een hoofdstuk (pandrecht uit de wet of legaal verband) (2) waar nu eens van den *geheelen boedel*, dan weér van *bijzondere goederen*, hetzij dan roerende hetzij onroerende sprake is, kent immers zelf „aan allen die *eenig goed* van een ander onder zich hebben gekregen om daaraan eenigen arbeid te verrichten, recht van retentie op *dat goed* toe, tot zoolang zij voor de kosten en arbeidsloonen aan dat goed besteed, voldaan zijn“. Wat verder onder *goed* begrepen wordt, leert art. 416, luidende: „Alle zaken *of* goederen worden verdeeld in roerende en onroerende.“ Het woord „goederen“ omvat dus ook *dáár* roerende zoowel als onroerende zaken en het is dus zeer zeker minstens een *petitio principii* uit de geschiedenis te willen afleiden, dat het recht van terug-

(1) VOORDUIN, Gesch. en Beg. N. B. W. dl. V, ad art. 1652.

(2) Wetb. Nap. ingerigt voor 't Koninkrijk Holland, boek III, titel 17, hoofdst. II.

houding (art. 1652) alleen gevestigd kan worden op *roerende* goederen.

Juist de geschiedenis toont duidelijk aan, dat ons artikel in denzelfden onbeperkten zin, als de bepaling waaraan het is ontleend, in ons recht werd overgenomen.

Een beroep op art. 1185 n^o. 5, in verband met n^o. 8, brengt geen meerder licht aan. De opmerking (1) „dat terwijl in n^o. 8 het voorrecht der werklieden, wegens bearbeiding eener *onroerende* zaak vermeld wordt, n^o. 5 sprekende van „de kosten tot bearbeiding eener zaak aan den *werkman* verschuldigd“, wel niet anders dan eene *roerende* zaak bedoelen kan, bewijst m. i. te veel. Waar is het, dat blijkens de Memorie van Toelichting (2) met dit *nieuw* ingevoerd privilege van 1185 n^o. 5, het tegenwoordig art. 1652 door de Regeering is voorgesteld, maar wat volgt hieruit? Immers alleen dit, dat beide artikelen *hetzelfde goed* op het oog heben; dit brengt ons geen stap verder, daar n^o. 5 evenzeer *algemeen* spreekt van de „zaak“, zonder van bepaalde *roerende* of *onroerende* goederen melding te maken.

Zegt men, n^o. 5 moet met no. 8 in verband gebracht worden. Het antwoord is, dat beide bepalingen *op zich zelve* staan; werd in no. 8, gelijk in het eenigzins analoge artikel 3103 C. N., gesproken van „architectes, entrepreneurs, maçons et *autres ouvriers*“, dan zou de samenhang aangetoond zijn, maar n^o. 8 houdt in: „metselaars, timmerlieden en andere *werkbazen*, terwijl n^o. 5 juist alleen den *werkman* (ouvrier) vermeldt.

Al moge het nu ook vreemd klinken, dat oogenschijnlijk den *eenvoudigen werkman* een grooter voorrecht wordt toegekend op de zaak, d. i. roerend of onroerend, waaraan hij zijnen arbeid heeft besteed, boven den *werkbaas*, die alléén op *onroerend* goed een voorrecht heeft, verband bestaat er tusschen beide bepalingen thans niet en men beroept zich

(1) Rechtsgel. Bijbl. 1877 bl. 126.

(2) VOORDUIN, dl. IV, bl. 365; XV, no. 2.

dan ook vruchteloos op beide nummers, om aantetoonen dat in art. 1652 alléén van roerende goederen sprake is. Maar bovendien de *werkbaas* staat niet achter bij den gewonen handwerksman. Dat er toch in art. 1185 no. 8 niet van „roerende” goederen gewaagd wordt, is m. i. hieraan toetschrijven, dat *roerende* onder deze categorie niet thuis behooren. De *baas* (no. 8) heeft alleen voorrecht op onroerend goed, omdat hij als zoodanig geen *roerende* zaken opbouwt. Is hij tevens „*werkmann*”, dan is ook op hem no. 5 toepasselijk. Het onderscheid tusschen beide nummers (5 en 8) betreft dan ook niet zoozeer de *goederen* waarop, als wel voornamelijk de *personen*, aan wie een voorrecht is verleend.

Ook het opschrift boven art. 1185 geplaatst „voorrechten „gevestigd op zekere bepaalde goederen”, verzet zich evenmin tegen de opvatting, dat onder zaak no. 5 *roerend* èn *onroerend* begrepen is.

Eindelijk valt duidelijk uit den inhoud van art. 1185 optemaken, dat waar de wet *alleen* roerend of *alleen* onroerend bedoelt, dit steeds uitdrukkelijk vermeld wordt. Dit zien wij in no. 2, waar alléén van *onroerende*, in no. 3 waar alléén van *roerende* zaken sprake is. Weinig aannemelijk en niet zeer waarschijnlijk is het dus, dat in nos. 4 en 5 *toevalligerwijze* het woord *roerend* zou uitgelaten zijn. Veeleer moet gezegd worden, dat aldaar *algemeene* termen zijn gebruikt en derhalve in die nummers voorrechten zijn gevestigd op bepaalde nu eens roerende dan weder onroerende goederen.

Eene andere bedenking tegen de opvatting, dat in art. 1652 ook *onroerende* zaken bedoeld zijn, ontleenen wij aan den schrijver in bovengenoemd tijdschrift (1). Hooren wij hem zelve: „Een eerste vereischte, meent hij, om een zaak „te mogen terughouden is, dat men haar *bezit*; geen retentie „zonder detentie en dat bezit moet niet willekeurig door „den terughouder verkregen zijn, maar zijn grond hebben in „de verhouding zelve, waaruit voor dezen het retentierecht „voortspruit. Geldt het nu een onroerend goed, dan *zal zich*

(1) Rechtsgel. Bijbl. afd. B 1877, bl. 126.

„uit den aard der zaak het geval niet licht voordoen, dat
 „de werkman het goed in zijn bezit krijgt, om daaraan zeker
 „aangenomen werk te verrichten. En doet zich dit geval
 „niet voor, dan heeft de werkman het recht niet, om na de
 „voltooiing van het werk het goed in bezit te nemen en
 „daarna den eigenaar te weren, totdat hem zijn kosten en
 „zijn loon zijn voldaan. Men kan niet zeggen, dat de werk-
 „man het recht van terughouding heeft voor zoover hij in
 „possessione is; hij bezit of hij bezit niet; in het eerste ge-
 „val heeft hij het recht van terughouding, in het laatste
 „geval heeft hij het recht van terughouding niet en kan
 „hij zich dit evenmin verschaffen door zich willekeurig in
 „het bezit te stellen.”

De geachte schrijver schijnt dus blijkbaar bij het ius retentionis op onroerend goed als voorwaarde aan dat recht te verbinden „het bezit” van de zaak, die men terughoudt, maar toch wel niet op grond, dat *een werkman niet licht het bezit eener onroerende zaak zal krijgen? Niet licht.* De mogelijkheid blijft dus ook volgens dien schrijver bestaan, dat dit niet licht gebeurlijke, zich evenwel voordoet.

Doch ik geef toe, dat in art. 1652 geen sprake is van bezit in rechtskundigen zin. Maar *dit* wordt ook niet vereischt. Het art. spreekt van „onder zich hebben van goed van een *ander*”, men moet dus *hebber* of *houder* zijn en nog wel houder voor een *ander*, niet voor zich zelven. De definitie van art. 585 aan bezit gegeven, is met die woorden niet te rijmen. Er staat niet in art. 1652, dat men de zaak in zijn macht moet hebben, *alsof men eigenaar ware*, neen juist dit weet men, dat men goed onder zich heeft, waarvan een *ander* eigenaar is, en men verricht dan ook het werk, niet voor zich, maar wetende, dat het voor een *ander* is: de arbeidsman *heeft* den wil niet, om daarvan eigenaar te worden en kan dus niet geacht worden dit goed te bezitten.

Ware voor het ius retentionis bezit voorwaarde, dan zou hieruit volgen, dat aangezien in art. 1652 de bedoelde arbeidslieden geen *bezitters* kunnen heeten van onroerende goederen, het artikel ook alleen op roerende zaken betrek-

king hebben kan. Doch waar wordt voor het retentierecht het *bezit* van het goed als voorwaarde gesteld? Het tegendeel leeren art. 1766, waar den bewaarnemer, art. 1612, waar den huurder en art. 1849, waar den lasthebber dit recht wordt toegekend, ofschoon zij allen zonder tegenspraak slechts houders (*nudi detentores*) en geen bezitters (*possessores*) zijn.

Daarmeê wil ik echter geenzins te kennen geven, dat men niet ook *bezitter* kan zijn, om het *ius retentionis* uit te oefenen, immers art. 630 noemt den *bezitter* met zoovele woorden. Regel is echter, dat de terughouder *nudus detentor* is.

De hoogleeraar DIEPHUIS (1) schijnt echter zelfs geen uitzondering hierbij aan te nemen als hij zegt: „het behoeft wel geen betoog, dat hij die een zaak onder zich heeft, krachtens zijn recht van terughouding *geen eigenlijk bezitter*, maar eenvoudig houder is.” Wat hiervan ook wezen moge, deze rechtsgeleerde neemt evenmin onder de voorwaarden voor het *ius retentionis* het *bezit* op.

Eenigzins in afwijking van het begrip door prof. DIEPHUIS aan het *ius retentionis* gehecht, ben ik geneigd dit te noemen: een exceptioneel recht, door de wet ingevoerd, in bepaalde gevallen toegekend en onafhankelijk van het bezitrecht bestaande, de bevoegdheid van den schuldeischer inhoudende, om door *terughouding* eener roerende of onroerende zaak hem door den schuldenaar tot een bepaald doel toevertrouwd, of die hij in zijn macht heeft, dezen te noodzaken, buiten proces om aan zijn verplichtingen te voldoen.

De schuldeischer heeft dan ook geen meerdere bevoegdheid dan die van *terughouding*. De wet noemt slechts dit. De terughouder mag dus door verkoop der zaak zich zelven niet schadeloosstellen, en staat hierin bij den pand- en hypotheekhouder achter: het is een persoonlijk, geen zakelijk recht, want alleen die *onder zich heeft* mag „*terughouden*,” waaruit volgt, dat de schuldeischer dit recht verliest, zoodra

(1) Dl. III, 2e dr. no. 316 ad art. 630.

hij de zaak uit zijn handen heeft laten gaan. (1) Het is slechts een dwangmiddel om betaling te krijgen.

In zeker opzicht is het retentierecht te vergelijken met de „missio in possessionem bonorum“, het *zenden* in het bezit, zooals de Romeinen dit eigenaardig uitdrukten; eene bevoegdheid, die in bepaalde gevallen door den praetor verleend kon worden. Hoewel de missio, een soort van „beslag“, met het jus retentionis op zich zelf niets uitstaande heeft, is er toch tusschen beiden dit punt van overeenkomst, dat zoolang er grond voor bestond, aan sommigen vergund kon worden, om het *feitelijk* bezit over een zaak uit te oefenen. Ook bij het ius retentionis geldt evenals bij de missio, althans in den regel: „Non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis (Praetor, bij ons de wet) concedit (2).

Wij resumeeren.

Art. 1652 B. W. betreft roerende en onroerende goederen.

Dit volgt uit:

1o. den inhoud van 't artikel, dat gansch algemeen spreekt van „eenig goed“, waaronder de wet zelve (art. 560) roerend zoowel als onroerend goed verstaat;

2o. de omstandigheid, dat het recht van terughouding op *onroerend* goed bij onze wet wordt erkend, en er geen reden denkbaar is, waarom juist in 't geval van art. 1652 het ius retentionis tot roerende goederen zou beperkt zijn, terwijl ware zulks 's wetgevers bedoeling geweest, hij dit dan wel uitdrukkelijk evenals bij den bewaarnemer (art. 1766) zou hebben te kennen gegeven;

3o. de geschiedenis van dit artikel, hetwelk zijn ontstaan te danken heeft aan een bepaling (art. 1833 Wv. Nap. voor Holl.), die even *algemeen* melding maakte van *eenig goed*, onder welke uitdrukking (art. 416) roerend en onroerend goed begrepen werd.

(1) Verg. Mr. C. ASSER, het N. B. R. vergel. met C. N. 1838 § 857.

(2) Dig. 43. 4.

Het tegendeel volgt *niet* uit den inhoud van art. 1185 no. 5. Overal toch waar eene bepaalde roerende of onroerende zaak bedoeld wordt, staat dit met name uitgedrukt, zoodat er meer waarschijnlijkheid bestaat dat in de nummers 4 en 5 met „zaak” roerend en onroerend, en niet alléén roerend goed bedoeld wordt.

Evenmin verzet zich tegen onze opvatting de vergelijking van het art.: *a.* met art. 1185 no. 5, omdat dit no. eveneens zeer algemeen spreekt, en *b.* met no. 5 jo. no. 8, omdat beide nummers *op zich zelve staan*, en het eerste betrekking heeft op den *gewonen werkman* (ouvrier), het laatste slaat op den *werkbaas*,

Ook de bedenking dat voor het retentierecht op onroerend goed *bezit* wordt vereischt, wordt te niet gedaan:

A. door de eigen woorden van het art. „onder zich hebben van de zaak van een *ander*” die met de definitie van bezit niet zijn te rijmen, en

B. met de uitgedrukte bedoeling van den wetgever, die juist op eene enkele uitzondering na, het ius retentionis verleent aan *bloote houders*, als den bewaarnemer, lasthebber, huurder.

Eindelijk vervalt ook het bezwaar aan het woord „*arbeidslieden*” ontleend, omdat blijkens de afdeeling „aanneming van werk” waaronder art. 1652 is geplaatst, met die uitdrukking geenszins de *eenvoudige handwerksman*, daglooner, bedoeld is, maar daaronder altijd de *aannemers van werk* moeten begrepen worden.

De wetgever heeft dus geen verzuim gepleegd, maar met de woorden „eenig goed” het art. 1652 in overeenstemming gebracht met art. 560 jo. 555, alwaar onder „goed” zoowel roerende als onroerende zaken verstaan worden.

HANDELSREGT. — *Bepaalt een in het buitenland opgemaakte dispache, welk bedrag in de avari-j-grosse de verzekeraar hier te lande zal hebben te betalen?*

Op 29 Juni jongstleden beantwoordde de Rotterdamsche rechtbank bovenstaande vraag bevestigend.

De voorzitter der handelskamer nam de verdediging van dit vonnis op zich in de „Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving,” afl. 3, van dit jaar.

Verdediging is eigenlijk niet het juiste woord. Het door hem geschreven opstel bevat slechts de op den voet gevolgde overwegingen, in minder kernachtigen vorm dan een rechterlijke beslissing uit den aard der zaak kenmerkt. Intusschen, door zijn artikel is de aandacht op het inderdaad belangrijke vonnis gevestigd en zijn zij, die zich daarmede niet kunnen vereenigen, tot tegenspraak uitgelokt.

Daartoe ga ik thans over.

De quaestie is geen nieuwe. Zij werd door de verschillende schrijvers over assurantierecht besproken en gaf vooral in Engeland tot verschil van meening aanleiding.

Ook daar wordt ter bestemmingsplaats de dispache opgemaakt; is deze een vreemde haven, dan geschiedt die opmaking volgens de wetten en gebruiken van het land, waartoe de haven behoort (foreign adjustment).

Uit dezen regel ontstaan twee vragen: bindt die buitenlandsche dispache de onmiddellijk belanghebbenden (coadventurers), bindt zij ook den assuradeur?

Omtrent de eerste vraag luidt het antwoord steeds bevestigend; omtrent de tweede heerscht minder eenstemmigheid.

ARNOULD (on the law of marine insurance D. II, bl. 820 en v.) beantwoordt haar bevestigend, althans: when it (scil. the adjustment) is rightly settled according to the laws and usages of the foreign port; al erkent hij dat nu en dan anders

is beslist. Hij haalt (evenals anderen) de meening van lord ELLENBOROUGH aan, die zich aldus uitliet: „This contract must be governed, in point of construction, by the laws of England, unless the parties are to be understood as having contracted on the foot of some other known general usage among merchants, and shown to have obtained in the country where, by the terms of the contract, the aventure is to terminate, and where the average would come to be demandable.” Den algemeenen regel: dat het contract van verzekering beheerscht wordt door de bepalingen der wet van de plaats, waar het gesloten werd, zet ARNOULD dus even als alle andere schrijvers op den voorgrond, alleen constateerende dat ten aanzien van de buiten 's lands opgemaakte dispache 't gebruik een uitzondering heeft ingevoerd.

PHILLIPS (*a treatise on the law of insurance*, 4^e uitgave, n^o. 1414), geeft de redenen op, die voor die gewoonte pleiten. De schipper is verplicht in de vreemde haven de dispache te doen opmaken; nu de verzekeraars de kans hebben dat de opmaking aldaar voordeeliger uitkomsten voor hen zal opleveren, dan ter plaatse waar de polis geteekend werd, is het billijk dat zij ook de nadeelige kansen loopen. In de tweede plaats: „where the adjustment is made under an order of court, the decree of a court, on a subject of which it properly has jurisdiction, ought to be conclusive upon parties.” Met dit argument kan men de rechtsmacht van elk, waar ook in het buitenland gewezen vonnis, verdedigen en bestaat geen enkele reden om haar tot het gebied der verzekering te beperken. Merkwaardig zijn de woorden van Justice BULLER: „I do not like these foreign settlements of average, which make the underwriters liable for more than the standard english law.” Maar met echt engelschen eerbied voor precedenten voegde hij er bij dat, als naar het oordeel der jury het gebruik aan de foreign adjustment ook materiele rechtskracht gaf: the usage ought not to be shaken. In New-York schijnt de jurisprudentie op dit punt wankelend te zijn. Een te Lissabon opgemaakte dispache werd niet verbindend verklaard: „The parties to this contract
Themis, XLIIIste Dl, 1e Stuk, [1882].

must be considered to have in view the laws of this state." Later werd echter anders beslist en de quaestie alstoen flink uitgemaakt ten gunste der buitenlandsche dispache: "There is no principle more firmly established, than that the insurers are bound to return the money which the assured had been obliged to advance in consequence of any peril within the policy, provided it be fairly paid, and does not exceed the amount of the subscription."

STEVENS (*Treatises on average and adjustments of losses in marine insurance*, uitgave van PHILLIPS, Boston 1833, bl. 223) beslist de quaestie niet. Hij is van oordeel dat men wel moet letten op het geval, dat buitengewone omstandigheden (werping, het kappen der ankers enz.) hebben plaats gehad; alsdan toch zal des schippers liability to account for the property intrusted to his charge hem noodzaken om "as an act of self defence" de dispache in de vreemde haven, waar de reis eindigt, te doen opmaken. Men zou dan als conclusie verwachten: dat in dit geval de aldus opgemaakte dispache den verzekeraar bindt, doch neen. "It is for the courts of law to determine whether in such a case the underwriters are liable to the apportionment as adjusted according to the foreign law; or whether the statement should be taken to pieces and re-made up here." Over het algemeen is de schrijver voor de buitenlandsche dispache niet gunstig gestemd; met blijkbare voorliefde haalt hij de woorden van Lord KAIMES aan: to award execution upon a foreign decree, without admitting any objection against it, would be, for aught the court can know, to support and promote injustice." Zijn voorstelling mist helderheid.

BENECKE (in het zoo even genoemde werk, bl. 271) be-
toogt, dat daar de verzekering is een overeenkomst, die
schadeloosstelling beoogt, de verzekeraar den verzekerde
behoort schadeloos te stellen voor het geheele bedrag, dat
deze verplicht is volgens de dispache in de averijgros te be-
talen. Toch is het waar, dat dikwijls dispaches worden op-
gemaakt door ongeschikte personen en bekrachtigd door
rechtbanken, niet alleen in strijd met algemeene beginselen,

maar ook met de wetten van het land, waar zij gemaakt zijn „and the parties too easily acquiesce in such adjustments, when the loss arising from them falls not upon themselves but upon their underwriters.” Volgens hem is dus de juiste middenweg deze: de vreemde dispache heeft rechtskracht, indien zij is opgemaakt volgens de „well known laws” en het bestendig gebruik der lossingsplaats, indien de verzekerde verplicht was zich daaraan te onderwerpen. „All adjustments of general average made at an intermediate place, will thus be entirely excluded.” Hij haalt voorts in extenso het reeds geciteerde gevoelen van Lord ELLENBOROUGH aan.

MANLEY HOPKINS eindelijk (A handbook of average bl. 73), wijst er op, dat vele schippers in hun polis de voorwaarde laten opnemen, dat in geval van avariëgrosse de verzekeraars zullen betalen volgens de buitenlandsche dispache, hetgeen bewijst, dat zonder zoodanig beding de verzekeraar niet tot uitkeering naar dien maatstaf is verplicht. De verzekeraar voert terecht aan dat zijn verplichtingen worden beheerscht door de wet van het land, waar de polis is gemaakt; de verzekerde daarentegen wenscht en beoogt volkomen schadeloosstelling. De verzekeraars hebben dikwijls toegegeven, voornamelijk op grond dat zij, als men hen gevraagd had een uitdrukkelijk daartoe strekkende clause in de polis op te nemen, de premie toch niet zouden hebben verhoogd. Die schrijver echter verzet zich krachtig tegen het beginsel. „I confess that I look upon the concession of paying on foreign statements when there is no foreign clause as a hazardous admission.” Hij bestrijdt de meening van ARNOULD, ook op praktische gronden. Immers, zegt hij, gij geeft toe dat het bewijs dat de dispache werd opgemaakt overeenkomstig de wetten van de vreemde haven, op den verzekerde rust. Welnu, meermalen zal, waar het gebruiken geldt, het bewijs ten aanzien van kleine plaatsen zeer moeilijk te leveren zijn. Volgens u moet de verzekeraar kennis dragen van het avarië-recht in de geheele wereld. „Now were this principle applied to

«every other circumstance relating to an insurable interest about which there is the possibility of the underwriter procuring information for himself, i. e. about which he is taken to have notice, it appears to me that he would rarely be in a position to defend himself in any case of *suppressio veri* or of misrepresentation.»

Ik stond met opzet lang bij het engelsche recht stil. In de eerste plaats omdat wij, waar het quaestiën van assurantie- of avariërecht betreft, bij voorkeur bij de Engelsche schrijvers ter schoole gaan, hetgeen echter Mr. WEVER geheel onnoodig schijnt te hebben gevonden. Voorts, omdat de engelsche jurisprudentie beheerscht wordt door gebruiken, die weder steunen op redenen van billijkheid en practijk. En nu moet het de aandacht trekken, dat van de argumenten van het vonnis, met welks bestrijding ik mij bezig houd, en hetwelk evenzeer aan de billijkheid een groote rol toekent, slechts weinigen worden gebruikt.

Ten onzent is de quaestie besproken door LEVY (*Het Algemeene Duitsche Handels-Wetboek* op artikel 839). Onze wet, zegt hij, laat uit het oogpunt des assuradeurs deze hoogst belangrijke vraag onbeslist. Volgens hem is het dus de vraag of niet van wege assuradeuren met grond kan worden volgehouden, dat de bevoegdelyk in 't buitenland opgemaakte dispache voor hen is een res inter alios. Hij deelt voorts mede, dat de fransche schrijvers uitdrukkelijk van meening zijn, dat de buitenlandsche dispache den assuradeur uitsluitend en alleen bindt ten aanzien van het schadecijfer, niet ten aanzien van het contributiecijfer. Zijn beroep op EMÉRIGON is echter mijns inziens onjuist. Althans lees ik bij dezen (BOULAY-PATY, D. II, bl. 366) het volgend oppervlakkig *petitio principii*: «Voici une question qui me fut proposée: Des assurances avaient été faites à Marseille sur un navire napolitain, destiné pour Livourne. Ce navire essuya des avaries grosses, qui furent réglées à Pise par les consuls de la mer. Les assureurs marseillais prétendaient que le règlement fait à Pise

n'avait pas force de chose jugée. Je suis d'avis que l'ordre des choses, le droit des gens et la foi du contrat s'opposaient à cette idée. L'assuré, qui a été obligé de payer la contribution telle qu'elle a été déterminée par le magistrat étranger, doit avoir son recours contre les assureurs, sans que ceux-ci soient recevables à réquerir qu'on retouche à des opérations faites de bonne foi dans le lieu de la décharge.

Ik ga thans tot de beschouwing van het vonnis over.

Het behoeft geen betoog, dat de dispache, op wettige wijze gemaakt en bekrachtigd, behoudens uitdrukkelijke wetsbepaling, alleen bindende kracht heeft tusschen de partijen en voor derden is een *res inter alios acta*. Wordt in deze leer ten aanzien van den verzekeraar wijziging gebracht, dan is dit een afwijking van de algemeene rechtsbeginselen en rust het bewijs dier afwijking op hem, die haar beweert.

In één opzicht vereenig ik mij geheel met Mr. WEVE. Buiten 's lands wordt de dispache en wat den vorm en wat den inhoud betreft, opgemaakt naar de wetten van het land waar zulks geschiedt en niet naar onze wet. Voor de partijen, d. w. z. de onmiddellijk bij schip, lading en vracht betrokkenen, is zij ongetwijfeld verbindende en staat gelijk met een *res judicata*. Aldus besliste het Hof te 's Gravenhage op 11 Februari 1878 in een te dien aanzien goed gemotiveerd arrest.

Maar juist daarom kunnen wij reeds dadelijk twee argumenten van Mr. WEVE verwijderen, die moeten dienen om zijn stelling voor de rechtskracht der dispache tegenover den assuradeur te bewijzen.

Wanneer hij zegt: „De wetgever zou in al. 5 van art. 724 W. v. K. buiten 's lands de aldaar daartoe bestaande magt bevoegd verklaren, om de avariëgroten op te maken, doch tevens willen of toelaten, dat hare uitspraak naar de Nederlandsche wet niet zou behoeven te worden geëerbiedigd of nagekomen“;

En voorts: „De wetgever zoude in art. 725 en 726 W. v. K. eene vordering tot berekening en verdeling van

„avarijgrosse in den vreemde veroorloven, doch tevens „willen of toelaten dat die vordering voor den Nederlandschen „rechter geen resultaat zoude hebben“;

dan zijn wij met het antwoord gereed: neen, zóó dwaas is de Nederlandsche wetgever niet. Immers, al zou de dispache den assureur niet binden, zij ware toch iets meer dan scheurpapier, waar zij ten opzichte der *partijen* gelijk staat met een res judicata en volkomen rechtskracht heeft.

Doch *is* wellicht de verzekeraar partij?

Men zou nauwelijks gelooven, dat dit in ernst beweerd werd, nadat wij gezien hebben dat de engelsche schrijvers, die voor de verbindbaarheid van de dispache tegenover den verzekeraar gestemd zijn en deze verdedigen, daarvan met geen woord gewagen, evenmin als het reeds geciteerde arrest van het Hof te 's Hage.

Toch vinden wij die zonderlinge stelling in Mr. WEVE's artikel en in het vonnis.

Ziehier hoe zij wordt gemotiveerd.

Tusschen den verzekeraar en den verzekerde bestaat eene rechtsbetrekking, geregeld bij polis en wet. De verzekeraar heeft belang bij alles wat met de verzekerde lading voorvalt. Belang van verzekeraar en verzekerde smelten ineen. Bij beschadiging valt het te onderzoeken of de schade komt ten laste des schippers, dan wel is veroorzaakt door zee-evenementen. De schipper staat dus tegenover de belanghebbenden bij de verzekerde lading en provoceert het opmaken der avariëgrosse; zit hij stil, dan nemen de belanghebbenden 't initiatief. De drang der omstandigheden brengt mede het doen opmaken der dispache op de wijze van art. 724 al. 5 W. v. K. Daarbij wordt geconstateerd wat de verzekerde in de avariëgrosse heeft te dragen.

Tot hiertoe gaat alles goed. Maar nu verder.

„Daarvan zal *alzo* weder afhangen wat de verzekeraar „wegens avariëgrosse te vergoeden heeft“. Als men dit à priori aanneemt, wordt het geheele betoog natuurlijk overbodig. De bedoeling schijnt deze te zijn: de belangen van den verzekerde en den verzekeraar zijn identiek; al wat de

verzekerde doet om de schade zoo min mogelijk te doen zijn, strekt ten slotte ten bate des verzekeraars. Wie ont- kent dit? Doch moet nu daaruit volgen, dat de verzekerde den verzekeraar bij 't opmaken der dispache vertegen- woordigt?

Hoe dan? Als lastgever of als negotiorum gestor of krachtens de wet?

Men bedoelt het eerste en 't laatste.

Krachtens de wet naar artikel 283 W. v. K.; krachtens overeenkomst, volgens de clause in de polis, na de opsom- ming der gevaren tegen welke verzekerd wordt, eindigende met «en alle andere fortuinen van de zee», waarop dan volgt: «*En in zulke gevallen* geven wij u geassureerde en «alle anderen volkomen macht, om zoowel ten onzen schade «als tot ons voordeel alle noodige middelen *tot behoud van «het ten deze verzekerde interest* in het werk te stellen, «hetzelve zoo noodig te doen verkoopen en de penningen te «distribueeren, zonder onze toestemming of volmacht te «behoeven te vragen».

Nu leze men niet in die woorden wat er niet staat. Zij zijn slechts het uitvloeisel van het voorschrift van artikel 283 W. v. K., maar in de polis vermeld, om ze den ver- zekerde op het hart te drukken en hem tevens gerust te stellen voor de onkosten, die hij te maken heeft, ten einde aan dit voorschrift te voldoen. Van een algemeene volmacht geen spoor; slechts een verplichting, den verzekerde opge- legd, om des noods op kosten des verzekeraars al die maatregelen te nemen, welke strekken tot behoud van het verzekerde intrest en vermindering der schade, een ver- plichting die zich eenvoudig bepaalt tot de zee-evenementen (van daar het «in alle zulke gevallen» in de clause der polis) en in geen het minste verband staat tot de *schade- regeling*. Mr. WEVE schuift er dit wel handig tusschen in, maar 't staat er niet. 't Ware trouwens strijdig met de groote mate van scherpzinnigheid, die men den assuradeurs wel niet ontzeggen zal. Zij geven niet gaarne het heft uit handen, dan waar het strikt noodig wordt, dat is: waar

zij zelve niet kunnen optreden om voor hunne belangen te waken. Waar dit niet het geval is, vinden zij in eigen contrôle en toezicht grooter waarborg, dan in de zoogenaamde vertegenwoordiging van den verzekerde, die steeds indachtig is dat *„the loss not falls upon himself, but upon his underwriters“*.

Het is dan ook niet waar, dat er bestaat identiteit van belangen. De eigenaar der lading, die b.v. alleen tegen verlies tengevolge van avariëgrosse en niet van avarië particulier, of met het beding vrij van beschadigdheid is verzekerd, zal alle geoorloofde, en wellicht ook ongeoorloofde, pogingen in het werk stellen, om den dispacheur te bewegen zekere schade onder avariëgrosse te rangschikken en de bevoegde macht om de aldus opgemaakte dispache te bekrachtigen. Waar het op de schadevergoeding aankomt — de ondervinding heeft het geleerd — ontbreekt in den regel veel aan de eensgezindheid tusschen verzekeraar en verzekerde en bestaat veeleer strijd dan harmonie der belangen.

De engelsche schrijvers, van welke de meesten niet de argumenten, maar het dictum der rechtbank zouden bekrachtigen, laten juist met het oog daarop allerlei achterdeurtjes open. Zoo hebben we gezien, dat bijna allen een onderzoek: of bij de gehomologeerde dispache de wetten van het land, waar zij werd opgemaakt, ten aanzien van vorm en materie wel zijn in acht genomen, toelaten en zelfs bij ontkenning van den verzekeraar allen bewijslast doen rusten op den verzekerde, die zich op de dispache beroept. Anderen vinden dat het wat te ver gaat, als men den verzekeraar, wiens verplichtingen in het algemeen beheerscht worden door de wet der plaats, waar de polis is opgemaakt, onderwerpt aan elke vreemde, wellicht Patagonische wet en beperken dus ook de verbindbaarheid der vreemde dispache tot die, welke wordt opgemaakt in de haven, waar gelost wordt, niet: *„at an intermediate place.“* De vertegenwoordiging des verzekeraars door den verzekerde bij het opmaken der dispache, het beweren dat de verzekeraar

daarbij is partij, is voor zooverre ik weet, nog niet gevoerd.

Mr. WEVE voert voorts nog enkele billijkheidsgronden voor zijn stelling aan.

Hij zegt: wil de verzekeraar door de vreemde dispache niet gebonden zijn, dan kan hij door een clause in de polis daartegen waken. Een *petitio principii*. Immers daarbij wordt uitgegaan van de vooronderstelling, dat werkelijk uit die vreemde dispache voor hem verplichtingen voortvloeien in *jure constituto*. Maar ook in *jure constituendo* kan ik de redeneering eenvoudig omkeeren en zeggen: vindt de verzekerde het onaangenaam dat hij, terwijl de dispache voor hem verbindend is en hij in de avarijsomme te dragen heeft hetgeen de bevoegde macht in het buitenland vaststelt, over de vergoeding wellicht met den verzekeraar zal hebben te procederen, welnu, hij bedinge in de polis, gelijk werkelijk hier en daar geschiedt, dat de buitenlandsche dispache den verzekeraar binden zal, als ware hij daarbij partij geweest.

Wanneer Mr. WEVE voorts betoogt dat ons stelsel toch hard is voor den verzekerde, die geen enkel middel van verzet heeft en zich onvoorwaardelijk moet onderwerpen aan de vreemde dispache — zóó zelfs dat de schipper het recht heeft van retentie op de lading zoolang hem o. a. de avarijsomme niet is voldaan — dan antwoord ik: dat het niet minder hard is voor den verzekeraar die, toen hij de kansen berekende en naar den omvang van zijn risico de premie vaststelde, de Nederlandsche wet op het oog had, te moeten betalen hetgeen een — wie weet welke — buitenlandsche bevoegde macht wel gelieft onder avarijsomme te rangschikken.

Dergelijke argumenten leggen inderdaad geen gewicht in de schaal.

Ik kom thans tot het gewichtigst, om niet te zeggen: eenig argument, dat voor de stelling der rechtbank pleit: *de wet* heeft de vreemde dispache ook voor den assuradeur verbindend verklaard, alsof hij daarbij partij ware geweest; m. a. w. de wet verplicht den assuradeur die tegen avarijs-

grosse verzekerd heeft, te betalen hetgeen de vreemde dispache den verzekerde oplegt in de avariëgrosse te contribueeren.

Is dit argument juist, dan begrijp ik niet welk nut al hetgeen in het vonnis en in Mr. WEVER's artikel daaraan voorafging, hebben kan; dan is het geheele betoog, dat de verzekeraar toch eigenlijk, als door den eigenaar der lading vertegenwoordigd, partij is overbodig; dan zondigt het vonnis aan een wijdloopigheid, die alleen kan worden toegeschreven aan de zucht, die mijns inziens bij toepassing der wet den rechter vreemd moet zijn maar niet altijd vreemd is, om een beslissing te motiveeren met gronden van billijkheid, en die Mr. WEVER zelfs te machtig was toen hij meende zich op de wet te kunnen beroepen.

Terwijl artikel 724 W. v. K. de vreemde dispache voor de partijen verbindend verklaart, bepaalt art. 720 dat de verzekeraar wegens avariëgrosse heeft te vergoeden hetgeen de verzekerde voorwerpen „respectievelijk in de avariëgrosse moeten dragen.” Daardoor, zoo zegt men, is dus de verzekerde van elke nadere bewijslevering ontheven en heeft hij slechts aan te toonen, wat hij overeenkomstig de dispache heeft moeten contribueeren.

Mijns inziens mag die beteekenis aan het *moeten* dragen niet worden gehecht en het artikel aldus worden geïnterpreteerd: de verzekeraar heeft te vergoeden hetgeen de verzekerde tot de avariëgrosse *moet* bijdragen naar de wettelijke leer der avariëgrosse, m. a. w. indien de wet zekere schade onder gemeene avarië rangschikt (art. 699), deze voorvalt en de verzekerde daarin krachtens de bepalingen der nederlandsche wet contribueeren moet, moet die schade hem door den verzekeraar worden vergoed.

Ik wijs er in de eerste plaats op dat wij, zoo men de artikelen 720 en 724 opvat in den zin der rechtbank, een beginsel aannemen, dat geheel vreemd is aan onze wet. Artikel 431 W. v. B. Rv. stelt als regel vast: dat vonnissen door vreemde rechters of rechtbanken gewezen niet binnen het koninkrijk kunnen worden ten uitvoer gelegd. Waar men nu een afwijking van dit beginsel beweert, zal deze

duidelijk en onmiddellijk uit de wet moeten blijken. Zoodra nu een interpretatie mogelijk is, die het wetsartikel niet maakt tot een doode letter, zal men niet aan de woorden van artikel 720 een zin mogen hechten, die zulk een belangrijke en diepingrijpende afwijking huldigt.

Slechts noode gaf men aan de vreemde dispache tusschen den schipper en eigenaars der lading rechtskracht. Men *kon* niet anders, gelijk door de Rotterdamsche Kamer van Koophandel uitnemend werd uiteengezet. Het was noodig, dat men in den vreemde niet alleen de schaderekening opmaakte, maar tevens den schipper in de gelegenheid stelde tot verhaal, vóór dat hij de lading, zijn onderpand, had afgegeven. Ook was dit in het belang der geconsigneerden, opdat deze niet na langen tijd, en nadat zij reeds met hunne committenten hadden afgerekend, tot contributie zouden kunnen worden aangesproken. Opmerkelijk echter is het dat die zelfde kamer aan hare opmerking toevoegde (en dat terwijl tusschen het ontwerp en art. 724 slechts dit verschil bestond, dat de Nederlandsche consul of bij gebreke van dien de magistraat der plaats de dispache in den vreemde had op te maken of te homologeeren): dat de wet moet bepalen dat de verzekeraar de schade heeft te vergoeden zooals deze is berekend en verdeeld naar de wet of kostuum der plaats, waar de berekening geschiedt, d. i. waar de reis eindigt en gelost wordt. Ook toen had zij voor zich een artikel, in hoofdzaak gelijkloidend aan art. 720.

Men leze voorts bij VOORDUIN wat bij de behandeling van artikel 720 is voorgevallen:

De 2^e en 4^e afdeeling vroegen: „of de bepaling van dat „artikel niet zóó zeer *boven allen twijfel* verheven ware te „achten, dat het waarlijk onnoodig kon geacht worden dit „artikel in het wetboek te behouden.“ De regeering antwoordde: „men gelooft dat, om allen twijfel weg te nemen, „het artikel kon behouden blijven.“ Ziedaar alles, wat werd aangemerkt.

Nu zal zelfs MR. WÈVE moeten toegeven, dat waar men een zóó belangrijke afwijking van artikel 431 W. v. B. Rv.

beoogde, waar men de vreemde dispache niet alleen verbindend wilde verklaren voor de onmiddellijk belanghebbenden, maar zelfs voor derden, die geen partijen waren, de bepaling van art. 720 niet zóó boven allen twijfel verheven konde zijn, dat opneming van 't artikel overbodig werd geacht. En de Regeering zoude, waar zij allen twijfel wilde wegnemen, zich ook duidelijker hebben uitgedrukt en zonder omwegen aan artikel 724 nog een alinea hebben toegevoegd, luidende: de aldus opgemaakte avariësgrosse beslist tevens, hetgeen de verzekeraar den verzekerde wegens diens contributie zal hebben te vergoeden.

Ik zoude zoodanig artikel in jure constituendo niet wensche-lijk achten. De verzekerde of de geconsigneerde, tot wien hij in betrekking staat en die inderdaad zijn belangen waarneemt, is bij 't opmaken der dispache tegenwoordig. Zijn belang is om, als hij b.v. vrij van beschadigdheid is verzekerd, te zorgen, dat de schade zooveel mogelijk onder gemeene avarië wordt gerangschikt; hij kan, om dit te bereiken, elken invloed, zelfs dien van het machtige goud, doen gelden, en, daar het beginsel niet afhankelijk wordt gesteld van het land, waar de vreemde dispache wordt opgemaakt, maar de Turksche dispache even goed als de Fransche den verzekeraar binden zal, vrees ik, dat inderdaad wel eens dispacheurs en rechters zullen worden gevonden, op wien het zien van een goed gevulde beurs een indruk zal maken, die op de dispache een eigenaardige werking — de Duitschers zouden spreken van Rückwirkung of Wechselwirkung — zal uitoefenen. Tegenover dergelijke praktijken staat de assuradeur geheel machteloos. Bovendien wordt het hem aldus onmogelijk behoorlijke berekeningen te maken en de premie af te meten naar zijn risico. Immers, hij moge bekend zijn met de wetten der plaats waar de reis eindigt, het is moeielijk van hem te vorderen, dat hij ook kennis drage van de wetten en gewoonten van alle havens der geheele beschaafde en onbeschaafde wereld. Als regel zou ik dus zeer zeker den verzekeraar niet willen onderwerpen aan de vreemde dispache.

Men zal echter hiertegen aanvoeren, dat naar mijn stelsel

de verzekerde gevaar loopt geen volkomen schadeloosstelling te ontvangen. Ik geef dit gaarne toe, maar voeg er dadelijk bij: dat mijns inziens dit nadeel niet opweegt tegenover de gevaren, aan welke anders de verzekeraar blootstaat. In de eerste plaats kan de verzekerde bij het opmaken der dispache behoorlijk toezicht houden, gegevens verschaffen en zorgen dat hem in elk geval recht worde gedaan naar de wetten en gewoonten der haven, waar die opmaking geschiedt. Voorts kan hij in de polis bedingen al hetgeen men thans in de wet lezen wil en, moge al een eenvormige internationale regeling der gemeene avarij nog tot de pia vota behooren, de assuradeur zal niet weigeren, behoudens wellicht wijziging diens tengevolge in het bedrag der premie, zich te verbinden tot betaling van hetgeen de verzekeraar volgens de dispache zal moeten contribueeren, indien deze in een der beschaafde landen van Europa of Amerika mocht worden opgemaakt. Als *regel* echter (en daarom juist acht ik een zoodanig beding van den verzekerde verkieselijk boven dat van den verzekeraar: dat hij niet zal verplicht zijn zich aan de vreemde dispache te onderwerpen) zou ik het afkeuren indien men, — terwijl tegen de rechtskracht van vreemde vonnissen ten onzent nog zóó vele bezwaren worden aangevoerd en geen verstandig rechtsgeleerde er aan denken zou de internationale wellevendheid zóó ver te drijven, om de ten uitvoerlegging van elk vonnis, onverschillig van welken vreemden rechter, alhier te veroorloven —, alleen den verzekeraar geheel onnoodig zou dwingen zich ten aanzien van de vergoeding der avarijgrosse aan elk zoodanig vonnis te onderwerpen.

Mr. M. TH. GOUDSMIT.

Rotterdam, December 1881.

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

Op den bouwgrond van het Wereldrecht,
door Mr. D. JOSEPHUS JITTA, advocaat en
procureur te Amsterdam.

Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF, *Internationale
avarij-grosse-regeling.* Acad. proefschrift. —
Leiden 1880.

Er is een tijd geweest dat het Romeinsche Recht op den naam van wereldrecht aanspraak kon maken. Maar, helaas! in dien tijd was het reeds versteend in compilatiën, het miste de noodige levenskracht om het recht der volken van Germaanschen stam in zich op te nemen, het kon zich niet plooiën naar de eischen van het nieuwe wereldverkeer. Met de instorting van het Romeinsche rijk hield verbrokkeling van het recht gelijken tred, en in de middeleeuwen bereikt de rechtsverseidenheid, te gelijk met de politieke verbrokkeling, haar toppunt. De revolutionaire geest wischt eindelijk de laatste sporen van de middeleeuwsche toestanden uit, en daarmee begint nagenoeg in elk land een streven naar een uniform *nationaal* recht. Die beweging gaat echter overal langzamer dan de politieke onwentelingen, omdat op het gebied van het recht het geweld niets of niets blijvends tot stand brengt, zoo zal in ons land eerst wanneer het nationale Wetboek van Strafrecht in werking zal zijn getreden, het nationaal—nederlandsch—gecodificeerde recht daar zijn. Het is vooral daar waar nog verschillende inlandsche wetgevingen bestaan, of ook in groepen van verwante staten dat de beweging krachtig is, b. v. in Duitschland, Zwitserland, in de Scandinavische Koninkrijken, in de Vereenigde Staten van Noord- en in de Spaansche republieken van Zuid- en Midden-Amerika. Wanneer in al die landen of groepen het nationale werk voltooid zal zijn, zal het aantal wetgevingen op onze planeet, vroeger ontelbaar, betrekkelijk klein geworden zijn.

Maar nog is die beweging niet ten einde, of er ontstaat een nieuwe, waarvan de oorzaken dieper liggen, de gevolgen meer ingrijpend zijn. De verscheidenheid van het recht, zelfs na reductie van het aantal wetgevingen, is knellend voor de volkeren-maatschappij, die zich niet houdt en zich niet houden kan aan de willekeurige grenzen welke de hand der menschen tusschen de onafhankelijke Staten heeft getrokken. Rechtsbetrekkingen van allerlei aard ontstaan tusschen de leden van de verschillende staten, en, afgescheiden van de moeilijkheid om de wetgevingen die te pas kunnen komen te kennen, komen die wetgevingen met elkaar in botsing, in conflict, zoodat de jurist somtijds niet eens uitmaken kan welke rechtsregel in een bepaald geval heerschappij voert. Nu geeft het natuurlijk gezond verstand twee middelen aan de hand om de conflicten weg te nemen, en wel ten eerste, het stellen van rechtsregels, hooger dan de strijdige wetgevingen gelegen, die elks gebied en heerschappij afbakenen, en ten tweede, het wegnemen der verschilpunten tusschen de wetgevingen door uniformiteit van het recht. De school die het eerste middel wil toepassen noemt zich die van het *internationaal privaat recht*; zij die het tweede willen beproeven zijn voorstanders van een *internationaal uniform recht*.

Het „internationaal privaat recht” is een oude zaak onder een nieuwe benaming, een zaak waarvan de aanvang moet samenvallen met de vorming der locale wetgevingen; in de middeleeuwen, toen in elke plaats een verschillend recht was, waren de conflicten talrijker dan nu; zij ontstonden niet alleen tusschen bewoners van verschillende staten, maar tusschen burgers van naburige steden, zelfs, zooals SAVIGNY vermeldt, in één stad, of in één huis. Van daar het groote aantal oudere schrijvers over conflicten. De omwenteling in elk land, het streven naar een uniform inlandsch recht, dringen voorloopig de geheele leer der conflicten van den voorgrond, het is eerst in de laatste tijden, nu de nationale beweging meer tot rust is gekomen, dat de wetenschap zich op nieuw met de conflicten bezig

houdt; wel is het aantal strijdende wetgevingen verminderd, maar daarentegen vermeerderen de rechtsbetrekkingen tusschen inwoners van verschillende landen met den dag.

De tweede school, die uniformiteit van het recht wil, is veel nieuwer; in haar geheelen omvang wordt zij nog door velen als een utopie beschouwd, zij gaat dan ook op veel bescheidener wijze te werk dan de andere. Terwijl deze laatste de algemeene formules zoekt waardoor alle wetgevingen tot een harmonisch geheel worden verbonden, is de uniformiteitsleer bij uitstek monographisch. Zij richt zich bij voorkeur tot die onderwerpen, waar het verschil der wetgevingen in het dagelijksch leven bijzonder hinderlijk is, en die bovendien, omdat zij betrekkelijk nieuw zijn en zich overal op dezelfde grondslagen hebben ontwikkeld, reeds voor een deel uniform zijn geregeld, zoodat daarbij de historische gehechtheid aan het nationale recht minder krachtige wortels heeft kunnen schieten. Dat is het geval met spoorwegen, telegraphie, wisselrecht, aanvaringen door stoomschepen en eenigermate met avarijs-grosse. De avarijs-grosse is wel een overoud rechtsinstituut, maar men grondt het overal op dezelfde overwegingen van billijkheid, en de telegraphie, die aan de havens voor orders in het handelsbelang zooveel uitbreiding gaf, heeft de bestaande afwijkingen tusschen de wetgevingen scherper dan vroeger doen uitkomen.

De beide wetenschappelijke scholen staan niet in vrede naast elkaar: men hoort hier en daar onderlinge verwijten. Een voorbeeld daarvan geeft het onlangs verschenen kernachtige werkje van Mr. J. A. LEVY, *„Wet of Tractaat?”* Het bevat een warm en wetenschappelijk pleidooi ten voordeele van de uniformiteit, maar bovendien wordt het internat. priv. recht, in den traditioneelen zin van de leer der conflicten, daarin eens geducht over de knie gelegd, alle pogingen tot ontwikkeling van die leer worden door den schrijver beschouwd als een beletsel voor de uniformiteit, omdat daardoor de conflicten en de rechtsverscheidenheid zouden worden bestendigd. Niet alleen dat de inhoud van

intern. priv. recht als iets noodlottigs wordt verworpen, de naam internationaal privaaf recht wordt als eigendom der gelijkvormigheidsschool opgeëicht, het *ware* intern. priv. recht is volgens den geleerden schrijver, het streven naar gemeenschap van het recht door uniformiteit. Hij gaat echter nog verder, ten einde den tegenstander van alles te berooven; de vader van het moderne intern. priv. recht wordt met have en goed naar het kamp van de uniformiteit gelokt, omdat hij tot grondslag van de oplossing der conflicten de rechtsgemeenschap der volken op den voorgrond stelt. Ik geef om den naam intern. priv. recht bitter weinig en schenk dien gaarne aan den heer LEVY, maar ik hecht aan SAVIGNY, want terwijl het zeker is dat deze van de rechtsgemeenschap der volken uitgaat, zoo staat het even vast dat hij niet gelijkvormigheid der wetgevingen verlangt, niet eenheid maar harmonie zoekt. En wanneer aldus de naam „intern. priv. recht“ is opgeofferd, ook ter voorkoming van verwar- ring en omdat een strijd over namen mij weinig belang inboezemt, wanneer ik alleen van leer van conflicten spreek, dan kan ik daarom nog niet toegeven dat uniformiteit het eenige middel is waardoor het gevoel der rechtsgemeenschap der volken zich kan uiten, dat de beoefening van de *leer der conflicten*, als wetenschappelijk vak van studie verwer- pelijk is, al mocht het zelfs waar zijn dat door die beoefe- ning de wording van een in alle deelen uniform recht zal worden vertraagd.

Ook het streven naar rechtsuniformiteit is vaak minder billijk behandeld. Er is hier echter een opmerkelijk verschil, Mr. LEVY b. v. trekt openlijk en beslist te velde tegen de leer der conflicten, zijn doel is den tegenstander voor eeuwig te vernietigen. De uniformiteit wordt zelden in front aan- gevallen, misschien wel omdat zij van dien kant onaantast- baar is. De aanvallen tegen haar stellingen hebben meestal een meer zijdelingsch, voorzichtig karakter. Men begint met de meest warme sympathie-betuigingen, men verzekert dat de uniformiteit is het ideaal dat men voor oogen heeft, het einddoel dat ongetwijfeld zal worden bereikt, om dan

in min of meer bedekte vorm daarbij te voegen: „maar voorloopig nog niet.“ Onder de middelen waardoor men de uniformiteit ad calendas graecas wil verschuiven, is het meest hatelijke de eisch: „eerst moeten de algemeene beginselen van het intern. priv. recht, i. e. van de conflictenleer, gevonden worden.“ Zoodoende is de slotsom dat het ideaal van zoeven zoo hoog boven de wolken komt te hangen dat het geheel nevelachtig wordt, dat het einddoel zoo zeer aan het eind wordt verplaatst dat het ongeveer met het laatste oordeel samenvalt.

→ Deze oppositie is een gevaarlijk verschijnsel. In dien voorbereidenden strijd wordt veel wetenschappelijke kracht verspild, de toenemende bitterheid tusschen wetenschappelijke mannen is noodlottig op een gebied waar overeenstemming een hoofdvereischte is, en terwijl men kibbelt over de wijze waarop de rechtsverseidenheid zal worden opgeheven, blijft deze intusschen bestaan en dreigt bestendig te worden. Want meer dan eenige andere wereldbewegende vraag, is de vraag der rechtsverseidenheid het domein van een kleinen kring van belangstellenden. De groote massa, en daaronder moet men rekenen die juristen, die, door den strijd des levens daartoe gedrongen, de aan de Universiteiten ingenomen lading wetenschap slechts als dagelijksch-broodverschaffend beroep beschouwen, de groote massa is onverschillig, ironisch, vijandig. De gevolgtrekking ligt voor de hand; wanneer in den kleinen kring van belangstellenden verdeeldheid en vinnige vijandschap heerschen, dan bestaat er gegronde vrees dat allen tot machteloosheid zullen worden gedoemd.

→ Is de strijd nu gerechtvaardigd? Is het billijk de conflictenleer te doodverwen als het stelsel dat, om met den heer LEVY te spreken, de conflicten en de rechtsverseidenheid wil bestendigen? Zal de rechtsuniformiteit moeten wachten tot dat de *algemeene beginselen* van de conflictenleer, die men sedert eeuwen zoekt, op een goeden dag even als het buskruid zullen worden ontdekt? Op alle deze vragen antwoord ik volmondig ontkennend.

De beide richtingen hebben één uitgangspunt: de verscheidenheid des rechts, en één doel: het wegnemen der bezwaren welke daardoor voor het algemeen verkeer ontstaan. Die rechtsverscheidenheid nu is een feit, en het bestaan der conflicten is evenzeer *een feit*. Die conflicten bestaan niet alleen in de boeken der rechtsgeleerden, zij bloeien niet uitsluitend onder het licht van de studeerlamp, integendeel, zij woekeren voort in het dagelijksch leven, zij zijn een actueel bestaande bron van rechtsonzekerheid. Van daar een argument voor het goede recht van de leer der conflicten. De rechtseenheid, en de dissertatie van den heer MOLENGRAAFF, waarover straks, is daarvan een doorlopend bewijs, is gebonden aan het jus constituendum; zij zal alleen kunnen aangeven hoe men voor het vervolg de mogelijkheid van conflicten en van rechtsonzekerheid zal kunnen afsnijden: hoe echter in een bestaand geschil, waar twijfel bestaat omtrent het toepasselijke recht en toch recht gedaan moet worden, de strijd zal worden opgelost, dat is met beschouwingen over het jus constituendum niet te verklaren. Op de vraag: „welke kracht kent de nationale wet aan vreemde wetten toe?“ antwoordt de uniformiteitsleer niet, zij heet *morgen*, zoo niet *overmorgen*, de conflictenleer heet ook *heden*. Wanneer nu in dat heden rechtsonzekerheid bestaat, die door verduidelijking van bestaande wetsbepalingen (b. v. de wet houdende A. B.) zoude zijn weg te nemen, dan is het bijzonder onbillijk wanneer men aan de voorstanders van die verduidelijking verwijt dat zij de conflicten willen bestendigen. Dit geldt b. v. den Italiaanschen wetgever van 1865. Men moge nu de wijze waarop die wetgever zijne taak vervulde afkeuren, de Italiaansche bepalingen onvolledig, onjuist en vooral te algemeen noemen, met den heer LEVY uitroepen dat daardoor geen geheimzinnig redmiddel tegen conflicten is ontdekt, het neemt niet weg dat die regeling, waardoor een aantal strijdvragen is opgelost waarvan sommige bij gebrek aan wetsbepalingen bepaald onoplosbaar waren, de rechtszekerheid in Italië in hooge mate heeft bevorderd. Uniformiteit van recht kon toch

de Italiaansche wetgever in zijn wetboek aan de wereld niet geven, had hij nu alle bestaande internationale rechtsvragen onopgelost moeten laten alleen omdat in de toekomst, *door overeenstemming van alle landen*, misschien de kans bestond een betere oplossing te vinden?

Die overeenstemming tusschen alle landen is geengeringe zaak. Mr. LEVY, in zijn zoo even aangehaald werk, spreekt van de *„Theorie”* der nationale bezorgdheid. De nationale bezorgdheid is echter meer dan een theorie, zij is *een feit*, en de schrijver van *„Wet en Tractaat?”* kan zich daarvan niet los maken. Hij citeert (pag. 34) de stelling van THORBECKE: *„Onderscheiden, niet afgezonderd, hebben wij ons deel van het groote familiegoed te besturen en te vermeerderen;”* hij wil die stelling uitbreiden tot internationale leuze, hij wil dus niet één zelfden toon, maar harmonie. Het betoog doet dienst om de *kleinmoedige goede doch angstvallige zielen* (pag. 33) van de nationale bezorgdheid te genezen en is ook voor dien dienst uitnemend geschikt; minder goed past het in de stelling die de schrijver tegenover de conflictenleer aanneemt, evenmin als het op pag. 34 verkondigde: *„Het wereldrijk gebijk de wereldvrede behooren tot de idealen der dichterbijke verbeelding of tot de postulaten der wijsgeerige bespiegeling.”* Weest dus gerust, goede doch angstvallige zielen, de heer LEVY wil van het *nec erit alia lex Romae alia Athenis* niets weten! Doch dan blijft er een lacune. Of men doet wat Mr. LEVY op pag. 130 zegt: *„in alle staten wetten maken, die niet alleen eensluitend enkel in de hoofdbeginselen zijn, maar geheel het onderwerp in al zijne bijzonderheden bevatten;”* dan zijn, mits men dat voor het geheele recht doe, de conflicten radicaal afgesneden, maar dan heeft men niet harmonie, zooals THORBECKE wilde, maar eenheid van toon en de angstvallige zielen zijn ten slotte beet genomen. Of men vergenoegt zich met eenheid in de hoofdbeginselen, in de leidende gedachten, men wil niet *alle codes over één kam scheeren*; maar dan (pag. 130) *is in de uitwerking der onderdeelen zoo veelerlei afwijking mogelijk dat daardoor*

metterdaad de rechtsverseidenheid bestendig worden kan, en dan is de conflictenleer, in de eene of andere gedaante, weer noodig om in de geschillen omtrent die onderdeelen te voorzien.

Het gevolg is natuurlijk, en die consequentie moet men in het oog houden, dat alleen dan de uniformiteit de conflicten en de conflictenleer zal vernietigen, wanneer het Recht in zijn geheelen omvang in alle landen eensluidend zal zijn in alle bepalingen tot op de kleinste bijzonderheden toe. Er zijn weinigen die iets dergelijks mogelijk zullen achten, en Mr. LEVY zelf zegt dat dan de halve wereld van gedaante zal zijn veranderd. Zal men nu zeggen dat men met het Handelsrecht en met het Faillietenrecht in ruimen zin tevreden is? Mr. LEVY schijnt naar die meening over te hellen. Althans, hij acht de oplossing van de conflicten in het civiele personen en zakenrecht niet zoo bijzonder urgent, en de voorkeur aan deze boven eenheid in avarij-grosse, wissel en spoorwegverkeer gegeven nadert of overschrijdt zelfs, naar zijne meening, de grenzen van het komische. Deze hilariteit is niet gerechtvaardigd. Wel kan men toegeven dat het niet de moeite waard is over de mindere of meerdere urgentie van de eene of andere hervorming te twisten; maar dat de schrijver met een zekere minachting spreekt over de internationale vragen die door het familie- en erfrecht ontstaan, is van zijn kant ook nog al zonderling. Dat Mr. LEVY zich vroolijk maakt over de erven, wien het bittere noodlot treft in den vreemde te erven, en helaas! onder een ander recht te geraken, laat ik nog daar, maar, eilieve, is die erfenisquaestie het type der intern. conflicten in het personen- en zakenrecht. Indien men in plaats van urgentie „belang” leest, wie zal beweren dat de persoonlijke staat, huwelijk en echtscheiding, wettigheid, minderjarigheid en voogdij minder belangrijk zijn dan de vraag hoe de kosten van gage en onderhoud der bemanning van een schip in een noodhaven zullen worden gedragen, een vraag die men door overeenkomsten oplossen kan zoo als men wil, en waarin men zich door assurantie tegen

nadeel dekken kan? Wanneer de geldigheid van het huwelijk, de wettigheid der kinderen in twijfel kunnen worden getrokken, omdat er een internationale rechtsbetrekking bestaat, waaromtrent zoovele meeningen zijn als schrijvers daarover de pen hebben opgevat, zoodat het bestaan van een geheele familie op het spel is en een bron van eindelooze onzekere processen geopend is, *terwijl men zich niet door uitdrukkelijke bedingen kan dekken*, is het groote belang eener regeling onbetwistbaar. En wat erfenissen betreft, zoo hebben die niet alleen dat deerniswaardige actief, dat lachlustopwekkende slijk der aarde, maar ook somtijds een passief; wanneer geen harmonie tusschen de verschillende stelsels van erfrecht heerscht, zullen, zoolang de *lex loci rei sitae* met de nationaliteit, het domicilie en wat men meer uitgedacht heeft overhoop ligt, de schuldeischers niet weten hoe en waar zij hun recht kunnen doen gelden, daardoor is de zekerheid van het maatschappelijk verkeer bedreigd, iets waarvan ook de handel, vooral in geval van faillissement, de nadeelige gevolgen ondervinden moet. Hoewel onze eeuw eene eeuw van stoom en electriciteit is, zijn stoom en electriciteit niet de eenige belangrijke zaken op aarde, hoe groot het belang van het handelsrecht ook zij, het civiele recht is nog niet ontbloot van gewicht. Wanneer het „Algemeen- Wereld- Handelswetboek“ kant en klaar mocht zijn en door alle Parlementen der wereld onveranderd mocht zijn aangenomen, dan nog zou, bij het bestaan van rechtsverscheidenheid in het civiele recht en zoolang die verscheidenheid bestaat, elke poging om door harmonie rechtszekerheid in internationale strijdvragen te vestigen, der wetenschap waardig zijn. Zoolang niet alle wetboeken en wetten over een kam zullen zijn geschoren, zoolang dus, om met den heer LEVY te spreken, de halve wereld niet van gedaante zal zijn veranderd, zal het verkeerd zijn een tak der wetenschap te minachten die niet de conflicten wil bestendigen maar harmonisch wil oplossen, die niet de rechtsverscheidenheid wil bewaren om het genoegen te smaken conflicten te vinden, maar die, zoolang rechtsverscheidenheid

zal bestaan, althans rechtszekerheid wil waarborgen.

Nu durf ik gerust stellen: indien, zoo als de heer LEVY zegt, wereldrijk en wereldvrede utopiën zijn, die slechts in de kranke verbeelding van wijsgeeren kunnen voorkomen, dan is een uniform wereldrecht ook een utopie. Want, wat de wetgeving betreft, het zal niet genoeg zijn dat de wetboeken eensluidend zijn, er zal *eenheid van recht* moeten zijn, de wetboeken zullen moeten samenvloeien en dan zijn de territoriale grenzen der wet opgeheven. Ik wensch de oude vraag, of de wetten buitenslands op zichzelf dan wel door den trechter van het vaderlandsche recht gelden, te laten rusten, op internationaal gebied is zij mij geen punt op een i waard, zeker is het dat de wetten buitenslands zullen moeten gelden. Het zal niet genoeg zijn dat de formaliteiten voor het vestigen van een zedelijk lichaam hier te lande en in Engeland b. v. eensluidend zijn, maar een hier opgericht lichaam zal in Engeland rechtspersoonlijkheid moeten hebben en omgekeerd. Het zal niet voldoende zijn dat overal de wijzen van eigendomsverkrijging, pand- en hypotheekvestiging, dezelfde zijn, maar een recht in het eene land verkregen zal overal recht moeten zijn. Wat de rechtspraak betreft, ook zij zal niet aan grenzen gebonden kunnen blijven, niet alleen dat de rechterlijke competentie eensluidend geregeld zal moeten worden, maar eene rechterlijke beslissing, die bron van recht is, zal overal moeten gelden. En is hier meer nog, eenheid in de toepassing van het recht, eenheid van jurisprudentie zal noodig zijn, positieve en negatieve jurisdictiegeschillen zullen opgelost moeten worden, hetgeen regelrecht leidt tot een „*Hooge Raad der Wereld.*” Sommige voorstanders der rechtsuniformiteit hebben die zwaarigheid willen ontwijken, Mr. LEVY, ruitelijk en oprecht als altijd, aanvaardt haar ten volle en stelt *onomwonden* den eisch: *Vestiging van een hoogste internationaal gerechtshof, welks competentie plaatselijk en zakelijk even ver reikt als de verkregen eenheid.* Dat gerechtshof eindelijk zal de noodige macht moeten bezitten om zijn beslissingen overal te doen ten uitvoer leggen, zelfs manu militari, des noods tegen een

der staten die tot de eenheid zijn toegetreden. Mij dunkt het geheel zal vrij veel hebben van een wereldconfederatie, of van een wereldrijk, waarin de provinciën een min of meer uitgebreid zelfbestuur hebben.

Is dat alles nu een utopie? Ik *geloof* het niet, wij gaan er zoetjes aan — zeer zoetjes — naar toe. Vooral zij echter, die onomwonden op hun vaandel rechtsuniformiteit schrijven, die der conflictenleer recht van bestaan ontzeggen, mogen zich niet door de stoutheid der begrippen wereldrecht, wereldrijk en wereldvrede laten afschrikken. Ik zoude dus de angstvallige zielen niet willen voorspiegelen dat de weg, waarop ik de menschheid leiden wil, niet daarheen voert: gaan de angstvallige zielen niet meê, dan moeten zij maar achter blijven.

Wat is nu in deze de taak der wetenschap? Eenheid van toon of harmonie met verscheidenheid? Ik zoude willen antwoorden: de wetenschap moet niet kiezen, maar beide middelen, waardoor zich het gevoel van rechtsgemeenschap der volken uiten kan, met oordeel des onderscheids gebruiken. Daar waar eenheid, ik zeg niet mogelijk, want mogelijk is zij ten slotte overal, maar reeds nu wenschelijk is in het belang van het wereldverkeer, daar moet de wetenschap naar uniformiteit van recht streven. Overal elders, zal harmonie met behoud van verscheidenheid het doel moeten zijn, niet alleen als het meest bereikbare, niet alleen als voorloopige overgangsmaatregel tot dat de halve wereld van gedaante zal zijn veranderd, maar als noodzakelijk middel om de wording van het wereldrecht niet te benadeelen.

Om dit onderscheid duidelijker af te bakenen dient uitgemaakt te worden wat men onder conflicten te verstaan heeft, en in welken zin verscheidenheid met harmonie een vruchtbaar veld ter bewerking zal zijn. De conflictenleer is steeds gehouden voor een der moeilijkste zijden der rechtswetenschap, prope inextricabiles sunt controversiae, zegt JAN VOET. Het uitgangspunt in de middeleeuwen was ongelukkig, maar de schuld ligt aan den maatschappelijken toestand van die dagen, niet aan de wetenschap. In de

middeleeuwen was alles afgesloten, ommuurd, de heer in zijn burg, de poorter achter zijn stadswallen, waren ver- schanst tegen alles wat buiten was, de wet, gewoonte, keur gold binnen de heerlijkheid of stad, niet daarbuiten, en omgekeerd, alle buitenwetten waren geen wetten: *omnia statuta sunt realia*. Langzaam vijlde de wetenschap de ijzeren pantseeringen van de middeleeuwen, zij kwam op voor de rechten van den mensch en voerde de statuta personalia in, de mensch bleef mensch waar hij zich ook bevond, of in onzen wetgevenden stijl, (art. 6 A. B.): de wetten betreffende de rechten, den staat en de bevoegdheid der personen verbinden de *menschen* ook wanneer zij zich buitenslands bevinden. Dit werden de statuta personalia. Daartegenover stond de grond, het vaderland; de grond bleef onderworpen aan de vaderlandsche wet, het samenstel der wetten die den grond beheerschten noemde men statuta realia. Doch er is meer op de wereld dan de mensch en de grond, er is het leven, het verkeer tusschen menschen, de maatschappij, dat alles paste niet in de onderscheiding, en alle pogingen om er statuta mixta van te maken slaagden niet. Men had het tooneel en de acteurs: het grondgebied en de menschen, men miste het drama: het leven. Daarom is de geheele statuten-theorie, met alles wat daarvan in de verloren hoeken der wetboeken is overgebleven, in onzen tijd het papier niet waard waarop zij geschreven is.

Zij is dan ook heden nagenoeg algemeen verlaten, en de vraag is alleen in hoeverre zij achter de bepalingen van sommige artikeltjes van de eene of andere wet nog schuilplaats vindt. Het staat echter vast dat zij, in stede van rechtszekerheid, niets dan twistpunten geeft, en het zoude reeds een weldaad zijn, wat van haar nog overgebleven mag zijn, te schrappen.

Doch al is de statuten-theorie vrij algemeen verworpen, hetgeen de tegenwoordige richting der conflictenleer in de plaats daarvan geeft, is, het zij met alle bescheidenheid gezegd, niet minder verderfelijk. Nog steeds vindt de gedachte ingang dat de conflicten tusschen de verschillende

wetgevingen opgelost moeten worden door middel van *algemeene beginselen*. Wat men daaronder verstaat is een stel van ongeveer een half dozijn hoofdregels, waarin men alle conflicten moet kneden en die voor alle mogelijke moeilijkheden de oplossing kant en klaar moeten geven. Een regel voor het personenrecht, waarbij dan eens op de nationaliteit, dan eens op het domicilie alle nadruk wordt gelegd, één regel voor roerende zaken, één voor onroerende, voor erfenissen, voor overeenkomsten en de vorm der handelingen, en het stelsel is daar, de steen der wijzen is gevonden. Tot nu toe is men het niet eens kunnen worden over die hoofdregels, niettegenstaande de pogingen legio zijn, en nu wordt door velen als grondtoon aangenomen: eerst moeten de algemeene grondbeginselen worden gevonden. Zoo b. v. in de recensie door Prof. HAMAKER van het uitmuntende werk van Prof. ASSER: *Schets van het intern. priv. recht*. De hooggeleerde recensent richt tot den schrijver het groote verwijt, dat deze niet eerst hoofdbeginselen heeft ontwikkeld om daarna alles daaraan dienstbaar te maken, dat hij zich verstout heeft van elk rechtsinstituut de eigen natuur en de eigen internationale eischen na te gaan, zoodat hij uit „verschillende grondtheoriën” redeneert. Dat klinkt verschrikkelijk. Eigenaardig is de vrees van Prof. HAMAKER voor monographiën, hoe zoude men eene monographie kunnen leveren zoolang de „grondbeginselen” niet daar zijn?

Sedert eenige jaren is men ook in den *Institut de droit international*, eene vooruitstrevende vereeniging op het gebied van intern. recht, waar de discussiën, zonder overdreven nationale bezorgdheid en zonder internationale groote trom, degelijk en wetenschappelijk zijn, bezig den inventaris op te maken der bestaande „algemeene beginselen” ten einde daaruit eene keuze te doen. Deze keuze wordt beschouwd als practisch gerechtvaardigd: men zoekt het meest bereikbare, overeenstemming te verkrijgen aangaande sommige hoofdpunten, met zoo min mogelijk ingrijpende veranderingen in den tegenwoordigen toestand van het intern. priv. recht (conflictenleer), zooals het in de bestaande wetgevingen

geregeld is. Ik erken het practische van deze wijze van handelen, maar moet haar toch bedenkelijk noemen, het is roeien tegen den stroom die de menschheid meesleept, de tijd der algemeene beginselen is voorbij, het geheele stelsel is zoo slecht, dat de meest voorzichtige keuze van algemeene beginselen toch altijd een slechte keuze zal zijn. Verleden jaar (1880), op de vergadering te Oxford, zou een algemeen beginsel voor het personenrecht gekozen worden. Men nam daarvoor de *nationaliteit*, en was daardoor verplicht een uniform stelsel te ontwerpen voor het verkrijgen der nationaliteit, waarbij het Fransche stelsel der nationaliteit van het bloed over de nationaliteit naar den grond zegevierde, het bloed van den vader boven dat van de moeder, terwijl als subsidiaire regel, voor het geval iemand geen bekende nationaliteit mocht hebben, het domicilie weer maatgevend zou zijn. Daarbij werd niet gevraagd of men aldus voor meerderjarigheid, voogdij, huwelijk, echtscheiding *eene aan de eischen van het internationaal verkeer beantwoordende oplossing kreeg*, het hoofdbeginsel zou alle knoopen doorzagen. „Par cette règle,” zeide ongeveer Prof. ARNTZ, „vous coupez la tête à cent controverses.” Met allen eerbied voor mijn vroegeren leermeester, wiens naam bij mij steeds in dankbare herinnering zal blijven, dat „couper des têtes,” vooral honderd in een slag, bevalt mij niet. Is dat het werk van de wetenschap? De jurist heeft zwaard noch hakmes, hij heeft alleen het woord, hij moet strijdvragen oplossen, niet doorhakken; controversen doorsnijden, die kunst kenden VALENTINIANUS III en JUSTINIANUS ook!

Op dezelfde bijeenkomst te Oxford had er eene gebeurtenis plaats die stof tot nadenken geeft. Toen het beginsel der nationaliteit gesteld was, wilde men het ook toepassen op het internationale erfrecht, zonder aanzien van den aard of de plaats der goederen. Tegen die oplossing kwamen de meeste der Engelsche leden, Sir TRAVERS TWISS, HALL, de professoren HOLLAND en LORIMER, met alle kracht op, niet omdat zij in strijd was met het internationaal belang, maar omdat zij indruischte tegen de wetten van

Engeland. „J'estime,“ zei Sir TRAVERS TWISS, „que cette conclusion, quant à la détermination des personnes successibles, déroge à la souveraineté territoriale et est contraire au principe partout reconnu que la *lex loci rei sitae* règle la succession des immeubles.“ Zeer zeker de in schitterenden middeleeuwschen stijl gebeeldhouwde gewelven der Divinity-school, waar het Instituut vergaderde, zullen gejuicht hebben over dat grondbeginsel der *lex loci rei sitae*, maar voor mij was het voor een oogenblik een ontmoedigend verschijnsel, aldus een oud versteend beginsel te zien zegevieren over de levende wetenschap, en mannen die gezegd kunnen worden in Engeland aan het hoofd der internationale beweging te staan, de meest liberale geleerden in het op het gebied der wetgeving zoo conservatieve Engeland, zich tegen een internationale hervorming te zien kanten, omdat zij in strijd was met de wetten van Engeland. Wat zou de oppositie niet geweest zijn indien eens voorgesteld was een uniform erfrecht in te voeren? Als de zoo min mogelijk ingrijpende harmonie niet slagen kan, dan is de strijd om eenheid wanhopig.

Dat geheele stelsel der voorafgaande algemeene beginselen als *conditio sine qua non* der ontwikkeling van de conflictenleer, is verouderd. Het is een dorre, doode boom, die, al plant men hem over in den besten wetenschappelijken bodem, nooit vruchten dragen kan. Het is een conflicten-zaagmachine, geen levende wetenschappelijke kracht. Er zijn geen algemeene beginselen van de conflictenleer te vinden, niets meer althans dan reeds door SAVIGNY werd gevonden en verkondigd: dass bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis, seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist. SAVIGNY heeft de ware methode van de conflictenleer gevestigd, door te zeggen dat de conflicten tusschen de wetgevingen van verschillende staten van denzelfden aard zijn als de conflicten tusschen verschillende wetgevingen in denzelfden staat, dat zij opgelost moeten worden, ieder naar zijn eigen natuur, door de har-

moniseerende kracht der gemeenschap. Even als de individuen in den staat, ten behoeve van de rechtsgemeenschap waarvan de staat het orgaan is, een deel van hunne vrijheid moeten opofferen, zoo moeten ook de staten, individuen in de volkerenmaatschappij, in den wereldstaat een deel van hunne zelfstandigheid missen ten behoeve van de eischen van het wereldrecht. Het recht in den staat is niet het uitvloeisel van een paar alles regeerende hoofdbeginselen, het volgt het leven op den voet, en plooit zich naar de eischen van het maatschappelijk verkeer, elke rechtsinstelling wordt naar haar eigen natuur geregeld. In het recht der staten zijn de eischen dezelfde maar op een grooter veld; het dient het leven der volkerenmaatschappij op den voet te volgen, het moet zich afvragen wat de internationale aard eener instelling is, welk doel zij vervult, niet meer in den staat, maar in de wereld, om daarna te concludeeren hoe de instelling in hare internationale rechtsbetrekkingen behoort te worden geregeld. Die wetenschap is bij uitstek monographisch en vrij, zij wil niets weten van een algemeen nationaliteitsbeginsel, van roerende en onroerende goederen en andere onderscheidingen uit de school. De nationaliteit behoeft geen verschil in den burgerlijken staat der menschen te brengen, het is buiten de politiek een kunstmatig begrip, vooral wanneer men haar uitsluitend grondt op het bloed. Het natuurlijke kind zal de nationaliteit, i. e. de burgerlijke wetgeving, van zijn moeder volgen, om, mocht hij eens door den vader of dengene die zich daarvoor uitgeeft erkend worden, van bloed en van burgerlijke wetgeving te veranderen, dat is geheel koud en dor en houdt geen rekenschap met de eischen van het leven. De onderscheiding van roerende en onroerende goederen, heeft alleen zin daar waar het lichamelijke zaken geldt, andere zaken kunnen niet dan bij fictie, bij wetswillekeur tot de eene of andere zijde gebracht worden, en een algemeene regel op die onderscheiding gegrond zal even droog en houderig zijn als het alles beheerschende vaderlijk-bloeds-nationaliteitsbeginsel. De conflictenleer moet niet boven de wetgevingen

hangen, zij moet niet vreezen er meê in aanraking te komen, maar door rechtsvergelijking in de wetgevingen treden, niet alleen het bestaan van rechtsverseidenheid en van conflicten nagaan om het daarna door de eene of andere operatie af te snijden, maar zich afvragen *waarom* deze of gene instelling verschillend geregeld is, wat niettegenstaande de verschilpunten, de gemeenschappelijke internationale kern is, om daarmee de regelen te vormen die in het wereldrecht de instelling moeten beheerschen. Verschiedend kunnen de wetgevingen blijven mits het doel één zij, mits *daar waar een rechtsbetrekking over meer dan een staat loopt*, die rechtsbetrekking onderworpen worde aan het recht dat *voor haar in het wereldverkeer past*. Dat recht kan het recht zijn van een der staten waarover de betrekking loopt, het kan ook zijn een zelfstandige internationale regel, en het geheele stelsel zal tot de rechtsuniformiteit staan, gelijk harmonie tot eenheid van toon.

Deze opvatting, m. i. de eenige heilzame, van hetgeen de conflictenleer zijn moet, is ook het middel om den strijd tusschen die leer en de uniformiteit te doen eindigen, door beiden te doen samenwerken tot het groote doel, vorming van het wereldrecht. Beide scholen hebben dan ook een ruim, nog weinig ontgonnen, gemeenschappelijk veld van arbeid: rechtsvergelijking. Van den uitslag daarvan zal moeten afhangen of voor elk bijzonder rechtsinstituut uniformiteit of harmonie met verseidenheid wenschelijk zijn. Nimmer zoude ik de beslissing afhankelijk willen maken van de meerdere of mindere moeilijkheid bij het verkrijgen der uniformiteit; met min of meer zwarigheden, door middel van transacties b. v., is overeenstemming altijd mogelijk. Maar deze overweging weegt bij mij zwaar dat, de overeenstemming eenmaal verkregen zijnde, hare slotsom, het uniforme recht, een zeer groote maat van vastheid aanneemt. Evenals het Romeinsche Recht in de compilatie van JUSTINIANUS, het Fransche in den code civil, zoude door uniforme codificatie het wereldrecht versteend worden. Geen menschelijk

werk is volmaakt, het uniforme recht, vooral wanneer het uit transacties geboren is, zal behoefte hebben aan gedurige herziening, en daarbij zal de tegenstand van een enkelen staat, althans zoo lang het wereldrijk niet daar is, in het dilemma brengen of de uniformiteit op te offeren of een niet of niet meer geschikte bepaling te bewaren. Verder zal zelfs een zeer oppervlakkige vergelijkende studie van de verschillende wetgevingen aantonen, dat daarin een groot aantal gemeenschappelijke factoren is. Die factoren zijn echter van verschillenden aard; een deel is ontstaan door gemeenschappelijke rechtsovertuiging, zooals b. v. in het wisselrecht, het spoorwegvervoer; een ander deel is geput uit gemeenschappelijke historische bronnen, zooals bij huwelijk, echtscheiding, vaderlijke macht, contracten en in 't algemeen al datgene wat nog uit het antieke wereldrecht, het romeinsche recht, is overgebleven, vermengd met gemeenschappelijke germaansche elementen. Naast vele uitstekende instellingen van de eerste soort, zijn er vele verderfelijke van de tweede, waarvan de dichter kon zeggen:

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;

historische dwalingen, door ouderdom voor de groote massa eerbiedwaardig geworden. De uniformiteit nu, neemt alle gemeenschappelijke elementen, de rijpe, de onrijpe en de rotte, en slaat die met haren machtigen stempel. Die uniformiteit acht ik een ramp waarbij de voordeelen der eenheid niet opwegen tegen het smoooren van elke ontwikkeling, het bestendigen van hetgeen gemeenschappelijk maar slecht is. Alleen daar zal uniformiteit wenschelijk zijn, waar waarborg is dat een rechtsinstituut zoodanig ontwikkeld is, zoodanig in overeenstemming met de levensvoorwaarden der wereldmaatschappij, dat het geen kwaad kan de rechtsregelen die het beheerschen op duurzaam graniet te griffelen. Overal elders zal het genoeg zijn, indien, met behoud der verscheidenheid en der individueele ontwikkelingskracht, een stelsel wordt aangenomen, waardoor de conflicten ophouden,

zoodat alle wetgevingen harmonisch samenwerken tot verwezenlijking van hetgeen als internationaal doel van elk rechtsinstituut zal worden erkend. Rechtsvergelijking is een groote scheppende kracht, zoo groot dat ik niet gaarne overal, ter wille van de gelijkvormigheid, de mogelijkheid der vergelijking zoude willen afsnijden.

Het internationale faillietenrecht is hier het meest geschikte voorbeeld, zooals ik getracht heb het in mijn academisch proefschrift over dat onderwerp aan te toonen. De onderlinge vergelijking der wetgevingen die ik kon nagaan, leerde mij dat bij het faillissement eenheid van doel en verscheidenheid in de middelen opmerkelijke verschijnselen zijn. Terwijl eerst het strafrecht overheerscht, komt langzamerhand het internationale doel van het faillissement in alle wetgevingen op den voorgrond: bewaring van het vermogen van den failliet en verdeling van dat vermogen naar de eischen der rechtvaardigheid tusschen alle schuldeischers. Maar daarnaast wijd uiteenloopende middelen: alle rechten welke een wetgeving kent, eigendom, pand, hypotheek, privilèges, retentie, rechten van echtgenooten enz. komen met elkaar in botsing; alle middelen van bedrog en ontduiking welke de min of meer volmaakte toestand der geheele wetgeving oplevert, worden door slimme menschen toegepast; elke wetgever lost die moeilijkheden op, op de wijze die hem, naar de omstandigheden, de beste voorkomt. Uniformiteit in het faillietenrecht acht ik bepaald vooralsnog ongewenscht, juist uit de verscheidenheid der middelen en de vergelijking en wrijving dier middelen met en tegen elkaar, moet het wereldfaillietenrecht geboren worden. Eenheid zou hier de kiem der ontwikkeling verstikken. Wat de wetenschap dient tot stand te brengen is een samenstel van bepalingen, waardoor de verschillende wetgevingen aan het internationale doel van het faillissement dienstbaar worden gemaakt, zoodat de rechter, die daartoe voor elk faillissement als de competente d. i. de meest geschikte zal worden aangewezen, in staat wordt gesteld het geheele vermogen van den failliet, al is het over een groot aantal landen verspreid, tot een

geheel te verzamelen en het tusschen alle schuldeischers, zonder onderscheid van nationaliteit of woonplaats, naar een billijk stelsel te verdeelen met eerbiediging van alle verkregen rechten. Harmonie dus met verscheidenheid.

Eene uitmuntende gelegenheid doet zich nu voor om de hier ontwikkelde denkbeelden aan een ander rechtsinstituut te toetsen. Onlangs schreef de heer Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF een zeer belangrijk boek over internationale avarij-grosse-regeling. Voor een groot deel meen ik daarin of daardoor de bevestiging te vinden van mijne hoofdgedachte. Een onderzoek van hetgeen op het gebied der avarij-grosse verricht is, is daarom te meer loonend omdat vrij algemeen, ook door Mr. LEVY in zijn meer-aangehaald werk, avarij-grosse wordt aangewezen als een onderwerp rijp voor uniforme regeling.

De heer MOLENGRAAFF heeft zich ten doel gesteld de geschiedenis van de avarij-grosse-beweging zoo nauwkeurig mogelijk te schetsen en de door haar verkregene resultaten aan de eischen van het recht en de praktijk te toetsen. De geest die hem bezielt blijkt uit het door hem gekozen motto, de woorden van CICEERO: „nec erit alia lex Romae, alia Athenis, sed et omnes gentes una lex continebit“. Ongewijfeld heeft men hier te doen met een voorstander der absolute uniformiteit. Naar schrijver's plan, in de eerste regels zijner inleiding aangekondigd, zoude men verwachten vooreerst een historische schets van de beweging en daarna een goedkeurende of afkeurende critiek harer resultaten. Die methode is evenwel door den schrijver niet gevolgd, hij heeft zijn arbeid verdeeld in drie hoofdstukken:

I. Algemeene beschouwingen over avarij-grosse.

II. Geschiedenis der avarij-grosse-beweging.

III. Algemeene beschouwingen over de York-Antwerp Rules.

De geschiedenis is dus tusschen twee groepen algemeene beschouwingen geplaatst, en wanneer men nagaat welke beschouwingen de schrijver meende in zijn werk aan de geschiedenis te moeten doen voorafgaan, dan kan men daaruit eene belangrijke gevolgtrekking maken. De vragen welke

de heer M., alvorens tot zijn eigenlijke taak te komen, wil «trachten» te beantwoorden zijn deze: «Wat is avari-j-grosse?» «Heeft avari-j-grosse in de tegenwoordige omstandigheden noch recht van bestaan?» Die vragen klinken zonderling en indiscreet. Wat duivels! nadat men sedert twintig jaren met de internationale regeling der avari-j-grosse bezig is, nadat een zestal congressen de zaak grondig heeft besproken, terwijl reeds een ontwerp van internationale wet op dit gebied het licht heeft gezien, vindt gij het noodig te «trachten» een antwoord op die vragen te geven? Is men het daarover nog niet eens? Toch bestaat er bij den Heer M. in de verste verte geen minachting voor het product van het congressen-werk, de York-Antwerp Rules, hij acht die de behandeling overwaard, nu ontsnapt hem echter reeds in het begin, en alleen door het stellen dier voorbereidende vragen, de bekentenis, dat naar zijne meening, de grond waarop de congressen hebben gebouwd niet al te vast is; hij vindt het noodig, en dit pleit m. i. voor zijne zelfstandigheid, de fundamenten van het gebouw te versterken of liever, alvorens te bouwen op hetzelfde terrein, acht hij eenig heiwerk noodig.

Doch voòr nog dat de schrijver met het eigenlijke heien begint, wil hij den bodem van eenige hinderpalen zuiveren en geeft twee voorbereidende waarschuwingen. Vooreerst wil hij zich voornamelijk bezig houden met het jus constituendum. Ik heb er vrede mede, hij is immers vrij in de keuze van zijn onderwerp, eenigzins naief echter is zijn motief daarvoor; hij doet het: «daar men mag aannemen dat bij het ontwerpen eener nieuwe wet het jus constituendum gewoonlijk een beter richtsnoer zal zijn dan het jus constitutum». Dat is niet duidelijk, en het woord «gewoonlijk» geeft aanleiding tot eenig gepeins. Waarom geeft de schrijver de ware, m. i. voor de hand liggende, reden niet? Hij is voorstander der rechtsuniformiteit, hij houdt zich bezig met een ontwerp van een internationale wet; wenu dan verkeert hij per se in het jus constituendum, omdat er geen dergelijke wet in jure constituto bestaat. De geheele uniformiteitsleer

is jus constituendum. Er is echter in die al te scherpe tegenstelling tusschen jus constitutum en jus constituendum iets hinderlijks. Wanneer een wetgever een nieuwe wet maken wil, dan werpt hij toch niet de bestaande wet in het vuur, om, los van alle banden, te gaan zitten philosopheeren over een nieuwe wet; hij zal wel degelijk van de oude wet uitgaan, nagaan welke leemten en verkeerdheden daarin mogen zijn, om die in het nieuwe ontwerp aan te vullen en te verbeteren. Zoo moet ook de ontwerper van een internationale wet zich niet los maken van de rechtsvergelijking; de filosofie van het recht is zeer veel, maar de ondervinding van vroegere tijden is ook wel wat waard. Het is voor den lezer gelukkig, dat de heer M. zich niet streng houdt aan zijne verklaring, er zijn in zijn werk vele uitstekende bladzijden, waar de schrijver de bestaande wetgevingen uiteenzet en met elkaar vergelijkt, bladzijden waaruit blijkt dat ook de ruime litteratuur over het bestaande recht door hem met ijver en zaakkennis is geraadpleegd.

Ten tweede zegt de heer M. dat natuurlijk in zijn proefschrift geen sprake kan zijn van zeeassurantie. Dat men avarij-grosse, zooals hij zegt, niet als een onderdeel van de leer der verzekeringen moet beschouwen, en die twee rechtsinstituten niet met elkaar verwarren moet, is volkomen waar. Minder juist echter is het gezegde dat avarij-grosse en zeeverzekering niets met elkander te maken hebben, dat het eenige verband tusschen deze twee onderwerpen zoude zijn dat ook de verzekeraar bij een goede regeling van het avarij-grosse-recht een min of meer direct belang heeft. Historisch en practisch bestaat er tusschen avarij-grosse en verzekering een zeer belangrijk verband. De in ons recht juiste tegenstelling: avarij-grosse ontstaat ex lege, verzekering ex contractu, is historisch van weinig beteekenis. De heer M. zegt zelf (pag. 6): „Indien wij toch deze (de geschiedenis) nagaan, dan zien wij dat de avarij-grosse wel degelijk haren oorsprong vindt in een contract, in zooverre namelijk enz.“ Die oorspronkelijke overeenkomst, vooral toch wanneer men bedenkt dat zeeassurantie van latere

dagteekening is, had wel iets van een onderlinge verzekering voor sommige gevaren en eventualiteiten der zee. Die toestand heeft nog sporen achtergelaten, in de vereischte raadpleging: artt. 367 en 368 K. en 410 Code de comm. Practisch is het verband nog veel grooter. Wanneer schip en lading verzekerd zijn, en dat is tegenwoordig het meest gewone geval, dan heeft de omslag niet tusschen reeder en koopman plaats, maar tusschen de verzekeraars (art. 720 K.). Daarop slaan waarschijnlijk de woorden van den heer M., dat ook de verzekeraar in het avarij-grosse-recht een niet te loochenen en dikwijls direct belang heeft. Soms evenwel zijn de verzekeraars de eenige belanghebbenden. Er is echter nog meer. Wanneer de omslag tusschen de verzekeraars plaats vindt, waar blijven de Lex Rhodia, het „*aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum*” of het „*commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt ut merces suas salvas haberent*”? De billijkheidsgronden, waarop men algemeen, ook de heer MOLENGRAAFF, met zooveel nadruk de avarij-grosse grondt, gaan slechts ten deele, verdund en ontzenuwd, op den verzekeraar over. Er is goed uit nood, ten gevolge van de woestheid der elementen, geworpen geworden, die schade is voor den verzekeraar van dat goed een van buiten aankomend onheil, zooals het ook in art. 637 K. wordt genoemd; hij verzekeraar moet die schade dragen, waarom moeten de verzekeraars van de overige goederen, het schip, de vracht of zij die het leven van passagiers en bemanning geassureerd hebben, hem daarin te gemoet komen? Zouden die zich ten zijnen nadeele *et injuria* — in strijd met het recht — verrijken? Ik begrijp zeer goed dat iemand, die allen nadruk op de antieke billijkheidsgronden leggen wil, de geheele verzekering als een „Störenfried”, een onwelkome indringer beschouwt, maar dan loochent hij een historisch feit, het feit dat de verzekering, daar waar zij gesloten is, een streep haalt door de antieke toestanden. Daaruit volgt evenwel niet dat avarij-grosse naast de verzekering, geen recht van bestaan zou hebben, maar wel dat de omgekeerde stelling, avarij-

grosse is onmisbaar, niet door een eenvoudig beroep op de billijkheid kan worden bewezen. Trouwens bij de bespreking der noodhavenkosten, haalt de heer M. zelf de assurantie er bij, hij wil den schipper de wettelijke verplichting opleggen die te verzekeren en indien alles vergaat, den omslag alleen toelaten, in geval van faillissement van den verzekeraar!

De schrijver zal nu nagaan wat avarij-grosse is en of het recht van bestaan daarvan moet worden aangenomen. Hoewel de wijze waarop de heer M. zijne taak heeft verricht hier en daar aanleiding kan geven tot critiek, de scherpzinnigheid waarmee hij die vragen, die inderdaad indien zij onopgelost blijven, elke internationale regeling onmogelijk maken, heeft opgeworpen, de ijver, waarmee hij onderzocht heeft hetgeen anderen daaromtrent in het midden hebben gebracht, en vooral de zelfstandigheid die hem naar een eigen meening doet streven, verdienen den grootsten lof. Bij het bespreken der vraag: „wat is avarij-grosse?” is het zijne bedoeling te onderzoeken of avarij-grosse een algemeenen juridischen grondslag heeft afgescheiden van het belang van den zeehandel. Velen immers zien in dat belang den eenigen grondslag van het rechtsinstituut; de heer M. zoekt bewijsmiddelen voor de stelling die hij later verkondigen zal, dat ook het recht de handhaving der avarij-grosse dringend vordert. Zijne redeneering is echter uitermate zwak en veel van het door hem gestelde is louter ketterij. Hij stelt voorop twee axiomata: 1o. niemand is verplicht schade te vergoeden welke een ander door toeval lijdt al trekt hij zelf daaruit voordeel; en 2o. is de schade aan schuld of nalatigheid te wijten dan zal hij tot vergoeding aangesproken kunnen worden. Slechts in die gevallen is het billijk hem van die verplichting te ontslaan, zegt de heer M. verder, wanneer men kan spreken van *noodrecht*. Een voorbeeld wordt daarbij gegeven: „Slaat men b. v. de ruiten van een huis in, ten einde brand te blussen of menschen of goederen daaruit te redden, dan is het duidelijk dat de daardoor toegebrachte schade *niet vergoed behoeft te worden.*” Minder goed is de gevolgtrekking uit het voorbeeld: „*de kosten*

(van het inslaan der ruiten?) *komen ten laste van hem wien de handeling bevoordeelt*. Die uitdrukking is onjuist en dubbelzinnig: de schade blijft voor rekening van den eigenaar der ruiten. Het is de vraag niet wien de handeling bevoordeelt, want noch de eigenaar der geredde goederen als zoodanig, noch de menschen wier leven door het inslaan der ruiten gered is, zullen iets te vergoeden hebben. In geval van noodrecht, *geen vergoeding*, dat is de stelling van den schrijver en daarvoor gebruikt hij het voorbeeld der ruiten.

Dit alles wordt nu overgebracht op het zeerecht en, o wonder der wonderen! nu volgt juist het omgekeerde. De heer M. zegt: «De schipper heeft de bevoegdheid, in hoogen nood en bij dreigend gevaar, zulke schade toe te brengen (en zulke uitgaven te doen) als hij denkt dat het meest geschikt zullen zijn om het gevaar af te wenden, *zonder voor vergoeding aansprakelijk te zijn*.» De woorden «en zulke uitgaven te doen» plaatste ik tusschen haakjes, omdat zij niet passen bij de slotwoorden «zonder voor vergoeding aansprakelijk te zijn» de schipper kan uitgaven die hij gedaan, d. i. betaald heeft, soms terugvorderen, vergoeden moet hij ze nooit, in tegendeel zij worden hem vergoed of liever omgeslagen. Heeft de schipper dus schade uit nood veroorzaakt, dan heeft hij, volgens den heer M., *niets te vergoeden*. Opperbest, maar nu volgt: «daar hij die handeling echter altijd verricht om alle andere hem toevertrouwde dikwijls zeer kostbare goederen te redden, is ook *niets rechtmatiger* dan dat de eigenaars dier goederen, in wier belang toch de schade wordt toegebracht, *de aansprakelijkheid van den schipper overnemen*, en de geleden schade pro rata parte vergoeden». Wat is dat een merkwaardige juridische gedachtengang, wij verkeerden in een geval van *noodrecht*, waaruit volgt dat de schade door den schipper toegebracht *niet wordt* vergoed, en nu wordt die *niet bestaande aansprakelijkheid* van den schipper door anderen overgenomen omdat zij van de handeling *voordeel kunnen hebben*. Zonderling, driemaal zonderling noodrecht! Geen schipper zal aarzelen *in geval van nood*, schip en lading op te offeren tot redding

van passagiers en bemanning, hij is voor die opoffering noch civiliter noch casu quo disciplinair of strafrechtelijk aansprakelijk, is nu „niets rechtmatiger“ dan dat die niet bestaande aansprakelijkheid van den schipper door de geredde menschen worde overgenomen? Te vergeefs roept de heer M. hier de *lex Rhodia* te hulp, hij citeert pag. 12 noot 1: „Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverunt, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest.“ Dit past volstrekt niet in zijn redeneering, want de schipper, ex locato aangesproken, zal zich, onder aanhaling van pag. 11 van het werk van den heer M., op het noodrecht beroepen, hij heeft dan *niets te vergoeden* en behoeft dan ook niet „deinde ex conducto“ te afeeren, „ut detrimentum communicetur.“ (1)

De poging van den heer M. om avarij-grosse op de algemeene beginselen van de schadevergoedingsleer en het noodrecht te gronden lijdt dus schipbreuk. Dat is te treuriger omdat hij niet ver van de veilige haven aan den grond raakt, hij heeft alle elementen voor een goede oplossing verzameld, een greep dieper en hij had over alle moeilijkheden gezegevierd, met een geringe moeite is hij misschien af te brengen. De avarij-grosse doet zich voor in tweeërlei gedaante: 1o. gedane uitgaven die teruggegeven moeten worden. 2o. toegebrachte schade die vergoed moet worden. Had de schrijver die twee gedaanten onderscheiden en die onderscheiding voor oogen gehouden, dan had hij een goede

(1) De analogie met onteigening ten algemeenen nutte, waarvan de schrijver in de noot op pag. 12 zegt, dat zij volkomen dezelfde beginselen in het landrecht toepast, is meer schijn dan werkelijkheid. O. t. a. n. is een onderwerp van staatsrecht, niet van landrecht; particuliere personen hebben het niet; het brengt ook mede overgang van eigendom en vergoeding der waarde. Het zeerecht kent een soort van onteigening ten algemeenen beste in art. 374 K., daar is juist betaling der waarde, geen omslag. Wanneer de schipper eigenaar van het schip is en een mast kapt in geval van nood, wat onteigent hij dan?

oplossing kunnen geven, zonder zich aan de tegenstrijdigheid schuldig te maken van zich tegelijk op het noodrecht en de negotiorum gestio te beroepen.

Wanneer de avari-j-grosse de eerste gedaante aanneemt, wanneer de schipper in het algemeen belang een *buitengewone* uitgave doet, b. v. een sleepboot in dienst neemt, dan kan men zich met vrucht op het quasi-mandaat, de negotiorum gestio beroepen. Het is een voldoende grondslag voor alle rechtsbetrekkingen, en het noodrecht kan daarbij geheel buiten rekening blijven. Bij het doen der buitengewone uitgave was er misschien geen absolute nood, geen dreigend gevaar van ondergang, het algemeen belang is behartigd, en niet alleen de noodzakelijke, maar ook de *nuttige* uitgaven in geval van negotiorum gestio moeten worden vergoed (art. 1393 B. W.). Men behoeft hier geen verschil te maken tusschen «landrecht» en «zeerecht».

Wanneer uit nood een opoffering is geschied, dan helpt de negotiorum gestio niet meer. De schipper werpt, in het uiterste gevaar waarbij de gedachte aan zijn leven (1) en dat der bemanning misschien de eenige reden van handelen is, de halve, de geheele lading over boord. Is hij negotiorum gestor van den eigenaar dier lading, is het zijn gedachte de zaken waar te nemen van den koopman wiens goed hij over boord werpt? Hoe zal de eigenaar der geworpen goederen aan de negotiorum gestio een vorderingsrecht ontleenen? Ook het noodrecht brengt ons geen stap verder. DE COURCY, in zijn dikwijls door den heer M. aangehaald uitnemend practisch werk, *Questions de droit maritime* (pag. 225 sqq.), geeft een voorbeeld van werping, een voorbeeld bijna even oud als de lex Rhodia. Hij ontleent het aan JUVENALIS. CATULLUS maakt een zeereis met kostbare bagage. Een storm ontstaat, het roer raakt defect, het schip maakt water,

(1) Het Koninklijk Pruis. Zeerecht van 1727 zegt uitdrukkelijk: zu erhaltung *Leibes, Schiffes und Gutes*, en plaatst aldus, overeenkomstig de natuur van het menschelijk gemoed, de machtigste drijfveer voorop.

de kapitein besluit uit nood een deel der lading te werpen. CATULLUS, in den angst van het oogenblik, stemt in alles toe: Fundite quae mea sunt cuncta! roept hij. De storm bedaart. „Une instance en règlement d’avarie.“ zegt DE COURCY, „a dû être introduite devant le tribunal de commerce d’Ostie. Il est regrettable que JUVENAL, occupé à fêter le retour de son ami, ne nous ait pas conservé le jugement d’homologation.“ De conjectuur is geestig, maar is dat wel gebeurd? Ik stel me CATULLUS voor bij den kapitein komende om een bijdrage in het geleden verlies, en dan denk ik dat deze met zeemansrondborstigheid geantwoord zou hebben: „als ik je boel niet over boord had gezet, dan lag je voor de haaien.“ Dàt is *noodrecht*. Daarop kon CATULLUS zich niet beroepen, het zoude antwoorden: geen schadevergoeding. Kon hij zich nu van de negotiorum gestio bedienen? Evenmin, hij had niet eens gehandeld. Beide begrippen moeten dus voor die soort van avarij-grosse die uit opofferingen bestaat, weggeschoven worden.

Wanneer uit nood een deel van schip of lading, of zelfs de geheele lading, of het geheele schip opgeofferd zijn, dan zoude de strenge gevolgtrekking uit het noodrechtsbeginsel medebrengen, dat niets werd vergoed. Het maakt weinig verschil of de storm de masten omverwerpt dan wel den schipper dwingt, *noodzaakt* ze te kappen; in beide gevallen is de storm, de macht der elementen, het *noodlot* de schuldige. Evenmin maakt het verschil of zeeroovers een deel der lading stelen, dan wel den schipper met het mes op de keel *dwingen* het af te geven. De wet echter, de positieve wet, heeft voor sommige gevallen van noodrechtsuitoefening die in de scheepvaart voorkomen, eene uitzondering op dien strengen regel gemaakt, uit overwegingen deels van billijkheid, deels van scheepvaart- en handelsbelang, omdat de onbillijkheid van sommige gevallen van noodrechtsuitoefening scherper op zee in het daglicht kwam, vooral, ik zag dit zonder assurantie met avarij-grosse te verwarren, toen assurantie niet bestond. In een paar woorden uitgedrukt, de wet heeft het goedgevonden in de scheepvaart de onbillijkheid van het

noodlot te corrigeeren. Het oudste geval, de werping, is ook het meest geschikte voorbeeld; de *lex Rhodia* onderstelt dat het schip beladen is met goederen aan meer dan één eigenaar toebehoorende, dan zal de nood wel werping gebieden maar niet of althans niet steeds werping van bepaalde goederen; de achterafgemaakte onderscheiding van art. 368 K. is slechts een wenk. De goederen kunnen immers allen even ontbeerlijk en nagenoeg even zwaar of evenveel waard zijn. De nood kan ook den tijd ontnemen om te wegen of te schatten, en bij ongedekte vaartuigen kunnen alle goederen even gemakkelijk te bereiken zijn. De onbillijkheid is dus niet in het werpen gelegen, want dat gebiedt de noodzakelijkheid, maar in het werpen van het eene goed bij voorkeur boven het andere. Daarbij komen nog overwegingen aan de scheepvaart ontleend; oudtijds immers waren (men denke aan de voorgeschreven beraadslaging) de kooplieden meestal zelf aan boord of door gemachtigden vertegenwoordigd; indien men het geworpene niet vergoedt, dan kan men een zeer onparlementaire beraadslaging verwachten, de kooplieden zullen niet willen werpen, onderling twisten of zelfs zich tegen den schipper met geweld verzetten; misschien zal een koopman, wiens goed over boord zou gaan, willen wachten tot het uiterste, tot dat het te laat is, desnoods sterven. Het gemeen maken der schade voorkomt dat alles, en men kan tevens daaruit zien hoe zeer de assurance hier van invloed is; zij maakt het voor de aan boord aanwezigen, is eenmaal de werping noodzakelijk, onverschillig wiens goed wordt geworpen. In meerdere mate gelden nog deze overwegingen in een verwant geval, dat nu zeer zelden zal voorkomen, ofschoon art. 699 K. het vòor alles noemt, wanneer aan den vijand of aan zeeroovers eene afkoopsom uit de lading moet worden gegeven; het geweld, dat hier de plaats van het noodlot vervult, dwingt wel de afkoopsom te betalen, maar welke goederen men daarvoor nemen zal bepaalt het niet, of althans niet steeds, wanneer de zeeroovers het niet op bepaalde zaken gemunt hebben. Het groote, onmiskenbare voordeel der avarij-grosse is daarin gelegen, dat zij alle

gedachte aan financieele bijoogmerken in tijd van gevaar wegneemt: alles is gelijk voor het noodlot.

Deze dubbele grondslag van de avarij-grosse die zich in de gedaante van opofferingen voordoet, verklaart zeer vele verschijnselen. Vooreerst de historische stuksgewijze wording van het instituut; oorspronkelijk schijnt alleen werping reden van omslag te zijn geweest en wel nog alleen tusschen de verschillende eigenaars der lading: «*commune detrimen- tum . . . eorum . . . qui consecuti sunt ut merces suas salvas haberent*». Later eerst moesten ook schip en vracht in de werping deelnemen, en moesten ook lading en vracht bijdragen in geval van kerving, i. e. opzettelijke beschadiging van schip of tuig. Verder zien wij nu waarom alleen van het belang van «*schip en lading*» sprake is; indien het schip alleen passagiers vervoert, en tot redding van «*schip en passagiers*» de masten worden gekapt, heeft er geen omslag plaats. Het is en blijft *noodlot*. Maar vooral wordt nu duidelijk waarom alleen in de scheepvaart avarij-grosse bestaat, en zelfs in de binnenlandsche vaart slechts enkele gevallen zijn overgenomen; indien het recht der avarij-grosse zoo dringend vordert, waarom is het dan een speciaal instituut van het *zeerecht*? De COURCY wil de bepalingen der wet ook toepassen op conducteurs van diligences, daarbij vergetende dat geen verbintenis uit de wet zonder wet kan worden aangenomen. Zoover schijnt de heer MOLENGRAAFF niet te willen gaan, toch citeert hij, pag. 107 noot 2, de woorden van DE COURCY, die, sprekende over de mogelijkheid om een gekapt mast niet in avarij-grosse te brengen, uitroept: «*Ce serait le comble de l'injustice, ce serait presque un dol, et il n'y a pas au monde un législateur éclairé qui puisse se résoudre à faire entrer pareille iniquité dans un code.*» Ik wist niet dat in art. 762 K. zulk een dolus verborgen zat.

Er zijn dus twee soorten van avarij-grosse: 1^o. buitengewone uitgaven gedaan ten algemeenen nutte die aan dengene *die de uitgaven gedaan heeft* door omslag vergoed worden; 2^o. opofferingen (opzettelijke schade) die een vordering tot omslag kunnen

geven aan of namens dengene *die schade geleden heeft*. De grondslag van de eerste soort is de negotiorum gestio, de zaken van anderen, hier de zaken der gemeenschap, zijn vrijwillig, zonder last, want het zijn juist buitengewone zaken, en behoorlijk waargenomen, er ontstaat eene verbintenis quasi ex contractu. De tweede soort vloeit voort uit de speciaal voor de scheepvaart gemaakte positieve bepaling der wet, die voor sommige gevallen van noodrechtsuitoefening afwijkt van het gewone recht. Het is moeilijk, quasi ondoenlijk, de beide soorten in één definitie samen te vatten, de opofferingen onderstellen *nood*, de uitgaven vorderen alleen dat ten algemeenen *nutte* gehandeld zij, nood omvat nu wel nut, maar het omgekeerde is niet waar, impensae necessariae (tot behoud eener zaak) zijn altijd nuttig, impensae utiles zijn niet altijd noodzakelijk. De verscheidenheid in grondslag der beide soorten van avarië-grosse heeft gewichtige gevolgen, hetgeen vooral duidelijk wordt wanneer men nagaat, op het voorbeeld van den heer M., of redding uit het gevaar een vereischte is voor avarië-grosse-omslag.

Mr. MOLENGRAAFF geeft, na een zeer nauwkeurige analyse der elementen, zijn definitie van avarië-grosse. Wegens de weinige eenstemmigheid die hij in de practijk en tusschen de meeste schrijvers vindt, meent hij „dat het niet overbodig zal zijn de definities van avarië-grosse nog met eene te vermeerderen“. De oorzaak dier weinige eenstemmigheid wordt door hem gezocht in het feit dat de meeste schrijvers steeds een bestaande wet tot grondslag hebben genomen, dat zij niet alleen het oog hebben gehad op het jus constituendum. Dit is echter niet juist en zoude, al ware het juist, een onvoldoende verklaring zijn, want dan zou nog uitgemaakt moeten worden waarom de wetgevers, die toch toen ze hun wetten ontwierpen in jure constituendo verkeerden, zoo veel verschillende definities hebben gegeven. Niet alle wetten geven definities, zoo b. v. de Amsterdamsche ordonn. van 1744 op assurance en avarië, art. 42; zij bepaalt eenvoudig: „En aangezien de gevallen waar uyt de Avaryen

grossen resulteeren, zoo veranderlyk in Omstandigheden zyn, dat deselve niet wel by eenige Ordonnantie kunnen worden vastgesteld ofte voorsien, soo werden die saaken gelaten aan de Decisie van Commissarissen, om alle deselve naar Regt, reeden en billikheyd te decideeren en reguleeren." Juist bij het onderwerp der avarij-grosse, verzuimen de schrijvers, althans zij die geen bepaalde beknopte leerboeken schrijven, niet den philosophischen grondslag van het instituut, waarmee ook bij den heer M. het jus constituendum samenvalt, aan te geven; de engelsche schrijvers vooral, die zich bij voorkeur met de avarij-grosse hebben ingelaten en waarvan de heer M. een zoo grondige studie heeft gemaakt, hadden geen wettelijke definitie te verklaren, toch komen zij tot zeer verschillende oplossingen en bouwen wijduiteenloopende theorien. De ware fout is dat de schrijvers de beide soorten van avarij-grosse, uitgaven en opofferingen, die in grondslag, vereischten en gevolgen verschillen, in één definitie hebben samengevat. In die fout vervalt de heer M. ook.

De definitie van den Heer MOLENGRAAFF komt hierop neêr: avarij-grosse is alles wat (noodzakelijk en voorzien) gevolg is eener avarij-grosse-handeling. Voor de avarij-grosse-handeling noemt hij op pag. 20 vier elementen:

- 1°. De handeling moet het *eenige* middel zijn waardoor men het gevaar van geheel verlies meent te kunnen afwenden;
- 2°. Zij moet *opzettelijk* en
- 3°. tot *redding van schip en lading* verricht worden;
- 4°. Het moet eene *buitengewone* handeling zijn.

Zijn die vier elementen werkelijk aan beide soorten van avarij-grosse gemeen? Ik geloof het niet.

Het eerste vereischte is een minder gelukkige omschrijving van het begrip „nood“, met aanduiding dat het geen objectieve maar subjectieve nood moet zijn; men, dat is de schipper, moet als goed zeeman meenen dat er nood is. Dit geldt evenwel alleen bij opofferingen, niet bij uitgaven, het is daar geheel onwaar en in strijd met den rechtsgrond van de avarij-grosse voor uitgaven: bij uitgaven is nut, algemeen

nut voldoende. De miskenning daarvan heeft een grenzenlooze verwarring doen ontstaan, de schipper neemt in buitengewone omstandigheden een sleepboot in dienst, dan kan het zeer goed zijn, dat er geen nood is, dat de sleepboot niet het eenige middel is om het gevaar af te wenden, dat er zelfs geen gevaar is, maar vrees voor gemeen nadeel; toch is er *utiliter gestum* en dat is voor uitgaven voldoende. Dit is ook in het belang van den handel, gewone uitgaven moet de schipper doen, buitengewone niet: indien zij niet vergoed worden dan zal hij ze, hoe nuttig ook, achterwege laten.

Het tweede vereischte „er moet opzettelijk gehandeld zijn“ is ook alleen van toepassing op toegebrachte schade. Uitgaven, gewone of buitengewone, zijn altijd opzettelijk, in den zin dien de schrijver zeer terecht aan dat woord geeft: zelfs wanneer de nood tot een uitgave dwingt, is de uitgave misschien niet vrijwillig (pag. 30 vg.), maar opzettelijk is zij altijd. Het vierde vereischte is omgekeerd alleen toepasselijk op uitgaven, opofferingen (opzettelijke schade = opoffering) zijn steeds buitengewoon, er zijn geen gewone opofferingen, de schipper heeft in gewone omstandigheden nooit schade opzettelijk toe te brengen. Dit blijkt uit de toelichting van het vierde vereischte door den Heer MOLENGRAAFF, door middel van het prangen met de zeilen (Rule VI), waarmee hij later het forceeren der stoommachines gelijk stelt. Nu laat ik de vraag daar, of de schipper die, ten einde aan een gevaar te ontsnappen, bij dichtgereefde marszeilskoelte de topzeils voert, of die, wanneer de machine bestemd is om met x atmosferen druk als maximum te loopen, de veiligheidskleppen bezwaart en met $x + 1$ atm. stoomt, al dan niet doet hetgeen zijn gewone zeemansplicht meëbrengt. Maar wat hij zeker in die gevallen niet doet, is een *gewone* opoffering, want hij hoopt en vertrouwt juist dat de zeilen het wel zullen houden, dat de ketel niet springen zal. Er is in den regel bij het prangen in het geheel geen opoffering, slechts een blootstellen aan schade. Er kan echter wel degelijk een opoffering zijn, de schipper kan denken: mijn zeilen, misschien mijn bramstengen en

stengen gaan er van door, maar zij zullen het wel een minimum van tijd houden, dan zal ik kunnen wenden en het schip gaat niet op de kust. Er is dan evenveel reden om de schade aan het tuig in avarië-grosse te vergoeden, als er reden is om het anker te vergoeden, dat bij de met hetzelfde doel beproefde (trouwens vrij onzekere) manoeuvre van het wenden met een anker, noodzakelijk verloren gaat. Ik geef toe, de grens is moeielijk te trekken; wil men daarom een strenge practische bepaling, zooals Rule VI, ik heb er vrede meê, maar men zegge het dan ronduit en zoek geen „theorie“ om het te verklaren.

Het derde vereischte is hier echter de hoofdzaak: *de handeling moet tot redding van schip en lading (d. i. in het algemeen belang) verricht worden.* Zoo zegt de Heer M. op pag. 33. Die woorden zijn duister, want „tot redding van schip en lading“ is veel beperkter dan „in het algemeen belang“. De schipper kan in het algemeen belang handelen zonder eenige redding, en dat wel juist wanneer hij door een nuttige buitengewone uitgave van 1000 een schade van 10000 voor allen voorkomt. Is de uitgave gedaan in het uitsluitend belang van het schip of van de lading, dan zal er wel een vergoeding, nooit een omslag kunnen zijn, dit laatste zal alleen geschieden, wanneer de uitgave in het algemeen belang is gedaan. De uitdrukking „in het algemeen belang“ is goed voor uitgaven, niet voor opofferingen, daar is zij te zwak, de schipper mag alleen in geval van „gemeenen nood“ opofferingen doen. De uitdrukking „tot redding van schip en lading“ is echter, zelfs voor opofferingen ongeschikt; er blijven twee gevallen over, namelijk het geval dat de geheele lading geworpen is om het schip te redden, of het schip opgeofferd om ten minste de lading te kunnen bergen. In zijn definitie op pag. 97 gebruikt de schrijver een derde uitdrukking: *„tot afwendig van een alles dreigend gevaar van geheel verlies“* hetgeen nu weer niet samenvalt met „in het algemeen belang“ noch met „tot redding van schip en lading.“ Die derde uitdrukking komt mij voor de juiste te zijn, voor opofferingen. Het geval is immers zeer

goed denkbaar dat de schipper ten einde het schip te redden de geheele lading over boord werpt, hij is zeker daartoe gerechtigd wanneer zonder die handeling alles verloren zou gaan. Het zou nu onredelijk zijn de geworpen lading in die omstandigheden niet te vergoeden. De schipper evenwel, die de geheele lading werpt, handelt wel tot afwending van een *alles* dreigend gevaar van geheel verlies, maar niet tot redding van schip *en* lading. De Courcy wil beweren dat de schipper zoo doende ook geacht moet worden tot redding van de lading te handelen, omdat die lading moet worden vergoed indien het schip gered wordt. Die interpretatie is begrijpelijk in jure constituto: wanneer men een fregat door de regels van een wets-artikel wil halen, moet men daar wel eerst wat baggeren. In een model-definitie moet een dergelijke „sous-entendu“, die trouwens ook wel wat van een *petitio principii* heeft, niet blijven bestaan; waar men zijn uitdrukking vrij kiezen kan is het toch wenschelijk zich duidelijk uit te drukken.

De definitie van den Heer M. bevat dus alle juiste elementen, maar heeft de fout dat zij de twee soorten van avarij-grosse samenvat, en daardoor vereischen stelt die wel voor de eene soort, niet voor de andere gelden. Merkwaaardig genoeg, daar waar de schrijver de vraag bespreekt of redding uit den *nood* een vereischte is voor avarij-grosse-omslag, gebruikt hij juist de onderscheiding der twee soorten van avarij-grosse, terwijl zij in zijn definitie verdwijnt. Zijn beslissing omtrent de vraag of redding uit den *nood* een vereischte is, heeft daardoor den schijn van min of meer willekeurig te zijn, terwijl indien hij op het verschil van de beide soorten in rechtsgrond had gelet, de oplossing geheel natuurlijk zoude zijn. Wanneer een buitengewone uitgave in het algemeen belang is gedaan en later alles komt te vergaan, dan moet de uitgave toch vergoed worden; de zaken van de gemeenschap zijn goed beheerd; er is een verkregen recht op vergoeding dat niet vervalt door een later verlies. Dit is het gewone beginsel der negotiorum gestio; Lex 10 § 1 D. de neg. gestis III. 5. Het eenige

wat men op zijn weg ontmoet is het beginsel der „fortune de mer“, niemand mag meer door de zee verliezen dan hij er aan toevertrouwd heeft, maar dat is geen regel die op rechtsgronden steunt, het is een willekeurige bepaling in den ouden tijd gemaakt om den zeehandel aan te moedigen, en het is de vraag of met het oog op de stoomvaart en de spoorwegen zulk een voorrecht voor den handel ter zee in alle opzichten moet worden gehandhaafd. Men moet hier tusschen twee beginselen, de „negotiorum gestio“ en de „fortune de mer“ kiezen. De heer M., in zijn ontwerp van een internationale wet (bĳlage G) kiest dan ook en laat de negotiorum gestio zegevieren (art. 17), behalve voor noodhavenkosten waar hij ter wille van „Internationale Uniformiteit“ eene transactie voorstelt, (artt. 12 en 13). Later kom ik daarop terug.

Wanneer echter in gemeenen nood opzettelijk schade aan schip of lading is toegebracht, dan is er nog geen verkregen recht op vergoeding voor dengene die schade geleden heeft. Dat recht ontstaat uit de wet, tegen het strenge noodrechtsbeginsel in, om reden van billijkheid en van scheepvaartbelang. Het is natuurlijk dat de wet dat recht op vergoeding niet doet ontstaan daar waar geen billijkheidsgrond meer overblijft. De vraag of de billijkheid iets vordert is eerst op te lossen aan het einde van de reis, wanneer blijkt, dat, na de opoffering, de een zijn goed behouden, de andere zijn goed verloren heeft. Indien alles vergaat, dan vordert toch de billijkheid geen vergoeding van de door de opoffering teweeg gebrachte schade, de gedachte zelf dat de een zich ten koste van den andere zou verrijken is uitgesloten, alle partijen zijn even arm. En is daarentegen iets gered, al is het niet uit te maken dat die redding direct aan de opoffering te danken is, dan blijft de billijkheidsgrond bestaan. Wat dat punt betreft ga ik volkomen met den schrijver mede.

Het is vooral bij de behandeling der noodhavenquaestie, waaraan de heer MOLENGRAAFF een afzonderlijke § besteedt, dat de miskennis der onderscheiding tusschen uitgaven en

opofferingen groote verwarring sticht. Van nature behoort de noodhaven tot de soort der buitengewone uitgaven, zij is daarvan het type evenals de werping bij de opofferingen; bij de noodhaven is niet de minste opoffering, zoodat het inloopen niet zal behoeven te geschieden tot afwendig van een alles dreigend gevaar van geheel verlies, maar slechts ten algemeenen nutte. Nood is daarbij geen vereischte. Wanneer b. v. het inloopen geschiedt wegens aanhoudenden sterken tegenwind en de schipper in de haven komt omdat hij moet bijleggen en daardoor van schip, tuig en bemanning veel gevorderd wordt zonder dat men vooruit schiet, dan zullen de noodhavenkosten niet in avarij-grosse vallen, niet omdat er geen gevaar van geheel verlies was, maar omdat de uitgave niet in het gemeen belang is geschied. Vindt men de uitdrukking „in het algemeen belang” te onbepaald, niets belet haar in de wet te omschrijven. Daarmee vervalt de strijd tusschen de twee Engelsche theoriën welke de heer M. beschrijft, de *physical safety*- en de *common benefit*-theorie. Zij die onder de vereischten van avarij-grosse ook voor buitengewone uitgaven nood rekenen, die dus alleen de noodzakelijke, niet de nuttige uitgaven van dien aard willen vergoeden, worden door die eerste dwaling van zelf tot een tweede, de *physical safety*-theorie, geleid: alleen het inloopen van de noodhaven, indien het geschiedt tot afwendig van een alles dreigend gevaar van geheel verlies, zal in avarij-grosse vallen, niet het uitloopen, lossen, gage der bemanning enz., want zoodra het schip in de haven binnen is, houden gevaar en nood op, het gevaar is afgewend, de redding is volbracht. Wanneer men daarentegen slechts spreekt van buitengewone uitgaven in het gemeen belang, dan zal men natuurlijk voor uitgaven de *common benefit*-theorie omhelzen (*common benefit* = gemeen belang), dan vallen alle noodhavenuitgaven in avarij-grosse, mits ze in dat belang geschieden. De „*physical safety*” is het Engelsche stelsel, de „*common benefit*” het continentaale, het hoofddoel der avarij-grosse-beweging, het zwaartepunt der York-Antwerp-Rules is daarin gelegen: men wil

Engeland overhalen tot het stelsel van het vasteland.

De heer M. nu gaat in deze met de Y. A. R. mede, hij geraakt echter in een niet geringe moeilijkheid, waaruit hij zich zeer handig helpt. De zuivere common benefit-theorie strijdt eenigermate met de vereischten die hij voor avarij-grosse-handelingen opnoemt, hij wil immers dat die handeling steeds tot afwending van een alles dreigend gevaar van geheel verlies geschiede, dat zoude men door "common safety" moeten weêrgeven. Hij grijpt als redmiddel aan het stelsel der *onvermijdelijke voorziene gevolgen* der avarij-grosse-handeling. Hij kan het nu eens zijn met de Y. A. R.: het besluit tot inloopen van de noodhaven is de eigenlijke avarij-grosse-handeling, alle overige kosten en uitgaven, het uitloopen, lossing, pakhuishuur, gage en onderhoud der bemanning en zelfs de schade door de lading bij de lossing en wederinneming onvermijdelijk (en voorzien?) te lijden, zijn slechts gevolgen der eerste handeling. Het is niet on aardig gevonden en ik heb des noods vrede met de eind-beslissing voor de noodhaven, niet met het stelsel dat daartoe geleid heeft, de eenvoudige regel dat voor buitengewone uitgaven de behartiging van het algemeen belang voldoende is, had tot dezelfde gevolgtrekking kunnen brengen. Het stelsel van den schrijver is nu uitermate nevelachtig en kunstmatig, in plaats van een duidelijke en scherpe omschrijving der avarij-grosse te geven, zooals men in 1860 (Bijlage A, pag. 316) tot wering van misbruiken verlangde, opent het een onuitputtelijke bron van misbruiken. Waren die overmijdelijke en voorziene gevolgen nog maar beperkt tot de noodhaven en daarbij *limitatief* omschreven, zooals de schrijver het dan ook doet voor de noodhaven in zijn ontwerp (Bijlage G, art. 4), dan zoude het kwaad gering zijn omdat de remedie er naast zou staan, maar nu komen die onvermijdelijke voorziene gevolgen bij alle soorten van avarij-grosse voor den dag. Er is geen vraagstuk meer onzeker, duister en vatbaar voor tegenstrijdige beslissingen dan die "onmiddelijke, onvermijdelijke, voorziene of te voorziene gevolgen eener handeling." Wat kan men al niet als

gevolg eener handeling beschouwen? Bij de verdediging tegen zeeroovers, brengt de heer M. in avarij-grosse de schade aan schip en lading toegebracht (natuurlijk ook door de zeeroovers) en de kosten van genezing en verpleging der daarbij gewonde matrozen; ons wetboek voegt er nog bij onderhoud en schadeloosstelling der verminkten; de oude Pruisische zeerechten (1727, cap. VIII art. 27) de begrafeniskosten der dooden, en ruime schadeloosstelling voor weduwen en weezen. Waar is de grens? Is het eene minder onvermijdelijk, minder voorzien dan het andere? Men is aan de dispacheurs met handen en voeten gebonden overgeleverd. De rekbare definitie brengt mede dat men niets daaraan heeft en in elk bijzonder geval verplicht is te beschrijven hoe ver de onvermijdelijkheid reikt, zooals de Y. A. R. dan ook doen voor brand en noodhaven, en de Heer M. bovendien voor verdediging tegen zeeroovers. Het is daarom oneindig beter in de definitie van avarij-grosse van die onvermijdelijke en voorziene gevolgen te zwijgen, en daar waar men de gevolgen eener handeling in rekening brengen wil, die gevolgen met name te noemen. Dit gedeelte der definitie van den Heer M. acht ik bepaald *jus non constituendum*, ter verduidelijking van een moeilijk onderwerp wordt een nog ingewikkelder vraagstuk er om heen geslingerd.

In het laatste gedeelte van zijn eerste hoofdstuk behandelt de schrijver de vraag: „Heeft avarij-grosse nog recht van bestaan?” De vraag gaat wat ver en de bedoeling schijnt te zijn: „Is het waar dat afschaffing van de avarij-grosse wenschelijk is?” Die vraag nu is een geheel andere dan de eerste, want avarij-grosse kon zoo weinig voordeelen aanbieden en zoo veel misbruiken uitlokken dat men, zonder het recht van bestaan te betwisten, de wenschelijkheid der afschaffing zou kunnen bepleiten. Kan men b. v. de afschaffing van de doodstraf niet verdedigen, zonder het recht van bestaan van die straf te ontkennen? Ook hier acht ik het onderscheid der twee soorten van avarij-grosse van eenig belang. De omslag voor buitengewone uitgaven ten algemeenen nutte gedaan, moet men evenmin afschaffen als men

uit het civiele recht de negotiorum gestio zou moeten lichten, de rechtsgronden en het maatschappelijk nut van beide instellingen staan buiten twijfel. [Conf. Inst. de oblig. quae quasi ex contractu. III. 28, en de lex 1 D. de negt. gestis.] Verder het nut van de negotiorum gestio, als rechtsinstituut, te betoogen, zoude zijn wat de Franschen noemen: enfoncer une porte ouverte. Voor den omslag der buitengewone noodzakelijke en nuttige uitgaven is het niet noodig dat schip en lading geheel of gedeeltelijk behouden aankomen; zoodra er utiliter gestum is, is er een verkregen recht op vergoeding, het is zeer bedenkelijk, den schipper te dwingen dat verkregen recht te verzekeren en den avarij-grosse-omslag alleen toe te laten in geval van faillissement van den verzekeraar, zooals de Heer M. het wil voor de noodhavenkosten. Dit is een zeer ongelukkige, beginsellooze transactie die trouwens de materie niet uitput, omdat er nog andere buitengewone uitgaven dan de noodhaven zijn.

Wat opofferingen betreft, is de vraag een geheel andere, hier is geen negotiorum gestio, maar een bijzondere alleen voor de scheepvaart door de wet om redenen van billijkheid geschapen verbintenis, met moet hier en de billijkheid en de scheepvaartbelangen raadplegen. De Heer M. neemt hier wat veel hooi op zijn vork. Waar een instelling zoo oud is als de avarij-grosse, had de schrijver, natuurlijk zonder zich op dien ouderdom als bewijs voor de goedheid der instelling te beroepen, zeer goed den bewijslast op de schouder van de afschaffers kunnen werpen en hunne argumenten kunnen weerleggen. Indien iemand tegen mij beweren wil dat het wettelijk erfdeel der kinderen b. v. afgeschafte moet worden, dan zal ik een defensieve houding aannemen, ik zal hem voor den dag laten komen met zijn argumenten en die bestrijden als ik kan, maar het zoude bijzonder onvoorzichtig zijn indien ik het offensief nam en de stelling verkondigde: het wettelijk erfdeel is onmisbaar, want ik zou groot gevaar loopen in het bewijs te kort te schieten. Die onvoorzichtigheid begaat de Heer M., hij neemt den bewijs-

last op zich, hij wil aantoonen dat avari-j-grosse *onmisbaar* zou zijn, en werkelijk dat bewijst hij niet, hij toont alleen dat de misbruiken aan de avari-j-grosse verbonden geen voldoende reden van afschaffing zijn en door gepaste maatregelen te verhelpen zijn. Er is een aantal zaken die niet onmisbaar zijn en die men toch niet moet afschaffen, het zijn juist de *nutlige* zaken. Daaronder zou ik avari-j-grosse voor opofferingen willen rangschikken, die stelling zou ik durven verdedigen.

Het parallel tusschen assurantie en avari-j-grosse, waarop zich hier de Heer M. beroept, gaat in het geheel niet op; assurantie heeft zeer zeker ook misbruiken, de schrijver herinnert terecht aan de Bremer catastrophe, maar assurantie is een overeenkomst waarin niemand geraakt zonder zijn wil, terwijl avari-j-grosse een obligatorische toestand is waarin men door de wet wordt verplaatst, tenzij men door een overeenkomst met alle belanghebbenden zich daarvan doet ontslaan, de misbruiken leggen daar veel meer gewicht in de schaal. Om assurantie af te schaffen zou de wet assurantie moeten *verbieden* en dat zal toch wel niemand verlangen. Om avari-j-grosse met assurantie gelijk te stellen zou de wet kunnen bepalen dat er geen avari-j-grosse voor opofferingen zal plaats hebben tenzij men het uitdrukkelijk bedingt, maar dat zou toch zeker de heer M. niet willen.

Op pag. 107 stelt de Heer M. drie zaken:

1o. Dat het recht en de billijkheid het bestaan van avari-j-grosse *dringend vorderen*.

2o. Dat er nergens practische bezwaren bestaan van dien aard, dat zij het bestaan van avari-j-grosse *onmogelijk* maken of bemoeielijken.

3o. Dat nog nooit gebleken is, althans niet voldoende (?), dat het belang van den handel de afschaffing van avari-j-grosse *gebiedend noodzakelijk* maakt.

Van deze drie stellingen acht ik de eerste onbewezen, speciaal wat opofferingen en wat het recht betreft. De twee laatste zijn in zoo krasse uitdrukkingen vervat, dat zij eigenlijk bezijden de vraag zijn, de Heer M. veroverst stel-

lingen welke de vijand niet verdedigt en hij kraait victorie. Wie heeft ooit beweerd dat avarij-grosse *onmogelijk* is, dat in het belang van den handel de afschaffing *gebiedend noodzakelijk* is? De woorden „althans niet voldoende” verhoogden de onnauwkeurigheid der gedachte en ontnemen elk gewicht aan de uitdrukking „nog nooit”.

Het tweede hoofdstuk van Mr. MOLENGRAAFF bevat een historische schets van de avarij-grosse-beweging van haar oorsprong af tot op onze dagen toe. Hij heeft daardoor een zeer verdienstelijk werk verricht, de elementen van die geschiedenis zijn met veel zorg verzameld, en geput uit bronnen die niet voor een ieder toegankelijk of moeilijk te genaken zijn, en de schrijver heeft die al te rijke, dikwijls te uitvoerige stof, tot een afgerond, duidelijk en gemakkelijk te lezen geheel gecondenseerd. Daaruit blijkt hoe scherpzinnig het was dat hij aan de geschiedenis de behandeling der vraag: wat avarij-grosse is, deed voorafgaan; want, hoe zonderling ook, hij die verslagen der congressen zelfs in de oorspronkelijke breedvoerigheid leest, komt wel op de hoogte van de avarij-grosse-beweging, niet van het instituut der avarij-grosse. Terwijl men omtrent niet onbelangrijke onderdeelen overeenstemming verkreeg, blijkt het niet, dat men het over het wezen der avarij-grosse, de band toch die alle speciale beslissingen tot een wetenschappelijk geheel aan elkaar hechten moet, eens geworden is, en het is best mogelijk dat de een in een bepaling een toepassing van de ware natuur der avarij-grosse gezien heeft, de andere een uitzondering daarop. Zoo vormt men meerderheden op congressen, geen wetenschappelijk recht.

Hoe uitnemend de geschiedkundige beschrijving van den heer M. zijn moge, ik had gewild dat hij op twee feiten meer nadruk had gelegd. Het eerste is dat de geheele beweging een sterk Engelsch karakter draagt, hetgeen reeds blijkt uit de omstandigheid dat zij in den boezem van de *National Assoc. for the promotion of social science* is geboren, een lichaam dat ook de *International Rules of SHEFFIELD* over het vrachtrecht ontwierp, bepalingen die

een nog veel sterkeren Engelschen geest ademen. Engeland is op het gebied van het recht uitermate conservatief, en nu men juist in Engeland bepalingen wilde naturaliseeren die reeds op het vasteland golden, zoo was de ontworpen intern. regeling een geschikt middel om in Engeland zelf wat harder te kunnen stoken. Vandaar ook dat de beweging omtrent het vracht-recht, waarvan de heer M. getuigt dat zij ter verkrijging van uniformiteit ook voor het avarij-grosse-recht onmisbaar is, te gelijk op touw werd gezet, daar was het juist omgekeerd, het vasteland zou het Engelsche stelsel — the system of pro rata freight is entirely abolished, RULES OF SHEFFIELD § 2, — aannemen. Een stelsel dus van wederzijdsche concessiën. Vandaar ook dat zoowel de heer M. als het Nederlandsche avarij-grosse-comité (1) steeds de noodhaven als het zwaartepunt der Rules op den voorgrond stellen; het comité meent als zeker te mogen aannemen dat op het vasteland van Europa de sympathie niet ontbreken zal, alleen ten aanzien van Engeland is het minder gerust. Er is echter in de RULES een ander zwaartepunt, de bepaling dat de omslag geschiedt over het geheele schip en de geheele vracht, in strijd o. a. met de Fransche wetgeving, waar de helft van schip en vracht bijdrageplichtig zijn. De bepaling der RULES is op zich zelve onberispelijk, maar de vraag is of Frankrijk zal meêgaan. De overtuiging dat het beginsel vnn art. 401 Code de Comm. niet juist is, begint volgens den heer M., pag. 301, in Frankrijk te rijpen, maar rijp is zij nog niet. De Fransche reeders zouden financieel bedreigd worden; de Fransche handel dekt zich door assurantie, zonder zich af te vragen of hij niet daardoor assurantie met avarij-grosse verwacht; de assuradeurs, die dan eens goederen dan eens schepen verzekeren, zijn onverschillig. DE COURCY getuigt dit met nadruk. Van de Fransche regeering mag men niet al te veel verwachten, het Napoleon-

(1) Adres aan H. H. E. E. den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid, van Justitie en van Binnenlandsche Zaken van het Ned. Comité ter bevordering eener internat. avarij-grosse-regeling. Amsterdam 1878, pag. 12 en 20.

tische ontwerp van 1869, een uitmuntend werk, is door de Republiek die het druk genoeg heeft, vrij wel in de papiermand gedaan, en nu Frankrijk door ontzaglijke premiën de kwijnende nationale handelsvlag wil opbeuren, zal het zeker niet licht aan de reederijen met de eene hand de voordeelen ontnemen, welke het met de andere zoo kwistig schenkt. Dit geldt ook eenigzins bij de afschaffing van de pro rata vracht.

Het tweede feit is dat de beweging, in Engeland en natuurlijk ook op het vasteland ingesluimerd, als het ware door toeval weer wakker geworden is. De International Association for the reform and codification of the Law of nations, die, in haar vierde bijeenkomst te Bremen in 1876, den arbeid weder opvatte, had oorspronkelijk een geheel ander doel dan de uniformiteit van het privaatrecht. Het was een lichaam van Amerikaanschen oorsprong, opgericht in 1873 te Brussel, nadat een oproeping om tegen 10 Sept. 1872 te New-York bijeen te komen, in Europa geen gehoor gevonden had. De oprichter waren the reverend Dr. J. MILLES, de beroemde New-Yorksche advocaat D. DUDLEY FIELD en andere edele en gemoedelijke menschevrienden, die weinige jaren te voren in Amerika de ontzettende rampen van een burgeroorlog hadden ondervonden, en die in de goed geslaagde arbitrale beslissing van Genève in de Alabama-quaestie het middel meenden gevonden te hebben om den wereldvrede te stichten; zij wilden hervorming en codificatie van het Volkenrecht, the *law* of nations, niet the *laws*, zooals de Londener circulaire van 1879 het, met of zonder drukfout, zegt; slechts bij uitzondering zou de associatie zich bezig houden met de bevordering van de vriendschappelijke betrekkingen tusschen de volken en den vooruitgang van de internationale beschaving, uitdrukkingen trouwens van zeer onbestemde beteekenis. In de bijeenkomsten te Brussel, Genève, den Haag, bleef de internat. publiekrechtelijke strekking gehandhaafd, maar in 1876 was reeds veel veranderd, een harde les had de apostelen van den vrede ontzuiderd. Een donkere oorlogswolk steeg uit het Oosten en men moest

inzien dat arbitrage wel quaesties van schadevergoeding kon uitmaken zooals te Genève, vooral wanneer beide partijen zoo verstandig zijn als Engeland en Noord-Amerika, maar dat, evenmin als een politieke oorlog zooals de Fransch-Duitsche, waar niet eens een voor arbitrage vatbaar geschil was, een tegelijk politiek en godsdienstig vraagstuk als de Oostersche quaestie, door arbitrage kon worden beslist. In die omstandigheden moest een discussie over vrede, vooral in steden als Bremen en Antwerpen, bijzonder onpractisch schijnen; de avarij-grosse was de redding van het congres te Antwerpen, het was iets internationaals en een welkom onderwerp voor discussie. Sedert dien tijd heeft de associatie zich bij voorkeur met de uniformiteit van het privaatrecht bezig gehouden, en waarlijk het volkenrecht, dat zoowat om de eeuw een half stapje vooruit gaat, kan geen stof voor een jaarlijksche discussie op een congres leveren. Dit verband tusschen de Oostersche quaestie en de avarij-grosse-beweging doet wel weinig ter zake en maakt het werk der congressen niet minder belangrijk, maar om der wille van het goed begrip der geschiedenis had het vermeld kunnen worden. Het is althans een der redenen waarom sedert 1876 de avarij-grosse-beweging een opgewekter leven vertoont.

Het laatste hoofdstuk van Mr. M. is gewijd aan algemeene beschouwingen over de York Antwerp Rules. Daarin worden die Rules achtereenvolgens verklaard en met veel zelfstandigheid besproken en gecritiseerd. De slotsom is volgens den schrijver, dat de Y. A. B. dringend uitbreiding en verbetering eischen. Hij aarzelt niet de bepalingen over de noodhaven, Rule VII en VIII, het zwaartepunt der regeling, „alleromslagtigst, langdradig en vol herhalingen“ te noemen. Het is dan ook opmerkelijk, dat de Rules niet de vraag beslissen *wanneer* het inloopen der noodhaven avarij-grosse is, maar alleen aangeven welke de omvang der noodhavenkosten is, *als* het inloopen zelf oorzaak van avarij-grosse is. De schrijver vult dan ook, aan het einde van zijn werk, de bepalingen der Rules aan, in een eigen ontwerp, waarin verschillende wezenlijke verbeteringen voorkomen. Hij doet

daarin een poging om een eigen definitie te geven, welke poging, hoewel m. i. de definitie zeer afkeurenswaardig is, toch in zooverre nuttig is, dat zij aanwijst dat, zoolang men het niet eens zal zijn over hetgeen avarij-grosse is, elke internationale regeling onbegonnen werk zal zijn. Met zeer veel bescheidenheid heeft de heer M. zijn eigen ontwerp van internationale regeling aan het einde van zijn boek als laatste bijlage geplaatst, het is als het ware het resultaat van zijn arbeid; de welverdiende lof mag hem niet onthouden worden, dat hij op menig punt dieper in het wezen der zaak is gedrongen dan al de voorafgaande congressen, dat hij niet alleen het werk der congressen uitmuntend heeft beschreven, maar het een stap verder heeft gebracht. Het is niet wel mogelijk in een afzonderlijke bespreking te treden van de Rules of van het ontwerp van den heer M., daarvoor zou te veel ruimte gevorderd worden; afgescheiden van de definitie, zouden nog de omwerking van Rule I (de deklading), de bepaling omtrent de redding uit den nood, die te algemeen gesteld is voor de twee soorten van avarij-grosse, en de omslag voor noodhavenkosten na totaal verlies alleen in geval van faillissement van den verzekeraar, critiek verdienen. Ook is het bijna onvergeeflijk, dat de heer M. in zijn ontwerp de bepaling van art. 697 W. v. K. vergeet; er is niet de minste reden, hoe onmisbaar ook de avarij-grosse moge zijn, om partijen te verbieden door overeenkomsten den omslag te regelen zooals zij goedvinden.

Ten slotte de vraag welke practische resultaten men van de beweging verwachten moet, welke gedragslijn ten aanzien der Y. A. R. te volgen is. De heer M. bespreekt daarbij twee zaken: invoering van clauses in handelsovereenkomsten en internationale regeling. Wat de afkeuring betreft van de clause: «avarij-grosse te regelen naar de bepalingen van York-Antwerpen», welke clause in cognossementen, cherte-partijen en polissen ingelascht zou moeten worden, ben ik het volkomen eens met den heer MOLENGRAAFF. Maar afgescheiden van de dubbelzinnigheid dier clause, die de vraag openlaat, wat in de niet uitdrukkelijk door

de Rules voorziene gevallen moet worden gedaan, heb ik nog een ander bezwaar. Het is hoogst gevaarlijk zich in overeenkomsten in algemeene bewoordingen te refereeren aan iets wat geen bron van recht is. Onze wet verbiedt het alleen uitdrukkelijk in 198 B. W. voor huwelijksvoorwaarden, maar het is overal gevaarlijk, vooral wanneer men niet eens met een buitenlandsche wet, gewoonte of keur te doen heeft. De rechter zou de Y. A. R. kunnen ignoreeren, zij hebben geen officieel karakter. Wat zou de heer M. wel zeggen van de clause: „avarij-grosse te regelen naar de Wet, met inachtneming van het ontwerp, aan de dissertatie van Mr. MOLENGRAAFF toegevoegd, voor zooverre het daaraan derogeert“? Beter is het zeker, zooals de heer M. nog liever dan eenige clause zou willen, de korte inhoud der Y. A. R. in de overeenkomsten op te geven, daartegen kan geen bezwaar zijn: alleen moet men in het oog houden, dat zoo iets, om geen grootere verwarring te stichten dan reeds nu bestaat, in eene overeenkomst welke alle belanghebbenden *met elkaar* aangaan, moet worden gezet; polissen, chertepartijen en cognossementen zijn overeenkomsten tusschen enkele belanghebbenden, zij zijn res inter alios acta voor de overigen.

De hoofdvraag is echter deze: is eene internationale regeling der avari-j-grosse reeds nu wenschelijk? Volgens den heer M. moet het streven der beweging blijven een internationale avari-j-grosse-wet door tusschenkomst der regeeringen tot stand te brengen, in den geest der Y. A. R., met uitbreiding en verbetering van die Rules. Ik zoude op die vraag, in overeenstemming met de denkbeelden, in het begin van dezen arbeid vooropgesteld, ontkennend willen antwoorden. Niet dat ik aan de congressen de waardeering welke zij verdienen zou willen onthouden, integendeel. De internationale bespreking van de avari-j-grosse heeft ook wetenschappelijk veel nut gesticht, al was het alleen daardoor dat een onderwerp van handelsrecht, om zijn duisterheid beroemd, dat in de handen van enkelen als het ware een monopolie was, meer in het algemeen domein der wetenschap

is gebracht. Maar er is veel meer. De wetgevingen zijn met elkaar vergeleken, vele verschilpunten door belanghebbenden besproken, de aandacht der juristen en der regeeringen is op avarij-grosse gevestigd; geen wetboek van handelsrecht zal herzien worden, zonder dat de Y. A. R. daarop invloed uitoefenen. De Y. A. R. zijn een uitmuntende leidraad voor nationale wetsherzieningen, bouwmateriaal voor een internationale wet zijn zij niet, zelfs na uitbreiding en verbetering overeenkomstig het tegenwoordige standpunt der wetenschap.

In den aanvang van dezen arbeid heb ik als mijne meening verdedigd, dat het oordeel over de rijpheid van een onderwerp voor uniforme regeling nimmer moet afhangen van de meerdere of mindere practische moeielijkheid om overeenstemming daaromtrent te verkrijgen, de vraag bij elk instituut moet zijn of het dermate ontwikkeld is, dat het in het belang van het wereldverkeer de vastheid, die het gevolg is van internationale uniformiteit, kan verdragen. Ik hecht daarom weinig aan de objectie, dat, wil men een uniforme regeling voor avarij-grosse, ook een uniform vrachtrecht noodig zal zijn; het antwoord zal eenvoudig zijn dat men het dan maar ook over het vrachtrecht eens worden moet. Ik acht het nu ontwijfelbaar, dat het mogelijk is en over avarij-grosse en over vrachtrecht (misschien nog het best over beiden tegelijk) overeenstemming te verkrijgen; op het initiatief van de eene of andere regeering zoude een bijeenkomst van gemachtigden van alle Europeesche en Amerikaansche staten, zoo niet van de andere, gehouden kunnen worden, de Y. A. R. zouden daar zeer zeker uitgebreid en misschien ook verbeterd kunnen worden, onder de duizend en een definities zoude men bij meerderheid van stemmen een keuze kunnen doen, ja het is zeer waarschijnlijk dat het aldus verkregen ontwerp een volledige regeling van het onderwerp zoude bevatten in dien zin dat het alle tegenwoordig reeds uniforme elementen en transacties over alle verschilpunten zoude inhouden; het ontwerp zou zeer goed door alle wetgevende machten in alle staten tot wet kunnen worden verheven. Maar daardoor zou men ook

alles wat tegenwoordig gemeenschappelijk maar gebrekkig is bestendigen, de met loven en bieden verkregen transacties zouden een dergelijke mate van vastheid verkrijgen, dat herziening nagenoeg uitgesloten zou zijn. De rechtsvergelijking zou onmogelijk worden, de individueele ontwikkeling zou worden gesmoord. Wanneer vier landen een goede wet hebben en één land een slechte, dan wil ik liever de verscheidenheid bewaren dan door transactie aan alle vijf landen een blijvende half-slechte wet geven.

Is nu het instituut der avarij-grosse zoo zeer ontwikkeld dat rijpheid voor internationale regeling daarbij aangenomen kan worden? Mij dunkt, uit het werk van den heer MOLENGRAAFF komen bedenkelijke getuigenissen daartegen op. Hij zelf noemt de Rules (pag. 241) geheel ongeschikt om te dienen als wettelijke regeling; hij vindt er geen zweem van een stelsel, van een leidende gedachte, zij staan met elkaar niet in het minste verband, elke regel bevat een speciale bepaling voor een speciaal geval, zonder dat ergens een algemeen beginsel wordt gegeven. En later hooren wij dat een internationale wet moet gemaakt worden in den geest der Rules, door uitbreiding en verbetering daarvan. Maar wat zal dan wel de eerste verbetering moeten zijn? Waar geen zweem van een stelsel, van een leidende gedachte is, zal toch wel de meest dringende verbetering, die waarmeé men beginnen moet, zijn: het vinden van een stelsel, voor een leidende gedachte. En dat is geen geringe zaak. Te Antwerpen, zegt de heer M., kon men op het congres het niet eens worden over de definitie van avarij-grosse: dat wil zeggen, men kon niet eens een meerderheid voor een bepaald stelsel vinden. Dat is voor de onrijpheid van het onderwerp beslissend, die onrijpheid wordt niet weggenomen door den termijn van „minstens een 15 tal jaren, zoo niet meer“ welken de heer M. zoo goed is te willen stellen voor de totstandkoming en invoering van een officieele internationale avarij-grosse-wet. Ik kan niet uitrekenen hoe lang een termijn van *minstens* 15 jaar duurt, wel durf ik beweren dat tusschen het stellen van een zoo rekbaren termijn

en het spreken van onrijpheid het verschil zoo groot niet is.

De welgemeende maar m. i. mislukte poging van den heer M. om een bruikbaar stelsel te vinden is een verder bewijs van de onrijpheid van de avarij-grosse, en daarom heb ik die poging eenigszins uitvoerig besproken. Wat doet hij immers: hij werpt over boord het geheele jus constitutum, alle bestaande stelsels, hij acht alle bestaande definities zoo slecht, dat hij zich verplicht acht een puik nieuwe te geven. En bij nader onderzoek blijkt dat de gansche redeneering waarop hij zijn stelsel grondt, geen stand houdt, dat zijn definitie, gemaakt om misbruiken te weren, aan alle mogelijke misbruiken de deur wijd opendoet. Ik ga daarom een stap verder en zeg: niet alleen is er in de Y. A. R. geen zweem van stelsel, maar buiten de Rules, in de wetenschap, is nog geen zweem van overeenstemming aangaande een of ander stelsel; die overeenstemming kan alleen geboren worden door vergelijking, wrijving, strijd: men kan er misschien in slagen een of ander stelsel bij meerderheid van stemmen te doen zegevieren, maar het voordeel van de aldus verkregen eenheid zal niet opwegen tegen de nadeelen, die het gevolg zijn van de onderdrukking van elke ontwikkeling.

Dat er nog al eenig verschil is tusschen een bepaling waarover overeenstemming heerscht en een bepaling die geschikt is om internationaal verbindend te worden gemaakt, bewijst de eerste zin der eerste Y. A. Rule, de deklading: „Geen werping van deklading zal worden vergoed in avarij-grosse.” In beginsel is die bepaling geldend in alle wetgevingen; niets gemakkelijker dus dan er artikel 1 van de internationale wet van te maken. Maar wat is eigenlijk die bepaling? Is het een toepassing van de algemeene beginselen waarop de avarij-grosse rust, of een uitzondering daarop? Bij den heer M. is het natuurlijk een uitzondering. Werping van deklading zal aan alle vereischten die hij voor avarij-grosse stelt kunnen beantwoorden: zij zal uit nood, opzettelijk, tot afwending van een alles dreigend gevaar van geheel verlies kunnen geschieden, en een buitengewone handeling is werping altijd. Hoe verklaart nu de heer M. den regel die

nagenoeg apud omnes gentes geldt? Hij zegt dat het hier een zuiver practische quaestie is, en dat de juistheid dezer bepaling geheel afhangt van de vraag, of het dek een geschikte plaats is om lading te bergen, en of deklading al dan niet geoorloofd moet zijn. Ik kan dat niet inzien. Is er dan nog een vereischte meer voor avari-j-grosse, dat vroeger vergeten was? Ik stel het geval dat lading op het dek met of zonder toestemming van den inlader geplaatst is; nu is deklading wel een oorzaak van gevaar, maar niet de oorzaak van alle mogelijke gevaren; de werping kan noodzakelijk worden door omstandigheden waarop de deklading van geenerlei invloed is. Het schip kan stooten op een wrak bv., een lek krijgen even onder de waterlijn; de schipper kan, indien pompen niet baat, de deklading werpen om het lek boven de waterlijn te brengen, waarom moet het geworpene niet vergoed worden? Wanneer men antwoordt: „omdat deklading ongeoorloofd is“, dan vermengt men avari-j-grosse met een maatregel van zeepolitie, en springt al zeer luchthartig om met de „onmisbare“ lex Rhodia. De wet kan zeer zeker deklading verbieden, zij kan verbieden het laden der schepen dieper dan zekere merken, het in zee steken met oude wrakke bodems, drijvende doodkisten; het kan zijn nut hebben die bepalingen internationaal verbindend te maken, zooals b. v. ter voorkoming van aanvaringen, door internationale overeenstemming, vele politievoorschriften omtrent seinlichten, het uitwijken enz. gegeven zijn; maar de sanctie moet dan zijn een straf die den schuldige, schipper en medeplichtigen inlader, treft, met uitsluiting van avari-j-grosse waardoor ook onschuldigen lijden. Alleen dan zouden deklading, slechte toestand van het schip of overgrootte zwaarte der lading redenen van uitsluiting van avari-j-grosse kunnen zijn, wanneer zij de oorzaken zijn van het speciale gevaar dat afgewend moest worden en de omslag door den schuldige wordt gevorderd (Conf. art. 15 en 16 Ontwerp van den heer M.) De goedkeuring der dekladingbepaling spruit voort uit overdreven uiformiteitsliefde en wijst juist het gevaarlijke daarvan aan; men is tevreden met de

bestaande of verkregen overeenstemming en vraagt zich niet meer af of men met een goede bepaling te doen heeft. Hetzelfde zou men van de vrijwillige stranding kunnen betoogen. De heer MOLENGRAAFF (pag. 282 vg.) keurt de Rule V, althans ten deele, af, doch de zucht om maar overeenstemming te verkrijgen doet hem toch den regel „alleszins toejuichen“; dat is overdreven uniformiteitsliefde. Iets wat niet goed is wordt toch daarom niet goed, dat het door alle wetgevingen wordt aangenomen.

Met oprechten eerbied voor den arbeid der congressen, met waardeering van het in zoovele opzichten uitmuntende boek van den heer MOLENGRAAFF, kom ik tot de tegenovergestelde conclusie: „Neen, avarij-grosse is niet rijp voor internationale regeling; wetenschappelijke navorschingen, nationale wetsherzieningen zullen den weg daartoe moeten voorbereiden.“ Deze conclusie is daarom niet ontmoedigend voor de voorstanders der rechtsuniformiteit, omdat op velerlei gebied toch vooruitgang merkbaar is. Reeds in het vraagstuk van de ten uitvoerlegging van buitenlandsche vonnissen nam de Nederlandsche Regeering het initiatief, een vraagstuk, waarvan de regeling voor alles noodzakelijk is, want zonder die regeling zal rechtsuniformiteit nooit rechtsgemeenschap worden. De Italiaansche regeering deed in 1880 een poging om het intern. faillietenrecht op harmonische wijze te regelen. Voor de maatregelen ter voorkoming van aanvaringen op zee, voor posterijen en telegraphie is reeds overeenstemming daar, en voor een internationale regeling van het spoorwegvervoer is de eerste steen gelegd. Morgen komt misschien het wisselrecht aan de beurt, waarover reeds in de Scandinavische Koninkrijken een uniforme rechtsregeling is verkregen. Op den Nederlandschen Juristendag van 1880 te 's Hertogenbosch, bleek de algemeene opinie over de rijpheid van het wisselrecht voor uniformiteit ook in zooverre, dat niemand het woord voerde over de uniforme bepalingen zelf, en dat nagenoeg de geheele discussie liep over de vraag, in welken vorm de overeenstemmende rechtsregelen zouden worden gegoten. Op den bouwgrond van het wereldrecht is dus de

Themis, XLIIIste Dl., 1e Stuk, [1882]

werkzaamheid aan den gang; ik begroet die met vreugde. Het wereldrecht, de rechtsgemeenschap van alle volken, is in wording. Het is verdienstelijk werk een steentje bij te brengen voor het groote gebouw der toekomst, maar men dient evenzeer de goede zaak, wanneer men waarschuwt tegen het gebruik van gebrekkige materialen, die de dege-lijkheid van het geheel in gevaar brengen.

REGTSGESCHIEDENIS.

Schets van het Oud-Friesche privaatrecht, door
Mr. I. TELTING, lid van den Hoogen Raad der
Nederlanden, te 's Gravenhage.

(Vervolg; — zie *Themis*, Jaarg. 1880, bl. 628.)

E. ERFREGT. (*Slot*).

5. *Regten en verpligtingen der erfgenamen.*

Volgens het gevoelen van vele schrijvers kende het Germaansche regt geene successio universalis. De opvatting van het Romeinsche regt, dat de erfgenaam als 't ware de vermogensregtelijke persoonlijkheid van den erfflater voortzet en in alle diens vermogensregtelijke regten en verpligtingen opvolgt, zou aan het Germaansche regt vreemd zijn geweest. De nalatenschap van den erfflater, dus leert men, en het eigen vermogen van den erfgenaam werden niet vermengd, maar bleven afgescheiden; de schulden moesten worden betaald uit de nalatenschap, voor zoo verre die strekte, terwijl de erfgenaam met zijn eigen vermogen daarvoor niet aansprakelijk was. De verpligting van den erfgenaam tot betaling der schulden zou aanvankelijk zelfs zeer beperkt en alleen het roerend goed der nalatenschap daarvoor verbonden zijn geweest, tengevolge van het beginsel dat de erfflater alleen over zijn roerend goed vrije beschikking had, terwijl hij, voor zoo verre het beschikking over onroerend goed betrof, afhankelijk was van de toestemming zijner erfgenamen. Later zou de verpligting tot betaling der schulden ook zijn uitgebreid tot het onroerend goed, tot dat eindelijk door den invloed van het Romeinsche regt het begrip van successio universalis ingang zou hebben gevonden (1).

(1) Verg. v. SYDOW, S. 320 fgg. SIEGEL, S. 177 fgg. v. GOSEN, S. 188 fg. *Deutsche Rechtssprichwörter*, S. 223 fgg. SOHM, *Procesz der lex Salica*, S. 114. Ook EICHORN, § 375, SCHULTE, § 182.

Intusschen geloof ik, dat dit in zoo algemeenen zin genomen onjuist is, en dat men onderscheid moet maken tusschen de verschillende tijden en de onderscheidene regten.

Volgens de oude volksregten was de erfgenaam aansprakelijk voor de schulden van den erflater, niet slechts voor zoo verre de nalatenschap reikte, maar zelfs met zijn eigen vermogen, en kon hij zich van die verpligting alleen ontslaan door afstand te doen van de nalatenschap. Het oudere regt schijnt dus wel eene *successio universalis* te hebben gekend (2). En wat nu het latere regt betreft, heeft STOBBE duidelijk aangetoond, dat de zeer beperkte aansprakelijkheid, volgens welke enkel het roerend goed voor de schulden verbonden was, alleen in den Saksenspiegel en sommige daarmede verwante regten wordt aangetroffen, doch dat naar de meeste latere rechtsbronnen de geheele nalatenschap, niet alleen het roerend, maar ook het onroerend goed, voor de schulden verbonden was (3).

Wat de door den erflater aangegane verbindtenissen betreft, moet men in de eerste plaats onderscheiden tusschen die, welke waren ontstaan uit geoorloofde handelingen, en die, welke haren oorsprong hadden in ongeoorloofde daden.

Ten aanzien van de laatste golden in de volksregten deze beginselen, dat de erfgenaam niet verbonden was voor de straf, maar wel verpligt was tot vergoeding der door het

(2) Verg. LEWIS, *Die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers*, Berlin 1864, S. 178 fgg. Zie ook STOBBE, *Ueber das Eintreten des Erben in die obligatorischen Verhältnisse des Erblassers nach deutschem Recht* in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, VI, S. 293 fgg. Minder juist is m. i. de bewering van STOBBE, S. 301, dat slechts volgens sommige volksregten de erfgenaam ook met zijn eigen vermogen aansprakelijk zou zijn geweest. Hij geeft dit toe voor het Westgothisch en Ripuarisch regt, doch beweert, dat het volgens het Longobardisch regt niet het geval zou zijn geweest, terwijl de bepalingen van het Burgundische regt twijfelachtig zouden zijn. Ik meen, dat LEWIS ook ten aanzien van deze beide regten voldoende heeft aangetoond, dat de erfgenaam ook met zijn eigen vermogen aansprakelijk was.

(3) a. a. O. S. 303 fgg. Zie ook LEWIS, S. 185 fgg. WALTER, § 586.

misdrijf veroorzaakte schade, en tot teruggaaf van hetgeen door het misdrijf verkregen was, en naar 't schijnt ook tot betaling der boete, waartoe de erflater veroordeeld was, terwijl de vorderingen van den erflater uit een tegen hem gepleegd misdrijf overgingen op den erfgenaam (4).

In het latere regt golden hieromtrent verschillende beginselen. Volgens den Saksenspiegel was de erfgenaam niet verbonden voor de vermogensstraf, noch tot schadevergoeding gehouden, maar was hij verplicht tot teruggaaf van hetgeen door het misdrijf was verkregen, of van de waarde, in geval hij het verteerd of vervreemd had; was de erflater evenwel bij zijn leven reeds veroordeeld, dan ging de verplichting tot betaling van schadevergoeding en vermogensstraf als judicaatschuld over op den erfgenaam (5). Dezelfde beginselen vindt men in den Schwabenspiegel (6). Ook in de overige regtsbronnen wordt de verplichting van den erfgenaam tot teruggaaf van het gestolen of geroofde goed, of tot vergoeding van de waarde, in geval het niet meer in de nalatenschap voorhanden is, erkend; daarentegen bestaat er verschil omtrent de verplichting tot schadevergoeding en betaling van boete, terwijl volgens sommige regten de erfgenaam daartoe in 't algemeen verplicht is, volgens andere eerst dan, wanneer de erflater reeds bij zijn leven veroordeeld was. In sommige stadregten komt de bepaling voor, dat, wanneer een misdadiger zich door de vlugt aan een levens- of lijfstraf onttrok, zijn huis moest worden verwoest en de erfgenamen eerst na verloop van een jaar en slechts tegen betaling eener geldsom

(4) Verg. LEWIS, S. 158 fgg. STOBBE, S. 297 fgg.

(5) Verg. LEWIS, S. 164 fgg. *Deutsche Rechtsprichwörter*, S. 226. Volgens STOBBE, S. 327, was de erfgenaam tot schadevergoeding verplicht, voor zooverre de gestolene of geroofde goederen in den boedel voorhanden waren, of voor zooverre hij ten gevolge van het misdrijf was verrijkt. Zie ook v. SYDOW, S. 366.

(6) Verg. LEWIS, S. 167 fgg. STOBBE, S. 328 beweert, dat de Schwabenspiegel eene reeks van bepalingen behelst, die deels met elkander in tegenspraak zouden zijn en in elk geval geen bepaald beginsel bevatten.

verlof zouden erlangen tot wederopbouw; in dit geval treft alzoo den erfgenaam, in de plaats van de door den misdadiger zelven beloopene pijnlijke straf, eene vermogensstraf (7). Wat de vorderingen uit misdrijven tot teruggaaf, schadevergoeding of boete betreft, deze gaan over op de erfgenamen van hem, tegen wien het misdrijf was gepleegd, onverschillig of hij de actie reeds bij zijn leven had ingesteld of niet (8).

Met opzigt tot de verplichtingen uit overeenkomst ontstaan kan men als regel stellen, dat de verplichtingen uit onereuse overeenkomsten overgingen op de erfgenamen, terwijl dit met die, welke in bloote liberaliteit haren oorsprong hadden, niet het geval was, en dat evenmin zuiver persoonlijke verplichtingen overgingen (9). Vorderingen uit overeenkomsten gaan in 't algemeen over op de erfgenamen van den schuld-eischer, voor zoo verre de grond daarvan niet een zuiver persoonlijke is (10).

Gaan wij thans de onderscheidene overeenkomsten kortelijk na. Bij bewaargeving en bruikleen was de erfgenaam van den bewaarnemer en bruikleener verplicht tot teruggaaf in dezelfde gevallen, waarin zijn erfflater daartoe verplicht zou zijn geweest, en omgekeerd ging ook de vordering van den bewaargever en uitleener over op diens erfgenaam (11). Ook bij pand is de erfgenaam van den pandnemer ge-

(7) Verg. LEWIS, S. 170 fgg.

(8) Verg. LEWIS, S. 174 fgg.

(9) Verg. LEWIS, S. 84 fg. 89.

(10) Verg. LEWIS, S. 91 fgg. Zie ook v. SYDOW, S. 328 fgg. Ten onregte wordt dit betwist door SIEGEL, S. 194, die beweert, dat de actie van den erfgenaam eene zakelijke en geen persoonlijke zou zijn geweest; dit hangt zamen met zijne opvatting, S. 177 fg., dat ook de verplichtingen van den erfgenaam niet persoonlijk waren, maar deze enkel als bezitter der nalatenschap in aanmerking kwam. Zie daartegen STOBBE, S. 313 fgg., en LEWIS, S. 3 fgg.

(11) Verg. LEWIS, S. 96 fgg. Zie ook STOBBE, S. 330. v. SYDOW, S. 345 beweert, dat de erfgenaam van den bewaarnemer slechts dan tot de teruggaaf verbonden is, wanneer het voorwerp nog in de nalatenschap voorhanden is. Dit wordt bestreden door LEWIS, S. 99.

houden tot teruggaaf even als zijn erflater, en evenzeer gaat de vordering tot teruggaaf, tegen betaling der schuld, over op den erfgenaam; de erfgenaam is evenwel niet verplicht tot betaling der schuld, maar wordt bevrijd door het pand te laten aan den pandnemer (12). Bij verbruikleen en rentekoop, het surrogaat van verbruikleen met beding van rente, gold de regel, dat de verplichting tot teruggaaf overging op den erfgenaam van den leener, terwijl de erfgenaam van den renteverkoper gehouden was tot betaling der rente, doch niet als erfgenaam, maar als eigenaar van het bezwaarde goed; eveneens ging de vordering van den uitleener en van den rentekoper over op zijn erfgenaam. Het door den renteverkoper voorbehouden regt om het goed onder zekere voorwaarden te lossen ging niet over op den erfgenaam (13). De overeenkomst van koop en verkoop onderscheidt zich, wat den overgang van verplichtingen aangaat, hierdoor, dat daarbij het regt, hetwelk de erfgenamen reeds bij het leven der erflaters op het onroerend goed hadden, zijn invloed doet gevoelen. Daar de eigenaar van onroerend goed dit alleen dan mogt vervreemden, wanneer de erfgenamen daartoe hunne toestemming hadden gegeven, is het duidelijk, dat zij ook alleen in dat geval tot levering verplicht waren, terwijl zij, wanneer het goed buiten hunne toestemming was vervreemd, hiertoe niet gehouden waren, en zelfs, wanneer het reeds was geleverd, het regt hadden om het terug te vorderen. Dit alles geldt natuurlijk niet bij een verkoop van roerend goed; hier was de erfgenaam des verkoopers evenzeer verplicht tot levering als zijn erflater. Voorts moest de erfgenaam instaan voor de uitwinning; bij verkoop van onroerend goed evenwel alleen dan, wanneer hij zijne toestemming had gegeven. De verplichting des koopers tot betaling en het regt om levering te vorderen gaat over op zijn erfgenaam (14).

(12) Verg. LEWIS, S. 103 fg., 106 fgg., 109 fgg. v. SYDOW, S. 358 fgg.

(13) Verg. LEWIS, S. 116 fgg. v. SYDOW, S. 344 fg.

(14) Verg. LEWIS, S. 121 fgg. v. SYDOW, S. 348 fg. STOBBE S. 352 fgg. Hij wil bij verkoop van roerend goed onderscheiden tusschen het geval, dat de overeenkomst bij 't leven des erflaters nog door geen van

Huur voor bepaalden tijd aangegaan eindigt met den dood des verhuurders; zijne erfgenamen zijn zelfs niet verplicht den huurder tot na den oogst in het genot te laten, zij moesten hem evenwel de gemaakte onkosten vergoeden; dit is een gevolg van het beginsel, dat de eigenaar, die zonder toestemming der erfgenamen zijn onroerend goed niet mag vervreemden, daarentrent ook geene beschikking maken mag, waardoor aan zijne erfgenamen het genot zou worden onttrokken; zijne overeenkomst is derhalve alleen gedurende zijn leven van kracht. De Schwabenspiegel en het Beijersche regt maken onderscheid tusschen goed, d. i. grondstuk in 't algemeen, en de hoeve of hof. Ten aanzien van het eerste zijn de erfgenamen des verhuurders nog gedurende een jaar verbonden, ten aanzien van de hoeve in 't geheel niet. In de latere middeleeuwen gold het beginsel alleen bij erfgoed, en waren in alle overige gevallen de erfgenamen des verhuurders aan de door den erfflater geslotene overeenkomst gebonden. De erfgenamen van den huurder daarentegen volgen in de bestaande overeenkomst op; zij zijn verplicht de huur te betalen en het goed te verlaten in denzelfden toestand, als hun erfflater had behooren te doen, en zullen ook wel aansprakelijk zijn geweest voor vermindering van het goed; daartegenover hebben zij regt op vergoeding van gemaakte onkosten. Bij huur voor onbepaalden tijd, die wederkeerig opzegbaar is, volgen de erfgenamen op in de regten en verplichtingen (15). Bij huur van diensten treedt het persoonlijk karakter der handelingen, welke het voorwerp der overeenkomst uitmaken, op den voorgrond. De erfgenaam van den meester is verplicht den dienstbode zijn loon te betalen tot aan den dag van 't

beide partijen is vervuld, en het geval, dat die reeds van eene zijde was vervuld; in 't laatste geval moest de erfgenaam zijnerzijds aan zijne verplichting voldoen of het ontvangene teruggeven, in 't eerste geval was hij niet gebonden aan de overeenkomst van zijn erfflater. Dit wordt evenwel betwist door LEWIS, S. 123 fg.

(15) Verg. LEWIS, S. 131 fgg. v. SYDOW, S. 354 fg. SIEGEL, S. 180. STOBBE, S. 335 fgg.

overlijden van zijn erflater en den dienstbode nog tot den dertigsten dag daarna in dienst te houden; zoo hij wil, kan hij den dienstbode ook langer in dienst houden en is deze in dat geval verplicht in dienst te blijven tot aan het einde van den bepaalden termijn. Wanneer de dienstbode komt te overlijden gaat de verplichting tot dienstpraestatie, als zuiver persoonlijk, niet over op zijne erfgenamen; daarentegen gaan de reeds verkregene regten over (16). Ook de overeenkomst van lastgeving heeft een zuiver persoonlijke handeling tot voorwerp en gaat derhalve niet over op de erfgenamen; daarentegen gaan de uit lastgeving ontstane verplichtingen en aanspraken over. Als waarneming van eens anders zaken kan men het geval beschouwen, dat iemand een gewonde in huis opneemt en tot zijn dood verpleegt; hier bestaat een regt tegen de erfgenamen tot vergoeding der kosten, maar van een overgang van verplichtingen kan hier eigenlijk geen sprake zijn, daar degene, die den gewonde heeft opgenomen, niet zoozeer diens belangen, als wel de belangen der erfgenamen heeft waargenomen. Onder het oogpunt van waarneming van eens anders zaken kan men ook nog brengen de voogdij; hier gaat de verplichting van den voogd tot het doen van rekening en uitkeering en tot schadevergoeding wegens slecht beheer over op de erfgenamen; daarentegen gaat de voogdij zelve even zoo min als de lastgeving over (17). Wat verder den borgtocht betreft, ook hier treedt het persoonlijk karakter op den voorgrond. De verplichting eindigt alzoo met den dood van den borg; hebben meerdere borgen zich pro rata verbonden, dan treft de schade door het overlijden van een hunner den schuldeischer; hebben zij zich gezamenlijk verbonden (Gesamtbürgschaft), dan gaat het aandeel van den gestorvene over op de overigen. Wanneer de borg reeds bij zijn leven was aangesproken en veroordeeld, gaat de verplichting als judicaatschuld over op de erfgenamen en ook wanneer de borg zich

(16) Verg. LEWIS, S. 137 fgg. v. SYDOW, S. 357 fg. STOBBE, S. 339.

(17) Verg. LEWIS, S. 142 fgg. Ten onregte beschouwt v. SYDOW, S. 356, het geval der verpleging van een verwonde als lastgeving.

als zelfschuldige had verbonden. Ook door het overlijden van den hoofdschuldenaar eindigt in den regel de verplichting van den borg. Regres tegen den hoofdschuldenaar hebben ook de erfgenamen van den borg, die betaald heeft, en dit regres moeten eveneens de erfgenamen van den hoofdschuldenaar tegen zich laten gelden, voor zoo verre zij in 't algemeen voor schulden van hun erflater moeten opkomen. Het regres van den borg, die betaald heeft, tegen zijne medeborgen gaat evenzeer over tegen hunne erfgenamen (18). Eindelijk moet ik hier nog melding maken van speelschulden en woeker. Hier had geen overgang op de erfgenamen plaats. De grond hiervan is waarschijnlijk daarin gelegen, dat vorderingen uit spel in 't algemeen aan vele beperkingen onderworpen waren, en zoo kan men de uitsluiting van den overgang beschouwen als het begin der beperkingen, welke ten slotte er toe leidden om in 't geheel geen vordering wegens speelschuld toe te laten, terwijl wat den woeker betreft de reden wel zal te zoeken zijn in de verbodsbepalingen van het kanonieke regt (19).

Onze Friesche regtsbronnen bevatten slechts weinig betrekkelijk het onderwerp. In den *Brokmerbrief*, § 99, wordt het algemeen beginsel uitgesproken, dat uit de nalatenschap in de eerste plaats de schulden moesten worden betaald. „Hwersa tha hewa fallath a lawa, sa ieldema tha skelda bifara alla thingum” (20). d. i. Waar zoo de have valt tot nalatenschap, zoo gelde men de schulden voor alle dingen. Hetzelfde vindt men in het *Emsiger penningschuldboek*, § 11 (21) en in het *Oldambtster landregt*, II, § 28 (22). Over den omvang der gehoudenheid van den erfgenaam tot betaling der schuld laten deze plaatsen zich niet uitdrukkelijk

(18) Verg. LEWIS, S. 147 fgg. v. SYDOW, S. 361 fg, SIEGEL, S. 180. STOBBE, S. 338. *Deutsche Rechtssprichwörter*, S. 225 fg. 249 fg.

(19) Verg. LEWIS, S. 87 fgg. v. SYDOW, S. 366. STOBBE, S. 326. *Deutsche Rechtssprichwörter*, S. 225.

(20) RICHTOFEN, S. 165.

(21) Ald. S. 197.

(22) *Pro excol.*, VI, bl. 690.

uit. Ik houd het er evenwel voor, dat de bedoeling wel zijn zal, dat de erfgenaam verbonden was voor zoo verre de nalatenschap strekte (23).

Wat de vraag betreft, in hoeverre de erfgenamen opvolgden in de regten en verplichtingen uit overeenkomsten, vinden wij in eene vroeger medegedeelde plaats uit het *Schoutenregt*, § 37, ten aanzien van verkoop van onroerend goed, dat de erfgenaam, die daartoe zijne toestemming niet gegeven had, daaraan niet gebonden was (24).

In het *Westerwolder landregt*, I, § 12, wordt gesproken over het geval, dat iemand iets op trouw ontvangen had, hetzij in bewaargeving of in bruikleen. „Item alle truwescap blyft by den nalaten personen, ende verstarvet niet” (25). De zin dezer eenigzins duistere plaats zal wel deze zijn, dat de erfgenaam de trouw van den erfflater moest bewaren en dus, even als deze, verplicht was tot teruggaaf (26).

Meer uitvoerig wordt over de regten en verplichtingen der erfgenamen gehandeld in de *Jurisprudentia Frisica*, maar wat hieromtrent in die compilatie op verschillende plaatsen voorkomt is niet wel overeen te brengen. In tit. I, § 40—43, vinden wij geleerd, dat de erfgenaam opvolgde in alle regten van den overledene, dat hij verplicht was tot teruggave van hetgeen de overledene ten onregte in zijn bezit had, dat hij opvolgde in de vorderingen tegen den overledene, maar dat hij niet verbonden was door misdrijven, welke zijn erfflater had gepleegd. „Dat is riucht: Dat enis mannis eerfnamma is oers naet, dan een neyfolginge in alle riuchten, deer dij deda heed, dat schel hij aeck habba; al weer 't seeck, dat dij dada heed eens ridders riucht, off een tyenstmans riucht, dat selue schel aeck habba dij eerfnamma; oers off bettera riucht leta, dan hij selff hauun haet. Hweerso di dada riucht hede, deer haet dij eerffnamma aeck riucht, ende wyr hij onriucht hede, deer haet dij eerffnamma aeck

(23) Verg. ook STOBBER, S. 307.

(24) Zie *Schets*, IV, in *Themis*, dl. XVI, bl. 99.

(25) RICHTHOFEN, S. 259.

(26) Verg. *Deutsche Rechtssprichwörter*, S. 185.

onriucht: want heda dij dada enigha secken myt onriucht bysetten, deer mey ma den eerffnamma offdryuua, ende moet dat onriucht weer kera: want deer moet neen man mey dis oderis schade off onriucht rickera wirde. Dit is riucht: Hweer dij dada om byclaged wirth, deer moten da eerffnammen ffoer anderda. Al is 't seeck, dat dij eerffnamma dyn dada ney folget in alle riucht, soe en toer hij aeck naet neyfolgia in alla onriucht: want al was dij dada een tyeff off een onriucht man, soe en toer hij aeck nen onriucht man wessa, off een tyeff, ende toer dyr aeck naet ffoer hingia". d. i. Dat is regt: Dat eens mans erfgenaam is anders niet dan een navolging in alle regten, die de doode had, dat zal hij ook hebben; al ware 't zaak, dat de doode had eens ridders regt, of een dienstmans regt, dat zelve zal ook hebben de erfgenaam; anders of beter regt laten, dan hij zelf gehad heeft. Waar zoo de doode regt had, daar heeft de erfgenaam ook regt, en waar hij onregt had, daar heeft de erfgenaam ook onregt; want had de doode eenige zaken met onregt bezeten, daar mag men den erfgenaam afdrijven, en moet dat onregt weerkeeren: want daar moet geen man met des anders schade of onregt rijker worden. Dit is regt: Waar de doode om beklaagd wordt, daar moeten de erfgenamen voor antwoorden. Al is 't zaak, dat de erfgenaam den doode navolgt in alle regt, zoo behoeft hij ook niet na te volgen in alle onregt: want al was de doode een dief of een onregt man, zoo behoeft hij ook geen onregt man te wezen, of een dief, en behoeft daar ook niet voor te hangen.

In tit. XXII, § 17 en 23, vinden wij in 't algemeen uitgesproken, dat de erfgenaam verbonden was door de overeenkomsten des erflaters. „Item een forwirda off onthetingha, dyr dij fader deth eer syn daed, dat aegh een stal to hebben; ende dat kynd is schyldich dat to halden, ende mey naet weerropa; ende dyo stimme des faders is dyo stemme des kyndis; ende dat kynd joff dij eerffnamma is allyck dan dijen, deer dat is. Dit is riucht: Haet dat dij (fader?) of foerfaer forwirda to fara deen ende oennymmen haet, dat is dij eerffnamma al schyldich ney to halden." d. i. Item: een

voorwaarde of belofte, die de vader doet voor zijn dood, dat heeft een bestand te hebben; en het kind is schuldig dat te houden en mag niet weerroepen; en de stem des vaders is de stem des kinds; en het kind of de erfgenaam is gelijk dan degene, die dood is. Dit is regt: Wat dat de (vader?) of voorvader voorwaarde te voren gedaan en aangenomen heeft, dat is de erfgenaam al schuldig na te houden. Daarentegen wordt in tit. XLIII, § 2, 3, de gehoudenheid van den erfgenaam tot betaling der schulden beperkt tot het roerend goed, en voorts geleerd, dat hij niet verbonden was wegens misdrijf of onregt van den erfater, tenzij wanneer de actie tegen dezen nog bij zijn leven ingesteld en hij veroordeeld was. Blijkbaar hebben wij hier bepalingen overgenomen uit het Saksische regt. »Dit is riucht: Dat dij eerffnamma da schylda bytellie schil, alsofyr so dat gued fan farender haue sij; neen tyeffte, ner raeff, ner dobbelspil, ner neen onriucht is dij eerffnamma schyldich to bytellien, deer dij dada naet fan byclaged ner foerwonnen was eer hij sterff: hit ten se seeck, dat dij eerffnamma dat gued self ontfinen haet, off dat hij deer burge foer wirden is; da eerffnamen thoeren mit hyaere seluis gued foer den dada naet bytellie. Dit is riucht: Om pennichschyelda, om tyeffta off om raeff, soe schil dij eerffnamma anderda, is 't seeck, dat dij dada foerwonnen is off byclagit is, eer hij stoer; ende is hij naet byclaget ende foerwonnen, so thoer hij deer naet foer anderda ende naet foer dwaen; ende weer 't seeck, dat ma dyn dada bytiget, dat hij dat ryths off dat land fan syn seluis braed hym foerreden heed, off myt foerrednisse crigeth heed, al is hij dyr naet foer byclageth off foerwonnen, eer hij stoer, allyckuel moten dae eerffnammen deer foer anderda, ende wirdeth hyae dan wrwonnen in der seeck, dattet soe is, so foerlyeset se dat eerff ende dat gued, want het is dan foerberth gued." d. i. Dit is regt: Dat de erfgenaam de schulden betalen zal, alzoo ver zoo het goed van varende have zij: geen diefte, noch roof, noch dobbelspel, noch geen onregt is de erfgenaam schuldig te betalen, daar de doode niet van beklaagd noch overwonnen was eer hij stierf: tenzij

zaak, dat de erfgenaam dat goed zelf ontvangen heeft, of dat hij daar borg voor geworden is; de erfgenamen behoeven met hun zelfs goed voor den doode niet te betalen. Dit is regt: Om penningschuld, om diefte of om roof, zoo zal de erfgenaam antwoorden, is 't zaak, dat de doode verwonnen is of beklaagd is, eer hij stierf; en is hij niet beklaagd en verwonnen, zoo behoeft hij daar niet voor te antwoorden en niet voor te doen; en ware 't zaak, dat men den doode beticht, dat hij het rijk of het land van zijn zelfs (braed?) hem verraden had, of met verraad gekregen had, al is hij daar niet voor beklaagd of verwonnen, eer hij stierf, gelijk wel moeten de erfgenamen daarvoor antwoorden, en worden zij dan overwonnen in die zaak, dat het zoo is, zoo verliezen zij het erf en het goed, want het is dan verbeurd goed. Het slot dezer plaats is niet zeer duidelijk. HETTEMA vertaalt het woord „ryths” door „geld.” In de *taalkundige aanmerkingen* zegt hij: „Ik geloof, dat hier eene bedorvene lezing is, en dat er iets is uitgelaten. Er wordt in den beginne dezer § van penningschuld, diefte en roof gesproken; zoude dit *ryths* hierop ook kunnen zien en met *ruyten en roven* in verband staan? dan zoude men kunnen overzetten: dat men den dooden betuigt die roof, of (dat hij) dat land door zijn eigen beraad zich aangeraden had (eigen gemaakt had), of door verraad gekregen had. Ysl. *rudr*, spoliatus, geplunderd” (27). Ik houd het er voor, dat „ryths” niet anders is dan „rik” regnum, en dat in het slot der plaats gehandeld wordt over het crimen laesae majestatis, landsverraad, waaromtrent in den Romeinschen Keizertijd het beginsel gold, dat de aanklagt zelfs na den dood des misdadigers kon worden ingesteld en dat bij veroordeeling damnata memoria en confiscatie plaats had, even als wanneer hij nog in leven was (28). De woorden „fan syn seluis braed” zijn mij evenwel niet helder. HETTEMA schijnt „braed” op te vatten als „bired”, beraad, consilium.

(27) *Jurisprudentia Frisica*, st. III, bl. 152.

(28) Verg. REIN, *Criminalr. d. Römer*, S. 537 fg.

Volgens § 13 daarentegen is de erfgenaam aansprakelijk voor zoo verre de nalatenschap strekt. „Da eerffnammen ende sibben dis daden, deer dat eerffscip ontfaet, sint schyldich ende aegh ma to dwingen, dat ze bytellie ende schyldnaten foldwe, ende aeck hyaere misdeda bettrie, alzofyr als dat eerffscip bytalia mey.” d. i. De erfgenamen en bloedverwanten des dooden, die de erfenis ontvangen, zijn schuldig en heeft men te dwingen, dat ze betalen en schuldenooten voldoen, en ook hunne misdaden beteren, alzoo ver als de erfenis betalen mag.

Ten aanzien der bijzondere overeenkomsten vinden wij in de *Jurisprudentia Frisica* ook nog enkele bepalingen. Het beginsel, dat de erfgenaam niet was gebonden aan een verkoop van onroerend goed, buiten zijne toestemming door den erfflater gesloten, en dat hij in dat geval recht van terugvordering had, komt voor in tit. XXX, § 14: „Hwanneer dij fader syn land is foercapien, ende dyrney storen, so agen da kynden dat nyaer fan dae foercapeda landen, hwanneer hya dat jeld oplidzen sint ende bitellien, deer hyaere fader haet ontfinzen: hwant hya sint dat sibste bloed.” d. i. Wanneer de vader zijn land heeft verkocht, en daarna is gestorven, zoo hebben de kinderen het niaar van de verkochte landen, wanneer zij het geld opleggende zijn en betalen, dat hun vader heeft ontvangen: want zij zijn het naaste bloed. Dat borgtogt eindigde door den dood van den hoofdschuldenaar wordt geleerd in tit. XLII, § 5, 6, welke plaats vroeger reeds is medegedeeld (29). Eindelijk uit tit. XXI, § 13 en 15, zien wij, dat de erfgenaam niet was gebonden aan eene overeenkomst van compromis door zijn erfflater aangegaan en dat het compromis ook eindigde met den dood van een der benoemde scheidslieden; wij vinden hier de toepassing van de omtrent lastgeving in 't algemeen geldende beginselen op een bijzondere soort van lastgeving. „Hweerso twee ygen een seeck bysprekkt op soenlyoed, ende dij ora igh sterft, so toer dij eerwa da byjesta naet

(29) Zie *Schets*, XIV, in *Themis*, Dl. XXXVIII, bl. 398 volg.

halde, ende in der byjefta naet blywa, hit ten se myt fria willa wilkared fan beda iggen, dat tet hiaere eerfnamen eeffter hymmen halde scolden. Hwerso een seeck byjown is op soenlyoed, ende dij ena soenman stoer, eer dyo seeck maked wyr jefta schaeet, so mey ma om da seeck in da riucht sprecka." d. i. Waarzoo twee partijen een zaak bespreken op zoenlieden, en de andere partij sterft, zoo behoeft de erfgenaam de begeving niet te houden en in de begeving niet te blijven, tenzij met vrijen wil gewillekeurd van beide partijen, dat het hunne erfgenamen na hen houden zouden. Waarzoo eene zaak begeven is op zoenlieden, en de eene zoenman stierf, eer de zaak gemaakt was of gescheiden, zoo mag men om de zaak in het regt spreken.

6. *Inbezitstelling. Boedelscheiding. Inbrenng.*

Het is bekend, dat naar Germaansch regt eene uitdrukkelijke aanvaarding der nalatenschap niet werd vereischt, maar dat de erfgenaam onmiddelijk opvolgde in het zakelijk regt des erflaters, hetgeen men uitdrukte door de regtsparoemie: de doode erft den levende, of le mort saisit le vif. Wat nu de uitoefening van het regt betreft, zoo mogt de erfgenaam zich niet eigenmagtig in het bezit stellen, want eigen rigting was in 't algemeen ongeoorloofd, maar hij had eene actie tegen hem, die als regter of als erfgenaam in het bezit was, wegens roerend goed binnen jaar en dag, wegens onroerend goed binnen dertig jaar. Hij kon zijne aanspraak evenwel niet eerder dan na den dertigsten dag na het overlijden des erflaters doen gelden. Gedurende dertig dagen bleef de boedel in denzelfden toestand, de weduwe met het gezin bleven op het goed; de erfgenaam mogt er evenwel voor waken, dat er niets verduisterd werd en kon zich te dien einde bij de weduwe in het sterfhuis begeven. Na den dertigsten dag konden de erfgenamen en de schuldeischers met hunne aanspraken opkomen. Tegenover den regter, wanneer deze de nalatenschap onder zijne bewaring had, bewees de erfgenaam zijn regt door het bewijs der bloed-

verwantschap, tegenover hem, die als erfgenaam in het voorloopig bezit was, door aan te toonen of dat deze een der noodzakelijke vereischten voor het erfgenaamschap miste, of door te bewijzen, dat hij nader met den overledene was verwant dan deze. Daarna had, wanneer er meerdere erfgenamen waren, de boedelscheiding plaats, waarbij het zoogenoemde keurregt gold, d. i. dat de oudste de deelen maakte, de jongste daaruit de keuze deed (30).

Het beginsel, dat het regt van den overledene onmiddelijk overging op den erfgenaam, ook zonder dat er eenige daad van aanvaarding zijnerzijds noodig was, vond ik in de Friesche regtsbronnen niet uitdrukkelijk uitgesproken, doch heeft in het Friesche regt toch ook ongetwijfeld gegolden, daar 't een algemeen Germaansch regtsbeginsel was.

Met opzigt tot het in bezit nemen der nalatenschap maken WIARDA (31) en KROM (32) onderscheid tusschen de naaste erfgenamen, de zoogenoemde zes handen, en de meer verwijderde bloedverwanten. De eersten zouden zonder geregte lijke hulp in den boedel mogen treden, de laatsten moesten met den regter opkomen tegen den boedelhouder en borg stellen voor het aandeel, waarop zij aanspraak maken. WIARDA beroept zich voor zijn gevoelen op § 69 en 70 van het *Schoutenregt* en op het 15e *landregt*, KROM voert aan § 67, 69 en 70 van het *Schoutenregt*, en de *Jurisprudentia Frisica*, tit. XXXIII, § 2, XLIV, § 15 en L, § 8.

Ik kan mij met dit gevoelen niet vereenigen. Wat vooreerst het 15e *landregt* betreft, daarin wordt van geen bezitneming des boedels gesproken, en uit het slot der plaats, waar gezegd wordt, dat bij de verdeling eener nalatenschap tusschen meer verwijderde bloedverwanten den asega een zekere som toekwam, zou ik niet durven afleiden, dat alleen

(30) Verg. v. SYDOW, S. 311 fgg. SIEGEL, S. 148 fgg. WALTER, § 586. *Deutsche Rechtssprichwörter*, S. 207, over de regtsparoemie: de doode erft den levende, S. 159, over den dertigsten, het regt van de weduwe en van den erfgenaam, S. 217, over het keurregt.

(31) *Asegabuch*, S. 138 Not. i en 139.

(32) *Oud-Nederlandsch erfhuysrecht*, Nijmeg. 1878, bl. 119 volg. *Themis*, XLIIIste Dl., 1e Stuk, [1882].

in dat geval de regterlijke hulp moest worden ingeroepen en dat de naaste bloedverwanten zich eigenmagtig in het bezit mogten stellen. Zooals ik reeds vroeger te kennen gaf, houd ik die som, welke aan den asega moest worden betaald, eenvoudig voor een soort van successie-belasting (33).

Ook in § 67 en 69 van het *Schoutenregt* kan ik niet lezen wat WIARDA en KROM daaruit willen afleiden. Beide plaatsen heb ik vroeger reeds behandeld (34). In de eerstgenoemde plaats, waar over het geval gesproken wordt, dat er een erfgenaam in het bezit was van den boedel, wordt, zooals ik vroeger heb opgemerkt, alleen gezegd, dat de bezitter het bewijsvoordeel had, en dat, zoo hij het bewijs levert, dat hij de naaste regthebbende is, hij het goed bekomt, terwijl, wanneer hij in dat bewijs te kort schiet, hij het moet ruimen en de eischer door den regter in het bezit wordt gesteld. In § 69 wordt gezegd, dat wanneer geen van de partijen in het bezit is, hij, die zich voor den naasten erfgenaam uitgeeft, voorloopig door den asega in het bezit moet worden gesteld, tot dat nader definitief is uitgemaakt, wie de naaste gerechtigde is (35). De aanhef van § 70 luidt aldus: „Hweerso ma een bodel lawiget neuen ende niften, ende hia evenkne sint, als hia to da fordel commet soe agen hia in to farane, ende des boedels to moniane mit aefta orkenschap fan dam deer kamer ende kayen der warade. So aech him di aesga to delane, datse agen to weddien elker lyck orem riucht bodeldeel” (36). d. i. Waarzoo men een boedel nalaat neven en nichten, en zij even na verwant zijn, als zij tot het huis komen, zoo hebben zij in te varen en den boedel te manen met echte getuigen van dien die kamer en sleutels aldaar bewaarde. Zoo heeft hem de asega te deelen, dat ze hebben te verzekeren ieder hunner geregt boedeldeel. Vervolgens wordt er gezegd hoe verder de boedelscheiding

(33) Zie *Schets*, XVII, in *Themis*, Dl. XLI, bl. 75.

(34) Zie *Schets*, IX, in *Themis*, Dl. XXXIV, bl. 248.

(35) Verg. ook v. AMIRA, S. 198, die mede het gevoelen van WIARDA bestrijdt.

(36) RICHTHOFEN, S. 398 fg.

moest plaats hebben, op welk onderwerp wij straks nader terug komen. Ook uit deze plaats kan ik niet opmaken, dat er onderscheid werd gemaakt tusschen de naaste en de meer verwijderde erfgenamen. Er wordt alleen gezegd, dat de neven en nichten, d. i. de meer verwijderde erfgenamen, de nalatenschap moesten opvorderen van den boedelhouder, maar daaruit volgt volstrekt niet, dat de naaste erfgenamen zich eigenmagtig in het bezit mogten stellen. Evenmin blijkt dit m. i. uit de aangehaalde plaatsen der *Jurisprudentia Frisica*. Tit. XXXIII, § 2, leert, naar 't mij voorkomt, hetzelfde wat wij vinden in § 69 van het *Schoutenregt*, omtrent het voorloopig bezit. In tit. L, § 8, wordt gezegd, dat de naaste bloedverwant was de naaste erfgenaam en als zoodanig in het bezit moest worden gesteld. Ook in tit. XLIV, § 15, kan ik niet lezen wat KROM daarin vindt; hij legt bijzonder nadruk op het woordje „ende”, waarin volgens hem eene tegenstelling ligt met hetgeen vooraf gaat; hij verklaart de plaats aldus, dat de erfgenaam, die niet behoorde tot de opgaande of nederdalende lijn, maar tot de zijlinie, geen aanspraak kon maken op de nalatenschap als regte erfgenaam. Dat is, geloof ik, onjuist; immers, gelijk wij gezien hebben, behoorden ook broeder en zuster even goed als de ouders en de kinderen tot de naaste erfgenamen, de zoogenoemde zes handen (37). De plaats wil niets anders zeggen dan dat iemand, die niet behoort tot eene der drie liniën, opgaande, nederdalende of zijlinie, geen aanspraak had op de erfenis. Voorts verdient hier nog vermelding eene plaats uit het *Marktregt*, § 9: „Om lauwa deer in da merked lauwiget wirdet, soe aegh di eerfnama dine schelta to da huus to haliane, dat hi him riuchtes helpe; det hy dat naet, ende di schelta dat wraeschie om dat bodel, so aeg hi sine bannere to da fordel to seynden, dat ma him afara wt achtie fyff schillinghen, wantse hit him an raef haldet. Nu aegh di schelta dis fiarda deys thi dae fordele to commen ende sines riuchtes to monien; werwet hiase him, so aegh di aesga to delen dat

(37) Zie *Schets*, XVII, in *Themis*, Dl. XLI, bl. 68.

hi in fare, ende mit synre fora hand syn riucht wt achtia schil; wert him immen mit wald, di aech to iowane II pond" (38). d. i. Om nalatenschap die in de markt nagelaten wordt, zoo heeft de erfgenaam den schout tot het huis te halen, dat hij hem regtes helpe; doet hij dat niet, en de schout dat eischt om den boedel, zoo heeft hij zijn banner tot het huis te zenden, dat men hem te voren uit vordert vijf schellingen, want zij het hem aan roof houden. Nu heeft de schout des vierden daags tot het huis te komen en zijns regts te manen; weerstreven zij hem, zoo heeft de asega te deelen dat hij in vare, en met zijn regterhand zijn regt uivorderen zal; weert hem iemand met geweld, die heeft te geven II pond. Ook hier wordt geen onderscheid gemaakt tusschen de naaste en meer verwijderde erfgenamen, maar wordt van den erfgenaam in 't algemeen gesproken; het schijnt zelfs, dat hier eene boete wordt gesteld, voor het geval de erfgenaam, met voorbijgang van den schout, zich in het bezit stelde; zoo althans meen ik die vijf schellingen te mogen verklaren.

Dat de eisch moest worden ingesteld binnen jaar en dag blijkt uit het *Schoutenregt*, § 68, vroeger reeds medege-deeld (39), en uit het *Schoutenregt*, § 51 en de *Regten en vrigheden aan Oostergo en Westergo gegeven door hertog Albrecht van Beyeren*, waar gehandeld wordt over nalatenschappen van vreemdelingen, welke plaatsen ik mede reeds vroeger vermeldde (40). Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tusschen roerend en onroerend goed.

Of de erfgenamen en schuldeischers met hunne aanspraken moesten wachten tot den dertigsten dag na het overlijden, blijkt niet; maar wel vinden wij eene plaats in de *Jurisprudencia Frisica*, waar gezegd wordt, dat de boedel tot

(38) RICHTROPEN, S. 422.

(39) Zie *Schets*, IX, in *Themis*, Dl. XXXIV, bl. 248. Verg. ook *O. F. W.* bl. 89 op de woorden *to nenis riuchtes staen*.

(40) Zie *Schets*, III, in *Themis*, Dl. XV, bl. 409. Verg. ook KROM, bl. 118.

aan de verdeeling in denzelfden toestand moest blijven, waarin de overledene dien had nagelaten, behalve dat alleen de noodzakelijke begrafeniskosten en zielmissen daaruit mogten worden betaald. In tit. XXXIV lezen wij daar, onder het opschrift «de rebus relictis» het volgende: «Als een man daed is, so aegh dat bodel jeffta dat eerfseip stil to staen, in der selle loegh, deer 't in is, al ont hit beschat is mit riucht jeffte deeld; hit ne se, dat ter hatte needtreffte se, dat lyck mey to bestedigen, ende da seel mey to bygaen, so fulla moet ma sella, ende naet meer, wta meenbodol.» d. i. Als een man dood is, zoo heeft de boedel of de erfenis stil te staan, in dezelfde plaats, waar 't in is, al tot het gescheiden is met regt of gedeeld; tenzij dat er wat nooddruft zij, het lijk mede te bestellen, en de ziel mede te begaan, zoo veel moet men verkoopen, en niet meer uit den gemeenen boedel.

Hoe verder de boedelscheiding moest plaats hebben zien wij uit het *Schoutenregt*, § 70, waarvan wij het begin reeds mededeelden. Nadat er dan gezegd is, dat de erfgenamen de nalatenschap moesten opvorderen van den boedelhouder en elkander zekerheid moesten geven voor ieders erfdeel, vervolgt de plaats aldus: «als hia dat riuchte boedeldeel biweddet habbet, soe schelles foerd draga gold ende weed iof hit deer is, ku ende ey ende hiara quik fia, ende inka ende anderke. So agen hia in den field to farane ende dat eerwe to delen, dat fyrste aller aerst ende dat neste aller lest; dat schillet hia binna saun nachten deen habba al to da huse, hit ne se dat hit him need of nime, deer schil hia di schelta to banna dat hia et alsoe dwe; dat schil wessa des winters als des summers, dat ne mey wrfaen fira ner festa, mer deer schilma tingia om saun nacht om een bodeldeel. Ief dis buirblicande guedis aet forloren is, deer hi eer aynlike oen siner wer hede, da hi aller nest oen sonda liue was, oen schepena weed iefta oen wrochta golde iefta oen flowerfotada schettum, so schil hi deer kamer ende kayen warade dat winna iefta foer fuldeel nima, hit ne se dattet him an needraef of nimmen se. Ende ief ma deer enich

schielda aeschet, willet hia iechta so schillet hia ielda, willet hia naet iechta so schil di swara deer dat gued aeschet, dat hi dat oen dat meenbodel io dam deer da kamer ende kayen biwarade. Soe schil di ora swara, dat hi dat ontfingh ende in dat meenbodel biwarade. Nu mei fordera neen schielda iechta deer kamer ende kayen warade, dan hy mit ku ende ey ielda mey, ende binnia da balken mit bodel; ief hi fordera iecht, so sint da erfnamen nyer dine ker to hebben, hor hia onswer dan hia ielde" (41). d. i. als zij het regte boedeldeel verzekerd hebben, zoo zullen ze voort dragen goud en kleederen indien het daar is, koe en ooi en hun levend vee, en zuivel en gereedschap. Zoo hebben zij in het veld te varen en het erf te deelen, het verste aller eerst en het naaste aller laatst; dat zullen zij binnen zeven nachten gedaan hebben al tot het huis, ten zij dat het hun nood afneemt, daar zal hen de schout toe bannen dat zij het alzo doen; dat zal wezen des winters als des zomers, dat mag niet verhinderen vier- noch vast-dagen, maar daar zal men dingen om zeven nachten om een boedeldeel. Indien van het buurblijkend goed iets verloren is, dat hij vroeger eigendommelijk in zijne weer had, toen hij aller naast aan gezonden lijve was, aan gemaakte kleederen aan gewerkt goud of aan viervoetige schatten, zoo zal hij die kamer en sleutels bewaarde dat winnen of voor voldeel nemen, ten zij dat het hem aan noodroof afgenomen zij. En indien men daar eenige schulden eischt, willen zij bekennen zoo zullen zij gelden, willen zij niet bekennen zoo zal die zweren die het goed eischt, dat hij dat aan den gemeenen boedel gaf dien die de kamer en sleutels bewaarde. Zoo zal de andere zweren, dat hij dat ontving en in den gemeenen boedel bewaarde. Nu mag verder geen schuld bekennen die kamer en sleutels bewaarde, dan hij met koe en ooi gelden mag, en binnen de balken met boedel; indien hij verder bekent, zoo zijn de erfgenamen nader de keus te hebben, of zij ontzweren dan zij gelden. Sommige uitdruk-

(41) RICHTHOFEN, S. 399.

kingen in deze plaats zijn niet regt duidelijk. Vooreerst is de beteekenis van het woord „inka” onzeker. Volgens RICHTHOFEN zou het hetzelfde zijn als het oud-Hoogduitsche „encho”, agricola, Middelhoogduitsch „enka”, nog in Nederduitschland bestaande „enke, anke”, knecht; hij geeft evenwel toe, dat hiertegen strijdt, dat het naast „anderk”, werktuig, voorkomt en tot den boedel gerekend wordt (42); ik heb daarom gemeend de verklaring van de uitgevers der *Oude Friesche wetten* te mogen volgen. De wijze van verdeling van het onroerend goed, dat nl. eerst het verst gelegene en vervolgens het naderbij gelegene werd verdeeld, wordt door de uitgevers der *Deutsche Rechtsprichwörter* hierdoor verklaard, dat het opzigt en de hoede over de verder liggende goederen moeilijker was dan over de meer nabij gelegene (43). Bij de bepaling, dat de voortgang der scheiding niet werd afgebroken door feest- en vastdagen, waarop anders in den regel de regtspleging stil stond, kan men vergelijken de *Jurisprudentia Frisica*, tit. II, § 31, waar gezegd wordt: „Hweerom moet nen Schelta to stole sitten twiscka Pascha ende Pinxtera? Aldeerom, omdat hy ne foghet nen banne, dat hij to stole sitte, als syn Hera is itta tinghe; also daeth hit nene Schelta da fyortich deggen alomme, byhala om tree wenden: Dat aerste: Hwerso een man sterft jefta een wyf, ende hya da lawa naet euen dele mogen, so moet dij Frana aldeer gaen, jefta rida, ende syn ban leda, al om achte deggen: dat hij ne se of da guede dreuen, deer kamer ende kayen wald: so moet hij aldus dwers wr nacht tinghia, jeff hij 't an da wythedem waria wil, dat hij nabbe to itane ner to drinckiane, dan off da gueden.” d. i. Waarom moet geen Schout ter stoel zitten tusschen Paschen en Pinksteren? Aldaarom, omdat hij voegt geen ban, dat hij ter stoel zit, als zijn Heer is in het geding; alzoo doet het geen Schout de veertig dagen om, behalve om drie uitzonderingen. De eerste: Waarzoo

(42) *Wörterbuch*, in voc. *inka*. Zie ook *Schets*, III, in *Themis*, Dl. XV, bl. 380.

(43) Zie ald. S. 217.

een man sterft of een wijf, en zij de nalatenschap niet even deelen mogen, zoo moet de Vroone aldaar gaan of rijden, en zijn ban leiden, al om acht dagen: dat hij niet van het goed gedreven zij, die kamer en sleutels bezit: zoo moet hij aldus dwars over nacht dingen, of hij 't aan de wijteeden zweren wil, dat hij niet heeft te eten noch te drinken, dan van de goederen. Uit deze plaats zou men mogen opmaken, dat het voorschrift strekte tot bewaring van den boedel. Wat er gezegd wordt omtrent goederen, welke verloren waren gegaan, is mij niet regt duidelijk: de zin schijnt wel deze te zijn, dat de boedelhouder daarvoor aansprakelijk was en het verlorene hem in zijn deel werd toegerekend, tenzij hij kon bewijzen, dat het hem ontroofd was; wij hebben hier dan te denken aan het geval, dat de boedelhouder mede tot de erfgenamen behoorde. Uit eene vroeger reeds medegedeelde plaats uit de *Jurisprudentia Frisica*, tit. XXVIII, § 41, blijkt, dat de vrouw, die in het bezit des boedels was, nader was tot het bewijs (44). Ook het slot der plaats, waar over de betaling der schulden en de bewijsvoering daaromtrent wordt gehandeld, is mij niet regt helder. Het schijnt wel, dat wij hier niet zoo zeer aan een eigenlijke geldschuld te denken hebben, als wel aan het geval, dat eenig goed in bewaring of bruikleen was gegeven. Dit meen ik te mogen opmaken uit de woorden: „so schil di swara deer dat gued aeschet, dat hi dat oen dat meenbodel io dam deer da kamer ende kayen biwarade. Soe schil di ora swara, dat hi dat ontfingh ende in dat meenbodel biwarade.” Waarom hier de boedelhouder geen verdere schuld mogt erkennen dan hij met vee en den inboedel kon betalen, begrijp ik niet. Wat de uitgevers der *Oude Friesche wetten* hieromtrent aanteekenen geeft ook geen licht. Zij zeggen: „Dit kan men verstaan op deeze wijze: dat de waarde der schuld die der koeijen en schaapen niet moest te boven gaan; of wel in deezer voege: dat de schuld met dat vee betaald konde worden”, waarna zij dan

(44) Zie *Schets*, VII, in *Themis*, Dl. XXXII, bl. 553.

vervolgens opmerken, dat bij de groote schaarschheid van geld in vroegeren tijd, dikwijls vee werd gebruikt als betaalmiddel (45).

Dat ook bij ons het zoogenoemde keurregt gold, volgens hetwelk de oudste de verdeeling maakte en de jongste koos, blijkt uit eene vroeger reeds medegedeelde plaats uit het *Westerwolder landregt*, c. XVI, § 3, en uit het *Oldambtster landregt* (46).

Over den eed, welken de boedelhouder moest afleggen, dat hij niets verduisterd had, hebben wij vroeger reeds gesproken, zoodat ik kan verwijzen naar het medegedeelde (47).

Uit het *Stadboek van Bolsward*, c. 117, schijnt men te mogen opmaken, dat het daar de gewoonte was, om de boedelscheiding door schepenen te laten doen. „Item, waer die Schepenen gelaedet worden toe deelen een meenboedel, daer moeghen sy van dat hele guedt hebben nyet meer, dan twee pond, meer worden zy nyet gelaeden, soe en moeghen sy dair nyet van hebben” (48). Hetzelfde vindt men in het *Stadboek van Sneek* (49).

Ten aanzien van den inbreng kan ik verwijzen naar hetgeen ik daaromtrent vroeger heb medegedeeld (50).

7. Onbeërfde nalatenschap.

De onbeërfde nalatenschappen kwamen volgens het Emsiger regt voor een derde gedeelte aan den regter, voor een derde gedeelte aan de kerk en de armen en voor een derde gedeelte aan de gemeente voor het onderhoud van dammen en dijken; volgens het Fivelgoër, Langewolder

(45) *O. F. W.*, bl. 91.

(46) Zie *Schets*, X, in *Themis*, Dl. XXXV, bl. 201.

(47) Zie *Schets*, VII, in *Themis*, Dl. XXXII, bl. 554.

(48) *Charterb.*, I, bl. 564.

(49) Ald. bl. 578.

(50) Zie *Schets*, VI, in *Themis*, Dl. XXXII, bl. 307 volg., VII, ald. bl. 546.

en Oldambtster regt werden zij verdeeld tusschen den regter, de kerk en de armen (51). Dit was het geval, wanneer er geen erfgenamen binnen den vijfden graad bestonden. De hiertoe betrekkelijke plaatsen heb ik vroeger reeds medege-deeld (52). Hetzelfde had plaats met erfenissen van vonde-lingen en onbekende lieden. Het *Fivelgoër erfregt*, § 12, zegt aan het slot: „Vondelinghe arffenisse alsoe; end unbe-kande luide arffenisse oeck alsoe” (53). Daarmede komt overeen het *Langewolder erfregt*, § 31 (54) en het *Oldambtster landregt* (55). Volgens het *Erfregt van Figelgo en Hunsingo*, § 17, werd er evenzoo gehandeld met de nalatenschappen van kinderen, die ex damnato coitu of in een openbaar bordeel geboren waren. Nadat er in den aanhef der plaats gezegd is, dat onechte kinderen, die van vader of moeder mogten erven, evenzoo hunne nalatenschap vererfden op vader of moeder, lezen wij verder: „end moeghensy gheene arffenisse vntfangen van hoeren olders ofte vrenden, soe sal hoer arffenisse wesen vnwe, dat is toe verstaen datsy sall vallen in drie handen; dat ene diell sall hebben die kercke, daer also dane kynderen staruen, dat ander diell sall hebben die reddie, end dat darden diell salln hebben de ghemene arme luiden, in den dat de vorscreven kynderen niet hebben broderenn, susteren, kinderen off ander vrenden, die hoer arffenisse nae vnsen wilkoren moegen vntfangen” (56).

Volgens het *Stadboek van Groningen*, II, § 11, werden nalatenschappen van personen, waarvan de erfgenamen on-bekend waren, onder sequestratie van het stedelijk bestuur gesteld. „Ienich persoon de bynnen groninghe steruet ende guet achter latet ende men sine erfgenamen niet en weet, so sullen die borghermestere ende raed hem des guedes onderwinden ende latent to samen bliuen al wanter tijt de

(51) Verg. v. AMIRA, S. 180.

(52) Zie *Schets*, XVI, in *Themis*, Dl. XL, bl. 152.

(53) RICHTHOFEN, S. 305.

(54) Ald. S. 376.

(55) *Pro excol.*, VI, bl. 713, n^o. 21.

(56) RICHTHOFEN, S. 326.

erfghenamen na komen of setten daer twe to de dat guet verwaren ende laten die daer to sweren Ende komet daer niemant bynnen iaers na So makent seet to ghelde de daer to sat sijn Ende leueren den borgermeisters ende die legghent in die stad kiste Ende de raden daer voer alse menen dat beste sij ter erfghenamen behoef of se komen bynnen tien iaeren (57).

Over nalatenschappen van vreemdelingen hebben wij vroeger reeds gehandeld en verwijs ik naar het daaromtrent medegedeelde (58).

(57) *Pro excol.*, V, bl. 22. Verg. hierbij ook KROM, bl. 33.

(58) Zie *Schets*, III, in *Themis*, Dl. XV, bl. 409.

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

NEDERLANDSCHE LITTERATUUR.

Handleiding tot de wet op de regterlijke organisatie en het beleid der justitie, door Mr. A. DE PINTO; —
Tweede herziene, veel vermeerderde en met de geldende wetgeving in overeenstemming gebragte druk, door Mr. A. A. DE PINTO. Zwolle 1880.

Toen in 1844 Mr. A. DE PINTO zijne *Handleiding tot de wet op de regterlijke organisatie* in het licht gaf, noemde hij onder de voorname redenen, die hem van dien arbeid hadden afgeschrikt, ook het ontbreken van alle litteratuur over het onderwerp. „Niemand heeft zich harer (der wet) nog aangetrokken“.

Wanneer daarentegen iets van het bewerken eener nieuwe, aan de behoeften des tijds voldoende uitgaaf kon afschrikken, dan was het wel de overvloed van stof, in zes en dertig jaren na de klacht van den schrijver opgehoopt. Omtrent haast alle belangrijke vragen door de wet (althans de wet vóór het partieel herzieningswerk van 1874 en later) gerezen, gaf de Hooge Raad zijne beslissing; de herhaalde pogingen tot hare algeheele herziening riepen niet alleen een heirleger van staatsstukken — regeeringsmemoriën en kamerverslagen over *acht* ontwerpen — maar ook eene uitgebreide litteratuur in het leven, die te zamen wel heel wat kaf bevatten, maar toch ook een gansch niet te versmaden korenoogst. En bovendien werd in de laatste zeven jaren de wet zelve in belangrijke onderdeelen gewijzigd. Van dat alles moest gebruik en een zeer moeilijk gebruik worden gemaakt, zou de nieuwe uitgaaf noch beneden den eisch blijven, noch een karakter bekomen, geheel verschillend van de oorspronkelijke. Want terwijl Mr. A. DE PINTO zich zijne *Handleiding* had gedacht als leerboek (in zijne voorrede sprak hij zelfs van een schoolboek), had hij daarbij tevens, in de hoop van tot verbetering bij te dragen, eene

niet onaanzienlijke plaats ingernimd aan de kritiek der door hem behandelde instellingen; de bewerker der tweede uitgaaf moest dus den schrijver wel ook op dit spoor volgen, of de Handleiding, ontdaan van een harer interessantste onderdeelen, vervormen tot een nuchteren commentaar. Van den broeder, die bij de wetenschappelijke bearbeiding dezer rechtsgeleerde nalatenschap tevens eene taak van pieteit vervult, was dat wel allerminst te verwachten.

Ik ben mij bewust en door veeljarige vriendschappelijke betrekking tot dien broeder en door de verhouding, waarin de praktijk bij den Hoogen Raad mij tot een lid der burgerlijke kamer van dat collegie brengt, verplicht te wezen tot groote soberheid, waar het onderzoek der nieuwe uitgaaf mij, in plaats van tot eene reeks van aanmerkingen, aanleiding geeft tot ruimen lof. Maar dit meen ik in volkomen onafhankelijkheid te mogen zeggen, dat Mr. A. DE PINTO's Regterlijke organisatie eene verjongingskuur heeft ondergaan, evenredig aan de verdiensten van hem, wiens ledige plaats nog niet vervuld is in de rijen onzer balie, en aan de erkende kunde van den bewerker.

Ook afgescheiden van dezen persoonlijken grond komt het mij voor dat, terwijl bespreking van den onderwerpelyken arbeid in *Themis* niet mogt achterwege blijven, zij zich veeleer tot eene aankondiging bepalen, dan eene doorlopende beoordeeling uitmaken moet. Immers het oorspronkelijk werk is bekend genoeg. Toen het verscheen, was de nog vóór de invoering der organieke wet verdedigde dissertatie van wijlen onzen verdienstelyken medearbeider Mr. G. A. FOKKER (1) het eenige geschrift, waarin het onderwerp in zijn ganschen omvang werd behandeld, en eerst in 1878 heeft het van Mr. VAN NOOTEN's hand (2) een opvolger bekomen. Gedurende het derde eener eeuw dus heeft Mr. A.

(1) De futura potestatis judiciariae ordinatione ex legibus 18 Apr. 1827 et 28 Apr. 1835 (1836).

(2) Wet op de regterlijke organisatie en het beleid der justitie, benevens de daartoe behoorende wetten en verordeningen, met aantekeningen toegelicht.

DE PINTO's Regterlijke Organisatie tot bijna eenige wetenschappelijke vraagbaak op dit gebied gediend. Zou niet reeds dit feit genoegzaam zijn om het boek tot een deugdelijk werk te stempelen? Want zoo weinig opgewekt is toch het wetenschappelijk regtsleven ten onzent niet, of het bestaan slechts eener enkele en onbruikbare bearbeiding van eene wet van dagelijksche toepassing zou wel tot eene nieuwe behandeling der stof geprikkeld hebben. Den toets der bruikbaarheid heeft dus de oorspronkelijke Handleiding zegevierend doorstaan. Wil men een ander bewijs dat hare deugdelijkheid afdoende is gebleken, ik meen daarvoor te mogen aanvoeren dat de bewerker der tweede uitgaaf, die op menige plaats de arresten van het eigen collegie waartoe hij behoort aan kritiek onderwerpt, op slechts betrekkelijk weinig plaatsen de meeningen, zóólang geleden door zijn voorganger verkondigd, heeft behoeven te bestrijden. En hetgeen de tweede uitgaaf meer of anders bevat dan de eerste, is te veel om doorlopend te worden beoordeeld; bijna is hier een boek, geschreven over een boek, en dáárover zou ik, aldus recenserend, op mijne beurt nogmaals een boek gaan schrijven. Slechts enkele opmerkingen dus. Allereerst om mijn „meer of anders" van zoo even te verklaren. Gansche gedeelten van het oorspronkelijke hebben eene algeheele omwerking moeten ondergaan, omdat de wetsbepalingen (b. v. die op de tucht en het ontslag) ingrijpend gewijzigd zijn; elders was de toe te voegen stof door den tijd zóó zeer toegenomen, dat geen zamenhang meer was te bereiken zonder wijziging van den oorspronkelijken tekst. Het komt mij voor dat in dat alles de bewerker uitstekend is geslaagd. Eene tweede opmerking, is dat deze uitgaaf heel wat meer dan de eerste verwijst tot vreemde wetgevingen en regtstoestanden. Hem die met de werken van mr. A. DE PINTO vertrouwd is treft deze verandering te meer, omdat m. i. ten minste zelden bij een auteur zooveel belezenheid gepaard is gegaan met zooveel soberheid in het aanhalen. Wel verre echter dat ik deze verandering afkeur, beaam ik gaarne des bewerkers uitspraak, dat waar de regtsontwikkeling, geheel of ten deele

ontleend aan gemeenschappelijke bronnen, met de onze min of meer gelijken tred houdt, zoodanige vergelijking niet mogt ontbreken. En dit voert mij weder tot de opmerking dat de grondslag, waarop deze verklaring onzer regterlijke organisatie is opgetrokken, ook in andere opzigten breed is in den besten en meest wetenschappelijken zin, zoodat men de geldende wet vindt opgehelderd niet alleen uit hare eigen geschiedenis en met een vrij ruim gebruik der literatuur verklaard, maar opgehelderd ook uit de lijdensgeschiedenis onzer wetgevende kunst, gevormd door het lot der acht mislukte pogingen om aan het vijfde additionele artikel der Grondwet te voldoen. Bovenal uit eene verklaring van bijna het geheele vijfde hoofdstuk dier Grondwet. Ofschoon schets en aanteekeningen, die naar de bekende inrigting van de PINTO's Handleidingen de twee stukken van het werk uitmaken, te zamen nog geen drie honderd bladzijden beslaan, heeft in die beperkte ruimte des bewerkers welgelukt „streven naar beknopte volledigheid” de wetenschappelijke degelijkheid van dezen arbeid veeleer krachtig bevorderd, dan daaraan eenigermate afbreuk gedaan.

En zoo vinde deze nieuwe uitgaaf in nog ruimeren kring den weg, welken het oorspronkelijke met eere bewandeld heeft.

Moge lang voordat weêr zesendertig jaar zijn verlopen eene derde uitgaaf noodig zijn geworden — tenzij vóór dien tijd eene nieuwe organieke wet een geheel nieuw werk noodig maakt.

den Haag, October 1881.

A. P. TH. EYSELL.

ACADEMISCHE LITTERATUUR.

A. MOENS. — *Het tijdstip waarop de Failliet het Beheer zijner Goederen verliest.* Academisch Proefschrift, Utrecht 1880, J. v. DRUTEN.

Den lof van een moedig en behendig strijder te zijn, zal niemand ontzeggen aan dezen schrijver. Moedig, omdat hij niet enkel optreedt tegen het gewone gevoelen (sedert de verschijning van zijn proefschrift ook nog door den Hoogen Raad en den Adv.-Generaal mr. POLIS gehuldigd, *W.* n^o. 4529), maar ook nog zich niet volkomen aansluit aan de tot dezelfde conclusie als hij komende uitspraken van Regtbank en Hof te Amsterdam (*W.* n^o. 4435, 4479—4481). Behendig in de inrigting zijner argumentatie en bovenal in zijn lectuur en aanhaling van VOORDUIN, Deel X, bl. 640, 662, 696 en 697. Welk gevoelen men ook zij toegedaan omtrent den aanvang van het faillissement naar ons regt, niet ligt zal men dit proefschrift zonder veel belangstelling kunnen doorloopen.

Zoowel de Inleiding als de zes stellingen, waarmede Schr. (bl. 105) besluit, stempelen het als een pleidooi voor de opvatting, dat de dag, in art. 769 K. aangegeven als aanvang van het faillissement enkel is tijdstip ter berekening der termijnen in artt. 773—775 K. en dat al de andere gevolgen van het faillissement eerst met en van af het in art. 770 K. bedoelde vonnis van faillietverklaring intreden. Art. 769 K. is volgens Schr. een exceptioneele wetsclausule.

Toetsing van die stelling aan ons regt is de taak waartoe hij lezer en aankondiger noopt.

Schr. begint met een Hoofdstuk (16 bladzijden) over den aard van het faillissement en van de faillietverklaring volgens onze wet. Kort en kernachtig kenschetst hij deze laatste als een vonnis, niet tusschen partijen geweest, maar den staat regelende tusschen allen, zoowel schulde naar als schuldeischers en derden.

Ook wijst hij bl. 8 e. v. op het stelsel van *faillite de droit*, thans door ons Wetboek van Koophandel en het eerst ten onzent door het Ontwerp van 1835 gehuldigd, in tegenoverstelling van den Code de Commerce, waarin het faillissement *de fait* bestaat, somtijds reeds lang vóór dat het door regterlijke uitspraak geconstateerd wordt.

Uit den aard der zaak is dit deel van Schrijvers algemeene beschouwing reeds een aanvang zijner argumentatie. „Met bewustheid,“ (zegt hij op bl. 10), „heeft men een anderen weg, dan in den Code was genomen, ingeslagen en vooral hierom is dit van belang, omdat het bij de bepaling van het verband der artikelen van de wet tot groofter zekerheid zal kunnen leiden.“

Die algemeen principieele beschouwing is dan ook voorzeker de grondslag der door Schr. gehuldigde opvatting van art. 769 K. Neemt men als volledigen, onwrikbaren regel aan, dat in Nederland le jugement crée la faillite, dan is iedere terugwerkende kracht van het vonnis van faillietverklaring iets abnormaals, eene niet dan op volledig en beslist bewijs uit de wet aan te nemen exceptieve bepaling.

Aan het betoog, dat werkelijk die regel in dien zin in Nederland vaststaat, is vooral Hoofdstuk II gewijd. Zich niet ontveinzende, dat hij geduchte autoriteiten tegen zich heeft (waarbij hij ook nog had kunnen voegen mr. J. DE WAL, *Handelsregt* nos. 41 en 48, die zeer beslist het verschil van beginsel tusschen het Nederlandsch en het Fransch regt doen uitkomen en dus blijkbaar in het *créer la faillite* geen genoegzamen grond vindt om art. 769 K. exceptief te achten), voert hij aan (bl. 26), dat zoowel art. 770 als art. 769 K. ondergeschikt is aan art. 764, welk laatste eerst den staat van faillissement kent als het vonnis bestaat. Art. 769 K., dat enkel op drie exceptioneele gevallen ziet, wijst het stelsel der wet niet aan. Dat is rationeel (zie bl. 30 e. v.), want in het nieuwe, in 1835 aangenomen stelsel moet het faillissement, de regtstoestand, aanvangen op het tijdstip, waarop het vonnis, de oorzaak van het faillissement, dat vestigt. En onmogelijk is het (bl. 36), „dat toestanden wier oorzaken
Themis, XLIIIste Dl., 1e Stuk, [1882].

»op verschillende tijdstippen ontstaan, op hetzelfde oog-
 »blik een aanvang nemen. Dit zou het geval zijn wanneer
 »het faillissement, gevolg van ophouden te betalen en
 »dat, hetwelk het gevolg is van een vonnis, beide op het
 »tijdstip, voor het eerste gesteld, begonnen.» Want onze wet
 kent geen faillissement zonder faillietverklaring, dat is het
 beginsel ook van art. 764 K., waarmede men art. 769 K.,
 eene afzonderlijke exceptieve bepaling, enkel wegens billijk-
 heidsconsideraties in het Wetboek opgenomen, niet mag
 verbinden. »Ongelukkigerwijze heeft dit tijdstip (nl. van
 »art. 769) zijn ouden naam behouden» (bl. 41). Ook de
 uitdrukking »faillissement» in artt. 771, 772 en 778 K.
 ziet blijkbaar op het faillissement hetwelk, overeenkomstig
 het stelsel der wet, met het vonnis begint.

In hoever is nu bovenstaande argumentatie afdoende te
 noemen? Art. 778 K. moet m. i. al dadelijk als argument
 wegvallen, want vooreerst is al. 1 woordelijk gelijkloënd
 met art. 672 van het Wetboek van 1830, dat een ander,
 volgens Schr. geheel opposiet stelsel huldigt omtrent den
 aanvang van het faillissement, en bovendien blijkt nergens,
 dat de wetgever van 1838 hier eene verandering bedoeld
 heeft. Het algemeene beginsel van art. 1307 B. W. (het
 niet kunnen inroepen eener tijdsbepaling) verzet zich dan
 ook in geen en deele tegen de opvatting, dat het faillisse-
 ment reeds vóór het vonnis der faillietverklaring kan aan-
 vangen. Die geheele opvatting is dan ook bij art. 778 K.
 van zeer verwijderd en miniem belang; alleen voor de na
 1830 bijgevoegde 2e alinea komt de door Schr. behandelde
 vraag in aanmerking en wel enkel voor een klein rente-
 verschil, waaromtrent de wetgever van 1838 blijkens diezelfde
 2e alinea geen berekening in alle details bedoeld heeft.

Artt. 771 en 772 K. pleiten ongetwijfeld meer voor
 Schrijvers stelling. Het »vóór het faillissement» in die beide
 artikelen neergeschreven, wijst blijkbaar naar 's wetgevers
 bedoeling *ook* op het tijdstip tusschen het vonnis van
 faillietverklaring en den in genoemd vonnis krachtens art.
 769, al. 2, K. vermelden dag. Al. 2 van art. 771 wijst

zulks ook uitdrukkelijk aan en het is in overeenstemming met den geheelen inhoud van artt. 771 en 772, die, het procesregt betreffende, uit den aard der zaak alleen met het oog op den uiterlijken toestand van magteloosheid des schuldenaars, op diens verlies van beheer, geschreven zijn.

Bij de bekende, ook weer uit art. 771 al. 1 naast art. 771 al. 2 blijkende slordigheid der wetsredactie en bij het gemis van alle speciaal op Schrijvers beweren ziende officieele toelichting op artt. 771 en 772 K., bij wier toepassing trouwens de kwestie zelden zal voorkomen, kan m. i. intusschen het uit die artikelen te putten argument niet opwegen tegen hetgeen bij VOORDUIN te vinden is als uiteenzetting van de door den wetgever van 1838 gehuldigde opinie omtrent het onderwerp van den faillissementsaanvang in 't algemeen, te minder daar het zeer goed aannemelijk is, dat de wetgever de staking van executie of lijfswang na den termijn van aanvang, in art. 769 bedoeld, beschouwde als een nauwelijks vermelding behoevend, uit de natuur der zaken voortvloeiend rechtsgevolg, dat, hoe men over artt. 771 en 772 ook denken moge, toch wel in elk geval „gevolg „is der faillietverklaring”, den eenigen term uit de door Schr. geciteerde plaats van VOORDUIN X, bl. 674, die voor Schr.'s stelling een (vrij zwak) argument oplevert.

Het stelsel van den wetgever van 1838 is in de eerste plaats te kennen uit de Memorie van Toelichting van het in 1835 ingediend wetsontwerp, dat tot ons tegenwoordig W. v. K. geleid heeft. Men slaat een geheel verkeerden weg in wanneer men, zooals Schr. doet, uitgaat van de stelling: in Nederland geldt de regel, dat *le jugement crée la faillite*, en die regel is eerst in 1835 in onze handelswetgeving gekomen.

Dat is wetsexplicatie buiten de wet en buiten de geschiedenis der wet om, apriorisme. Niet enkel komt de bedoelde uitdrukking van *créer la faillite* nergens in de officieele bescheiden voor, maar het blijkt ook uit de geschiedenis, dat de in 1835 aangebragte wijziging niet het steilconsequente karakter had, hetwelk Schr. er in zien wil.

Reeds in het Wetboek van 1830 (artt. 664 en 665) was de Regtbank bij de bepaling van den dag der opening van het faillissement veel meer aan banden gelegd dan in den Code. Niet alleen mogt de dag der opening nooit vroeger worden bepaald dan op 40 dagen vóór dien van de uitspraak van het vonnis, dat de opening verklaarde, maar bovendien was in den regel de aangifte door den gefailleerde, of diens vertrek, of de sluiting van diens pakhuizen of winkels, of de dag eener tegen hem ingestelde regtsvordering bindend voor de Regtbank bij haar termijnsbepaling.

De invoering van ons tegenwoordig art. 769 K. was dus meer een vereenvoudiging en nadere ontwikkeling dan een verwerping van het stelsel des wetgevers van 1830. Nog te meer blijkt dit uit de omstandigheid, dat art. 770 K., de grondslag van Schrijvers argumentatie (vooral in zijn Hoofdstuk III), reeds in beginsel en meer dan in beginsel in art. 442 Co. en in art. 666 Wetb. v. K. van 1830 was te vinden: „De gefailleerde,” zoo luidde dat art. 666, „verliest van regtswege de beschikking over en het beheer van zijne goederen, te rekenen van den dag der uitspraak van het „gemelde vonnis” (nl. dat, waarbij de opening van het faillissement wordt verklaard). Alles juist zooals thans, behoudens de, evenals nu, door eenige artikelen aangegeven terugwerkende bepalingen en een tweede zinsnede, op wier weglating ik nog weder terugkom. In geenen deele dus stond de wetgever van 1830 op het standpunt van den Code de Commerce wat betreft het tijdstip der opening van het faillissement en bovendien hadden en hij en de Fransche wetgever reeds de bepaling van art. 770 K. aangenomen, zonder nog den regel te huldigen, dat *le jugement crée de faillite*.

Er zou dus wel bijzonder sterke argumentatie noodig zijn om aannemelijk te maken dat onze wetgever van 1838, die wat in zijn artikelen nieuw is voor de bepaling van den dag der faillissementsopening invoerde bij art. 769 K. en niet bij art. 770 K., thans in het niet nieuwe, maar enkel zonder commentaar gehandhaafde art. 770 zijn stelsel — in

het nieuw bewerkte art. 769 K. bloot een slecht geredigeerde exceptieve bepaling had willen neerschrijven.

En die sterke argumentatie voor Schr.'s leer is niet te leveren. Juist de Memorie van Toelichting van 1835 is een geducht wapen tegen hem.

Wel zegt die Memorie ad art. 764 K., dat het in zoover verschilt van art. 660 Wetb. van 1830, dat het tot den staat van faillissement eene *regterlijke verklaring* vereischt, en derhalve het *ophouden van betaling* wel aan den schuldenaar, volgens art. 2 (nu art. 765 K.) de verplichting oplegt om daarvan aangifte te doen, doch het eigenlijk faillissement tengevolge eener *regterlijke beschikking* zijnen aanvang moet nemen, maar uit artt. 664—666 van genoemd Wetboek blijkt, dat reeds in 1830 sterk was afgeweken van het beginsel, dat faillissement een materieel, bloot door regterlijke uitspraak te constateren feit is.

Wat er nog uit dat deel der Memorie van Toelichting (VOORDUIN X, bl. 640 en 641) aan argument voor Schr. te putten is, wordt geheel te niet gedaan door VOORDUIN X, bl. 662. »De wetgever» zoo spreekt daar diezelfde Memorie, »heeft het tijdstip van de opening van het faillissement zelf »aangeduid (zie art. 769), behoudens de vernietiging van »eenige bijzondere handelingen, bij art. 773 e. v. aangeduid, »uit kracht van welke aan de faillietverklaring op gronden »van billijkheid eene achteruitwerkende kracht is verleend.»

Duidelijker kon de wetgever zijn bedoeling schier niet uitspreken. In artt. 773—776 K. zag hij niet (zooals Schr. op bl. 26 Noot beweert) de exceptioneele bepalingen, tot wier opneming art. 769 den weg moest banen in afwijking van het algemeene beginsel omtrent het begin van het faillissement, maar integendeel uitzonderingen op het beginsel van art. 769. Enkel van *dat* artikel, *niet* van art. 770, zegt hij, dat het het tijdstip der opening van het faillissement aanduidt.

Schr., die VOORDUIN bl. 662 aanhaalt (bl. 55), kan de bedoelde plaats dan ook niet anders als een argument voor zijn leer voorstellen dan door verminking. »Op gronden van

billijkheid», citeert hij, «is «aan de faillissementsverklaring, uit kracht van de artt. »773—775, een achteruitwerkende kracht verleend.» Volkomen waar, maar waar hij er bij voegt: «Ter bepaling, hoever die achteruitwerkende kracht «strekt, wordt dan in genoemde artt. het tijdstip van «art. 769 aangewezen» — is hij geheel buiten letter en geest der Memorie van Toelichting, die juist artt. 773—775 stampelt als afwijkingen van den regel van art. 769, in geen deele als de *raison d'être* van genoemd artikel.

Kan ik, op bovenstaande gronden, mij in geen deele vereenigen met Schrijvers betoog omtrent de beteekenis van art. 769 K. en omtrent 's wetgevers bedoeling met de in 1838 in het Wetboek van 1830 aangebragte wijziging — het zou min gepast zijn, hier niet te vermelden dat het door het Hof te Amsterdam 14 Febr. 1880 bevestigd vonnis der Amsterdamsche Regtbank dd. 19 Julij 1879 (*W. n.º. 4435*) van andere gronden uitging. Volgens die Regtbank behoefde de crediteur, die op den dag, waarop volgens de op 29 Julij 1878 uitgesproken faillietverklaring het faillissement was ingegaan (19 Julij 1878), van den failliet betaling had gekregen van een orderbriefje, de ontvangen geldsom niet in den faillieten boedel in te brengen. Want, zeide het vonnis, voor de gevolgen, die door de wet verbonden zijn aan het faillissement (bv. het verlies van beheer), is het tijdstip van het vonnis van faillietverklaring aangewezen, in tegenstelling met andere gevolgen, die met het faillissement zelf beginnen.

Minder dan Schr. hechte dus de Regtbank aan art. 770 K., altans minder als algemeenen regel, waarop art. 769 K. eene uitzondering zou zijn. Minder flagrant kwam dus de Regtbank in strijd met de officieele toelichting van ons tegenwoordig W. v. K., art. 769. Toch acht ik ook haar redenering niet juist en wel op grond, dat een zoo beperkte opvatting van art. 769 K. leiden moet tot een ongerijmde conclusie in zake artt. 773—775.

Die drie artikelen zijn buiten allen twijfel in verband te brengen met art. 769, en nu zou, indien het algemeene verlies van beheer voor den schuldenaar niet reeds aanving

op den in art. 769 bedoelden dag, de tijd *tusschen* dien dag en dien van het vonnis (art. 770) geheel en al vallen buiten alle beperking van des schuldenaars handelingen, omdat artt. 773—775 alle spreken van „vóór den bij art. 769 vermelden dag“, „vóór den aanvang van het faillissement“ en niet van eenigen tijd na dien aanvang.

Zulk een ongerijmd verschil ten gunste van de regts-geldigheid juist van *na* de termijnen van art. 769 verrigte handelingen zou bij den wetgever niet aannemelijk zijn, al was het ook niet in strijd met de toelichting van art. 769. Veel duidelijker is de geheele Afd. I, Titel I, Boek III K., als men met den Proc.-Gen. bij het Hof te Amsterdam (*W.* n^o. 4481) in art. 770 enkel een bepaling van orde voor het beheer van den curator, processen enz. ziet. In 1835 heeft de wetgever die opvatting ook nog vergemakkelijkt door de woorden van art. 666 Wetb. van 1830 „te rekenen van den dag der uitspraak van het vonnis“ uit art. 770 K. weg te laten.

Men behoeft dus in geenen deele het verlies van beschikking en beheer van dat art. zoo angstvallig uit te leggen, dat alle terugwerkende kracht der faillietverklaring wegvalt. Tot op den dag van het vonnis *kan* de failliet beheeren, maar de handelingen, door hem verrigt tusschen den aanvang van het faillissement en het vonnis, zijn alligt aan vernietiging onderworpen. Na het vonnis kan de failliet niet meer beheeren, tenzij als lasthebber van den curator.

Neemt men voor het tijdperk tusschen de termijnen van art. 769 K. en den dag van het vonnis van faillietverklaring een ander stelsel aan, men komt tot onhoudbare opvattingen van wetsartikelen of tot ongerijmde gevolgen.

Schrijver heeft in zijn Hoofdstuk III, vooral art. 770 K. behandelend, gepoogd zich tegen die ongerijmde gevolgtrekkingen te verweren. Zoowel op het stelsel der wet als op hare geschiedenis beroept hij zich om op nieuw de stelling te verdedigen, dat niet art. 769 K., maar art. 770 K. den aanvang aanwijst van de civielregtelijke gevolgen van het faillissement. In het verlies van beheer van art. 770 ziet hij

het beslissend punt en waar hij erkennen moet (bl. 65 v.), dat reeds wetgevers, die de *faillite de fait* aannamen, die dus in het verlies van beheer geenszins den aanvang van het faillissement zagen, niettemin de bepaling van art. 770 Kooph. hadden neêrgeschreven, daar wil hij uit het wegvallen der woorden „te rekenen van den dag van het vonnis“ het betoog putten, dat die woorden in zijn stelsel onnoodig zijn. Alsof ze niet eveneens onnoodig waren in elk ander stelsel en niet juist gevaarlijker met het oog op ons art. 769 K. dan met het oog op andere wetsbepalingen!

Een ander argument van Hoofdstuk III is ontleend aan den staat van kennelijk onvermogen (zie bl. 67 e. v.). Ook hier is de redenering meer gevat dan sterk te noemen. Want al is de staat van kennelijk onvermogen verwant aan dien van faillissement, toch wordt ieder dier regtsinstellingen geregeld door afzonderlijke wets titels, waarbij Boek III, VII R.V. wel hier en daar verwijst naar Boek III, I K., maar het verschil, door den wetgever zeer beslist gemaakt, toch weer groot genoeg is om alle op analogie, niet op uitdrukkelijke wetsbepaling rustende gevolgtrekkingen omtrent het faillissement uit te sluiten. Juist de *betwiste* artikelen van het Wetb. van Kooph. (769 en 770) worden niet door de wet toepasselijk verklaard op het kennelijk onvermogen, andere artikelen wel (zie artt. 887, 889, 891, 893, 895, 896, 898 R.V.).

Bovendien blijkt uit de woorden zelve van artt. 888 en 891 R. V., dat de wetgever bij den staat van kennelijk onvermogen meer waarborgen voor derden, wilde geven dan bij den staat van faillissement, die bijna altijd al vóór het vonnis eenigzins bekend wordt in de handelswereld. Zulks blijkt ook uit de Memorie van Toelichting op den laatsten titel van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering. Daarom is het wel vindingrijk, als Schr. vraagt (bl. 69): „Wanneer wij nu zien, dat de wetgever twee verwante regtsinstituten, die hij verklaart van een zelfde oorzaak, een vonnis, af te hangen, analoog behandelt, is het dan vreemd, dat wij in het eene vinden uit het verband der wet, wat

„in het andere uit de duidelijke woorden blijkt?“ Maar even goed en met het oog op de vele verwijzingen naar het W. v. K. zelfs nog beter kan men aannemen, dat de wetgever, waar hij in het eene Wetboek *anders* regelde dan in het ander gedaan was met een analoog onderwerp, zulks opzettelijk deed om verschil te maken. Eventueele onnauwkeurigheden bij analogische wetsbepalingen, die bij de meest waarschijnlijke explicatie zelfs in 't geheel geen onnauwkeurigheden zijn, kunnen niet opwegen tegen de zoo besliste geschiedenis van artt. 769 en 770 K.

Evenmin kan dat Schrijvers betoog, dat de termijn van artt. 773—775 K. *alleen* een terminus a quo is en niet een terminus ad quem (bl. 80 e. v.). Dat betoog is noodig om een reeds hierboven door mij aangestipte ongerijmde consequentie af te weren, maar zóó gewrongen en tevens gedachteloos als de wetgever dan de bedoelde artikelen zou hebben geredigeerd, is alweer zonder voorbeeld en in elk geval niet te onderstellen tenzij op besliste historische gronden; zeker niet, nu de geschiedenis *tegen* Schr.'s gevoelen pleit.

Op bl. 91 e. v. komt dan ook Schr. met een nieuw argument te berde. De woorden „aanvang van het faillissement“ in art. 773, al. 1, K. beteekenen volgens hem den dag van het vonnis, niet dien van art. 769.

Ongetwijfeld geeft de terminologie van art. 773 K. eenige aanleiding tot die opvatting, maar behalve dat zulks voor de volgens allen geheel analoge artt. 774 en 775 niet het geval is, blijft het bezwaar van den voor den debiteur in zijn betalingen geheel vrijen tusschentijd tusschen den termijn van art. 769 en het vonnis in zijn volle kracht bestaan bij deze opvatting van art. 773. De termijnsbepaling zou door den wetgever volkomen willekeurig gemaakt zijn en bovendien nog ware een ongemotiveerd verschil aanwezig tusschen art. 773 en artt. 774 en 775, terwijl daarvan niets uit de stukken blijkt.

De door Schr. aangehaalde plaatsen van VOORDUIN (X, bl. 696 en 697) toch zijn volkomen te expliceren zonder

„den dag des faillissements” vast te maken aan art. 770 K. De Regering verdedigde uitdrukkelijk de leer, dat alleen *die* schulden weer zouden moeten worden ingebracht door de crediteurs, die van den failliet betaling hadden ontvangen, welke niet vóór den dag des faillissements opeischbaar waren. Niet op het al of niet opeischbaar zijn op het oogenblik der betaling, maar op het al of niet opeischbaar zijn op het oogenblik van den aanvang van het faillissement komt het aan volgens de officieele toelichting en ook volgens de woorden van art. 773 K. Van een door de Regering gemaakt onderscheid tusschen „den dag des faillissements” en „de opening van het faillissement” blijkt niets. Allermintst weer kan dus dit deel van Schr.’s aanhalingen uit VOORDUIN het algemeene principe der officieele toelichting van art. 769 K. te niet doen.

Evenmin kan zulks de tijdsbepaling der wet voor de schorsing van lijfswang (771 K.). Het spreekt toch wel van zelf, dat eerst als er een vonnis is, die schorsing kan plaats hebben. Uit den aard der zaak *kan* de debiteur handelen zoolang hij niet is failliet verklaard. De vraag, in hoever het vonnis van faillietverklaring (dat, zoolang het er niet is, *misschien* nooit komen zal) terugwerkende kracht heeft, ligt geheel buiten de zuiver feitelijke en uiterlijke beheerskwesties, waarvan lijfswang en executie afhankelijk zijn.

Zoo is het ook met alle opheffing van bevoegdheden, contracten, enz. (zie 11 R. O., 437 a. 5, 1683 n^o. 4, 1850 B. W.). Het spreekt wel van zelf, dat die opheffing niet intreedt, vóórdat het faillissement verklaard *is*. Een zoo natuurlijke regeling zal stellig nooit een argument voor andere werkingen der verklaring kunnen opleveren.

Aan het slot van zijn werk (bl. 100 e. v.) betoogt Schr. de meerdere billijkheid, waardoor de door hem gehuldigde explicatie van artt. 769 en 770 K. uitmunt boven de gewone, laatstelijk weer door den Hoogen Raad (zie *W.* 4529) aangenomen leer. Volkomen geef ik toe, dat niet zelden iemand, meenende te innen wat hem verschuldigd was, door het faillissement van zijn debiteur schade kan

lijden, indien Schr.'s opvatting niet de ware is. Het moge waar zijn, dat in den regel de tusschenruimte tusschen de tijdsbepaling van art. 769 en die van art. 770 gering zal wezen, schade *kan* er geleden worden door te goeder trouw zijnde crediteurs. Maar hoe is het met het geheele faillissement? Is het wezen daarvan niet de *par conditio creditorum*, van hen, die allen schade lijden? Is er niet in den regel een sterk, schoon zelden naar den eisch der wet tot bewijs voldoende, vermoeden, dat ieder door den debiteur, die zelf reeds zijn zwakken toestand kent, aan een zijner crediteuren boven anderen geschonken voordeel, eene handeling is, te kwader trouw gepleegd?

De meerdere billijkheid van Schr.'s stelsel is ook weer veel te betwistbaar om er een argument de jure constituto uit te putten. Zelfs in jure constituendo is ze m. i. niet zoo duidelijk.

Dat laatste punt intusschen komt in deze verhandeling minder in aanmerking. Nevens den wensch naar zooveel mogelijk verduidelijkte redactie van artt. 770 en 773 K. in een eventueel herziene titel over het faillissement, en den wensch, dat bij de behandelaars van het Nederlandsch regt meer en meer zulke paraphrases „als burgerlijk faillissement“ voor „staat van kennelijk onvermogen“ en zulke regels als „le jugement crée la faillite“ zullen op den achtergrond komen in geval de wetten zelve en de officieele stukken ze niet bevatten, opdat geene doctrines de wet vervangen als bron van positief regt — heb ik nu enkel nog een welverdiende hulde te brengen aan Schrijvers volledige en scherpzinnige wijze van behandeling van zijn gewigtig onderwerp. Zelfstandig was zijn optreden, tot zelfstandig onderzoek noopt hij den lezer; was zijn taak door de door hem gekozen opvatting zwaar, in magnis voluisse sat est en hij heeft niet enkel gewild, maar ook veel gedaan en nagedacht.

Zierikzee, Mei 1881.

A. HEEMSKERK.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

Blijkens eene aankondiging van Mr. A. P. TH. ELUSSELL, Secretaris-Penningmeester van het Bestuur der NEDERLANDSCHE JURISTEN-VEREENIGING, heeft dit voor de aanstaande Algemeene Vergadering, te Maastricht, de volgende onderwerpen aan de orde van behandeling gesteld:

I. Is bij ons huwelijksregt genoegzaam gewaakt voor de vrouw, ten opzichte zoowel van hare persoons- als van hare vermogensregten? Zoo neen, welke verbeteringen komen voornamelijk in aanmerking? Prae-adviseurs, Mrs.: S. VAN HOUTEN en TH. BOBRET.

II. Welke hoofdbeginselen behooren bij eene nieuwe regeling der vennootschappen en commandite (zoowel de gewone als die op aandelen) in de wet te worden neêrgelegd? Prae-adviseurs, Mrs.: W. BINGER en A. HEEMSEKERK.

III. Is wijziging van de regelen voor het bewijs in strafzaken wenschelijk? Zoo ja, in hoever moet het wettelijk bewijs worden behouden? Prae-adviseurs, Mrs.: C. J. M. WILLEUMIER en GUST. TRIPLELS.

NECROLOGIE.

Regtsgeleerdheid en Wetgeving hebben in de jongste maanden verscheiden hooggeschatte beoefenaren en beroemde leermeesters of voorgangers verloren, en niet alle werden eerst na een langdurige loopbaan aan hun werkkring ontrukkt.

Zoo valt voor Nederland het vroegtijdig afsterven te vermelden van den nog jeugdigen hoogleeraar J. FRESEMANN VIËTOR, die reeds zijn naam vestigde door de bekroonde prijsvraag, later als academisch proefschrift in het licht verschenen: «De kracht van buitenlandsche vonnissen,» en die nog door zoo menig opstel den naam van degelijkheid en scherpzinnigheid gestand deed; zoodat met weemoed het verscheiden vernomen werd van hem, van wien wetenschap en maatschappij nog zoo veel hadden mogen verwachten. — Ook op nietgevorderde jaren overleed onlangs Mr. C. ED. LENTING, lid der Tweede Kamer (13 Junij 1822 te Batavia geboren), die zich door zijne *Handleiding tot de kennis van onze Nederl. en Indische Staatsinstellingen*, benevens door zijne *Aanteekeningen op de Grondwet* en door vele bijdragen over de koloniale aangelegenheden zeer gunstig bekend had gemaakt. — Op 69jarigen ouderdom bezweek Mr. ABRAHAM MATTHIEU DE ROUVILLE, die zich als regtsgeleerde schrijver, als hoofd der gemeente Brielle en als Gouverneur van Curaçao door zijne toewijding en verlichte denkbeelden onderscheidde. Was hij in later jaren door gezondheidsredenen tot rust gedwongen, vroeger, ook als mede-arbejder

aan dit tijdschrift, gaf hij de blijken van zijne liefde tot onderzoek en grooten ijver. Zoo schreef hij o. a. in *Themis*, X^{en} jaarg., eene verhandeling over den grondslag van het regt; — in den IXⁿ, over de inbezitstelling der kinderen in de nalatenschap van den eerststervende der ouders, in verband tot de geschiedenis der Romeinsche instellingen; — in den XIⁿ jaarg., over strafregt, wetgeving van strafregt en lijf- en doodstraffen, waarin hij zich reeds tegen laatstgemelde verklaart, als «atroce, barbaarsch, en niet geschikt tot stuiting van het kwaad;» — in den XIVⁿ jaarg., eene over het erfregt volgens de wijsbegeerte des regts, in verband met het onderzoek naar de bestaanbaarheid der overeenkomst: post mortem meam dari promitto in het positief regt, enz. Van zijne andere geschriften stippen wij aan: «het voorstel van het tijdelijk ministerie (in 1848) tot bezuiniging in het regtswezen, getoetst aan de belangen eener goede regtsbedeeling;» en «De vraag van regt in de zaak van het Nederl. schip de *Jonge Albert*.» —

België verloor op 82jarigen leeftijd den bekenden advocaat HIPPOLYTE METDEPENNINGEN, tot het uiterste getrouw aanhanger van het Huis van Oranje, en die als schrander regtsgeleerde gelijk door wel-sprekendheid uitblonk.

Onder de voornamen Italisansche regtsgeleerden die den tol aan de natuur moesten betalen, behoorde GIUSEPPE BERTINATTI, laatstelijk gezant van het Koninkrijk Italië hier te lande, wiens leven, ten gevolge der staatkundige gebeurtenissen, vol afwisseling was, doch die te midden van alles, ook der ballingschap, op het gebied zijner voorliefde, dat der regtsgeleerdheid, volijverig werkzaam bleef. Bijzonder ook met de Fransche taal gemeenzaam, schreef hij daarin eerst naamloos vele stukken over staatswetenschappen en over het regtswezen van Frankrijk en België. Hij gaf van sommige dier studiën in zijn vaderland eene vertaling, en o. a.: eene *Du Code civil français dans ses rapports avec l'économie politique*, eene verhandeling van P. ROSSI; — in 1845 gaf hij uit: *De la liberté d'association en Belgique à l'égard des étrangers. Question de droit politique*. — Groote werkzaamheid legde hij ook aan den dag als een der medearbeiders van PARDESSUS in het bijeenbrengen van de *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*.

Verloor Frankrijk den hoogbejaarden, maar nog steeds bedrijvigen staatsman en regtsgeleerde DUFAURE, die vaak aan 't hoofd van 't Justitie-departement in zijn vaderland had gestaan en zich door zijnen bondigen, strenglogischen redeneertrant, zelfstandigheid en gaven als redenaar had doen kennen, — niet minder gevoelig werd de wetenschap getroffen door het afsterven van GABRIEL MASSÉ, (geb. 20 Mei 1807, overl. Oct. jl.) onder-voorzitter van het Hof van Cassatie, uitmuntend door omvattende kennis en scherpzinnig oordeel, vooral ook

beroemd door zijn *Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, dat van 1844 tot 1874 drie uitgaven beleefde; voorts door zijn aandeel aan den *Dictionnaire du contentieux commercial en le Droit civil français*, het eerste met medewerking van DEVILLE-NEUVE, het ander met die van VERGÉ. Ook van de verzameling van SIREY was hij een ijverig medearbeider.

Met veel leedwezen heeft men dezer dagen uit Engeland het overlijden vernomen van H. D. JENCKEN, Barrister-at-Law te Londen, een der stichters en tevens sedert de oprigting de algemeene secretaris van *the Association for the Reform and Codification of the Law of Nations*. Met der daad was hij daarvan de ziel. Uitgebreide kennis, naauwgezetheid en vlijt kenschetsten dezen man, die eenige jaren als pleitbezorger aan de Kaap had doorgebracht: van daar dat onze taal hem niet geheel vreemd was. Minzaam en hulpvaardig, had hij zich ook vele vrienden buiten 's lands verworven, die zeker zijne nagedachtenis in blijvende herinnering zullen houden.

Werd hij nog in den bloei zijner jaren door een plotselingen dood uit zijn ruimen werkkring weggerukt, — op dezelfde wijze, maar op hoogen ouderdom, stierf elders een man van grooten roem.

Niet alleen in Duitschland, maar in geheel de beschaafde wereld wordt toch het verlies gevoeld van JOHAN KASPAR BLUNTSCHLI (geb. 7 Maart 1808 te Zürich, overleden 21 Oct. jl. te Karlsruhe). Aan zijne roemvolle loopbaan en werken werd in *Weekbl.* no. 4685 een lezenswaardig opstel gewijd, en in het jongstverschenen nr. van de *Revue de droit intern.*, is door den hoogl. A. RIVIER eene meer uitgewerkte levensbeschrijving van hem gegeven, waarnaar wij vermeenen te mogen verwijzen. Daarin komen ook vele opgaven voor wegens 's mans talrijke werken, onder welke die betreffende het volkenregt, zijn naam wijd en zijd verbreidden (inzonderheid *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, dat drie drukken in 't oorspronkelijke beleefde en o. a. ook in 't Fransch en Spaansch vertaald werd; zelfs in de talen van 't verre Oosten moet dit werk zijn overgebracht). De codificatie van het „Züricher Stadt- en Landrecht“ was zijn werk. Ook voor het Deutsche Staatsregt bewees hij onschatbare diensten. De hoogl. RIVIER doet den man, wiens vruchtbare pen een halve eeuw lang onvermoeid in beweging bleef, kennen als steeds strevende naar behoud van 't proefhoudend oude, maar tevens als aannemende het nieuwe, waar zich dit wèl ontwikkeld had en de voorkeur verdiende. „De wetgeving,“ zeide B., „moet *conservatief* zijn; zij moet eerbiedigen wat is, maar het herstellende en met wegkapping van de doode gedeelten, ten einde de gezonde en levensvatbare gedeelten te redden. Zij moet ook *liberaal* zijn; zij moet rekening houden met het materieel bestaande regt, met

de theorie, puttende uit de levende bron van den geest, zonder zich te zeer te bekreunen om de geschillen der geleerden: de wetgever moet *schepper* en *gebieder* zijn. — Die beginselen stralen in al zijne geschriften en redevoeringen door.

Ontleenen wij aan de omvangrijke studie van den gemelden hoogleeraar over den plotseling aan de wetenschap ontrukten geleerde het slot, waarin als 't kort begrip van zijn oordeel over hem voorkomt:

„Anderen hebben welligt meer geschitterd in elke wetenschap die hij beoefende. Men kan beweren dat de juridieke geest van HEFFTER grondiger, die van KELLER of van WAECHTER scherpzinniger was; de lessen van BLUNTSCHLI waren niet zoo wegslepend als die van STAHL of van VANGEROW, en nooit heeft hij, voor zooveel ik weet, getracht naar die in 't kleine afdalende, verbazende, onfeilbare geleerdheid van zekere specialiteiten die meer in bijzonderheden behagen scheppen, naarmate zij armer in algemeene denkbeelden zijn. Wat bij hem alles overheerschte, was een zeldzame en hoog aan te schrijven harmonie aller vermogens. Wel verre van zich door een bijzondere studie geheel te laten innemen of aftrekken, heeft hij zich altijd op verschillende studiën tegelijk toegelegd; van daar dat hij, ofschoon hij gezag had in zake het Duitsche regt en vooral in het staats- en volkenregt, bijkans evenzeer staatsman, wijsgeer en geschiedschrijver was als regtsgeleerde. Hij had geloof in de toekomst, zonder zich in 't minste door hersenschimmen te laten vervoeren; hij hield altijd maat in 't oog en kantte zich tegen humanitaire overdrijving, omdat hij het begrip en de onderfinding van regering had. En hoe vele practische denkbeelden heeft hij verspreid; hoe vele vruchtbare pogingen zijn in de onderscheiden kringen zijner bedrijvigheid van hem uitgegaan! Verbazend veel arbeidde en schreef hij; die werkkraft is hem gedurende meer dan eene halve eeuw lang ten volle bijgebleven. Hij kon ook keurig zijn op den vorm. Ofschoon somwijlen zijne gedachte zoo algemeen wordt, dat de uitdrukking er van iets onbestemds erlangt, is zijn stijl toch gewoonlijk helder, zijn phrase kort en kernig, voor 't algemeen begrijpelijk, nooit gekunsteld noch gezocht. Zijne stem is krachtig en klankvol gebleven tot aan zijn einde; zijn woord was eenvoudig, vast, overredend. Als men die stem vernam, als men zijn stevigen lichaamsbouw, de gelijkmatigheid van zijn inborst gadesloeg, zoomede de opgeruimdheid waarmee hij zich aan zoo vele bemoeijingen en pligten wijdde, zoo mogt men de hoop koesteren dat hij nog lang voor den arbeid behouden zou blijven; het was door de Voorzienigheid anders besloten.

„BLUNTSCHLI's leven was in overeenstemming met zijne beginselen; ik zou daarin geen bekrompenheid noch tekortkoming weten aan te wijzen.

„Zoodanig was de man dien wij betreuren, een der besten onzer eeuw. Wij zullen trachten zijne nagedachtenis 'te eeren, niet door ijdele klagten, maar door ons van zijnen geest te doordringen, ten einde,

naar de mate onzer vermogens, aan de werken voort te arbeiden die zijne goedkeuring en steun hadden erlangd."

De hoogleeraaren VON HOLTZENDORFF, ALOIS D'ORELLI, H. SCHULZE en A. RIVIER hebben het ontwerp beraamd tot eene stichting als hulde aan de nagedachtenis van BLUNTSCHLI en tot aanmoediging van de studie van het algemeen vergelijkend staatsregt en het volkenregt. Te dien einde zouden wedstrijden geopend en prijzen bestemd worden voor de bestgekeurde opstellen, die over de tot deze wetenschappen betrekkelijke vragen in een der meest gesproken talen van Europa zouden worden geschreven. Deze opstellen zouden, behalve dat zij eene algemeene wetenschappelijke waarde moeten bezitten, ook aan de verspreiding van staatkundige kennis bevorderlijk moeten zijn.

La Revue de droit international belooft de statuten dezer stichting aan hare lezers te zullen meêdeelen.

STAAT der crimineel en correctioneel veroordeelden in
Nederland, van 1860—1881. met aanwijzing van
de verhouding tot de bevolking.

| JAREN. | Veroordeelden | | | Ver- houding op 1000inw. | JAREN. | Veroordeelden | | | Ver- houding op 1000inw. |
|--------|---------------|-------|------|-----------------------------------|--------|---------------|-------|------|-----------------------------------|
| | Crim. | Corr. | Tot. | | | Crim. | Corr. | Tot. | |
| 1860 | 1228 | 2229 | 3457 | 1,03 | 1871 | 1013 | 1671 | 2684 | 0,73 |
| 1861 | 1197 | 2136 | 3333 | 0,98 | 1872 | 963 | 1809 | 2772 | 0,75 |
| 1862 | 1248 | 2252 | 3500 | 1,02 | 1873 | 965 | 1994 | 2959 | 0,79 |
| 1863 | 1229 | 2106 | 3335 | 0,96 | 1874 | 914 | 1822 | 2736 | 0,72 |
| 1864 | 1183 | 1943 | 3126 | 0,89 | 1875 | 858 | 1803 | 2661 | 0,69 |
| 1865 | 1114 | 1746 | 2860 | 0,81 | 1876 | 825 | 1603 | 2428 | 0,62 |
| 1866 | 1089 | 1757 | 2846 | 0,80 | 1877 | 855 | 1586 | 2441 | 0,62 |
| 1867 | 1027 | 1827 | 2854 | 0,79 | 1878 | 852 | 1646 | 2498 | 0,62 |
| 1868 | 1027 | 2046 | 3073 | 0,84 | 1879 | 808 | 1682 | 2490 | 0,62 |
| 1869 | 1039 | 1938 | 2977 | 0,83 | 1880 | 846 | 1709 | 2555 | 0,62 |
| 1870 | 1009 | 1832 | 2841 | 0,78 | 1881 | 738 | 1709 | 2447 | (1) |

(1) Voor 1881 op 1 Julij; de andere over het geheele jaar.

Uit dezen staat blijkt dat de verhouding, die in 1860 het hoogst was (1,03 op de 1000 zielen), daarna vrij regelmatig afneemt, en van 1876 tot 1880 standvastig tot 0,62 gedaald is. — Het gezamenlijk getal crim. en corr. veroordeelden was in 1880 902 minder dan in 1860; dat der crim. veroordeelden alléén 382 minder.

LIJST VAN NIEUW UITGEKOMEN REGTSGELEERDE WERKEN.

Nederlandsche literatuur.

- CAPELLE, Mr. A. G. VAN, *Over conversie van Gemente-Schulden*, bepaaldelijk der Gem. Arnhem. Arnhem, P. GOUDA QUINT.
- Jaarboekje der Regterlijke Magt* voor 1882, te zamengesteld onder toezigt van Mr. C. C. E. D'ENGELBRONNER. Gorinchem, A. VAN DER MAST.
- LEEUWEN, E. H. VAN, Theol. Doct. en Pred., *De Eed en de Moderne Staat*. Utrecht, C. H. E. BREIJER.
- LINDEN, Mr. P. W. CORT VAN DER, *De Wet van het Recht*. Redev. Groningen, P. NOORDHOFF.
- MOLTZER, Prof. J. P., *Door het recht tot den regel*. Redev. Amsterdam.
- NOOTEN, Mr. N. F. VAN, *De gewijzigde Militaire Wetgeving* van het Koninkrijk der Nederlanden, benevens de wetten daartoe behoorende. Utrecht, J. W. LEEFLANG.
- Nieuw Magazijn van Handelsrecht*, onder red. van Mrs. LOD. BOAS en J. T. PHILIPS. 1e Dl. 3e afl. Amsterdam, J. C. SCHRÖDER.
- PEELEN, Mr. P., *De Regeling van het Grondbezit in Engeland*. Amsterdam, ERVEN H. VAN MUNSTER EN ZOON.
- Rechtsgeleerd Magazijn*, Red. Mrs. H. L. DRUCKER, S. KATZ en W. L. P. A. MOLENGRAAFF (Prospectus). Amsterdam.
- SAVORNIN LOHMAN, Mr. DE, *De verhouding van den Staat tot de prostitutie*.
- SWINDEREN, Jhr. Mr. O. Q. VAN, *Aanteekening op het Wetboek van Strafrecht*. Groningen, J. B. WOLTERS.
- VERWOERT'S, H., *Theorie der Gerechtelijke en Administr. Politie*, 3e geheel omgew. druk, door G. L. VAN DEN HELM. Amsterdam, W. F. DANNENFELSER.
- WATTEL, H. M. J., *De wettelijke stelling van goederen door denzelfden rechtsband verbonden*. Leiden, B. BLANKENBERG, firma COUVÉE EN CIE.

Belgische literatuur.

- Le Code pénal belge appliqué*, supplément; et le *Code de procédure pénale appliqué et annoté*, titre préliminaire. Loi du 17 août 1878; par L. LIMELETTE, subst. du proc. du roi, à Dinant, 178 p. in-8. Bruxelles, BRUYLANT-CHRISTOPHE ET CIE.
- Recueil périodique des décisions judiciaires et administratives sur les matières ressortissant au dép. des travaux publics, 1880—81. 196 p. in-8. Bruxelles, MAYOLEZ.

Fransche literatuur.

- FRESQUET, R. DE, Précis d'histoire des sources du droit français depuis les Gaulois jusqu'à nos jours. 3e éd. In-18, 352 p. Paris, MARESCQ aîné.
- BELIME, W., Philosophie du droit, ou Cours d'introduction à la science du droit, 4e éd. 2 vol. In-8, 536 et 712 p. Paris, PEDONE-LAURIEL.
- VAGUETTE, T., et F. MARIN, Cours d'histoire du droit (Premier examen de baccalauréat). Paris, LAROSE ET FORCEL.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., Précis du Droit Civil. Tom I. Paris, L. LAROSE ET FORCEL. (L'ouvrage complet formera trois vol.).
- DURIEUX, A., Du Divorce et de la séparation de corps, depuis leur origine jusqu'à nos jours. Paris, GERMER, BAILLIÈRE ET CIE.
- GUILLEMAIN, L. A., Dr. rom. : Incapacité du pupille ; dr. franç. : Incapacité du mineur non émancipé. In-8, 216 p. Rennes, BARAISE ET CIE.
- LIESTA, R., Etude sur la nature et les effets de la confusion, considérée comme cause d'extinction des obligations, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 151 p. Toulouse, DOULADOURE-PRIVAT.
- GROSS, G., La Litis contestatio, en dr. rom. ; — le Retrait successoral, en dr. franç. In-8, 256 p. Paris, ROUSSEAU.
- LA LANDE, A. DE, Des donations à cause de noces, en dr. rom. ; — Des donations de biens à venir, en dr. franç. In-8, 198 p. Paris, ROUSSEAU.
- LEBÉE, E., Des stipulations pour autrui, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 158 p. St.-Quentin, MOUREAU.
- NICOLEANO, N., Du terme, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 164 p. Douai, CRÉPIN.
- MAIN DE BOISSIÈRE, A., De l'acquisition des fruits, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 184 p. Poitiers, OUDIN.
- LEMOINE, CH. A., Des voies d'exécution des jugements à Rome ; Des effets produits par les jugements étrangers en matière civile et commerciale, 10. en France, 20. dans les autres Etats. In-8, 348 p. Nancy, CRÉPIN-LEBLOND.
- FOURNIER, P. J. M., Essai sur l'histoire du droit d'appel, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 380 p. Paris, PEDRONE-LAURIEL.
- ULRY, A., Code des règlements d'ordres soit amiables, soit judiciaires, et des collocations des créanciers. T. I., In-18, 272 p. Paris, Id.
- AYRAULT, P., Ordre et instruction judiciaire. Précédé d'une étude sur les progrès de la proc. criminelle en France, par V. JEANVROT. In-18, 301 p. Paris, COTILLON ET CIE., etc.
- HACK-TUKE, le doct., Broadmoor, l'asile d'Etat pour les aliénés criminels d'Angleterre. In-8, 15 p. Paris, impr. nation. — Le dr. HUREL, Mém. sur le quartier des condamnés aliénés annexé à la maison centrale de Gaillon. In-8, 24 p. Paris, id.

- BAUCHART, H., De la condition juridique des aliénés, en dr. rom.; — De la condition juridique des aliénés non interdits, non pourvus d'un conseil judiciaire, en dr. franç. In-8, 83 p. Senlis, PAYEN.
- BOURDON, L., De la condition civile des aliénés en dr. rom.; Des incapacités civiles résultant de l'aliénation mentale en dr. franç. In-8, 348 p. Paris, CHEVALIER-MARESCQ.
- Code de Commerce allemand et loi allemande sur le change, traduits et annotés par P. GIDE, prof., J. FLACH et J. DIETZ, avocats. In-8, 480 p. Paris, impr. nation.
- DROZ, Traité des assurances maritimes, du délaissement et des avaries. 2 vol. in-8. Paris, E. THORIN.
- BÉDARRIDE, J., Des Commissionnaires (Livre I, tit. VI du Code de Comm.). 2e éd., mise au courant des modifications législatives. In-8. Paris, E. THORIN.
- ROY DE ST-FLORENS, G., Nouveau traité encyclopéd. des lois françaises et des sciences commerciales et industrielles. Gr. in-8, 752 p.
- MAUROY, V., De la voirie et de l'expropriation, observations pratiques au point de vue notarial. In-8, 103 p. Paris, DELAMOTTE FILS ET CIE.
- GENEBRIER, A., Répertoire encyclopédique et raisonné de la pratique notariale et des formalités hypothécaires. In-4 à 2 col., 844 p. Paris, aux bureaux de l'administr.

Deutsche literatur.

- BURCKHARD, H., die Actio aquae pluviae arcendae. gr. 8. (XXIV, 637 S.) Erlangen, PALM & ENKE.
- DALCKE, A., u. S. GENZMER, Handbuch der Strafvollstreckung und Gefängnisverwaltung in Preussen. gr. 8. (XIV, 255 S.) Berlin, H. W. MÜLLER.
- DERNBURG, H., Lehrbuch d. preussischen Privatrechts u. der Privatrechtsnormen d. Reichs 1. u. 3. Bd. gr. 8. Halle, Buchhandlung des Waisenhauses.
- FLECK, E., Militär-Strafgesetzbuch f. das Deutsche Reich, nebst den seit Publikation desselben ergangenen, auf die militär. Rechtspflege im preuss. Heere u. in der kaiserl. Marine sich bezieh. Gesetzen, Verordngn., Erlassen u. allgemeinen Verfüggn. Zum Handgebrauch hrsg. 1. Thl. 2., mit dem Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten verm. Aufl. gr. 8. (VIII, 286 S.) Berlin, NICOLAI.
- RECUEIL, nouveau, général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens par CH. SAMWER et J. HOPF. 2. Série. Tome VI. 1 livr. gr. 8. (264 S.) Göttingen, DIETERICH.
- RENAUD, A., das Recht der Commanditgesellschaften. gr. 8. (XV, 823 S.) Leipzig, B. TAUCHNITZ.
- ROTH, P. v., System d. deutschen Privatrechts. 2 Thl. Familienrecht. 2. Hälfte. gr. 8. (XIV u. S. 273—498.) Tübingen, LAUFP.

- RÜDORFF, H., Strafgesetzbuch f. das Deutsche Reich. Nebst den gebräuchlichsten Reichs-Strafgesetzen [Post, Impfen, Presse, Markenschutz, Personenstand, Sozialdemokratie, Wucher, Nahrungsmittel etc.], Text-Ausg. m. Anmerkgn. 11. Aufl. 16. (XXXII, 235 S.) Berlin, GUTTENTAG.
- SCHUEHL, A. v., das gemeine deutsche Eherecht u. seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6 Febr. 1875 üb. die Beurkundung d. Personenstandes u. die Eheschliessung, m. besond. Rücksicht auf die Kirchen-Eheordng dargestellt. 1. Hft. Einleitung. Formelles u. materielles Eheschliessungsrecht. Rechtswirkungen der Ehe. gr. 8. (266 S.) Erlangen, DEICHERT.
- SEUFFERT, L., zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Dogmengeschichtliche Untersuchungen. gr. 8. (VII, 170 S.) Nördlingen, BECK.
- WÄCHTER, O. v., Encyclopädie d. Wechselrechts der europäischen u. der ausser-europäischen Länder auf Grundlage d. gemeinen deutschen Rechts. Alphabetisches Handbuch f. den Juristen u. Kaufman. Wohlfr., durch e. Anh. bis auf die neueste Zeit ergänzte Ausg. gr. 8. (1108 u. Nachtrag 28 S.) Stuttgart, MAIER.
- WÄCHTER, C. G. v., Pandekten hrsg. durch O. v. WÄCHTER. II. Besonderer Thl. 1. Sachenrecht. 2. Obligationenrecht. 3. Familienrecht. 4. Erbrecht. gr. 8. X, 886 S.) Leipzig, BREITKOPF & HÄRTEL.

Engelsche en Amerikaansche literatuur.

- BAKER, C. E., Wills: how to make and how to prove them. 3rd ed., 12mo, pp. 218. London, WARNE.
- BAYLIES, EDW., A treatise on the rights, remedies, and liabilities of sureties and guarantors, and the application of the principles of suretyship to persons other than sureties, and to property liable as surety for the payment of money. 8vo, pp. 600. New-York.
- COX, R., A Manual of trade-mark cases. 8vo. Boston.
- HEYWOOD'S County Court Practice. 3rd ed., 8vo. London, J. AND R. MAXWELL.
- HUMPHREY, Hugh M., New conveyancing arts. 8vo, London, STEVENS AND HAYNES.
- MAUDE, P. P., and POLLOCK, C. E., A compendium of Law of Merchant shipping. 4th ed. 2 vls. roy. 8vo. London, SWBET.
- New-York-Amendments to the New-York Code of Civil Procedure made in 1881. 8vo, pp. 56. New-York.
- WHARTON, F., Precedents of Indictmens and Pleas adapted to the use, both of the Courts of United States and those of all the several States. With notes on criminal pleading and practice, embracing the English and American authorities. 2 vls. pp. 1430. New-York.

THEMIS,

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

IVe VERZAMELING, — Dertiende Jaargang.

XLIIIste Deel, — TWEEDE STUK.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

BURGERLIJK REGT EN REGTSVORDERING. — *Artikel*
1858^b en 1884^b B. W.

In DE PINTO's *Handleiding van 't Burg. Wetboek* lezen wij op de tweede alinea van art. 1858 B. W. (1) de volgende aantekening: „Men kan enz. Bij voorb.: voor eene verbindtenis van eenen minderjarige, die op zichzelf geldig, doch alléén *ratione personae* nietig is. Uit die onbevoegdheid ontstaat alléén eene persoonlijke exceptie voor den minderjarige, art. 1367, die alléén door den minderjarige, en niet door den borg kan worden ingeroepen, art. 1884. De relatieve nietigheid van de hoofdverbindtenis wordt op die wijze gedekt door de regtsgeldige verbindtenis van den borg, die in dit geval altijd regtstreeks door den hoofdschuldenaar kan worden aangesproken, en uitgewonnen, art. 1869.

„Anders is het gelegen met overeenkomsten ten gevolge van bedrog, geweld of dwaling aangegaan, met overeenkomsten zonder oorzaak, enz. Deze zijn uit haren aard nietig; en het doet niets ter zake, of de persoon die ze heeft aangegaan overigens al of niet bekwaam was om zich te verbinden.

(1) Men kan zich niettemin borg stellen voor eene verbindtenis, al mogt die ook kunnen vernietigd worden door eene exceptie, welke alléén den verbondene in persoon betreft, bijvoorbeeld in geval van minderjarigheid.

Daaruit wordt in het geheel geene verbindtenis, geene actie geboren; en men kan dus de nakoming daarvan niet waarborgen; maar dan geldt de algemeene regel: *cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur locum habent.*»

Men vertrouwt nauwelijks zijne oogen, wanneer men zulke juridieke ketterijen bij een man als DE PINTO vindt.

De onjuistheden die daarin voorkomen, zouden ternauwernood eene wederlegging behoeven, wanneer zij niet door dezen geëerbiedigden schrijver werden voorgedragen.

De verbintenis van den minderjarige zou op zich zelve geldig, die, welke uit eene overeenkomst door bedrog enz. tot stand gebracht, voortvloeit, uit haren aard nietig zijn. Eilieve, waar wordt toch dit onderscheid in de wet gevonden? Noch in de artikelen 1356 vlg. B. W., waar de voorwaarden voor de bestaanbaarheid der overeenkomsten worden geregeld, noch in de achtste afdeeling van den 4^{den} titel van het 3^{de} boek, handelende «van de nietigheid en van de vernietiging der verbintenissen.» Wel wordt in dit *opschrift* schijnbaar eene scheiding gemaakt tusschen nietige en vernietigbare verbindtenissen, maar inderdaad leeren de volgende artikelen, dat de wet geene jure-ipso-nietigheid van verbindtenissen kent. Maar voor zoover die *schijn* bestaat en eenigen steun vindt in de woorden der artikelen van de genoemde afdeeling, komt de zaak hierop neer, dat de «verbindtenissen» (lees: overeenkomsten) door minderjarige enz. aangegaan «van *regtswege*» nietig zijn en «moeten op een door hen daartoe gedane vordering worden nietig verklaard,» (art. 1482 B. W.), terwijl die «door geweld, dwaling of bedrog aangegaan, eene regtsvordering opleveren tot derzelver vernietiging.» (art. 1485).

De rechtsgevolgen voorts der nietigverklaring zijn voor beide gevallen *bijna* gelijk.

Door haar toch «worden de zaak en de partijen hersteld in den staat waarin zij zich voor het aangaan der verbindtenis bevonden», (1486 en 1487) met deze bijzonderheid, dat, onder omstandigheden, voor hem, die met den minder-

jarige heeft gehandeld, dit herstel daarop kan neêrkomen, dat hij, hetgeen uit zijn vermogen door de nietige overeenkomst is gegaan, kwijt is, als ware het door een stormwind of eene andere natuurkracht er uitgerukt, maar toch aan den minderjarige moet teruggeven, wat door diezelfde nietige overeenkomst uit diens vermogen is gegaan.

Het onderscheid dus tusschen «de nietigheid van regtswege» zooals de wet in art. 1482 B. W. die regelt, en de eigenschap, welke dwang, dwaling en bedrog aan de verbintenissen door aanwending dier middelen tot stand gebracht, mededeelen, (dat «zij eene regtsvordering opleveren tot derzelve vernietiging») is dit, dat men met het oog op de actie juist andersom, dan DE PRINTO het doet, van absolute en relatieve nietigheid kan spreken.

De verbintenissen in art. 1485 genoemd, zijn *absoluut nietig*; want de rechter onderzoekt slechts die ééne vraag: is de opgeworpen exeptie *waar?* terwijl bijvoorbeeld de verbintenis uit eene, door dwang enz. aangegane overeenkomst, voortgesproten, als *relatief nietig* kan worden aangemerkt, want zooals men in art. 1360 al. 2 kan zien, het is niet genoeg, dat de rechter het geweld kent, hij moet ook «op den ouderdom, de kunne en den stand der personen acht slaan.»

Tot hetzelfde resultaat komen wij door de beschouwing der rechtsgevolgen van de nietigheid in het eene en in het andere geval.

Voor den minderjarige is die nietigheid absoluut, hij heeft geen rechtshandeling gedaan; voor den door dwang tot eene verbintenis gebrachte is zij relatief; want kan hij de tegenpartij niet geheel herstellen in den toestand, waarin dezelve vóór de handeling geweest is, hij zal ook zijnerzijds dit niet kunnen eischen, maar men zal rekening moeten houden met de materiele gevolgen der door dwang afgeperste overeenkomst ook voor den gedwongene.

Dat overigens de overeenkomsten door dwang enz. in het leven geroepen geene «uit haren aard» nietige verbintenissen opleveren, leert DE PRINTO zelf bij de uitlegging van art.

1485 B. W. in verband met art. 1482. «Ook deze, zegt hij (t. a. p. § 854), zijn dus niet van regtswege nietig, omdat het geweld, het bedrog of de dwaling eerst moet bewezen worden door hem, die er zich op beroept.

«Tot dit bewijs geleverd is, is de overeenkomst *geldig*» enz.

Is dus DE PINTO hier in strijd met de wet, zijne uitlegging van art. 1858 gaat nog op eene andere wijze mank. Immers geheel in strijd met het citaat door hem aan het slot van de door ons uitgeschreven plaats ontleend aan l. 178 D. de reg. jur. wordt als de meest natuurlijke zaak geleerd, dat «de relatieve nietigheid der hoofdverbindtenis gedekt wordt door de rehtsgeldige verbindtenis van den borg.» Het is duidelijk dat «die rehtsgeldige verbindtenis van den borg» geen — borgtocht meer is; zoodra toch de hoofdverbintenis nietig wordt, moet zij geacht worden nooit te hebben bestaan, hoe zal dan een borgtocht bestaan, eene bijzaak in dit geval van — niets? En wanneer men ook al logisch eene zelfstandige borgtocht zou kunnen begrijpen, dan kan zij toch nooit daardoor *ontstaan*, dat *hare* rehtsgeldigheid de nietigheid der hoofdverbintenis *dekt*. Dit is stellig eene logische onmogelijkheid: het gevolg kan niet aanwezig zijn vóór de oorzaak. En buitendien wanneer zij de nietigheid der hoofdverbintenis zou *dekken*, dan moest eene door borgtocht verzekerde verbintenis van den minderjarige niet voor vernietiging vatbaar zijn; iets wat niemand zal beweren.

Kan voor de uitzondering in de artikelen 1858 en 1884 vervat eene betere verklaring worden gegeven? Ter beantwoording dier vraag zullen wij eerst de redactie van art. 1858 nagaan, en den inhoud daarvan trachten te verstaan.

In de eerste alinea heet het: Geen borgtocht kan *bestaan* enz., in de tweede: Men kan zich niettemin *borgstellen*: in artikel 2012 C. C. evenzoo «*exister*» — in het eene «*cautionner*» in het andere gedeelte van het artikel.

Die tegenstelling is onjuist.

De eerste alinea is begrijpelijk. Bestaat de hoofdverbintenis in het geheel niet, bijv. bij totaal gemis van toestem-

ming van partijen, dan is ook geene borgtocht denkbaar. Stel bijv. A. denkt aan een huis te Amsterdam dat hij wenschte te verhuren en B. met hem onderhandelende denkt aan een huisje te Nieuwer-Amstel dat hij wenschte te koopen; C. als borg optredende van A. voor de levering van het huis of van B. voor de betaling der bedongen geldsom, zal evenmin verbonden zijn als A. en B. zelve.

Bestond de verbintenis wel aanvankelijk, maar wordt zij vernietigd, de borgtocht zal evenzoo nietig zijn, *ex tunc*, wanneer de hoofdverbintenis moet geacht worden nooit te hebben bestaan, *ex nunc*, wanneer deze tot op het oogenblik der vernietiging erkend blijft.

In de tweede alinea echter, waar door het woordje „niet-temin“ eene tegenstelling wordt aangeduid, bepaalt de wetgever niet het tegenovergestelde ten opzichte van het bestaan, maar spreekt van het ontstaan, van „het zich *borg stellen* voor eene verbintenis, — die mogt *kunnen* vernietigd worden.“

Het is zeer waar, dat men zich kan borg stellen, waar de hoofdverbintenis mogt kunnen vernietigd worden; maar dit is niet in strijd met de bepaling der eerste alinea zooals men uit „niettemin“ zou verwachten. Zoolang toch de verbintenis niet werkelijk is nietig verklaard, is zij wettig; maar dit geldt heel algemeen, en geheel onafhankelijk van de oorzaken, waarom zij „mogten kunnen vernietigd worden.“ En bestaat er eene wettige hoofdverbintenis, men zal die ook door borgtocht kunnen verzekeren, men zal zich kunnen *borgstellen*. Het effect van die borgstelling kan in het eene geval van het andere verschillen, zij kan in het eene geval blijven bestaan, in het andere niet. Maar dit drukt de wetgever niet uit.

Zal de wetgever echter niet eene geheel zinledige bepaling hebben gegeven, zoo moeten wij vooronderstellen, dat hij in art. 1858 dit *bestaan* heeft willen waarborgen voor het geval, dat de hoofdverbintenis mogt kunnen worden vernietigd door eene exeptie, „welke alleen den verbondene in persoon betreft“ of welke „den schuldenaar alleen en persoonlijk betreft“

zooals art. 1869, 3^o. of (excepties) welke alléén den persoon van den schuldenaar betreffen, zooals art. 1884, 2^o. zich uitdrukt.

Wij vragen nu: wat is dit voor een geval?

Dergelijke uitdrukking komt ook voor in artikel 1323 B. W. „Een hoofdelijke medeschuldenaar, in regten door den schuldeischer aangesproken zijnde, kan zich bedienen van alle exceptiën, die uit den aard der verbindtenis voortvloeijen, en van alle die hem *persoonlijk eigen zijn*, mitsgaders van alle de zoodanige, welke aan alle de medeschuldenaren gemeen zijn.

Hij kan zich niet bedienen van zoodanige exceptiën, die enkel *aan de personen van sommige der overige medeschuldenaren eigen zijn.*”

Het kleine verschil dat tusschen de textueele uitdrukking in het laatste artikel en die der genoemde artikelen 1858 en 1884 van ons wetboek bestaat beteekent niets, zooals blijkt uit de vergelijking met den Code, waaruit alle 3 artikelen woordelijk zijn vertaald. Daar spreekt art. 1208 (ons art. 1323) van „*exceptions qui lui sont personnelles*” en van „*les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs,*” en zoo 2012 (ons art. 1858) *une exception purement personnelle à l'obligé,*” terwijl art. 2036 (ons art. 1884) in de eerste alinea spreekt van „*les exceptions qui appartiennent au débiteur principal*” door onzen wetgever niet vertaald door „eigen zijn” maar door „toekomen”, en de tweede alinea heeft wederom „*les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.*”

Wat nu in art. 1208 C. C. te verstaan is onder „*les exceptions purement personnelles à quelques-uns*” is niet moeilijk te zeggen. Vooreerst zal het geen betoog behoeven, dat onder *exceptions* de verdedigingsmiddelen au fond zijn te verstaan.

Men heeft hier niet met formeel recht te doen. Dit blijkt voldoende uit de uitdrukking in hetzelfde artikel voorkomende „*les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation.*” Alles dus wat ten opzichte van één der hoof-

delijk verbonden schuldenaren of ook van één van hen, welke geacht worden te zijn (hoofdelijke) schuldenaren, maakt, dat hij heeft opgehouden (hoofdelijke) schuldenaar te zijn of ook dat hij persoonlijk geen schuldenaar is geworden, *zal hem bevrijden, maar niet de anderen*. Bijvoorbeeld: De schuldeischer had met A en B en C naar zijne meening en ook naar die van A en B onderhandeld over een huis liggende in Haarlem, maar C dacht, dat de onderhandelingen liepen over een huis te Leiden. A, B en C verplichten zich solidair tot levering. Ondertusschen heeft C bij gebreke van instemming in het geheel geene overeenkomst gesloten; toch zullen A en B op het ontbreken van zijne toestemming zich niet kunnen beroepen om ook zich zelve te bevrijden. Hetzelfde geldt wanneer C's toestemming door dwang, dwaling of bedrog verkregen is; of wanneer C niet de bekwaamheid heeft gehad, om zich te verbinden, of wanneer voor hem de verbintenis zonder oorzaak is of eene onzedelijke oorzaak heeft, of wanneer hij in eene overeenkomst, die slechts schriftelijk mag worden aangegaan (bijv. eene dading) medeling heeft toegestemd enz.

Voorts zal evenzoo slechts persoonlijk voor C werken, de door hem en niet door de anderen gemaakte voorwaarden (hetzij opschortende, hetzij ontbindende) of de door hem toegevoegde termijn of modaliteit (vgl. art. 1317 B. W., art. 1201 C. C.).

Evenzoo zullen later gemaakte pacta door één der hoofdelijke schuldenaren alléén dan allen ten goede komen, wanneer zij *„in rem“*, niet wanneer zij slechts in personam zijn; vgl. l. 21 D. de pactis, welk fragment van PAULUS, waarin de vraag behandeld wordt: *„in his qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus, alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio“* wel, als het ware, als de stamvader der bepaling van art. 1208 C. C. kan worden beschouwd.

De bepaling zelve is in hare geheele uitgestrektheid in overeenstemming met het karakter der solidariteit. Deze toch scheidt voor de (solidair) verbonden *onderling* geen

band. Zóó min, dat men eerst langs den weg der cessie van actie er toe heeft kunnen komen den eenen schuldenaar tegen den anderen eene rechtsvordering toe te kennen tot restitutie van het door hem boven zijn aandeel betaalde. In dit opzicht zou onze wet (en ook de Code) aanleiding kunnen geven tot eene geschiedkundige dwaling. Want art. 1329 B. W. (1214 C. C.) waarborgt dit recht tot terugvordering zóó, dat men geneigd zou zijn te denken, dat het aanvankelijk in het geheel niet beperkt was. Men behoeft echter slechts l. 36 D. de fideiuss. (46, 1) te lezen, om zich te overtuigen, dat in het Rom. recht zelfs de cessie van actie slechts laat en noode als mogelijk is erkend.

Bestaat dus tusschen de correi geen eigentlijke rechtsband, zij zijn toch allen verbonden tot betaling *derzelfde schuld*. Al wat alzoo deze doet ondergaan, zal hen allen bevrijden. Valt echter een van hen om persoonlijke redenen weg, er zal wel een correatus minder zijn, dan de anderen gedacht hebben, maar die omstandigheid verandert niets aan het *bestaan* der schuld, en daarom alzoo worden zij ook niet bevrijd: „multum enim interest“, zooals POMONIUS zegt, „utrum res ipsa solvatur, an persona liberatur, cum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus“ (l. 19 D. de duob. reis (45, 2).

Maar deze zelfstandigheid, welke tusschen correi heerscht, wordt gemist bij den hoofdschuldenaar en den borg. De verbintenis van dezen is slechts een gevolg van die van genen. Van dáár dat men hier zou verwachten eene wetsbepaling, overeenkomende met l. 32 D. de fideiuss. (46, 1) „*ex persona rei et quidem invito reo exceptio (et cetera rei comoda) fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.*“ En wanneer wij nu juist het tegenovergestelde lezen in art. 2036, al. 2 C. C. (ons art. 1884, al. 2) dan is zooveel zeker dat en in dit en in art. 2012, al. 2 (art. 1858, al. 2, B. W.) aan „*exception purement personnelle*“ onmogelijk dezelfde wijdstrekkende beteekenis kan worden gegeven als in artikel 1208 C. C. (1323 B. W.) aan diezelfde woorden.

Daar onze wetgever slechts vertaald heeft, zullen wij de bedoeling van de questieuse bepalingen uit de wordings-geschiedenis van den Code het best opsporen.

TREILHARD, die in het Corps Législatif de motieven van den titel over borgtocht heeft ontvouwd, zeide ter toelichting van art. 2012 C. C. het volgende:

„Un cautionnement est l'accessoire d'une obligation principale: il ne peut donc pas exister de cautionnement quand il n'existe pas une première obligation à laquelle le cautionnement se rapporte.

„Une obligation contractée contre la défense de la loi, surprise par le dol, arrachée par la violence, entachée enfin de quelque vice de cette nature, est absolument nulle, l'acte, qui la cautionne tombe par conséquent avec elle.

„Mais si l'obligation principale, valable en elle-même, ne se trouvait [rescindée?] que par une exception, personnelle au principal obligé, la restitution de celui-ci ne détruirait pas l'essence de l'obligation et le cautionnement devrait produire son effet.” (LOCRÉ C. C. pag. 416 éd. Br.)

Ter toelichting van art. 2036 zeide dezelfde: „La caution peut repousser le créancier par toutes les exceptions inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur principal; elle n'a pas le droit d'opposer une exception, qui serait purement personnelle à ce débiteur; mais elle peut s'emparer de toute défense, qui ferait tomber l'obligation telles, que celles du dol, de la violence, d'un paiement déjà effectué, de la chose jugée et de toutes autres défenses de cette nature.” (ib. pag. 419).

In zijn rapport aan het Tribunal spreekt CHABOT DE L'ALLIER ter toelichting van het eerstgenoemde artikel:

„Le cautionnement ayant pour objet d'assurer l'exécution d'une obligation, il en résulte d'abord qu'il ne peut exister que sur une obligation qui est valable.

„Il ne peut être dans l'intention du législateur de faire assurer l'exécution d'un engagement qu'il ne reconnaît pas comme valable.

„Ainsi les obligations contraires aux bonnes mœurs et

«aux lois ne peuvent être cautionnées parcequ'elles sont nulles, et ne produisent jamais d'effet.

«Quant aux obligations contractées par erreur, par violence ou par dol, quoiqu'elles ne soient pas nulles de plein droit, néanmoins, comme elles donnent lieu à l'action en nullité ou en rescision, l'effet de cette action est le même pour le cautionnement que pour l'obligation principale.

«Mais le cautionnement subsiste, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui ne peut être annullée que par une exception purement personnelle à l'obligé.

«Telle est celle contractée par un mineur, même non émancipé: elle n'est pas nulle, puisque le mineur a le droit de l'exécuter et de la faire exécuter, sans que la personne avec laquelle il a traité puisse lui opposer son incapacité.

«Le mineur peut cependant *se faire restituer* contre cette obligation pour cause de simple lésion.

«Mais cette exception lui est purement personnelle et ne peut servir qu'à lui, et ne profite pas à la caution, qui a dû prévoir l'événement et a pu volontairement s'y exposer.» (ib. pag. 422).

Dezelfde zegt dan op art. 2038 nog het volgende: «Les moyens qui détruisent l'obligation principale, s'ils résultent de la nature même du contrat, détruisent aussi le cautionnement; mais s'ils se trouvent attachés à la personne même du débiteur ils ne peuvent servir qu'à lui et la caution n'est pas reçue à les opposer.

«D'après cette distinction, le fidéjusseur profite de l'action en nullité ou en rescision contre l'obligation principale qui aurait été contractée par erreur, dol ou violence. Ces vices sont attachés au contrat lui-même, puisqu'il ne peut exister de contrat sans le consentement de la personne qui s'oblige, et qu'il n'y a pas de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur, ou extorqué par violence, ou surpris par dol: le cautionnement ne peut donc exister, si l'obligation principale est annullée ou rescindée.

«Mais si l'exception était purement personnelle au débiteur, comme le bénéfice de restitution pour cause de minorité,

«on a déjà vu que la caution ne pourrait l'opposer, parceque
 «au moment où elle s'est engagée, elle a pu prévoir que le
 «débiteur se ferait restituer: que si elle n'a pas souscrit son
 «cautionnement pour n'avoir lieu seulement que dans le cas
 «où la restitution ne serait pas demandée, elle s'est volon-
 «tairement exposée à en courir les risques, et qu'alors même
 «il est évident que c'est précisément pour faire valoir l'o-
 «bligation et pour se garantir de la restitution que le
 «créancier a exigé un cautionnement.»

Men ziet uit deze aanhalingen dat de bedoeling van den wetgever, sprekende van eene exception personnelle, was eene exceptie, welke haren oorsprong zou vinden in den staat van den contracteerenden persoon.

Deze gedachtengang is juister uitgedrukt in het ontwerp van 1820: art. 2912: «De borgtocht is uit zijnen aard
 «slechts eene bijkomende verbindtenis en kan niet bestaan
 «zonder de aanwezigheid eener hoofdschuld van eenen
 «anderen persoon, ten behoeve van denzelfden schuldeischer.
 «De hoofdschuld nietig zijnde, is ook de borgtocht, welke
 «daarvoor zoude mogen gesteld zijn, onbestaanbaar.»

Art. 2913: «De bepaling van het vorige artikel kan echter
 «door den borg niet ingeroepen worden, wanneer de hoofd-
 «schuld nietig is, ter zake van voogdij, curateele of andere
 «magt, onder welke de schuldenaar zich ten tijde van het
 «aangaan zijner verbindtenis bevond.»

Uit de aangehaalde toelichting van TREILHARD en CHABOT, blijkt dan nog verder de ratio der bepaling. Men oordeelde, dat de borg het in zijne macht heeft om te bedingen, dat zijne verbindtenis slechts zal gelden, voor het geval, dat de hoofdschuldenaar zich niet op zijne ontbrekende of onvolgende rechtsbevoegdheid zal beroepen; en dat, zoo de borg dit beding niet had gemaakt, men moest aannemen, dat hij zich verbonden heeft om de hoofdverbindtenis effect te doen hebben, ondanks de onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar om zich te verbinden.

Men vond deze suppositie te meer gegrond, omdat men in de eerste plaats dacht aan den *minderjarigen hoofdschul-*

denaar wiens overeenkomsten volgens den Code niet om den enkelen grond der minderjarigheid zonder effect moeten blijven. Integendeel: volgens den Code bestaan zij èn voor dengenen die met hem heeft gehandeld èn voor hem zelven; maar eene in integrum restitutio kan plaats hebben wegens laesio als uit eene geheel persoonlijke consideratie. Het wezen der verbintenis is echter *valable*.

Kortom de Fransche wetgever heeft slechts willen tot wet verheffen de bepaling van *ULPIANUS* in l. 13 D. de minor (IV. 4): „In causae cognitione versabitur utrum soli „ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt, „utputa fideiussoribus. Itaque si cum scirem minorem et ei „fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum „fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi dene- „ganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit „praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideius- „sori: nam *minor captus* neutri tenebitur. Facilius in „mandatore dicendum erit non debere ei subvenire; hic „enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore con- „traheretur; unde tractari potest, minor in integrum resti- „tutionem utrum adversus creditorem an et adversus fideius- „sorem inplorare debeat; et puto tutius adversus utrumque; „causa enim cognita et praesentibus adversariis vel si per „contumaciam desint in integrum restitutiones perpen- „dendae sunt.”

De afwijkingen tusschen de bepaling dezer plaats en die van den Code zijn deze: Primo, dat uit eene casus positie van den minderjarigen hoofdschuldenaar, die, benadeeld, in integrum restitutie vraagt, eene algemeene regel is geworden, waarin de minderjarige bij wijze van voorbeeld wordt aangehaald, terwijl toch in het Fransche recht, even als in het Rom., geene andere gelijksoortige persoonlijke reden tot bevrijding van den hoofdschuldenaar bestaat. Secundo, dat het door *ULPIANUS* gestelde geval ook daarin buiten de eigen grenzen is uitgebreid, dat men heeft afgezien *a.* van de wetenschap van des schuldenaars minderjarigheid bij schuldeischer en borg, en *b.* van den eisch dat de

borg zich juist heeft verbonden omdat de schuldeischer geen crediet heeft willen verleen en wegens des schuldenaars minderjarigheid. Die wetenschap en die bedoeling worden in den Code blijkens CHABOTS toelichting *voorondersteld*.

Tegen de laatstgenoemde afwijking kan weinig bezwaar zijn, want de rechtsregel, dat ieder moet weten, met wien hij handelt, kan men stellig in de eerste plaats laten gelden voor hem, die als borg optreedt, ten opzichte van den persoon, voor wien hij zich borgstelt, en daarmede is ook de stilzwijgende bedoeling genoeg gemotiveerd. De eerstgenoemde uitbreiding echter is bedenkelijker. Want men heeft hier te doen met eene exceptie, die men met het oog op het maatschappelijk belang kan verdedigen bij den borg voor den minderjarige, maar welke altijd eene anomalie blijft. Immers de in integrum restitutie die bij de Rom. een extraordinaar middel was, is bij de Franschen een gewoon rechtsmiddel geworden. De werking der vernietiging pour lésion in geval van minderjarigheid is in zoover dezelfde als wanneer bijv. eene obligation arrachée par violence nietig wordt verklaard, dat in beide gevallen de geheele verbintenis van meet af als nietig wordt beschouwd.

Logisch moet dus zoowel in het eene als in het andere geval het accessoir vallen met het principale. Het zijn dan ook slechts phrases, wanneer beweerd wordt dat l'essence de l'obligation door de vernietiging niet aangetast wordt, en wanneer verder tot verdediging der uitzondering gezegd wordt, dat de minderjarige van zijnen kant kan eischen de nakoming der verbintenis, welke hij met den meerderjarige heeft aangegaan, en wanneer hij wil ook zelf kan nakomen.

Dit kan *hij* ook, die eene verbintenis heeft aangegaan, welke wegens dwang, dwaling of bedrog zou kunnen vernietigd worden.

De consequentie zou dus zijn, om ook in die gevallen den borg verbonden te laten blijven. En inderdaad heeft het ontwerp van 1820 in artikel 3496 dien stap gedaan en *relief* niet toegestaan aan de borgen van hem, die een verbintenis heeft aanvaard bijv. door bedrog misleid.

Tegen de bepaling van ons B. W. geldt natuurlijk hetzelfde, wat wij tegen die van den Code hebben aangevoerd, in sterkere mate. Want bij ons maakt de enkele minderjarigheid van »rechtswege» eene overeenkomst en de daaruit voortgevloeide verbintenis nietig.

Is die nietigheid door den rechter uitgesproken, dan is er van den beginne af geene verbintenis geweest en de borgtocht moest vallen omdat geene bijzaak kan bestaan zonder hoofdzaak. De bestaanbaarheid van overeenkomsten hangt voorts evenzoo zeer af van de bekwaamheid van partijen als bijvoorbeeld van eene geoorloofde oorzaak. De bepaling der artikelen 1858^b en 1884^b B. W. is dus niet anders te verklaren, zooals ik reeds boven ter loops opmerkte, dan op grond der eischen van het maatschappelijk verkeer. Men kan zeggen, dat zij *introducata est contra juris rationem in utilitatem publicam*. De minderjarigheid als beletsel om te handelen op te heffen, is ondoenlijk; aan den anderen kant is het niet te ontkennen, dat het soms wenschelijk is, dat een minderjarige door een volwassen persoon ondersteund crediet krijgt. Van dáár de wenschelijkheid om de borgtocht in dit geval te handhaven ook na de vernietiging der verbintenis van den oorspronkelijken debiteur en aan den borg de bevoegdheid te ontzeggen om zich op die onbekwaamheid van den hoofdebiteur te beroepen.

Het resultaat van deze beschouwing is dan ook dit, dat de rechter deze bepaling niet dan met de grootste voorzichtigheid mag toepassen en nooit mag uitbreiden: want *quod contra juris rationem est receptum, non est producendum ad consequentias*.

Daarom zal dan ook m. i. hij, die bijv. aan eene getrouwde vrouw crediet wil verleen, veiliger doen, zoo hij hare schuld tot eene solidaire maakt voor hem, die als borg wil optreden, of ten minste dezen uitdrukkelijk zich sterk laat maken, dat de hoofdschuldenares uit hare ontbrekende rechtsbevoegdheid geen verdediging zal scheppen.

B. J. POLENAAR.

Amsterdam, Februari 1882.

In het laatste nummer van den vorigen jaargang van dit tijdschrift, bestrijdt Mr. J. W. VAN DEN BIESEN het advies, dat ik, in nr. 560 van het *Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie*, heb gegeven in zake het beding vervat in art. 297 K.

Men had mij de volgende vraag gesteld:

„Is het *met* dit beding (behoorlijk aan den verzekeraar beteekend, of waarvan hij althans schriftelijk verklaard heeft te hebben kennis genomen), indien na de afbranding het pand met de assurantiepenningen weder opgebouwd wordt, noodig eene nieuwe schuldverbintenis met hypotheccair verband te maken, of behoudt de oude hypotheek zoolang ze niet geroieerd wordt hare kracht?“

Geheel juist — laat ik dit even opmerken — was die vraag niet gesteld. Het schijnt dat het verschil tusschen de hoofdverbintenis en de hypotheek niet genoegzaam in het oog werd gehouden. De *bedoeling* was echter duidelijk, en ik antwoordde op de volgende wijze:

Ten aanzien van het bedoelde beding doet men best, zich eenvoudig te houden aan de woorden der wet. Heeft daarop de beteekening plaats of de aantekening die in de praktijk de beteekening vervangt, dan is de assuradeur verbonden om niet met den verzekerde, maar met den crediteur te verrekenen; eene handeling die echter op de overeenkomst van geldleening onder hypotheccair verband geen invloed heeft, zoodat de schuld blijft bestaan, evenals de parate executie van het nog overige verband mogelijk blijft.

Mr. VAN DEN BIESEN nu meent dat ik deze gewichtige vraag onjuist heb beantwoord. Tot staving dezer meening schetst hij:

1. den aard van het beding,
2. zijne gevolgen.

Op de vraag: welke is de aard van het beding, vervat

in art. 296 K.^p antwoordt de heer v. d. B. dat wij hier te doen hebben met eene gewone cessie krachtens art. 668 B. W., waarbij de hypothecaire debiteur, is cas van sinister, zijne aanspraken op de brandassurantie-maatschappij cedeert aan den hypothecairen crediteur, terwijl assuradeuren op de polis erkennen, dat zij kennis dragen van die cessie. Deze erkenning ontslaat van de verplichting, de plaats gehad hebbende cessie aan assuradeuren te beteekenen. Art. 668 B. W. 2e lid.

Mr. VAN DEN BIESEN tracht vervolgens te bewijzen, dat het bedoelde beding noch subrogatie noch schuldvernieuwing inhoudt, een betoog waarbij ik hem niet zal volgen, omdat ik niet geloof dat men ernstig aan hetgeen hij beweert zal twijfelen. Toch is het waar wat hij opmerkt, en ik geef hem dit gereedelijk toe, dat men nog dikwijls in notariële akten de uitdrukkingen *subrogeerende, met subrogatie* (waar het beding van art. 297 K. gemaakt wordt), aantreft, uitdrukkingen die, ook wanneer hier werkelijk van eene subrogatie sprake was, toch niet *op haar plaats* zouden zijn. Wanneer toch de schuldeischer eenvoudig bedingt, dat ingeval van schade de assurantiepenningen in de plaats der onderzetting zullen treden, dan worden de gevolgen van dit beding (mits behoorlijk beteekend), *door de wet zelve* geregeld, en dat is m. i. geheel voldoende, met het oog op het speciale doel, dat hier werd beoogd.

De cessie, zooals Mr. VAN DEN BIESEN het beding noemt, heeft naar zijne leer in de eerste plaats het gevolg dat wanneer de som, voor welke het pand is verzekerd, meer bedraagt dan of even groot is als de hypothecaire schuld, door de verrekening tusschen assuradeur en crediteur de schuld wordt *afbetaald*, de hoofdbintenis *te niet gaat* en mitsdien ook de hypothecaire crediteur verplicht is te roieeren.

In deze stelling, zooals ze daar ligt, is, welke andere gevallen men ook moge kunnen denken, de eigenlijke *rechts-quaestie* verscholen.

Ten einde op die quaestie het vereischte licht te doen

vallen, is het noodig, eerst een blik te werpen op de geschiedenis van art. 297 K.

Tot toelichting van het reeds bij de ontwerpen van 1835 voorgestelde artikel, zeide de Regeering dat, daar de assurantiepenningen niet *jure* aan den schuldeischer kunnen overgaan, omdat het verzekerings-contract eene *personeele verbintenis* is met een derde gesloten, welke alzoo den schuldeischer niet kan baten of benadeelen, — men vermeend had te moeten toelaten om, *bij beding*, de rechten van den verzekerden schuldenaar aan den hypothecairen schuldeischer te kunnen overdragen, en den verzekeraar te verplichten om, na de beteekening van dat beding, met den schuldeischer te verrekenen.

Ook voor *tijdgenooten* was de voorgestelde en later tot wet verheven bepaling niet geheel duidelijk. In de uitgave van het wetboek onder toezicht van Mr. S. P. LIPMAN wordt gezegd, dat art. 297 *alleen dan* van toepassing schijnt te zijn, wanneer bij de verzekering is bedongen, dat de schadevergoeding *in gereed geld* zal geschieden. „Wanneer „toch — zoo leest men op pag. 114 — de *wederopbouw* „is bedongen, schijnt men (ofschoon noch in het Burg. „Wetb. noch te dezer plaatse zulks uitdrukkelijk wordt geleerd) te mogen aannemen, dat met de herstelling van het „perceel de zekerheid van den hypothecairen schuldeischer „herleeft.“

Oppervlakkig beschouwd, zou men zeggen dat de schrijver hier in zijn recht zou zijn geweest, met eenvoudig te zeggen dat, wanneer er geene uitbetaling plaats heeft anders dan naar mate van of na afloop van den opbouw, de bepaling van het artikel niet *noodig* is. Dit is echter niets meer dan *schijn*, want het uitdrukkelijk voorschrift van art. 297, dat geen verschil maakt, heeft ten gevolge *dat met niemand anders dan met den hypothecairen crediteur verrekening kan plaats hebben.*

Doch al ware het anders, zooveel is zeker, dat Mr. v. D. BRESSEN, die alleen het geval van verzekering naar *koopwaarde* stelt, toch blijkbaar uitsluitend denkt aan *waarborg* voor de *Themis*, XLIIIste Dl., 2e Stuk, [1882].

voldoening der verplichtingen van den debiteur *indien* van afrekening, van afdoening der schuld tusschen hem en den crediteur de rede mocht zijn, geenszins aan zoodanige verrekening zelve, die immers met het onderwerp in geen verband staat.

Hiermede stemt geheel overeen de opmerking der 3e afdeeling nopens het voorgedragen artikel. In deze afdeeling hield men het daarvoor, dat de verzekerde som, ingeval van brand, ipso jure het onderpand behoort te vervangen, een gevoelen waarmede de Regeering zich niet kon vereenigen, in zooverre zij meende dat dit alleen het gevolg moet zijn van een *bepaald beding*. En zóó is ook beslist.

Laat ons nu artt. 288 en 297 in verband met elkander beschouwen.

Volgens art. 288 wordt bij verzekering van gebouwde eigendommen bedongen, òf dat de schade aan het perceel overkomen zal worden vergoed, òf dat hetzelfde, uiterlijk ten beloope der verzekerde som, zal worden wederopgebouwd of hersteld.

Uit het derde lid van dit artikel blijkt ondubbelzinnig, dat ook in het tweede geval (opbouw of herstel) aan eene *witbetaling der assurantiepenningen aan den verzekerde* werd gedacht: want de verzekeraar heeft het recht, toe te zien, dat de door hem te betalen penningen werkelijk tot dat einde worden besteed, waarvoor de verzekerde zelfs kan worden genoodzaakt zekerheid te stellen.

Het beding van art. 297 past alzoo in het *geheele* systeem der wet, geldt voor *elk* geval, en heeft ten doel te voorkomen, dat de kracht van het beding van art. 1223 B. W., indien dit door den hypothecairen crediteur is gemaakt (en die kracht is gelegen in het verhaal van de voldoening der verbintenis), illusoir gemaakt worde door eene gebeurtenis, niet van den wil van dien crediteur afhankelijk. Daartoe moet steeds aanwezig zijn datgene wat ondergezet is, het *onderpand*, en nu, wanneer de ramp dit onderwerp vernielt, dan treedt de waarde er van, tijdelijk, als buitengewoon hulpmiddel, in de plaats van de onderzetting, is das *zelf* onderpand, en strekt tot waarborg dat, zoolang

het werkelijk onderpand niet is hersteld, de voldoening der hoofdverbintenis, der hoofdsom dus met de renten en kosten, behoorlijk zal kunnen worden verhaald, *wanneer namelijk in dien tusschentijd van kwijting der hoofdverbintenis sprake mocht wezen.*

Immers, de heer VAN DEN BIESEN ziet geheel over het hoofd, dat die kwijting nooit kan plaats hebben anders dan in de gevallen, bij de akte voorzien. Laat ons het volgende geval stellen: A. gaat als debiteur met B. als crediteur eene overeenkomst van verbruikleening aan onder hypothecair verband. B. stelt de voorwaarde, dat A., zoolang de schuld niet is afbetaald, het verbonden gebouw voor brandschade moet doen verzekeren, en maakt daarbij tevens het beding van art. 297 K. Een en ander wordt gesteld in dezer voege, zooals ik meen dat met het oog op de bedoeling der wet het eenvoudigst en zekerst is:

„Dat, zoolang de schuld niet geheel zal zijn gekweten, de schuldenaar het verbondene gebouw bij eene binnen dit Rijk gevestigde maatschappij, ten genoegen van den schuldeischer, in herbouwwaarde voor brandschade zal moeten doen verzekeren; de polis van verzekering zal moeten stellen in handen van den geldschieder of wie anders de wettige houder van de grosse dezer akte mocht zijn, en de quitantie van betaalde premie jaarlijks aan hem vertoonen. Voorts dat, ingeval van brandschade aan het verzekerde perceel, de assurantiepenningen, tot het beloop der inschuld en der verschuldigde renten, in de plaats der onderzetting zullen treden.“

De overeenkomst wordt gesloten op den 1 Januari 1882, voor vijf jaren, zoodat, behoudens prompte nakoming der gestelde voorwaarden, gedurende dien tijd de crediteur niet kan aandringen op afdoening, en eveneens van willekeurig vervroegde aflossing van de zijde van den debiteur geen sprake kan wezen.

Mr. VAN DEN BIESEN nu beweert dat bij deze overeenkomst de debiteur eene eventueele vordering op de maatschappij heeft overgedragen aan den crediteur. Ik kan het niet inzien. Ik zie alleen dat de crediteur een geoorloofd

beding maakt, waarvan de gevolgen op eene geheel bijzondere wijze, tot een bijzonder, volkomen op zich zelf staand doel, door de wet worden geregeld. Eene poging om dat beding te rangschikken onder de eene of andere klasse van door de wet genoemde verbintenissen, komt mij niet zeer gewenscht voor. Trouwens ik geloof dat die poging tot niets kan leiden.

Het gevoelen van Mr. VAN DEN BIESEN stemt overeen met Mr. J. G. KRIST, „Beginselen van Handelsrecht,“ 4e deel, blz. 99: „De verzekering kan dus niet van rechtswege overgaan op den hypotheekhouder. Deze kan echter wel een daartoe strekkend beding maken in de overeenkomst, waarbij de hypotheek bedongen wordt. Ook al kwam art. 297 niet in de wet voor, zoude dat mogelijk zijn, want dergelijk beding is niets anders, dan eene cessie der vordering, welke de verzekerde casu quo tegen den verzekeraar hebben zal, aan een ander. Zoodanige cessie kan ieder schuldeischer doen volgens art. 668 B. W. Zij geldt tegenover den schuldenaar door beteekening aan dezen of door erkenning.“

Ik zou hiertegen willen aanvoeren dat, wanneer art. 297 niet in de wet voorkwam, zeer zeker wel een dergelijk beding kon worden gemaakt, dat door den debiteur aangenomen, de overdracht zou daarstellen eener eventueele vordering; dat dan inderdaad zou aanwezig zijn eene cessie, in den zin van art. 668 B. W., met andere woorden, de verkoop eener vordering, die tegelijkertijd geleverd wordt; doch dan ook geen sprake kon wezen van *iets, dat treedt in de plaats der onderzetting, van den waarborg voor de schuld*. Integendeel, *dan* zou de vordering, die de crediteur heeft op den debiteur, de koopsom wezen der overgedragen vordering ten laste van den assuradeur, en zou dus de geheele handeling daarop neêrkomen dat, krachtens de bepalingen der akte, ingeval van brand, *de schuld met de assurantiepenningen wordt afgedaan*, iets wat *nooit* in de bedoeling ligt, en (zeer begrijpelijk) in geene hypotheekakten, beter gezegd in geene akten van schuldverbintenis onder hypothecair verband voorkomt.

In het door mij gestelde geval brandt het huis af twee jaren nadat de overeenkomst is gesloten. Nu is de hoofdverbintenis niet alleen niet vatbaar voor dadelijke afdoening, maar zelfs niet eens opzegbaar. Het beding van art. 297 K. begint echter te werken en de wet regelt er de gevolgen van. De assuradeur is verplicht tot den wederopbouw in staat te stellen. Hij kwijt zich van die verbintenis *door* de assurantiepenningen te betalen aan den crediteur. Deze verkrijgt daardoor het wettig eigendom van den geassureerde als bloot tijdelijk onderpand in zijne macht. Hij kan er zijne vordering niet meê verrekenen. Ja al ware het, dat de schuld ten allen tijde op zeer korten termijn opeischbaar was, altijd zou toch de opeisching vooraf moeten gaan, en zoolang zij niet is geschied, strekken de assurantiepenningen tot onderpand van eene bestaande schuld, is de verzekerde tot wederopbouw verplicht, en kan de assuradeur toezien dat werkelijk ten beloope der assurantiepenningen gebouwd wordt.

Er is slechts één geval denkbaar, waarin eene werkelijke cessie zou plaats grijpen: het geval dat ik hierboven noemde, waarin krachtens de bepaling der akte zelve, ingeval van brand, de schuld met de assurantiepenningen wordt afgedaan; maar dit is eene handeling geheel buiten art. 297 K. om, en die, zooals ik boven opmerkte, in de praktijk ook niet voorkomt.

Ik achtte het niet ongewenscht om in dit tijdschrift, tegenover het beweren van Mr. VAN DEN BIESEN, dat ik indertijd een verkeerd advies zou hebben gegeven, dit advies te handhaven en nader toetelichten, en meen dit te kunnen doen zonder te vervallen in beschouwingen aangaande datgene, wat die schrijver verder over de gevolgen van het beding mededeelt.

Hoewel zich onderscheidene gevallen kunnen voordoen, hoewel de bijzondere overeenkomsten tusschen de verschillende partijen bij de regeling der zaken en de feitelijke uitvoering der verbintenissen niet zonder invloed zullen wezen, — tot de *hoofdquaestie* kan die invloed zich m. i. toch nimmer uitstrekken.

Leiden, December 1881.

H. M. J. WATTEL.

STRAFREGT EN STRAFVORDERING. — *De uitlevering
wegens Moord of Moordaanlag op het Hoofd
van een Staat.*

Naarmate de 19^e eeuw voortschrijdt op haar baan, zal wel het denkbeeld totaal verdwijnen, dat onze tijd een exceptioneel zachtzinnig standpunt inneemt op het gebied van de middelen, waarmede pogingen tot onwettige omkeeringen in den Staat worden in 't werk gesteld. Noch de in sommige opzichten onmiskenbare verzachting der zeden, noch de ongetwijfeld meer dan vroeger verspreide algemeene kennis, noch de schier in alle landen toegenomen kans op wettig herstel van grieven, noch de ruime kansen voor invloed van een deel des volks of zelfs van het geheele volk op den gang van zaken, hebben de neiging om door moord vorsten of andere hooggeplaatsten op zij te schuiven, kunnen wegnemen.

Naast het autocratische Rusland staat het republikeinsch Noord-Amerika (om van zulke Staten als Peru niet te spreken). Naast de zich in algemeen stemregt verheugende Duitsche monarchie en Fransche Republiek staat het als constitutioneel voorbeeld steeds geprezen Groot-Britannië. De eene natie heeft de andere slechts zelden iets te verwijten niet alleen, maar geen enkele natie kan zich voor goed buiten schot rekenen. Geen voortreffelijke staatsvorm, geen goede volksgeest (die uit den aard der zaak steeds min of meer met uitzonderingen gepaard zal gaan) kan waarborg schenken, dat wat in eenig land heden nog theorie is, daar niet morgen practijk wordt.

Daarom heeft de vraag, in hoeverre een moordaanlag op het hoofd van een vreemden Staat tot uitlevering aanleiding kan en moet geven, nog steeds het karakter van algemeen belang. Te algemeener, naarmate de versnelde middelen van vervoer de kans van ontsnapping en daardoor de noodzakelijkheid van uitleveringstractaten deden toenemen.

Bijna alle tractaten van uitlevering maken, zooals men weet, onderscheid tusschen staatkundige en niet-staatkundige misdrijven, enkele slechts wijzen *ipsis verbis* uit dat moord, op het hoofd van den Staat gepleegd, *nooit* als staatkundig misdrijf zal worden aangemerkt. Ruimte voor verschil van opvatting omtrent de verplichting tot uitlevering zal dus bij menige Regering in een aantal gevallen kunnen bestaan, en dat zoowel in Nederland als in andere Staten. De omstandigheid, dat *meer* te doen dan de tractaten eischen, een eenigzins hatelijk karakter van hardheid tegenover een weerlooze hebben moet, maakt zekerheid van stellig regt ook op dit gebied zeer gewenscht.

Dat er ten allen tijde onderscheid is gemaakt tusschen de uitlevering voor gewone en die voor zoogenaamde staatkundige misdrijven, is zeer natuurlijk.

Nog minder met het oog op het poëtisch karakter van sommige opstanden of het min sympathieke van sommige bestuurders, dan wel omdat in zoo menig land de opstandeling, de staatkundige misdadiger van heden, de gevierde regent of bevelhebber werd van den volgenden dag. Ook omdat het eigenbelang der uitleverende mogendheid in *deze* gevallen niet zóó duidelijk is, dat het de eer en het eventueel voordeel der asyls-verschaffing blijkbaar in 't niet doet verzinken. In den regel toch zullen de staatkundige misdadigers geen gevaarlijke bewoners zijn van hun toevlugs-oord, de gewone moordenaars, dieven, enz. wel.

Het komt hier dus minder aan op het begrip van eenvoudige zelfverdediging dan wel op het *facio ut facias*, de meer gecompliceerde overweging, dat de beroeringen en misdaden, die heden *ginds* voorvallen, morgen *hier* kunnen ontstaan en dat dan de uitlevering door eene buitenlandsche Regering eene behoefte kan wezen.

De ondervinding leert dan ook, dat nog steeds de meeste uitleverings-tractaten de politieke misdrijven vrijlaten zonder te omschrijven wat politieke misdrijven zijn, en dat het stelsel, den vorstenmoord *nooit* als politiek misdrijf, dus als steeds reden tot uitlevering verschaffend, te beschouwen, op

verre na geen algemeene instemming vindt. Van de door Nederland gesloten uitleverings-tractaten spreken enkel dat met Frankrijk (1860 *Stbl.* n^o. 50 en 51), dat met België (1862 *Stbl.* n^o. 193), dat met Rusland (1867 *Stbl.* n^o. 53) en dat met den Oranje-Vrijstaat (1875 *Stbl.* n^o. 208) het niet-politiek karakter van den vorstenmoord, dus de onvoorwaardelijke uitleverbaarheid van den dader, met zooveel woorden uit.

Het is wel eens beweerd, dat zulk eene uitspraak in de hedendaagsche Nederlandsche tractaten overtollig is, omdat zij alle aanvangen met een lijst van voor uitlevering vatbare feiten. In dat stelsel zou voor al de in die tractaten uitdrukkelijk vermelde gevallen uitlevering bedongen zijn, onverschillig of politieke motieven de daders hadden gedreven, en ware de in de meeste tractaten eveneens vermelde uitsluiting van politieke misdrijven enkel een soort van principieele inleiding voor de zeer juiste, duidelijk neergeschreven afspraak, dat wie voor een der in het tractaat genoemde feiten wordt uitgeleverd, niet door die uitlevering mag worden blootgesteld aan straf voor een *ander* door hem gepleegd feit, in geval dat andere feit van politieken aard was.

Die uitlegging komt mij intusschen niet de ware voor, altans niet voor *alle* door Nederland gesloten uitleverings-tractaten. Buiten eenigen twijfel laat de Wet van 6 April 1875, *Stbl.* no. 66, het sluiten vrij van tractaten, die voor al de 25 in art. 2 opgenoemde gevallen — waaronder men, om alle op den Code Pénal gebaseerde dubbelzinnigheden te vermijden, nevens de verschillende soorten van moord en doodslag en de poging daartoe, ook gebragt heeft „aanslag tegen het leven van den Vorst, van leden van het Vorstelijk Huis of van het Hoofd eener Republiek,“ (1) — on-

(1) Men kan wel aannemen dat door die verduidelijking onzer wetgeving ook voor de oudere tractaten nu Vorstenmoord als moord is te beschouwen, wat de uitlevering betreft. De bedoeling der Nederlandsche Regering zal toch wel vaststaan en overschrijdt in geen geval haar tegenwoordige bevoegdheid.

voorwaardelijk, afgescheiden van politieke beweegredenen der daders, uitlevering bedingen.

Een amendement der HH. Rapporteurs s' JACOB, MACKAY, BERGSMA en TEDING VAN BERKHOUT, strekkende tot opneming in die Wet van de woorden: „geene uitlevering „kan toegestaan of gevraagd worden wegens Staatkundige „misdrijven“ werd ingetrokken (zie *Bijblad* 10 en 11 Maart 1875), na een zeer lang en uitvoerig debat, waarbij de Minister van Buitenlandsche Zaken, VAN DER DOES DE WILLEBOIS, uitdrukkelijk het regt der Regering handhaafde tot het sluiten van uitleveringstractaten, die aan de schulddigen, in art. 2 bedoeld, *nooit* om politiek karakter een vrijbrief toekennen.

Na opgave van de tractaten, door Nederland gesloten met België, Baden, Frankrijk, Italië, Oldenburg, Portugal, Pruisen, Rusland, Zwitserland en Engeland, die wèl een voorbehoud maken omtrent politieke misdrijven, en die met Beijeren, Bremen, Denemarken, Oostenrijk, Hessen, Saksen en Zweden en Noorwegen, die zulks *niet* doen — waarbij nog die met Hamburg, Wurtemberg en Mecklenburg-Schwerin te voegen zijn, en waarbij het, wat Zweden en Noorwegen betreft, destijds twijfelachtig kon genoemd worden — en na een betoog omtrent de zuiver politieke misdrijven, de buiten art. 2 der Wet vallende, wier daders hij als slagtoffers van gemoedsbezwaren ten allen tijde in Nederland een veilige schuilplaats wilde blijven verschaft zien, ging hij omtrent het wetsontwerp voort (*Bijblad* 1874/75, bl. 1024):

„Wanneer dit ontwerp wet wordt, zal men dus kunnen „handelen even als ware 't amendement, zoo 't goed te „redigeren was, in dat ontwerp opgenomen. Sommige sprekers „hebben gevraagd: *quid juris*, wanneer delicten van art. 2 „gepaard gaan met omstandigheden, die daarvan politieke „delicten schijnen te maken of eerstbedoelde, wegens mindere „beduidenis, op zich zelf in laatstbedoelde doen opgaan?

„Ik antwoord, dat het onmogelijk is om zulke gevallen „in de wet te voorzien. Aan het beleid der Regering, die „tractaten sluit en uitvoert, moet overgelaten worden daarin

„te voorzien en casu quo, na advies van de regterlijke magt
 „te hebben ingewonnen, te beslissen, of een enkel delict
 „soms, opgenomen in de lijst onder art. 2, wegens zelfstan-
 „dige onbeduidendheid of wel wegens bijzondere omstandig-
 „heden, geheel en al een politiek misdrijf wordt.”

De Minister zegevierde dus met zijne wets-explicatie, dat uitlevering voor de bij de wet omschreven feiten niet wordt onmogelijk gemaakt door politieke beweegredenen bij de daders. Het Verslag der Eerste Kamer ving dan ook aan met de zinsnede: „Algemeen had het goedkeuring ver-
 „worven dat zuiver staatkundige misdrijven van uitlevering
 „blijven uitgesloten; terwijl daaraan verbonden andere mis-
 „drijven grond tot uitlevering geven” en de Minister van Justitie VAN LIJNDEN zeide in de Eerste Kamer, 4 April 1875 (*Bijblad* bl. 210): „het beginsel van niet-uitlevering
 „wegens politieke misdrijven, door dit ontwerp niet in het
 „leven geroepen, maar bestendigd,” zonder dat iemand daarna nog het woord vroeg, zooals toch het geval had moeten zijn, indien bij iemand twijfel had bestaan omtrent de vrijheid, door de wet als vroeger gelaten aan de Ministers en hun eventueele opvolgers, die door de aankondiging van Minister DE WILLEBOIS omtrent zijne voornemens bij eventueel te sluiten tractaten nimmer gebonden konden zijn te achten.

De Nederlandsche Regering mag dus tractaten sluiten waarbij een eventueel politiek karakter van het onder art. 2 der wet van 1875 vallende feit in 't geheel niet den dader ten goede kan komen.

En zij mogt dat ook reeds vóór 1875, onder de heerschappij der wet van 1849, *Stbl.* n°. 39.

Daaruit volgt intusschen niet, dat zij bij alle tractaten van die strenge bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

Zij deed het, door in 't geheel niet van politiek te spreken, in de door Minister DE WILLEBOIS opgenoemde hierboven aangehaalde tractaten, waarvan sedert dat met Zweden en Noorwegen in 1879 (*Stbl.* n°. 140) en dat met Oostenrijk in 1881 (*Stbl.* n°. 43) in dit opzigt veranderd

zijn. Zij deed het niet in verreweg de meeste uitleverings-tractaten.

Het is dus in zeer vele gevallen, ook onder de wet van 1875, een kwestieus punt gebleven, in hoever politieke misdadigers vrij moeten blijven van uitlevering — een punt, dat alleen door nauwgezette explicatie der tractaten zelve voor de verschillende gevallen tot klaarheid is te brengen.

De bedoeling van Minister DE WILLEBOIS, die, blijkens het intrekken en niet door iemand overnemen van het hierboven besproken amendement der Rapporteurs, in de Tweede Kamer en later ook in de Eerste de zegepraal behaalde, was zeer ongunstig voor hen, die met een politiek doel eenig voor uitlevering voldoende feit pleegden, maar dat geeft bij tractaatsuitlegging enkel een argument ex analogia.

Op de teksten der tractaten komt het in de eerste plaats aan.

Tusschen die teksten bestaat wel eenig verschil, maar men kan toch de vraag, in hoeverre moord of moordaanslag op het Hoofd van den Staat tot uitlevering aanleiding moet geven, beschouwen als volkomen dezelfde in alle nog geldende door Nederland gesloten tractaten. Natuurlijk buiten die met Frankrijk, Rusland, België en Oranje-Vrijstaat, die zulke feiten als nooit politieke misdrijven stempelen en die met Denemarken en met de kleine Deutsche Staten (behalve weer Baden en Oldenburg), die in 't geheel niet van politieke misdrijven spreken.

De constante redactie brengt mede in den aanvang eene lijst van de feiten, die, als uitlevering gevraagd wordt, aanleiding daartoe moeten geven en daarna in een ander artikel eene uitzondering voor politieke misdrijven, die volkomen overtollig zou wezen, indien het de bedoeling was, dat voor feiten in de categorie der uitleverbare geplaatst, ook dan zou moeten worden uitgeleverd, als zij met politieke doeleinden bedreven waren. Dan toch zouden alle in de tractaten als politieke misdrijven gequalificeerde feiten reeds door den aanvang der tractaten, door de daar te vinden opsomming, voor uitlevering gevrijwaard zijn.

De bedoeling is dus, dat in sommige gevallen de uitleverbaarheid van eenig in de rei opgenomen feit weer wordt te niet gedaan door het politiek karakter van dat feit.

Enkele tractaten zijn hieromtrent eenigzins onduidelijk, en wel in de eerste plaats dat met Pruisen (1850 *Stbl.* n^o. 73) en dat met Oldenburg (1853 *Stbl.* n^o. 27), «les dispositions de la présente convention ne pourront être appliquées à des individus qui se seront rendus coupables d'un délit politique quelconque.

«L'extradition ne pourra avoir lieu que pour la poursuite et la punition des crimes et délits communs, spécifiés dans l'art. 2 de cette convention.»

Zoo luiden artt. 4 van beide genoemde tractaten.

Hier kan de eerste alinea beteekenen, dat politieke misdadigers nimmer krachtens deze conventie kunnen worden uitgeleverd, welke daden zij overigens ook nog plegen. In dat geval blijft de lijst van art. 2 in haar volle kracht bestaan, zonder voor de daar opgenoemde gevallen eenige uitzondering te lijden.

Maar de eerste al. van art. 4 kan ook beteekenen, dat alleen dan moet worden uitgeleverd voor de in art. 2 opgesomde feiten, als die feiten geen karakter van délit politique dragen.

Deze uitlegging schijnt mij de juiste, omdat anders de tweede alinea van art. 4 geenerlei zin zou hebben.

De minder goede redactie van het in al. 1 uitgedrukte denkbeeld is niet van zoo overwegende beteekenis.

Men kan dus ook Pruisen en Oldenburg opnoemen in de rei der Mogendheden, aan welke Nederland niet behoeft uit te leveren voor feiten, die als politieke misdrijven te beschouwen zijn.

Omtrent Zweden en Noorwegen hangt zulks af van de explicatie van art. 6 tract. 1879, *Stbl.* n^o. 140. «Les dispositions du présent traité ne sont point applicables aux personnes qui se sont rendues coupables de quelque crime ou délit politique. La personne qui a été extradée à raison de l'un des crimes ou délits communs mentionnés à l'art. 1

«ne peut, par conséquent, en aucun cas, être poursuivie et punie dans l'Etat auquel l'extradition a été accordée, à raison d'un crime ou délit politique commis par elle avant l'extradition, ni à raison d'un fait connexe à un semblable crime ou délit politique.»

Hier heeft de tweede volzin zijne beteekenis ook als het de bedoeling is, dat de bij art. 1 uitleverbaar verklaarde feiten nimmer als politieke misdrijven zijn te beschouwen.

Het argument tegen die m. i. ook bij dit tractaat onjuiste opvatting ligt veeleer in den eersten volzin, die dan als bloote motivering van den tweeden volzin veel beter met dezen te verbinden ware geweest en zelfs wel, op grond van het: «lex jubeat, non suadeat» geheel had kunnen vervallen.

Dat die eerste volzin in dezelfde fout vervalt als die van de hierboven vermelde artt. 4 der tractaten met Pruisen en Oldenburg, door niet van feiten, maar van personen te spreken, valt in het oog.

Ook Zweden en Noorwegen zijn dus voor politieke misdrijven met Pruisen en Oldenburg gelijk te stellen. Zij komen in dat opzigt geheel overeen met Oostenrijk (1881 *Stbl.* n^o. 43, art. 7), Monaco (1876 *Stbl.* n^o. 187, art. 6) en Spanje (1879 *Stbl.* n^o. 146, art. 6).

Ook uit die tractaten is een zwakke argumentatie te putten tegen de uitzondering op den regel der uitleverbaarheid, voor politieke misdrijven te maken.

De woorden: «en conséquence» of «par conséquent» in de tweede al. of den tweeden volzin, geven aan de eerste al. of den eersten volzin een schijn van bloote motivering der bij *elke* opvatting hare practische beteekenis hebbende tweede. Maar de minder goede redactie zou veel flagranter wezen, indien het de bedoeling ware, dat de uitsluiting der politieke misdrijven enkel op dezulke ziet, die reeds van zelf niet vallen onder de bij den aanvang van het tractaat uitleverbaar verklaarde.

Op die gronden schijnt, hoewel de zes bovengenoemde tractaten duidelijker konden geredigeerd zijn, toch voor die

alle in dit opzigt dezelfde uitlegging te moeten worden aangenomen als voor de ondubbelzinnig geredigeerde tractaten met Engeland (1874 *Stbl.* n^o. 113), N.-Amerika (1880 *Stbl.* n^o. 162), Portugal (1878 *Stbl.* n^o. 126), Baden (1865 *Stbl.* n^o. 8), Zwitserland (1854 *Stbl.* n^o. 25), Italië (1870 *Stbl.* n^o. 36).

Ook de tractaten met België (1862 *Stbl.* n^o. 193), met Rusland (1867 *Stbl.* n^o. 53) en met Oranje-Vrijstaat (1875 *Stbl.* n^o. 208) zijn ondubbelzinnig. Hun bepaling, dat moord op het Hoofd van den Staat *nimmer* als politiek misdrijf zal zijn te beschouwen, is een expressis verbis geformuleerde uitzondering op het voor de andere uitleverbare feiten uitgesproken beginsel.

Het tractaat met Frankrijk, dat vóór 1860 in dit opzigt geheel overeenkwam met het vroegere tractaat met Zweden en Noorwegen (1854 *Stbl.* n^o. 79), had eenigzins een exceptioneele redactie (1845 *Stbl.* n^o. 3), waaruit intusschen een wijziging (1860 *Stbl.* n^o. 50) alle dubbelzinnigheid heeft weggenomen. Art. 3, met art. 6 van het tractaat met Zweden van 1854 bijna geheel overeenstemmend, luidt nl.: «Il est expressément stipulé que l'étranger dont l'extradition aura été accordée, ne pourra, dans aucun cas, être poursuivi ou puni pour un délit politique antérieur à l'extradition, ou pour aucun fait connexe à un semblable délit, ni pour aucun des crimes ou délits qui ne sont pas dénommés dans la présente convention.»

Ware het de bedoeling geweest, dat de wèl genoemde misdrijven tot uitlevering zouden aanleiding geven, ook als zij wel een politiek karakter droegen, dan was art. 3 onnoodig breedsprakig. Dan was ook art. 3 van het tractaat van 1860 (*Stbl.* n^o. 50) overtollig geweest, omdat dan moord op den Souverein of diens familie (politiek of niet) reeds van zelf als een uitleverbaar geval had moeten beschouwd worden.

Jegens verreweg de meeste Staten is dus alleen in geval van niet-politieke misdrijven Nederland tot uitlevering verplicht en alleen de tractaten met Frankrijk, Rusland, België en Oranje-Vrijstaat bedingen speciaal de uitlevering wegens

moord op het Hoofd van den Staat. Daarentegen magtigt onze wetgeving ook tot onverpligte uitlevering, als het feit maar valt in de lijst van art. 2, wet van 6 April 1875 (*Stbl.* n^o. 66).

Het is niet te ontkennen, dat voor verschil van inzicht tusschen opvolgende Nederlandsche Ministers de deur wijd is opengezet; dat eenige omschrijving van het begrip in politieke misdrijven, altans in de tractaten, wel haar nut zou hebben.

Maar van den anderen kant is het ook waar, zooals ook op 10 Maart 1875 in de Tweede Kamer is opgemerkt, dat zulke feiten als doodslag, brandstichting, vernieling van onroerende goederen of schepen, die in gewone tijden tot uitlevering behooren aanleiding te geven en dan ook in de wet van 1875 genoemd zijn, bij een tot burgeroorlog overslaanden opstand niet zelden een zuiver politiek karakter kunnen verkrijgen en de daders dan in geen een deele tot onzedelijke personen stempelen.

De wetgever en de tractaten dienen dus wel 't een en ander aan de prudentie en discretie der Regeringen over te laten. De grenzen tusschen opstand en burgeroorlog, en daardoor die tusschen gewelddadige handelingen tegen lijf of goed en burgeroorlog, zijn niet nauwkeurig te bepalen. Zelfs de al of niet erkenning als oorlogvoerende partij van de beide strijdende afdeelingen is niet altijd een billijk criterium, bij den snellen loop dien somtijds de gebeurtenissen nemen.

Toch is het algemeen aannemen van eenig criterium hoogst wenschelijk. Regtsonzekerheid en verschil tusschen de Regeringen onderling behooren hier niet minder dan op ander gebied vermeden te worden.

Het best schijnt, den norm eenigzins te nemen naar het oorlogsregt of het regt eener feitelijke Regering. Wat ook aan een oorlogvoerende partij of aan een Regeringsambtenaar niet vrij zou staan, behoort nooit als een politieke daad beschouwd te worden. Nooit mogen opstandelingen *meer* of *anders* afbreuk aan de Regering doen dan

waarfoe de tegenpartij in een wettigen oorlog regt zou hebben. Nooit mogen zij *meer* doen dan een Regering zou mogen doen.

Sommige soorten van moord, sommige gevallen van moord, brandstichting of vernieling, worden bij aanneming van dit criterium reeds van zelf buiten de politieke misdrijven en binnen de uitleverbaarheid gebragt.

Volkomen voldoende is dit intusschen nog niet. Partijen als de Iersche Fenians, als de Russische nihilisten, misdadigers als die den moordaanslag op President LINCOLN of President GARFIELD pleegden, zouden nog misschien kunnen beweren dat zij, indien zij oorlogvoerende partijen waren, mogten doen zooals zij deden, tegen iemand, die tot het leger hunner tegenpartij behoort, of dat zij de vormen eener regtspleging in acht namen.

En duidelijk is het, dat ook voor sluipmoord op personen, die van de gewapende magt deel uitmaken, uitlevering mogelijk moet wezen en ook bedoeld is mogelijk te zijn, en dat voorts niet iedere moordenaar zich een orgaan eener regterlijke magt kan noemen.

Daarom behoort m. i. iedere Nederlandsche Regering, tot wie eene aanvraag om uitlevering gerigt wordt, die zij naar de letter der wet kan, naar de letter van eenig tractaat *misschien* moet inwilligen, zich af te vragen, of er termen zijn, den dader te beschouwen als deel uitmakende eener oorlogvoerende partij of eener facto gevestigde Regering. Zoo ja, dan worde hij niet uitgeleverd, mits zijn daad aan een oorlogvoerende naar het volkenregt, of aan het orgaan eener Regering zou geoorloofd zijn geweest. Zoo neen, dan kenne men aan zijn daad, afgescheiden van alle eventueele politieke drijfveeren, geen politiek karakter toe. Men doe niet als de Fransche Regering dit jaar deed in zake HARTMANN.

Niet van politieke beweegredenen, maar van politieke misdrijven spreken de tractaten, door Nederland gesloten.

Bij die opvatting heeft het voorbehoud omtrent Vorstenmoord, in de vier bovenvermelde tractaten gemaakt, meer een verduidelijkende dan een wijzigende kracht.

Daarin ligt intusschen geen logisch bezwaar, want verduidelijking heeft somtijds genoeg practisch nut om het aannemelijk te maken, dat men haar door een uitdrukkelijk tractaat zoekt te verkrijgen.

Pleiten de tractaten alzoo niet *tegen* de hierboven verdedigde meening, het is van den anderen kant meer dan onwaarschijnlijk, dat de bedoeling zou hebben bestaan, het leven van hooggeplaatsten *minder* te beschermen dan dat van anderen, of wel aan volkomen willekeur over te laten, wat politiek misdrijf is, wat niet.

In 't laatste geval toch zou iedere Regering eigenlijk nimmer door eenig tractaat tot uitlevering verbonden zijn.

Dat het met Nederland anders is en ook door Regering en Kamers anders beschouwd is, heb ik pogen aan te toonen.

A. HEEMSKERK.

Zierikzee, Sept. 1881.

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

NEDERLANDSCHE LITTERATUUR.

Mr. H. GOEMAN BORGESIUS. *De wet op den kleinhandel in sterken drank en tot beteugeling van de openbare dronkenschap.* — Sneek, 1881.

De Schrijver vermeldt in zijne inleiding de geschiedenis der voormelde wet; hoe het onderwerp in 1855 het eerst in de Tweede Kamer ter sprake kwam en er eerst in 1880 een wetsontwerp werd ingediend, dat na vele wijzigingen in 1881 tot wet verheven werd.

Vervolgens geeft de S. uitvoerige en belangrijke aantekeningen op de artikelen der wet, welke hij doet volgen door eene korte handleiding voor drankverkoopers, die voorzien is van de noodige formulieren. Een en ander bevat een vrij gemakkelijk rigtsnoer voor hen, die de wet hebben uit te voeren of haar meer in het bijzonder hebben nateleven.

De S., die als lid der Tweede Kamer en als een der rapporteurs de wet heeft helpen tot stand brengen, was daardoor gewis bij uitstek bevoegd haar uit te leggen of toe te lichten, en zijne aantekeningen verdienen alzoo groot vertrouwen. Toch kan ik mij met enkele niet vereenigen.

Zoo vind ik dat de S. op blz. 37 en 38 de opvatting van den Minister omtrent de bij art. 2 bedoelde plaatselijke verordeningen ten onregte bestrijdt. — Gemeld artikel geeft de bevoegdheid aan den Gemeenteraad den verkoop van sterken drank in het klein te verbieden in zekere buurten en eischen te stellen voor de localiteiten; daarbij straf te bedreigen ware geheel overbodig, omdat hij, die in strijd hiermede handelt, geen vergunning kan hebben verkregen en alzoo reeds strafbaar is volgens art. 16, 1^o. — Het komt mij voor dat de Minister bij zijn antwoord wel degelijk aan art. 28 gedacht heeft; wanneer de vergunning

voor de localiteit niet mag worden geweigerd als er op 1 Mei 1881 zonder strijd met wet of verordening sterke drank werd verkocht, hoe zou men dan straf kunnen opleggen aan hem, die deze localiteit in onveranderden toestand laat?

Ik moet ook nog doen opmerken dat de S. zoo in de inleiding op bl. 11, als in zijne aantek. op art. 28 bl. 112, m. i. ten onregte vermeldt dat vergunning niet kan worden verleend aan hen, die op 1 Mei 1881 *in strijd met verordening* (in buurten waar dit volgens verordening verboden was) drank verkochten. Ik geloof niet dat er op 1 Mei 1881 wettige verordeningen daaromtrent konden bestaan; eerst deze wet geeft den Gemeenteraad de bevoegdheid daarop verordeningen te maken, welke vroeger niet bestaanbaar waren met art. 2 der wet op de patenten. De S. vermeldt dan ook zelf in eene noot op bl. 34 dat de H. Raad mede van dit gevoelen is.

Op het tweede lid van art. 8 (bl. 64 sub litt. c) noemt de S. *het in staat van faillissement verkeeren* onder de gevallen van tijdelijke onbevoegdheid of verhindering. Dit schijnt een *lapsus calami*, dewijl de S. zelf op bl. 47 reeds vermeldde dat de failliet uitgesloten is. — De gefailleerde kan niet alleen geene vergunning krijgen (art. 3, 5°), maar de hem reeds verleende wordt zelfs ingetrokken (art. 9, 1°). Het ware wenschelijk dat zulks niet vóór de insolvent-verklaring mogt geschieden, omdat het belang der schuldeischers kan medebrengen dat het bedrijf met toestemming der regtbank eenigen tijd worde voortgezet (art. 797 Kh.) en de zaak inmiddels niet verloope. In de eerste twintig jaren heeft het echter minder bezwaar, omdat er welligt iemand te vinden zal zijn, die vergunning vragen en, onder toezigt van den curator, de zaak inmiddels drijven wil.

De S. teekent op laatstgemeld artikel aan (bl. 111) dat een latere bewoner zich niet meer op het voorregt kan beroepen als de drankaffaire *een poos stilstaat*. Hierin vergist hij zich; niet het stilstaan der affaire, maar eerst *de verandering van bestemming der localiteit* doet het

voorregt vervallen. Het stilstaan der zaak zal zulks alleen te weeg brengen als van de nog steeds bestaande vergunning gedurende drie achtereenvolgende maanden *opzettelijk* geen gebruik wordt gemaakt; alsdan wordt de vergunning ingetrokken (art. 9, 2^o).

Op art. 23 vermeldt de S. (bl. 97) dat de tegenstanders dier bepaling wezen op de willekeur, waaraan de woorden *kennelijke staat van dronkenschap* blootstellen. Het is zeker waar dat daardoor veel aan de subjectieve meening van hem, die de overtreding opspoorde, wordt overgelaten. *Kennelijke* staat zal wel staan tegenover *twijfelachtige*. De regter zal bijzonder moeten letten op de redenen, waaruit de getuige den staat van dronkenschap afleidt.

Men merke tevens op, dat voor de strafbaarheid een *kennelijke* staat van dronkenschap wordt vereischt als het betreft het blootelijk zich op den openbaren weg bevinden (art. 23) of het toedienen van bedwelmenden drank (art. 21), terwijl eenvoudige staat van dronkenschap volgens art. 22 voldoende is om hem, die voor derden lastig of gevaarlijk is, strafbaar te maken. In de laatste gevallen is dronkenschap voldoende, al ware deze vooraf niet in het oog geloopt.

Op bl. 129 teekent de S. in de toegevoegde handleiding voor drankverkoopers aan dat de politie-agenten (lees: zij, die krachtens art. 26 met het opsporen der overtredingen zijn belast) vrij mogen binnegaan in de localiteiten, waar *vermoed wordt* dat in strijd met de wet drank verkocht wordt.

Ik zou niet zoo ver durven gaan. Wel is in het tweede lid van art. 26 in plaats van *de* localiteiten, waar sterke drank wordt verkocht, gesteld *alle* localiteiten enz., maar er is niet gezegd dat ook localiteiten, waar verkoop slechts *vermoed* wordt, daaronder begrepen zijn, en art. 26 spreekt dan ook slechts van localiteiten waar — *wordt verkocht*.

De S. geeft aanteekeningen, geen recensie van de wet, wat ook niet van hem verwacht mogt worden. Ook ik zal bij deze aankondiging de wet niet beoordeelen, ofschoon ik

gaarne erken geene groote verwachting van hare uitwerking te koesteren.

Enkele opmerkingen wil ik evenwel maken, hare redactie betreffende.

Art. 3, 3^o, bepaalt dat de vergunning geweigerd wordt aan hem, die binnen de laatste vijf jaren onherroepelijk is veroordeeld tot eene gevangenisstraf van een jaar of tot een *zwaardere straf*. Er wordt niet gesproken van eenzame opsluiting, waarschijnlijk met het oog op het nieuwe Wetb. v. Strafrecht.

Celstraf van 183 of meer dagen is eene zwaardere straf dan gevangenisstraf van één jaar, zoodat zoodanige straf grond zal opleveren tot weigering, terwijl na de invoering van het nieuwe Wetboek eerst eene celstraf van 1 jaar weigering zal kunnen ten gevolge hebben. Dat weigering alzoo later moeilijker zal worden, komt mij niet voor met den geest der wet te strooken.

In art. 3, 5^o. leest men „van het genot — is ontzet“, ter vervanging eener vroegere redactie, zoo als de S. op bl. 46 en 47 vermeldt. Wat de regeering er mede bedoeld heeft blijkt duidelijk uit de toelichting, doch juister ware, in plaats daarvan, te stellen „ten gevolge van een vonnis — verloren heeft“. De failliet- of kennelijk onvermogen verklaarde toch verliest wel burgerschapsregten, maar hij wordt er niet uitdrukkelijk van *ontzet*.

In art. 5 moest in plaats van *verzoekschrift* gesteld zijn *verzoek*; alleen dit wordt ter openbare kennis gebracht.

Het korte artikel 10 is zeer slordig gesteld; voor *is met redenen omkleed en wordt* leze men: *wordt met redenen omkleed en*; voorts in plaats van *in gesloten omslag* eenvoudig *gesloten*. Waartoe immers eenen omslag bevelen?

In art. 13, 3^o. moest in plaats van *noch* geschreven zijn *of*; of wel men had het woordje *geen* moeten weglaten.

De artt. 16 en 17, die dezelfde straffen bedreigen, hadden gevoegelijk vereenigd kunnen zijn, en het art. 18 had daaraan als laatste lid kunnen zijn toegevoegd. Vermenigvuldiging van artikels komt mij niet wenschelijk voor, al

ware het alleen wegens de opeenhooping van artikels in de vonnissen in strafzaken.

De S. heeft voorzeker een nuttig werk verrigt en het inzonderheid gemakkelijk gemaakt voor de drankverkoopers, die grootendeels hulp noodig zullen hebben, willen zij hunne nog bestaande regten niet verliezen. Wij wenschen zijne aantekeningen in veler handen, en hopen, maar durven niet vertrouwen, dat de wet, waaraan de S. zulk een werkzaam deel heeft genomen, veel goede vruchten zal dragen.

5 Maart 1882.

F. A. T. WEVE.

Delle opere che illustrano il Notariato. Saggio di
VLADIMIRO DR. PAPPÀFAVA, Zara. 1880.

Opgaaf van de Wetten enz. in verband met het
Notariaat door W. ERKELENS COOKE. — Rotterdam,
1880. 2e druk.

De Wetgeving op het Notarisambt, met aanteekeeningen,
door Mr. L. ZEGERS VEECKENS. — Tiel,
1880. 5e druk, aff. 1.

De opleiding tot het Notariaat, in Nederland en
elders, door denzelfden. — Tiel, 1881.

Behalve de periodieke tijdschriften over het Notariaat, die zich derhalve minder tot eene bespreking leenen, heb ik voor mij vier in het jaar 1880 verschenen geschriften over het Notarisambt, die m. i. een kleine vermelding verdienen.

Vooreerst, om met den vreemden schrijver te beginnen, „Delle opere che illustrano il Notariato” door Vl. Dr. PAPPÀFAVA. Zara, 1880 (1).

De schrijver, die het notariaat terecht beschouwt als: „uno dei principali anelli della lunga e multiforme catena dei rapporti sociali” heeft gemeend een verdienstelijk en zeker zeer tijdroovend werk te verrichten door een catalogus saamtstellen van alle hem bekende werken die op het notariaat betrekking hebben. Voorzeker eene rijke bron van studie, zoowel voor den rechtsgeleerde als den practisch gevormden notaris, wordt door hem geopend. Hij put zijn stof uit vele talen, want zoowel Spaansche als Duitsche, Engelsche, Russische, Fransche en Nederlandsche litteratuur vinden wij er in vertegenwoordigd. Van de Italiaansche werken, waarvan de S. natuurlijk het best op de hoogte was, ook van sommige Duitsche en Fransche, wordt eene korte beoordeeling bijgevoegd, bevattende den inhoud en

(1) Reeds werd voorloopig op dit werk gewezen in den vorigen jaarg. onder de Berigten, blz. 631.

de wetenschappelijke waarde. Het geheel is alphabetisch gerangschikt, zoodat men allerlei landslieden broederlijk bij elkaar vindt geplaatst.

Ik vind reden om de aangehaalde Nederlandsche schrijvers te vermelden, ten einde een oordeel over de volledigheid van dezen catalogus mogelijk te maken.

Onder letter *B* vind ik: BUSSCHE, handleiding tot voorbereiding tot het afleggen van examen voor het Notarisambt 1845, mij geheel onbekend.

Onder letter *G* den bekenden DE GELDER. Jammer dat de Italiaansche taal de letter *w* mist, ook in de drukkerij, want de titel is geworden: „de *Kincekeling* bij het Notarisambt” in plaats van de „*Kweekeling*”, 1861.

Onder *L*, *Loke*. In plaats van Handboek etc. vindt men HANDDOECK.

Onder *M*, *Meyer*. *Esprit, origine et progrès des Institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*. Een welverdiende hulde aan een uitstekend werk, zij het ook niet uitsluitend aan het Notariaat gewijd. Terecht zegt S.: „*Questa opera interessa egualmente lo storico, il giureconsulto ed il publicista*”; pag. 181—189 zijn aan de beoordeeling hiervan gewijd.

Verder vind ik MOLL, Notarisambt. Vrijmoedige gedachten naar aanleiding? (lees: aanleiding) van de proeve eener herziening.

N. „De Notariële Nieuwsbode”. Hiervan zegt S. dat dit werk verschijnt te Rotterdam, van 1862—1872. Sedert niet meer! Dit maandblad wordt nog steeds te Rotterdam onder redactie van Notaris HOOGVLIET te Haarlem uitgegeven.

O. OVERHOFF. Overzicht over de Notariële wetgeving in Nederland. Zonder drukfout kan het niet!

P. PIETERSE. Handleiding tot beoefening van het Notarisambt. Amsterdam, 1874.

Is dit niet *Uye Pieterse*? S. zegt dat dit werk eene voorname plaats inneemt in de schaarsche litteratuur over het Notariaat in Nederland!

R. *Regt en wet*. Lees: Regt en Wet. Ik laat de verdere

drukfouten over den titel van dit verdienstelijk tijdschrift weg.

T. Tijdschrift. 1. Een —, uitgegeven in Deventer, 1880.
2. Regtskundig tijdschrift. 3. Tijdschrift voor Registratie, Notarisambt en Hypotheekmezen, lees: *wezen*.

V. VAN DER LINDEN. *Traité sur le Notariat en France*. S. zegt dat de auteur is "*gloria oländese*".

Onder de *W* vind ik toch *W*eckblad voor Notarisambt en Regtskundig *W*eckblad. De *w* is toch gevonden.

Z. *Zakboekje?* voor Notarissen etc. 1867. De drukfouten schijnen niet te vermijden.

Men kan den S. den lof niet onthouden van met veel zorg het hem bekende over het notariaat te hebben bijeenverzameld, ofschoon zijn catalogus op volledigheid, althans van de Nederlandsche litteratuur, niet kan bogen. Ik wijs hiervoor alleen op de bekende werken van SPRENGER VAN EYK, MABÉ, VROOM, BARTSTRA, op de oudere van LIJBREGT, VAN LEEUWEN enz., die allen vergeten zijn en met welker vermelding onze litteratuur op dit gebied zeker tegenover het buitenland een beter figuur zoude hebben gemaakt. Zie voor meerdere litteratuur: de inleiding van J. B. VROOM, op den 2den druk, Wet op het Notarisambt, Haarlem 1879. Zoo het werk van Dr. PAPPALAVA een tweeden druk beleeft, hoop ik dat die aanvulling zal geschieden.

In ons Vaderland vind ik: "Opgaaf van de wetten en besluiten die, hetzij direct of indirect, in verband staan met het Notariaat, door W. ERKELENS COOKE, te Rotterdam, 1880, 2de druk." Dat deze opgave een tweeden druk mocht beleven is voorzeker, behalve aan de practische waarde, ook aan de vele wijzigingen der wetgeving in de laatste jaren te danken. Ik voor mij wil niet ontkennen dat het werkje een gemakkelijk te gebruiken klapper oplevert voor hem, die zich bij het raadplegen van deze wet niet wil vermeiden in den doolhof van ons staatsblad, dat, hoewel om de tien jaar een klapper wordt uitgegeven, toch moeilijk in het gebruik blijft, omdat achter iedere wet de aanvullings-

of wijzigings- casu quo afschaffingswetten niet vermeld worden en men derhalve verschillende jaargangen moet opslaan om zeker te zijn. De dorre opsomming der wetten, veranderingen en nummers der staatsbladen vinden wij soms afgewisseld door een opmerking van den S. Zoo lees ik op pag. 20 over de wetten van het notarisambt als inleiding: „Reeds in de veertiende eeuw vindt men van notarissen, door Duitsche keizers aangesteld, gewag gemaakt.“ S. schijnt derhalve te meenen dat toen eerst de notarissen zijn ontstaan, hoewel het zeker is, dat het notariaat niet in den omvang, gelijk wij het nu kennen, maar toch als onmisbaar rechtsinstituut, zoowel voor testamenten als contracten, reeds bij de Romeinen bestond en waarschijnlijk eerst door den invloed van het Romeinsch recht bij de Germaansche volken werd ingevoerd, altijd toch wel vroeger dan S. meent. Men vergelijkte o. a. het werk van T. OESTERLEIJ, „das Deutsch Notariat“, Hannover 1842, pag. 125, alwaar een placitum wordt aangehaald uit het jaar 1014, geschreven door zekeren GISELBERTUS, notarius, en inleiding van VROOM, Wet Notarisambt, pag. XIII—XXX. Hoezeer ik nu ingenomen ben met de korte overzichten door S. boven de verschillende hoofdstukken geplaatst, geloof ik toch, dat het wenschelijk is, dat hetgeen men schrijft waar zij, en men zich niet met een paar woorden, die alles in het midden laten, van de zaak afmaakt.

Door de wijzigingen, veroorzaakt door de onlangs in de Tweede Kamer der Staten-Generaal aangenomen wetten op het recht van registratie en zegel, zouden nu ook beide hoofdstukken in het aangehaald werkje moeten worden aangevuld.

Hoezeer dankbaar voor de moeite die S. zich heeft gegeven, zou ik meenen, dat het werk veel aan practisch nut zou winnen, ofschoon het nog al een tijdroovende arbeid zou zijn, zoo S. bij de verschillende onderwerpen of wel als aanhangsel, de voornaamste Nederlandsche, casu quo ook vreemde litteratuur wilde vermelden. Men had dan te gelijk met de opgave der wetten ook een overzicht over de te raadplegen bronnen.

Van Mr. L. ZEGERS VEECKENS, privaats-docent voor het Notariaat te Amsterdam, ontving ik: 1^o. de Wetgeving op het Notarisambt, met aantekeningen, 5e druk. Tiel, 1880. Afl. I. — Ik kan de vorige drukken niet vergelijken, wijl ik die niet bezit, maar wil gaarne aannemen, dat alles tot den laatsten tijd is bijgewerkt. Ik meen intusschen de opmerking te mogen maken dat de wijze van bewerking zeer veel overeenkomst heeft met den 2en druk van SPRENGER VAN ERICK's Wet op het Notarisambt, bewerkt door J. B. VROOM. Haarlem, 1879. Alleen missen wij het geschiedkundig overzicht, dat volgens een noot van den schrijver, bij de laatste aflevering zal worden verzonden. Overigens is de indeeling der nooten of aantekeningen bijna gelijk aan die in het aangehaalde werk; de heer Z. bezigt *cijfers* waar S. v. E. *letters* gebruikt. Ofschoon ook de heer Z. de beraadslagingen, bij de laatste wijziging in de wet op het Notarisambt gevoerd, aanhaalt, worden zij door S. v. E. breedvoeriger behandeld, getuige de 226 bladzijden, bij hem aan de eerste 31 artikelen gewijd, terwijl bij den heer Z. slechts 137 bladzijden daarmede zijn gevuld. Ik wil daarom volstrekt niet beweren, dat de inhoud van Mr. Z.'s werk minder bruikbaar zou zijn; integendeel, kort, beknopt en volledig zijn eigenschappen, die vooral voor een leidraad bij het onderwijs, waartoe S. zijn werk wel in de eerste plaats zal bestemmen, onmisbaar zijn. Overigens is het zeer gemakkelijk om op te slaan, daar het behandeld artikel telkens aan het hoofd der pagina is gedrukt, zoodat men niet lang behoeft te zoeken.

2^o. De opleiding tot het Notariaat, in Nederland en elders. Niet in den handel. Tiel. 1881.

S. heeft daarin en m. i. zeer terecht gewezen op de gebrekkige wijze waarop de opleiding tot het notariaat geschiedt. Met warmte wordt door hem de stelling verdedigd dat het niet aangaat een der gewichtigste ambten in de maatschappij, geheel aan eigen vorming der aspiranten over te laten; dat juist het gemis aan wetenschappelijke opleiding een der voornaamste oorzaken is van de kwade practijken

die in de laatste jaren zich bij het notariaat hebben voorgedaan; dat daardoor het jongmensch, na tot het examen te zijn afgericht, zonder voldoende middelen als notaris benoemd, in de eerste plaats zal moeten zorgen geld te verdienen; dat hij daardoor in de verzoeking zal komen om hetzij voor minder salaris dan zijn collega's te werken of wel een soort van bankiersbedrijf aan zijn kantoor zal moeten verbinden en dat daardoor de practijk wordt verlaagd tot een actenfabriek waarbij het minder aankomt op de belangen van de cliënten dan op de beurs van den notaris.

Neen, de roeping van den notaris is te edel, het belang der maatschappij is te veel bij het prestige dier instelling betrokken om de jongelieden die zich tot die betrekking willen bekwamen, niet de behulpzame hand te bieden. De Staat, die zoo dikwijls onnoodig ingrijpt daar waar particuliere krachten voldoende zijn, is hier geroepen op te treden. Neen, het is niet voldoende een Staats-examen in te stellen wanneer men niet den weg aanwijst om de vereischte bekwaamheid op te doen. Zeer terecht is dit in andere landen ingezien en bijna overal, behalve in Frankrijk (waar ook de klachten over kwade practijken legio zijn), worden strenge eischen voor de opleiding gesteld. Nu moge men, en ik geloof terecht, den eisch van doctor in de rechten te veel omvattend noemen, omdat daarin veel vakken zijn begrepen die voor den aanstaanden notaris overbodig kunnen genoemd worden, zooals Strafrecht, Strafvordering, Staatsrecht, Staathuishoudkunde, Volkenrecht enz., terwijl andere vakken, zooals het fiscaal recht, aan de universiteiten niet worden gedoceerd, zonder dien graad zou toch bij het oprichten van een leerstoel voor het notariaat de eisch van een tweejarig bezoek van een onzer universiteiten niet te zwaar zijn, tenzij men met S. een bijzondere leerschool voor het notariaat wilde oprichten. Ik meen intusschen dat de aspirant-notarissen veilig de colleges over Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Koophandel (behalve Zeerecht) en misschien nog eenige anderen aan onze universiteiten zouden

kunnen volgen, waardoor men dan met één hoogleeraar voor het notarisambt en aanverwante vakken aan ieder der academies zou kunnen volstaan. De bezwaren van verplaatsing zijn met de bestaande communicatie-middelen niet groot, en de kostbaarheid zal zeker die der tegenwoordige opleiding of africhting niet overtreffen.

Ik vermeen dan ook dat S. een zeer goed werk heeft verricht door dit punt onder de aandacht van het publiek te brengen en hoop dat zijn voorbeeld navolging moge ondervinden. Zeker zal hij met mij wenschen dat onze nieuwe Minister van Binnenl. Zaken, oud-hoogleeraar en lid der Commissie voor het Staatsexamen bij het notariaat, aanleiding moge vinden dit onderwerp in overweging te nemen, opdat het Nederlandsch notariaat in ontwikkeling en eerlijkheid niet bij dat onzer naburen behoefte achter te staan.

Mr. A. F. A. LEESBERG.

Regtsgeleerde Adviezen. Negende Verzameling. —
's Gravenhage, GEBROEDERS BELINFANTE, 1877.

„Moge deze bundel eene plaats naast zijne voorgangers niet onwaardig blijken“, dus eindigen de samenstellers hun voorwoord. Er bestond zelfs voor twijfel geen reden. Het Genootschap, waaraan wij deze adviezen te danken hebben, moge, als ieder genootschap, voortdurend van leden wisselen, het oudere legioen telkens door een jeugdiger worden vervangen: dusver bleven de leden aan de overleveringen blijkbaar met pieusen eerbied getrouw. Bij de herinnering aan de uitstekende rechtsgeleerden, die sedert zijne oprichting in het genootschap zitting hebben gehad, toonen de jeugdige leden zich steeds doordrongen van het besef, dat zij al hunne krachten behooren in te spannen om den goeden naam van hunne vereeniging ongeschonden te handhaven.

Quae veritati operam dat oratio, zegt SENECA in een zijner brieven, incomposita sit et simplex. Stelde de geleerde hier een eisch voor elke redevoering, voor elk pleidooi, hoeveel te meer verdient zijn regel te worden opgevolgd, waar het rechtsgeleerde adviezen geldt. Bondigheid, klaarheid, eenvoud zijn hier de onvermijdelijkste eischen. Kenmerkten zich door deze eigenschappen vooral de vorige bundels, die steeds door een even scherpzinnig als doorkundig rechtsgeleerde, wijlen den heer DE WITTE VAN CITTERS, in dit tijdschrift pleegden besproken te worden, dezelfde hoedanigheden worden in dezen bundel teruggevonden. Nooit stuit men op breedsprakigheid, theoretische afdwalingen, overdaad van aanhalingen: de gronden waarop het advies steunt, worden beknopt en helder, dikwijls zeer overtuigend ontvouwd.

De wijze waarop deze adviezen in het leven treden, werkt tot die soberheid mede. Voor het eerst wordt ons iets van het geheim dezer vereeniging onthuld. „Er werd,“ zeggen de samenstellers, „wel eens twijfel geopperd of de adviezen in onze verzamelingen opgenomen, het gevoelen van het

Genootschap uitdrukken, dan wel of zij slechts als de opvatting van een zijner leden, bepaaldelijk van den steller van het advies, zijn te beschouwen. Hieromtrent zij het volgende opgemerkt: Elke in het Genootschap gestelde rechtsvraag wordt behandeld in den vorm van een proces, en beslist door eene uit de leden gekozen commissie. Nadat besloten is over zoodanige rechtsvraag een advies in de Verzameling uit te brengen, heeft de verliezende partij de bevoegdheid van de gevallen beslissing in revisie te komen, en daardoor de vraag nogmaals aan het oordeel van al de leden, met uitsluiting alleen van de litigeerende partijen, te onderwerpen. Wordt van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt, dan kan ieder lid, buiten vorm van proces, gelijke beslissing uitlokken. Elk advies wordt steeds in overeenstemming met die beslissing opgemaakt. Die adviezen moeten derhalve geacht worden het gevoelen van het Genootschap, althans van de meerderheid zijner leden, uit te drukken, omdat waar van de beide genoemde bevoegdheden door geen der leden is gebruik gemaakt, dit veilig daaraan mag worden toegeschreven, dat men door de gronden, aangevoerd voor de gevallen beslissing, van hare juistheid is overtuigd, daartegen althans geene overwegende bezwaren heeft.» Ik ben den verzamelaars uitermate dankbaar voor deze onthulling. Maar zooals het meer gaat als het oogeblik der vertrouwelijheid aanvangt, de hoorder, door de vertrouwelijheid geprikkeld, waagt het andere vragen te doen en wil er gaarne nog iets meer van weten. Zou het zoo onbescheiden zijn in het vervolg ook eens te vernemen welke vraagpunten *wel*, welke *niet* in revisie zijn behandeld? Ter bepaling van de waarde aan het advies te hechten, kan 't toch niet zonder belang worden geacht te vernemen, welke quaestien eens of tweemalen zijn behandeld. Als ik op dit ééne aandring, behoeft men geen vrees te koesteren, dat ik naar verdere geheimen zal vragen.

Zoo dikwijls ik een vorigen en nu wederom dezen bundel der adviezen opneem, komt mij altijd in herinnering dat wijlen de hoogleeraar VAN ASSEN op zijn collegie over

burgerlijk recht, waar hij deze adviezen aanhaalde, er vaak bijvoegde: „dat zijn nu onze responsa prudentium.” Intusschen zouden de leden van het Haagsche genootschap zelve de eersten zijn om die eer af te wijzen. De prudentes zijn zeker aanwezig, maar de responsa niet in den zin dien wij bij Gajus vinden: „Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, jura condere; quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, *legis vicem obtinet*, si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.” Van het *legis vicem* obtinere zal hun, die tot deze adviezen hebben medegewerkt, de gedachte wel altijd vreemd zijn gebleven.

Voor mij, die mij over enkele adviezen een bescheiden kritiek wil veroorloven (men zal mij niet verplicht rekenen elk dezer negen-en-veertig adviezen ter toetse te brengen) is 't dissentieeren of in unum concurrere eene geheel onverschillige zaak. Al levert de consensus een sterk vermoeden op voor de gegrondheid van het advies, ik onderzoek slechts de argumenten, onverschillig of zij eene meerderheid of minderheid vóór zich hadden.

Mocht ik omtrent de afdeeling Staatsrecht eene vrijmoedige opmerking maken, zij zou deze zijn, dat er te weinig staatsrecht in voorkomt. Is het misschien dat de meeste voorname vraagpunten van grond-, provinciale- en gemeentewet reeds eene oplossing hebben verkregen, die geen nader onderzoek vereischt? Of maken de staatsrecht-beoefenaars in dit genootschap de minderheid uit? Zeker is het, dat ik, als ik wel zie, bij ieder advies over staatsrecht stuit op eene civielrechtelijke vraag, — òf op eene opvatting van art. 1401 B. W., òf op eene uitlegging eener registratiewet, òf op art. 625 B. W., òf op de ware interpretatie van art. 641 B. W., òf op den zin van art. 65 Rechtsv. Het wilde mij voorkomen, alsof de leden van dit genootschap, waar zij staatsrecht wenschen te behandelen, bij voorkeur hunne aandacht bepalen op die vraagpunten, die met het burgerlijk recht in aanraking komen. Intusschen

verdienen zuiver staatsrechtelijke vraagpunten niet geheel te ontbreken.

Wat de adviezen betreft, die thans in de afdeeling *Staatsregt* zijn opgenomen, trof mij vooral het allereerste. De adviseurs zijn van meening, dat hij, die *geene* vergunning heeft tot het oprichten eener dienst van openbare middelen van vervoer maar die niettemin rijtuigen op vaste en gezette tijden tusschen twee plaatsen ten dienste van het publiek doet heen en weder rijden, *geene* onrechtmatige daad pleegt jegens den concessionaris van zoodanige dienst tusschen diezelfde plaatsen en dus niet krachtens art. 1401 tot schadevergoeding verplicht is. Werkelijk is in gelijken zin als door de adviseurs beslist bij vonnis der rechtbank te Maastricht van 13 October 1870 (*Weekbl.* n^o. 3285). Ook de rechtbank besliste „dat concessien als die, waarvan de rede, niet zoozeer in het particulier dan wel in het algemeen belang worden gegeven; dat zij, en meer bepaald de onderwerpelijke, voor herroeping vatbaar zijn, zonder dat hij, die dezelve had bekomen, zich deswege kan beklagen; dat de concessionaris dus uit zijne concessie hoegenaamd geen exclusief regt kan ontleenen: dat derhalve, wanneer iemand, zonder door het openbaar gezag eene vergunning tot oprigting eener dienst van openbare middelen van vervoer te hebben verkregen, door het aanleggen van eene regelmatige dienst van vervoer, eene overtreding pleegt van meergemeld reglement, hij wel daarvoor strafregtelijk verantwoordelijk is, maar niet kan gezegd worden eene onrechtmatige daad te hebben gepleegd jegens dengene, die eene zoodanige wettelijke concessie had bekomen.” Of het vraagpunt behoort tot die, welke in 't Genootschap in pleno zijn behandeld? Ik waag het te betwijfelen, want de uitspraak komt mij, niet onder de bestaande wetgeving op de openbare middelen van vervoer (waarbij met het stelsel van concessien gebroken is), maar onder de vroegere wetgeving van 1829, zeer betwistbaar voor. Niet in alle gevallen voorwaar kan het aandoen van concurrentie worden beschouwd als eene onrechtmatige daad, die tot schadevergoeding verplicht: — maar

zeker maakt hij zich daaraan schuldig, die, geheel onbevoegd, op eene verkregene concessie inbreuk maakt, en dat uit eene concessie, al emaneert zij van het regeeringsgezag, burgerlijke rechten en verplichtingen geboren worden, wordt door de beste schrijvers over concessien niet ontkend. Het is volkomen waar (en daarin scheen voor de adviseurs de *cardo questionis* gelegen) art. 16 van het Kon. Besl. van 24 November 1829 (*Staatsblad* n^o. 73) verbood monopolie van concessie. Aan geen ondernemer werd een uitsluitend recht verzekerd. Maar dat uitsluitend recht was feitelijk aanwezig, zoo lang geene mededingende onderneming door de regering werd in het leven geroepen. En bovendien viel hier minder te letten op den omvang van de bevoegdheid van hem die schade leed dan wel op het al of niet bezit van bevoegdheid bij hem, die de schade toebreacht. In het geval hier besproken, handelde de mededingende ondernemer, die geene concessie had, geheel onbevoegd.

Deze beslissing is wel eenigszins in contrast met die welke deze afdeling sluit. Dáár wordt immers aan art. 1401 B. W. de uitgebreidste uitlegging gegeven, en de bekende vraag of de fabrikant aansprakelijk is voor de schade door de uitdampingen zijner fabriek aan de eigendommen zijner bureu toegebracht toestemmend beantwoord. Men kan wel niet verder gaan dan de adviseurs in dit advies: „De eigenaar wiens vee (door de uitdampingen eener fabriek) gedood wordt, beroept zich niet op een algemeen recht, dat er zou bestaan op de gezondheid of op de veiligheid, gelijk overigens scherpzinnige juristen als Mr. OPZOOMER en Mr. FEITH het willen doen voorkomen, maar hij beroept zich als eigenaar van zijn land, van zijn vee, op het recht, dat de wet hem geeft, *het recht van vrij genot*, dat miskend en geschonden wordt door den eigenaar van een naburig erf: . . . het vrije genot is zijn recht als eigenaar.” Maar het algemeene beginsel wordt toch ter onzer geruststelling getemperd door deze toevoeging: „Het is eene vraag voornamelijk van *feitelijken* aard. Wel geeft de wet bij den eersten oogopslag aanleiding om het recht tot schadevergoeding zeer ruim toe te kennen,

maar men vergete niet (is het dezelfde hand, die zoo even het vrije genot als recht des eigenaars zonder voorbehoud erkende?) »dat het vrije genot van hem, die schade beweert, op zijne beurt weder beperkt is door het vrije genot van hem, die de schade zou hebben toegebracht.» Onmiskenaar juist. Maar daarom is voorzichtigheid wenschelijk, een vast juridisch oogpunt nog raadzamer. Op de vraag van *feitelijken* aard volgt dan ook het »juridisch» gezichtspunt. »Inderdaad er is *juridisch* geen onderscheid tusschen de handelingen van hem, die het vee van zijn buurman door loodwitdampen doodt en hem die het doodt tengevolge der oefeningen met een particulier artilleriepark.» Met uw verlof, mijne heeren, er is juridisch wèl onderscheid. De eene handeling is het gevolg van de uitoefening van het vrij beroep, van een volkomen rechtmatige handeling, en de andere is het gevolg van eene onvoorzichtigheid. Gij zult mij dus vergunnen met u van meening te verschillen. Maar brengt niet juist uwe vergelijking ons op het punt, waar wij wezen moeten?

Vrije uitoefening van eigendomsrecht kan op zichzelf moeielijk eene onrechtmatige handeling heeten, die, al ontstaat daaruit schade, tot schadevergoeding noodzaakt. Het maatschappelijk verkeer zou ondragelijk worden, als de rechtbanken overladen werden met burencprocessen, waarbij de een tegen den ander te velde trok, omdat zijne industrie den buurman schade toebrengt. Maar eene andere vraag is het, of de industrieel, die in gebreke blijft de noodige voorzorgsmaatregelen te nemen, waardoor de schade kan worden afgewend, wegens die nalatigheid niet verantwoordelijk moet worden gesteld. Zoo kunnen wij hier wel degelijk ons door rechtsbeginselen laten leiden, en 't glibberig terrein van het »feitelijke» ontwijken. Of er onvoorzichtigheid plaats had, is zeker eene feitelijke vraag: dat in dit geval slechts nalatigheid den fabrikant tot schadevergoeding kan verplichten, is een rechtsbeginsel. Het is volkomen waar, dat het Fransche Hof van Cassatie bij arrest van 8 Juni 1857 (*DALLOZ* 1857, I 293) heeft beslist, dat hij die op zijn terrein stoffen verwerkt die een onaangename geur verspreiden, die door de

uitdampingen zijner fabriek aan zijn buurman schade toebrengt, tot schadevergoeding verplicht is; maar men lette op den tusschenzin, die in het advies wordt voorbijgezien: „sans les précautions convenables pour en prévenir les inconvénients.” Op dien tusschenzin komt het aan. Laten wij in onze dicht bevolkte steden landbouw en nijverheid niet belemmeren door in 't algemeen tegen elk, die op het „vrij genot” van zijn buurman inbreuk maakt, eene burgerlijke rechtsvordering toe te laten, maar eischen wij van den industrieel dat hij de voorzorgsmaatregelen niet verzuime, waardoor de toe te brengen schade tot een minimum kan worden herleid, onverschillig of die maatregelen door de wet al dan niet zijn voorgeschreven.

Kan de toestemming van het administratief gezag ter bestrijding der civiele actie met vrucht worden ingeroepen? De vraag is eene opzettelijke beschouwing overwaard; zij wordt nu ter loops vermeld. „Evenmin als de verkregen toestemming (der administratie) een erf zou kunnen ontlasten van een servituut *altius non tollendi*” beslissen de adviseurs, „evenmin kan zij een vrijbrief geven om inbreuk te maken op het eigendomsrecht van een ander.” Is de beslissing niet wat al te haastig genomen? Ook deze gelijkstelling schijnt te falen. Natuurlijk kan op de burgerlijke rechten, die door eene erfdiensbaarheid gevestigd worden, geen inbreuk worden gemaakt door den Staat die, waar het niet de openbare orde geldt, zich niet mengt in de verhoudingen der burgers en geene gevestigde rechten mag krenken; maar hangt de vraag of op de wet van 1875 door den industrieel, tot schadevergoeding aangesproken, een gegrond beroep kan worden gedaan niet vooral samen met de andere vraag, wat in art. 1402 B. W. onder „nalatigheid” is te verstaan? Meent men (m. i. ten onrechte) dat de voldoening aan wettelijke voorschriften en administratieve voorwaarden de civiele actie verijdelt, waarom zou de fabrikant achter dit schild niet even goed veilig mogen zijn, als eene spoorwegmaatschappij, die de voorschriften van de politiewet op de spoorwegen streng is nagekomen?

Gelijk in de vorige bundels, is de afdeeling *burgerlijk recht* het weelderigst bezet. Ook dit behoort tot de overleveringen van dit genootschap, dat het burgerlijk recht er altijd het vlijtigst beoefend werd en dit hangt vermoedelijk ook samen met den procesvorm, waardoor het advies wordt voorbereid en waartoe zich vooral de vraagpunten van civiel recht leenen.

Om niet te wijdloopig te worden, bepaal ik mij tot enkele opmerkingen omtrent de verschillende adviezen.

1°. Is de ambtenaar van den burgerlijken stand verplicht de akte van erkenning op te maken van een bloedschendig of overspelig kind? Deze vraag werd bevestigend beantwoord. De rol van den ambtenaar van den burgerlijken stand is geheel passief. Art. 338 B. W. regelt alleen de gevolgen van de erkenning ten opzichte van ouders en kinderen, terwijl de bevoegdheid en plichten van den ambtenaar van den burgerlijken stand worden geregeld in den derden titel van het eerste boek. De vraag of een kind is overspelig of bloedschendig is in vele gevallen niet uit te maken dan na eene voorafgaande beslissing over de geldigheid of het bestaan van een gesloten huwelijk op het oogenblik van de verwekking van het kind. Al deze argumenten klinken verleidelijk. En zeker zal de ambtenaar van den burgerlijken stand de akte niet kunnen weigeren, als hem door niets is gebleken dat het kind in overspel of bloedschande is gezeeld. Maar als het feit hem nu door onwraakbare bewijzen is gebleken, moet hij dan toch de akte van erkenning opmaken? Anders dan de adviseurs oordeelt LAURENT (II no. 17). «Il y a ensuite des prohibitions virtuelles. La loi défend la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux (art. 335); il en résulte la défense implicite de faire la déclaration d'une filiation incestueuse ou adultérine.»

2°. Kan de vrouw, eischeresse tot echtscheiding of scheidung van tafel en bed, verlof vragen om de goederen der gemeenschap te doen verzegelen, beschrijven en waardeeren?

De vraag wordt ontkennend beantwoord en op grond van de woorden en op grond van de bedoeling van art. 270 B. W.

De woorden „ter bewaring van haar regt“ kunnen volgens de adviseurs geene andere beteekenis hebben dan: „ter bewaring van het recht op hare goederen.“ In de uitdrukking: *goederen van de vrouw* zijn alleen begrepen de goederen, welke haar *persoonlijk* toebehooren. Ook zou de geschiedenis van art. 270 B. W. duidelijk aantonen, dat bepaald de goederen, aan de vrouw persoonlijk toebehoorende, bedoeld zijn. In den Code Civil zou, in art. 270 wèl aan de vrouw in dit geval het recht toegekend zijn om verzegeling te vragen van de (roerende) goederen der gemeenschap, maar de Nederlandsche wetgever was in het Burgerlijk Wetboek van dit stelsel afgeweken.

Hier is, naar mijne innige overtuiging, niet juist geadviseerd. De woorden *ter bewaring van haar regt* kunnen zeker geen beletsel zijn om aan de vrouw het recht toe te kennen ook de *goederen der gemeenschap* te doen verzegelen, beschrijven en waardeeren, want die woorden zijn (evenals die van al. 2 van het art.) algemeen gesteld. De ware zin moet door de bedoeling verklaard worden. Het is volkomen onjuist te meenen, dat art. 270 B. W. hieromtrent iets anders heeft willen bepalen dan art. 270 C. C. Maar wat de adviseurs eenvoudig hebben voorbijgezien is dat de vraag niet anders dan bevestigend *kan* beantwoord worden, omdat eene ontkennende beantwoording de bedoeling van het geheele eerste lid voor een groot deel zou verijdelen. Waarom heeft de wetgever (de Nederlandsche zoowel als de Fransche) aan de vrouw in dit geval het recht verzekerd om gebruik te maken van voorbehoedmiddelen? Natuurlijk vooral ook om haar recht op de *goederen der gemeenschap* te verzeke- ren. De adviseurs willen haar dit in een der twee gevallen waarin zij dit noodig heeft zonder grond ontnemen.

En om welke reden? Hoofdzakelijk omdat, waar art. 270 C. C. uitdrukkelijk de woorden inhield: „sur les effets mobiliers de la communauté“ die woorden in het gelijk- luidend artikel der Nederlandsche wet „door regten der vrouw“ veranderd zijn. Maar waarom die verandering? „Dat de Nederlandsche wetgever in het Burgerlijk Wetboek

van dit stelsel is afgeweken, kan niet aan toeval worden toegeschreven." Zeer juist, maar al blijkt de reden dier afwijking niet bij VOORDUIN, zij treedt in het licht, als men de oude fransche jurisprudentie raadpleegt. Hoogst waarschijnlijk heeft onze wetgever, toen hij tot art. 270 B. W. genaderd was, kennis gedragen van een arrest van het Hof van Parijs van 29 Mei 1829 (DALLOZ, *Séparation de biens* n^o. 162) en daaruit blijkt, dat de Fransche rechter de woorden „effets mobiliers de la communauté” in art. 270 C. C. te beperkt opvatte, door aan de gehuwde vrouw de voorbehoedsmaatregelen te ontnemen ten aanzien van hare eigene goederen, die, naar Fransch recht (*sous le régime dotal*) door den man werden beheerd. Onze wetgever heeft terecht begrepen dat er geen reden bestond om aan de vrouw, onder het *régime dotal* gehuwd, voorbehoedsmaatregelen te onthouden, die haar, waar zij onder het *régime de communauté* was gehuwd, verzekerd waren; hij zag met juistheid in dat niet de huwelijksgemeenschap, maar de rechten der vrouw, onder *alle* omstandigheden, moesten verzekerd worden. En waar nu onze wetgever blijkbaar eene leemte in het fransche wetboek herstelde, zouden de adviseurs in ons wetboek eene andere leemte in het leven roepen, die in waarheid niet bestaat. Hun gansch historisch betoog kan hier vervallen en het arrest van den Hoogen Raad van 28 Juni 1872 (*Weekbl.* n^o. 3487), ook nog op andere gronden, in volle eer worden hersteld.

3^o. Eene vraag, die mij bijzonder aantrok, was deze of een kind, geboren drie dagen na het huwelijk zijner ouders en uit eene vrouw wier man eerst sedert een maand was weduwnaar, overspelig dan wel wettig was, wanneer de man bij het opmaken der geboorteacte is tegenwoordig geweest en deze heeft onderteeekend? De vraag werd in laatstgemelden zin beantwoord. Na rijpe overweging kwam ik tot dezelfde slotsom. Een kind is eerst dan overspelig, wanneer het *vaststaat* dat het is verwekt door hem of haar, die tijdens de geboorte was gehuwd; in het hier gestelde geval bleef *twijfel* mogelijk. Art. 327 B. W. staat hier niet in den

weg. Dat artikel behandelt het geval, dat kinderen in overspel geteeld door een opvolgend huwelijk van *hunnen* vader en *hunne* moeder niet kunnen worden gewettigd (het artikel onderstelt dus, dat vader en moeder *bekend* zijn); maar in het hier gegeven geval is het kind staande huwelijk geboren, is het *onbekend*, wie de werkelijke vader is en behooren (ook hierop dient gelet) artt. 342 en 344 B. W. te gelden.

4°. Laat art. 782 B. W. eigen richting toe? wordt gevraagd. „Een ieder is bevoegd,“ zegt het artikel, „zoo hoog te bouwen, als hem goeddunkt, mits de verhooging van een gebouw niet ten behoeve van een ander erf verboden zij. *In dat geval heeft de eigenaar van het heerschend erf het recht om alle timmering of verhooging bij dien titel verboden te beletten of te doen wegnemen.*“ Uitgaande van het beginsel dat eigen richting uit haren aard in de meeste gevallen onrechtmatig is, nemen de adviseurs aan, „dat het vermoeden gericht moet zijn tegen de uitlegging, alsof de eigenaar van het heerschend erf zonder vonnis de verhooging zou mogen doen afbreken.“ De adviseurs beroepen zich hier o. a. op prof. DIEPHUIS, die art. 728 op gelijke wijze als zij interpreteert en zelfs nog bovendien adviseert, dat het geheele artikel had kunnen gemist worden. Voor de praktijk is het echter natuurlijk niet de vraag, of eene wetsbepaling overtollig is, maar hoe zij, zoolang zij bestaat, moet worden uitgelegd. En dan meen ik, dat èn de adviseurs èn DIEPHUIS de laatste woorden van het artikel geheel verkeerd opvatten. Die laatste woorden hebben niet de bedoeling om den eigenaar van het heerschend erf de bevoegdheid te geven zonder rechterlijke tusschenkomst krachtens zijn titel zichzelf recht te verschaffen. Uit niets in de geschiedenis van het artikel blijkt, dat dit in de gedachte van den wetgever heeft gelegen, maar die laatste woorden hebben uitsluitend de strekking om den omvang van den *servitus non altius tollendi* te bepalen. Over dien omvang is veel getwist. De laatste woorden van art. 728 B. W. treden in een geheel ander licht, wanneer zij met al. 2 van art. 1227 van het Ontwerp 1820 worden vergeleken. De klemtoon moet op het woord *alle* vallen. De vraag was: hoever

strekt het recht van den eigenaar van het heerschend erf zich uit? Kan hij verbieden dat zooveel getimmerd of verhoogd wordt als hem het licht beneemt of kan hij iedere timmering of verhooging verbieden? De redactie van het artikel van het vroeger ontwerp had het misverstand kunnen wegnemen, waartoe al te groote scherpzinnigheid ditmaal verleidde.

5°. Trouwens, dat nadere overweging wel eens tot verbetering van einduitkomst moet voeren, bewijst ons het *elfde* advies, waarin thans (in strijd met *Regtsg. Adv.* III, bl. 72—79) wordt geleeraard, dat de erkenning van een natuurlijk kind bij uitersten wil *niet* van kracht blijft, wanneer deze laatste vóór den dood is herroepen. De controvers is bekend genoeg. Aan de eene zijde wordt beweerd, dat men in een testament moet onderscheiden tusschen datgene wat daarin bepaald wordt omtrent beschikking over goederen en datgene wat aan dat onderwerp vreemd is, als bijv. de erkenenis van eene schuld of de erkenning van een natuurlijk kind. Het testament wordt op die wijze in verschillende, van elkander afgescheiden acten gesplitst; en men neemt aan dat het testament herroepbaar is, omdat de erfflater tot het *uiterste* oogenblik ook de vrijheid heeft zijn *uitersten* wil te bepalen, maar de erkenning niet, omdat die erkenning is een feit, en, dewijl zij een feit is, onvernietigbaar is. Zóó bij ons DREPHUIS II, 356, 358, die zich op de meeste en beste fransche schrijvers kan beroepen; zoo o. a. MARCADÉ op art. 1038 C. C. Toch is de tegenovergestelde leer, *nu* door de *Adviezen* verdedigd, en altijd door wijlen mr. A. DE PINTO, B. W. ad § 191 voorgestaan, de eenig juiste. De erkenning van een natuurlijk kind, welke in beginsel onherroepelijk is, is bij uitzondering herroepbaar, wanneer zij geschiedt in het testament, omdat zij met dat testament een onafscheidelijk geheel uitmaakt. Het kind heeft geen verkregen recht op zijn verandering van staat, zoolang niet het testament door den dood van den erfflater is bekrachtigd. Daarbij komt nog eindelijk een niet te versmaden argument dat onze definitie van art. 922 B. W. nog ruimer is dan die van art. 895 C. N.

6°. Wederom wordt naar DE PINTO geluisterd, waar het de vraag geldt of de natuurlijke vader of moeder recht heeft op wettelijk erfdeel in de nalatenschap van het door hem of haar wettig erkend kind. Voor de ontkennde beantwoording worden eenige goede gronden bijgebracht, die zeker niet zwakker zijn, dan die wij bij DE PINTO aantreffen. »Werden onder *opgaande linie*» zeggen de adviseurs »in art. 962 ook de natuurlijke ouders bedoeld, dan zouden evenzeer in art. 961 onder nederdalende linie de natuurlijke kinderen bedoeld worden. Art. 963 en de opnoeming in art. 964 van de natuurlijke kinderen zouden dan geen zin hebben». Uit de toevoeging van de woorden »van natuurlijke wettiglijk erkende kinderen» in art. 964 B. W. (welke woorden in art. 916 C. C. ontbraken) blijkt echter wel, dat onze wetgever bijzonder vervuld was van het denkbeeld om ook de legitime der natuurlijke, wettiglijk erkende kinderen te verzekeren, maar niet dat hij aan den vader of de moeder die het kind erkende, eene legitime heeft willen ontzeggen. Is deze ook te verstaan onder de woorden »bloedverwanten in de opgaande linie» van art. 964, waarom aan die woorden en aan de woorden »opgaande linie» in art. 962 dan eene beperkte opvatting gegeven? Houdt niet de legitime verband met het versterfrecht? Art. 920, 2e lid, neemt aan dat een natuurlijk erkend kind, even goed als een wettig kind, *ouders* heeft, die zijne nalatenschap kunnen genieten: zou 't nu eene logische gedachte van onzen wetgever zijn geweest, het bestaan dier ouders aan te nemen in den *elfden* titel en te loochenen in den *twaalften* titel van het tweede boek? En wanneer de adviseurs een reden weten aan te wijzen waarom met betrekking tot de legitime hier een onderscheid moet worden gemaakt (een reden, welke hunne scherpzinnigheid eer aandoet), deze namelijk, dat bij de uitlegging, die ik voorsta, de daad van erkenning eene beschikking zou worden over het vermogen van een ander ten eigen voordeele, dan bewijst die redeneering te veel, en kan daarom niet afdoen; want, zoo die redeneering moest opgaan, dan had onze wetgever den vader of de moeder, die een

natuurlijk kind erkende, als dit zonder afstammelingen komt te overlijden, niet in art. 920 tot erfgenaam der geheele nalatenschap moeten roepen.

7°. Kan hij, die een schuld betaald heeft vóór den daartoe bepaalden tijd en dat wel uit onbekendheid met die tijdsbepaling, het betaalde terugvorderen? Dit advies is voornamelijk gericht tegen MARCADÉ (IV, n°. 572 en volgg.), die leert dat het Fransche recht dat, in strijd met het Romeinsche, niets anders kent dan *contractus bonae fidei*, eene onderscheiding toelaat tusschen betaling die opzettelijk en die, welke bij vergissing te vroeg geschiedt. Een erfgenaam die onbekend met een tweede testament zijns vaders, waarin hem een termijn van twee jaren wordt toegekend tot uitkeering van zeker in het eerste testament zonder termijn besproken legaat, dat legaat te vroeg uitkeert, heeft alzoo volgens dezen schrijver recht op restitutie. MARCADÉ acht zijne leer ook in overeenstemming met de bedoeling van de ontwerpers van den Code, daar in het Corps Législatif de woordvoerder der regeering art. 1186 C. C. aldus toelichtte: „Si le débiteur a *librement* d'avance satisfait à son engagement, il ne serait pas juste de l'autoriser à en demander la répétition.” Dit gevoelen van MARCADÉ, niet alleen door DURANTON, gelijk de adviseurs meenen, maar ook door andere schrijvers (zie o. a. MOURLON II, n°. 626) gesteund, vindt in de *adviezen* weerspraak, èn omdat het onrechtskundig zou zijn eene terugvordering toe te kennen na eene betaling, die tot kwijting eener bestaande schuld heeft gestrekt, èn omdat de tekst van art. 1305 B. W. zijne opvatting zou onmogelijk maken, èn omdat de schijnbare hardheid van de wet niet meer is dan de verdiende straf voor de onachtzaamheid van den schuldenaar. Ook mij heeft MARCADÉ niet overtuigd. Naar ik meen, mag zulk eene groote afwijking van het Romeinsch recht en van POTHIER niet zonder eene uitdrukkelijke verklaring van den wetgever worden aangenomen. Het kan misschien waar zijn, dat het beginsel, uitgedrukt in L. 10 en L. 17 de cond. ind., zóó algemeen uitgedrukt, niet van strengheid is vrij te pleiten, maar waar dit beginsel van

Romeinsch recht is overgegaan bij POTHIER, aan wiens bron de Fransche juristen zich hebben gelaafd, kan toch niet van dit strenge beginsel worden afgeweken zonder dat van die afwijking eenig teeken bestaat. Alleen hadden de adviseurs bij deze questie nog meer partij kunnen trekken van de plaats bij POTHIER *Traité des Oblig.* § 230. Zij beroepen zich op die plaats uitsluitend om het verschil aan te wijzen dat tusschen *tijdsbepaling* en *voorwaarde* bestaat, een verschil dat tot vóór korten tijd de gangbare leer is gebleven (ofschoon in de laatste jaren omtrent de werking van den dies geheel andere meeningen in omloop worden gebracht), maar dezelfde plaats van POTHIER is beslissend voor de questie zelve, die hier ter sprake komt. POTHIER toch zegt: «Celui qui a promis sous condition n'est pas débiteur jusqu'à l'échéance de la condition; il y a seulement espérance qu'il pourra l'être; d'où il suit que si, *par erreur*, il payait *avant* la condition, il pourrait répéter ce qu'il a payé comme chose non dûe. Au contraire, celui qui doit à un certain terme qui n'est pas encore échu *est vraiment débiteur*; et s'il payait avant le terme, il ne pourrait répéter, parce qu'il aurait payé ce qu'il devait effectivement.» Het geheele zinverband wijst dus op betaling *door dwaling* en al heeft nu ook POTHIER de woorden *par erreur* niet herhaald vóór de woorden *avant le terme*, moeielijk kan betwijfeld worden, dat de geheele redeneering, ten einde toe, het bestaan van dwaling onderstelt. Althans is deze plaats van oneindig meer belang dan de toelichting in het Corps Législatif, vermits immers het woord *librement* (bij ons *vrijwillig*) volstrekt niet altijd gebezigd wordt om dwaling, maar zeer dikwijls in onze wetgeving wordt gebruikt om alleen dwang uit te sluiten.

8°. Het zestiende advies zou mij niet bij de meerderheid gevonden hebben. Het gold de vraag: is door de enkele verklaring van iemand, die een winkel binnentreedt, dat hij een zeker in het winkelraam uitgestald voorwerp voor den daarbij opgegeven prijs wil koopen, eene overeenkomst van koop en verkoop tot stand gekomen en daardoor eene actie

tot levering tegen den winkelier (actio empti) geboren? De vraag wordt tot mijne verwondering ontkennend beantwoord. Zelfs wil het mij voorkomen, dat dit advies zich aan eenige verwarring van denkbeelden schuldig maakt. Waar in onze wet mag de meerderheid lezen dat om eene overeenkomst in het leven te roepen, minstens twee personen noodig zijn, bij wie *gelijktijdig* de wil om zich aan elkander te verbinden moet bestaan? Dien eisch kan ik in art. 1349 B. W. niet vinden. Hoe heeft de meerderheid niet kunnen denken aan de belemmeringen, die het maatschappelijk verkeer moet ondervinden, wanneer aan de overeenkomst met onbepaalde personen rechtskracht werd ontzegd? „Geene overeenkomst komt tot stand, *ten zij de beide wilsverklaringen elkander op hetzelfde oogenblik ontmoeten*„. Is die stelling houdbaar? behoeft last op 't zelfde oogenblik gegeven en aangenomen? schenking op 't zelfde oogenblik gedaan en aanvaard? borgtocht op 't zelfde oogenblik gesteld en ontvangen? Wat wordt er bij die leer van de overeenkomst door middel van briefwisseling of telegram gesloten? „Toen de winkelier wilde verkoopen, wilde de voorbijganger *nog niet* koopen, en toen de voorbijganger, den winkel binnengetreden, wilde koopen, wilde de winkelier *niet meer* verkoopen.“ Mr. LEVY in zijn advies over toonderpapier (*Handel. Juristenvereen.* 1878, I, bl. 126) noemt die rede-neering *onomstootelijk*, naar onze verbintenissenleer. Mij dunkt, zij is veilig omver te stooten met deze plaats van OPZOOMER, die ad art. 1349 B. W. geheel wat anders leert dan wij hier van de adviseurs vernemen: „De twee samentreffende willen moeten *gelijktijdig* bestaan, beide reeds en nog op hetzelfde oogenblik bestaan, maar hun verklaring behoeft *niet* *gelijktijdig* te zijn, *niet* op hetzelfde oogenblik.“ Zoo lang nu de verkooper zijn geprijsd voorwerp niet heeft teruggenomen, mag men daaruit afleiden, dat hij den wil behouden heeft om zoowel het bepaalde geprijsde voorwerp als zooveel als hij voorradig heeft tegen een bepaalden prijs aan het publiek te verkoopen: dat hij zijne eenmaal geopenbaarde wilsverklaring niet heeft teruggenomen, welke alzoo

voortduurt op het oogenblik dat de koper zich aanbiedt, en eene actie tot levering heeft van het uitgestalde en nog onverkochte voorwerp. Eindelijk is de voorstelling minder juist, alsof in 't hier gestelde geval geene *bepaalde* zaak werd verkocht. De voorbijganger die den winkel binnentreedt, koopt . . . wat koopt hij? het uitgestalde voorwerp. Het kan zijn dat hij vordert, dat hem zooveel van het goed geleverd wordt, als hij maar goedvindt te vragen, maar dan zal de koper hem met recht kunnen teemoet voeren: ik heb het uitgestalde voorwerp tegen een bepaalden prijs te koop gesteld; tot de levering *daarvan* heb ik mij verbonden, maar niet tot de levering van zooveel als gij maar goedvindt te vragen. De vraag *hoeveer* eene verbintenis zich uitstrekt is eene andere dan deze: *is* er verbintenis?

9°. In denzelfden gedachtenkring beweegt zich de vraag of hij, wien beloofd is dat hij gedurende of na acht dagen zeker onroerend goed voor bepaalden prijs zal mogen overnemen, nadat hij zich tot die overneming bereid heeft verklaard, eene actie heeft en zoo ja welke? Eene actie tot levering — antwoorden de adviseurs. Mr. LEVY is in zijn straks genoemd prae-advies (bl. 127) tegen die leer met kracht opgekomen. Hij ziet in deze verbintenis eene „belofte tot verkoop“. En deze . . . „is òf het koopcontract, wat zij niet is, òf zij is dat niet en dan is zij niets.“ Hier schuilt bij mijn vriend LEVY eene fout. Zij is wèl iets: zij is een koop en verkoop en (dit zagen de adviseurs voorbij) „onder opschortende voorwaarde“. Waarop komt toch deze verbintenis neder? De verkooper zegt: „ik beloof u dit bepaald huis voor f 10,000 te verkoopen, mits gij binnen acht dagen daartoe verklaring doet.“ De koper zegt: „ik beloof van u dit bepaald huis voor f 10,000 te koopen, mits ik binnen acht dagen daartoe verklaring doe.“ M. i. niets anders dan een bilateraal contract, een koop en verkoop onder opschortende voorwaarde, waarop art. 1297 1e al. van toepassing is. De koper door wien de voorwaarde in vervulling komt, heeft natuurlijk geene andere actie dan die elke koper heeft: de actie tot levering. Te vergeefs zou men tegen mijne opvatting een

beroep doen op art. 1292 B. W. „Alle verbindtenissen zijn nietig, indien derzelve vervulling *alleentijk* afhangt van den wil van dengene, die verbonden is.” Dit is hier niet het geval. Er is hier eene wederkeerige overeenkomst met eene voorwaarde, in 't bestaan waarvan *beiden* toestemmen. Ik kom dus langs een anderen weg tot hetzelfde resultaat als de adviseurs. Mijn weg is korter en eenvoudiger. Ik kan de geheele „belofte tot verkoop” veilig ontberen, een leerstuk, dat uitnemend geschikt is om ons van den rechten weg af te brengen, en dat eigenlijk geen leerstuk moest heeten. Na hetgeen ik zoo even zeide omtrent het vraagpunt door Mr. LEVY genoemd „het spelletje des uitstallenden winkeliers en des koopgragen voorbijgangers” kan mijne beantwoording van dit zeventiende vraagpunt geene verwondering baren. Men weet, dat ik niet hecht aan den eisch van overeenstemmende wilsverklaringen op hetzelfde oogenblik. Maar heel duidelijk is 't mij toch niet, dat de adviseurs bij hun *zeventiende* advies geheel laten liggen de leer, in hun *zestiende* gepredikt: „Eene overeenkomst onderstelt overeenstemmenden wil, ja zelfs volgens de meesten — en naar ons oordeel te regt — overeenstemmende wilsverklaring.” Nu is het moeilijk te ontkennen, dat in het geval, bij het zeventiende advies gesteld, de twee wilsverklaringen, die op 't zelfde oogenblik elkander heeten te ontmoeten, niet volkomen identiek zijn. De wilsverklaring van den verkooper *is* onmiddellijk volledig: — die van den kooper is dat niet, want zij *wordt* eerst volledig door de te kennengeving op een later tijdstip. *Mij* deert dit verschil echter natuurlijk geenszins.

10°. Zoo kom ik eveneens langs een anderen weg tot dezelfde oplossing als de adviseurs bij de vraag, of eene schriftelijke procuratie tot het ontvangen van een Indisch burgerlijk pensioen op een schuldeischer, met de bedoeling om diens vordering geleidelijk af te betalen, vervalt door den staat van kennelijk onvermogen van den schuldenaar-gepensioneerde? Neen, zeggen de adviseurs, omdat wat mandaat heette, eigenlijk eene cessie is. „De vordering voor pensioen is

overgedragen bij eene acte, die, in schijn mandaat, eigenlijk eene cessie is, die door den daarop volgenden staat van kennelijk onvermogen van den cedent niet krachteloos wordt gemaakt." Wat mij betreft, ik heb deze metamorphose niet noodig. Bij mij kan wat, blijkens de acte, lastgeving heet, lastgeving blijven. Maar de adviseurs zagen het karakter van de procuratio in rem suam voorbij. Zoodanige procuratio is uit haren aard (men denke slechts aan het welbekende art. 1223, 2e lid) onherroepelijk. De woorden van art. 1850 B. W. "lastgeving eindigt o. a. door den staat van kennelijk onvermogen des lastgevers" hebben de adviseurs van 't ware spoor gebracht. *Lastgeving* eindigt, maar niet iedere lastgeving. De herroepelijkheid van het mandaat onderstelt een mandaat uitsluitend in het belang van den lastgever. Van het oogenblik dat de lasthebber of een derde bij de vervulling van het mandaat belang heeft, houdt het op herroepbaar te zijn. In dien zin besliste het fransche Hof van Cassatie, nog niet lang geleden, doch vóór deze adviezen het licht zagen, bij arrest van 6 Januari 1873 (DALLOZ 1873 I, 116). Aan deze uitspraak heeft LAURENT (*Principes de droit civil* XXVIII, n^o. 104) zijn zegel gehecht.

11°. Uitnemend geslaagd is vooral de beantwoording van de in de praktijk volstrekt niet geheel onbekende vraag of de borg, die afstand heeft gedaan van al de beneficiën, die de wet den borg toekent, zich tegenover den schuldeischer toch nog beroepen kan op art. 1885 B. W. Dit advies vooral munt uit door kernachtigheid en helderheid. Kan ik mij daaraan geheel aansluiten, toch meen ik, dat de meerderheid, naar ons recht, één krachtig argument heeft voorbijgezien, dat aan art. 1438, al. 3 had kunnen worden ontleend. "De niet-uitwinning en de niet-splitsing geven dilatoire exceptiën. Anders is het in ons regt met de cessie van actie; *deze bestaat van regtswege*: de borg behoeft haar niet te vorderen." Uitnemend — maar waaruit blijkt dit duidelijker dan uit de wetsbepaling, die ik opnoemde?

12°. Ook plaatste ik een vraagteeken achter het twee en

twintigste advies: is het beding in eene akte van vennootschap, dat alle tusschen partijen te rijzen geschillen zullen worden gebracht voor de rechtbank, ook geldig voor die zaken, die ter kennismeming van den kantonrechter in het hoogste ressort zouden hebben gestaan? De vraag wordt toestemmend beantwoord op grond van de *uitbreiding* eener bepaling (art. 157 B. Rv.) welke eene *uitzondering* schept. Dit reeds eischt behoedzaamheid. Maar die behoedzaamheid klimt, wanneer men bedenkt, dat de bevestigende beantwoording dier vraag, als men dieper doordenkt, noodwendig leiden moet tot eene uitbreiding van art. 43 R. O., en tot het in het leven roepen van eene vrijwillige opdracht van rechtspraak aan de rechtbank, in strijd met de wet op de rechterlijke organisatie en tot eene volkomene omkeering in de leer der volstreckte onbevoegdheden.

Daar ik nog eenige oogenblikken bij 't strafrecht wil stilstaan en mij bij het burgerlijk recht langer ophield dan aanvankelijk in mijne bedoeling lag, wensch ik mij bij de adviezen omtrent handelsrecht niet op te houden. Dit is te minder noodig, omdat daartegen bij mij slechts enkele bedenkingen zijn gerezen. Alleen met het *vierde* advies zou ik mij zeker niet vereenigd hebben. Het zou mij te ver leiden, hier al mijne gronden aan te voeren. Dit wil ik alleen aanstippen, dat het mij ook bij andere adviezen in deze afdeeling is voorgekomen, dat het genootschap over 't algemeen een minder juiste opvatting heeft omtrent den aard der actien, die 't handelsrecht geeft. Ik ben altijd van meening geweest, dat de bijzondere actien, die 't speciale handelsrecht geeft, niet noodwendig medebrengen dat daardoor aan de gewone actien van burgerlijk recht wordt gederogerd. Het belang van den koophandel moge dikwijls geëischt hebben strengere rechtsvorderingen toe te laten: — daaruit volgt nog volstrekt niet, dat de handel niet ook van de gewone rechtsvorderingen, bij het burgerlijk wetboek geregeld, waar het pas geeft zou kunnen gebruik maken. Ik bepaal mij tot deze algemeene opmerking en, wat het vierde advies betreft, kan ik, ter bestrijding daarvan,

korthedshalve verwijzen naar SOURDAT, *Traité Général de la responsabilité*, II bl. 215.

Wat het strafrecht betreft, heb ik alleen eenig bezwaar tegen het *tweede* advies: moet de strafvervolging, tegen een gehuwd man ingesteld ter zake van valsheid in authentiek geschrift, door opzettelijk in strijd met de waarheid bij den ambtenaar van den burgerlijken stand aangifte te hebben gedaan dat zijne vrouw van een kind zoude zijn bevallen, niet ontvankelijk worden verklaard, bij gebreke eener voorafgaande beslissing over het aanwezen van een begin van bewijs bij geschrifte als bedoeld bij art. 323, al. 2 B. W.

Deze vraag wordt ontkennend beantwoord, ook op dezen grond dat het daarin omschreven feit niet zou vallen onder het bereik van art. 345 C. P. Naar de adviseurs meenen, onderstelt het misdrijf van dit artikel (door welk der vier daarin genoemde middelen de afstamming ook onzeker worde gemaakt) in elk geval een werkelijk bestaand wezen als persoon, wiens staat verduisterd wordt, alzoo als *objectum delicti*. Het ten verzoeken van den aangever in de registers van den burgerlijken stand als waar feit vermelde logenachtige voorgeven dat eene vrouw, die niet bevallen is, werkelijk bevallen zoude zijn; dat een kind, dat niet geboren is, werkelijk geboren zoude zijn, mist een persoon als *objectum delicti* en is slechts te qualificeeren als eene intellectueele valsheid, gericht tegen de openbare trouw, tegen de geloofwaardigheid der registers van den burgerlijken stand, maar niet tegen een bepaald persoon.

De vraag herleidt zich tot eene andere: is *supposition d'enfant* alleen mogelijk door het aanwezig zijn van een kind? Anders oordeelen CHAUVEAU en HÉLIE ad n. 2974: «la production de cet enfant n'est qu'une preuve et qu'un moyen; le crime est dans la supposition même *de l'état*; si donc elle a été faite en alléguant l'existence d'un être qui n'a jamais eu vie, le crime n'existe pas moins; dans l'un et l'autre effet, ses résultats sont les mêmes, le préjudice et le trouble apporté dans la famille sont identiques.» Zóó ook LAURENT III, n. 476: «Il n'y a pas de délit spécial de *suppression d'état*;

il y a des délits de diverse nature qui tendent à priver un enfant de son état. Tels sont le faux commis dans l'acte de naissance, *les fausses déclarations faites par les comparants*, la soustraction, destruction ou enlèvement de registres." *Supposition d'enfant* schijnt dus alleszins mogelijk, ook zonder het aanwezig zijn van een kind; het logenachtig voor-geven eener bevalling, ten gevolge waarvan de afstamming onzeker wordt gemaakt, aan de ouders een kind toegeschreven wordt dat zij niet bezitten, rechten van erfgenamen op gelijke wijze kunnen worden gekrenkt, schijnt dus eveneens een middel waardoor het misdrijf van verduistering ontstaat, als de andere middelen, in art. 345 C. P. genoemd. De minderheid had zich tegenover de meerderheid, die in dit geval het bestaan van eene *handeling* ontkende en niets anders aanwezig achtte dan een *onwaar woord*, ten voordeele van haar gevoelen, ook kunnen beroepen op de definitie, die de *Dictionnaire de l'Académie* geeft van *supposition d'enfant*: "*l'action de celui qui veut faire passer, faire reconnaître un enfant pour fils ou fille de ceux dont il n'est pas né.*" Welnu, dit geschiedt zoo dikwijls de gehuwde vader eene valsche verklaring aflegt, die, door de opneming van een niet bestaand kind in de geboorteregisters, de filiatie verstoort, en daarbij is 't geheel onverschillig of dit kind in leven is of niet. Moeielijk zou de meerderheid zich dan ook op één rechterlijke uitspraak ten gunste van haar gevoelen kunnen beroepen. In Frankrijk besliste het Hof van Cassatie op 7 April 1831, bij ons de Hooge Raad op 24 Maart 1847 geheel in strijd met hare zienswijze (SCHOONEVELD, ad art. 345, n^o. 9). Hij die zich ten raadhuize begeeft om een kind dat niet geboren is, als geboren te doen inschrijven, doet nog iets meer dan eene valsche *verklaring* afleggen, hij pleegt eene *handeling*, met het opzet om eens anders afstamming onzeker te maken. En voor mij is het dan ook weinig twijfelachtig, of wat thans volgens de jurisprudentie onder *supposition d'enfant* wordt gerekend, zal daaronder blijven behooren onder de werking van art. 236 van het nieuw Wetboek van Strafrecht, in de

onderstelling, dat dit werkelijk eenmaal tot invoering komen zal.

Met de overige adviezen van de afdeling *Strafregt en Strafvordering* ga ik gaarne mede. Dat de medeplichtige niet met dezelfde straf als de hoofddader gestraft moet worden, wanneer de persoonlijke hoedanigheid van den dader niet alleen op diens toerekenbaarheid van invloed is, maar ook in het begrip van het misdrijf wordt opgenomen, zal men gaarne toegeven. Dit advies werd reeds bekrachtigd door art. 50 van het nieuwe strafwetboek, en er bestaat dan ook geen enkele reden om in dit opzicht tusschen *algemeene* en *bijzondere* verzwarende omstandigheden, in zoover zij van bloot persoonlijken aard zijn, te onderscheiden,

Dat bij gewoonte-misdrijven op ieder der op zich zelf niet strafbare feiten, die gezamenlijk het misdrijf uitmaken, de verjaring begint te loopen eerst nadat het laatste der feiten heeft plaats gehad: — is 't wel eene vraag? De aard van het gewoonte-misdrijf brengt immers mede dat de bijzondere feiten, waaruit het collectieve misdrijf is samengesteld, de bestanddeelen van het misdrijf uitmaken en dit misdrijf, dat een ondeelbaar geheel vormt, kan immers niet gedeeltelijk verjaren.

Had de vraag echter niet ruimer moeten worden gesteld en ook de *delicta continuata* (de voortgezette misdrijven) en de *delicta continua* (de voortdurende misdrijven) moeten omvatten?

Daarover toch bestaat wèl verdeeldheid onder de criminalisten. Een voortgezet misdrijf onderstelt het verrichten van meerdere gelijksoortige handelingen, die ieder op zich zelve reeds volkomen het misdrijf uitmaken, maar wegens de in- en uitwendige eenheid slechts als een enkel voortgezet misdrijf worden gestraft: — behoort de verjaring aan te vangen van het tijdstip, waarop het eerste feit is gepleegd of wel van het voltooide feit, dat juist ter zijner voltooiing meerdere handelingen behoefde? En wat het delictum continuum betreft, vangt de verjaring aan op den dag, waarop het eerste feit werd gepleegd of wel van den dag, waarop men den toestand doet ophouden? De adviseurs behandelden

hier eene vraag, waarover, naar ik meen, geen geschil bestaat, maar zij gingen juist die vragen voorbij, welke (zie o. a. VAN DEINZE, *Alg. Beg. van Strafrecht*) tot groote moeilijkheden hebben aanleiding gegeven. Voorzeker, bij iedere soort van misdrijven eischt de vraag een afzonderlijk onderzoek, maar niets had de adviseurs behoeven te beletten, na eenmaal de vraag gesteld te hebben, haar tot de drie bekende hoofdsorten der saamgestelde misdrijven uit te strekken.

Met genoegen zag ik, dat de adviseurs zich omtrent het vraagpunt of de inhoud van het uitleverings-verdrag voor den Nederlandschen rechter een grond moet zijn om de niet-ontvankelijkheid van eene strafvordering uit te spreken, bij de *laatste* rechtspraak van den Hoogen Raad (7 Februari 1876) aansloten en ook een uitleverings-tractaat (uitvloeiend van 's Konings opperbestuur der buitenlandsche betrekkingen) als een bestanddeel beschouwen van het stellige Nederlandsche recht en dus als eene rechtsbron, die de Nederlandsche rechter behoort te raadplegen. Daarentegen berust het *derde* advies, — de vraag of de rechter den advocaat, die door het Openbaar Ministerie als getuige is gedagvaard, weigeren mag als verdediger op te treden, m. i. meer op argumenten van convenientie dan op principieele beschouwing. Dit advies is niet van eenige losheid vrij te pleiten. Tegenover het beroep op art. 160 Strafvordering zou men kunnen wijzen op den eisch van het recht van verdediging dat kwalijk gediend is met een advocaat, die in het eene oogenblik in de rol van getuige voor den rechter verschijnt en in het ander oogenblik de zaal wederom binnentreedt met de toga. Dat art. 160 Strafvord. „geene andere beperking hoegenaamd“ kent, is weinig afdoende, want behalve de beperking dáár genoemd, kan de natuur van het beroep van advocaat deze beperking medebrengen, dat hij niet in dezelfde zaak, waarin hij als advocaat de getuigen heeft te hooren en hunne verklaringen heeft te toetsen, als getuige optreedt om, naar het den voorzitter behaagt, nu eens de zaal te verlaten, dan weder als getuige te worden binnengeroepen. Als de adviseurs

dus zeggen, dat incompatibiliteiten niet buiten de wet om mogen worden aangevuld, vergeten zij, dat er incompatibiliteiten zijn, die de wet niet behoeft uit te spreken, omdat de natuur van het beroep ze medebrengt. Het staat ook niet geschreven in het Wetboek van Strafvordering, dat in strafzaken de raadsman persoonlijk tegenwoordig zij; toch zal zijne afwezigheid (wanneer die uit het procesverbaal of arrest blijkt) de procedure nietig kunnen maken.

„Maar de verdediger, zegt men, kan een collega verzoeken, zoo lang hij afwezig is, voor hem op te treden.“ Uit welke bepaling van het Wetboek van Strafvordering kan hij dit *recht* putten? Die vraag mag ik doen, nu men vooral bij dit advies aan de letter bleef hangen.

Doch — sat prava biberunt. Met een aangenamen indruk neem ik van de *negende* verzameling der *Regtsgeleerde Adviezen* afscheid. Bedrieg ik mij niet, dan nadert reeds het tijdstip, dat wij de *tiende* mogen te gemoet zien, even als de vorige in vriendschappelijke rechts-beoefening gekweekt. Om nog even op de *responsa prudentium* der ouden in verband met de rechtsgeleerde adviezen onzer Haagsche Juristen terug te keeren, zie ik, nevens tal van verschillpunten, nochtans een onmiskenbare gelijkenis. Wat deze *responsa* vooral kenschetste was volgens KUNTZE: „die traditionelle Bahn der Fortbewegung.“ Voorgangers en opvolgers reiken ook hier elkander voortdurend de hand; de jongeren behouden gestadig wat ik reeds noemde pieusen eerbied voor de ouderen. PAPINIANUS drukt deze gedachte ergens (§ 10 Dig. de jure codic.) uit met de woorden: *per manus traditum*: overlevering door handreiking. Mogen de goede oude tradities van dit genootschap op gelijke wijze nog lang bewaard blijven! Mogen de adviezen, die 't ons ieder lustrum schenkt, zich steeds door zekerheid van blik, volledigheid van onderzoek, scherpte van oordeel en klaarheid van voorstelling blijven kenmerken!

G. BELINFANTE.

BUITENLANDSCHE LITTERATUUR.

Die Untersuchungshaft vom Standpunkte der Oesterreichischen Strafprocessgebung von Dr. ALOIS ZUCKER, A. O. Professor an der Präger Universität. Drei Abtheilungen. Prag, 1873, 1876 und 1879. Verlag von H. DOMINICUS.

De titel van dit werk schijnt mij minder gelukkig gekozen. Men zou er uit opmaken, dat men hier te doen heeft met eene verhandeling over preventieve hechtenis *uitsluitend* beschouwd uit het standpunt der Oostenrijksche wetgeving. Raadpleegt men echter den inhoud, dan blijkt het dat de schrijver zijne taak veel breeder heeft opgevat en dat het zijne bedoeling was eene studie te leveren zoowel over de preventieve hechtenis in 't algemeen als over de wijze van hare regeling volgens het Oostenrijksche recht in 't bijzonder. Zoo vindt men in de eerste afdeeling van dit werk onder den titel: „Die historischen Grundlagen der Oesterr. Strafprocessgesetzgebung“ de geschiedenis en ontwikkeling van dit rechtsinstituut in het Romeinsche, oud-Duitsche en Canonieke recht uitvoerig beschreven en toegelicht, terwijl eerst het laatste hoofdstuk dier afdeeling getiteld: „Malefiz-Hals-und Landgerichts-Ordnungen der einzelnen Oesterr. Territorien“ den overgang vormt tot de nieuwe Oostenrijksche wetgeving. Deze wordt dan in de tweede afdeeling besproken, welke tot titel heeft: „Die Oesterr. Strafprocessordnungen“ en in hare vier eerste hoofdstukken achtereenvolgens handelt over de wetgeving onder Maria Theresia, Josef II, Frans II en eindelijk over de nieuwere en laatste wetgeving, sluitende met de thans in Oostenrijk geldende Strafprocessordnung van 1873. Daarop volgt dan nog een vijfde hoofdstuk met een overzicht van de wijze van regeling der preventieve hechtenis in het Fransche en Engelsche strafproces, terwijl ten slotte in een bijvoegsel nog de hoofdpunten van het ontwerp der Duitsche

Strafprocessordnung (1) met betrekking tot deze stof besproken worden. De derde en laatste afdeling van dit werk houdt zich onder den titel: „Die Reformbedürftigkeit der Untersuchungshaft“ uitsluitend bezig met de kritiek van het jus constitutum en met voorstellen de jure constituendo. Ook hierbij echter bepaalt de schrijver zich geenszins alleen tot het Oostenrijksche recht, maar bespreekt en vergelijkt hij veeleer de voornaamste nieuwere wetgevingen onderling.

Uit het gezegde zal men zich eenig denkbeeld kunnen maken van den grooten omvang, dien deze studie, in tegenpraak met haar beperkten titel, heeft verkregen. De lezers zullen zich daarover niet beklagen. Het werk wordt toch daardoor genietbaar niet slechts voor Oostenrijksche rechtsgeleerden, maar voor allen, die in de kennis van dit zoo bij uitnemendheid belangrijk onderwerp belang stellen. Voeg daarbij dat de schrijver, met echt Duitsche grondigheid zijne taak *ab ovo* opvattende, echter tevens de eischen van den vorm geenszins heeft verwaarloosd en getoond heeft de kunst te verstaan duidelijk en boeiend een niet gemakkelijk onderwerp te behandelen. Zijn werk behoort dan ook m. i. tot het beste, wat over deze stof is geschreven. Het heeft daarenboven de groote verdienste tot nadenken op te wekken. Velen, die het zullen lezen, moeten zich, dunkt mij, aangespoord vinden om een aantal begrippen, die zich onder den invloed van overlevering en dagelijksche sleur over de preventieve hechtenis gevormd hebben, aan eene nauwkeurige herziening te onderwerpen. Zoo ooit toch, dan behooren bij eene instelling als deze, die zoo diep ingrijpt in de individueele vrijheid, vaste beginselen op den voorgrond te staan.

Kennisneming van deze studie is, naar mij toeschijnt, vooral thans in Nederland wenschelijk. Wij leven toch in een tijd, waarin meer en meer het bewustzijn levendig

(1) Sedert, behoudens eenige wijzigingen, tot wet verheven en 10. October 1879 in werking getreden. In de derde afdeling van ZUCKER's werk worden dan ook de thans in Duitschland van kracht zijnde bepalingen telkens aangehaald.

wordt, dat wetten, die reeds bijna eene halve eeuw oud zijn, niet meer in alle opzichten aan de eischen en behoeften van het tegenwoordige geslacht voldoen. Vele hervormingen op wetgevend gebied worden voorbereid. Eene der meest belangrijke: het nieuwe nationale strafwetboek is reeds tot stand gekomen en wacht slechts op invoering, die, naar men vertrouwen mag, zoo spoedig mogelijk zal volgen. Maar een andere: de herziening van het Wetboek van Strafvordering, wordt eveneens dringend gevorderd. Ook zij is toegezegd en daarbij zal de regeling der preventieve hechtenis eene voorname plaats bekleeden. Het tegenwoordig hoofd van het Departement van Justitie achtte hervorming te dezen aanzien zelfs zóo noodzakelijk, dat hij aanvankelijk de indiening van een afzonderlijk wetsontwerp ter regeling van dit onderwerp had toegezegd. En inderdaad, al staat ook eene dergelijke regeling in nauw verband met de herziening van andere bepalingen onzer tegenwoordige strafvordering, in 't bijzonder met het recht van verdediging, er bestond toch m. i. geen reden om niet op het voetspoor der in zooveel opzichten uitstekende Belgische wet van 1874, (1) datgene te regelen, wat in de eerste plaats herziening behoeft. Doch hoe dit zij, en al is van die afzonderlijke regeling voorshands afgezien, men mag dan toch met grond van den bekwamen en werkzamen staatsman verwachten, dat hij weldra het initiatief tot eene hervorming onzer strafvordering zal nemen. En het mag dus alleszins wenschelijk geacht worden, dat de aandacht onzer rechtsgeleerden op de preventieve hechtenis, als een belangrijk onderdeel dier hervorming, gevestigd blijve, waartoe de kennismeming van ZUCKER's beschouwingen ongetwijfeld veel kan bijdragen.

(1) Loi du 20 Avril 1874 relative à la détention préventive. Tot mijne bevreemding wordt deze wet niet in ZUCKER's werk aangehaald, evenmin als de Italiaansche wet van 30 Juni 1876. Zijne vergelijkingen bepalen zich tot de wetgevingen van Engeland, Frankrijk, Duitschland en Oostenrijk.

Een overzicht van den ruimen inhoud van dit werk verwachtte men echter te dezer plaatse niet. De grenzen eener aankondiging zouden daardoor te ver overschreden worden. Beperking wordt door den aard der zaak geboden. Ik zal mij daarom niet ophouden bij het eigenlijke historische deel dezer studie, hoe belangrijk dit ook voor de rechtsgeschiedenis moge zijn. Ik wil er alleen uit aanstippen: dat, gelijk de schrijver (I. S. 52 fig.) aantoont, onder het Romeinsche Keizerrijk zich reeds een volledig ontwikkeld stelsel van voorloopige hechtenis (custodia) had gevormd. In welke gevallen en op welke wijze de custodia kan worden toegepast; wanneer borgstelling ter afwending daarvan wordt toegelaten; dat men niet lichtvaardig en zonder noodzaak iemand in hechtenis mag nemen; dat het onderzoek spoedig behoort af te loopen; dat de zich in hechtenis bevindenden niet als veroordeelden mogen behandeld worden; welke de plichten zijn der gevangenisbeambten: dit alles vindt men reeds in dien tijd op eene wijze geregeld, die aan volledigheid weinig te wenschen overlaat en de schrijver heeft door een oordeelkundige samenvoeging van plaatsen uit Digesten en Codex van een en ander een zeer bevattelijk overzicht geleverd. Doch men kan dit alles, zoowel als de beschrijving van den rechtstoestand onder het Germaansche, Canonieke en oud-Oostenrijksche recht desnoods ter zijde laten. Wat voor het hedendaagsche recht van overwegend belang mag geacht worden, vindt men in de derde afdeeling van dit werk bijeengebracht en daartoe wensch ik mij dan ook te bepalen, mij voorbehoudende ook nu en dan op den rechtstoestand ten onzent opmerkzaam te maken.

In zijn inleiding tot deze afdeeling treedt de schrijver in m. i. zeer juiste beschouwingen over het intensief zware en ingrijpende karakter der voorloopige hechtenis, waarover maar al te dikwijls luchtig wordt heengegleden. (1) Over-

(1) Zie daarover en over dit geheele onderwerp ook mijn opstel in het tijdschrift „de Gids” 1870, IV, blz. 1 vlg.; Mr. P. VAN BEMMELEN, in „N. Bijdr. voor Rechtsg. en Wetg.” XIV, blz. 195 vlg. en vooral

tuigend betoogt hij, dat in vele gevallen deze hechtenis voor den verdachte eene kwalitatief nog zwaarder straf is dan gevangenis na veroordeeling, o. a. zoowel wegens de plotselinge wijze, waarop de in hechtenis genomene wordt overvallen en zonder eenige voorbereiding aan zijn gezin en werkkring ontruikt wordt, als wegens de pijnlijke onzekerheid, waarin hij over zijn volgend lot verkeert. (1) De preventieve hechtenis werpt daarenboven meestal, ook dan wanneer vrijspraak is gevolgd, eene blijvende smet op den goeden naam van den beklagde. Zij is dus, hoe men 't beschouwe, een gevoelig kwaad ook in hare gevolgen. Het is daarom van het uiterste belang nauwkeurig en streng de verschillende gronden, die gewoonlijk voor de toepasselijkheid der preventieve hechtenis worden aangevoerd, te onderzoeken, ten einde te beoordeelen of zij den toets der rechtmatigheid kunnen doorstaan. Alvorens daartoe over te gaan stelt de

MR. J. DOMELA NIEUWENHUIS, "De preventieve hechtenis," uitgegeven in "Stemmen over staatk. en maatsch. vraagstukken", 1e jaarg. n^o. 11, 1878.

(1) Treffend juist zijn m. i. te dezen aanzien ook de woorden van VON HOLTZENDORFF in zijne studie: "Die Auslieferung der Verbrecher und das Asylrecht." 1881 S. 48. "Untersuchungshaft bedeutet nach den eintretenden Folgen in unserem Zeitalter etwas ganz anderes als vor hundert Jahren. Selbst die besten Köpfe haben heute in der mittleren Gesellschaftsklasse Zug für Zug um ihre wirthschaftliche Existenz zu ringen. Wer im regelmässigen Gange seiner Geschäftsthätigkeit durch Unglücksfälle oder Krankheit unterbrochen wird, sieht seine Lebensstellung gefährdet, falls er nicht mit Glücksgütern gesegnet ist. Ueberall, wo sich im Geschäftsleben eine Lücke zeigt, harren ungeduldige Bewerber des günstigen Augenblicks um sich einer erledigten Stelle zu bemächtigen. Eine Untersuchungshaft von Monaten oder Wochen wird für manchen Kaufmann und manchen Handwerker gleichbedeutend mit einer dauernder Lähmung seiner Erwerbskräfte."

Zie ook FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'Instr. crimin.* 2e éd. IV p. 610. "La détention préalable inflige un mal réel, une véritable souffrance à un homme, qui non seulement n'est point encore réputé coupable, mais qui peut être innocent, et elle le frappe sans qu'une réparation ultérieure soit possible, dans sa réputation, dans ses moyens d'existence, dans sa personne."

schrijver als beginsel op den voorgrond, dat het vermoedelijk eindresultaat van het gerechtelijk onderzoek van geen invloed mag zijn op de beoordeeling van het *rechtelijk* karakter der preventieve hechtenis. Maar al te dikwijls wordt dit beginsel miskend. De gewone opvatting is, dat het rechtens geoorloofd is iemand nog vóór het vonnis, waarbij over zijne schuld uitspraak wordt gedaan, zijne vrijheid te ontnemen, *indien* slechts later blijkt, dat hij werkelijk schuldig is aan het misdrijf, waarvan hij verdacht wordt. Te zijnen aanzien wordt dan de preventieve hechtenis als eene noodzakelijke inbreuk op zijne vrijheid beschouwd, die hij, als 't ware op rekening van de gepleegde daad, in den koop behoort mede te nemen. Van een ingrijpen in zijne rechtssfeer zou eerst dan sprake kunnen wezen, wanneer het later mocht blijken, dat hij niet schuldig was. Tegen deze voorstelling komt, en naar mij toeschijnt, terecht, de schrijver met kracht op. Het *rechtelijk* karakter der preventieve hechtenis is in beide gevallen volkomen hetzelfde. Vóór dat het vonnis is geveld, waarbij de schuld als bewezen wordt aangenomen, is de beklaagde naar rechten nog niet schuldig. Reeds vóór dien tijd alleen om zijne schuld aan de gepleegde daad hem van zijne vrijheid te berooven, m. a. w. inderdaad eene extra-straf op hem toe te passen, strijdt geheel met het begrip van vonnis en straf (1). Voor zijne schuld boet de dader alleen na het veroordeelend vonnis. Wordt hem vroeger zijne vrijheid ontnomen, dan staat hij tegenover dit hem toegevoegde kwaad, rechtens geheel gelijk met hem, op wien door toeval of bij vergissing de preventieve hechtenis toegepast is. *Op zich zelf* (2) kan dus de waarschijnlijkheid of zelfs de

(1) »Der Act der rohesten Lynchjustiz, (zoo zegt de schrijver S. 11) der den Thäter ergreift und am Thatorte vernichtet, er erscheint uns genau so *berechtigt* als die Procedur, welche den Verfolgten um der wahrscheinlichen oder auch gewissen Schuld willen der Verhaftung preis gibt, nur das die Vergewaltigung dort offen einhergeht, während sie hier auf gewundenen Wegen und Stegen einerschleicht, um ihr Opfer unter dem Scheine des Rechtes zu erfassen.»

(2) *Op zich zelf*, want het is geenszins de bedoeling des schrijvers

zekerheid dat het misdrijf door den verdachte is gepleegd, geen rechtsgrond opleveren voor preventieve hechtenis. De miskennis dezer eenvoudige waarheid heeft reeds veel onheil veroorzaakt en het juiste standpunt van beoordeeling geheel verschoven. Zij heeft teweeggebracht dat de preventieve hechtenis eenerzijds dikwijls wordt opgelegd in gevallen, waarin geen schijn van recht daarvoor aanwezig is, en dat zij anderzijds niet zelden wordt nagelaten, waar zij werkelijk op hare plaats zou geweest zijn.

De toepassing van dit beginsel: »preventieve hechtenis mag nimmer direct of indirect als eene straf beschouwd worden, die aan iemand, met het oog op zijne vermoedelijke of misschien zekere schuld aan een misdrijf wordt opgelegd«, loopt als een roode draad door het geheele werk van ZUCKER heen, en dient hem als leidsvrouw bij de scherpe kritiek, waaraan hij vervolgens verschillende gronden, die men voor de preventieve hechtenis pleegt bij te brengen, onderwerpt. Aan deze door den schrijver gevolgde destructieve methode schrijf ik het toe, dat hij niet reeds terstond in den aanvang den rechtsgrond waarop de preventieve hechtenis berust, ontwikkelt, maar eerst later daartoe overgaat, in 't bijzonder waar hij die hechtenis met het oog op redelijke vrees voor ontvluchting bespreekt (S. 88 fig.). Die rechtsgrond is geen andere dan deze, dat de staat, als opperste drager der rechtsorde, bevoegd en verplicht is, de noodige maatregelen te nemen, dat degene, welke aan een misdrijf schuldig wordt bevonden, ook werkelijk gestraft worde, en zich niet aan den arm der justitie onttrekke. Het gerechtelijk onderzoek mag niet door de willekeur van een verdachte verijdeld worden, en van den laatsten wordt dus zeer terecht gevorderd dat hij, hangende dat onderzoek, zich ter beschikking der justitie stelle, zoo dikwijls zijne tegenwoordigheid vereischt wordt, welk laatste niet alleen in het belang der

om aan die grootere of mindere waarschijnlijkheid, invloed te ontzeggen als eene der omstandigheden, die bij de beoordeeling of er gegronde vrees voor vlucht bestaat, in aanmerking kunnen komen.

vervolging, maar ook in dat der verdediging (en dus in 't algemeen ter vaststelling der schuld of der niet-schuld) noodzakelijk moet geacht worden. De bevoegdheid van den staat om ten bedoelden einde aan een individu nog vóór het vonnis zijne vrijheid te ontnemen, volgt van zelve uit het dwingend karakter van het strafrecht, waarvan de verwezenlijking naar omstandigheden niet anders dan door preventieve hechtenis kan verkregen worden. Doch tegenover dit onbetwistbaar algemeen belang staat een ander, nl. het recht van het individu om niet anders dan wanneer dit *absoluut noodzakelijk* is, van zijne vrijheid beroofd te worden, en in de nauwgezette oplossing van dit conflict ligt tevens de oplossing van het probleem der preventieve hechtenis. Het offer der individueele vrijheid, waaraan, gelijk hierboven reeds is opgemerkt, zoo ontzaggelijk veel leed en ellende voor hem, van wien het gevergd wordt, verbonden is, mag alleen dan plaats vinden, wanneer op geen enkele andere wijze het gevaar, dat voor den staat aanwezig is, kan worden afgewend; het mag niet dan met schroom en alleen dan, als klaarblijkelijke en overwegende gronden zich voordoen, worden geëischt. En schijnt het werkelijk gebiedend voorgeschreven, dan trachte men althans dat offer tot het onvermijdelijk noodige te beperken; het ga niet verder dan het doel, waarvoor het is aangewend; het overschrijde de perken van een bloot processueel dwangmiddel niet; het neme nooit of nimmer het karakter eener straf aan, maar besta, voor zoover dit slechts eenigszins met het doel is overeen te brengen, in eenvoudige vrijheidsberoving, zonder toevoeging van enig ander leed. Alleen door aan deze beginselen onwrikbaar vast te houden, blijft men bij toepassing der preventieve hechtenis binnen de grenzen van het recht. Maar dan zal ook overtuigend blijken, dat in vele gevallen, waarin thans nog vóór de rechterlijke uitspraak aan een beklagde zijne vrijheid wordt benomen, geen schijn of schaduw van recht aanwezig was, en dat de dagelijksche praktijk of sleur, aan wier invloed (de geschiedenis van strafrecht en strafvordering leert 't zoo duidelijk) het zoo moeielijk is zich

te onttrekken, in dit opzicht helaas! nog altijd voortgaat vele onnoodige offers te eischen.

In 't bovenstaande heb ik zoo beknopt mogelijk, zij 't ook niet altijd in dezelfde bewoordingen, ZUCKER's opvatting van den rechtsgrond der preventieve hechtenis en de daaruit door hem afgeleide gevolgen, trachten weder te geven. Gaarne voeg ik er bij dat ik mij met die trouwens niet nieuwe beschouwingen geheel vereenig. Zoo ergens, dan behooren althans bij dit onderwerp, vaste leidende beginselen op den voorgrond te staan; eene verwaarloozing daarvan voert tot willekeur, des te gevaarlijker, omdat zij zich in wettelijke vormen hult.

Moet betrapping op heeterdaad als een afzonderlijke rechtsgrond voor de toepassing der preventieve hechtenis beschouwd worden? Neen, volgens ZUCKER (S. 13 flg.) en het valt, dunkt mij, ook moeielijk de juistheid dier uitspraak te ontkennen. Maar inderdaad wordt het in de praktijk meestal anders begrepen. Velen beschouwen preventieve hechtenis in een dergelijk geval, zeer lichte misdrijven buiten rekening gelaten, als van zelf sprekend. Het verlangen om terstond na de gepleegde daad, nog vóór het veroordeelend vonnis, den dader eene straf op te leggen, — niet de noodzakelijkheid der hechtenis als processueele maatregel van voorzorg — is daarbij gewoonlijk de drijfveer. De macht der overlevering is ook op dit punt sterk geweest. In het oudere proces toch was de inhechtenisneming bij ontdekking op heeterdaad slechts de inleiding tot eene bijzondere, nagenoeg vormlooze wijze van procederen (1),

(1) Men kan dit afkeuren, zonder echter daarom de wenschelijkheid te ontkennen, dat in flagranti ontdekte misdrijven *spoedig* berecht worden, mits met inachtneming van de noodige vormen en waarborgen voor verdediging, waarop de betrapte dader evenzeer aanspraak heeft als ieder ander. In 't algemeen verzwakt het den indruk der rechterlijke uitspraak, wanneer de veroordeeling eerst zeer lang na de gepleegde daad volgt. Nавolging verdient daarom m. i. de door ZUCKER niet besproken Fransche wet van 20 Mei 1863, volgens welke terstond na arrestatie en voorloopig verhoor, of uiterlijk op den volgenden dag, de beklaagde, die op een correctionneel misdrijf is betrappt, voor de

waarbij het denkbeeld op den voorgrond stond om terstond een zoenoffer van den dader te vorderen. Voor deze vergeldingsleer is in het nieuwere proces, waar preventieve hechtenis slechts als processueel dwangmiddel, niet als straf geldt, geene plaats meer. Maar dat die leer nog grooten invloed uitoefent, bewijzen tal van gevallen, waarin na ontdekking in flagranti, niet alleen eene kortstondige arrestatie, maar zelfs tamelijk lange preventieve hechtenis wordt toegepast, ook dan wanneer geene redelijke vrees voor ontvluchting bestaat. Is die hechtenis dan echter niet noodig om de daad vast te stellen, gelijk men zegt? Het is van groot belang hierbij het onderscheid tusschen voorloopige arrestatie (1) en preventieve hechtenis scherp in het oog te houden. Ongetwijfeld is de justitie bevoegd en verplicht zich terstond op de hoogte te stellen van den persoon des daders en van de omstandigheden, waaronder de daad begaan is. Een dwangmaatregel tegen den op heeter daad betrapte kan te dien einde noodig zijn, wanneer hij, nog vóór zijne identiteit is geconstateerd, zich wil verwijderen, of terstond de sporen zijner daad tracht te vernietigen. Aanhouding en overbrenging naar den bevoegden ambtenaar zullen dus meestal moeten plaats hebben (2). Doch om dit alles vast

rechtbank wordt gebracht, die daarvoor, zoo noodig, bijzonder wordt opgeroepen. Aan den beklaagde wordt, op zijn verzoek, een termijn van drie dagen voor zijne verdediging toegestaan. Wordt uitstel van behandeling (dat echter zoo kort mogelijk moet zijn) noodig geacht, dan kan de beklaagde inmiddels voorloopig met of zonder borgstelling in vrijheid worden gesteld.

Ook bij misdrijven van zwaardere qualificatie zou 't, dunkt mij, geen bezwaar opleveren, de rechtstreeksche aanbrenging, zonder verplichte instructie, naar omstandigheden toe te laten.

(1) Deutsche Straf Pr. O. § 127. Wetb. v. Strafv. art. 39, 43.

(2) Hoewel ZUCKER zelf toegeeft, dat dwangmaatregelen in zulke gevallen noodig kunnen zijn (S. 21), keurt hij toch het Engelsche stelsel af, dat voorloopige arrestatie in ruime mate toelaat. Doch het eene schijnt mij een gevolg van het andere. Eene korte vrijheidsberoving, ook al moet zij na het eerste verhoor nog blijven bestaan, kan m. i. niet als eene voorloopige straf beschouwd worden, wanneer zij werkelijk om de boven opgegeven redenen noodig is. Zij is en blijft

te stellen, is in den regel slechts één verhoor noodig. Voor verdere gevangenhouding *alleen* omdat het misdrijf op heeter daad is ontdekt, bestaat geen grond. Om die te motiveeren moet redelijke vrees voor ontvluchting aanwezig zijn. De vrees toch voor collusie, voorzoover men die als grond van hechtenis wil aannemen, zal bij ontdekking op heeter daad wel uiterst zelden of nooit kunnen worden aangevoerd.

Misbruik van de preventieve hechtenis in dit opzicht, is temeer te vreezen, wanneer het begrip van heeter daad, gelijk dit ten onzent is geschied, door de wet buiten zijne natuurlijke grenzen wordt uitgebreid. De bepaling in art. 38 Wetb. v. Strafv. is zóó vaag en rekbaar, dat zij ook toepasselijk is op gevallen, waarin aan eigenlijke betrapping op heeter daad in de verste verte niet te denken valt. Onze wetgeving eischt ook te dezen aanzien dringend verbetering. (1)

Misschien is het overbodig ook hierbij op te merken, dat werkelijke (niet fictieve) ontdekking op heeter daad vooral van zware misdrijven, zeer zeker als omstandigheid in aanmerking kan komen, om gevaar voor ontvluchting eerder aan te nemen dan in andere gevallen, als minder zekerheid omtrent de veroordeeling bestaat. Maar 't is eveneens, waar dat dit gevaar kan worden opgewogen door andere omstandigheden en dat het geenszins altijd aannemelijk is dat de dader zich aan den arm der justitie zal trachten te onttrekken.

dan echter politiemaatregel. Zoo spoedig mogelijk (uiterlijk binnen 24 uren) beslisse de rechter of grond voor verdere aanhouding bestaat. Waarom ZUCKER de overgifte van den dader aan den rechter van instructie afkeurt, is mij dan ook niet duidelijk. Noodig zal zij echter geenszins *altijd* zijn, daar in vele gevallen de dader op vrije voeten kan blijven, ook zonder den rechter er mede te moeten. Cf. hierbij § 128 Deutsche Strafpr. O.

(1) Zooals ook door de toenmalige regeering in 1867 bij de indiening van het ontwerp van een Wetb. van Strafv. werd erkend. De voorgestelde bepaling in titel II art. 26 luidde: „Ontdekking op heeter daad heeft plaats wanneer het misdrijf wordt ontdekt, terwijl het gepleegd wordt, of onmiddellijk nadat het gepleegd is.“

Themis, XLIIIste Dl., 2e Stuk, [1882].

Of dit altijd genoeg wordt overwogen, meen ik zeer te mogen betwijfelen. De zucht om 'dadelijk te straffen en, zooals men zegt, aan de openbare meening voldoening te geven, verduistert maar al te dikwijls het ware standpunt van beoordeeling. Men vergete ook niet dat onnoodige gevangenhouding voor den dader steeds het gevolg heeft dat zijne vrijheid van verdediging zeer wordt belemmerd, althans volgens het bestaande stelsel van strafvordering. En toch kan ook een op heeter daad betrapte behoefte hebben aan verdediging, ter aantooning van omstandigheden, die van invloed kunnen zijn op 's rechters uitspraak.

Ook de zwaarte van het misdrijf kan om soortgelijke redenen *op zich zelve* geen grond opleveren tot toepassing der preventieve hechtenis, gelijk ZUCKER in het tweede hoofdstuk van dit deel (S. 24 flg.) betoogt.

Gewoonlijk hoort men als reden daarvoor aanvoeren dat na het plegen van een zwaar misdrijf, de dader steeds ondersteld moet worden op de vlucht te zullen gaan om zich aan de hem wachtende zware straf te onttrekken. In hare algemeenheid is echter deze stelling zeker onjuist. Er zijn gevallen genoeg dat de zware qualificatie van het misdrijf geenszins dien invloed heeft; ja er zijn zelfs voorbeelden dat een misdadiger, door wroeging gefolterd, zichzelf aangeeft en de straf als boete wenscht. ZUCKER is dan ook, en naar ik geloof niet ten onrechte, van meening, dat de ware oorzaak, waarom in sommige wetgevingen de preventieve hechtenis bij zekere categoriën van misdrijven *verplichtend* wordt gesteld, (Kategorische Haft) van denzelfden aard is als die, welke zich zoo dikwijls bij betrapting op heeterdaad doet gelden, nl. het verlangen om den vermoedelijken dader nog vóór diens schuldigverklaring eene straf op te leggen, daar het toch, gelijk men zegt, niet aangaat een moordenaar of brandstichter op vrije voeten te laten, waarbij men echter vergeet dat eerst het vonnis zal uitmaken of die qualificatiën recht van bestaan hebben en dat straffen bij provisie in het nieuwere recht niet bekend

zijn (1). De meeste nieuwere wetgevingen hebben dan ook als beginsel aangenomen, dat preventieve hechtenis in geen geval, zelfs niet bij de zwaarste misdrijven verplichtend is. De Fransche wetgeving, die vroeger ten aanzien van *crimes* het tegendeel bepaalde, heeft in 1865 dit stelsel verlaten, behoudens de verplichte prise de corps, bij verwijzing naar de assisen (art. 232 I. C.). De Oostenrijksche Strafproces-ordnung kent echter nog de obligatoire preventieve hechtenis bij misdrijven, waartegen de doodstraf of eene kerkerstraf van meer dan tien jaren bedreigd is (§ 175 no. 4). Hoe willekeurig deze maatstaf is, blijkt trouwens uit de vroegere wetgevingen van datzelfde land. De wet van 1803 toch gelastte de inhechtenisneming bij alle misdrijven waartegen eene gevangenisstraf boven één jaar was bedreigd. De wetten van 1850 en 1853 verhoogden dit minimum tot vijf jaren, terwijl de nieuwste van 1873, gelijk gezegd, het op tien jaren bepaalt. En dit alles op denzelfden grond, dat nl. in al die gevallen onvermijdelijk gevaar voor ontvluchting zou bestaan! Nu zou men denken, zegt ZUCKER (S. 34) dat de Oostenrijksche rechter, gewoon om reeds bij een misdrijf, waartegen meer dan vijf jaren straf is bedreigd, vrees voor ontvluchting aan te nemen, ook na de verandering der wet in 1873 voort zou gaan rijkelijk gebruik te maken van de hem toch blijvende bevoegdheid om verdachten van een misdrijf, dat met vijf tot tien jaren gestraft wordt, preventief gevangen te zetten. Maar het tegendeel is het geval geweest. Zeer velen, die onder de vroegere wetgeving van hunne vrijheid gedurende de instructie beroofd zouden zijn geweest, ziet men thans rustig daarvan genieten, zonder dat de rechter zich eenigszins voor hunne ontvluchting bezorgd maakt.

(1) De zwaardere qualificatie van het misdrijf valt daarenboven geenszins altijd te zamen met de zwaarte van het misdrijf in concreto, Tal van feiten, die formeel het karakter van een zwaar misdrijf dragen, worden wegens de omstandigheden, waaronder zij gepleegd zijn, met eene zeer lichte straf gestraft. Het nieuwe Nederlandsche Strafwetboek erkent ook bij de zwaarste qualificaties de *mogelijkheid* dat de rechter tot een dag gevangenschap afdaalt.

Het verplichtend stellen der preventieve hechtenis bij zekere categoriën van misdrijven heeft ook nog, zooals de schrijver terecht opmerkt, het nadeelige gevolg, dat de rechter, gewoon die hechtenis aan een zeker strafminimum vast te knopen, zijne taak minder zwaar opneemt bij die misdrijven, waartegen eene lagere straf is bedreigd, ja geneigd wordt dan in den regel geene preventieve hechtenis te gelasten, al mocht ook inderdaad het gevaar voor vlucht grooter zijn dan bij de eerstbedoelde misdrijven. Deze routine is echter het noodzakelijk gevolg van het stelsel, om in de meer of minder zware qualificatie van het misdrijf *vasten* maatstaf voor de toepassing van dezen procesueelen maatregel te zien. (1)

Ten aanzien van de Nederlandsche wetgeving kunnen deze beschouwingen des schrijvers geacht worden slechts een meer verwijderd belang te bezitten. Immers reeds in 1838 werd ten onzent het juiste beginsel aangenomen, dat preventieve hechtenis in geen geval, zelfs niet bij de zwaarste misdrijven, verplichtend is (art. 88 Wetb. v. Strafv.). Toch geloof ik niet te veel te zeggen, wanneer ik beweere, dat in 't algemeen ook in Nederland de betrekkelijke zwaarte van het misdrijf nog te veel gewicht in de schaal werpt en aanleiding geeft tot onnoodige vrijheidsberoving. Ik wil daar-

(1) Overblijfselen der vroegere theorie vindt men nog in de Duitsche wetgeving. Ook daar is de hechtenis nimmer verplichtend; niettemin behoeft de vrees voor ontvluchting niet gemotiveerd te worden «wenn ein Verbrechen der Gegenstand der Untersuchung bildet. (§ 112 no. 1 Str. pr. O.). Nog verder gaat de Italiaansche wet van 30 Juni 1876. Zij sluit de voorloopige invrijheidstelling onder borgtocht uit, wanneer een misdaad (crimine) op heeterdaad ontdekt is. De laatste Belgische wet bepaalt (art. 1) dat «si le fait peut entraîner la peine des travaux forcés de quinze ans à vingt ans ou une peine plus grave, le juge d'instruction ne peut laisser l'inculpé en liberté que sur l'avis conforme du procureur du roi», en laat dus feitelijk de keus aan den openbaren aanklager. Toch behoeft in al die gevallen de vrees voor ontvluchting niet gegrond te zijn en is er dus geene reden om niet aan den rechter volle vrijheid te laten, en evenmin om hem van de verplichting tot motiveering te ontslaan.

mede geenszins beweren dat het mogelijk vooruitzicht eener zware straf niet als eene der vele omstandigheden moet gelden, die des rechters oordeel leiden bij de beantwoording der vraag of er gegronde vrees voor ontvluchting bestaat. Maar *alleen en op zich zelf* mag het dit niet om de aangevoerde redenen en dit wordt wel eens uit het oog verloren. De rechtmatige afschuw voor een zwaar misdrijf mag den rechter niet ontslaan van zijne verantwoordelijkheid, om in ieder gegeven geval nauwgezet te onderzoeken of er werkelijk vrees voor ontvluchting bestaat. Eene wettelijke presumpcie voor die vrees is niet in ons recht erkend en het verlangen om bij voorraad te straffen kan nog veel minder eene dikwijls langdurige vrijheidsberoving wettigen.

Zeer belangrijk is ook het betoog des schrijvers, waar hij de preventieve hechtenis ter voorkoming van verduistering der sporen van het misdrijf (*Collusionshaft*) (1) bespreekt (S. 36—58). Het resultaat van zijn onderzoek is dat hij dezen (in het Engelsche proces onbekenden) grond voor preventieve hechtenis onvoorwaardelijk verwerpt. En inderdaad het is niet te ontkennen dat voor deze wijze van beschouwing, die door tal van criminalisten gedeeld wordt, veel te zeggen valt. Men behoeft daartoe nog niet eens zoover te gaan als ZUCKER, welke den Staat zelfs alle recht

(1) In de landen waar de *Constitutio Criminalis Carolina* kracht van wet had, heeft deze grond voor preventieve hechtenis haar oorsprong te danken aan een waarschijnlijk opzettelijk verkeerde uitlegging of althans aan eene ongeoorloofde uitbreiding van art. 11 dier *Constitutio*, waarin niets anders te lezen staat dan dat de gevangenen zooveel mogelijk, van *elkander* afgezonderd moeten worden gehouden, m. a. w. alleen een voorschrift betreffende de inrichting en tucht der gevangenen. Art. 16 der *Ordonnantie* op den Stijl van 1570 bevat ongeveer dezelfde bepaling, en voegt er alleen nog aan toe, dat vooral medeplichtigen van elkander gescheiden moeten worden. Zie VOORDA, de *Crimineele Ordonnantien* enz. blz. 58, (waar de tekst der *Ordonnantie*), en vooral blz. 81, waar reeds door hem het misbruik van het buiten access houden wordt afgekeurd.

ontzegt om den beklaagde, wanneer deze niet tracht zich aan de vervolging te onttrekken en genoegzame waarborgen geeft voor zijne persoonlijke verschijning, zoo dikwijls deze noodig is, in hechtenis te nemen, alleen uit vrees dat hij zijne vrijheid misbruiken zal om door collusie de justitie te belemmeren. Maar het voordeel, dat in enkele weinige gevallen door deze hechtenis voor de zekerheid der vervolging wordt verkregen, wordt meer dan opgewogen door de groote nadeelen, welke voor de vrijheid van verdediging daardoor ontstaan en door het groote misbruik, dat van de preventieve hechtenis in dit opzicht gemaakt kan worden en ook werkelijk gemaakt *wordt*. Het begrip van collusie toch is zoo elastisch, dat met een weinig goeden wil nagenoeg bij de vervolging van elk misdrijf, waarin geene bekentenis is afgelegd, de mogelijkheid kan ondersteld worden, dat de dader trachten zal met getuigen afspraken te maken, of voorwerpen, die tot ontdekking kunnen leiden, uit den weg te ruimen. Zelfs de onschuldige kan er belang bij hebben een bewijsstuk, dat schijnbaar tegen hem getuigt, te verduisteren. Misbruik is echter vooral te vreezen, omdat nog steeds in het tegenwoordige proces het verlangen, om gedurende de instructie bekentenissen te ontlokken, te veel op den voorgrond staat, en omdat, daar de vrees voor collusie terstond na bekentenis ophoudt, de verzoeking voor de hand ligt den verdachte door de folteringen eener langdurige gevangenhouding (dikwijls nog door volslagen afzondering: *mise au secret*, *verscherpt*) te noodzaken eene bekentenis af te leggen, zoodat de preventieve hechtenis in dergelijke gevallen inderdaad niets anders is dan een surrogaat der pijnbank. Met volkomen juistheid is dan ook door een Duitsch criminalist gezegd: „Die Collusionshaft hat eine freilich illegitime, aber unausrottbare Neigung zum Geständnisszwang“. (1) Merkwaardig genoeg beschouwde ook reeds

(1) Dr. R. HEINZE, *Strafprozessualische Erörterungen* S. 21. De Collusionshaft is volgens hem „die *partie honteuse* unseres Strafpro-

CARPZOVIVS (op wien nimmer de verdenking van overdreven humaniteit heeft gerust!) deze hechtenis als eene *species torturae*. En terwijl de preventieve hechtenis, in geval van gegronde vrees voor ontvluchting eene *conditio sine qua non* voor de strafrechtspleging is, wordt zij, wegens gevaar voor collusie aangewend, maar al te dikwijls uitsluitend een middel om voor het gemak van het onderzoek te dienen. Meestal wordt ook de vrees voor collusie zeer overdreven. Draagt de justitie reeds kennis van de sporen van het misdrijf, dan kan zij door het tijdig nemen van krachtige maatregelen (in beslagneming als anderszins) die ook meestal tegen verduistering beveiligen, indien zij slechts de noodige waakzaamheid in acht neemt. Heeft de verduistering reeds plaats gehad, dan baat ook geene preventieve hechtenis meer, tenzij men haar als eene moreele pijnbank beschouwe om tot bekentenis te noodzaken. En zijn er nog geen sporen van het misdrijf bekend, dan gaat het toch moeielijk aan, iemand zijne vrijheid te benemen, omdat *wellicht* sporen bestaan en omdat die zouden *kunnen* verduisterd worden. Waarom zou men ook niet de naaste bloedverwanten en vrienden van den verdachte in hechtenis nemen? Vooral van

zesses." Zie ook DOMELA NIEUWENHUIS t. a. p. blz. 295 vlg. en *mijn* opstel in „Gids” blz. 18.

Van dezelfde meening is ook o. a. BÉRENGER: de la Justice criminelle en France p. 390—399.

FAUSTIN HÉLIE, die eerlijk genoeg is te erkennen, dat de mise au secret „porte une double atteinte à l'humanité et à la défense” verdedigt haar evenwel (IV, p. 609, 663) als eene noodzakelijkheid. Opmerking verdient het echter, dat alle door hem aangevoerde gronden met hetzelfde recht voor de aanwending der pijnbank pleiten. Waar moet het henen, wanneer men *alle* maatregelen tegen beklagden kan vergoelijken met een beroep op de noodzakelijkheid om de waarheid te ontdekken? Alsof geen andere even gewichtige belangen zich daartegen verzetten! Eene scherpe kritiek op dit inquisitorische stelsel van den Code d'Instr. Crim. vindt men uitgesproken in de zeer belangrijke motieven van het „Projet de loi tendant à réformer le Code d'Instr. Cr.” door de Fransche Regeering op 27 November 1879 bij den Senaat ingediend. Zie vooral p. 9 aldaar.

de eersten kan men even goed onderstellen, dat zij alles doen zullen om het misdrijf niet te doen ontdekken. Maar de meeste afkeuring verdient nog de inhechtenisneming uit vrees voor bewerking of omkoopning van eventueele getuigen. Hier wordt de mogelijkheid van twee nieuwe misdrijven (omkoopning en meened) ondersteld, en op grond van die mogelijkheid zal men nu iemand, wiens schuld aan een derde misdrijf nog niet eens bewezen is, en die wellicht wordt vrijgesproken, van zijne vrijheid berooven. Pleegt de verdachte werkelijk handelingen, waaruit men poging tot omkoopning kan afleiden, hij worde daarvoor afzonderlijk gestraft; eveneens is de strafwet daar tot beteugeling van valsch getuigenis. Ja, men kan zelfs met recht beweren dat het inconsequent is, den verdachte in hechtenis te nemen en den getuige niet. Want de wet bedreigt de onware opgaven van de laatsten met zware straffen; de verdachte daarentegen wordt niet door de wet verplicht om mede te werken tot de ontdekking van het misdrijf en zijne verklaringen, hoe onwaar ook, worden niet met straf bedreigd. (1)

ZUCKER voert ook nog zeer juist aan, dat de justitie, door op grond van vrees voor collusie iemand in hechtenis te nemen, dikwijls het tegendeel bewerkt van hetgeen zij beoogt, daar de zich in hechtenis bevindende van de buitenwereld afgezonderd, veel meer aandacht aan zijn toestand wijdt, dan hij, die op vrije voeten is, en in zijne gedwongen eenzaamheid al den tijd heeft om een goed ingericht stelsel van verdediging te bedenken en alle kansen te berekenen. Reeds vroeger heb ik dezelfde opmerking gemaakt. „Wanneer de misdadiger op vrije voeten blijft,” meende ik, „verraadt hij dikwijls zichzelf. De ervaring van ieder rechterlijk ambtenaar leert, dat de meeste misdrijven ontdekt worden

(1) De Romeinen hebben dit denkbeeld ook werkelijk in praktijk gebracht; wanneer zij in dringende gevallen collusie wilden voorkomen, werden de getuigen van wie men vreesde dat zij zich zouden laten ompraten, in voorloopige bewaring genomen. Zie GELB, Geschichte des röm. Criminalprocesses S. 108, aangehaald bij ZUCKER S. 41.

tengevolge van onvoorzichtige, dikwijls onbegrijpelijk domme handelingen der misdadigers. Ook hier geldt: „Quem Jupiter perdere vult, prius dementat”. (1) Wat ik sedert in mijne rechterlijke betrekking heb gezien, heeft mij van de juistheid dier meening nog meer overtuigd. Wanneer er geen gegronde vrees voor ontvluchting bestaat, zal de werkelijk schuldige, als men hem zijne vrijheid laat behouden maar tevens zijne gangen voorzichtig nagaat, in den regel zelf den strik stellen, die hem ten verderve voert.

Zal men dan, gelijk ZUCKER wil, dezen grond voor preventieve hechtenis *geheel* verbannen? Daargelaten dat het streven daarnaar vooreerst wel geen gevolg zou hebben, daar het oude inquisitorische stelsel nog te diep ook in het rechtsleven hier te lande wortelt, geloof ik niet dat men vooreerst zóo ver zou behoeven te gaan. In enkele weinige gevallen kan het daarenboven, ter voorkoming van belemmering der justitie, wellicht noodzakelijk zijn voor korten tijd den verdachte buiten aanraking met de buitenwereld te houden. Maar zij behooren m. i. uitzonderingen te blijven. (2) De

(1) Ook onze tegenwoordige Minister van Justitie liet zich in denzelfden geest uit op de Juristen-Vergadering van 1872. Zie Handelingen II bl. 208. „Lieden, verdacht van brandstichting”, zeide hij, „worden bijna altijd preventief gevangen gezet. Zou het ter ontdekking der waarheid, dikwerf niet oneindig verstandiger zijn, hen op vrije voeten te laten?” Zie verder „Gids” bl. 20, 29. Ik wees daarbij tevens op art. 77 Wetb. v. Strafv. dat, gedurende het tijdperk der voorloopige informatien, den rechtercommissaris alleen dan tot voorloopige aanhouding bevoegd verklaart, wanneer er *gegronde vrees voor ontvluchting bestaat*. En nu is het zonder twijfel juist in dit tijdperk, dat 't meest gevaar voor verduistering der sporen van 't misdrijf kan worden aangenomen. Wanneer ik met die uitdrukkelijke bepaling de vele gevallen vergelijk, waarin voorloopige aanhouding wordt gelast, kan ik het vermoeden niet onderdrukken dat de formule: „vrees voor ontvluchting” niet zelden als vlag dient om door de wet niet gewilde contrabande te dekken.

(2) Reeds J. D. MEYER was van die meening. Zie zijne „Institutions judiciaires, VI p. 334. „Pour justifier le secret”, meende hij, „il faut le concours de deux circonstances, atrocité du crime contre la chose publique, impossibilité qu'il ait été commis et tenté par les personnes

maar al te gewone meening, dat een verdachte moet worden opgesloten, omdat hij wel eens handelingen zou kunnen plegen, die het onderzoek der justitie zouden kunnen belemmeren, behoort te worden opgegeven. Het is daarom, dunkt mij, wenschelijk dat bij eene herziening van ons wetboek van strafvordering uitdrukkelijk worde bepaald, dat deze hechtenis slechts bij wijze van uitzondering en in zeer bijzondere omstandigheden zal worden toegepast. De vrees voor collusie met getuigen zou op de hierboven vermelde gronden m. i. in 't geheel niet in aanmerking mogen komen. Verder zou ik op 't voorbeeld der Duitsche wet (§ 112) motiveering wenschen te zien voorgeschreven. (1) Er moeten, gelijk die

saisies sans le secours d'autres complices." Het hoofdstuk «de la prison et du secret» p. 317—388, waarin deze zinsnede voorkomt, verdient nog heden gelezen en herlezen te worden.

Het Beiersche Strafwetboek van 1813 paste *deze* preventieve hechtenis alleen toe als maatregel tegen verstandhouding met medebeschuldigten; dat van 1861 eischte tot toepassing daarvan, dat de beschuldigde op de getuigen en medebeschuldigten invloed *had* uitgeoefend ter bemoeielijking van de ontdekking van de waarheid. Zie DOMELA NIEUWENHUIS t. a. p. blz. 297 noot 2. Opmerkelijk is het dat onze wet even als de Fransche *deze* hechtenis slechts schijnt te beschouwen als eene verscherping van de reeds op andere gronden toegepaste. Zie art. 420 Strv. 613 I. C. Niettemin wordt het in de praktijk anders begrepen en inderdaad laat onze tegenwoordige wet (met uitzondering van de inhechtenisneming gedurende de voorloopige informatiën) alles aan het goedvinden van den rechter over, zonder dat deze zich op een enkelen grond behoeft te beroepen. Dat het schandelijk misbruik, in Frankrijk door de rechters van instructie van deze hechtenis gemaakt, aanleiding heeft gegeven tot de (trouwens weinig beteekenende) wijziging in 1865 van art. 613 I. C. mag ik als bekend onderstellen.

(1) Zal echter die motiveering niet weldra in eene vaste formule ontaarden? Deze opmerking zou te veel bewijzen. Dezelfde reden, die voor motiveering van rechterlijke uitspraken in 't algemeen pleit, geldt ook hier. De motiveering noodzaakt den rechter althans zijne aandacht te bepalen op de redenen, waarom hij zoo en niet anders beslist. Zij belet hem in meerdere of mindere mate over de zaak los heen te loopen. Zij is ten minste *een* waarborg tegen overhaasting of willekeur. 't Is dan ook dunkt mij geheel iets anders of men in 't algemeen als motief aanvoert; vrees voor collusie, dan wel of men, gelijk in Duitschland,

wet wil, bepaalde feiten bestaan, waaruit met grond kan worden opgemaakt, dat tijdelijke afzondering noodig is, en die feiten behooren in het bevel van inhechtenisneming te worden opgenomen. Tevens behoort deze hechtenis den termijn van eenige dagen niet te overschrijden. In tegenstelling met het gevaar van ontvluchting, is de vrees voor collusie van voorbijgaanden aard. (1) Verlengt men deze hechtenis tot afloop van 't geheele strafproces, dan wordt zij òf eene onnoodige kwelling, òf een middel om bekentenis af te persen. Het Oostenrijksche wetboek bepaalt dan ook een termijn (§ 140), die echter veel te lang is, nl. van twee maanden, of in zeer bijzondere, door het Gerechtshof te beoordeelen omstandigheden van drie maanden. Meer aanbeveling verdient de termijn in het vroegere Badensche Strafwetboek (§ 164), van niet langer dan tien dagen bij misdrijven, waartegen gevangenis is bedreigd, en van hoogstens twintig dagen bij zwaardere misdrijven. De Belgische wet van 1874 gaat, althans wat het buiten toegang houden van den verdachte betreft, nog verder. Dit mag niet langer dan drie dagen geschieden, en kan niet weder op nieuw bevolen worden (2)

de feiten moet opgeven, waarop die vrees steunt. Ik ben vast overtuigd dat, wanneer dergelijke motiveering ook ten onzent was voorgeschreven, de gevallen waarin preventieve hechtenis wordt toegepast, minder talrijk zouden wezen, dan zij nu nog zijn.

(1) In de Deutsche Strafpr. O. is geen termijn bepaald, maar in § 123 voorgeschreven, dat de preventieve hechtenis moet worden opgeheven, zoodra de grond, waarom zij is gelast, vervallen is. Deze bepaling wordt in ons wetboek gemist.

(2) Art. 3 dier wet luidt: *«Immédiatement après la première audition, l'inculpé pourra communiquer librement avec son conseil. Le juge pourra toutefois, lorsque les nécessités de l'instruction le commandent, prononcer une interdiction de communiquer. Il rendra à cet effet une ordonnance motivée, qui sera transcrite sur le registre de la prison. L'interdiction ne pourra s'étendre au delà de trois jours à partir de la première audition. Elle ne pourra être renouvelée.»*

Deze bepaling bevat tevens eene door het recht van verdediging gebiedend gevorderde wijziging van het inquisitorische stelsel, die bij

Behoort preventieve hechtenis ook te worden toegelaten ter verhindering der herhaling van een reeds gepleegd misdrijf of der uitvoering van een gepoogd of gedreigd misdrijf? In de nieuwe Deutsche wet, welke alleen vrees voor ontvluchting of voor collusie als gronden voor preventieve hechtenis erkent, is *deze* grond met opzet niet aangenomen, omdat, zooals het in de motieven van het ontwerp dier wet luidt: (1) „eine Strafprozessordnung nicht die Aufgabe hat, Vorbeugungsmaßregeln polizeilicher Natur zu treffen, vielmehr nur die andere, die Formen für die Anwendung des Strafgesetzes auf bereits vorgefallene Rechtsverletzungen zu schaffen.“ Ook ZUCKER verklaart zich (S. 58 flg.), en naar ik meen terecht, een tegenstander daarvan. In de praktijk komt volgens hem de toepassing der preventieve hechtenis om die reden, op niets anders neder dan op eene ongeoorloofde uitbreiding der hechtenis wegens gevaar voor collusie. Dat in geval van dringende noodzakelijkheid maatregelen worden genomen om uitvoering of herhaling van misdrijf te voorkomen, wordt door hem geenszins afgekeurd, maar wat hij beweert, is dat deze maatregelen niets met de preventieve hechtenis als zoodanig te maken hebben en daarvan streng behooren te worden afgescheiden. Zij behooren tehuis op het gebied der politie in engeren zin. De schrijver wijst te dezen aanzien op Engeland, waar de *recognizance to keep the*

eene herziening van ons Wetboek van Strafvordering verdient gevolgd te worden. Ook de Deutsche (§ 137, 142) en de Oostenrijksche (§ 45) wetgevingen hebben in meer of minder ruime mate met dat stelsel gebroken. Eveneens laat het bovenaangehaalde wetsontwerp tot wijziging van den Code d'Instr. Cr. de verdediging gedurende de instructie toe. Art. 127 sv.

(1) Zie Entwurf einer Strafpr. O. für das Deutsche Reich mit Motiven und Anlagen. Besonderer Abdruck der Vorlage für den Reichstag. S. 156.

De Oostenrijksche wet § 175 n°. 4 neemt den gemelden grond aan, doch alleen wegens „besondere Umstände“ overigens zonder eenige bepaling van tijd.

Ook in de vroegere wetgevingen van Oldenburg, Bremen, Thüringen, Hessen, Baden, Württemberg was deze grond onbekend.

peace en de *recognizance for good behaviour*, beide door borgstelling, bij gebreke waarvan de verdachte in hechtenis kan genomen worden, eene groote rol spelen. Ook daar is die hechtenis geheel afgescheiden van de preventieve en een zuivere politiemaatregel, die vooral tegen erkende dronkaards en vagebonden wordt toegepast en waarbij de vrede-rechter niet als rechterlijk ambtenaar maar als politiebeambte of bewaarder van den vrede (*conservator pacis*) optreedt. De schrijver begeeft zich hierbij in belangrijke historische bijzonderheden omtrent het oud-Germaansche rechtsinstituut der vredebewaring (*Friedenswahrung, Friedensbürgschaft*), dat de Duitsche Rijkskanselier bij het ontwerp eener straf-rechtsnovelle van 26 Februari 1876 (1), in Deutschland gewijzigd op nieuw heeft willen invoeren, doch door den Bondsraad (volgens ZUCKER ten onrechte) verworpen werd. Hij toont dan verder aan dat de nieuwe grond voor preventieve hechtenis ter voorkoming van herhaling van misdrijf enz. eerst langzamerhand voet heeft verkregen en haar oorsprong verschuldigd is aan de op gezag der Glossatoren ingevoerde *cautio de non offendendo*, hoewel deze oorspronkelijk een andere strekking had.

In bijzonderheden den schrijver hier te volgen, zou te ver leiden en stof voor een afzonderlijke verhandeling opleveren. Ik wil daarom te dezer plaatse ook niet onderzoeken of zijn voorstel om een gemoderniseerd stelsel van vredebewaring met borgstelling in te voeren, aanbeveling verdient. Er is veel daarvoor te zeggen, maar misschien nog meer dat er tegen pleit. Zooveel is zeker, dat de politie de macht moet hebben om ter voorkoming van ongelukken een opgewonden persoon, die bedreigingen uit, waarvan het te voorzien is, dat hij ze onmiddellijk zal uitvoeren, te arresteren en gedurende korten tijd in bewaring te nemen, evenals zij dit thans reeds beschonken personen of gevaarlijke krankzinnigen doet. Doch alleen omdat men iemand tot de

(1) Zie den tekst van dit ontwerp bij ZUCKER S. 71 noot 18.

uitvoering of herhaling van een misdrijf, zij 't ook op goede gronden, in staat acht, hem aan eene niet zelden langdurige hechtenis te onderwerpen, is zeer bedenkelijk en in strijd met de beginselen van strafrecht (1). Alleen bij onmiddellijk dreigend gevaar trede de politie beschermend op, maar ter voorkoming van schroomelijk misbruik blijve de regel gehandhaafd, dat niemand gestraft worde, omdat men onderstelt, dat hij te eeniger tijd een misdrijf zal plegen (2).

Doch hoe dit zij, zooveel staat m. i. vast dat voorzoover dit onderwerp regeling mocht behoeven, deze op zich zelve moet staan en buiten verband moet blijven met de preventieve hechtenis, die alleen te pas komt bij het onderzoek naar een reeds *gepleegd* misdrijf, en geen betrekking heeft op een misdrijf, dat misschien nog *bovendien* zou kunnen begaan worden. Wil men dit laatste, dan knoopt men de preventieve hechtenis vast aan een doel, dat buiten hare sfeer ligt en daarom ook niet eens op die wijze kan bereikt worden. Want mocht bij het onderzoek naar het *gepleegde* misdrijf eene invrijheidstelling volgen, dan kan men toch den verdachte niet langer gevangen houden, ook al is hij een nog zoo gevaarlijk persoon, van wien men met reden mag verwachten, dat hij weldra misdadige handelingen zal plegen. De gevaarlijkste personen kunnen daarenboven juist diegenen zijn, op welke men, omdat zij nog niet van een bepaald misdrijf verdacht worden, geen vat heeft. Het doel: vrijwaring voor een geveesd of gedreigd misdrijf, samengekoppeld aan de met het oog op een reeds gepleegd misdrijf gelaste hechtenis, kan dus op die wijze niet of slechts hoog gebrekkig verwezenlijkt worden. Tevens is daardoor de deur geopend voor

(1) Dat overigens *bedreiging* onder zekere omstandigheden, terecht als een afzonderlijk misdrijf strafbaar wordt gesteld, behoef ik hier wel niet te herinneren.

(2) Terecht is dan ook door Mr. A. E. J. MODDERMAN (Handel. Jur. Vereen. blz. 209) aangevoerd „dat men dan om consequent te zijn, alle gevaarlijke, ja zelfs alle *vermoedelijk* gevaarlijke sujetten in de gevangenis zou moeten opsluiten.“

willekeur. Men zal iemand langen tijd in hechtenis kunnen houden, al is ook de oorspronkelijke reden, b.v. oogenblikkelijke hevige opgewondenheid, geheel vervallen. De verleiding ligt dan voor de hand om hem voor 't gemak van de instructie maar te laten zitten, ook al denkt hij niet aan vlucht en al bestaat er niet de minste vrees voor collusie.

In het vijfde hoofdstuk van dit werk (S. 79 flg.) beschouwt ZUCKER de preventieve hechtenis uit het oogpunt van straf, wegens niet-nakoming van rechterlijke bevelen gedurende het onderzoek (Die Untersuchungshaft als Strafe des Processungehorsams). Zeer juist betoogt hij het recht om den verdachte, die voor den rechter geroepen, niet verschijnt, daartoe door dwangmiddelen te noodzaken (Bevel van medebrenging, mandat d'amener, Vorführungsbeehl). Minder eigenaardig schijnt 't mij echter dit dwangmiddel onder het begrip van preventieve hechtenis te brengen. Wel is er analogie tusschen beide, in zooverre beide beperkingen der persoonlijke vrijheid in het belang van het rechterlijk onderzoek zijn, doch overigens zijn zij in vereischte, doel en gevolg verschillend, daar het bevel tot medebrenging eveneens toepasselijk moet zijn op onwillige getuigen als op beklagden, en onmiddellijk na bereiking van het doel: het verhoor voor den rechter, ook zijne kracht verliest. (1) Ditzelfde geldt in nog hoogere mate van het tweede door ZUCKER hierbij vermelde geval, nl. de aan den rechter, bij onderzoek van een op heeterdaad ontdekt misdrijf, toegekende

(1) Wetb. van Strafv. art. 92. Tegen den getuige kan volgens art. 68 nog gijzeling gelast, en zijne blijvende weigering om te verklaren, naar omstandigheden als zelfstandig misdrijf gestraft worden, art. 69. Zie ook art. 444 Nieuw Strafwetboek.

Wel kan tegen den beklagde na het verhoor preventieve hechtenis gelast worden, art. 93, doch het bevel van medebrenging is daarop zonder invloed.

Vreemd genoeg kent onze wet het bevel van medebrenging alleen gedurende de instructie, maar niet wanneer de op vrije voeten zijnde beklagde op de dagvaarding ter terechtzitting niet verschijnt. Juister schijnen mij de bepalingen van §§ 215 en 235 Deutsche Strafpr. O.

bevoegdheid om te gelasten, dat niemand zich uit de woning, waar het onderzoek plaats heeft, verwijdere, bij overtreding van welk verbod de weerspannige zoolang het onderzoek duurt, kan worden aangehouden en zelfs daarna tot eene straf kan worden veroordeeld (1). Een derde geval wordt echter door den schrijver met meer recht preventieve hechtenis genoemd, nl. wanneer de met of zonder borgtocht op vrije voeten gelaten of gestelde beklaagde, het verbod des rechters om zich zonder diens goedkeuring niet van zijne woonplaats te verwijderen, overtreedt of zich schuil houdt. In dit geval behoort naar gelang van omstandigheden een bevel tot inhechtenisneming te kunnen verleend worden. De Oostenrijksche wet (§ 191) voorziet hierin alleen, wanneer de reeds uit de hechtenis ontslagen beklaagde eene hem, door den rechter opgelegde, belofte om zich niet te verwijderen, heeft overtreden en schrijft dan de hechtenis imperatief voor. De Duitsche wet (§ 120) kent die belofte niet, maar gelast eveneens de hechtenis, wanneer de tegen borgstelling vrijgelaten beklaagde zonder aannemelijke redenen van versooning niet verschijnt. De Nederlandsche wet (art. 92 Strafv.) verplicht den gedaagde in persoon wèl om zoo dikwijls voor den rechter te verschijnen, als deze zal noodig achten, maar geeft bij elke overtreding van dit gebod, den rechter alleen de bevoegdheid om een bevel van medebrenging te verleenen. Ik zou de voorkeur geven aan de bepaling der Belgische wet (2), die in dergelijk geval ook een bevel van inhechtenisneming toelaat. Het

(1) Art. 42 Strafv., 34 I. C., § 182 Oester. Str.pr. O.

§ 162 Deutsche Str.pr. O. bepaalt te dien aanzien algemeen: „Bei Amtshandlungen an Ort und Stelle ist der Beamte, welcher dieselben leitet, befugt, Personen, welche seine amtliche Thätigkeit vorsätzlich stören oder sich den von ihm innerhalb seiner Zuständigkeit getroffenen Anordnungen widersetzen, festnehmen und bis zur Beendigung seiner Amtsverrichtungen, jedoch nicht über den nächstfolgenden Tag hinaus, festhalten zu lassen.“

(2) Art. 8. Le juge d'instruction pourra en tout état de cause décerner un mandat d'arrêt contre l'inculpé laissé ou remis en liberté, si celui-ci reste en défaut de se présenter à un acte de la procédure. Zie ook art. 18.

publiek belang toch vordert dat de beklaagde voor den rechter verschijne, zoo dikwijls dit noodig wordt geacht. Voldoet hij daaraan niet, dan heeft hij de gevolgen aan zich zelve te wijten en kan hij zich niet over onrechtmatige inbreuk op zijne vrijheid beklagen, wanneer hij verder in hechtenis gehouden wordt. De hechtenis neemt dan inderdaad tevens het karakter aan eener processueele straf. Ook behoort m. i. de rechtercommissaris bevoegd te zijn aan den beklaagde te gelasten, zich niet zonder 's rechters toestemming van zijne woonplaats te verwijderen, of zoo dringende omstandigheden b. v. de aard van het beroep des beklaagden dit noodig maken, althans de justitie op de hoogte te houden van de plaats, waarheen hij zich begeeft. De overtreding alleen van dit voorschrift, niet die van eene door den beklaagde afgelegde *belofte*, moet dan ten gevolge hebben dat de rechter de inhechtenisneming *kan*, (niet *behoeft*) te gelasten.

ZUCKER treedt vervolgens (S. 89 fig.) in uitvoerige en belangrijke beschouwingen over den hoofdgrond voor preventieve hechtenis: werkelijk gevaar voor ontvluchting. De noodzakelijkheid der hechtenis staat in dat geval vast. Toch hoede men zich ook hierbij voor overdrijving. Het ligt in den aard der zaak, dat de vrees voor ontvluchting bij alle heen en weder zwervende (vagebondeerende) personen, gelijk mede bij onbekende of het bewijs hunner identiteit niet leverende verdachten en naar omstandigheden ook bij vreemdelingen, zonder nadere motiveering kan worden aangenomen (1).

Doch ten aanzien van alle overige verdachten behoort met zorg te worden overwogen of er werkelijk vrees voor ontvluchting bestaat. Geschiedt dit, dan zal men tot het besluit komen, dat in vele gevallen, waarin thans nog preventieve hechtenis wordt toegepast, deze meer dan waarschijnlijk niet noodig zou geweest zijn. Ontvluchting — 't behoeft wel niet meer te worden opgemerkt — is in onzen tijd, nu zelfs met

(1) § 112 n^o. 2 en 3 Deutsche Str. Pr. O., § 175 n^o. 2 Oesterr. Str. Pr. O., art. 88 § 2 Wetb. v. Strafv.

Themis, XLIIIste Dl., 2e Stuk, [1882].

Engeland en Noord-Amerika tractaten van uitlevering worden gesloten en de telegraaf den misdadiger vooruit ijlt, niet meer zoo gemakkelijk als vroeger. Ontvluchting beteekent daarenboven voor de meesten een afscheid voor immer van alles, wat hen in 't vaderland aantrok, en staat bijna altijd gelijk met een leven van ontbering en angst voor ontdekking. (1) Vele omstandigheden van verschillenden aard zullen dus bij den rechter in aanmerking moeten komen om te kunnen beoordeelen of de vrees voor ontvluchting werkelijk op goede gronden steunt. In de praktijk wordt daarop niet altijd genoeg gelet. (2) Menigeen, die thans van vlucht verdacht wordt, is daartoe inderdaad 't minst geneigd. Van de andere zijde wordt wel eens in sommige gevallen ten onrechte ondersteld, dat de beklagde zich niet op de vlucht zal begeven, omdat hij een huisgezin heeft, dewijl toch tevens bij hem de neiging kan bestaan om zich door de vlucht ook aan de zorg voor vrouw en kinderen te onttrekken (S. 99). Vaste regelen hierbij aan te geven is natuurlijk niet mogelijk. Aan den rechter moet de beoordeeling voor ieder concreet geval worden overgelaten. Maar hij geve zich dan ook voldoende rekenschap van de zware verantwoordelijkheid, die op hem rust. Motiveering der gronden, waarom vrees voor ontvluchting wordt aangenomen, verdient dan ook aanbe-

(1) Met recht merkt HOLTZENDORFF in zijne boven aangehaalde studie «die Auslieferung der Verbrecher und das Asylrecht» S. 18 op: «Weil unter seltenen Umständen Einzelne entkommen und weil manche es erreichen, dass sie eine Weile vor den Blicken der Kriminalpolizei sich verbergen können, darum sollen zehn andere *verhaftet* werden die in Wirklichkeit weder fliehen wollen, noch auch fliehen könnten! An Stelle des alten Begriffes der *Fluchtverdächtigkeit* setze man den auf moderner Erfahrung ruhenden Begriff des wahrscheinlichen *Fluchterfolges* und der *Fluchtfähigkeit*. Man würde wahrscheinlich zu anderen Ergebnissen gelangen und den hergebrachten Verhaftungseifer etwas einschränken können.»

En verder dat het beter is «zehn Verdächtige die Flucht versuchen zu lassen, als einen einzelnen Staatsbürger wegen unbegründeten Fluchtverdachts in Untersuchungshaft zu nehmen.»

(2) Men vergelijke hierbij de voorbeelden door ZUCKER S. 98 en 99 aangehaald, die m. i. ook op Nederland van toepassing zijn.

veling, zelfs bij zware misdrijven, daar 't geenszins zeker is dat de beklaagde *alleen* om de zware straf op 't misdrijf gesteld, de vlucht zal nemen. Dat overigens het gevaar voor ontvluchting toeneemt, wanneer de beklaagde, die in vrijheid is, veroordeeld wordt en tegen die veroordeeling een rechtsmiddel opwerpt, wordt dunkt mij terecht door ZUCKER opgemerkt. In het veroordeelend vonnis ligt een *novum*, dat in den toestand eene voor den beklaagde ongunstige verandering brengt. De waarschijnlijkheid, dat de beklaagde schuldig is, wordt grooter en daarmee ook de verzoeking om zich aan de straf te onttrekken. In zulke gevallen moet dus de rechter bevoegd zijn tegelijk met het veroordeelend vonnis hechtenis te gelasten. (1) Ik zou hier nog willen bijvoegen dat althans in geval van vrijspraak van den preventief aangehoudene, hij terstond in vrijheid behoort te worden gesteld. *In favorem libertatis* schijnt mij eene dergelijke bepaling wenschelijk en noodig (2).

De voorloopige invrijheidstelling onder borgtocht (door den schrijver m. i. terecht als *cautio de judicio sisti*, niet

(1) De Nederlandsche wet kent die bevoegdheid niet; inhechtenisneming en vrijlating kan alleen plaats hebben gedurende het onderzoek, dat aan de openbare terechtzitting vooraf gaat en dan nog niet eens ten allen tijde. Het is mij althans niet gelukt enig behoorlijk argument in de wet te vinden voor de stelling dat een beklaagde na verwijzing naar de zitting in hechtenis kan worden genomen of in vrijheid gesteld, al wordt dit in de praktijk ten aanzien van de *hechtenis* wel eens anders begrepen.

(2) Onze wet bepaalt het tegendeel ingeval het Openb. Ministerie zich in appel of cassatie voorziet. Art. 210 al. 4, 234 al. 2 Strafv.

De Duitsche wet daarentegen schrijft in § 123 voor: „Durch Einlegung eines Rechtsmittels darf die Freilassung des Angeschuldigten nicht verzögert werden.“

De Belgische wet (art. 21) bevat de volgende bepaling: „L'inculpé, s'il est acquitté, sera immédiatement et nonobstant appel mis en liberté, à moins qu'il ne soit retenu pour autre cause. S'il est condamné à une peine d'emprisonnement de plus de six mois, l'arrestation immédiate pourra être ordonnée, s'il y a lieu de craindre qu'il ne tente de se soustraire à l'exécution de la peine.“

Men vergelijk hierbij ook de zoo juiste opmerkingen van Mr. P. v. BEMMELÉN t. a. p. blz. 211.

judicatum solvi opgevat) wordt in ZUCKER's werk eveneens uitvoerig besproken. (S. 101 fig.). De daaraan gewijde bladzijden behooren naar mijne meening tot 't beste, wat over dit onderwerp is geschreven. Helder en overtuigend worden de noodzakelijkheid en het nut dezer reeds in de oudheid wortelende instelling aangetoond. In alle beschaafde landen van Europa met uitzondering van Nederland, heeft zij dan ook in ruimeren of minderen omvang het burgerrecht verkregen, zoodat niet geheel ten onrechte door den tegenwoordigen Nederlandschen Minister van Justitie op de Vergadering onzer Juristen-Vereeniging in 1871 werd opgemerkt (1), dat wanneer wij haar nog langer buiten onze grenzen weerden, wij in waarheid den ons dikwijls gegeven naam van de Chineezzen van Europa zouden verdienen. Ik zal hier echter te minder over dit onderwerp in bijzonderheden treden, omdat het reeds bij vroegere gelegenheden uitvoerig door mij is behandeld (2). Ook ZUCKER toont aan welke vreemde begripsverwarring er nog steeds bij velen ten aanzien van dit middel wordt aangetroffen en hoe met name het zonderlinge betoog dat de cautie een privilegie voor de vermogenden zoude zijn, op geen enkelen redelijken grond steunt (3). Niet genoeg kan men in het oog houden dat de invrijheidstelling onder cautie

(1) Zie Handelingen II blz. 209. De stemmen voor en tegen de cautiestelling waren op die vergadering ongeveer gelijk. *Tegen* stemden 49, *voor* 45 leden.

(2) *«Gids»* t. a. p. blz. 24 vlg. *«Weekbl. v. h. Regt»* no. 3326 en 3328. Zie ook hierover o. a. MEYER, *Inst. Judic.* VI p. 332, EYSELL in *Handelingen Ned. J. V.* 1871 I blz. 174 vlg. en DOMELA NIEUWENHUIS t. a. p. blz. 310 vlg.

(3) Ik kan mij niet onthouden hier de volgende zoo juiste woorden van ZUCKER (S. 106) over te nemen: *«Wir fragen — uns auf der Standpunkt des «armen Gefangenen» stellend: Was nützt es dem Armen, wenn wir neben ihm auch den Vermögenden verhaften und in 's Gefängniss setzen? Wird hiedurch seine Lage eine bessere? Wird für ihn hiedurch das Leid der Gefangenschaft gemindert? Unseres Erachtens streift es einfach an Pharisäerthum, wenn man zu dem Unbemittelten sagt: Du beklagst dich dass man dich in Haft hält,*

geheel ter beoordeeling van den rechter moet staan; dat de borgstelling eene omstandigheid is, welke den rechter er toe kan leiden om haar als een *verhoogden* waarborg tegen ontvluchting aan te nemen (1); dat zij, uit dit oogpunt beschouwd, evenmin een privilegie voor den meer vermogende is, als de invrijheidlating op grond van den goeden naam des verdachten, van zijne maatschappelijke positie, huiselijke omstandigheden enz., welke ook dikwijls den rechter bewegen om de hechtenis niet toe te passen, met den naam van privilegie kan bestempeld worden; dat, wanneer men, gelijk in de meeste wetgevingen is geschied, geen minimum van borgstelling bepaalt en ook persoonlijke borgtocht toelaat, dit rechtsmiddel evenzeer minder door de fortuin gezegenden kan ten goede komen als meer vermogenden, terwijl de rechter daarenboven steeds bevoegd blijft om ook zonder borgstelling verdachten op vrije voeten te laten, zoodat de cautie in geen geval als een surrogaat der preventieve hechtenis is te beschouwen; eindelijk dat het ongerijmd en met alle recht en billijkheid strijdig is, om indien werkelijk onder zekere omstandigheden borgstelling

nun sieh', da wollen wir dir *helfen*; nicht, indem wir dich befreien, doch so, dass wir auch den Vermögenden in 's Gefängniss setzen. Ist das — vom Standpunkte des „Armen“ beurtheilt — der richtige Weg der Abhilfe? Nun wir meinen, die Antwort ist leicht gegeben.

„Man muss, um der Klage des Bedrängten gerecht zu werden, die Sache anders auffassen — nicht *destructiv*, indem man dem Anderen das nimmt was er *mit Recht* genießt; sondern indem man dem Entbehrenden das zu Theil werden zu lassen sucht, woran es ihm gebricht“ (nl. door geen minimum van cautie te stellen en persoonlijke borgstelling toe te laten).

Ook Mr. A. E. J. MODDERMAN t. a. p. liet zich in dien geest uit. „Wanneer ik“ zoo vroeg hij „tien menschen in het water zij liggen en ik kan er één redden, zal ik dien dan laten verdrinken, omdat ik de negen anderen niet kan redden?“

(1) Dat zij geen waarborg geeft tegen collusie, is waar, maar kan natuurlijk niet als een argument worden aangevoerd, om haar niet als waarborg tegen den hoofdgrond der preventieve hechtenis: ontvluchting toe te laten.

in de oogen des rechters voldoende waarborg opleveren mocht, een verdachte onnoodig aan de ellende eener preventieve vrijheidsberoving en hare noodlottige gevolgen bloot te stellen, alleen omdat een ander verdachte dien waarborg niet kan bijbrengen. Maar daaruit vloeit dan ook voort dat het stellen van cautie nimmer een *recht* van den verdachte kan zijn en dat ZUCKER gelijk heeft wanneer hij (S. 112) de bepaling der Oostenrijksche wet (§ 192) afkeurt, volgens welke de beklagde in alle gevallen, waarin tegen het ten laste gelegde misdrijf geene hoogere straf dan gevangenis is bedreigd, recht heeft om tegen voldoende borgstelling te vorderen, dat hij op vrije voeten zal blijven, of uit de hechtenis zal ontslagen worden. Dit is even onjuist als het absolute verbod van borgstelling bij zware misdrijven (zooals vroeger in Frankrijk ten aanzien van alle crimes en thans ook nog in Oostenrijk bij misdrijven met eene hoogere straf dan tienjarigen kerker strafbaar). Natuurlijk zal de zwaarte van het misdrijf zeer door den rechter in aanmerking moeten worden genomen, maar dit neemt niet weg, dat hij ook bij zware vergrijpen tegen de strafwet, de bevoegdheid moet behouden om borgstelling naar omstandigheden toe te laten.

Tot nog zeer veel andere beschouwingen geeft de nadere regeling van dit onderwerp aanleiding; om niet te uitvoerig te worden, heb ik mij echter alleen tot het beginsel willen bepalen, en meen verder te mogen verwijzen naar de rijke litteratuur die daarover bestaat en niet 't minst naar de voortreffelijke uiteenzetting door ZUCKER.

In het volgende hoofdstuk (S. 122 flg.) handelt de schrijver over de wijze van voltrekking der preventieve hechtenis en van behandeling der in hechtenis genomenen; dat een en ander in Oostenrijk veel te wenschen overlaat, wordt door hem aangetoond. Veel van hetgeen in dit hoofdstuk voorkomt, is helaas! ook op Nederland toepasselijk. De klacht door Mr. S. P. LIPMAN (1) reeds veertig jaren geleden

(1) Wetboek van Strafvordering blz. 202.

geuit, dat „de behandeling van verdachte personen in Nederland veel te wenschen overlaat”, blijft nog heden ten dage in hare volle waarde bestaan. Niet alleen worden, gelijk terecht ook later van bevoegde zijde is opgemerkt (1), „dikwijls de preventief gevangenen, meer dan de gedagvaardden in persoon, behandeld als waren zij reeds schuldigverklaarden en gepatenteerde gevangenisbewoners”, maar niet zelden zijn zij zelfs minder goed gehuisvest en hebben zij 't minder goed dan de veroordeelden. (2) Ik althans ben

(1) Mr. P. VAN BEMMELN in zijn aangehaald opstel in de N. Bijdr. 1864 blz. 214.

Ook Mr. A. E. J. MODDERMAN liet zich op de Vergadering der Juristen Vereen. t. a. p. blz. 213, in dien geest uit.

(2) Vooral is dit het geval wanneer de preventief gevangene volgens art. 420 Strv. buiten toegang wordt gehouden. Acht men dit te recht of ten onrechte somtijds onvermijdelijk, de staat drage dan toch zorg, dat bij de daardoor ontstaande vermeerdering van kwelling, de afgezonderde althans behoorlijk gehuisvest zij en dat hem niets worde onthouden, wat hij in billijkheid kan verlangen. Geschiedt dit niet, dan is de hechtenis voor den beklagde werkelijk eene pijnbank, en ontstaat het vermoeden, dat zij alleen wordt opgelegd om hem „murw” te maken en tot bekentenis te noodzaken. Dat de slechte toestand eener gevangenis en het gemis van de noodige lokalen, dikwijls aanleiding geven om den beklagde in een of ander hok op te sluiten, is misschien waar, maar ontslaat niet van de verplichting om in dien toestand *zoodra mogelijk* verandering te brengen. Ruim een jaar geleden met een ambtgenoot de gevangenis te Arnhem bezoekende, vonden wij aldaar een preventief gevangene afgezonderd in een eng, van voren met spijlen voorzien hok, dat zijn eenig licht ontving door het raam van den gang, waarin dit verblijf gelegen was, zoodat men slechts met veel inspanning zijn bewoner eenigermate kon onderscheiden. In vergelijking met dit ellendig verblijf, woonden de veroordeelden in een paleis. Van daar zich in gedachten verplaatsende naar het tuchthuis te Leeuwarden moest men den klimax van *inferno* tot *paradiso* als vrij van alle overdrijving beschouwen. Toch was de toestand formeel wettig, en er was op dat oogenblik ook geen ander geschikt lokaal tot afzondering bestemd, dan dit, euphemistisch *cel* genoemde, hok, dat naar ik meen, ook wel eens voor disciplinaire straffen, gebruikt wordt. Hoelang de man er in heeft doorgebracht, is mij sedert niet gebleken, maar zelfs een enkel uur moest te veel geacht worden,

in mijne rechterlijke betrekking, meermalen in de gelegenheid geweest dit op te merken. Dit is een groot onrecht, geheel in strijd met het karakter der preventieve hechtenis, als een bloot processueelen maatregel van voorzorg, waarbij *elke* onnoodige kwelling den van zijne vrijheid beroofde moet bespaard blijven en wier toch reeds zoo diep ingrijpende gevolgen voor hem, zooveel dit maar eenigszins mogelijk is, behooren verzacht te worden. (1) Afdoende verbetering in dit opzicht aan te brengen, zal echter eerst dan mogelijk zijn, wanneer voor allen, die zich in preventieve hechtenis bevinden, afzonderlijke huizen van bewaring, streng afgescheiden van de eigenlijke strafgevangenen, bestaan, zooals ook in de duidelijke bedoeling onzer wet ligt, hoewel de woorden «zooveel mogelijk» in art. 415 Strafv. dit voorschrift maar al te dikwijls tot eene doode letter gemaakt hebben. (2) Dat men niet op eens alles kan verkrijgen en dat de praktische zwaarigheden tegen eene regeling der preventieve hechtenis, gelijk die behoorde te zijn, niet te gering mogen geteld

(1) Reeds de Romeinen erkenden dit. Vooral dit punt was met groote zorg geregeld, Zie I. I Cod. de cust. reor. en de verdere bij ZUCKER I S. 61 flg. aangehaalde plaatsen. Of. ook LIPMAN t. a. p. blz. 203. Zoo schreef ook de Const. Crim. Carol. (§ XI) voor: «dass die gefenknuss zu behaltung, und nit zu schwerer geuerlicher peinigung der gefangen sollen gemacht und zugericht sein.»

(2) Art. 604 I. Cr. bepaalde, dat de strafgevangenen van de gevangenen tot bewaring ingericht *moesten* zijn afgescheiden.

Bij art. 3 no. 2 van het onlangs ingediende wetsontwerp, houdende «aanwijzing der gestichten, waar hetzij gevangenisstraf, hetzij hechtenis wordt ondergaan» worden de huizen van bewaring (waarin ook de *straf* van hechtenis en van militaire detentie ondergaan wordt) aangewezen voor de opneming der preventieven, voor zoover geen andere plaats voor hen is bestemd. Dit zal in zooverre vooruitgang zijn, dat althans in de strafgevangenen die opneming niet meer zal plaats hebben. Ook ZUCKER S. 130 beveelt een dergelijken maatregel aan, indien de kosten van huizen van bewaring, *uitsluitend* voor preventieven bestemd, te veel gewicht in de schaal blijven werpen. De algemeene maatregel van inwendig bestuur, bedoeld bij art. 22 no. 2 van het nieuwe Nederl. Strafwetb. zal dan verder, naar men vertrouwen mag, ook in de behandeling der preventieven eene wenschelijke verandering brengen.

worden, geef ik trouwens gaarne toe en misschien is daarop door ZUCKER te weinig acht geslagen. Maar dat er met goeden wil toch reeds nu veel meer kon gedaan worden om aan de onafwijsbare eischen van recht en humaniteit te voldoen, schijnt mij tevens boven redelijken twijfel verheven. De *vis inertiae*, die zich ook op dit gebied doet gelden, hangt m. i. samen met het dwaalbegrip, dat preventieve hechtenis reeds eene soort van voorloopige straf is, en dat men voor de »boeven» niet zooveel omslag behoeft te maken, waarbij men vergeet dat de gevallen, waarin na hechtenis vrijspraak volgt, waarlijk nog niet zoo zeldzaam zijn, terwijl daarenboven voorloopige straffen gelukkig tot nog toe in het nieuwere recht onbekend zijn. Van nog grooteren invloed is echter de zuiver inquisitorische richting van het strafproces gedurende de instructie en het daaruit voortvloeiend streven om de preventieve hechtenis als middel tot verkrijging van bekentenis te gebruiken of liever te misbruiken. (1)

ZUCKER (S. 131) geeft ten slotte nog in overweging om in sommige gevallen de zoogenaamde *custodia honesta* van het Romeinsche recht (2) het huis- of civiel-arrest van het latere in Duitschland geldende gemeene proces toepasselijk te verklaren. Deze maatregel, die vóór de invoering der nieuwe Deutsche wet, in de wetgeving van sommige Deutsche Staten was opgenomen, zou inderdaad in aanmerking kunnen komen, althans wanneer nog slechts van eene voorloopige aanhouding sprake is (3). Dat reeds nu, bij ziekte van den

(1) ZACHARIAE in zijn Handbuch des deutschen Strafprozesses, II, S. 147 is dan ook terecht van meening, dat dit de reden is, waarom zelfs humane wettelijke voorschriften, betreffende de behandeling der preventieven, in de praktijk zelden worden nageleefd.

(2) De zachtste vorm was de zoogenaamde *custodia libera*; men kende echter ook de *custodia militaris*. Zie ZUCKER I S. 55.

(3) Ook aanbevolen door Mr. v. BEMMELEN, ib. blz. 212. Zie ook ZACHARIAE t. a. p.

In België schijnt men het huisarrest ook toe te passen; indien men althans aan de berichten der dagbladen omtrent het proces-BERNAYS geloof kan hechten, werd de weduwe van den vermoedelijk vermoorde gedurende eenige dagen in haar huis bewaakt.

verdachte, feitelijk de overbrenging naar de gevangenis niet plaats heeft, is bekend. Er bestaat dan ook inderdaad geen bezwaar om, zoo dit mogelijk is en de houding van den verdachte vertrouwen genoeg inboezemt, hem de verplichting op te leggen zijne woning niet te verlaten en zoo noodig maatregelen van bewaking te nemen. *Kan* men de steeds oonteerende preventieve hechtenis aan iemand sparen, men verzuime het niet. De bevoegdheid daartoe zou misschien aan den ambtenaar van het openb. ministerie kunnen worden verleend. Doch uitzondering zal deze maatregel wel steeds blijven, omdat huisarrest in geen geval even grooten waarborg tegen ontvluchting opleveren kan als de opneming in eene afzonderlijke bewaarplaats (1), en indien de verdachte zoo-veel vertrouwen geniet, dat hij slechts aan huisarrest onderworpen wordt, hij meestal ook met of zonder borgtocht op vrije voeten kan worden gelaten.

Bevindt een beklagde zich in preventieve hechtenis, dan kunnen zich twee gevallen voordoen. *Of* er volgt een veroordeelend vonnis; *of* de beklagde wordt in vrijheid gesteld. In het eerste geval ontstaat de vraag: behoort de ondergane preventieve hechtenis in mindering van de op te leggen straf te komen? In het tweede: moet schadevergoeding wegens de ondergane hechtenis worden toegekend? Aan de beantwoording van beide vragen is het negende hoofdstuk van ZUCKER's werk gewijd. Over de eerste spreekt hij slechts ter loops; hij verklaart zich voor de facultatieve toerekening der preventieve hechtenis op den straftijd. (2) Stelt men zich op het juiste standpunt, dat deze hechtenis geene straf mag zijn, dan is theoretisch tegen die toerekening wel iets te zeggen. Wanneer men echter bedenkt, dat eenerzijds het

(1) Althans in Nederland. Uit de Oostenrijksche gevangnissen te ontvluchten schijnt volgens ZUCKER S. 132, niet zoo moeielijk te zijn.

(2) Deze is aangenomen in § 60 D. Strafwetboek en werd ook voorgesteld bij § 63 van het laatste ontwerp van een Oostenr. Strafwetboek. Art. 27 van het nieuwe Nederl. Strafwetboek heeft hetzelfde beginsel gehuldigd. Zie daarover: het Ontwerp van een Wetboek van Strafrecht, uitg. BELINFANTE, I blz. 59; II, blz. 141, 405, 487; III blz. 40; IV blz. 97, 582.

verschil tusschen straf en processueelen maatregel in de praktijk te veel uit het oog wordt verloren, en dat anderszijds de preventieve hechtenis, hoe gematigd ook toegepast, toch altijd voor hen, die haar ondergaan, een zeer gevoelig kwaad blijft, schijnt het niet meer dan billijk, dat de rechter bij de uitspraak der straf de reeds ondergane kwelling in aanmerking kunne nemen, daar anders de op vrije voeten zijnde veroordeelde van beteren toestand zou zijn, dan de reeds van zijne vrijheid beroofde. Doch daarom is 't dan ook minder wenschelijk om gelijk oorspronkelijk in het ontwerp van het Nederl. Strafwetboek bepaald was, de toerekening *imperatief* voor te schrijven, waardoor m. a. w. de gelijkstelling van preventieve hechtenis met straf eene blijvende sanctie zou verkregen hebben. (1) En daarom verdient dan ook de nieuwe redactie de voorkeur, volgens welke de rechter bevoegd zal zijn de preventieve hechtenis geheel of gedeeltelijk in mindering te brengen, zoodat deze thans alle omstandigheden in aanmerking zal kunnen nemen. Van meer gewicht nog is de tweede vraag betreffende de schadeloosstelling, die door ZUCKER met ijver en naar mij voorkomt, op overtuigende gronden wordt verdedigd. Voorzeker geldt het hier een moeielijk vraagstuk, waarover uit den aard der zaak groot verschil van gevoelen bestaat. Ook ik meende mij vroeger tegen het toekennen van schadevergoeding te moeten verklaren (2) doch nadere overweging heeft mij tot een andere meening gebracht. Ook dan toch, als men de preventieve hechtenis zóo inricht, dat zij niets anders wordt dan eenvoudige vrijheidsberoving zonder verdere kwelling, (en hoever zijn wij nog daarvan verwijderd!) blijft zij hem, wien zij wordt opgelegd, gevoelig, ook in zijn vermogen, treffen. Dat de staat bevoegd is in het algemeen belang dit offer te vorderen, wil daarom nog niet zeggen, dat als de beklagde bevonden wordt niet

(1) Voor die imperatieve toerekening verklaarde zich ook DOMELA NIEUWENHUIS t. a. p. blz. 322.

(2) »Gids», t. a. p. blz 34.

schuldig te zijn, men hem naar huis mag zenden met de eenvoudige betuiging, dat men zich vergist heeft (1). Analogie met de onteigening ten algemeene nutte springt hierbij als van zelve in 't oog. Ook tegen den onteigende zou men kunnen zeggen: „waarover beklaagt gij u? Men doet u geen onrecht; de staat is volkomen bevoegd om, als dit inderdaad in 't algemeen belang noodzakelijk is, u van uw eigendom te zetten; 't is wel treurig voor den-gene die het treft, maar onrecht kan het niet genoemd worden; het is de prijs, welken wij voor de ons verleende snelheid en zekerheid van maatschappelijk verkeer of andere gewichtige maatschappelijke belangen betalen (2).” Toch staat niets zoo vast, als dat onteigening ten algemeene nutte

(1) Krachtig en juist wordt dit door ZUCKER S. 138, aldus uitgedrukt: „Die dem Gesetze entsprechenden, materiellen Voraussetzungen und formellen Erfordernisse der Verbängung und des Vollzuges der Untersuchungshaft, mit welchem dem Rechte des Bürgers nach der Auffassung unserer Gegner Rechnung getragen wird, können den Entschädigungsanspruch nicht beseitigen, weil sie eben nur dazu ausreichen um dem Staat zum Eingriff in die Rechtsphäre des Privaten überhaupt zu legitimiren; ohne diese Voraussetzungen muss dem Staate das Recht zur Verhaftung im allgemeinen abgesprochen werden — keineswegs geht aber unter diesen Voraussetzungen der Entschädigungsanspruch des Bürgers verloren, weil er eben dem allgemeinen Interesse das eigene opfert. Treffender als mit dem Hinweise auf das schon zu Recht bestehende Rechtsinstitut der Expropriation lässt sich die gegnerische Argumentation wohl nicht widerlegen.“

Ook de bekende crininalist GEYER is in een zeer lezenswaardig opstel in het tijdschrift „Nord und Süd“ 1881 Augustus no. S. 167 fig. geheel van dezelfde meening.

(2) Mr. A. E. J. MODDERMAN houde 't mij ten goede dat ik in deze woorden, *mutatis mutandis*, de redeneering heb trachten terug te geven, waarmede hij op de Juristenvergadering, t. a. p. blz. 212, het toekennen van schadevergoeding aan vrijgesproken preventieven bestreed. Volgens hem was de preventieve hecbtenis geen onrecht, maar „de prijs, welken wij voor de ons verleende rechtszekerheid betalen.“ Doch juist in de omstandigheid dat die prijs slechts van enkelen voor allen gevorderd wordt, ligt de rechtsgrond voor schadevergoeding.

Ook Mr. H. J. KIST, die zich op de Juristenvergadering t. a. p. blz. 249, zeer ingenomen met het toekennen van schadevergoeding

zonder schadeloostelling als een groot onrecht beschouwd zou worden. En zou dan niet hetzelfde moeten gelden, wanneer het eene zaak betreft, die nog wèl zoo hoog staat als de eigendom: de individueele vrijheid? Is het niet stuitend voor het rechtsbewustzijn en verzwakt het niet den eerbied voor de justitie, wanneer de staat, die in de eerste plaats de banier van het recht omhoog moet houden, tot een vrijgesproken beklagde, die misschien reeds maanden van zijne vrijheid is beroofd geweest, en wellicht daardoor te gronde is gericht, mag zeggen: „'t is waar, ik heb mij vergist; ik had u eigenlijk niet uwe vrijheid moeten ontnemen; maar de zaak ligt er nu toe; troost u met de gedachte, dat gij voor 't algemeen belang hebt geleden; van mij hebt gij zelfs geen penning te verwachten.” Niet zonder grond is van dergelijke beweringen gezegd, dat de eenvoudige burger en buitenman bij 't hooren daarvan, wel moet uitroepen: „als dat recht is, dan houdt mijn geloof op aan recht en gerechtigheid.” (1)

Wordt eenmaal het beginsel om schadevergoeding te verleen aangenomen, dan moet dit volgens ZUCKER (en naar ik meen terecht) gelden voor alle in vrijheid gestelden zonder onderscheid. (2) Het door sommigen aanbevolen

betoonde, wees er op, dat hetzelfde beginsel hier evenzeer toepasselijk was, als bij onteigening.

Van hetzelfde gevoelen is ook DOMELA NIEUWENHUIS, wiens heldere uiteenzetting van dit geheele vraagstuk zeer verdient gelezen te worden. Zie zijn aangehaalde studie, blz. 323 vlg.

(1) DOMELA NIEUWENHUIS t. a. p. blz. 324, die tevens cenige belangrijke gevallen mededeelt, waarin beklagden, die eene langdurige preventieve hechtenis ondergaan hadden, ten slotte werden vrijgesproken. In het afgelopen jaar is deze rij nog vermeerderd door de inhechtenisneming van den heer Then Berg, die, na door de Saksische regeering, uit Dresden, waar hij zijn verblijf had, (niet gevlucht was) te zijn uitgeleverd, hier te lande na 4½ maand detentie weder op vrije voeten werd gesteld. Dit zijn nu nog slechts de geruchtmakende gevallen. Maar hoevele zijn er niet, even belangrijk, waarvan nooit iets meer vernomen wordt!

(2) Ook Geyer is van dezelfde meening. „Wer vor das Gericht gestellt, trotz aller dem Staat zu Gebote stehenden Hilfsquellen und

stelsel om alleen dan, wanneer het bewijs der onschuld geleverd is, de geleden schade te vergoeden, verdient afkeuring. De vrijgesprokenen zouden op die wijze in twee categoriën gesplitst worden; de eene klasse zou officieel gerehabiliteerd, de andere officieel onteerd worden verklaard. Voor de laatste zou in zekeren zin de vroegere *absolutio ab instantia* weder worden ingevoerd. Het nieuwere recht laat dergelijke onderscheidingen niet toe. Worden geen voldoende gronden voor veroordeeling gevonden, dan is de vrijgesprokene rechtens ook niet schuldig. Vermoedens van schuld die dan nog mochten bestaan, mogen den toestand van den eenen vrijgesprokene niet erger maken dan die van den anderen. Men vergete ook niet, dat zelfs al zijn die vermoedens volkomen ongegrond, de vrijgesprokene slechts zeer zelden het positief bewijs zijner onschuld zal kunnen leveren, en dat, mocht hij daartoe ook later in staat zijn, eenig rechtsmiddel om van zijne onschuld te doen blijken, hem niet openstaat. Evenmin mag de schadeloosstelling een privilegie zijn, dat alleen in enkele gevallen, die opzien gemaakt hebben, verleend wordt, want in andere minder bekende gevallen bestaat er niet minder, ja dikwijls meer grond om haar toe te kennen.

ZUCKER stelt nog de volgende regelen voor de uitvoering. Schadeloosstelling heeft geen plaats, wanneer de aanhouding geschiedt is bij wijze van processueele straf, nl. in de hier-

Machtmittel nicht eines Verbrechens überwiesen wurde, der muss von Staatswegen für Nichtschuldig gelten und der Staat darf ihm nicht in ohnmächtigen Groll beim Scheiden gleichsam noch einen Fusstritt versetzen. Der Beweis lässt sich nicht in Halbe und Drittel theilen, und wenn man Jemanden nicht überwiesen hat, so hat man ihm gegenüber eben gar keinen Beweis geführt. Zie 't aangehaalde opstel S. 184.

Zoo ook meende Mr. H. J. KIST t. a. p. blz. 251 dat „schadevergoeding zonder beoordeeling van de reden tot vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging moest worden toegekend, daar de staat niet met twee maten mag meten, en op hem in wien geen schuld wordt gevonden, geen smet doen kleven, noch hem eene tuchtiging opleggen.“

boven (1) vermelde gevallen van niet-verschijning na oproeping, of wanneer de verdachte het verbod om zich gedurende de instructie te verwijderen, heeft overtreden.

Dezelfde reden om geene vergoeding toe te kennen, bestaat dunkt mij, ook dan wanneer de beklagde zelf de oorzaak is geweest van de toepassing of verlenging der preventieve hechtenis. Dit kan b. v. het geval zijn wanneer hij valschelijk heeft opgegeven een misdrijf gepleegd te hebben, of wanneer hij door geheel onware feiten aan te voeren, aanleiding heeft gegeven dat het onderzoek veel langer geduurd heeft dan noodig was. (2)

In alle andere gevallen worde naar *billijkheid* schadevergoeding toegekend. Evenmin echter als getuigen en deskundigen bevoegd zijn *alle* schade in rekening te brengen, maar zich met eene vergoeding moeten tevreden stellen, die meestal zich slechts bepaalt tot eene teruggave hunner uitschotten, kan de in vrijheid gestelde op eene *volledige* schadeloosstelling aanspraak maken. Deze behoort alleen de werkelijke en gevoelig treffende schade, die door de preventieve hechtenis is veroorzaakt, te omvatten. (3) Daarom

(1) Zie blz. 255.

(2) In dien geest luidde ook de door de Deutsche Juristenvergadering in 1876 aangenomen stelling: „Im Falle der Freisprechung oder der Zurückziehung der Anklage ist für die erlittene Untersuchungshaft eine angemessene Entschädigung zu leisten, es sei denn dass der Angeklagte durch sein Verschulden während des Verfahrens die Untersuchungshaft oder die Verlängerung derselben verursacht hat.“

Zoo ook GEIJER t. a. p. S. 182.

De Nederlandsche Juristenvereniging daarentegen beantwoordde de vraag of het beginsel van schadevergoeding in de wet behoort te worden opgenomen, *ontkennend*.

(3) Anders is het natuurlijk, wanneer de inhechtenisneming *culpa lata* of *dolo* onwettig was geschied. In dat geval omvat de vergoeding zowel het *lucrum cessans*, als het *damnum emergens*. ZUCKER t. a. p. S. 138. Was echter de staat formeel bevoegd, dan behoort dit, gelijk boven gezegd, bij de *berekening* der schadevergoeding in aanmerking te komen. Ook tegenover den staat worde de billijkheid in acht genomen.

worde zij ook niet verleend wanneer de hechtenis *zeer kort* heeft geduurd. Men kan dan toch niet met recht beweren dat het offer te groot is geweest.

Ten aanzien van hen, die van een dagloon leven, zal de uitvoering het minste bezwaar hebben. Men neme het loon als maatstaf, onder aftrekking van de aan den beklagde verstrekte kost. (1)

Ten aanzien van anderen zullen verschillende omstandigheden in aanmerking genomen moeten worden. Als beginsel behoort ook hier te gelden, dat de invloed der hechtenis op het vermogen van den in vrijheid gestelde duidelijk is waar te nemen. Zoo zal b. v. de landbouwer in den winter niet zooveel kunnen verlangen als in den zomer. Het zal ook kunnen voorkomen, dat er in 't geheel geen schade is geleden.

Wegens krenking van eer behoort de aangehoudene geene materiele vergoeding te kunnen vorderen. De billijkheid jegens den staat verzet zich tegen deze uitbreiding van het beginsel, (die daarenboven m. i. bijna onuitvoerbaar en tevens niet doeltreffend zoude zijn). De openbaarmaking van het bevel van invrijheidstelling moet in dit opzicht voldoende geacht worden.

Met toepassing van deze beginselen zou inderdaad, ook naar mijne meening, in het thans bestaande onrecht verbetering kunnen worden aangebracht, zonder dat deze den staat op te zware geldelijke offers te staan komt, welk laatste bezwaar, al mag het eigenlijk hierbij niet in aanmerking komen, in deze zaak, gelijk in alle andere, eene gewichtige rol speelt. Voldoende schadevergoeding zouden bij de voorgestelde regeling althans diegenen bekomen, welke

(1) DOMELA NIEUWENHUIS t. a. p. blz. 348 beveelt eene verdeling der preventieven in klassen aan, met het oog op hun verdiensten en maatschappelijke positie. Naar gelang dier klassen zou dan eene verschillende taxe per dag worden vastgesteld.

VAN BEMMELEN daarentegen, t. a. p. blz. 213, stelt voor eene vaste taxe van f1 per dag voor allen aan te nemen.

daaraan 't meest behoefte hebben, nl. de onvermogenen, uit welke de groote meerderheid der preventieven bestaat. En voor de anderen zou de schade althans aanmerkelijk verzacht kunnen worden.

ZUCKER ziet in de toekenning der schadeloosstelling terecht ook eene voldoening aan het rechtsgevoel van het volk (1), en meent daarvan tevens een heilzamen invloed te mogen verwachten tegen overdreven ambtsijver en miskenning van de ware beginselen, waarop de preventieve hechtenis rusten moet. (2)

Het spreekt overigens van zelf, dat in geval van vrij-spraak (ook van niet-preventieven) nog afzonderlijk ver-

(2) Ten einde misverstand omtrent de beteekenis van deze ietwat vage uitdrukking te voorkomen, laat ik hier ZUCKER's woorden volgen, S. 144. „Der *Rechtssinn* — und nicht jene schwankende, öffentliche Meinung vom einzelnen Rechtsfalle, die nicht ohne Grund bei der Erörterung von Rechtsfragen unbeachtet bleiben muss — der Rechtssinn des Volkes vermag Vorgänge solcher Art nicht zu *fassen*, und ein derartiges Moment verdient doch die gewissenhafteste Berücksichtigung.

Dieser Rechtssinn des Volkes wird nicht verlangen, dass man bei kürzerer, 1—2 tägiger Dauer der Untersuchungshaft irgend welchen Ersatz leiste, er wird sich auch nicht für verletzt erachten, wenn man den Vermögenden, dessen Erwerb keine *besonderen* Einbusse erlitten hat, ohne Entschädigung entlässt, weil er begreift, dass nach Billigkeitsgrundsätzen nicht jeder Verlust, insbesondere nicht das *lucrum cessans* die Entschädigungspflicht hervorrufe — aber eine *namhafte* Schädigung des Erwerbes des Beschuldigten und insbesondere jenes seiner Familie vermag das berechtigte und anzuerkennende Rechtsgefühl des Volkes nicht ruhig hinzunehmen.“

(2) Ook Mr. H. J. KIST, t. a. p. blz. 250, was van hetzelfde gevoelen; hij achtte de schadeloosstelling een van de meest afdoende middelen tegen het misbruik der preventieve hechtenis. Ook ik zie daarin thans een krachtig middel, echter niet, gelijk Mr. KIST, het voornaamste. Vooral niet zou ik daarvoor het middel van cautiestelling willen prijs geven.

Beide middelen behooren m. i. gelijkelijk in een goed ingericht strafproces te huis. „Bij de cautiestelling, zoo zeide ik reeds vroeger, „Gids“ t. a. p. blz. 35 — tracht men onrecht te *voorkomen*, bij de schadeloosstelling daarentegen het reeds gepleegde onrecht te *herstellen*.

Themis, XLIIIste DL, 2e Stuk, [1882].

goeding behoort verleend te worden voor de schade, die zij wegens het inbeslagnemen van voorwerpen, die als stukken van overtuiging hebben gediend, geleden hebben, gelijk mede voor de door hen bestede kosten van dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen, of voor het bijbrengen van stukken enz., tenzij duidelijk blijken mocht, dat die kosten volkomen noodeloos waren (1).

De vrees is evenwel gerechtvaardigd, dat het nog wel eenigen tijd zal duren, vóordat het toch zoo juiste beginsel van schadeloosstelling in de verschillende wetgevingen wordt opgenomen. De macht van traditie en vooroordeel wordt niet zoo gemakkelijk gebroken, en wat misschien nog 't ergste is, de finantiële zijde van het vraagstuk weegt ook hierbij te zwaar en brengt het hare bij om de beginselen op den achtergrond te stellen. Toch mogen wij te dezen aanzien met lof vermelden, dat het Nederlandsche ontwerp van een Wetboek van Strafvordering van 1867 (2), den rechter in ruime mate de bevoegdheid schonk, zoowel om *alle* vrijgesproken beklaagden op hun verzoek vergoeding te verlenen van de hierboven bedoelde schade wegens in

(1) Dit beginsel wordt, hoewel alleen beperkt tot de getuigenkosten, reeds nu erkend. Zie art. 187 § 3 Strafv. In de praktijk wordt het echter zeer zelden toegepast. De redactie van het artikel geeft dan ook aanleiding om de vrijstelling dier kosten slechts als eene soort van gunst te beschouwen. Vrijstelling behoorde echter *regel* te zijn; aansprakelijkheid van den vrijgesprokene daarentegen wél te motiveeren uitzondering.

Het beginsel werd reeds in 1828 door Mr. W. L. F. C. VAN RAFFARD, later president van het Hof van Gelderland, aanbevolen. Toestemmende dat het moeielijk is eene schadevergoeding aan elken vrijgesprokene toe te kennen, wenschte hij echter «eene bepaling in de wet aan te treffen, dat in geval van vrijspraak, steeds alle getuigen op verzoek van den aangeklaagde gehoord, door het Rijk zouden worden schadeloos gesteld, en dat voorts, in geval van vrijspraak, alle kosten van 's Rijks wege zouden worden vergoed, die de aangeklaagde tot zijne verdediging zou hebben moeten aanwenden.» Zie zijn werk: «het Ontwerp van een Wetb. van Strafv. beschouwd.» IIe stuk, bl. 52.

(2) Zie titel IV, art. 51; VI, art. 48; VII, art. 81.

beslagneming enz., als ook wat de preventief aangehouden doch buiten vervolging gestelde of vrijgesproken beklaagden betreft, gelijke vergoeding voor de schade door de gevangenhouding geleden. Moge het thans te verwachten ontwerp in dit opzicht niet bij zijn voorganger achterstaan!

Het belang van het onderwerp heeft mij er toe gebracht reeds meer bladzijden aan deze bespreking van ZUCKER's werk te wijden dan aanvankelijk mijn plan was. Over het uitvoerige en zeer lezenswaardige hoofdstuk, waarmede dit werk besloten wordt: „die Untersuchungshaft in dem zu reformirende Strafprocesse“ S. 146—186, zal ik daarom zeer kort zijn. De ingrijpende wijzigingen in het strafproces, die daarbij worden aanbevolen, betreffen het geheele stelsel van de gerechtelijke instructie; ze meer dan oppervlakkig te behandelen, zou de beschikbare ruimte, die mij ten dienste staat en die wellicht reeds door mij overschreden is, niet toelaten. Mij daarom te dezen aanzien thans van alle kritiek onthoudende, wil ik alleen nog aanstippen, dat het reeds ook van andere zijden aanbevolen denkbeeld, om aan het openbaar ministerie de leiding van het geheele onderzoek ter voorbereiding voor de openbare terechtzitting over te laten, en de functien van den inquireerenden rechtercommissaris, benevens de instructie, zooals die tot nu toe gevoerd wordt, te doen vervallen, in ZUCKER een ijverig voorstander heeft gevonden. Daar tegenover wil hij het recht van den door het openbaar ministerie in hechtenis genomen verdachte erkend zien, om voor de rechtbank, in contradictoir (zoo veel mogelijk openbaar) debat, desverkiezende bijgestaan door een raadsman, tegen de inhechtenisneming op te komen, invrijheidstelling met of zonder borgtocht te verzoeken, op verkorting van de hechtenis, casu quo op schadeloosstelling aan te dringen enz. In een krachtig en onverwijld optreden van het orgaan der vervolging, gepaard met deugdelijke waarborgen, dat de preventieve hechtenis niet zal misbruikt worden voor doeleinden, die vreemd aan haar wezen zijn; in eene scherper afgebakende onderscheiding tusschen de functien van den openbaren aanklager en

van den boven de partijen staanden rechter, ziet ZUCKER het gewenschte middel om het belang van de bestraffing der misdrijven te vereenigen met dat van het recht van verdediging; het middel tevens om te voorkomen dat het debat ter openbare terechtzitting niet blijve, gelijk het thans veelal is, eene recapitulatie van de in het geheim gevoerde instructie, in welke laatste tot nu toe maar al te dikwijls het zwaartepunt van het proces wordt gezocht.

Voor de verdere uiteenzetting dezer beginselen zij 't mij vergund naar ZUCKER's werk zelf te verwijzen. Maar hoe men ook over zijne voorstellen moge denken, zooveel is, dunkt mij, zeker, dat eene hervorming der wetgeving op het stuk der preventieve hechtenis, zal zij werkelijk vruchten dragen, gepaard moet gaan met belangrijke wijzigingen in het tot heden gevolgde inquisitorische stelsel van instructie. Voor een groot deel onderschrijf ik in dit opzicht de woorden van den Hoogleraar GRATAMA: „De instructie is de wonde plek van onze crimineele rechtspleging. Geeft waarborgen ten aanzien van het kabinet van den rechter-commissaris. Zoo gaarne zou ik daarvan de deur openen. Is het niet voor het groote publiek, dan ten minste voor den advokaat van den beschuldigde.» (1)

Het is inderdaad een groot onrecht en weinig bevorderlijk aan een objectieve rechterlijke beoordeeling der zaken, dat aan den van zijne vrijheid beroofden beklagde in Nederland alle bevoegdheid is ontnomen om in het tijdperk der instructie een raadsman te raadplegen en men vergist zich m. i. schroomelijk, wanneer men meent, dat belemmering van het recht van verdediging het beste middel is om de waarheid aan den dag te brengen (2). Het is niet

(1) Handelingen der Jur.-Vereen. t. a. p. blz. 240.

(2) Men vergeelijke hierbij de schoone woorden van HEINZE t. a. p. S. 19: „Wer nicht geneigt ist, die Gleichheit der Waffen zwischen Staatsanwaltschaft und Angeschuldigten vollkommen in das Reich der Kindermärchen zu verweisen, wird dem Gleichgewicht zwischen dem mit allen Machtmitteln des Staates ausgerüsteten Staatsanwalt und dem eingesperrten Angeschuldigten wenigstens dadurch unter die Arme

minder onrecht, dat men den gevangen beklaagde niet eens toestaat in de raadkamer gehoord te worden, bij het onderzoek der voor hem zoo gewichtige vraag, of hij al dan niet in hechtenis zal blijven, en dat de beslissingen op dit punt geheel buiten hem omgaan, op requisitoir van den openbaren aanklager, zonder het „audi et alteram partem“ in toepassing te brengen (1). In België heeft men sedert 1874 dien weg verlaten en worden alle dergelijke beslissingen genomen „le procureur du roi et l'inculpé ou son conseil entendus“ (2). De eenvoudigste beginselen van recht en het belang dat de justitie bij eene van beide zijden gevoerde toelichting heeft om haar voor eenzijdigheid te behoeden, vorderen dunkt mij, dat ook Nederland dit voorbeeld volge. Het tot nu toe gevolgde stelsel van instructie, wettige afstammeling eener procedure van vervolgen tijden, (3) kan zijn aard niet verloochenen. Het bevordert de meening, dat alle beklaagden reeds schuldig zijn en dat 't er vooral op

greifen müssen, dass er dem letzten einen auf freiem Fuss befindlichen Vertheidiger zuweist. Mag sein, das der Verbrecher durch die Massregeln, die er vor und bei Verübung des Verbrechens traf, einen Vorsprung vor dem Staatsanwalt voraus hat. Der Unschuldige, der in Untersuchung und Haft ist, hat diesen Vorsprung sicher nicht. Und ob der Verhaftete schuldig oder unschuldig ist, dass soll eben erst durch die Hauptverhandlung festgestellt werden.“

(1) Als zoodanig kan toch voorzeker niet gelden de bevoegdheid in art. 124 Strv. aan den beklaagde gegeven om eene memorie aan 's Hof's raadkamer in te leveren en zich te dien einde met een advocaat te beraden. Men zou mogen vragen of in die vergunning niet zekere ironie schuilt. De beklaagde hoort noch de adstructie van het requisitoir, noch het uitbrengen van het verslag der gevoerde instructie; hij is buiten machte, daar de stukken nog onzichtbaar voor hem zijn, zich op de hoogte te stellen van het bewijsmateriaal, en van dien man zal men nu eene memorie van verdediging verwachten! De praktijk leert dan ook dat bijna geen enkel beklaagde van dit (ik zou bijna zeggen komische) beneficie gebruik maakt.

(2) Zie artt. 4, 5, 7 en 20 der aangehaalde wet.

(3) In het vroeger aangehaalde „projet de loi“ p. 9 wordt dan ook terecht gezegd: „Le système du Code d'instr. crim. n'est autre que celui de l'ordonnance de 1670 avec des formes moins dures.“

aankomt eene bekentenis te verkrijgen. Het gunt den gevangene slechts een verdediger, wanneer het geheele bewijsmateriaal tegen hem is bijeenverzameld, zonder dat hij behoorlijk in de gelegenheid is geweest bewijs ter ontzenuwing aan te voeren. Het geeft den inquireerenden rechter de bevoegdheid om den beklagde onkundig te laten van veel, wat deze wellicht met goed gevolg had kunnen weerleggen. Het bevordert de toepassing der preventieve hechtenis als middel van instructie, en heeft, wat niet 't minst de aandacht verdient, de strekking om in veel gevallen het debat der openbare terechtzitting tot een kleurloos naspel of een aangesel der instructie te verlagen.

Of er dan uitzicht bestaan zou, dat in dit stelsel spoedig afdoende verbeteringen worden aangebracht?

Men zou een vreemdeling moeten zijn in de geschiedenis van het strafproces, wilde men de vervulling van dien wensch reeds als onmiddellijk aanstaande beschouwen. Geen enkele groote hervorming op het gebied der strafrechtspleging is anders dan na hardnekkigen tegenstand en strijd tot stand gekomen. De tijden liggen nog niet zoo ver achter ons, dat bekwame en ervaren rechtsgeleerden de afschaffing der pijnbank en de invoering van het mondeling en openbaar debat als onpractische utopiën beschouwden, die op het standpunt hunner ervaring slechts een medelijdend schouderophalen of een glimlach verdienden. Ware de openbare meening niet krachtig tusschen beide getreden, de pijnbank zou meer dan waarschijnlijk nog veel langer haar bestaan gerekt hebben. Ter handhaving van elk bestaand misbruik heeft men zich overal en ten allen tijde op de behoeften der praktijk beroepen. Ook hier is de »strijd om het recht» hevig en met verbittering gevoerd. Zou het sedert dien tijd zooveel anders zijn geworden? Ik geloof het niet. Ook thans nog, al erkent men met dankbaarheid dat de strijd niet vruchteloos is geweest, heeft men te rekenen met dezelfde tegenwerkende krachten, die zoolang mogelijk zich tegen verandering van het bestaande verzetten, en die, ik wil het gaarne erkennen, ook haar betrekkelijk nut hebben, al ware 't alleen om tegen

overhaasting te waarborgen. Ook ten aanzien der preventieve hechtenis en van het recht van verdediging kan men heden ten dage beweringen vernemen, die een verrassenden familietrek gemeen hebben met 't geen in vroeger tijden tegen de afschaffing der pijnbank en tegen mondelinge en openbare behandeling werd aangevoerd. En zoo kan men ook hiervan zeggen:

„Es ist eine alte Geschichte,
Doch bleibt sie immer neu.“

Zal men daarom den strijd opgeven? Voorzeker niet. Want moge het dan langzaam gaan, de vooruitgang ook op dit gebied laat zich op den duur niet tegenhouden. Reeds nu wordt door velen over de toepassing der preventieve hechtenis geheel anders geoordeeld dan vijftig jaren geleden. Onze voorvaderen zouden zich waarschijnlijk moeielijk kunnen voorstellen, dat wij heden ten dage, zonder dat het belang der maatschappij daardoor eenigszins benadeeld wordt, zoo-velen op vrije voeten laten, die in hun tijd stellig achter slot en grendel zouden zijn geplaatst.

Er *is* in de toepassing eenige verbetering gekomen. Maar 't is niet minder waar, dat nog zeer veel te verbeteren valt.

Buitenlandsche wetgevingen zijn ons, zij 't ook meer of minder schroomvallig, voorgegaan. Zal Nederland achterblijven? Dit te verhoeden moet, dunkt mij, het streven zijn van allen, die aan de gezonde beginselen, ook op het gebied der strafrechtspleging, de overwinning toewenschen. Kan men niet op eens *alles* verkrijgen, men trooste zich althans met de gedachte, het zijne te hebben gedaan om een beteren toestand voor te bereiden. Dat ZUCKER's verdienstelijke studie daartoe ook zal kunnen bijdragen, meen ik met vertrouwen te mogen onderstellen.

Arnhem, Maart 1882.

D. J. MOM VISCH.

Privilegien in het stuk van Belastingen. Academisch
 proefschrift door F. W. J. GEORGE SNIJDER VAN
 WISSENKERKE. — Leiden, E. J. BRILL. 1880.

Dit commentaar op art. 172 der Grondwet getuigt van zeldzamen moed. Het art. luidt: *„Geene privilegien kunnen in het stuk van belastingen worden verleend.”* Schrijver komt tot het verrassend resultaat: *„De bepaling van art. 172 is overtollig en gevaarlijk.”* Dit feit is te opmerkenswaardiger, omdat men hier te doen heeft met één van die weinige artikelen, welke sedert het bestaan van ons constitutioneel Koningschap geenerlei wijziging hebben ondergaan.

Ongaarne zou ik die stelling onderschrijven. Desniettegenstaande werd door mij van dit proefschrift — ter aankondiging toegezonden — met groot genoeg kennis genomen. Het bevat een ernstige studie, voorafgegaan door een degelijk historisch onderzoek. De heer S. toont te bezitten een scherp kritischen blik, en een logisch hoofd kan hem evenmin worden ontzegd. Doch hetgeen in den aanleg wordt gemist, kan bij den opbouw niet worden hersteld.

Volgens hem verbiedt art. 172 een vrijstelling beantwoordende aan vereischten welke aldus worden geformuleerd: *„Privilegie in het stuk van belastingen is een voorrecht, afwijkende van den regel der belastende wet of tot hetzelfde gevolg leidende als een afwijking daarvan, niet geboden door het algemeen belang, of waarop de aard der betrokkene heffing geen aanspraak geeft of wel zonder dat allen, die dezelfde aanspraak hebben, daarin deelen”* (bl. 69).

Is deze definitie juist?

De geleerde schrijver begint met eene inleiding handelende over het stelsel van gelijkheid voor de wet dat privilege uitsluit. Zijn boek is in vier hoofdstukken verdeeld. Het eerste bespreekt de belasting-vrijdommen in Frankrijk vóór 1789 en de opheffing daarvan; het tweede omvat de geschiedenis van ons grondwets-artikel en een onderzoek wat

eigenlijk onder het begrip «privilegie in het stuk van belastingen» is te verstaan; het derde heeft tot opschrift: «toepassing van art. 172 Grondwet door de Rijkswet gegeven»; en in het laatste worden de voornaamste vrijdommen van plaatselijke belastingen in de laatste jaren toegestaan, aan een kritisch onderzoek onderworpen.

Voorwaar, geen gemakkelijke taak!

Een goed eind weegs gaan wij te zamen, doch later loopen onze paden uiteen. Het keerpunt ligt daar, waar schrijver begint de verschillende vrijstellingen in Rijks-, Provinciale en Gemeentebelastingen aan *zijne* reeds medegedeelde *definitie* te toetsen.

Een kort woord betrekkelijk de Inleiding.

Op het gebied van het stellige regt zijn physische, psychologische en metaphysische beschouwingen tamelijk overbodig. Men meene niet dat schrijver — ofschoon opheffing van een grondwets-artikel wenschende — zich op het gebied van het jus constituendum beweegt. Dit zou juist zijn indien hij een voorstander ware van privilegien, maar hij is integendeel — gelijk ik het ben — een bepaald tegenstander van al wat inbreuk maakt op het gelijkheidsbeginsel.

Dat beginsel trad tijdens de Fransche revolutie het eerst krachtig op den voorgrond. Die omwenteling (1) is in zekeren zin de algemeenste en grootste welke de geschiedenis kent. Zij heeft de inwendige gesteltenis zoowel van Frankrijk als van de meeste Europesche Rijken in het harte getroffen. De omwenteling van 1789 heeft er toe geleid te breken met de oude privilegien aan rang en stand verbonden of waarin bepaalde personen zich mogten verheugen.

Wat moet echter onder privilegie worden verstaan? Etymologisch beteekent het, als afgeleid van *privi lex*, iedere

(1) Men vergelijke «*Les Principes de 89 et la Doctrine Catholique* par M. L'Abbé LÉON GODARD, Professeur de l'histoire Ecclésiastique au grand Séminaire de Langres, Chanoine Honoraire d'Alger (Paris)». De eerste editie werd op den Index geplaatst en is niet te verkrijgen. L'édition corrigée et augmentée van dit merkwaardige boek is kerkelijk goedgekeurd.

uitzondering of afwijking van het *jus commune* hetzij ten voor- of ten nadeele. Thans bedoelt men met privilegie een voorregt.

Is dan elke uitzondering op of afwijking van den wettelijken regel een privilegie? Neen — zegt schrijver. Met den eisch »gelijkheid voor de wet» zijn alleen in strijd die voorrechten welke niet in de ongelijkheid der individuen zelf hunne rechtvaardiging vinden. Het beginsel »gelijkheid als menschen, ongelijkheid als individuen» wordt met warmte verdedigd en sympathie betoond voor de ietwat paradoxale uitspraak van VICTOR COUSIN »*la vraie égalité consiste à traiter inégalement des êtres inégaux.*»

Is dit volkomen juist? Wat er van zij — ik erken dat niet elk voorregt een privilegie scheidt, maar alleen zoodanig voorregt dat verleend wordt uit *gunstbetoon*.

Onze moedige strijder ontrolt nog niet zijn vaandel waarop te lezen staat »*Weg met art. 172 der Grondwet!*» maar neemt de fakkel der geschiedenis in de hand. Hij toont waardig te zijn die te houden; uit zijn helder overzicht der gebeurtenissen kort vóór en gedurende de omwenteling van 1789 in Frankrijk blijkt dat door alle gebeurtenissen heen een zelfde en zichtbare draad loopt en de eens begonnen ontwikkeling haar eigen weg vervolgt. Geen cirkelgang der menschheid welke de geschiedenis tot eene satire zou maken!

Het Fransche Rijk was onder LODEWIJK XVI de bakermat van het beginsel, gelijkheid in zake belasting; de revolutie gaf aan Europa het grootsche voorbeeld tot feitelijke afschaffing van alle privilegien ook op dat stuk bestaande.

In keurige en krachtige trekken wordt de treurige toestand der schatkist aangegeven. Adel en Geestelijkheid betaalden bijna geen belasting. De meeste privilegien vloeiden voort uit het grondbezit, hetgeen in den regel onvervreemdbaar was. Aan den Minister TURGOR komt de eer toe het eerst de schoone maar moeilijke taak op zich te hebben genomen, om in dien toestand verandering te brengen. Die staatsman zag het onhoudbare der privilegien in, als zijnde de kiem van den grooten geldelijken nood waarin zijn land

verkeerde. Hervormingsplannen, als evenredige verdeling van de grondbelasting over alle landerijen en volkomen gelijkstelling van het historisch en gepriviligeerde bezit met dat door arbeid verkregen, mislukten. Hij moest zijne ministerieele portefeuille nederleggen. Maar die aftreding was een stap voorwaarts.

NECKER, een Parijsch bankier, doch in Geneve geboren, was zijn opvolger. Hij was tevens de eerste Minister *uit den burgerstand* in Frankrijk. Zijne rigting was gelijk aan die van zijn voorganger en hetzelfde lot trof ook hem.

De twee Ministers van Finantien die achtereenvolgens de plaats van NECKER innamen, waren JOLY DE FLEURY en D'ORMESSON (1781—1783). Geen van beiden was berekend voor de geldelijke aangelegenheden van een Rijk, wiens uitgaven jaarlijks de inkomsten minstens vijftig millioen te boven gingen.

De Minister CALONNE, een meester in de verkwisting, tot den adelstand behoorende, kwam toen aan het bewind. Hij zag duidelijk het schrikbeeld der revolutie in een niet ver verwijderd verschiet, doch stoorde er zich niet aan, sloot leening op leening onder hoogst bezwärende voorwaarden. Zijn zetel werd ingenomen door den aartsbisschop van Sens, LOMENIE DE BRIENNE, die weder plaats maakte voor den burger-Minister NECKER. Onder zijn bewind kwam men tot de opheffing der oude voorregten nader dan ooit; doch LODEWIJK XVI pleegde de dwaasheid dien ijverigen baanbreker voor het beginsel van gelijkheid in het stuk van belastingen te ontslaan. *De Revolutie was daar.*

Het beginsel „gelijkheid in het stuk van belastingen“ waaide uit Frankrijk over in ons vaderland. Die regel werd reeds nedergelegd in de staatsregeling van 1798, vastgehouden in die van 1801 en in de staatsregeling van 1805 aldus uitgedrukt: „Het groote beginsel der maatschappelijke vrijheid bestaat hierin, dat de wet gelijke rechten verzekere en gelijke pligten oplegge aan alle burgers, zonder onderscheid van rang of geboorte“. De Constitutie van 1806 nam hetzelfde voorschrift op, doch voegde nog een nieuw lid daar

aan toe, waardoor — volgens onzen schrijver — alle mogelijke twijfel geheel werd weggenomen. «Alle privilegien in het stuk van belasting blijven vernietigd».

De Grondwetgever der Vereenigde Nederlanden van 1814 vergat de algemeene bepalingen over te nemen. Dit verzuim werd reeds in het volgende jaar hersteld. In de Grondwet van 1815 staat geschreven: «*Geen privilegien kunnen in het stuk van belastingen worden verleend*». Dit voorschrift is onveranderd overgegaan in de Grondwet van 1840 en in die waaronder wij tegenwoordig leven.

Welk is de bedoeling dezer bepaling?

De heer S. splitst het antwoord op deze vraag naar gelang men het artikel in onze eerste staatsregeling op het oog heeft, of zijn aandacht vestigt op het betreffende verbod der latere grondwetten. Mijns inziens ten onregte. De bedoeling was en bleef dezelfde. Men wilde wettig verhinderen en tot een onmogelijkheid maken dat aan enkele personen uit gunstbetoon geheele of gedeeltelijke vrijdom van belastingen kan worden verleend.

Onze schrijver acht het niet alleen aan bedenking onderhevig in hoever dit art. 172 der Gw. beantwoordt aan het doel waarvoor het werd geschreven, maar noemt dat artikel *overtollig* en *gevaarlijk*. Ik noem het *nuttig* en *gevaarverend*. Hier staan wij dus lijnregt tegenover elkander.

Vrijstellingen, welke geheel van regtvaardigheid en billijkheid ontbloot zijn, zouden — volgens hem — ook zonder dat verbod niet worden verleend. Waarop rust die veronderstelling? De kracht van het feit weerspreekt haar, want in weerwil van en in strijd met het grondwettig voorschrift is van overheidswege meermalen beproefd, vrijdom uit persoonlijk gunstbetoon te schenken. Volgens het gelijkheidsbeginsel voor de wet is het onregtvaardig en onbillijk in het stuk van belastingen uit persoonlijk gunstbetoon van wettelijken regel af te wijken.

De gevaarlijkheid zou hierin gelegen zijn, omdat privilegie een onbestemd woord is, over welks begrip verschil van zienswijze bestaat. De beteekenis wisselt met den persoon

welke het toepast, waardoor er kans bestaat op tegenstrijdige beslissingen welke kunnen bijdragen om bij de burgers den eerbied voor onze Grondwet te verminderen.

Deze bewering tracht schrijver met bewijzen te staven, door eenige definitien van de hier bedoelde privilegien aan het gezond verstand te toetsen.

Zij zijn niet minder dan zeven in getal. De definitie van Mr. J. R. THORBECKE, de definitie van Jhr. Mr. J. DE BOSCH KEMPER, de definitie van Mr. J. H. G. BOISSEVAIN, de definitie welke het bekende weekblad *de Gemeentestem* geeft (N^o. 1187), de definitie door den Hoogen Raad aangenomen (*Weekblad van het Regt* N^o. 1985), de definitie van de Arrondissements-Regtbank te 's Hage (*Weekblad van het Regt* N^o. 1985) en eindelijk die van het *Algemeen Handelsblad* (N^o. 13834).

Ik zou de grenzen eener aankondiging overschrijden door den heer S. in zijn kritiek te volgen. Op nieuw wordt bewezen de waarheid van een oud adagium *omnis definitio in jure pericula est*. Trouwens, dit blijkt ook uit zijne definitie, reeds vroeger medegedeeld en door hem uit zijne ontdekkingsreis medegebragt.

Volgens die definitie toch zijn drie elementen noodig om een privilegie in den zin der Grondwet te doen ontstaan: *a.* afwijking van wettelijken regel; *b.* eene zoodanige afwijking dat zij in strijd is met den aard der betrokken heffing, en *c.* deze afwijking mag niet gevorderd worden door het algemeen belang. Het eerste spreekt van zelf; het tweede doet de vraag rijzen wat is de aard der betrokken heffing? Dat antwoord valt gemakkelijk te geven, want de aard blijkt uit de dispensatien welke de wet zich zelve geeft. Moeijelijker echter is het met het derde element. Wat is algemeen belang? Wanneer algemeen belang als *criterium* moest gelden om het al of niet bestaan van een privilegie te beslissen, dan zoude de heer S. gelijk hebben waar hij de bepaling van art. 172 Gw. gevaarlijk noemt. Het algemeen belang heeft privilegien doen afschaffen, voor zoover zij in strijd zijn met het algemeen belang, dat wil zeggen in het stuk van belastingen.

Krachtens dit grondwettig voorschrift komt geen onderzoek te pas of het algemeen belang eene afwijking op dien regel vordert.

Schrijver dwaalt — mijns inziens — waar hij schrijft (bl. 72 en 73) »men mag den grondwetgever niet een voorschrift in den mond leggen dat in strijd zou kunnen zijn met het algemeen belang; dit laatste gaat boven alles.«

Het omgekeerde is waar; de Grondwet, zijnde de uiting van het algemeen belang, gaat boven het algemeen belang, zooals zulks begrepen wordt door dit of dat individu. De Grondwet is de wet der wetten. Zij is voor den staatsburger wat Bijbel of Evangelie is voor den Christen, met een onderscheid nogthans, dat men volkomen grondwettig blijft als men — mits op grondwettige wijze — de Grondwet poogt te veranderen.

Tusschen schrijver en mij bestaat dus verschil van zienswijze over het begrip »privilegie«, maar geenzints over de uitgestrektheid van het gebied waar art. 172 heerscht. Het verbod tot het verleenen van privilegien beperkt zich niet tot Rijksbelastingen, maar geldt ook voor die van provincien en gemeenten. Art. 172 is een voorschrift van *algemeene* verbindbaarheid.

Dit blijkt ten duidelijkste uit de Grondwet. Als in het geheele hoofdstuk »Van de Finantien« en dus ook in het artikel 172 alleen de Rijksmiddelen worden bedoeld, waarom staan dan in art. 171 de woorden »ten behoeve van Lands kas«?

Schrijver gaat thans over om een blik te werpen op de toepassing van het door hem behandeld wordende Grondwetsartikel bij verschillende vrijstellingen op Rijks, provinciale en gemeente-belastingen. De door hem aangenomene definitie is *zijn* uitgangspunt op dit praktisch deel van zijn verdienstelijk geschrift *Mijn* uitgangspunt is een ander. Ik noem een privilegie »alle inbreuk op wettelijken regel uit persoonlijk gunstbetoon« en dus in materie van belasting »afwijking van of uitzondering op den regel der belastende wet uit GUNSTBETOON«.

Mijn criterium is niet de aard der betrokken heffing.

De wet zelve geeft dien aan, waar zij vrijdom verleent.

Dat *criterium* is evenmin in het algemeen belang. In het stellige regt heeft eene *individuele* opvatting wat wenschelijk of niet wenschelijk zij, volstrekt geen waarde.

Het *criterium* ligt in *gunstbetoon*.

Bij de bespreking der verschillende vrijdommen door den algemeenen wetgever van den Staat verleend, staat Schrijver even stil bij art. 29 der Grondwet, dat vrijstelling van personeele lasten toekent aan den Koning en den Prins van Oranje. Het behoeft geen betoog dat, waar de wetgever een regel scheidt, hij ook uitzonderingen op dien regel mag maken. Zonder deze grondwettige uitzondering echter zou op art. 172 geen inbreuk mogen worden gemaakt.

In art. 256 der gemeentewet wordt aan den Koning overgelaten de regeling der voorschriften omtrent den vrijdom van plaatselijke belastingen der vreemde gezanten of consuls of personen tot hunne gezantschappen of consulaten behorende. Is dit schending? Neen, want dergelijke voorregten worden niet gegeven uit gunstbetoon, maar uit een reciprociteits-beginsel. Met den heer S. ben ik het alzoo volkomen eens, dat het Koninklijk Besluit van 19 Junij 1877 (*Stbl.* N^o. 151) hetwelk aan vreemde gezanten vrijdom van tol als plaatselijke belasting toekent op openbare aan de gemeente waar zij gevestigd zijn behorende wegen wettig is, maar niet om de reden door hem aangegeven, welke deze is dat de gezant, in zijn rijtuig gezeten, zich gelijk steeds in zekeren zin op het territoir van zijn Rijk bevindt en op vreemd grondgebied geen tolheffing door een Nederlandsche gemeente bestaat. Alleen op de reciprociteitsleer en het *comitas juris gentium* rust dan ook de wet van 15 Aug. 1862 (*Stbl.* 170) welke vrijdom van invoerregten aan gezanten van vreemde Staten geeft.

Er zijn er (onder anderen Mr. Baron VAN HUGENPOTH TOT DEN BERENCLAAUW) die in het ontbreken van eene heffing op de goederen in de doode hand, alsook op kapitaal in portefeuille, een privilegie zien. Ten onregte. In dit proefschrift wordt met treffende juistheid opgemerkt dat in

de Grondwet staat »in het stuk van belastingen», hetgeen zeggen wil »in iedere belasting op zich zelve beschouwd», maar niet »in het belastingstelsel». Eerst dan is privilegie aanwezig wanneer iemand, die zonder uitdrukkelijke vrijstelling belasting zou betalen, aan die heffing wordt ontheven uit gunstbetoon. Het grondwetsartikel doelt niet op zakelijke, maar alleen op persoonlijke onderscheidingen.

Na alzoo een paar niet bestaande belastingen ter sprake te hebben gebracht, meent de schrijver, alvorens over te gaan tot een beschouwing van verschillende Rijksbelastingen en de daarbij verleende vrijstellingen, een vlugtigen blik te moeten slaan op het beginsel waarvan de wetgever bij die belastingen is uitgegaan.

De wetgever nam als grondslag aan eene belasting naar den welstand. Zoodanige heffing acht Prof. N. G. PIERSON (*Gids* April 1879) in strijd met het gelijkheidsbeginsel, welk beginsel naar de letter opgevat elke vrijstelling of partieele ontheffing op grond van armoede buitensluit. Doch waar niet is verliest de Keizer zijn regt. Volgens mijne meening moet worden geheven ter betaling van uitgaven welke de Staat heeft te doen voor persoon en vermogen: 1°. een hoofdgeld, dat is belasting voor den persoon als regtsubject; 2°. eene belasting op de vertering, dat is voor de mogelijkheid die de Staat geeft tot verteren naar mate het gebruik dat ieder daarvan maakt; 3°. een belasting op het vermogen, welke omdat het vermogen (sparing door arbeid) hoofdzakelijk om zijne inkomsten bestaat, voornamelijk op de inkomsten moet drukken en 4°. belasting op het inkomen, dat is op de nijverheid, zijnde de vereeniging van het kapitaal en persoonlijke werkzaamheid, waaruit het inkomen ontstaat.

Ontwikkeling van een en ander zou te ver afleiden.

Bij de behandeling van eenige rijksbelastingwetten beperkt de heer S. zich — behoudens enkele uitzonderingen — tot het vermelden van zoodanige vrijstellingen daarbij verleend, welke volgens zijn oordeel onder het begrip van verboden privilegiën vallen.

In de eerste plaats onderwerpt hij de wet betrekkelijk de

grondbelasting (26 Mei 1870 *Stbl.* no. 82) aan een onderzoek. Gebouwen ten algemeene nutte bestemd zijn vrijgesteld, bergplaatsen, stallen en werkplaatsen voor den landbouw evenzoo; tijdelijke vrijstellingen worden toegestaan betrekkelijk woeste, in ontginning zijnde, ontgonnen en drooggemaakte gronden. Hierin ziet schrijver met mij geen privilegie. Waarom? het algemeen belang gaf hier den doorslag. Dit echter — men erkent het zelf — is een kwestie van staathuishoudkunde, niet van staatsrechtelijken aard. Ik beweer dat hier van geen privilegie sprake kan zijn, omdat die uitzonderingen of afwijkingen van den regel der belastende wet haar oorsprong niet vinden in persoonlijk gunstbetoon.

Thans ligt de wet op het personeel (29 Maart 1833 *Stbl.* no. 4) aan de beurt. Slechts één privilegie wordt daarin aangetroffen, de vrijstelling namelijk van belasting op deuren en ramen van broei- en bloemkassen, voor zoover die kassen tot geen ander einde worden gebruikt. Toegegeven voor een oogenblik dat het beginsel waarop deze heffing rust is eene verteringsbelasting. Toegegeven dat het houden van broeikassen een maatstaf van vertering kan zijn, dan nog is de vrijdom hier verleend geen privilegie. Die vrijdom werd niet gegeven uit gunstbetoon maar om te verhoeden dat de wet zich zelve niet voorbij werkte.

Bij deze belasting is eene verdeeling in klassen in het leven geroepen. Waarom worden huurkoetsiers van den zesden grondslag (paarden) in een hogere klasse aangeslagen dan fabrikanten, neringdoenden, molenaars enz.?

Er zou welligt veel voor te zeggen zijn dat juist het tegendeel plaats vond, maar daarom wordt de bevoordeeling van de eene kategorie boven de andere nog geen privilegie. Het criterium „uit gunstbetoon“ ontbreekt.

Vervolgens komt de wet op het recht van patent (21 Mei 1819, *Stbl.* no. 34) ter sprake. Wanneer men art. 1 dier wet in verband met art. 3 beschouwt, dan komt men tot het besluit dat het beginsel dier wet niet is *alle* beroepen enz. patentplichtig te maken, maar slechts *sommige*. De regel der *Themis*, XLIIIste Dl., 2e Stuk, [1882].

wet is niet algemeene patentplichtigheid (1); zonder regel geen afwijking en veel minder een verboden afwijking. Mijsn inziens volkomen juist geredeneerd.

Bij de behandeling van de wet van de successie en overgang (13 Mei 1859 *Stbl.* no. 36) bepaalt zich het onderzoek of vrijstelling (thans door de wet van 9 Juni 1878 *Stbl.* no. 95) van hetgeen wordt geëerfd of verkregen in de rechte lijn was een privilegie. Het antwoord is natuurlijk ontkennend. Die vrijstelling geschiedde niet uit gunstbetoon. De redeneering echter dat het beginsel der wet is het betalen van zeker regt aan den Staat waarvan het bedrag

(1) Schrijver vraagt (blz. 89) waarom procureurs patentplichtig zijn, advocaten niet? Het antwoord ligt voor de hand. Bij het maken der patentwet was de pleitbezorger de *eenige* ongelukkige sterveling in geheel Nederland, op wien — niet door den Staat aangesteld zijnde — de verplichting rustte *wettiglijk* voor den Staat iets om niets te doen. Thans verkeert de procureur niet alleen in gelijk, maar nog erger geval. Geen patentplichtigheid als een gering *aequivalent* mag ook hem niet langer worden onthouden.

Deze overweging deed een procureur, dien ik zoo goed als mij zelven ken, onderstaande reclame aan Gedeputeerde Staten van Zuidholland schrijven:

„De ondergeteekende procureur enz.

Dat zijn aanslagbillet in het patentregt voor den dienst 1881 en 1882, tarief B van 7 tot 5 is gebragt (verhooging van twee klassen);

Dat voor eene vermeerdering geene, maar voor eene vermindering van twee klassen (7 tot 9) alle termen bestaan sedert het procuraat heeft opgehouden eene ambtsbetrekking te zijn en het getal procureurs ter zijne woonplaatse meer dan verdubbeld is;

Dat in overweging dient te worden genomen hoe een procureur zijn beroeps-diensten voor een groot deel niet alleen om niet moet blijven geven (zie *W. v. h. R.* 24 Nov. 1879 n^o. 4434) en bovendien door de kracht van het feit gedwongen wordt bij zijn pro deo-arbeid nog geld (voor briefporten, courant-exemplaren als anderzints) bij te leggen;

Dat een en ander te meer klemt bij het kruijersloon dat den procureur meermalen wordt toegeworpen, als hebbende bijv. het geval zich voorgedaan dat eene Regtbank het salaris van den procureur, naar aanleiding van een hem in het gelijkstellende incidenteel vonnis op f 2.50, zegge twee gulden vijftig cent met inbegrip der verschotten begrootte. Redenen, waarom enz.”

afhangt van het meer of minder onverwachte van de vermeerdering van het kapitaal en van het grootere regt van den verkrijger daarop, en volgens onze wetgeving de verwachting van een erfenis tusschen ouders en kinderen zóó groot is, waarom het aantal percenten bij erfopvolging in de regte lijn tot nul dalen kan, is mij niet duidelijk.

Ten slotte wordt in het derde hoofdstuk nog besproken het Koninklijk Besluit van 29 October 1833 (*Stbl.* 59) houdende vrijstellingen van tolgelden ten behoeve der leden van het Vorstelijk Huis enz., rij- en voertuigen tot openbare dienst bestemd, marechausées en militairen in uniform, vervoer van landbouwvoortbrengselen enz.

Wanneer tollen belastingen zijn, is voornoemd besluit kennelijk in strijd met art. 171 der Grondwet.

Zou eene *wet* dergelijke vrijdommen kunnen toestaan zonder schending der Grondwet, met andere woorden, worden de vrijdommen gegeven uit gunstbetoon?

Ik geloof den gewonen wetgever ontvankelijk. Die vrijdom wordt toegekend aan de leden van het Vorstelijk Huis en hun gevolg niet uit gunstbetoon, maar als een blijk van hulde; vrijdom voor rijtuigen tot openbaren dienst bestemd uit vereenvoudiging. De Staat zou anders aan zich zelf betalen Hetzelfde geldt van marechaussées. Militairen in uniform kunnen ook beschouwd worden in dienst van den Staat te zijn. Vrijstellingen welke in het belang van den landbouw geschieden, dragen ook niet het door mij aangegeven criterium.

Onze Grondwet verbiedt alleen privilegien in het stuk van belastingen. Derhalve om een juist antwoord te kunnen geven of eenige vrijstelling van betalen een privilegie is, dient eerst onderzocht te worden of men werkelijk met eene belasting te doen heeft.

Schrijver gaat uit van de meening dat *alle* heffingen in art. 238 gemeentewet vermeld in der daad belastingen zijn. Is die meening juist? Art. 238 in verband met art. 254 zegt: „voor plaatselijke belastingen worden gehouden of daarmede *wat de toepassing van artt. 232—237 betreft*, gelijk gesteld, regten, loonen en gelden, die tot geen hooger

bedrag mogen worden geheven dan noodig is te achten om den betaler, naar evenredigheid van het gebruik of genot dat hij heeft, in de kosten van aanleg en onderhoud of verstrekking van het door hem gebruikte of genotene te doen dragen. Mij dunkt, door die bepaling wordt het begrip van *belasting* uitgesloten.

Doch begeven wij ons in den strijd op het standpunt dat de heer S. in dezen strijd inneemt, volgens de volgorde van art. 240 der gemeentewet.

Over de opcenten der gemeenten op de hoofdsommen van Rijksbelastingen geheven schijnen zich geen moeilijkheden te hebben voorgedaan. Het eerst wordt de aandacht gevestigd op hoofdelijke omslagen.

Is vrijstelling bij hoofdelijke omslagen van *minvermogen*-den een privilegie verboden door de Grondwet? Volgens den heer S. behoort een bepaalde som te worden genoemd die de grens vormt tusschen belastbaar en vrijgesteld inkomen en van ieder inkomen boven dat bedrag moet gelijke som als niet belastbaar worden afgetrokken. Gaarne geef ik toe, dat overal moet worden bijgedragen in de belasting waar geen volstrekt onvermogen bestaat, maar vrijstelling van *minvermogen*den wordt daarom nog geen privilegie wanneer zij niet uit gunstbetoon maar wegens de moeilijkheid om in te vorderen geschiedt.

Is vrijdom verleend aan iederen militair beneden den rang van officier en aan de dienst door de geestelijkheid in de gemeente een privilegie? Deze vraag wordt ook door mij bevestigend beantwoord. Hier bestaat gunstbetoon.

Ten onregte daarentegen ziet schrijver een privilegie, waar onderscheid wordt gemaakt tusschen inkomsten uit kapitaal en die uit nijverheid, alsmede waar korting wordt verleend van betaling binnen zekeren termijn. Het eerste is een vraagstuk van staathuishoudkundigen aard; het tweede een middel om de heffing te bespoedigen. Van gunstbetoon, geen schijn noch blijk.

Volgens art. 240 komt nu de hondenquaestie aan de orde. Art. 253 gebiedt vrijstelling of vermindering van be-

lasting voor honden uitsluitend gehouden ten dienste van den landbouw of eenig bedrijf van nijverheid of ter bewaking van gebouwen of erven. De *ratio legis* zou zijn dat honden in het algemeen werden belast als een voorwerp van weelde of genot maar deze klaarblijkelijk daartoe niet dienen.

Best mogelijk! Maar daaruit volgt niet dat alle honden van weelde aan een *gelijke* heffing onderworpen moeten zijn. In zekere gemeente werd de verschuldigde som voor een hond vastgesteld f 2,50, maar voor een windhond op drie-maal dat bedrag f 7,50. Wordt hierdoor art. 172 Grondwet geweld aangedaan? Immers neen. De reden van die verhooging was zeker geen gunstbetoon, doch rustte waarschijnlijk op het vermoeden dat windhonden een grootere mate van vertering aangeven dan andere honden of uit neiging om hun getal wat te verminderen.

Onder de regten genoemd in art. 238 Gemeentewet bekleeden tolgelden eene voorname plaats. Schept vrijdom van voorwerpen van dagelijksch gebruik een privilegie? Doet lager tolgeld tot bijwoning der godsdienstoefening dit? In dit proefschrift werden beide vragen bevestigend beantwoord. Mijns inziens kunnen zich omstandigheden voordoen, waar het criterium „persoonlijk gunstbetoon“ ontbreekt.

Behoort vrijstelling van ingezetenen om brug- en kadegeld te betalen als een privilegie te worden beschouwd? Wederom verschil van gevoelen. Het is geen gunstbetoon welke men aan de ingezetenen bewijst wanneer men vreemdelingen voor het gebruik van brug of kade iets laat betalen, wanneer die brug of kade uit de gemeentekas gemaakt is en onderhouden wordt. Hetzelfde geldt in beginsel van havengeld, veergeld en begrafenisregt.

Ten slotte werden eenige vrijstellingen van schoolgeld besproken. Schrijver ziet bijna in alle een privilegie en wordt tot mijn leedwezen in zijne zienswijze door de Redactie der *Gemeentestem* versterkt.

Ernstig wordt overwogen of kosteloos aan onvermogenen middelbaar onderwijs te geven een verboden vrijdom is, zoo daarbij de voorwaarde wordt gesteld dat zij goeden aanleg

genieten of door bekwaamheid uitmunten. Dit wordt geoorloofd geacht. Doch, wat is daartegen?

Bevoordeeling van ingezetenen boven niet-ingezetenen door hen geen of minder schoolgeld te laten betalen, vermindering of vrijdom van schoolgeld beneden of boven zekeren leeftijd, vrijdom ten behoeve der kinderen van onderwijzers op de school waar hun ouders onderwijs geven; verhooging van schoolgeld niet toepasselijk te maken op reeds schoolgaande kinderen, alle die dingen zouden privilegiën zijn!

Mijns inziens *niet*. Het *criterium*, persoonlijk gunstbetoon, ontbreekt. De billijkheid kan vorderen dat niet ingezetenen iets meer betalen, want zij dragen niet bij in de kosten van oprigting en onderhoud der school en in het tractement der onderwijzers. Waarom moet voor het onderrigt aan een kind van zes jaar gegeven, evenveel worden betaald als voor dat wat een knaap of meisje op twaalf jaar geniet?

Vrijdom voor kinderen van leeraren, — voor zoover de meester zijn eigen kind onderwijst — is geen gunstbetoon aan een bepaald persoon verleend, ook niet aan een bepaalde klasse van ingezetenen omdat die *vrijstelling* bij de *vaststelling* der bezoldiging wel degelijk in aanmerking zal genomen zijn. Verhooging van schoolgeld voor reeds schoolgaande leerlingen is onbillijk, omdat wanneer het schoolgeld hooger ware geweest, zij mogelijk door ouders of voogden niet naar *die* school zouden zijn gezonden. Bovendien die regel is algemeen en geldt niet voor dit of dat individu in het bijzonder.

Het zij mij vergund te resumeren.

Onze Grondwet — ofschoon een werk van transactie (1) — is geen keurslijf dat ontwikkeling belemmert of belet, maar een bolwerk tegen inbreuk op persoonlijke vrijheid, voor

(1) Ziet hier een staaltje! Ik promoveerde in Junij 1848. De heer THORBECKE was mijn promotor. Eene mijner stellingen was deze: *Institutum Camerae primae Ordinum Generalium in specimine Legis Fundamentalibus nuperrime rogato est improbandum.* „Waarom?“ vroeg mij de promotor. Ik gaf redenen aan. THORBECKE stond op en zeide: „Ik heb alleen de Grondwet niet gemaakt.“

zoover die vrijheid bestaanbaar is met de vrijheid van anderen. Het begrip van privilegie in grondwettigen zin beteekent niet en kan niet beteekenen dat het den gewonen wetgever verboden zou zijn, — deuren en ramen belastende — die van broei- en bloemkassen vrij te laten, of voor windhonden meer te doen betalen dan voor andere honden, of bij de belasting op het personeel classificatiën aan te nemen of aan belastingschuldigen, bij spoedige voldoening eene korting toe te staan enz.

Het werd aan de wetgevende magt vrij en onverlet gelaten, om bij regeling van tol-, brug-, kade-, haven-, veer-, schoolgelden en begrafenisregten de ingezetenen van de niet ingezetenen te onderscheiden en tolheffing niet toepasselijk te verklaren als het algemeen belang, de waardigheid der Kroon, het utiliteitsbegrip of andere oorzaken dit wenschelijk maakten. Evenmin werd bij de Grondwet de bevoegdheid ontnomen om kinderen van onderwijzers het onderrigt hunner ouders kosteloos op de openbare school te doen genieten, schoolgelden te regelen in verhouding van leeftijd en te onderscheiden schoolgaande en nieuwe leerlingen. Geen dezer dingen schept een privilegie. Art. 172 doelt alleen *„op persoonlijke onderscheidingen uit GUNSTBETON“*. Het woord *gunst* is niet denkbaar waar of oorzaak, of nut of reden aanwezig is.

Het was noodzakelijk dat de Grondwet van 1815 bij art. 198 de bepaling opnam, omtrent privilegiën of liever den regel der Constitutie van 1806 bestendigde. Te meer in die dagen, toen er strijd bestond of de Koning zijn macht uit de Grondwet ontleent, dan wel of hij alle Souvereiniteitsregten bezit welke de Grondwet niet ontnam. Zou het nu zoo dwaas zijn te veronderstellen dat een Koning, die de bevoegdheid heeft in den adelstand te verheffen en het regt van gratie bezit, kon meenen, bij wijze van persoonlijke gunst, ook een privilegie te mogen verleenen op het stuk van belastingen als een uiting van dankbaarheid der Regeering

jegens dezen of genen verdienstelijken ambtenaar, staatsman of geleerde? Dat gevaar wordt door art. 172 onzer Grondwet afgewend, ook op provinciaal en gemeentelijk gebied.

Ofschoon tusschen den Schrijver en mij in eenige opzigten verschil van meening bestaat, heb ik met veel genoegen zijn proefschrift gelezen en herlezen. Het bevat veel wetenswaardig en getuigt van zelfstandigheid in oordeel.

De heer S. heeft het bij dezen eersteling niet gelaten, maar reeds nu een leesboek geschreven voor School en Volk over Neerland's Staatsinrichting en die zijner Koloniën. Van harte wensch ik dat dit boek een *Volksboek* moge worden, alsmede — ter wille van het publiek belang — dat de geachte Schrijver met vasten doch *bedaarden* tred voortga op den ingeslagen weg. Zonder twijfel is hij geroepen om op het tooneel des levens geen ondergeschikte rol te spelen.

Mr. G. J. A. FABER.

Rotterdam, Maart 1882.

*Rechtsbetrekking tusschen trekker en acceptant volgens
het Wetboek van Koophandel. — Akademisch
Proefschrift van C. F. A. J. LEESBERG, aangek.
door Mr. J. G. S. BEVERS, advocaat en procureur
te 's Gravenhage.*

Op zeer heldere en, naar het mij voorkomt, doorgaans zeer juiste wijze behandelt S. de vraag of werkelijk uit de wet voortvloeit dat de rechtsvorderingen van trekker en acceptant uitsluitend zijn die, welke uit overeenkomst van lastgeving voortspruiten; dan wel of het den uitlegger der wet vrijstaat eene andere theorie in toepassing te brengen.

Om tot de beantwoording dier vraag in den eerstgemelden zin te komen, onderwerpt S. de bepaling van art. 140 W. v. K., die aan de betrekking tusschen trekker en betroukkene, die den wissel accepteerde, het karakter van lastgeving toekent, aan een nauwkeurig onderzoek, zoodat hij, mijns inziens, zeer terecht tot de conclusie komt dat zoowel uit de positieve bewoordingen van genoemd artikel, als uit de, bij gelegenheid der vaststelling van deze bepaling, in de afdeelingen gemaakte opmerkingen, door de Regeering gegeven antwoorden en gevoerde beraadslaging, ten duidelijkste blijkt dat aan de juistheid der kwalificatie van lastgeving nauwelijks getwijfeld werd; hetgeen nog te meer klemmt wanneer men bedenkt dat in den C. de C. dergelijk artikel niet voorkwam, terwijl S. er bovendien nog opmerkzaam op maakt dat eene dergelijke bepaling als hier van de betrekking tusschen trekker en acceptant wordt gegeven, ook voorkwam in art. 80 van het W. v. K. van 1830, waarvan later de mindere doelmatigheid werd ingezien ook om de onzekerheid, die ten aanzien van de juistheid dier bepaling bleef bestaan: een bewijs dus te meer dat art. 140 W. v. K. zoo ondubbelzinnig mogelijk uitdrukt de meening van den

wetgever omtrent de rechtsbetrekking tusschen trekker en acceptant.

Van daar dan ook dat ik geheel en al met den S. instem, wanneer hij op pag. 9 zegt: »ofschoon men met grond zou kunnen beweren, dat de bezwaren, tegen dit artikel gemaakt, niet volkomen door de regeering waren opgelost, zoo blijkt toch uit een en ander, dat de qualificatie van lastgeving ten aanzien van de betrekking tusschen trekker en acceptant eigenlijk niet in twijfel werd getrokken. Hoofdzakelijk werd er op gewezen dat de toepassing van sommige bepalingen omtrent lastgeving wijziging moest ondergaan door de verbindtenis, welke de acceptant jegens den houder aangaat. Maar terwijl dit door de regeering niet ontkend werd, bleef zij met te meer vertrouwen vasthouden aan de bepaling, die aan de betrekking tusschen trekker en acceptant het karakter van lastgeving toekende.»

Ik zou dan ook evenmin als S. de opmerking van Mr. KIST, *Handelsrecht* bl. 131, kunnen toegeven, dat er in de Staten Generaal wel veel over den aard der betrekking tusschen trekker en acceptant is gesproken, zonder dat men tot een bepaald stelsel is kunnen geraken.

Ik weet waarlijk niet welke meer afdoende gronden men zou moeten aanhalen dan S. deed ten bewijze van het tegenovergestelde.

Zijn hevigste tegenstander vindt S. in Mr. LEVY. Deze zegt in »De rechtsverhouding tusschen trekker en acceptant» o. a.: »Lastgeving kenmerkt den rechtsband tusschen trekker en acceptant. Daardoor echter wordt hunne betrekking slechts verklaard, niet geregeld. Immers de vorm met zijne zelfstandige beteekenis en rechtskracht kwam tusschen beide en stelde de causa buiten dienst. Lastgeving alzoo kan en mag als uiterlijk karakteristiek der besproken rechtsverhouding worden gebezigd. Daarentegen kan en mag die aanduiding niet klakkeloos in civiel-rechtelijken zin worden opgenomen.»

Al wederom ben ik het met den S. eens dat dit betoog jure constituendo zijn waarde hebben kan, doch weinig

afdoet dáár, waar de wetgever zoo ondubbelzinnig zijne meening heeft te kennen gegeven.

Na derhalve tot de conclusie gekomen te zijn dat de uitleggers der wet bij hare toepassing aan het voorschrift van art. 140 W. v. K. gebonden zijn evenals aan alle andere behandelt S. de vraag: welke actiën er ontstaan uit die wettelijke rechtsbetrekking tusschen trekker en acceptant: om dan tot het antwoord te komen dat de trekker heeft de *actio mandati directa*, de acceptant de *actio mandati contraria*.

Ten opzichte der actie den trekker toekomende vindt S. wederom zijn grootsten steun in de geschiedenis der wetgeving.

Hij toont aan dat art. 148 W. v. K. niet is eene wissel-actie. Wel worden er bij de vaststelling van het Wetboek pogingen in het werk gesteld, zegt hij, om den trekker eene wisselactie te bezorgen, doch te vergeefs; en dat men hem alleen de *actio mandati directa* wilde geven blijkt *luce clarius* uit de weigering der regeering om aan den wensch van de 2e afdeeling te gemoet te komen, die de bijvoeging wilde: «ten ware hij bewijze, dat er tijdens de aangewezen betaling fonds bij den acceptant voorhanden was; in welk geval de trekker dezelfde rechten heeft als de houder.»

Bovendien duiden de gevoerde beraadslagingen aan dat hier en te recht van den regel: «*qui accepte paie*» werd afgeweken.

Ook hier wederom heeft de S. te kampen met Mr. LEVY die den «schade-eisch» van den trekker tegenover den acceptant, afhankelijk wil gemaakt zien van het enkele feit der acceptatie.

In dit opzicht meen ik mij te moeten plaatsen aan de zijde des heeren LEVY.

S. moge beweren dat niet het feit der acceptatie alleen maar veel meer n.l. èn 't geven van den last, èn 't aannemen, èn de geleden schade, èn de fondsbezorging den trekker het recht geven om de actie van art. 148 W. v. K. in haren geheelen omvang intestellen: dat alles doet hier, mijns inziens, niets ter zake, en veroorzaakt niet dat alleen

de acceptatie van den betrokkene de grond is voor het instellen der actie. Op de schadeberekening zal natuurlijk dat alles van invloed zijn.

Ik ben daarentegen geheel van S.'s gevoelen wanneer hij opkomt tegen de keus, die Mr. LEVY den trekker laten wil tusschen de wisselactie en die uit art. 148 W. v. K. voortspruitende of gelijk S. zich minder juist uitdrukt: tusschen de formeele verbindtenis en die van art. 148 W. v. K. Kan toch die keuze noch uit art. 140 noch uit art. 148 W. v. K. worden afgeleid, evenmin kan zij haar grond vinden in art. 146 W. v. K.

De trekker toch, zegt S. volkomen juist, die den van non-betaling geprotesteerden wisselbrief heeft gerembourseerd, kan niet als de houder van den wissel worden beschouwd, daar de betrokkene volgens de duidelijke bewoordingen der wet den last op zich nam jegens den trekker om aan een *derde* te betalen: verbindtenis tot betaling aan den trekker is dus daardoor van zelve uitgesloten.

Zoo kan ook ik de meening van Professor VISSERING in zijn „Wisselrecht der XIXe eeuw“ niet deelen, die van oordeel is dat de bepaling van art. 144 W. v. K. met de in art. 140 W. v. K. aangenomen lastgeving niet overeenstemt: 't is mij niet mogen gelukken dat gemis aan overeenstemming te vatten.

Terecht merkt dan ook, mijns bedunkens, S. aan op Professor VISSERING'S beweren „dat ook volgens onze wet een wissel aan den trekker kan worden geëndosseerd, omdat zulks nergens ipsis verbis verboden is en men dit dus volgens algemeene rechtsregelen moet beslissen“, dat juist deze regelen zich daar tegen verzetten, daar men den trekker geen wisselactie heeft willen toekennen en de wetgever eenvoudig een betrekking van lastgeving aannam tusschen trekker en acceptant.

Nu geeft men, zegt S., wel last om een ander door een ander iets te betalen, maar niet om door een ander zich zelf geld uit te keeren. In zulk een geval betaalt men zich zelf.

Na nog eenige schrijvers te hebben weêrlegd die van een andere opinie zijn, rest S. de beantwoording der vraag: welke actie de acceptant heeft tegen den trekker?

Hierboven gaf ik het reeds met een enkel woord aan, dat — aangezien 't acceptceeren van een wisselbrief tussehen trekker en acceptant werkt als aanneming van last — S. den acceptant nu ook toekent de *actio mandati contraria*.

De wet vermeldt deze actie niet, doch het is niet twijfelachtig of zij den acceptant is toegekend: evenmin als het te betwijfelen valt dat deze actie nog veel minder eene wisselactie is, dan die tegen den acceptant.

Ik kan met den geachten S. niet meêgaan, wanneer hij op pag. 49 beweert dat de acceptant in den gequiteerden wissel een volledig bewijs vindt voor de toewijzing zijner *contraria*; doch vind integendeel zeer juist hetgeen Mr. KRIST zegt in zijn *«Beginselen van Handelsrecht»*. De wissel toch bewijst eer tegen dan vóór den acceptant, daar de acceptatie aanleiding geeft tot het vermoeden dat er fonds aanwezig was.

De acceptant zal dus in art. 1845 B. W. den grond vinden voor het instellen zijner vordering. Doch wat is daartoe noodig? Dat hij bewijze voorschotten gedaan en onkosten voor den lastgever betaald te hebben.

De wissel zal nu wel bewijzen dat er betaald is, maar, aangezien de acceptatie grond geeft tot het vermoeden dat er fonds aanwezig was, zal de acceptant dat vermoeden door andere bewijsmiddelen moeten ontzenuwen. Slaagt hij hier niet in dan zal hij het zichzelf te wijten hebben dat hij schade geleden heeft, daar hij den wissel accepteerde toen hij nog geen fonds onder zich had.

Het zou dan toch ook onbillijk wezen van den trekker het dikwerf onmogelijk bewijs te vergen dat hij fonds bezorgd heeft en het aannemen van het tegenovergestelde stelsel zou aanleiding geven tot algeheele omverwerping van den wisselhandel, daar weinige kooplieden als trekkers in een wisselbrief zouden willen voorkomen, wetende dat zij misschien het moeilijk bewijs van fondsbezorging zullen te leveren hebben.

Hierna weêrlegt S. de objectie door Mr. LEVY gemaakt naar aanleiding van de in de Rechtsgel. Adviezen I, bl. 143, bevestigende beantwoording der vraag: of, wanneer de houder van eenen wisselbrief den acceptant van de betaling vrijstelt, deze het bedrag van dien wisselbrief aan den trekker als uitgave voor hem gedaan, in rekening mag brengen.

En hierin is, dunkt me, de S. uitmuntend geslaagd door op heldere wijze aan te toonen, dat wel degelijk de beslissing der Rechtsgel. Adviezen met de mandaat-theorie overeen te brengen is.

Aan het einde van zijn proefschrift vermeldt S. eenige vonnissen en arresten, tot staving van zijn beweren om dan ten slotte als zijne overtuiging uit te spreken dat, mocht al de hier besproken kwestie niet aan het rechtsbewustzijn des handels en aan den eisch van het verkeer beantwoorden, daaraan bij de ondubbelzinnige wetsbepalingen nimmer voldoening zal kunnen worden verschaft, zonder verandering der wet.

Eindelijk zij opgemerkt dat, al moge nu ook de door S. behandelde kwestie jure constituendo van veel meer gewicht zijn dan zij het naar ons W. v. K. is, S. toch alle aanspraak heeft op lof voor zijne duidelijke behandeling.

's Gravenhage, 18 Maart 1882.

J. G. S. BEVERS.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

NECROLOGIE.

De rechtswetenschap, en die van het Romeinsche regt in 't bijzonder, verloor binnen enkele dagen tijds in ons Vaderland twee harer voornaamste beoefenaren en leermeesters, GOUDSMIT en MODDERMAN, sieraad en roem van Leidens en Groningens Universiteiten, „beiden, zoo als te regt gezegd werd, beiden, mannen met groote gaven, waarmede zij in het belang der wetenschap en ten beste van hunne leerlingen gewoekerd hebben. Ook beiden, mannen met edele karakters, die bij hun overlijden werkelijk een leegte achterlieten en in dankbare herinnering bij velen zullen voortleven.“

JOËL EMANUEL GOUDSMIT, den 17 Maart jl., te Leiden aan de ziekte bezweken, die sedert lang zijne krachten ondermijnde, was aldaar den 13 Junij 1813 geboren, en had dus een bijna 69-jarigen leeftijd bereikt. Door de natuur met den schoonsten aanleg bedeeld, had hij dien door onafgebroken studie, op onderscheiden gebied, ontwikkeld, en bood hem zijne rechtspraktijk als advocaat in zijne geboortestad, en schonken hem de privaat-lessen die hij aan talloze studenten gaf ruimschoots de gelegenheid om het regt zoowel in het daadwerkelijk leven als voortdurend in bespiegeling en met bijhouding van alle nieuwe onderzoekingen en ontdekkingen te doorgronden. Vruchten van zijne „voortgezette studiën,“ zoo als hij op MEIJER's voetspoor, zijne gestadige nasporingen noemde, deelde hij gaarne ook in een reeks van meest korte, pittige opstellen in dit tijdschrift mede, of verzamelde die voor den grootschen wetenschappelijken arbeid, dien hij zich voor oogen had gesteld.

Uitstekend toeegerust, aanvaardde hij op 't einde van 1858 het hoogleeraarsambt aan de Leidsche hoogeschool, „om het onderwijs in het Romeinsche regt te geven, niet als een bronnenstudie of een antiquarische wetenschap, maar als degelijken, blijvenden grondslag voor de beoefening van het hedendaagsch regt.“

Ruim twintig jaren mogt hij dat professoraat bekleeden. Ieder, die zijne lessen volgde, getuigt met welk eene scherpzinnigheid, met welk eene opgewektheid en een geestdrift, waardoor hij de jongeren voor studie en wetenschap wist te ontvlammen. Zoo oefende GOUDSMIT een zeer grooten invloed uit op een groot gedeelte der regtsgeleerden van onzen tijd in Nederland.

Maar ook buiten'slands zou de geniale man worden gewaardeerd.

De hoogleeraar VAN SWINDEN wees, in zijne lofreden op een zijner beroemdste kweekelingen, NIEUWLAND, aan, wat het voor de verde-

ringen der wetenschap zeggen wil, wanneer het genie zijn licht daarover ontsteekt, haar verder brengt, hooger opleidt. Zoo GOUDSMIT, zoo hij, ook in zijne geschriften.

Dit toonde hij in zijne *Kritische Aanteekeningen op Gajus*, waarover de heer CONINCK LIEPSTING, in de jaargangen 1875 en 1876 van dit tijdschrift, zijne opmerkelijke beschouwingen meêdeelde, en waarin hij op den voorgrond plaatste, „dat GOUDSMIT's werk geene aanbeveling behoeft,“ maar, bij alle verdere groote verdiensten, steeds zijne grootste kracht doet uitkomen, nl. in de *exegese*. „Met nauwkeurige kennis van het Romeinsche rechtswezen en litterarischen tact gewapend, heeft hij een fijn gevoel voor interne critiek, maar kent ook al de klippen, waarop het vernuft van scherpzinnige Romanisten dikwijls schipbreuk heeft geleden.“ Sedert de ijverige nasporingen der archaeologen, bijzonder van TH. MOMMSEN, stipt hij verder aan, zijn wij meer bekend geworden met den vorm der oude stukken van recht en wet. „GOUDSMIT is daarmede geheel vertrouwd. Hij betracht veelal de *ars nesciendi*, tegen welke verwaarloozing hij in de inleiding waarschuwt. In zijne aanteekeningen heeft hij zich willen houden op het terrein van stellige wetenschap, zonder zich te wagen op het menigmalen zeer aantrekkelijke gebied der nevelachtige gissingen. Dat is geene gemakkelijke taak. — Daardoor hebben deze korte aanteekeningen groote waarde, ook waar zij zich met betrekkelijk kleine bijzonderheden van vorm bezighouden.“

Vooraf verzekerde hij zich een duurzamen naam door de beide deelen van zijn *Pandecten-systeem*, dat door vertalingen in 't Fransch, Engelsch en nu zelfs ook in 't Russisch, verre buiten de grenzen van het Vaderland bekend, hoogelijk op prijs is gesteld geworden. Jammer, dat hij de bereids gereed liggende bouwstoffen voor het derde deel niet zelf heeft kunnen verwerken. Laten wij echter hopen, dat het gerucht waarheid behelst, dat ze voldoende zijn, om nog het licht te kunnen zien. — De beide verschenen deelen zijn in *Themis* aangekondigd door Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO (zie jaarg. 1869 en 1880), die reeds nopens het eerste getuigde: „Zijn systeem zal worden en behoort te worden het textboek, waarop men zich voor den regter beroept en waardoor dus reeds dadelijk die heilzame werking op de regtsbedeeling zal worden uitgeoefend welke voor de noodige studie, daaraan te koste gelegd, de aangenaamste vrucht wezen moet.“

„De Schr. vermeldt trouwens niet enkel de gevoelens van anderen, hij spreekt ook telkens het zijne uit en licht het kortelijk toe. Zelfs waar men niet altijd met hem instemt, vermeedert dit in niet geringe mate de waarde van het systeem, daar overal met inderdaad bewon-

derenswaardigen tact de vinger gelegd wordt op het beslissende punt. G. schijnt dat groote geheim hunner kunst den klassieken juristen op uitnemende wijs te hebben afgezien.»

Gaarne zeggen wij na hetgeen het *Weekblad van het Regt*, onder den eersten indruk van GOUDSMIT's overlijden, in een met bezieling geschrevene herinnering, in 't licht stelt.

„Een geniale man bij uitnemendheid, bij wien hart en geest even bewonderenswaardig ontwikkeld waren, die, doorvoed met de oudheid, zich onafgebroken tot het nieuwere aangetrokken gevoelde; die met zijn vorschenden geest de grondslagen, waarop de oude wereld was opgetrokken, ontdekkende, het voorbijgaande van het blijvende, het tijdelijke van het duurzame, den vorm van het wezen wist te scheiden en van het eeuwig vaststaande gebruik maakte om de regels voor de nieuwere vormen van het volksverkeer aan te wijzen.

„Zoo is hij der nieuwere school tot steun geweest en heeft hij in 't Romeinsche regt het regt zelf opgespoord, om het bruikbaar te maken ook voor onzen tijd, *non quia Romanum, sed quia jus est.*»

In elken anderen kring zijner werkzaamheid legde hij dezelfde toewijding aan den dag; als staatsburger, als lid van Leidens gemeenteraad en als lid van 't kerkgenootschap waartoe hij behoorde, in al deze opzigten was zijn streven steeds edel, onaf hankelijk, zijn optreden waardig, mannelijk. In den gezelligen omgang vergat men den diepzinnigen geleerde bij 't geestige, onderhoudende van zijn gesprek. Als zorgzaam huisvader voorbeeldig. Zoo gingen bij hem de uitstekende begaafdheden met de deugden van den bijzonderen persoon op 't schoonste gepaard. Hij was lid der Academie van wetenschappen en vele andere geleerde genootschappen. — Bij het derde eeuwfeest van Leidens hoogeschool droegen zijne ambtgenooten hem het doctoraat bij de faculteit der wijsbegeerte en letteren op; — zijne leerlingen even als zijne oud-leerlingen bragten hem nu drie jaren geleden hulde bij de viering van zijn 20-jarig jubilé als hoogleeraar; men had het 25-jarig niet durven verbeiden, omdat men besepte hoe spoedig welligt men hem reeds zou derven.

Den 19^{en} Maart ontviel WILLEM MODDERMAN aan de Groninger Universiteit; zijn dood, op den leeftijd van 43 jaren, was te gevoeliger na het verlies, verleden jaar door die hoogeschool in den nog zóó veelbelovenden FRESEMAN VICTOR geleden.

Mr. W. MODDERMAN was een waardig vertegenwoordiger van het geslacht, dat in Groningen te huis behoort, „en waarin kunde en talent als 't ware erfelijk zijn.» Als student ter genoemde hoogeschool onderscheidde hij zich mede reeds door zijne uitstekende gaven en

grooten ijver. In 1861 in de regiswetenschap gepromoveerd, beschaamde hij de verwachtingen niet, die hij had opgewekt. Met de borst bleef hij zich op de door hem zoo geliefkoosde wetenschap toeleggen, en ook hij deelde de vruchten van zijn onderzoek in de regtsgeleerde tijdschriften mede. Veel naams verwierf hij door zijn antwoord op eene door het prov. Utrechtsch genootschap uitgeschreven prijsvraag: „over de wettelijke bewijsleer in strafzaken,“ — welk antwoord den eerepalm wegdroeg.

In 1867 werd hij tot hoogleeraar aan de hoogeschool benoemd, die hem gevoedsterd had; hij onderwees daar het Romeinsche regt op eene even degelijke als hoeyende wijze, zoodat hij den weetlust bij zijne hoorderen wist op te wekken en gaande te houden.

Als regtsgeleerd schrijver werd hij mede buiten Nederland bekend. „Eene verhandeling over de receptie van het Romeinsche regt, genoot de eer eener vertaling in het Duitsch. Zijn helaas door zijn vroegen dood onvoltooid gebleven Handboek over de Instituten, wordt algemeen op hoogen prijs gesteld. Zijne welsprekende rede over SAVIGNY, bij gelegenheid van het eeuwfeest van diens geboorte, gaf blijken van zijne bijzondere ingenomenheid met dien grooten regtsgeleerde, den man, dien hij boven allen vereerde. Ten slotte zij onder meer nog gewezen op zijne laatste pennevrucht over *Wil en Vertrouwen*, een geschrift dat tot velerlei bespreking van onderscheiden zijden aanleiding gaf“ (1).

Niet alleen het Romeinsche, maar ook veelzins het hedendaagsche regt trok zijne belangstelling, in verband met de behoeften der maatschappij, die hij in onderscheidene betrekkingen van nabij bleef gadeslaan. Hem insgelijks sierden de deugden van den bijzonderen persoon; ook hij laat vele vrienden na.

Wat in beide edele mannen op zoo velerlei gebied verloren werd, — de hoogachting en eerbied die zij wegdroegen, — de dankbaarheid en vriendschap die zij hadden weten in te boezemen — het werd bij hunne geopende graven of later door ambtgenooten in herinnering gebracht op eene wijze, die niet vergeten zal worden: GOUDSMIT en MODDERMAN, zij zullen door hun streven en werken in de gedachtenis blijven voortleven en de eere, voortdurend aan hunne nagedachtenis gebracht, zal voorzeker niet anders kunnen strekken dan tot luister der wetenschap.

(1) *Prov. Gron. Ct.* — Nopens laatstbedoeld geschrift, zie o. s. *Themis*, Jaarg. 1881, bl. 221, door Prof. OPZOOMER en bl. 281 door Prof. HAMAKER. Eerstgemelde getuigde, ofschoon hij 't omtrent dat geschrift niet eens was, „er zijn onder onze regtsgeleerden maar zeer weinigen aan wier oordeel ik zoo veel waarde hecht, op het gebied van het Romeinsche regt, zoowel als van het onze, en om den vorm, en om den inhoud.“

De Redactie ontving het eerste no. van het *Rechtsgeleerd Magazijn*, Tijdschrift voor Binnen- en Buitenlandsche Rechtsstudie, onder redactie van Mrs. H. L. DRUCKER, S. KATZ en W. L. P. A. MOLENGRAAFF, advocaten te Amsterdam, Haarlem, W. C. de Graaff. — Het nieuwe tijdschrift zal zes maal 's jaars verschijnen en geeft in zijn eerste no. 160 bladzijden, ten deele aan 21 boekbeoordeelingen gewijd. Voorts bevat het eene rubriek Regtspraak, eene rubriek Wetgeving (beiden ook ten deele buitenlandsche) en eindelijk in den aanvang een meer algemeen gedeelte over jus constitutum of jus constituendum, in het 1e no. drie verhandelingen bevattende.

De eerste daarvan, van de hand van Jhr. Mr. O. Q. v. SWINDEREN, luidt: „Iets over den eed” en betoogt de wenschelijkheid tot afschaffing van die instelling op het gebied van het regt. Als overgangsmaatregel zou genoemde schrijver reeds aanstonds bepaald willen zien: Niemand worde gedwongen tot het afleggen van een eed, die verklaart daartegen, op welken grond ook, bezwaar te hebben. Dit ware, zegt Schr., reeds een belangrijke stap in de gewenschte rigting.

Belangrijk voorzeker, zoo belangrijk zelfs, dat dan de geheele getuigeneed wel kan wegvallen, want als die eed iets bijdraagt tot de waarborgen voor opregtheid der getuigen, dan is het duidelijk, dat wie overwegend bezwaar heeft tegen valsch zweren en niet tegen valsch getuigen, zich wel in geval hij van plan is, valsch te getuigen, zal verontschuldigen van 't afleggen van den eed.

Is het nu waar, wat Schr. zegt, dat de waarborg tegen valsch getuigen niet ligt in den eed, maar in de straf op valsch getuigenis, dan is het even weinig gevaarlijk, den getuigen-
eed geheel af te schaffen als dien voor wie maar wil niet-
verplichtend te stellen.

Of de ambtseed en de in burgerlijke gedingen opgedragen eed mede onder de door Schr. reeds aanstonds gewenschte wetsherziening begrepen zijn, schijnt niet duidelijk. *Gedwongen* tot den eed wordt daarbij eigenlijk niemand. Van den anderen kant geldt het daar een belofte voor de toekomst, die als zij geschonden wordt nog geen eigenlijke meined kan heeten (geen zweren in de wetenschap, dat men valsch zweert) of wel een eed, opgedragen ten gevolge van een door regter of tegenpartij vrijwillig gesteld vertrouwen. Minder dus dan bij getuigen (waarbij ook rapporterende deskundigen te voegen zijn) komt in deze gevallen de eed uit in zijn karakter van voorbehoedmiddel tegen onware opgaven of slechte handelingen.

Juist hier dus zou de vervanging van den eed door eene plechtig afgelegde belofte niet het bezwaar ontmoeten, zoo vaak geopperd tegen afschaffing of met afschaffing gelijk te stellen facultatiefmaking van den getuigeneed.

Doet *die* eed niets af tot de betrouwbaarheid der getuigenissen, dan kan men den geheelen eed wel uit de wetten wegnemen, zooals ook de conclusie is van Mr. KATZ in zijne recensie van de interpellatie-HEIJDENRIJCK over den eed en van VAN VLOTEN's brochure *„de Ministerieele Eedpreek ontleed.“*

Mede tot ingrijpende wetswijziging concluderend is de beschouwing van Mr. W. L. P. A. MOLENGRAAFF over de kanscontracten. Zoowel als aan de verzekering wil hij ook aan spel of weddenschap eene actie toekennen.

Dat artt. 252 en 253 K. in dat stelsel zouden moeten vervallen (nog al een gewichtig punt) schijnt consequent, maar zegt hij niet duidelijk. In jure constituto verdedigt hij tegenover Mrs. M. TH. GOUDSMIT en H. WIERSMA eene strenge opvatting van art. 254 K., die ook in de jurisprudentie steun vindt. Voor een volgenden keer kondigt hij een nadere uiteenzetting van het jus constituendum omtrent verzekeringen aan, die zeker wel ook om 't geen hij reeds gaf met veel belangstelling zal worden tegemoet gezien.

Eveneens verdient zeer de aandacht Mr. DRUCKER's bij-

drage: Regtshandeling en Regtsorde. Allezins principieele behandeling van het regt aanbevelende, zoo in de wetgeving ter voorkoming van verschil als ook in de wetenschappelijke bewerking, waar niet zelden de niet opzettelijk naar een resultaat zoekende wetenschap het meeste effect uitwerkt — komt hij toch na uitvoerige beschouwing van de wilstheorie en de vertrouwenstheorie bij overeenkomsten tot de conclusie, dat geen van beide als grondslag voor het contractenregt geheel aannemelijk is.

Z. i. zijn er drie elementen noodig voor eene regtshandeling.

1e *Handeling*, d. i. eene toerekenbare daad van een mensch.

2e. Het *hebben* of *beoogen* van *economische* gevolgen, d. i. van gevolgen, die verandering te weeg brengen in den socialen toestand.

3e. Het beoogde economische gevolg moet, *altans in 't algemeen*, door het regt worden gebillijkt en daarom als regtsgevolg erkend.

Het zou ons te ver heen voeren, in een eigenlijke beoordeeling te treden van het geheele *Rechtsgeleerd Magazijn*. Daarom beschouwe niemand het als kenteeken eener min gunstige opinie zoo wij de vele overige artikelen niet afzonderlijk vermelden.

Moge het nieuwe tijdschrift, dat op velerlei gebied reeds hier dezen, ginds genen collega zal ontmoeten, den bloemtuin van Nederlands regtsgeleerde literatuur steeds verrijken met nieuwe pracht en digtheid van gewassen!

Moge het de regtsbeoefening in Nederland steeds milder doen bloeijen!

Is de commissaris van eene naamlooze vennootschap van koophandel in die betrekking patentpligtig?
Decisie Ged. Staten van Zuidholland 14 Februari 1882.

In het loopende belastingjaar 1881/82 werd door de Administratie der Rijks directe belastingen eene proef genomen met het uitreiken van patentbladen aan en het op de kohieren brengen van personen, die de betrekking van commissarissen in onderscheidene naamlooze vennootschappen bekleedden. Tot grondslag van den aanslag werd genomen hetgeen als tantième of honorarium was genoten over het boekjaar 1880. De heeren X, Y en Z, commissarissen der *Zuidhollandsche Crediet-vereeniging* te 's Gravenhage, doleerden te dier zake bij Gedep. Staten.

In hoofdzaak bragten zij de volgende bedenkingen in:
„dat commissarissen dezer crediet-vereeniging niet worden
„gesalarieerd, maar volgens de statuten, wanneer de dividenden
„der aandeelhouders het bedrag van 5 pCt. te boven gaan,
„van de meerdere winst een tantième genieten, welk genoten
„bedrag over 1880 thans door de admin. tot grondslag van
„heffing is genomen; dat adressanten zich hierover niet
„zouden beklagen, indien hunne tegenwoordige betrekking
„tot genoemde naamlooze vennootschap een patentpligtig
„beroep ware;

„dat dit echter h. i. in geenen deele het geval is; dat
„immers in Tabel XI alinea 1 der Patentwet wel worden
„genoemd *de beheerders* (Fransche tekst: *les administrateurs*)
„van alle vennootschappen van koophandel, maar niet die
„aandeelhouders, die van wege hunne mede-aandeelhouders
„toezigt op de beheerders uitoefenen, m. a. w. *de commissarissen*;

„dat deze bedoeling van den wetgever te duidelijker in
„het oog valt, wanneer men opmerkt:

„1. dat in de artt. 29 tot 37 Code de Commerce, die
 „van kracht was in 1819, toen de Patentwet werd uitge-
 „vaardigd, door het woord *administrateurs* uitsluitend worden
 „verstaan diegenen die thans *directeuren* plegen genoemd te
 „worden, en van commissarissen niet wordt gesproken;

„2. dat hoewel in art. 36 tot 56 Wetboek van Koop-
 „handel de commissarissen van naamlooze vennootschappen
 „meermalen worden genoemd, echter ook bij dit Wetboek
 „uitdrukkelijk aan de vennoten is overgelaten, of zij zelve
 „het toezigt op het beheer van directeuren willen uitoefenen,
 „dan wel aan eenigen uit hun midden, commissarissen, willen
 „opdragen;

„3. dat dus moet worden aangenomen, dat de wetgever
 „alleen aan Directeuren als patentpligtigen uithoofde van
 „hunne betrekking heeft gedacht, hetwelk ook zeer natuur-
 „lijk is, omdat de aandeelhouders als zoodanig reeds door
 „de belasting, vermeld in tabel IX, waren getroffen. Het
 „spreekt van zelf dat het kenmerkend onderscheid niet is
 „gelegen in *de benaming van commissarissen*; zoo iemand
 „onder die benaming belast wierd met het beheer, zou hij
 „terecht worden aangeslagen; het kenmerk van de patent-
 „pligtigheid is *het beheer* in tegenoverstelling met *het*
 „toezigt;

„4. dat bij de bedrijven en zaken in alinea 3 en 4 van
 „tabel XI genoemd, in onderscheiding van die in de vorige
 „alinea's vermeld, wèl als patentpligtig zijn genoemd *de*
 „opzieners (Fransche tekst: *les surveillants, conducteurs de*
 „*travaux*), waaromtrent de Hooge Raad bij arrest van 17
 „Januarij 1871 (*Ned. Regtspr.* deel XCVII bl. 39) heeft
 „beslist, dat een gesalarieerd controleur van eene beleenbank,
 „van wege eene gemeente belast om toezigt of opzigt te
 „houden over de beambten aan die bank, wel patent-
 „pligtig is;

„5. dat uit de vergelijking tusschen de verschillende
 „alinea's van tabel XI volgt, dat bij de vennootschappen
 „van koophandel de toezigthebbende deelhebbers niet zijn
 „bedoeld, zoo als ook blijkt uit de kritische opmerking

»van Prof. N. G. PIERSON in *de Gids* van October 1881,
 »bl. 43, alwaar hij den wetgever laakt, die, volgens hem,
 »op de tantièmes van commissarissen in naamlooze vennoot-
 »schappen geen acht heeft geslagen; (1)

»6. dat bij art. 19 der statuten van de Crediet-vereeni-
 »ging is bepaald dat het dagelijksch beheer is opgedragen
 »aan twee directeuren, en bij art. 28 dat het toezigt over
 »de handelingen der directeuren wordt uitgeoefend door
 »commissarissen, te kiezen uit de aandeelhouders; dat de
 »werkzaamheden en bevoegdheden van commissarissen in
 »genoemde statuten breedvoerig zijn omschreven, maar daar-
 »onder geen daden van beheer voorkomen,” enz.

Bij resolutie van 14 Februarij II., B. no. 262, 3e afd.,
 hebben Gedeput. Staten van Zuidholland de volgende uit-
 spraak gedaan, die, zoo als men weet, in het eerste en
 hoogste ressort is:

»Overwegende, dat de betrekking van commissaris bij eene
 »naamlooze vennootschap, in art. 43 en volgende Wetb.
 »van Kooph. bedoeld, in de tabellen bij de Patentwet gevoegd
 »nergens met name is vermeld;

»O., dat controleurs en zettters echter de reclamanten als
 »patentpligtigen en wel naar tabel XI hebben aangeslagen;

»O., dat het patentregt, zoowel naar zijne geschiedenis
 »als naar de positieve letter der thans geldende wet, in
 »principe alleen ten doel heeft het treffen van den handel,
 »de beroepen, de bedrijven, de handwerken en de neringen;

»dat, wel is waar, velerlei, vroeger en later in de gean-
 »nexeerde tabellen opgenomen, niet met dat principe strookt,
 »en dat onbetwistbaar desniettemin voor die bepaalde gevallen
 »patentpligtigheid bestaat, nademaal die tabellen (art. 4)
 »geacht moeten worden één geheel met de wet uit te maken;

»dat niettemin, waar, zoo als *in casu*, op geen expresse
 »vermelding in een dier tabellen kan worden gewezen, de

(1) Ter aangeh. plaatse noemt die Hoogleeraar de tantièmes van Directeuren ook als onbelast; dit is echter eene dwaling; deze strekken (met het vaste salaris) als grondslag hunner aanslagen. (INZ.)

„vraag zich opdoet of er termen zijn voor assimilatie ex
 „art. 5, alsdan vóór alles moet worden onderzocht, of er
 „naar het hoofdbeginsel der wet in het algemeen patentplig-
 „tigheid bestaat, al dan niet;

„O. te dien opzichte, dat volgens dat beginsel, erkend bij
 „art. 1 van de wet, uitsluitend patent wordt gevorderd voor
 „handel, beroep, bedrijf, handwerk en nering; en dat bij
 „rigtige definitie van ieder dier categoriën, het ondernemen
 „van zaken of het verrigten van arbeid met het doel om
 „winst te behalen een onmisbaar criterium is;

„O. nu, dat dit criterium bij de betrekking van com-
 „missaris eener naamlooze vennootschap (immers waar, als
 „in casu, van deelneming aan het *beheer* niets hoegenaamd
 „blijkt) ontbreekt;

O, dat wel is waar bij gunstigen gang van zaken het
 „genot van een zeker gedeelte in de overwinst aan die
 „betrekking is verbonden, doch dat haar aard en wezen, zoo
 „als het Wetb. van Kooph. en de betrekkelijke statuten in
 „het bijzonder die hebben omschreven, ten eenenmale zouden
 „worden miskend, bijaldien men de uitoefening van toezigt
 „op de handelingen der beheerders wilde opvatten als een
 „beroep of bedrijf, met het behalen van eigen voordeel tot
 „doel;

O. dat mitsdien patentpligtigheid ex art. 1 der wet *in*
 „casu niet bestaat en derhalve art. 5 ten onregte is toegepast;

„Gezien de aangehaalde artikelen benevens art. 28 der
 „voormelde wet;

„Hebben besloten aan de reclamanten ontheffing te ver-
 „leenen van den aanslag, waartegen de reclame is gerigt,
 „ten bedrage,” enz.

Uit het jongst verschenen Regerings-Verslag over den staat van het Onderwijs blijkt o. a., wat het HOOGER ONDERWIJS betreft, het volgende

Het getal ingeschreven studenten bedroeg over 1879—'80 aan de drie Rijks-Universiteiten:

| Te | Officiële Opgave. | Naar den Studenten- Almanak. |
|-----------|----------------------|------------------------------------|
| Leiden | 514 | 769 |
| Utrecht | 385 | 550 |
| Groningen | 251 | 300 |
| Totaal | 1150 | 1619 |

Hieruit blijkt dat het getal der aan de Rijks-Universiteiten aanwezige studenten, even als in de drie vorige jaren dat der ingeschrevenen weder aanmerkelijk overtrof.

Van de ingeschrevenen waren in de *faculteit der rechtsgeleerdheid*:

| Voor den hoeveelsten keer. | Te Leiden. | Te Utrecht. | Te Groningen. |
|-------------------------------|---------------|----------------|------------------|
| 1sten | 82 | 26 | 24 |
| 2den | 39 | 17 | 10 |
| 3den | 23 | 10 | 9 |
| 4den | 40 | 4 | 11 |
| 5den | 40 | 12 | 10 |
| 6den | 8 | 2 | 1 |
| 7den | 8 | 6 | — |
| 8sten | 2 | 1 | — |
| 9den | — | 1 | — |
| 10den | — | — | — |
| 11den | 1 | — | — |
| 12den | — | — | — |
| 13den | — | — | — |
| Totaal. | 243 | 79 | 65 |

Nopens de *wilkomsten van het onderwijs* wordt, in het verslag betrekkelijk de faculteit der rechtsgeleerdheid, het volgende opgemerkt:

Leiden. «Ook in de faculteit der rechtsgeleerdheid vonden de meeste hoogleeraren in de mate van ontwikkeling en kennis en in de vorderingen der studenteu geen reden tot bijzondere opmerkingen. Hoewel de lessen over uitlegging van rechtsbronnen en over politieke geschiedenis wegens gebrek aan toehoorders niet werden gehouden, gaven daartegen verscheiden hoogleeraren lessen die niet aangekondigd waren of *privatissima*, en verklaart de hoogleeraar BUIJS dat zijne studenten de verschillende lessen met veel ijver en belangstelling hebben gevolgd. Wat betreft de studie van het Romeinsche regt, was het oordeel van den hoogleeraar GOUDSMIT over de studenten betrekkelijk gunstig, maar merkt de lector Mr. D'ABLAING op, dat het streven der meesten om het candidaats-examen één jaar na het propaedeutisch examen af te leggen schadelijk werkt, daar toch het beter inzicht in de wetenschap

bij de meesten te korten tijd vóór het candidaats-examen doorbreekt, dan dat men zich van hunne studie goede vruchten zou voorstellen; waarmede zamenhangt het blijvend verschijnsel, dat geen student geneigdheid toont eene bijzondere vakstudie van het Romeinsche regt te maken; het aantal dergenen die bij herhaling het collegie over Romeinsch regt bezoeken is uiterst gering. De hoogleeraar VAN DER VLUGT deelt mede, dat op de candidaats-examens de kennis van de encyclopaedie der regtswetenschap, zooals zij op het collegie geleerd was, over het geheel geene reden tot ontevredenheid gaf; dat echter meer dan eens de bijkbare afwezigheid zelfs van de meest elementaire historiekennis, de verbazing der faculteit wekte; feiten werden in den regel beter dan redeneringen weergegeven. Uit de afgelegde candidaats-examens bleek aan den hoogleeraar GREVEN, dat de kennis der staathuishoudkunde vooruitging."

Utrecht. "In de faculteit der regtsgeleerdheid werd geklaagd over slecht collegiebezoek. Het gemiddeld aantal toehoorders was in vergelijking met het aantal studenten zeer gering. Ook het oordeel over de ontwikkeling en de kennis der studenten was niet gunstig. Een der hoogleeraren verklaart dat bij de examens bleek, dat de kennis in vele gevallen gering en de algemeene ontwikkeling uiterst gering was; op het gebied der geschiedenis toonden velen zich volstrekt onbekend met gebeurtenissen, waarmede de leerling der lagere school bekend behoorde te zijn. "In beide opzigten meen ik", aldus vervolgt bedoelde hoogleeraar, "dat er sedert eenige jaren een bedroevende teruggang te bespeuren is. Ook de belangstelling vermindert. De studie bepaalt zich meer en meer tot examenstudie; de lessen worden, behoudens enkele loffelijke uitzonderingen, ongeregeld gehouden en door sommigen in het geheel niet gevolgd."

Groningen. "Het oordeel der hoogleeraren en verdere docenten over de mate van ontwikkeling en verkregen kennis der studenten, was bevredigend; het oordeel over de studenten, wat betreft hunne vorderingen in vergelijking met vorige jaren, was vrij gunstig. — In de juridische faculteit hadden praktische oefeningen plaats."

Ter Gemeente-Universiteit te Amsterdam telde men in 1879—80 440 ingeschreven studenten, zijnde 60 meer dan het jaar te voren. Het aantal militaire studenten bedroeg 162, dat der hoorders 224 (gezamenlijk 602). In de regtsgeleerdheid telde men 64 studenten.

In laatstgemelde faculteit worden afgenomen: candidaats-examens 10, waarbij geslaagd c. l. 1, geslaagd 7, afgewezen 2; — doctoraal-examens 13, alle geslaagd; promotiën 5, mede alle geslaagd.

In 1880 beliep het zuiver bedrag der uitgaven voor de drie Rijks-Universiteiten door het Rijk f1,241,328; voor die te Amsterdam, door de prov. Noordholland f10,000, en door de gemeente Amsterdam f546,392; te zamen f1,797,720; hetgeen f366,539 meer was dan het jaar te voren.

STAAT, aanwijzende de afgelegde EXAMINA aan de Rijks-Universiteiten.

| Rijks- Universiteit te | Candidaats- examen. | | | | Doctoraal examen. | | | | | | | | Examen voor de Ind. dienst. | | | |
|------------------------------|------------------------|------------------------|-----------|------------|-------------------|------------------------|-----------|------------|---------------|------------------------|-----------|------------|--------------------------------|------------------------|-----------|------------|
| | | | | | Regtswetensch. | | | | Staatswetens. | | | | | | | |
| | Getal. | Geslaagd cum laude. | Geslaagd. | Afgewezen. | Getal. | Geslaagd cum laude. | Geslaagd. | Afgewezen. | Getal. | Geslaagd cum laude. | Geslaagd. | Afgewezen. | Getal. | Geslaagd cum laude. | Geslaagd. | Afgewezen. |
| LEIDEN. | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 1880—'81 | 65 | 1 | 42 | 22 | 46 | — | 29 | 17 | 12 | 1 | 8 | 3 | — | — | — | — |
| 1879—'80 | 94 | 4 | 67 | 23 | 81 | — | 58 | 23 | 8 | — | 7 | — | 1 | — | 1 | — |
| UTRECHT. | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 1880—'81 | 24 | 3 | 14 | 7 | 29 | — | 20 | 9 | 5 | — | 3 | 2 | — | — | — | — |
| 1879—'80 | 17 | 1 | 11 | 5 | 24 | — | 16 | 8 | 2 | — | 2 | — | — | — | — | — |
| GRONINGEN | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 1880—'81 | 14 | 1 | 13 | — | 7 | 1 | 5 | 1 | — | — | — | — | — | — | — | — |
| 1879—'80 | 14 | — | 13 | 1 | 7 | — | 7 | — | 2 | — | 1 | 1 | — | — | — | — |
| TOTAAL in | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 1880—'81 | 103 | 5 | 69 | 29 | 82 | 1 | 54 | 27 | 17 | 1 | 11 | 5 | — | — | — | — |
| 1879—'80 | 125 | 5 | 91 | 29 | 112 | — | 81 | 31 | 12 | — | 10 | 2 | 1 | — | 1 | — |

Het getal PROMOTIEN in de regtsgeleerdheid aan de drie Rijks-Universiteiten wordt in den volgenden staat aangewezen:

| Universiteiten te | Regtswetenschap. | | | | | Staatswetenschap. | | | | |
|----------------------|------------------|----------|----------|------------------------|-------------------------|-------------------|----------|----------|------------------------|-------------------------|
| | Getal. | Publiek. | Privaat. | Geslaagd cum laude. | Geslaagd. Afgewezen. | Getal. | Publiek. | Privaat. | Geslaagd cum laude. | Geslaagd. Afgewezen. |
| LEIDEN. | | | | | | | | | | |
| 1880—'81. | 45 | 1 | 44 | 2 | 43 | — | 7 | — | 7 | — |
| 1879—'80. | 65 | 4 | 60 | 6 | 58 | 1 | 4 | 1 | 3 | 1 |
| UTRECHT. | | | | | | | | | | |
| 1880—'81. | 15 | — | 15 | — | 15 | — | 3 | — | 3 | — |
| 1879—'80. | 22 | — | 22 | — | 22 | — | — | — | — | 3 |
| GRONINGEN. | | | | | | | | | | |
| 1880—'81. | 8 | — | 8 | — | 8 | — | — | — | — | — |
| 1879—'80. | 4 | — | 4 | — | 4 | — | — | — | — | — |
| TOTAAL in | | | | | | | | | | |
| 1880—'81. | 68 | 1 | 67 | 2 | 66 | — | 10 | — | 10 | — |
| 1879—'80. | 91 | 4 | 86 | 6 | 84 | 1 | 4 | 1 | 3 | 1 |

LIJST VAN NIEUW UITGEKOMEN RECHTSGELEERDE WERKEN.

Nederlandsche literatuur.

- Artikelen (De)* van het nieuwe strafwetboek, die voor de geneeskundigen meer bijzonder van belang zijn te achten. Met overzicht der beraadslagingen in de St.-Gen. Rapport aan den Geneeskundigen Raad van N. Holland. (Door Dr. J. TEIXEIRA DE MATTOS en Dr. C. M. J. WILLEUMIER). Amsterdam, BRINKMAN en v. D. MEULEN. Gr. 8vo., 54 blz.
- DIEPHUIS, Mr. G., Het Nederl. Burgerlijk Regt. VIe Dl. (Het VIIIe is ter perse). Groningen, J. B. WOLTERS.
- FRUIN, Mr. J. A., De Nederlandsche Wetboeken, zooals zij tot op het einde van 1881 zijn gewijzigd en aangevuld. Bijgewerkte uitgaaf. J. L. BEIJERS, M. NIJHOFF en HENRI J. STEMBERG.
- MELLINK Pz., F. G., Vorst en volk, een overzicht van de tegenwoordige en vroegere staatsinrichting van Nederland en zijne Koloniën. 's Hage, HENRI J. STEMBERG. Post 8vo., 190 blz.
- MULLER, Dr. P. L., Regesta Hannonensia Lijst van oorkonden, betreffende Holland en Zeeland, 1299—1345, die in het charter van VAN MIERIS ontbreken. Uitgegeven van wege de Kon. Academie van Wetenschappen. 's Hage, MART. NIJHOFF. Roy. 8vo., 342 blz.
- Regterlijke Organisatie van Nederl. Indië* (door Mr. A. J. IMMINK). Uitgegeven met magtiging van Z. E. den Minister van Koloniën. 's Hage, HENRI J. STEMBERG. Roy. 8vo., 532 blz.
- SNIJDER VAN WISSENKERKE, Mr. F. W. J. GEORGE, Neerlands Staatsinrichting en die zijner Koloniën. Een leesboek voor school en volk. 's Hage, HENRI J. STEMBERG. 16vo., 236 blz.
- Wet (De) op het Lager Onderwijs* (van 17 Aug 1878, *Stbl.* no. 127), geschetst en toegelicht door G. L. VAN DEN HELM. 's Hage, GEBR. BELINFANTE.
- Wet van den 3 Maart 1881, Stbl.* 35, tot vaststelling van een Wetboek van Strafrecht. Met aantekeningen en alph. Register, door L. N. SCHUURMAN en P. H. JORDENS. Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK. Sm. 8vo., 136 blz.
- Wetboeken (De Nederl.-Indische)*, benevens de Grondwet voor het Kon. d. Nederlanden, het Reglement op het beleid der Regering van Ned.-Indië en de belangrijkste der daarmede in verband staande algemeene Verordeningen, met verwijzing naar de tot elk art. betreffelijke Ned.-Ind. en Fransche wetsbepalingen, zooals zij tot op 9 Dec. 1881 zijn gewijzigd en aangevuld, door Mrs. F. G. A. REITZ en L. A. DE FILLETAZ-BOSQUET, met een voorbericht van Mr. L. W. C. KEUCHENIUS. 's Hage, GEBR. VAN CLEEF. Sm. 8vo., 1353 blz.

Belgische literatuur.

- LAURENT, F., Droit civil international 6e vol. In-8. Bruxelles, BRUYLANT-CHRISTOPHE ET CIE.
- BELTJENS, G., Les codes belges annotés. Gr. in-8 à 2 col., 1423 p. Bruxelles, BRUYLANT-CHRISTOPHE ET CIE.
- NYSSSENS, A., et H. DEBAETS, Commentaire législatif du Code de commerce belge, tiré des discussions et des travaux parlementaires. Bruxelles, F. LARCIER.
- MIGCHEM, H. VAN, Notice sur la police des étrangers sous le rapport des droits et les devoirs des administrations communales et des mesures préventives et coercitives dont les étrangers peuvent être l'objet en Belgique. 2e éd. Gr. in-8.
- PEETERS, L. J., L'office du secrétaire communal. In-8, 247 p. Bruxelles, DEQU ET DUHENT.
- Du régime légal des plantations le long des chemins de fer. (Extr. de la *Revue comm. et jurid. des chem. de fer*). In-8, 42 p., Bruxelles. (Ce travail, dû à M. Is. L'HOEST, avoc. à Liège, est divisé en trois parties.
La première, la plus importante, comprend les règles propres aux plantations faites pour l'aménagement des propriétés riveraines; — la seconde, concerne les plantations faites sur les terrains dépendant de la route; — la troisième, contient les règles communes aux deux catégories de plantations dont on vient de parler).
- RODENBACH, Dictionnaire résumé des droits d'enregistrement. 2e liv., le part. In-8, 160 p. Bruxelles, F. LARCIER.
- PICARD, EDM., avoc., De la confection vicieuse des lois en Belgique et des moyens d'y remédier. 2me éd., 153 p., in-8. Bruxelles, F. LARCIER.

Fransche literatuur.

- Histoire générale des traités de paix et autres transactions principales entre toutes les puissances de l'Europe depuis la paix de Westphalie. Ouvrage comprenant les travaux de KOCH, SCHOELL, etc., entièrement refondu par M. le comte DE GARDEN. 14 vol., in-8. Paris, LE POULTEL.
- Répertoire des Traités de paix, d'alliance, de commerce, etc., conventions et autres actes conclus entre toutes les puissances du globe, principalement depuis la paix de Westphalie jusqu' à nos jours.
- Table générale de nombreux recueils, State papers, etc. Ouvrage publié sous les auspices du département des affaires étrangères, par M. TÉTOT. Partie alphab. et partie chronol. 2 vol., gr. in-8. Paris, LE POULTEL.
- A. GERMOND DE LAVIGNE, Tableau Résumé des diverses conventions internationales entre la France et les Etats de l'Europe pour la garantie des oeuvres d'esprit et d'Art. In-18, 36 p. Paris, Cercle de la Libr.

- GUELLE, J., Droit international. La guerre continentale et les personnes. In-8. Paris, A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL.
- BOECK, CH. DE, De la propriété privée ennemie. Un fort vol., in-8. Paris, A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL.
- WORMS, EM., Le Droit au regard de l'Economie politique. In-8. Paris, A. CHEVALIER-MARESCQ.
- SÉGÉRAL, A., Code international, ou Traité théor. et prat. des attributions des juges de paix et des consuls après le décès des étrangers. In-8, 162 p. Bordeaux, l'auteur.
- DELOUME, A., Principes généraux du droit international en matière criminelle. In-8. Paris, E. THORIN.
- GLASSON, E., Le Mariage civil et le Divorce dans les principaux pays de l'Europe, précédé d'un aperçu sur les origines du droit moderne : étude de législation comparée. In-18, 277 p. Paris.
- TOUZAND, D., Des effets de commerce, étude de législation comparée. In-8, 304 p. Paris, LAROSE ET FORCEL.
- Annuaire de législation étrangère, publié par la soc. de légis. comparée, contenant la traduction des principales lois votées dans les pays étrangers en 1880. Xe année, 1881, Gr. in-8. Paris, A. COTILLON ET CIE.
- RUBEN DE COUDER, J., Résumé de répétitions écrites de dr. romain. 6e éd., ent. remaniée. In-18, 860 p. Paris, CHEVALIER-MARESCQ.
- BOEUF, F., Résumé de répétitions écrites sur le code civil. T. II. In-12, 216 p. Paris, DAUVIN FRÈRES.
- GOURAINCOURT, P. A. M., Traité du droit de grâce sous la République. In-8. Paris, A. ROUSSEAU.
- AUCOC, P., Conférences sur l'administration et le droit administratif. T. III. Paris, DUNOD.
- Lois administratives françaises, recueil méthodique contenant : 1^o les lois, décrets et règlements ; 2^o les dispositions qui ont précédé la légis. en vigueur. Par MM. VAUTRIN et A. BATBIE. Supplément et tables. L'ouvrage complet, 2 vol., in-8. Paris, A. COTILLON ET CIE.
- PÉGAT, J., Instruction civique. La Commune, le Département, l'Etat ; Notion de droit public et administratif. In-18, 238 p. Paris, PUËTOIS-CRETTÉ.
- Des Contrats ou des obligations conventionnelles en général. T. VIII. Par C. DEMOLOMBE [Tome 31 du Cours du Code civil.] Paris, A. MARESCQ AÎNÉ.
- JOUITON, L., Etude sur le système du régime dotal. In-8. Paris, A. CHEVALIER-MARESCQ.
- POULTIER, R., Etude sur la prescription de l'hypothèque, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 180 p. Paris, ROUSSEAU.
- MILLION, L., Le contrat d'engagement entre les ouvriers, domestiques ou gens de travail et les patrons ou maîtres. In-8, 61 p. Paris, HENNUYER.

PORÉE, H., De la propriété des atterrissements produits par des travaux publics. In-8, 58 p. Paris, MARCHAL, BILLARD ET CIE.

AGNEL, E., et CARRÉ, Code-manuel des propriétaires et locataires de maisons, hôteliers, aubergistes et logeurs; ouvrage dans lequel sont exposés méthodiquement leurs obligations et leurs droits respectifs d'après le texte des lois, etc. In-18, 710 p. Paris, MARCHAL, BILLARD ET CIE.

Lois de la Procédure civile et commerciale de CARRÉ et CHAUVEAU ADOLPHE. 5e édit., 11 tomes en 13 vol., in-8. Le Tome III *du Supplément alphabétique et analytique*; contenant, avec le résumé succinct de ce traité, le tableau complet de la jurispr. et de la doctrine jusqu'à ce jour, par G. DUTRUC. (Le Tome IV sous presse). Paris, MARCHAL, BILLARD ET CIE.

LYON-CAEN, C., et L. RENAULT, Précis de droit commercial comprenant le commentaire du code de commerce et des lois qui s'y rattachent, suivi d'une table des textes expliqués et d'une table analytique développée. Fasc. 2; in-8, p. 401—728. Paris, COTILLON ET CIE.

LYON-CAEN, C., De la jurisprudence commerciale et industrielle en 1879 et 1880. In-8, 62 p. Paris, id.

Code de Commerce allemand et loi allemande sur le change, traduits et annotés par MM. P. GIDE, J. FLACH, CH. LYON CAEN et J. DIETZ. Un vol., gr. in-8. Paris, A. COTILLON ET CIE.

DESJARDINS, A., Traité de droit commercial maritime. T. III: Traité des gens de mer; Traité du contrat d'affrètement; Du transport des passagers par mer (Commentaire du livre 2, titres 5, 6 et 8 du C. de Comm. et droit comparé). Commentaire de la loi du 29 janvier 1881 sur la marine marchande. In-8, 726 p. Paris, PEDONE-LAURIEL.

DELOISON, G., Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères, contenant: 1^o. Commentaire et examen critique des lois françaises et étrangères; législation comparée; 2^o. Textes des lois françaises, abrogées ou en vigueur, ainsi que les textes des lois étrangères (belge, allemande, italienne) et les projets de loi suisse et italien; 3^o. Tableau synoptique de la jurisprudence en matière de sociétés commerciales. 2 vol., in-8, 940 p. Paris, PICARD.

Deutsche literatur.

BLUNTSCHLI, J. K., Geschichte d. neueren Staatswissenschaft, allgem. Staatsrecht u. Politik. Seit d. 16. Jahrh. bis zur Gegenwart. 3. Aufl. gr. 8. (VIII, 763 S.) München, OLDENBURG. (Geschichte der Wissenschaften in Deutschland. B. I).

BRUNS, C. G., fontes juris romani antiqui. Ed. IV. auctior emendatior. Accessit supplementum TH. MOMMSENI. gr. 8. (XIV, 341 u. Suppl. 7 S.) Freiburg i/Br., MOHR.

BRUNS, kleinere Schriften. 2 Bde. gr. 8. (XXXIII, 375 u. IV, 499 S.) Weimar 1882, BÖHLAU.

THEMIS,

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

IVe VERZAMELING, — Dertiende Jaargang.

XLIIIste Deel, — DERDE STUK.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

STAATSREGT. — *Artikelen 15 en 20 der wet op de Jacht en Visscherij.*

De Januari-aflevering van dit tijdschrift bevat een artikel van Mr. DE RIDDER over de poging tot het jachtfeit, waarin de schrijver eene opvatting van de hoofdbeginselen der jachtwet verdedigt, die, voor zoover mij bekend, door de jurisprudentie niet wordt gedeeld, en m. i. aan zeer ernstige bedenkingen onderhevig is.

Het uitvoerig betoog van den schrijver komt hierop neer, dat de jachtwet de poging tot het jachtfeit in onderscheiding van het voltooid jachtfeit erkent. Dat in art. 15, 1e ged., uitsluitend sprake is van het voltooid jachtfeit met geoorloofde middelen, en in het slot van dat art. zoo van het voltooid jachtfeit met verboden middelen als van de poging daartoe, terwijl art. 20 de strekking zou hebben de poging tot het jachtfeit met geoorloofde middelen (poging tot jagen) strafbaar te stellen.

Hoezeer hulde brengende aan de scherpzinnigheid waarmee de schrijver deze stellingen heeft verdedigd, acht ik ze onjuist.

M. i. kan er van juridieke poging tot eenig jachtfeit geen sprake zijn.

Het doel van den overtreder der jachtwet is het bemeeisteren van wild. Mr. DE RIDDER geeft toe dat het doel niet geheel bereikt behoeft te zijn om het voltooid jachtdelict

daar te stellen. Het is genoeg daartoe pogingen in het werk gesteld te hebben. De poging stelt dus reeds het voltooid delict daar: voor juridische poging blijft alzoo geen plaats over.

Het is niet mogelijk eene juiste definitie van jagen te geven waarin het woord „poging” of een ander woord van gelijke beteekenis niet voorkomt.

Mr. DE RIDDER geeft de volgende definitie: „de voltooide „aanwending van elk niet verboden middel om wild op te „sporen, te bemachtigen of te doodden”; dus het aanwenden van een middel om wild op te sporen enz.

Naar zijne meening wordt zoodanig middel aangewend door iemand die b. v. met een geweer in jagende houding zich in het jachtveld bevindt.

Maar ik vraag, is dat nu een middel om wild op te sporen of te bemachtigen?

Die zich onder zoodanige omstandigheden in het jachtveld bevindt, mag voorzeker geacht worden zich met het doel om wild te bemachtigen in het veld te bevinden, en daar hij voorzien is van een der geoorloofde middelen om dat doel te bereiken, moet hij geacht worden getracht of gepoogd te hebben wild op te sporen en te bemachtigen op geoorloofde wijze, d. i. gejaagd te hebben. Zoolang hij echter niet op wild heeft geschoten, kan men niet zeggen dat hij het middel heeft aangewend. Van voltooide aanwending van een middel om wild te bemachtigen kan geen sprake zijn, zoolang er nog een handeling van den mensch noodig is, om het doel, dat hij zich bij de aanwending van dat middel voorstelt, te bereiken.

Iets anders is het wanneer de poging om wild te bemachtigen plaats heeft met behulp van een strik; dan is het middel aangewend zoodra de strik is gezet. Het is vermoedelijk met het oog hierop dat de wetgever van middelen naast pogingen heeft gesproken. Ten opzichte van de beteekenis van het woord „middel” in art. 15 geeft de geschiedenis der wet geen licht. Bij de beraadslaging over dat artikel gebruikte de regeering dat woord nu eens in den zin waarin

Mr. DE RIDDER het opvat, dan weder in de beteekenis van werktuigen waarmede het wild wordt bemachtigd.

De definitie van jagen van Mr. DE R. vindt hare verklaring in zijne meening „dat wanneer in deze materie van een delicts-object sprake is, aan niets anders valt te denken dan aan het tot het plegen der overtreding gebezigd terrein“. De schrijver heeft echter bij deze stelling te veel het oog op art. 2 der jachtwet, dat bescherming van des grondeigenaars uitsluitend recht tot toeëigening van het op zijn land aanwezig wild ten doel heeft. Hij vergeet echter dat bij het jagen op eigen grond zonder akte, het jachtveld toch niet het delictsubject kan zijn.

De definitie van jagen die de wet zelf aan de hand geeft, is deze: „het aanwenden van pogingen of middelen om wild op te sporen, te bemachtigen of te dooden, op de wijzen in art. 15 litt. a tot en met h opgenoemd. De woorden „alle andere pogingen of middelen enz.“ in al. 2 duiden aan, dat in al. 1 ook sprake is van pogingen of middelen om wild op te sporen enz.

Mr. DE R. zegt nu wel dat de wet in art. 15 al. 2 naast alle andere middelen, andere pogingen *met die middelen* stelt, maar de woorden van het artikel geven niet de minste aanleiding om deze bedoeling bij den wetgever te veronderstellen. Wanueer in al. 2 juridische poging was bedoeld, dan zou toch het voltooid delict wel in de eerste plaats genoemd zijn. Ik zal geenszins de redactie van art. 15, zoo min als van menig ander artikel der jachtwet, verdedigen, maar meen niettemin dat uit het verband van al. 1 en 2 van dat art. de gevolgtrekking moet worden gemaakt dat de wet onder jagen verstaat, het aanwenden van pogingen of middelen om wild op te sporen enz. op een der wijzen in al. 1 opgenoemd. En nu moge het voor Mr. DE R. een raadsel zijn hoe men tot die gevolgtrekking kan komen, m. i. mag het veeleer raadselachtig heeten, hoe men kan meenen dat de wetgever het voltooid jachtfeit willende definieeren als het aanwenden van een middel om wild op te sporen enz., en daarnaast de poging tot het aanwenden

van zoodanig middel willende stellen, tot de redactie zou zijn gekomen van art. 15 al. 2, „alle andere pogingen of middelen enz.“

Pleiten alzoo de woorden der wet niet voor de bestreden opvatting van art. 15, evenmin is dit het geval met art. 20. Reeds is het in het systeem van Mr. DE R. onverklaarbaar, dat de wetgever, de poging tot jagen naast het voltooid jagen willende erkennen en strafbaar stellen, dit niet zou hebben gedaan in art. 15. De plaats die het artikel in de wet inneemt strookt reeds niet met de bestreden verklaring van hetzelfde. Doch ook de woorden geven geen den minsten grond voor de meening dat het artikel juist de poging tot een der jachtbedrijven die de wet als jagen qualificeert, op het oog heeft.

Mr. DE R. grondt zijne opvatting van art. 15 juncto art. 20 der jachtwet, hoofdzakelijk op de geschiedenis van die artikelen, en het is daarom noodig na te gaan, of die geschiedenis zijne opvatting rechtvaardigt.

Volgens het ontwerp luidde de aanhef van art. 15 oorspronkelijk als volgt: „De geoorloofde jachtbedrijven zijn de volgende enz., en de slotalinea als volgt: „alle andere „pogingen of middelen om wild op te sporen, te bemachtigen „of te dooden zijn verboden.“

De regeering wijzigde, staande de beraadslaging, deze redactie, door de definitie van jagen, die zij aan het slot van art. 18 had geplaatst, over te brengen naar art. 15 en aan het slot de beide laatste alinea's aan het artikel toe te voegen, en soortgelijke bepalingen uit art. 18 weg te nemen. Terecht merkte de regeering op dat de definitie van jagen niet moest verscholen zijn in een hoek van art. 18, maar moest geplaatst zijn aan het begin van het art., waarin het onderwerp van het al of niet geoorloofd jagen wordt behandeld. In het systeem der regeering, waarin scherp moest worden onderscheiden tusschen het geoorloofd en ongeoorloofd jachtbedrijf, en alleen het eerste als „jagen“ mocht worden aangemerkt, was de andere wijziging ook eene verbetering. Zeer juist toch merkte de minister aan, dat in

art. 18, waarvan de aanhef luidde: „Het is verboden te *„jagen enz.*„, niet iets mocht worden opgenoemd dat geen geoorloofd jachtbedrijf is en dus geen jagen kan zijn. Vreemd is het echter dat de minister het amendement, waardoor litt. *f* in art. 18 is gebracht, niet op denzelfden grond heeft bestreden. Ook hier toch heeft men te doen met een ongeoorloofd jachtbedrijf.

Uit de beraadslagingen nu over art. 15 blijkt met geen woord dat met *„pogingen*” in de voorlaatste alinea juridische poging wordt bedoeld.

Men mag dan ook niet veronderstellen dat de regeering zoo zij bij het ongeoorloofd jachtbedrijf aan poging in onderscheiding van het voltooid delict hadde gedacht, van de poging tot het geoorloofd jachtbedrijf zou hebben gezwegen. Tot deze conclusie zou men dan toch moeten komen, want de bepaling van art. 20, die volgens Mr. DE R. zou moeten strekken om de poging tot jagen te verbieden, kwam in het ontwerp der regeering niet voor.

Ik zal thans de opvatting van Mr. DE R. van art. 20 aan de geschiedenis toetsen.

Het artikel luidde in het ontwerp als volgt: „Het is verboden zonder de vereischte jachtakte of in gesloten jachtijd, met schietgeweer, valken, havikken of honden, welke loslopende geen houten slependen kruisbeugel aan den hals hebben hangen, zich in het veld te bevinden buiten openbare wegen en voetpaden, ten ware men voorzien zij van het consent in art. 16 of van de buitengewone machtiging in art. 27 bedoeld. De bepaling van dit art. is niet van toepassing op die honden, welke zich bevinden op gronden waarvan de eigenaar van den hond het jachtrecht bezit, noch op koe- of schaapherdershonden, indien zij ter hoeding van en met het vee in het veld zijn. Het opsporen, drijven of grijpen van wild door een dier honden is echter verboden.

Met uitzondering van de slotbepaling had het artikel alzoo uitsluitend een preventief karakter. Door een amendement van den heer THORBECKE is het artikel geworden

zoals het thans luidt. Het artikel van het ontwerp kwam overeen met de wet van 1852, en het was vooral die bepaling, die in de praktijk aanleiding gegeven had tot vele grieven tegen de jachtwet. Het verdient opmerking dat de bedoeling van THORBECKE dan ook was om die grieven weg te nemen, en in de plaats van de gestrengte en lastige preventieve voorschriften, een algemeen repressief voorschrift te geven. Nu is het waar dat THORBECKE op het bezwaar van de regeering tegen het amendement, dat het onderzoek naar poging tot overtreding zoo moeielijk is, antwoordde, dat hij de uitdrukking welke de regeering in art. 15 heeft gebracht heeft overgenomen en dat de regeering die moeielijkheid zelf reeds in het leven heeft geroepen. Mr. DE R. hecht hieraan echter te veel gewicht, want vooreerst blijkt hieruit toch dat de regeering in art. 15 aan geen juridische poging heeft gedacht. Zij zou toch het bezwaar tegen het amendement niet hebben geopperd indien zij zich bewust ware geweest zelf dat bezwaar reeds in het leven te hebben geroepen; 2°. al moge de voorsteller van het amendement juridische poging hebben bedoeld, dan is daarmede nog niet uitgemaakt dat dit ook de bedoeling van den wetgever is geweest, en al zeer weinig grond bestaat er voor die gevolgtrekking, wanneer in het oog wordt gehouden dat de voorsteller van het amendement tot verklaring van hetzelfde verwijst naar een art. waarin een gelijke uitdrukking voorkomt, en zegt zich te richten naar de artikelen die reeds zijn aangenomen, zonder dat uit de beraadslagingen over die artikelen iets hoegenaamd blijkt dat men het begrip van poging tot een jachtdelict in de wet heeft willen brengen.

Zeer opmerkelijk noemt Mr. DE R. de in litt. *f* van art. 18 gehuldigde strenge afscheiding tusschen het jagen en de poging daartoe.

Deze wetsbepaling die door een amendement in de wet is gebracht en, zooals reeds is opgemerkt, in het systeem der wet daar niet op haar plaats is, is de eenige in de geheele wet waarin schijnbaar van juridieke poging tot jagen sprake is.

Toevallig echter is poging tot het daar bedoelde jachtbedrijf geheel ondenkbaar. Ik kan mij althans geen geval voorstellen waarin de voorwaarde voor juridieke poging, „begin van uitvoering” aanwezig is, zonder dat het feit reeds als voltooid delict kan worden aangemerkt. Van begin van uitvoering toch zal wel geen sprake kunnen zijn voor dat de delinquent zich in de loerhut heeft begeven, voorzien van de middelen die noodig zijn om het wild te bemachtigen. En onder die omstandigheden moet hij reeds geacht worden te hebben gejaagd. Het is mij niet duidelijk wat het te werk stellen van pogingen om korhoenders op de wijze in litt. f van art. 18 bedoeld, te bemachtigen, anders zou kunnen zijn dan het daar bedoelde jagen. Alleen dan zou er onderscheid kunnen zijn, wanneer het criterium van jagen was, bemachtigen van wild, doch zelfs Mr. DE R. geeft toe dat „ook daar in optima forma kan zijn gejaagd, „waar zich zelfs geen stuk wild voordeed.”

Ik vermoed dan ook dat de voorsteller van het amendement aan het begrip jagen een meer beperkte beteekenis heeft toegekend.

Wat is nu de beteekenis van art. 20 naast art. 15?

Zooals wij gezien hebben had art. 20 in het ontwerp der regeering slechts een preventief karakter en was daarin noch van jagen noch van poging tot jagen sprake, terwijl art. 15 bestemd was om het geoorloofd en het ongeoorloofd jachtbedrijf (1) te omschrijven. Onder jagen werd uitsluitend verstaan een der in art. 15 genoemde geoorloofde jachtbedrijven en alle andere jachtbedrijven waren verboden. En opdat men wel zou begrijpen dat het slot van art. 15 zoo algemeen mogelijk moest worden opgevat, heeft de regeering

(1) Zonderling genoeg zeide de regeering, die in den aanhef van art. 15 van geoorloofde jachtbedrijven sprak, en daarmede de meening wettigde dat er ook ongeoorloofde jachtbedrijven waren, doelende op de laatste alinea's van art. 15, „dit zijn geen ongeoorloofde jachtbedrijven, maar ongeoorloofde middelen om wild te bemachtigen.”

vóór de woorden „met zoogenaamde afdraaiers enz.” het woordje „als” ingelascht, dat daar aanvankelijk niet stond.

„Wanneer men”, zeide de minister, „het woord *als* er „bijvoegt, dan blijkt daaruit dat de woorden afdraaiers, „stokgeweren, pistolen of andere verborgen wapenen alleen „voorbeelden zijn, alleen enuntiatief en niet in limitatieven „zin voorkomen, zoodat tevens alle andere middelen ver- „boden worden, tegenwoordige of toekomstige, om wild te „dooden, welke niet geoorloofd zijn en welke niet het jagen „maar het stroopen daarstellen.”

Weinig rationeel mag deze regeling worden genoemd. Er zijn toch een aantal jachtfeiten denkbaar, die niet vallen onder de jachtbedrijven in art. 15 opgenoemd, en die het toch niet noodig is absoluut te verbieden. Zoo b. v. is het bemachtigen van wild zonder geweer, alleen door middel van een jachthond (geen windhond) geen jagen in den zin der wet, en er is toch geen reden waarom het een aktehouder verboden zou moeten zijn op die wijze een stuk wild te bemachtigen.

De regeering schijnt zich van de noodzakelijke consequentie van haar systeem niet bewust te zijn geweest, anders toch zou zij het amendement THORBECKE op art. 20 hebben bestreden met het betoog dat het geheel overbodig was. Elke poging om wild op te sporen of te bemachtigen toch zou, in het systeem der regeering, òf een geoorloofd jachtbedrijf moeten daarstellen, òf een ongeoorloofde wijze zijn om wild op te sporen enz.

In beide gevallen was reeds door art. 15 voorzien.

M. i. heeft de vertegenwoordiging door art. 20, zooals het door den heer THORBECKE is geamendeerd, aan te nemen, bewezen, dat zij nog andere geoorloofde jachtfeiten erkende dan die in art. 15 zijn opgenoemd en de voorlaatste alinea van art. 15 niet zoo algemeen opvatte als de regeering zeide (het is twijfelachtig of zij het ook meende) te bedoelen.

Art. 20 moest dus dienen om art. 15 aan te vullen.

Dat was blijkbaar ook de bedoeling van den heer

THORBECKE, die opmerkte dat preventieve voorschriften, als art. 20 van het ontwerp inhield, niet voorkwamen in de Fransche, Belgische en Luxemburgsche jachtwetten. Dat die wetten hoofdzakelijk rustten op deze twee voorschriften: verbod om te jagen zonder akte, verbod om te jagen in gesloten jachtijd, waaruit van zelf voortvloeide dat *ieder jachtfeit* bedreven zonder akte of in gesloten jachtijd, strafbaar is volgens de wet. Dit laatste nu wenschte THORBECKE ook in onze wet bepaald te zien en daartoe diende zijn amendement. Elk jachtfeit, al stelde het nog geen jagen daar, moest strafbaar zijn, dan konden de lastige preventieve voorschriften der regeering wegvallen.

Nu meent Mr. DE R. dat waar een jachtfeit gevorderd wordt dat nog geen jagen daarstelt, dat feit moet zijn poging tot jagen. Ik vraag echter, waar blijkt, hetzij uit de woorden, hetzij uit de geschiedenis van art. 20, dat zoo er al van juridieke poging sprake was, men uitsluitend heeft bedoeld poging tot een der in art. 15 genoemde geoorloofde jachtbedrijven. Deze opvatting is m. i. ten eenenmale in strijd met de algemeene strekking die de voorsteller van het amendement aan het gewijzigd art. heeft willen toekennen, en, zooals ik thans zal aantoonen zou het gevolg van deze opvatting juist zijn dat vele jachtfeiten ongestraft zouden moeten blijven.

Ik kies daartoe hetzelfde voorbeeld, dat ik zooveen reeds heb aangehaald en dat door Mr. DE R. is gebruikt, om de toepassing van het door hem aangeprezen stelsel als proefhoudend te doen erkennen. Mr. DE R. vraagt: hoe te qualificeeren de handeling van hem, die den hond, welken hij bij zich heeft, niet slechts van het speuren naar wild geenszins terugroept, maar dit zijn dier daartoe aandrijft? Begrijp ik hem goed, dan meent hij dit feit te moeten qualificeeren als jagen, en zou het poging tot jagen worden, zoo het aanzetten van den hond toevallig zijn effect heeft gemist.

Zooals ik reeds heb opgemerkt kan hier aan jagen niet worden gedacht. Het bemachtigen van wild enkel met

behulp van een hond valt immers niet onder de jachtbedrijven in art. 15 met name genoemd, en de wet verstaat onder jagen uitsluitend het uitoefenen van een dier jachtbedrijven. Waar het voltooid delict geen jagen daarstelt, kan het onvoltooid geen poging tot jagen zijn. M. i. moeten beide feiten worden gequalificeerd als aanwenden van pogingen om wild te bemachtigen in het veld, overtreding van art. 20.

Juist dit voorbeeld bewijst dat het algemeen art. 20 naast het beperkt art. 15 onmisbaar is. Moest art. 20 beperkt worden tot poging tot *jagen*, dan zou het aangehaald voorbeeld en menig ander jachtfeit niet strafbaar zijn.

Het ander voorbeeld door Mr. DE R. aangehaald kan mij evenmin overtuigen dat poging tot jagen mogelijk is. Hij schrijft: „geheel aangewend is het middel om wild op te »sporen enz. door hem, die zijn schietgeweer in vaardige »houding draagt, zoodat, waar het wild zich voordoet, »hij slechts behoeft te mikken en los te branden; »Stel hiertegenover nu het geval dat diezelfde persoon, tot »nog toe den openbaren weg gevolgd hebbende, plotseling »het geweer laadt, den haan spant en zijn jachthond tot »zich roept; dus betreedt hij het naastliggend veld, . . . »doch wordt aanstonds staande gehouden door een beambte, »die inzage vordert van de vereischte documenten: mij »dunkt, niemand zal betwisten, dat hier poging tot jagen »aanwezig is.»

Het betreden van het jachtveld onder de omstandigheden door den schrijver verondersteld, is m. i. jagen. Het feit verandert geenszins van aard naarmate men korter of langer tijd in het jachtveld heeft vertoefd. Om eens anders grond te bejagen is het zelfs niet noodig dien grond te betreden. In het gestelde voorbeeld zou de delinquent nog op den openbaren weg zijnde, op wild hebben kunnen schieten zoo zich dat op het naastliggend veld mocht vertoonen. Van zijn wil daartoe is echter niet gebleken voor dat hij het veld in jagende houding betreedt, maar zoodra hij dit heeft gedaan, rechtvaardigen de feiten volkomen de qualificatie

van jagen, en kan aan poging tot jagen niet meer worden gedacht.

Ik meen echter te mogen opmerken dat dit geval zich niet licht zal voordoen. Een goed jachttopziener zal niet tot bekeuring overgaan voordat hij den delinquent de gelegenheid heeft gegeven duidelijk van zijn wil te doen blijken. Is hij te voortvarend geweest, zoodat de wil van den bekeurde zich niet duidelijk heeft geopenbaard, dan is er noch jagen noch poging tot jagen.

Het resultaat van mijne beschouwingen is, dat ik de door Mr. DE R. verworpen, maar door de jurisprudentie, voor zoover mij bekend, algemeen aangenomen theorie, dat de poging tot jagen opgaat in het delict zelf, en zij alzoo haar zelfstandig karakter heeft verloren, voor volkomen juist en in overeenstemming met de wet houd. Dat m. i. in art. 15, 1e ged., eenige meest gebruikelijke jachtbedrijven als geoorloofd worden geijkt en daaraan uitsluitend den naam van jagen wordt gegeven. Dat het laatste gedeelte van art. 15 ten doel heeft eenige bekende, deels voor de conservatie van den wildstand nadeelige, deels de ontdekking bemoeielijkende wijzen om wild te bemachtigen te verbieden, en dat art. 20 de strekking heeft om alle jachtfeiten die niet vallen onder art. 15 te verbieden, wanneer ze plaats hebben zonder jachtacte of in gesloten jachttijd.

Vraagt men nu of ik die regeling goed en practisch acht, dan antwoord ik, zonder aarzeling, ontkennend.

Elke poging om wild op te sporen, te bemachtigen of te doodden, moest m. i. jagen zijn. Art. 1 zou dan moeten luiden: „Het is verboden te jagen of te visschen zonder voorzien te zijn van eene daartoe betrekkelijke acte, op de eerste vordering enz.“ (1)

(1) De woorden: „die zijn eigen grond of water of de gronden of wateren van anderen waarop hij jachtrecht heeft of waarin hij tot visschen gerechtigd is“, in art. 1 der jachtwet, zijn niet alleen geheel overbodig, maar geven zelfs den schijn alsof geen jachtakte wordt vereischt voor het jagen op eens anders grond waarop men geen jachtrecht heeft.

Daarnaast zou het gebruik van voor de conservatie van den wildstand nadeelige middelen om wild te bemachtigen, zooals strikken, tirassen enz., verboden moeten worden, en het gebruik van afdraaiers en dergelijke wapenen, die het constateeren van overtredingen bemoeielijken, een verzwarende omstandigheid moeten daarstellen, indien daarmede eene overtreding is gepleegd.

Ik zie niet in waarom een aktehouder geen afdraaier of pistool zou mogen gebruiken, indien hij het verkieslijk mocht achten het wild met zoodanig wapen te bemachtigen.

De regeling van onze jachtwet heeft het ongerijmde gevolg, dat het bemachtigen van wild op eens anders grond zonder recht of vergunning, een strafbaar feit is wanneer het met een gewoon geweer plaats heeft, zoodat, wanneer de jager bovendien niet is voorzien van akte, hij met twee geldboeten wordt gestraft, terwijl zoo hij een afdraaier heeft gebruikt, hij slechts schuldig is aan het bemachtigen van wild met een verboden wapen en daarvoor één boete belooft, daar alleen voor het *jagen* op eens anders grond vergunning wordt gevorderd en het bemachtigen van wild met een afdraaier geen jagen is. Wat meer is, een aktehouder kan ongestraft een stuk wild op eens anders grond bemachtigen door middel van een hond, en men zal toch niet beweren dat daardoor geen inbreuk wordt gemaakt op de rechten van den eigenaar van den grond.

Jhr. Mr. G. W. MOLLERUS.

ALGEMEENE REGTSGELEERDHEID.

De wettelijke bewijsleer in strafzaken.

I.

De vraag of wijziging van de regelen over het bewijs in strafzaken wenschelijk is, en zoo ja, in hoever het wettelijk bewijs moet worden behouden, door de Juristenvereniging voor de vergadering van dit jaar aan de orde gesteld, heeft aanleiding gegeven tot twee belangrijke praeadviezen, geleverd door Mr. C. M. J. WILLEUMIER en Mr. GUST. TRIPELS. Beiden concludeeren tot onvoorwaardelijke veroordeeling van de bewijsleer van ons Wetboek van Strafvordering, tot verwerving van elke wettelijke bewijsleer en tot aanneming van de z. g. vrije bewijstheorie. In één opzicht is die overeenstemming in de conclusie veeleer een voordeel dan een nadeel, omdat het groote verschil in de motiveering ons de vrije bewijstheorie van twee verschillende standpunten te aanschouwen geeft en de zwakke zijde van de voorstanders dier theorie duidelijk bloot legt. Voor de waardeering en beoordeeling van die theorie leveren de praeadviezen mitsdien een zeer goeden grondslag. Voor de waardeering en beoordeeling van ons recht en van de wettelijke bewijstheorie is dit echter niet het geval. Blijkbaar zijn beide de praeadviseurs van oordeel dat dit ook niet meer noodig is. Voor hen, en meer bijzonder voor den Heer WILLEUMIER, is de vraag wetenschappelijk reeds beslist. De wettelijke bewijsleer is een antiquiteit, eene wetenschappelijk verworpen theorie. De vraag waarover de aanstaande discussie loopt, is volgens hem eenvoudig de vraag „of wij ons geheel zullen afscheiden, „dan wel ons in de uiterste achterhoede zullen aansluiten „bij de algemeene beweging ten gunste eener vrije bewijstheorie“ (bl. 101). Ja, deze vraag is naar zijne meening zoo afdoende uitgemaakt, dat de voorstanders der vrije

bewijstheorie de voortreffelijkheid dier theorie niet meer behoeven te betoogen, maar de voorstanders eener wettelijke bewijsleer de meerdere voortreffelijkheid daarvan behooren aan te toonen.

Ik acht die uitspraak voorbarig. Men sluit de oogen voor de werkelijkheid, wanneer men spreekt van eene algemeene beweging, van eene aansluiting in de uiterste achterhoede. Het is niet noodig in een nader onderzoek te treden, in welke landen al dan niet wettelijke bewijsregels worden gehandhaafd. Het is voldoende op het Engelsche, Schotsche en Noord-Amerikaansche recht te wijzen, dat zeer gestrenge wettelijke bewijsregels huldigt. En hoewel niet te ontkennen is dat de vrije bewijstheorie in Duitschland meer en meer de overhand bekomt, is dit onvoldoende om het pleit beslist te verklaren, eene tegenstrijdige meening eenvoudig als verouderd of als een bewijs van achterlijkheid voor te stellen. Het zou dan ook te betreuren zijn, wanneer de Juristenvereniging ten opzichte van onze tegenwoordige bewijsleer *la mort sans frase* uitsprak. Ik zal voorzeker niet optreden als lofredenaar van den 22en titel van ons Wetboek van Strafvordering, evenmin als van eenigen anderen titel van dat wetboek. Maar mijn grief tegen dien titel betreft minder het stelsel, dan wel de zeer gebrekkige wijze waarop het is geformuleerd. En voorloopig althans ben ik van het absoluut verwerpelijke van dat stelsel evenmin overtuigd, als van de wenschelijkheid om de vrije bewijstheorie daarvoor in de plaats te stellen, allerminst zooals men haar ten onzent schijnt te willen invoeren. Eene bespreking van het vraagstuk van een standpunt, afwijkende van dat der praeadviseurs, komt mij dus wenschelijk voor, zal werkelijk de beslissing geacht kunnen worden te zijn voorbereid. Het zal echter slechts eene korte en onvolledige kunnen zijn, daar de beperktheid van tijd eene bredere behandeling van dit in werkelijkheid vrij omvangrijke vraagstuk niet gedooft. Mocht hiervan wellicht nu en dan een te scherpe formulering van mijne bezwaren tegen de praeadviezen het gevolg zijn, schrijve men dit toe aan den spoed, gevorderd om

mijne bedenkingen nog tijdig in dit tijdschrift te kunnen mededeelen, en niet aan geringschatting van den verdienstelijken arbeid der praeadviseurs.

Al dadelijk moet ik beginnen met een dier bezwaren aan te voeren. Het is mij niet volkomen duidelijk geworden, welk stelsel de praeadviseurs verlangen. Dit geldt meer bijzonder het praeadvies van den Heer WILLEUMIER. Beiden concludeeren tot aanneming der z. g. vrije bewijstheorie; maar daardoor is nog slechts eene negatieve uitspraak, verwerping eener wettelijke bewijstheorie, gegeven. Want evenals er twee wettelijke bewijstheorien zijn, die in aard en grondslagen aanmerkelijk, zoo niet ten eenenmale, verschillen, zijn er twee vrije bewijstheorien, die niet minder verschillen van elkander, en waarvan de eene oneindig dichter staat bij de negatieve wettelijke bewijstheorie dan bij haar naamgenoot, en die men het best kan aanduiden als de theorie van de vrije rechterlijke overtuiging en de theorie van de gemoedelijke of zedelijke overtuiging des rechters. De Heer TRIPLELS schijnt de laatste, de bekende leer van de conviction intime van art. 342 C. d. I. Cr., aan te bevelen, de Heer WILLEUMIER de eerste. Van daar het belangrijke verschil in de motiveering van beider conclusie. Maar vooral bij den Heer WILLEUMIER is het niet scherp genoeg geformuleerd, terwijl de aangevoerde argumenten nu eens aan de eene, dan aan de andere theorie ontleend schijnen. Daardoor komt ook het eigenaardige karakter van de negatieve wettelijke theorie en van de bewijsleer van ons wetboek, zoowel tegenover de positieve wettelijke theorie als tegenover de theorie der vrije rechterlijke overtuiging, niet tot zijn recht. Met name zou men uit de praeadviezen niet lichtelijk afleiden, dat het verschil tusschen de negatieve theorie en de vrije theorie, zooals zij door de meest gezaghebbende schrijvers in Duitschland en ook bij ons verdedigd wordt, eigenlijk niet betreft de bewijsregels, maar de vraag, of ze in de wet behooren te worden opgenomen, dat het dus in werkelijkheid niet zijn verschillende theorien omtrent het bewijs, maar omtrent de waarborgen, die voor de richtige toepassing en

nauwgezette naleving der door beiden als juist erkende regels noodzakelijk of wenschelijk zijn.

Het is noodig dit in het licht te stellen, omdat onzuivere opvatting der verschillende theorien voortdurend aanleiding geeft tot misverstand en tot verduistering van de werkelijke geschilpunten. Ten deele is dit te wijten aan de voorstanders der wettelijke bewijstheorie en aan de onjuiste formuleering der negatieve theorie in onze wetgeving, die zich nog niet heeft kunnen losmaken van de terminologie en van de herinneringen der positieve theorie, die ze toch zoo stellig mogelijk verwerpt. Onze tegenwoordige wetgeving moge dagteekenen van 1838, onze bewijsleer is in werkelijkheid veel ouder. Zij is bijna onveranderd overgenomen uit het C. W. van 1809, dat slechts een extract leverde van het bekende ontwerp van wetten omtrent het bewijs van 1804, dat men slechts behoeft intezien om den diepen invloed op te merken, dien de leer van het formeele bewijs nog uitoefende zelfs op hen die haar verwierpen. Aan de redacteurs van dat ontwerp en van het wetboek van 1809 is deze fout niet al te zwaar aan te rekenen. Opgevoed in de oude bewijsleer, die een mengsel was van de positieve theorie met de meer gezonde of rationeele regels van het Romeinsche recht, leverden zij eene eerste proeve van een bewijsleer, die sedert den naam van negatieve wettelijke bewijsleer bekwam, zonder zich zelven wellicht bewust te zijn van het ingrijpende der verandering. In de latere ontwerpen nam men echter hun werk over, totdat het de 22e titel van ons wetboek van Strafvordering werd; en ongelukkig geven de enkele wijzigingen die het in zijn doortocht door de verschillende ontwerpen opnam, en die soms het tegendeel van verbeteringen zijn, weinig blijk van juister en nauwkeuriger inzicht in de theorie die men aannam. Van daar de onzuivere formuleering van verschillende bewijsregels, o. a. van de zoogenaamde bewijsminima, de mislukte opsomming der bewijsmiddelen, waardoor men de aanwijzingen als een bewijsmiddel construeerde, de rechterlijke waarneming te gelijk uitsloot en aannam als wettig bewijsmiddel. En de verdedigers van onze bewijsleer

hebben in den regel de hoofdfout onzer wetgeving, onzuivere constructie van het aangenomen stelsel, niet opgemerkt noch getracht dat stelsel zuiverder te formuleeren. Zij hebben daardoor aan hunne bestrijders een wapen gelaten waarvan deze ijverig gebruik hebben gemaakt en nog maken. Hoe dikwijls hoort men niet op ironische wijze van de klassieke twee getuigen spreken, beweren dat onze wetgever tot de willekeur der aanwijzingen zijn toevlucht heeft moeten nemen om aan de onmogelijke consequentien van zijne theorie te ontkomen. Voortdurend bestrijdt men de negatieve wettelijke theorie met argumenten die alleen de positieve treffen. Trouwens de voorstanders der vrije theorie maken zich niet minder voortdurend aan onzuivere opvatting hunner eigene theorie schuldig, verwarren telkens bewijsmiddelen en bewijsgronden en kunnen evenmin een weg vinden met de aanwijzingen, die zij, trots hun afschuw van het formeele bewijs, geregeld met vermoedens gelijk stellen.

Om misverstand te voorkomen is het wenschelijk, op het gevaar af te schijnen elementaire waarheden te willen doceeren aan deskundigen, vooraf eenige begrippen en principieele regels vast te stellen. Het doel van het bewijs in strafzaken is, evenals in alle andere zaken, het verschaffen van de voor een bepaald oordeel vereischte zekerheid omtrent de feiten, waarop dat oordeel moet gevestigd worden. Men heeft een oordeel te vellen, eene beslissing te nemen, en de waarde van dat oordeel, de juistheid dier beslissing is in de eerste plaats afhankelijk van de meerdere of mindere zekerheid, die wij kunnen bekomen omtrent de feiten waarop dat oordeel door ons wordt gevestigd. Absolute zekerheid is echter nimmer te verkrijgen. Al onze kennis is slechts betrekkelijk, dat is afhankelijk van de betrekkelijk onzekere juistheid onzer waarnemingen, voorstellingen en gedachten. Ieder ondervindt dit dagelijks. Hoe dikwijls blijkt niet iets, waarvan wij absoluut zeker meenden te zijn, waarvan wij nauwkeurig de bewijsgronden hebben verzameld, gewikt en gewogen, iets wat wij meenen persoonlijk waargenomen, gezien of gehoord, gevoeld, geproefd of geroken te hebben, waarop

we dus (hoe angstvallig of nauwgezet we zijn) gerust een oordeel gronden en een eed zouden afleggen, volkomen onjuist te zijn, het gevolg hetzij van dwaling van onze zintuigen of van ons oordeel, hetzij van een slecht geplaatst vertrouwen op de zintuigen, het oordeel of de eerlijkheid van een ander.

Wij moeten ons dus met betrekkelijke zekerheid vergenoegen. En in den regel vergenoegen wij ons met eene zeer geringe mate van zekerheid, en vestigen ons oordeel of de beslissingen die wij nemen, op zeer onvoldoende gronden. Maar naar mate de juistheid van ons oordeel van meer gewicht is, hetzij voor ons zelve, hetzij voor belangen die ons ter harte gaan, vorderen wij meer en toetsen wij de gronden van ons oordeel nauwkeuriger. En daarbij werken nog andere factoren, dikwijls onopgemerkt, maar daarom des te gevaarlijker en krachtiger, mede. Om ons iets als waar te doen aannemen wat ons hetzij onverschillig, hetzij aangenaam is, is meestal weinig noodig. Wij hechten dan dikwijls waarde en kennen bewijskracht toe aan gronden of middelen van bewijs, die bij nadere beschouwing ons zouden blijken niet veel te beduiden. En stemt het samen met eenige hartstocht, eenig sterk begeeren, dan zijn we nog gemakkelijker te overtuigen. Is het daarentegen iets wat tegen die hartstocht inwerkt of ons onaangenaam is, of iets waarop wij een gewichtig besluit hebben te vestigen, dan zijn wij veel moeilijker te overtuigen, eischen veel grootere zekerheid en toetsen de gronden dier zekerheid veel nauwkeuriger en angstvalliger. Gronden of middelen van bewijs, die wij in andere gevallen gereedelijk aannemen, worden dan of verworpen, of wij schrijven daaraan minder bewijskracht toe. En in zeer vele gevallen steunt onze overtuiging op eene zuiver subjectieve zekerheid, vrucht niet van eigen onderzoek of weten, maar van gelooven. En wel verre van dientengevolge zwakker, onvaster te zijn, is de overtuiging, die vrucht is van het geloof, meestal veel krachtiger en onwrikbaarder, omdat zij in veel sterkere mate beheerscht wordt door het gevoel. Onze overtuiging in zake van godsdienst, ook onze zekerheid omtrent de waarheid der feiten, waarop

onze godsdienstige overtuiging steunt, is in den regel veel krachtiger en inniger, dan de wetenschappelijke overtuiging, omdat juist het verstand, waardoor deze overtuiging wordt gevestigd, ons het onzekere van alle menschelijke kennis leert, dus wantrouwen in de fundamenten onzer overtuiging baart, waardoor de geloovige zelden of nooit wordt gekweld. Om dezelfde reden is ook een overtuiging, op routine of op onkunde gevestigd, zoo taai en moeielijk te verwrikken, omdat ook deze in den regel niet of in veel mindere mate door wantrouwen in zichzelf wordt verontrust.

De zekerheid waarop wij ons oordeel doen rusten, is dus niet alleen altijd slechts betrekkelijk, maar de mate van zekerheid hangt bovendien af van de meerdere of mindere onbevangenheid, nauwgezetheid en scherpzinnigheid, welke wij bij het daarstellen van die zekerheid hebben aangewend, de meerdere of mindere bewijskracht der bewijsgronden, de meerdere of mindere betrouwbaarheid der bewijsmiddelen. Wetenschap en ervaring geven ons echter eenige regelen aan, die wij bij het toetsen dier gronden en middelen kunnen en behooren aan te wenden, om de grootst mogelijke mate van zekerheid te verkrijgen; en door het volgen en eerbiedigen van die regels kunnen wij eene zekerheid verkrijgen, die wel niet absoluut is, maar toch ten opzichte van het onderwerp, waarover ons oordeel loopt, met absolute zekerheid moet worden gelijk gesteld, omdat zij de meest aan absolute zekerheid grenzende is, die wij kunnen bereiken. Die regels zijn echter niet voor alle onderwerpen dezelfde, omdat niet voor alle gelijke mate van zekerheid mogelijk of noodig is. Van daar dat men verschillende soorten van zekerheid onderscheidt, al naar mate men deze of gene soort van bewijsregels heeft gebezigd. Zoo spreekt men van mathematische zekerheid, van geschiedkundige zekerheid, van rechterlijke of juridieke zekerheid.

Rechterlijke zekerheid is niet de subjectieve zekerheid die een rechter heeft, evenmin als historische of mathematische zekerheid de zekerheid is van een individueelen geschiedschrijver of mathematicus; maar die welke de rechter tot

grondslag van zijn oordeel behoort te nemen. Dat de rechter, door wiens oordeel een rechtstrijd wordt beslist, vooral de strafrechter, op wiens oordeel eene toepassing van straf berust, bij het onderzoek en het toetsen van de gronden, waarop hij zijn oordeel vestigt, met bijzondere onbevangenheden, nauwgezetheid en scherpzinnigheid behoort te werk te gaan, volgt uit den aard der zaak. Hij mag zich niet vergenoegen met die geringe soms lichtvaardig aangenomen zekerheid, waarmede men in den regel zich vergenoegt en meestal moet vergenoegen in de zaken van het dagelijksche leven, waarbij de resultaten van vluchtige en oppervlakkige waarnemingen of opvattingen dikwijls de rol van bewijsgronden vervullen, en ons begeeren maar al te vaak onze rede bestuurt. Maar zelfs die eigenschappen van onbevangenheden, nauwgezetheid en scherpzinnigheid zijn onvoldoende. Ook ten opzichte van de wijze waarop de voor den rechter vereischte zekerheid kan worden verkregen, hebben wetenschap en ervaring bepaalde regels leeren kennen, juridieke bewijsregels, die hij behoort te volgen en te eerbiedigen om te geraken tot de voor zijn oordeel gevorderde juridieke of rechterlijke zekerheid.

Zeër dikwijls wordt deze zekerheid eenvoudig geschiedkundige zekerheid genoemd of daarmede vereenzelvigd. Aldus o. a. mr. W. MODDERMAN in zijne bekende verhandeling over de wettelijke bewijsleer in strafzaken. Voor zoover men daarmede eenvoudig eene tegenstelling met de meer absolute mathematische zekerheid bedoelt, en aan het begrip van geschiedkundige waarheid eene algemeene, ruimere beteekenis geeft, zou dit geen bezwaar geven. Maar die terminologie is verkeerd of te vermijden, omdat zij lichtelijk tot het misverstand leidt, dat de rechter, evenals de geschiedkundige zijn onderzoek verrichtende en zekerheid zoekende omtrent feiten van het verleden, zich zou mogen vergenoegen met de zekerheid die de geschiedkundige voldoende acht, bewijsmiddelen toelaten die de geschiedvorschcr niet kan ontbeeren. Het rechterlijke oordeel eischt een veel hoogere mate van zekerheid, en kan haar ook verkrijgen, dank zij den steun

die de wet aan het rechterlijk onderzoek verleent. De dwangmiddelen van het strafproces geven aan het strafrechtelijk onderzoek hulpmiddelen, die gevoegd bij de omstandigheid dat dit onderzoek feiten betreft van een betrekkelijk steeds kort, soms zeer kort verleden, den rechter in staat stellen een veel hooger graad van zekerheid te verkrijgen, dan dien waarmede de geschiedvorschcr zich moet vergenoegen, maar tevens hem de verplichting opleggen zijne beslissing op een veel hooger graad van zekerheid te vestigen en bij het daarstellen van die zekerheid minder feilbare bewijsmiddelen tot verkrijging van kennis der feiten te bezigen. Bewijsmiddelen die de geschiedvorschcr niet kan verwerpen, niettegenstaande hunne onzekerheid en feilbaarheid, en die hem ook niet mogen ontzegd worden, omdat zijn uitspraak nimmer eene eindbeslissing is, noch rechtstreeks praktische gevolgen ten opzichte van anderen heeft, moeten door den rechter verworpen worden. Evenals op elk ander gebied heeft het bewijs in strafzaken zijne eigene regels die bepaald worden deels door de mogelijkheid om een hooger graad van zekerheid te bekomen, deels door den aard en het het gewicht der beslissing, die een hooger graad vordert.

Het bestaan en de onmisbaarheid van zoodanige eigenaardige juridieke bewijsregels is dan ook nimmer ontkend en zelfs het bestaan van bijzondere strafrechtelijke bewijsregels, in tegenstelling van de civielrechtelijke, wordt thans algemeen erkend, al bestaat verschil omtrent de grenzen van beiden. Het bestaan en het recht van bestaan van eene bijzondere bewijsleer in strafzaken behoeft mitsdien geen nader betoog. Maar toch is de herinnering daaraan niet overbodig, omdat vooral de voorstanders van de vrije bewijstheorien het wel erkennen, maar voortdurend bij hunne betoogen miskennen. „Waarom „(vraagt bijv. de heer WILLEUMIER p. 112) zal men juist „den rechter verbieden de materiele waarheid op dezelfde „wijze te zoeken en te vinden als ieder ander de overtuiging „van de waarheid van een feit tracht te verkrijgen? In „iedere vergadering zal men geheel vrij zijn in de bewijsvoering, alleen in de raadkamer der rechterlijke colleges

„zal de wet voorschrijven langs welken weg de overtuiging moet zijn verkregen.“ (1)

Het antwoord ligt voor de hand: omdat alle waarheid, alle overtuiging relatief is, de gronden waarop zij berust min of meer onzeker zijn, niet in alle zaken gelijke zekerheid noodig is, in rechtzaken en vooral in strafzaken eene hooge mate van zekerheid moet geeischt worden. Wij zijn allen overtuigd, voor ons zelve positief zeker ten opzichte van honderden feiten, die wij alleen uit een krantenbericht of een gesprek op de sociëteit hebben leeren kennen. Honderden en duizenden, en daaronder de scherpst toezienden en scherpzinnigsten, beleggen hun geld in ondernemingen van wier soliditeit zij overtuigd zijn. Op die overtuiging doen zij het besluit steunen dat over hun vermogen of dat van anderen beslist. Op die overtuiging berust het advies van hun vertrouwden en volkomen vertrouwbaren bankier, van het lid van den gemeenteraad of van eene andere vergadering die zijn stem uitbrengt voor de belegging. Maar wie zou op die overtuiging een rechterlijke uitspraak durven vestigen? wie zou, als getuige in rechten geroepen, niet zijn geloof, zijne overtuiging, maar het feit dier soliditeit durven bezweren? Toch bestaat de overtuiging, maar eene overtuiging die niet berust op juridieke zekerheid, omdat ze niet naar juridieke

(1) Nog bevreemdender is de verklaring van mr. W. MODDERMAN (pag. 199): „Daar is voor mij altijd iets stuitends in, wanneer men van eene *juridische* waarheid spreekt; maar zij (dat zijn de voorstanders van wettelijke bewijsregels) moeten er wel toe komen: eene soort van waarheid en van overtuiging voor den mensch, en eene voor den rechter! Slechts de rechtswetenschap heeft men de eer geschonken, eene eigene waarheid en een eigen onderzoek der waarheid te mogen bezitten.“ Hij vergeet dat hij zelf onderscheid maakte tusschen *mathematische* waarheid en *historische* waarheid (p. 40) en erkende dat de waarheid die de strafrechter kan bereiken, slechts relatief is, de hoogste graad van waarschijnlijkheid (p. 44), eene *relatieve* zekerheid (p. 45). En hoewel hij later weer beweert dat de zekerheid, de overtuiging één en ondeelbaar is, verwerpt hij zelf de *subjectieve* zekerheid of conviction intieme als voldoende voor een strafrechtelijk oordeel.

bewijsregels is verkregen. Met andere woorden, wij kunnen te dien opzichte hebben eene gemoedelijke overtuiging, die ons besluit tot de geldbelegging volkomen rechtvaardigt, omdat wij ons geen hoogere zekerheid hebben kunnen verschaffen, omdat wij ons hebben moeten vergenoegen de opgave van een prospectus, balansen, adviezen van deskundigen, als bewijsmiddelen te bezigen voor de kennis der feiten waarop onze gemoedelijke overtuiging berust, maar die bewijsmiddelen verwerpen waar wij eene rechterlijke of juridieke overtuiging noodig hebben. Het is eenvoudig die toestand, dien men herhaaldelijk hoort uitdrukken door personen die de behandeling eener moeilijke ingewikkelde strafzaak met aandacht hebben gevolgd, in de uitspraak die althans door mij meermalen is gehoord uit den mond van rechtsgeleerden zonder eenige gedachte aan onze wettelijke bewijsleer: „ik ben in mijn ziel overtuigd dat de beklagde het gedaan heeft, maar ik zou hem toch niet durven veroordeelen.“ Of, zooals dit soms verkeerdelijk in rechterlijke uitspraken wordt uitgedrukt, dat wel het overtuigend maar niet het wettelijk bewijs aanwezig is. De voorstanders van het vrije bewijs maken van zoodanige uitspraken een argument tegen de wettelijke bewijsleer. Zonder eenigen grond. Het is niets dan de uitspraak dat de rechter wel eene overtuiging heeft bekomen, maar niet zoodanige stevig gevestigde overtuiging om er eene veroordeeling op te durven of mogen uitspreken. Het is als de gemoedelijke overtuiging, die we kunnen hebben, dat een bediende ons besteelt of bestolen heeft, en die ons besluit rechtvaardigt de dienstverbintenis op te zeggen of niet te vernieuwen, die ons beletten zal hem ook wegens eerlijkheid aan te bevelen, maar waarop we geene aanklacht of veroordeeling zouden durven uitspreken, omdat we wel voor ons zelve in gemoede overtuigd zijn, maar geen voldoende bewijzen, d. i. geene juridieke overtuiging hebben.

Uit het betoogde volgt reeds, waarom de bewijsleer van het fransche recht, de theorie van de conviction intime, mij absoluut verwerpelijk voorkomt. Zij wordt dan ook door

de meest gezaghebbende fransche schrijvers zelve verworpen of verklaard op eene wijze die noch met de wet noch met de praktijk overeenstemt. Ten opzichte van de wet laat art. 342 C. d. I. Cr. geen twijfel over. De gezworenen moeten hunne uitspraak vestigen op den indruk dien de behandeling der zaak op hun geweten heeft gemaakt, en waarvan de juistheid alleen aan een «onbestemd waarheidsinstinct», zooals de heer MODDERMAN het noemde, hare waarborgen ontleent, terwijl de wet wel enkele voorschriften omtrent de bewijsvoering bevat, maar geen enkele beperking bevat omtrent hetgeen aan de gezworenen als bewijsgronden zal worden opgedischt. En men heeft slechts het een of andere proces te lezen om de wijze te beoordeelen waarop men de overtuiging der gezworenen tracht te verkrijgen. De acte van beschuldiging begint in den regel met een soort van levensgeschiedenis van den beklaagde, hoofdzakelijk strekkende om de verdorvenheid van den beklaagde in het licht te stellen en een vermoeden van schuld te wekken, zonder dat enig bewijs voor de geallegeerde feiten, die soms niets met het misdrijf te maken hebben, wordt geleverd. En bij de pleidooien legt men er zich in den regel minder op toe om het bewezene der feiten te toetsen, dan wel hetzij de antipathie, hetzij de sympathie van de jury ten opzichte van den beklaagde op te wekken. Op scherpe maar geestige wijze wordt ons de toepassing der fransche bewijsleer voorgesteld door LABOULAYE in het 23e en 24e hoofdstuk van zijn «Paris en Amérique». Vooral het laatste is overwaardig om ter lezing te worden aanbevolen aan de voorstanders der conviction intime ten onzent. Men leze bv. het requisitoir van den Attorney general: «Dans un réquisitoire qui méritait d'être sténographié, je fis l'histoire complète de ce brigand. Je le saisis au berceau pour ne le lâcher que devant le tribunal, où il allait enfin recevoir un juste chatiment. D'abord, je le peignis à trois ans, comme un de ces enfants maudits qui n'ont jamais fait sourire leur mère, puis je l'accompagnai à l'école, je le montrai paresseux, menteur, querelleur, et préjudant à la potence en volant des noix et des prunes

aux arbres du chemin. Par une fortune inouïe, j'avais retrouvé parmi les témoins, trois honnêtes camarades, qui, vingt-cinq ans plus tôt, avaient fait la maraude avec ce futur scélérat. De l'école je passai à l'atelier, et là je traçai de cet homme un portrait horrible qui devait être ressemblant. Je fis contre l'ivrognerie, *ce poison criminel*, une tirade qui enleva l'auditoire; j'étais encore à dix ans du crime, que déjà l'accusé était perdu dans l'opinion du public. Après ce discours, si quelque chose pouvait étonner, c'est qu'à quinze ans il n'eut pas tué son père. Que ce scélérat eut l'ame parricide, je n'en doutais pas, je le dis aux jurés; mais le ciel avait épargné à ce drole le plus grand de tous les crimes; le misérable avait le bonheur d'être orphelin! « En daarnaast de naïve bewondering van den Amerikaan, die van zijne fransche moeder heeft geërfd certaines notions qui ne sont jamais entrées dans une tête saxonne: Prendre un homme à la naissance, saisir dans son germe le vice, l'erreur, le préjugé, en décrire et en interpréter le long développement, c'est admirable. Je n'imagine pas que personne puisse sortir intact de cette revue historique; avec votre procédé je me fais fort de démontrer que Caton était un scélérat et Socrate un athée. En dan zijn lof van de conviction intime: Il n'y a pas preuve suffisante du forfait dont on accuse ce misérable; qu'importe s'il était capable de le commettre? La présomtion est contre lui, et d'ailleurs il est probable qu'il en a fait bien d'autres. Voilà ce que j'appelle une bonne justice, une justice qui protège la société et ne s'inquète que du bien public. — On n'est pas un saint quand on parait devant le jury, et j'aime mieux envoyer trois innocents à la potence que de laisser échapper vingt scélérats. Je suis un homme carré; touchez là. Daarbij worden bij de bewijsvoering de meest onzuivere en onzekere bronnen van kennis geopend, verklaringen van hooren zeggen, meeningen en gissingen, brieven en andere geschriften, waarvan herkomst of echtheid door niets gestaafd is. Zoo werden o. a. in het niet lang geleden gevoerde proces tegen ROCHEFORT feiten gestaafd door voorlezing van een brief van een persoon, die later, en zonder

tegenspraak, bewerd werd reeds een paar jaren vóór die feiten te zijn overleden. En geenerlei waarborg geeft de wet, dat de overtuiging der gezworenen zelfs gevestigd wordt op hetgeen bij het openbaar onderzoek ter hunner kennis wordt gebracht, dat hun waarheidsinstinct, door de z. g. publieke opinie geleid, aan hun gemoed niet reeds een onuitwischbaren indruk had gegeven en eene overtuiging, voordat ze als gezworenen zitting namen. Hoe fraai de fransche bewijsleer dan ook werkt, is voldoende bekend. Wel is het moeielijk uit de verte een volledig oordeel te vellen, omdat men slechts met enkele gevallen bekend wordt, die bijzonder gerucht maken. Maar toch weten wij er wel iets van. De heer TRIPELS verdedigt met zekere warmte de beruchte vrijspraken der vitrioleuses (*sit venia verbo*), en ik hoorde een Franschman, een rechtsgeleerde, dien ik toevallig ontmoette, de vrijspraak van ROCHEFORT in zake ROUSTAN verdedigen en goedkeuren, opgrond dat de geheele expeditie naar Tunis een politieke misgreep was; maar waar de uitspraak niet geldt de zedelijke waardeering der feiten, maar de overtuiging omtrent de waarheid der feiten, omtrent het al dan niet geschied zijn der feiten, kan zoodanige verdediging niet gelden.

Eene breede bestrijding van de fransche bewijsleer in zake van misdaden (voor wanbedrijven en overtredingen nam de Code, artt. 154 en 189, de positieve wettelijke bewijsleer aan) komt mij onnoodig voor, niettegenstaande zij nog vele wetenschappelijke verdedigers vindt, omdat de valsche grondslag waarop zij berust door het voorafgaande m. i. voldoende is blootgelegd. Het is de dwaling die in het vestigen der voor een oordeel in strafzaken vereischte zekerheid slechts eene verichting des geestes ziet, waartoe een gezond verstand en eenige ontwikkeling voldoende zijn (mr. TRIPELS p. 154.) en die men gerust daaraan kan overlaten, eene werking van het quasi-natuurlijke waarheidsinstinct en niet van het zorgvuldig geoefende en gescherpte verstand. Vermoedelijk zal dan ook in de Juristen-Vereeniging de krachtigste strijd gevoerd worden op het terrein door mr. W. MODDERMAN

(p. 169) bij zijne verdediging van de vrije bewijsleer afgebakend in de woorden: „Wij moeten in de eerste plaats „het zuiver subjectieve systeem der onberedeneerde overtuiging „geheel verwijderen. Dit stelsel is onbestaanbaar, zoowel bij „gezworenen als bij vaste rechters . . . Dat er bewijsregelen „bestaan, kan onmogelijk ontkend worden. Men moet dus „niet vragen: zal men eene bewijstheorie erkennen of niet? „maar: moet men zulk eene theorie *in de wet* opnemen?” En hetzelfde vindt men in de daarna medegedeelde uitspraken van DE BOSCH KEMPER (III, bl. 488 en 489). „De „theorie van het rechterlijke bewijs bestaat inderdaad *onafhankelijk* van den wetgever, omdat de waarheid van zekere „regelen onafhankelijk van den wil van menschen is; zoodat ook zonder wetsbepaling, de regelen van het geoefend „verstand en de lessen der ervaring in de beoordeeling der „bewijzen *moeten* worden toegepast. — Geheel afgescheiden „van de vraag: of de beoordeeling over het al dan niet „bewezene van een misdrijf door ieder individu, naar *zijne wijze* van zien moet geschieden, dan wel naar de *regelen*, „welke de verstandsleer en de ervaring hieromtrent hebben „geleerd? is de vraag: of die regelen door den wetgever „bepaald of aan de regtsgeleerdheid ter ontwikkeling overgelaten behooren te worden?”

Het zou niet moeielijk vallen deze uitspraken met gelijke uitspraken van anderen, met name van Duitsche verdedigers der vrije bewijsleer, te vermeerderen. Ze drukken trouwens slechts eene stelling uit welke noodzakelijk voortvloeit uit de verwerping der theorie van de conviction intime. En zij beperken den strijd ook aan den kant der wettelijke bewijsleer. De voorstanders van deze verlangen in de wet geene fictieve of willekeurige bewijsregels. Zij verlangen geene andere bewijsregels dan de zoodanige die door wetenschap en ervaring als juist en noodzakelijk zijn erkend. Welke die bewijsregels zijn en hoe men ze moet formuleeren, kan eene betwiste vraag zijn en is het ook in werkelijkheid, zooals wij later zullen zien; maar de beslissing dier vraag beslist niets omtrent de hoofdvraag. Of de rechter b.v. de zoogenaamde

bewijsminima behoort toetepassen, of hij bewijskracht zal mogen toekennen aan onbeëdigde verklaringen, aan testimonia de auditu, zijn vragen die ook zij aan de beslissing der wetenschap opdragen. Het eenige wat zij verlangen en waarover mitsdien de strijd loopt, is dat de wet die bewijsregels, die door wetenschap en ervaring zijn geijkt als juist en onmisbaar om te geraken tot de voor een strafrechtelijk oordeel gevorderde zekerheid, ook verbindend zal verklaren, dat de wet, zooveel zij vermag, den rechter zal beletten andere bewijsregels te volgen, eene zekerheid of overtuiging van minder allooï voldoende te achten. Evenmin als de voorstanders der vrije bewijsleer wenschen zij de overtuiging des rechters te dwingen of aan banden te leggen. Zij verlangen alleen dat hij bij het vormen dier overtuiging, bij het bijeenbrengen en samenstellen van de feiten, waarop hij zijne overtuiging vestigt, die bewijsregels zal eerbiedigen, dat de toepassing dier regels niet zal zijn overgelaten aan de subjectieve opvatting der individueele rechters.

Ik zeg: de *subjectieve opvatting*. Met voordacht vermijd ik de uitdrukking *willekeur*, omdat zij slechts tot misverstand aanleiding geeft, en eenigen schijn geeft aan de meermalen gemaakte objectie, dat de eisch van wettelijke bewijsregels op een ongemotiveerd wantrouwen jegens onze rechterlijke macht berust, dat, zoo het gegrond ware, door geene wettelijke bepalingen te verhelpen is. Zoodanige willekeur, die zich boven of buiten de wet plaatst, behoeft ten onzent gelukkig geene bijzondere voorziening, omdat onze magistratuur quâ geheel beschouwd, (enkele individueele uitzonderingen blijven natuurlijk mogelijk, maar bewijzen niets) volkomen vrij is van die gebreken, die de hoofdbronnen van willekeur zijn, serviele of despotieke neigingen. Niet daarin ligt het gevaar, dat door eene wettelijke vaststelling van bewijsregels behoort en kan worden afgeweerd. Men behoeft niet te vreezen dat de rechter de door de wetenschap erkende bewijsregels zal ter zijde zetten, willens en wetens overtreden, maar dat er verschillende regels zullen worden toegepast, al naarmate van de subjectieve opvatting van den rechter.

Dat dit gevaar niet denkbeeldig is, valt niet moeielijk aan te toonen. Men behoeft slechts te wijzen op het grootte verschil van opvatting tusschen de wetenschappelijke voorstanders van de vrije bewijstheorie. Een sterk sprekend voorbeeld leveren de z. g. bewijsminima. Tegen bewijsminima vooral wordt fel gestreden. Zij vormen een der grootste grieven tegen onze tegenwoordige bewijsleer, maar zeker een der minst gegronde. Een daarvan b.v. is het verbod om op nuda confessio te veroordeelen. Wat zegt nu daarvan de wetenschap volgens de bestrijders der bewijsminima? Laat ons er twee kiezen die Mr. WILLEUMIER herhaaldelijk als autoriteiten aanhaalt, en die dit ook ten volle verdienen: „Unverbrüchlich aber (zegt GEYER (1)) ist daran festzuhalten, dass auf das Geständniss *allein* keine Verurtheilung gebaut werden darf.“ „Dat bekentenis alleen niet tot veroordeeling voldoende is, behoeft geen betoog,“ zegt de Heer MODDERMAN (2). Heeft deze uitspraak eenige positieve beteekenis, dan is het dat de rechter op eene alleenstaande bekentenis geene overtuiging mag vestigen die tot veroordeeling leidt. Is het omdat zoodanige bekentenis geene volledige subjectieve overtuiging kan vestigen? Niemand zal dit in bevestigenden zin beantwoorden. Wij vestigen als het ware dagelijks onze overtuiging op bloote bekentenis, ieder onzer verkrijgt herhaaldelijk een zeer sterke gemoedelijke overtuiging door eene bloote bekentenis. Maar wetenschap en ervaring hebben zoo zeer het feilbare van eene op nuda confessio gevestigde overtuiging aangetoond, dat zelfs voorstanders van de vrije overtuiging des rechters de noodzakelijkheid van beperking dier vrijheid door dit bewijsminimum erkennen, waar het eene veroordeeling geldt. Maar welke waarborg heeft men dat die regel niet bloot in theorie erkend, maar ook in de concrete gevallen zal worden toegepast, wanneer wij Mr. MODDERMAN telkens zien herhalen dat *elke* bewijsregel in zijne algemeenheid *onwaar* is, dat

(1) In v. HOLTZENDORFF's Handb. des deutschen Strafproz., I, p. 263.

(2) Bl. 68.

het slechts abstracte regels zijn, die in het concrete geval kunnen blijken niet toepasselijk te zijn; wanneer wij hem en anderen telkens met nadruk hooren verklaren, dat hun bezwaar tegen de opneming van zulke regels in de wet hierin bestaat dat zij dan voor den rechter bindend worden, hem beletten zijne overtuiging vrijelijk te vormen; wanneer wij weten dat de voorstanders der conviction intime van eene eigenaardige juridieke of rechterlijke zekerheid of overtuiging niets willen weten en luide jammerklachten aanheffen, dat de rechter door de wettelijke voorschriften belet wordt te veroordeelen, ook al heeft hij de zedelijke, gemoedelijke overtuiging van schuld. Datgene wat Mr. MODDERMAN meent dat geen betoog vordert, wat GEYER onvoorwaardelijk wil gehandhaafd hebben, moet door de voorstanders der gemoedelijke overtuiging even onvoorwaardelijk verworpen worden, tenzij zij de onhoudbare stelling mochten willen opwerpen, dat men door eene bloote bekentenis in gemoede niet overtuigd kan worden van iemands schuld. Waar zoodanig verschil bestaat, zelfs omtrent den grondslag van het bewijs, de soort van overtuiging die men voor het rechterlijk oordeel moet vorderen, zullen de verschillende rechters noodzakelijk verschillende bewijsregels aannemen en toepassen.

En hetzelfde wat voor de bewijsminima geldt, geldt voor de bewijsmiddelen. Ook het uitsluiten van bepaalde middelen van onderzoek als bewijsmiddelen wordt fel bestreden. Ook hier volledige vrijheid voor den rechter om de feiten waarop hij zijn overtuiging vestigt, door elk mogelijk middel bij een te zamelen. Ook hier moet alles aan de subjectieve beoordeeling van den rechter, voorgelicht door de wetenschap, worden overgelaten. Dat de wet enkele voorschriften geeft betreffende den vorm der bewijsmiddelen, door enkele voorschriften de waarde daarvan tracht te verhoogen, keurt men niet af, maar deze voorschriften mogen niet tot uitsluiting of beperking leiden. Men heeft er geen bezwaar tegen dat de wet beëdigde getuigenverklaringen vordert, maar onbeëdigde moet zij daarom niet uitsluiten. Geen middel om de waarheid

te vinden, hoe onzeker of feilbaar, mag worden verboden. „Wij noemen bewijsmiddelen (*media probandi*) alles waardoor men tot kennis der bewijsgronden kan komen; zij zijn de organen der bewijsgronden. In dezen willen wij geene beperkingen, geen pad afsnijden waardoor den rechter slechts het geringste licht kan geworden; maar ook aan geen bewijsmiddel willen wij eenige *noodwendige* kracht gegeven hebben.” (mr. W. MODDERMAN p. 67 en *passim*.) „De rechter moet opgeven de bewijsmiddelen, waaruit hij de gronden van zijn overtuiging heeft geput, maar de bewijsmiddelen, die hem die gronden kunnen bijbrengen, moeten niet beperkt zijn.” (mr. WILLEUMER, p. 108.)

Het volkomen verwerpelijke dezer stelling, in die algemeenheid, behoeft geen betoog; en de voorstellers zouden waarschijnlijk de eersten zijn hare consequente toepassing te verbieden. Men uit haar alleen en werpt haar voortdurend den voorstanders van wettelijke beperkingen voor de voeten, omdat men er de strekking van over het hoofd ziet. Er zijn middelen om de waarheid te zoeken en te vinden, die vroeger algemeen gebruikelijk en door de wet zelfs goedgekeurd, thans door niemand meer openlijk verdedigd worden, al worden ze in gematigder en vermomde vormen nog wel eens aangewend. De pijnbank of andere dwang tot bekentenis, strikvrage of suggestieve vragen, en in het algemeen bedrog, misleiding of zoogenaamde handige streken, zijn ongetwijfeld middelen tot ontdekking der waarheid, tot het verkrijgen van kennis van feiten. Het zijn zeker zeer gevaarlijke en feilbare middelen, maar niemand zal beweren dat een afgedwongen of op slinksche wijze verkregen of uitgelokte verklaring nooit een middel kan zijn om tot de kennis van feiten, van bewijsgronden te komen. Toch zijn ze als bewijsmiddelen verworpen; niet op gronden van zedelijkheid, maar hoofzakelijk op grond dat het zeer gevaarlijke bewijsmiddelen zijn, dat zij zulk een troebele bron van waarheid openen, dat de rechter er voor zijne overtuiging niet in mag putten. Onze wetgeving bevat geen absoluut verbod ten opzichte van dwang, zooals ten opzichte van strikvrage

en suggestieve vragen. Zij verbiedt dus den rechter niet acht te slaan op een afgewrongen bekentenis. Mijns inziens is dit eene lacune, die trouwens door den wetgever zeker niet bedoeld is. Maar volgens de vrije bewijsleer behoort het den rechter vrij te staan daarop acht te slaan, behoudens zijn plicht om in gemoede de waarde van zoodanige verklaring te wegen.

Wellicht zullen echter de voorstanders der vrije bewijsleer die middelen verwerpen en hunne inconsequentie loochenen. Ik herinner mij althans niet ze ergens uitdrukkelijk als geoorloofde middelen van bewijs te hebben vermeld gezien. Ik kies dus liever een ander voorbeeld. Een der warmste voorstanders van de vrije bewijsleer mr. A. DE PINTO (Handleiding tot het Wetb. v. Strafv. § 296), keurt de bepaling van art. 434 Sv., dat de verklaring van een getuige alleen mag loopen over datgene wat hij zinnelijk heeft waargenomen, goed. Zij verbiedt het zoogenaamde testimonium de auditu, het verklaren op hooren zeggen. De wetenschap van den getuige moet berusten op eigen waarneming, niet op praatjes van anderen. Zoo er een regel van bewijs is die onomstootelijk vast behoorde te staan, is het zeker deze regel. Er is geen regel dien de inquireerende rechter zoo voortdurend in het oog moet houden, dat hij zich vergewisse dat de getuige uit eigen wetenschap en niet op hooren zeggen verklaart. Zooals mr. DE PINTO met recht opmerkt en ook mij uit persoonlijke ervaring meer dan eens is gebleken, zijn er vele menschen die de gewoonte hebben om wat zij van anderen vernomen hebben en als waar aan nemen, zonder eenig opzet mede te deelen als of zij het zelve hadden waargenomen. Het is mij zelve voorgekomen, dat een getuige na een vrij omstandig verhaal op de vraag of hij dat zelf gezien had, naief antwoordde: wel neen! ik was dien dag uit de stad, maar mijn vrouw heeft het gezien. En blijkbaar begreep hij niet, waarom men van zijne verklaring niet langer gediend was. En evenmin schijnen de voorstanders van de vrije bewijsleer dit te begrijpen. „Het is immers niets dan eene getuigenis van eene getuigenis

(zegt mr. MODDERMAN bl. 257), er is meer kans voor dwaling, maar is het juist om ze geheel te verwerpen wanneer beide personen geloofwaardig zijn en hunne geloofwaardigheid door andere omstandigheden wordt bevestigd?" "De groote fout van het stelsel in het thans geldende wetboek (dus haalt mr. WILLEUMIER met blijkbare instemming aan uit het verslag der 2e Kamer op het ontwerp van den Min. GODEFROI) moet gezocht worden in de onnatuurlijke banden, waarin het den rechter tracht gekneld te houden, b. v. door hem te verbieden acht te slaan op de verklaring van een enkelen getuige of op getuigenissen *de auditu*, ofschoon die misschien op zijn gemoed een beslissenden indruk hebben gemaakt. Die schadelijke beperkingen moeten worden opgeheven en aan den rechter bij de gemoedelijke waardeering der uitkomsten van het onderzoek zijne volle vrijheid hergeven worden." Men vindt hier de reeds meermalen vermelde verwarring terug tusschen eene overtuiging op gemoedsindrukken berustende, — de conviction intime, en de op juridieke zekerheid rustende overtuiging. Zonder nu hier te beslissen aan welke zijde het juiste gevoelen wordt verdedigd, rijst de vraag of het niet wenschelijk is den twijfel op te heffen, te beletten dat de eene rechter, naar rechterlijke zekerheid zoekende, die bewijsmiddelen wraakt, de ander, zich met gemoedelijke of moreele zekerheid vergenoegende, ze toelaat. of men in Amsterdam op de conviction intime zal veroordeelen, in den Haag daarentegen op rechterlijke overtuiging? Zal op dit kardinale punt ons recht eenheid bezitten, of overgelaten blijven aan de slingeren van wetenschappelijke strijdvragen?

Mijns inziens behoort die vraag in eerstgemelden zin te worden beslist. Op zulk een punt mag geen onzekerheid bestaan en behoort eenheid te worden gevorderd. En die zekerheid, die eenheid kan alleen de wet geven. Waar de meeningen zelfs onder de wetenschappelijke beoefenaars zoo verdeeld zijn, moet de wet beslissen of onbeëdigde verklaringen of verklaringen op hooren zeggen zullen worden geadmitteerd, of een bloote bekentenis of de verklaring van

één getuige, zonder iets meer, voldoende zullen mogen gerekend worden om er eene veroordeeling op te vestigen, of de rechter naar gemoedelijke overtuiging of naar juridieke overtuiging recht zal spreken.

Maar, zal men wellicht tegenwerpen, als gij in de wet alleen zoodanige voorschriften verlangt te zien opgenomen die door wetenschap en ervaring als juist zijn erkend, dan is die erkenning voldoende. Dan zullen ze ook door den rechter worden toegepast en berust uw verlangen op vrees voor willekeur van den rechter of wantrouwen in zijn wetenschap en ervaring. Tegen die kwalen, verondersteld dat zij bestonden, geeft de wet geen bescherming. Een willekeurige rechter zal uwe wet wel weten te ontduiken, een onkundige zal haar slecht begrijpen en verkeerd toepassen.

In verschillende vormen vindt men die tegenwerping herhaaldelijk gemaakt. En soms voegt men er bij, dat men zoodoende den wetgever buiten zijn terrein en op dat van de wetenschap trekt. Dienaangaande slechts eene enkele opmerking. Van willekeur of onkunde van den rechter behoeft geen sprake te zijn. Men late de meerdere of mindere voortreffelijkheid der rechters onaangeroerd. Wanneer men van regels spreekt die door wetenschap en ervaring als juist en onmisbaar zijn erkend, wordt daardoor een afwijkend gevoelen niet als willekeurig of als onwetenschappelijk en vrucht van onkunde gewraakt. Ook voor wetenschappelijke erkenning is geene unanimiteit noodig, en zelfs unanieme erkenning geeft slechts een relatieven waarborg van juistheid, slechts eene subjectieve zekerheid. Maar juist daarom is een wettelijk voorschrift noodig, dat aan den wetenschappelijken regel de objectieve zekerheid geeft die noodig is om de algemeene toepassing te waarborgen. Zonder dat is elk rechter bevoegd en verplicht zijne subjectieve wetenschappelijke overtuiging te volgen. Alleen het voorschrift der wet kan het daardoor ontstaande rechtsverschil opheffen, omdat het den rechter belet zijne subjectieve opvatting te volgen. De wet kan voorzeker eene verkeerde beslissing geven evenzeer als de wetenschap, maar zij geeft datgene wat voor rechtsvoorschrift

ten onmisbaar is en de enkele wetenschappelijke erkenning nooit geven kan, zekerheid. Daarbij is wettelijk voorschrift ook de eenige positieve waarborg voor nauwgezette en gelijke toepassing, omdat zij de controle en, waar verschil van interpretatie ontstaat, de beslissing van den hoogsten rechter mogelijk maakt. Met de vrije bewijstheorie zou een der gewichtigste en ingrijpendste deelen van ons recht geheel aan de controle van den Hoogen Raad worden onttrokken. Elk rechter zou zijne individueele opvatting omtrent datgene wat wetenschap en ervaring als onmisbare vereischten tot het bekomen van juridieke zekerheid hebben erkend, volgen en handhaven, zelfs al stond hij in die opvatting alleen, zonder dat er eenig middel ware om de gelijkheid van rechtsbedeeling te verzekeren.

Er worden echter andere bezwaren tegen eene negatieve wettelijke bewijsleer aangevoerd, die niet mogen worden voorbijgegaan. Zij laten zich hoofdzakelijk in twee stellingen resumeeren:

1°. Er zijn wel is waar bewijsregels, die door wetenschap en ervaring worden aangegeven, en die de rechter moet eerbiedigen bij het onderzoek, maar het zijn geen absolute regels, die altijd toepasselijk zijn; zoodat de wet die regels niet verbindend kan verklaren, zonder in vele gevallen de vrije vorming van de rechterlijke overtuiging te belemmeren door regels die in het concrete geval zuiver formeel of fictief zijn.

2°. Het formalisme dat aan elke wettelijke bewijsleer, ook aan de negatieve, eigen is, leidt den rechter onwillekeurig tot de meening dat, waar de vorm maar goed is, ook de inhoud waarheid bevat. De vorming der overtuiging in den geest des rechters wordt louter routine. Als het wettig bewijs maar aanwezig is, acht de rechter dit voldoende voor zijne overtuiging. Met andere woorden de negatieve bewijsleer leidt noodzakelijk tot toepassing in de praktijk van eene positieve bewijsleer.

Deze bezwaren nu leiden tot twee tegenovergestelde gevolgen. Ten gevolge van het eerste moet de rechter dikwijls vrijspreeken in strijd met zijne overtuiging van de schuld,

terwijl het laatste leidt tot veroordeeling ook waar geene werkelijke overtuiging bestaat. Om dit door het gemeenlijk aangehaalde voorbeeld op te helderen: door onbeëdigde verklaringen als wettige bewijsmiddelen te weren moet dikwijls worden vrijgesproken, niettegenstaande geen redelijke twijfel mogelijk is omtrent de schuld, maar gewent de rechter zich ook om alle beëdigde verklaringen zonder nadere toetsing als waar aan te nemen, en alleen daarop te veroordeelen.

Deze objectien worden in allerlei vormen gevarieerd. Het verdient echter opmerking dat, voor zoover mij althans bekend, de laatste stelling bijna alleen wordt gestaafd door citaten van andere voorstanders der vrije bewijstheorie, die hetzelfde beweren. Zie bv. Mr. MODDERMAN p. 223 volg., Mr. WILLEUMIER bl. 108. En waar men een poging tot staving door argumenten vindt, zijn die argumenten niet veel meer dan algemeene frases over routine-geest van den mensch en meer speciaal van den rechter, of over het verkeerde van den rechter onder voogdij van de wet te stellen omdat men hem wantrouwt. „Knechtung (zegt GEIJER b.v., en het is het eenige wat er bij zijn betoog als argument uitziet) ruft Knechtischen Sinn hervor und Misstrauen macht zuletzt den Gegängelten des Gängelbandes würdig.” Mijn hoofdbezwaar tegen die stelling is dat zij volkomen in de lucht hangt. Het laat zich echter nog verklaren dat dergelijke frases opgang maken in landen, waar hetzij de negatieve bewijsleer nimmer heeft gegolden, hetzij te kort om de routine der positieve wettelijke bewijsleer te hebben zien afslijten, waar men dus van de toepassing der negatieve bewijsleer geenerlei ervaring heeft. Maar bevreemdend is het dat men zulke uitspraken als gezaghebbend aanhaalt in een land waar de negatieve bewijsleer bijna een halve eeuw wettelijk heeft bestaan, en waar men dus in de ervaring een afdoend argument moet hebben. En waarom beroept men zich niet op de ervaring in andere landen, waar de negatieve wettelijke bewijsleer nog langer heeft gegolden, b.v. Engeland? Wanneer, zooals men beweert, de negatieve bewijsleer noodzakelijk er toe leidt dat men in de praktijk de positieve bewijsleer

toepast, wanneer zij noodzakelijk tot de routine leidt dat de rechter niet meer vordert overtuiging, maar alleen vraagt of het wettelijke quantum bewijsmiddelen aanwezig is, dan moet dat ten onzent en in Engeland zijn gebleken. Over de ervaring in Engeland durf ik geen oordeel te uiten, maar zij laat mij ook volkomen onverschillig, evenals mij de ervaring in Duitschland zou laten, als men daar ervaring op dit punt had. Voor ons is alleen van belang de ervaring hier te lande; want daar het een argument geldt, dat men aanvoert tot bestrijding van onze bewijsleer, komt het in werkelijkheid hierop neder: het formalisme van de bewijsleer van ons wetboek van strafvordering heeft tengevolge gehad, dat in de praktijk in werkelijkheid eene positieve bewijsleer wordt toegepast, dat de rechter in den regel niet naar materieele zekerheid vraagt, geene materieele waarheid tracht te vinden, maar alleen onderzoekt of het quantum wettelijk bewijs formeel aanwezig is. Bestaat nu werkelijk ten onzent zoodanige routine bij de toepassing van onze bewijsleer? is men gewoon beëdigde verklaringen alleen op grond van de beëdiging als waar aantemen, omdat de wet onbeëdigde verklaringen niet als wettige bewijsmiddelen erkent? neemt de rechtspraktijk ten onzent aan dat iets bewezen is als er maar twee getuigen zijn die het verklaren, zonder dat men om de interne waarheid dier verklaringen zich bekommert? worden dientengevolge herhaaldelijk lichtvaardige veroordeelingen uitgesproken?

Ik geloof dat het stellen van de vraag voldoende is. Ik betwijfel of iemand haar bevestigend zal beantwoorden. Onze wetgeving geeft niet alleen geenerlei aanleiding tot zoodanige toepassing, maar wraakt haar zoo duidelijk mogelijk. Geen voorschrift is wellicht zoo sterk geformuleerd en zoo dikwijls herhaald, als het voorschrift dat de rechter niet mag veroordeelen als hij niet volkomen overtuigd is, dat hij aan geen enkel bewijsmiddel positieve of formeele bewijskracht mag toekennen, dat hij de innerlijke waarde, de materieele waarheid van hetgeen door die bewijsmiddelen ter zijner kennis wordt gebracht, moet toetsen. Bestaat er nu eenige grond

om te beweren dat deze voorschriften regelmatig ten onzent worden miskend, dat zij een doode letter zijn en dat bij onze rechterlijke macht de routine overheerschend is, zich weinig om overtuiging te bekommeren, zich met een halve of geene overtuiging te vergenoegen als het wettelijk minimum waar aanwezig is? Zoo ja: waaruit blijkt zulks? Zoodanige routine is onmogelijk zonder dat zij zich afspiegelt in onze jurisprudentie, herkenbare sporen in de zoo omvangrijke massa rechterlijke beslissingen omtrent het bewijs en omtrent het motiveren der uitspraken nalaat. Ik zal zeker de mogelijkheid niet ontkennen dat er enkele rechters zijn, die hun taak zoo weinig nauwgezet opvatten, uit gemakzucht zich onthouden van eene nadere toetsing der inwendige waarheid van hetgeen door formeele bewijsmiddelen ter hunner kennis komt. Maar al neemt men dit aan, is de stelling nog volkomen onbewezen dat dit een noodzakelijk gevolg is van wettelijke bewijsregels. Of gelooft men werkelijk dat zulke rechters meer eerbied zullen hebben voor de uitspraken der wetenschap dan voor de stellige voorschriften der wet? dat ze zich den geest zullen vermoeien om hunne overtuiging volgens de geschriften van GEYER en MODDERMAN of andere geleerden naar verstandsregelen te vormen? Routine en gemakzucht zullen onder elke bewijsleer hare adepten vinden.

Ik geloof dat wij beter doen dit bezwaar verder ter zijde te laten en over te laten aan de Duitsche theoretici, die onbekend met de praktische werking eener negatieve bewijsleer, het eenvoudige „heraus construiren aus ihren innern Bewusstsein". Ik bepaal mij mitsdien tot het eerste bezwaar, de onmogelijkheid om bewijsregels te vinden die niet in vele gevallen blijken te falen, en den rechter op ongerechtvaardigde wijze beletten naar zijne overtuiging uitspraak te doen of hem in het zoeken naar de waarheid belemmeren. Het is het hoofdargument dat de bestrijders van wettelijke bewijsregelen aanvoeren, dat ze op allerlei wijze varieeren en formuleeren, en soms zeer kras formuleeren. Het doet hun eene wettelijke bewijsleer zelfs ongerijmd of belachelijk toeschijnen. Mr. MODDERMAN (bl. 219) noemt het dwaas

het oordeel over de oneindig rijke verschijnselen van het leven te willen plooiën naar eenige abstracte en algemeene regels. En met blijkbare instemming haalt hij de woorden aan, in 1791 in de constituante door DUPORT gesproken, dat de wettelijke bewijsleer (ter verontschuldiging van DUPORT diene dat hij alleen de positieve kende en bedoelde) absurd is, dat het belachelijk is vooraf door de wet te laten bepalen hoe men een feit zal bewijzen, dat zij niet kent en dat zich in oneindige schakeeringen kan voordoen, terwijl toch elk feit zijn bijzonder en eigen bewijs heeft.

Tegenover de voorstanders der leer van de conviction intime geef ik de stelling dadelijk toe. Neemt men aan dat voor eene veroordeeling voldoende is de bloot subjectieve overtuiging hetzij van den rechter hetzij van een dozijn eenvoudige lieden met gezond verstand en eenige ontwikkeling, dan is het stellen van wettelijke bewijsregels inderdaad belachelijk. Maar even belachelijk is het dan ook ze door de wetenschap te laten geven. Want zoodanige overtuiging komt tot stand of kan althans tot stand komen op duizenderlei wijzen, en in elk concreet geval, op eene bijzondere en eigene wijze. Ik wees er reeds vroeger op dat ze een vrucht kan zijn van geloof, van routine, van onkunde. Zulk eene overtuiging (ik zeg het in ernst, en niet in spotzucht) kan men door een droom of eene hallucinatie verkrijgen. Zelfs de verstandigste lieden vormen zich op die wijze soms eene overtuiging, die den dood trotseert. Er bestaat niet de minste reden bv. om te betwijfelen, dat SOCRATES de meest krachtige intime convictie had van de realiteit van het bestaan van zijn Daimoon. Voor de vorming van zoodanige overtuiging kan ook de wetenschap geene regels geven, omdat zij eigenlijk niet behoort tot het terrein van de wetenschap. Het geschilpunt tusschen de voorstanders van die vrije bewijsleer en de voorstanders van wettelijke bewijsregels ligt dan ook niet in de vraag hoe men tot de gevorderde overtuiging moet geraken, maar welke overtuiging men vordert.

Maar geheel anders doet het geschilpunt zich voor tegenover die voorstanders van de vrije bewijsleer, die de leer

der intime convictie verwerpen en evenzeer rechterlijke overtuiging vorderen, eene overtuiging op rechterlijke zekerheid berustende. Tegenover hen kan de stelling niet alleen niet worden toegegeven; maar m. i. toont zij op overtuigende wijze het onhoudbare hunner leer, het dubbelzinnige hunner argumentatie. Zij vorderen evenzeer dat de rechter bij het vormen zijner overtuiging naar wetenschappelijke regels zal te werk gaan, zij erkennen het bestaan van bewijsregels, maar zij mogen niet bindend zijn voor den rechter. Met andere woorden: die regels bestaan, die regels zijn noodzakelijk, maar ze moeten niet bindend zijn voor den rechter. Maar voor wien moeten ze dan bindend zijn? Regels die niet bindend zijn, zijn geen regels. Onvoorwaardelijk (zegt GEYER) moet de regel gehandhaafd worden dat op eene bloote bekentenis geene veroordeeling mag worden uitgesproken. En volgens mr. MODDERMAN is dat zoo ontwijfelbaar dat het geen betoog behoeft. Maar toch zou het dwaas zijn den rechter te verplichten dien regel te eerbiedigen. Hij moet de vrijheid behouden, zijne overtuiging ook daarop te vestigen, te beoordeelen of die regel in het concrete geval wel toepasselijk is. Het schijnt dus alleen een onschendbare regel te zijn voor hen die niet geroepen worden een rechterlijk oordeel te geven.

De oorzaak dezer inconsequentie is niet moeilijk te vinden. Zij ligt in de redeneering opgesloten, die men bezigt om de stelling te staven, dat het onmogelijk is bewijsregels te formuleeren die niet in concrete gevallen kunnen blijken den rechter in de vrije vorming zijner overtuiging te belemmeren. Eene *nuda confessio*, (zoo redeneert men) een *testimonium de auditu* zijn feilbare bewijsmiddelen. In abstracto zijn ze te verwerpen, maar in concreto kunnen ze den rechter eene volkomene overtuiging schenken. Door hem aan den abstrakten regel te binden, dwingt men hem tot vrijspraak in strijd met zijne overtuiging. De opmerking is op zich zelve volkomen juist, maar bewijst alleen dat men hinkt op twee gedachten. Terwijl men meent of beweert rechterlijke overtuiging te verlangen, valt men zonder het

zelve te bemerken in de verworpen leer der intieme convictie. Niemand zal ontkennen dat men door eene nuda confessio, door een testimonium de auditu een zeer sterke gemoedelijke of zedelijke overtuiging kan bekomen. Men kan die zelfs met oneindig minder, zonder eenig bewijsmiddel te gebruiken, bekomen. Maar wat men op die wijze niet kan verkrijgen is rechterlijke overtuiging, die overtuiging die mr. MODDERMAN op het oog heeft als hij beweert, dat het geen betoog behoeft dat op de bekentenis alleen geen veroordeeling mag worden uitgesproken, maar die hij weer wegcijfert als hij beweert dat men er in concreto door kan overtuigd worden. En als men rechterlijke overtuiging vordert, dan is het niet meer dan behoorlijk, dat de rechter die alleen eene gemoedelijke overtuiging heeft, in strijd met die overtuiging vrijspreekt. Als men op die overtuiging niet mag veroordeelen, moet men wel, in strijd met die overtuiging, vrijspreken. Daarover te jammeren, daarvan een grief te maken aan de wettelijke bewijsleer, is niets dan inconsequentie.

Maar bovendien is in dat gejammer eene overdrijving, die soms aan het belachelijke grenst door volkomen te abstraheren van de werkelijkheid. Het zou dwaas zijn te ontkennen, dat door de toepassing der negatieve bewijsleer niet meermalen schuldigen aan eene veroordeeling ontsnappen. Het is een noodzakelijk gevolg van de omstandigheid dat zij rechterlijke overtuiging vordert, dat zij vordert bewijs van de schuld en dat bewijs niet altijd te leveren is. Waar men zich met gemoedelijke of subjectieve overtuiging vergenoegt, is misschien dat aantal geringer, hoewel de ervaring in Frankrijk het tegendeel zou doen vermoeden. En zoolang er bewijs wordt gevorderd, zullen altijd schuldigen ontsnappen, evenals er ook altijd zullen zijn die volkomen onbekend blijven. Maar men kan toegeven dat, naarmate men een hooger graad van zekerheid vordert voor veroordeeling, het aantal schuldigen dat daaraan ontsnapt grooter zal zijn. Dit is zeker een nadeel, maar dat verre wordt overwogen door de meerdere zekerheid, dat geene onschuldigen zullen worden veroordeeld. Absolute zekerheid op dat punt geeft wel is waar de eisch

van rechterlijke overtuiging evenmin, omdat zoodanige zekerheid nimmer te verkrijgen is; maar het gevaar van veroordeeling van onschuldigen daalt in gelijke mate en wellicht in hoogere mate dan het gevaar dat schuldigen worden vrijgesproken, rijst. En op dat punt ben ik van de oude leer, dat het beter is dat tien schuldigen worden vrijgesproken, dan dat één onschuldige wordt veroordeeld. Die leer schijnt bij de voorstanders der vrije bewijstheorie in discredit te zijn. Zij schijnen het veeleer eens met den Amerikaan die van zijne fransche moeder zekere notiën had geërfd, die nooit in een Saksischen kop waren opgekomen. (1) Maar wanneer de zaak zich in concreto voordeed, zouden zij, daarvan ben ik overtuigd, zich inconsequent toonen. In mijn vroegere betrekking is het mij wel eens voorgekomen mede te werken tot de vrijspraak van iemand, van wiens schuld ik in gemoede overtuigd was. Ik wil gaarne erkennen dat het mij altijd leed deed, evenzeer als het mij leed deed, wanneer ik den dader van een misdrijf in 't geheel niet kon op het spoor komen. Dat ik immer medewerkte tot de veroordeeling van iemand van wiens schuld ik ten onrechte overtuigd was, is mij niet gebleken. Dit sluit de mogelijkheid niet uit dat er gevallen waren; maar het is hoogst zeldzaam dat dergelijke gevallen blijken, wanneer niet toevallig later de schuld van een ander blijkt. Maar als het mij ooit gebleken ware, dat door eene dwaling van mij, hoe volkomen te goeder trouw ook gepleegd, iemand onschuldig was veroordeeld geworden, zouden mijn leedgevoel en ergernis oneindig zwaarder zijn geweest, dan ik ooit bij de vrijspraak van iemand, aan wiens schuld ik in gemoede geloofde, ben geweest. En ik ben verzekerd dat hetzelfde het geval zou zijn met hen die in theorie geen of geen noemenswaardig verschil zien tusschen de vrijspraak van een schuldige en de veroordeeling van een onschuldige. En dat het in allen gevalle niet is eene individueele eigenaardigheid, maar dat dit gevoel algemeen gedeeld wordt, bewijst de ontroering die steeds het bericht eener gerechtelijke

(1) Zie boven bl. 345.

dwaling veroorzaakt, de schok die er door wordt gegeven aan het vertrouwen op de rechtspraak. De vrijspraak van een schuldige moge leedgevoel en ergernis verwekken, deze zijn spoedig vergeten. Van oneindig sterker en duurzamer aard is de ontroering en de schok, door de veroordeeling van een onschuldige veroorzaakt.

Doch aangenomen dat het nadeel van zoodanige vrijspraken niet werd opgewogen of overtroffen door het mindere gevaar van gerechtelijke dwalingen, is het niet eene overdrijving van die vrijspraken te gewagen met een ophef alsof ze dagelijks plaats hadden, alsof de wettelijke bewijsregels de maatschappij geheel weerloos maakten tegen de zwaarste misdadigers? Is het niet belachelijk, die bewijsregels een palladium voor spitsboeven te noemen? (1) Dat zulke vrijspraken voorkomen, valt niet te ontkennen, dat ze soms aan onverstandige wettelijke bewijsregels (bv. de onzinnige, door niemand eigenlijk meer verdedigde uitsluitingen van artt. 188 en 190 Sv.) te wijten zijn, is volkomen waar; maar daargelaten dat zij niets tegen goede wettelijke bewijsregels bewijzen, daar het eerbiedigen van goede wetenschappelijke bewijsregels hetzelfde gevolg moet hebben, komen zoodanige vrijspraken zoo zelden voor, dat de maatschappelijke orde daardoor in geen enkel opzicht wordt in gevaar gebracht. En speciaal waar ze aan het ontbreken van het bewijsminimum zijn te danken, is het een inconsequentie dit te beweren en tevens één daarvan (zooals GEYER en MODDERMAN doen) onvoorwaardelijk te admitteeren, en op gronden die evenzeer voor het andere pleiten, zooals ik nader zal trachten aan te toonen.

Hoever men echter in de bestrijding van wettelijke bewijsregels van het rechte pad afdwaalt, toont een ander bezwaar, waarover evenzeer luide gejammerd wordt, en dat in verband staat met het voorgaande. Het zijn thans de advocaten, de verdedigers der spitsboeven, die het ontgelden, omdat zij van het palladium hunner cliënten gebruik maken. Men

(1) Zie de woorden van WAHLBERG bij mr. WILLEUMIER, bl. 130.

vindt dat bezwaar in allerlei vormen voorgesteld. Ik verge-
 noeg mij naar de twee Heeren praeadviseurs te wijzen. De
 Heer WILLEUMIER citeert als iets belangrijks de merkwaar-
 dige bestrijding van het ontwerp van ons tegenwoordig wetboek
 bij het afdelingsonderzoek in 1829. In *theorie* waren de bepalin-
 gen van tit. 22 zonder tegenspraak goed, en men meende dat ze
 ook die bepalingen waren, die dagelijks werden toegepast door
 alle rechters die eenig begrip hadden van recht en recht-
 spraak, maar in de praktijk zouden er bezwaren uit op-
 rijzen. „Les avocats s'en empareront pour embrouiller
 les affaires, prolonger les débats, trouver des moyens de
 cassation et de nullité.“ En ziet, de profeet van 1829
 was een profeet van de goede soort. „Is die voorspelling
 „niet eenigermate bewaarheid? Worden niet meestal alle
 „krachten ingespannen om eene vrijspraak te verkrijgen op
 „grond dat het wettig bewijs niet geleverd is? Worden
 „daarover niet gewoonlijk de pleidooien gehouden? Loopt
 „de rechtsstrijd niet voornamelijk over de vraag of het
 „gevorderde minimum van bewijs aanwezig is? . . . En wat
 „de cassatie betreft, neem de verschillende verzamelingen van
 „arresten van den Hoogen Raad ter hand en zie hoe
 „dikwijls wegens schending of verkeerde toepassing van de
 „artikelen over het bewijs arresten en vonnissen zijn ver-
 „nietigd; verneem de klacht van een even kundig als ervaren
 „magistraat, hoe na meer dan 35 jaren nog zoovele rech-
 „terlijke uitspraken worden gecasseerd als een gevolg van
 „verkeerde toepassing of onjuist begrip van het beginsel dat
 „de rechter zal uitdrukken door welke wettige bewijsmid-
 „delen hij de overtuiging van schuld heeft verkregen, waar-
 „door zij als in strijd met de voorschriften der wet worden
 „geoordeeld geweest te zijn.“ Mr. WILLEUMIER bl. 130. En
 de heer TRIPELS (bl. 149) wijst ook als een bezwaar tegen
 de wettelijke bewijsleer op het feit, dat in meest alle ge-
 vallen die zich voordoen, de debatten niets anders zijn ge-
 worden dan eene discussie tusschen beschuldiging en ver-
 dediging over de vraag of het wettig bewijs al dan niet
 geleverd is.

Al dadelijk moet ik wijzen op de schromelijke overdrijving, waaraan men zich ook hier weder overgeeft. Als men uit de abstractie nederdalende de werkelijkheid een blik waardig keurt, zal men moeielijk kunnen ontkennen, wat de praktijk dagelijks waarneemt, hoe betrekkelijk gering het aantal strafzaken is, waarin het bewijs twijfelachtig of moeielijk is of tot eenig ernstig debat aanleiding geeft, waarin met name de bewijsminima ernstigen invloed kunnen uitoefenen. En in zeer vele gevallen is dat afkeurenswaardige bedrijf om te kibbelen over het al of niet volledige van het bewijs slechts het noodmiddel van den toegevoegden advocaat, die ambtshalve met de verdedigingstaak in een hope-looze zaak belast, elke noodplank aangrijpt om niet al te overbodig in het proces te schijnen. Ik durf niet ontkennen, en geloof dat weinig advocaten het zullen durven, dat ik onder die omstandigheden wel eens vrij gewaagde twijfelingen omtrent de volledigheid van het bewijs heb geuit, die mij te minder gewetenswroegingen baarden, omdat ik vrij zeker was dat ze bij den rechter wel een welwillend gehoor maar geen ingang zouden vinden, zoodat de maatschappelijke orde weinig gevaar liep door de vrijspraak van een schuldige in hare grondslagen geschokt te worden. Maar het is een, voor zoover mij althans bekend, door niets gerechtvaardigd verwijt aan onze balie, dat het debat zich meestal bepaalt tot of dat de rechtsstrijd voornamelijk loopt over de vraag of het gevorderde minimum van bewijs aanwezig is. Want de bewering die men voert, bevat een ernstig verwijt aan de balie, een gelijk verwijt als men ten onrechte aan den rechter die eene negatieve bewijsleer heeft toetepassen, doet, dat de materiele waarheid wordt achtergesteld aan de formeele, dat men de toetsing van de interne waarde der bewijsmiddelen en bewijsgronden verwaarloost, en daarbij tevens het verwijt dat de strijd op ander terrein dan dat van het bewijs op den achtergrond wordt gesteld.

Raadpleegt men niet zijn vooroordeel tegen de wettelijke bewijsleer, die alle muggen tot den omvang van een olifant doet zwellen, en die alles door een verkleurd glas doet zien,

maar de werkelijkheid, dan bevindt men dat deze hierin bestaat, dat in alle gevallen waarin het bewijs aanleiding geeft tot twijfel, de debatten over het al of niet bewezene, over de waarde der bewijsmiddelen en bewijsgronden, over het al of niet toepasselijke daarop van dezen of genen door de wet of de wetenschap erkenden bewijsregel een aanzienlijke plaats innemen. Het verschijnsel heeft niets bevreemdends of afkeurenswaardigs. Men ziet hetzelfde overal waar recht wordt gesproken, of men eene vrije of wettelijke bewijsleer huldigt. Zoolang voor veroordeeling bewijs van schuld wordt gevorderd, zal men het waarnemen. Maar er is meer. Ik erken volmondig dat het zich veel sterker openbaart bij eene rechtspraak die aan bewijsregels gebonden is. Als voorbeeld kan men wijzen op Engeland, waar de strijd op dat punt in den regel een nog veel grootere plaats inneemt dan bij ons, en op Frankrijk waar in den regel, in de groote en beroemde pleidooien althans, de strijd over het bewijs een zeer bescheiden plaats inneemt. Maar wel verre van daarin een nadeel van onze bewijsleer of een eigenschap te zien, die afkeuring verdient, acht ik het een groot voordeel, eene zeer loffelijke eigenschap. De materiele waarheid wordt oneindig beter gediend door scherpe, tot in de kleinste details afdalende kritiek en schifting van het bewijs, door eene nauwkeurige toetsing van de bewijsmiddelen en bewijsgronden, dan door de schitterendste aanvallen op het gemoed van den rechter. Dat bij die debatten over het bewijs veel kaf onder het koren zich mengt, soms vrij wat spitsvondigheden of, wil men zelfs, chicanes zich mengen, is zeer natuurlijk. Men vindt geheel hetzelfde op elk ander terrein, zoodra van de interpretatie eener wettelijke bepaling of de opvatting van een wetenschappelijk voorschrift ernstige belangen afhangen. Vindt men daarin een grond tot verwerping of afkeuring van bewijsregels, dan is er vrij wat meer te verwerpen of af te keuren. Ik herinner slechts aan het wettelijk voorschrift dat de dagvaarding eene opgave van het feit moet bevatten, dat rechterlijke uitspraken moeten worden gemotiveerd, dat de toegepaste wetsartikelen moeten

worden aangehaald. Wat worden er spitsvondigheden en ge-
 waagde stellingen geuit over het vereischte van dolus of
 culpa! Niemand acht dit een argument tegen deze wette-
 lijke bepalingen, en het is er evenmin een tegen wettelijke
 voorschriften op het bewijs. Bovendien is het een door niets
 gewettigde veronderstelling dat de aanneming eener vrije
 bewijstheorie het euvel zou wegnemen. Waar het bestaan van
 wetenschappelijke bewijsregels wordt erkend, zou men over
 deze denzelfden strijd voeren. Alleen de beroepen in cassatie
 zouden afnemen, omdat de wijze waarop het bewijs gevonden
 was, niet langer aan de controle van den Hoogen Raad zou
 onderworpen zijn, maar het zou zijn ten koste van de een-
 heid van rechtsbedeeling. En dit is juist mijn hoofd-
 bezwaar tegen de vrije bewijstheorie die rechterlijke
 zekerheid eischt, veroordeeling op bloot gemoedelijke
 overtuiging wraakt. Die theorie is volkomen onmachtig hare
 toepassing in de praktijk tegen de theorie der intime
 convictie te handhaven, en zal daardoor noodzakelijk worden
 overvleugeld. Haar vertrouwen dat, als maar eenmaal de
 vrije bewijstheorie is aangenomen, de rechter hare weten-
 schappelijke regels zal toepassen, hangt volkomen in de
 lucht, en hare voorstanders zelve toonen er het ijdele van
 door telkens weer in het zog van de intieme convictie terug
 te vallen. Hun hoofdargument tegen wettelijke bewijsregels
 dat er wel bewijsregels zijn, maar dat ze niet bindend mogen
 worden verklaard, omdat men ook in strijd met die bewijs-
 regels eene overtuiging van schuld kan bekomen, toont een-
 voudig dat ze zelve niet precies weten wat zij onder rechterlijke
 overtuiging in tegenstelling van gemoedelijke overtuiging
 verstaan. Zij willen eenvoudig den slagboom verwijderen die
 de rechtspraak op zuiver subjectieve overtuiging, die zij
 zelve zoo sterk afkeuren, belet. En dit is mijn hoofdgrief
 ook tegen het ontwerp van mr. GODEFROI, een ontwerp dat
 zoozeer met alle begrip van rechterlijke zekerheid breekt
 dat het zelfs het misbruik, dat de rechter zijne overtuiging
 put uit hetgeen niet ter terechtzitting is gebleken, door een
 uitdrukkelijk wettelijk voorschrift (tit. VII art. 74) legiti-

meert. De ingenomenheid van de voorstanders der rechtspraak op intieme convictie met dat ontwerp bevat dan ook eene ernstige waarschuwing voor elk, die zoodanige rechtspraak niet verlangt.

De tegenstanders van wettelijke bewijsvoorschriften vinden echter in de wijze waarop de bewijsleer in ons recht geregeld is, rijke stof bij hunne bestrijding. Men moet ze dus ook op dit terrein volgen, te meer omdat die voorschriften in vele opzichten afkeuring verdienen en herziening vorderen, en de gestelde vraag ook niet is opgelost door het enkele antwoord dat er wettelijke voorschriften moeten zijn, maar ook aanwijzing van die regels vordert. Dit is zeker het gewichtigste punt van het onderzoek. Toch is het niet mogelijk het anders dan in hoofdtrekken te bespreken, daar eene meer gedetailleerde bespreking een omvang zou vorderen, waartoe de tijd mij ontbreekt, die ook lichtelijk de grenzen van behandeling in een tijdschrift en zeker die van de behandeling in de juristenvereeniging zou overschrijden.

II.

Als eerste regel en als hoofdbeginsel van het bewijs in strafzaken, dat alle andere regels moet beheerschen, moet onherroepelijk vaststaan dat dit bewijs uitsluitend gericht is op materiële waarheid. Alle formeele, alle fictieve waarheid moet onvoorwaardelijk worden afgekeurd in het strafrecht, en alle regels die daartoe leiden, moeten daarom alleen reeds worden verworpen. Dit veroordeelt op zich zelve reeds de bepaling van art. 436 Sv. De vraag of het privaatrechtelijk bewijs al dan niet geheel of ten deele op materiële waarheid moet gericht zijn, laat ik ter zijde, maar elke bepaling die de strafrechtelijke regels van de beslissing dier vraag afhankelijk maakt, is absoluut verwerpelijk, omdat, welke ook de eischen van het privaatrecht moge zijn, welke bevoegdheid tot beschikking over hunne rechten men daarbij aan de individuen late, het strafrecht elke fictie, welke ook, behoort

te wraken, van transactie over strafrechtelijke schuld geene sprake mag zijn.

Dit is trouwens tegenwoordig algemeen erkend, zoodat eene positieve wettelijke bewijsleer geene voorstanders meer bezit, geene bestrijding behoeft. Maar het heeft dan ook ten gevolge dat tusschen rechterlijke overtuiging en gemoedelijke overtuiging geen antagonisme bestaat, dat zij geene tegenstellingen vormen. Rechterlijke overtuiging moet noodzakelijk tevens zijn gemoedelijke overtuiging, waarvan zij als het ware slechts een der ondersoorten vormt, die zich van de andere soorten alleen onderscheidt door den grondslag waarop zij rust, de wijze waarop zij gevestigd wordt. Allermintst onderscheidt zij zich door meerdere intensiteit. Integendeel, zooals ik reeds vroeger zeide, is de zuiver subjectieve overtuiging in den regel intensief veel sterker. Het intensieve der gemoedelijke overtuiging, wel verre van hare juridieke waarde te verhoogen, moet den rechter dubbel angstvallig maken bij het onderzoeken van de gronden waarop zij rust, omdat die groote intensiteit zeer dikwijls, zoo niet meestal, het gevolg is van factoren, zooals het gevoel, het vooroordeel of de routine, die het oordeel verzwakken in plaats van het te versterken. Het verschil ligt in den grondslag waarop de overtuiging berust. Bij de rechterlijke overtuiging moet dit steeds zijn *weten*, terwijl gemoedelijke overtuiging evenzeer kan rusten op *gevoelen* of *gelooven*. Rechterlijke overtuiging is mitsdien het product van twee onderscheiden verrichtingen van onze verstandelijke vermogens, die steeds zelfstandig plaats hebben, het vormen van het weten en het vormen van de overtuiging op dat weten.

Deze onderscheiding is van belang, omdat zij het terrein afbakt waarbinnen de bewijsregels zich noodzakelijk moeten bewegen. Voor de eindwerkzaamheid van den rechter, de vorming zijner subjectieve overtuiging, behoort m. i. het bezwaar dat men tegen wettelijke bewijsvoorschriften aanvoert, te worden toegestemd. Het is niet dat er geene wetten zouden bestaan die ook die verrichtingen van den menschelijken geest beheerschen, maar het zijn de gewone

algemeene wetten die elke werking van het denkvermogen beheerschen. Naar de wetten van het denken bv. behoort men de overtuiging van iemands tegenwoordigheid bij een te Amsterdam gepleegden diefstal niet te vestigen op de wetenschap dat hij destijds in Amerika is gezien; maar op dat punt zijn geene gebiedende wettelijke voorschriften, gesteld dat zij noodig waren, mogelijk. Vandaar ook dat de wet nimmer de bewijskracht van bewijsgronden behoort te bepalen, den invloed dien de wetenschap van een bepaald feit op de overtuiging behoort uit te oefenen.

Onze wetgever heeft dit dan ook erkend, uitdrukkelijk en rechtstreeks in de bepaling van art. 444, maar indirect nog stilliger en algemeener door absolute verwerping van de positieve wettelijke bewijsleer, die ook dit deel van het rechterlijk arbitrium door stellige voorschriften trachtte te beheerschen. En elke theorie die materieele waarheid, overtuiging des rechters vordert, moet de vorming dier overtuiging uit de ten processe gebleken feiten, de waardeering van de bewijskracht dier feiten aan den rechter overlaten. Maar geheel anders is het gesteld met de vorming van het weten, van den grondslag dier overtuiging, in andere woorden met het bijeenbrengen van de feiten en het waarborgen of toetsen van de deugdelijkheid der bewijsgronden en der middelen waardoor deze ter kennis van den rechter komen. Bindende voorschriften op dit punt belemmeren wel de willekeur of, wil men liever, de bloot subjectieve opvatting van hetgeen wetenschap en ervaring op dat punt voorschrijven, maar in geen enkel opzicht de vrijheid van den rechter bij de vorming zijner overtuiging. Zij beletten hem zelfs niet eene geheel vrije gemoedelijke overtuiging te vormen, maar alleen op die enkele overtuiging eene veroordeeling uit te spreken. Geen wet ter wereld trouwens kan den rechter beletten zoodanige overtuiging te bekomen, maar wel hem beletten op zoodanige overtuiging, wanneer zij op onvoldoende objectieve zekerheid berust, te veroordeelen. De negatieve theorie verlangt ook niets anders. Zij ontkent volstrekt niet de hooge waarde der subjectieve overtuiging.

Zij vordert mitsdien ook deze en verbiedt even absoluut als de vrije theorie eene uitspraak in strijd met die overtuiging. Zij ziet in de vrijspraak dan ook niet noodzakelijk eene onschuldig-verklaring, maar alleen eene verklaring, dat de schuld niet met voldoende juridieke zekerheid is gebleken, om op grond daarvan eene veroordeeling tot straf uit te spreken. De verkregen overtuiging kan voldoende zijn voor elk ander oordeel, elke andere beslissing. Zij kan voldoende zijn om iemand uit zijn dienst te ontslaan of niet aan te nemen, om in een geschiedkundig of ander wetenschappelijk geschrift hem schuldig te verklaren en op die schuld wetenschappelijke uitspraken te vestigen. Maar daaruit volgt nog niet noodzakelijk dat aan den strafrechter een onredelijke, volgens het beweren van enkelen zelfs belachelijke band wordt opgelegd als de wet hem verbiedt een straf uit te spreken. De negatieve theorie nu zegt eenvoudig wat ook de voorstanders van de theorie der vrije rechterlijke overtuiging zeggen, maar bij hunne betoogen voortdurend verloochenen: subjectieve overtuiging kan volkomen waar zijn ook waar alle objectieve zekerheid ontbreekt, maar zij is veel te feilbaar en veel te gevaarlijk om er zulk een gewichtig oordeel, als eene veroordeeling tot straf is, op te bouwen. Zij eischt mitsdien als grondslag voor de overtuiging wel niet absolute zekerheid omtrent de feiten die onmogelijk te verkrijgen is, maar eene zekerheid die zoo dicht mogelijk tot absolute zekerheid nadert. Heeft dit tengevolge dat soms schuldigen ontsnappen, zij getroost zich dat onvermijdelijke ongerief om aan het oneindig grooter ongerief te ontkomen dat een onschuldige wordt veroordeeld.

De meerdere of mindere zekerheid die wij omtrent een feit kunnen verkrijgen, hangt voor een groot deel af van de bron, waaruit wij de kennis van dat feit hebben geput en van het middel dat wij hebben gebezigd om ons die kennis te verschaffen. Strikt genomen is er maar één bron waaruit wij de kennis van feiten kunnen putten, zinnelijke waarneming. Alle kennis van feiten moet tot zoodanige zinnelijke waarneming kunnen worden teruggebracht. Maar slechts

een zeer klein gedeelte van onze kennis berust op rechtstreeksche en eigen zinnelijke waarneming. Een groot deel berust op de ons medegedeelde zinnelijke waarneming van anderen, een ander niet minder belangrijk deel slechts indirect op zinnelijke waarneming en is de vrucht van gevolgtrekking uit het zinnelijk waargenome tot het niet zinnelijk waargenome.

Geen dezer middelen om kennis van feiten te bekomen mag den strafrechter worden ontzegd, maar het behoeft wel geen betoog dat de zekerheid onzer kennis vermindert, naarmate wij zelve verder van de bron der zinnelijke waarneming verwijderd zijn, meerdere intermediären moeten gebruiken; omdat ieder nieuw intermediair ook een nieuwe bron van dwaling opent en een afzonderlijk onderzoek van de zuiverheid der verkregen kennis vordert. Bij eigen waarneming hebben wij slechts te waken tegen dwaling onzer zintuigen en van ons oordeel, dat is van ons vermogen om de indrukken die ze op onzen geest heeft gemaakt, ons zuiver en duidelijk voor te stellen. Is hetgeen wij b.v. op een kleed of wapen zien, werkelijk een vlek en geen weerschijn, is het een roode vlek en is het een bloedvlek? Is hetgeen we daarop meenen te zien het nagenoeg verdwenen overblijfsel van letters en van bepaalde letters of een onregelmatigheid of afslijting van het weefsel, een toevallige kras in het metaal? Moeten wij onze kennis doen rusten op de medegedeelde waarneming van anderen, dan voegt zich bij gelijke betrekkelijke onzekerheid van hunne waarneming, de betrekkelijke onzekerheid die wij hebben omtrent het vertrouwen dat wij kunnen stellen op hun waarnemingsvermogen, hun vermogen om het waargenomene juist en nauwkeurig mede te deelen en hun waarheidszin. En waar onze kennis van een feit niet rechtstreeks op waarneming van ons of anderen berust, maar op gevolgtrekking van het waargenomene tot het niet waargenomene, waar wij slechts indirect bewijs of het z. g. bewijs door aanwijzingen hebben, stijgt het gevaar van dwaling nog hooger, omdat onze verstandelijke vermogens daarbij weder andere en fijnere functien hebben te

verrichten dan bij de zinnelijke waarneming. En ongelukkig speelt het betrekkelijk zekerste middel bij het strafrechtelijk onderzoek een zeer bescheiden rol, zoodat het slechts zeer subsidiair in onze wetgeving (art. 443, 3^o) wordt vermeld, terwijl het betrekkelijk meest feilbare middel, gevolgtrekking van het waargenomene tot het niet waargenomene, bij het strafrechtelijk onderzoek een hoofdrol speelt en o. a. het eenige middel, buiten de bekentenis, is om het feit van opzet of schuld of andere feiten, die aan zinnelijke waarneming ontsnappen, te bewijzen.

Trekken wij het gezegde samen, dan komen wij tot het besluit, dat er slechts drie middelen bestaan waardoor de rechter kennis kan bekomen van de feiten, de bewijsgronden kan verzamelen waarop zijne overtuiging en zijn oordeel moeten gevestigd worden: eigen waarneming, verklaringen betreffende de waarneming van anderen en gevolgtrekking van het waargenomene tot het niet waargenomene. Het tweede middel moet echter weder in drie verschillende middelen worden gesplitst. De eigenaardige verhouding van den beklaagde tot de feiten wier bewijs noodig is, en het gevolg dat de kennis van die feiten ten zijnen opzichte heeft, geven aan zijne verklaring eene eigenaardige beteekenis; terwijl de verklaringen van derden op tweederlei wijze ter kennis van den rechter kunnen komen: mondeling of in geschrifte.

Al deze middelen vinden wij ook in het Wetboek van Strafvordering vermeld, maar op eene wijze geconstrueerd, die, aan de positieve bewijsleer ontleend, alleen voor deze past en niet voor eene bewijsleer die op materieele waarheid gericht is en overtuiging des rechters vordert. Zelfs de naam dien ze dragen, bewijsmiddelen, is onnauwkeurig, omdat ze in werkelijkheid niet zijn middelen van bewijs. Het verschil tusschen de positieve en de negatieve bewijsleer, tusschen formeel en materieel bewijs, ligt juist hierin, dat volgens de eerste het bewijs geleverd wordt door de bewijsmiddelen, de bewijskracht in die middelen gelegen is, terwijl volgens de tweede de bewijskracht uitsluitend ligt

in de bewijsgronden, in de feiten welke door die middelen ter kennis van den rechter worden gebracht, het bewijs door die feiten wordt geleverd. Neem b. v. de bekentenis. In de positieve bewijsleer had de bekentenis gelijke kracht als thans nog in ons burgerlijk recht. (1) De bewijskracht lag geheel in het middel. Bestond dit formeel, voldeed dit formeel aan de wettelijke vereischten, dan was het bewijs aanwezig, zonder dat de inhoud der bekentenis nader behoefde te worden getoetst. In ons burgerlijk proces mag de rechter zelfs de waarheid van het bekende niet onderzoeken, moet hij het als waar aannemen, niettegenstaande hij wellicht van de onwaarheid overtuigd is. Hij heeft alleen te onderzoeken of het middel aan de formeele vereischten voldoet. Het bewijs wordt dus geleverd door het middel.

In ons tegenwoordig strafproces daarentegen ligt de bewijskracht uitsluitend in de feiten. Het bewijs berust niet op het formeel deugdelijke van het middel, maar op de waarheid der erkende feiten, die de rechter dan ook verplicht is alsnog aan eene nadere toetsing te onderwerpen. De z. g. bewijsmiddelen zijn niets dan middelen waardoor een aantal feiten ter kennis wordt gebracht van den rechter, die na eene zorgvuldige toetsing van de interne waarheid, ze bezigt tot vestiging van zijne overtuiging omtrent het werkelijk bestaan eener strafbare handeling en de schuld des beklaagden.

Ik wijs op dit onnauwkeurig spraakgebruik niet om het op zich zelve te veroordeelen. Wij kunnen het woord bewijsmiddelen moeielijk missen, en niets belet het in een conventioneelen zin te blijven gebruiken. Maar onze wet-

(1) De vraag of de bekentenis in het burgerlijk recht eigenlijk wel als een bewijsmiddel moet worden geconstrueerd, laat ik hier in het midden. Gelijke vraag rijst ook voor het oudste recht, waarin de bekentenis ongetwijfeld geen bewijsmiddel was, maar een processueele handeling, die bewijs onnoodig maakte. Eerst later, door de ontwikkeling van het extra-ordinair proces, verkreeg zij het karakter van bewijsmiddel, en als zoodanig is zij ook nu nog in ons burgerlijk procesrecht geconstrueerd.

gever gaat veel verder en spreekt van de bewijsmiddelen voortdurend alsof hij daaraan de bewijskracht hechte. Bijna elk artikel van tit. 22 bevat die onnauwkeurigheid. Art. 427 spreekt van de overtuiging door wettige bewijsmiddelen bekomen; art. 428 van bewijs door getuigen; de art. 429, 430 en 431 bevatten allen een gelijksoortige onjuiste uitdrukking. En zoo deze onnauwkeurigheden vrij onschadelijk zijn, ernstiger gevolg had die verkeerde opvatting in andere opzichten. Zij leidde tot eene gebrekkige opsomming der wettige bewijsmiddelen en tot eene onjuiste formuleering der z. g. bewijsminima, die tot voortdurend misverstand aanleiding geeft. Op het laatste kom ik terug, wanneer ik de bewijsmiddelen waarop ze betrekking hebben, nader bespreek. Maar het eerste: is rechterlijke waarneming een wettig bewijsmiddel? Art. 428 wraakt het uitdrukkelijk, maar art. 443, 3°. vermeldt het uitdrukkelijk als bewijsmiddel voor aanwijzingen. En als wij art. 428 en 443 vergelijken, dan komen wij tot het bevreedende resultaat, dat onze wetgever een bewijsmiddel noemt iets dat door bewijsmiddelen wordt bewezen. De oorzaak ligt hierin dat de wetgever het woord bewijsmiddel in een dubbelen zin gebruikt. In den strikten zin van het woord zijn alleen aanwijzingen een middel van bewijs, omdat het zijn feiten waardoor de rechter zijne overtuiging bekomt. Doch in dien zin zijn getuigenverklaringen, bekentenis en schriftelijke bescheiden geene bewijsmiddelen, maar alleen de formeele middelen waardoor de feiten, de aanwijzingen, ter kennis van den rechter komen. En neemt men den oneigenlijken zin van het woord aan, dan behoort art. 428 te luiden: „Als wettige bewijsmiddelen worden alleen erkend: 1°. persoonlijke waarneming van den rechter, 2°. verklaringen van getuigen, 3°. schriftelijke bescheiden, 4°. verklaringen van den beklagde. Door deze formeele middelen alleen worden de feiten in het geding gebracht, ook die feiten, welke onze wet aanwijzingen noemt en die slechts dienen om indirect te geraken tot kennis van andere feiten. Het middel waardoor de rechter kennis van deze laatste feiten bekomt is,

zoals ik hierboven zeide, de mentale operatie der gevolgtrekking, eene werkzaamheid van den geest des rechters, die volkomen samenvalt met de vorming der rechterlijke overtuiging, daarvan niet kan worden afgescheiden en evenmin als deze aan formeele regels of voorschriften kan onderworpen worden. Het voorschrift van art. 444, hoe juist op zich zelve, kan vervallen. De eerste zinsnede drukt slechts uit den regel dat de wet geenerlei regels geeft betreffende de bewijskracht der feiten, die door de bewijsmiddelen ter kennis van den rechter worden gebracht. Zij heeft dus eene veel algemeener strekking en ligt reeds van zelve opgesloten in den regel die voor eene veroordeeling overtuiging vordert. De laatste zinsnede is een bloote herinnering aan den algemeenen plicht des rechters om nauwgezet en nauwkeurig zijn taak te vervullen. Om gelijke redenen kunnen en behooren ook de artt. 429—431 te vervallen, behoudens de toevoeging aan art. 428, dat de opgenoemde bewijsmiddelen alleen worden erkend als wettige bewijsmiddelen voor zoover zij aan de voorschriften der wet voldoen.

Ten opzichte van de rechtelijke waarneming zijn geene wettelijke voorschriften noodig buiten het voorschrift of de bevoegdheid, den rechter in het algemeen te geven, om zich waar dit noodig is, door deskundigen te doen voorlichten, en zoodanige voorschriften als noodig zijn om de identiteit der voorwerpen die het object der rechterlijke waarneming zijn, te verzekeren. Daartoe behooren niet alleen de voorschriften betreffende de kenteekening der stukken van overtuiging, maar ook die betreffende de vertooning en herkenning dier stukken bij het openbaar onderzoek door beklagde en getuigen. Deze voorschriften hebben allen gelijke strekking als andere bewijsvoorschriften, te weten om de deugdelijkheid of zekerheid van het bewijsmiddel te waarborgen en te verhoogen.

Bij de overige bewijsmiddelen zijn andere waarborgen van deugdelijkheid en zekerheid noodig. Zooals ik reeds zeide, zijn zij uit den aard der zaak onzekerder en gevaarlijker, omdat hier niet alleen de deugdelijkheid der waarne-

ming, maar ook de zuiverheid van de verklaring waardoor het resultaat dier waarneming in het geding wordt gebracht, onzeker is. Die onzekerheid geheel weg te nemen is onmogelijk, maar er zijn toch eenige regels te vinden die de onzekerheid verminderen, het middel meer betrouwbaar kunnen maken. Ook hier zal ik mij tot hoofdtrekken bepalen, zonder in *détails* van uitvoering of redactie te treden. En daarbij zal ik zooveel mogelijk aan onze bestaande wetgeving aansluiten.

Onze wetgever heeft het bewijsmiddel dat in de verklaring van den beklagde is gelegen, zeer eng opgevat. In de eerste plaats heeft hij het beperkt tot het schuldbewijs, zooals reeds de naam dien hij er aan geeft, de bekentenis, aanduidt. In zoover levert dit geen bezwaar, omdat dit bewijsmiddel, alleen voorzoover het tot schuldbewijs gebezigd wordt, wettelijke regeling vordert. Maar in de tweede plaats vermeldt hij het alleen, voorzoover het tot volledig bewijs leidt, d. i. voorzoover het eene erkenning van het geheel der ten laste gelegde feiten omvat. Het woord bekentenis is eigenlijk alleen juist als bewijsmiddel in het formeel bewijs. Van daar dat de vraag heeft kunnen rijzen of eene gedeeltelijke bekentenis als wettig bewijsmiddel mag gelden, en of de bekentenis al dan niet splitsbaar is, vragen die alleen kunnen rijzen bij formeel bewijs, wanneer men aan het bewijsmiddel bewijskracht toekent. In art. 443 4^o is dan ook het bewijsmiddel juist omschreven als eigen erkentenis van den beklagde, terwijl de volledige omschrijving moet luiden: vrijwillige erkenning, door den beklagde, van feiten of omstandigheden, hem uit eigen wetenschap bekend en tot zijn bezwaar strekkende.

De groote waarde van dit bewijsmiddel ligt niet alleen hierin dat het het geheel der feiten, wier kennis voor den rechter noodig is, omvat en het eenige bewijsmiddel is waardoor hij rechtstreeks de kennis kan bekomen van hetgeen in het gemoed des daders omging, van de motieven en van de vereischten van opzet en schuld, en dat er veel minder gevaar bestaat dat de kennis bij den beklagde op

verkeerde of gebrekkige waarneming berust, maar vooral ook hierin dat zij een zeer sterk vermoeden van betrouwbaarheid heeft. Is de verklaring van een beklagde, waar ze ten zijnen voordeele strekt, verdacht wegens de ingeschapen zucht van elk om het kwade te ontvlieden of aftewenden, om dezelfde reden bestaat er een zeer sterk vermoeden van waarheid, als een beklagde ten eigen nadeele verklaart.

De groote rol die dit bewijsmiddel ten allen tijde in het strafproces heeft vervuld en nog vervult, is dus zeer verklaarbaar. Maar ongelukkig is er ook geen dat zoo misbruikt en verkeerd toegepast is, en zoozeer tot misbruik leidt. Bij geen bewijsmiddel is het gevaar dat men er formeele bewijskracht aan toekenne, grooter, en bij geen is de verleiding voor den rechter om het te misbruiken krachtiger, daar eene bekentenis niet alleen het onderzoek in den regel zeer vereenvoudigt en gemakkelijk maakt, maar ook het geweten des rechters geruststelt, waar hij niet dan aarzelend zich eene overtuiging vormt. De ervaring heeft dan ook de noodzakelijkheid bewezen van enkele wettelijke voorschriften, strekkende om datgene te waarborgen waaraan dit bewijsmiddel zijn eigenaardige waarde ontleent. Enkele komen reeds in onze wetgeving voor. Onze wetgeving verbiedt strikvragen en suggestieve vragen. Maar daarnaast behoort ook het verbod van allen dwang, in welken vorm ook, en een positief gevolg, aan overtreding van het verbod geknoopt. Dwang, bedrog en misleiding ontnemen niet alleen aan het bewijsmiddel zijn bijzondere waarde, maar maken het zoo onbetrouwbaar, dat den rechter moet worden verboden van de alzoo verkregen verklaring eenig gebruik, welk ook, te maken.

Voorts moet alleen de *gerechtelijke* erkenning, dat is de formeel voor den rechter afgelegde erkenning, als bewijsmiddel worden erkend. Ten onrechte is in art. 443 4^o. de buitengerechtelijke erkentenis als bewijsmiddel voor aanwijzingen vermeld. De omstandigheid dat de beklagde buiten rechten een erkentenis heeft gedaan, kan voorzeker eene belangrijke aanwijzing zijn en is als zoodanig ook te

admitteeren, maar het is een aanwijzing, een feit of bewijsgrond, niet een middel om een feit ter kennis van den rechter te brengen.

Eindelijk is het raadzaam ook het z. g. bewijsminimum van art. 439 en 440 te handhaven. Vroeger helde ik over tot de meening dat de juistheid van den regel dat op geene nuda confessio mag worden veroordeeld, zoo boven allen twijfel verheven was, dat het onnoodig was hem uit te drukken. Maar de bevreemdende redenering dat die regel wel volkomen juist is, zoodat hare juistheid zelfs geen bewijs behoeft, maar dat men er den rechter toch niet aan mag binden, omdat de regel in de concrete gevallen blijken kan onjuist te zijn, de heftige bestrijding welke meer speciaal de wettelijke bewijsminima treft, en de jammerklachten over eene verplichting van den rechter om vrij te spreken, zelfs al is hij overtuigd van de schuld, wettigen zoozeer de vrees dat die regel niet altijd zal worden geëerbiedigd, dat wettelijke vaststelling mij vooralsnog onmisbaar voorkomt. De formule kan echter vereenvoudigd en verduidelijkt worden. Ze is thans voornamelijk gekeerd tegen de positieve theorie die aan de bekentenis eene formeele bewijskracht toekende afgescheiden van hare geloofwaardigheid, maar heeft zich van de beschouwing dier leer dat de bewijskracht in het middel gelegen is, niet geheel kunnen losmaken. De zin van art. 439 en 440 is dan ook in de eerste plaats dat eene bloot formeele bekentenis, het enkele bevestigend antwoord op de vraag of men zich schuldig erkent aan de ten laste gelegde feiten, onvoldoende is, dat die bekentenis moet bestaan in eene nauwkeurige mededeeling van alle de feiten en omstandigheden, en zulks naar eigen wetenschap. Maar in de tweede plaats wordt ook dat nog onvoldoende verklaard voor eene veroordeeling. De ervaring toch heeft bewezen dat ook de geheel vrijwillige, ondubbelzinnige en omstandige bekentenis, op zich zelve, nog geene voldoende waarborgen van hare geloofwaardigheid oplevert, dat het sterke vermoeden van waarheid dat zij geeft, toch geen absoluut vertrouwen verdient. De praktijk heeft talloze voorbeelden doen

kennen van personen die een misdrijf bekenden of zich geheel vrijwillig als de daders van eene strafbare handeling aangaven, en toch later bleken onschuldig te zijn. Verschillende redenen kunnen daartoe leiden. Nu eens geschiedt het opzettelijk, hetzij om zich een onderkomen in de gevangenis te verschaffen of door eene veroordeeling tot straf aan een ander kwaad te onttrekken (1), hetzij om de ware schuldigen te redden; dan weder zonder opzet, tengevolge van hallucinatie of kranke verbeelding. Vooral wanneer eene groote geruchtmakende misdaad de gemoederen heftig beroert, is het niets ongewoons dat er personen zijn die, zonder overigens eenigen uiterlijken schijn van krankzinnigheid, zich verbeelden het gepleegd te hebben, en tot bevestiging gedetailleerde verhalen doen. Eene nadere toetsing van de betrouwbaarheid van het bewijsmiddel in het concrete geval is mitsdien een onmisbaar vereischte. En die toetsing is alleen mogelijk, wanneer er tusschen de opgaven van den bekennende en feiten die ook van elders zijn gebleken, voldoende overeenstemming bestaat om het vertrouwen in de deugdelijkheid der bekentenis te versterken. Waar zoodanige toetsing van de geloofwaardigheid in concreto van den bekennende onmogelijk is, waar de kennis van het geheel der feiten, waarop 's rechters overtuiging steunt, uitsluitend uit de verklaring van den beklaagde is geput, moet die verklaring, welke sterke praesumtie van geloofwaardigheid zij hebbe en hoe sterk zij ook op de overtuiging van den rechter werke, onvoldoende worden geacht om eene veroordeeling uit te spreken (2).

(1) Zeer menigvuldig zijn de misdrijven b.v., die alleen gepleegd worden om door eene veroordeeling uit de bedelaarsgestichten of uit het depôt van discipline verlost te worden, of zelfs om eene vervallenverklaring van den militairen stand te verkrijgen; maar niet ongewoon is tot dat einde ook het fingeeren van misdrijven.

(2) Minder juist is de formulering van vraagpunt 2 la. *d* door het Bestuur der Juristenvereniging gesteld. De vraag kan niet zijn of de bloote bekentenis een wettig bewijsmiddel is, want dat is ze ongetwijfeld, maar of dat bewijsmiddel, geheel op zich zelve staande, volledig bewijs kan leveren.

Geheel gelijke beteekenis heeft het tweede bewijsminimum, dat men gewoonlijk, maar ten onrechte, uitdrukt door de spreuk: „*unus testis nullus testis*“. Bij de formuleering van dit minimum heeft zich de invloed der oude bewijsleer nog sterker doen gevoelen. Aanvankelijk was de bepaling zelfs positief gesteld. „Tot een volkomen bewijs door getuigen wordt ten minste vereischt de overeenstemmende en beëdigde verklaring van twee bevoegde en onbesproken personen, omtrent hetgeen zij zelve gezien, gehoord en ondervonden hebben, en alzoo bekleed met goede redenen van wetenschap“, zeide art. 362 C. W. 1809, en deze bepaling nam men in de volgende ontwerpen over, zelfs nog in dat van 1828. En toen men later de bepaling negatief formuleerde, drukte men het denkbeeld zóó onduidelijk uit, dat zij eenigen grond geeft aan de bewering, die men telkens hoort uiten, dat zij den rechter verbiedt acht te slaan op de verklaring van een enkelen getuige, of dat de verklaring van een enkelen getuige geen wettig bewijsmiddel zou zijn. De tweede alinea van art. 433 wederspreekt dat beweren, en is niet, zooals men wel eens beweert, eene inconsequentie of tegenstrijdigheid. De eerste alinea heeft, evenals art. 440, niet het oog op het bewijs van de enkele feiten, maar van het geheel der feiten, waarop de rechterlijke overtuiging is gevestigd. Wanneer die feiten uitsluitend geput zijn uit de verklaring van een enkel persoon, zonder door iets van elders gesteund te worden, dan kan dit geheel voldoende zijn om den rechter eene overtuiging te geven. En die overtuiging kan volkomen juist zijn. De getuige kan een volkomen vertrouwbaar persoon zijn, aan wiens scherpzinnigheid bij de waarneming, nauwkeurigheid bij de mededeeling en onbevangenheid niemand twijfelt. Toch moet, evenals bij de bekentenis, onwrikbaar worden gehandhaafd de regel dat zoodanige overtuiging onvoldoende is om eene veroordeeling uit te spreken. Want die verklaring kan volkomen onwaar zijn. De ervaring leert dat herhaaldelijk de schijnbaar meest achttingwaardige en eerlijke personen blijken in werkelijkheid bedriegers te zijn, en door een aan

elk onbekend, door niemand vermoed motief te worden bewogen. En zelfs waar dit niet het geval is, waar de getuige volkomen te goeder trouw is, zijn de vergissingen der zintuigen, zinsbegoochelingen of zelfs hallucinatien, aan elk, zelfs aan den lijder onbekend, zoo menigvuldig, dat eene nadere toetsing van de waarheid der verklaring een onmisbaar vereischte is om noodlottige rechterlijke dwalingen te voorkomen. Waar talrijke voorbeelden bekend zijn van personen die zich volkomen te goeder trouw schuldig achten en bekenden aan een misdrijf, dat soms zelfs blijkt in het geheel niet gepleegd te zijn, is het gevaar van vergissing bij getuigen nog sterker. Het is daarom niet noodig dat elk der feiten, waarop de rechter zijn overtuiging vestigt, uit de verklaring van meerdere personen blijke; maar het geheel dier feiten mag niet aan één enkele verklaring worden ontleend, omdat dan elk middel ontbreekt om de geloofwaardigheid van den getuige in concreto te toetsen. Is deze toetsing onmogelijk, omdat betreffende de medegedeelde feiten van elders niets blijkt, dan kan en behoort de wet den rechter niet te verbieden er zijne overtuiging op te vestigen, maar wel op die overtuiging eene veroordeeling uittespreken.

Ik ben hiermede reeds tot de bespreking van de getuigenverklaring als bewijsmiddel overgegaan. Verklaringen van derden omtrent de feiten die betrekking hebben op het misdrijf en de schuld des beklaagden, vormen aan den eenen kant een meer, aan den anderen kant een minder betrouwbaar bewijsmiddel dan de verklaring van den beklaagde. Meer betrouwbaar omdat (in den regel althans) het eigenbelang van derden niet is betrokken bij den uitslag van het geding, minder betrouwbaar omdat de kennis der getuigen veel lichter het resultaat van slechte, onvolledige of onnauwkeurige waarneming is, of verkleurd wordt door oppervlakkige indrukken of vooroordeelen, terwijl ook het herinneringsvermogen der getuigen ten opzichte van de feiten die met het misdrijf in verband staan, in den regel zwakker en niet altijd betrouwbaar is. Van daar verschillende voorschriften die strekken

om de betrouwbaarheid van dit bewijsmiddel te verhoogen en de toetsing van de innerlijke waarde der verklaring te verzekeren. Al die voorschriften, die ten deele elders dan in tit. 22 geplaatst zijn, behooren tot de bewijsleer. Ik acht onnoodig ze allen na te gaan en bepaal mij tot een paar die voornamelijk bestreden worden.

Het eerste is de bepaling van art. 434 die de verklaringen der getuigen als wettig bewijsmiddel beperkt tot feiten, hun uit persoonlijke zinnelijke waarneming bekend. Ten deele is de bestrijding van dien regel gevolg van een misverstand. Wanneer een getuige mededeelt wat hij door een ander heeft hooren zeggen, is dit geen testimonium de auditu en door art. 434 ook niet verboden. Hij verklaart dan wat hem persoonlijk door middel van het zintuig van het gehoor bekend is geworden. Maar daardoor verkrijgt de rechter alleen de kennis van het feit dat een derde bepaalde woorden heeft gesproken, geen kennis van de feiten, in die woorden uitgedrukt. Wanneer, om een voorbeeld te geven, in een geval van moord een getuige verklaart dat de vermoorde vóór zijn dood een bepaald persoon als den dader heeft aangeduid, is dit geen testimonium de auditu. Maar daardoor wordt alleen het feit bekend dat het slachtoffer dien naam noemde, dien persoon voor den dader hield of voor den dader wilde doen doorgaan, maar ook niets meer. De vraag of zoodanige verklaringen behooren te worden toegelaten, is eene andere, en als de persoon die de woorden sprak, zelf gehoord kan worden, behoort zoodanige verklaring niet te worden toegelaten zonder dat ook die persoon wordt gehoord. Een getuigenis van een getuigenis, zooals mr. MODDERMAN het uitdrukt, moet gestreng worden geweerd, en de medegedeelde woorden van een ander mogen in geen enkel opzicht beschouwd worden als in werkelijkheid eene verklaring van een afwezigen getuige dien men bij monde van een derde hoort.

Het tweede is de uitsluiting van verklaringen die niet aan de formeele gestelde vereischten voldoen. De voorstanders van de vrije bewijstheoriën bestrijden vooral de

uitsluiting van onbeëdigde verklaringen. De zeer slechte regeling van dit punt in ons recht geeft hun daarbij overvloed van wapenen in de hand. Het valt gemakkelijk te betoogen dat art 445 eene ongerijmde bepaling is, en dat de uitsluiting van onbeëdigde verklaringen soms hoogst betreurenswaardige gevolgen heeft, ja enkele feiten, b.v. strafbare handelingen in een tuchthuis gepleegd, onbewijsbaar kan maken, niettegenstaande ze ten aanschouwe van een aanzienlijk aantal personen zijn voorgevallen.

Men kan dat alles toegeven zonder daarom de eigenlijke vraag als uitgemaakt te beschouwen. De vraag of de onbevoegdverklaringen van art. 188 en 190 Sv. zullen gehandhaafd worden, is geen eigenlijke strijdvraag meer, allermint een geschilpunt tusschen de vrije bewijstheorie en de negatieve wettelijke theorie. Alleszins navolging verdient de bepaling van het nieuwere Engelsche bewijsrecht die alle absolute uitsluiting verwerpt, en alleen den rechter de bevoegdheid geeft krankzinnigen of jeugdige kinderen uit te sluiten, wanneer hem blijkt dat zij wegens krankheid of onvoldoende rijpheid der verstandelijke vermogens niet in staat zijn de beteekenis en het gewicht van den eed en van eene verklaring in rechten te vatten. De vraag of de eigenlijke eed zal behouden blijven, kan ik geheel ter zijde laten; maar niemand betwist de noodzakelijkheid dat de getuige vooraf op formeele en zooveel mogelijk indrukwekkende wijze worde herinnerd aan zijn plicht om de geheele waarheid en niets dan de waarheid te zeggen, en formeel naleving van dien plicht beloove op de straf, tegen meened gesteld. Er bestaat geen rationeele reden om bloed- en aanverwanten, als ze zich niet verschoonen, of veroordeelden uit te sluiten (1). Bij kinderen en krankzinnigen daarentegen

(1) In het voorbijgaan zij het mij vergund de bevreemding weg te nemen, die mr. WILLEUMIER (bl. 124, noot 1) betuigt over het feit dat door de Staatscommissie voor het ontwerpen van een wetboek van strafrecht de uitsluiting werd behouden van personen die eene onteerende straf hebben ondergaan. Het lag niet op den weg dier Commissie onze strafrechtspleging te herzien. Zij bepaalde zich, zooals ze herhaaldelijk

kan de vraag rijzen, of de beteekenis van zoodanige formeele belofte en het gewicht der waarheid in het strafgeding binnen de perken van hun begrip vallen. De rechter behoort dit te onderzoeken en de wet moet hem de bevoegdheid toekennen om te beslissen. Maar als het blijkt dat ze onvatbaar zijn als ware getuigen op te treden, dan moeten ze niet alleen van eed of belofte, maar van alle verklaring worden uitgesloten. M. i. is het niet twijfelachtig dat verklaringen, op informeele wijze afgelegd, niet alleen een onwettig bewijsmiddel moeten zijn, maar geheel uit het eindonderzoek moeten worden gebannen. Om die reden moeten ook geene verklaringen uit het voorbereidend onderzoek als bewijsmiddelen worden toegelaten of voorgelezen, en moet de wet den rechter zelfs verbieden van de processtukken inzage te nemen. Alleen den President zou vóór het onderzoek die bevoegdheid moeten worden toegekend, zoolang de leiding van het bewijs aan hem blijft opgedragen, en niet aan partijen wordt toegekend. Het is een verwerpelijk stelsel den rechter in de gelegenheid te stellen en als het ware uit te noodigen zijne overtuiging ook te vestigen op feiten die niet bij het openbaar onderzoek door wettige bewijsmiddelen ter zijner kennis zijn gebracht.

Worden de onbevoegdheden van artt. 188 en 190 Sv. gehandhaafd, dan moet gelijke regel gelden. M. i. is het eene ongerijmdheid die personen als getuigen te wraken en ze toch niet alleen te hooren, maar hunne verklaringen als wettige bewijsmiddelen aan te nemen. Men wraakt ze als

verklaart, tot het voorstellen van die wijzigingen in de andere wetten en wetboeken, die door de invoering van het Strafwetboek noodig zouden worden of daaruit noodzakelijk voortvloeiden. Zij liet dus het slot van art. 190 n^o. 3 weg, omdat er geen personen meer zouden zijn die ter zake van een misdrijf, met lijf- of ooteerende straf bedreigd, zich in hechtenis bevonden, maar zoolang geen wet of amnestie de gevolgen van vroeger ondergane veroordeelingen ophief en het militaire recht (eerst in 1879 veranderd) de eerloosheid handhaafde, kon zij geene afschaffing van het begin van art. 190 n^o. 3 voorstellen zonder een belangrijken ingreep te doen in het stelsel van ons Wetboek van Strafvordering.

getuigen, omdat ze geacht worden geen geloof te verdienen; en terwijl men ten opzichte van de verklaringen der personen, die niet geacht worden ongeloofwaardig te zijn, een bijzonderen waarborg door den eed en de daaraan verbonden strafrechtelijke gevolgen vordert, zou men de verklaring van die ongeloofwaardige lieden ook zonder dien waarborg als bewijsmiddel bezigen! En men zegge niet: de rechter behoeft hen niet te gelooven, hij moet in elk bijzonder geval onderzoeken of ze geloof verdienen, want dit is ijdel woordenspel. De rechter moet geheel hetzelfde ook ten opzichte van de beëdigde verklaringen doen. In werkelijkheid stelt men minder betrouwbare verklaringen van minder betrouwbare personen met getuigenverklaringen gelijk, als men ze als bewijsmiddelen admitteert. En het denkbeeld die onbeëdigde verklaringen tot aanwijzingen te stempelen, is zuiver terugkeer naar de indicia van de positieve wettelijke bewijsleer met hare bewijsmiddelen die heel, half, kwart of achtste bewijs leverden.

Eenigszins anders is het met de verklaringen van medebeklaagden. Deze kunnen niet geweerd worden, omdat ze noodzakelijk deel uitmaken van het onderzoek. De wet kan alleen het verbod bevatten daaruit bewijsgronden te putten ten nadeele van andere medebeklaagden. Zoodanig uitdrukkelijk verbod is wel is waar onmachtig tegenover minder nauwgezette rechters, als ze maar zorgen de overtreding niet in de motieven hunner beslissing te verraden, maar noodzakelijk om verschil van gevoelen of onzekerheid bij nauwgezette rechters te voorkomen. En het is m. i. een onmisbaar voorschrift, dat voor mij voldoende is om elke bewijsleer, die verklaringen van medebeklaagden als bewijsmiddel tegen andere medebeklaagden admitteert of mogelijk laat, te verwerpen. Ook hier zal ik niet ontkennen dat zoodanige verklaringen waarheid kunnen bevatten, en dat door zoodanig voorschrift nu en dan een schuldige aan zijn verdiende straf zal ontkomen; maar de bron waaruit men hier de waarheid wil putten, is zoo troebel, het middel zoo feilbaar en gevaarlijk, dat geen bewijsleer die waarheid zoekt en niet een-

voudig een persoon dien men schuldig kan verklaren, er gebruik van mag maken. Door verklaringen van medebeklaagden als bewijsmiddelen toe te laten, verheft men ze in werkelijkheid tot getuigenverklaringen, en tot getuigenverklaringen nog oneindig minder betrouwbaar dan onbeëdigde verklaringen.

Over het laatste bewijsmiddel, schriftelijke bescheiden, zal ik kort zijn. De bepalingen van ons wetboek te dien opzichte eischen volledige herziening, maar de bespreking daarvan omvat zoovele moeilijke en ingewikkelde vragen, dat zij de perken van deze verhandeling en van den tijd dien ik er thans aan kan wijden, verre zou overschrijden. Ik bepaal mij dus tot een paar opmerkingen.

Bij de vaststelling der artt. 436 en 437 heeft de wetgever blijkbaar eene zeer onvolledige en weinig heldere voostelling gehad van de zaak die hij te regelen had. Art. 436 zegt eigenlijk niets. Onder de daarbij vermelde voorschriften toch kan men niets anders verstaan dan de wettelijke bepalingen van het vierde boek van ons Burgerlijk Wetboek. Deze regelen echter alleen de formeele bewijskracht der akte en schrijven aan die akten dan ook uitsluitend bewijskracht toe tussehen partijen en hunne rechtsverkrijgenden. Past men dit op het strafrecht toe, dan zijn die partijen het Openbaar Ministerie en de beklagde, tussehen wie zelden akten worden gepasseerd. Art. 437 daarentegen is uit een verwarring van eene bepaling van het Crimineel Wetboek van 1809 (art. 364) met de bepalingen van art. 154 en 189 van den Code d'Instruction criminelle ontstaan. De daarin vermelde geschriften zijn niets dan in schrift gebrachte getuigenverklaringen, die een uitzondering daarstellen op den regel van art. 433 alinea 1. Dit karakter van getuigenverklaring is dan ook nog zuiver bewaard gebleven in eene gelijksoortige uitzondering die men in de militaire strafwetten aantreft. (1) Maar in art. 437 is het zoo slecht uitgedrukt, dat zelfs niet gemakkelijk uit de bepaling zelve is optemaken wat ze beteekent.

(1) C. W. voor het krijgsvolk te lande art 211, voor het krijgsvolk te water art. 160.

Bij herziening dezer bepalingen zal men in de eerste plaats de juiste beteekenis van geschriften, als bewijsmiddelen in strafzaken, in het oog moeten houden. Ook aan geschriften mag geenerlei formeele bewijskracht worden toegekend. In het strafgeding mag men ze niet anders beschouwen dan hetzij als stukken van overtuiging, d. i. als voorwerpen van rechterlijke waarneming wanneer het misdrijf (b.v. valsheid) in het geschrift zelve is gepleegd, hetzij als tweelingbroeders (*sit venia comparationi*) van de getuigenverklaringen, als een bijzonderen vorm waarin de zinnelijke waarneming van derden ter kennis van den rechter wordt gebracht. Bewijskracht mag alleen worden toegekend aan de feiten, die door middel van het geschrift ter kennis van den rechter komen, en de bewijskracht dier feiten moet uitsluitend afhankelijk zijn van hunne materiele waarheid, die in den vorm wel een meerderen of minderen waarborg, maar geen bewijs vindt. Met name moet het verband met de getuigenverklaring in het oog worden gehouden, en de vraag gesteld en beantwoord, in hoeverre de bepalingen ten opzichte van mondelinge verklaringen ook ten opzichte van schriftelijke verklaringen gelden. Want men vindt hier niet alleen de alleenstaande verklaring van den relateerenden ambtenaar, maar ook de onbeëdigde verklaring en de getuigenis van eene getuigenis. Om een voorbeeld te noemen: een extract uit de registers van den burgerlijken stand, dat het feit eener geboorte of van een overlijden ter kennis van den rechter brengt, is eigenlijk eene in schrift gebrachte onbeëdigde verklaring van den ambtenaar van den burgerlijken stand, dat iemand bij hem een onbeëdigde verklaring betreffende die geboorte of dat overlijden heeft gedaan. Er bestaat voorzeker alleszins grond om aan de verklaringen van speciale ambtenaren, betreffende eene tot hun ambt behoorende waarneming van feiten, meerdere deugdelijkheid toetschrijven dan aan de toevallige waarneming van gewone getuigen. Het gevaar van onnauwkeurige waarneming of minder nauwgezette mededeeling, dat veroordeeling op de alleenstaande verklaring van één getuige moet doen ver-

bieden, is oneindig minder, terwijl het ambtelijke der verklaring een soortgelijken waarborg geeft als bij de getuigenverklaring de formeele bevestiging der waarheid door eed of belofte, en de deugdelijkheid dier geschriften door verschillende voorschriften betreffende den vorm, nog nader kan worden verzekerd. Maar nimmer mag daarbij uit het oog worden verloren dat het toch in werkelijkheid slechts zijn verklaringen van derden betreffende door hen waargenomen feiten.

Nadere bespreking van dit onderwerp is echter onnoodig voor het doel van deze summie behandeling van het vraagstuk der bewijsvoorschriften. Dat doel toch was uitsluitend iets bij te dragen tot voorbereiding der aanstaande discussiën in de juristenvereniging en te beletten dat de wettelijke bewijsleer ongehoord of onverdedigd werd veroordeeld.

De methode in de Rechts- en Staatswetenschappen.

Het is thans eenige jaren geleden dat in eene uitmun-
tende hoezeer al te breede en al te polemische studie
Mr. A. J. LEVY (Engelsch kathed. socialisme, 's Graven-
hage 1879) het vraagstuk der methode op sociaalweten-
schappelijk gebied op nieuw aan de orde heeft gesteld. Het
komt mij echter voor dat noch door dit geschrift noch door
de belangrijke beschouwingen, die naar aanleiding daarvan
zijn verschenen in de *Gids* van Mr. N. G. PIERSON,
(Werkkring en Methode van de Staathuishoudkunde, *Gids*
1879 III, p. 377) en in de *Themis* van Mr. HEEMSKERK,
(Principieele oeconomische strijd, *Themis*, 1880, p. 537) het
onderwerp van debat is uitgeput. Integendeel, meer dan ooit
schijnt het geraden dat ieder die over de zaak ernstig heeft
nagedacht, zijne denkbeelden ter tafel brenge. Methodologi-
sche vragen zijn alleen door veelzijdig onderzoek en her-
haalde overweging tot klaarheid te brengen.

Het gaat in wetenschappelijke kringen veelal zooals het
gaat in het dagelijksch leven. Men volgt de mode. Wan-
neer op een of ander gebied van menschelijke kennis het
onderzoek gedurende eenigen tijd met gunstig gevolg
naar vaste regelen is voortgezet, wordt weldra dezelfde
weg ingeslagen, ook door hen die zich een geheel ander
doel voor oogen stellen. Ofschoon de wetenschappelijk
gevormde man zich zeer goed bewust is van het feit dat
het gebied der wetenschap natuurlijk verdeeld wordt in

vakken, die onderling in aard en wezen zeer verschillen, ziet men toch eene wetenschappelijke methode, blijkbaar alleen omdat zij in het eene geval passend is gebleken, ook in andere gevallen aanprijzen met eene hardnekkigheid, eene betere zaak waardig.

Eerst heeft de natuurkunde de methode moeten verduren der scholastiek, later heeft men de sociale verschijnselen door geometrische deductie, of, verblind door de schitterende resultaten van de experimentele methode op natuurkundig gebied, langs inductieven weg trachten te ontraadselen. Evenwel, hoe langer hoe meer komt men op zijne schreden terug; zoowel de zuivere deductie als de zuivere inductie zijn onvoldoende gebleken. Welke methode zal dan worden toegepast, of wel eene specifieke vereeniging van inductie en deductie of wel eene bijzondere verscheidenheid van een van beiden?

De juiste methode, zoover schijnt men het eens te zijn, wordt door den aard der wetenschap zelf bepaald. De juiste methode is niet een passe partout die alle raadselen van de wereld kan ontsluiten. Iedere wetenschap is met een eigen slot gesloten, alleen door de bijzonder passende methode te openen. Of liever de methode is niet een uiterlijk aan te wenden werktuig: de weg die een gebied van menschelijke kennis doordringt, wordt door de samenstelling van het object dier kennis noodzakelijk bepaald. Waar het object verschillend is, is onvermijdelijk de geleidelijk voortgaande voorstelling verschillend; derhalve ook het samenstel van regelen, die de rangschikking der voorstellingen beheerschen, m. a. w. de methode. De wetenschap is meer volkomen, naarmate zij meer adaequaat is aan de organisatie der werkelijkheid. De methode is derhalve juist, in verhouding tot hare specifieke overeenstemming met het veld van onderzoek.

Het is klaar, dat, wil men niet in den blinde rondtasten, a priori voor iedere wetenschap de methode zal moeten worden bepaald, en dat dit alleen dan met eenige juistheid zal kunnen geschieden, indien het beginsel van de natuurlijke indeeling der wetenschap bekend is. Naarmate het

systeem der wetenschap, in den zin van natuurlijke organisatie van de geheele menschelijke kennis, meer wordt begrepen, naar die mate zal ook het systeem der methoden duidelijk worden.

Het systeem der wetenschap te vinden, is een eisch geworden van den tijd. De verschillende vakken van menschelijke kennis teekenen zich in den loop der tijden door hun verschillend wezen en karakter, als van zelf. Langzamerhand wordt het schijnbaar homogene gesplitst en terwijl vroeger één man alle kennis omvatte, bearbeitd later meer en meer een ieder een klein hoekje van het groote terrein. Maar zoodra de wetenschappelijke arbeid verdeeld wordt, ontstaat dadelijk de behoefte naar hereeniging. Het homogene moet niet verbrokkeld worden in kleine, ieder voor zich weder homogene zelfstandige deelen, maar uit den chaos moet worden kosmos, uit het oorspronkelijke dooreen harmonie. Zoo ontstaan verschillende groepen van wetenschappen, die den innerlijken samenhang van het groote geheel moeten uitdrukken. Het is echter duidelijk, dat de arbeid van groepeeren een veel hooger stadium van wetenschappelijke ontwikkeling vertegenwoordigt dan de arbeid der splitsing. De wetenschap splitst zich door de voortgaande behoeften van het onderzoek schier van zelf, en ofschoon tegelijkertijd eene zekere natuurlijke groepeeren niet achterwege kan blijven, doordat ieder beoeffenaar van een of ander vak van menschelijke kennis naarmate de wetenschap grooter vorderingen maakt, ook meer behoefte heeft om kennis te nemen van de resultaten van andere wetenschappen en wel te meer naarmate de wetenschappen zelve meer verwant zijn, zoo is toch het bewuste bijeenvoegen van de aanverwante groepen een arbeid, die niet alleen veronderstelt dat de onderdeelen in den loop der tijden min of meer naauwkeurig zijn begrensd, maar ook een arbeid, die gemotiveerd wordt door veel minder *direct* nut en veel minder *directe* noodzakelijkheid dan de verdeling van het veld van onderzoek. In onzen tijd echter schijnt men de indirecte voordeelen meer dan vroeger te gevoelen en geheel overeenkomstig den heerschenden drang

naar eenheid, tracht men wellicht meer dan ooit vroeger tot klaarheid te komen over de vraag: welk is het natuurlijk systeem der wetenschap. Vestigen wij alleen de aandacht op de hoofdlijnen.

Wanneer men naauwlettend nagaat de verschillende pogingen, die in onzen tijd in het werk zijn gesteld om tot een werkelijk organische indeeling te geraken, dan schijnt het niet twijfelachtig, dat men meer en meer neigt tot het aannemen van drie hoofdgroepen. Langzamerhand heeft zich de historische groep losgemaakt, enerzijds van de natuurwetenschappen, anderzijds van de zuivere geestelijke wetenschappen. Eerst heeft SAVIGNY het recht verlost van den metaphysischen druk. Thans ziet men een historische school ook werkzaam op het gebied der staathuishoudkunde. En zoo vormt zich meer en meer een zelfstandige groep, waarvan de sociale wetenschappen: politiek en geschiedenis, recht en staathuishoudkunde de kern gaan uitmaken.

In den aanvang was de historische school vooral eene reactie tegen het kosmopolitisme der Engelsche oeconomie. De historische formuleering was het gevolg van het streven naar nationale idealen, maar een juist inzicht in het geheel eigenaardig karakter der oeconomische wetenschap ontbrak ten eenemale. Eerst ROSCHER heeft in zijn bekende: *„Grundriss zu Vorlesungen über die Staatswirtschaft nach geschichtlicher methode,“* Göttingen 1843, en later in zijne: *„Grundlagen der National-ökonomie,“* Stuttgart 1880, er op gewezen, dat de aard van het object, dat men behandelde, volstrekt niet strookt met de gewone opvatting en dat dientengevolge ook de gewone methode van onderzoek valsch en de verkregen resultaten weinig bemoedigend moesten zijn. Maar ook bij ROSCHER vindt men nog geenszins een scherpe begrenzing of een kenmerkend onderscheid. De maatschappij is voor hem ongetwijfeld nog iets anders als een aggregaat en een volk iets meer dan de massa der heden levende individuen. Maar toch schijnt het eigenaardige van de sociale wetenschappen voor ROSCHER hoofdzakelijk

te liggen in de omstandigheid, dat de daadzaken, die men heeft te onderzoeken, bijzonder ingewikkeld zijn. Zelfs tegen eene mathematische behandeling der oeconomie heeft hij niets in te brengen in beginsel. Zij is alleen onpraktisch. »Aber freilich«, zegt hij, »der Vortheil der mathematischen Ausdruchsweise verschwindet immer mehr je complicirter die Thatsachen werden, auf die man sie anwendet. Das ist schon in der gewöhnlichen Individualpsychologie bemerkbar; wie viel mehr in jeder Schilderung des Volkslebens! Da muszten die algebraïschen Formeln bald so verwickelt werden, dasz sie das Weiterarbeiten fast unmöglich machten. Und nun gar in einer Wissenschaft wie die Nationalökonomik, in der es gegenwärtig eben darauf ankommt, die Beobachtungen zu erweitern, zu vertiefen und vielseitiger zu combiniren.« (Grundlagen Einl. cap. 3, p. 46). ROSCHER verwerpt dus de mathematische methode en beproeft een anderen weg. Hij streeft naar historisch onderzoek. Maar wat wordt daaronder verstaan. In de eerste plaats meent hij, dat in iedere wetenschap een onderscheid moet gemaakt worden tusschen de vraag: Wat is? en Wat zijn moet? Tot nu toe heeft men zich in de oeconomie (ook in Staats- of privaatrecht) al te veel bezig gehouden met de tweede vraag. De idealen van de menschen wisselen echter onophoudelijk. »Wer also das Ideal einer besten Volkswirtschaft ausarbeiten wollte — und das haben im Grunde die meisten nationalökonomien wirklich gewollt, — der müszte, um vollkommen wahr und zugleich praktisch zu sein, ebenso viele verschiedene Ideale neben ein ander stellen, wie es Volkseigenthümlichkeiten gibt, ja er müszte auszerdem noch von diesen vielen Idealen mindestens alle paar Jahre eine umgearbeitete Auflage veranstalten, weil mit jeder Veränderung der Völker selbst und ihrer Bedürfnisse auch das für sie passende Wirtschaftsideal ein anderes wird. Das ist nun in solcher Ausdehnung offenbar unmöglich.« (ibid. § 25). ROSCHER wenscht dan ook de idealen geheel ter zijde te laten. »Was wir stadt dessen versuchen,« zegt hij, »ist die Einfache Schilderung, zuerst der wirtschaftlichten Natur und Bedürfnisse des

Volkes: zweitens der gesetze und Anstalten, welche zur Befriedigung der letzteren bestimmt sind; endlich des gröszeren oder geringeren Erfolges, die sie gehad haben. Also gleichsam die *anatomie* und *physiologie* der Volkswirtschaft." (§ 26). Het resultaat is niet zeer bevredigend. Het mag zijn dat de oudere oeconomen zich meer idealen hebben voorgesteld, maar in hoofdzaak trachten zij toch, evenals ROSCHER, door waarneming en vergelijking de werkelijkheid te begrijpen en de wetten er van op te sporen. Van verschil in beginsel schijnt alzoo nog niet te blijken. Immers dat ROSCHER meer dan de klassieke oeconomen tegen eenzijdige abstractie en vroegtijdige generalisatie op zijn hoede is, mag niet wel als een punt van beginsel worden aangemerkt. En toch is ongetwijfeld door ROSCHER het vraagstuk naar het wezen der oeconomische wetenschap een belangrijke schrede nader gebracht tot zijne oplossing. ROSCHER beroept zich, waar hij de methode bespreekt, hoofdzakelijk op het ingewikkelde der sociale verhoudingen. Maar hij zelf heeft zeer goed ingezien, zonder evenwel alle gevolgen van dat feit te bevroeden, dat de maatschappij niet alleen merkwaardig is omdat zij ingewikkeld is. Hij zelf heeft meermalen betoogd dat de maatschappij ja ieder volk is een organisch geheel. Hij zelf heeft begrepen dat de sociale wetenschappen de politieke resultaten der menschheid behandelen en dat de maatschappij alleen gekend wordt indien men de politieke verhoudingen der menschen leert vatten en in hare eindelooze verscheidenheid de werking leert begrijpen van psychische motieven en niet van physische oorzaken. De groote verdienste van ROSCHER is dat hij dit als kenmerkend voor de oeconomie en verwante wetenschappen heeft ingezien; zijne zwakke zijde dat hij desniettenstaande de historische methode gemaakt heeft tot eene physiologische methode.

Bij de jongeren is het begrip veel klaarder geworden. Vooral bij den diepzinnigste der school, bij KARL KNIES, vinden wij met eene bepaaldheid, die weinig te wenschen overlaat, de gedachte uitgesproken, dat de sociale weten-

schappen noch tot de natuurwetenschappen behooren noch tot de geestelijke wetenschappen, maar tot eene derde groep die men de historische zou kunnen noemen. Deze derde groep is door het object van het onderzoek naauwkeurig te kenschetsen. „Denn,“ zegt hij, „dieser Gegenstand der Untersuchung für die Staats und gesellschaftswissenschaften besteht jedenfalls in *Handlungen oder Werken der Menschen* und in durch solche Handlungen und Werke begründeten *Zuständen einer vergesellschafteten und rechtlich geordneten Lebensgemeinschaft* vieler individuen und ganzer Völker.“ (KARL KNIES, Die Politische Oekonomie vom geschichtlichen Standpunkte, Braunschweig, 1881, p. 6). Men heeft alzo niet uitsluitend te doen met voorstellingen en gedachten die alleen inwendig verlopen, maar met zinnelijk waarneembare verschijnselen. Nu is het echter in die uiterlijke verhoudingen juist niet het zinnelijk waarneembare als zoodanig wat ons belang inboezemt, maar wij zien vooral naar datgene waardoor het zieleleven der menschen wordt geopenbaard: „wir schauen zugleich aus nach dem, was das Seelenleben des menschen in diesen äusseren Erscheinungen gelegt hat und in ihnen für sich findet“ (ibid.). Wij hebben dus voor ons een veld van onderzoek waar de uiterlijk waarneembare verschijnselen door eene innerlijke, niet mechanische causaliteit althans ten deele bepaald zijn. De methode van de exacte natuurwetenschappen, die uitsluitend met lichamen te doen hebben, past dus niet voor dezen generiek volkomen heterogenen arbeid. De taak van den oeconoom is inderdaad die van den geschiedvorscher. Hij moet trachten den zamenhang te vinden van de in ieder *tijdvak* niet alleen maar evenzeer bij ieder *volk* wisselende toestanden, en daarbij begrijpen, dat iedere verklaring en iedere theorie, hoe ook ingekleed of aangedrongen, niet buiten het kader mag beschouwd worden van den tijd waarin zij geboren is en in onmiddelijk verband staat met het geheele organisme der maatschappij zooals zich dit in een bepaalde periode en bij een bepaald volk openbaart. Wanneer men zal gewagen van wetten op geschiedkundig gebied dan heeft men

toch niet te denken aan krachten die zich in duizenden identieke verschijningsvormen openbaren, maar aan die algemeene en regelmatige ontwikkeling die alle volledige overeenstemming tusschen verschillende volken en verschillende rechtstoestanden uitsluit. Ongetwijfeld moet ook van dit standpunt gevraagd worden naar hetgeen geschieden moet, niet evenwel gelijk de idealisten, verwachtende eene blijvende oplossing, maar strevende naar doeleinden: „die wir, wie die bereits gewonnenen Formen der Gegenwart, als Punkte in einer stetig sich bewegenden Entwicklung ansehen (ibid. p. 42).

Inderdaad, wat men ook overigens moge denken van de nieuwere oeconomische theorie in Duitschland, ieder die kennis neemt van den arbeid der historische school, zal moeten erkennen dat zij *in zoover* het werk van SAVIGNY en de zijnen op het gebied van het regt, heeft vervolgd, dat hoe langer hoe meer klaar is geworden, dat de zoogenaamde historische wetenschappen duidelijk te herkennen karaktertrekken gemeen hebben, waardoor zij natuurlijk verbonden zijn tot een der drie hoofdgroepen van de wetenschap.

De historische wetenschappen hebben hoofdzakelijk ten onderwerp de willekeurige handelingen der menschen, d. w. z. feiten die nog door iets anders bepaald worden dan door de macht der logica en die afhangen van oorzaken die althans voor *ons* een geheel ander karakter hebben dan mechanisch werkende natuurkrachten. De fraaiste sluitrede heeft niet noodwendig een handeling tengevolge. De ervaring leert voldoende dat ook de beste redeneering niet onvermijdelijk tot daden voert. Tusschen redenering en daad ligt altijd het individueel wilsbesluit, de *overtuiging* dat dit individu alzoo handelen *moet*. En wanneer er sprake is van causatie, dan zijn het motieven die tot de handeling nopen d. w. z. voor *ons*, doeleinden, idealen die men tracht te verwezenlijken. De *causae finales*, die in de natuurkunde uitgesloten worden omdat men alleen de werkingen kent en niet het inwendige der krachten, zijn juist voor de menschelijke handelingen overwegend, omdat zij het eenige onderscheidende kenmerk zijn van den overigens overal gelijken

kleurloozen wil. „In der socialen Welt,“ zegt zeer juist von SCHÄFFLE (Bau und Leben des Socialen Körpers, Tübingen 1881, Bnd. I p. 64) „sind jederzeit als innerliche Kräfte zahllose subjective Zweckvorstellungen gegeben, deren Werth zu prüfen, deren Mittel zu finden, deren schlieszlicher Erfolg mit dem Inhalt der praktischen Idee zu vergleichen ist; denn die socialen Thatsachen sind zwar nicht ausschlieszlich, aber doch sehr wesentlich product der verwirklichung von Zweckvorstellungen nicht Wirkung „blind“ wirkender physikalisch-chemischer Kräfte.“

Inderdaad is het gewicht van het onderscheid naauwelijks te overschatten en men vergist zich wanneer men meent gelijk o. a. von SCHÄFFLE zelf (L. I. p. 67) dat de reien van motieven in eenvoudige causaalreien zouden kunnen omgezet worden, zoodra eenmaal het doel en de middelen, die tot bereiking van dat doel aangewend waren, zijn begrepen. Het kan zijn, dat voor een alomvattend verstand de mechanische causaliteit en de teleologische slechts twee modi zijn van een zelfde feit, zeker is het, dat voor ons eindig kenvermogen de kloof tusschen motivering en kracht niet is overbrugd. Hoe onze voorstellingen, als subjectieve bewustzijns toestanden tot daden, de zgn. objectieve verschijnselen, voeren, ware alleen te beantwoorden door hem, die uit de beweging het bewustzijn kon verklaren of omgekeerd. Ongetwijfeld zijn de uiterlijke verschijnselen, waaruit ten slotte ook de maatschappij bestaat, op te lossen in een zamenstel van causaalreien en zonder natuurkundige verklaring is het geheel niet te begrijpen. Maar wat het voornaamste is in de sociale wetenschappen, de uitingen van den menschelijken wil en de pogingen van den mensch om zijne idealen te verwezenlijken, is nimmer uit de kennis der oorzaken van beweging te kennen. Het *zamenstel* zelf van causaalreien hangt van de menschelijke willekeur af en haar geheel wordt door teleologische motiveering bepaald. De reien van motieven, van idealen als doel en als middel zijn ingeweven als het ware in de reien van mechanische oorzaken. Maar zoodra het motief als zoodanig erkend wordt, is van objectieve

causaliteit geen sprake. Telkens wanneer de voorstellingen de daad bepalen, opent zich een rei van mechanische oorzaken. Maar de werking der motieven, de opeenvolging der voorstellingen, de macht der idealen behooren tot die subjectiviteit, die niet zonder begripsverwarring met objectieve verschijnselen kan worden verwisseld, zelfs niet daar waar de rei van voorstellingen in een correlate rei van mechanische stofwisseling zou kunnen worden herkend.

Men hoede zich hierbij voor de gedachte, dat met de *causaliteit* de *wettelijkheid* zou verdwijnen. De vooruitgang der natuurwetenschappen is in de laatste eeuw zoo overweldigend geweest, dat het als van zelve schijnt te spreken dat de daar geldende begrippen eenvoudig elders worden overgebracht. Toch is niets minder juist. Het begrip van wet heeft in den loop der tijden aanzienlijke veranderingen ondergaan en zich in het bijzonder gevoegd naar de specifieke ervaring op het gebied der anorganische natuur. In het algemeen brengt het begrip van de wettelijkheid der wereld alleen mede, dat hetgeen geschiedt bepaald wordt door de omstandigheden en die omstandigheden zelf in onderling en noodzakelijk verband staan. Maar in de natuurkunde is dat begrip in dien zin uitgebreid, dat stilzwijgend wordt aangenomen, dat feitelijk eene herhaling van dezelfde omstandigheden gegeven is, zoodat noodwendig ook een herhaling van dezelfde gevolgen moet zijn waar te nemen. In het algemeen is de *wet* in de natuurkunde dat *telkens* en *altijd* wanneer zekere verschijnselen zich voordoen, zekere andere verschijnselen zullen volgen. Maar dit is niet alles. Men heeft leeren begrijpen, dat deze voorwaarden alleen vervuld worden wanneer eene *kracht* wordt aangenomen, die altijd op dezelfde wijze werkt. Alzoo gewaagt men van wetten, wanneer men weet hoe krachten zich openbaren. En daar nu deze wetenschap alleen nauwkeurig kan genoemd worden indien de oogenschijnlijk kwalitatieve veranderingen kwantitatief kunnen worden bepaald, hecht men in de natuurwetenschap hoe langer hoe meer het begrip van wet aan eene mathematische formulering van krachten.

Het is duidelijk, dat de voorwaarden voor *deze* wettelijkheid bij de sociale wetenschappen ontbreekt. Van eene exacte formulering der bewustzijnstoestanden van een quantitieve verhoudingsleer der verschillende voorstellingen is vooralsnog weinig meer te bemerken, dan enkele zeer beperkte proefnemingen op physisch psychisch gebied. Maar bovendien is de onderstelling van een aantal oorspronkelijke krachten, waarvan de natuurkunde uitgaat, bij de psychische en sociale wetenschappen, uitgesloten. De voorstellingen mogen krachten wekken, zij zijn geen krachten. En bij het individueel karakter van de meeste willekeurige handelingen is ook de onderstelling, dat gelijk zamengestelde verhoudingen regel zijn, weinig waarschijnlijk en bovendien met de ervaring in strijd. Maar dit neemt niet weg, dat het algemeen begrip van wettelijkheid ook bij de sociale wetenschappen kan worden gehandhaafd. Het begrip moet slechts hier, evenals in de natuurkunde, worden gespecificeerd. Reeds ARISTOTELES heeft ingezien dat het karakter van beide takken van menselijke kennis verschilt. Volkomen nauwkeurigheid is volgens hem alleen bij de theoretische wetenschappen te vinden; voor de praktische, de ethiek en politiek zij men tevreden met algemeene regelen en voorbeelden, die naar ieder bijzonder geval moeten worden gewijzigd (1). Inderdaad, in de sociale en psychische wetenschappen bestaat de wettelijkheid in de aesthetische overeenstemming van het individuele geval met zekere algemeene analogien of typen. Ongetwijfeld zijn overeenstemmingen talrijk te vinden: de individuen zijn per slot van rekening menschen en de mogelijkheid, dat wij hunne handelingen kunnen beoordeelen berust op het feit, dat zij min of meer menschen zijn van gelijke beweging als wij zelf. Maar die overeenstemming en die gelijkheid is nimmer, ook niet voor praktische doeleinden, identiteit. De overeenstemmingen van toestanden, zoowel bij gelijktijdige feiten als bij opeenvolging, zijn alleen juist op te vatten wanneer

(1) Vergelijk de Eth. Nicom. II, 2.

men ze bepaald acht door de eischen der harmonie.

En hier dient te worden gewezen op eene andere eigenaardigheid. In de sociale wetenschappen heeft men nimmer te doen met op zich zelf werkende krachten, maar met een gezamenlijk streven. Ieder mensch en bovenal ieder in de beschaafde maatschappij levend mensch streeft niet alleen naar zijn individueel goed, maar, hetzij hij er zich bewust van is of niet, en min of meer, naar het algemeen welzijn. Ook hier, mogen wij wijzen op de schoone woorden van ARISTOTELES *καίτοι ὅσως οὐκ ἔστι τὸ αὐτοῦ εἶ ἀνευ οἰκονομίας οὐδ' ἀνευ πολιτείας*. Eth. Nicom. VI, 7. Het individueel streven wordt gericht door de voorstellingen die men zich maakt van het doel, dat men wenscht te bereiken. Maar deze verschillende doeleinden moeten gemeenschappelijke karaktertrekken bezitten en moeten in meerdere of mindere mate in betrekking kunnen worden gebracht op een gemeenschappelijk einddoel. Moeten, want behalve de zuivere epicuristen, die al het zijnde beschouwen als de toevallige beweging van toevallig elkander rakende atomen, zal wel ieder willen aannemen, dat al dit zichtbare heelal en ook de mensch en zijne maatschappij wordt gedreven naar vaste wetten tot bepaalde gevolgen. En wat ook de mensch en de wereld moge zijn in betrekking tot het groote Onkenbare, voor den mensch lost zich alle gemeenschappelijk streven op in harmonie. Het ethische en politieke streven van de individuen is alleen te begrijpen als een gezamenlijk streven, en de sociale verschijnselen zijn alleen te waarderen als elementen van een organisch geheel, alleen te vergelijken door in het oog te houden de gemeenschappelijke eenheid. Bij de natuurwetenschappen heeft men te doen met een zamenstel van zelfstandige krachten, bij de sociale wetenschappen met ééne enkele wordende harmonie, met eene enkele wordende zamenstelling van organismen tot een superorganisch geheel, met ééne enkele, alleen als vage idealen tegenwoordige, maar overigens nog verborgen verhouding van de individuen als nieuwe eenheidsvorm.

En hierin vinden wij een derde karaktertrek of liever een
Themis, XLIIIste Dl., 3e Stuk [1882].

derde gezichtspunt van hetzelfde feit. De sociale verschijnselen kenmerken zich niet alleen door hunne geheele doelmatigheid, niet alleen door het gemis van herhaling van zelfstandige eenheidsvormen, maar ook door het feit dat die verschijnselen bovenal wordingsverschijnselen zijn van een nog onbekend geheel. Zeer schoon zegt te dezen aanzien VON SCHAFLE, Encyclopädie der Staatslehre, Tübingen 1878 p. 480. „Die gesellschaft wird erst, die Intensität der civilen Entwicklung wird noch auf unabsehbare Zeit sich immer mehr steigern. Hier ist das Einzelne auf ein ganzes angelegt; dieses ganze aber in nichts fertig und abgeschlossen. Alles daran wird erst. Es wälzt sich höheren Stufen der Vollkommenheit, Mannigfaltigkeit und Einheit der Theile entgegen. Menschen sind selbst die berufenen praktische werkföhler dieser Schwellenden höchsten Schöpfungsphase.“

Inderdaad wij hebben in de sociale verschijnselen nergens voor ons een *afgeloopen proces*, maar overal bewegingstoestanden die alleen als fragmenten waarde hebben. Wij hebben niet voor ons een geheel dat als het resultaat van een krachtsuiting kan worden beschouwd, maar wij nemen de wording zelve, de werking zelve waar. Wij zien noch de oorzaak noch het gevolg, maar wij zien duizendvoudig gebroken de beweging zelf. De regelmaat en de wettelijkheid kunnen zich alzoo alleen openbaren in de richting der beweging, niet in het verschijnsel dat uit de oorzaak reeds geworden is.

Alzoo vinden wij drie eigenschappen die de historische wetenschappen gemeen hebben en die tevens aan de andere wetenschappen ontbreken. Zij behandelen een object dat in wording is, een object hoofdzakelijk door doelmatig streven bepaald, een object waarvan alle partiele verschijnselen uit hun aard betrekking hebben op een gemeenschappelijke eenheid. In eens uitgedrukt: de historische wetenschappen hebben als object één enkel wordend organisme.

De wettelijkheid op sociaal gebied is alzoo een specifiek begrip; maar het is hier zaak wel te onderscheiden. Men meene niet dat hetzij generalisatie hetzij quantitative bepa-

lingen geheel zijn uitgesloten. Generalisatie onderstelt het veelvuldig voorkomen van gelijke groepen van verschijnselen. Welnu een der kenmerken van de sociale ontwikkeling is juist dit dat de individuen zich tot groepen vereenigen naarmate zij meer of min constante gewoonte gemeen hebben. De individualiteit groeit op den bodem van het gemeenschapsleven en dat gemeenschapsleven is inderdaad niet anders dan gelijke gewoonte. Te midden van den eindeloozen stroom van inzichten en voorstellingen worden sommigen vastgehouden, geconsolideerd, opdat van daaruit naar nieuwe harmonie zou kunnen worden gestreefd. Met dit gemeenschappelijk fonds wordt als het ware geëxperimenteerd. Nu is het duidelijk dat indien de opvatting der maatschappij als een wordend organisme de juiste is, deze blijvende gemeenschappelijke voorstellingsgroepen, uit den aard der zaak het karakter van absolute geldigheid missen. Zij bestaan alleen zoolang het experiment duurt, zoolang zij niet worden vervangen omdat beter inzicht tot nieuwe combinatiën drijft. Maar dit neemt niet weg dat *zoolang* die vormen bestaan als de rimpelfiguren op den vloed, de schijn wordt geboren van wettelijkheid in natuurkundigen zin. Want wat inderdaad niet meer is dan eene subjectieve gewoonte alleen door tijdelijke idealen bepaald, vertoont zich als eene vaste concatenatie van objectieve verschijnselen. En allicht is hier meer dan schijn. Want de absolute geldigheid der natuurwetten is niet meer dan eene metaphysische onderstelling. Inderdaad wat leert ons de ervaring anders dan dat zoolang wij menschen waargenomen hebben altijd dezelfde oorzaken dezelfde gevolgen hebben gehad. Maar men vergeet dat in laatste instantie deze les der ervaring steunt op het feit dat het waarnemingsvermogen van de verschillende individuen hetzelfde is gebleven. Welke verhouding er bestaat tusschen ons waarnemingsvermogen en de werkelijkheid is ons ten eenenmale onbekend. Wij hebben niet het minste recht te vertrouwen dat de objectieve wereld zoo is zoo als zij zich aan ons voordoet. Houden wij ons alzoo aan de subjectieve zijde van de quaestie, dan berust de specifieke openbaring van de

causaliteitswet op natuurkundig gebied ten slotte op de gemeenschappelijke gewoonte van waarneming. Het schijnt dat deze waarnemingsgewoonte aan onze willekeur is onttrokken, maar ook dit is niet meer dan hypothese. Ten slotte komt het verschil hierop neer dat op het gebied der natuurkunde de gewoonte voorloopig als absoluut constant wordt aangenomen en inderdaad met ons geheele fysieke bestaan schijnt zamen te hangen, terwijl op het terrein der sociale wetenschappen de gemeenschappelijke gewoonte als veel meer tijdelijk en plaatselijk, alzoo historisch, moet worden opgevat. Wat hier echter van zijn moge, het min of meer tijdelijk karakter van deze mechanische wettelijkheid neemt niet weg dat *in zoover*, overal waar dergelijke gemeenschappelijke, sociale gewoonten ontstaan, het ideale karakter der motieven plaats maakt voor de stramme noodzakelijkheid der oorzaak. Een voorstelling wordt niet vastgehouden, een handeling niet gepleegd, in zoodanig geval omdat direct de *aesthetische* noodzakelijkheid wordt ingezien maar allereerst omdat eene zekere andere voorstelling of eene zekere andere handeling is voorafgegaan. Dit aesthetische motief is alleen de verwijderde achtergrond van den mechanischen zamenhang. Op sociaal gebied zal men dus niet alleen ware causaalreien hebben op te sporen overal waar de gewone anorganische natuur hare rechten doet gelden, overal waar de handelingen der menschen begrensd worden door de natuurkrachten, maar bovendien overal waar tijdelijke en plaatselijke gewoonten gevestigd zijn. Juist in zoover zal ook door de Statistiek meer kunnen gedaan worden dan alleen aanschouwelijk voortestellen wat men reeds van elders wist: het laat zich toch denken dat op dit terrein quantitatieve formules voor sociale verschijnselen zullen kunnen worden gevonden. Maar men miskent de wetenschap indien men meent dat al deze feiten iets meer zouden zijn dan uit den aard der zaak voorbijgaande combinatiën, historische categorien die in hun geheel toch alleen kunnen worden begrepen uit hun eigenaardig wezen en karakter. En bovendien zal altijd dit terrein van mechanische gelijkheid niet alleen tijdelijk zijn

begrensd maar inderdaad niet meer zijn dan een enclave in het groote gebied, waar de zuiver teleologische motiveering oppermachtig heerscht. Met andere woorden de hoofdzaak moet blijven het opsporen der *typische, aesthetische* wetten, nevenzaak het formuleeren der mechanische causaliteit.

Uit het algemeen karakter van het object der sociale wetenschappen volgt nu ten slotte nog dit: dat de onderdeelen der wetenschap in naauwer verband staan dan zulks het geval is met de onderdeelen der natuurkunde. De staathuishoudkunde, het ware beter te gewagen van het staathuishoudkundig recht, is als de verhouding der burgers tot het goed, te onderscheiden van het privaatrecht, als de verhouding der burgers onderling, en van het publiekrecht als de verhouding van de burgers tot de gemeenschap. Ongetwijfeld; maar de grenzen zijn niet scherp te trekken en de verschijnselen alleen te begrijpen in onderling verband. Bij ieder onderdeel moet uitdrukkelijk of stilzwijgend de invloed van hetgeen tot een ander onderdeel gebracht werd worden in acht genomen. En dit geldt natuurlijk niet alleen van het recht maar ook van de andere wetenschappen (b. v. ethiologie) die als onderdeelen der sociologie mogen worden aangemerkt. De maatschappij kan als wordend organisme alleen worden gekend indien het geheel wordt overzien. En ofschoon de verschillende vakken geenszins als willekeurige afdeelingen mogen worden opgevat, ofschoon zij door de natuur zelve van het reeds gewordenen worden aangewezen, zoo vordert toch de innerlijke wisselwerking der verschillende maatschappelijke elementen en hunne ondergeschiktheid aan eenzelfde doel voor de sociale wetenschappen veel meer dan in de natuurwetenschappen een encyclopaedische behandeling en een overzicht over het geheele terrein.

Wanneer wij ons nu afvragen wat dan indien deze beschouwingen juist zijn de methode moet wezen die voor de behandeling der sociale wetenschappen past, en wanneer wij ons daarbij niet tevreden willen stellen met een woord b. v. dat de ethische of de historische methode is aangewezen zal het zaak zijn nog

eens thans van een andere zijde het vraagstuk te naderen.

Wij zijn in ieder opzicht relatieve wezens en ons bewustzijn is niets anders dan voortdurende vergelijking. Maar wat is vergelijking? In de eerste plaats is noodig eene gegevene voorstelling, vervolgens de inductie dier voorstelling, d. i. de beweging dier voorstelling langs of in verband met andere voorstellingen en eindelijk de betrekking van twee of meer dier voorstellingen op de eenheid, m. a. w. de contemplatie of intiutie van de harmonische verhouding dier voorstellingen. Zonder deze drie momenten is geen vergelijking mogelijk. Dat wij hier inderdaad te doen hebben met een grondwet van het bewustzijn blijkt reeds hieruit dat wij een zamenstelling vinden van de drie fundamentele en niet uit elkander af te leiden gegevens der ervaring. Het vele, de beweging en het ééne. Toch doet zich nog eene ernstige moeielijkheid voor. Hoe is zou men kunnen vragen vergelijking *ooit* mogelijk? Het eerste gegeven der vergelijking is eene voorstelling, dat is reeds eene betrekking van het vele discrete op de eenheid van het bewustzijn. Nu schijnt het oppervlakkig alsof men zou stuiten op eene moeielijk te verklaren tegenstrijdigheid. Want ten einde twee voorstellingen te vergelijken moeten eensdeels beide tegelijk gegeven zijn, maar aan den anderen kant kunnen de oorspronkelijke voorstellingen niet nevens elkaar in het bewustzijn liggen; immers de beide te vergelijken voorstellingen schijnen noodzakelijk in *verschillende* tijdsmomenten gegeven te zijn. De betrekking der voorstelling op het aanschouwend subject moet zich telkens wijzigen zoodra de voorstelling zelve verandert en zonder verandering is de opneming van nieuwe voorstellingen eene onmogelijkheid. De oplossing van dit dilemma moet gevonden worden in een andere eigenschap van ons bewustzijn. Wij weten allen dat de wereld die wij aanschouwen en waarin wij ons meenen te bewegen eene wereld is van drie afmetingen, en juist de onmogelijkheid voor eenig mensch om zich iets anders *voortestellen* dan dingen van drie afmetingen maakt ons schuchter, om de mogelijkheid van andere voorstellingen

zelfs in abstracto te erkennen. Dan, hoezeer wij vastgegroeid zijn in de overtuiging van de realiteit ja van de uitsluitende mogelijkheid eener drie dimensionale ruimte, het kost ons moeite de consequentie van het feit te begrijpen. Toch kan het niet anders of ons bewustzijn zelf moet met dien vorm der phaenomenaliteit overeenstemmen en evenzeer, als de lichamelijke objecten bestaan uit de gelijktijdige betrekking van het discrete in drie rigtingen, moet het subject, dat die betrekking uitvoert, in drieërlei modaliteit gedacht worden. En daardoor wordt juist de vergelijking mogelijk. Want de voorstellingen van denzelfden rang worden als het ware uit de diepte van het bewustzijn gelijktijdig aanschouwd. Hoe deze verschillende modaliteiten van het bewustzijn zich inderdaad onderling verhouden blijft ons verborgen. Geen vergelijking kunnen wij ons denken zonder een meervoudig gelijktijdige functie van het bewustzijn, en deze meervoudige functie wordt, zoodra wij haar voor willen stellen, weder in verschillende momenten ontleed omdat wij gewoon zijn den tijd als eene rei van punten op te vatten zonder verschil en zonder modaliteit. Denken wij na over wat vergelijking is dan verschijnt zij ons als een voortdurend regres in de diepte van het bewustzijn en een terugtred naar de oppervlakte; en ons geheele leven is, voor onze voorstelling, niet anders dan de voortdurende rythme van die eb en vloed. Daarbij dient in het oog te worden gehouden dat wij, als eerste gegeven van onze *bewuste* vergelijking, steeds uitgaan van het resultaat van een onbewuste functie van onzen geest. De eenvoudige conceptie van een vlakke figuur is reeds eene volbrachte vergelijking: de betrekking van alle punten eener lijn, in onderlinge constante verhouding, op een of meer punten buiten die lijn; en zoo is op nieuw een ligchaam eene reeds volbrachte vergelijking, de betrekking van alle punten van een vlak, gelijktijdig en in blijvende verhouding op een nieuw gegeven, en de vorm van het ligchaam is niet anders dan de intuïtief gevonden uitdrukking dier harmonie.

Indien wij alzoo mogen vaststellen dat ons bewustzijn

zich openbaart in vergelijken en dat vergelijken bestaat in analyse, inductie en deductie, dan mogen wij daaruit a priori afleiden dat de verschillende methoden, die bij het opsporen der waarheid mogelijk zijn, verdeeld kunnen worden in drie groepen. Vooreerst die methode die den klemtoon legt op de inductie. Een of ander feitelijk gegeven, meestal een zamenstelling of opeenvolging van feiten, wordt met tal van andere feiten vergeleken en het gemeenschappelijke als algemeene regel gevonden. Dit is, wat men noemt, de inductieve methode.

Vervolgens is het mogelijk dat de aanvang gemaakt wordt met het bewegingsmoment; zooveel mogelijk alle particele voorstellingen worden in onderling verband gebracht en gelijkelijk op de eenheid betrokken om daarna tot eene nieuwe analyse te komen. Dit is wat men wel eens verstaat onder de analytische methode. De dubbelzinnigheid van het woord maakt echter een andere benaming gewenscht. Wellicht zou het beste zijn daartoe te kiezen de aesthetische methode, op het voorbeeld van Aristoteles, die de ethiek en politiek beide bracht tot de aesthetische wetenschap. Ethische of historische methode is alleen aan te bevelen, in zoo ver deze termen reeds min of meer burgerrecht hebben verkregen. Ofschoon de naam ontleend is aan bijzondere vakken, wenscht men, hoewel over den aard en het wezen der zaak nog geen eenstemmigheid heerscht, inderdaad te noemen die methode, welke bij de sociale en aanverwante wetenschappen de meest passende is.

In de derde plaats kan men uitgaan van datgene waarmede de inductieve methode eindigt, met den algemeenen regel, met de eenheid waarin zich het vele heeft opgelost. Daarna zal een bijzondere voorstelling worden gezocht die door subsumtie tot een nieuwe conclusie aanleiding geeft. Terwijl de aesthetische of analytische methode, door eene omvangrijke analyse, in het veelvuldige de harmonie tracht te zien en de voorstellingen ordent voor ééne zooveel mogelijk omvattende contemplatie gaat de deductieve methode uit van eenige weinige begrippen en tracht, door ontleding en afleiding, de werkelijkheid, in de zich meer en meer ontspinnende veelheid, te ontmoeten.

Wanneer het juist is dat de methoden noodwendig correlaat zijn aan de grondvormen van ons bewustzijn, dan volgt daaruit dat de inductieve, aesthetische en deductieve methode niet willekeurig kunnen worden vermeerderd, maar dat inderdaad alle mogelijke methoden, hoe ook genoemd of ingekleed, tot een van deze drie moet kunnen worden teruggebracht, of wel uit een vereeniging of samenkoppeling van twee of meer van deze methoden bestaat. Zoo zijn blijkbaar de kritische en synthetische methoden beiden ontstaan uit een vereeniging van de aesthetische en inductieve methode; de eerste is hoofdzakelijk aesthetisch, de tweede vooral inductief. De zamenvoeging van de aesthetische methode en de deductieve leidt tot de dialectische en speculatieve, naarmate meer de eerste of tweede hoofdmoment wordt. Terwijl uit de vereeniging van inductie en deductie de realistische en rationalistische methoden geboren zijn.

Dat een dezer methoden op zich zelf geheel voldoende zou zijn voor eenig deel der wetenschap, zal wel niemand die heeft gedacht over de wereldsche zaken, willen volhouden. Het wereldverloop is een geheel, de verschillende wetenschappen worden wel natuurlijk gegroepeerd maar toch nimmer in dien zin dat de invloed van eenig gedeelte ooit geheel zou kunnen worden buitengesloten. Op sociaal gebied is niets aantevangen zonder de gegevens der natuurkunde, en de natuurkunde zou naauwelijks dien naam verdienen zonder de kennis der mathesis. Maar ook de resultaten der sociale wetenschap moeten hoe langer hoe meer van invloed worden op het natuurkundig onderzoek, omdat hoe langer hoe meer de behoefte zich zal doen gevoelen aan regelen die in den rusteloozen en vaak ordeloozen voortgang der inductieve wetenschappen behooren te worden in acht genomen, opdat niet alleen de oogenblikkelijke begeerte worde bevredigd of gehoorzaamd aan persoonlijke willekeur, maar voor grooter gemeenschap van individuën, en in uitgestrekter tijdsverloop het best wordt geleerd en het meeste geluk wordt verspreid. Hoe meer de natuurkundige wetenschappen zullen gehoorzamen aan de resultaten van het sociale onderzoek, hoe meer

zij een richtsnoer zullen hebben in den weg dien zij zullen moeten volgen en een leiddraad waarnaar te beoordeelen, welke van de aan alle zijden zich immer openbarende nieuwe wegen het zekerst en het heilzaamst is, terwijl, wanneer in al te uitsluitende inductie de eenheid verloren gaat, de keuze van de ontwikkeling willekeur is, en noodelooze te laat ontdekte krachtsverspilling naauwelijks te vermijden. De resultaten van aesthetisch onderzoek zullen derhalve ten slotte een grooter invloed uitoefenen op de richting der inductieve methode, gelijk omgekeerd de resultaten van de inductie de grondslag zullen blijven uitmaken van de aesthetische wetenschappen. Terwijl beide zonder de kennis langs deductieven weg op zuiver geestelijk gebied verkregen, volkomen machteloos zouden blijken.

Immers het schijnt naauwelijks betoog te behoeven dat de inductie de aangewezen methode is voor de natuurwetenschappen, de aesthesis voor de sociale en de deductie voor de geesteswetenschappen. Want de drie groepen van wetenschappen onderscheiden zich door dezelfde kenmerken waardoor zich de drie methoden onderscheiden en stemmen respectievelijk overeen, zoowel met de drie laatste gegevens der evaring als met de drie onafhankelijke en zelfstandige functiën van onzen geest.

Weten wij alzoo in het algemeen dat de aesthetische methode de eenig passende is voor het onderzoek der sociale wetenschappen, uit het algemeen karakter van die methode zullen de *bijzondere* regelen volgen die naar den eisch der omstandigheden moeten worden toegepast, onafhankelijk van die *algemeene* voorschriften waaraan de natuurkundige wetenschappen de qualificatie danken van exacte wetenschappen, maar die inderdaad bij ieder wetenschappelijk onderzoek moeten worden in acht genomen; zooveel mogelijk klare omschrijving der begrippen, naauwkeurige analyse, scherpe waarneming. Dat tot vaststelling dier regelen nog weinig is gedaan is reeds afte leiden uit het feit dat men over de methode zelf nog niet tot eenstemmigheid is kunnen komen. Evenals bij de natuurwetenschappen zal de

praktijk de bijzondere regelen beter leeren, dan bespiegeling. Toch is het wenschelijk dat het vraagstuk ook langs dezen weg worde onderzocht. Het komt mij voor, dat twee wegen openstaan. Wat men zou kunnen noemen de quasi deductie en de quasi inductie. De quasi-deductie is de methode waardoor bijzondere regelen worden afgeleid, eensdeels uit algemeene feitelijke regels, maar aan den anderen kant uit algemeene epitactische voorschriften. Eigenaardig bij dezen gedachtengang is het feit dat men te doen heeft met *twee* maiors. B. v: wanneer men weet dat het ideaal is nationale rijkdom en het karakter van het volk-egoistisch, dan zal de redeneering kunnen geformuleerd worden als volgt:

1°. *maior*. Volksrijkdom dat is een maximum van genot moet worden nagestreefd.

2°. *maior*. Hij die bovenal zijn eigenbelang ter harte neemt bereikt een maximum van genot het best, wanneer daartegenover staat een minimum van werk.

Minor. Hier is een volk dat bovenal zijn eigenbelang ter harte neemt.

Conclusie. Derhalve moet het streven naar een minimum van werk en een maximum van genot.

Een volgende quasiesluitrede zou dan zijn:

1°. *maior*. Een minimum van werk en een maximum van genot, moet worden bereikt.

2°. *maior* Egoïste en tevens energieke menschen verkrijgen een minimum van werk tegen een maximum van genot het best door de uitsluitende heerschappij over de vruchten van den arbeid, verbonden met vrije concurrentie.

minor. Hier is een egoïst en tevens energiek volk.

Conclusie. Derhalve moet de privaateigendom worden erkend en daarnaast vrije concurrentie worden toegelaten.

Het spreekt van zelf dat hoe verder in dergelijke sluitredenen de feiten welke in de minor worden aangenomen verwijderd zijn van het oorspronkelijk tijdstip waaruit de deductie gemaakt wordt, hoe gevaarlijker de redeneering wordt. Want het is noodig steeds rekening te houden niet alleen met den invloed die nieuwe toestanden kunnen hebben

op het karakter dat als overheerschend wordt aangenomen, maar evenzeer met den invloed van nieuwe toestanden op machten in het volk, die eerst als van minder beteekenis mochten worden verwaarloosd.

In de ethiek geldt inderdaad dergelijke deductie. Aristoteles *De anima* III. II. 4. Construeert de praktische sluitreden schijnbaar in drie termen *ἐπεὶ δ' ἡμὲν καθόλου ὑπόληψις καὶ λόγος, ἡδὲ τοῦ καθ' ἕκαστα. ἡμὲν γὰρ λέγει, ὅτι δεῖ τὸν τοιοῦτον τὸ τοιόνδε πράττειν, ἡδὲ ὅτι τὸδε τὸ νῦν τοιόνδε, καὶ γὰρ δὲ τοί' οὕδε*. Derhalve om een voorbeeld te noemen:

Alle moedige menschen moeten drenkelingen redden door in het water te springen.

Ik ben een moedig mensch en hier is een drenkeling.

Aldus moet ik deze drenkeling redden door in het water te springen.

Mij dunkt dat de maior inderdaad bestaat uit twee oordeelen en de sluitreden zou moeten luiden als volgt:

Drenkelingen moeten worden gered.

Moedige menschen redden drenkelingen het best door in het water te springen.

Ik ben een moedig mensch en hier is een drenkeling.

Derhalve moet ik dezen drenkeling redden door in het water te springen.

Er zijn inderdaad bij elk ethisch besluit twee algemeene van elkander nimmer afteleiden regels tegelijk in het oog te vatten. De *epitactische* regel en de *factische* regel. De eerste geeft een resultaat dat bereikt moet worden. De tweede een middel dat moet worden aangewend, verschillend naar de menschen die het aanwenden moeten.

De tweede weg die kan worden ingeslagen is de quasi inductie. En wel in de eerste plaats de methode van verschil, dat is, indien twee gevallen in elk opzicht gelijk zijn behalve een uitzondering. „If” zegt Mill, *System of Logic* II, Blz. VI, C. VII, § 3, „two nations can be found which are alike in all natural advantages and disadvantages; whose people resemble each other in every quality, physical and

moral, spontaneous and acquired; whose, habits, usages, opinions, laws and institutions are the same in all respects except that one of them has a more protective tariff, or in other respects interferes more with the freedom of industry; if one of these nations is found to be rich and the other poor, or one richer than the other this will be an *experimentum crucis*: a real proof by experience which of the two systems is most favourable to national riches. But the supposition that two such instances can be met with is manifestly absurd». Inderdaad, zelfs in zeer gunstige omstandigheden zullen een aantal kleine verschillen overblijven die, ieder voor zich, voldoende kunnen zijn om tot een ander resultaat te leiden. Toch zullen weinigen er bezwaar in zien om, indien b. v. twee Staten van Australië eene proeve nemen met vrijhandel en protectie, wanneer de proeve uitvalt ten gunste van den vrijhandel, het besluit te trekken dat de ondervinding, althans in dit geval, heeft uitspraak gedaan. De zaak is deze: dat wel de ware inductie is uitgesloten maar een analoge methode met vrucht kan worden toegepast. Het eigenaardige is ook hier dat men *tweeërlei* in wezen geheel verschillende complexen vergelijkt. In de eerste plaats de omstandigheden en den aard der volken en vervolgens de idealen die zij zich voorstellen te bereiken. Wanneer deze beide tot dezelfde type behooren, beide gelijksoortig zijn, dan moet bovendien nog het punt in verschil eensdeels als *middel* kunnen worden beschouwd tot verwezenlijking van het ideaal, en aan den anderen kant, in een organisch verband staan met de feitelijke gegevens. Het is duidelijk dat in het genoemde voorbeeld het punt van verschil aan deze eischen voldoet, en dat alleen daarom het beroep op de ervaring is toegelaten. Altoos moet de regel aldus worden vastgesteld dat in gelijksoortige gevallen een gelijksoortig middel om een gelijksoortig doel te bereiken het best is gebleken. Maar juist het vaststellen a priori van het zaakverband is een zaak van intuïtie, van aesthetische tact, waarvan ten slotte de waarde van de inductie afhangt.

Hetzelfde dient in het oog te worden gehouden wanneer

men een gevolg wil trekken uit het feit dat twee of meer groepen van sociale verschijnselen in niets hoegenaamd overeenkomen, behalve in twee verschillende punten, m. a. w. uit het feit dat twee sociale verschijnselen altijd elkander opvolgen of begeleiden onder de meest heterogene omstandigheden. Dat hier, volgens de methode van overeenstemming, niet tot een causaalverband mag worden besloten behoeft, na het voorafgaande, naauwelijks herinnering. Trouwens ook wanneer men de mogelijkheid van een gewone causaliteit zou willen aannemen, dan zou men hier — MILL heeft het overtuigend aangetoond — toch tot geen resultaat kunnen komen omdat een oneindig aantal oorzaken in het spel kunnen zijn. Maar het aesthetisch analogon van de Methode van overeenstemming moet hier wel degelijk vruchtbaar wezen. B.v. de ervaring leert dat de interest altijd hooger wordt wanneer het gevaar dat het kapitaal niet zal worden teruggegeven wast. De gevolgtrekking is nu geoorloofd dat de interest, althans ten deele, bestaat uit assurantiepremie. — Waarom? — Wanneer men de redeneering ontleedt dan doet zij zich aldus voor: ieder die geld uitleent op interest doet dit met het doel om zijn kapitaal terug te ontvangen met en benevens eene vergoeding voor het gebruik. Welnu, het eischen van een assurantiepremie is niet alleen een voortreffelijk middel om dat doel te bereiken, maar het is bovendien mogelijk dat, onder den vorm van interest, een gedeelte voor assurantie wordt berekend. Ook hier weder hangt dus de waarde van het resultaat der inductie af van de juistheid der analyse, d. w. z. van een juist inzicht van de adaptatie der middelen tot een bekend doel en van de congruentie dier middelen tot het feitelijk gegeven.

Op dezelfde wijze kunnen ook van de andere, afgeleide methoden van inductie, in het bijzonder van de methode der resten en van de methode der zamengaande veranderingen de analoga worden toegepast.

Het schijnt overbodig dit thans in bijzonderheden aantoonen. Immers de gegeven voorbeelden zijn voldoende om te bewijzen dat de aesthetische methode niet alleen a priori

kan worden gerechtvaardigd maar door nadere specificatie tot praktische regelen kan voeren, terwijl tevens blijkt dat die regelen inderdaad in de praktijk min of meer bewust gevolgd worden. En inderdaad men mag deze controle voor eene methodologische afleiding eischen. Een methode komt niet als een geharnaste minerva uit een of ander brein te voorschijn, de menschen *doen* voordat zij weten *wat* zij doen, geen ware *kennis* alzoo die de *kunst* miskent.

P. W. A. CORT VAN DER LINDEN.

Groningen, April 1882.

REGTSGESCHIEDENIS. — *De imperatieve mandaten der volksvertegenwoordigers.* Een historische bijdrage naar aanleiding eener anti-revolutionaire studie over de Fransche revolutie, door mr. J. baron D'AULNIS DE BOURQUILL, hoogleeraar te Utrecht.

In een lijvige verhandeling heeft in het afgelopen jaar mr. D. P. D. FABIUS, hoogleeraar aan de vrije universiteit te Amsterdam, eene studie geleverd over «de Fransche revolutie» van 1789. Welk licht de schrijver op zijn onderwerp heeft doen schijnen is reeds uit het ambt, dat hij bekleedt, op te maken. Zijn standpunt is anti-revolutionair geweest.

Verwonderen wij ons dan ook niet, nu wij bevinden, dat de schrijver van de Revolutie weinig goeds en veel kwaads te vertellen weet, — ja bijna niets dan kwaad. In zijn uitvoerig pleidooi wordt een reeks van beschuldigingen tegen de gebeurtenissen van 1789 aangevoerd. Het beginsel der vrijheid is, volgens hem, met de beginselen der revolutie onverenigbaar. Voor wie de vrijheid mint, is de revolutie een vloek. Wanneer in den tegenwoordigen tijd er vele brave, zelfgenoegzame burgers gevonden worden, die in hun alledaagsche bedaardheid er dankbaar voor zijn dat er een revolutie is geweest, omdat zij haar beschouwen als het tijdstip, waarop de moderne denkbeelden van vrijheid over Europa gekomen zijn, vergissen deze lieden zich grootelijks; want het begrip, dat men zich tegenwoordig van de vrijheid vormt, is, naar mr. FABIUS meent, veel later ontstaan. Die brave burgers zijn gevangen in de strikken der revolutionaire legende.

Heeft dan, volgens mr. FABIUS, de revolutie niets goeds verricht? Ja toch, iets goeds nog wel. Heeft zij heilrijke hervormingen tot stand gebracht? Neen. Deze heeft zij veeleer tegengehouden. Want alom was men reeds 15 jaar vóór 1789 bezig aan het hervormen, en men zou geleidelijk alle gewenschte verbeteringen hebben ingevoerd, indien niet plotseling in den weg was gaan staan «de revolutie, die in

„dolzinnigheid den bestaanden toestand eenvoudig stuk sloeg“. Waar is dan het goede, dat de revolutie heeft gedaan? Hiervan slechts eene spaarzame mededeeling. In een noot (bl. 37) haalt mr. FABIUS zonder tegenspraak de woorden aan van mr. GROEN VAN PRINSTERER: „Ik wil de voor-
 „deelen niet miskennen of ongebruikt laten, die een orkaan
 „in de zedelijke wereld ook door afbraak bewerkt heeft; maar
 „geenerlei capitulatie is geoorloofd omtrent den bedrieglijken
 „grondslag voor herbouw.“ Met deze opmerking moet de lezer zich tevreden stellen. Ik veroorloof mij, haar niet leerrijk te noemen.

Nauwelijks behoef ik uitdrukkelijk te verklaren, dat ik met deze wijze van beoefening der historie niet instem.

Wel verklaart de Schrijver, dat hij bij de mededeeling der feiten zich bij voorkeur heeft beroepen op getuigen, die niet behooren tot de anti-revolutionaire school. Doch zijn geschrift schijnt mij, wat de strekking betreft, vrij wel een nieuwe editie van mr. GROEN VAN PRINSTERER's Ongeloof en Revolutie; en bewijst het nu van onpartijdig en serieus wetenschappelijk onderzoek, wanneer mijn Amsterdamsche ambtgenoot met geheel stilzwijgen de duchtige argumenten voorbijgaat, in 1853 en 1854 door dr. R. FRUIN (1) tegen het standpunt en de methode van den Heer GROEN ingebracht? Het schijnt noodig en nuttig op het bestaan dier argumentatie, thans bijna 30 jaren oud, nog eens te wijzen want zij mag m. i. niet zoo stilweg in het vergeetboek worden geplaatst, waarheen de anti-revolutionairen schijnen haar wel gaarne te zien verhuizen. Wanneer mr. FABIUS dan in zijn Voorwoord verklaart, dat hij de voor de Revolutie bezwarende feiten van zijn betoog bij voorkeur geput heeft uit schrijvers, die niet tot zijn richting behooren, moet ik in die verklaring veeleer een poging zien om aan zijn be-

(1) Dr. R. FRUIN. Het anti-revolutionaire Staatsregt van mr. GROEN VAN PRINSTERER ontvouwd en beoordeeld. Amsterdam 1853, en

Dr. R. FRUIN. De anti-revolutionaire bezwaren van mr. GROEN VAN PRINSTERER tegen onze maatschappij overwogen. Amsterdam 1854.

Themis, XLIIIste Dl., 3de Stuk, [1882].

toog kracht te geven, dan een bewijs, dat hij de richting zijner tegenstanders naar eisch heeft onderzocht en vermeld en weérlegd. Voorzeker, er is in de dagen der Fransche revolutie hemeltergend onrecht gepleegd; er is gedweept met valsche theorieën; er is van het woord Vrijheid schromelijk misbruik gemaakt. Dat mr. FABIVS van dit alles bij schrijvers, die zijn medestanders niet zijn, de meest afdoende bewijzen kan vinden, getuigt meer voor *hunne* onpartijdigheid dan voor de zijne. Het getuigt ook hiervan, dat de ruiterlijke erkenning van wat in de Revolutie verkeerd is geweest, niet uitsluitend afkomstig is van de Antirevolutionaire partij. En op dat alles pleidooien te bouwen, is, vooral wanneer men vlijtig gebruik maakt van de twee boekdeelen, welke HENRI TAINE aan de revolutie heeft gewijd, een zaak van arbeid, van vernuft en combinatie. De zeer te waardeeren betoogen, welke mr. FABIVS daarop laat volgen tegen de sentimentaliteit, het klatergoud der Fransche conversatie, tegen den eigenwaan van menig Girondijn en Jacobijn, tegen de methode van onhistorisch redeneeren op staatkundig gebied, — die betoogen passen zeker zeer wel in een redevoering tot studenten; maar als die redevoering daarna in druk wordt gegeven en met uitvoerige noten voorzien, missen wij ongaarne, bij al dat kwaad spreken over de Revolutie, de erkenning, dat de tegenstanders van de antirevolutionairen dat kwade eveneens streng veroordeelen en zelfs in menig opzicht met hun veroordeeling den heer FABIVS zijn vóór geweest.

Mijn hoofdbezwaar echter ligt elders. Men moet weinig oog hebben voor de kloof tusschen het Ancien Régime en onze samenleving, wanneer men met TAINE meent, dat in 1789 maar twee werkelijke behoeften te vervullen waren: afschaffing van de privilegiën, en controle eener volksvertegenwoordiging over de Regeering. (1) „C'était assez,“ — schrijft TAINE — „car par là, tous les besoins réels

(1) H. TAINE. Les origines de la France Contemporaine. La Révolution, I. p. 180.

«étaient satisfaits.» Uit die beperkte opvatting vloeit licht de meening voort, dat de Fransche revolutie, nauwelijks noodzakelijk, in elk geval reeds terstond overdreven in haar eischen is geweest, en langs dien weg een bron van rampen werd voor de eeuw, die op haar volgde. Beperk de goede werking van de revolutie tot slechts twee hervormingen in het Staatsrecht, en gij zijt fraai op weg om, met het betoog verder dat die hervormingen ook wel op andere wijs zouden zijn tot stand gebracht, de waarde der revolutie wegteredeneeren. Niet veel moeite kost het dan om tegen het land harer geboorte, tegen Frankrijk zelf, een afkeer op te wekken, die u somwijlen verrassend dienst kan doen. Zoo kon men op 27 Januari 1882 in onze Tweede Kamer der Staten-Generaal mr. KEUCHENIUS de verwerping van het Fransche handelstractaat hooren aanbevelen met de volgende woorden: «Alliantien met Frankrijk waren ons nooit gunstig; met iedere Fransche alliantie is ook iets van den Franschen geest tot ons overgewaaid. Wij zuchten nog onder de gevolgen van de vriendschap met Frankrijk in de vorige eeuw gesloten; ik hoop, dat hetgeen ons van die zijde reeds ten deel viel eene waarschuwing zij om in de tegenwoordige omstandigheden ons zegel te hechten aan dit tractaat.»

Tegen zulke beschouwingen staat een gezegde over, dat wel is waar door een Franschman zelve is geuit, maar door duizenden buiten Frankrijk is beaamd: «Tout homme a deux pays, le sien propre et la France». Wat haar revolutie heeft gebracht is de hoogere Waarde der menschelijke persoonlijkheid. Deze is het leidend beginsel der nieuwere Staatsinstellingen, welke onze maatschappelijke vrijheid waarborgen. De vrijheid van godsdienst, de vrijheid van drukpers, de gelijke aanspraak op ambten, de waarborgen voor goede rechtspraak zijn de vruchten der erkenning van die Waarde. Bij deze vruchten vergeleken, zijn de hervormingen, door TAINE genoemd, weinig belangrijk. Voorts, in verband daarmee, bracht de Revolutie grooteren waarheidszin in het maatschappelijk leven. Want huichelarij en onwaarheid worden door onderdrukking gekweekt. Het verband tusschen Staat en Maat-

schappij, dat vóór 1789, tot nadeel van beiden, sedert lang verbroken was, is in dat jaar hersteld. Na alle geschriften voor en tegen de Revolutie, valt toch, m. i., het fonds van waarheid niet te miskennen, dat in de volgende woorden van CARLYLE ligt opgesloten, in den aanvang zijns verhaals van LA TERREUR (1), al willen wij nog zooveel op het overdrevene zijner beeldspraak afdingen: „Zoovele eeuwen, rekenen we slechts van „HUGO CAPET tot nu, hebben te samen opgehoopt — elke „eeuw deed het met interest over aan haar opvolgster — „die som van boosheid, van valsheid, van verdrukking „des menschen door den mensch. De koningen zondigden, „en de priesters en het volk. Schurken praalden triumfeerend, „met vorstelijken diadeem, met adelijke kroonen, met geestelijke „mijters; of de nog noodlottiger soort van geheime schurken „in hun mooiklinkende formules, spitsvondigheden, schijnbare „fatsoenlijkheid, allen van binnen hol; het ras van kwak- „zalvers was geworden zoo talrijk als de zandkorrels aan de „zee. Tot eindelijk zulk een somma van kwakzalverij zich „had opeen gehoopt, dat, in één woord, het aarde en hemel „walgde.” Ziedaar 't Ancien Régime; nu het Schrikbewind: „Het is alsof de vijf en twintig millioenen, ten laatste tot uit- „zinnigheid gedreven, gelijktijdig opgestaan waren, om met een „kreet, die alle tijden en landen doordringt, te zeggen, dat de „onwaarheid van dit bestaan onverdraaglijk geworden is. O, „gij huichelarijen en schijnheiligheden, gij koninklijke mantels, „priesterlijke gewaden, gij credo's, formules en achtbaarheden, „schoon beschilderde graven vol doodsbeenderen — ziet, gij „schijnt ons ten eenenmale een leugen. En toch ons leven is „geen leugen, toch onze honger en ellende geen leugen! Ziet, „wij verheffen, al te gader, onze vijf en twintig millioenen „paren handen, en nemen hemel en aarde en ook de hel tot „getuigen, dat *of* gij *of* wij vernietigd moeten worden”.

Neen, het is geen alledaagsche bedaardheid van brave lieden, die in de strikken eener revolutionaire legende gevangen zijn,

(1) TH. CARLYLE. De Fransche omwenteling. Ik volg de vertaling, uitgegeven door J. RINKES te Arnhem.

maar het is, mijns inziens, dieper kennis der historie, dan waartoe onze anti-revolutionaire schrijvers gekomen zijn, wanneer men de Revolutie een zegen acht voor het menschedom, al ging zij met onnoemelijk lijden gepaard. In plaats van ergens in een kleine noot in vage termen van „voordeelen” te spreken, die een „orkaan in de zedelijke wereld” met zich heeft gebracht, zou een meer openhartige en duidelijke erkenning van die voordeelen de eisch zijn van waarheid-lievend onderzoek. Dit ware, in zoover men den revolutiemannen terecht verwijt, dat zij de beteekenis der historie te veel hebben uit het oog verloren, ook meer anti-revolutionair in den goeden zin des woords.

De beteekenis der Revolutie in alle onderdeelen in 't licht te stellen op eene wijze, die, meer dan bloot beweren, het karakter draagt van wetenschappelijk onderzoek, zou, wegens de verwarring die in het revolutionaire tijdperk heerscht, en de velerlei meeningen en feiten van dien tijd, meer dan één lijvig boekdeel vorderen. Nemen wij daarom één enkel punt, vooral ook omdat dit het voorrecht genoten heeft van door mr. FABRUS niet met stilzwijgen te zijn voorbijgegaan. Het betreft de vernietiging der imperatieve mandaten der volksvertegenwoordigers.

Over de vraag, wat in den revolutietijd met de imperatieve mandaten is voorgevallen en over de beteekenis van het voorgevallene, waren de schrijvers over historisch staatsrecht tot dusver, zoo ik mij niet bedrieg, vrij eenstemmig. De gangbare voorstelling vindt men o. a. in eene redevoering door mr. J. T. BUIJS den 8 Febr. 1876 uitgesproken en getiteld: „de Zelfstandigheid van het Staatsrecht.” „De „dag,” zoo sprak prof. BUIJS, „waarop de afgevaardigden „ter Staten-Generaal de cahiers, welke de instructien hunner „committenten behelsden, op zijde wierpen en optraden als „vertegenwoordigers van het geheele Fransche volk, is op „het vaste land van Europa de geboortedag van den mo- „derneren Staat. Wat die vergadering begreep dat zij zijn „moest, 't was niet meer eene vereeniging van procureurs,

„die bij den Staat de belangen van bijzondere personen „komt bepleiten; neen, zij moest zelve Staat zijn en met „de plichten aan de gemeenschap opgelegd, ook een goed „deel van hare zelfstandige rechten overnemen.“

Tegen deze voorstelling is mr. FABIUS opgekomen in eene noot, die de bladzijden 27, 28, 29 en 30 zijner verhandeling schier geheel inneemt. Hij betwist, dat op den bedoelden dag (8 Juli 1789) de afgevaardigden hunne cahiers ter zijde wierpen. Wie dit meent gelooft, volgens hem, aan een „vertelseltje“. Met een aantal citaten uit de geschiedbronnen van dien tijd tracht hij te staven, dat integendeel ook na dien dag de cahiers als voor de afgevaardigden verbindend werden beschouwd. Trouwens het beginsel der volkssouvereiniteit, streng in den geheelen revolutietijd volgehouden, bracht, volgens hem, de geldigheid der mandaten mede. ROUSSEAU, met zijne souvereiniteit des volks, moest wel tot imperatieve mandaten komen, en aangezien de leeringen van ROUSSEAU schering en inslag zijn der revolutionaire denkbeelden, kon de revolutie onmogelijk met die mandaten breken. In plaats dus van aan een zelfstandig staatsrecht het leven te schenken, staat de revolutie lijnrecht tegen zoodanig staatsrecht over. „Mij dunkt, — zoo eindigt hij, — „het is waarlijk voor tegenspraak nauwelijks vatbaar, dat „de leer van de onzelfstandigheid van het gezag, de ont- „kenning van alle gezag, nooit zóó bound is uitgesproken „als door de Fransche revolutie, zoowel vóór de triomf der „anarchie over Frankrijk op 14 Juli 1789, als daarna“.

Alvorens in te gaan op de vraag, wie hier gelijk heeft, schijnt mij wenschelijk den lezer met een zeer kort verhaal van feiten, waarover hier geen geschil bestaat, de aanleiding tot het bedoelde besluit der nationale vergadering voor den geest te roepen.

Op den 5den Mei 1789 was te Versailles de Vergadering der Staten Generaal plechtig geopend. Adel, geestelijkheid en derde stand waren saamgekomen om den Franschen Staat te redden van dreigenden ondergang. Voor alles zou de

taak, die hen wachtte, bestaan in het vestigen van een nieuw staatsrecht. De wensch naar een Constitutie was algemeen.

Doch voordat de vergadering tot haar eigenlijken arbeid kon overgaan, moest een groote vraag worden beantwoord, die reeds lang was opgerezen en nog altijd niet was beslecht, de vraag of in de vergadering de stemming bij standen of bij hoofden zou plaats hebben — *par ordres* ou *par têtes*. Hardnekkig hield de adel vast aan de stemming bij standen. Te vergeefs. Hij zwichtte voor de macht der openbare meening en de krachtige houding der afgevaardigden van den derden stand. Deze toch, hoewel voortgekomen uit slechts één der drie standen, verklaarden zich tot *Assemblée Nationale*, tot vertegenwoordiging der geheele natie. Wilden de andere standen zich niet bij hen aansluiten, hun werkzaamheid zou daardoor niet tegengehouden worden; zij zouden hun gang gaan.

Op deze verklaring, bevestigd door den eed in de zaal der Kaatsbaan, volgde wel de onderwerping der beide andere standen, doch ook nadat deze zich met de afgevaardigden van den *Tiers État* hadden vereenigd, was alle hinderpaal niet gebroken. Velen van den adel en van de geestelijkheid vroegen schorsing der beraadslagingen, ten einde van hun kiezers nieuwe mandaten te erlangen. Hunne cahiers toch schreven hun voor, niet anders te stemmen dan *par ordre*; — zij konden dus, zonder andere voorschriften, aan de hoofdelijke stemming der vergadering niet deelnemen.

Het was naar aanleiding van dit oponthoud, dat de vergadering op 8 Juli 1789 het besluit nam, om, ook ondanks de onthouding van hen, die zich door hun mandaten gebonden rekenden, met hare werkzaamheid voorttegaan.

Ziedaar de feiten.

Thans over den strijd van mr. FABIUS tegen mr. BULLS.

Het wekt reeds terstond bij de lezing van het betoog van mr. FABIUS bevreending, dat hij, de bindende kracht der imperatieve mandaten staande houdende, ook na 8 Juli 1789, verzuimt te vermelden, wanneer dan de cahiers der

kiezers in het Fransche staatsrecht opgehouden hebben te bestaan. Zijn betoog, dat de mandaten samenhangen met de theorie der volkssouvereiniteit en dat deze souvereiniteit grondslag was der geheele Fransche revolutie, zou den lezer doen meenen, dat mr. BUIJS en allen die met hem de mandaten op 8 Julij 1789, dus in de allereerste dagen reeds van het revolutie-tijdperk, vernietigd rekenen, zich jegens de historie schuldig maken aan een fout van de grofste soort.

Ik moet evenwel terstond voor deze meening waarschuwen. Reeds in de constitutie, welke door de Nationale Vergadering tot stand gebracht en den 14 September 1791 door den Koning bezworen werd, werden de mandaten nietig verklaard. *«Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat»*, zoo luidde van die wet Tit. III, Chap. III, Sect. III, art. VII. Over de nietigheid der mandaten, ook bij behoud der volkssouvereiniteit, was men reeds in 1791 zóo eenstemmig, dat, toen in Augustus van dat jaar de Vergadering, na de afzonderlijke bepalingen der Grondwet te hebben aangenomen, de beraadslaging over de wet in haar geheel opende (1), op 13 Augustus het genoemde artikel zonder eenige discussie werd goedgekeurd (2). Trouwens het artikel was slechts de uitspraak van een vroeger besluit. Bij decreet van 22 December 1789 (3) had de Vergadering, regelende de *assemblées primaires*, reeds bepaald in art. 34: *«L'acte d'élection sera le seul titre des fonctions des représentants de la nation, la liberté des suffrages ne pouvant être gênée*

(1) Mémoires de MALOUEZ, publiés par son petit-fils le Baron DE MALOUEZ. Paris 1874, II, p. 164. *«Nous ne connaissons que partiellement les décrets constitutionnels; quelques-uns ont été rapidement adoptés; une foule de décrets de circonstance, de lois particulières ont, jusqu'à présent, séparé les uns des autres les articles constitutionnels; c'est pour la première fois que nous pouvons les juger dans leur ensemble.»* (Redevoering, 8 Aug. 1791).

(2) BUCHEZ et ROUX, Histoire parlementaire de la Révolution Française. Deel XI, p. 297.

(3) Te vinden bij L. TRIPIER, Les constitutions françaises. Paris, 1848.

«par aucun mandat particulier, les assemblées primaires et celles des électeurs adresseront directement au corps législatif les pétitions et instructions, qu'elles voudront lui faire parvenir.»

Zoo zijn wij reeds tot het jaar 1789 moeten teruggaan, om de nietigheid der imperatieve mandaten voor 't eerst bepaald te zien!

De waarheid is, dat op 8 Juli van dat jaar, op den dag, waarop volgens mr. BUIJS de afgevaardigden hunne cahiers *«ter zijde wierpen»*, de mandaten inderdaad staatsrechtelijk dood zijn verklaard. De mandaten hebben op dien dag een knak gekregen, waarvan zij zich in Frankrijk niet meer hebben hersteld. Men mag hetgeen op dien dag gebeurde in schilderachtige taal noemen een *«ter zijde werpen»*. Mr. FABIUS, die tegen deze woorden opkomt, strijdt, op de keper beschouwd, bloot tegen woorden. Bovendien maakt hij, voor zoo ver hij niet tegen woorden strijdt, naar ik vrees, zich schuldig aan menige onjuiste redeneering niet alleen, maar zelfs een enkele maal aan eene voorstelling van feiten, waarbij ik, tot mijn leedwezen, nauwelijks kan denken aan onwillekeurige verzwijging van andere, die zijn argumentatie dreigden te verzwakken.

De leden der vergadering waren door hunne kiezers van mandaten voorzien, waarvan sommige impératief waren, b.v. aan den gekozene verboden om anders te stemmen dan standsgewijs. Men mocht natuurlijk die mandaten afkeuren, en een belemmering rekenen voor de vergadering in de voortzetting van haar arbeid: zij bestonden nu eenmaal, en vormden voor de afgevaardigden, die er mée waren voorzien, een zedelijken band. Om zich van zoodanig mandaat te bevrijden bestond slechts één geldig middel: tot zijne kiezers terugkeeren met het verzoek om op nieuw gekozen te worden doch zonder bindende lastgeving.

Met volkomen recht schreef een der protesteerende edelen, de baron DE MONTAGU, zijn protest tegen hoofdelijke stemming in den volgende vorm:

„On ne marchandé pas avec l'honneur; je parle aux représentans de la nation française: qui mieux qu'eux peut juger du point d'honneur?

„Mes commettants m'ont envoyé vers vous pour les soumettre à l'égalité des charges, pour renoncer à leurs privilèges pécuniaires; mais ils m'ont astreint, ils m'ont enchainé à la délibération par ordre; ils révoquent même tous mes pouvoirs, dans le cas où je ne soutiendrais pas de toute ma force cet article de mes cahiers. Il faut être d'accord avec sa conscience.”

De andere protesten waren alle in dezen geest.

Ook de krachtigste voorstanders van voortzetting der werkzaamheden erkenden den zedelijken band der mandaten voor hen, die deze hadden ontvangen. Onder die voorstanders mag in de eerste plaats worden gerangschikt TALLEYRAND, bisschop van Autun, die den 7 Juli in een merkwaardige rede de nietigverklaring der lastbrieven voorstelde, doch tevens verklaarde: „Je crois bien fermement, que les députés sont liés envers leurs commettants par les clauses de tels mandats”. Alleen ten opzichte van de vergadering stelde die spreker de nietigheid voor. Na op twee gebruikelijke clausules in de lastbrieven te hebben gewezen, zeide hij: „en affirmant que les deux clauses impératives sont nulles, j'ajoute qu'elles le sont par rapport à l'Assemblée”, en verder: „J'ajouterai ces mots, *nul radicalement par rapport à l'Assemblée*, car cette nullité n'est vraiment que relative: elle existe pour les mandataires, elle n'existe pas pour l'Assemblée.” (1)

(1) Ancien Moniteur (séance du 7 Juillet 1789); Mirabeau, Lettres à ses commettants, 17e brief. In de bovenaangehaalde zinsnede komt kennelijk een schrijffout voor. Er moet namelijk gelezen worden, wil de zin niet contradictoer zijn: elle existe pour l'Assemblée, elle n'existe pas pour les mandataires. Dat de fout niet alleen in den brief van MIRABEAU maar ook in de Gazette Nationale (Moniteur) voorkomt, mag geen bevreemding wekken, daar de 71 eerste nummers van den Moniteur eerst in lateren tijd zijn gedrukt en hunne vervaardigers geput hebben o. a. uit de brieven van MIRABEAU aan zijn committenten.

Dat men volstrekt niet geneigd was om den zedelijken band te miskennen, die door het eenmaal gegeven mandaat voor den gekozene geschapen was, — en toch tevens de lastgevingen *voor de vergadering* over boord wilde werpen, bewijst niet minder het voorstel van LEFRANC DE POMPIGNAN, aartsbisschop van Vienne. Met het oog op de protesten, welke op de bindende lastgevingen steunden, zou, naar diens motie, de vergadering verklaren: 1o. Qu' aucun de ces actes . . . ne peut suspendre son activité ni arrêter les travaux et que toute opposition ou protestation contre l'autorité de l'assemblée et la validité de ses décrets, sont nuls de plein droit; 2o. qu'elle est disposée à recevoir, en quelque temps que ce puisse être dans la session, tous et chacun des membres, que la rigueur de leurs mandats aurait forcés de se retirer et d'en demander d'autres, ou les nouveaux députés que les électeurs leur auraient substitués."

Over de hoofdvraag heerschte inderdaad grootte eenstemmigheid: de Vergadering mocht zich om de imperatieve mandaten niet laten ophouden. Men kon evenwel, dit blijkt uit alle mededeelingen omtrent de vraag die ons bezig houdt, het minder goed eens worden over den inhoud van het te nemen besluit. Een aantal voorstellen, alle in denzelfden geest, waren ingediend. Men was met de keus verlegen. Tot eindelijk Sieyès deed opmerken, dat men het eenvoudigst deed met in 't geheel geen keus te doen, kortweg de discussie te sluiten en dus tot de orde van den dag overtegaan. Men nam de motie aan «qu'il n'y avait lieu à délibérer». Met andere woorden, de Vergadering ging met haar arbeid voort. Wie wegens zijn lastbrief niet meê kon werken, moest maar zien dat hij van dien band ontslagen werd.

Men moet al weinig oog hebben voor de feiten, wanneer men ontkent, dat op deze wijze de mandaten staatsrechtelijk werden gedood. Men was niet saamgekomen als vertegenwoordigers der bijzondere belangen van elk kiesdistrict, doch als vertegenwoordigers der geheele natie, — ziedaar het niet weersproken motief om met den arbeid voorttegaan.

Slechts korthedshalve schijnt men de verklaring te hebben weggelaten, welke Sieyès aan zijn conclusie wenschte voorafgegaan te zien: „que la nation française étant toute entière „légitimement représentée par la pluralité de ses députés, „ni les mandats impératifs, ni l'absence volontaire de quelques „membres, ni les protestations de la minorité ne peuvent „jamais ni arrêter son activité, ni altérer sa liberté.” Met volkomen klaarheid zagen verscheidene sprekers in, dat bij behoud van bindende lastbrieven de parlementaire discussie een ongerijmdheid en ijdele formaliteit zou worden. „Pour- „quoi”, zoo vroeg TALLEYRAND, „envoie-t on un député? „C'est certainement pour délibérer, pour concourir aux „délibérations; or, il est impossible de délibérer lorsqu'on a „une opinion forcée. De plus, le baillage ne peut savoir „avec certitude lui même quelle serait son opinion après „que la question aurait été librement discutée par tous les „autres bailliages: il ne peut donc l'arrêter d'avance. (1) En de geheele voorstelling van mr. BUIJS, vindt men in de woorden van BARRÈRE (2): „Je distingue le cas où un particulier „donne des pouvoirs à un autre particulier sur les objets, „qui l'intéressent personnellement, de celui où les assemblées „élémentaires donnent à des députés des pouvoirs qui doivent „être exercés dans une assemblée générale. Dans le premier „cas c'est le commettant qui est le législateur, parce qu'il „ne s'agit dans son mandat que de son intérêt personnel; „il a le droit de soumettre à sa volonté celle de son man- „dataire. Dans le second cas, ce sont des particuliers non „législateurs qui donnent à leurs députés le pouvoir d'être „membre d'une assemblée législative et d'y opiner comme „leurs commettants.

„Dans ce dernier cas, les commettans particuliers ne peu- „vent être législateurs, parce que ce n'est pas de leur „intérêt particulier seulement que l'Assemblée doit s'occu-

(1) Réimpression de l'Ancien Moniteur, I, p. 131.

(2) Réimpression de l'Ancien Moniteur, I, p. 133.

„per, mais de l'intérêt général.” . . . „La puissance législative ne commence qu'au moment où l'Assemblée générale des représentans est formée.” . . . „Si l'on admettait le système des pouvoirs impératifs et limités, on empêcherait évidemment les résolutions de l'Assemblée en reconnaissant un *velo* effrayant dans chacun des cent-soixante-dix-sept bailliages du royaume . . .”

Ik heb de beteekenis van het besluit van 8 Juli 1789 thans, naar ik hoop, voldoende uit de beraadslagingen toegelicht. Ik heb van TALLEYRAND, LEFRANC DE POMPIGNAN, BARRÈRE en SIEYÈS de woorden aangehaald, waaruit de bedoeling van het genomen besluit blijkt, woorden zóó ondubbelzinnig, dat hun kracht voor een beroep op meer duistere niet kan wijken. Volgens den *Moniteur*, voerde buiten hen nog slechts LALLY-TOLLENDAL iets aan, dat tot toelichting van het besluit moest dienen. Hij was het met de genoemde sprekers volkomen eens. En daarop is het besluit genomen met 700 tegen 28 stemmen.

MR. FABRUS heeft waarschijnlijk de uitgave van den *Moniteur* niet gekend, maar uitsluitend geput uit de minder volledige verslagen, die BAILLY en MIRABEAU van de zittingen der Assemblée Nationale hebben gegeven. Want zijn betoog getuigt van een doorlopend misverstand, waarin hij na lezing van den *Moniteur* zeker niet zou zijn vervallen, en hetwelk hierin bestaat, dat hij, omdat men den zedelijken band van eenmaal gegeven mandaten voor de gekozenen erkende, niet aan terzijdestelling der lastbrieven door de vergadering gelooven wil; een misverstand dat zelfs door nauwkeurige lezing van MIRABEAU'S en BAILLY'S geschriften had kunnen voorkomen worden.

Zijn misverstand bestaat voorts hierin, dat hij op een andere plaats (bl. 29) de terzijdestelling der mandaten door de vergadering erkennende, in verontwaardiging er op wijst, dat daarmede zij, die nu eenmaal van een bindenden lastbrief waren voorzien, dan toch niet van hun last ontslagen werden! Zeker, dit is ook zoo. Maar de groote staatsrech-

telijke beteekenis van het besluit ligt juist in hetgeen de vergadering blijkens haar motieven wenschte dat de mandaten in 't vervolg ten aanzien van *haar* wegen zouden n.l. nietig. Ik kan in het gezegde van mr. BUIJS, dat de afgevaardigden hun cahiers ter zijde wierpen, onmogelijk een zoo gewichtig vergrijp tegen de historie ontdekken. Doet men een schrijver, die kennelijk beeldspraak bezigt, geen onrecht door aan den letterlijken zin der woorden zich vast te klampen? Herinnert het niet aan zekeren bekenden ridder, wanneer men daarna tegen dien letterlijken zin storm loopt?

Wanneer men verder op merkt, dat mr. FABIUS zich beroept op sommige personen, die nog op 31 Aug. 1789 aan den Parijschen Gemeenteraad om herroeping der Afgevaardigden van Parijs vroegen en om verstreking van bindende lastbrieven tegen het recht van *velo des Konings*, doch dat hij, puttende uit bl. 154 deel 3 van BAILLY's Mémoires, het absoluut weigerend antwoord verzwijgt, door de bedoelde personen volgens BAILLY's zelfde verhaal ontvangen, dan wordt de indruk verkregen dat de hoogleeraar der Vrije Universiteit bij zijn onderzoek niet volkomen wetenschappelijk vrij is geweest. Die indruk wordt ook wel niet weggenomen door de omstandigheid, dat hij het bovengenoemde artikel der Grondwet van 1791 der vermelding niet waard heeft gekeurd. Hoe hij voorts, tal van schrijvers over bedoeld besluit aanhalende, in gemoede beweren kan dat dit door verschillende schrijvers van te weinig beteekenis schijnt te zijn geacht om bijzonderlijk te worden vermeld, is niet zeer duidelijk. Ik zou hem, zoo hij schrijvers zoekt, nog kunnen wijzen op de Mémoires van MALOUE (1), lid der Constituante, die, schrijvende over TALLEYRAND, dezen een man noemt: «qui par une seule motion a eu la plus grande influence sur toutes les opérations de l'Assemblée. J'ignore «si le projet d'annuler les mandats de nos commettants lui

(1) Mémoires de MALOUE. I bl. 235. Paris 1874.

„appartient exclusivement, mais l'auteur de ce projet, quel qu'il soit, a fait faire un grand pas à la révolution.”

Onze anti-revolutionaire schrijver beroept er zich op dat ook na 8 Juli 1789 zoo dikwijls nog door leden der Nationale Vergadering op den inhoud der *cahiers* gewezen werd. Doch kan dit beroep zijn betoog redden? Was de Vergadering niet een volksvertegenwoordiging, en moest zij, om de politieke overtuiging der natie weêr te geven, niet eerst weten wat die overtuiging was? Was, al mocht de vergadering zich niet rechtens aan de lastbrieven gebonden rekenen, toch niet het rapport van 27 Juli over den inhoud dier brieven der kennisneming overwaard? Kon voor haar onverschillig zijn wat door de kiezers nagenoeg eenstemmig werd gewenscht? En was in een tijd, toen de journalistiek nog in haar kindschheid verkeerde, dank zij den drukpersdwang van het Ancien Régime, raadpleging der cahiers niet het eenige middel om die wenschen te leeren kennen? Men mag veeleer zeggen, dat, wanneer na 8 Juli 1789 in de discussien geen enkel beroep meer op mandaten in 't algemeen had plaats gehad, zulks uiterst bevreemdend zou geweest zijn. In de bedoelde gevallen is van beroep op speciale en absoluut bindende mandaten geen sprake.

En nu nog het laatste en historisch meest belangrijke argument van anti-revolutionaire zijde, aldus luidend: de leer der volkssouvereiniteit van den verachtelijken J. J. ROUSSEAU is de grondslag der geheele Revolutie, . . . atqui, die leer brengt imperatieve mandaten mede, want zij maakt den kiezer soeverein; — ergo, die mandaten zullen wel niet zijn afgeschaft.

Mijn antwoord kan kort zijn: dat de mandaten zijn afgeschaft is een nuchter feit. In strijd met de leer van ROUSSEAU mogelijk: maar hoe ook de Revolutiemannen dezen hebben geëerd, zij hebben niet altijd volgens hem gehandeld. Trouwens de leer van ROUSSEAU's contrat social, waarbij men door zekere onduidelijke berekening uit den soevereinen wil van ieder burger moet opklimmen tot een soevereine volonté générale, — die leer

is in zichzelf zóo onlogisch, die leer is voor consequente toepassing zóo onvatbaar (1), dat men wel dikwijls in strijd met haar *moest* handelen. De woorden van BARRÈRE op 8 Juli 1789: „Aucun des commettants particuliers ne peut être législateur en matière d'intérêt public“, die woorden zijn met de souvereiniteit der individuen lijnrecht in strijd.

De Fransche revolutie is alles behalve het logisch uitvloeisel en het logisch volhouden van slechts één gedachte. Een aantal met elkander volkomen strijdige denkbeelden loopen in dat tijdperk van verwarring en hartstocht door elkander heen. Welk van die denkbeelden op een gegeven oogenblik op den voorgrond trad en zich in daad of woord openbaarde, hing af van de combinatie van honderde omstandigheden, wij zouden haast zeggen van toeval. Zoek vóór alles in dat tijdperk niet te veel logica! Daartegen waarschuwde reeds in 1853 Dr. R. FRUIN. „De voorstelling,“ schrijft hij (2) „als ware de Fransche revolutie eene gebeurtenis zonder analogie in de geschiedenis, geheel eenig in haar soort, en een bloote verwezenlijking van theoriën omtrent godsdienst en Staatsgezag, door enkele wijsgeeren onder het volk verbreid — die voorstelling komt mij voor gansch en al onwaar, en zelfs onmogelijk te zijn.“ Waarom sloeg mr. FABIUS de waarschuwing van zijn Leidschen leermeester in den wind? En het is een nieuw bewijs van de vooringomenheid, waarmede hij zijne stof heeft behandeld, wanneer

(1) Vgl. mr. V. DE STUERS. De Verhouding der Volksvertegenwoordigers tot hunne Kiezers. Leiden 1869, bl. 79. „Ziedaar de leer der volkssouvereiniteit; aan den eenen kant getrouwheid aan het hoofdbeginsel, namelijk erkenning van de gelijke kracht van ieders wil, maar dan ook oneindige scheuring en ten laatste vernietiging van den Staat; aan den anderen kant behoud van den Staat, maar dan ook overwicht van den wil der meerderheid d. i. despotisme van een deel over 't geheel, en wel met opoffering van de theorie zelve; in het eerste geval is zij eene onmogelijkheid, in het tweede een onwaarheid, in beide is zij verwerpelijk“.

(2) Het anti-revolutionaire Staatsregt van Mr. GROEN VAN PRINSTERER, bl. 13.

hij op bladz. 39 zich met DE LA MENNAIS vroolijk maakt over de inconsequentie der Vergadering, die eene constitutie opent met eene rij stellingen, met elk staatsgezag in strijd, — terwijl hij niet in de vernietiging van de imperatieve mandaten gelooven wil om de door hem onderstelde vasthoudendheid der Vergadering aan ROUSSEAU'S beginselen van staatsrecht.

ROUSSEAU heeft niet in al haar daden der Revolutie tot leidsman gestrekt. Alleen zij, die blind voor de feiten, op al hare gebeurtenissen den stempel willen drukken van de verachtelijkheid, die naar hun oordeel den persoon van ROUSSEAU aankleeft, kunnen dit loochenen.

De historie echter heeft anders geoordeeld. Zij heeft de daden der Revolutie gewogen. Zij heeft *veel* te licht bevonden en verworpen. Doch zij heeft ook veel in zijn waarde erkend en voor het nageslacht als blijvenden zegen bewaard.

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

De regterlijke organisatie van Nederlandsch Indië
door MR. A. J. IMMINK, O. I. regterlijk ambtenaar.

Die titel zegt niet veel. Wat zal de schrijver geven? Eene analyse? Eene critische beoordeeling? Een gewonen commentair? Of wel het plan van eene toekomstige regterlijke organisatie voor N. I.? Deze vragen rezen bij ons op toen wij het bedoelde werk in handen namen. Al lezende bespeurden wij spoedig dat het niets is van dat alles en dat de titel om aan den inhoud te beantwoorden had moeten zijn: *De regterlijke organisatie van N. I. historisch toegelicht*. Immers de schrijver geeft eerst, onder het opschrift inleiding, een uitvoerig overzicht hoe het Reglement is tot stand gekomen, en daarna de geschiedenis van de artikelen in het bijzonder, voor zoo veel die wetsbepalingen tot gedachtenwisseling tusschen de ontwerpers, de ter zake geraadpleegde deskundige personen en kollegiën, en de Indische regeering met het opperbestuur hebben aanleiding gegeven. Voorts geeft hij de talrijke wijzigingen en aanvullingen op, die sedert zijn aangebragt, met de aanleiding, de motieven en de ter zake betrekkelijke adviezen en ook van tijd tot tijd de jurisprudentie in Indië over enkele bepalingen die tot verschil van opvatting aanleiding gaven, somtijds daarbij van zijne eigene meening kortelijk doende blijken. Het historisch element is dus het voornaamste, bijkans het eenige; doch dit is zeer goed bewerkt en uit dit oogpunt is het boek gansch niet zonder verdiensten. De schrijver heeft blijkbaar een ruim gebruik gemaakt van den hem welwillend door den minister van koloniën verleenden toegang tot de koloniale archieven, de bouwstoffen zorgvuldig verzameld, behoorlijk gerangschikt en naauwkeurig te boek gesteld. Voor zooveel wij zijne aantekeningen aan persoonlijke bekendheid konden toetsen, bevonden wij die juist en volledig. Voor ons was de lezing, niettegenstaande het eenigzins droge van het onderwerp, niet zonder aantrekkelijkheid. Zij voerde ons dikwijls terug tot een tijdvak, dat een halve eeuw achter ons ligt, en

herinnerde ons aan tal van bekwame en verdienstelijke mannen, die door een ander geslacht, dat in vele opzichten anders denkt dan zij, zijn vervangen, doch die veel voor de ontwikkeling van Indië gedaan en wel verdiend hebben, dat zij bij de nakomelingschap in dankbare herinnering blijven.

Naar ons oordeel heeft de heer LMMINK een nuttig werk geleverd. De litteratuur over de Indische wetgeving is alles behalve rijk.

Voor zooveel betreft die gedeelten, welke met geringe wijzigingen uit de Nederlandsche wetgeving zijn overgenomen, is de behoefte aan inlichting niet groot, omdat de Nederlandsche auteurs en arresten kunnen worden geraadpleegd, en de motieven der aangebrachte wijzigingen, bij eenige bekendheid met Indië, gemakkelijk zijn na te gaan; maar anders is het gesteld met die gedeelten, die oorspronkelijk en uitsluitend met het oog op Nederlandsch-Indië zijn zamengesteld. Te dien aanzien ontbreekt veelal iedere toelichting, en de jeugdige regterlijke ambtenaar, die in Indië al zeer spoedig in eene regterlijke betrekking geplaatst is, somtijds in een gewest waar hij als regtsgeleerde nagenoeg op zich zelve staat, heeft geen anderen wegwijzer dan de letter der wet en zijn eigen oordeel, waar het de beslissing geldt van regtsvragen, die niet altijd gemakkelijk zijn op te lossen. Al wat strekken kan om die leemte eenigermate aan te vullen heeft dus uit dit oogpunt waarde, en het is te hopen, dat het voorbeeld van den schrijver er anderen toe leiden mag, soortgelijken arbeid te leveren en b. v. het Inlandsch reglement toe te lichten.

Eene enkele aanmerking. — Waarom heeft de schrijver verzuimd zijn werk van een bladwijzer voor de artikelen te voorzien? Voor een boek als dit, dat minder bestemd is om doorgelezen dan om bij voorkomende vragen opgeslagen te worden, was zoodanige bladwijzer zeker niet overbodig.

Ten slotte aarzelen wij niet de aanschaffing en de raadpleging van dit werk aan te bevelen aan allen die bij de regterlijke magt in Ned. Indië geplaatst zijn, of in den vervolge hopen geplaatst te worden.

A. J. SWART.

Sulla Condizione Civile Degli Stranieri.

Cenni Storico Giuridici di Vladimiro DR. PAPPALÀ,
Membro della Società Internazionale di Legisla-
zione Comparata di Parigi.

Deze te Triest bij G. CAPRIN verschenen korte en kernachtige brochure is vooral te beschouwen als een historisch overzicht van de verschillende bepalingen, die sedert de oude Grieken en Romeinen gegolden hebben omtrent de aan vreemdelingen toegekende regten. De oude door gastregt slechts onvolledig getemperede bekrompenheid, die aan vreemdelingen niet dan bij uitzondering regten toekende, wordt door Schr. zeer uitvoerig en met aanhaling van menige plaats uit meer of min bekende prozaschrijvers en dichters geschetst. Bijzonder verdient ook de aandacht zijn uit den *Codex Justinianus* getrokken overzicht omtrent de conditie der vreemdelingen in den lateren keizertijd.

Ook omtrent de middeleeuwen is Schr. uitvoerig, vooral waar hij de speciale belastingen op vreemdelingen, het droit d'aubaine op hun erfenissen en het oude barbaarsche strandregt vermeldt.

Op bl. 16 noemt hij het capitulaire van 836 van SICCARD, vorst van Benevento, het Decreet van het Lateraansch Concilie (1179), het Statuut van Venetië tijdens den Doge Orio Mastropiero en de Constitutie van FREDERIK II als Koning van Sicilië, maar wat andere landen dan Italië betreft laat hij het bij eene algemeene uitdrukking.

Hetzelfde kan men opmerken omtrent zijn zeer lezenswaardig overzicht van de geschiedenis van het droit d'aubaine en van de ontwikkeling van het vreemdelingenregt in de steden.

Maar eene brochure van 25 bladzijden kan niet *alles* behandelen!

Een meer besliste fout schijnt het mij toe, dat Schr. slechts ruim twee bladzijden (de laatste) wijdt aan het

nieuwere regt — zoo weinig, dat de nauwkeurigheid er onder lijdt.

Dat Nederland niet vermeld wordt, is misschien niet vreemd, hoewel juist als een in zijn tijd zeer opmerkelijke verdienste van ons wetboek van Koning LODERWIJK had kunnen genoemd worden, dat het den eisch van *tractaten* van art. 11 C. N. niet overnam, maar in zijn art. 11 neerschreef:

„Vreemdelingen genieten in Holland dezelfde burgerlijke regten, welke toegestaan zijn of zullen worden aan Hollanders in die landen, waartoe die vreemdelingen behooren“.

Onze met de Fransche wet van 14 Julij 1819 en de Belgische van 27 April 1865 overeenkomende wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n^o. 56) behoefde à la rigueur geene speciale vermelding. Wel daarentegen weer ons art. 9 Algemeene Bepalingen, waarop, wat het eigenlijke burgerlijke regt betreft, weinig uitzonderingen bestaan en dat zeer gunstig uitkomt tegenover art. 11 C. N. en in Schr.'s stelsel ook tegenover art. 11 Wetb. Kon. Lod.

Toch krijgen alleen de Engelsche en de Oostenrijksche wetgeving nevens de Fransche eene speciale vermelding en komen de andere Staten (ook Nederland) er af met een

„In bijna al de overige staten geldt het stelsel van reciprociteit, in meer of minder omvang“. (Bl. 24).

„En,“ laat Schr. volgen, „enkel Italië

„Dat deel des hemels, neergedaald op d' aard“, zooals PETRARCHA zong, „heeft een edel en edelmoedig voorbeeld willen geven aan de overige volken, door den eisch van weerkeerigheid in te trekken en de onvoorwaardelijke gelijkstelling van den vreemdeling met den burger, voor wat betreft het genot der burgerlijke regten, af te kondigen“.

Dat mag meer schoon dan waar gezegd heeten, want altans in Nederland is het verschil, door burgerlijk en handelsregt gemaakt tusschen ingezetenen en vreemdelingen, al van heel weinig beteekenis en moeilijk een nadeel voor deze laatsten te noemen.

Billijker grieven had Schr. van zijn algemeen humanitair standpunt kunnen aanvoeren tegen de bepalingen, welke bij ons in artt. 152 en 431 R. V. neergelegd en aan den Code ontleend zijn. Men moet intusschen erkennen, dat de vragen omtrent de door vreemdelingen te stellen cautie en omtrent de aan vreemde vonnissen al of niet toe te kennen executie, in weerwil van eenige vroegere uitmuntende beschouwingen, toch nog wel een afzonderlijke brochure zouden mogen genieten.

Dat zij uit een practisch oogpunt niet de minst belangrijke deelen van den burgerlijken toestand der vreemdelingen uitmaken, zal voor onze dagen wel geen betoog behoeven, evenmin als het merkwaardige van het feit, dat in onze dagen van algemeenen dienstplicht de kwestie der aan vreemdelingen toe te kennen regten zich compliceert met de kwestie, of vreemdelingen wel mogen inwonen zonder zich te laten naturaliseren.

Het woord „historisch“ in Schr's. titel regtvaardigt, intusschen dergelijke, niet-vermelding van wat in nieuwere tijden als kwesties op den voorgrond trad. Mag men al naar een vervolg op Schr's. interessanten arbeid verlangen — dat het niet zou gelijken op hetgeen hij nu reeds leverde, zullen de lezers wel niet wenschen.

A. HEEMSKERK.

Zierikzee, Maart 1882.

ACADEMISCHE LITTERATUUR.

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT. I. *Personenrecht*,
Acad. Proefschr. van W. DOLK, Utrecht. J.
BIJLEVELD, 1880 100 blzz.

In de *Inleiding* bl. 1—2 zegt de schrijver: „het internatio-
naal recht is verdeeld in-

- I. internationaal publiekrecht of volkenrecht en
- II. internationaal privaatrecht.

Als onderdeelen van het laatste heeft men:

1. internationaal privaatrecht in engeren zin, onderschei-
den in *a* materieel privaatrecht (burgerlijk en handelsrecht
en *b* formeel privaatrecht (burgerlijk procesrecht),

2. internationaal strafrecht (strafrecht en strafvordering).

Het internationaal privaatrecht, in de minst omvattende
beteekenis van dit woord, strekt zich uit over:

1. het personenrecht (de rechts- en handelingsbevoegdheid
der personen),
2. het zakenrecht,
3. het obligatierecht,
4. het familierecht (huwelijk, vaderlijke macht, voogdij),
5. het erfrecht.”

„Bij het personenrecht zullen wij nu eerst, zegt de S. bl. 2,
de rechts- en handelingsbevoegdheid der personen in het
privaatrecht zoo nauwkeurig mogelijk van elkander onderschei-
den, daarna zien hoe beide door de S. over internationaal
privaatrecht behandeld worden, en ten slotte ieder afzonderlijk
internationaal-privaatrechterlijk (lees privaat-rechtelijk) „be-
schouwen.”

Het geschrift is verdeeld in vier hoofdstukken; in het
Iste behandelt de S. onderscheiding tusschen rechts- en
handelingsbevoegdheid, bl. 3—11; in het IIde *rechts- en hande-
lingsbevoegdheid bij de schrijvers over Internationaal Privaat-
recht en in de Europeesche wetgevingen* bl. 12—82; in het

IIIde *Rechtsbevoegdheid*, bl. 83—96; en in het IVde *Handelingsbevoegdheid* bl. 97—100.

In het Iste hoofdstuk zegt de S. bl. 3 „Rechtsbevoegdheid is de bevoegdheid rechten te hebben, handelingsbevoegdheid is de bevoegdheid te handelen, d. i. zelf zijne rechten uit te oefenen.”

„Rechtsonbevoegdheid brengt ook handelingsonbevoegdheid mede; want wanneer men een recht in het geheel niet heeft, kan men het zeker zelf niet uitoefenen. Een rechtsbevoegde kan handelingsbevoegd of onbevoegd zijn; een handelingsbevoegde is altijd rechtsbevoegd.”

Bl. 4 wijst de S. aan welke personen beperkt zijn in de rechtsbevoegdheid; „in het algemeen,” zegt hij, „is ieder persoon rechtsbevoegd; ook vreemdelingen genieten volgens de nieuwere wetgevingen dezelfde burgerlijke rechten als de ingezetenen.

In sommige staten bestaan er echter nog *beperkingen en uitbreidingen der rechtsbevoegdheid*, die een overblijfsel zijn van vroegere toestanden, bl. 4—5; eenige staten, in welke deze beperkingen plaats vinden, worden bl. 5—6 vermeld en aangeduid.

„Buitendien” zegt hij bl. 6 „zijn er ook in alle nieuwere wetgevingen een aantal bepalingen, die voor sommige personen de rechtsbevoegdheid beperken, voor anderen ze uitbreiden; bl. 6—9 wijst hij aan in welke staten zulke bepalingen worden gevonden, bl. 9—11 wijst hij aan bij welke rechtsbevoegde personen *beperkingen der handelingsbevoegdheid* worden aangetroffen.

Het IIde Hoofdstuk is gesplitst in acht onderdeelen, als: § 1. Inleiding, § 2. Oudere schrijvers, § 3. STORY, PHILLIMORE, § 4. SCHÄFFNER, v. WÄCHTER, SAVIGNY, § 5. Bar. SCHMID, § 6. MANCINI, ESPERSON, FIORE, LOMONACO, § 7. BROCHER, § 8. Europeesche wetgevingen.

Blz. 12 vereenigt de S. zich met den Hoogleraar ASSER (1), als hij zegt: „Het Internationaal privaatrecht omvat de

(1) Schets van het Internationaal Privaatrecht Haarlem 1880 p. 6.

„regelen en beginselen, volgens welke bij het verkeer tus-
 „schen de burgers van verschillende landen, bij het verrichten
 „van rechtshandelingen in een vreemd land en voorts in alle
 „andere gevallen waar twijfel bestaat omtrent de vraag welke
 „wet toepasselijk is, de aanwijzing der toepasselijke wet be-
 „hoort te geschieden.” In het Romeinsche recht heeft men
 te vergeefs naar beginselen voor de toepassing van vreemd
 recht gezocht; uit het leenstelsel ontstond dat der territori-
 aliteit, hetwelk gewijzigd werd door de zoogenaamde *statuten-*
theorie, die door de nieuwere schrijvers als grondbeginsel
 voor dit onderwerp verworpen wordt. FOELIX alleen sluit
 zich het naast bij de statuten-theorie aan, blz. 17 en vlgg.

„STORY vereenigt zich met drie regels die HUBER vol-
 „doende acht om alle vraagstukken omtrent conflicten van
 „wetgeving op te lossen” blz. 25 vlgg.

„MANCINI”, zegt hij bl. 58, „is de stichter der nieuwe
 „Italiaansche school, die de *nationaliteit* als *grondbeginsel*
 „van het *internationaal privaatrecht* aanneemt.” „BROCHER”,
 daarentegen bl. 68—69 en volgg., „zoekt het beginsel van
 „het internationaal privaatrecht afte leiden uit de vereeniging
 „der begrippen van *souvereiniteitrecht* en *bevoegdheid*.”

„Het burgerlijk recht van de verschillende Europeesche
 „Staten”, vervolgt hij bl. 75, „bevat, òf in het geheel geene
 „bepalingen omtrent de oplossing van conflicten van wet-
 „geving, òf zeer onvolledige.” Dit leidt hem tot vergelij-
 king van de voorschriften der verschillende Europeesche wet-
 gingen betrekkelijk dit onderwerp, en besluit hij bl. 82 „*Het*
 „*nieuwste Europeesche Burgerlijk Wetboek*, dat van *Italië*
 „(1866), bevat in zijne Disp. Prel. regelen voor alle deelen
 „van het internationaal privaatrecht, met het *nationaliteits-*
 „*beginsel* tot grondslag.”

„Zoo zegt art. 6 Disp. Prel. De staat en bevoegdheid
 „der personen en hunne familiebetrekkingen worden beheerscht
 „door de wet der natie, waartoe zij behooren,” en besluit
 de S. dit hoofdstuk met de volgende belangrijke opmerking:
 „Om een werkelijk internationaal privaatrecht te verkrijgen,
 „zou eene internationale codificatie van dat recht noodig

„zijn. Zoolang echter tusschen de schrijvers zoo weinig „overeenstemming bestaat omtrent de grondbeginselen er „van, zal dit moeilijk te bereiken zijn en is het ook beter „den rechter uitspraak te laten doen volgens de wetenschap, „en de ontwikkeling van dat recht niet door codificatie be- „lemmeren.”

In het IIIde Hoofdstuk bl. 82 en 96 behandelt de S. RECHTS- BEVOEGDHEID, en in het IVde bl. 97—100 HANDELINGSBE- VOEGDHEID, bespreekt de S. betrekkelijk de eerstgenoemde de richtingen op dat gebied sedert de statuten-theorie verwor- pen is, en toont bij de laatstgenoemde aan, dat bij het aan- gaan van verbindtenissen de bevoegdheid der personen te beoordeelen, volgens de wet van de plaats, waar de verbind- tenis tot stand komt, eenvoudig en doelmatig schijnt. De meeste geschillen zullen voorkomen bij *grensbewoners* en bij *domicilie-verandering*.

Ofschoon de S. bl. 99 eene internationale regeling wen- schelijk acht, komt het mij voor dat het door den geachten S. met zoo veel zaakkennis besproken onderwerp moeilijk voor internationale regeling vatbaar is.

Indien zelfs, zooals kortelings gebleken is, het bijna on- mogelijk schijnt om een handelsverdrag met eene bevriende natie tot stand te brengen, dan zullen er vrij wat meer, en zeker onoverkomelijke bezwaren rijzen bij de wettelijke regeling van een onderwerp, waarover de meeningen van rechtsge- leerden verschillen, en dat, overgelaten aan de beslissing der rechterlijke macht, geene codificatie schijnt te vereischen.

Met veel belangstelling namen wij kennis van het werk des schrijvers, dat door zaakrijkheid uitmunt, en wenschen hem toe, dat hij bij de voortzetting zijner studiën moge gevolg geven aan zijn voornemen om zijn proefschrift door een tweede over dit onderwerp te doen volgen.

Utrecht, Mei 1882.

N. F. VAN NOOTEN.

Over Surseance van Betaling. Academisch Proefschrift door K. ZWAARDEMAKER. — Leiden, P. SOMERWIJ, 1878.

Niet enkel aan historisch overzicht en wetsexplicatie is deze beschouwing gewijd. Schr. toont zich een voorstander van geheele afschaffing der surseance, die z. i. in strijd is met de beginselen, in den titel van faillissement neergelegd, omdat zij den ongelukkigen schuldenaar te hulp komt ten koste zijner schuldeischers.

Een argument, dat m. i. wat te veel bewijst! Het kan wezen, dat juist uitstel den schuldeischers meer oplevert dan eene heel ligt tegenvallende liquidatie bij faillissement. Nu had misschien de wetgever beter gedaan, dat aan het oordeel van al de schuldeischers zelve over te laten, of aan dat van eene meerderheid van schuldeischers, zooals thans in België. Maar in 't eerste geval zou één stijfhoofdige crediteur al de anderen kunnen dwarsboomen, en eischt men een meerderheid vóór, in plaats van, zooals thans ten onzent, een zekere aanzienlijke minderheid vóór nevens het gezag van den Hoogen Raad (art. 914 K.) — dan helpt men toch weer «ten koste» van eenige schuldeischers, zoo hier die uitdrukking juist kan wezen, en tegen hun zin.

Met het accoord kan het juist zoo zijn. Ook daar kan een zeker aantal schuldeischers verstoken worden van het door hen gewenscht regt tot executie. Ook dat kan men noemen: den schuldenaar te hulp komen «ten koste» van zijne schuldeischers. Toch verlangt, geloof ik, niemand de afschaffing, want het algemeen belang van den boedel moet niet door ieder particulier crediteur kunnen worden in de waagschaal gesteld.

Daarom is het enkele feit, dat de surseance werkt door tijdelijke beperking, dus door een soort van opoffering van regten van schuldeischers, nog geen voldoende argument voor een tegen de surseance als instelling uit te spreken veroordeelend vonnis.

De verdere door Schr. in jure constituendo geleverde argumentatie wordt het best later vermeld.

Niet onbelangrijk is zijn historisch overzicht van Romeinsch, Fransch en Duitsch regt, waardoor in 't licht wordt gesteld, dat onder die wetgevingen de surseance wel van ouds het karakter eener door den Souverein verleende gunst had, maar dat toch al meer en meer de wetgevers die gunstverleening bonden aan bepaalde voorwaarden. Opmerking verdient hierbij, als tegenhanger van ons art. 914 K., dat eene bepaalde meerderheid van tegenstemmende crediteuren vordert tot afwijzing van het verzoek om surseance, lex. 8 C. qui bonis cedere possunt (lib. VII, 71). Die wet bepaalt nl., dat als één crediteur, die alleen meer dan de helft der schulden heeft te vorderen of wel meerdere crediteurs, wier vorderingen te zamen meer dan de helft der schulden bedragen, den schuldenaar een uitstel van vijf jaren toestaan, ook de overige schuldeischers hierdoor gebonden zijn.

Opmerking verdient ook de intrekking der geheele surseance in Duitschland en Oostenrijk en misschien nog meer het feit, dat Frankrijk ze wel kent in het burgerlijk regt, niet in het handelsregt, terwijl onze wetgever juist andersom regelde.

Schr. had m. i., nu hij toch de algemeene, bij wet verleende moratoria der Romeinen vermeldde, niet zich met een enkelen regel (bl. 99) moeten afmaken van de Fransche wetten van 1871, die na oorlog en Commune uitstel gaven voor handelspapier in de door den oorlog regtstreeks geteisterde streken en voor huishuren in het Seine-departement — als 't ware de algemeene moratoria van den nieuweren tijd.

Ook zou het werk in volledigheid gewonnen hebben door eenig overzicht van de Belgische wetsbepalingen. Tegenover het voorbeeld van Duitschland, dat in 1877 de surseance afschafte, staat dat van België, dat haar bij de wet van 18 April 1851 tot herziening van Boek III Co. nieuw regelde. Te meer had Schr. deze Belgische wet behooren aan te halen, daar zij eenige door hem speciaal afgekeurde

bepalingen van ons Wetboek van Koophandel niet heeft nagevolgd.

Omtrent het Nederlandsch regt is Schr.'s behandeling zoowel historisch als, in zijn Tweede Hoofdstuk, critisch. Bl. 44—55 zijn gewijd aan het betoog, dat (een stelling, die in de jurisprudentie gehuldigd, maar door HORTIUS bestreden is) vervolging wegens bankbreuk in Nederland niet kan plaats hebben zonder voorafgaande faillietverklaring. M. i. ware bij de hiervoor door Schr. aangevoerde argumenten nog te voegen de redactie van art. 1 der wet van 10 Mei 1837, *Stbl.* n^o. 21. Eerst „van het oogenblik af, „dat het Ned. W. v. K. zal zijn ingevoerd“ zullen, ten aanzien van enkele en van bedriegelijke bankbreuk, gelden de bepalingen van de artt. 2—9 der genoemde wet. Wel verre dus van een onderscheid te maken tusschen het handelsrechtelijk faillissement en den staat van faillissement in strafrechtelijken zin, verwijst juist de wet van 1837 naar het tijdens hare vaststelling nog niet ingevoerde Nederlandsch W. v. K. Daardoor sneed zij de vraag af, of men bij hare explicatie niet welligt nog te denken had aan het „gefailleerd“ zijn in den zin van den Code, die in 1837 nog in Nederland geldende was.

Een der aanmerkingen van Schr. op den laatsten titel van ons W. v. K. betreft art. 903 n^o. 2. De schuldenaar moet bij zijn verzoekschrift aan de regtbank, die provisionele surseance verleent, overleggen o. a. een staat of balans, door de vereischte bescheiden gestaafd, benevens eene door hem opgemaakte waardering zijner goederen en baten. Schr. zou wenschen, dat, ter meerdere voorlichting van de regtbank, die staat werd opgemaakt door de krachtens art. 905 K. door de regtbank te benoemen personen of door andere door de regtbank aan te wijzen deskundigen. Art. 595 van den Belgischen Code, zooals het thans luidt, heeft aan Schr.'s wensch voldaan, en zulks mag ook, ter volledige voorlichting des regters, een goede bepaling heeten.

Schr. meent, dat onder het woord *praktizijn* van art. 902 K. ook de advocaten begrepen zijn. In België, waar het

mede-onderteekenen van het verzoekschrift om surseance niet uitdrukkelijk in den Co. vermeld wordt, schijnt wegens algemeene regtsbegrippen de tegenovergestelde opvatting de juiste.

Dat Schr. de in art. 914 K. vereischte meerderheid van schuldeischers, die den Hoogen Raad kan dwingen tot het afwijzen eener aanvraag om surseance, te groot vindt, is van zijn standpunt zeer natuurlijk. Ook dat hij wijst op de bij onze wijze van opmaking der balans hier bestaande behoefte aan voorafgaande verificatie der schuldvorderingen, wil men de stemming der crediteuren serieus doen plaats hebben. De vermelding der Belg. wet, die door art. 595 een waarborg geeft voor een juiste balans en in art. 599 uitdrukkelijke toestemming eischt van een meerderheid der schuldeischers, welke $\frac{3}{4}$ van het bedrag der vorderingen vertegenwoordigt, ware hier weer niet overtollig geweest, daar juist wetsbepalingen als deze dit bezwaar van Schr. wegnemen.

Niet onjuist is Schr.'s opmerking (bl. 67 e. v.), dat de band, waaraan de debiteur bij de surseance gelegd wordt door de aanstelling van bewindvoerders (art. 905 K.), in den regel zeer belemmerend zal werken op mogelijk herstel van zijn zaken. Hij zou daarom surseance tegen voldoende borgtogt beter achten, maar ontveinst zich niet (bl. 68), dat in den regel de debiteur, die surseance vraagt, zulk een borgtogt wel niet zal kunnen stellen. Toch behoorde m. i. de wet de strenge bepalingen van art. 916 K. te verzachten voor den debiteur, die naar 't oordeel der regt-bank of der bewindvoerders voldoende borgtogt stelt. Ook voor zoo iemand kan, wegens de inzigten van sommige zijner crediteuren, de surseance een noodzakelijk hulpmiddel wezen. Het denkbeeld van den wetgever was overigens, blijkens het slot van art. 900 K., dat geen winst of speculatie na het verleenen der surseance noodig behoorde te zijn om bij 't afloopen der surseance volledig te kunnen betalen. In de practijk is zulks wel niet steeds het geval geweest, maar toch was het de bedoeling der wet.

Behoudt de koopman, wien surseance verleend is, het regt om in regten op te treden? De H. R. zegt tot nog toe ja (*W.* 3651), en hoewel er verschil van gevoelen is, zou ik voor mij op grond van art. 919 K. aannemen, dat het verschijnen in regten niet begrepen is onder de „daden van beheer“, den debiteur in art. 916 K. ontzegd. In die laatste uitdrukking zien velen, en ook Schr., de *ratio dubitandi*.

België levert hier een zijdelingsch argument tegen Schr.'s opinie, want art. 603 Co., zooals het daar te lande thans luidt, verbiedt nevens de *actes d'administration* (de ook in den Franschen tekst van art. 765 Wetb. van 1830 voorkomende vertaling van *daden van beheer*) ook het *plaider* en *transiger* zonder magtiging der commissarissen van toezigt.

Op goede gronden betoogt Schr. m. i. (bl. 82) de ondoelmatigheid der bepaling van art. 918 K. i. f. Zekerheid, zooals ze daar geëischt wordt, zal wel bijna nooit practisch van belang zijn. In België is ze dan ook niet in de wet opgenomen.

Schr.'s opmerkingen (bl. 84—94) betreffende de schulden, voor welke de surseance niet geldt, en de termijnen voor het geval, dat op de surseance een faillissement volgt, zijn zeer de behartiging waard. Datzelfde kan men zeggen van het in zijn Boek III gegeven overzicht der door den H. R. sedert 1838 verleende 33 definitieve surseances, waarvan er nog 6 op faillissement en 15 op onderhandsche accoorden uitliepen. Een eigenlijke argumentatie intusschen voor het doodvonnis over de geheele instelling der surseance, hetzij geamendeerd, hetzij niet, blijft ontbreken, want het slot van bl. 99, dat men aan *de crediteuren* gerust kan overlaten om voor hun belang te zorgen, is wel niet serieus te noemen. Het is juist de vraag, in hoever *eenige* crediteuren tegen den zin van *andere* crediteuren tot faillissement moeten kunnen dwingen. Bij eenstemmigheid van *de* crediteuren hebben zij (art. 914 K.) ook nu het heft in handen en kunnen zij òf de surseance afweren, òf wel daarentegen

een onderhandsch accoord verleenen, dat de surseance onnoodig maakt.

En zoo zal wel iedere wetgever het opvatten.

Maar voor datgene, wat inderdaad het verschil tusschen de wetgevers van vroeger en later tijd uitmaakt, is zulk eene argumentatie als Schr. leverde m. i. niet beslissend genoeg te achten. Men mag hopen, dat a.s. indiening van eenig voorstel tot herziening van het Wetboek van Koophandel Schr. eene ongezochte aanleiding zal geven om zijn opinie in de materie der surseance nog nader te verkondigen en te motiveren.

A. HEEMSKERK.

Zierikzee, Maart 1882.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

„La forme emporte le fond» in praktijk gebracht.

GRIFFIE-STIJL.

Dat het procesrecht in Nederland nog vatbaar is voor verbetering, is een waarheid zoo tastbaar als een molensteen, hoorde ik eenmaal in een pleidooi beweren; ik houd mij overtuigd dat zoolang we een procesrecht zullen hebben dat beweren altijd waar zal blijven. Dat men echter als *regel* zou mogen aannemen, dat hij die *tegenwoordig* procedeert een daad pleegt van krankzinnigheid of van verkwisting; zie daar eene stelling die ik niet kan onderschrijven. Al moge het waar zijn, dat voor de geringe en gegoede burgerij het in verreweg de meeste gevallen verkieselijker zal zijn zich met de helft of met een vierde van hetgeen zij te vorderen hebben, tevreden te stellen dan zich aan een proces te wagen, — de stelling zoo even vermeld is te algemeen en te overdreven om ingang te kunnen vinden, al schuilt er wellicht meer waarheid achter dan men aanvankelijk zou vermoeden. Voorbeelden, — van personen die eene vordering instelden van *f* 600 en na twee, drie jaren geprocedeerd te hebben en allerlei chicanes te boven te zijn gekomen, eindelijk vonnis kregen en alsdan wegens hoofdsom, renten en kosten meer dan *f* 1200 te vorderen hadden en meenden eindelijk schadeloos gesteld te worden maar ontwaarden dat de schuldenaar toen hij op het punt stond geëxecuteerd te worden zich failliet gaf en alsdan de vordering van *f* 1200 afbetaalde met 10, 5, zelfs met $\frac{1}{2}$ %; — voorbeelden van dergelijke personen heeft men slechts voor het grijpen. De wetten zijn ingevoerd tot handhaving van het recht, maar nu blijkt bij de toepassing dat zij wapenen zijn om het recht te bestrijden. Zoo, ziet men alweer dat men met goede bedoelingen alleen niet ver komt. De klachten tegen het burgerlijke proces worden met den dag algemeener en levendiger, vraagt men echter naar de oorzaak van den treurigen toestand dan luiden de antwoorden zeer verschillend. Toen het vorige jaar, de zaak aan de orde was in de juristenvereniging, kwam

dit duidelijk uit, terwijl reeds uit de praeadviezen was gebleken: dat Mr. VAN GEÛNS van oordeel was, dat het gezegde van Montesquieu „L'excès des formalités est la honte de la raison humaine” ook helaas nog van toepassing is op ons tegenwoordig procesrecht, en dat Mr. PIJNAPPEL van meening was, dat de kwaal moest worden toegeschreven aan het obstructionisme. Dat de klachten niet nieuw zijn blijkt hieruit, dat reeds in 1855 de minister DONKER CURTIUS met een ontwerp tot vereenvoudiging der procedure voor den dag kwam, hetgeen door den minister OLIVIER tien jaar later werd herhaald, terwijl door den Minister VAN LYNDEN in 1877 eveneens werd beproefd verbetering in den toestand te brengen. Hoe lang het nu zal duren voor dat wij weer een ontwerp zullen krijgen is met geen mogelijkheid te bepalen, want onder de talrijke commissies door den tegenwoordigen Minister benoemd tot herziening onzer wetten en wetboeken, — treffen wij er geen aan, voor het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Heel rouwig zijn wij er niet om, want het verleden heeft ons geleerd dat een ontwerp in de meeste gevallen slechts dient om geraadpleegd te worden door eene volgende commissie. De kunst van wetgeving bezitten wij nu eenmaal niet, volgens professor OPZOOMER; laten wij hopen, dat, als er eenmaal nieuw bloed in de Kamer zal zijn gekomen, men ook anders en beter zal te werk gaan dan men thans doet.

Juist, omdat ik van oordeel ben dat wij nog jaren zullen moeten wachten, voor dat er afdoende maatregelen zullen worden genomen, en wij dus nog lang van de tegenwoordige wettelijke bepalingen zullen moeten blijven gebruik maken, — meen ik de aandacht te moeten vestigen op een van de voornaamste misbruiken, die niet door de wet zijn ingevoerd maar door de routine in onze manier van procederen zijn ingeslopen, nl. den tijdroovenden en geestdoodenden griffiestijl. Het vorig jaar floreerde het obstructionisme te Amsterdam; na het wisselen der conclusies was de termijn die er voor den pleitdag verliep gewoonlijk zes of zeven maanden. Om den eischer tot eene schikking te dwingen, wierp de

gedaagde allerlei gemeene excepties op en verlangde pleitdag, om daags te voren van pleidooi weer af te zien. De eischer die van zijn raadgever vernam dat er minstens een jaar zou verloopen voor dat de zaak zelve zou behandeld worden, legde gewoonlijk den kop in den schoot. Dit jaar is bepaald, dat zoodra er pleitdag wordt verzocht de stukken moeten gezonden worden aan den voorzitter; ziet hij dat men eene chicane wil bepleiten dan wordt het pleidooi op den volgende dag reeds bepaald. Alhoewel er meer werk is dit jaar dan het vorige is de achterstand verdwenen, m. i. het beste bewijs dat men met de tegenwoordige wet nog veel kan doen. Eene niet minder goede verandering is het invoeren van een vasten roldag geweest.

En nu ter zake: A is bij vonnis veroordeeld, om van het door hem gehouden beheer over goederen van B, aan dezen rekening en verantwoording afteleggen binnen vier weken na de beteekening van het vonnis. Het vonnis wordt beteekend en A wordt opgeroepen om op een bepaalden dag en uur te verschijnen voor den bij vonnis benoemden rechter-commissaris, ten wiens overstaan de rekening en verantwoording moet worden afgelegd. In plaats van te verschijnen blijft A weg, die niet-verschijning moet alsnu door den rechter-commissaris geconstateerd worden. Dat is dood eenvoudig zult gij zeggen en ik ben het volkomen met u eens, niet alzo een griffier. Ik laat hier een officieel proces-verbaal volgen, waarin ik alleen de namen heb veranderd; het luidt woordelijk aldus:

Extract der minuten berustende ter Griffie der Arrondissements-Rechtbank te Sleurendam.

PROCES-VERBAAL.

Heden den zeven-en-twintigsten December 1800 een en tachtig des namiddags ten één ure, hebben wij MR. WILLEM JAN KAREL KANERHEUSCHNIETSAANDOEN, Lid der Arrondissements-Rechtbank te Sleurendam, als ten na te melden einde benoemd tot Rechter-Commissaris, ons bevonden in het lokaal der Eerste Kamer van gemelde Rechtbank bijge-

staan door den ondergeteekende Griffier en is alsdan voor ons verschenen :

MR. LEENDERT MACHTELOOS, Procureur bij gemelde Rechtbank, en van CORNELIA RECHTZOEKENDE, weduwe van JAN VAN BELASTINGSSCHULDIGENHEIM, wonende te Sleurendam, in hoedanigheid van wettelijke voogdesse over haren minderjarigen zoon JOHANNES, HENDRIK, PIET VAN BELASTINGSSCHULDIGENHEIM,

Te kennen gevende :

dat bij geregistreerd vonnis dezer Rechtbank, Eerste Kamer, van den twaalfden October 1800 een en tachtig tusschen des Comparants principale als eischeres en JEAN HENRI PIERRE KWADEBETALER tot CHICANENBURG, commissionair in effecten wonende te Sleurendam, als gedaagde, gewezen, laatstgenoemde is veroordeeld om aan des Comparants principale binnen vier weken na de beteekening van dat vonnis ten onzen overstaan te doen behoorlijke rekening en verantwoording bij gemeld vonnis breeder omschreven; dat dit vonnis bij geregistreerd exploit van den deurwaarder bij de Arrondissements-Rechtbank te Sleurendam DIRK KANMENIKSSCHELEN van den negen en twintigsten November 1800 een en tachtig ten verzoeke van des Comparants principale aan genoemden JEAN HENRI PIERRE KWADEBETALER tot CHICANENBURG en diens procureur MR. HENDRIK JACOB LANGZAAMGAATZEKER is beteekend geworden;

dat des Comparants principale zich bij verzoekschrift tot ons heeft gewend, ten einde dag, uur en plaats te bepalen, waar en waartegen hij genoemden JEAN HENRI PIERRE KWADEBETALER tot CHICANENBURG zoude kunnen oproepen ten einde ter executie van gemeld vonnis de daarbij vermelde rekening en verantwoording af te leggen, op welk verzoekschrift door ons bij beschikking van den 13den December 1881 behoorlijk geregistreerd is bevolen dat genoemde JEAN HENRI PIERRE KWADEBETALER tot CHICANENBURG tegen heden zoude worden opgeroepen om te verschijnen te dezer plaatse ten einde ter executie van het ter requeste vermelde vonnis rekening en verantwoording voor ons Rechter-Commissaris af te leggen;

dat met beteekening van dit bevelschrift genoemde JEAN HENRI PIERRE KWADDEBETALER tot CHICANENBURG bij geregistreerd exploit van den deurwaarder DIRK KANMENIKSCHELEN van den 17den December 1881 is gesommeerd en opgeroepen om op den daarbij bepaalden tijd en plaats en alzoo op dit oogenblik en ter dezer plaatse voor ons te verschijnen ten fine voormeld;

Verzoekende de Comparant alsnu dat het ons Rechter-Commissaris moge behagen hem Comparant te verleenen acte van zijne comparitie en voorts ingeval van verschijning van genoemden JEAN HENRI PIERRE KWADDEBETALER tot CHICANENBURG hem tot het afleggen van gemelde rekening en verantwoording toe te laten en voor het geval van niet-verschijning hem Comparant mede van die niet-verschijning te verleenen acte, met verklaring dat genoemde JEAN HENRI PIERRE KWADDEBETALER tot CHICANENBURG is gebleven in gebreke binnen den bij gemeld vonnis bepaalden termijn de rekening en verantwoording af te leggen waartoe hij bij dat vonnis is veroordeeld geworden.

Waarop wij Rechter-Commissaris den Comparant hebben verleend acte van zijne comparitie en gedaan verzoek en voorts door den dienstdoenden bode den opgeroepenen JEAN HENRI PIERRE KWADDEBETALER tot CHICANENBURG hebben doen uitroepen, zonder dat deze noch ook iemand voor hem is verschenen, en hebben wij Rechter-Commissaris, gelet op het hiervoren gemelde aan ons gedaan verzoek en daarop door ons verleende beschikking:

Beschikkende op het door den Comparant gedaan verzoek.

Verleenen den Comparant acte der niet-verschijning van genoemden JEAN HENRI PIERRE KWADDEBETALER tot CHICANENBURG met verklaring dat hij in gebreke is gebleven binnen den bij het vonnis dezer Rechtbank, Eerste Kamer, van den 12den October 1881 alsmede binnen den door ons later bij beschikking vastgestelden termijn der bij dat vonnis bevolene en daarbij breeder vermelde rekening en verantwoording af te leggen.

Waarvan is opgemaakt dit proces-verbaal, hetwelk door ons Rechter-Commissaris met den Griffier is onderteekend.

(geteekend) { W. J. K. KANERHEUSCHNIETSAANDOEN.
T. ZITERWARMPIESIN VAN SINECURE.

Griffier.

No. 312. Geregistreerd te Sleurendam den veertienden Januari 1882 Deel 207 folio 181 verso vak. Een blad twee renvooi. Ontvangen voor recht f 1.60 voor 38 opcenten f 1. Samen f 2,21. De ontvanger g. a.

(getd.) ERONTGAATMENIETS.

Voor afschrift conform.

T. ZITERWARMPIESIN VAN SINECURE.

Lezer met gezonde hersenen, die op u zelf de schitterendste overwinning behaald hebt, die ooit een sterveling op zichzelf behaald heeft of behalen zal, zoo gij het van u hebt kunnen verkrijgen om dat proces-verbaal van het begin tot het einde te lezen, zeg mij, is u in de rijke Nederlandsche taal een woord bekend om zoo iets aan te duiden. Wat mij betreft, ik heb de Vries en te Winkel van A tot Z door-geloopt zonder het gepaste woord te vinden. Het gaat hiermede als met het obstructionisme, sinds jaren was zoo iets onder de advocaten bekend, zegt Mr. PIJNAPPEL in zijn praeadvies, eerst het vorige jaar is de naam ontdekt in het Engelsche Parlement. Men is in den laatsten tijd nog al gelukkig geweest met opgravingen in Pompeï en in Troye, zoodat er veel kans bestaat om spoedig een wetenschappelijken naam te krijgen. Voorloopig zal ik het doopen met een woord van mijn eigen brouwsel en dan noem ik hetgeen in dat proces-verbaal staat *soep*, soep die ik ten fine van excusatie en consolatie aan mijne cliënten nederig aanbied. Weet iemand een beter woord dan trek ik het mijne in, het heeft echter dit voor dat het Hollandsch is en dat dus tegen den tijd dat het Grieksch-Romeinsche gevonden of gemaakt is, iedereen weet wat er mede bedoeld zal worden.

Het proces-verbaal heb ik letterlijk overgeschreven, alleen de namen heb ik veranderd en wel 1e omdat ik een toestand bespreek, 2e omdat ook dan als men uitsluitend toestanden bespreekt, er altijd menschen zijn die het zich aantrekken en 3e omdat sinds ZOLA zijn proces heeft verloren tegenover den heer DUVERDY (tant mieux pour lui) men met namen voorzichtig moet zijn.

Begrijpt men nu waarom het procedeeën zoolang duurt en zoo kostbaar is? Zoo een proces-verbaal wordt niet op heden den opgemaakt zooals er in vermeld staat; dat geschiedt naderhand en zes of acht weken later kunt gij er een afschrift van krijgen en als gij dan tevens wilt bedenken dat men ongeveer $\frac{2}{3}$ van een blad beschrijft met regels waarin drie of vier woorden vermeld staan, dan kunt gij tegelijker tijd uitrekenen hoeveel zegels van 50, taxeer 69 cent, er mede gemoeid zijn, en hoeveel leges gij aan den griffier betaalt. Er zijn nog veel brave, eenvoudige menschen in de wereld dat geef ik toe, maar dat er iemand gevonden wordt die gelooft dat hetgeen in die publieke en authentieke acte vermeld wordt door openbare ambtenaren, ook werkelijk waar is, kan ik me slecht voorstellen. Mocht zoo iets wel het geval zijn, dan wil ik hem onmiddellijk uit den droom helpen en hem op mijn woord van waarachtig (want de eed is tengevolge van het vele gebruik wel wat in discrediet geraakt) verklaren dat hetgeen aldaar vermeld wordt, *niet* heeft plaats gehad. Ik ben binnen gekomen en heb gezegd dat er niemand was; voor de securiteit heeft de bode den naam nog eens opgeroepen, toen kreeg ik een vriendelijk knikje en uit was de kerk. Zulke dingen schrijft men wel, het papier is — toch geduldig; als men het hart had zoo iets te vertellen als mij in den mond wordt gelegd, zou iedereen het uitproesten van het lachen.

Het mooiste is, dat dergelijke dwaze formulieren nergens bij de wet zijn voorgeschreven. De schuld hiervan ligt aan niemand en aan iedereen. De routine is de, wat hare macht betreft onbepaalde en wat hare bevelen aangaat, stipt en blindelings gehoorzaamde heerscheresse over het procesrecht.

Geen rechter die zich thans kan redden buiten den ouden griffieklerk; de jonge advocaat zoodra hij een stuk moet stellen, stelt zich niet tevreden met zijn wetboek open te slaan: hij loopt naar een ouden procureur of deurwaarder die hunne stukken zoo en niet anders schrijven omdat zij het altijd zoo gedaan hebben maar niet kunnen zeggen waarom het eigenlijk zoo moet geschieden.

In dat proces-verbaal wordt melding gemaakt van de rekening en verantwoording bij het vonnis breeder omschreven; met eene Oostersche verbeelding zal men ter nauwernood in staat zijn zich een denkbeeld van zoo een vonnis te maken, het heeft er veel van alsof men bij de el (pardon! bij den meter) te werk gaat.

Wat zou er behalve de zegelwet tegen zijn, dat in plaats van de soep van zoeeven, die je eerst eenige weken later wordt uitgereikt, — op *den dag zelf* op het deurwaardersexploijt waarbij B alias JEAN PIERRE HENRI KWADDEBETALER tot CHICANENBURG wordt opgeroepen om op dien dag en dat uur te verschijnen tot het afleggen der rekening en verantwoording ten overstaan van den Rechter-Commissaris, door dezen werd verklaard: »de heer B is niet verschenen.

»Flinkendam den

JAN PRACTISCHMAN,
Rechter-commissaris.

Die het weet, zegge het.

Zoo zou men ook de vonnissen kunnen zuiveren van al wat overtollig is; zoo zou men de vonnissen aan partij kunnen beteekenen met een exploit van 2 regels zooals het gebeurt bij de beteekening aan den procureur bij procureursacte, in plaats van twee bladzijden vol te kladden zooals thans geschiedt. In dit geval was het m. i. onnoodig een verzoekschrift aan den Rechter-Commissaris op zegel van 69 cent in te dienen, waarbij in zooveel bladzijden verzocht wordt dat hij een dag bepale waarop rekening en verantwoording zou worden afgelegd, onnoodig dat hij daarop een be-

schikking van zooveel bladzijden gaf waarbij al die mooie dingen voor de zooveelste maal herhaald worden, en waarbij ten slotte niets anders verteld wordt dan dat de rekening en verantwoording zal plaats hebben op den des morgens ten . . . ure aan de Eerste Kamer der rechtbank en onnoodig dat van dat verzoekschrift en bevelschrift een afschrift door den griffier gegeven werd waar men zooveel weken op moet wachten.

Het komt mij voor, dat men kon volstaan met de beteekening van het vonnis in een exploit van twee regels zooals ik boven aantoonde; onder het vonnis plaatst de Rechter-Commissaris zijn bevel om te verschijnen op dien dag, dat uur (in een regel), zoodat de beteekening van het vonnis en de oproeping te gelijk geschiedt, terwijl bij niet-verschijning eveneens daarvan melding wordt gemaakt in een regel. Uit het bevelschrift om op een bepaalden tijd te verschijnen volgt immers dat het gevraagd is, het verzoekschrift is dus overbodig even als al die herhalingen. Alles zou dan op een paar dagen afloopen terwijl er nu maanden mede gemeoid zijn. Nu is het wel waar, dat de griffier minder zou verdienen maar waarom krijgt een Rechter niet meer dan 3000 gulden, terwijl een Griffier 15000 à 20,000 gulden jaarlijks verdient. Mocht men de juistheid van dat bedrag in twijfel trekken, dan verklaar ik me bereid om het standje voor dien prijs over te nemen. Men heeft uitgerekend wat elke noot kost die door PATTI of FAURE gezongen wordt, zoo zou men kunnen uitrekenen hoeveel elke handteekening van een Griffier kost. De zittingen worden waargenomen door de substituten (die slecht betaald worden nl. 1500 gulden en als het druk is op eigen kosten een klerk moeten nemen om de minuten te schrijven) en derhalve worden ook de minuutvonnissen door hen geschreven; de griffier voert dan ook feitelijk niets anders uit dan een uurtje per dag op de griffie handteekeningen zetten. Wil men even als voor de Kantonrechters in 1877 de emolumenten van de griffiers afschaffen dan kunnen we zeker zijn, dat zonder verandering van het Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering de proce-

dure weldra goedkoop zal worden en vlug zal afloopen. Daarom is het te betreuren dat de Minister, wien we reeds zooveel verschuldigd zijn, gezegd heeft: dat daaraan niet te denken valt op grond van de zware lasten die daardoor de schatkist zouden drukken. Dat het in strijd is, niet met de wet maar met den geest van den wetgever dat de griffier zooveel geldt verdient, (zie pensioenen van rechterlijke ambtenaren en lijsten van wachtgelden op de begrotingen van justitie) behoeft geen betoog, maar daarenboven als die menschen een privilege hebben genoten tot nu toe, dan mogen zij zich daarin verheugen maar zij hebben geen recht het langer te genieten ten kosten van het publiek. „*Salus publica summa est lex*” terwijl zij ook uit een oogpunt van billijkheid geen aanspraak hebben op vergoeding, zooals bijvoorbeeld de procureurs en notarissen in Frankrijk die een officie hebben moeten koopen. Wil de staat enkele personen blijven bevoordeelen ten koste van duizenden rechtzoekenden, welnu laat hij de griffiën overnemen en de opbrengst gedurende vijf of tien jaren uitkeeren aan de tegenwoordige titularissen, men zal zich die lasten gaarne getroosten, als men weet dat er na dien tijd verbetering komt.

Hetzelfde zou men kunnen zeggen van de registratie. Waarom is de registratie ingevoerd? Om aan de acte te geven „*une date certaine*” en daarom is het billijk dat de staat voor den grooten dienst dien hij bewijst eene billijke vergoeding ontvangt, waarmede de kosten die hij moet maken, gedekt worden. Wat gebeurt echter in de meeste gevallen? De staat heft een evenrechtig registratierecht op de minute der vonnissen en op de expeditie; hier heft hij een recht op het vonnis, op het exploit van beteekening, op het verzoekschrift, op het bevel van den Rechter-Commissaris, op het exploit van beteekening en op het proces-verbaal van niet-verschijning, terwijl er eigenlijk geen constateeren van eene „*date certaine*” noodig is, omdat het hier geldt acten opgemaakt door openbare ambtenaren. De bijzaak bij de registratiewet was natuurlijk de vergoeding. Een aardig bijzaakje, zult gij mij moeten toegeven, dat jaarlijks elf millioen gulden

ophrenge. Gelukkig hebben we nu eenige verbetering gekregen al is het nog niet veel. Bij inzage der pensioenlijsten zal men ontwaren, dat zij, die een veel gewichtigere en hoogere betrekking in den staat hebben bekleed, verre ten achter staan bij de ontvangers der registratie. Inspecteurs der registratie solliciteeren telkens naar eene ontvangersbetrekking te Amsterdam. De tegenwoordige Minister heeft reeds meermalen getoond, dat hij prijs stelt op de meening van het publiek, en dat hij zooveel in zijn vermogen is aan billijke wenschen tracht te gemoet te komen, ik durf daarom hopen dat hij (si Dieu lui prête vie) op zijne eenmaal uitgesproken meening zal terugkomen.

Hij heeft niet gearzeld, om in de in 1877 pas ingevoerde wetten verandering voor te stellen door opheffing der rechtbank van Haarlem en herstelling van die van Hoorn, omdat hij daardoor de belangen der justitiabelen meent te behartigen en te bevoordeelen, maar juist daarom geven wij deze beschouwingen; overtuigd, dat zoo het ons gelukken mocht hem te doen inzien dat zijne meening omtrent de opportuniteit der afschaffing der emolumenten, waarmede hij het in principe eens schijnt te zijn, minder goed blijkt te zijn, — hij ook niet zal aarzelen op zijn eenmaal geuite opinie terug te komen en dienovereenkomstig te handelen.

Men gaat nu toch eenmaal aan het leenen of men nu 83 of 84 millioen leent zal wel hetzelfde zijn, een prachtige gelegenheid om het noodige geld te vinden hoewel er geen millioen m. i. voor noodig is.

Ten slotte wensch ik nog de aandacht te vestigen op het volgende:

Men wil het personeel der rechtbank te Amsterdam uitbreiden; ik geloof dat een dergelijke maatregel goed *kan* werken, *mits* men verandering brenge in de griffie. Thans moet men vier, zes, acht soms tien weken wachten op een expeditie van een vonnis, (gedeeltelijk ook hieraan toe te schrijven dat de minuut van het vonnis soms eerst 14 dagen na de uitspraak geteekend wordt), wat zal het zijn als er eene Kamer bijkomt! De Minister heeft vroeger eens eene

circulaire aan de griffiers gezonden, waarbij zij verzoekt werden zoo spoedig mogelijk de expedities af te leveren, hen tevens opmerkzaam makende, dat zij civielrechtelijk verantwoordelijk zijn. Dezer dagen hadden twee procureurs beslag gelegd onder derden; aan dat beslag hadden zij niets, omdat zij door niet afgifte der expeditie, het vonnis niet konden beteekenen binnen vier weken na de uitspraak. Clienten hadden geen liefhebberij tegen den griffier te procederen, de procureurs wilden het op eigen kosten evenmin doen. Wat baat nu de circulaire? Natuurlijk zouden de personen die thans op de griffie werkzaam zijn liever staatsambtenaren worden dan klerken van den griffier blijven; want 1°. zouden zij eene betere toekomst te gemoet gaan, maar 2°. zou alles vereenvoudigd worden, zoodra de griffier er geen voordeel bij zou hebben om de zaken zoo omslachtig mogelijk te maken, (dat die menschen slechts met tegenzin het geestdoodende werk verrichten dat zij thans moeten doen, spreekt van zelf) en 3°. zou er voldoende personeel komen. De rechtzoekenden wier belangen dan toch op den voorgrond dienen te staan, zouden bij vereenvoudiging en vlugge afdoening van zaken het meest profiteeren, en het publiek zooals ik boven reeds aantoonde, zou met de uitkeering der opbrengsten aan den tegenwoordigen griffier gedurende 5 of 10 jaar zeer zeker genoeg nemen, als het wist dat na dat tijdstip de toestand zou verbeteren.

Vermeerdert men enkel het personeel der Rechtbank zonder verandering te brengen in de griffie, dan zal spoedig blijken dat men den geneesheer heeft geroepen om een pleistertje op de wond te leggen, terwijl men den chirurgijn had moeten ontbieden om eens flink te kerven.

I. MACHTELOOS,
Procureur.

Op het oogenblik dat de aandacht ook hier te lande weder bijzonder op eene octrooiwet voor uitvindingen gevestigd is, wier afschaffing door velen thans betreurd wordt, meenen wij te mogen verwijzen naar den *Code général des brevets d'invention*, door de heeren EDMOND en EMILE PICARD, te Brussel en Parijs uitgegeven. Eerstgemelde is de door zijne kunde en groote werkzaamheid bekende Belgische advocaat en publicist, de ander zijn broeder, civiel ingenieur, zoodat men hier eene samenwerking van den regtsgeleerde en den technicus heeft, die bij een onderwerp als 't geldt zeer doeltreffend mag worden geheeten. Men vindt in hun arbeid „den tekst van alle wetten en van alle reglementen over de octrooijen van uitvindingen, heden ten dage van kracht in de verschillende landen der wereld,“

Uit dit werk blijkt, dat de octrooijen van uitvinding (*brevets d'invention*) bekend zijn en in bescherming worden genomen in honderd vier landen, die elk eene speciale wetgeving op dit stuk hebben. Men treft die in de vijf werelddelen, en tot zelfs in Nieuw-Zeeland, aan, en elk van die wetgevingen, met zorg vertaald en toegelicht, komt in zijne alphabetische rangorde in deze verzameling voor, tot welker zamenstelling groot geduld en veelzijdige kennis werd vereischt. O. a. de *Gazette des Tribunaux* maakt (in haar no. van 2 Febr. jl.) daarvan met grooten lof melding; de heer A. CHAMPETIER DE RIBES zegt deswege en over het onderwerp in 't algemeen ten slotte: „Parmi les oeuvres que nous avons été mis à même d'apprécier, aucune ne nous a paru aussi complète et aussi développée; et, dans cet ordre du droit international qui fait, en ce moment, l'objet de tant d'études assidues, nous n'en connaissons pas d'aussi considérable. Cela tient sans doute à ce qu'il n'y en a pas de plus opportune. La matière de l'invention est, en effet, par nature, cosmopolite et affranchie de tout lieu de nationalité. Elle ne prend pas racine dans le sol comme les fruits de l'immeuble; elle n'y pose même pas comme le meuble lui-même; elle ne revêt pas une forme française ou étrangère, comme la propriété littéraire qui n'existe qu'au moyen du langage. Elle n'emprunte même pas au goût national, une sorte de cachet d'origine, comme la sculpture, la peinture et la musique.“

LIJST VAN NIEUW UITGEKOMEN REGTSGELEERDE WERKEN.

Nederlandsche literatuur.

- EMDEN, Mr. D. S. VAN, Het Wetboek van Strafrecht, opgehelder uit de gewisselde stukken en de gevoerde beraadslagingen, met aantekeningen. 's Hage, GEER. BELINFANTE, 32o.
- FRANSE, J., Hypothecair-, Kadastraal- en Scheepswetboek. (3e afd., Scheepswetboek). Zierikzee, VAN DISHOECK, 8o.
- HATTINK, Advocaat en Kantonrechter-plaatsvervanger te Almelo, Mr. R. E., Rechtsband bij verrassing. Kerkrechtelijke aantekeningen naar aanleiding eener tegen mij gevoerde procedure over kerkelijk hoofdgeld te Arnhem. Zwolle, de Erven J. J. TIJL, 8o.
- HEEMSKERK AZN., Formulierboek der onderscheidene acten, behoorende tot de Burgerlijke Regtsvordering, door JOAN VAN DEN HONERT Thz., herzien, omgewerkt en vermeerderd door —. Derde druk, nagezien en met de thans geldende wetgeving en rechtspraak, in overeenstemming gebracht door Mr. G. BELINFANTE, Advocaat bij den Hoogen Raad. 's Hage, GEER. BELINFANTE, 9e en 10e afl., 8o.
- HELLEGERS, W. P. A., Het Kanonieke recht en het overspel. Akademisch proefschrift. Venloo, Wed. H. H. UJTENBROECK. Roy. 8o.
- HELM, G. L. VAN DEN, De Gemeente-Administratie, handboek voor Burgemeesters, Secretarissen en aspiranten naar die betrekkingen, door —, onder toezigt van Mr. E. L. VAN EMDEN, Advocaat bij den Hoogen Raad. Eerste deel (theorie). Het tweede deel (modellen) is ter perse. 's Hage, GEER. BELINFANTE, 8o.
- HUBRECHT, P. F., De onderwijswetten in Nederland en hare uitvoering, met aantekeningen voorzien, door —. 's Hage, HENRI J. STEMBERG. Roy. 8o.
- IDSINGA, Mr. J. W. H. M. VAN, De Eedsquaestie. Open brief aan Mr. J. A. LEVY. 's Hage, W. P. VAN STOCKUM EN ZOON. 8o.
- LÉON, Mr. D., Advocaat bij den Hoogen Raad, De Regtspraak van den Hoogen Raad, door —. Zesde supplement op den 2en druk, van deel II, afd. 4, (*koophandel*), door Mr. J. A. LEVY. 's Hage, GEER. BELINFANTE, 8o.
- LEVY, Mr. J. A., Advocaat te Amsterdam. Eeds- en Staatsgeknutsel. Openbaar schrijven van den Eerwaarden heer H. H. VAN LEEUWEN, Theol. Dr. en Pred. te Zutphen, ter zake zijner studie. 's Hage, GEER. BELINFANTE, 8o.
- Maandblad van het Paleis van Justitie.* Merkwaardigheden op het gebied der buitenlandsche rechtspleging van vroegeren en lateren tijd, 1882. Amsterdam, M. M. OLIVIER. Post 8o.

- NEEB, Mr. J. F., Advocaat te Nijkerk. De Grootboeken der Nationale Schuld, door —. Nijkerk, G. F. CALLENBACH, 8o.
- NIEROP en Mr. C. BAAK, Mr. H. A. VAN, De Nederlandsche Naamlooze Vennootschappen, 1e afl., Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK, 8o.
- PINTO, Mr. A. A. DE, Raadsheer in den Hoogen Raad, A. DE PINTO, Wetboek van Strafvordering, 2e druk, herzien door —, 2 dln., Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK, 8o.
- SCHUURMAN en P. H. JORDENS, L. N., Wet van 17 Aug. 1878 (*Stbl.* n^o. 127), tot regeling van het lager onderwijs. Aanvulling tot Mei 1882 van de Bijlagen. Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK, Sm. 8o.
- SCHUURMAN en P. H. JORDENS, L. N., Wet van 25 April 1879, (*Stbl.* n^o. 89), tot herziening van de belastbare opbrengst der ongebouwde eigendommen. Aanvulling tot Mei 1882 van de Bijlagen. Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK, Sm. 8o.
- Verslag omtrent kieswethervorming door eene Commissie van gedelegeerden uit vrijzinnige kiesverenigingen van de voornaamste gemeenten in Nederland. 's Hage. GEBR. BELINFANTE, 8o.
- WATTEL, H. M. J., De wettelijke stelling van goederen door denzelfden rechtsband verbonden, door —. Leiden, B. BLANKENBERG, Firma COUVÉE & Co., 8o.
- ZAALBERG, A. P., De praktijk onzer Gemeentewet. Handleiding inzonderheid voor aspirant-Burgemeesters enz. Aarlanderveen W. CAMBIER VAN NOOTEN, Post 8o.

Belgische literatuur.

PICARD, EDM., avoc., et F. LARCIER, Bibliographie générale et raisonnée du droit belge, relevé de toutes les publications juridiques parues depuis 1814, réunies, mises en ordre et annotées pour la rédaction des *Pandectes belges*. Bruxelles, F. LARCIER.

«Cet ouvrage est, comme on le lit dans la préface, non pas un catalogue de librairie, mais un répertoire; un répertoire de noms de tous les auteurs belges ayant traité soit dans une note, un mémoire, un opuscule, une brochure, un ou plusieurs volumes, une question juridique quelconque.

«L'idée primitive de cet ouvrage, Me. PICARD nous le dit, est la propriété de la rédaction des *Pandectes Belges*. On s'était proposé d'insérer dans cet ouvrage, sous le mot: *Bibliographie du droit belge*, la littérature juridique nationale, littérature pauvre et banale, pensait-on, et d'une limitation extrême. On avait calomnié cette littérature ou plutôt on l'ignorait.

«On ne peut se figurer la quantité de petites perles qui, par défaut de publicité, restaient couvertes du voile de l'oubli. Il va sans dire que parmi tous ces travaux qui viennent au jour, il en est qui ne sont que l'expression de la médiocrité; mais le médiocre a encore du bon, pour ceux qui ne sont pas éborgnés complètement par la poutre de la fable, car il engage à faire mieux en se mettant en garde contre les erreurs d'autrui.

«On ne tarda pas à revenir de cette erreur et l'on s'aperçut bientôt que cette littérature était beaucoup plus volumineuse qu'on ne

l'aurait cru; et c'est alors que Me. PICARD comprit quelle lumière elle projetterait sur la science du droit et quel fruit on récolterait en se familiarisant avec elle.

«La première partie de la *Bibliographie* est un relevé par ordre alphabétique de noms d'auteurs: table utile pour les recherches des jurisconsultes studieux qui, ayant déjà une longue pratique, se seront tenus au courant des matières qui se publient.

«La deuxième partie est le relevé des publications anonymes, des ouvrages généraux ou recueils périodiques dus à une collectivité connue ou non, de travaux, rapports..., etc., émanant d'une commission ou d'une association.

«Les auteurs du recueil ont compris que leur travail ainsi limité n'aurait qu'une utilité relative et ils ont voulu le faire suivre d'un répertoire analytique, par ordre alphabétique de matières, de tous les ouvrages mentionnés d'une manière plus détaillée dans les deux premières parties du recueil. C'est ce qui constituera la troisième partie de la publication.

«Ainsi compris, le travail dont il est question devient une oeuvre d'utilité générale et pratique, non-seulement pour les anciens du barreau ou de la magistrature, mais surtout pour les jeunes gens qui entrent dans la carrière juridique...» (Belg. Judic.)

Fransche literatuur.

THÈSES (par ordre alphabét.).

- BERTON, G., De l'adoption et de l'adrogation, en dr. rom.; — De la responsabilité des fondateurs et administrateurs des sociétés anonymes, en dr. franç. In-8, 335 p. Paris, MOQUET.
- BOURDIN, A., De la condition de la mère, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 269 p. Paris, DERENNE.
- CHARMONT, J., Étude sur les *res religiosæ* et la transmission des *sacra privata*, en dr. rom.; — De l'acquisition, de la possession et de la propriété des legs, en dr. franç. In-8, 174 p. Paris, CHEVALIER-MARESCQ.
- DESCHODT, P., Du postliminium, en dr. rom.; — De l'extradition, en dr. franç. In-8, 256 p. Douai, DURAMOU.
- DESPOMMIERS, F., Dr. rom.: Caractères généraux des exceptions; — dr. fr.: Du renvoi pour cause d'incompétence. In-8, 200 p. Paris, LAROSE ET FORCEL.
- DOBRIČEANU, J. D., De l'exception *quod facere potest*, en dr. rom.; — Du retrait successoral, en dr. franç. In-8, 148 p. Paris, DERENNE.
- ESCORBIAC, J., Dr. rom.: Du pacte de non petendo; — dr. franç.: De la contrefaçon des inventions brevetées, loi de 1844. In-8, 245 p. Paris, DERENNE.
- FIÈRE, Z., Dr. rom.: Du bénéfice de compétence ou exception *quod facere potest*; — dr. fr.: Des preuves de la paternité naturelle. In-8, 319 p. Paris, DERENNE.
- FLICHE, L., Des cours d'eau, en dr. rom.; — Des eaux de source, en dr. franç. In-8, 203 p. Paris, LAROSE ET FORCEL.

- GRENOUILLET, G., De la condition des personnes au point de vue de la cité et des changements qui peuvent s'opérer dans cette condition, en dr. rom.; — Des personnes qui deviennent françaises par le bienfait de la loi, en dr. franç. In-8, 225 p. Paris, DERENNE.
- JONNESCO, D. G., Dr. rom.: De la condition de l'enfant naturel; — dr. franç.: De la recherche de la filiation naturelle. In-8, 85 p. Paris, DERENNE.
- LAURENT, P. A., Des stipulations pour autrui, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 219 p. Paris, LAROSE ET FORCEL.
- LECONTE, E. J., Dr. rom.: De la *venditio bonorum*; — dr. commercial: Du concordat en matière de faillite. In-8, 299 p. Douai, DURAMOU.
- LE JOLIS, G., Du mandat et de la commission, en dr. romain, dans notre ancien droit et dans notre droit actuel, avec l'indication, pour la partie commerciale, des différences existant entre notre législation et les principales législations étrangères. In-8, 615 p. Paris, PEDONE-LAURIEL.
- LEYDET, J., Dr. rom.: De la servitude d'aqueduc, des interdits *«de aqua cottidiana et æstiva»* et de l'interdit: *«de Rivis»*; — dr. franç.: De la possession et de la prescription dans leurs rapports avec la propriété et l'usage des eaux. In-8, 243 p. Paris, COTILLON ET CIE.
- LE ROY, E., Des droits de mutation à Rome et de nos jours. In-8, 238 p. Paris, DERENNE.
- MAGNIER, A., Etude sur l'occupation, en dr. rom.; et le droit de chasse, en dr. franç. In-8, 208 p. Paris, DERENNE.
- MARMONNIER, H. H., Dr. rom.: Du pacte de constitution; — dr. civil franç.: Des garanties du trésor sur les biens des comptables. In-8, 134 p. Paris, LAHURE.
- MANOLESCO, M., Du bénéfice de cession d'actions, en dr. rom.; — De la subrogation légale résultant de l'article 123 3^o, en dr. franç. In-8, 264 p. Paris, MOQUET.
- PEPIN, P., Des divers bénéfices accordés aux cautions, en dr. rom. et en dr. franç. In-8, 210 p. Paris, DERENNE.
- PIGANIOL, A., Le Dol dans les contrats, en dr. rom.; — La Diffamation envers les particuliers, en dr. franç. In-8, 210 p., Paris, DERENNE.
- THYÉBAUT, G., De l'acquisition des servitudes prédiales, en dr. rom.; — De l'établissement de la mitoyenneté des murs et de ses effets, en dr. franç. In-8, 271 p. Paris, MOQUET.
- VIGNANCOUR, J. M., Dr. rom.: De l'hypothèque légale de la femme; — dr. franç.: De l'hypothèque légale de la femme envisagée dans ses effets contre les tiers acquéreurs. In-8, 225 p. Paris, DERENNE.
-
- ROUSSEAU, R., Questions nouvelles sur les sociétés commerciales. Un vol., in-8. Paris, A. ROUSSEAU.
- MORET, J., et A. DESRUES, Mémento théorique et pratique du possesseur de titres au porteur; perte, vol ou destruction, loi du 15 juin 1852. 3e éd. Paris, MARCHAL, BILLARD ET CIE.
- Themis*, XLIII^e Dl., 3^e Stuk, [1882].

- Manuel (Le) périodique des Compagnies d'assurances pour 1882. In-18, 500 p. Contenant: 1^o. le résumé de l'histoire des Compagnies d'assurances en 1881; 2^o. la revue de la Jurisprudence spéciale pendant l'année; 3^o. Une notice historique et technique sur chacune des Compagnies françaises; 4^o. la liste raisonnée et détaillée des principaux établissements similaires de l'Europe, etc. Paris, A. GHIO.
- FEROT, G., Etude sur les assurances à prime contre l'incendie. In-8, 418 p. Paris, ANGER.
- LAINÉ, A., prof. agrégé, Traité élémentaire de droit criminel, divisé en trois parties: 1^o. Le Droit pénal; 2^o. la Procédure pénale; 3^o. l'Etendue d'application de la loi criminelle française, quant au temps, aux lieux et aux personnes. Lois I, in-8, 195 p. Paris, COTILLON ET CIE.
- LUCAS, C., Rapport-verbal sur le nouveau Code Pénal des Pays-Bas. In-8, 12 p. Orléans, COLAS. [Extr. du Compte rendu de l'Acad. des sciences mor. et pol.].
- Code de procédure pénale du royaume d'Italie, traduit, annoté et commenté par H. MARCY. 2 vol., in-8. Paris, A. CHEVALIER-MARESCQ.
- LAGET, L., et LAGET-VALDERON, Théorie du Code pénal espagnol comparé avec la législation française. 2e éd., in-8. Paris, MARCHAL, BILLARD ET CIE.
- BERTHEAU, CH., De la transportation des récidivistes incorrigibles. Paris, A. MARESCQ aîné.
- MOTET, M. A., Broadmoor, criminal lunatic Asylum. In-8, 48 p. Paris, BOUDET.
- GRIVEL, F., Etude sur la complicité en matière de chasse. Paris, A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL.
- ALLEZARD, CH., Considérations économiques et juridiques sur la propriété intellectuelle. In-8, 68 p. Paris, A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL.
- MARTIN, E., Code nouveau de la pêche fluviale, annoté et expliqué d'après la jurisprudence de la cour de cassation et des cours d'appel. In-18, 294 p. Paris, LÉAUTEY.
- DUBRAC, F., Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique comprenant: la législation, la responsabilité médicale, le secret professionnel, les honoraires des médecins et les créances des pharmaciens, etc. In-8, 770 p. Paris, J. B. BAILLIÈRE.
- MAGITOT, E., Etudes de jurisprudence médicale. In-8, 25 p. Paris, G. MASSON.
- DAYRE, C. P., Traité de procédure des tribunaux de simple police, suivi du répertoire synoptique et alphabétique des contraventions de police prévues par le code pénal, les lois spéciales, etc. In-8, 279 p. Paris.
- PAYENNEVILLE, A., Essai sur la réforme des justices de paix en France, précédé d'une étude sur l'importance sociale de cette institution, etc. In-8, 290 p. Paris, PEDONE-LAURIEL.
- VIVIER, A., Essai sur la réorganisation judiciaire en France. In-8, 51 p. Paris, MARESCQ aîné.

- WALLON, H., Histoire du tribunal révolutionnaire de Paris avec le journal de ses actes. T. VI, in-8, 519 p. Paris, HACHETTE ET CIE.
- SAROT, F., Des tribunaux répressifs ordinaires de la Manche en matière politique pendant la première révolution. In-8, 439 p. Paris, CHAMPION.
- AMILHAU, H., Nos premiers présidents, revue historique, politique et judiciaire du Parlement de Toulouse. In-8. Paris, A. ROUSSEAU.
- GLASSON, E., Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours. T. II (La Conquête normande). In-8, 563 p.
- MARITAIN, P., Jules Favre; Mélanges politiques, judiciaires et littéraires, avec une préface et des notes. In-8, 551 p. (avec portrait et autographe). Paris, ROUSSEAU.
- FAVRE, J., Plaidoyers politiques et judiciaires de Jules Favre, publiés par Mad. sa veuve. 2 vol., in-8. T. I, 725 p. et portr. T. II, 720 p. Paris, PLON ET CIE.

Spanische literatur.

- GARCIA MORENO, A., Texto y exámen crítico de las Constituciones federales de los Estados-Unidos, Suiza y Alemania con los proyectos presentados à las Córtes Constituyentes de la República española en 1873: comparadas entre sí, y anotadas. Madrid, GÓNGORA y C.A. En 4.º, 206 págs.
- LASTRES, F., Procedimientos civiles y criminales, con arreglo à la novísima Ley de enjuiciamiento civil, compilacion criminal y disposiciones vigentes, seguidos de un manual de formularios para facilitar la aplicacion de la teoría à la práctica forense. Sétima edicion, corregida y aumentada. Madrid, SUAREZ. En 4.º, 723 págs.
- SANCHEZ ROMAN, F., Estudios de ampliacion del derecho civil y códigos españoles. Granada, imp. de F. DE LOS REYES. En 4.º, Tomo I y cuadernos 1 à 4 del II. (La obra constará de cinco tomos de 500 à 600 páginas cada uno).

Deutsche literatur.

- DORENDORF, W., Straf-Prozess-Ordnung f. das Deutsche Reich vom 1 Febr. 1877, erläutert. gr. 8. (VIII, 343 S.). Breslau, KERN'S Verl.
- EBERTY, G., Handbuch f. Schiedsmänner. Mit Commentar, den Ministerial-Ausführungs-Verfügn., sowie Mustern zu Verhandlgn. u. Attesten. 2. Aufl. 8. (XIV, 85 S.). Strehlen, GEMEINHARDT.
- FIDLER, F., der Amtsrichter in Preussen. Darstellung der Amtsgerichtsverfassg., der Stellg. d. Amtsrichters u. d. Verfahrens in allen

- zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehör. Rechtsangelegenheiten. 3. Lfg. gr. 8. Paderborn, F. SCHÖNINGH.
- FISCHER, O., Termin u. Ladung im deutschen Civilprozess. [Aus: „Gruchot's Beiträge.“] gr. 8. (119 S.). Berlin, VAHLEN.
- FRAUENSTÄDT, P., Blutrache u. Todtschlagsühne im deutschen Mittelalter. Studien zur deutschen Kultur- u. Rechtsgeschichte. gr. 8. (XII, 250 S.). Leipzig, DUNCKER & HUMBLOTT.
- FREUDENSTEIN, G., die Strafrechtspflege im Schatten der Politik, m. besond. Beziehg. auf die neueste Geschichte der Schwurgerichte u. Staatsgerichtshöfe u. deren Urteilsprüche. Eine volksmäss. u. gemeinverständl. Skizze. gr. 8. (77 S.). Leipzig, SIEGISMUND & VOLKENING.
- GELLER, L., österreichische Gesetze. Mit Erläutergn. aus der Rechtsprechung. 1. Abth. Oesterreichische Justizgesetze. Mit Erläutergn. aus der oberstgerichtl. Rechtsprechg. 2. vollständig neu bearb. u. wesentlich erweit. Aufl. Grosse Ausg. (In ca. 15 Lfgn.). 1. Lfg. Lex.-8. (1. Bd. S. 1—112.). Wien, PERLES.
- HEYROVSKY, L., üb. die rechtliche Grundlage der Leges contractus bei Rechtsgeschäften zwischen dem römischen Staat und Privaten. gr. 8. (VIII, 108 S.). Leipzig, BREITKOPF & HÄRTEL.
- HÖLDER, E., Beiträge zur Geschichte d. römischen Erbrechts. gr. 8. (VIII, 163 S.). Erlangen, DEIGERT.
- HÖLDER, E., Savigny und Feuerbach, die Koryphäen d. deut. Rechtswissenschaft. Vortrag, geh. zu Erlangen. gr. 8. (44 S.) Berlin, HABEL.
- HRUZA, E., zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht. gr. 8. (VI, 178 S.). Erlangen, DEIGERT.
- JUSTINIANI, imp., novellae quae vocantur sive constitutiones, quae extra codicem supersunt, ordine chronologico digestae. Graecis ad fidem codicis Veneti castigatis ed. Dr. C. E. ZACHARIAE A LINGENTHAL. Pars I et II. 8. (I. XVI, 564 S., II, 436 S.). Leipzig, TEUBNER.

THEMIS,

REGTSKUNDIG TIJDSCHRIFT.

IVe VERZAMELING, — Dertiende Jaargang.

XLIIIste Deel, — VIERDE STUK.

STELLIG REGT (NEDERLANDSCH).

BURGERLIJK REGT. — *Overschrijving van huwelijksche voorwaarden* (art. 207 B. W.).

Bedenkingen tegen het arrest van den Hoogen Raad van 25 Nov. 1881. (W.bl. v. h. R. 16 Jan. 1882.)

Bij het aangehaalde arrest heeft de Hooge Raad, conform de conclusiën van het Openbaar Ministerie en overeenkomstig het gevoelen in dit Tijdschrift (jaarg. 1881 blz. 181 vgg.) door Mr. M. DE PINTO ontwikkeld, beslist dat de goederen van eene buiten gemeenschap gehuwde vrouw kunnen geëxecuteerd worden voor eene schuld door den man aangegaan vóór de overschrijving ter griffie van de huwelijksche voorwaarden, waardoor die goederen van de gemeenschap worden uitgesloten.

Ik wensch hier de redenen uiteen te zetten, waarom mij deze beslissing onjuist voorkomt wat het regtspunt betreft, en daarenboven uiterst bedenkelijk in de praktijk.

Men gelieve, om een voorbeeld te noemen, slechts te denken aan de schulden vóór het huwelijk door een der echtgenooten gemaakt, die volgens art. 176 B. W. alle in de gemeenschap vallen. Een zeer gewoon beding in huwelijksche voorwaarden is, dat zoodanige schulden van de gemeenschap uitgesloten worden.

Om tot een heldere voorstelling te komen van den toestand die ten deze volgens de leer van den Hoogen Raad geboren wordt, zal 't noodig zijn een oogenblik bij een andere vraag stil te staan: *wanneer* kunnen huwelijksche voorwaarden worden ingeschreven?

Een onbevangen lezing van art. 207 B. W. kan, dunkt mij, tot geen ander antwoord leiden dan dit: op elk oogenblik *nadat* de huwelijksacte in de registers van den burgerlijken stand is ingeschreven, maar *vroeger niet*.

Voor binnenlandsche huwelijken zou men de woorden *is voltrokken* misschien nog op deze wijze uit kunnen leggen: de griffier kan de huwelijksche voorwaarden al vast maar inschrijven, en die inschrijving zal dan eventueel geldig zijn als het later maar blijkt dat het huwelijk werkelijk binnen het arrondissement voltrokken is.

Voor huwelijken buitenslands kan dat woordje *is* onmogelijk anders dan in den zin van *werkelijk reeds ingeschreven* worden uitgelegd; of zou de griffier te Heerenveen kunnen gedwongen worden in zijn register over te schrijven de huwelijksche voorwaarden van twee onbekende Nederlanders te Jokohama, omdat die over tien jaren eventueel, als ze niet dood zijn, weleens zouden kunnen komen wonen op een buitentje in Smalingerland?

Zou nu het *éérste is* een anderen zin kunnen hebben dan het tweede?

Het schijnt weinig aannemelijk, en 't komt mij dan ook vóór dat gemelde griffier niet *ééns* verplicht is het huwelijkscontract van zijn twee naaste bureu in te schrijven, al zijn de afkondigingen ook beide geschied, vóór het oogenblik dat de huwelijksacte geteekend is; hij behoeft het niet te doen zoolang het niet blijkt dat de acte werkelijk in *zijn* register t'huis hoort. Maar al *hoeft* hij niet, hij *kan* het daarom wel. Boete voor hem staat er niet op, en ook geen nietigheid op de overschrijving. Om die reden vermoed ik, neemt de Heer DIEPHUIS (Burg. Regt. IV, 328) als evident aan, dat de overschrijving vóór het huwelijk kan geschieden; — intusschen, men blijft altijd afhankelijk van het goedvinden

van den griffier (1). In de praktijk evenwel, zooveel ik heb kunnen waarnemen, worden de huwelijksche voorwaarden niet overgeschreven vóór de voltrekking van 't huwelijk. Er vergaan meestal verscheidene dagen, zelfs als de notaris de opdracht ontvangen heeft er voor te zorgen; als deze het druk heeft zal het ligt veertien dagen duren, en men kan veilig aannemen dat in de overgroote meerderheid van de thans bestaande huwelijken de echtgenooten gedurende een paar weken *tegenover derden* in gemeenschap gehuwd zijn geweest. In al die gevallen zijn de schulden vóór het huwelijk gemaakt in de gemeenschap gekomen, en, gaat de leer van den Hoogen Raad op, dan zijn al de goederen van al die echtparen, hoe lang geleden ook gehuwd en hoe lang ook hun huwelijkscontracten mogen ingeschreven zijn, voor al die schulden executabel, even goed als voor de nieuwe schulden die de een of ander van hen in het tijdperk tusschen huwelijk en inschrijving mogt hebben gemaakt.

De oorspronkelijke fout ligt in de slordige redactie van 't Burgerlijk Wetboek. De wetgever had:

óf duidelijk moeten uitspreken, dat het contract kan ingeschreven worden vóór de voltrekking van 't huwelijk;

óf bepalen dat, als het binnen een zekeren termijn ingeschreven wordt, het óók tegenover derden werken zal van het oogenblik af dat het huwelijk is gesloten.

Men zal misschien tegenwerpen: laat het contract inschrijven den dag zelf van 't huwelijk, als 't niet vroeger mag; dan zijt gij zeker. Vooreerst is dit dikwijls niet doenlijk; men trouwt te Cadzand en moet laten overschrijven te Middelburg. Maar bovendien, de stelling dat twee acten van dezelfde dagteekening (huwelijk en overschrijving) als zij het uur niet vermelden, geacht moeten worden gelijktijdig te wezen, wordt hier te niet gedaan door de wet zelve, die voorschrijft: éerst huwelijk en dan overschrijving.

(1) Streng genomen zou hij, meen ik, bevoegd zijn de overschrijving te weigeren, zoo hem niet een extract uit het huwelijksregister vertoond werd.

Er *kan* tegen de wet gehandeld zijn, en op de overtreding *kan* geen straf bedreigd zijn, maar dat geeft daarom mij geen regt in jure te presumeeren, dat er werkelijk tegen de wet gehandeld *is*.

Na deze voorafgaande opmerking keer ik terug tot het arrest van den Hoogen Raad.

Op één punt is zijn theorie, m. i. onaantastbaar. De schuld, door den man vóór de inschrijving aangegaan is een schuld van de gemeenschap die ten laste der echtgenooten tegenover derden geacht wordt te bestaan; die overschrijving is het eenige tijdpunt waarop te letten valt; niet b. v. de dag van de dagvaarding, van 't vonnis, van het bevel tot betaling, of van het beslag.

Wat volgt hier nu *wel* uit, en wat volgt er *niet* uit?

Er volgt *wel* uit dat de schuldeischer tegenover beide echtgenooten dezelfde regten kan uitoefenen die hij zou kunnen doen gelden als zij werkelijk in gemeenschap waren gehuwd; er volgt *niet* uit, dat hij op eenige *meerdere* voordeelen aanspraak heeft.

Ik begin met het eerste, en onderstel dat er werkelijk gemeenschap bestaat. De man gaat een schuld aan; wat beteekent dit? Hij verbindt alleen zich zelve, maar niet zijne vrouw, noch hoofdelijk, noch voor de helft; hierover zijn ook de Hooge Raad, de Advocaat-Generaal en de heer DE PINTO het ééns. Bestond er tusschen man en vrouw slechts een eenvoudige maatschap, dan zou de crediteur dus ook maar verhaal hebben op de helft van het gemeene goed. Was die toereikend, des te beter voor hem; was ze dit niet dan zou hij geduld moeten nemen. Maar nu bestaat er hier krachtens een positive wetsbepaling iets anders dan maatschap; de crediteur kan zijn schuld op van de gemeenschap verhalen, *niet* omdat de vrouw zijn schuldenaresse is, maar omdat de gemeenschap in haar geheel aansprakelijk is voor de schulden van ieder der echtgenooten. Gesteld zelfs, de man had eigen goed buiten de gemeenschap gehouden, de schuldeischer zou niet verplicht zijn dat bij voorkeur aan te spreken; hij zou als 't hem beter uitkwam, zich uitsluitend kunnen houden aan de goederen van de gemeenschap.

Maar stel nu verder, de gemeenschap wordt ontbonden, b. v. door den dood van den man. Nu kan de vrouw twee dingen doen; ze kan zich de gemeenschap laten aanleunen, of zij kan er afstand van doen.

In 't laatste geval is zij tegenover de crediteuren van alle door den man gemaakte schulden af (1); in 't eerste alleen van die, welke hij vóór het huwelijk gemaakt had. Voor degene die hij staande huwelijk gemaakt heeft, wordt zij daarentegen voor de helft *persoonlijk* aansprakelijk, 't geen ze vroeger niet was. De crediteur kan die helft nu verhalen op de goederen die de vrouw verkrijgt zelfs jaar en dag na den dood van haar man; — en bezat de vrouw bij geval gedurende het huwelijk eenig goed dat expresselijk buiten de gemeenschap gehouden was, en waar dus de crediteur staande het huwelijk niet aan raken kon, hij zal het nu kunnen aanspreken voor de helft van zijn pretensie.

Om mijn meening door een voorbeeld duidelijk te maken: De huwelijksche voorwaarden worden overgeschreven den 15 Januarij; de gemeenschap heeft eene waarde 20000 gld.; — buiten gemeenschap blijft, van den man 5000 gld., van de vrouw 10000 gld. In Februarij raakt de man schuldig 40000 gld.

Nu kan de crediteur 20000 gld. verhalen op de gemeenschap, en 5000 gld. op den man, voor de overige 15000 gld. moet hij geduld nemen. Maar nu komt in Maart de man te sterven en de vrouw doet geen afstand van de gemeenschap. Nu kan de crediteur nog voor 7500 gld. beslag leggen op het goed van de vrouw; de wederhelft moet hij zien te krijgen van de erfgenamen van den man.

Was het goed van de vrouw maar 4000 gld. waard, dan hield de crediteur van haar nog 3500 gld. te goed, waarvoor hij later nog beslag kan leggen b. v. als zij soms nog iets komt te erven.

Voor al die executiën van den crediteur bestaat echter

(1) en ook voor een deel van degene die zij op haar eigen geweten heeft; — maar die laat ik buiten beschouwing.

één groote *mits*, namelijk dat het goed nog aanwezig zij als hij beslag wil leggen; noch de man, noch de vrouw zijn verplicht het ten zijnen gerieve te bewaren, en hij heeft ook niet het minste regt om het aan te spreken als het aan derden mogt overgegaan zijn. Dit alles komt mij zóó eenvoudig voor, dat ik eenigermate bevreesd ben voor de vraag, of het wel gepast is het in een tijdschrift als de *Themis* in herinnering te brengen. Ik ben dan ook overtuigd dat noch de Hr. M. DE PINTO noch iemand anders het tegen zal spreken. En toch, de toepassing die, in deze quaestie, van art. 1177 B. W. gemaakt is, noodzaakt mij nog een oogenblik bij de zaak stil te staan.

Wat beteekent dat artikel?

Dat op alle roerende en onroerende goederen van den schuldenaar een stilzwijgende hypotheek ligt? Zeker niet. Dat de schuldenaar niet vermag te vervreemden de goederen die hij bezit tijdens het ontstaan van zijn schuld, of op het oogenblik van de dagvaarding, of zelfs maar van het vonnis? Niemand zal het beweerden.

Het wil eenvoudig zeggen: Wanneer de schuldeischer aan 't executeren gaat, kan hij zijn hand leggen op al wat hij vindt; en, is hij niet voldaan, dan kan hij in de toekomst voortgaan met beslag te leggen al naar gelang er later wat bij komt; maar beslag leggen op wat er niet meer is kan hij niet, al was het ook aanwezig toen de schuld ontstond; de *tegenwoordige* en *toekomstige* goederen zijn aansprakelijk, niet ook de *gewezene*.

Dit algemeene beginsel wordt nu gewijzigd door een aantal bepalingen in de wetboeken van burgerlijk regt, van regtsvordering en van koophandel; waar evenwel geen positive wetsbepaling eene wijziging vaststelt, blijft het beginsel bestaan.

Waar staat nu geschreven dat een crediteur meer of ander regt heeft op de goederen der gemeenschap van een echtpaar dan op die van een éénlopenden man of vrouw?

Zoover mij bekend, nergens.

De echtgenooten kunnen de goederen van die gemeen-

schap dus vervreemden, bezwaren en weggeven zooveel ze blijven, en dat zelfs al zijn ze gedagvaard, al zijn ze veroordeeld, zoolang er maar geen beslag gelegd is. Alleen kunnen de crediteuren, als zij er tijdig bij zijn, op de roerende goederen conservatoir beslag leggen; ten opzichte van het onroerend goed zijn ze magteloos, op het precaire middel na van de *pauliana*.

Is dit het geval voor een *werkelijke* gemeenschap, waarom moet dan de schuldeischer van betere conditie worden bij de *gefingeerde* gemeenschap, die in zijn belang aangenomen wordt als de huwelijksche voorwaarden niet overgeschreven waren tijdens het ontstaan van de schuld? Volgens art. 207 wordt hij schuldeischer van die *fictive* gemeenschap, en zoolang het huwelijkscontract niet overgeschreven is kan hij, als hij maar een executorialen titel heeft, beslag leggen op het goed als ware het werkelijk in de gemeenschap; maar er staat nergens geschreven dat de vrouw verplicht is het ten zijnen behoeve in die gemeenschap te *laten*, evenmin als zij en haar man verplicht zouden zijn het niet te vervreemden als het *werkelijk* in de gemeenschap was. Die bewering zou alleen opgaan, wanneer het huwelijksgoed bij ons het karakter had van *onvervreemdbaarheid*; en zelfs dán zou het nog zeer afhangen van de wijze waarop dat beginsel bij de wet geregeld was, of *in casu* de actie tot herroeping van de alienatie aan den schuldeischer *in abstracto* zou toekomen en *in concreto* veel voordeel zou doen.

Die onvervreemdbaarheid bestaat evenwel niet, en de schuldeischer zal slechts dán op het goed der vrouw beslag kunnen leggen, als de huwelijksche voorwaarden niet overgeschreven zijn binnen de twee of de dertig dagen na het bevel tot betaling, al naar gelang het roerend of onroerend goed geldt; — het conservatoir beslag op roerend goed dáárgelaten. De nalatigheid in 't doen overschrijven vóór het ontstaan der schuld maakt, dat de vrouw eventueel, als de gemeenschap gescheiden is, voor de helft schuldenaresse zal zijn; dát ligt er toe en dat moet ze zich getroosten; maar het staat nergens geschreven dat ze verstoken zal zijn

van haar regt (1) om de huwelijksche voorwaarden tegenover een *iegelijk* te doen werken, ten bate van een crediteur, die niet zou kunnen vergen dat het goed werd aanwezig gehouden, *al was het ook werkelijk in de gemeenschap.* (2)

(1) Ze zal, meen ik, dit regt ten allen tijde kunnen uitoefenen door de huwelijksche voorwaarden te doen overschrijven, ook zonder magtiging en zelfs ondanks haar man.

Als zij immers naar de griffie gaat om die acte te doen overschrijven, verschijnt zij niet in regten; evenmin kan men beweerden dat ze iets geeft, vervreemdt, verpandt, verkrijgt, of eenige verbintenis aangaat.

Bovendien, de wet zegt nergens dat de acte enkel door de partijen ter overschrijving mag aangeboden worden. Of 't niet wenschelijk ware dat aangaande deze inschrijving niet alleen, maar ook omtrent andere overschrijvingen in openbare registers, b. v. van hypotheeken en kadaster, eenige voorschriften bestonden, om inmenging van geheel onbevoegden uit te sluiten, is eene vraag die overweging verdient.

De regeling zou intusschen zeer moeilijk zijn. Menigeen kan belang hebben bij een overschrijving al is hij geen partij in de acte, en aan de willekeur van den ambtenaar mag ook niets worden overgelaten.

(2) Zoodanig goed, als 't onroerend is, kan *a fortiori* ook worden gehypothekeerd. Dit kan natuurlijk ook gebeuren met het grondstuk in de *fictive* gemeenschap. Wat wordt dáár van in 't systeem van 't arrest? Stel, de *vrouw* heeft het, volmaakt correct, gehypothekeerd, met magtiging van den man; zal onze crediteur dan kunnen zeggen: tegen mij geldt die hypotheek niet; — want, als 't goed in de gemeenschap was had het moeten gehypothekeerd worden door den *man*? Want, let wel, art. 207 zegt niet dat *de echtgenooten* de bepalingen niet zullen kunnen tegenwerpen, maar dat die bepalingen *niet zullen gelden* ten opzichte van derden.

Laat, om een eenvoudiger geval te nemen, de hypotheek geheel weg. De man drijft een affaire in zijn eigen huis, de vrouw b. v. een bleekerij op een erf buiten de stad, 't welk buiten de gemeenschap gehouden is. A leent geld aan den man vóór de overschrijving. B, door de vrouw om een leening aangezocht, is een secuur persoon, gaat naar de griffie, en vindt de voorwaarden overgeschreven of vindt ze niet overgeschreven, maar verlangt, omdat hij van de zaken van den man niets af weet, dat het geschieden zal eer hij zijn geld schiet, tot welks aanneming de vrouw bij de acte door den man wordt gemagtigd. Hij heeft dus al gedaan wat hij doen kan. Of de man reeds vroeger schulden gemaakt heeft is een zaak die hij onmogelijk kan te weten komen.

Wat volgt nu uit het systeem van den Hoogen Raad? Dat de

Is deze uitlegging juist, dan vervalt ook alle bezwaar ten aanzien van de schulden door den man vóór het huwelijk aangegaan.

Die schulden vallen, zooals hierboven werd aangetoond, bijna altijd in de gemeenschap, al zijn zij ook door de huwelijksche voorwaarden uitgesloten; en wel, omdat er doorgaans eenige tijd (1) verloopt eer die voorwaarden overgeschreven worden.

Voor die schulden kan dus, volgens den Hoogen Raad, het goed van de vrouw worden aangesproken zoolang de gemeenschap duurt; in gewone gevallen dus, zoolang de man leeft; — volgens mijne uitlegging alleen dán, als het beslag gelegd wordt in den tijd tusschen het huwelijk en het inschrijven van de voorwaarden.

Is de gemeenschap ontbonden, dan kan nóch in 't systeem van den Hoogen Raad noch in 't tegenovergestelde de vrouw door de schuldeischers van den man worden bemoeilijkt, ook al heeft ze geen afstand van de gemeenschap gedaan (186 B. W.), en ze zal ook jegens de erfgenamen van den man niet voor de helft verbonden zijn, want *tusschen haar en*

onvoorzigtige A mée kan aanspreken den waarborg van den voorzigtigen B, terwijl deze aan het huis van den man niet kan raken. Ware hij minder secuur geweest, dan zou hij ook met A mee kunnen concurreren op het huis van den man.

Aan hen, die op utiliteitsgronden het stelsel van den Hoogen Raad toejuichen, zij dit geval ter overweging aanbevolen. Zij hebben groote meewarigheid met de crediteurs van den man; zijn die van de vrouw dan minder interessant?

(1) Bij een arrest van het Hof van Gelderland (*Weekbl. v. h. Regt* 502) is indertijd aangenomen dat er ('t geen de heer DIEPHUIS niet zou toegeven) altijd noodwendig zekere tijd tusschen het huwelijk en de overschrijving van de voorwaarden verlopen moet, waarvan derden geen partij trekken mogen. Maar vooreerst is dat al een heel oud arrest, uit den tijd dat men over wets-interpretatie nog al ruime idées had; ten andere is het, meen ik, éénig in zijn soort, en in geen geval is die leer door een arrest van den Hoogen Raad bevestigd; — en eindelijk is het blijkbaar ontstaan uit een welmeenende zucht om, uit billijkheid, een leemte in de wet aan te vullen. Hoe lang duurt die noodwendige tijd wel? Een maand, een jaar, of een eeuw?

hem hebben de huwelijksche voorwaarden onmiddellijk gewerkt.

In mijne opvatting dus wordt het doel van de clause in alle gevallen volkomen bereikt; — in die van het arrest kunnen, ondanks dat beding, al de oude schulden van den man gekweten worden uit het goed van de vrouw; iets waarvan ze veel verdriet kan hebben gedurende zijn leven, en waarvoor ze in hare pretensie tegen zijne erfgenamen vaak slechts een schrale vergoeding zal vinden na zijn dood.

Is bovenstaande opvatting van art. 207 & 1177 B. W. in regten gegrond, ik zie ook niet in dat ze in de praktijk zoo onbillijk is. Men geeft hoog op van verwachtingen der schuldeischers, — het arrest spreekt zelfs van *verkregeu regten*, en de advocaat-generaal haalt een plaats aan over *geheim gehouden* huwelijksche voorwaarden.

Mij dunkt, deze schuldeischers zijn er niet erger aan toe dan zooveel andere crediteuren, en indien ze bedrogen uitkomen is het vrij wat meer hun eigen schuld dan in zoo menig ander geval. De echtgenooten zijn volstrekt niet méér verplicht aan het publiek inzage in hunne zaken te geven dan b. v. de directeur van een maatschappij, dien zijne particuliere leveranciers onbeperkt crediet geven omdat er in zijne zaak hooge dividenden worden uitgekeerd. Van *geheimhouding* in slechten zin kan er dus geen sprake zijn. Dit zou eerst dán het geval wezen indien de echtgenooten, door de wederpartij ondervraagd eer hij crediet gaf, het bestaan van een huwelijkscontract hadden ontkend. En als nu werkelijk de schuldeischer enkel crediet verleent op grond van 't fortuin van de vrouw, waarom *doet* hij dan die vraag niet? Een wél geconstateerde ontkenning door de echtgenooten zou dan al zeer ligt de beteekenis krijgen, dat zij tegenover *dezen* crediteur aan 't beneficie van hun huwelijkscontract renuntieeren. Alleen dán zou er die beteekenis niet aan kunnen gegeven worden, indien er eenig huwelijksgoed bestond dat *zelfs met toestemming van de vrouw* niet mogt worden vervreemd (1). Maar zulk goed kent onze wet niet.

(1) Dit was de voorname aanleiding tot de Fransche wet van 10 Julij 50.

En wil de crediteur nog meer zekerheid hebben, welnu laat hem dan de vrouw meê doen teekenen. Maar als hij alle precautiën verzuimt, en aan den man crediet geeft enkel omdat hij zich in zijn hoofd heeft gezet dat er vast wel gemeenschap zal wezen, laat hem dan ook de gevolgen van zijn eigen ligtzinnigheid dragen, en laat hem vooral niet komen praten van zoogenaamde *verkregeu regten*, die niet meer of niet minder beteekenen kunnen dan de verkregen regten van Uw kleermaker op het horologie dat gij op zak hadt, toen hij U Uwen nieuwen jas t'huis bragt. Dát regt waarborgt hem art. 207 B. W., en dát regt krijgt hij ten volle. Wilde hij méér krijgen, art. 207 of 1177 zouden anders moeten luiden dan zij doen.

Ten slotte nog een enkele opmerking over huwelijken in 't buitenland gesloten. Over zoodanig huwelijk *van een Nederlander* wordt in 't volgende opstel in een ander verband nader gesproken. Hier slechts een paar woorden over het huwelijk van vreemdelingen buitenslands gesloten; over *buitenlandsche huwelijken* dus in den eigenlijken zin.

Een ieder kan zijn eigen opinie hebben bijv. over den regts-toestand van het onroerend goed door een der echtgenooten hier te lande (1) bezeten; maar tegelijk zal iedereen toegeven dat er doorgaans allerlei andere opiniën mogelijk zullen zijn, en dat de uitslag van een proces een hoogst onzekere zaak zou wezen. Het ware dus zeer begrijpelijk dat de echtgenooten die questiën zooveel mogelijk wenschten af te snijden door hunne huwelijksche voorwaarden hier te lande te doen overschrijven, of, als de wetgeving van hun land zoodanige voorwaarden niet toelaat, de wettelijke bepalingen die hun vermogen beheerschen, en die hier de functie van huwelijksche voorwaarden zouden vervullen.

Is zoodanige overschrijving mogelijk?

Dat twee vreemdelingen hier te lande trouwen kunnen

(1) Men denke b. v. aan al het vaste goed van Belgische eigenaren in Staats-Vlaanderen, Noord-Brabant en Limburg.

is boven bedenking; onze huwelijksregisters zijn dus niet *per se* gesloten voor huwelijken van vreemdelingen; en bij gevolg, onze registers ter griffie ook niet voor hunne huwelijksche voorwaarden.

Dat vreemdelingen buitenslands gehuwd hun trouwacte niet eenvoudig hierheen kunnen zenden om ergens ingeschreven te worden is, dunkt mij, evenééns duidelijk; zelfs Nederlanders zouden hierheen moeten overkomen en zich ergens vestigen. Maar kunnen vreemdelingen, die hun domicilie hierheen overbrengen, vorderen dat hun huwelijksacte hier overgeschreven worde? Met den besten wil kan ik geene wetsbepaling vinden waarop zij hunnen eisch kunnen gronden. Bij gevolg kunnen zij ook hun huwelijkscontract hier niet laten overschrijven, en al was het, *par impossible*, geschied, het zou hun toch niets baten, want derden zouden altijd kunnen tegenwerpen: wijs mij de gemeente binnen dit arrondissement, te wier secretarie uw huwelijk in 't register is ingeschreven.

Een van beiden dus; — of die overschrijving moet mogelijk gemaakt worden, of het gevolg van een buitenlandsch huwelijk op binnenslands gelegen goederen moet worden omschreven. Zooals de wet nu is, weet de vreemdeling niet waar hij aan toe is, en kan hij, met de meest mogelijke diligentie, zich ook niet voor moeilijkheden vrijwaren.

Moge bij de in uitzigt gestelde herziening van 't Burgerlijk Wetboek ook op het *internationale* privaatrecht, zoover het voor éézijdige regeling vatbaar is, worden gelet!

Welken invloed heeft art. 207 als de man in staat van faillissement of ('t geen ten deze hetzelfde is ingevolgt art. 897 B. Rv.) in staat van kennelijk onvermogen raakt, of boedelaftand doet?

Laat ons eerst aannemen dat de huwelijksche voorwaarden in 't geheel niet zijn ingeschreven op den dag dat het faillissement verklaard of de boedelaftand toegelaten wordt.

Moeten de curatoren het goed van de vrouw nu op hun balans brengen of niet?

Art. 880 Wetb. v. Kh. zegt, dat de aanbrengr der buiten gemeenschap gehouden goederen door de vrouw bewezen wordt volgens art. 205 B. W.

Voor ons geval is de juiste uitlegging van dit art. van weinig of van overwegend belang, al naar gelang van de theorie die men aanneemt omtrent het karakter van de curatoren.

Vertegenwoordigen zij den man, dan *kunnen* zij aan de vrouw het gemis van inschrijving niet tegenwerpen, want de man zou het niet kunnen; maar vertegenwoordigen zij de crediteuren, dan *moeten* zij het doen, als nl. art. 880 het toelaat, dat enkel art. 205 B. W. aanhaalt, maar over art. 207 zwijgt.

Men kan beweerē: het Wetb. van Kooph. bevat eene speciale regeling van de *geheele* materie; als het art. 207 *niet* en art. 205 wēl heeft aangehaald, dan is het omdat het art. 205 *wel* en art. 207 *niet* wil toegepast zien; art. 880 al. 1 en 3 moeten te zamen aldus gelezen worden: de buiten gemeenschap getrouwde vrouw neemt terug al hetgeen bij de huwelijksvoltrekking te haren name stond, en al wat vermeld staat op den annexen staat van art. 205 B. R.

Men kan evenwel óók zeggen: art. 880 staat daar, om duidelijk te doen uitkomen dat de vroegere strenge bepalingen van den ouden franschen Code de Commerce niet meer gelden; dat de vrouw ten opzichte van het bewijs weer terugkeert onder 't gemeene regt. Het art. spreekt dan ook enkel van het formeel bewijs, en laat de materiele regtsverhoudingen uit art. 205 in verband met 207 ontstaande in hun geheel.

Is deze opvatting, gelijk mij voorkomt, juist, dan komt alles weer aan op de vraag waarmeē men begon: treden curatoren op voor den failliet of voor de schuldeischers?

Ten deze kunnen zij, dunkt mij, moeielijk anders dan als vertegenwoordigers van de crediteuren beschouwd worden;

de faillietverklaring zelve is een soort van beslag, en heeft daarom ten nadeele van de vrouw hetzelfde gevolg als het beslag door een individuelen schuldeischer op haar goed gelegd. Stel, zoodanig beslag ware inderdaad gelegd, de verdere uitvoering zou ingevolge art. 771 K. worden gestaakt, en het goed in de algemeene massa komen om te gelde gemaakt te worden. In 't geval van art. 772 kunnen curatoren den verkoop laten doorgaan, maar de opbrengst zal in haar geheel ten bate van den boedel komen.

Bij boedelafstand wordt de zaak anders.

Is hij vrijwillig, dan kan de man het goed niet ten verkoop afstaan, want het hoort niet aan hem, en hij heeft er ook geen regt van beschikking over zonder toestemming van de vrouw.

Maar ook hij geregtelijken boedelafstand kan het niet anders zijn; het wezen van de heele zaak komt toch altijd hierop neer, dat de crediteuren, 't zij dan gedwongen of vrijwillig, in 't bezit komen van de goederen en regten van den debiteur, om zich daarop te verhalen zooveel ze kunnen; al worden de curatoren dus voor de liquidatie verwezen naar de titels aangaande kennelijk onvermogen en faillissement, toch zullen ze niet, zooals de curatoren van die titels, zelfstandige regten van de schuldeischers kunnen doen gelden maar alleen de regten die de debiteur zelf zou hebben kunnen uitoefenen.

Zoodra de boedelafstand is toegestaan zijn alle vervolgingen geschorst, en die schorsing duurt tot aan 't ontslag van den curator.

In dien tijd kan het beslag op het goed van de vrouw niet worden gelegd, want de crediteurs hebben geen hypotheekregt op dat goed; hun beslag geschiedt bij wijze van executie tegen den man. (1)

Maar als de curators ontslagen zijn?

(1) Hierin zal dus een grond voor hen liggen om zich tegen het verzoek om boedelafstand te verzetten, of om dadelijk beslag te leggen.

Het antwoord komt mij, op grond van art. 709 3e al. B. Rv., twijfelachtig voor. (1)

Maar hoe, als op 't oogenblik van den boedelafstand reeds beslag gelegd was? Curatoren zouden niet bevoegd zijn er zich mee te moeien, de crediteur zal er zelf mee voort moeten gaan, en de andere schuldeischers in verzet kunnen komen op de gewone manier.

Tot hiertoe is ondersteld dat de huwelijksche voorwaarden niet overgeschreven zijn.

Dat die overschrijving ná de uitspraak van faillissement of kennelijk onvermogen niet baat, is duidelijk; beide staan gelijk met een beslag. Bij boedelafstand vervalt alle questie, want het goed van de vrouw blijft daar geheel buiten.

Maar nu de overschrijving vóór het faillissement.

Ik begin met de onderstelling dat ze posterieur is aan al de schulden.

(1) Wil de slotperiode alleen zeggen dat de crediteurs hun aanspraken behouden voor het overschot hunner vordering, dan is zij een zinnelooze herhaling van de eerste phrase. Zij moet dus wel zóó opgevat worden: de crediteurs kunnen, na het ontslag der curatoren, den cessionaris niet individueel aanspreken. Hij is alleen gehouden zijn opgekomen goed aan de *gezamentlijke* schuldeischers af te staan, op den voet van art. 887 K.

Maar juist dien toestand heeft de wetgever voor een cessionaris die geen koopman is niet gewild, blijkens art. 720 coll. 897 B. Rv.

Maar al heeft hij het niet gewild, heeft hij het, uit onachtzaamheid en door zich slecht uit te drukken, dan toch door onze 3e al. 709 Rv. niet bepaald *zonder* het te willen?

Het zou zeker niet de eenige maal zijn dat zoo iets den Nederlandschen wetgever overkomen is; en bij de wijze waarop hij pleegt te werken, kan men veilig profeteeren dat hij het nog wel eens meer doen zal. In dezen eigensten titel vindt men er nog een voorbeeld van: uit de redactie van art. 720 heeft de Regt. te Amsterdam (Wbl. v. h. R. no. 1223) het curieuse, maar toch zeer juiste gevolg afgeleid, dat een cessionaris die géén koopman is, wél een accoord mag aanbieden, maar een die wél koopman is, *niet*.

Zooals de Hooge Raad art. 207 B. W. opvat is de overschrijving dan werkeloos, want al de schuldeischers zouden kunnen executeeren.

Volgens mijne opvatting treft ze doel; want geen schuldeischer heeft nog beslag gelegd.

Maar hoe nu, als de inschrijving posterieur is aan sommige, antérieur aan andere schulden?

In mijn stelsel, altijd aangenomen dat nog geen crediteur het goed aangesproken heeft, is de overschrijving werkzaam tegen allen.

Maar hoe nu in 't systeem van den Hoogen Raad? De postérieure schuldeischers hebben ook in dat stelsel op dat goed niet het allermintst regt; de antérieure daarentegen wèl.

Moeten de curatoren het nu. op de balans brengen, en verkoopen ten profijte van die antérieure schuldeischers?

Maar met welk regt zullen ze het doen? — Als representerende den man kunnen ze het niet; het zou dus moeten zijn als uitoefenende de regten van de schuldeischers. Maar ze kunnen slechts uitoefenen regten van de *gezamenlijke* schuldeischers. Uit welke wetsbepaling laat zich afleiden dat ze kunnen optreden voor *sommigen*?

In 't geval van de preferente schuldvordering hebben toch *al* de crediteurs regt op het goed; — de één heeft een sterker regt dan de ander, maar als er wat overschiet komt het aan allen te goed.

De zaak schijnt bovendien onmogelijk in de uitvoering. Want, stel dat curatoren beginnen met de opbrengst van dat goed aan de antérieure schuldeischers uit te keeren dan kunnen deze of geheel voldaan zijn of hun pretentie wordt ten minste zooveel kleiner, en daardoor de percenten van de postérieure schuldeischers zooveel grooter. Zoodoende zou dus dat goed van de vrouw indirect strekken tot betaling van die postérieure schuldeischers, die er dan toch geen zweem van regt op hebben (1).

(1) Hiertoe zou het ook strekken als de vrouw zich voor een bepaalde schuld van den man borg gesteld had. Maar ons geval kan onmogelijk als een soort van stilzwijgenden borgtogt opgevat worden B. W. a. 1861.

Om deze onwettigheid te voorkomen zou men met de verdeeling moeten wachten tot aan 't einde van 't faillissement; in de meeste gevallen dus tot in 't oneindige, want de waarschijnlijkheid van art. 885 K. is nog geen zekerheid; om niet eens te spreken van de vele faillissementen die in de lucht blijven hangen, omdat het, wegens *insuffisance d' actif* niet tot toepassing van art. 885 komt.

Zouden in zoo'n geval curatoren een apart vergaderingetje moeten houden met die quasi-crediteuren van de vrouw? Dit evenwel daargelaten, hoe is zoo'n dubbele boedel, zulk een stel van twee parallele faillissementen en rangregelingen te rijmen met onze wet? hoe komen curatoren aan de bevoegdheid om te maken twee massas, en rekening te doen aan twee vergaderingen.

Hoe dit alles in 't stelsel van den Hoogen Raad gaan moet, schijnt dus niet zeer duidelijk.

Een laatste onderstelling is, dat tijdens de faillietverklaring reeds beslag was gelegd. In 't stelsel van den Hoogen Raad wordt de executie gestaakt, en dan komen curatoren bij de verdeeling van de opbrengst wederom in dezelfde moeilijkheid. Zelfs al gaat de verkoop dóór, de opbrengst zou immers altijd aan den boedel moeten komen, want de executant heeft noch pand, noch privilegie, noch hypotheek. K. 772.

In mijn stelsel blijft de zaak geheel buiten curatoren. De arrestant gaat voort, en de overige regthebbenden onder de crediteuren kunnen hunne regten op de opbrengst langs den gewonen weg doen gelden.

In 't faillissement worden zij dan geverifieerd voor het onverhaald gebleven gedeelte. Mogt de executie van 't goed der vrouw door bijkomende incidenten zóó vertraagd worden, dat de afdoening van het faillissement er niet op wachten kan, dan wordt gehandeld volgens art. 779-82 K.

A. J. W. FARNCOMBE SANDERS.

BURGERLIJK REGT. — *Huwelijken van Nederlanders
buitenslands ten overstaan van Nederlandsche
Consuls.*

Bij eene eventuele herziening van ons Burgerlijk Wetboek zullen de bepalingen rakende den burgerlijken stand en het huwelijk waarschijnlijk wel niet in allen deele onveranderd blijven.

Het doel van de volgende regelen is, de aandacht te vestigen op eene leemte die, waarschijnlijk omdat men er niet aan gedacht heeft, ook na de Consulaire (1) wet van 71 (door de novelle van 75 ten deze niet gewijzigd) is overgebleven.

Volgens art. 12 dier wet zijn de nader door den Koning aan te wijzen consuls (2) bevoegd tot alle verrigtingen, aan de ambtenaren van den burgerlijken stand bij de Nederlandsche wetten opgedragen.

Volgens art. 14 worden hunne acten van den burgerlijken stand ingeschreven in één of meer registers, gehouden op de wijze bij het Burgerlijk Wetboek voorgeschreven (het huwelijksregister dus *in duplo*).

Een der dubbelen wordt bewaard in 't Consulair archief, het andere wordt aan den Minister van buitenlandsche zaken opgezonden.

Wanneer dit geschieden zal, meldt de wet niet; de bedoeling is evenwel kennelijk dat de registers ieder jaar afgesloten en opgezonden zullen worden; en dit is ook, meen ik, de praktijk.

Eene leemte in de consulaire wet, in ons herzien B. W. kwalijk te verhelpen, is, dat de controle niet is geregeld.

(1) Engelsche parlamentsacten van blijvend belang bevatten doorgaans eene bepaling: "deze acte zal (*in alle officieele stukken*) kunnen aangehaald worden onder de (*zeer verkorte*) benaming van: . . ."

Waarom kan dit bij ons óók niet? b.v.: schoolwet van 1878; consulaire wet van 1871; niets belet er het no. van 't Staatsblad bij aan te halen.

(2) Korthedshalve gebruik ik in dit opstel dit woord als generieke benaming voor alle consulaire ambtenaren.

Welk parket zou bij ons competent zijn om de registers na te zien? ik meen niet: officieus, om den Minister van Buitenlandsche Zaken een dienst te bewijzen; maar officieel, met bevoegdheid om proces-verbaal van zijn bevinding op te maken.

Er blijft dus aan den Minister niet over, dan de registers aan zijn departement te laten nazien, 't geen wegens den technischen aard der zaak minder waarborg oplevert, of ze te zenden aan zijn Collega voor Justitie met verzoek om ze voor hem na te laten kijken.

Zoodanig onderzoek kan alleen leiden tot waarschuwing aan den consul voor de toekomst, niet tot verbetering van fautieve acten, evenmin als zulks voor binnenlandsche huwelijken het geval is. (1) De consulaire novelle van 1875, St.bl. no. 201 art. 3, heeft ten deze niets veranderd.

Laat zich deze gedwongen werkeloosheid van 't openbaar ministerie ten onzent zeer goed verdedigen, eenige nadere voorziening ware wenschelijk ten opzichte der registers van consuls, die misschien niet eens hollandsch kennen, laat staan onze hollandsche wetten, en die somtijds misschien slechts ééns in de vijf jaren in de gelegenheid zijn zullen, eene acte van den burgerlijken stand op te maken. (2)

Maar als nu de dubbelen eenmaal nagezien zijn, wat gebeurt er dan verder?

Ingevolge art. 15 zendt de Minister een afschrift der

(1) Bij de behandeling van art. 829 vlgg, Burg. Regtsv. is wel aan zoo iets gedacht, maar de zaak is in de pen gebleven. Al bestond een register uit louter onwettige acten, opgemaakt door iemand die er niet bevoegd toe was, het openbaar ministerie zou lijdelijk moeten toezien; men denke b. v. aan de questie van Utingeradeel. Het register, als zoodanig, blijft ten eeuwigen dage bestaan, en er kan alleen sprake zijn van stuksgewijze verbetering der afzonderlijke acten, al naar gelang die door de belanghebbenden wordt gevraagd; — nooit op aanvraag, ambtshalve, van 't openbaar ministerie.

(2) Met loffelijke voorzorg heeft het Dept. van buitenl. zaken voor een formulierboek gezorgd. Of het altijd helpen zal?

huwelijksacte aan den ambtenaar van den burgerlijken stand der gemeente waar de huwelijksafkondigingen hebben plaats gehad, of, zoo dit in meer dan eene gemeente is geschied, waar de bruidegom tijdens of binnen zes maanden vóór die afkondigingen gevestigd was.

In de gevallen waaarin dit artikel niet kan toegepast worden, wordt het afschrift verzonden aan den Officier van Justitie bij de regtbank te Amsterdam en ter griffie van die regtbank bewaard.

Welke die gevallen zijn leert art. 13. De afkondigingen volgens art. 131 B. W. zijn niet verplichtend, wanneer de echtgenooten geene woonplaats hebben, noch gedurende de laatste zes maanden gehad hebben, binnen het Rijk; Art. 139 B. W. is ten deze toepasselijk."

De bedoeling is duidelijk. De wetgever wilde, althans voor huwelijken bij een Nederlandschen consul, al de twistvragen afsnijden betreffende afkondigingen, als de partijen reeds meer dan zes maanden geen domicilie in het Rijk hadden (1).

(1) Bij missive van 31 Juli 1875 schreef de Min. van Binnenl. Zaken de Commissarissen des Konings aan, om geen nationaliteitsbewijzen af te geven ten behoeve van vrouwen of kinderen van Nederlanders, die buitenslands met eene vreemde vrouw een huwelijk aangegaan hebben zonder voorafgaande afkondigingen hier te lande. Op grond van art. 138 B. W. (of liever van *zijne interpretatie* van dat artikel) verklaart de Minister, dat die huwelijken „geen waarde hebben“, zoodat noch de vrouw, noch de kinderen ten gevolge daarvan Nederlanders zijn. Het volgend jaar kwam de Minister op zijne uitspraak in zóóverre terug, dat die huwelijken alleen dan „absoluut nietig“ zouden zijn, als de Nederlandsche man in de laatste zes maanden vóór het huwelijk hier te lande domicilie had gehad. (Missive 24 Febr. 1876).

De geheele strijdvrage is overbekend, en de persoonlijke meening van den heer HEEMSKERK Az. dienaangaande heeft zeker groot gewigt. Maar gaat het áán dat, als er huwelijksacte en bezit van staat aanwezig zijn, de *administrative autoriteit* een huwelijk eenvoudig als niet bestaande aanmerkt? Moet zij het niet respecteeren zoolang het niet door den regter is nietig verklaard?

In casu klemt de vraag des te meer omdat het in Pruisen gesloten huwelijken geldt, en dat de Puissische huwelijksacten geene vermelding van huwelijksafkondigingen bevatten zoo als de onze. De overgelegde huwelijksacte was dus *formeel* volmaakt correct.

In den regel zal in zoodanig geval de afkondiging dan ook voortaan wel *niet* geschieden, en ik laat daarom de vraag dáár: Wat, als zij toch wél plaats heeft gehad? Moet de Minister het afschrift dan tóch naar Amsterdam sturen, of naar de plaats van afkondiging?

De hoofdvraag is deze: er zijn twee categoriën van acten: 1o. die naar Amsterdam worden gestuurd en daar ter griffie blijven liggen; 2o. die aan de ambtenaren van den burgerlijken stand worden gestuurd. Wat moet met die tweede soort acten gebeuren?

Mr. Diephuis (Burg. regt IV, pag. 156, 158 no. 3.) stelt zich zelve de vraag niet opzettelijk, maar neemt als evident aan, dat de ambtenaar van den burgerlijken stand ze zal inschrijven in het huwelijksregister; hij schijnt zelfs te meenen dat de consulaire wet aan den Minister bepaald opdraagt zijn afschrift aan dien ambtenaar toe te zenden *ter fine* van inschrijving.

Die opvatting komt mij vóór zeer begrijpelijk en zeer plausibel, maar toch onjuist (1).

Ze wordt zeker niet gedeeld door den tegenwoordigen president van 't Hof te 's Hertogenbosch, den Hr. VAN DER DOES DE WILLEBOIS, die bij de behandeling der wet in overweging gaf te bepalen, dat het afschrift zou ingeschreven

(1) Men zal b. v. al dadelijk zeggen: Voor de huwelijken van hen die meer dan zes maanden weg zijn verklaart art. 13 Cons. w. het art. 139 B. W. toepasselijk; nl. overschrijving van de huwelijksacte een jaar na hun terugkeer, ter diligentie van partijen; — voor de andere huwelijken zegt art. 15 niets dergelijks; het bedoelt dus kennelijk dat de toezending van het afschrift ook overschrijving zal ten gevolge hebben.

Dit is volmaakt juist; maar om de vervulling van die bedoeling mogelijk te maken had de wetgever nog een bepaling op moeten nemen die hij vergeten heeft, zoo als hieronder wordt aangetoond (bl. 487, al. 2).

Ingevolge art. 12 consulaire wet is de overschrijving van art. 139 B. W. *wat het bewijs aangaat*, voor geen enkel consulaire huwelijk meer noodig. De laatste al. van art. 13 cons. wet had dan ook wel achterwege kunnen blijven, nu er toch een dubbel van 't consulaire register in den Haag komt.

worden. Hij ontving van den Minister geen antwoord, en drong niet nader daarop aan.

Misschien zou hij het wél gedaan hebben indien hij niet voornamelijk aan het belang van die inschrijvingen voor de statistiek had gedacht, maar ook aan de gevolgen ten opzichte van de inschrijving van de huwelijksche voorwaarden, die de voorname aanleiding tot mijn betoog zijn. Misschien had hij dan zelfs aangedrongen op eenige nadere voorziening ook omtrent die huwelijksacten, die nu nergens ingeschreven worden, maar blijven berusten ter griffie te Amsterdam.

Hoe men immers ook art. 207 B. W. verder moge uitleggen, één ding staat vast: die voorwaarden kunnen, waar het een in 't buitenland gesloten huwelijk geldt, hier te lande alleen overgeschreven worden ter griffie van de regtbank binnen wier ressort de huwelijksacte is overgeschreven.

Ten opzichte van binnenlandsche huwelijken neemt de Hr. DIEPHUIS aan (Burg. R. IV, 328) dat de voorwaarden kunnen overgeschreven worden voordat het huwelijk voltrokken is, en, hoe wonderspreukig die bewering ook met het oog op de letter (1) van art. 207 moge klinken, ze is toch m. i. volkomen juist. Heeft toch de griffier of misschien de een of andere klerk ter griffie, goedgevonden die acte vóór den tijd over te schrijven, dan staat er nergens te lezen dat die overschrijving nietig zal zijn; als het later maar zóó uitkomt dat het huwelijk werkelijk voltrokken is binnen hetzelfde arrondissement, al was het ook twintig jaar na dato.

Maar ten opzichte van buitenslands gesloten huwelijken is het doorgaans anders.

Al vinden immers de echtgenooten een hulpvaardigen griffier die hun voorwaarden vóór den tijd inschrijven wil, dan zullen ze toch dikwerf nog in 't onzekere zijn, wáár ze, bij hun terugkeer in dit land, hun woonplaats zullen vestigen; ze zullen te voren niet zeker kunnen weten of de griffie waaraan ze denken op stuk van zaken wel zal blijken de *regte*

(1) " . . . ter griffie der regtbank van het arrondissement, waarin het huwelijk is voltrokken."

griffie te zijn geweest. Ze kunnen er bovendien groot belang bij hebben, dat hunne huwelijksche voorwaarden tegenover derden *dadelijk* (1) beginnen te werken, en dat zullen ze zeker, óók na de voltrekking van 't huwelijk door den consul, *niet*, voordat, door overschrijving van hun huwelijksacte hier te lande, blijke dat de huwelijksche voorwaarden werkelijk op de *regte* griffie zijn ingeschreven.

Al de echtgenooten dus, wier huwelijksacten te Amsterdam op de griffie liggen, zijn ná de wet van 71 even goed als vóór dien tijd verplicht om de reis van Shanghai of Valparaiso hierheen te maken, ten einde hier een domicilie te verkrijgen, — vervolgens hunne huwelijksacte ter secretarie van dat domicilie te laten overschrijven, en dan eindelijk hun huwelijksche voorwaarden ter griffie van de regtbank. Volgens art. 81 B. W. toch kunnen ze wél, zonder over te komen, hier domicilie kiezen voor een bepaalde zaak, maar niet om de competentie te vestigen van een ambtenaar van den burgerlijken stand tot overschrijving van hunne huwelijksacte. Voor de geldigheid of het bewijs van hun huwelijk op zich zelf hoeven ze de reis niet te maken; want ingevolge art. 12 al. 2 der consulaire wet heeft de consulaire huwelijksacte volmaakt dezelfde kracht als ware zij hier te lande opgemaakt, even als dit, ingevolge art. 17 al. 2, het geval is met de ten overstaan van den consul opgemaakte huwelijksche voorwaarden; maar welke griffie hier te lande zou competent wezen om die voorwaarden over te schrijven?

Men zou kunnen vragen of niet art. 44 eene oplossing aanbiedt, volgens 't welk de consulaire regtbanken bevoegd zijn tot het verrigten, overeenkomstig de Nederl. wetten, van alle handelingen volgens die wetten aan de regtbanken opgedragen in zake o. a. van huwelijk en burgerlijken stand? Uit die bepaling volgt m. i. wél, dat de huwelijksche voorwaarden ter griffie van de consulaire regtbanken kunnen

(1) Stel b. v. een Hollander, tegen wien deze of gene hier te lande een excutorialen titel in handen heeft, trouwt in Japan met een Hollandsche vrouw die hier te lande bezittingen heeft. Al is de gemeenschap uitgesloten, zoo werkt die voorwaarde toch eerst na inschrijving hier te lande, en inmiddels kan de crediteur beslag leggen.

overgeschreven worden, maar er volgt niet uit dat die inschrijving kan subintreren voor de overschrijving hier te lande; eene bepaling, gelijk die voor de acten van den consul, dat zij „gelden zal als ware zij hier te lande geschied“, ontbreekt. Wel zegt art. 7, dat de grossen in executoiren vorm van de uitspraken en acten der regtbanken ook hier te lande uitvoerbaar zijn, maar dát heeft met onze questie niet te maken.

Bovendien; ruim tachtig consuls zijn bevoegd huwelijken te voltrekken, maar van deze staan drie kwart alléén, en hebben geen consulaire regtbank. En voor die drie kwart helpt ook art. 35 der wet niet, 't welk den consul wél voor buitenge-regtelijke handelingen doet subintreren voor onze kanton-regters en presidenten van regtbanken, maar niet voor de griffiers.

Hoe men de zaak dus ook bezie, het groote nut dier copie-huwelijksacten te Amsterdam blijkt niet. Competentie ter overschrijving van de huwelijksche voorwaarden vestigen ze niet; inlichting aangaande het al of niet bestaan van zulke voorwaarden, zooals een Fransche huwelijksacte dit doen zou (1), geven ze òók niet; en als bewijs voor het huwelijk gelden ze evenmin; daartoe kan alleen dienen een extract door den consul of zijn kanselier uit het bij hem verbleven register afgegeven, of door den Minister van Buitenlandsche Zaken uit het onder hem berustende dubbel; en zelfs is dit laatste méér dan questieus. De collectie Amsterdamsche afschriften maakt geen *register* uit; het is een bloemlezing uit de registers bij Buitenlandsche Zaken, bevattende de huwelijken van Nederlanders die getrouwd zijn meer dan zes maanden nadat zij het land hebben verlaten. De griffier kan er een alphabetischen of chronologishen klapper op maken ter lecture voor de meer bejaarde dames van zijne kennis, bij wijze van Haarlemsche Courant; maar dat is ook alles.

Maar zullen dan ten minste de huwelijksacten die niet

(1) Wet van 10 Julij 50.

naar Amsterdam maar naar de ambtenaren van den burgerlijken stand gezonden worden, aldaar in de registers komen? Ik geloof het niet.

Dit zijn de acten van hen die gedurende de laatste zes maanden woonplaats in 't Rijk hebben gehad. Ze omvatten dus twee categorien: 1o hen die buitenslands trouwen, maar hier nog altijd domicilie hebben; 2o hen die nog geen zes maanden vertrokken zijn, maar hier toch geen domicilie meer hebben.

De eerste soort kan de ambtenaar inschrijven, de laatste niet, al hebben er ook huwelijksafkondigingen plaats gehad. Art. 139 B. W. evenmin als art 47 geeft hem die bevoegdheid. Ze zou dus uitdrukkelijk moeten verleend zijn bij de consulaire wet, maar dat is ze niet, ondanks de zeer juiste opmerking van den Hr VAN DER DOES DE WILLEBOIS.

Art. 15 dier wet, die beide categorien omvat, kan dus niet, zoo als de Hr. DIEPHUIS schijnt te meenen, eene opdracht aan den Minister bevatten om de inschrijving te vragen. De toezending heeft geen ander gevolg dan een bloote kennisgeving, en 't blijft aan de administrative scherppzinnigheid van den ambtenaar v. d. burg. stand overgelaten om te beslissen wat hij met zijn afschriften zal doen. Krijgt hij er veel, dan zal hij er misschien een afzonderlijk collectietje van maken; hij kan ze ook, al naar gelang ze komen, in zijn archief voegen bij de minuten van den dag; maar *heeft* een ambtenaar van den burgerlijken stand overal wel een archief? en loopt zoo'n afschrift op veel plaatsen niet gevaar vermengd te raken met de overige papieren van de secretarie; en zal het dan later overal wel altijd even gemakkelijk terug te vinden zijn? Raakt het zoek, dan is intusschen het verlies niet groot, want bewijskracht hebben deze afschriften evenmin als degene die te Amsterdam op de griffie liggen.

Het is niet overbodig, hierbij een oogenblik stil te staan.

Hoe kan zulk een consulaire huwelijk bewezen worden?

1°. Door de acte in het register dat bij den consul verbleven is.

2°. Door een uittreksel uit dat register afgegeven door den consul. (1)

3°. Door de acte in het register dat aan Buitenlandsche Zaken is opgezonden.

Maar is

4°. de Minister wel bevoegd uit dat register uittreksels af te geven, en zoo ja, is dan de president der Regtbank te 's Gravenhage bevoegd ze te legaliseren? Is die Minister een *bewaarder* van het register in den zin der wet? Is hij er aansprakelijk voor? Heeft men tegen hem een actie tot schadevergoeding? Kan hij voor de regtbank gedaagd worden om zich te hooren condemneren in een boete van 100 gld.?

Ik betwijfel het, en betwijfel dus *a fortiori* of de afschriften, die volgens art. 15 der consulaire wet naar Amsterdam of naar de ambtenaren van den b. st. worden gezonden, wel afschriften zijn, die, al bestond het reeds aangegeven bezwaar niet, vatbaar zouden zijn om in de registers van den burgerlijken stand te worden ingeschreven. Het Burgerlijk Wetboek a. 47 en 139 spreekt van overschrijving van de huwelijksacte; de bedoeling is kennelijk niet, dat de originele acte, die ergens in eenig buitenlandsch register staat, zal worden vertoond, maar een afschrift daarvan, afgegeven door den persoon die ter plaatse daartoe competent is. (2) Daartoe kan in ons geval dienen het hierboven *sub* 2°.

(1) De legalisatie, naar analogie van art. 24 B. W., wordt onmogelijk, want de consul zou zijn eigen handteekening moeten legaliseren. Indien er een kanselier is, verdwijnt de moeilijkheid. Deze kan dan het uittreksel opmaken, en de consul legaliseren.

(2) De ontwerpers van ons Burg. Wb. hebben gemeend art. 47 Code Civil gerust te kunnen weglaten, als bevattende niets dan een speciale toepassing van 't beginsel uitgedrukt in art. 1905 B. W.

Zij zagen één ding over 't hoofd; art. 47 zeide: *Tout acte de l'état civil fait en pays étranger fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays.* Hierdoor werd aan de uittreksels uit buitenlandsche registers dezelfde exceptionneele kracht gegeven als aan de inlandsche; dat nl. de vertooning van de originele acte niet kan gevorderd worden, tenzij de valscheit van 't afschrift beweerd wordt,

vermelde uittreksel uit het register van den consul; daartoe zou ook kunnen dienen een uittreksel uit het register bij Buitenlandsche Zaken, als er kans bestond om het in behoorlijken vorm af te geven; maar daartoe kan *niet* dienen het afschrift van art. 15 der consulaire wet, waarvoor niet ééns een vorm is voorgeschreven.

Ik wil niet zeggen, dat de wetgever niet gerust had kunnen bepalen dat het er wél voor dienen zou, maar hij heeft het nu eenmaal *niet* gedaan; in een zoo streng formeele zaak als de burgerlijke stand kan men niet gaan buiten de wet.

Ná de consulaire wet zijn partijen dus eigenlijk niet veel verder dan vóór dien tijd. Willen ze hun huwelijksacte overgeschreven krijgen dan moeten ze nog altijd hier woonplaats komen nemen om hun huwelijk hier te doen inschrijven, als voorbereidende maatregel tot het overschrijven van de voorwaarden. Het eenige wat zij gewonnen hebben is, dat het uittreksel uit het register van den consul hier dezelfde bewijskracht hebben zal als een extract uit een inlandsch register; en raken ze dat kwijt, dan zullen zij er een nieuw uit het buitenland moeten laten komen, omdat behoorlijke wettelijke regeling aangaande het uitgeven van extracten uit het register, dat bij Buitenlandsche Zaken ligt, ontbreekt.

Het eenvoudigst ware wel te bepalen:

1o. dat de secretaris-generaal bij het Departement van Buitenlandsche Zaken, of zoodanige andere ambtenaar bij dat Departement als de Koning zal aanwijzen, beschouwd

en dat zoodanig uittreksel, ook al is het geen *eerste* afschrift, toch als volledig bewijs geldt. Nu was het volmaakt consequent, wanneer zoodanig stuk zonder méér in de Fransche registers werd overgeschreven.

Onze wetgever, die bepaling weglatende, verstoorde dit logisch verband, en zag bovendien over het hoofd, dat, streng genomen, ook al heeft overschrijving in een Hollandsch register plaats gehad, altijd de (feitelijk onmogelijke) vertooning van 't oorspronkelijke vreemde register zal kunnen gevorderd worden.

Bij eene eventueele herziening van 't B. W., die zeker ook wel eene betere redactie van art. 24 ten gevolge zal hebben, zou ook op dit punt dienen gelet te worden.

zal worden als de »bewaarder» in den zin der wet, van al de dubbelen van consulaire huwelijksregisters aan dat Departement aanwezig.

2o. dat de legalisatie zal geschieden door den voorzitter der regtbank te 's Gravenhage.

3o. dat de voorwaarden van alle in die registers opgenomen huwelijken kunnen overgeschreven worden ter griffie te 's Gravenhage, maar niet dan op verzoek van een der echtgenooten.

Een vierde bepaling zou verband moeten houden met eene wijziging in ons eigen huwelijksregt, waaromtrent ik de vrijheid neem naar mijne opmerkingen over art. 207 B. W. (hierboven blz. 465 vgg.) te verwijzen.

Voor binnenlandsche huwelijken zou nl. behooren bepaald te worden, dat de voorwaarden ook ten aanzien van derden beginnen te werken van den dag van het huwelijk af, en niet eerst van dien van hunne overschrijving, mits die overschrijving plaats hebbe binnen de maand na het huwelijk (1).

Voor buitenlandsche, hier consulaire, huwelijken zou die termijn, al naar gelang van de plaatsen, moeten verlengd worden en tevens bepaald, dat de overschrijving krachtens behoorlijke volmagt van een der echtgenooten geschieden kan, ook vóór dat het jaarlijksch register te 's Gravenhage is aangekomen.

Op deze wijze ware vooreerst alle twijfel aangaande de afgifte van uittreksels uit de Haagsche registers weggenomen, 't geen van belang is, niet alleen omdat het veel geriefelijker is een extract uit die registers te ligten dan het van den anderen kant van de wereld te laten komen, maar ook, omdat er nog al kans op is dat er hier en daar een consulaire register zal zoek raken, zoodat het Haagsche exemplaar alleen overblijft.

Ten andere zouden de echtgenooten van de billijke griepe

(1) Ik ga uit van de onderstelling dat het stelsel van ons Burg. Wetb. omtrent de overschrijving van de huwelijksche voorwaarden gehandhaafd wordt. Of de Fransche wet van 1850 niet misschien de voorkeur verdient, is eene vraag die buiten mijn bestek ligt.

ontheven worden, dat ze met geen mogelijkheid hun huwelijksche voorwaarden hier te lande tegenover derden kunnen doen gelden eer het misschien te laat is.

Nog ééne opmerking ten slotte. De bestaande regeling bewijst op nieuw hoe het regt van amendement, zelfs door de allerbekwaamsten uitgeoefend, storend kan ingrijpen in de économie van een wet.

In 't oorspronkelijk ontwerp bepaalde art. 13, 't geen onveranderd is aangenomen, dat de afkondigingen hier te lande niet verplichtend zullen zijn, als de echtgenooten reeds meer dan zes maanden geene woonplaats binnen het Rijk hadden. „Art. 139 B. W. is hier toepasselijk.”

Volgens art. 14 waren de consuls niet verplicht tot het houden van *registers*; ze konden de acten opmaken op een los vel papier en *in simple*.

Die acten moesten zij bewaren in hun archief, en er authentieke afschriften (óók op een los blad) van sturen aan den Minister.

Art. 15 liet er dan op volgen:

„De (1) afschriften” enz. worden door den Minister gezonden aan de ambtenaren van den burgerlijken stand of, (art. 16) waar dit niet kan, naar Amsterdam.

Dit stelsel was zeker veel minder doelmatig dan datgene 't welk een amendement van den Heer HEEMSKERK Az., er voor in de plaats stelde: registers *in duplo* op den voet van de onze, maar het was veel ondubbelzinniger ten opzichte van die „afschriften”.

In 't stelsel van 't ontwerp bestonden er geen registers, en kon er dus ook geen spraak zijn van uittreksels uit de registers. De authentieke afschriften waren de eenig mogelijke, en er kon geen questie van zijn, of zij waren geschikt om in een Nederlandsch register te worden overgeschreven.

Daar de Minister eenvoudig maar als trechter fungeerde

(1) Dit woord is in art. 15 der wet weggelaten, omdat de „authentieke afschriften” van 't ontwerp, waarop het sloeg, vervallen waren.

om die afschriften over te brengen bij den burgerlijken stand of de regtbank, was de bedoeling bovendien kennelijk, dat de eerste categorie zou ingeschreven worden in de registers, al had men ook vergeten te bepalen dat dit ook dán zou kunnen geschieden wanneer partijen geen woonplaats meer in 't land hadden.

Bij de verandering van stelsel zag men over het 't hoofd, dat men, door registers volmaakt op Nederlandschen voet aan te nemen, ook overnam de bepalingen omtrent de uittreksels uit die registers; — dat niet elk afschrift van een acte uit die registers, al ware het door een openbaar ambtenaar opgemaakt, bewijskracht heeft, maar alleen een afschrift ingerigt in den voorgeschreven vorm en door den *bewaarder* afgegeven, en dat dus een afschrift door den Minister afgegeven, zonder uitdrukkelijke wetsbepaling, even weinig aan de eischen voldoet, als dit het geval wezen zou met een afschrift opgemaakt door een notaris of een gemeente-secretaris.

Of, na deze wijzigingen, de opzending van afschriften naar Amsterdam, niet gerust zou kunnen vervallen, is een vraag die, meen ik, toestemmend mag worden beantwoord. Reeds nu zijn zij een *hors d'oeuvre*, nu ingevolge het amendement Heemskerk, de dubbelen van al de registers naar den Haag komen, waarvan in 't oorspronkelijk ontwerp geen sprake was.

Het behoeft nauwelijks gezegd te worden dat in het voorgedragen stelsel art. 838 B. Regtsv. op de registers bij Buitenl. Zaken toepasselijk zijn zal.

A. J. W. FARNCOMBE SANDERS.

HANDELSREGT. — *Nog eens de rechtskracht der in het buitenland opgemaakte dispache ten opzichte van den assuradeur hier te lande.*

Mijn artikel in *Themis*, in hetwelk ik de stellingen van Mr. WEVE bestreed, werd door dezen beantwoord in de tweede aflevering der Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving.

Ik zou dit antwoord, dat geen enkel nieuw gezichtspunt behelst, onbesproken kunnen laten, ware mij niet in bedekte termen oneerlijke polemiek ten laste gelegd. De schrijver doet het voorkomen, als had ik zijn argumenten uit hun verband gerukt.

Vooraf de mededeeling dat ik in de procedure in geen enkel opzicht betrokken was, hetgeen men wellicht uit de woorden: „bestreden door den advocaat Mr. M. TH. GOUDSMIT te Rotterdam“, zoude opmaken. De quaestie heeft voor mij slechts wetenschappelijk belang. Zij hangt in zooverre met mijn betrekking te zamen, dat ik morgen of overmorgen in een soortgelijk geval zou kunnen worden geraadpleegd, en ik het daarom wenschelijk zou achten, als een mijns inziens juiste leer door de Rotterdamsche rechtbank in hare vonnissen werd gehuldigd. Nu Mr. WEVE ons geopenbaard heeft, welke stem hij in raadkamer heeft uitgebracht, is er mij inderdaad veel aan gelegen hem te overtuigen.

Ter zake.

De rechtbank te Rotterdam had beslist, dat de in het buitenland opgemaakte dispache bindend was voor den assuradeur. Mr. WEVE had dit vonnis in bescherming genomen, zonder nieuwe, in het vonnis niet genoemde, argumenten aantevoeren.

Zijne gronden waren de volgende:

1^o. De wetgever — ik haal, om nieuw misverstand te voorkomen, des schrijvers eigen woorden aan — zou in artt. 725 en 726 W. v. K. een vordering tot berekening en

verdeeling van avarij-grosse in den vreemde veroorloven, doch tevens willen of toelaten, dat die vordering voor den Nederlandschen rechter *geen bepaald resultaat* zoude hebben! De wetgever zou in al. 5 van art. 724 W. v. K. buitenslands de aldaar daartoe bestaande macht bevoegd verklaren, om de avarij-grosse op te maken, doch tevens willen of toelaten, dat hare uitspraak naar de Nederlandsche wet niet zou behoeven te worden geëerbiedigd of nagekomen.

Dit argument nu blijf ik zóó zwak, zóó weinig afdoende noemen, dat ik het eigenlijk een ernstige wederlegging niet waardig keur. De in het buitenland opgemaakte dispache heeft ook in mijn stelsel dit belangrijk resultaat, dat zij voor partijen onvoorwaardelijk verbindende is. Al neemt men hare rechtskracht ten aanzien van den assuradeur niet aan, wordt art. 724 W. v. K. nog geen doode letter. En alleen als dit het geval was, als inderdaad mijn interpretatie ten gevolge zou hebben, dat de buitenlandsche dispache scheurpapier werd, zou zij ten stelligste moeten worden verworpen, omdat men niet mag uitgaan van de vooronderstelling, dat het wetboek een bepaling bevat welke geen rechtsgevolg heeft.

Mij dunkt dat is duidelijk.

Mr. WEVE trekt zich mijn betoog echter zeer aan. Ik heb, is zijn antwoord, een en ander slechts aangevoerd ten opzichte van den assuradeur. Nooit beweerde ik dat de dispache, al ware die niet bindend voor den assuradeur, overigens *geen bepaald resultaat* zou hebben. (Eilieve, "*geen bijzonder resultaat zou hebben!*") „Zulke meening laten wij liefst aan anderen over.“

Ik moet erkennen dat mij de kracht van dezen geheelen volzin, met de laatste duistere woorden incluis, ontsnapt. De schrijver tracht zijn stelling te bewijzen door aantevoeren: gij maakt de wet tot een doode letter, naar uw stelsel heeft de dispache geen bepaald resultaat. Ik antwoord: zij is toch bindend voor partijen. Mr. WEVE repliceert: ja, maar niet voor den verzekeraar, en dat kan de wetgever niet hebben gewild. Waarom niet? Dat juist had Mr. W. aan-

te toonen. Doch dat kan men niet doen door van een petitio principii uittegaan en op den voorgrond te zetten: dat de wetgever het opmaken en homologeeren van een dispache in den vreemde aan de hand geeft, *„om daardoor alleen te kunnen geraken tot datgene, wat moet dienen tot maatstaf van betaling voor den verzekeraar.“* Juist daarover twisten wij immers: heeft inderdaad de wetgever de buitenlandsche dispache willen erkennen als maatstaf van de verplichtingen der assuradeurs?

20. De verzekeraar is bij de dispache indirect partij.

De tegenstanders van Mr. WEVE's gevoelen betoogen namelijk, dat alleen schip, vracht en lading bij de dispache partijen zijn en dat deze dus voor den verzekeraar is een res inter alios acta. Mr. WEVE bestrijdt dit met de volgende woorden: *„Nu is het waar, dat de verzekeraar zelf niet rechtstreeks tot den avarij-omslag bijdraagt en dat hij „in zooverre“ (1) daarbij persoonlijk niet is partij. Maar het is niet minder waar, dat hij indirect daarbij wèl partij is (1) en dat hij in zijne belangen allezins daarbij is vertegenwoordigd door den vertegenwoordiger der verzekerde lading of den verzekerde.“*

Kan het duidelijker? Strekt deze volzin tot iets anders, dan om te betoogen, dat de assuradeur inderdaad is partij; en kan het *indirect* een andere beteekenis hebben, dan dat de verzekeraar wel niet zelf aanwezig is ter plaatse waar de dispache wordt opgemaakt, maar bij die handeling behoorlijk wordt vertegenwoordigd?

Mr. WEVE heeft de juistheid van dit argument gevoeld; ik heb zelfs eenige hoop, dat ik hem althans te dien aanzien overtuigd heb. Mijn antwoord strekte om aantetoonen dat voor den verzekeraar noch krachtens de wet, noch krachtens overeenkomst, noch krachtens negotiorum gestio iemand als vertegenwoordiger bij 't opmaken der dispache optrad. Ik bestreed de toepasselijkheid van art. 283 W. v. K. en der daarmede overeenstemmende clause in de polissen op ons geval.

(1) Ik cursiveer.

Hoe wordt nu mijn betoog gerescontreed?

Mr. WEVE maakt in de eerste plaats eene onderscheiding tusschen direct en indirect belanghebbende partij. Het zal mij aangenaam zijn te vernemen, welke juridieke consequentie aan die onderscheiding moet worden gehecht, vooral omdat mij verweten wordt, dat ik, door dat zoo 't schijnt hoogst belangrijke *indirect* te vergeten, Mr. WEVE andere beweringen, dan die hij voert, in den mond leg. Wanneer ik zeg: de dispache bindt den verzekeraar niet, omdat hij voor deze is een *res inter alios acta*, dan kan toch het betoog, dat de verzekeraar, hoe dan ook, vertegenwoordigd is, slechts de strekking hebben om aan te toonen, dat hij wel degelijk bij 't opmaken der dispache is partij.

En nu is het toch inderdaad kinderachtig te beweren, dat het iets tot de kracht van het betoog afdoet, of Mr. WEVE zich op dit argument hoofdzakelijk en in de voorname of eerste plaats, dan wel in de minst voorname of laatste plaats beroept. Want dit wordt thans eenvoudig tegen mijn bestrijding aangevoerd: het argument is alleen subsidiair, tot wederlegging van een naar onze meening niet gegronde bewering, gebruikt. Wij advocaten voeren nu en dan een subsidiaire verdediging aan, als wij, gelijk men het noemt, voor twee ankers willen liggen. Maar waar wetenschappelijke quaestien worden behandeld, moeten alle argumenten gelijke waarde hebben en hangt hun meerdere of mindere voortreffelijkheid waarlijk niet af van de plaats waar zij gevonden worden.

30. Het is hard voor den verzekerde dat hij, gebonden door de buitenlandsche dispache, zich op deze tegenover den verzekeraar niet kan beroepen.

Ik beantwoordde dit met het argument: dat Mr. WEVE's stelsel niet minder hard is voor den verzekeraar, die, toen hij den omvang van zijn risico berekende en naar dezen het bedrag der premie vaststelde, niet bedacht kon zijn op een verplichting tot betaling van hetgeen wellicht de bevoegde macht in Patagonie onder avarij-grosse zal gelieven te rangschikken.

Mr. WEVE loopt hierover heen. Slechts verwijt hij mij op nieuw, dat ik zijn opstel niet eerlijk behandel. Immers, ik zou het hebben doen voorkomen, als zou hij geschreven hebben, dat de schipper het recht van retentie heeft op de lading voor de bijdrage van den verzekerde in de avarië-grosse. Men ziet dat dit ondergeschikte punt tot de eigenlijke quaestie in geen 't minste verband staat. Ik had niet van retentie-recht moeten spreken; de opmerking van Mr. WEVE, dat de schipper slechts niet behoeft afteleveren, doch opslag en bewaring der lading vorderen kan, is even onbelangrijk als juist, doch quid hoc ad edictum praetoris?

4^o. Wanneer men, en dit is ook een argument door de engelsche schrijvers gebezigd, den verzekeraar niet aan de buitenlandsche dispache gebonden acht, loopt de verzekerde kans niet geheel schadeloos te worden gesteld, omdat hij niet vergoed krijgt, hetgeen hij zelf tot de avarië-grosse heeft bijgedragen.

Volkomen waar. De verzekerde loopt die kans en zal zich daartegen alleen kunnen vrijwaren door een clause in de polis. Maar men maakt zich wat al te gemakkelijk van de zaak af, als men zegt: hiermede is de zaak uit, een stelsel dat daarheen leidt, dat de verzekerde niet tot zijn recht zal kunnen komen, veroordeelt zich zelf. Vooreerst is dat woord „recht“ weder volkomen misplaatst, waar wij juist vragen: *wat* het recht van den verzekerde is. Een *recht* op indemniteit is inderdaad een nieuwe uitvinding. De vraag is slechts: *wat beoogt* de verzekerde? Wenscht hij tegen *elk* risico gevrijwaard te zijn, hij bedinge dit en betale het aan zijn wensch geevenredigd loon. Maar ook voor de belangen van den verzekeraar behoort te worden zorg gedragen. De geheele leer der verzekering wordt beheerscht door de zucht des wetgevers, om aan de overeenkomst zooveel mogelijk haar aleatoir karakter te ontnemen, haar zooveel mogelijk verwijderd te houden van spel en weddenschap. De verzekeraar moet dus zijne kansen kunnen berekenen en in zekeren zin onder cijfers brengen; deze mogelijkheid valt weg, indien hij niet alleen de wet van zijn land heeft te raadplegen, om

te beoordeelen, wat deze onder avarij-grosse rangschikt, maar bovendien rekening moet houden met de wetten en usantiën van alle beschaafde en onbeschaafde natiën. En nu gaat het niet aan hierop eenvoudig te antwoorden: de verzekeraar, gebonden door de buitenlandsche dispache, weet dat hij zich aan die eventualiteit blootstelt. Die wetenschap brengt hem op zich zelve niet verder, waar elke redelijke grondslag aan zijne berekeningen ontzinkt. Nu weet ik wel dat hij zich aan dit gevaar, want dit is het toch inderdaad, kan onttrekken, door van zijn zijde een daartoe strekkende clause in de polis te doen opnemen. Maar de vraag is: wat moet *regel* zijn, van welke zijde moet het beding komen, van die van den verzekerde of van den verzekeraar? En dan verkiest onze wet — niet ik, die een beslist tegenstander van de indemniteits-theorie ben — zeker het eerste, omdat zij, gelijk de geschiedenis der verzekering leert, en naar haren inhoud, doortrokken is van het beginsel: verzekering moet zooveel mogelijk ontdaan worden van alles, wat haar zou kunnen doen ontaarden in spel. Elke bepaling dus, die een op redelijken grondslag berustende berekening der premie naar den omvang van het gevaar onmogelijk maakt of bemoeilijkt, is in strijd met den geest der wet.

50. De wet schrijft de verbindbaarheid der dispache voor den verzekeraar voor; artt. 720 en 724 al. 5.

Ik blijf dat noemen het eenig argument, dat voor de stelling van Mr. WEVE pleit. Al hetgeen hij daaraan laat voorafgaan of daarop laat volgen, heeft luttel waarde.

De geheele quaestie is dan ook afhankelijk van de interpretatie der woorden: de verzekeraar op schip of lading betaalt wegens avarij-grosse zooveel als die voorwerpen in de avarij-grosse *moeten dragen*. De stelling nu van Mr. WEVE en zijne medestanders is: schip en lading *moeten dragen* overeenkomstig de buitenlandsche dispache; atqui ergo moet de verzekeraar de aldus vastgestelde som ook vergoeden.

Aan dit „moeten dragen” hecht ik een andere beteekenis. De verzekeraar moet den verzekerde vergoeden, hetgeen hij

krachtens de bepalingen onzer wet (art. 699) in de avarië-grosse heeft te contribueeren.

Ik heb mijne stelling niet zonder nader bewijs neergeschreven. Ik heb uit de geschiedenis de juistheid mijner uitlegging trachten te staven. Ik heb er op gewezen, hoe onze wetgever slechts schoorvoetend kracht aan de buitenlandsche dispache wilde toekennen, hoe hij, evenals Lord KAMES, er tegen opzag „to award execution upon a foreign decree“, en hoe gevaarlijk dus uitbreiding van dit beginsel buiten de meest enge grenzen was. Ik heb betoogd, dat de Rotterdamsche Kamer van Koophandel, toen zij critiek oefende op artikelen, die met artt. 720 en 724 overeenstemden, den wensch uitsprak: dat de wet zou bepalen, dat de verzekeraar zou hebben te vergoeden, hetgeen de buitenlandsche dispache aanwees, een wensch, volkomen overbodig, als dit reeds uit het verband der artikelen volgde. Ik vestigde er de aandacht op, dat een zoo belangrijk en van het gemeene recht afwijkend beginsel, als: verbindbaarheid der dispache, zelfs tegenover hem, die daarbij geen partij was geweest, niet zonder discussie zou zijn aangenomen, terwijl slechts ééne opmerking gemaakt werd: of de bepaling van art. 720 niet zóó boven allen twijfel verheven was, dat het onnoodig kon worden geacht om haar in het wetboek optenemen. En zóó weinig acht zelfs Mr. WEVE zijn interpretatie boven allen twijfel verheven, dat hij in niet minder dan twee artikelen het vonnis zijner rechtbank in bescherming neemt. Te meer maande ik tot omzichtigheid aan, omdat art. 431 W. v. B. Rv. als regel vaststelt: dat vonnissen, door vreemde rechters gewezen, niet binnen het koninkrijk kunnen worden ten uitvoer gelegd. En nu zou men op eens tegenover een derde aan de buitenlandsche dispache rechtskracht geven.

Wat ik met het laatste bedoelde, zou ook zonder nadere uitweiding duidelijk zijn. Intusschen, Mr. WEVE heeft het niet begrepen en acht het noodig mij een lesje te geven. Vooreerst, zegt hij, is het de quaestie, of een dispache moet worden beschouwd als een vonnis. Ik wensch daarover niet te twisten, omdat het tot de kracht van mijn betoog hoe-

genaamd niets afdoet. Vonnis, beschikking, goedkeuring, men noeme het zooals men wenscht. Uit art. 431 B. Rv. blijkt, dat onze wetgever, en terecht, geen onbepaald vertrouwen stelt in elken buitenlandschen rechter, dat hij huiverig is om eenige kracht toe te kennen aan zijne uitspraken en geen executoriale kracht aan zijn vonnissen verleent. Hetgeen ten slotte de dispache verbindend maakt is de homologatie. Welnu, de wetgever, die met zóóveel voorzichtigheid den buitenlander het: blijf binnen uw grenzen toeroept, kan slechts in het uiterste geval een afwijking van dat beginsel hebben gewild. Mijne interpretatie, die aan art. 720 een redelijken zin geeft, is daarom verre te verkiezen boven het per consequentiam verbindend verklaren der buitenlandsche dispache tegenover den assuradeur, waar een daartoe strekkende, ondubbelzinnige wetsbepaling ontbreekt.

Doch, zegt Mr. WEVE, al ware eens de dispache een vonnis, dan wordt dit nog niet ten uitvoer gelegd; immers men moet dan toch nog op grond van die dispache den verzekeraar dagvaarden en een nederlandsch vonnis vragen. Is inderdaad dit argument gemeend of slechts bij wijze van paradox neergeschreven? De rechter zal, volgens 't stelsel van Mr. WEVE, alleen mogen onderzoeken of de dispache werd opgemaakt overeenkomstig de wetten in 't vreemde land gebruikelijk. Meer niet. Hij heeft dus, als die wetten zijn in acht genomen, slechts ja en amen te zeggen, slechts van de beschikking der in den vreemde bevoegde macht een executorialen titel te maken. Daarop komt het aan. De buitenlandsche dispache is de wet, overeenkomstig welke onze rechter heeft te beslissen. Er moge dus theoretisch nog zulk een groot verschil bestaan tusschen de rechtskracht van een vreemd vonnis en van de buitenlandsche dispache, inderdaad wordt, nadat nog eenige stadia doorloopen zijn, aan de beslissing van den vreemden rechter (nl. de homologatie der dispache) recht van executie toegekend.

De stelling, als zoude de Nederlandsche wetgever den buitenlandschen rechter hebben willen binden aan ons Nederlandsch recht, heb ik niet verkondigd. Ik erken gaarne, dat

de vraag: wat de *verzekerde* in de avarij-grosse heeft bij te dragen, zoowel quoad formam als quoad materiam moet beoordeeld worden naar de wet der plaats waar de dispache is opgemaakt. Maar of men dit nu honderdmaal op verschillende wijze herhaalt, is daarmede de quaestie ten aanzien van den assuradeur alleen dan beslist, als men heeft aangetoond, dat het „moeten dragen” van art. 720 terugslaat op de verplichting van den verzekerde, zooals zij is vastgesteld bij de buitenlandsche dispache, en niet op de verplichting, zooals zij blijkt uit art. 699. Wat is te dien aanzien de bedoeling van den wetgever? Daarop komt het aan en ik heb te vergeefs gewacht op 't bewijs van de stelling, dat onze wet rechtskracht van de dispache tegenover den verzekeraar beoogde. Hetgeen ik omtrent de geschiedenis van het artikel aanvoerde, wordt door Mr. WEVE evenzeer opzettelijk veronachtzaamd, als het door mij betoogde omtrent den geest der wet.

Met deze weinige opmerkingen meen ik te kunnen volstaan. Zij, die onze polemieek volgden, moeten nu beslissen of inderdaad de wijze, waarop ik den Heer WEVE bestreed, diens verbazing wekken moest. Mij heeft inderdaad niets meer verbaasd dan Mr. W.'s verbazing en zijn volkomen uit de lucht gegrepen verwijt, als zoude ik hem beweringen in den mond hebben gelegd, door hem niet geuit.

Mr. M. TH. GOUDSMIT.

Rotterdam, Augustus 1882.

Over *constituta pecunia* (1), door Mr. J. KAPPEYNE
VAN DE COPPELLO, te 's Gravenhage.

In de verzameling der «kleinere Schriften» van den be-
roemden en betreurden Berlijnschen hoogleeraar BRUNS vindt
men zijne uitvoerige verhandeling over het constitutum debiti
onveranderd terug (2). Zij bevat alzoo zijn laatste woord.
Verre echter is het er van daan, dat zij ondanks hare
veelvuldige verdiensten het onderwerp zou hebben uitgeput,
daar, meegesleept, naar het schijnt, door de zucht om het
Pandectenrecht te verdedigen tegen de aanvallen van den
scherpzinnigen BAEHR (3), de geleerde schrijver, jammer
genoeg, het middel heeft verwaarloosd, dat wij bezitten, om
de ware natuur der classieke actio constitutae pecuniae te
doorgronden. Dat middel verschaft ons GAIUS: ex quibus-
dam causis, bericht hij (4), sponsionem facere permittitur,
veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed
certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae
vero pecuniae partis dimidiae. Hieruit blijkt, dat de actio
certae creditae en constitutae pecuniae tweelingzusters waren,
tot elkaar in dezelfde verhouding staande als de gewone
summa sponsionis tot de met de helft verhoogde. Het cijfer
nu van deze werd zoo aanmerkelijk vermeerderd, omdat de
termen der sponsio, waarvan de eischer het bewijs aanvaardt,
in evenredigheid werden uitgebreid en verzaard. De waar-
heid dezer stellingen wordt in het tegenwoordig betoog ont-
vouwd door eerst den vorm en den aard zoo der certae
creditae als der constitutae pecuniae actio te onderzoeken en
daarna door zorgvuldige ontleding der Pandecten-fragmenten,
welke over het constitutum handelen, de proef te leveren, dat

(1) D. 13, 5. C. 4, 18.

(2) I. 221—313.

(3) Anerkennung. 118—185 (2te Ausg.)

(4) IV. 171.

de uitspraken der classieke juristen uit de eigenaardigheden der sponsio moeten worden verklaard. De toepasselijkheid van het constitutum op elke bepaalde hoeveelheid verbruikbare zaken noopt vervolgens stil te staan bij de *condictio triticiaria* en hare *condemnatio*. Dit voert weder tot een uitstap, waarin de innerlijke geschiedenis van het oude procesrecht vluchtig geschetst wordt, en eenige algemeene opmerkingen over het Edict, waarna met eene beknopte nabetrachting omtrent het Justiniaansche recht wordt besloten.

Actio certae creditae pecuniae.

Van CICERO's pleitrede voor den schouwspeler Q. Roscius, (1) wien C. Fannius Chaerea tot betaling van HS 1000 aansprak, bleven ons een paar groote brokstukken bewaard, die voor de kennis der *actio certae creditae pecuniae* eene merkwaardige bijdrage behelzen. Eene schets der formulieren, zoodanig als men zich verbeelden kan, dat ten naastebij in dat proces door den praetor zijn uitgevaardigd, zal ter veranschouwelijking der zaak dienstig zijn. Korthedshalve worden tusschen () de wijzigingen ingevuld, in het formulier uit de restipulatie aan te brengen, en voorts tusschen [] wat had moeten zijn in acht genomen, wanneer het tusschen partijen bedongen betalingssoord Ephese ware geweest.

C. Piso iudex esto. Quod Q. Roscius C. Fannio Chaereae (C. Fannius Chaerea Q. Roscio) HS $\overline{\text{XVIDCLXVI}}$ S = dare spondit, si(non)paret Q. Roscium C. Fannio Chaereae [Ephesi] HS 1000 dare oportere, Q. D. R. A., ob eam rem si paret Q. Roscium C. Fannio Chaereae (C. Fannium Chaeream Q. Roscio) HS $\overline{\text{XVIDCLXVI}}$ S = dare oportere, iudex Q. Roscium C. Fannio Chaereae (C. Fannium Chaereae Q. Roscio) HS $\overline{\text{XVIDCLXVI}}$ S = c. s. n. p. a.

(1) Uitgegeven en gecommentarieerd door C. A. SCHMIDT, wordt zij besproken door BETHMANN-HOLLWEG. R. Civilprocess II, 804—827, BARON. Abhandl. I, 138—178. RUHSTRAT. SAVIGNY — Zeitschr. III, 34, die de talrijke literatuur aanhalen.

Iudicium secutorium. C. Piso iudex esto. Si paret Q. Roscium C. Fannio Chaereae [Ephesi] HS 1000 dare oportere, iudex Q. Roscium C. Fannio Chaereae HS 1000 [quanti dumtaxat interfuerit HS 1000 Q. D. A. Ephesi potius quam Romae dari tantam pecuniam] c. s. n. p. a.

Wanneer de eischer de betaling eener bepaalde geldsom vroeg en de gedaagde de schuld wilde betwisten, moest hij, op gelijke wijze als partijen in het interdictum uti possidetis (1), medewerken om de zaak in staat van wijzen te brengen en dat wel door eerst de sponsio en daarna de litis contestatio te dier zake te sluiten. Zoodra hij het een of het ander weigerde, werd hij op staanden voet als confessus veroordeeld, dan niet binnen den wettelijken termijn, iusti dies, betalende gegijzeld, duci, en, sinds de executie door bonorum venditio of inbeslagneming en verkoop van al de goederen werd voltrokken, failliet verklaard. C. 21 leg. Rubriae (2) schildert den loop der procedure in levendige kleuren.

Met dit akelig lot voor oogen (3) had de gedaagde alle redenen om het tot een proces op tegenspraak te laten komen, zag hij de minste kans op verdediging. Ongestraft evenwel mag lichtvaardig procederen niet blijven. Naar de Instituten van JUSTINIANUS (4) bestond die straf, evenals tegenwoordig, in de veroordeeling in de proceskosten. Dat middel kende het classieke recht nog niet (5) en wendde daarom bij certa credita pecunia het over een anderen boeg. De eischer stipuleerde van den gedaagde, als deze zijne ontkenenis volhield, den derden penning der gevraagde hoofdsom, voor het geval hij den rechter van het bestaan der geloochende inschuld overtuigde, en de gedaagde restipuleerde van hem gelijke som, voor het geval hij in het volbrengen van het op zich genomen bewijs mocht te kort schieten (6). Uit deze dubbele stipulatie of processueele weddingschap verkrijgt

(1) GAI. IV. 170.

(2) BRUNS. Fontes 91—95.

(3) BETHMANN-HOLLWEG. R. Civilpr. II. 557—559.

(4) IV. 16, 1.

(5) MADVIG. Verfassung u. Verwaltung d. R. St. II. 259 Anm. 1.

(6) GAI. IV. 13.

elke gedingvoerende partij een formulier, waarmede zij de haar voorwaardelijk besproken poenaliteit vordert (1), en met zijn formulier uit de sponsio verbindt de eischer een tweede betrekkelijk de hoofdschuld als iudicium quod sequitur sponsionis victoriam (2). Zoo ging het toe bij de interdicten (3) en de grondtrekken van het proces per sponsionem zijn steeds en overal dezelfde.

RUDORFF nogtans, de kundige hersteller van het Edict, kleeft eene andere meening aan en ontwerpt eene sponsio van dezen inhoud (4): si pecuniam certam creditam, Q. D. A., mihi debes, eam pecuniam cum tertia parte amplius dare spondes? Is dergelijke vermenging van hoofdsom en poenaliteit wel een gelukkige greep? CICERO's vrij onschuldig gezegde: cum tertia parte sponsio facta est (5), waarop BRUNS zich beroept (6) levert voor zijn en RUDORFF's gevoelen geen deugdelijken grondslag. Immers, zooals KARLOWA snedig opmerkt (7), CICERO wilde met die spreekwijs eenvoudig te kennen geven, dat men op den derden penning had gewed, of hetzelfde wat hij een oogenblik te voren had uitgedrukt door legitimae partis sponsio facta est (8). GAIUS, niettegenstaande hij geene andere vervolging wegens certa credita pecunia dan die per sponsionem kent en het geschil uit de weddingschap beschrijft als loopende alleen over de poenaliteit, geeft telkens de intentio der schuldvordering aan, als eene zoodanige, waarin het cijfer der hoofdsom te lezen stond (9), en juist een dusdanig formulier had in de zaak van Fannius tegen Roscius de praetor gegeven: eius rei ipsa verba formulae testimonio sunt, roept CICERO uit (10), si paret HS 1000 dari oportere. In RUDORFF's voorstelling

(1) GAL. IV. 93 formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere.

(2) GAL. IV. 169.

(3) GAL. IV. 165 actor sponsionis formulae subicit iudicium de re restituenda vel exhibenda.

(4) Edict. 103.

(5) pro R. C. § 14.

(6) 249 no. 47.

(7) R. Civilpr. 233 no. 1.

(8) § 10.

(9) IV. 13, 34, 41, 50, 53, 64, 86, 171.

(10) § 11.

kan dat geen formulier uit de sponsio, ja zou het ondenkbaar geweest zijn. Kennelijk was het dat van het iudicium secutorium. Met het invullen van het stuk waren tijd noch kosten gemoeid, zoodat men niet uit afkeer van noodeloozen omslag inschuld en poenaliteit behoefde dooreen te werpen. CICERO zinspeelt op beider verschil. Sprekende van het formulier der sponsio, aan wier bewoordingen de rechter letterknechtig gebonden was, zegt hij (1): iudicem in angustissimam formulam sponsionis concludere, daarentegen van de taak der verdediging (2): satis formulae et sponsioni facere, omdat bij hoofdzaak en poenaliteit de bewijslast liep over een en hetzelfde punt. Hier verstaat hij onder de formula, welke hij van de sponsio onderscheidt en daartegenover stelt, onmiskenbaar het formulier van het iudicium secutorium. Krachtens dat formulier veroordeelde de rechter, na den eisch uit de sponsio toe, uit de restipulatio afgewezen te hebben, den gedaagde tegelijk en als het ware werktuigelijk tot voldoening der hoofdsom; bij omgekeerden uitslag daarentegen werd evenmin over de hoofdvordering uitspraak gedaan, als onder soortgelijke omstandigheden in het interdictum uti possidetis over het Cascellianum (3). Het vonnis van vrijspraak namelijk kon veilig achterwege blijven, naardien men ook over de inschuld litiscontestatie had gesloten, zoodat de gedaagde tegen herhaling van rechtswege was gedekt (4).

Straks zullen wij ontwaren, met hoeveel tact ULPIANUS partij van deze usantie wist te trekken bij de behandeling der actio pecuniae constitutae om onbillijke toepassing dier litisconsumptie te voorkomen.

Zelfs nadat de gedaagde de sponsio gesloten had, kon hij nog terug. Aangegaan met geen ander doel dan om het geding in staat van wijzen te brengen, verviel de sponsio, wanneer het niet tot de benoeming van een rechter kwam en het proces niet doorging. De gedaagde werd nu als

(1) § 12.

(2) § 14.

(3) GAL. IV. 168.

(4) GAL. III. 180, 181. IV. 107.

confessus behandeld, doch alleen met opzicht tot de hoofdsom: ze betalende bevrijdde hij zich, ze niet betalende, werd hij voor niet meer dan haar bedrag geëxecuteerd: qui se sponsione iudiciove utei oportebit non defenderit aut in iure non responderit neque id solvet satisve faciet, tantae pecuniae, quanta ea pecunia erit de qua tum inter eos ambigetur, dumtaxat HS XV sine fraude sua duci iubeto (1). Pecunia de qua tum inter eos ambigetur omvat slechts de hoofdsom, want naar deze regelt zich de bevoegdheid van den plaatselijken rechter. Op deze veelzins gewichtige bijzonderheid heeft RUDORFF te weinig gelet en er niet aan gedacht, dat met zijn formulier partijen de inschuld zouden hebben genoveerd en verhinderd, dat zonder in integrum restitutio de oude actie door de geweigerde litiscontestatie ter zake der nieuwe had kunnen herleven. Den gedaagde tot schuldvernieuwing te dwingen lag niet in de roeping van den praetor en wij weten bovendien, dat het vorderingsrecht des eischers te niet ging door litisconsumptie, niet door novatie (2). Er pleit alzoo geene enkele reden voor RUDORFF's te gekunstelde voorstelling. Zooals de natuur der weddenschap en de processueele functie der sponsio dit medebracht, liepen en beding en tegenbeding over dezelfde som, die der poenaliteit.

In de tweede plaats gaat zijne sponsio mank aan de in het oog loopende fout, dat zij het cijfer der schuld verzwijgt en door het rechtsbegrip pecunia certa credita vervangt. Het formulier der *condictio certi* hield volgens CICERO en GAIUS de hoofdsom wel degelijk in en moest dit doen, zoowel opdat de strenge regel *nopens plus petere* niet verijdeld wierd, als in verband met de *certa condemnatio*. Men

(1) c. 21 leg. Rubriae.

(2) GAI, III. 180. Consumtion der Klage und Novation der Schuld stehen gar nicht in Analogie mit einander, sondern schliessen einander im Gegentheil vollständig aus. Wenn eine Obligation novirt ist, so kann ihre Klage nicht mehr consumirt werden und die Consumtion einer Klage ist nur möglich, wenn ihre Obligation noch besteht und nicht durch Novation getilgt is. BRUNS. 267.

mag daarom niet in ernst betwijfelen, dat ook bij het aangaan der *sponsio legitimae partis* partijen niet repten van *pecunia certa credita*, maar het heusche cijfer noemden.

Van den schuldenaar, die niet tegenspreekt, zegt c. 21 leg. *Rubriae*: dare oportere debereve se confessus est. Beide uitdrukkingen hadden mitsdien gelijke kracht en het was voorzeker niet op straffe van nietigheid aan partijen verboden zich liever van de eene als van de andere te bedienen. Het meest aanbevelenswaard echter schijnt dare oportere, hetwelk *Pomponius* (1) den indruk geeft in de *sponsio* te hebben gelezen en dat regelmatig voorkomt in de beschrijving van den beslissenden eed (2). Volgens *Gaius*: (3) *apud veteres scriptum est, ante litem contestatam debitorem dare oportere, post litem contestatam condemnari oportere*. Het was dus het natuurlijkste de bewering, waarmede de eischer den gedaagde had aangesproken, letterlijk in de *sponsio* en de *intentio* te herhalen. De *sponsio* beantwoordde aan het volksbegrip waarmaken. De eischer zegt tot den gedaagde: ik moet drie duizend denaren van u hebben, de ander antwoordt: dat ben ik u niet schuldig. Als gij de schuld heet liegen, herneemt de eischer, durf er dan duizend denaren aan verzien, dat ik het u waarmake. De *sponsio* regelt den bewijslast en omschrijft de feiten, waartrent de eischer zich sterk maakt gelijk te krijgen bij den rechter. Daarom teekent hier de wending *si (non) paret oportere* den aard der verplichting, die hij op zich neemt, scherper dan *si (non) oportet*. Het ware met dat al kleingeestige letterzifterij over dit punt uit te weiden, zoo het geen licht wierp op de mededeeling van *Ulpianus* omtrent den tekst van het edict de *constituta pecunia*: (4)

(1) L. 5 D. 12, 1.

(2) LL. 14, 9 §§ 1, 3, 5, 6, 13 § 6, 23, 26 § 1, 28 §§ 8, 10, 30 §§ 1, 5, 42 pr. § 2 D. 12, 2. L. 39 § 1 D. 3, 3. L. 28 § 2 D. 5, 1. L. 13 D. 20, 6. L. 24 D. 44, 1. L. 2 pr. D. 44. 5. Over *confessio* z. L. 6 § 1 D. 42, 2.

(3) III. 180.

(4) L. 16 § 2 D. h. t.

«si appareat eum, qui constituit, neque solvere neque fecisse — neque per actorem stetisse, quominus fieret — quod constitutum est.» Ergo, si non stetit per actorem, tenet actio. De Compilatoren veranderden paret in appareat en hoogstwaarschijnlijk sponsio in actio, want het springt in het oog, dat wij hier de door den praetor voorgeschreven bewoordingen der sponsio voor ons hebben; eene opmerking, waardoor de zwarigheden, met welke BRUNS zoozeer worstelt, (1) verdwijnen.

Van meer gewicht en langer adem is het onderzoek, of bij de geldvordering de sponsio voor partijen verplichtend was. In exhibitoire en restituitoire interdicten, waarin het iudicium secutorium bestond in een arbitrium, hing het van des verweerders goedvinden af, of men al of niet cum periculo procedeeën zou (2). Hiertegen verzette zich de strekking der vordering tot betaling eener vereffende geldsom, waarbij, de schuld eenmaal toegegeven, geenerlei verrekning meer te pas kwam, om welke reden de praetor niet dan bij uitzondering aan sommige begunstigde personen, mits bereid het iusiurandum calumniae te zweren, vrijstelling van de sponsio verleende (3). Dat voorrecht genoten behalve vrouwen en pupillen, als niet ten volle toerekenbaar, de erven des schuldenaars op grond, dat zij, evenals bij den beslissenden eed, (4) onwetendheid omtrent de handelingen des erflaters ter goeder trouw konden voorwenden. Iedere andere gedaagde zou zwakheid verraden hebben en in tegenspraak zijn gekomen met zijn eigene houding, als hij wel het proces, doch niet de sponsio had aangedurfd en zich aan deze had willen onttrekken na de schuld te hebben

(1) 236—239. HUSCHKE. Arch. f. civil. Praxis 65, 251 no. 9 maakt de woorden van ULPIANUS tot die van het Edict. Hij wil, dat de be-rechting aan recuperatores werd opgedragen, doch zonder eenigen deugdelijken grond.

(2) GAI. IV. 141, 163. ULPIAN. Fragm. Endlich.

(3) GAI. IV. 172.

(4) PAUL, Sent. II. 1, 4. L. 42 D. 50, 17.

heeten liegen. De praetor had zijne ontkenenis als niet ernstig gemeend en hem als confessus moeten behandelen.

Naar den regel: non debet actori licere, quod reo non permittitur, (1) kon wat den gedaagde niet geoorloofd was, nog veel minder vrijstaan aan den eischer. Wie beweerde HS tot sibi dari oportere, moest de sponsio verlangen en zich gaarne tot de restipulatio leenen. Desniettemin omhelst de heerschende meening het tegenovergestelde gevoelen, vooral door HEIMBACH (2) in zijne met zorg bewerkte monographie voorgestaan. De verdedigers dezer leer beroepen zich op vierderlei grond.

GELLIUS (3) vertelt vrij langdradig hoe hij, geroepen als rechter uitspraak te doen over eene geldvordering, in pijnlijken tweestrijd geraakt was en zich ten slotte er van had afgemaakt met een non liquet, nademaal het hem van den eenen kant niet van het hart kon den eischer, een door en door fatsoenlijk en rechtschapen man, in het ongelijk te stellen tegenover diens zeer ongunstig aangeschreven tegenpartij en hij toch van den anderen kant geen vrijheid vond den gedaagde te veroordeelen, daar de eischer hoege-naamd geen bewijs der schuld had bijgebracht, zoodat de gedaagde naar aller oordeel te recht beweerde had: dimittiam se oportere et adversarium de calumnia damnari. Derhalve, draaft HEIMBACH door, had de gedaagde hier niet gerestipuleerd, maar het calumniae iudicium tegengeworpen. Hij ziet voorbij, dat de restipulatie even goed een middel tot beteugeling der calumnia actoris was als het calumniae iudicium (4) en dat de gedaagde bij GELLIUS de veroordeeling des eischers vorderde op den enkelen grond zijner eigene vrijspraak. Dat kon hij inderdaad doen krachtens de restipulatie, (5) maar geenszins krachtens het iudicium calumniae, waarmede de eischer alleen dan kon worden veroordeeld, zoo behalve van zijn ongelijk nog bovendien bleek

(1) L. 41 pr. D. 50. 17.

(2) Die Lehre vom Creditum. 586—604. (3) XIV, 2.

(4) GAL. IV. 174.

(5) GAL. IV. 180.

van zijn arglist (1). GELLIUS moet dus werkelijk iudex sponsionis zijn geweest, want naar zijne schildering was er van kwade trouw aan de zijde des eischers geen zweem.

De verplichting des gedaagden wordt in c. 21 leg. Rubriae omschreven als se sponsione iudicioque utei oportebit defendere. In deze woorden leest HEIMBACH een recht van keuze tusschen sponsio en iudicium. Het misverstand valt gemakkelijk op te klaren (2), nu wij uit GAIUS weten, hoe het ging met de partij in het interdictum uti possidetis, die niet wilde voortprocedeeren: si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat (3). Desgelijks de lex Rubria. Zij beveelt den gedaagde niet enkel de sponsio, maar tevens de litiscontestatie te dier zake te sluiten, dewijl de sponsio vervalt en den eischer niet baat, wanneer geen rechter benoemd wordt en het proces niet doorgaat.

In de lex Julia municipalis (4) leest men: «ei, quei eam viam tuendam redemerit, tantae pecuniae eum eosve adtribuito sine dolo malo. Sei is, quei adtributus erit, eam pecuniam diebus XXX proxumeis, quibus ipse aut procurator eius sciet adtributionem factam esse, ei, quoi adtributus erit, non solverit neque satisfecerit, is quantae pecuniae adtributus erit, tantam pecuniam et eius dimidium ei, quoi adtributus erit, dare debeto, inque eam rem is, quoquamque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumve ita dato, utei de pecunia credita iudicem iudiciumve dari oporteret.» Naar aanleiding dezer bepaling schrijft KARLOWA: (5) «nach der l. Julia findet überhaupt nicht die Eingehung einer sponsio statt, sondern die Verpflichtung zur Zahlung des Strafzusatzes tritt unmittelbar in Folge der Versäumniß nach gesetzlicher Vorschrift ein». Men keere het om; de spil waarom alles draait, is juist de sponsio. Het bevoegd administratief gezag wijst den aannemer van het onderhoud van den openbaren weg of straat den gehoefslagde aan, op wien hij diens aandeel

(1) GAL. IV. 178, Jnstt. IV. 16, 1.

(2) Vgl. BARON. Abhandl. I. 182.

(3) GAL. IV. 170.

Themis, XLIIIste Dl. 4e Stuk, [1882].

(4) BRUNS. Fontes. 92.

(5) R. Civilpr. 234 no. 1.

in de kosten heeft te verhalen. De wet beschouwt den schotplichtige niet als naar burgerlijk recht schuldenaar der gemeente, wier aanspraak op den aannemer overgaat (1); de aanslag, vastgesteld bij publiek-rechtelijke beschikking, uitgegaan van het bevoegd openbaar gezag, scheidt den aannemer een rechtstreekschen titel van vordering, uit kracht waarvan hij den schotplichtige vervolgt, zoo deze zijne bijdrage niet heeft aangezuiverd binnen de dertig dagen na de ontvangen waarschuwing. Eigenlijk had de aannemer den nalatige moeten aanspreken met de *actio legis per manus iniectioem* of bij *parate executie*, in welk geval de verweerder de keus zou gehad hebben om of zich voor het enkelvoudige bedrag te laten executeeren, zoodat de eischer geene vergoeding kreeg voor de maand wachten, of tegen de executie in verzet te komen en de kans te loopen van kwaad opposant verklaard wordende dubbel te moeten betalen. De *lex Julia* wijst den aannemer een beteren weg. Hij verhoogt wegens de ondervonden vertraging den aanslag met 50 procent en vordere nu deze som als gewone schuld in. In dier voege aangesproken verbeurt de gehoefslaagde, zoo hij afziet van het doen van tegenspraak, boven zijn aanslag de verhooging als boete voor zijn verzuim, waardoor de aannemer voor zijn renteverlies ruimschoots gedekt wordt. Zoo de plichtige de rechtmatigheid van den eisch betwist, sluiten de partijen de *derdeparts-sponsio* op den voet van 150 en bekomt de aannemer in hoofdsom en poenaliteit den dubbelen weerpennig, als hij het proces wint. Voor hem dus, heeft hij gelijk, is deze manier van procederen voordeliger en daartegen staat thans billijkerwijs over, dat hij op zijn beurt jegens den gehoefslaagde in eene boete vervalt, aan de verhooging wegens de beweerde nalatigheid gelijk, wanneer het blijkt, dat hij hem ten onrechte heeft vervolgd. De *lex Julia* bepaalt: *utei de pecunia credita iudicem iudiciumve dari oporteret*, om uit te drukken, dat zij met afwijking van de gemeene regelen van het administratief

(1) Vgl. BRUNS. Kl. Schr. II, 18—27.

recht den publieken aannemer niet wilde laten procedeeën bij parate executie, want, zoodra de executoriale titel wegviel, kon de eisch eener vereffende geldsom niet anders dan op de gewone wijze geschieden, even als een polderbestuur, wanneer het geen dwangbevel kan uitvaardigen, dagvaardt. De kunstgreep des wetgevers bestond in het verhoogen van den aanslag, verbonden met de sponsio, en terecht nemen HEIMBACH en BRUNS, bij wie BARON (1) zich aansluit, het behoud der sponsio aan.

Wat men iemand vergunt te doen, mag, maar behoeft hij niet te doen. Nu staat bij GAIUS: *sponsionem facere permittitur*. Derhalve, besluit HEIMBACH, had de eischer de keus het proces al dan niet met de sponsio te voeren. In weerwil van den veelvuldigen bijval, dien zijne spitsvindigheid oogstte, schijnt zij mij toe eene schromelijke drogreden te zijn. Eene procesvoerende partij slaat een haar aangeboden voordeel, zoo het een voordeel is, niet af en wat geen voordeel was, bood de praetor niet aan. Dieses *permittere*, verkondigt BRUNS, (2) *kann im Gegensatz zu dem iubere und cogere*, was sonst wohl bei praetorischen Anordnungen (3) vorkommt, nur bedeuten, das der Kläger die Wahl hatte, ob er mit oder ohne Sponsion klagen wolle. *Permittitur* bij GAIUS, naar deze methode uitgelegd, leidt tot de zonderlingste uitkomsten. Toevalligerwijs bleef de plaats, waarin PAULUS den tekst van het Edict de iniuriis meedeelt, in de *Collatio* (4) bewaard: *qui autem iniuriarum, inquit, agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit*. Het Edict legt den eischer de verplichting om het smartegeld te begrooten gebiedend op, daar zonder dergelijke begrooting de grondslag van het proces en van het *contrarium iudicium* (5) zou hebben ontbroken. Toch weerhoudt dit GAIUS niet

(1) Abhandl. I. 234.

(2) 247.

(3) De sponsio legitimaë partis echter was dit niet.

(4) II. 6, 1.

(5) GAI. 177. Ik zie dus geene reden om met HUSCHKE. GAIUS. 137.

van te schrijven: *permittitur nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare* (1). Een ander voorbeeld: *met si paret condemna, si non paret absolvito* krijgt de rechter in last een van tweeën, niet om naar vrije willekeur geen van tweeën te doen; evenwel noemt *GAIUS* de *condemnatio* (2): *ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur*. Desgelijks heet het van de *adiudicatio* (3): *est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare*. Bedoelt *GAIUS*, dat het den scheidsman werd vrijgelaten den een alles aan te bedeelen, den ander niets of den staat van onverdeeldheid te bestendigen, omdat het hem niet gelustte iemand iets toe te wijzen? Van de *lex Vallia* verhaalt hij: (4) *sed postea lege Vallia, excepto iudicato et eo, pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniunctionem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere*. Zal men daarom de *lex Vallia* houden voor eene permissieve wet? Weigering der *sponsio* van den kant des eischers ware voor *GAIUS* iets ondenkbaars geweest. Daarom stelt hij ze, wat het gevaarlijke voor de procesvoerende partijen betreft, op eene lijn met het *sacramentum*, (5) waarvan het vaststaat, dat het gelijkelijk verplichtend was zoowel voor den eischer als voor den gedaagde.

Wie het proces waagt, waagt de kosten, *qui agit, certus esse debet*, (6) inzonderheid bij de geldvordering. Zoo de eischer den rechter niet overtuigde, dat hij de gevraagde som hebben moest tot den laatsten stuiver toe, was hij het pleit en daarmede zijn vorderingsrecht, zelfs voor het hem werkelijk verschuldigde, onherroepelijk kwijt. Nadruk-

t. a. pl. der *Collatio minorem in maiorem* te veranderen. Tegen overdrijving waarborgde den gedaagde het oordeel van den rechter en *GAIUS*. III. 224 geeft door de woorden: *hac ipsa quantitate taxamus formulam*, naar het mij voorkomt, eene usantie, geene rechtstreeks uit het Edict voortvloeiende verplichting te kennen.

(1) *GAL.* III. 224.

(2) *GAL.* IV. 43.

(3) *GAL.* IV. 42.

(4) *GAL.* IV. 25.

(5) *GAL.* IV. 13.

(6) *L.* 42 *D.* 50, 17.

kelijk brengt CICERO dit Fannius onder het oog: (1) *hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti* en andermaal (2): *hic, nisi planum facit HS 1000 ad libellam sibi deberi, causam perdidit*. De fout van het plus petere summa werd in de intentio der hoofdvordering onafhankelijk van de sponsio begaan (3) en weglating van sponsio en restipulatio zou beteekend hebben, dat men over de hoofdsom procedeerde met compensatie van kosten. Onder welk voorwendsel en met welk gelaat zou een eischer, die door de keuze zijner actie zich zeker toonde van de overwinning, verklaard hebben, dat hij terugdeinsde voor de restipulatio? Zulk een bedeesde waaghals zou zich belachelijk gemaakt hebben, ja naarmate de eischer grooter afkeer van de restipulatio aan den dag legde, moest de gedaagde er meer prijs op stellen, dat zij werd gesloten. Den een al de goede, den ander al de kwade kansen toe te bedeelen, ware iniquum ius geweest en op gunstbetoon had eer nog de gedaagde aanspraak dan de eischer. Of moest de gedaagde in het laten varen der sponsio toestemmen? Uit *permittitur* kan men deze aanvulling nooit halen, terwijl het daarenboven al een zeer koddige vertooning zou hebben opgeleverd, wanneer beide partijen aan den praetor hadden doen blijken, dat geene van tweeën vertrouwen stelde in haar goed recht. Duidelijk is het wat GAIUS meent. In de sponsio, qua *periculum ei, cum quo agitur, iniungitur* zag de eischer altijd een voordeel en zij werd dus in elke zaak gesloten, waarin niet om bijzondere reden aan den gedaagde vrijstelling werd verleend. Wel verre van bevreemdend, is dit hoogst natuurlijk, mits men zich slechts van de zuiver processueele strekking der sponsio behoorlijke rekenschap geve.

Het sticht veel verwarring, dat men zich den loop der procedure niet aanschouwelijk voorstelt. Des eischers gewaand recht van keuze, wat betreft de sponsio, bleek eene

(1) § 10. (2) § 11. (3) GAI. IV. 53.

hersenschim. Doch laat het anders wezen. A. Agerius, bewerende dat hij HS \bar{X} van N. Negidius te goed heeft, formuleert zijn eisch. Hoe kon hij het in het Latijn anders doen als zoo: si paret N. Negidium A. Agerio HS \bar{X} dare oportere? Hij gebruikte de intentio certae creditae pecuniae, hetzij met de sponsio als iudicium secutorium, hetzij zonder de sponsio bij wege van rau-actie, b. v. tegen den vrijgestelden gedaagde, die het iusiurandum calumniae gezworen had. Bij de geldvordering lost zich het onderscheid tusschen agere cum aut sine periculo in een voor het wezen der vordering onbeduidend verschil in de inkleeding van het proces op. Doch met dit schrale gewin houdt men zich niet tevreden en smokkelt iets geheel anders binnen. De sponsio, meent men, zal toepasselijk geweest zijn op geldschulden van eene bepaalde soort, op alle andere niet. Daargelaten welke beweegreden men hebben kon om in het eene geval temere litigare meer aan te moedigen dan in het andere, heft men het eerst beweerde recht van keuze weder op, wanneer men niet het goedvinden des eischers, maar de schuldoorzaak laat beslissen. Bewezen zijnde, dat, waar de sponsio gebruikt worden kon, zij gebruikt worden moest, en onder geldvordering eene zoodanige verstaande, welke eene vereffende som ten onderwerp had, moet men, het geschilpunt herleidende tot zijn waren en eenvoudigsten vorm, de vraag zoo stellen: kende men tweeërlei pecunia certa debita, credita en non credita, en, zoo ja, hoe vroeg men de betaling van pecunia certa debita sed non credita anders als met de intentio: si paret N. Negidium A. Agerio HS \bar{X} dare oportere? De sponsio heeft hiermede niets te maken; hare weglating kon alleen veroorzaken, dat het agere cum periculo, de poena temere litigantis, verviel.

Bij uitnemendheid leerzaam omtrent den aard der actio pecuniae certae creditae is CICERO's pleidooi voor Roscius. Zich bepalende tot de feiten der hem toevertrouwde zaak, verklaart hij niet te begrijpen hoe Fannius zijne inschuld kan goedmaken, nu hij volmondig erkent het geld noch aan Roscius betaald, noch hem daarvoor met zijne toestemming

gedebiteerd, noch het van hem gestipuleerd te hebben; praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio (1) Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. (2) Eene leerstellige waarheid echter: certam pecuniam, nisi aut data aut expensa lata aut stipulata sit, numquam peti posse verkondigt hij niet en uit het vervolg zijner rede blijkt, dat hij het daarop geenszins liet aankomen.

Panurgus, de slaaf van Fannius, bezat aanleg voor het tooneel, hetgeen zijn meester bewoog eene vennootschap met Roscius aan te gaan, waarin hij den slaaf inbracht en de beroemde acteur op zich nam den jeugdigen kunstbroeder op te leiden voor het vak. (3) Dat was met goed gevolg geschied en Panurgus had reeds met succes gedebiteerd, toen hij door de schuld van Q. Flavius uit Tarquinius het leven verloor. Wegens dien manslag spraken de vennoten den dader met de actio legis Aquiliae aan en begrootten de schade op HS CCCIOOO. De schuld verdubbelde door de ontkenenis van den gedaagde, die het proces op tegenspraak aannam, en tusschen de vennoten werd overeengekomen, dat Fannius zich met de leiding der zaak voor gemeene rekening zou belasten. Door Roscius tot diens cognitor aangesteld, maakte Fannius zich door litiscontestatie tot dominus litis. Desniettegenstaande liet Roscius zich overhalen om de zaak voor zijn aandeel met Flavius, die hem in plaats van geld een landgoed afstond, in der minne te schikken (4). SATURIUS, CICERO's tegenpleiter, had van de aanzienlijke waarde van dat landgoed, veel hooger dan HS CCCIOOO, breed opgegeven en CICERO spreekt het feit niet vlak uit tegen, maar antwoordt, dat toenmaals wegens de slechte tijden het vast goed

(1) § 13.

(2) § 14.

(3) §§ 27—32.

(4) Terecht vestigt SCHULTING ad PAUL. Sent. I. 19, 2 hierop de aandacht. De bedoeling van PAULUS schijnt mij te zijn, dat waar de ontkenenis de schuld verdubbelt, de gedaagde zich niet beroepen kon op een pactum de non petendo, maar enkel op eene formeele kwijting. GAL. III. 173. De redeneeringen van BEKKER. Aktionen I. 352—355 munten niet door helderheid uit.

schier te geef en daarenboven de hoeve erg verwaarloosd geweest was. Met het herstel van rust en vrede waren de prijzen der vastigheden aanmerkelijk gestegen, terwijl bovendien Roscius zelf veel aan het goed te koste gelegd en er eene woning op gezet had. (1) Wat van het een of ander wezen mocht, blijkbaar wou Roscius de hoeve van Flavius, nu hij ze eens had, voor geen HS CCCIOOO missen. Fannius van zijn kant, wiens proces met Flavius slepen bleef, kreeg niets en, vervolgen op zijn vennoot, die zijn eigen belang zoo goed had weten te behartigen en dat nog wel achter zijn rug om, in weerwil dat met onderling goedvinden hem de leiding der zaak was opgedragen, sprak hij hem aan met de actio pro socio. Tot arbiter tusschen partijen werd C. Piso benoemd. Het was voor Roscius een hatelijk en gevaarlijk proces, want werd hij veroordeeld, zoo maakte het vonnis hem eerloos (2). Piso's wenk begrijpende, liet hij het zoover niet komen en trof onder diens bemiddeling met Fannius een vergelijk. Toen men het over de voorwaarden eens geworden was, riep volgens afspraak Roscius Fannius op ten einde voor Piso te verschijnen om af te pleiten en uitspraak te hooren. Fannius liet verstek gaan en op grond, dat de eischer zijn vordering had laten varen, sprak nu Piso Roscius vrij, (3) wien evenwel zijn schijntriumf duur genoeg kwam te staan. Hij moest namelijk er in bewilligen aan Fannius HS CCCIOOO uit te keeren, (4) zoodat hij alleen overhield, wat de hoeve van Flavius hem meer dan die som waard was, en daarentegen de ander volkomen schadeloos werd gesteld. Buitendien behield Fannius zijn eigen verhaal op Flavius en daaromtrent werd bepaald, dat

(1) § 33. De hoeve moest echter Roscius reeds HS CCCIOOO waard geweest zijn tijdens de drie jaren geleden schikking. Daar nu de prijzen der landerijen zich niet eensklaps herstellen, is er geen afdoende reden om in § 37 aan het abhinc XV annis te tornen.

(2) § 16.

(3) § 26. Zoo heet het ook L. 25 D. 4, 3. consecutus es, ut me consentiente absolvereris.

(4) § 38.

hij de vervolging zou doorzetten en wat er van kwam met Roscius gelijkop deelen, welke verbintenis partijen door stipulatie bekrachtigden (1). Anders handelde men met de verbintenis van Roscius jegens Fannius. Uit bezorgdheid voor zijn goeden naam vóór alles er op gesteld de eer aan zich te houden, stond Roscius er op geen schuld te bekennen en wou niet, (2) dat Fannius, gelijk eigenlijk had behooren te geschieden, den post a re in personam overschreef door in zijn kasboek zijn gewezen vennoot voor HS CCCIOOO (3) ob societatem of als slot van rekening der maatschap te crediteeren en voor datzelfde bedrag als voorgeschoten geld, ob pecuniam creditam, te debiteeren. Het moest den glimp hebben, dat hij het geld vrijwillig gaf, kwansuis ter belooning der moeiten en goede diensten van Fannius als zijn cognitor. Om dezelfde beweegreden weigerde hij iets van zich te laten stipuleeren (4) of eenig schriftelijk bewijs van de overeenkomst op te laten maken. (5) Alles moest gaan op het eerewoord. Voor Fannius was de schikking te voordeelig om ze op de kitteloorigheid van Roscius te laten afstuiten; hij kreeg immers de helft op hand (6) en hoewel de andere helft op vrij langen termijn bleef uitstaan, (er waren volgens CICERO sedert drie jaren verlopen) scheen Roscius er goed voor en het gevaar, dat hij vooral tegenover Piso zijn woord zou durven breken, gering.

Toch gebeurde het, toen de tweede termijn verviel. Nu het schrikbeeld van het onteerend vonnis lang uit het gezicht was, had Roscius van zijne al te groote inschikkelijkheid berouw en leefde daarbij in het vaste geloof, dat Fannius hem schandelijk bedroog. Hij meende namelijk te weten, dat deze, ofschoon hij het stokstijf ontkende, op zijne beurt

(1) § 37.

(2) § 9, rogatus, ne referres.

(3) § 4 geeft het cijfer juist aan. De overschrijving had moeten loopen over het gansche bedrag en daarna voor den betaalden termijn Roscius zijn gecrediteerd ob pecuniam debitam, als waren kaspost, nomen arcarium GAL. III. 131.

(4) § 13.

(5) § 25.

(6) § 51.

HS CCCIOOO van Flavius getrokken had, zoodat hij recht had hem met gesloten beurs te betalen. (1) Fannius uit diens repromissio aanspreken durfde hij echter niet, want hij kon zijne beschuldiging niet bewijzen, aangezien van de betaling, door Flavius aan Fannius gedaan, maar twee personen kennis hadden gedragen, Flavius zelf en hun rechter Cluvius, en beiden in het graf lagen. CICERO moest zich behelpen met de verklaringen van T. Manilius en C. Luscius Ocrea, dat Cluvius hun indertijd het feit onder vrienden verteld had, en ondanks den ophef, welchen hij van deze getuigenissen maakt, kon men ook te Rome eene in rechten te staven daadzaak niet waarmaken door wandelpraatjes tusschen derden. (2)

CICERO houdt zich, alsof hij Fannius een verwijt er van maakt, dat deze Roscius niet liever met de actio pro socio had vervolgd, (3) doch de aanloop dient hem enkel om er te beter op te drukken, dat Roscius in het eerste proces formeel was vrijgesproken en mitsdien Fannius niets meer van hem als gewezen vennoot te vorderen had. Fannius toch, zooals CICERO zelf verhaalt, had reeds drie jaren geleden door in die vrijspraak te berusten zijne actio pro socio onherstelbaar verwerkt; hij had geene keus en kon, toen de tweede termijn onvoldaan bleef, geene andere vordering dan tot betaling van HS IOOO instellen. Hij slaagde er in C. Piso, dien Roscius welstaanshalve niet wraken kon, al vindt CICERO het onkiesch denzelfden persoon eerst als arbiter en daarna als iudex te laten oordeelen, (4) weder tot rechter benoemd te krijgen en dat was voor hem een groot voordeel, want tegenover Piso durfde de gedaagde de schikking niet loochenen en in geval van ontkenntenis zou de eischer ze kwalijk hebben kunnen bewijzen. Doch in welk licht moest de schikking, aan wier uitvoering Roscius zich onttrok, worden beschouwd? Hierover liep der partijen twist. Niet het rechtspunt in het afgetrokkene was

(1) §§ 40—42.

(2) §§ 42—51.

(3) § 25.

(4) § 12.

onzeker, maar in verband met het rechtspunt de lezing en waardeering der feiten. Bijaldien toch Roscius het geld aan Fannius slechts had toegezegd als vrijwillige belooning, had deze tegen hem geene actie, ja zou ze zelf niet gehad hebben, al ware er gestipuleerd, daar hem dan de exceptio legis Cinciae had kunnen worden tegengeworpen (1). En nu erkende Roscius alleen de gift. SATURIUS moest daarom (en hij had voorwaar de beste kans bij Piso) uit de omstandigheden en door vermoedens rechter en bijzitters overtuigen, dat die voorgewende schenking maar een dekmantel geweest was, een waas om partij's gevoeligheid te sparen, en in waarheid Roscius, ten einde aan het dreigend en onteerend vonnis te ontkomen, zich de toegezegde som schuldig erkend had als slot van rekening wegens de vennootschap, tegen welke schulderkentenis Fannius zijne actio pro socio had prijs gegeven. Zoo uitgelegd was door de handeling van partijen het vereffende saldo pecunia credita geworden. Opdat de rechter iets zou hebben om aan te grijpen buiten de erkenning der partij, legde SATURIUS het memorandum over betrekkelijk de strekking der overeenkomst door zijn client tijdens het aangaan der schikking in diens dag- of kladboek, adversaria, ingeschreven en waaruit, zijns inziens, zonneklaar van de bedoeling van partijen bleek. (2) Was *schenking* of *afrekening* de spil, waarom alles draaide wat het rechtspunt betrof, de aantijging, dat Fannius een penning van Flavius genoten had, wierp SATURIUS ver weg als een listig en lasterlijk verzinsel en had, dit doende, het volste recht met de moraliteit zijner zaak duchtig te schermen, want fatsoenlijk was dan het gedrag van Roscius niet. (3)

Op jeugdigen leeftijd, toen hij zijn roem als redenaar nog moest vestigen, trad CICERO voor den populaireren verweerder op en pleitte den termijn van antwoord niet enkel voor zijn client bij den rechter, maar tegelijk voor zich zelve bij het talrijk opgekomen publiek. Het behoort tot de kunst van den bekwamen pleiter den rechter, wiens

(1) Vat. 311.

(2) § 5.

(3) § 19.

gespannen aandacht hij boeien wil, nu en dan eens te laten meesmuilen; kwinkslagen van het allooi, als CICERO zich tegen Fannius veroorlooft, b. v. *qui idcirco capite et superciliis semper est rasis, ne ullum pilum viri boni habere dicatur*, (1) waren wel voor de omstanders, niet voor den deftigen Piso of Perperna bestemd. In de pleitzaal luistert de toehoorder uit nieuwsgierigheid niet zoo scherp toe, dat hij den redenaar, die hem meesleept, betrapt, wanneer een oogenblik later het volgende deel van het betoog het vorige logenstraft, en aan de zucht om de menigte te behagen en ten gunste van zijn client te stemmen schrijve men het toe, dat CICERO de feiten telkens stelt in een grof partijdig daglicht en te schel in zijn voordeel kleurt, ofschoon zich ten volle bewust Piso daaromtrent niets op de mouw te kunnen spelden. Zoo b. v. verdraait hij al te in het oog loopend het gebeurde in het eerste proces: (2) *quaere, quare sit absolutus? Quod erat summa innocentia et integritate. Quid enim factum est? Venisti domum ultro Roscii: satisfacisti (3). Quod temere commisisti, rogasti ut ignosceret. In iudicium ut denuntiaret; (4) te affuturum, negasti. Deberi tibi ex societate nihil clamitasti. Iudici hic denuntiavit; absolutus est. Berouwvol zou Fannius Roscius aan diens huis opgezocht, om versooning gevraagd en gebeden hebben, hij mocht hem vergeven, wat hij onbesuisd tegen hem had misdreven. Roscius had maar à venir te geven, hij zou wegblijven en verstek laten gaan. Er was hem, had hij luide verkondigd, niets ter zake der vennootschap verschuldigd. Daarop had Roscius à venir gegeven en was vrijgesproken. Jammer maar, dat Roscius, zooals CICERO een oogenblik later volmondig erkent, zich het zware offer had moeten getroosten van HS CCCIOOO,*

(1) § 20.

(2) § 26.

(3) In dit verband: voldoening geven door versooning te vragen. De uitlegging van BETHM.-HOLLW. 809 n^o. 13 is gezocht.

(4) De afschrijver, wien de zaak niet helder was, verplaatste deze woorden op zinstorende wijze.

waarvan de helft comptant, om dat fraaie vonnis te verkrijgen. Doch schift men het kaf van het koren, dan heeft CICERO ook in deze zaak meesterlijk gepleit.

Partij, zoo zet hij zijne verdediging op, erkent geen geld terug te vragen, dat zij betaald of gestipuleerd heeft. Ja, niettegenstaande in haar stelsel, dat men in der minne heeft afgerekend wegens de vennootschap, de som had behooren te zijn overgeschreven, beroept zij zich evenmin op *expensilatio* en voert zelf aan, dat men uitdrukkelijk is overeengekomen ze niet te bewerkstelligen. CICERO pleitte een onsplitsbaar *aveu*. Van het licht, waarin de getroffen schikking werd beschouwd, hing het lot van het proces af en er was hem dus alles aan gelegen goed te doen uitkomen, dat er ten processe geen ander bewijs van de verbintenis van Roscius voorhanden was dan diens eigen erken-
tenis. Daarom, wat anders kleingeestige haarkloverij zou geweest zijn, legt hij er nadruk op, dat SATURIUS geenerlei schriftelijk bescheid van den inhoud der overeenkomst in het proces had gebracht (1). *Tabulas habet, an non? Si non habet, quemadmodum pactio est? Si habet, cur non nominas?* De schikking toch loochende hij niet, maar wel de daaraan door SATURIUS toegeschreven strekking: (2) *dic pactionem fecisse, ut absolveretur. Non pepigit.* Het eenige wat SATURIUS had kunnen overleggen, het memorandum van diens cliënt, moest CICERO hem met alle geweld uit de hand slaan en Piso goed laten gevoelen, dat hij als rechter op dergelijk geschrift niet mocht letten. Waar, roept CICERO uit, ging dat heen? Op zijn *codex accepti et expensi*, waarin men zijn schuldenaar in behoorlijken vorm gedebiteerd heeft, kan men zich niet beroepen, ten ware het boek richtig gehouden en het bewijs van zijne geloofwaardigheid en van de toestemming der partij geleverd zij. Welk eene ongehoorde belachelijke aanmatiging zich een titel te willen scheppen door zijn eigen notitie-

(1) § 25.

(2) § 26.

»van den vorm, waarin de belofte is gedaan, te weten als
 »behelzende geenerlei erkenenis van schuld en louter
 »eene vrijgevigheid. Zoo is destijds door onzen bemiddelaar
 »Piso het vergelijk ingekleed. Fannius nam er genoeg
 »mede, deed van alle vorderingsrecht uit de vennootschap
 »afstand en stemde er in toe, dat geen expensilatie gebeuren
 »en alles gaan zou op het eerewoord. Hij kan niet, heeft
 »hij berouw van zijne vroegere toegeeflijkheid, thans ach-
 »terna komen met het beweren, dat Roscius zich iets ter
 »zake der vennootschap schuldig beleden heeft, waar het
 »juist van diens zijde de hoofvoorwaarde van het vergelijk
 »en het beloofd aanzienlijk geldoffer geweest is, dat er van niets
 »wat naar dergelijke erkenenis zweemde, sprake mocht zijn.
 »Daarenboven, al had Roscius zijn aandeel in de schadevergoe-
 »ding wegens den manslag aan Panurgus begaan, moeten
 »inbrengen, hij zou het gedaan hebben door de betaling van
 »den eersten termijn. Voor den tweeden, waarover het proces
 »loopt, ware geen andere reden denkbaar dan vergelding
 »der door Fannius als cognitor bewezen diensten«. De iudex-
 sponsonis, CICERO vergeet niet er sterk op aan te houden,
 moest oordeel vellen naar strikt recht en naar strikt recht
 had de gedaagde gelijk. Hield Fannius Roscius aan den
 inhoud, Roscius mocht Fannius binden aan den vorm der
 overeenkomst. Eene tweede vraag is het of Piso met zijne
 persoonlijke wetenschap van het vroeger gebeurde, als hij
 niet overtuigd was, dat Fannius betaling had gekregen van
 Flavius, er toe heeft kunnen besluiten Roscius vrij te
 spreken, want in die onderstelling handelde deze ter kwader
 trouw en kwam Fannius ten deele door de eigen schuld van
 Piso, naar wiens raad hij zich gevoegd had, bedrogen uit.
 Wat hiervan hij, CICERO's goed berekend en fijn uitgesponnen
 plan van verdediging ja, het gansche proces wordt onver-
 klaarbaar, zoo niet toen reeds, even goed als naderhand bij
 ULPIANUS, de ontvankelijkheid der actio pecuniae certae
 creditae uit een contractus incertus gelijk de vennootschap
 vaststond, zoodra partijen in der minne hadden afgerekend
 en het saldo vereffend.

Condictio certi is bij CICERO de vordering, waarmede men eene verschuldigde geldsom vraagt. In deze eigenschap, in den bijzonderen aard van haar voorwerp, was haar onderscheidend kenmerk gelegen. In welke bewoordingen de eischer zijne vordering inkleedde, hoe hij zijn eisch omschreef, altijd moest de veroordeeling luiden op geld, (1) doch waar de rechter het beloop had te begrooten maakte de juiste som geen onderdeel uit van het door den eischer te leveren hoofdbewijs. Wanneer daarentegen de eischer optrad met de intentio certae pecuniae, had de rechter het gevorderd cijfer al dan niet bewezen te verklaren, niet zelf door schatting welk cijfer den eischer toekwam te vinden. Tweeërlei nam nu de eischer op zich aan te toonen, eensdeels, dat er tusschen hem en den gedaagde een rechtsgeldig obligo bestond, en anderdeels, dat het bedrag van dat obligo tusschen partijen was vereffend. Hij moest zijn eisch waar maken tot den laatsten penning toe, zelfs de geringste fout deed hem door plus petere summa alles verliezen, (2) doch, volbracht hij het tweeledig bewijs, altijd het proces winnen, onverschillig wat de oorsprong van het obligo was. De praetor had enkel het onderwerp der vordering te kennen, niet de gronden, waarop zij steunde, die eerst bij den rechter behoeften te worden te berde gebracht. Bij het bepleiten der zaak legde men de akte van stipulatie of testamentaire beschikking over (3).

(1) GAI. IV. 48.

(2) Datzelfde beginsel placht te gelden in het Engelsche proces. In an action of debt the plaintiff must prove the whole debt he claims, or recover nothing at all. For the debt is one single cause of action, fixed and determined, and which therefore, if the proof varies from the claim, can not be looked upon as the same contract, whereof the performance is sued for. If, therefore, I bring an action for debt for L. 30, I am not at liberty to prove a debt of L. 20 and recover a verdict thereon, any more than, if I bring an action of *detinue* for a horse, I can thereby recover an ox; for I fail in the proof of that contract which my action or complaint has alleged to be specific, express and determinate. BLACKSTONE. Comment. III, 155.

(3) QUINCTIL. Instt. IV. 2, 6. BARON. Abhandl. I, 22.

Themis, XLIIIste Dl., 4e Stuk [1882].

Vereffend kon de schuld zijn aanstonds bij hare geboorte, b. v. bij geldleening. De geldschietter telde den schuldenaar de penningen toe, debiteerde hem voor het bedrag in zijn kasboek (1) en liet zich, vooral als hij interesten bedong, eene formeele schuldbekentenis geven. (2) Pecunia data, expensa lata, stipulata gingen meestal hand in hand. Een van drieën intusschen was natuurlijk genoeg. De eischer triomfeerde, zoo hij aantoonde den gedaagde het geld verschaft, of het met zijn goedvinden overgeboekt of het gestipuleerd te hebben. (3) De schuldenaar, die de schuld afloste, verrichtte al hetzelfde in omgekeerden zin. Hij stortte het geld, debiteerde den schuldeischer voor den post en vroeg kwijting per acceptilationem. En wie niet weergeeft, wat hij onverschuldigd ontving, handelt even oneerlijk als degene, die geleend geld niet terugbetaalt. (4) Pecunia data bevat de concrete uitdrukking der algemeene schuldoorzaak krachtens het rechtsbeginsel, dat men andermans geld of goed, waarvan hij de waarde niet genoot, niet mag opsteken noch houden, zelfs al handelde men ter goeder trouw. (5) De dief of andere oneerlijke verkrijger, die niet ontvangen, maar genomen heeft, is tot vergoeding in nog sterker mate verplicht. (6) Dari oportere, ook waar het strikt genomen oneigenlijk klonk, omvatte alle gevallen, waarin op grond van reële verbintenis terugbetaling eener bepaalde geldsom kon worden geëischt.

Desgelijks kon eene uit haren aard onvereffende schuld later vereffend worden. Laat het obligo zijn voortgekomen uit consensueel contract, delict of waar van daan ook, als partijen te dier zake onderling afrekenden en de som, door de eene aan de andere te betalen, regelden, had die vereffe-

(1) GAI. III. 131.

(2) L. 126 § 2 D. 45, 1. L. 7 D. 46, 2.

(3) L. 9 § 3 D. 12, 1. GAI. IV. 116a. c. 3 C. 8, 37.

(4) GAI. III. 90.

(5) L. 32 D. 12, 1. L. 38 D. 5, 3. L. 6 D. 12, 5. LL. 14, 66 D. 12, 6. LL. 1 §§ 2, 3, 4 D. 12, 7.

(6) Quia iniquissimum est ex furto locupletari impune. L. 3 § 12 D. 15, 1.

ning wederzijds verbindende kracht, want, schoon de bloote overeenkomst geen titel of recht van vordering scheppen kon, belette dit niet, dat zij bij machte was de uitvoering der verbintenis te wijzigen: *obligationum causae pactione possunt immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem* (1) en bij de uit haren aard onvereffende, doch later vereffende schuld was dientengevolge èn het obligo aanwezig èn het tusschen partijen zoodanig vastgesteld cijfer, dat noch de gedaagde daartegen kon opkomen, noch de rechter daaromtrent iets te taxeeren had. SCAEVOLA werd geraadpleegd over het volgend geval: (2) *Lucius Titius Gaium Seium mensularium, cum quo rationem implicitam habebat propter accepta et data, debitorem sibi constituit et ab eo epistulam accepit in haec verba: «ex ratione mensae, quam «mecum habuisti, in hunc diem ex contractibus plurimis «remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octaginta «sex et usurae quae competierint. Summam aureorum, quam «apud me tacitam habes, refundam tibi. Si quod instrumen- «tum a te emissum cuiuscumque summae ex quacumque «causa apud me remansit, vanum et pro cancellato habebitur.»* Quaesitum est, cum Lucius Titius ante hoc chirographum Seio nummulario mandaverat, uti patrono eius trecenta redderet, an propter illa verba epistulae, quibus omnes cautiones ex quocumque contractu vanae et pro cancellato ut haberentur cautum est, neque ipse neque filii eius eo nomine conveniri possunt. Respondi, si tantum ratio accepti atque expensi esset computata, ceteras obligationes manere in sua causa. Sibi debitorem constituere vertale men niet met BRUNS (3) door *«zich de schuld laten constitueeren»*. De consulent, zoo begrijpt het ook SCAEVOLA, denkt niet aan constituta pecunia, maar aan afwikkeling: *implicitam rationem propter accepta et data computare*. Partijen hadden wegens hare menigvuldige onderlinge vorderingen uit de te samen gedreven zaken afgerekend. Gaius Seius

(1) L. 27 D. 50, 17.

(2) L. 47 § 1 D. 2, 14.

(3) 264.

was per resto driehonderd zes en tachtig aurei aan Lucius Titius schuldig gebleven. Daarvan had hij hem bewijs gegeven, inhoudende de verklaring, dat alle van dezen afkomstige schulderkentenissen in zijn bezit moesten gehouden worden voor van onwaarde en te niet gedaan. Over de uitlegging dier verklaring liep de vraag. Het advies van SCAEVOLA stelt nu echter aanschouwelijk voor oogen, hoe men door vereffening van saldo den schuldenaar voor dat, bedrag aansprakelijk maakte met de *condicto certi*. Dit beteekent *debitorem sibi constituere* en bij zoodanige verrekening, als volgens Fannius ook zijn vergelijk met Roscius inhield, zeide men van het saldo in *creditum abiit* (1). Gesteld toch het ware terstond afgedragen en den schuldenaar weder voorgeschoten, zoo zoude het *pecunia numerata* zijn geweest en waartoe de ijdele vertooning van den heen en weer overgereikten geldbuidel? Het moest genoeg zijn dat men de som, na ze te hebben vereffend, had laten blijven uitstaan. *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam, nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta* (2). Het te goed houden schept reëel contract, doordien constructief eigendomsovergang plaats grijpt.

Tegen overdrijving dezer juridieke constructie waarschuwde JULIANUS (3). Lucius Titius stelt tot waarneming zijner zaken een bewindvoerder aan, doch zonder aan zijne schuldenaars te gelasten bij dien gemachtigde te betalen (4). Doen zij het evenwel op diens aanmaning vrijwillig, zij handelen

(1) L. 5 § 18 D. 14, 4. L. 3 § 3 D. 14, 6. L. 31 D. 19. 2.

(2) L. 15 D. 12, 2.

(3) L. 34 pr. D. 17, 1. Over de verhouding van AFRICANUS tot JULIANUS handelde laatstelijk BUHL. SAVIGNY — Zeitschr. II, 180.

(4) BASILICA. 14. 1, 34 (II. 121), waar de scholiast het geval juist voorstelt,

met hem, niet met den principaal. Hij ontvangt en neemt hun geld onder zich, niet dat zijns meesters, en wel is hij jegens dezen wegens zijne handeling rekenplichtig, zoodat hij den post in zijne rekening opnemen en met de interesten verantwoorden moet, pecunia credita is de som niet. Heeft nu de bewindvoerder van de inning dezer gelden bericht aan L. Titius gezonden bij een schrijven, waarin hij erkent het bedrag daarvan van hem ter leen te houden tegen vergoeding van zes ten honderd interesten, zoo rijst de vraag, of door zoodanige schulderkennis de post uit de rekening en verantwoording gelicht en in eene zelfstandige geldleening herschapen is, met dien verstande dat thans Lucius Titius zijn recht om de interesten te eischen verloren heeft, daar zij wel toegezegd, maar niet gestipuleerd zijn: qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint? JULIANUS besliste ontkenkend: respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. De klemtoon valt op nuda pactione; ex omni contractu pecunia credita fieri potest, mits er, zij het dan ook slechts constructief, eigendomsovergang hebbe plaats gegrepen. Daarom voegt JULIANUS er bij, dat men zich niet beroepen mag op het voorbeeld van den bewaarnemer, wien de bewaargever vergunt de in bewaring genomen gelden te gebruiken, door welke vergunning de houder eigenaar wordt van des gevers eigen geld: (1) nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt, noch op dat van den geldschieder, die eene aanwijzing geeft op zijn schuldenaar: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecu-

(1) Vgl. LL. 9 § 9, 10 D. 12, 1. LL. 1 § 34, 7 § 2, 24, 26 § 1 29 § 1 D. 16, 3. L 24 § 2, 3 D. 42, 5. PAUL. Sent. II. 12, 9.

niam, credita fiat, daar dit werd aangenomen, op grond dat dan de uitbetaling krachtens beschikking van den schuldeischer geschiedende, het geld constructief geacht werd van hem afkomstig te zijn: id enim benigne receptum est, terwijl het volgens JULIANUS evenmin ter zake deed, dat de bewindvoerder voor de gelden, door de schuldenaars gestort als daarvan, schoon door hun eigen daad, eigenaar geworden, instaat, naardien datzelfde gebeurt, als men iemand aan geld helpt door hem een stuk goud of zilverwerk te geven, dat hij verkoopen kan: his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. Welk een en ander hem brengt tot het besluit, dat de bewindvoerder, niettegenstaande zijn schrijven, den post in zijne rekening opnemen en de interesten vergoeden moest: et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat. In het gevoelen van JULIANUS aangaande het te gelde gemaakte goud- of zilverwerk deelde ULPIANUS niet (1), rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego, cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam, omtrent de hoofdzaak was hij het ongetwijfeld met zijn beroemden voorganger eens. Bij finale afsluiting blijft het vereffend saldo door de eigen beschikking des schuldeischers bij den schuldenaar uitstaan en het heen en weder langens van het geld is hier evenmin vereischte als bij de transcriptie, die ingelijks eene kasoperatie zonder geld op tafel was. De bloote kennisgeving daarentegen later te verantwoorden sommen bij derden te hebben geïnd kan niet bewerken, dat de post uit de verantwoording gelicht en tot onderwerp eener zelfstandige

(1) L. 11 pr. D. 12, 1.

geldleening gemaakt wordt. Zoo lang niet is afgerekend, blijft het geld in rekening.

Doch de schuld kon door werkelijke vereffening pecunia certa credita worden onverschillig de aard van het obligo, waaruit zij voortkwam: (1) sed et si ex senatusconsulto agetur, verklaart *ULPIANUS*, competit haec actio, veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet. De bezwaarde erfgenaam rekest met den verwachter in dier voege af, dat deze erkent wegens de uitkeering voldaan te zijn en gene daartegenover zich eene bepaalde som schuldig belijdt (2). *Minor annis viginti quinque*, cui fideicommissum solvi pronuntiatum erat, caverat id se accepisse et cautionem eidem debitor quasi creditae pecuniae fecerat; in integrum restitui potest, quia partam ex causa iudicati persecutionem novo contractu ad initium alterius petitionis redegerat. De minderjarige had zich benadeeld, naardien hij door zijne overeenkomst den reeds verkregen executorialen titel had verruild voor eene actio certae creditae pecuniae, waarmede hij op nieuw vonnis moest vragen. Dat hij tegen zijne handeling in zijn geheel moest worden hersteld, bewijst, dat zij, op zich zelf beschouwd, volkomen rechtsgeldig was.

Het is alzoo een dwaalbegrip, dat het classieke recht een tegennatuurlijk onderscheid zou hebben gemaakt tusschen pecunia credita, geld dat iemand als crediteur te goed heeft, en pecunia debita, geld dat iemand als debiteur schuldig is. Ook *GAIUS* verzet zich hiertegen: (3) pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, quae sine ulla condicione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Het verzwakt de

(1) L. 9 § 1 D. 12, 1. Vgl. *STEPHANUS. BASILICA. 23, 1, 9. SCHOL. 8 II. 597.*

(2) L. 40 pr. D. 4, 4. *BASILICA. 10. 4, 40. I. 513.*

(3) *III. 124.*

kracht zijner verklaring niet, dat hij daarbij meer bepaaldelijk het oog gevestigd heeft op het onderscheid tusschen de zoogenaamde crediet en elke andere stipulatie, (1) want op het beginsel komt het aan.

Geheel in overeenstemming hiermede, leert *ULPIANUS*: (2) *licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere.* Het wat de bizondere schuldoorzaak betreft alles omvattend begrip van *pecunia credita* is hetzelfde als dat van *pecunia debita*, dat *ULPIANUS*, gelijk aan *KELLER* niet ontging, (3) bij *constituta pecunia* in nagenoeg gelijke bewoordingen schildert: (4) *debitum autem ex quocumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu, sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu.* En *PAULUS* voegt er bij: (5) *qui iniuriarum vel furti vel vi bonorum raptorum teneatur actione, constituendo tenetur.* Partijen verstaan zich nopens het bedrag der schadevergoeding en komen omtrent de afdoening op een bepaalden vervalldag overeen.

Ook naar onze jurisprudentie behoeft niet immer, waar partijen, uit maatschap of bewindvoering b. v., in obligo staan, rekening en verantwoording te worden gevraagd en blijft het den eischer onverlet rauwelijks tot betaling van saldo te dagvaarden. (6) Gelijk recht gold te Rome, mits voldaan werd aan de voorwaarde, dat de eischer het nauwluisterend bewijs van het cijfer kon leveren. Dit deed *PAULUS* onderstellen: (7) *forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis ceterasque similes iusiurandum*

(1) De *lex Cornelia* toch was er eene de sponsu.

(2) L. 9 pr. D. 12, 1. Van dies en *condicio* geldt hetzelfde bij *debitum* als bij *creditum*. L. 35 D. 5, 1. L. 213 pr. D. 50, 16. L. 186 D. 50, 17.

(3) R. Civilpr. n. 1107. (4) L. 1 § 6 D. h. t. (5) L. 29 D. h. t.

(6) Vgl. bv. arr. Amsterdam 30 Sept. 1881, *W. v. h. R.* n^o 4725.

(7) L. 28 § 4 D. 12, 2. Vgl. ook L. 5 D. 44, 2.

exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur en ULPIANUS hetzelfde aannemen bij niet contractueele schuld: (1) competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. Sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicatur. Daarom eindelijk stelt hij deze algemeene eigenschap met haar tweeledig vereischte, rechtsgeldig obligo en vereffende som, bij wijze van definitie op den voorgrond: (2) certi conditio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo petatur contractu, sive ex incerto.

De classieke Juristen spreken zoo ondubbelzinnig mogelijk en de natuurlijke zin hunner woorden wordt door de Grieksche uitleggers gehandhaafd. (3) In weerwil van dat alles blijven de meesten der nieuwere schrijvers het eenvoudig karakter der geldvordering halstarrig miskennen en wordt ook door KELLER de juiste opvatting slechts schoorvoetend verdedigd. (4) Gewiss, meent hij, gehört dies zur jüngsten Rechtsbildung. Waarom? Nopens de legis actio per conditionem getuigt GAIUS, (5) dat zij is ingevoerd lege quidem Silia certae pecuniae. Misschien viel numeratae achter pecuniae uit, maar in elk geval vorderde reeds de lex Silia niet meer dan dat de eisch: aio te mihi HS tot dare oportere, eene bepaalde geldsom ten onderwerp had. En uit de legis actio der lex Silia leidt KELLER zelf de conditio certi der lex Aebutia af. Wie eene bepaalde geldsom vroeg, moest het doen met de intentio dezer conditio en alsdan den rechter overtuigen van tweërlei, dat de schuld rechtens bestond: eam pecuniam deberi en dat het bedrag vaststond zonder dat nadere vereffening te pas kwam: quanta pecunia debeatur, certum esse. De inschuld leverde de stof voor het

(1) L. 9 § 1 D. 12, 1. Ingevolg propter res amotas L. 17 § 2 D. 25, 2. De echtgenooten konden namelijk ook deswege in der minne afrekenen, mits na de scheiding. L. 20 pr. D. 23, 4.

(2) L. 9 pr. D. 12, 1.

(3) BARON. Abhandl. I. 100—110 geeft een overzicht hunner beschouwingen. Dat zij in de plaats der vereffening de eigen schatting des eischers stellen, wijst op een verschil tusschen de oude rechtspleging en de hunne.

(4) R. Civilpr, n^o. 1107.

(5) GAI. IV. 19.

iudicium secutorium; het geding bracht men in staat van wijzen door middel der sponsio en zoo het de legitimae of derde parts-sponsio was, die gesloten werd, heette de vordering actio pecuniae certae creditae.

Een rijke bron van misverstand ontspringt uit de verwar- ring van dogmatiek met procesrecht. De gangbare rechtsleer hecht aan rechtsvordering het begrip van een zelfstandig rechtsmiddel, geboren uit eigen schuldorzaak en aangelegd wegens eene ondervonden rechtschennis. (1) In dat licht beschouwde het classieke procesrecht (2) de actio niet. Uitgaande van de intentio mat het den aard van het geschil af naar het voorwerp, dat gevraagd werd, naar de conclusie of id, quod in iudicium deducitur; waarom en uit welken hoofde het geschiedt, kan de praetor zich niet verledi- gen te onderzoeken. „Gaat” zegt hij tot de partijen „naar den rechter dien ik benoemen zal; overtuigt hem van uw „gelijk. Wie hij gelijk geeft, heeft het bij mij,“ De litis contestatie bepaalt om welken twistappel men kijft. De vin- dicatio *personae* stelt de vraag, of de persoon, op wien de hand gelegd is, zich al dan niet bevindt in zekere macht; *rei* of het twistgoed al dan niet des eischers, *iuris* (confes- soria en negatoria) of het al dan niet met eene dienstbaarheid bezwaard is; *universitatis*, of de boedel in geschil al dan niet den eischer toebehoort. Possessoir heeten alle beschikkingen, waarbij de praetor regelt wie van tweeën op een bezit, waarover men strijdt, de beste aanspraak heeft. Als in de intentio afre- kening gevraagd wordt wegens eene dier handelingen ter zake waarvan het herkomen wil, dat men rauwelijks tot het ver-

(1) Vgl. SAVIGNY. System. V, § 205.

(2) Eveneens het onze. Wanneer wij over de inrichting der dag- vaarding beraadslagen, spreken wij wel van actio mandati, condictio in- debiti enz. bij het zoeken naar den leerstelligen grond, doch opperen vóór alles de vraag, wat zullen wij eischen: nakoming of ontbinding, schadevergoeding, op te maken bij staat, scheiding en deeling, saldo of rekening en verantwoording of welke andere actie doen wij het best met in te stellen? En van de actie tot rekening en verantwoording b. v. kunnen wij schier in gelijken zin, als ULPIANUS van de condictio certi, zeggen: generalis est.

effenings-geding overgaat, verordineert de praetor een *bonae fidei iudicium*. En de gewone schuldvordering, *condictio*, vertoont zich in tweeërlei gestalte als vrije of onbepaalde eisch, (1) omschreven met *quidquid N. Negidium A. Agerio dare facere oportet*, (2) of als streng bepaalde: *N. Negidium A. Agerio certam rem pecuniamve dare oportere* (3) Laatstgenoemde splitst zich eindelijk in *condictio certi* of *triticiana* naar gelang of eene geldsom of eene andere hoeveelheid waren of eenigerhande bepaalde zaak gevorderd wordt (4). In deze terminologie komt alles aan op de intentio en van de omschrijving van den eisch maakte de aanwijzing der schuld-oorzaak geen noodzakelijk bestanddeel uit. *Condictio certi* was een *practicale*, geen *doctrinaire* kunstterm. Of de eischer, die beweerde, dat hem de gevraagde som toekwam, recht had, moest de *iudex* weten, die geacht werd het landrecht vroed te zijn en wien alzoo de praetor daaromtrent geen onderricht had te geven (5).

Als *iudicium secutorium* had de geldvordering een hoogst eenvoudig formulier, saamgesteld uit twee stukken intentio en *condemnatio*, beide ingevuld met hetzelfde cijfer (6). Daar-

(1) Zoo in het Engelsch proces: an action on the case on what is called an *indebitatus assumpsit*, which is not brought to compel a specific performance of the contract, but to recover damages for its non performance, the implied *assumpsit*, and consequently the damages for the breach of it are in their nature indeterminate; and will therefore adapt and proportion themselves to the truth of the case which shall be proved, without being confined to the precise demand stated in the declaration. BLACKSTONE. III. 155.

(2) GAL. IV. 54, 131, 136. c. 20 leg. Rubriae L. 76 § 1 D. 45, 7.

(3) GAL. IV. 5, 33.

(4) L. 1 pr. D. 13, 3. Opmerkelijk is de gelijksoortige onderscheiding van het Engelsche procesrecht tusschen the writ of *debt* and *detinet*: if the action be for goods, for corn or a horse, the writ shall be in the *detinet* only; for nothing but a sum of money, for which I (or my ancestors in my name) have personally contracted, is properly considered as my *debt*. BLACKSTONE. III. 156.

(5) RUDORFF's onderscheiding, Edict. 103 n. 4, interest *utrum petatur certum an repetatur* is geheel uit de lucht gegrepen en kennelijk vals.

(6) GAL. IV. 45, THEOPHILUS IV. 10, 2. HEIMB. Credit. 556.

van moest tot zekere hoogte worden afgeweken, wanneer de vordering elders als aan het bedongen betalingssoord werd aangebracht, *actio de eo quod certo loco* (1). Dan toch moest worden gelet op het koersverschil en ander geldelijk belang aan de verwisseling van plaats verbonden. Eene zelfstandige in *factum actio* had men voor dit doel niet noodig, ja ware oneigenaardig geweest. Immers het geschil van partijen liep ook nu over het al of niet verschuldigde der in de *intentio* genoemde en tot maatstaf der *condemnatio* en der poenaliteit genomen hoofdsom, (2) doch door eene bijzondere wending aan de *condemnatio* te geven moest de praetor tevens aan den rechter opdragen na te gaan, welken invloed op de verlaging of verhooging van het cijfer der hoofdveroordeeling het plaatsverschil billijkerwijs behoorde uit te oefenen. (3) Door dergelijke opdracht veranderde de *condemnatio* van *certa* in *arbitraria* (4) en daarom sprak men in dit geval van *actio arbitraria*, doch geenszins omdat deze inrichting der *condemnatio* het geding van een *iudicium* in een *arbitrium* herschiep (bij *arbitria* integendeel had men aan zulk eene bijvoeging geene behoefte), (5) noch den eisch tot een onbepaalden maakte: *hic una pecuniae creditae est, circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur.* (6)

Toen de gedaagde niet ter bedongen plaatse betaald had en de eischer zich over het nadeel, hem daardoor berokkend, beklaagde, kreeg hij van den Keizer ten antwoord, (7) dat nadeel vergoedt u de arbitraire actie, want bij deze komt ook het belang des eischers, vordert zulks de billijkheid, in aanmerking. Wel toch had de zucht om te waken, dat de gedaagde niet in zijn recht verkort werd, den eersten

(1) Het eerst grondig toegelicht door M. COHN. die sogenannte *actio de eo quod certo loco*, en daarna besproken door LENEL. Beitr. z. Kunde des praet. Edicts 55—100. (2) L. 27 D. 13, 4.

(3) LENEL. 64—70. Anders M. COHN. 129.

(4) THEOPHILUS. IV. 6, 33, wiens getuigenis LENEL lichtvaardig verdacht maakt.

(5) L. 7 pr. D. 13. 4.

(6) L. 8 D. 13. 4.

(7) c. 1. C. 3. 18.

stoot gegeven, doch spoedig leerde de ervaring, dat evenzeer het omgekeerde waar kon zijn. Wanneer de eischer goedvond voor zijn eigen gemak den gedaagde elders als aan het overeengekomen betalingsoord aan te spreken, moest hij zich het verlies, dat de ander hierdoor leed, laten korten, (1) maar daarentegen de gedaagde, lag de schuld aan hem, de schade dragen. (2) Alleen dan zou de praetor den rechter verplicht hebben uitsluitend op het nadeel van eene der beide partijen te letten, zoo hij haren naam in de *condemnatio* had gezet. Dat deed hij niet en nu de door hem gebezigde uitdrukkingen de zaak in het midden lieten, kwam alles op het doorzicht van den rechter aan, aan wiens bescheidenheid de praetor de begrooting overliet: in *summa aequitatem ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est* (3) en die naar bevind van zaken oordeelde: *arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei; quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, aut, si actoris, maioris pecuniae fiat.* (4) Of het belang der eene of der andere partij in aanschouw moest worden genomen, hing van de omstandigheden af: *lis tanti aestimatur, quanti eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi.* (5) RUDORFF lascht in zijn voorbeeld *alterutrius* uitdrukkelijk in, (6) wat nochtans den rechter in de onoplosbare tegenstrijdigheid zou hebben verwickeld van daar, waar beide partijen nadeel leden, het cijfer ten behoeve des eischers te moeten vermeerderen en tegelijkertijd ten behoeve des gedaagden te moeten verminderen. Julianus, *Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem.* (7) Zoo had ULPIANUS niet kunnen spreken, als het vraagpunt ware uitgemaakt door de stellige bewoordingen van het formulier, in stede van door een wetenschappelijk gevoelen van LABEO. (8) Om deze reden verdient RUDORFF's bijvoeging geene goedkeuring. Van den anderen kant gaat LENEL te ver, die zich een dus ingericht

(1) LL. 2 § 2, 3 D. 13. 4. (2) LL. 2 § 8, 10 D. 13. 4.
 (3) L. 4 § 1 D. 13. 4. (4) L. 2 pr. D. 13. 4. (5) L. 8 D. 13. 4.
 (6) Edict. 106. (7) L. 2 § 8 D. 13. 4. (8) M. COHN. 184—190.

formulier denkt: (1) si paret N. Negidium A. Agerio Ephesi decem dare oportere, iudex arbitrato tuo N. Negidium A. Agerio c. s. n. p. a. Dan toch zou het, ook waar de inschuld bewezen was, geheel van den rechter hebben afgehangen den gedaagde al dan niet (2) te veroordeelen. Zoo uitgebreide macht kon het niet in de bedoeling des praetors liggen den rechter te verleenen. Het eenige, dat deze in last kreeg te waardeeren, was de invloed, dien het verschil in de plaats der betaling op het eindeijfer der veroordeeling behoorde uit te oefenen.

De kennis der actio pecuniae certae creditae baant den weg tot het goed verstand der actio pecuniae constitutae, want terwijl de eerste de geldvordering was met de derde parts, was de laatste de geldvordering met de tweede parts-sponsio.

Actio constitutae pecuniae.

Ten einde weder de voorstelling te veraanschouwelijken, gaat nogmaals eene schets vooraf der formulieren, zoo als zij door den praetor zouden zijn uitgevaardigd, bijaldien Roscius de schuld ten behoeve van Fannius had geconstitueerd; tusschen [] is de lezing ingevuld voor het geval, dat CICERO de constituent ware geweest, tusschen [] de bijvoeging, wanneer enkel zekerheidstelling ware beloofd en tusschen [], wat had moeten worden in acht genomen, zoo het oorspronkelijk bedongen betalingsoord van het geconstitueerde verschilde. C. Piso iudex esto. Quod Q. Roscius [M. Tullius Cicero] C. Fannio Chaereae (C. Fannius Chaerea Q. Roscio [M. Tullio Ciceroni]) HS. XXV dare spondit, si (non) paret Q. Roscium C. Fannio Chaereae [Ephesi] [Carthagini] HS 1000 dare oportere eamque pecuniam intra Kal. Julias, quae proximae [anno proximo] fuerunt, [M. Tullium Ciceronem C. Fannio

(1) 70—79. Een nog gekunstelder voorstel z. bij PUNTCART. Zeitschr. f. prid. u. oeff. R. der Gegenwart VI, 620.

(2) B. v. op grond eener bij den praetor niet voorgestelde en dus in het formulier niet opgenomen exceptio doli.

Chaereae] se [Ephesi] soluturum I deve ea pecunia satisfacturum] constituisse, neque solvere, neque fecisse-neque per C. Fannium Chaeream stetisse, quo minus fieret — quod constitutum est, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse [intraque annum, quo primum eo nomine experiundi potestas fuerit, peti], Q. D. R. A., ob eam rem si paret Q. Roscium [M. Tullium Ciceronem] C. Fannio Chaereae (C. Fannium Chaeream Q. Roscio [M. Tullio Ciceroni]) HS XXV dare oportere, iudex Q. Roscium [M. Tullium Ciceronem] C. Fannio Chaereae (C. Fannium Chaeream Q. Roscio [M. Tullio Ciceroni]) HS XXV c. s. n. p. a.

Iudicium secutorium. C. Piso iudex esto. Si paret Q. Roscium C. Fannio Chaereae [Ephesi] [Carthagini] HS. 1000 dare oportere, iudex Q. Roscium [M. Tullium Ciceronem] C. Fannio Chaereae HS. 1000 [quanti dumtaxat interfuerit HS. 1000, Q. D. A., Ephesi potius quam Romae dari, tantam pecuniam] c. s. n. p. a.

BRUNS (1) zag het verband tusschen de tweeërlei sponsio helder in: GAIUS führt die sponsio dimidiaie partis in Verbindung mit der sponsio tertiae partis an, die bei der actio de pecunia certa credita stattfand. Daraus wird man schliessen dürfen, dass die Sponsion der Hälfte beim Constitute nur eine Steigerung der Sponsion des Dritttheiles bei der pecunia credita war, nämlich für den Fall, dass die Zahlung der Creditumsschuld noch besonders auf einen bestimmten Tag zugesagt was. Maar wel verre van nu, dien stevigen bodem onder de voeten hebbende, daarop voort te bouwen en ernstig na te gaan, hoe het proces met de sponsio werd gevoerd, laat hij ze links liggen en slaat uit het onschuldige permittitur valsche munt. Met dat gewaande recht van kenze des eischers ware nogtans weinig voor hem gewonnen. In zijne polemieek tegen BAEHR is namelijk zijn streven hoofdzakelijk er op gericht om aan de actio constitutae pecuniae in het Justiniaansche recht een zelfstan-

(1) 239. Vgl. ook SALPIUS. Novation u. Delegation. 311.

digen werkkring en hooge beteekenis toe te schrijven. En wat ware bij terzijdestelling der sponsio gebeurd? De geconstitueerde zou de petitio sortis hebben overgehouden en, eene bepaalde geldsom vragende, het hebben moeten doen met de intentio si paret eam pecuniam sibi dari oportere. Ontdaan van de sponsio zou de actio constitutae pecuniae zich hebben opgelost in eene gewone certi conditio, ingesteld bij wege van rau-actie. Dat besluit ware natuurlijk niet geweest van de gading van BRUNS. Het verlokt hem tot een vermetelen sprong. (1) Uit het recht van keuze des eischers, met opzicht tot de sponsio, dat hij uit permittitur bij GAIUS afleidt, trekt hij het verrassend gevolg: zu GAIUS' Zeit existirte daher die actio in factum aus dem Constitute bereits jedenfalls neben der durch Sponsion vermittelten Klage und dass es jemal anders gewesen sei, läst sich wenigstens nicht erweisen. Diese actio in factum ist daher als die eigentliche actio constitutoria oder actio ex constituto an zu sehen und demgemäss in ihrem Inhalte näher zu verfolgen. Het afdoend bewijs, dass es jemals so gewesen sei, zoekt men te vergeefs.

Zoolang men de actio constitutae pecuniae nog enkel door JUSTINIANUS kende (2) en niemand raden kon, welke beteekenis daarbij de tweedeparts-sponsio had, bezat het vermoeden, dat zij wel eene in factum zou geweest zijn (3) ten minste de verdienste van anders onoplosbare vragen af te snijden, al vond het bij aandachtige lezing der bronnen nergens eenigen steun; allerminst bij THEOPHILUS. Immers van de honoraire in personam actiones sprekende, noemt hij als eerste voorbeelden de actio constitutae pecuniae en de peculio en stapt van deze op de actio de iureiurando over met de veel beteekenende wending ἐφ' ἑνὸς δὲ καὶ τῆν in factum, (4) door welke tegenstelling hij eene niet te versma-

(1) 246—252.

(2) Want ook PAUL. Sent. II. 2. gaf geenerlei licht.

(3) Sic arguo, leert P. DE BELLA PERTICA ad Inst. IV. 6, 8, sicut ubi ex nova lege introducitur obligatio nec introducitur propria actio, agendum est conditione ex lege, sic ubi per praetorem introducitur obligatio nec est propria actio, tunc competit actio in factum. Ex. gr. competit in factum de constituta. (4) THEOPHIL. IV. 6, 8—12.

den vingerwijzing geeft, dat de *actio constitutae pecuniae* evenmin eene in *factum* geweest was, als die de *peculio*. En sinds wij het bericht van *Gaius* bezitten, staan wij op ander terrein. Ook *Brunns* zou het niet in de gedachte zijn gekomen de *actio pecuniae certae creditae* bij geweigerde *sponsio* om te tooveren in eene in *factum*. Met welk recht past hij dan deze gevaarlijke kunstbewerking op de *actio constitutae pecuniae* toe? Zijne *actio in factum*, verzekert hij, schoon weder uitsluitend op eigen gezag, want in de bronnen staat hiervan niets, (1) was eene onbepaalde vordering in *id, quod interest*, waarmede de eischer geene betaling der hoofdschuld vroeg, maar vergoeding der schade, hem door de niet vervulling der betalingsbelofte berokkend. Op dat aambeeld hamert hij voortdurend. Deze *utilitas* kann weder in einer Klage auf Zahlung *an* jenem Tage bestehen, noch in einer Klage *auf* die Hauptschuld *nach* jenem Tage, sondern lediglich in einer Klage aus der Nichterfüllung des Constitutes *an* jenem Tage, und dies kann natürlich nur eine Interessenklage sein (2). — Die Constitutsklage geht daher nicht auf Erfüllung, sondern nur auf das Interesse der Nichterfüllung. (3) — Formell beruht die Constitutsklage auf dem Constitute und seiner Nichterfüllung und hat das Interesse an dieser Nichterfüllung zum Gegenstande (4) en zoo doorgaans. Laat ons narekenen, waarop dat alles, overgebracht in cijfers, neerkomt. *N. Negidius* heeft zich jegens *A. Agerius* verbonden de *HS X*, welke hij hem schuldig was, half Mei zonder fout te voldoen (5). Hij hield zijne belofte niet. Wat zal thans *A. Agerius* van hem vragen? *HS X*, want met minder ware hij niet te vreden te stellen. Zoo begrijpt het ook *Brunns* (6): darauf deutet denn auch die Unterscheidung von *actio de sorte* und de *constituta pecunia*, die sich mehrfach findet, (7) wodurch der Inhalt der letzteren von selbst als

(1) Immers hij erkent, 255, dat L. 14 § 2 D. h. t. eer tegen dan voor hem pleit. (2) 250. (3) 254. (4) 266.

(5) Ueberhaupt, merkt *Brunns* terecht op, hatte das Edict zunächst wohl nur die Constitute eigener Schulden im Auge. 241.

(6) 250. (7) L. 36 D. 12. 2. LL. 18 § 3, 22 D. h. t.

Themis, XLIIIste Dl., 4e Stuk, [1882].

eine Art *accessio* oder *causa rei* bezeichnet wird. Nur ist natürlich in dem Interesse der Nicht-zahlung der Betrag der Hauptschuld von selber stets mitenthalten, und daraus erklärt es sich, dass an andern Stellen der Gegenstand der Hauptschuld auch als Gegenstand der *Constitutsklage* bezeichnet wird. En zweifelhafter, noemt hij (1) die Frage, in welchen Fällen die *Annalität* und die *Befreiung* der Erben eintrat. Nach der Analogie von andern ähnlichen Klagen wäre wohl das natuurlijkste, jene Beschränkungen auf die Haftung für das volle Interesse und vielleicht auch auf die Zulassung der *sponsio dimidiae partis* (2) zu beziehen, so dass die Klage nach Ablauf des Jahres nur noch auf den einfachen Betrag der constituirten Summe zugelassen wäre. Die Haftung auf das volle Interesse zou mitsdien tweërlei hebben omvat: de betaling der hoofdsom, naar wier alleen bij den praetor bekend bedrag dan toch wel de poenaliteit uitsluitend berekend werd, en ten tweede wat daarbij kwam (3) als *accessio* of *causa rei*. Bij eene geldschuld echter zou dat toevoegsel in niets anders hebben kunnen bestaan dan in bijpassing van interesten (4). En nu wijzen de bronnen niet slechts de geconstitueerde inschuld, of *ea pecunia, quae debita fuit, cum constituebatur*, aan als het voorwerp der actie, maar bepalen de aansprakelijkheid van den constituent uitsluitend tot die hoofdsom. Tot meer, zelfs waar dat meerdere in bij te passen interesten zou hebben bestaan, verklaren zij nadrukkelijk, kon hij zich niet *ex constituto* verbinden. (5) De *actio constitutae pecuniae* brengt nergens

(1) 257.

(2) Dit vielleicht is vrij duister. De verjaring heft het recht om de actie in te stellen en bijgevolg om de *sponsio* te verlangen op. Met het interesse echter heeft de wederzijds besproken poenaliteit niets te maken. En zoo in het stelsel van BRUNS de verjaring enkel de verplichting van den gedaagde om, wanneer de eischer dit verlangde, de *sponsio* te sluiten deed vervallen, maar de *actio in factum* ongedeed liet, waarom schafte dan JUSTINIANUS ze noodeloos af?

(3) Ook als de *sponsio* gesloten werd?

(4) BRUNS laat dit punt in het midden 252—255.

(5) L. 24 D. h. t.

den eischer, wat de hoofdschuld betreft, meer gewin dan de *petitio sortis*. (1) Welke drijfveer zou hem dan, reede-neert men de poenaliteit weg, hebben kunnen bewegen zich behalve met het bewijs der inschuld nog daarenboven met het bezwaarlijk bewijs van het *constitutum* te belasten? Dazu war aber, wenn das *Constitut* eine reine Wiederholung der alten Schuld enthielt, kein Interesse da, merkt BRUNS zeer juist op. (2)

RUDORFF, hoewel hij zich mede vastklampt aan de *actio in factum*, heeft de kracht dezer tegenwerping gevoeld en gepoogd ze te ondervangen door een driesten, oogverblindenden zwenk. Hij schetst het formulier der *actio in factum* aldus: (3) *iudex esto, si paret N. Negidium quam pecuniam A. Agerio in hoc anno illa die se soluturum-satisfac-turum-constituit, neque solvere, neque fecisse, quod consti-tuit, neque per A. Agerium stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, iudex quanti ea res est, tantam pecuniam et eius pecuniae dimidium N. Negidium A. Agerio c. s. n. p. a.* De rechter zal van den praetor in last gekregen hebben den schuldig bevonden constituent in anderhalf maal de hoofdsom te veroordeelen en voorwaar bij het verkrijgen van zoodanig vonnis had de eischer het grootste belang. Doch behoudens allen eerbied voor den voortreffelijken geleerde mag men hem billijkerwijze vragen, waar haalt gij, zoo eensklaps, die veroordeeling in ander-

(1) Bei allen Quantitäten, schreibt HUSCHKE. *Archiv. f. civ. Praxis.* 65. 251 no. 8, fällt nun aber das Interesse wegen Untergangs der Sache post moram weg und anderes ist oft schwer zu beweisen. Daher erlaubt der Praetor dem Kläger jedenfalls mit sponsio et restipulatio der Hälfte zu klagen, welche denn die eigentliche kaufmännische Interessen-berechnung vertrat. De wederzijds bedongen straf van ongelijk was geene schadevergoeding, tenzij wegens het lichtvaardig gevoerd proces, en welk nut baarde dan de *actio in factum* zonder sponsio, ten wier behoefte juist die *Interessenklage* is uitgedacht, den eischer?

(2) 247. (3) Edict. 107.

halfmaal de hoofdsom van daan? Immers JUSTINIANUS zwijgt er van en GAIUS, onze eenige zegsman, kent enkel de wederzijds versproken poenaliteit: Geen wonder dat de bedachtzame BETHMANN-HOLLWEG aantee kent: (1) doch wissen die Quellen nur von einer Klage, zu welcher, wie bei certa credita pecunia, die Sponsion hinzu trat. Lijdt het stelsel van BRUNS schipbreuk op het gemis aan belang bij den eischer, RUDORFF strandt op de tegenoverliggende klip, miskennis van de rechten der verdediging. Tegen de poenale sponsio stond de restipulatio over (2) en maakte het gevaar ingeval van verlies voor beide partijen gelijk. Zij weten wat zij wagen en doen het vrijwillig. Doch hoe zou de gedaagde, vrijgesproken op grond van RUDORFF's formulier, verhaal wegens de poenaliteit gehad hebben op den eischer? Een contrarium iudicium kwam bij constituta pecunia niet te pas (3) en wat zou het te beduiden hebben gehad, dat men voor de sponsio bedankte, als toch de uitkomst dezelfde gebleven ware, te weten, dat de onderliggende partij aan de andere de helft der gevorderde hoofdsom moest uitkeeren als boete wegens het lichtvaardig gevoerd proces? Wij behooren niet wijzer te willen wezen dan GAIUS. Hij leert ons, dat men de constituta pecunia procedeerde per sponsionem en het gezond verstand schrijft voor bij historisch onderzoek te redeneeren uit het bekende. Dat de sponsio van ouds gebruikelijk en geenszins van later maaksel was, verkondigen de voorstanders der actio in factum zelve. (4) Eerst nadat gebleken ware van de onmogelijkheid om uit de sponsio de eigenaardigheden der actio constitutae pecuniae op bevredigende wijze te verklaren, zou men de poging kunnen billijken om door meer of minder gewaagde gissingen naar eene andere oplossing te zoeken. Maar het tegendeel is waar; in het classieke recht losten zich in de hoogere poenaliteit

(1) R. Civilpr. II 318 no. 66.

(2) GAL. IV. 13, 94, 165, 180. KELLER. Semestria. 33. BETHM. HOLW. R. Civilpr. II. 318 no. 67. RUDORFF zelf geeft ontwerpen zoowel der sponsio als der restipulatio dimidiae partis.

(3) GAL. IV. 177.

(4) RUDORFF. Rechtsgesch. I. 48.

al de voordeelen, in de termen der sponsio al de eigenaardigheden dier actie op.

De geconstitueerde mocht aan den constituent den beslissenden eed opdragen, zoowel betrekkelijk de gansche zaak, als uitsluitend nopens het constitutum, en had, als de gedaagde laatstgenoemden eed weigerde, ook bij den iudex sponsionis dimidiae partis niet meer dan de hoofdverbintenis te bewijzen, terwijl hij, als de gedaagde zwoer, zijne actio pecuniae creditae gaaf overhield (1). Si actor deferat iusiurandum de sola constituta pecunia et reus iuraverit, exceptio utetur, si de constituta conveniatur; sed si de sorte (id est de priore obligatione) (2) conveniatur, exceptio cessabit, nisi de hac quoque iuraverit adversario deferente. Gelijk recht van eedsopdracht had de gedaagde (3), quotiens propter rem iuratur, nec patroni nec patrono remittitur iusiurandum; propter rem autem iusiurandum exigitur, veluti de pecunia credita, cum iurat actor sibi dari oportere vel reus se dare non oportere. Idem est, cum de pecunia constituta iusiurandum exigitur. Vermenging van hoofdschuld en constitutum als in de actio in factum van BRUNS of RUDORFF had dus geene plaats.

Tot op de volbrachte litiscontestatie had de constituent het in zijne macht door betaling der hoofdsom zich te bevrijden of zich voor dat bedrag te laten executeeren. Het verlies der poenaliteit had hij uitsluitend aan zijne halstarigheid, om het proces op tegenspraak vol te houden, te wijten. Den Romeinen was de overtuiging ingeschapen, dat men den ernst en de oprechtheid der twistenden aan geen beter proefsteen kon toetsen dan door het geschil tot onderwerp eener weddingenschap (4), sacramentum of sponsio,

(1) L. 36 D. 12, 2.

(2) BASILICA. 22. 5, 36. II. 562. wettigt den twijfel, of dit scheef gedacht glossema wel op rekening der Compilatoren moet worden gesteld.

(3) L. 14 D. 12, 2.

(4) Zoo verwedden wij eene som voor een liefdadig doel. Zitting Tweede Kamer der Staten-Generaal van 1 Mei 1882. Handelingen blz. 1096.

te maken en naar hunne begrippen kon de eerlijke gedaagde niets hebben tegen de verhooging der boete, want des te voordeeliger kans liep de partij, wier geweten zuiver was en haar zeide, dat zij het proces moest winnen. Het gevaar eener rechterlijke dwaling cijferde men weg (1): *nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut damnatio sequatur, tametsi potest iudicis iniuria condemnari*, want in het oog des praetors had hij gelijk, die het bij vonnis kreeg. Het strookte dus geheel met den volksgeest, dat de constituent, die zijne belofte loochende, tegenover den eischer, die aanbod ze waar te maken, tot verhooging der wettelijke poenaliteit met de helft werd gedwongen, ten einde door een gepasten maatregel, welke den schuldenaar moest weerhouden van lichtzinnige bestrijding en het voeren van een wanhopig proces enkel met het doel om te rekken, den reeds te lang gepaaiden schuldeischer snel aan zijn recht te helpen. Immers liet hij zich niet afschrikken en delfde hij het onderspit, de constituent had als kwade betaler van de ergste soort de straf, die hem trof, dubbel verdiend: *hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere* (2). In twee merkwaardige uitspraken vestigt **ULPIANUS**, nadat hij zijne verklaring van de termen der *sponsio* ten einde gebracht heeft, de aandacht op den aard der procedure.

E re autem est hic subiungere, utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem. Et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio (3). **BRUNS** oordeelt (4): auch die *sponsio dimidiae partis* erklärt die Sache nicht. Denn erstlich war diese ja nur facultativ bei der Klage, wenn nicht von Anfang ab, doch jedenfalls bereits zu der Marcellus' Zeit; dann aber konnte man ihrentwege doch unmöglich die ganze Klage für eine poenale erklären, gerade eben so wenig wie die *actio creditae pecuniae*, und endlich wäre dann die Aufnahme der obigen Stelle in Justinians Pandekten völlig

(1) L. 50 pr. D. 15, 1.

(3) L. 18 § 2 D. h. t.

(2) L. 1 pr. D. h. t.

(4) 256.

sinnlos, da damals die Sponson jedenfalls längst weggefallen war. Over de eerste bedenking behoeft geen woord meer verspild. Wat de laatste betreft, kwetst hij zich met zijn eigen wapen, want ten slotte schrijft hij (1): „die Aeußerung der lex 18 § 2, dass die Klage keine poenale sei, erscheint jetzt als eine unbegreifliche Trivialität, während sie früher das innerste Wesen der Klage berührte. Het fragment bevat alzoo ook volgens hem eene historische herinnering, niets meer. Van zulke fragmenten trouwens wemelt het in de Pandecten en men behoort de uitspraken van MARCELLUS en ULPIANUS uit te leggen naar hun eigen standpunt en niet naar dat der Compilatoren. De tweede tegenwerping hangt innig samen met het streven van BRUNS om de actio pecuniae constitutae te doen doorgaan voor eene actie, die in haar oorsprong eene poenale strekking had. Doch MARCELLUS en ULPIANUS leerden vlak het tegendeel. Ontegenzeggelijk had de praetor de wettelijke poenaliteit met de helft verhoogd, gedreven door de zucht om de kwade praktijken van den slechten betaler te beteugelen, nochtans ontnam de wijze van verhaal aan de vordering hare ware natuur niet. Zij blijft zuiver schuldvordering en de boete eene wederzijds vrijwillig bedongen poenaliteit. Hoe bij eene actio in factum tot vergoeding der schade, den eischer door de wanbetaling berokkend, de beslissing van ULPIANUS minder eene völlig sinnlose Trivialität ware geweest in het classieke recht dan in het Justiniaansche, heldert BRUNS niet op. (2)

ULPIANUS laat volgen. (3) *vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit, sortis obligationem consumat. Et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad*

(1) 277.

(2) 256. schijnt BRUNS van meening, dat het poenaal karakter der actie van het in zedelijken zin meer of minder afkeurenswaardige der handeling afhangt. Dit echter is, blijkens de *condictio furtiva*, L. 7 §§ 1, 2 D. 13, 1, het geval niet.

(3) L. 18 § 3 D. h. t.

utramque obligationem proficit. Wanneer de geconstitueerde wordt afgewezen, acht *ULPIANUS* het veiligst aan te nemen, dat hij zijne inschuld niet door *litisconsumptie* heeft verwerkt. Doch wat baatte hem deze gunstige uitlegging, zoo de constituent gewijsde zaak tegen hem verkregen had, wat deze zou gedaan hebben, aangesproken met de *actio in factum* van *BRUNS* of *RUDORFF*, wier *intentio* geene schifting tusschen de inschuld, *sors*, en de bedongen poenaliteit, *summa sponsionis*, toeliet? Immers het afwijzend vonnis zou gewijsde zaak hebben geschapen over den ganschen ondeelbaren inhoud dier *intentio*, zoodat enkel met terzijde stelling der *litisconsumptie* de eischer niet ware te helpen geweest. Hoe in zijn stelsel de uitspraak van *ULPIANUS* met de leer der *res iudicata* te rijmen, laat *BRUNS* (1) dan ook geheel onaangeroerd. De regelen der procedure per *sponsionem* verklaren het raadsel. Oudtijds namelijk verspeelde de eischer tegelijk met de poenaliteit zijne schuldvordering, daar over het *iudicium secutorium* mede *litiscontestatie* werd gesloten. Wel moest de geconstitueerde vast in zijn schoenen staan en zich zeker achten van de overwinning, want hij zette driemaal zooveel op het spel als zijne tegenpartij en stelde zich tevens bloot aan eene tweevoudige kwade kans, te weten van te kort schieten hetzij in het bewijs der inschuld, hetzij in dat van het *constitutum*. Haperde aan het een of het ander het geringste, zijn eisch uit de *sponsio* werd afgewezen en of om het een of om het andere bleef verborgen, vermits het vonnis niet met redenen was omkleed. Tegen deze harde bejegening des eischers kwam het billijkheidsgevoel, waarvan *ULPIANUS* zich hier tot tolk maakt, in opstand. De constituent, die aan het hem veroordeelend vonnis voldoet, delgt door de kwijting der hoofdsom en der poenaliteit zoowel de *actio pecuniae certae creditae* als *pecuniae constitutae*. *Utraque obligatio* ter dezer plaatse bij *ULPIANUS* beteekent hetzelfde als elders *utraque actio*

(1) 266.

bij PAULUS. (1) Bijaldien daarentegen de geconstitueerde het proces verliest, wil ULPIANUS veiligheidshalve aangenomen hebben, dat hij is afgewezen uitsluitend, omdat hij het bewijs van het constitutum niet heeft kunnen volbrengen, en in deze onderstelling niet de onrechtvaardigheid begaan hebben, dat hij nog bovendien met het verlies zijner welgegronde *actio pecuniae creditae* zal worden gestraft. Het is waar, dat hij even goed niet geslaagd zijn kon in het bewijs der inschuld, doch dan bestond er geen noemenswaard gevaar, dat hij na reeds vijftig procent boete aan de tegenpartij te hebben betaald nogmaals aan een zoo wanhopig proces de *derdeparts-sponsio* zou durven verzien. Het strikte recht, nu voor den gedaagde geen ernstig nadeel te vreezen was, moest daarom wijken voor de billijkheid jegens den eischer en om deze reden bij afwijzing van den eisch uit de *sponsio* de *litisconsumptie* geacht worden, wat het *iudicium secutorium* betreft, niet verkregen te zijn. En met wegcijfering dier *litisconsumptie* bereikte men het doel, dewijl bij dergelijke afwijzing over het *iudicium secutorium* geene uitspraak werd gedaan. Ware in dit opzicht de *usantie* eene andere geweest, ULPIANUS, hoe luid de billijkheid sprak, zou waarschijnlijk zijn teruggedeinsd voor terzijdestelling van het vonnis.

De bijzondere bepalingen van het edict aangaande het constitutum luiden: (2) *si appareat eum, qui constituit, neque solvere neque fecisse-neque per actorem stetisse, quo minus fieret-quod constitutum est eamque pecuniam, eum constituebatur, debitam fuisse.* Al deze voorwaarden kunnen vervuld zijn en toch de eischer geene aanspraak meer hebben op betaling, b. v. doordat buiten toedoen van den constituent een derde de schuld heeft voldaan. Hield de *sponsio* hieromtrent geene voorschriften in, de streng aan hare bewoordingen gebonden rechter had den constituent moeten veroordeelen om andermaal te betalen. En hetzelfde zou het formulier der *actio in factum* van BRUNS et RUDORFF hem hebben ge-

(1) L. 19 pr. D. h. t.

(2) LL. 16 § 2, 18 § 1 D. h. t.

noodzaakt te doen, want ook daarin treft men dezelfde leemte aan. Toch verzet zich tegen dergelijk onrecht het gezond verstand. (1) Wij hoorden het nog zoo even van *ULPIANUS* solutio ad utramque obligationem proficit en het ligt in de reden, dat de actio constitutae pecuniae de condictio certi niet overleven kon, daar zonder den ballast van het iudicium secutorium de sponsio in de lucht zou hebben gehangen en de weddenschap eene ijdele zou zijn geweest. *BRUNS* (2) zwenkt om de quaestie heen; selbst die Zahlung der alten Schuld hebt die Constituts-obligation nicht nothwendig und direct auf, sondern nur dann und in so fern, wenn darin von selbst entweder eine Erfüllung oder wenigstens Satisfaction für die Constituts-schuld enthalten ist. Van alle deze fijne onderscheidingen staat intusschen niets in het formulier te lezen en de onjuistheid er van blijkt uit de toepassing: daher namentlich dann nicht, wenn das Constitut eine zulässige Aenderung im Inhalte der alten Obligation enthält, deren Vortheil dem Constituts-gläubiger nicht mehr durch Zahlung der alten Schuld entzogen werden kann, wie z. B. wenn eine andere Sache oder an eine andere Person constituirt ist. Geeft men toe, dat niemand redelijkerwijs gedwongen kan worden tweemaal te betalen, (3) zoo kan de constituent niet meer worden aangesproken ter zake der geconstitueerde schuld, nadat de schuldeischer ze gedelgd heeft door de eerst bedongen praestatie alsnog in betaling aan te nemen of zelf het bedrag te innen. De constituent kan wegens de obligatio sortis niet meer worden aangesproken, want hem konde, zoo hij de litiscontestatie weigerde te sluiten, niet meer overkomen dan dat hij als confessus met opzicht tot de hoofdsom behandeld en daarvoor geexecuteerd werd. Het behoorde tot de vereischten van het constitutum, dat de schuld rechtsgeldig bestond op het oogenblik, dat zij geconstitueerd werd, doch geheel verschillend daarvan is het andere vereischte, dat de eischer op het oogenblik, waarop

(1) *POTHIER*. Traité des Obligations § 487.

(2) 260.

(3) L. 57 D. 50. 17.

hij de vordering instelde, zijne inschuld nog bezitten moest. De gaping wordt aangevuld door de sponsio saam te stellen uit twee stukken: den inhoud der derdepartis-sponsio en de bijzondere bepalingen aangaande het constitutum. Het gebrek aan voorziening ontstond oogenschijnlijk, doordat de Compilatoren den inhoud der gewone sponsio, als in hun recht vervallen, ook bij het constitutum met stilzwijgen moesten voorbijgaan. Zoo echter herstelt zich het verband en daarom is het schetsformulier in dien geest aangevuld.

De bijzondere bepalingen aangaande het constitutum splitsen zich in vijf onderdeelen:

- a. reum eam pecuniam constituisse;
- b. neque solvere;
- c. neque fecisse quod constitutum est;
- d. neque per actorem stetisse, quominus id fleret;
- e. eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.

In den regel werd betaling toegezegd: se soluturum. Zoo niet meer dan zekerheidsstelling beloofd was, moest dit worden uitgedrukt door de invoeging *deve ea pecunia satisfacturum*, zou de sponsio klemmen.

Solvere (niet solvisse, (1) hoedanige bijvoeging, als reeds in fecisse begrepen, overtollig ware geweest), aangezien de constituent het tot de volbrachte litiscontestatie nog altijd in de macht had door betaling der hoofdsom zich te bevrijden. Bij het onderzoek van het tweede vereischte moest alzoo de rechter letten op het tijdstip der litiscontestatie, bij het derde, fecisse quod constitutum est, op het gebeurde ten vervalddage. Op dit verschil zinspeelt ULPIANUS: (2) *haec autem verba praetoris: "neque fecisse" reum, quod constituit, utrum ad tempus constituti pertinent an vero usque*

(1) Zooals BETHM. HOLLW. R. Civilpr. II. 397 no. 62 in navolging van BRUNS leest en men bij aanneming der actio in factum wel moet doen. Toch zet RUDORFF in haar formulier solvere, in dat der sponsio solvisse. Waarom blijkt niet.

(2) L. 16 § 4 D. h. t.

ad litis contestationem trahimus, dubitari potest. Et puto ad tempus constituti.

Fecisse, quod constitutum est, maakt den hoofdzin uit, waartusschen neque per actorem stetit quominus fieret door den praetor als tusschenzin wordt ingelascht, welke eene eens voor altijd opgenomen exceptie bevat, waarvan de waarheid door den gedaagde moest worden bewezen.

Behalve zijn vorderingsrecht ten tijde der litiscontestatie, waarover het eerste stuk der sponsio handelde, moest de eischer het aanwezig der schuld tijdens de overeenkomst aantoonen. Er bestaat geen reden om te gelooven, dat aanvankelijk het Edict van pecunia credita sprak en dit later in debita veranderd werd, zooals BRUNS (1) en RUDORFF willen, verleid door hun wanbegrip omtrent het verschil tusschen credita en debita. De Pandecten-fragmenten dragen in dit opzicht geenerlei sporen van interpolatie en nog minder dan de Compilatoren hadden JULIANUS of zijne voorgangers eenige aanleiding tot wijziging. Wat door vervulling eener zwevende voorwaarde misschien verschuldigd worden kan, is vooralsnog even weinig debita (2) als credita pecunia en voorts constituta altijd certa pecunia of een vereffend bedrag.

CICERO (3) schildert de toedracht der zaak naar het leven. Zijn client C. Quinctius stond uitwijzens de boeken bij den boedel Scapula wegens allerlei transactien in schuld. De rekening was gehouden in vreemde muntsoorten, zoodat het bedrag tot Romeinsch courant moest worden herleid. Daartoe leende C. Aquilius zijne bemiddeling en won bij de mannen van het vak de noodige inlichtingen omtrent den koers in. Door minnelijke vaststelling van het saldo werd den schuldeischers de *condictio certi*, waarmede enkel rijksgeld gevorderd kon verschaft en vertrouwend op de belofte van zijn compagnon Naevius, dat hij hem aan dat geld zou helpen, constitueerde Quinctius het door Aquilius geregeld bedrag ten behoeve der kinderen Scapula op korten

(1) 239.

(2) L. 9 D. 36. 3. L. 213 D. 50. 16.

(3) Pro Quinctio. §§ 17—21.

termijn, als had hij de som reeds van Naevius ontvangen. Door zijn te groot vertrouwen liep hij in den val. De constituent, die niet betalen kon, was zijn crediet kwijt; hij ging terstond failliet of haalde zich het verlies der zware poenaliteit op den hals en de looze Naevius, Quinctius zoo in het nauw gebracht ziende, wierp nu het masker af. Vrij verwarde zaken met hem af te wikkelen hebbende, zette hij hem het mes op de keel en weigerde het geld voor de kinderen Scapula voor te schieten, tenzij de ander tegelijk en op den voet, door hem verlangd, wegens hunne eigene compagnieschap met hem afrekende. Aan dien schandelijken eisch kon Quinctius zich niet onderwerpen. Liever bedong hij van de kinderen Scapula op bezwarende voorwaarden een nader uitstel en maakte op een ongunstig oogenblik zijne bezittingen in Gallie door een procuratiehouder te gelde. Het constitutum kon geene niet bestaande schuld scheppen; op het oogenblik, dat zij geconstitueerd werd, moest de schuld er reeds zijn. Daarom zegt de praetor *eam pecuniam, eum constituebatur, debitam fuisse. CREDITAM* zou niets veranderen aan den zin, doch in deze woordvoeging minder natuurlijk klinken. Constituent is, qui debitum constituit, constituta pecunia de met de *actio pecuniae creditae* vervolgbare en als zoodanig geconstitueerde schuld. Daaraan mag men niet met BRUNS de constituttschuld, als ware zij eene zelfstandige verbintenis, pecunia debita ex constituto, onderschuiven. Er was verschil in de tweërlei sponsio en bijgevolg in de wijze van verhaal; de schuld echter bleef altijd dezelfde.

Gewoonlijk noemde de constituent het cijfer, doch zonder dat dit was voorgeschreven op straffe van nietigheid. Waar het een aan partijen bekend bedrag betrof, constitueerde hij, die het deed zonder uitdrukkelijke vermelding der som, kortaf de gansche schuld: (1) *qui autem constituit se soluturum, tenetur, sive adiecit certam quantitatem sive non.*

(1) L. 14 pr. D. h. t. RITTERSHUSIUS. jus Justin. III. 5 no. 11.

Adicere quantitatem maakt BRUNS (1) betrekkelijk op den aard der schuld en leidt er uit af, dat men volgens ULPIANUS ook eene onvereffende schuld kon constitueeren. Dit is een groot misverstand. Pecunia debita heeft bij constituta pecunia de gewone beteekenis van onderwerp der geldvordering. Debitum, leert ULPIANUS (2) ex quacumque causa potest constltui, id est ex quocumque contractu, sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque contractu. Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obstrictus est, vaart hij voort (3) constituendo tenetur; videtur enim debitum et quod iure honorario debetur en licht dit toe uit de aansprakelijkheid des huisvaders met de actio de peculio. Constitueeren dus kon men, wat opeischbaar was in rechten. Een schrille wanklank echter komt in dit fragment het redbeleid van ULPIANUS verstoren. Tusschen civilis en honoraria actio werpen de Compilatoren: debitum autem vel natura sufficit (4) plompweg in. Zoo ergens betrapt men ze hier op heeterdaad, ja zij gingen zoo slordig te werk, dat zij verzuimden de sporen van het oude recht, gelijk zij na hunne interpolatie hadden behooren te doen, zorgvuldig uit te wisschen. Et ideo, zoo redeneert ULPIANUS door, et pater et dominus de peculio obstricti si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur; ceterum si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id, quod plus est. De paterfamilias constitueert het bedrag, waarin hij wegens de verbintenis van zoon of slaaf als eigenaar van het peculium gehouden is, in eigen naam. Daarop laten de Compilatoren een fragment uit JULIANUS volgen (5): quod si filii nomine constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenetur. Waarom ook niet servi nomine? Omdat de zoon persoonlijk in rechten

(1) 274 no. 94, waarschijnlijk verleid door BASILICA 26. 7, 14. III. 136. *Καὶ δῆλον καὶ ἄδηλον πρὸς ἀντιφωνῶν τις ἐπέχεται.*

(2) L. 1 § 6 D. h. t.

(3) L. 1 § 8 D. h. t.

(4) L. 1 § 7 D. h. t.

(5) L. 2 D. h. t.

betrokken en geëxecuteerd kon worden, de slaaf niet (1). Daarom kon ook de zoon zelf constitueeren: (2) *sed si filius-familias constituerit, an teneatur, quaeritur; sed puto verum et ipsum constituentem teneri*. In de Pandecten echter had het verschil tusschen zoon en slaaf moeten zijn weggevaagd, daar ook de slaaf tot het aangaan eener natuurlijke verbintenis bekwaam was (3). Aan dezelfde achteloosheid danken wij vermoedelijk het behoud eener merkwaardige beslissing van PAPINIANUS (4). De geconstitueerde moest gerechtigd zijn tot de *condictio certi*, welke de stof voor het *iudicium secutorium* leverde. PAPINIANUS werpt de vraag op, wat rechtens wezen zal, als de schuldeischer zijne inschuld heeft bezworen. Dan immers mag de rechter het bewijs der schuld niet langer vorderen en moet genoegen nemen met het feit van den afgelegden eed, zoodat het *iudicium secutorium* den vorm eener *actio in factum de iureiurando: eam pecuniam A. Agerium jurasse N. Negidium sibi dare oportere*, aanneemt. Doch dit raakt het wezen der zaak niet; het blijft eene geldvordering, al is het bewijs den eischer gemakkelijker gemaakt. Derhalve verzette zich niets tegen het constitueeren der bezworen schuld: *si iureiurando delato deberi tibi iuraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis*. Het vereischte, dat de eischer gerechtigd zijn moest de betaling der hoofdsom als *pecunia debita* te vragen, vloekt echter met het nieuwe beginsel: *debitum vel natura sufficit*.

Volgens ULPIANUS moest het vaststaan, dat hij door of voor wien geconstitueerd werd et iure civili et iure praetorio debeat. (5) Wederom eene uitdrukking alleen passende in den mond van hem, die enkel aan de volkomen schuld en niet aan de natuurlijke verbintenis dacht. (6)

(1) LL. 41, 44 D. 15, 1. (2) L. 1 § 3 D. h. t. (3) L. 50 § 2 D. 15, 1.

(4) L. 25 § 1 D. h. t. (5) L. 3 § 2 D. h. t.

(6) Zij bracht dan ook de oude uitleggers in verlegenheid; *pro debente tantum constitutio fit, ita tamen, si pecunia iuribus sit debita, id est vel naturaliter tantum vel utroque modo; iure quippe, si ius praetorium exceptionem, ut non numeratae pecuniae, suppedit, constitutio non procedit*. PLACENTINUS in C. h. t.

Wegens bedongen, maar niet gestipuleerde interesten had de geldschieder geen vorderingsrecht. (1) Toch placht men ze te betalen, deels uit eerlijkheid, deels uit vrees voor opzegging van het kapitaal en kon ze dan niet, zoo zij den geoorloofden woeker niet te boven gingen, als onverschuldigd betaald terugvragen. (2) Constitueerde men nu de hoofdsom te samen met de verschenen, doch niet eischbare interesten, zoo was niettemin het constitutum behalve voor de hoofdsom nietig: is, qui sortem et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem dumtaxat. (3) Hoe dit met de uitbreiding, door de Compilatoren aan het constitutum gegeven, te rijmen? Toch handhaven zij eene soortgelijke beslissing van MARCELLUS, (4) dat, als de constituent bijpassing van interesten belooft, voor het geval hij in de voldoening der hoofdsom ten vervalddage nalatig blijft, hij niettemin alleen in de hoofdsom gehouden is. Titius Seio epistulam emisit in haec verba: „remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debeo Idibus Majis probos. Quodsi ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot.“ Quaero, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit: si intercessisset stipulatio, successisse. Item quaero, an, si non successisset, de constituta teneatur? Marcellus respondit in sortem teneri. Est enim humanior et utilior ista interpretatio. In het classieke recht past deze beslissing volkomen. In geen van beide gevallen waren de interesten pecunia debita, cum constituebatur. Doch daar Seius, als Lucius Titius ze hem vrijwillig betaald had, ze niet had behoeven terug te geven, moeten de Compilatoren onnadenkend over de zaak zijn heengeloopen. Met eene pennenstreek verklaarden zij het constitutum op de natuurlijke verbintenis toepasselijk, doch

(1) PAUL. Sent. II. 14, 1.

(2) L. 26 pr. D. 12. 6. L. 5 § 2 D. 46. 3. L. 24 D. 19, 5. c. 28 C. 2, 3. c. 7. C. 4, 32.

(3) L. 11 § 1 D. h. t.

(4) L. 24 D. h. t.

vergaten zich rekenschap te geven van de gevolgen. De praetor verstond onder debita pecunia, ter zake waarvan men de sponsio sluiten kon, de onvolkomen schuld niet.

De constituent kon een ander betalingssoord als dat der hoofdschuld kiezen, (1) eum, qui Ephesi promisit se soluturum, si constituit alio loco se soluturum, teneri constat, en werd hij dan aangesproken op een derde plaats, zoo kwam weder het koersverschil in aanmerking (2): sed et certo loco constituere quis potest nec solum eo loco posse eum petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrariae actionis ubique potest. Op de sponsio had dit geen invloed, doch evenals bij de actio pecuniae certae creditae bepaalde het de inrichting der condemnatio in het iudicium secutorium. Denkt men zich het oorspronkelijk betalingsdomicilie te Carthago, het geconstitueerde te Ephese en het proces gevoerd te Rome, zoo behoorde in de sponsio de inschuld te worden beschreven als Carthagini dari oportere (3), maar in de condemnatio van het iudicium secutorium alleen het verschil tusschen Ephese en Rome in aanschouw te worden genomen.

In certis speciebus, vernemen wij van JUSTINIANUS, (4) was de actio constitutae pecuniae aan eenjarige verjaring onderworpen en van die species leert hij ons er maar eene met zekerheid kennen, het constitueeren van eens anders schuld. Daarom is in de onderstelling, dat CICERO de constituent ware geweest, als zesde clause bijgevoegd: eamque pecuniam intra annum, quo primum experiundi potestas fuit, peti. RUDORFF's hoc anno zondigt in tweeërlei opzicht: vooreerst omdat de verjaring nooit beginnen kon te loopen dan na den vervaldag, ten tweede, omdat zij wel de gewone praetorische van een annus utilis zal geweest zijn (5), waarbij de eischer van de verhindering moest doen blijken, welke hem belet had zijn recht vroeger te vervolgen (6).

(1) L. 5 pr. D. h. t.

(2) L. 16 § 1 D. h. t.

(3) THEOPHIL. IV. 6, 33.

(4) c. 2 § 1 C. h. t.

(5) BETHM. HOLLW. R. Civilpr. II. 320 n. 73.

(6) L. 1 D. 44. 3.

Hiermede zijn de gronden, waarop het schetsformulier rust, genoegzaam blootgelegd. De zorgvuldige ontleding der Pandectenfragmenten, die over het constitutum handelen, moet thans de proef op de som leveren, dat in de tweede parts-sponsio werkelijk de sleutel gevonden wordt, waarmede men, wat anders raadselachtig blijft, kan ontcijferen.

Constitutum.

De schuldenaar, aangesproken met eene gave geldvordering, welke hij niet bij machte was tegen te spreken, bevond zich in gelijke verlegenheid als tegenwoordig de acceptant, wiens papier wordt geprotesteerd. De ondergang grijsde hem aan, want, zoo hij zich liet executeeren, werd zijn burgerlijk bestaan vernietigd. En ook de schuldeischer, hetzij uit meedoogendheid of schaamte, hetzij omdat hij voor zich in het faillissement geen voordeel zag, ging ongaarne dadelijk tot het uiterste over (1). Wat onder dergelijke omstandigheden nog dagelijks voorvalt, gebeurde te Rome. De schuldeischer maande en dreigde en de schuldenaar, al ware het maar om oogenblikkelijke verademing te bekomen, hield den lastigen vervolger met betalingsbeloften zich van het lijf. „Heb” bezwoer hij hem „nog een poosje geduld. Thans is het mij „onmogelijk u te betalen; maar dan en dan krijg ik geld. „Kom op dien dag terug en gij vindt zonder fout het u „verschuldigde klaar liggen.” Als een dus verkregen uitstel van executie schildert THEOPHILUS het constitutum (2).

Het bevatte mitsdien in zoover eene wederkeerige overeenkomst, dat zijnerzijds de schuldeischer een pactum de non petendo ante diem constituti aanging (3). Doch de

(1) CICERO pro Quinctio §§ 50, 51. (2) IV. 6. 8.

(3) ACCURSUS in gl. *nulla* ad Instt. 4, 6, 9, ergo ex nudo pacto oritur actio hic, quod est contra jus commune positum, Et est hoc forte speciale, quia, sicut unum pro eo, qui constituit, inducitur, ut non teneatur nisi elapsis decem diebus, cum alias statim teneatur, sic et aliud contra eum, ut ex nudo pacto teneatur, zag in zoover goed, dat het wezen van het constitutum in een verkregen uitstel moet worden gezocht.

termijn was meestal zeer kort en de schuldeischer, maar al te goed wetende, hoe weinig vroeger aankloppen hem zou baten, liet den schuldenaar inmiddels ongemoeid. Deze keerzijde van het constitutum komt dus in de Pandecten-fragmenten niet aan het licht. Zij kon te eer met stilzwijgen worden voorbijgegaan, omdat de werking van een aldus verleend uitstel in niets van ieder ander pactum de non petendo verschilde (1). Rechtskundig kwam het aan op de betalingsbelofte, onverschillig door welke feitelijke aanleiding zij mocht zijn uitgelokt. Toch bepaalt de oorsprong van het constitutum, gedacht als een uitstel van executie, verkregen tegen stellige toezegging van prompte voldoening op een bepaalden verval dag, het gezichtspunt, waaruit de gansche instelling bij voortduring stilzwijgend beschouwd werd. Tot op het laatste oogenblik, tot op de volbrachte litiscontestatie toe, kon de constituent de poenaliteit vermijden door de schuld te betalen of zich alsnog voor haar bedrag te laten executeeren. De toegeeflijkheid van den executant had hem niet gebaat, maar hetzij hij gewacht had uit goedmoedigheid, hetzij uit berekening en in de hoop zijn geld nog binnen te krijgen zonder proces, hij was ondanks de ondervonden teleurstelling niet achteruit. Zijn inschuld was gaaf. Den constituent alzoo trof geen ander nadeel dan dat hij halstarrig betwisten bezuren moest met de zwaardere poenaliteit. Het constitutum bevatte mitsdien geene verbindende erkenning van schuld noch verschafte den schuldeischer een nieuwen titel van vordering, zooals hij door stipulatie zou hebben verkregen; afgescheiden van de sponsio of de wijze van verhaal, veranderde het niets aan het recht van partijen. Tevens behoefde men voor lichtvaardige toepassing van het dwangmiddel weinig vrees te koesteren, want de eischer onderwierp zich door het sluiten der tweedepartsponsio aan den dubbelen bewijslast en waagde driemaal zooveel als de gedaagde, ten minste zoo lang niet het mildere gevoelen omtrent de litisconsumptie, door ULRIANUS

(1) Vgl. BRUNS 267, 268.

met zijn gezag bevestigd, in de jurisprudentie had gezegevierd. De tusschenkomst des praetors bepaalde zich tot de voor beide partijen even gevaarlijke verhooging der sponsionis summa, daar waar door de bijkomende klacht over de woordbreuk van den slechten betaler het twistgeding een vinniger karakter aannam. Met hetgeen de leerboeken verstaan onder pactum praetorium (1) had het constitutum niemendal te maken. Er moest onafhankelijk daarvan eene vereffende schuld aanwezig en executie denkbaar zijn: ait praetor, qui pecuniam debitam constituit. (2)

Den praetor stond eene overeenkomst voor den geest met bepaalde bedoeling gesloten: hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit. (3) Eene nietige stipulatie, al lag daarin eene erkenning van schuld opgesloten, tegen den wil van partijen als constitutum uit te leggen en van kracht te verklaren, acht ULPIANUS ongeoorloofd: (4) eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est de constituta experiri non posse, quoniam non animo constituentis sed promittentis factum sit. Van den anderen kant baat de animus constituendi niet, zoo de belofte gedaan is door iemand, die het deed in den valschen waan de voor de schuld aansprakelijke persoon te zijn; (5) Lucius Titius Seiorum debitor decessit: hi persuaserunt Publio Maevio, quod hereditas ad eum pertineret, et fecerunt, ut epistulam in eos exponat debitorem sese esse quasi heredem patrum sui confidentem, qui et addidit epistulae suae, quod in rationes suas eadem pecunia pervenit. Quaesitum est, cum ad Publium Maevium ex hereditate Lucii Titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit et an doli exceptione uti possit. Respondit nec civilem eo

(1) PAULUS, L. 17 § 2 D. 2. 14, noemt de hypotheekgunning als voorbeeld van een pactum, ter zake waarvan de praetor eene actie gaf. De pacta praetoria der uitleggers bestaan alleen in hunne verbeelding.

(2) L. 1 § 1 D. h. t.

(3) L. 1 pr. D. h. t.

(4) L. 1 § 4 D. h. t.

(5) L. 31 D. h. t.

nomine actionem competere: sed nec de constituta secundum ea, quae proponerentur. Idem quaesit, usurarum nomine quod ex causa supra scripta datum sit, an repeti possit. Respondit secundum ea quae proponerentur posse. (1) SCAEVOLA verklaart niet alleen de actio pecuniae creditae, maar ook die pecuniae constitutae onbestaanbaar zonder dat de toevlucht behoefde te worden genomen tot de exceptio doli, omdat blijkens de gestelde daadzaken de constituent slechts zijne eigene schuld had willen constitueeren en zoodanige schuld ontbrak. Door het constitueeren eener denkbeeldige schuld kon men den eischer geene conditio certi verschaffen en bij ontstentenis der hoofdvordering verviel het recht op de sponsio.

Het constitutum was een gewoon pactum; mits maar partijen het eens werden, kon men het sluiten in allerhanden vorm en op allerlei manier (2): constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci, et per nuntium et per nosmet ipsos et quibuscumque verbis. Veelal geschiedde het bij brief en zorgde de geconstitueerde schriftelijk bewijs in handen te hebben.

Bevoegd om te constitueeren was ieder, bekwaam om zich te verbinden, b. v. eene vrouw, mits zonder overtreding van het Velleianum, een pupil, mits het doende met bijstand van zijn voogd, een filiusfamilias, als onverminderd de aansprakelijkheid des vaders met de actio de peculio wegens zijne verbintenissen persoonlijk vervolgbaar. (3) Qui sic accipiendum est *quaeve*, nam et mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint. De pupillo, etsi nihil sit expressum edicto, attamen sine tutoris auctoritate constituendo non obligatur. Sed si filiusfamilias constituerit, an teneatur, quaeritur: sed puto verum et ipsum constituentem teneri et patrem de peculio. Bij den filiusfamilias was de reden van twijfel, of men den vader kon dwingen tot het aannemen der verhoogde sponsio wegens het constitutum van den zoon. ULPIANUS antwoordt bevestigend.

(1) Vgl. L. 19 § 1 D. 12. 6.

(2) L. 14 § 3 D. h. t.

(3) L. 1 §§ 1, 2, 3 D. h. t.

Ook voor zijne opmerking omtrent vrouwen en pupillen had hij eene bijzondere aanleiding, naardien deze personen vrijstelling van de sponsio genoten en wat, mocht men vragen, beteekent tegen dusdanige tegenpartij de actio constitutae pecuniae? Alles behalve onvoorwaardelijk verleend en van het afleggen van het iusiurandum calumniae afhankelijk, (1) verzachtte wel de vrijstelling de scherpte van het dwangmiddel, doch hief der bevoorrechten aansprakelijkheid als constituenten in geen deele op. Weigerden zij den eed, zij werden òf als confessi behandeld òf tot het sluiten der sponsio gedwongen. Hoe echter als de pupil den eed niet in gemoede zweren kon, omdat hij werkelijk geconstitueerd had, doch zonder bijstand zijns voogds? Het edict zweeg over de vraag; zij moest echter, leert ULPIANUS, beslist worden naar de algemeene rechtsbeginselen (2) in dien zin, dat, zonder bijstand van den voogd gedaan, het constitutum van den pupil nietig en hij, schoon niet kunnende zweren, ongehouden was. Desgelijks behield de vrouw, die erkende te hebben geconstitueerd, de exceptie van het Velleianum.

Van de erven des constituents behoefde ULPIANUS niet te gewagen, daar zij onvoorwaardelijke vrijstelling genoten, aangezien zij geacht moesten worden ter goeder trouw geene kennis te hebben gedragen van de afspraken huns erfaters, zoodat de niet vervulling zijner belofte hun niet als persoonlijke woordbreuk kon worden aangerekend. Eerst JUSTINIANUS strekte de aansprakelijkheid ook tot hen uit (3): sed et heredibus et contra heredes competat. Men versta des Keizers woorden zóó, dat, terwijl vroeger het recht om de verhoogde sponsio te eischen wel toekwam aan de erven van den geconstitueerde, schoon het niet gegeven werd tegen de erven van den constituent, nu met opzicht tot de actio constitutae pecuniae van het Justiniaansche recht de wederzijdsche erven werden gelijkgesteld. Immers voor

(1) GAI. IV. 172.

(2) L. 17 § 1 D. 12, 2.

(3) c. 2 § 1 C. h. t.

overdracht was de *actio constitutae pecuniae* alleszins vatbaar. Het fragment, waarin dit geleerd wordt, wekt geene gegronde verdenking van interpolatie op (1). Bijaldien de bezwaarde erfgenaam of de boedelbezitter, alvorens de nalatenschap volgens het *Trebellianum* af te geven of ter voldoening aan het vonnis aan de uitwinnende partij uit te keeren, zich eene schuld aan den boedel had laten constitueeren, verloor hij door de afgifte de hoofdvordering en met deze de *actio constitutae pecuniae*, doch droeg de praetor zoowel het een als het ander op den rechtverkrijgende over (2): *si post constitutam tibi pecuniam hereditatem ex senatusconsulto Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti* (3) *ad alium, deneganda est tibi pecuniae constitutae actio. Idem est in hereditatis possessore post evictam hereditatem. Sed magis est, ut fideicommissario vel ei, qui vicit, decernenda esset actio.* De praetor had mitsdien geene reden om den erfgenaam van den geconstitueerde te weren, als deze zich wilde onderwerpen aan het vooral voor hem hachelijk bewijs tegenover een constituent, die het allicht aannemelijk maken kon, dat de niet nakoming zijner belofte was te wijten aan het sterfgeval en het verzuim van den erfgenaam om zich tijdig genoeg met hem in verbinding te stellen. De *codex* echter laat aan de organieke verordening van *JUSTINIANUS* het *rescript* voorafgaan van *Gordianus A. Felici* (4) *si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniae constitutae actio (non solum) adversus te (sed etiam adversus heredes perpetuo) competit.* Stellig behelzen de aangehaalde woorden eene interpolatie. *HALOANDERS* *scriptie*: *D. VII Kal. Jul. Sirmii cc. cons.* past niet bij het opschrift, voor welks echtheid de *summa Perusina* instaat. (5) Beter dan *KRUEGER*, die de zaak omkeert, zocht de vorige uitgever *HERRMANN* de fout, waar zij inderdaad schuilt, doch wanhoopte te

(1) Anders A. FABER. *Rationalia ad L. 17 § 6 D. 2. 14.*

(2) *L. 22 D. h. t.*

(3) Een veelbeteekenende volzin tegen *BRUNS*, die de constituuetschuld tracht te verwisselen met de geconstitueerde schuld.

(4) *c. 1 C. h. t.* (5) *HEIMBACH. Anekdot. II 47.*

schielijk aan het middel tot herstel. (1) De Compilatoren namen in den Codex vier brokstukken (2) op uit een lang rescript van GORDIANUS aan Felix, dat in de verzameling van Gregorianus in zijn geheel was medegedeeld en waarvan wij de echte subscriptie uit het betrouwbare handschrift van Verona kennen. (3) Felix had zich zeer beklaagd over het wanbeheer der voogden van de weezen zijns broeders en er op geroemd, dat hij zich de belangen dier onmondigen, met wie hij misschien in een gemeenen boedel zat, had aangetrokken en voor hen geconstitueerd. Hij vroeg nu, onder meer, of hij voor hunne schuld aansprakelijk bleef, en kreeg ten antwoord: „zoo gij de zaken dier weezen hebt behartigd, deedt gij wel; misdragen zich de voogden, vraag hunne afzetting. (4) Hebt gij voor de pupillen geconstitueerd, gij zijt tot betaling gehouden.” Over de toekomstige aansprakelijkheid zijner erfgenamen had Felix zich niet bekommerd. Doch de Compilatoren, den volzin betreffende het constitutum uit het rescript lichtende en tot inhoud eener zelfstandige verordening makende, vulden dien aan met een paar bijvoegingen, waardoor de beslissing met de nieuwe wetgeving in overeenstemming gebracht werd. JUSTINIANUS zelf toch is ons ten getuige, dat perpetuo in een rescript van GORDIANUS een anachronisme wezen moet en beschrijft de opheffing der eenjarige verjaring als eene verbetering, die men aan zijne wijsheid heeft te danken: *et neque sit in quocumque casu annalis, sed sive pro se quis constituat, sive pro alio, sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes sunt personales actiones, id est in annorum metis triginta. Al blijft het in het midden of dit het eenige geval was: ut neque in omnibus casibus longaeva sit constituta, sed in speciebus certis annali spatio*

(1) *Nec habeo*, klaagt hij, *unde nostrae const. subser. absque dubio falsam emendem.*

(2) c. 1 C. h. t., c. 6 C. 5, 43, c. 1 C. 5 73, c. 5 C. 7, 66.

(3) FR. VERON, 53. (7, 66. S.) pp VII k. dec. pio et pontiano cons.

(4) C. 6 C. 5, 43.

concluderetur, zooveel ten minste kan men uit de mededeelingen van JUSTINIANUS opmaken, dat naar het oude recht, dat gold onder GORDIANUS, de constituent eener vreemde schuld door de eenjarige verjaring werd bevrijd en de erven van den constituent niet aansprakelijk waren. De tweeledige interpolatie laat zich dus gemakkelijk uitziften. De reden van de niet aansprakelijkheid der erven zoeke men intusschen niet met BRUNS (1) in het quasi poenaal karakter der actie, maar met GAIUS in de bevrijding der erven van de sponsio, die hier zelf niet van het iusiurandum calumniae afhankelijk mocht worden gesteld, omdat het spotten met den eed geweest ware dien te vergen nopens handelingen van den overledene, waaromtrent de erven steeds gerust konden zweren geen tegenspraak te doen tegen beter weten aan. (2)

Hoofdvereischte bij den eischer was het bezit eener voor toewijzing vatbare, zoowel ontvankelijke als gegronde schuld-vordering: (3) *si quis autem constituerit, quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur quaeritur: et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia, quae constituta est.* De constituent behield dus al zijne exceptien, doch konde het volgens de sponsio te volbrengen bewijs der rechtsgeldige inschuld worden geleverd, zoo schaadde het niet, dat toevalligerwijs de persoon van den hoofdschuldenaar niet uitvindbaar was, mits slechts met hem, die de schuld had geconstitueerd, de sponsio konde worden gesloten: (4) *hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur, debitum sit, etiamsi nullus apparet, qui interim debeat: utputa si ante aditam hereditatem debitoris vel capto eo ab hostibus constituat quis*

(1) 256—257. Dewijl men de andere gevallen, zoo zij er waren, waarin de korte verjaring plaats greep, niet kent, wordt het ijdel werk naar den regel, in dit opzicht door den praetor gevolgd, te gissen.

(2) PAUL. Sent. II. 1, 4, *heredi eius cum quo contractum est iusiurandum deferri non potest, quoniam contractum ignorare potest.* Datzelfde gold hier.

(3) L. 3 § 1 D. h. t.

(4) L. 11 pr. D. h. t.

se soluturum: nam et Pomponius scribit valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est.

De inschuld moest wijders een geldsom ten onderwerp hebben. Nogtans werkte dit minder belemmerend dan het zich oppervlakkig laat aanzien. Omzetting der verschuldigde zaak in hare geldswaarde, welke het wezen der schuld niet aantast en ze voor constitutum vatbaar maakte, kon geschieden, wanneer de vervulling der verbintenis zich in vergoeding van kosten, schaden en interesten had opgelost, doordien zij onmogelijk geworden was, nadat de schuldenaar in verzuim was gesteld. (1) Partijen regelde in der minne het bedrag en constitueerden het: promissor Stichi, post moram ab eo factam mortuo Sticho, si constituerit se pretium eius soluturum, tenetur. Datzelfde, wat hier PAULUS, had schier in gelijke bewoordingen JULIANUS geschreven: (2) promissor hominis, homine mortuo, cum per eum stare, quominus traderetur, etsi pretium daturum se constituerit, de constituta pecunia tenetur. Ter eere der uitbreiding op alle bepaaldelijke vorderingen, door JUSTINIANUS aan het constitutum gegeven, veranderden de Compilatoren in dit fragment *pretium* in *hominem* en voegden als slotzinsnede *ut pretium eius solvat* bij.

In het algemeen stond het in de macht der partijen met onderling goedvinden in de uitvoering der overeenkomst wijziging te brengen en de nieuwe praestatie, mits uit haren aard daarvoor vatbaar, te constitueeren: (3) an potest aliud constitui, quam quod debetur, quaesitum est. Sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui. Men wachte zich intusschen voor het dwaalbegrip, dat, wanneer partijen gebruik maakten van hare bevoegdheid om de verschuldigde zaak in hare geldswaarde om te zetten, de ten gevolge dezer vereffening nu met de *condictio certi* opeischbare geldsom alleen vorderbaar zou zijn geweest met de *actio pecuniae constitutae*, terwijl

(1) L. 21 pr. D. h. t. (2) L. 23 D. h. t.

(3) L. 1 § 5 D. h. t. Vgl. BRUNS. 288, 289.

de eerst verschuldigde zaak voorwerp der hoofdverbintenis zou zijn gebleven. Stel partijen kwamen overeen in plaats van den gestipuleerden Stichus HS \bar{X} te geven. De eischer vordert Stichus; de gedaagde, schoon hij het geld niet aanbiedt, werpt tegen: si non convenit, ut pro Sticho HS \bar{X} darentur. De eischer antwoordt met de replicatio doli en het besluit is, dat de gedaagde tot betaling van HS \bar{X} wordt veroordeeld. De regel rem pro re solvi posse is toepasselijk op de hoofdverbintenis en slechts wat krachtens die verbintenis verschuldigd was, kon men constitueeren. Men vervalt in schromelijke ongerijmdheden, zoo men aan het constitutum de kracht toedicht om de schuld tot eene alternatieve te maken of ter zake van het geconstitueerd bedrag den eischer een zelfstandigen titel van vordering te scheppen. Immers onderscheidt men met BRUNS tusschen hoofdschuld en constituutschuld, dan zou de schuldenaar, die door eene van tweeën te voldoen, beide delgt, de keus gehad hebben, doch dat is de strekking van het pactum rem pro re solvi posse niet. Partijen konden het sluiten zonder te constitueeren en juist daarom volgens ULPIANUS de nieuwe praestatie constitueeren na voorafgaande of met gelijktijdige wijziging en vereffening der hoofdschuld.

Rechtsgeldig toch constitueeren kon men uitsluitend de hoofdschuld, hetzij in haar geheel, hetzij voor een gedeelte: sed si quis viginti debens decem constituit se soluturum, tenebitur, (1) doch voor al wat de hoofdsom overschreed, was de belofte nietig: si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est: ergo et is, qui sortem et usuras, quae non debentur, constituit, tenebitur in sortem dumtaxat. (2) Daarentegen verandert het niets aan het lichaam der schuld of het door een of door meerdere medeschuldeischers of medeschuldenaars gedragen wordt en kunnen derhalve meerdere constituenten gesamenlijk constitueeren, ieder voor het geheel; si duo quasi duo rei constituerimus, vel cum altero agi poterit

(1) L. 13 D. h. t.

(2) L. 11 § 1 D. h. t.

in solidum. (1) Maar de gehoudenheid van den constituent wordt niet verzwaard boven het bedrag der condemnatio van het iudicium secutorium. Hij behoudt, al constitueerde hij de gansche schuld, het beneficium competentiae: (2) quod si maritus plus constituit ex dote, quam facere poterat, quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, want op de omschrijving der schuld in de sponsio en in de intentio van het iudicium secutorium oefent de persoonlijke verhouding der partijen geen invloed uit: sed (daar het beneficium competentiae werd verwezenlijkt door inlassching der beperking in quantum facere potest in de condemnatio der condictio certi) mulieri in quantum facere potest condemnatur. In gelijken zin schrijft HERMOGĒNIANUS: (3) qui id, quod ex causa donationis stipulanti sponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur: causam enim et originem constitutae pecuniae, non iudicii potestatem praevalere placuit.

Er is geen tweërlei, er is slechts ééne, de geconstitueerde hoofdschuld. Constitueert dus de paterfamilias in eigen naam het bedrag, waarvoor hij aansprakelijk is met de actio de peculio, zoo strekt zijne verbintenis zich niet verder uit dan tot het beloop der tegen hem wegens de schuld des onderhoorigen persoonlijk uit te spreken veroordeeling en dat wel krachtens de condemnatio de peculio, zoodanig als deze in het iudicium secutorium wordt opgenomen: (4) videtur enim debitum et quod iure honorario debetur et ideo et pater et dominus, de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur: ceterum si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id, quod plus est. De condemnatio de peculio, zoodanig als zij in het iudicium secutorium der tweede parts-sponsio werd opgenomen, week namelijk op merkwaardige wijze van de gewone af. Regelmatig werd

(1) L. 16 pr. D. h. t.

(2) L. 3 pr. D. h. t.

(3) L. 33 pr. D. 39, 5.

(4) L. 1 § 8 D. h. t.

de hoegrootheid van het peculium ten laste van den paterfamilias berekend niet naar het tijdstip, waarop het recht van den schuldeischer geboren was, maar naar dat, waarop de paterfamilias betaalde of werd vervolgd. Inmiddels liep de schuldeischer al de goede en kwade kansen der veranderingen, welke met het peculium mochten voorvallen: peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini. (1) Doch als de paterfamilias constitueert, wordt dat oogenblik het beslissende. Nu regelt het cijfer, dat de constituent, op staanden voet betalende, had moeten voldoen, den omvang zijner aansprakelijkheid (2): si pater vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in peculio, non minueretur peculium eo, quod ex ea causa obstrictus esse coeperit et, licet interierit peculium, non tamen liberabitur. Met het oog op deze verscheidenheid zegt PAULUS: (3) nec enim quod crescit peculium aut decrescit, pertinet ad constitutoriam actionem. Onder constitutoria verstaat hij geenszins de gewone actio constitutae pecuniae, (4) allerminst, zoo als BRUNS en RUDORFF zich diets maken, hunne ingebeelde in factum actio, maar de actio de peculio constitutoria, door dit bijvoegelijk naamwoord tegengesteld aan de actio de peculio vulgaris wegens de bijzondere wijze van berekening van het peculium, waardoor zij zich kenmerkt. Aan het constitutum namelijk ligt het denkbeeld ten grondslag, dat de betalingsbelofte de prijs geweest is van het uitstel, den schuldeischer, toen deze op het punt stond te executeeren, afgebeden. In dat licht te beschouwen, inzonderheid waar anders de schuldeischer het slachtoffer zou worden van het betoonde geduld, heeft het sommige rechtsgevolgen met dadelijke betaling of werkelijke litiscontestatie gemeen. De schuld ter zake, waarvan geconstitueerd wordt, is die des

(1) L. 40 pr. D. 15. 1. (2) L. 19 § 1 D. h. t.

(3) L. 20 D. h. t. uit l. IV ad Plautium, waarin hij de actio de peculio en quod iussu behandelde. L. 47 D. 15, 1. L. 5 D. 15. 4.

(4) Deze duidt hij door hare gebruikelijke benaming aan. LL. 22, 30 D. h. t. L. 14. D. 12. 2. L. 59 D. 46, 3. Sent. II. 2, 1.

onderhoorigen en zij blijft in stand onafhankelijk van het peculium. De paterfamilias staat gelijk met den derde, onder wien beslag is gelegd en die niet veroordeeld kan worden tot afgifte van meer, dan hij tijdens het doen zijner verklaring onder zich heeft. De constituerende partijen nu rekenden deswege af; de paterfamilias verbindt zich de som, waarin hij naar den stand van het peculium op dat oogenblik had moeten zijn veroordeeld en voor wier betaling hij uitstel krijgt, na verloop van dat uitstel op te leveren. Al komen later nog meerdere schuldeischers op, ja al gaat het gansche peculium te niet, de geconstitueerde heeft verkregen recht op hetgeen hij genoten zou hebben bij prompte voldoening. De actio de peculio constitutoria kan dus de vulgaris overleven. (1) In zoo ver oefent het constitutum ten behoeve des geconstitueerden de achteruitwerkende kracht, welke hem behoedt tegen de schade, die hij anders zou geleden hebben door het feit, dat hij uitstel gegeven had in plaats van terstond te vervolgen: (2) quod adicitur: eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, interpretationem pleniorum exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Hiermede bedoelt ULPIANUS niet, dat na het sluiten van het constitutum de inschuld niet meer kon te niet gaan, noch ook dat de actio constitutae pecuniae denkbaar ware afgescheiden van de hoofdvordering; hij wil door deze woorden slechts te kennen geven, dat het constitutum daar werkt als middel tot bewaring van recht, waar het aanhouden op dadelijke litiscontestatie verlies van recht zou hebben voorkomen. Behalve op de hoegrootheid van het peculium vindt men twee gewichtige toepassingen van dit beginsel, op de loopende verjaring en op de solidaire inschuld.

(1) Doch niet, wat eene contradictio in terminis ware, de geconstitueerde schuld, d. i. die des onderhoorigen. Dat ziet POTHIER. *Traité des Obligations* § 485 voorbij.

(2) L. 18 § 1 D. h. t.

Proinde, vaart **ULPIANUS** voort, *temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit: quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.* De schuldeischer, die binnen den termijn der verjaring zich de betaling laat constitueeren, onverschillig of de vervalddag nog vóór of zelfs of hij eerst na den afloop verschijnt, houdt, evenzeer als door werkelijke litiscontestatie, zijn anders niet tijdig uitgeoefend vorderingsrecht in stand. Geenszins gaat door den afloop der verjaring de *actio pecuniae creditae* te niet, terwijl door het constitutum een ander vorderingsrecht wordt geboren, (1) het constitutum belet de verjaring der *condictio certi*. Wel geldt in het procesrecht de regel *que la forme emporte le fond* en moest de eischer om tot het bewijs van het constitutum te worden toegelaten zich aan het gevaar der *sponsio dimidiae partis* onderwerpen, doch waar hij procedeerde b. v. tegen de erven van den constituent, tegen wie hij alleen de *actio certae creditae pecuniae* mocht instellen, moest het hem vrijstaan door het feit van het met den erfflater aangegane constitutum de stuiting der verjaring evenzeer aan te toonen. Daardoor werd dus het te niet gaan der hoofdverbintenis verhoed.

Van de alternatieve verbintenis leert **PAPINIANUS**: (2) *illud aut illud debuit et constituit alterum: an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est: dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere.* De schuldenaar in de alternatieve verbintenis, heeft hij eenmaal eene der beide praestatiën vrijwillig voldaan, heeft zijn recht van keuze verbruikt en kan niet onder aanbod van het andere het gegevene terug eischen. De beslissing van **PAPINIANUS** strookt dus met het beginsel, dat, waar het rechtmatig belang des schuldeischers dit medebrengt, het

(1) Zooals blijkbaar **BRUNS.** 261 wil. (2) **L.** 25 pr. **D. h. t.**

constitutum met betaling gelijk staat, doch *constitutum* in den natuurlijken, taalkundigen zin van het woord omvat elke afspraak tusschen partijen, elke ernstige wilsverklaring door de eene afgelegd en door de andere aangenomen. De schuldenaar, die van zich stipuleeren liet onder de mits *cum volueris*, sloot, zegt *PAULUS*, (1) eene ijdele verbintenis, wanneer hij sterft, alvorens bij nadere overeenkomst de betalingstermijn tusschen partijen geregeld is: *si ita stipulatus fuero «cum volueris», quidam inutilem esse stipulationem aiunt, alii ita inutilem, si, antequam constituas, morieris, quod verum est.* *PAULUS* denkt aan de vervulling der mits door nadere overeenkomst, niet enkel aan *constituta pecunia*, want op den aard der mits en niet op het gestipuleerde voorwerp komt het aan. (2) En die algemeene beteekenis moet kennelijk ook aan de *constituta res* van *PAPINIANUS* worden toegekend. Ofschoon in den titel de *constituta pecunia* opgenomen, heeft zijne beslissing eene wijdere strekking. Hoe ruim het recht van keuze werd opgevat, (3) zoo eenmaal tusschen partijen bij nadere overeenkomst is geregeld, welke der beide praestatiën de schuldenaar verklaart te willen geven, kan de gedane keuze niet willekeurig worden herroepen. (4) Met een aan de *actio constitutae pecuniae* eigen rechtsgevolg hebben wij dus niet te doen. (5)

Als de schuldenaar jegens den schuldeischer eenvoudig en zonder nadere omschrijving de schuld constitueert, aangegaan onder beding, dat de schuldenaar zal kunnen betalen òf bij den schuldeischer òf bij een derde, doet hij geen afstand van de bevoegdheid om aan het gekozen domicilie te voldoen (6): *si ita stipulatus sim: mihi aut Titio dare spondes? et debitor constituerit se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adiecto solvere.* Zoo daarentegen de constituent eerst de

(1) L. 46 § 2 D. 45, 1. (2) SCHEURL. Nebenbestimmungen. 14.

(3) L. 138 § 1 D. 45, 1. (4) L. 27 § 6 D. 2, 14.

(5) Anders BRUNS. 268.

(6) L. 59 D. 46, 3. Vgl. over dit onderwerp HUSCHKE. Archiv. f. d. civil. Praxis 65. 240—257.

betaling beloofd had òf bij den geconstitueerde òf bij een derde en naderhand, ten tweedenmale constitueerende, (1) bij den geconstitueerde alleen, bevrijdt hij zich niet langer door voldoening aan dien derde; diens kwijting dekt hem niet meer tegen den geconstitueerde, zoodat hij alleen tegen hem zelven de *condictio indebiti* heeft en het daaraan verbonden gevaar loopt: (2) *si vero mihi aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio: quod si, posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilominus mihi teneberis. Titius tamen indebiti condictione tenebitur, ut quod ei perperam solutum est, ei, qui solvit, reddatur.* Hieraan knoopt zich de regel vast, dat, wanneer een van meerdere solidaire schuldeischers zich constitueeren laat, hij door die handeling zich evenzeer tot alleenigen schuldeischer maakt, als hij dit zou gedaan hebben door het innen der betaling of werkelijke *litiscontestatie*: (3) *idem est et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is, cui constituitur.* De schuldenaar bevrijdt zich jegens den geconstitueerde niet meer door betaling aan den anderen schuldeischer; integendeel deze, de bevoegdheid om kwijting te geven verloren hebbende, is, gelijk straks de *adiectus solutionis gratia*, tot teruggave met de *condictio indebiti* aansprakelijk. Dit echter leidt tot verwikkeling, wanneer de schuldenaar ten behoeve van beiden gelijktijdig en gesamenlijk constitueert: *si quis duobus pecuniam constituerit en wel jegens elk hunner de gansche som: tibi aut Titio.* Men heeft natuurlijk bedoeld, dat er maar aan een van tweeën zou worden betaald, en toch heeft elk hunner gelijk recht als tegenover den constituent diens alleenige schuldeischer geworden, zoodat dezen de kwijting, door den een afgegeven, niet meer dekt tegen den ander. Door laatstgenoemden aangesproken met zijne

(1) *BASILICA* 26, 7, 8. III. 136. Bij het eerste constitutum had de constituent zich een dubbel betalings-domicilie bedongen. Dit geeft hij bij het tweede op.

(2) *LL.* 8, 9 *D. h. t.* (3) *L.* 10 *D. h. t.*

Themis, XLIIIste *Dl.*, 4e *Stuk*, [1882].

propria actio pecuniae constitutae kan hij naar de letter der sponsio zich niet verdedigen met de aan den ander gedane betaling en heeft om zich op dat feit bij den rechter te kunnen beroepen inlassching in de sponsio eener exceptio noodig: (1) *si quis duobus pecuniam constituerit tibi aut Titio, etsi stricto iure propria actione pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem adiuvatur*. Dat de sponsio de exceptie, welke den rechter veroorloofde op de betaling aan Titius te letten, moest opnemen, was meer dan loutere subtiliteit. (2) Titius, den eischer vóór zijnde, had het geld niet voor diens rekening, maar veeleer te diens nadeele ontvangen. Opdat dus de geconstitueerde niet door vertoon der kwijting van Titius bij den rechter wierd overrompeld en zich bedenken kon, alvorens hij de sponsio sloot, moest de constituent reeds in de dingtalen bij den praetor zich op het feit beroepen en verklaren daarvan een middel van verdediging te maken.

Werkte het constitutum ten behoeve van den geconstitueerde als middel tot bewaring van recht, het was tevens ten strengste bindend voor den constituent, die zijne toezegging trouw en stipt naar de letter behoorde te vervullen. Hij kon niet, wanneer hij betaling beloofd had, volstaan met zekerheidsstelling (3): *constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem*, maar had hij zich tot niet meer dan zekerheidsstelling verbonden en dat wel zonder nadere bepaling hoe, hij voldeed aan zijne verplichting zoowel door het verstrekken van onderpand als door borgtocht en had tusschen beide

(1) L. 30 D. h. t. CUIACIUS stoot zich aan propria actio, Observatt. XIII. 20, omdat hij zich de door PAULUS geteekende figuur niet juist voorstelt.

(2) BETHM. HOLLW. R. Civilpr. II, 390 no. 31 verklaart *etsi stricto iure door: sc. honoraria propria actione constitutae pecuniae*. Dit echter is niet juist. De verhooging en de redactie der sponsio waren het werk van den praetor, doch, nadat eenmaal de sponsio gesloten was, de daardoor geboren obligatio eene strikt civielrechtelijke.

(3) L. 21 § 2 D. h. t.

middelen de keuze: *si quis autem constituat se satisdaturum, fideiussorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat*. Zelfs kon hij zich, wat de wijze van dekking betreft, uitdrukkelijk verbonden hebben, b.v. door te beloven den schuldeischer, zoodra deze dat geraden mocht achten, behoorlijk onderpand te bezorgen: (1) *si quis constituerit se pignus daturum, cum utilitas pignorum irrepserit*, (2) *debet etiam hoc constitutum admitti*. Derhalve was ook het beding geoorloofd, dat een bepaald aangewezen persoon tot borg zou worden gesteld (3): *sed et si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilo minus tenetur, ut Pomponius scribit*. Zekerheidsstelling toch, zakelijke zoowel persoonlijke, is surrogaat van betaling. Vervulde de constituent zijne toezegging, *fecit quod constitutum est* en zijne aansprakelijkheid met de sponsio verviel. Deed hij het niet, hij verbeurde de poenaliteit en werd tot voldoening der hoofdsom veroordeeld. Wel het constitutum kon borgstelling of een factum ten onderwerp hebben, doch de *actio constitutae pecuniae* wegens wanvervulling bleef steeds de *condictio certi*, ingeleid met de *sponsio dimidiaie partis*.

Mocht de geconstitueerde den constituent stipt aan zijn woord houden, hij behoorde te zorgen, dat de schuld van de niet uitvoering der overeenkomst niet konde worden geweten aan hem zelve, want ten behoeve van den gedaagde werd immer in de sponsio de exceptie opgenomen: (4) *si non per actorem stetit, quominus fieret, quod constitutum est*. De eischer verloor het proces, zoo het bleek, dat hij verzuimd had zijn geld ten vervaldage te komen halen, al beriep hij zich op verhinderende overmacht: (5) *item illa verba praetoris "neque per actorem stetisse" eandem recipiunt dubitationem et Pomponius dubitat, si forte ad*

(1) L. 14 § 1 D. h. t.

(2) Namelijk omdat de schuldeischer het niet veilig rekende langer ongedekt crediet te geven.

(3) L. 14 § 2 D. h. t.

(4) L. 16 § 2 D. h. t.

(5) L. 18 pr. D. h. t.

diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel postea. Et puto et haec ad diem constituti referenda. Proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius scribit. De eis cher moest zich dan met zijne actio pecuniae certae creditae vergenoegen. Van den anderen kant streed bij wanpraestatie gelijke letterlijke uitlegging in zijn voordeel. Dit gold zelfs van het beroep op overmacht (1): ergo si non stetit per actorem, tenet actio (sponsio), etiamsi per rerum naturam stetit, doch ten gunste van den gedaagde moest de praetor deze hardheid temperen en door invoeging eener exceptie hem toestaan zich bij den rechter op het feit der overmacht of van des eis chers onredelijkheid ter zijner verdediging te beroepen: sed magis dicendum est subveniri reo debere. De wijze, waarop men de sponsio toepaste, treedt hier op leerzame wijze in het licht. Als de constituent beloofd had, dat een bepaald aangewezen persoon voor hem borg zou spreken en deze het weigerde, was hij in zijn ongelijk en moest op grond van het vereischte: neque fecisse, quod constitutum est tot betaling der schuld veroordeeld worden, want hij stond voor het feit in (2): quid tamen si ea persona nolit fideiubere? puto teneri eum qui constituit, behoudens natuurlijk dat anders was bedongen: nisi aliud actum est. Doch wat zoo de beloofde borg overleed, voordat de borgtocht was gesteld? Eigenlijk moest men hetzelfde zeggen. Intusschen sterfgeval is overmacht en overmacht bevrijdt. Toch weder niet, als de borg eerst overleden was, nadat de constituent zich reeds bevond in verzuim. Bij dergelijken samenloop van overmacht en verzuim begrijpt ULPIANUS, dat de eis cher de betaling niet voetstoots moet kunnen vragen, maar het den constituent moest worden vergund hem schadeloos te stellen, door het aanbieden namelijk van wel een anderen, doch even solieden borg: quid si ante decessit? si mora interveniente aequum est teneri eum, qui constituit, vel in id quod interest, vel

(1) L. 16 § 3 D. h. t.

(2) L. 14 § 2 D. h. t.

ut aliam personam non minus idoneam fideiubentem praestet: si nulla mora interveniente magis puto non teneri. De beslissing, dat de constituent, schoon in verzuim en door de overmacht dientengevolge niet ontslagen, toch nog moet worden toegelaten tot het stellen van een anderen borg, is geheel op de billijkheid gegrond en uitsluitend in zijn voordeel. Op de strekking der actie had het geen invloed. Verschafte de gedaagde het equivalent, hij werd in het gelijk gesteld; deed hij het niet, aan den eischer werden zijne vorderingen tot betaling van poenaliteit en hoofdsom toegewezen.

Hoe nauw de sponsio luisterde, ook PAULUS wilde niet, dat onredelijke gedragingen in den eischer zouden worden geduld. Had de constituent de voldoening aangeboden wel niet ten vervalddage, maar toch op een geschikt tijdstip en de eischer de aanneming willekeurig en zonder rechtmatig belang van de hand gewezen, dan, oordeelde hij, moest men den gedaagde tegemoet komen, hetzij met behulp eener exceptie, hetzij zelfs door milde uitlegging. Hij erkende evenwel, dat het niet aanging de clause: si non per actorem stetit uit te breiden, dewijl de eischer, die geweigerd had de betaling op een anderen als den overeengekomen vervalldag te ontvangen, zijnerzijds niet tegen de afspraak gehandeld had, maar, schoon ook de woorden fecisse, quod constitutum est eigenlijk sloegen op het gebeurde ten vervalddage, achtte hij toch, waar het de onredelijk van de hand gewezen betaling betrof, ruimere opvatting mogelijk. Verklaard in gezonden zin lieten de termen der sponsio toe den gedaagde vrij te spreken, als hij bewees het zijne gedaan te hebben om ter bekwamer tijd zijn woord te houden: (1) sed et si alia die offerat nec actor accipere voluit nec ulla causa justa fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut justa interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat, ut illa verba „neque fecisse” hoc significant, ut neque in diem,

(1) L. 17 D. h. t.

in quem constituit, fecerit neque postea. Sinds men aan het verlies der vordering uit de sponsio niet langer ook dat der inschuld verbond, was de billijkheid dezer opvatting bezwaarlijk te miskennen.

De twistvragen onder de classieke juristen, waartoe het constitutum aanleiding gaf, legde JUSTINIANUS door zijn machtwoord bij. Hij stipt ze dus aan: dubitabatur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam possibile est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret. Zijn wenk helpt ons de in de Pandectenfragmenten achtergebleven sporen te ontdekken.

PAULUS ontzegde den eischer het recht op de hoogere poenaliteit, hoe algemeen de bewoordingen van het edict luidden, wanneer de schuldenaar kortaf (pure) beloofd had zonder beding van uitstel of termijn. Dan immers kon de eischer niet in ernst over woordbreuk klagen, daar hij zich in het minst niet had laten paaien met fraaie beloften, noch iets had laten varen van zijn recht om op staanden voet te executeeren (1): si sine die constituas, potest quidem dici (2) te non teneri, licet verba edicti late pateant; alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas. De toevoeging in de Pandecten der zinsnede: sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur, schrijft A. FABER (3) terecht aan de Compilatoren toe, die daarmede de uitspraak van PAULUS, haren klaren zin omkeerend, in overeenstemming brachten met de organieke verordening van JUSTINIANUS. De tien respitdagen (4) zijn van hunne vinding en aan de classieke rechtspleging onbekend.

(1) L. 21 § 1 D. h. t.

(2) Een vooral bij PAULUS geliefkoosde redevorm voor een stellig uitgedrukt gevoelen. L. 12 D. h. t. L. 9 D. 2. 1. 1. 19 pr. D. 9. 4. LL. 25 § 19, 29 D. 10. 2. L. 30 pr. D. 12. 2 L. 44 § 2 D. 21. 1. L. 2 pr. D. 37. 6. L. 2 § 9 D. 41. 4. L. 4 D. 41. 8. L. 83 § 5 D. 45. 1. L. 4 pr. D. 47. 9.

(3) Rationalia ad h. l. Coniectur. XV. 4. Anders BRUNS. 251. 276.

(4) In het classieke recht had de veroordeelde of confessus nog altijd de dies iusti. GAL. III. 8. L. 21 D. 5. 1. L. 6 § 7 D. 42. 2.

PAULUS onderstelt, dat de zuiver geconstitueerde schuld eene bereids opeischbare geweest zij en kon ooit van iets anders sprake zijn? Neen antwoordden de aanhangers van het strengste gevoelen, het constitutum laat zich alleen denken, toegepast op eene vervallen schuld; waar de termijn nog loopt, komt geen uitstel van executie te pas. LABEO verdedigde echter eene minder bekrompen meening en PEDIUS en ULPIANUS schaarden zich aan zijne zijde: (1) si is, qui et iure civili et iure praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? Et Labeo ait teneri, quam sententiam et Pedius probat. ULPIANUS voegt er LABEO's redeneering, waaraan hij zijn zegel hecht bij: et adicit Labeo vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta, quam sententiam non invitus probarem: habet enim utilitatem, ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur. Wat verstond LABEO onder pecuniae, quae nondum peti possunt? Had hij op het oog rechtens nog niet opeischbare schulden, zijne redeneering ware of in het oog loopend valsch of de twistvraag onbegrijpelijk geweest, daar men toch niet met gezonde zinnen er over strijden kon, of het constitutum wel bruikbaar was bij die soort van verbintenis, ter wille waarvan het was ingevoerd. Desniettemin duurde de strijd, tot hij door JUSTINIANUS beslecht werd, voort en billijkt ULPIANUS het betoog van LABEO met beroep op het practisch nut. LABEO's redeneertrant is dikwijls fijn, maar eenigszins subtiel. Zoo speelt hij hier met de dubbelzinnigheid van nondum peti posse. Waaraan, vraagt hij, heeft het constitutum zijn ontstaan te danken? De tegenpartij antwoordt aan het

exactionem celebrare leest men ook C. 5 C. Theod. 8. 8. postulationem c. 1. C. 3. 9. recusare. c. 5 (4) C. 8. 39 (40). Naar BASILICA. 26. 7. 21 § 1. III 137, tien respitdagen, die de constituent heeft om te betalen. PUCHTA. Vorlesungen. § 255 oordeelt: ferner ist ueber die Zeit nichts verabredet, so setzt der Richter nach billigen Ermessen einen Termin, jedoch nicht unter zehn Tage, fest. Ook hier hebben de Compilatoren zich niet klaar en ondubbelzinnig weten uit te drukken.

(1) L. 3 § 2 D. h. t.

belang des schuldeischers, die geene kans ziende dadelijk aan zijn geld te komen door vervolging, zich laat afschepen met de verzekering, dat hij op een bepaalden vervalddag er over zal kunnen beschikken. Welnu, wat doet het er toe, of de reden, dat men wachten moet, een eerst nu of een reeds vroeger verleend uitstel zij? Het Edict staat niet in den weg, want onder pecunia debita is ook de loopende schuld begrepen en de eischer, die misschien anders andere maatregelen van voorzorg genomen en verder crediet geweigerd zou hebben, heeft wel degelijk belang er bij te weten, dat hij ten dage, dat de schuld vervalt, op prompte voldoening zijner voorshands nog oninbare gelden zal kunnen rekenen. Tegen de bestrijders, die tegenwierpen, dat tot het wezen van het constitutum een uitstel met bepaling van vervalddag behoorde, keerde LABEO door eene behendige redewending hun eigen wapen. Ook PAULUS omhelsde zijne zienswijze, ja dreef ze tot het uiterste. (1) Sed et si citiore die constituat se soluturum, similiter tenetur. De tijdsbepaling werd namelijk door nudum pactum geregeld. De aanvankelijk gegronde exceptio: si non convenerit, ne ea pecunia ante kal. Januarias, quae proximae erunt, peteretur werd ontzenuwd door de replicatio: si non postea convenerit, ut eam pecuniam post kal. Julias, quae proximae fuerunt, petere liceret. (2) Met onderling goedvinden konden partijen den termijn vervroegen en dan tegen dien dag constitueeren. PAULUS paste alzoo LABEO's beginsel consequent toe.

Soortgelijke verdeeldheid van inzicht heerschte omtrent de voorwaardelijke verbintenis. Tegen het voorwaardelijk constitueeren eener onvoorwaardelijke schuld liet zich de bedenking opperen, dat dan wel het constitutum eerst door de vervulling der voorwaarde bevestigd werd, maar niettemin de eischer gerechtigd bleef zijne actio pecuniae certae creditae, als ware geen uitstel verleend, inmiddels in te stellen. POMPONIUS evenwel hield dergelijk constitutum niet van onwaarde: (3) sed is, qui pure debet, si sub condicione constituat,

(1) L. 4 D. h. t. (2) GAL. IV. 126. (3) L. 19 § 1 D. h. t.

inquit Pomponius, in hunc utilem actionem esse. Hij moet dus de bedoeling van partijen zoo hebben opgevat, dat, hangende de voorwaarde, uitstel van vervolging verleend was. (1) Het onvoorwaardelijk constitueeren eener voorwaardelijke schuld scheen af te stuiten op het vereischte pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, want, terwijl de voorwaarde zweeft, heeft het daaronder verschuldigde de hoedanigheid van debita pecunia nog niet verkregen. Naar het oordeel van PAULUS bracht de achteruitwerkende kracht der vervulde voorwaarde alles terecht. Verwezenlijkt, bevestigt de mits tegelijk hoofdverbintenis en constitutum, hetzij de constituent betaling hebbe toegezegd tegen dien eigen dag, hetzij op anderen termijn: (2) *id quod sub condicione debetur, sive pure sive certo die constituitur, eadem condicione suspenditur, ut existente condicione teneatur, deficiente utraque actio deperat.* Het constitutum was alzoo volgens PAULUS geldig, als de verval dag niet inviel, voordat de hoofdschuld door de vervulling der voorwaarde vorderbaar geworden was.

Eens was men het daarentegen over een ander gewichtig punt. De praetor vordert het aanwezig zijn der inschuld als zakelijk vereischte zonder opzicht tot de personen tusschen wie het feit der betaling voorvalt, weshalve zoowel de geconstitueerde als de constituent derden mochten zijn: (3) *quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum est, non utique ut is, cui constituitur, creditor sit: nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis et quod tibi debetur, si mihi constituitur, debetur.* Hierin lag geene uitbreiding over de oorspronkelijke grenzen, (4) het vloeyde uit het begrip, dat de geconstitueerde uitstel van vervolging verleent, noodzakelijk voort. Wie zich liet constitueeren, moest bevoegd zijn de schuld in rechten in te vorderen, wie constitueerde bereid zich met de verdediging te belasten. Eerst wanneer men dit licht op de *actio constitutae pecuniae* vallen laat, vertoont zij zich in hare ware gedaante.

(1) Vgl. L. 36 D. 12. 1. L. 60 § 1 D. 12. 6.

(2) L. 19 pr. D. h. t. (3) L. 5 § 2 D. h. t.

(4) Anders BRUNS. 274.

De regels van het gemeene recht nopens tusschenkomende personen waren natuurlijk ook bij het constitutum van toepassing. Dienstbetoon van derden moest zich tot tusschenpraak bepalen: (1) *et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.* Namens een derde kon men niet constitueren, noch zich dit ten behoeve van een derde laten doen: (2) *sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur et ita Pomponius libro octavo scribit. Item si mihi constituas te soluturum, teneberis: quod si mihi constitueris Sempronio te soluturum, non teneberis,*

Ook bij deze overeenkomst gold alles, wat GAIUS meedeelt omtrent verkrijging door anderen. (3) Den meester verschafte de eigen slaaf of degene, dien hij ter goeder trouw bezat, de *actio constitutae pecuniae* en dat *qualis qualis obligatio esset*, of evenzeer indien de toezegging inhield, dat de betaling zou worden gedaan in handen van den slaaf als in handen van den meester: (4) *servo quoque constitui posse constat et, si servo constituatur domino solvi vel ipsi servo, qualem qualem servum domino adquirere obligationem. Idem est, zegt PAULUS, (5) et si ei, qui bona fide mihi servit, constitutum fuerit.* En hetzelfde gold ten aanzien van den *filiusfamilias*: (6) *sed et si filiofamilias constituatur, valet constitutum.* Van de uitsluiting der vrije tusschenpersonen week men ook naderhand alleen af ten gunste der wettelijke vertegenwoordiger, in welk geval men de *actio* als *utilis* verleende aan het zedelijk lichaam, den pupil, den minderjarige of waanzinnige, ten wiens behoeve aan het bestuur, den voogd of den curator was geconstitueerd: (7) *si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adolescentis ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel*

(1) L. 15 D. h. t. (2) L. 5 §§ 4, 5 D. h. t. (3) GAL. II. 86.
 (4) L. 5 § 10 D. h. t. (5) L. 6 D. h. t. (6) L. 7 pr. D. h. t.
 (7) L. 5 § 9 D. h. t.

adulescenti, (1) utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem. Op den procurator droeg men dit niet over.

De wettelijke vertegenwoordiger, als in deze zijne hoedanigheid de bevoegde persoon om den schuldenaar van den verpleegde te vervolgen, verkreeg, zoo hij uitstel gaf tegen belofte van betaling, tegen den constituent aanspraak op de verhoogde sponsio, even goed als ware de inschuld zijne eigene geweest: (2) item tutori pupilli constitui potest et actori municipum et curator furiosi, en zoo men al door tusschenkomst van den procurator niet constitueeren kon ten behoeve van den principaal, kon men het wel doen jegens den procurator zelven: (3) Julianus libro undecimo Digestorum scribit procuratori constitui posse: quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino. Het spreekt van zelf, dat POMPONIUS onderprocurator alleen den lasthebber verstond, die, cognitoris loco zijnde, volmacht had om het proces te voeren en zich tot dominus litis te maken. Daarom heet het van den actor municipum: (4) procuratoris partibus fungitur et ei constitui potest, want hij trad voor de stad in rechten op. De procurator, ook wanneer jegens hem is geconstitueerd, oefent het recht zijns meesters uit, stelt diens *condictio certi* in en voor diens goedkeuring zijner handelingen de gewone zekerheid: (5) sed et si procuratori constitutum est et ex ea causa agat, dubitandum non est, quin locus sit de rato cautioni idque Pomponius scribit. Meer dan het recht op de verhoogde sponsio verkrijgt hij door het constitutum niet. Bij machte den constituent tot de *litis contestatio* te dwingen, bewilligt hij uitstel. Had hij enkel volmacht om de betaling

(1) Het kenmerkende ligt in het feit, dat wel de belofte wordt afgelegd jegens den voogd, maar de toezegging inhoudt van betaling aan den pupil zelven. Met de leer der verbintenis ten behoeve van een derde heeft dit niets te maken. Vgl. MOLTZER De overeenkomst ten behoeve van derden, 110 en 131.

(2) L. 5 § 7 D. h. t.

(3) L. 5 § 6 D. h. t.

(4) L. 6 § 3 D. 3. 4.

(5) L. 39 § 1 D. 3. 3.

te ontvangen, op de belofte, hem gedaan, kan noch hij zich beroepen, als niet bevoegd als eischende partij in rechten op te treden, noch de principaal, voor wien de overeenkomst eene handeling tusschen derden is: (1) *si mihi aut Titio stipuler, Titio constitui suo nomine non posse Julianus ait, quia non habet petitionem, tametsi solvi ei possit.* En wel kan de constituent zich de bevoegdheid voorbehouden van te betalen of aan den geconstitueerde in persoon of bij een derde, de *actio pecuniae constitutae* komt alleen aan den eischer toe: (2) *si vero mihi aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio.* Nergens wordt verlangd, dat bij het constitutum aan den procurator ad litem de principaal partij zij, het goedkeure of er toe meewerke, ja bij den procurator absentis ware dit wel meestal feitelijk ondoenlijk geweest. In hoever de lasthebber het verleende uitstel jegens zijn lastgever kon verantwoorden, moest hij met hem uitmaken en ging den constituent niet aan. Wederkeerig bond het uitstel den principaal niet. Hij kon, zolang de geconstitueerde het proces niet aanhangig en daardoor zich tot *dominus litis* gemaakt had, de volmacht intrekken en zelf met de *actio certae creditae pecuniae* vervolgen en met die intrekking verviel de *actio constitutae pecuniae*. Scheef, ja averechtsch is de voorstelling van BRUNS, (3) die den schuldeischer laat meewerken en zijne vordering op den derde overdragen, ja in de onderstelling, dat de overdracht geschiedt tegen kwijting van hetgeen de derde van den schuldeischer te goed heeft door *pactum de non petendo*, de handeling met delegatie vergelijkt. Van den procurator in rem suam is geene sprake; jegens den *cessionaris* zou de schuldenaar niet constitueeren als aan een derde, maar als aan den waren gerechtigde en cessie tegen kwijting is gansch iets anders als delegatie. Het constitutum ten behoeve van een derde maakt hem niet tot schuldeischer en juist hierin lag het eigenaardige der handeling.

De wettelijke vertegenwoordiger treedt in rechten voor

(1) L. 7 § 1 D. h. t.

(2) L. 8 D. h. t.

(3) 286.

den verpleegde ook als verwerende partij op. In hoedanigheid vervolgbaar voor de schuld kon hij ze constitueeren: (1) *sed et ipsi constituentes tenebuntur*. Van daar het verschil of de actor de schuld der gemeente op zich genomen had door stipulatie of ze had geconstitueerd. Noveerend verschafte hij den schuldeischer een persoonlijken titel van vordering tegen zich en bleef verbonden, in weerwil dat hij zijn ambt had nedergelegd. Constitueerde hij om uitstel te krijgen de schuld der gemeente, hij had aanspraak op ontslag, zoodra hij de hoedanigheid, waarin hij, als optredende voor de gemeente, kon worden in rechten betrokken, verloren had: (2) *in eum, qui administrationis tempore creditoribus reipublicae novatione facta pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet; diversa causa est eius, qui solvi constituit: similis etenim videtur ei, qui publice vendidit aut locavit*.

Wie voor een ander constitueert, behoedt hem voor executie en dat mag ieder doen, die belang in hem stelt. De aansprakelijkheid, welke met de actio de peculio op den paterfamilias uit eigen hoofde drukte, belette niet de vervolging van den zoon. Wilde de vader den zoon beschutten en verbond hij zich daarom in diens naam, zoo constitueerde hij de gansche schuld en viel uit de *condemnatio* van het *iudicium secutorium* de beperking tot hetgeen hij als houder van het *peculium* onder zich had gehad, weg: (3) *quod si filii nomine constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenetur*. Omgekeerd sprong soms de zoon voor den vader in de bres en rees nu de vraag, in hoever voor de schuldeischers des zoons diens *constitutum* tegenover den vader een in *rem versum* was. Het was dit niet. Door te constitueeren brengt men geen bevrijding van den schuldenaar teweeg. Eerst dan wordt de vader gebaat, als de zoon uit de penningen van zijn *peculium* de schuld werkelijk betaalt: (4) *si filius*

(1) L. 5 § 8 D. h. t.

(2) L. 5 § 1 (3 § 2) D. 50. 8.

(3) L. 2 D. h. t.

(4) L. 15 D. 15. 3.

familias constituerit, quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat. Atquin non liberavit patrem, nam qui constituit se quidem obligat, patrem vero non liberat. Plane si solvat post constitutum, licet pro se videatur solvisse, hoc est ob id, quod constituit, in rem tamen vertisse patris merito dicetur.

Voor den principaal betaalt zijn rentmeester of bewindvoerder, die zijne belangen behartigt. JULIANUS gaf een voorbeeld: (1) Julianus quoque libro undecimo scribit: Titius epistulam ad me talem emisit, «scripsi me secundum mandatum «Sii, si quid tibi debitum adprobatum erit, me tibi cauturum «et soluturum sine controversia». Titius verbond zich op een bon van Seius te betalen: tenetur Titius de constituta pecunia. Zoo iets doet wel niemand dan die eens anders kas onder zich heeft. Trouwens de verhouding tusschen den constituent en den schuldenaar ging den geconstitueerde niet aan. Felix, tot wien het rescript uit de kanselarij van GORDIANUS gericht was, (2) had waarschijnlijk als negotiorum gestor voor zijne neven gehandeld. De bedoeling om zich persoonlijk te verbinden moest natuurlijk aanwezig zijn, aan eene opgave enkel als kantoorbediende gedaan was men niet gehouden. (3)

Lucius Titius mensae nummulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum: is Gaio Seio cavit in haec verba: «Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis Domitio «Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios «mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kal. «Maias». Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede, bonis eius venditis, an ex epistula iure conveniri Terminalis possit. Respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset. Terminalis, al gebruikte hij den eersten persoon, had dit bewijs alleen als boekhouder afgegeven en niet om persoonlijk voor de betaling in te staan.

(1) L. 5 § 3 D. h. t.

(2) c. 1 C. h. t.

(3) L. 20 D. 14. 3.

Leert **GAIUS**: (1) *nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur*, hierin ligt opgesloten, dat in het algemeen ieder, met wien de eischer genoegzaam, als gedaagde voor den schuldenaar kon optreden en bij gevolg constitueeren. Behoefde de constituent geen zekerheid te stellen, de geconstitueerde moest zelf weten of hij hem wilde aanspreken en zich met hem inlaten en sinds het mildere gevoelen omtrent de *litisconsumptie*, door **ULPIANUS** voorgestaan, was in dit opzicht een groot bezwaar voor hem uit den weg geruimd. Wie bevoegd was zich voor een ander te verbinden, was mitsdien bevoegd te constitueeren: *si mihi constituas te soluturum, teneberis*; (2) *si, id quod mihi Lucius Titius debet, soluturum te constituas, teneris actione pecuniae constitutae*. (3)

Het *constitutum* schiep den eischer geen titel van vordering, maar als instelling van het procesrecht verschafte het hem een tweeden gedaagde. (4) De constituent is *defensor*, geen *fideiussor*; met de tweede *parts-sponsio* aangesproken wegens de hoofdvbintenis, moest hij de *litiscontestatio* sluiten of zich voor de schuld laten executeeren en, zoolang hij niet betaald of de *litiscontestatio* volbracht had, behield de schuldeischer, des verkiezende, het recht den schuldenaar te vervolgen met de derde *parts-sponsio*, ja, in het gevoelen van **ULPIANUS** aangaande de *litisconsumptie*, bleef de schuldenaar aansprakelijk, ook nadat de schuldeischer het proces tegen den constituent had verloren. Als eene vooraf gestelde zekerheid, waardoor men zich bewegen liet crediet te schenken, beschouwde men het *constitutum* niet, veeleer als een uiterste redmiddel, dat de eischer aangreep, die moeite ondervond in het verhalen der schuld.

Toch bevatte het constitueeren eener vreemde schuld eene *intercessie*: *mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint*. (5) Is het waar, dat bij deze soort van *intercessie*

(1) IV. 101. Vgl. **PAUL.** Sent. I. 3. 7.

(2) L. 5 § 5 D. h. t.

(3) **PAUL.** Sent. II. 2. 1.

(4) L. 9 § 2 D. 12. 1

(5) L. 1 § 1 D. h. t.

de derde zich onder meer bezwarende voorwaarde dan de schuldenaar verbinden kon? (1) Ieder mocht immers de schuld constitueeren en, dit doende, kon men de oorspronkelijk bedongen praestatie met eene andere verwisselen. Doch bij deze sluitreden vergeet men drie dingen. Gaius Seius heeft van Lucius Titius Stichus gestipuleerd. Publius Maevius constitueert den prijs van den slaaf. Heeft thans Gaius Seius tegen Lucius Titius eene vordering tot levering van den slaaf en tegen Publius Maevius tot betaling van het geld, zoo zal dit gebeuren. Krachtens het vereischte neque solvere kan Publius Maevius door Stichus te geven en zich en Lucius Titius bevrijden en omgekeerd naar de algemeene rechtsbeginselen Lucius Titius de verbintenis van Publius Maevius vervullen en door den prijs te voldoen beide vorderingen delgen. (2) Tegen de bedoeling van partijen werd ten voordeele des schuldenaars de verbintenis eene alternatieve. Zoo nochtans Stichus sterft, vóór dat Lucius Titius in gebreke is, wordt deze ontslagen en blijft niettemin Publius Maevius, beweert POTHIER, (3) verbonden: un tiers s'est obligé de vous payer pour moi trente pistoles à la place d'un certain cheval, que je vous devais: quoique depuis mon obligation ait été éteinte par la mort du cheval, celle de ce tiers doit subsister. Doch waarom heeft Publius Maevius de schuld van Lucius Titius kunnen constitueeren? Immers omdat de praetor het bestaan der inschuld slechts als zakelijk vereischte stelt. Derhalve kon alleen datgene worden geconstitueerd wat op het oogenblik, dat dit geschiedt, onafhankelijk van het constitutum reeds verschuldigd was. Dat was de prijs van den slaaf niet. Ja, maar ULPIANUS spreekt van constituere aliud pro debito. Het is zoo, alleen hij voegt er de verklaring bij. Men moest het doen door toepassing van den regel rem pro re solvi posse. Door onderlinge overeenkomst

(1) De meesten beantwoorden deze vraag toestemmend, doch niet allen. Vgl. b. v. DONELLUS ad. c. 3 C. h. t. no. 6.

(2) Dat merkt terecht op POTHIER. *Traité des Obligations*, § 482.

(3) § 485.

kunnen partijen de uitvoering der verbintenis wijzigen en de praestatie, die voor de aanvankelijk bedongene als aliud pro debito in de plaats treedt, kan worden geconstitueerd hetzij door den schuldenaar zelven, hetzij door een derde. Waar echter de partijen de hoofdverbintenis in haar geheel gelaten hebben, kan de regel *rem pro re solvi posse* alleen in dier voege worden toegepast, dat de derde het door den schuldenaar verschuldigde constitueert, maar zich de bevoegdheid voorbehoudt met iets anders te betalen. Meer ligt in de woorden van *ULPIANUS* niet.

Over het constitutum der loopende schuld werd getwist. *PAULUS*, zich scharende bij de partij, die de geldigheid verdedigde, liet zelfs vervroeging van den termijn toe. (1) Er volgt uit, dat, naar zijn gevoelen, wanneer partijen den oorspronkelijk bedongen termijn hadden ingekort, tegen dien eederen verval dag konde worden geconstitueerd ook door een derde. Doch ging hij nog een stap verder en achtte hij het bestaanbaar, dat een derde constitueert tegen een tijdstip, waarop tegen den schuldenaar de *condictio certi* nog niet ontvankelijk was? Door zoodanige opeenstapeling van gevolgtrekkingen zoude men tot de zonderlingste uitkomsten geraken; b. v. dat *Publius Maevius*, de gehoudenheid van *Lucius Titius* met de *actio de peculio constitutoria* constitueerende, aansprakelijk ware geweest naar de daarbij geldige berekening, terwijl *Lucius Titius* het bleef naar de gewone. Waar de teksten zwijgen, mag men geene afwijking aannemen van den algemeenen regel: (2) *illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quodsi fuerint in durio rem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari.*

De constituent kon een eigen betalingsoord kiezen. Eerst wanneer hij elders wordt aangesproken, zoodat het plaatsverschil in aanmerking moet worden genomen, komt de vraag te berde, of de rechter niet alleen in zijn belang de hoofdsom inkorten, maar ook in dat des eischers ze ver-

(1) Vgl. *BRUNS*. 242.

(2) *L. 8 § 7 D. 46. l. VOET. ad. D. h. t. no. 6. Themis, XLIIIste Dl., 4e Stuk, [1882].*

hoogen mag. De beoordeeling, wat de billijkheid medebracht, bleef geheel aan 's rechters bescheidenheid overgelaten. Waaruit put men, dat hij den constituent ooit in meer zou hebben verwezen, dan waarmede naar zijn oordeel de schuldenaar zou hebben kunnen volstaan? Integendeel naar het vereischte neque solvere der sponsio kon de constituent zich bevrijden door op te leggen, wat de eischer wegens de hoofdverbintenis te vorderen had: sed et certo loco et tempore constituere quis potest, schrijft *ULPIANUS*, (1) doch altijd ondergeschikt aan de termen der sponsio.

POTHIER noemt een ander voorbeeld. De derde constitueert de hoofdvordering, welke een temporalis actio is, terwijl de verjaring loopt. Blijft na het verstrijken van den termijn de constituent gebonden, niettegenstaande dat de schuldenaar is ontslagen? Bij dit onderwerp kan hier niet worden stilgestaan, want wie het naar eisch wilde onderzoeken, zou zich moeten verdiepen in eene der fijnste verwickelingen, welke de in menig opzicht zoo duistere leer der verjaring, vooral wat het classieke recht betreft, oplevert. Als van twee personen, voor dezelfde schuld aansprakelijk, de een door zijne daad de verjaring stuit, de ander niet, duurt dan de verbintenis van genen voort en gaat die van dezen te niet? (2) Zoo ja, hoe bij den borg, zoo de verjaring ten zijnen opzichte gestuit is, ofschoon niet ten opzichte van den schuldenaar; overleeft dan de verbintenis uit borgtocht de hoofdvordering? Ontkent men dit, op grond dat borgtocht vervalt tegelijk met de hoofdvordering, (3) met welk recht beweert men het tegendeel ten aanzien van den vreemden constituent? Immers *CELSUS* en *JULIANUS* spreken alleen van de stuiting der verjaring door de overeenkomst met den schuldenaar. (4) De oplossing der door *POTHIER*

(1) L. 16 § 1 D. h. t.

(2) Zelfs met opzicht tot correi kan men uit c. 4 (5) C. 8. 39 (40), waarover *HASENBALG*. Bürgschaft, 291, niets afleiden voor het classieke recht.

(3) *PONT*. Cautionnement § 343. Over de twistvragen naar aanleiding van art. 2055 C. C. (2021 B. W.) vgl. *LAURENT* C. C. XXXII § 152.

(4) *SAVIGNY*. System. V. 401. no. k.

geopperde vraag behoort dus aan het wezen van de verjaring, niet van het constitutum te worden ontleend.

JULIANUS behandelt het verband tusschen het constitutum en het privilegium de non evocando: (1) Julianus legatum Romae constituentem, quod in provincia acceperat, putat conveniri debere, quod et verum est. Sed et si non cum Romae esset, sed in provincia adhuc, constituit se Romae soluturum, denegatur in eum actio de constituta. De afgevaardigde, die met betaalbaarstelling te Rome thuis gecontracteerd heeft, is daar aansprakelijk met de actio constitutae pecuniae en inachtneming van het beginsel der actio de eo quod certo loco, doch niet te Rome, alwaar hij zich ter wille zijner zending ophoudt.

Betaalbaarstelling sluit geene onderwerping in aan het gerecht der plaats: (2) si quis in legatione constituerit, quod ante legationem debuerit, non cogi eum ibi iudicium pati, ubi constituerit, leert GAIUS. Doch zoo de afgevaardigde wegens eene te huis aangegane schuld te Rome constitueert, ligt hierin volgens JULIANUS een afstand van het privilegie opgesloten. Hij stelde dus dergelijk constitutum met vrijwillige litiscontestatie gelijk. (3)

Het ten zijnen kantore betaalbaar stellen van de schuld van zijn patroon maakte een onderdeel uit van het bedrijf van den bankier. Dit bankierscontract had naar het getuigenis van THEOPHILUS met het constitutum den vrijen vorm gemeen. (4) Wij kennen hiervan een voorbeeld: quidam (argentarius) ad creditorem literas eiusmodi fecit, „decem, quae Lucius TIRIUS ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum, habes penes me, domine.“ (5) Respondit secundum

(1) L. 5 § 1 D. h. t. (2) L. 8 D. 5. 1.

(3) L. 32 § 9 D. 4. 8. Vgl. HUSCHKE. Archiv. f. Civil. Praxis 65, 253 no. 10.

(4) IV. 6. 8. LENEL Savigny Zeitschr. II. 62—72, aan wiens scherpzinnigheid wij de aanwijzing der op het receptum oorspronkelijk betrekkelijke plaatsen dank weten, betoogt dit, 68, tegen BRUNS. Met hem stemt BEKKER in, Savigny Zeitschr. III, 1.

(5) L. 26 D. h. t.

ea qua proponerentur actione (recepticia) de constituta pecunia eum teneri. (1)

Ook LENEL helt tot het gevoelen over, dat dit responsum van SCAEVOLA in het oorspronkelijk verband op de actio recepticia betrekking had. Daarvoor spreken de volgende gronden. In het eerste boek zijner responsa handelde SCAEVOLA over de recepta. (2) Ook bij LABEO heet de patroon van den bankier dominus en penes argentarium habere is de geijkte uitdrukking voor hetgeen men bij zijn bankier te goed heeft. Eindelijk is de reden, waarom hier ter plaatse in onzen titel de twee volgende fragmenten met afwijking van de gewone orde der reeksen zijn ingelascht, wel geen andere dan dat ook zij van het receptum op het constitutum zijn overgebracht. De bankier geeft aan GAIUS SEIUS een bewijs af, dat hij hem voor hetgeen deze aan LUCIUS TITIUS heeft voorgesloten, heeft gecrediteerd. Daar hij zelf geen gebruik van het geld heeft, doet hij dit slechts voor de hoofdsom, salva ratione usurarum. (3) De afrekening tusschen de partijen wegens de interesten blijft eene zaak, waarmede hij zich niet inlaat. De bankier handelde in den regel op last van den schuldenaar en LABEO was van oordeel, dat, als deze tegen de uitbetaling verzet deed, de recipient tegen den schuldeischer eene exceptio in factum hebben moest. POMPONIUS verwierp dit. De partij, jegens welke zich de bankier verbindt, heeft met diens verhouding tot den anderen patroon (dominus) niets te maken. Men kon recipieeren (evenals constitueeren) hetzij met, hetzij zonder goedvinden des schuldenaars, ja tegen diens wil. De bankier moest weten wat hij deed: (4) utrum praesente debitore an absente (recipiat argentarius) constituat quis, parvi refert. Hoc am-

(1) 64 no. 127. Zoo deed reeds KUNTZE. Excuse. 561.

(2) L. 43 D. 4. 8.

(3) In strijd met de niet twijfelachtige beteekenis vertalen de BASILICA 26. 7. 26, III. 138. *μετά τῶν τόκων*; in zoo ver te recht, dat in het Justiniaansche recht geen aannemelijke reden bestond om het constitueeren der interesten uit te sluiten.

(4) L. 27 D. h. t.

plius etiam invito (recipere) constituere eum posse Pomponius libro trigesimo quarto (1) scribit, unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si postquam (argentarius recepit) quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius, nam cum semel sit obligatus qui (recepit) constituit, factum debitoris non debet eum excusare. De bankier nam echter de schuld niet over, zoodat door het receptum de schuldenaar niet werd bevrijd: (2) ubi (argentarius recepit) quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo (recepit) constituit, obligatus manet. Het receptum, in dit opzicht aan het constitutum gelijk, had nogtans breeder omvang, doordien het op alle soorten van zaken toepasselijk was: *ἢ δὲ recepticia ὅτι ἤηποτε εἴη το ἐποφειλόμενον, εἴτε κινητὸν εἴτε ἀκίνητον, ἀντιφωνήσαντος τραπεζίτου, κινεῖσθαι δύναται.* THEOPHILUS, sprekende van roerend en onroerend goed, denkt kennelijk aan lichamelijke voorwerpen en dus uitsluitend aan bepaalde vorderingen. Verder ging het receptum niet. De bankier boekt in het credit van Gaius Seius de pretensie, welke deze had op Lucius Titius, en moest in de rekening-courant, welke hij aan Gaius Seius gaf, den post voor het volle bedrag opnemen: (3) sed et quod (recepit) solvi constituit argentarius, edere debet, nam et hoc ex argentaria venit. Deze kon dus daarover beschikken als over à deposito gegeven gelden, ja zijne schuldeischers er beslag opleggen: (4) sed et si pecunia penes argentarios sit, aequè capi solet. Zijnerzijds mocht de bankier van hem, wien hij eene rekening had geopend, niet anders vragen dan saldo van rekening-courant en deze kon niet enkel over geldsommen loopen, maar over allerlei soorten van zaken. (5) Vorderde hij meer dan hem volgens zijne boeken toekwam, hij verloor wegens plus petere het proces, weshalve hij, den post recipieerende, afstand

(1) Waarin hij over de recepta handelde, LL. 1 § 7, 3 D. 4. 9.

(2) L. 28 D. h. t.

(3) L. 6 § 3 D. 2. 13.

(4) L. 15 § 11 D. 42. 1.

(5) GAL. IV. 64—69.

deed van het recht om zijne deugdelijkheid te betwisten. JUSTINIANUS keurde dit af: (1) *secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum, cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et iterum multas proponere conditiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.* De bankier was gehouden den gerecipieerden post te honoreeren, al mocht de schuldeischer met grond de nietigheid der schuld wegens gemis aan causa kunnen tegenwerpen. Wat gerecipieerd werd, moest intuschen altijd zijn de schuld van den patroon; werd er iets anders bijgevoegd, zoo gold daarvoor de verbintenis niet: (2) *sed et si decem debeantur et decem et Stichum (recipiat) constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri.*

Moest de bankier zijnerzijds saldo van rekening-courant vragen, met welke actie werd hij aangesproken door den patroon, indien deze niet zich zelf recht verschaftte door te beschikken, tot dat hij stond beneden de schreef? (3) Waarschijnlijk werd afrekening gevraagd met eene *bonae fidei actio mandati* of *praescriptis verbis*. Ter zake van het *receptum* echter had de schuldeischer de *actio recepticia*, wier bijzonder formulier tengevolge der veranderde rechtspleging ten tijde van JUSTINIANUS lang in onbruik was geraakt, (4) doch in het Edict van JULIANUS voorkwam in de onmiddellijke nabuurschap van het *receptum* der schippers, herbergiers en stalhouders. (5) Had de praetor dit gedaan enkel wegens de gelijkheid in klank, het ware even potsierlijk geweest, als wanneer de Nederlandsche wetgever in een en denzelfden titel voorschriften samenvoegde omtrent de verplichtingen van stalhouders en het dus genoemd stallen van effecten. Doch de rechtsvordering tegen schippers, herbergiers en stalhouders had de strekking om deze lieden

(1) c. 2 § 1 C. h. t.

(2) L. 12 D. h. t. LENEL. 63—65.

(3) Vgl. DERNBURG. Compensation. 33, 38.

(4) c. 2 pr. C. h. t.

(5) LENEL. 63.

wegens de goederen, door hen in de uitoefening van hun bedrijf onder hunne hoede genomen, onvoorwaardelijk verantwoordelijk te stellen en als het ware tot verzekeraars te maken. Daarmede had het bankiersreceptum gelijkenis, dewijl de bankier het sloot in de uitoefening van zijn beroep en voor de schuld, die hij bij zich betaalbaar had gesteld, met afstand van alle recht van tegenspraak instond. Het kwam tegenover hem alleen aan op het feit, dat hij den post had gerecipieerd, zoodat de actio recepticia er eene in factum moet geweest zijn, waarbij van het sluiten der sponsio geene sprake zijn kon en die processueel met de actio pecuniae constitutae niets gemeen had. Het constitutum strekte om eene dreigende executie op te houden, het receptum om door tusschenkomst van een bankier zaken te doen. Zijne solvabiliteit boezemde vertrouwen in en degene, ten wiens behoefte hij den post gerecipieerd had, beschikte er over als boekcrediet. Meer dan deze algemeene trekken kan men uit de magere berichten van JUSTINIANUS en THEOPHILUS omtrent het duistere onderwerp niet afleiden en alleen, doordat JUSTINIANUS receptum en constitutum heeft saamgesmolten en in verband hiermede de Compilatoren enkele in den oorspronkelijken tekst op het receptum betrekkelijke fragmenten hebben overgebracht op het constitutum, was het noodig er bij stil te staan.

De proef op de som is geleverd en uit de ontleding der Pandecten-fragmenten, die over het constitutum handelen gebleken, dat de eigenaardigheden der actio constitutae pecuniae zich uit de sponsio dimidiae partis en daaruit alleen op bevredigende wijze laten verklaren. Er blijft evenwel nog een punt over.

ULPIANUS, gewagende van de toepassing van den regel *rem pro re solvi posse* op het constitutum, licht dit aldus toe: (1) *denique si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum.*

Dit strookt met de mededeeling van JUSTINIANUS: (2)

(1) L. 1 § 5 D. h. t.

(2) c. 2 § 1 C. h. t.

actio pecuniae constitutae in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae pondere, numero, mensura sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem. Ten einde den loop van het betoog niet te stremmen, werd tot nog toe geredeneerd uit de onderstelling, dat alleen geldsommen konden worden geconstitueerd. Op dien regel bestond echter eene uitzondering. Het kon ook geschieden met alle soorten van verbruikbare zaken. Deze bijzonderheid, eene in de schatting van BRUNS (1) raadselachtige uitbreiding, eischt opheldering, die echter niet te verkrijgen is dan door zich te begeben op een breed veld van onderzoek.

(1) Eine sichere Erklärung davon scheint unmöglich. 240. Vgl. HUSCHKE. Archiv. f. civil. Praxis, 65, 251 no. 8.

BOEKBEOORDEELINGEN EN VERSLAGEN.

ACADEMISCHE LITTERATUUR.

Het vervallen van de Tijdsbepaling bij Vermindering der gestelde zekerheid (art. 1307 B. W.). — Academisch Proefschrift, door R. A. FOCKEMA. Leiden, S. C. v. DOESBURGH, 1878.

Kort en kernachtig (52 bladzijden) is deze verhandeling, die zich een deel slechts van het met nog minder verschil van bedoeling dan van redactie aan art. 1188 C. ontleende art. 1307 B. W. tot onderwerp koos. Het vervallen der gestelde tijdsbepaling bij faillissement of staat van kennelijk onvermogen toch bespreekt Schr. niet opzettelijk. De onnoodigheid van art. 1307 B. W. eerste gedeelte *naast* artt. 778 en 779 K. en 891 Rv. is dan ook een minder interessant onderwerp dan de verkeerdheid van het slot van art. 1307 B. W. — de conclusie, waaraan Schr. zijn arbeid gewijd heeft.

Schr.'s toelichting dier conclusie is goed gesteld en niet onbelangrijk. Ook van zijn historisch overzicht, waarin hij de opneming der bewuste bepaling in den Code toeschrijft aan den invloed van POTHIER, kan zulks gezegd worden. Ten onregte intusschen meent hij m. i. (bl. 13) dat «een verkeerde opvatting van POTHIER tot deze hem vreemde bepaling geleid heeft.» POTHIER toch geeft wel is waar in zijn *Traité des obligations* II, Hoofdstuk III, art. III § 3, enkel twee *andere* gevolgen dan het in art. 1188 C. in fine vermelde op als uitvloeisels van den regel, waarmede hij aanvangt, die aldus luidt: «le terme accordé par le créancier à son débiteur est censé avoir pour fondement la confiance en sa solvabilité; lors donc que ce fondement vient à manquer l'effet du terme cesse.» Maar POTHIER zegt niet, dat er in zijn tijd (vóór den Code) geen andere gevolgen, uit dien regel voortvloeiende, in regten werden erkend, en vooral niet, dat er geen andere gevolgen uit behoorden voort te vloeijen, in jure constituendo. Dat alzoo in den door POTHIER opgegeven regel grond werd gevonden voor de bepaling van art. 1188 C. in fine, is zeer natuurlijk en nog niet een «verkeerde opvatting» van POTHIER's denkbeelden.

Met Schr. (bl. 14) ben ik het intusschen wel eens, dat POTHIER zijn regel te ruim formuleerde. Want *iedere* vermindering van des schuldenaars vermogen moet eenigszins het vertrouwen in diens solvabiliteit verminderen. Toch is het noch de bedoeling van POTHIER, noch die van den Franschen of Nederlandschen wetgever, dat *iedere* vermindering van genoemd vermogen (iedere gift, iedere min gelukkige financieele operatie) de gestelde tijdsbepaling doet vervallen — een leer, waardoor *iedere* tijdsbepaling aan minder dan een zijden draad zou hangen. Men moet hechten aan de woorden der wetten, „de door hem ten behoeve van „den schuldeischer gestelde zekerheid“ en „les sûretés qu'il „avait données par le contrat à son débiteur.”

Die bijvoeging *par le contrat* is een verduidelijking, die onze wetgever heeft weggelaten, omdat het artikel voorkomt bij verbindtenissen en niet bij overeenkomsten. Dat hindert intusschen weinig, want een ten behoeve van den schuldeischer *gestelde* zekerheid zal wel bij het contract bedongen zijn.

Het komt mij dan ook voor, evenals aan Schr. (bl. 15—19) dat de wet enkel die zekerheid heeft bedoeld, die door den debiteur gevestigd wordt, dus behalve pand, hypotheek en borgtogt elke verbindtenis van den debiteur om zich te onthouden van handelingen, waardoor zijn solvabiliteit zou worden in gevaar gebracht, of om te doen wat zijn solvabiliteit zou waarborgen, of om het verhaal niet te bemoeilijken.

De door de wet toegekende voorregten hebben hiermede dan enkel in zoover te maken, als zij in de overeenkomst vermeld worden.

Dat sommige schrijvers ook het privilegie hebben beschouwd als mede vallende in het begrip van art. 1188 C. (waarbij de in *v. obligations* no. 1283 e. v. anders denkende DALLOZ niet had moeten zijn verzwegen) en anderen daarentegen aan het woord *gestelde* zekerheid den meer beperkten zin hebben gehecht van pand, hypotheek en borgtogt, vermeldt Schr. voorts tot op blz. 22. Die laatste opvatting vond in Nederland ingang bij de Regtbank en het Hof te Amsterdam, 5 Aug. 1875 en 29 Maart 1878, W. 4258. Trouwens het was

in eene zaak, die naar Schr.'s gevoelen ook alligt in denzelfden geest had moeten zijn beslist, schoon op andere gronden.

Op bl. 46 vangt Schr. aan met zijn eigenlijk betoog in jure constituendo. Zijn eerste argument is de onbillijkheid, dat bij bilaterale contracten het middel van art. 1307*b* naast de vordering tot schadevergoeding en ontbinding staat. Hij noemt dat *flagrant* (bl. 47), maar partijen moeten immers worden geacht de wet te kennen, waaronder zij zich verbonden! Zij kunnen door speciale overeenkomst afwijken van hare bepalingen.

Iets dergelijks kan men aanmerken op zijn betoog omtrent de onbillijkheid van art. 1307*b* B. W. in zake unilaterale contracten. Partijen moeten het maar weten. Dat het artikel maar zelden juist schadevergoeding zal geven en bijna altijd straf (bl. 51) hebben zij maar te overwegen als zij contracteren.

Houdt de jurisprudentie zich maar aan de leer, door den Code duidelijk uitgedrukt, dat vermindering van *bij de overeenkomst gestelde* zekerheid noodig is om art. 1307*b* toepasselijk te maken — dan zie ik voor mij geen reden om de bepaling af te schaffen.

Schr. had m. i. juist uit de motivering der jongste Amsterdamsche jurisprudentie een argument voor zijn stelling kunnen putten, minder uit die opvatting van art. 1307*b*, aan welke hij de voorkeur geeft. Ook niet uit het dictum van die jurisprudentie, want hoe meer het begrip van *gestelde zekerheid* beperkt wordt tot pand, hypotheek en borgtocht, des te minder zal z. i. het artikel schaden.

Dat intusschen (bl. 50) in 1875 voor de eerste maal de toepassing van art. 1307*b* van den Nederlandschen regter werd gevraagd is niet nauwkeurig. CREMERS altans vermeldt ad articulum twee uitspraken van Regtbank en Hof te Utrecht, W. 1256 en 1341, die beide in Schr.'s geest zijn.

Den lof van een zeer lezenswaardige en vloeiende beschouwing te hebben geleverd, zal niemand aan Schr. ontzeggen. Moge verdere bespreking van ons regt op deze pennevrucht volgen!

Zierikzee, Maart 1882.

A. HEEMSKERK.

P. J. J. RAS «*De Toeziende voogdij*» Proefschrift
ter verkrijging van den graad van Doctor in de
Rechtswetenschap, *Utrecht* 1882; door MR. L. G.
GREEVE, Kantonrechter te 's Gravenhage.

Het eigenlijk onderwerp van dit proefschrift is: *De toeziende voogd volgens ons hedendaagsch Nederlandsch recht.*

Na een korte historische inleiding, waarin over de zorg over minderjarigen bij Romeinen, Germanen en onder de werking van het Oud-Hollandsch recht wordt gehandeld, en na herinnerd te hebben dat in het *Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland*, voor het eerst van eigenlijk gezegde toeziende voogden sprake is, komt de schrijver tot de behandeling van zijn eigenlijk onderwerp en behandelt dat achtereenvolgens in drie hoofdstukken als: *De benoeming*, (bl. 10—38). *Verplichtingen van den toezienden voogd*, (bl. 39—70). *Onbevoegdheid tot, redenen van versoepeling en uitsluiting van de toeziende voogdij*, (bl. 71—95).

In het eerste hoofdstuk behandelt de schrijver de vraag van de al- of niet- wenschelijkheid om aan den eerst stervenden der ouders de bevoegdheid te geven een toezienden voogd te benoemen, een bevoegdheid die, gelijk men weet, onze wet niet kent.

De schrijver houdt hier een krachtig pleidooi vóór het verlenen van dat recht aan den eerst stervenden der ouders en toont met veel juistheid aan, de zwakheid der gronden daartegen aangevoerd, die hij allen als gezocht of onjuist meent te kunnen kwalificeeren.

Maar wanneer ik met den schrijver hier gaarne mee ga, dan kan ik dat niet meer, wanneer hij op het toekennen van dat recht vooral dáárom zoo aandringt omdat, daar de kantonrechter zich bij de benoeming in den regel houdt aan het gevoelen van de meerderheid der door hem gehoorde

bloed- of aanverwanten, er *daarom* alle gevaar bestaat dat een *ongeschikt* persoon als toezienenden voogd zal benoemd worden.

Hoe nu? zou ik willen vragen. Gij wilt vooral daarom den eerst stervende het recht geven een toezienenden voogd aan te wijzen, omdat gij, zeer terecht, den vader of de moeder het meest bevoegd oordeelt om te beslissen wie de geschikste persoon zal zijn om als toezienenden voogd op te treden: maar waarom zullen nu de naaste bloed- en aanverwanten *absoluut* onbekwaam en ongeschikt moeten zijn, om hoewel, in den regel, geheel op de hoogte der belangen van den minderjarige, de aanwijzing te doen die de eerst stervende verzuimde te doen of misschien wel opzettelijk aan hen wilde overgelaten hebben?

Het komt mij voor, dat wanneer des schrijvers ervaring even groot ware geweest als zijn theoretische bekwaamheid, hij zich er nog wel eens op bedacht zou hebben om, in navolging van anderen, zich den kantonrechter als een soort van „machine“ (1) bij de benoeming van den toezienenden voogd voor te stellen.

Het *is* wáár dat in den regel de kantonreger zich met het gevoelen van de meerderheid der bloed- of aanverwanten vereenigt en ik vermeen dat hij zoo doende zeer verstandig en in het belang van den minderjarige handelen zal. En daartegen zou ik bij hem die als kantonrechter altijd en bij voorkeur, zijn eigen gevoelen en inzicht wilde volgen, weinig ondervinding onderstellen en niet gaarne mij binnen zijn kanton een woonplaats zien aangewezen.

Nu beweert de Heer *Ras* wel, dat het Fransche recht de benoeming van den toez. voogd als een familie-aangelegenheid beschouwt en die daarom aan de familie wil overlaten, terwijl onze wet het minder nauw neemt met de rechten der familie en zij daarom de benoeming geheel aan den kantonrechter wil overlaten, maar ik ben zoo vrij in deze geheel van den schrijver te verschillen.

(1) Zie v. D. *KEMP*, 3de uitg. bl. 401 en 402.

Oók onze wet beschouwt de zorg over de belangen van den minderjarige als *in de eerste plaats een familiezaak*; en de kantonrechter die zich als regel stelde bij uitzondering te benoemen den persoon hem door de familie aanbevolen, zou naar mijn oordeel, den geest der wet miskennen en derhalve niet het belang van den minderjarige in het oog houden. Alleen dan moet en zal de kantonrechter in ruimte gebruik maken van het zeer te waarden recht, om van de gedane voordracht af te wijken, wanneer het hem blijkt dat, bij uitzondering, de zaak van den minderjarige *niet* die der familie is.

Nog een aanteekening op dit gedeelte van het geschrift. De schrijver meent, dat de Kantonrechter indien hij gelijktijdig een voogd en toezienden voogd moet benoemen, niet 4 maar 5 personen zal moeten hooren, ofschoon Art. 423 C. C. niet in ons Art. werd overgenomen, omdat anders de voogd medestemt over de benoeming van den toezienden voogd.

Behalve dat ik vermeen dat de praktijk, over het algemeen althans, medebrengt niet meer dan 4 personen en wel dezelfde te hooren, vermeen ik, dat het bezwaar door den schrijver tegen de wijze van doen geopperd niet bestaat, en dit zelfs, *implicite*, door den schrijver zelf, eenige bladzijden verder (bl. 27) wordt erkend.

Stemt de voogd over den toezienden voogd? Neen, want hij is eerst dan voogd, wanneer hij als zoodanig is benoemd en hij die benoeming heeft aangenomen. Niet als voogd, maar als bloed- of aanverwant het meest geschikt geoordeeld om tot voogd te worden benoemd, geeft hij zijn gevoelen te kennen over den persoon wiens benoeming tot toezienden voogd het meest met de belangen van den minderjarige zal overeenkomen. En dat hij tot zoodanige aanwijzing zeker niet het minst geschiktste familie-lid is, zal men toch wel niet willen tegenspreken, evenmin als dat men zou willen aannemen, dat die geschiktheid ophield op hetzelfde oogenblik waarop men hem aanwees als de allersgeschiktste voor de waarneming van de belangen van den minderjarige?

In het 2de en voornaamste gedeelte van zijn geschrift,

behandelt de schrijver de verplichtingen van den toezienden voogd, en met veel zorg wijst hij op de zeer onvoldoende wijze waarop niet alleen de verpligtingen, maar ook de rechten van den toez. voogd in ons wetboek zijn omschreven. Zeer uitvoerig en met juistheid toont hij aan, hoe weinig rechten de toez. voogd als zoodanig kan doen gelden, en wijst op de wijzigingen die dringend in onze wetgeving moeten worden aangebracht, wil de betrekking van toezienden voogd inderdaad een betrekking zijn die voor den minderjarige een waarborg geeft voor de behartiging van zijn belangen door den voogd.

Op bl. 46 betwijfelt de schrijver het zelfs, of de toez. voogd wel verantwoordelijk zou zijn indien deze verzuimt de twee jaarlijksche summierre rekening en verantwoording aan den voogd te vragen, en dat wel omdat Art. 429 B. W. B. op dat verzuim geen poenaliteit stelde, gelijk die wel aan de niet-nakoming van het voorschrift van Art. 428 B. W. B. werd verbonden. Ik deel met hem dien twijfel niet, en geloof integendeel, dat wanneer bij de meerderjarigwording bleek, dat de belangen van den minderjarige niet behoorlijk werden behartigd en dat zulks geheel of gedeeltelijk had kunnen voorkomen worden indien de t. v. niet *verzuimd* had zijn plicht te doen en behoorlijk rekening en verantwoording en vertooning der waarden zich te laten doen, dat dan de meerderjarig geworden minderjarige wel zeer zeker den toezienden voogd voor dat *verzuim* zal kunnen aanspreken en hem deswege vergoeding vragen.

Bij de behandeling der vraag of de t. v. den voogd tot boedelscheiding kan noodzaken, trof het mij, dat de heer RAS bij de overigens zeer juiste beschouwing in deze zaak, echter, met den heer DERKSEN, uitsluitend het oog heeft op en spreekt over den voogd die *persoonlijk belanghebbende* bij die boedelscheiding zou zijn, die met den minderjarige alzoo in het onverdeelde bezit. Is dat niet zelden het geval, er zijn toch ook evenveel voogdijen waarin er tusschen den voogd en zijn pupil zoodanige betrekking niet bestaat die hem als persoonlijk mede- belanghebbende bij de boedelschei-

ding zou doen optreden en ik zou het wel nuttig geacht hebben indien de schrijver ook de moeilijkheden die zich bij zoodanige bestaande toestanden kunnen voordoen had besproken aan en de bepalingen der wet had getoetst.

Niet minder belangrijk is de vraag die de schrijver op bl. 54 en volgenden behandelt deze: of ook de 2de man verplicht is als medevoogd hypotheek te stellen.

In strijd met het gevoelen van den oud-kantonrechter Mr. KIST, die op grond van het woord „alleu», waarmede Art. 390 B. W. B. aanvangt, de vraag toestemmend beantwoordt, meent de heer RAS die opvatting echter te zijn in strijd met den geest der wet en beantwoordt hij derhalve de vraag ontkennend.

Ik voor mij zou liever met Mr. KIST medegaan, wiens opvatting mij zeer zeker in het belang van den minderjarige toeschijnt, en niet in strijd met den geest der wet die de behartiging van dat belang uitsluitend ten doel heeft.

Maar ik meen toch ook, dat de heer RAS zoo heel ver niet van ons afstaat, ja dat hij zelfs een heel eind weegs met ons meegaat wanneer hij schrijft: „Het komt er slechts op aan, of er zekerheid is gesteld voor het beheer van het vermogen van den minderjarige,“ enz. Precies, dáár komt het op aan, en wanneer nu de moeder geen hypotheek kon stellen omdat zij geen goederen bezat die daarvoor vatbaar waren, zou het dan in strijd met den geest der wet zijn, het vast goed van den 2den echtgenoot, die misschien eenige huizen en bunders (1) land aanbrengt voor het vermogen van den minderjarige, dat voortaan ook onder zijn beheer zal zijn, te verbinden?

Is er één artikel dat zeer de aandacht verdient van hen die geroepen zijn om een nieuw Burgerlijk Wetboek te bezorgen, het is zeker artikel 390. Volgens Mr. RAS zou die sombepaling voor de te stellen hypotheek, eerst moeten geschieden na het maken van den inventaris. Zeer wenschelijk. Er is maar een heel klein bezwaar, en wel dit, dat het

(1) Lees: hectaren.

artikel spreekt van een *onverwijfde* bepaling; dan zal dus de te stellen hypotheeksom *bij raming* worden bepaald. *Bij raming* sluit ieder denkbeeld van boedelbeschrijving uit. Bij raming te begrooten kan daarenboven zeer moeilijk, zoo niet onmogelijk zijn. Derhalve uitstel der bepaling tot later, tot na de boedelbeschrijving b. v., of nog beter, tot na of bij de boedelscheiding. Maar dan is het imperatief bevel van Art. 390 illusoir? Dat is het ook; en het eenige praktische nut dat het Artikel, naar mijn ervaring, dan ook thans heeft, *exceptis excipiendis* is, dat er een halve vacatie meer aan partijen kan worden in rekening gebracht voor het informeeren naar de mogelijkheid of reeds nu met de noodige juistheid de som waarvoor hypotheek zal moeten worden gesteld zou kunnen bepaald worden.

Ook het laatste gedeelte van zijn geschrift, waarin over de onbevoegdheid tot, en de redenen van verschooning en uitsluiting van de toeziende voogdij gehandeld wordt, is door den schrijver met dezelfde naauwkeurigheid behandeld en geeft ook dat gedeelte van zijn werk, behartingswaardige wenken. Als ik echter op een hiaat in dit gedeelte van zijn werk zou mogen wijzen dan zou dat daarin bestaan, dat den schrijver de belangrijke praktische beslissingen schijnen te zijn ontgaan waarbij, meestal in strijd met het gevoelen van het O. M., werd uitgemaakt, dat ook hij die na zijn 60ste levensjaar reeds te hebben bereikt zich een toezienden voogdij liet opdragen, toch de bevoegdheid heeft zich te laten ontslaan op grond van zijn meer dan 65 jarigen leeftijd; en dat derhalve de woorden in Art. 434, 4°. B. W. B. „wanneer zij vroeger benoemd zijn“ dat ontslag niet in den weg staan (1).

Ik moet het hierbij laten. Wanneer ik nog alleen mijn

(1) Zie o. a. Arrond, Rechtb. 's Gravenhage 18 Nov. 1879, W. 4437; id. 's Hertogenbosch 23 Maart 1881, W. 4656; id. Arnhem . . . October 1881, W. 4763. Het laatste vonnis *conform* de conclusie van het O. M.

verwondering er over heb te kennen gegeven, dat door den schrijver met geen enkel woord wordt melding gemaakt van de zoogenaamde toeziende voogdij over *Nederlandsche kinderen in Nederland gevestigd*, uitgeoefend door deze of gene weeskamer in Ned. Indiën, en omtrent welke gewichtige aangelegenheid, juist in de dagen waarin ik mij den heer RAS voorstel aan de bewerking van zijn proefschrift, zulke belangrijke procedures werden gevoerd, dan besluit ik de aankondiging van het Proefschrift met den wensch, dat het den schrijver gegund worde in vervolg van tijd de wet in haar werking van nabij waar te nemen en hij zich daardoor opgewekt gevoele het niet bij de dissertatie te laten, maar om ook nog verder zijn studie van ons Burgerlijk Recht voor te zetten en door zijn op- en aanmerkingen mede te werken tot zijn verbetering.

Groenlo, Augustus 1882.

*Aanteekeningen op de artt. 1070—1075 B. W.,
Acad. Proefschrift van H. TH. VAN GEUNS, —
DANNENFELSER EN CO., Utrecht 1882, 52 blz.*

De geachte S. heeft voor zijn Academisch Proefschrift tot onderwerp gekozen de behandeling van de voorschriften van de artt. 1070—1075 B. W., betrekkelijk het recht van beraad.

Sedert het inwerkingkomen van het B. W. is slechts zeer zeldzaam van dit rechtsmiddel gebruik gemaakt, zoodat den S. de moeilijke taak te beurt viel van licht te verspreiden over wettelijke voorschriften, die niet door juistheid van uitdrukking en duidelijkheid uitmunten, zooals hij op onderscheidene plaatsen in zijn geschrift heeft aangetoond.

In de Inleiding blz. 1—4 wijst hij den oorsprong aan uit het Romeinsche recht, waarbij het geregeld is door JUSTINIANUS in de *lex 22 C. de iure deliberandi*; kon nu volgens het R. R. hij, die het *spatium deliberandi* gevraagd had, niet meer tot het *beneficium inventarii* worden toegelaten; geheel anders is het in het Nederl. recht, waarmede in beginsel het Fransche overeenstemt.

Op blz. 1—2 toont de S. aan, aan welke personen, aan welke eene erfenis is opgekomen, het recht van beraad toekomt; „het artikel 1070 B. W.„ zegt hij, „geeft dit recht „aan alle personen zonder onderscheid“. . . „Zijn er meerderen geroepen, dan wordt het recht aan elk hunner afzonderlijk gegeven. Al heeft een aanvaard, dan belet dit de overigen niet van hun recht gebruik te maken, en zoo noodig de verlenging van den daartoe gestelden termijn „aan te vragen. Ook hij, die tot de erfenis geroepen wordt, „omdat een ander haar verworpen heeft, heeft het recht „even goed als elk ander.“

Het doen opmaken der boedelbeschrijving is volgens den S. voor den erfgenaam geen plicht, maar een recht.

Blz. 7—8 toont de S. aan dat het recht van beraad ook toekomt aan de erfgenamen eens gestorven erfgenaams.

De zich beradende erfgenaam heeft slechts eene verklaring af te leggen, dat hij zich van het recht van beraad wil bedienen, ter griffie der rechtbank van het arrondissement, binnen hetwelk de erfenis is opengevallen. Volgens den Code, die van een ander stelsel uitging, moest men tevens terstond verklaren, dat men de erfenis onder beneficie van inventaris aanvaardde. „De C. N. heeft bovendien“, zegt hij, „een belangrijke bepaling in art. 795, welke in ons recht ontbreekt. Hieruit, vergeleken met ons art. 1070“, vervolgt hij bl. 9, „blijkt derhalve dat in het Fransche recht termijnen gesteld waren, en tevens bepaald was, van wanneer af die zouden beginnen te loopen, terwijl daaromtrent bij ons niets is voorgeschreven.“ Wel is er volgens hem bij de vaststelling van ons artikel gedacht aan het bepalen van een termijn; maar de Regeering achtte dit onnoodig, omdat, zoo lang er geen schuldeischers opkomen, niemand er belang bij heeft of de erfgenaam de erfenis aanvaardt of verwerpt, bl. 10.

„Zooals Prof. DIEPHUIS V no. 93 terecht opmerkt“, zegt hij bl. 11, „had men hier niet alleen van de schuldeischers, maar ook van de legatarissen moeten spreken.“

De reden, waarom de Regeering geen termijn wilde bepaald hebben, is volgens den S. niet afdoende, zooals door prof. OPZOOMER IV, bl. 384, terecht is aangetoond, bl. 12.

De wetgever heeft, zooals de S. terecht opmerkt, meer gewaakt voor de belangen der erfgenamen, dan voor die der schuldeischers; stellen zij eene rechtsvordering in, dan wordt zij begroet met de exceptie van art. 159 Rechtsvord. „Verwerpt nu de erfgenaam“, zegt de S. bl. 13, „dan is alzoo de schuldeischer, die gedagvaard heeft, niet verder gekomen; hij moet weder wachten tot dat de tijd van beraad voor den erfgenaam, die komt na dengene, die verworpen heeft, ook verstreken is.“

De S. bedoelt hiermede klaarblijkelijk het geval, dat, nadat één erfgenaam, die van het recht van beraad heeft gebruik gemaakt, de nalatenschap heeft verworpen, een vol-

gende de verklaring van beraad heeft uitgebracht; de schuldeischer toch behoeft met het instellen zijner rechtsvordering niet te wachten tot dat een volgende erfgenaam de verklaring zal hebben uitgebracht.

Trouwens de wetgever schijnt, bij het vaststellen van dit voorschrift, niet gedacht te hebben aan dat van art. 4, no. 6 Regtsv., hetwelk in het Fransche recht niet wordt aange troffen; niet onbelangrijk is, dunkt mij, de vraag: of, wanneer de schuldeischer gebruik maakt van het voorschrift van dit artikel, en de erfgenamen binnen het jaar na het overlijden van den erflater heeft gedagvaard, de exceptie van beraad, ontleend aan het 2e lid van art. 159 Regtsv. met goed gevolg kan worden voorgesteld? Naar mij voorkomt, zal het voorstellen dier exceptie slechts het gevolg kunnen hebben, dat de loop van het rechtsgeding gedurende den termijn van beraad wordt geschorst, en dat de schuldeischer de hervatting van het geding zal kunnen vorderen, zoodra deze termijn zal verstreken zijn. Dit volgt uit art. 1072 B. W.: „Geene rechterlijke veroordeeling kan tegen »hem worden verkregen, en de uitvoering van vonnissen, »die ten laste van den overledene zijn uitgesproken, blijft »opgeschort.»

Ook de S. is dit gevoelen toegedaan, als hij bl. 23 zegt: „Het instellen eener actie is daarmee niet verboden.» „Het »is dus ongeveer als bij de surséance van betaling (artt. 918 en 919 W. v. K.)»

Een meerderjarige, die tegen eene aanvaarding in zijn geheel wordt hersteld volgens art. 1099 B. W., erlangt, volgens den S. bl. 15, in dit geval ook zijn regt van beraad terug.

Bl. 15 en volg. toont de S. uit de geschiedenis der vaststelling van art. 1071 B. W. nader aan, dat het doen opmaken eener boedelbeschrijving voor den zich beradenden erfgenaam niet verplichtend is.

Bl. 19 verwerpt de S. het gevoelen van prof. DIEPHUIS, t. a. p. no. 98, dat de rechter, zelfs na verloop van den termijn, een nieuwe termijn zou kunnen verleenen; hij is

slechts bevoegd dien te verlengen, om dringende redenen, die aan zijn oordeel verbleven zijn.

Bl. 19—20 bespreekt de S. de vraag, welke rechtbank de verlenging van den termijn bevelen kan, en toont aan dat het alleen en in elk geval is die, in welker rechtsgebied de erfenis is opengevallen.

Bl. 23 zegt de S : »Het kan ook soms noodzakelijk zijn »voor derden om, zonder uitstel tot na afloop van den tijd »van beraad, hun recht te vervolgen. DIEPHUIS wijst ten »betooge hiervan ook op art. 2029 V no. 101.« De S. bedoelt kennelijk hiermede, dat derden voor het instellen hunner vorderingen den afloop van den termijn van beraad niet behoeven af te wachten, te meer, daar volgens hem bl. 23—24 het verkrijgen van een vonnis tegen eenen zich beradenden erfgenaam niet volstrekt onmogelijk is; deze toch is niet verplicht de dilatoire exceptie van art. 159, 2e lid, Regtsvord. voor te stellen. Bovendien wordt in dit geval de loop der verjaring gestuit volgens art. 2016 B. W.

Verwerpt echter de zich beradende erfgenaam, dan heeft, na verloop van het jaar, bij art. 4, no. 6 R. V. bedoeld, de stuiting niet plaats volgens den S. bl. 50. Mij dunkt daarentegen dat in dit laatste geval de loop der verjaardag altijd gestuit wordt.

»De exceptie van art. 159 Regtsv.«, zegt hij bl. 24—29, »kan vóór het antwoord ten principale worden voorgesteld.«

Dit is beslist bij een door hem vermeld vonnis der arrondissementen-rechtbank te Groningen van 21 Julij 1854 (R. B. 1856, VII, bl. 398).

Bl. 29—41 bespreekt de S. de vraag, ten wiens laste de proceskosten komen, waarvoor de Fransche wet voorschriften inhoudt, die in het Ned. worden gemist.

Bl. 41—52 bespreekt de S. de artt. 1072—1075, en besluit zijn zorgvuldig bearbeid geschrift met de zeer juiste opmerking »dat de wetgever te veel voor de erfgenamen en »te weinig voor de schuldeischers heeft gezorgd.« »Hij had »moeten bepalen«, zegt hij, »dat, wanneer de eerstgeroepen »erfgenaam, na beraad, de erfenis heeft verworpen, de schuld-

„eischers zullen gerechtigd zijn de benoeming van eenen
„curator te provoceeren en tot boedelverkoop over te gaan.“

Met belangstelling heb ik kennis genomen van den ver-
dienstelijken arbeid des S., en wensch hem gaarne toe, dat
hij de rechtswetenschap op even gelukkige wijze moge blij-
ven beoefenen en er de vruchten van plukken in zijne
maatschappelijke loopbaan.

N. F. VAN NOOTEN.

Utrecht, Augustus 1882.

BERIGTEN VAN GEMENGDEN AARD.

IN MEMORIAM.

In de maand Juni van dit jaar verloor Nederland twee uitstekende rechtsgeleerden, CAMPEGIUS HERMANUS GOCKINGA en MICHAEL HENRI GODEFROI; de laatste daarenboven staatsman van zeldzame bekwaamheid. Ook in dit tijdschrift is een woord van hulde aan beide voortreffelijke mannen op zijne plaats.

GOCKINGA, in September 1804 te Groningen geboren, toonde reeds in zijne jongelingsjaren groote ingenomenheid met de rechtstudie. Zijne met goud bekroonde beantwoording eener prijsvraag strekt daarvan tot bewijs.

Met die prijsvraag: *disputatio de poena stigmatis, de ejus origine, atque usu apud diversos populos, deque ejus meritis secundum praecipuos juris criminalis scriptores, moeten in verband gebracht worden de „Nalezingen, enz., geplaatst in de „Bijdragen tot Rechtgeleerdheid en Wetgeving,“ uitgegeven door Mr. C. A. DEN TEX en Mr. J. VAN HALL, 1838, deel 12, bladz. 513 en vgg.* Men vindt daarin belangrijke mededeelingen omtrent 't gebruik van de straf van het brandmerk bij onderscheidene volkeren, en beschouwingen over 't Nederlandsche Ontwerp van Strafwetboek van 1827 met de daarover gevoerde beraadslagingen.

Toenmaals, blijkt o. a. daaruit, verklaarden zich in de afdelingen van de 69 tegenwoordige leden 46 voor en slechts 23 tegen het behoud der straf van brandmerken; de Minister van Justitie stond haar voor en prees haar aan als blijvend merkteeken waardoor de veroordeelde zou worden aangespoord tot groote en verdubbelde behoedzaamheid in zijn gedrag, eene aanprijzing, die hoewel naar die tijden te beoordeelen, evenwel reeds toen door een der leden der S. G. „*onbegrijpelijk*“ werd genoemd.

GOCKINGA meende zich over de noodzakelijkheid, gepastheid en doelmatigheid dier straf geen oordeel te mogen veroorloven, doch sprak als zijne overtuiging uit, dat strafwetgeving, ook wat de soorten der straf betreft, met de vorderingen der beschaving gelijken tred moet houden (1).

GOCKINGA beoefende de rechtspraktijk als advocaat slechts kort. In 1829 volgde, na zijne promotie in 1827, eene benoeming tot griffier bij het Vrederegerecht te Groningen en kort daarop eene tot rechter te Winschoten.

Zijn goede naam als jeugdig magistraat en zijne gebleken grondige

(1) Vg. Weekblad van het Recht no. 4764 5 Junij 1882.

rechtskennis werkten er toe mede, dat hij in 1844 tot het lidmaatschap van den Hoogen Raad werd geroepen.

Hij had zich reeds in de Nederlandsche Jaarboeken voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving van 1839 en 1840 gunstig bekend gemaakt als schrijver van: *«Eene Vraag uit 't Nederlandsche Staatsrecht betrekkelijk tot de bevoegdheid der plaatselijke besturen tot 't maken van Reglementen»* (1). — *«Over de jaarlijksche uitkeering, die aan de ouders na geëindigd vruchtgenot, gedurende de minderjarigheid der kinderen, kan worden toegelegd.»* — *«Over de getuigenis voor den burgerlijken rechter in militaire strafzaken»*; bovenal bleek zijn degelijk en scherpzinnig oordeel, uit zijne *«Brieven over 't Recht van Beklemming, gericht aan Mr. C. J. VAN ASSEN, te Leiden, en voorkomende in het zevende deel der vermelde Nederlandsche jaarboeken bl. 5—103.*

Erkende de kundige schrijver aan het slot van zijnen laatsten brief, overtuigd te zijn, dat het onderwerp vele moeilijkheden opleverde, de gegrondheid zijner beschouwingen heeft aangetoond, hoezeer hij die moeilijkheden heeft weten te overwinnen. Zijn werk heeft blijvende waarde verkregen. En wat hij eens in 't begin van zijnen rechterlijken loopbaan ter neder schreef: *«Ik heb getracht zoo veel mogelijk het ter zake dienende op te sporen en dit, het onnoodige ter zijde stellende, met onbevangenheid te onderzoeken,»* heeft hij onafgebroken volgehouden. Daarvan getuigt ook menige arbeid van GOCKINGA'S hand op kerkrechterlijk gebied. Hij was een werkzaam lid van 't Algemeen College van Toezicht op 't Beheer van Kerkelijke goederen en fondsen, en heeft ijverig getracht in den onzekeren toestand van dit beheer, orde en regelmaat te brengen.

Zoo velen die met GOCKINGA in den Hoogen Raad mochten arbeiden, en die hem later als vice-president en president van dat Collegie werkzaam zagen, zullen erkennen dat hij helder was in zijne voorstelling, hoogst onpartijdig in zijn oordeel en beknopt om dat uit te drukken.

GOCKINGA had geen krachtig orgaan, en miste het talent in 't publiek goed en duidelijk voor te dragen. Daardoor werd 't door hem uitgesprokene niet altijd goed verstaan en werden zijne toespraken minder geschat, dan hun inhoud verdiende: in alles evenwel kenmerkte zich zijn karakter door groote nederigheid, weinig ingenomenheid met eigen werk en welwillende beoordeeling van anderen. Voorzeker zal de Nederlandsche magistratuur, en zullen allen die eene ernstige, gemoedelijke en degelijke behandeling van zaken op prijs stellen, ook den naam van GOCKINGA in eer houden en op hem blijven wijzen als velen tot een uitnemend voorbeeld.

(1) Jhr. Mr. J. DE BOSCH KEMPER noemt in zijne *«Handleiding tot de kennis van 't Nederlandsche Staatsrecht en Staatsbestuur,»* bl. 34, dit geschrift een belangrijk betoog, waarin de geest, om de Reglementen aan de Grondwet te toetsen, doorstraalt.

Was GODEFROI (1) niet minder uitstekend als rechtsgeleerde, zijn werkkring strekte zich op veel grooter gebied uit. Zijne Dissertatie op 31 Mei 1837 te Leiden verdedigd: *«De iis delictis, quae non nisi ad laesorum querelam vindicantur,»* getuigde reeds van wel volbrachte studie en grondige kennis.

Gedurende de vijf jaren, dat hij de rechtspraktijk te Amsterdam uitoefende, muntte hij uit, door degelijkheid zijner betoogen: hij was bij volledigheid, beknopt en liet doorgaans weg, wat gemist kon worden, gedachtig aan de les van Boileau: *«Souvent trop d'abondance appauvrit la matière.»* Hoe dikwijls wordt door velen, hetzij pleiters, hetzij rechts-magistraten, van dat voorschrift afgeweken!

Toen GODEFROI in 1842 tot Substituut-Officier bij de rechtbank te Amsterdam werd benoemd, vond die benoeming algemeene toelichting. Men was van zijne rechtskennis niet alleen, maar ook van zijne menschenkennis, van zijne humaniteit, volkomen overtuigd; hij heeft in praktijk gebracht, wat D'AGUESSEAU in een zijner requisitoiren zeide: *«Notre ministère ne doit pas moins être le protecteur de l'innocence, que le vengeur de l'iniquité.»*

Hij voegde bij voortvarendheid, beradenheid en waardigheid, dringende vereischten voor een ambtenaar van het openbaar ministerie. Onderscheidene zijner conclusien in het Rechtsgeleerd Bijblad opgenomen, strekken tot bewijs, hoezeer ook in burgerlijke zaken GODEFROI's oordeel gegrond was.

In 1846 werd hij benoemd tot raadsheer in het provinciaal gerechts-hof van N.-Holland. In die betrekking werd hij zeer gewaardeerd, en trok meermaalen de aandacht de juistheid der vragen, door hem bij de behandeling van strafzaken aan beschuldigten en beklaagden gedaan. In 1849 reeds werd hij door Amsterdam, als afgevaardigde ter Tweede Kamer gekozen, en heeft hij deze betrekking jaren lang, met zeer korte tusschenpozing, mogen bekleeden. In 1860 trad hij op als Minister van Justitie, nadat hij reeds vroeger in 1852 vermeend had, voor eene eervolle aanbieding, om dit gewigtige ambt op zich te nemen, te moeten bedanken. — GODEFROI bleef aan het hoofd van het departement van Justitie tot 1862, toen het ministerie HEEMSTRA vervangen werd door een ministerie THORBECKE met Mr. OLIVIER als minister van Justitie. — Bij de hervorming van den Raad van State in 1862 werd ook aan G. eene plaats in dat hooge Staatslichaam aangeboden, doch hij wenschte liever tot het parlementaire leven terug te keeren: hij werd in het zelfde jaar op nieuw te Amsterdam tot lid van de Tweede Kamer gekozen. Met uitzondering van 1869 tot 1871, heeft hij deze betrekking behouden tot in 1881, toen de toenemende ongunstige staat zijner gezondheid hem deed besluiten zijn ontslag te nemen. Veel instemming had zijne benoeming tot

(1) Geb. te Amsterdam 16 Dec. 1813, overleden te Würtzburg 25 Juni 1882.

Minister van Staat gevonden, eene onderscheiding die hem te beurt viel, kort na de behandeling en aanneming van het ontwerp van een nieuw wetboek van strafrecht, aan welks onderzoek hij zoo ijverig had deel genomen. GODEFROI hoopte in den vreemde het herstel zijner zeer geschokte gezondheid terug te vinden: hij bezocht voornamelijk Kissingen en Würzburg, en raadpleegde bekende hoogleraren. Hoe zorgvuldig de daar ondervonden behandeling ook geweest zij, en hoe getrouw zijne echtgenote hem in zijne ziekte ter zijde stond, hij mogt zijn vaderland niet terug zien, en ontsliep, niet zonder ernstig lijden, te Würzburg in Junij dezes jaars, zoo lang hij eenigzins vermogt, deelnemend in de vaderlandsche aangelegenheden, en zich van wat daar voorviel op de hoogte houdend. GODEFROI behoorde tot die mannen, die als mensch en staatsburger terecht, algemeen hoog werden geacht. Ook toen zijn stoffelijk overschot op den 29 Junij jl. werd ter aarde besteld, werd geen woord, niet naar waarheid tot zijn lof gezegd. Men waardeerde in G., schreef de steller van een levensbericht in *Eigen Haard*, bl. 373, zijn warme en steeds onverflauwde belangstelling in de algemeene zaak, de buitengewone helderheid van zijn oordeel, de oprechtheid waarmede hij, zonder aanzien des persoons, zijn gevoelens openbaarde, zijn stalen vlijt en werkzaamheid, zijne groote zeggingskracht, en bovenal zijn eerlijk en rechtschapen karakter. En deze getuigenis is niet overdreven. Die GODEFROI van nabij gekend hebben, hebben moeten opmerken, hoe het van jongs af zijne gewoonte was, grondig en met bijzondere orde te werken. Oppervlakkigheid was hem vreemd. Hij had ja, goede hulpmiddelen in eene uitgebreide bibliotheek, die hij met zorg liet rangschikken en volledig hield, maar zelf werkzaam te zijn, maakte een groot deel van zijn levensgeluk uit.

Als men nagaat wat G. al geschreven heeft, in Nederlandsche rechtsgeleerde tijdschriften, vooral in de *Bijdragen en Jaarboeken van Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*, in *Buitenlandsche tijdschriften*, de *Revue de droit Français et Etranger* van Foelix, in het kritische *Zeitschrift für die Gesetzgebung des Auslandes* van Mittermaier en Zachariä, zal men moeten erkennen, dat zijne werkzaamheid volkomen den daaraan toegekenden lof verdient.

In 1838 verscheen het eerste geschrift, aan welks zamenstelling GODEFROI een groot deel had: „namelijk” *Beschouwing van het ontwerp van wet, inhoudende het eerste boek van het wetboek van strafrecht*, te Amsterdam bij Joh. Muller uitgegeven, zeer gunstig o. a. beoordeeld in de *Ned. Jaarboeken* II (1840) blz. 278. Al spoedig volgden daarop twee belangrijke beschouwingen in de *Ned. Jaarboeken* van 1839, „*de bepalingen van den Code Pénal, betreffende het verlies van Burgerlijke Rechten, in verband beschouwd tot de Ned. wetgeving*” en *sommige bepalingen van den Code Pénal in verband beschouwd tot de Ned. wetgeving*, en eenige jaren later, in het *Rechtsgeleerd Bijblad* van 1842 en 1843. „*Bedenkingen betref-*

fende het ontwerp van wet, houdende het tweede boek van het wetboek van strafrecht. Waren deze laatste bedenkingen mede ter nedergeschreven door enkelen van G's vrienden en tijdgenooten, de steller van deze regelen herinnert zich levendig, welk een degelijke, opgewekte medearbeider daarbij GODEFROI geweest is. Ook eene uitgave van het Wetb. van Koophandel zag het licht, o.a. met zijne aantekeningen. Het zou te verre leiden op al de geschriften van G. te wijzen, of ze zelfs bij name te noemen. Hoe ze in den regel een practische strekking hadden en bleven behouden zou nog kunnen blijken, o.a. uit zijne in de Themis van 1863 voorkomende Herziening van het wetb. v. Burgerlijke Rechtsvordering en zijne beoordeeling van het academisch proefschrift van Mr. H. PH. DE KANTER: Onderzoek naar de Rechtsgeldigheid van den Code Rural, Themis stuk 3, 1866. De tijd dat G. aan het hoofd van het departement van Justitie geplaatst was, leverde evenzeer sprekende blijken van groote werkzaamheid en ijverig pogen, zaken af te doen. Ik noem slechts de wet van 21 Dec. 1861, Stbl. no. 19, houdende regeling der zamenstelling en de bevoegdheid van den Raad van State en vooral de in 1860 aangenomen wet betreffende de Rechterlijke organisatie, later, gelijk van algemeene bekendheid is, ter zijde geschoven. Wanneer men het Bijblad opslaat van de jaren van GODEFROI's parlementairen loopbaan, dan valt bijna geen wetsontwerp van eenig belang op te merken, aan welks behandeling hij geen deel nam; en hoe nam hij deel; ik neem de woorden over bij GODEFROI's graf, door den Minister van Justitie gebezigd. „Voor zijne kunde, zijne talenten, voor het gebruik dat hij met onverflaauwd ijver, steeds van beide maakte, ware geen lof te groot. Geen wetgeleerde, maar regtsgeleerde in den ruimsten zin van 't woord: Jurist, ook legist, ook legislator: de moeilijke kunst machtig, om in den eenvoudigsten vorm, beginselen te belichamen in regelen: woekerende met zijne gaven zonder ooit rust te verlangen.”

GODEFROI was te huis op elk gebied: hij werkte zich in de zaken in, en was steeds het onderwerp magtig, waar hij over sprak. Om mij tot een enkel voorbeeld te bepalen, wijs ik alleen op zijne medewerking aan de geneeskundige wetten.

Hij vergiste zich zeldzaam, behield naauwkeurigheid, zelfs toen het hooren hem moeilijk viel: door onvermoeiden ijver en inspanning bleef hij op de hoogte van 't gesprokene. Zeer naar waarde noemde een der leden der Staten-Generaal (de Heer VAN KERKWIJK, Bijbl. 1197), die kort na GODEFROI's overlijden het woord voerde, hem „een man, geëerd en geacht door allen, gedurende meer dan een kwart eeuw een sieraad dier vergadering.”

Behalve in onderscheidene Commissien van verschillenden aard, heeft G. de aangelegenheden van zijn kerkgenootschap voorgestaan: hij was lid en later Voorzitter van de Hoofd-Commissie voor de zaken der

Israëlieten en heeft zoo daarbij, als toen hij geroepen werd de vergadering te leiden, tot het reorganiseeren van dat kerkgenootschap, bewezen, dat de zucht om in practischen zin werkzaam te zijn, hem bij al zijn arbeid eigen was.

Betref GODEFROI's eerste geschrift de aangelegenheden van het strafrecht, ook zijn laatste arbeid gold, naar ik hierboven aantekende, hetzelfde onderwerp. In 1839, beschouwing van het toenmalig ontwerp van het 1e boek van een Wetboek van Strafrecht, in 1881 het onderzoek van het sedert aangenomen Ned. Wetboek van Strafrecht. Meer dan veertig jaren liggen tusschen dat 1e ontwerp en de tot stand gekomen wet!

Misschien was deze laatste veel inspanning vorderende en omvangrijke arbeid te zwaar voor GODEFROI's, toen reeds zoo afnemende lichaamskrachten. Toch heeft hij gewerkt tot 't einde toe.

„Met GODEFROI verdwijnt wederom uit onze rijen een dier nobele burgers, die Nederland zoo noode missen kan; een van diegenen, die, aan beginselen gehecht, zich van alle partijschap vreemd houden, nooit zich mengende in persoonlijke quaesties, maar al hun aandacht schenkende aan de zaken — nooit iets zoekende voor zich zelve, maar juist daarom verzekerd, dat zij zullen blijven voortleven in aller dankbare herinnering!“

Met deze, mede door den Minister van Justitie uitgesproken woorden, die wel eene herhaling verdienen, besluit ik de in dit tijdschrift aan GODEFROI's nagedachtenis gewijde regelen.

Den Haag, Juli 1882.

JOLLES.

PRIJSVRAGEN,

UITGESCHREVEN DOOR HET

Provinciaal Utrechtsch Genootschap van Kunsten en Wetenschappen 1882, in
Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen.

1. Een geschiedkundig en wetenschappelijk overzicht van de Nederlandsche bronnen van het zeerecht.
2. Welke is de plaats, die D. F. van Alphen inneemt in onze parlementaire en staatkundige geschiedenis?
3. Welke is de verhouding tusschen het recht in Nederland en het recht in de Overzeesche bezittingen en Koloniën van het Rijk en welke beginselen moeten in geval van een conflict tusschen deze beide worden gevolgd?
4. Welke is de rechtstoestand der stichtingen naar het Nederlandsche privaatrecht?
5. Eene geschiedenis van het gevangeniswezen in Nederland tot het einde der vorige eeuw?
6. De staatkundige geschiedenis van Friesland tot aan de regeering der vorsten uit het Saksische Huis.
7. Wordt gevraagd eene beoordeeling van de bewijsleer in het Nederlandsche privaatrecht, met het doel om op wetenschappelijke gronden eene nauwkeurige scheiding tot stand te brengen tusschen de voorschriften, die werkelijk het bewijs betreffen, en die, welke slechts schijnbaar het bewijs, maar in werkelijkheid de verbindende kracht van zekere handelingen regelen.

De verhandelingen en antwoord daarop, bestemd om naar den uitgelooften eereprijs te dingen, moeten vóór 1 December 1883 in handen van den Secretaris des Genootschaps zijn.

Voor de op zich zelve voldoende en bij vergelijking best gekeurde beantwoording van elke der bovenstaande vragen wordt een prijs uitgelooft, bestaande in een *eerediploma* en *driehonderd gulden*.

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 onderteekend, onder bijvoeging van een verzegeld briefje, dezelfde 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 *Latijnsche* vragen, voor welke bepaaldelijk het Latijn gevorderd word), — duidelijk met Italiaansche letters geschreven zijn, en vrachtvrij toegezonden worden aan den Secretaris des Genootschaps, Mr. R. MELVIL Baron VAN LYNDEN, Lid der Arrondissements-Rechtbank te Utrecht.

Alleen de briefjes, behoorende tot de verhandelingen aan welke de bepaalde eereprijzen zijn toegewezen, 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 dit op het verzegeld briefje, hetwelk 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 27 Juni 1882, of wende men zich tot den Secretaris voornoemd

R. MELVIL VAN LYNDEN.

THEMIS. — 1882. — No. 4.

LIJST VAN NIEUW UITGEKOMEN REGTSGELEERDE WERKEN.

Nederlandsche literatuur.

- ABLAING, Mr. W. M. D', Recht en Rechtswetenschap. Rede bij de aanvaarding van het Hoogleeraarsambt aan de Rijks-Universiteit te Leiden, op den 31sten Mei 1882 gehouden. Haarlem, De Erven F. BOHN. Roy. 8o. 45 blz.
- FRUIN, Mr. J. A., De oudste rechten der stad Dordrecht en van het Baljuwschap van Zuid-Holland, uitgegeven door —. 's Gravenhage, MART. NIJHOFF.
- HASSELT, Mr. W. J. C. VAN, Verzameling van Nederlandsche Staatsregelingen en Grondwetten. Derde druk, herzien en vermeerderd door Mr. L. DE HARTOG, Hoogleeraar te Amsterdam. 300 blz. Schoonhoven, S. EN W. N. VAN NOOTEN.
- HELM, G. L. VAN DEN, De Gemeente-Administratie. Handboek voor Burgemeesters, Secretarissen enz. en voor aspiranten naar die betrekkingen. 's Hage, GEBR. BELINFANTE, Roy. 8o.

- KOOLEMANS BEIJEN, G. J. W., De kenmerken van desertie. Eene militair-rechtelijke studie. Opgedragen aan allen, die rechtsmacht bezitten over de militairen. Breda, BROESE EN Co. 40 blz.
- KOPPEN, H., Leger (Nederlandsch-Indisch). Regeling van de bevordering, het ontslag en het op non-activiteit stellen van de Europeesche officieren; benevens Reglementen op het toekennen van pensioen, gagement en onderstand aan die officieren en aan militairen beneden dien rang, en aan hunne weduwen en kinderen. Verzameld door —. Breda, BROESE EN Co. Kl. 8o. 62 blz.
- LÉON, D., De Regtspraak van den Hoogen Raad, gebracht op de artikelen der staats- en burgerlijke wetten, besluiten, verordeningen, alles met ophelderingen en geschiedkundige toelichtingen, verwijzingen, enz. 8e Vervolg op deel I. — E. L. VAN EMDEN. De regtspraak en de administratieve beslissingen op de Ned. staatswetten, besluiten enz. tot September 1882, met ophelderingen enz. 's Gravenhage, GEBR. BELINFANTE.
- MEESTER, Mr. T. H. DE, De Nederlandsche Gemeente onder de Grondwet van 1848. 1e Afl. Arnhem, J. RINKES Jr. Post 8o. Blz. 1—64. Compleet in 8 afleveringen.
- OPZOOMER, Mr. C. W., Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door —. Achtste deel; eerste aflevering. Derde boek: Van verbintenissen. — Vijfde titel: Van koop en verkoop. — Artt. 1493—1576. 's Gravenhage, GEBR. BELINFANTE.
- Repertorium* van de Nederlandsche jurisprudentie en rechtsliteratuur 1881. 4e jaarg. 's Bosch, W. C. VAN HEUSDEN. Roy. 8o. 266 blz. met 30 blz. register.
- SCHUURMAN EN P. H. JORDENS (L. N.), Wet van 28 April 1876, (*Stbl.* n^o. 102), tot regeling van het Hooger Onderwijs, zooals die is gewijzigd bij de wetten van 7 Mei 1878 (*Stbl.* n^o. 33) en 28 Juni 1881 (*Stbl.* n^o. 107), met de Besluiten ter uitvoering, Aanteekeningen en Alfabetisch Register, door —. Tweede druk, bijgewerkt tot Mei 1882. Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK. Sm. 8o. (8 en 87 blz.)
- van den 26 Mei 1870, (*Stbl.* n^o. 82), betrekkelijk de Grondbelasting, met Aanteekeningen, eenige Besluiten ter uitvoering en Alfabetisch Register, door —, 2e druk, bijgewerkt tot Mei 1882. Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK. Sm. 8. (36 blz.)
- SMIDT, Mr. H. J., Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Afl. 23. Haarlem, H. D. TJEENK WILLINK. Roy. 8o.
- SWEERTS DE LANDAS WYBORGH EN J. C. JONKER (E. C.), Bijblad op het Staatsblad van Ned. Indie, onder redactie van —. Deel XIX. Afl. 1—2. Nos. 3692—3765. 's Gravenhage, MART. NIJHOFF. Gr. 8o.
- VROOM, Notaris te Wildervank, G. P., Handboek voor Notarissen en Candidaat-Notarissen. Groningen, J. R. WOLTERS.
- VROOM, J. B., De wet op de Registratie tekst-uitgave) zooals zij luidt op 1 Januarij 1883. Gerangschikt en voorzien van eene chronologische lijst der verschillende wetten en verordeningen en van een Alfabetisch register, door —. Zwolle, W. E. J. TJEENK WILLINK. Post 8o. (4 en 124 blz.)



